



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 9/18

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „[...], Sortieranlage Los [...], Vergabevorgang [...]“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Eisert aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Februar 2018 am 2. März 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

## **Gründe:**

### **I.**

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb nach Maßgabe der Sektorenverordnung im offenen Verfahren europaweit den Bau einer Güterumschlaganlage für Ladeeinheiten „[...]“ aus. Das Los [...], Auftragsbekanntmachung vom [...], EU-Bekanntmachung [...]) umfasst den Bau einer Sortieranlage für sog. Ladeeinheiten. Das außerdem ausgeschriebene – nicht streitgegenständliche – Los [...] umfasst den Neubau des Umschlagbahnhofs.

Auftragsgegenstand ist die Errichtung einer vollautomatischen Sortieranlage, die mit fahrerlosen Fahrzeugen, sog. AGVs (Automated Guided Vehicles), betrieben wird. Die AGVs sollen batteriebetrieben sein (vgl. etwa Ziffer II.1.4) der Bekanntmachung). Die Sortieranlage soll mithilfe der AGVs Ladeeinheiten (z.B. Container) im Wesentlichen in Längsrichtung entlang der Gleise transportieren; die Auf- und Abladung der Ladeeinheiten übernehmen gesonderte Portalkräne. Nebenangebote sind nach Ziffer II.2.10) der Auftragsbekanntmachung nicht zugelassen.

Bereits 2012 hatte die Ag eine Vorinformation zur Errichtung des [...] veröffentlicht und anschließend im Juli 2013 die Erstellung einer Sortieranlage für den [...] europaweit im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben. Die Antragstellerin (ASt) entwickelte nach ihrem Bekunden im Hinblick auf die Vorinformation eine schienengebundene Sortieranlage (unter Verwendung von Schienenfahrzeugen zum Transport von Containern) für das Projekt der Ag; darüber hinaus erarbeitete sie damit verbundene weitere Lösungen. Letztlich wurde die Ausschreibung eingestellt, da kein wertbares Angebot eingereicht wurde.

Im Rahmen der vorliegenden erneuten Ausschreibung einer Sortieranlage im Juni 2017 rügte die ASt die Ausschreibungskonzeption der streitgegenständlichen Lose. Insbesondere beanstandete sie, dass die Ag die Beschaffung nun auf eine Sortieranlage mit Sortierfahrzeugen eingengt habe, die über Gummiradreifen verfügten, und auch das Los [...] mit der darin enthaltenen Bodenplatte und Wartungshalle dahingehend ausgestaltet habe. Nach Zurückweisung der Rüge stellte die ASt am 25. August 2017 einen Nachprüfungsantrag. Sie nahm den Antrag schließlich nach der mündlichen Verhandlung innerhalb der Entscheidungsfrist der Vergabekammer am 26. Oktober 2017 zurück.

Innerhalb der verlängerten Angebotsfrist gab die ASt am 19. Oktober 2017 ein Angebot ab. Daneben ging ein Angebot eines weiteren Bieters ein. Im Rahmen der formellen Angebotsprüfung stellte die Ag am 2. November 2017 fest, dass verschiedene in der Ausschreibung geforderte Unterlagen in den Angeboten beider Bieter fehlten. Sie forderte beide Bieter auf, die entsprechenden Unterlagen nachzureichen. In dem Nachforderungsschreiben an die ASt vom 9. November 2017 wurden unter anderem folgende nachzureichende Unterlagen aufgeführt:

- Gemäß Ziffer III.1.2 der Veröffentlichung: Erklärung über den jährlichen Gesamtumsatz der letzten 3 Jahre.
- Gemäß Ziffer III.1.3) der Veröffentlichung: Erklärung über die Zahl der bei ihm in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, gegebenenfalls gegliedert nach Berufsgruppen.
- Gemäß Ziffer III.1.3) der Veröffentlichung: Nachweis über das Vorhandensein eines Qualitätsmanagementsystems nach DIN EN ISO 9001:2000 oder vergleichbar.
- Gem. Anlage 16 des Vertrags: „Der Bieter hat mit dem Angebot die Verfügbarkeit der Nachunternehmer nach SectVO § 20 Abs. 3 (z.B. mit Verfügbarkeitserklärung) nachzuweisen“.

