



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 120/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Freitag auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 2017 am 30. Oktober 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Angebotsmuster der Antragstellerin – bei fortbestehender Beschaffungsabsicht – unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in die Prüfung und Bewertung der Angebotsmuster vollständig einzu beziehen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

I.

Die Antragstellerin (ASt) richtet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen den Ausschluss ihres Angebots durch die Antragsgegnerin (Ag), den letztere vorgenommen hat, weil die ASt mit ihrem Angebot Angebotsmuster vorgelegt hatte, die von den Vorgaben der technischen Leistungsbeschreibung abwichen.

1. Die Ag schrieb mit EU-weiter Auftragsbekanntmachung vom [...], die Vergabe einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung von [...]. Als Angebotsfrist deklarierte die Auftragsbekanntmachung unter Ziff. IV.2.2 den 3. Juli 2017, 10 Uhr.

Nach Ziff. I.3 waren Angebote entweder elektronisch oder schriftlich an die Ag einzureichen.

Unter Ziff. III.1.1, III.1.2 und III.1.3 der Auftragsbekanntmachung wurden Anforderungen zum Nachweis der Eignung definiert, u.a. wurde dort auf Folgendes verwiesen „weiter siehe Sonstige Informationen“.

Ziff. VI.3 der Auftragsbekanntmachung enthielt folgende „Zusätzliche Angaben“: *„Weitere Information zu 3.1), 3.2) und 3.3): Die Nichtvorlage der in der Bekanntmachung geforderten Eignungsnachweise bis zum Ablauf der Angebotsfrist führt nicht zum automatischen Ausschluss des Angebots. Die [Ag] kann im Rahmen der Angebotsprüfung unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von den Bietern nicht oder nicht vollständig eingereichte Eignungsnachweise unter Setzung einer Ausschlussfrist nachfordern. Es besteht kein Anspruch der Bieter auf Nachforderung fehlender Unterlagen durch die Vergabestelle.“*

Unter Ziff. VI.4. wird auf die Vergabekammer als für die Einlegung von Rechtsbehelfen zuständige Einrichtung hingewiesen, ebenso werden für die in der Bekanntmachung anzugebenden Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen die Voraussetzungen des § 160 GWB vollständig mitgeteilt.

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, von der Ag datiert auf den 31. Mai 2017, wies die Ag unter Ziff. 4 darauf hin:

„Dem Angebot sind folgende Muster und Dokumente für den Nachweis der fachlichen Richtigkeit des Ausschreibungsgegenstandes beizufügen:

Siehe Übersicht Geforderte Nachweise

Die Nichtabgabe des Musters und/oder Musterprüfberichts mit dem Angebot (d.h. bis zum Ablauf der Angebotsfrist) führt automatisch zum Ausschluss des Angebots,

nein

ja

Die Nichtabgabe der sonstigen lt. Übersicht Geforderte Nachweise Abschnitt B vorzulegenden Nachweise mit dem Angebot (d.h. bis zum Ablauf der Angebotsfrist) führt automatisch zum Ausschluss des Angebots

nein

ja...“

In der funktionalen Leistungsbeschreibung („Funktionale Leistungsbeschreibung Stand: November 2016 Ausgabe 4“) führte die Ag zum Verwendungszweck der ausgeschriebenen Damenhalbschuhe, dieser solle von [...] getragen werden. Unter Ziff. 6 wurde als „Modell/Typ“ ein „Halbschuh mit Schnürung“, „handelsüblich“ vorgegeben. Unter Ziff. 9 der Leistungsbeschreibung wurden sodann die Leistungs- und Beschaffungsmerkmale für das ausgeschriebene Schuhmodell im Einzelnen definiert. Vorgegeben waren u.a. folgende Kriterien:

„Allgemeine Funktionale Forderungen:

...

- Gewicht pro Paar (bei Größe 4,5): ≤ 550 g

...

- Rutschhemmende, nicht kreidende Laufsohle

- Klassisches Erscheinungsbild

...

Konstruktionseigenschaften:

- *Absatzhöhe 35 mm bis 45 mm*

...“

Abschnitt B der „Übersicht Geforderte Nachweise“ enthielt unter Ziff. 1 die Aufforderung, mit dem Angebot Angebotsmuster „gemäß Modellblatt Ausgabe 4 zum Nachweis der geforderten Leistung durch den Bieter und und Prüfung durch die Vergabestelle“ vorzulegen. Insgesamt sollten vier Paar Schuhe in unterschiedlichen Größen/Weiten vorgelegt werden, jeweils „mit Musterprüfbericht im Soll/Ist-Vergleich pro Modell“. Die Aufforderung enthielt den folgenden Hinweis: „Musterbedingte Abweichungen sind ausschließlich in der Kennzeichnung zulässig.“ Eine Definition der „Kennzeichnung“ enthielt Ziff. 9 der „Funktionalen Leistungsbeschreibung Stand: November 2016 Ausgabe 4“.