Mit Schreiben vom 21. November 2017 reichte die ASt fristgemäß verschiedene Erklärungen und Unterlagen nach. Die ASt beschäftige „[...] Mitarbeiter verschiedenster Berufsgruppen, von [...]“. Ein Teil der Mitarbeiter sei dabei mit [...] Verträgen in den letzten Jahren angestellt worden. Die involvierten Zulieferer der ASt verfügten über mehrere hundert Mitarbeiter, teils speziell im Bereich der Steuerungs-, Elektro- oder Bahntechnik (siehe Seite 7). Die ASt erklärte, die Verlängerung ihrer ISO 9001 Zertifizierung sei inzwischen erfolgreich abgeschlossen und sie führe ein implementiertes Qualitätsmanagementsystem; ebenso ihre Zulieferer. Sie erklärte, „dass wir über die letzten drei Jahre einen Gesamtumsatz von etwa [...] Millionen Euro erzielen werden, der unter anderem vergleichbar ist mit den nun dazukommenden Ausführungen im [...]“ (Seite 9). Da ihre Jahresabschlüsse zurzeit geprüft würden, könne sie keine weiteren Angaben zum Umsatz machen. Die ASt verweist ferner auf einen Stellenabbau im Jahr 2013 von [...] Arbeitsplätzen infolge des Verhaltens der Ag. Sie habe das Unternehmen aufgrund des sich seit vier Jahren hinziehenden [...] -Verfahrens zunächst verkleinert und den Zulieferanteil erhöht. Ferner erklärte sie die Verfügbarkeit ihrer Nachunternehmer für das Projekt gemäß Anlage 16 des Vertrages (Seite 11).

Mit Schreiben vom 9. Januar 2018 teilte die Ag mit, dass das Angebot der ASt sowohl in formeller Hinsicht als auch inhaltlich mehrere zwingende Ausschlussgründe erfülle. Da auch kein anderes zuschlagfähiges Angebot vorliege, werde das Vergabeverfahren aufgehoben.

Die ASt rügte den Ausschluss ihres Angebotes mit Schreiben vom 17. Januar 2018.

Nach Mitteilung der Ag vom 19. Januar 2018, der Rüge nicht abzuweichen, beantragte die ASt mit Schreiben vom 26. Januar 2018 bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 29. Januar 2018 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend, die Ag unterstelle zu Unrecht, dass sie ein von den Vergabeunterlagen abweichendes Angebot abgegeben habe. Ihr Angebot erfülle die Vorgaben der funktionalen Leistungsbeschreibung der Ag. Die ASt weise im Übrigen die erforderliche Qualitätszertifizierung auf. Sie habe der Ag gegenüber alle Auskünfte zu ihrem Unternehmen und Mitarbeitern erteilt. Auch habe sie die vollständige Verfügbarkeit für das Projekt inklusive ihrer Zulieferer erklärt. Die Zusatzangaben der ASt in den Ausschreibungsunterlagen seien von unwesentlicher Natur, da es sich lediglich um frei wählbare Zusatzoptionen gehandelt habe. In keinem Punkt sei eine Position der Ag verschlechtert worden. Alle formalen Kriterien würden eingehalten und innerhalb des angegebenen Preises geliefert. Die ASt führt vertieft zu den Leistungsangaben der Ausschreibung aus. Eine Neuausschreibung sei nicht notwendig. Vielmehr würden hierdurch zum Nachteil der ASt signifikante Entwicklungsleistungen der ASt im Hinblick auf das Projekt der Ag an andere Bieter übertragen.