Darüber hinaus wies die Ag unter „Hinweise zu Abschnitt B“ noch auf Folgendes hin:

„Der Musterprüfbericht ist in jedem Fall vorzulegen, auch wenn das vorgelegte Angebotsmuster komplett mit den Forderungen der jeweiligen TL/MB übereinstimmen sollte. Der Musterprüfbericht ist vom Bieter zu erstellen und muss mindestens Informationen über eingesetzten Materialien und die musterbedingten Abweichungen von den Forderungen lt. TL /MB [Anm: Technische Lieferbedingungen/Modellblatt] enthalten.

...

Die Nichtvorlage des gemäß B 1.) mit dem Angebot vorzulegenden Musters und/oder Musterprüfberichts führt automatisch zum Ausschluss des Angebotes.

...“

Abschnitt C der „Übersicht Geforderte Nachweise“ enthielt u.a. Vorgaben für die Bewertung der Verarbeitungsqualität, die auch als ein Zuschlagskriterium definiert war.

Das von den Bietern auszufüllende Angebotsschreiben sah unter Ziff. 3.1 vor, dass die Technische Leistungsbeschreibung „FLB 8435-00012, Ausgabennummer 4 vom November 2016 für die Ausschreibung relevant ist. Ziff. 3.2 enthielt folgende optional ankreuzbare Erklärungen vor:

„Dem Angebot sind folgende Muster beigefügt:

TL-gerechtes Muster gemäß der oben angegebenen Technischen Leistungsbedingungen

Ich/wir garantiere(n), dass die eingereichten Muster den Vorgaben der oben genannten technischen Leistungsbeschreibungen exakt entsprechen und im Falle einer Beauftragung auch jedes einzelne Stück der Lieferung qualitativ mit Muster und vorgenannter TL übereinstimmt.

Muster des/der angebotenen Artikel mit einer detaillierten Aufstellung der Abweichungen von der TL (gem. Musterprüfbericht)

Mitgeliefert wird/werden (ein) Muster des/der angebotenen Artikel(s) mit einer detaillierten Aufstellung der Abweichungen.

Ich/wir garantiere(n), dass die eingereichten Muster, bis auf die genannten Abweichungen, den Vorgaben der oben genannten Technischen Leistungsbeschreibung exakt entsprechend und im Falle einer Beauftragung auch jedes einzelne Stück der Lieferung qualitativ mit Muster und vorgenannter TL übereinstimmt.“

Die ASt gab fristgemäß ein Angebot ab. In ihrem Angebotsschreiben kreuzte sie unter der Ziff. 3.2 die zweite Erklärungsoption an („ Muster des/der angebotenen Artikel mit einer detaillierten Aufstellung der Abweichungen von der TL (gem. Musterprüfbericht)“). Ebenfalls reichte die ASt Angebotsmuster und einen Musterprüfbericht ein, in dem sie in der Spalte „erfüllt“ u.a. folgende Eintragungen vornahm:

Allgemeine Funktionale Forderungen:	SOLL	IST	erfüllt
...			
	geringes Gewicht ≤ 550g/Paar	590 g/Paar	Nein (Im Auftragsfalle wird die Laufsohle aus einer Gummimischung hergestellt dessen spez. Gewicht 20% niedriger ist. Das entspricht einer Gewichtseinsparung von 65g, so dass das Maximumgewicht des Gesamtschuhs um 25g unterschritten wird. Die geforderten Werten laut der FLB 8435-00012 werden erfüllt“
...			
	Rutschhemmende, nicht kreidende Laufsohle	kreidend/rutschhemmend	NEIN
			Aufgrund technischer Gründe musste auf eine zum Zeitpunkt der Mustererstellung gefahrene Mischung zurückgegriffen werden. Bei einer Auftragserteilung wird die Mischung auf die geforderten Werte umgestellt.

Neben der Bg gaben noch weitere Unternehmen Angebote ab; alle reichten zu ihren Angeboten Angebotsmuster ein, zu denen die Ag im Rahmen einer Vollständigkeitsprüfung („Prüftabelle 1 Vollständigkeitsprüfung“) feststellte, dass das geforderte Maximalgewicht pro Paar bei Größe 4,5 von nicht mehr als 550g sämtlich unterschritten wird. Für das Angebotsmuster der ASt stellte die Ag ein Gewicht von 577g pro Paar fest. Die Ag unterzog das Angebotsmuster der ASt auch einer Prüfung der Verarbeitungsqualität; dabei stellte sie u.a. fest, dass die Spitzensprengung, also der

Abstand der Schuhspitze vom Boden, zu hoch sei („Sprengung zu hoch für Absatz“) („Prüftabelle2 Qualität der Verarbeitung“); näher konkretisierte die Ag diese Angaben nicht.

Die Ag hielt zum Angebot der ASt fest, dass das von der ASt eingereichte Angebotsmuster nicht die Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung erfülle, da es nach dem eingereichten Musterprüfbericht ein Gewicht von 590g pro Paar aufweise und daher schwerer sei als das vorgegebene Maximalgewicht von 550g. Eine derartige musterbedingte Abweichung sei nach den Vorgaben in der Übersicht Geforderte Nachweise Abschnitt B nicht statthaft. Auch unter Berücksichtigung der Angabe der ASt, das Gewicht im Falle der Auftragserteilung zu verbessern, eine Prüfung und Wertung des Angebotes nicht möglich, da nicht auszuschließen sei, dass eine solche Gewichtsänderung Auswirkungen auf die Paßform und den Tragekomfort haben könne und die für die Gewichtsveränderung vorzunehmenden Änderungen unbekannt seien. Außerdem erfülle das eingereichte Angebotsmuster nicht die Anforderung nach „klassischem Erscheinungsbild, [...]“. Das Angebotsmuster weise eine sehr hohe Spitzensprengung auf, die Sohle und somit der Schuh weise dadurch eher die Optik „Westernstiefel“ auf.

Im Ergebnis der Prüfungen der Ag verblieb als einziges wertungsfähiges Angebot das der Bg.

Mit Schreiben vom 15. September 2017 informierte die Ag die ASt über den Ausschluss ihres Angebotes. Das Gewicht der Angebotsmuster sei zu hoch, das Kreideverhalten weiche von den Vorgaben ab. Die Spitzensprengung werde als zu groß für die angebotene Modellkonfiguration und das geforderte klassische Erscheinungsbild eingeschätzt. Darüber hinaus gab die Ag in dem Schreiben an, auch die Eigenschaften der Laufsohle (Kreideverhalten, Abrieb) seien von den Vorgaben der funktionalen Leistungsbeschreibung abgewichen. Ferner sei die Verarbeitungsqualität des Angebotsmusters zu bemängeln gewesen, da die Decksohle im kompletten Vorderfußbereich nicht verklebt/lose gewesen sei. An den Stellen, an denen die Decksohle verklebt gewesen sei, sei der Kleber verhärtet und drücke durch die Decksohle durch. Darüber hinaus teilte die Ag mit, es sei beabsichtigt, den Zuschlag an die Bg zu erteilen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 25. September 2017 rügte die ASt gegenüber der Ag einen Verstoß gegen den Grundsatz der produktneutralen Beschaffung. Dies ergebe sich aus der Vorgabe, dass die ausgeschriebenen Damenhalschuhe ein bestimmtes Gewicht unterschreiten müßten. Diese Anforderung erfülle augenscheinlich nur die Bg. Kein anderes Unternehmen verfüge zufällig über Damenhalschuhe, die das geforderte Gewicht unterschritten.

Es sei ferner unverhältnismäßig, dass bereits das vor Abschluss der Angebotsfrist einzureichende Angebotsmuster bzw. der Muster-Prüfbericht das geforderte Gewicht unterschreiten

müsse. Es sei ausreichend, wenn das geforderte Maximalgewicht im Falle der Leistungserbringung unterschritten werde. Vor diesem Hintergrund verstoße der Ausschluss des Angebots gegen den vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Auch sei das Verhalten der Ag widersprüchlich. Die Ag habe in der Auftragsbekanntmachung erklärt, ein automatischer Ausschluss der Angebote solle gerade unterbleiben. Der Ausschluss der ASt sei aber ein Automatismus.

2. Die ASt hat mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 25. September 2017, Eingang bei der Vergabekammer des Bundes am selben Tage, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Den Nachprüfungsantrag hat die Kammer der Ag am 25. September 2017 übermittelt.