Die ASt stellt keine Anträge. Aus ihrem Vortrag im Nachprüfungsantrag ergibt sich das Rechtsschutzziel, den Ausschluss ihres Angebots aus der Angebotswertung rückgängig zu machen und die Aufhebung der Ausschreibung durch die Ag aufzuheben. Die Hinzuziehung einer anwaltlichen Vertretung durch die Ag erachtet die ASt für nicht notwendig.

Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war und
3. der ASt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Ag notwendigen Auslagen aufzuerlegen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag der ASt schon aus verschiedenen Gründen unzulässig. Gegen die Konzeption des Vergabegegenstands könne sich die ASt nicht mehr wenden. Sie sei hiermit – nach Rücknahme ihres ersten Nachprüfungsantrags im Oktober 2017 – präkludiert.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag der ASt unbegründet. Trotz Nachforderung habe die ASt nicht alle geforderten Unterlagen zum Ablauf der Nachfrist vorlegt. So fehle die Erklärung über den jährlichen Gesamtumsatz der letzten drei Jahre. Ebenfalls sei keine Erklärung über die Zahl der in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte vorgelegt worden. Auch sei die (Re)Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001:2008 erst nach Ablauf der Angebotsfrist gültig geworden. Maßgeblicher Zeitpunkt sei hingegen der Ablauf der Angebotsfrist. Auch den Nachweis über die Verfügbarkeit der Nachunternehmer habe die ASt mit ihrem Schreiben vom 21. November 2017 nicht erbracht. Das Angebot der ASt sei außerdem wegen mehrfacher inhaltlicher Änderungen und Ergänzungen an den Vergabe- und Vertragsunterlagen auszuschließen. So seien von der ASt Änderungen am vorformulierten Vertragstext in den Ziffern 6.2.11, 7.2, 8.1.2 und 8.1.3 vorgenommen worden. Auch an der von der Ag vorformulierten Leistungsbeschreibung habe die ASt Änderungen und Ergänzungen vorgenommen. So unter Ziffer 10.3 (Angaben des Bieters zu technischen Daten der Sortieranlage) sowie unter Ziffer 10.10 (Preisangaben) jeweils an vier Stellen. Am Ende der Leistungsbeschreibung habe die ASt im Anschluss an die Preiszusammenstellungen optional noch „den Bau der Bodenplatte speziell für unser System ausgelegt“ angeboten. Solche Optionen seien in der Leistungsbeschreibung nicht vorgesehen und Ergänzungen deshalb vergaberechtswidrig. Im Übrigen habe die ASt an mehreren Stellen ihres Angebots ausdrücklich eingeräumt, dass ihr Anlagenkonzept von den Vorgaben in den Vergabeunterlagen abweiche.

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens sei rechtmäßig, weil kein zuschlagfähiges Angebot vorlag.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten seitens der Ag sei notwendig. Die Ag führe das streitgegenständliche Verfahren soweit als möglich eigenständig. In diesem nun ein weiteres Mal anhängigen Nachprüfungsverfahren sei schon aus Gründen der Komplexität die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten notwendig. Dies ergebe sich aus der nachhaltigen und wiederholten Negierung der Einhaltung von Verfahrensregeln durch die ASt.

In der mündlichen Verhandlung am 22. Februar 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze vom 27. Februar 2018 und der Ag vom 2. März 2018 wurden nicht

berücksichtigt. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

### 1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die ASt hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots dokumentiert. Sie hat mit dem ihrer Auffassung nach vergaberechtswidrigen Angebotsausschluss und der damit einhergehenden Aufhebung der Ausschreibung einen Vergaberechtsverstoß nach § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB geltend gemacht.

Der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist die ASt mit ihrem Rügeschreiben vom 17. Januar 2018 nachgekommen, mit dem sie den Ausschluss ihres Angebots rügt. Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

Der ASt ist auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen. In dem Streitgegenständlichen zweiten Nachprüfungsverfahren wendet sich die ASt nicht mehr wie zuvor gegen die Ausschreibungskonzeption. Sie hat vielmehr ein Angebot auf die funktionale Leistungsbeschreibung der Ag abgegeben. Es ist nicht von vornherein auszuschließen, dass auf das Angebot der ASt der Zuschlag ergehen könnte. Die in § 160 Abs. 2 GWB genannten Voraussetzungen sind in einer Weise auszulegen, die den betroffenen Unternehmen einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2017 – VII-Verg 13/17 unter Verweis auf BVerfG, Beschluss v. 29.07.2004, 2 BvR 2248/03).