- a) Zur Begründung ihres Nachprüfungsantrags sowie mit anwaltlichem Schreiben vom 13. Oktober 2017 wiederholt und vertieft die ASt im Wesentlichen ihr Vorbringen aus dem Rügeschreiben vom 25. September 2017. Sie führt aus, der Nachprüfungsantrag sei zulässig, insbesondere nicht nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Die im Rügeschreiben bemängelten Vergaberechtsverstöße seien für die ASt während des Vergabeverfahrens nicht in einer Weise erkennbar gewesen, die eine Rügeobliegenheit nach dieser Vorschrift ausgelöst hätten. Der bemängelte Verstoß gegen die Produktneutralität sei kein hinreichend offenkundiger Verstoß. Es habe sich hier um eine verdeckte produktspezifische Ausschreibung gehandelt, da durch die Vorgaben des einzureichenden Angebotsmusters ein Leitfabrikat indirekt vorgegeben worden sei. Es sei aus der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen nicht ersichtlich gewesen, dass das innerhalb der Angebotsfrist einzureichende Angebotsmuster sämtliche Vorgaben des Endproduktes zu erfüllen habe und anderenfalls das Angebot automatisch ausgeschlossen werde. Auf die daraus folgende Vergaberechtswidrigkeit sei die ASt erst nach dem Ausschluss ihres Angebots aufmerksam geworden, nachdem sie juristische Unterstützung in Anspruch genommen habe.

Letztlich komme es auf eine etwaige Rügepräklusion nicht an, weil die bemängelten Verstöße derart schwerwiegend seien, dass die Vergabekammer diese von Amts wegen aufzugreifen habe.

Der Nachprüfungsantrag der ASt sei zudem begründet. Hinsichtlich der bemängelten nicht produktneutralen Ausschreibung sei es für sie nicht ersichtlich, dass es neben der

Bg andere Bieter gebe, die die Anforderungen an das geforderte Maximalgewicht der aus-
geschriebenen Damenhalbschuhe erfüllten. Zur Unverhältnismäßigkeit ihres Ausschlus-
ses ergänzt die ASt, es sei innerhalb der für die Angebotserstellung vorgegebenen Zeit-
spanne unmöglich gewesen, ein Angebotsmuster zu erstellen, das exakt den Anforderun-
gen der Ag habe entsprechen können. Dies sei nur der Bg möglich gewesen, die über ein
den Musteranforderungen entsprechendes Muster verfügt habe. Der Ag komme es „of-
fensichtlich gerade darauf an(...)“, das Produkt der Bg zu beschaffen. Dies folge aus den
Umständen der Ausschreibung. Diese sei die Fortsetzung der Ausschreibung der Ag aus
dem Jahr 2016 („[...]“), die die Ag im Oktober 2016 im Rahmen des Nachprüfungsverfah-
rens VK2-101/16 in den Stand vor der Auftragsbekanntmachung zurückversetzt habe. Die
Ag habe seit Zurückversetzung mehr als ein halbes Jahr verstreichen lassen. In der alten
Ausschreibung habe die Ag ein „geringes Gewicht“ des vorzulegenden Musters verlangt.
In der neuen Ausschreibung habe die Ag nunmehr „plötzlich“ hinsichtlich Gewicht und
Größe andere Musteranforderungen aufgestellt („≤ 550g“ bzw. „Größe 4,5“). Als Refe-
renzgröße (4,5) sei somit ausschließlich der von der Bg verwendete englische Stich an-
gegeben worden, trotz des prinzipiell zugelassenen französischen Stichts, den auch die
ASt verwende. Eine Transposition der französischen Größen auf die englischen Größen
sei aber nicht möglich. Vor diesem Hintergrund sei eine Erstellung eines diesen neuen
Musteranforderungen entsprechenden Musters innerhalb der von ihr gesetzten 33-tägigen
Angebotsfrist nicht möglich bzw. „von vornherein ausgeschlossen“ gewesen. Daher habe
die Ag auch gegen das Gebot der angemessenen Fristsetzung nach § 20 VgV verstoßen.
Insbesondere habe sie die nach § 15 Abs. 2 VgV vorgeschriebene Angebotsfrist von 35
Tagen auf 33 Tage verkürzt. All dies lasse sich nur mit der Intention der Ag erklären,
anderen als dem nach ihrem Willen zu bezuschlagenden Unternehmen den Zugang zu
diesem Auftrag zu verwehren.

Zu ihrem Vorbringen, die Ag habe sich zudem widersprüchlich verhalten, wiederholt die
ASt im Wesentlichen nochmals ihr Rügevorbringen.

Die ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten;
2. der Ag zu untersagen, im laufenden Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen;
3. Der Ag aufzugeben, bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf das Vergabeverfahren
in den Stand vor Wertung der Angebote zurückzusetzen und diese in Übereinstim-
mung mit der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut vorzunehmen;

4. die Vergabeakten beizuziehen und der ASt Akteneinsicht zu gewähren;
5. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten der ASt aufzuerlegen;
6. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag der ASt vom 25. September 2017 zurückzuweisen.

Mit Schreiben vom 29. September und 19. Oktober 2017 trägt die Ag vor, die ASt sei hinsichtlich aller drei bemängelten Vergaberechtsverstöße bereits nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB mit ihrem Vorbringen präkludiert, ihr Nachprüfungsantrag daher unzulässig. Soweit die Rüge des Verstoßes gegen den Grundsatz der produktneutralen Beschaffung erhoben worden sei, sei der insofern relevante Aspekt des Maximalgewichts bereits aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Auch die das gerügte widersprüchliche Verhalten der Ag sei für die ASt bereits aus den Vorgaben der Auftragsbekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Aus der „Übersicht Geforderte Nachweise Abschnitt B Nr. 1“ sei ersichtlich gewesen, dass ein automatischer Ausschluss bei Abweichungen der Muster von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung erfolge. Aus der Auftragsbekanntmachung, der Aufforderung zur Angebotsabgabe und der Übersicht Geforderte Nachweise Abschnitt A sei erkennbar gewesen, dass lediglich die Nichtvorlage geforderter Eignungsnachweise nicht automatisch zum Ausschluss führe. Die Rüge, der Ausschluss sei schließlich unverhältnismäßig, beruhe ebenfalls auf Umständen, die für die ASt klar aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen seien. Im Kern beruhe diese Rüge auf dem Argument, die Angebotsfrist sei zu kurz gewesen, um ein den Vorgaben entsprechendes Angebotsmuster erstellen zu können. Dieser Aspekt sei für die ASt ohne große Anstrengung anhand der Vergabeunterlagen erkennbar und daher bis Angebotsabgabe rügbar gewesen, ohne dass dies aber erfolgt sei.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung hält die Ag nach dem Vortrag der ASt für nicht gegeben. Aus der Vergabeakte seien Angaben zu den am Vergabeverfahren beteiligten Bietern und deren Angebotsmustern ersichtlich. Daraus ergebe sich, dass die Musteranforderungen nicht allein von der Bg erfüllt worden seien. Diese Rüge beruhe daher lediglich auf Vermutungen und sei unsubstantiiert.

Ein widersprüchliches Verhalten der Ag liege nicht vor. In Auftragsbekanntmachung bzw. Vergabeunterlagen werden ausdrücklich zwischen dem nicht automatischen Ausschluss bei Fehlen angeforderter Eignungsnachweise und dem automatischen Ausschluss für den Fall, dass das Angebotsmuster die Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht erfülle, unterschieden. An diese Vorgaben habe sich die Ag gehalten.

Der Ausschluss sei schließlich nicht unverhältnismäßig. Die bemängelte Verkürzung der Angebotsfrist liege schon nicht vor, weil die 35-tägige Frist nach § 15 Abs. 1 VgV gem. § 15 Abs. 4 VgV um fünf Tage verkürzbar gewesen sei, da auch eine elektronische Angebotsabgabe möglich gewesen sei. Hinsichtlich der von der ASt vorgetragenen Abweichung zur früheren Ausschreibung 2016 sei zu berücksichtigen, dass die Ag die Anforderungen an das Gewicht konkretisiert habe. Schließlich seien die Ausführungen der ASt falsch, soweit sie behauptete, die Angebotsmuster seien ausschließlich mit dem englischen Stich vorzulegen gewesen. Hierbei habe es sich lediglich um die Angabe der Referenzgröße gehandelt, für die das Maximalgewicht von bis zu 550g vorzuweisen gewesen sei. Ein geringeres Gewicht für kleine Größen und höheres Gewicht für große Größen ergebe sich aus den abweichenden Materialverbräuchen. In welchem Stich die Referenzgröße umgesetzt werde, sei den Bietern überlassen gewesen. Die funktionale Leistungsbeschreibung habe insofern, was zutrifft, vorgesehen, dass das Größenspektrum die handelsüblichen Größensysteme abdecken könne (Größe 3 bis 9,5 bzw. Größe 36 bis 43). Schließlich sei der Ausschluss der ASt erfolgt, weil die Angebotsmuster hinsichtlich der Eigenschaften der Laufsohle und der für die Modellkonfiguration zu großen Spitzensprengung von der funktionalen Leistungsbeschreibung abgewichen sei. Für ihre Einschätzung, die Spitzensprengung sei beim Modell der ASt zu groß, verweist die Ag auf einen von ihr als Anlage Ag7 vorgelegten Auszug aus einem Handbuch zur Schuhherstellung, in dem ausgeführt wird, wie hoch die Spitzensprengung bis zu welcher Absatzhöhe normalerweise sei.

Letztlich hält die Ag den Nachprüfungsantrag für rechtsmissbräuchlich. Ihrer Ansicht nach sei der Antrag unzulässig und diene „offensichtlich allein dazu“, Informationen über die Wettbewerbssituation zu erlangen.