### 2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

Der Nachprüfungsantrag hat in der Sache keinen Erfolg. Der Ausschluss des Angebots der ASt ist wegen Unvollständigkeit der vorzulegenden Eignungsnachweise zu Recht erfolgt, nachdem die ASt einer Nachforderung von Unterlagen und Erklärungen nicht entsprechend nachgekommen ist (dazu unter a) und b)). Die Aufhebung der Ausschreibung mangels zuschlagsfähigem Angebot verletzt die ASt nicht in ihren Rechten gemäß § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB.

- a) Das Angebot der ASt ist zur Recht wegen Unvollständigkeit mangels Vorlage einer Erklärung über den jährlichen Gesamtumsatz der letzten drei Jahre ausgeschlossen worden. Nach § 51 Abs. 2 Sektorenverordnung (SektVO) kann der Auftraggeber den Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen, insbesondere Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen oder sonstige Nachweise nachzureichen. Die Ag hatte in der Bekanntmachung festgelegt, dass die von ihr aufgeführten Erklärungen/Nachweise im offenen Verfahren mit dem Angebot vorzulegen waren. Darunter fiel die unter Ziffer II.1.2) (Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit) der Bekanntmachung geforderte „Erklärung über seinen Umsatz in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren, soweit er Bauleistungen und andere Leistungen betrifft, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, unter Einschluss des Anteils bei gemeinsam mit anderen Unternehmern ausgeführten Aufträgen“. Nachdem die ASt diese Erklärungen mit dem Angebot nicht vorgelegt hat, wurde sie mit Schreiben der Ag vom 9. November 2018 zur Nachreichung der entsprechenden Erklärungen bis zum 21. November 2018 aufgefordert. Gegen die Angemessenheit der insoweit von der Ag gesetzten Frist bestehen keine Bedenken. Dennoch hat die ASt diese Erklärungen mit der im Nachforderungsschreiben genannten Frist nicht in dem erforderlichen Umfang abgegeben. Sie hat lediglich im Schreiben vom 21. November 2017 erklärt, dass sie über die letzten drei Jahre einen Gesamtumsatz von etwa [...] Millionen Euro erzielen werde. Der Umsatz wurde nicht jeweils für jedes der drei letzten Geschäftsjahre angegeben. Der Auftraggeber ist an die in der Bekanntmachung und seinem Nachforderungsschreiben vorgegebenen Angebotsbedingungen grundsätzlich gebunden (vgl. Honekamp/Weyand, 2. Auflage 2017, § 51 SektVO, Rn. 11). Er darf aus Gründen der Gleichbehandlung aller Teilnehmer im Vergabeverfahren gemäß § 97 Abs. 2 GWB sowie im Hinblick auf das Transparenzgebot in § 97 Abs. GWB nicht nachträglich auf die zuvor bekanntgemachten Erklärungen und Nachweise verzichten. Konsequenz des erfolglosen Verstreichens der Nachfrist ist der Ausschluss des Bieters (Schulz in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl. 2017, Kap. 10 § 54 Rn. 7). Da es sich um eine Eigenerklärung handelte, war es auch nicht notwendig, dass die ASt – worauf sie sich beruft – auf die Prüfung ihrer Jahresabschlüsse warten musste. Die Vorlage war vielmehr zumutbar. Die ASt ist deshalb zu Recht aus formellen Gründen aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden.