3. Mit Beschluss vom 27. September 2017 wurde die Beigeladene, die für den Zuschlag vorgesehen ist, zum Verfahren hinzugezogen. Sie hat an der mündlichen Verhandlung teilgenommen, sich aber in der Sache nicht geäußert.

4. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Geschäftsgeheimnisse betroffen waren. Die Vergabekammer hat in

der mündlichen Verhandlung vom 26. Oktober 2017 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Lieferauftrag im Anwendungsbereich der VgV – sind zweifelsfrei erfüllt. Die Ag ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB, die Vergabekammer ist demnach gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB zuständig. Die ASt hat ein Angebot abgegeben und ist damit antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB.
- b) Die ASt ist mit ihrem Rügevorbringen auch nicht präkludiert nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB. Die von ihr bemängelten Verstöße gegen Vergabevorschriften waren für sie aus den Vergabeunterlagen nicht hinreichend klar erkennbar.

Für die Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstößes ist auf die Erkenntnismöglichkeit bei Anwendung der üblichen Sorgfalt abzustellen. Die Erkennbarkeit muss sich auf die den Verstoß begründenden Tatsachen und deren rechtliche Beurteilung erstrecken.

Hinsichtlich der Rüge des Verstoßes gegen das Gebot produktneutraler Ausschreibung fehlt es an der Erkennbarkeit eines Vergabeverstößes, weil die ASt bis zum Zeitpunkt des Erhalts der Mitteilung über den Ausschluss ihres Angebots gar nicht von einem möglichen Verstoß ausgehen konnte. Denn erst zu diesem Zeitpunkt konnte sie erfahren, dass beabsichtigt war, der Bg den Zuschlag zu erteilen. Erst zu diesem Zeitpunkt konnte die ASt somit überhaupt erst den für sie ausschlaggebenden Anhaltspunkt annehmen, die Ag habe die Vorgaben des Modellblattes in der funktionalen

Leistungsbeschreibung, u.a. zum Maximalgewicht des Schuhs, am Modell der Bg orientiert, das diese bereits in der der streitgegenständlichen Ausschreibung vorausgegangenen Ausschreibung aus dem Herbst 2016 konzipiert gehabt haben soll.

Hinsichtlich der Rüge des widersprüchlichen Verhaltens der Ag bzw. der Unverhältnismäßigkeit des Ausschlusses ergibt sich, dass auch die insofern behaupteten Vergaberechtsverstöße frühestens im Zeitpunkt der Mitteilung des Ausschlusses überhaupt erst erkennbar gewesen sein können. Für die ASt war bis dahin nicht auszuschließen, dass sie im Hinblick auf den von ihr eingereichten Musterprüfbericht und das dementsprechend eingereichte Angebotsmuster jedenfalls nicht „automatisch“ auszuschließen war. Die Vergabeunterlagen sahen u.a. in Ziff. 4 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes vor, dass ein Nichteinreichen des Musters zum automatischen Ausschluss führen sollte, das Angebotsschreiben ermöglichte der ASt aber die Erklärung, ein Angebotsmuster und einen Musterprüfbericht abgeben zu können, in dem auf Abweichungen von den Vorgaben des Modellblattes in der funktionalen Leistungsbeschreibung hingewiesen wurde. Jedenfalls unter dem Aspekt der Erkennbarkeit im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB war so für die ASt vor diesem Hintergrund nicht auszuschließen, mit dem immerhin eingereichten Angebotsmuster zumindest nicht ausgeschlossen zu werden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

- a) Der Ausschluss des Angebotes der ASt wegen des nicht den Modellvorgaben in der funktionalen Leistungsbeschreibung entsprechenden Angebotsmusters, insbesondere hinsichtlich des Maximalgewichts von bis zu 550g und des Kreideverhaltens, die die ASt ausdrücklich aus musterbedingte Abweichungen in ihrem Musterprüfbericht gekennzeichnet hat, ist mit den Maßgaben eines transparenten Vergabewettbewerbs im Sinne von § 97 Abs. 1 GWB nicht vereinbar.

Die Vergabeunterlagen sind widersprüchlich formuliert: Zum einen enthalten sie in der „Übersicht Geforderte Nachweise Abschnitt B“ den Hinweis auf den „automatischen“ Ausschluss des Angebotes bei Nichtvorlage des Angebotsmusters sowie den ausdrücklichen Hinweis, dass musterbedingte Abweichungen nur bei der Kennzeichnung zulässig sind. Zum anderen ist im Angebotsschreiben die – letztlich von der ASt angekreuzte – Erklärungsoption vorgegeben, wonach ein Angebotsmuster eingereicht

werden kann mit einer detaillierten Aufstellung der musterbedingten Abweichungen von den Vorgaben der funktionalen Leistungsbeschreibung im Musterprüfbericht.

Maßgebend für die Auslegung der Vergabeunterlagen ist der Empfängerhorizont eines objektiven, verständigen Bieters in der Position der ASt im Sinne von §§ 133, 157 BGB und damit, ob die Vergabeunterlagen für einen solchen Bieter von vornherein so verständlich waren, ohne einen Interpretationsspielraum zu eröffnen.

Nach diesen Maßgaben ist im Hinblick auf die in den Vergabeunterlagen enthaltenen Hinweise und Vorgaben nicht auszuschließen, dass bei einem verständigen Bieter der Eindruck entsteht, nur die Nichtvorlage des Musters könne zum Ausschluss führen, nicht aber ein immerhin vorgelegtes Muster, das etwaige Abweichungen enthält, diese aber detailliert benennt. Letzteres hat die ASt hinsichtlich des Maximalgewichts und des Kreideverhaltens des von ihr entworfenen Schuhs unstreitig im Musterbericht getan.

Die Ag hat in der „Übersicht Geforderte Nachweise“ Abschnitt B.1 darauf hingewiesen, dass die Nichtvorlage des „gemäß B.1“ mit dem Angebot vorzulegenden Musters automatisch zum Ausschluss führe. Ähnlich formuliert sind die Vorgaben unter Ziff. 4 der Aufforderung zur Abgabe des Angebotes vom 31. Mai 2017. Durch die Bezugnahme auf den Abschnitt B.1 ergibt sich zudem der ausdrückliche Hinweis, dass musterbedingte Abweichungen nur bei der Kennzeichnung, mithin im Übrigen also nicht zulässig sind. Für einen verständigen objektiven Bieter ergibt sich allein aus der Formulierung „Nichtvorlage des gemäß B.1 vorzulegenden Musters“ allerdings keinesfalls eindeutig und unmissverständlich, dass auch ein vorgelegtes Muster, das lediglich nicht „gemäß“ dem in Abschnitt B.1 enthaltenen Hinweis konstruiert ist, wonach musterbedingte Abweichungen von den Maßgaben des Modellblattes in der Leistungsbeschreibung nicht statthaft sein sollen, zum Angebotsausschluss führen wird. Zu berücksichtigen ist insoweit die bereits erwähnte, auch von der Ag angekreuzte Erklärungsoption im Angebotsschreiben. Wenn danach nämlich dem Bieter ermöglicht wird, er könne auch ein Muster mit Abweichungen einreichen, wenn er denn nur musterbedingte Abweichungen detailliert im Musterprüfbericht aufführt, so ist aus Sicht eines verständigen, objektiven Bieters die Möglichkeit eröffnet, immerhin ein Muster einzureichen, dass die wesentlichen Anforderungen erfüllt und etwaige Abweichungen des Musters

jedenfalls detailliert im Musterprüfbericht beschreibt. Denn allein der Hinweis im Abschnitt B.1 der „Übersicht Geforderte Nachweise“ („Musterbedingte Abweichungen sind ausschließlich bei der Kennzeichnung erlaubt“) kann vor dem Hintergrund des widersprüchlich formulierten Formulars zum Angebotsschreiben als Grundsatz verstanden werden, von dem aber nach Maßgabe des ebenfalls zwingend einzureichenden Musterprüfberichts ausnahmsweise abgewichen werden kann, zumal vor dem Hintergrund der nur knapp einmonatigen Angebotsfrist. Dass Letztere hier unangemessen kurz war, ist damit gleichwohl nicht zwingend. Immerhin ist unstreitig, dass die Bieter ihre Vorarbeiten aus dem Vorläufer-Vergabeverfahren aus 2016 grundsätzlich nutzen konnten. Zwar hat die ASt hierzu in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, sie habe für das streitgegenständliche Vergabeverfahren Anpassungen vornehmen, insbesondere die Leisten überarbeiten müssen. Eine unangemessen kurze Angebotsfrist, die es ihr gänzlich unmöglich gemacht hätte, ein ausschreibungskonformes Angebotsmuster zu erstellen, wurde von der ASt gleichwohl nicht rechtzeitig im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB gerügt.

Vor diesem Hintergrund kann der Ausschluss der ASt nicht auf die den Grundsätzen des § 97 Abs. 1 GWB widersprechenden Vergabeunterlagen gestützt werden.