b) Ein weiterer Ausschlussgrund liegt vor, weil die ASt auch auf Nachforderung keine Erklärung über die Zahl der in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte abgegeben hat. Die Ag hatte in der Bekanntmachung unter Ziffer II.1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit gefordert, eine „Erklärung über die Zahl der bei ihm in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, gegebenenfalls gegliedert nach Berufsgruppen“ abzugeben. In ihrem Schreiben vom 21. November 2017 reichte die ASt auf Nachforderung die Erklärung nach, wonach sie „[...] Mitarbeiter verschiedenster Berufsgruppen, von [...]“ beschäftige. Die Zahl der bei der ASt beschäftigten Arbeitskräfte ist damit nicht für die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre jahresdurchschnittlich angegeben worden, sondern lediglich für einen Mehrjahreszeitraum. Auch hier gilt, dass die Ag sich mit der Forderung dieser Eigenerklärung vergaberechtlich gebunden hat. Sie darf aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz nicht nachträglich auf die zuvor bekanntgemachten Erklärungen und Nachweise verzichten. Sie hat vielmehr die geforderten Nachweise in der Angebotswertung im Rahmen der Eignungsprüfung inhaltlich zu prüfen. Dies ist ihr hier mangels Vorlage nicht möglich. Die ASt ist deshalb aus formellen Gründen zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden.

c) Ob die Ag weitere Ausschlussgründe erfüllt, kann an dieser Stelle offen bleiben. Aufgrund des bereits vergaberechtskonform auf der Eignungsebene erfolgten Ausschlusses sind etwaige andere Ausschlussgründe nicht mehr entscheidungsrelevant. Lediglich summarisch sei hierzu Folgendes ausgeführt:

Die Ag verweist darauf, dass die ASt wegen fehlender Eignung aufgrund des nachgereichten Zertifikats nach DIN EN ISO 9001:2008 auszuschließen war. Die Ag meint, der maßgebliche Zeitpunkt für den Nachweis sei die Angebotsfrist. Es spricht jedoch im Hinblick auf das geforderte Zertifikat einiges dafür, erst den Zeitpunkt der Nachforderung als relevanten Stichtag für den Nachweis anzusehen (anders gelagerter Sachverhalt: OLG München, Beschluss vom 21.4.2017, Verg 2/17). Die Möglichkeit der Nachforderung von Unterlagen steht nach § 51 Abs. 2 Satz 1 SektVO im Ermessen des Auftraggebers (vgl. Honekamp/Weyand, 2. Auflage, § 51 SektVO, Rn. 35). Die Ag hat von diesem Ermessen durch ihre Nachforderung der fehlenden oder unvollständigen Unterlagen Gebrauch gemacht. Es spricht daher einiges dafür, erst den Fristablauf der Nachforderung, nämlich den 21. November 2017, als relevanten Zeitpunkt für die Gültigkeit des Zertifikats anzusehen.



Offen bleiben kann ebenfalls, ob das Angebot der ASt wegen fehlenden Nachweises der Verfügbarkeit der Nachunternehmer auszuschließen war. Die ASt hat hier mit ihrem Angebot das als Anlage 16 geforderte Verzeichnis der Nachunternehmer vorgelegt und [...] Nachunternehmer für [...] Teilleistungen benannt. Die Vorlage von Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer kann der Auftraggeber gem. § 34 Abs. 1 Satz 2 SektVO erst bei Bietern verlangen, deren Angebote in die engere Wahl kommen. In diesem Stadium befand sich das Angebot der ASt zum Zeitpunkt des Nachforderungsschreibens vom 9. November 2017 noch nicht.

- d) Ob das Angebot der ASt zudem wegen verschiedener in der Leistungsbeschreibung der Ag (Anlage 1.1 zum Vertrag) vorgenommener Änderungen und Ergänzungen zwingend auszuschließen ist, kann ebenfalls offen bleiben.

Jedoch spricht einiges dafür, dass die von der ASt vorgenommenen alternativen oder fehlenden Angaben in Ziffer 10.3 bei den technischen Daten der Sortieranlage zu einem zwingenden Ausschluss des Angebots der ASt führen. Zwar nennt die SektVO eine Änderung der Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich als einen Ausschlussgrund. Der Ausschluss folgt jedoch aus allgemeinen Vergabeprinzipien. Werden die vom Auftraggeber festgelegten Regularien der Ausschreibung nicht gleichermaßen von allen Bietern beachtet, lassen sich vergleichbare Angebote nicht erzielen und ist die praktische Wirksamkeit des Gleichbehandlungsgebots und der Chancengleichheit der Bieter gefährdet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2014, VII-Verg 35/13). Vorliegend hat die ASt zum Beispiel keine Angaben nach Länge/Breite/Höhe bei den Maßen der Transporteinheit eingetragen, sondern vermerkt, dass sie „eine Kombination aus unterschiedlichen Längen siehe beigefügte Zeichnungen“ empfehle. Eine Empfehlung ist schon per se keine verbindliche Angabe. Eine solche war an dieser Stelle aber gefordert. Ferner hat die ASt bei der geforderten Angabe der Quer-Fahrgeschwindigkeit sowie Quer-Fahrbeschleunigung der Transporteinheiten und der Geschwindigkeit Querbewegung mit anderem System lediglich eingetragen „nur auf Anfrage“ und damit überhaupt keine Angaben gemacht. Bei der Betriebsspannung der Anlage hat sie zwei Werte („[...] ggf. [...]“) eingetragen. Bei der Art der Antriebe gibt sie [...] Antriebe mit unterschiedlicher Antriebsleistung, bei der Bauart des Handbedienpultes [...] verschiedene Bedientafeln von [...] an. Hierdurch kommt es zu einer unzulässigen Änderung der Vergabeunterlagen. Dies gilt auch hinsichtlich der Angaben, nach denen bestimmte abgefragte Teile der Leistungsbeschreibung als „entfällt“ eingetragen wurden ([...]). Die vorgenannten Defizite des Angebots sind zumindest auf den ersten Blick unter

dem Aspekt der Abänderung der Vergabeunterlagen ausschussrelevant. Ob sich die fehlenden oder missverständlichen Angaben möglicherweise aus anderen Angebotssteilen oder aus der „Logik“ der angebotenen Leistung (z.B. Batteriewechselstationen sind nicht erforderlich, weil die technische Lösung der ASt keinen Batteriewechsel benötigt) eindeutig erschließen lassen, kann hier dahin gestellt bleiben, da das Angebot – wie oben ausgeführt – bereits auf der Eignungsebene zwingend auszuschließen ist.

- e) Aufgrund des Ausschlusses ihres Angebots wird die ASt von der Aufhebung der Ausschreibung nicht in ihren Rechten gemäß § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB verletzt.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war vorliegend notwendig. Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i. V. m. § 80 Abs. 2 VwVfG sind die Kosten eines Verfahrensbevollmächtigten erstattungsfähig, wenn die Hinzuziehung erforderlich war. Die Frage, ob es für den Auftraggeber notwendig war, einen bevollmächtigten Rechtsanwalt hinzuzuziehen, ist auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung nach den Umständen des Einzelfalls aufgrund einer ex-ante-Prognose zu entscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. März 2015, 15 Verg 11/14). Gesichtspunkte wie die Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, die Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen, aber auch die Möglichkeit, aufgrund der sachlichen und personellen Ausstattung, Fragen des Vergaberechts sachgerecht zu bearbeiten, können eine Rolle spielen. Vorliegend durfte die Ag – unter Zugrundelegung einer ex-ante-Betrachtung – sich eines externen Rechtsrats bedienen. Zu Beginn des zweiten Nachprüfungsverfahrens war anhand des Vortrags der ASt von einem komplexen Sachverhalt und schwieriger Rechtsfragen auszugehen. Dass sich die im Nachprüfungsverfahren entscheidungserheblichen Fragen letztlich auf die Beurteilung der Eignung der ASt beschränkt haben, ist angesichts der für die Beurteilung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines

Verfahrensbevollmächtigten anzustellenden ex-ante-Betrachtung unerheblich. Dies berücksichtigend ist die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag im vorliegenden Fall als notwendig anzusehen.

#### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.