- b) Soweit die ASt bemängelt hat, die Ag habe durch ihre Vorgaben in der Leistungsbeschreibung indirekt gegen das Gebot der produktneutralen Beschaffung im Sinne des § 31 VgV verstoßen, da die Vorgaben, insbesondere des Maximalgewichts von bis zu 550g, ausschließlich von der Bg erfüllt würden, sind hierfür keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Aus der Vergabeakte geht hervor, dass neben der Bg und der ASt noch weitere Unternehmen Angebote abgegeben haben. Ausweislich der Vergabeakte hat die Ag in der von ihr in dort dokumentierten Vollständigkeitsprüfung zu den eingereichten Angebotsmustern festgestellt, dass bis auf die ASt alle übrigen Bieter, also auch die Bg, das geforderte Maximalgewicht der geforderten Angebotsmuster von bis zu 550g – z.T. deutlich – unterschritten haben. Ein sich aus dem Vortrag der ASt ergebender Vergaberechtsverstoß, dass die Vorgaben des Modellblattes in der funktionalen Leistungsbeschreibung gerade am Angebot bzw. am Angebotsmuster der Bg ausgerichtet gewesen sein sollen, ist mithin vor diesem Hintergrund nicht ansatzweise nachzuvollziehen.

3. Die Anordnung, das Angebotsmuster der ASt vollumfänglich und nicht nur rudimentär fiktiv zu prüfen und zu bewerten, ist die geeignete Maßnahme, um die festgestellte Verletzung der Rechte der ASt abzustellen, § 168 Abs. 1 GWB. Aus dem Vortrag der ASt folgt, dass sich ihr Interesse darauf richtet, mit dem von ihr erstellten Angebotsmuster nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden, sondern in die Prüfungen und Bewertungen einbezogen zu werden. Weitergehende Maßnahmen sind daher nicht geboten.

Die Anordnung, das Angebotsmuster der ASt vollständig einzubeziehen, ist auch nicht deshalb ungeeignet, weil die Ag das Angebotsmuster der ASt bereits fiktiv in die von ihr durchgeführte „Vollständigkeitsprüfung“ sowie unter dem Aspekt „Qualität der Angebotsmuster“ bewertet und dabei schon eine Reihe von Punkten bemängelt hat, darunter u.a. eine ihrer Einschätzung nach zu hohe Absatzsprengung, worauf die Ag mehrfach hingewiesen hat. Die Ergebnisse der in tabellarisch nur knapp dokumentierten fiktiven Bewertung genügen so nicht den Grundsätzen des § 97 Abs. 1,2 GWB.

Soweit die Ag in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen hat, das Muster der ASt erfülle nicht die Vorgaben des klassischen Erscheinungsbildes unter Berücksichtigung des Verwendungszwecks ([...]), ist zwar nicht ausgeschlossen, dass insofern optische bzw. geschmackliche Kriterien in die Bewertung einfließen können. Denn immerhin obliegt es der Ag bzw. der [...] ein ihren Bedürfnissen entsprechendes Gesamterscheinungsbild der auszurüstenden [...] sicherzustellen. Sofern sie in diesem Zusammenhang maßgeblich auf die ihrer Einschätzung nach zu große Spitzensprengung abgestellt hat, wird sie allerdings Folgendes zu berücksichtigen haben. Soweit die Ag für ihre Einschätzung zur Spitzensprengung auf die von ihr zur Akte gereichte Anlage Ag7 verweist, sind die dort wiedergegebenen Maßgaben für die Spitzensprengung von Schuhen nicht in der funktionalen Leistungsbeschreibung vorgegeben worden, so dass im Hinblick auf die Grundsätze des § 97 Abs. 1, 2 GWB für eine schlichte Neubewertung der Angebotsmuster hierauf nicht abgestellt werden könnte. In der funktionalen Leistungsbeschreibung findet sich lediglich eine Vorgabe für die Spanne der Absatzhöhe, aus der aber weder hervorgeht, dass die Ag sich für die Spitzensprengung an den Maßgaben des von ihr in der Anlage Ag7 vorgelegten Handbuchs orientiert, noch, dass aus der Vorgabe der Absatzhöhe zwingend auf die Größenordnung der Spitzensprengung zu schließen gewesen wäre.

Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht wird die Ag für die vorzunehmende Prüfung/Bewertung des Angebotsmusters der ASt daher auf eine den Maßgaben des § 97 Abs. 1, 2 GWB sowie eine dem § 8 VgV entsprechende transparente und nachvollziehbare Dokumentation zu achten haben.

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 (Bund).

Die Bg trägt ihre Aufwendungen selbst und ist nicht an der Kostentragungslast zu beteiligen. Die Bg hat das Verfahren nicht wesentlich durch schriftsätzlichen und/oder mündlichen Vortrag gefördert und auch keine Anträge zur Sache gestellt. Im Übrigen hat die ASt keinen unmittelbaren Interessengegensatz zur Bg begründet, da sie primär den eigenen Ausschluss bekämpft hat.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war aufgrund der Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen notwendig.

VI.

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, einzu legen.

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.

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung