



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 – 140/17

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene zu 1) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

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 Bier auf die mündliche Verhandlung vom 19. Dezember 2017 am 22. Dezember 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, der Beigeladenen zu 1 und der Beigeladenen zu 2 den Zuschlag zu erteilen.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht erneut in die formelle Prüfung der Angebote der Antragstellerin für die Lose 3 und 4 einzutreten und diese Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer

im Rahmen der formellen Prüfung aufzuklären. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag verworfen bzw. zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) trägt die Antragstellerin zu Dreivierteln und die Antragsgegnerin sowie die Beigeladene zu 1 und die Beigeladene zu 2 gesamtschuldnerisch zu einem Viertel.
4. Die Antragstellerin trägt Dreiviertel der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin, der Beigeladenen zu 1 sowie der Beigeladenen zu 2. Antragsgegnerin und Beigeladene zu 1 sowie Beigeladene zu 2 tragen ein Viertel der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
5. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin sowie der Beigeladenen zu 1 und der Beigeladenen zu 2 war notwendig.

## I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen den Ausschluss ihrer Angebote für die streitgegenständlichen Lose 3 und 4, den die Antragsgegnerin (Ag) verfügt hat, weil die ASt von einer Vorgabe der Leistungsbeschreibung abgewichen sein soll (vollständige Neuzertifizierung der zu beschaffenden Fahrzeuge).

1. Die Ag schrieb am 7. Februar 2017 eine Rahmenvereinbarung EU-weit aus, die den auf zunächst drei Fachlose aufgeteilten Kauf von [...] (Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb [...]).

Die als VS-NfD klassifizierten Bewerbungsbedingungen gaben unter Ziff. 3.1 für alle drei Lose die Vorlage von „*Prüfbescheinigungen/Zertifikaten laut Leistungsbeschreibung...*“ vor. Den Bietern wurde dort die Möglichkeit eingeräumt, die für jedes Los im Einzelnen aufgelisteten Prüfbescheinigungen bzw. Zertifikate entweder unmittelbar mit dem Angebot oder spätestens 8 Monate nach der Auftragserteilung mit Vorstellung des Muster-Kfz vorzulegen. Die Leistungsbeschreibung enthielt zu den einzelnen Losen jeweils unter Teil I, Ziff. 2 gleichlautend die Vorgabe: „*Entweder mit dem Angebot oder spätestens mit der Lieferung des ersten Kfz sind vollständige Zertifizierungsunterlagen und Prüfbescheinigungen einzureichen. ...*“ Das betreffe mindestens die Materialzertifikate und Prüfzertifikate für im Einzelnen bezeichnete Materialien und zu zertifizierende [...]. Des Weiteren wurden die erforderlichen Ausstattungsmerkmale aufgelistet, die bei Zertifizierung einge-

baut sein müssen. Die Ausstattungsmerkmale für die Lose 1 und 2 waren nahezu identisch, nur für Los 2 war zusätzlich eine Funkanlage einzubauen. Los 3 unterschied sich von den beiden anderen Losen durch spezifische Besonderheiten in der äußeren Fahrzeugkonstruktion.

Jeweils in Teil II der losweisen Leistungsbeschreibung war der Punkt „Zertifikate“ als Ausschlusskriterium („A“) gekennzeichnet (s. Teil II, Ziff. 16 für Los 1 bzw. Teil II Ziff. 17 für Lose 2 und 3). Zu den einzelnen Losen war jeweils unter Teil II, Ziff. 1 der entsprechenden Leistungsbeschreibung Folgendes erläutert: *„Wird ein mit A gekennzeichnetes Kriterium nicht erfüllt, führt dies zum Ausschluss des Angebotes.“*

In ihrer Bietermitteilung Nr. 4 vom 8. Mai 2017 führte die Ag auf entsprechende Nachfrage aus: *Es gelte „, dass bei jedem Los ein eigenes Fahrzeug für die Zertifizierung neu aufzubauen ist. Jedes Los benötigt ein eigenständiges komplettes Angebot. ...“* Ferner auf die Frage, ob entsprechende Teilzertifizierungen möglich seien: *„Bereits geleistete Zertifizierungen für das jeweilige Los können verwendet werden.“*

Am 14. August 2017 dokumentierte die Ag ihr vorläufiges Prüfergebnis und lud vor diesem Hintergrund am 15. August 2017 u.a. die ASt zu einem ersten Verhandlungsgespräch am 30. August 2017 und übermittelte zur Vorbereitung einen Fragenkatalog, in dem die Ag die ASt u.a. darauf hinwies, dass Prüfbescheinigungen und Zertifikate nicht mit dem Angebot vorgelegt worden seien und angenommen werde, diese würden spätestens acht Monate nach Auftragserteilung vorgelegt.

Am 29. August 2017 teilte die Ag allen Bietern mit, dass nach Abschluss der angesetzten Verhandlungsgespräche Angebote überarbeitet und neue Preise sowie Informationen abgegeben werden können; die Abgabefrist wurde zunächst auf den 11. September 2017, 11:30 Uhr gesetzt.

Am 30. August 2017 fand das Verhandlungsgespräch zwischen Ag und ASt statt, bei dem der vorbereitete Fragenkatalog, noch ergänzt um weitere Frage, abgearbeitet wurde, darunter Fragen 10 und 14.

- In Frage 10 nahm die Ag Bezug auf Angaben der ASt zu vorliegenden Zertifikaten für Materialien und Fahrzeuge, die aber von der ASt noch nicht vorgelegt worden seien.

Man nehme an, dass diese Zertifikate spätestens 8 Monate nach Auftragserteilung wie vorgegeben vorgelegt würden.

Während des Verhandlungsgesprächs erläuterte der Vertreter der ASt zu Frage 10, die ASt müsse für die ursprünglichen Lose 1 und 2 zwei Sprengtests wiederholen und für das Los 3 müssten wegen der konstruktiven Besonderheiten des zu beschaffenden Fahrzeugs, die die von der ASt bislang geprüften Fahrzeuge noch nicht aufgewiesen hätten, vollständig geprüft und entsprechend zertifiziert werden. Auch für das ursprüngliche Los 2 müssten alle Tests neu durchgeführt werden, wenn für den Test die hierzu ausgeschriebene Funkanlage eingebaut werden müsse. Seitens der Ag wurde darauf verwiesen, es sei Sache der ASt, was sie genau machen müsse. Zwingend erforderlich sei jedenfalls, dass die gelieferten Fahrzeuge vollständig zertifiziert und baugleich mit dem Testfahrzeug seien. Dies gelte für jedes Los. Seitens der ASt wurde bestätigt, dass dies klar sei und erfüllt werde. Die ASt wurde nach den handschriftlich dokumentierten Notizen des Vertreters der Ag zu Frage 10 gebeten, die Zertifikate vorzulegen, die für das Angebot gelten sollen und mitzuteilen, für welches Los diese gelten sollen.

- In Frage 14 des von der Ag vorbereiteten Fragenkatalogs wies die Ag darauf hin, bereits bestehende Zertifikate könnten nur dann akzeptiert werden, wenn Baugleichheit bestehe und bat um entsprechende Bestätigung.

Zu Frage 14 wurde im Verhandlungsgespräch zwischen Ag und ASt erörtert, dass alle Prüfzertifikate nur für eine bestimmte Konstruktion gälten. Bei jeglichen Abweichungen in der Konstruktion seien [...] erneut durchzuführen. Zu Frage 14 notierte der Vertreter der Ag im Fragenkatalog für die ASt handschriftlich, die bestehenden Zertifikate der ASt sollten für die Lose 1 und 2 gelten.

- Als Punkt 12 gab die Ag der ASt Folgendes auf: *„Die Höhe Ihres Angebotspreises ist ungewöhnlich. Ich bitte Sie, die solide Kalkulation nachzuweisen.“*

Am 31. August 2017 hielt die Ag intern fest, dass für die ASt nach dem 11. September 2017 zu überprüfen sei, ob die Zertifikate vorliegen.

Am 1. September 2017 erhielt die Ag eine Bieterfrage, die u.a. die für die Lose vorzulegenden Zertifizierungsunterlagen/Prüfbescheinigungen betraf, und dahin ging, ob die eingereichten/einzureichenden Zertifikate für Los 1 auch auf Los 2 anwendbar seien oder ob für Los 2, das sich von Los 1 nur im Hinblick auf nötige Funkausbauten unterscheide, sonst aber mit Los 1 identisch sei, komplett zertifiziert werden müsse. Am 5. September 2017 erfolgte zu dieser Frage die Antwort des Bedarfsträgers an die Vergabestelle der Ag, die dahin lautete, gemäß Leistungsbeschreibung der Lose 1 bis 3 sei für jedes Los getrennt die Baugleichheit der zertifizierten und in der Folge für das jeweilige Los gelieferten Fahrzeuge gefordert. Es müsse daher eine Zertifizierung jedes Loses im geforderten und zu liefernden Ausbaurzustand gewährleistet sein. Um sicherzustellen, dass diese Vorgaben zweifelsfrei erfüllt werde, sei *„für jedes Los getrennt eine Neuzertifizierung gemäß Vorgaben der Leistungsbeschreibung durchzuführen.“*

Mit der Bietermitteilung Nr. 9 vom 8. September 2017 teilte die Ag schließlich mit, dass die Lose 1 und 2 zu Los 4 zusammengefasst würden; eine Aufteilung auf zwei Lose sei wirtschaftlich nicht vertretbar, da die betreffenden Fahrzeugtypen weitgehend identisch und daher auch nicht getrennt zu zertifizieren seien. Ferner: *„Es besteht die Anforderung, dass für jedes Los (d.h. getrennt für Los 3 und 4) jeweils eine vollständige Neuzertifizierung gemäß den Vorgaben der Leistungsbeschreibung durchzuführen ist. Diese Zertifizierungen müssen sich auf den durch die jeweilige Leistungsbeschreibung (LB Nr. 9915 LF 2 [Anm: gemeint ist FL2] und LF Nr. 9915 FL3) [Anm: dies sind die Leistungsbeschreibungen für die bisherigen Lose 2 und 3] im Teil I Punkt 2 definierten Ausbaurzustand (einschließlich Funkausstattung) beziehen. ... Sie erhalten hiermit die Aufforderung, Angebote zu Los 3 und 4 abzugeben und ggfs. neue Preise unter Berücksichtigung der Kosten der vollständigen Neuzertifizierung zugrunde zu legen. ... Aufgrund der nicht unerheblichen Änderung...wird die Abgabefrist für ihr Angebot und die erbetenen Informationen auf den 28.09.2017 (11.30 Uhr) verlängert. ...“*

Die ASt und die Bg zu 1 und 2 gaben schließlich binnen der verlängerten Angebotsfrist für die verbliebenen zwei Lose Angebote ab, die ASt reichte ihr endgültiges Angebot am 25. September 2017 ein. Dem Angebot beigefügt war in Erfüllung der diesbezüglichen Anfrage der Ag im Verhandlungsgespräch – dort Frage 12 - eine Kalkulationsübersicht für beide Lose, in welcher jeweils der Posten *„Zertifizierungskosten, anteilig“* aufgeführt ist. Im Anschreiben führte die ASt u.a. aus:

*„Sehr geehrter Herr...*

*wie aufgefordert, übersenden wir Ihnen die Antworten zu Ihren Fragen.*

*...*

*10. Zertifizierung: wir haben bereits in [...] zertifiziert (die vorhandenen Zertifikate anbei); wir werden allerdings einige Umfänge der Zertifizierung wiederholen müssen. Wir bestätigen, dass wir alle geforderten Zertifikate spätestens 8 Monate nach Auftragserteilung vorlegen werden.*

*...*

*14. Wir werden die Zertifizierung teilweise wiederholen müssen. Wir bestätigen, dass alle gelieferten Fahrzeuge entsprechend dem zertifizierten Fahrzeug gepanzert werden – darin besteht Baugleichheit.*

*...*

*Wir hoffen, damit alle Ihre Fragen beantwortet zu haben. ...“*

Am 20. Oktober 2016 stellte die Ag für die ASt in ihrem Vermerk „Vergabeentscheidung“ fest, dass die ASt für beide verbliebenen Lose die mit Bieterinformation Nr. 9 versandte Angebotsaufforderung nicht umgesetzt habe. Da die ASt angegeben habe, einen [...] bereits zertifiziert zu haben und nur einige Teile dieser Zertifizierung wiederholen zu wollen, sei die Vorgabe einer vollständigen Neuzertifizierung gemäß der Leistungsbeschreibung nicht erfüllt. Daher könnten die Angebote der ASt nicht gewertet werden. Im Ergebnis beabsichtigte die Ag, den Zuschlag für das Los 3 an die Bg zu 1 und für das Los 4 an die Bg zu 2 zu erteilen.

Mit Schreiben vom 6. November 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass ihre Angebote aus den schon in der Vergabeentscheidung dokumentierten Erwägungen nicht gewertet werden könnten und die Zuschläge für Los 3 an [...] und für Los 4 an die Bg zu 2 beabsichtigt seien.

Die ASt widersprach der Nichtberücksichtigung ihres Angebotes mit Schreiben vom 8. November 2017, der Ag erst mit E-Mail vom 9. November 2017 zugegangen, und bat die Ag, die Angebote der ASt nochmals zu überprüfen.

Mit Schreiben vom 10. November 2017 antwortete die Ag auf den „Widerspruch“ der ASt, den die Ag als Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB auffasste. Die Ag bestätigte

ihre Entscheidung und verwies zur Begründung auf die Ausführungen der ASt im Angebotsschreiben vom 25. September 2017 zu Ziffern 10 und 14. Darin komme zum Ausdruck, dass die ASt von einer vollständigen Neuzertifizierung „ausdrücklich“ Abstand genommen habe, so dass die Vergleichbarkeit der Angebote der ASt mit denen der übrigen Bieter nicht mehr gewährleistet gewesen sei und sie daher nicht gewertet werden könnten.

Am 13. November 2017 übermittelte die ASt der Ag ein ausdrücklich als Rüge deklariertes Schreiben. Darin führte die ASt aus, mit den Ausführungen in ihrem Angebotsschreiben vom 25. September 2017 habe sie ausdrücken wollen, die erforderliche Neuzertifizierung erfolgreich und ohne Verzug zu bestehen und ggf. heute schon über die nötige Qualifizierung zu verfügen. Jedenfalls habe es die Ag unterlassen, von der ASt Aufklärung zu verlangen, sofern sie entsprechende Zweifel gehabt hätte. Hilfsweise sei zu beanstanden, dass die Forderung nach einer Neuzertifizierung nicht als Mindestanforderung im Sinne eines Ausschlusskriteriums definiert worden sei. Diese Anforderung sei nachträglich erhoben worden, unverhältnismäßig und stehe mit dem Leistungsgegenstand nicht in Verbindung. Auch habe die ASt Zweifel an der Zuverlässigkeit der für den Zuschlag vorgesehenen Bieter. Nähere Angaben zu den Gründen dieser Einschätzung der Zuschlagsdestinatäre machte die ASt nicht. Die ASt setzte der ASt eine Abhilfefrist bis zum 14. November 2017, 16 Uhr.

Mit E-Mail vom 15. November 2017 bestätigte die Ag den Empfang der Rüge der ASt und teilte mit, dass eine Antwort voraussichtlich am 16. November 2017 erfolgen werde. Die ASt antwortete darauf mit E-Mail vom selben Tage und verlängerte die von ihr gesetzte Abhilfefrist bis zum 16. November 2017, 14 Uhr.

Mit E-Mail vom 16. November 2017 (18:03 Uhr) teilte die Ag der ASt mit, der Rüge nicht abzuhelpfen.

Mit Schreiben vom 22. November 2017 teilte die Ag der ASt korrigierend mit, dass für Los 3 der Zuschlag an Bietergemeinschaft der Bg zu 1 (und nicht allein an [...]) beabsichtigt sei.

2. Bereits mit Schreiben vom 16. November 2017, eingegangen bei der Kammer und der Ag zugestellt am selben Tag, hatte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Ihren Nachprüfungsantrag ergänzte sie mit Schreiben vom 11. Dezember 2017.

- a) Die ASt hält ihren Nachprüfungsantrag für zulässig und begründet.

Die ASt bemängelt folgende Vergaberechtsverstöße:

- Fehlerhafte Entscheidung der Ag, das Angebot der ASt nicht zu werten (rechtswidriger Ausschluss).
- Hilfsweise: Rechtswidriges Unterlassen einer Aufklärung über die von der Ag behaupteten Zweifel und damit einhergehend eine Unverhältnismäßigkeit des Ausschlusses des Angebotes der ASt.
- Hilfsweise: Rechtswidrigkeit der nachträglich aufgestellten Anforderung einer Neuzertifizierung als Mindestanforderung im Sinne eines Ausschlusskriteriums.
- Überdies hält die ASt die Bg zu 1 und 2 für ungeeignet, weshalb diese nicht bezuschlagt werden dürften.

Die der ASt obliegende Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB sei durch die Schreiben der ASt vom 8., 13. und 15. November 2017 eingehalten worden.

Zur Begründetheit ihres Antrags führt die ASt Folgendes aus:

- Rechtswidriger Ausschluss ihres Angebots

Die Ag sei insofern von einem falschen Sachverhalt ausgegangen. Denn die Ag habe ein fehlerhaftes Verständnis über den Inhalt des Angebots entwickelt. Die ASt habe ihrem Angebot vom 25. September 2017 eine vollständige Neuzertifizierung zugrunde gelegt. Dies ergebe die Auslegung des Angebotes, in dem sie ausdrücklich darauf hingewiesen habe, „alle geforderten Zertifikate spätestens 8 Monate nach Auftragserteilung“ vorzulegen. Auch habe man mit dem Angebot die geforderte Kalkulationsübersicht übermittelt, in der Zertifizierungskosten anteilig pro Fahrzeug aufgeführt seien. Insbesondere sei bei der Auslegung zu berücksichtigen, dass eine Zertifizierung, wie sie auch von der Ag gefordert sei, immer nur für die zu testende Konstruktion gelte (konstruktionsbezogene Zertifizierung

für einen bestimmten Typus [...]). Jede Veränderung mache eine neue Zertifizierung erforderlich. Die Zertifizierung könne nur positiv durchgeführt werden oder fehlschlagen; Teilzertifizierungen gebe es nicht. Allerdings kämen bei zu zertifizierenden Konstruktionen wie hier bereits geprüfte und zertifizierte Materialien, Elemente und Lösungen zum Einsatz. Vor diesem Hintergrund habe die ASt auch nur eine vollständige Neuzertifizierung für die zu beschaffenden Fahrzeugkonstruktionen anbieten können. Sie habe in der Verhandlungsrunde am 30. August 2017 erklärt, die zu diesem Zeitpunkt von der Ag noch anerkannten bereits vorhandenen Zertifikate früherer Prüfungen für baugleiche Fahrzeuge für die ursprünglichen Lose 1 und 2 (alt) vorlegen zu wollen. Für das ursprüngliche Fahrzeug des Loses 3 (alt) sei ohnehin eine vollständige Neuzertifizierung durchzuführen, da konstruktionsbedingte Besonderheiten erforderlich seien, die bei der ASt bislang noch nicht geprüft und zertifiziert worden seien. Letztlich habe man für alle relevanten Lose Angebote eingereicht. Ferner habe man letztlich im Angebotsschreiben vom 25. September 2017 bestätigt, die geforderten Zertifikate fristgemäß vorzulegen. Daraus ergebe sich für die Ag als Empfängerin der Angebotserklärung, dass alle Tests für das bisherige Los 3 bzw. das neue Los 4 zu machen seien.

Mit ihren Ausführungen im Angebotsschreiben vom 25. September 2017 unter Ziffern 10 und 14 habe sie ausdrücken wollen, bereits heute aufgrund bereits durchgeführter Zertifizierungstests über wesentliche Zertifikate zu verfügen und davon überzeugt zu sein, die Neuzertifizierung termingerecht nachweisen zu können. Die Angebote der ASt seien auch in punkto Zertifizierung mit den anderen Angeboten vergleichbar. Dies sei aus dem entsprechenden Kalkulationsansatz für die Lose 3 und 4 ersichtlich, was im Einzelnen näher ausgeführt wird.

- Unverhältnismäßigkeit des Ausschlusses wegen unterlassener Aufklärung  
Der Ausschluss des Angebotes sei die ultima ratio. Die Ag hätte ihre Zweifel an den Ausführungen im Angebotsschreiben bei der ASt erst aufklären müssen, bevor sie eine solche Entscheidung hätte treffen dürfen. Schließlich habe die Ag vor ihrem Bieterhinweis Nr. 9 noch bestätigt, dass auch bereits erworbene Zertifizierungen verwendet werden dürften, was sich auch aus der Leistungsbeschreibung ergebe, so dass die im Hinweis eingeführte Pflicht zur vollständigen Neuzertifizierung nicht eindeutig bzw. missverständnisfrei eingeführt worden sei. Die Anforderung

zung im Bieterhinweis Nr. 9 „vollständige Neuzertifizierung“, die gemäß den Vorgaben der Leistungsbeschreibung erfolgen solle, sei auch nicht als Ausschlusskriterium definiert worden.

- Anforderung einer vollständigen Neuzertifizierung unzulässig:  
Die Anforderung im Bieterhinweis Nr. 9 stehe mit dem Leistungsgegenstand nicht in Verbindung, ein sachlicher Grund sei nicht erkennbar. Die ASt bestreitet zudem ausdrücklich, dass die Forderung nach einer vollständigen Neuzertifizierung einem legitimen Zweck gedient habe. Die Qualität des Leistungsgegenstandes sei zudem über bereits vorhandene Zertifizierungen zu gewährleisten. Ein etwaiger Ausgleich von wettbewerblichen Vorteilen einzelner Bieter sei vergaberechtlich diskriminierend und komme schon deshalb nicht in Betracht. Außerdem sei in dem Bieterhinweis Nr. 9 nicht angegeben worden, dass die Anforderung nach vollständiger Neuzertifizierung ein Ausschlusskriterium sei.
  
- Zweifel an der Eignung der Bg zu 1 und 2:  
Hinsichtlich der Bg zu 2 zweifelt die ASt deren Eignung an. Aus einem in Kopie vorgelegten Zeitungsausschnitt ergebe sich, dass gegen diese ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen Betruges laufe. Hinsichtlich [...] sei diese ausweislich ihres Internetauftritts nur im Vertrieb von Kfz tätig. Sie habe nicht die nötigen Kapazitäten und das nötige Know-How, um die ausgeschriebenen Fahrzeuge herzustellen. In der mündlichen Verhandlung wiederholte die ASt ihren Angriff auf die Eignung der Bg zu 1 und der Bg zu 2 ohne nähere Substantiierung.

Die ASt beantragt,

1. unverzüglich gegen die Ag das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten,
2. die Ag zu verpflichten, die Angebotswertung und -prüfung unter Einschluss der Angebote der ASt für die Lose 3 und 4 umgehend unter Einhaltung des geltenden Rechts sowie unter Beachtung der Hinweise der Vergabekammer zu wiederholen.

hilfsweise zu 2.

die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren auf den Zeitpunkt vor Aufforderung zur Abgabe finaler Angebote zurückzusetzen.

3. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB,
4. auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt in dem Nachprüfungsverfahren notwendig gewesen ist.

Ferner, den Nachprüfungsantrag gemäß § 169 Abs. 1 GWB unverzüglich zuzustellen.

b) Die Ag beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unbegründet zurückgewiesen.
2. Der Hilfsantrag wird als unbegründet zurückgewiesen.
3. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Ag ist der Ansicht, dass die Rüge der ASt nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert sei, soweit diese die Zulässigkeit der Anforderung nach einer vollständigen Neuzertifizierung betreffe.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag darüber hinaus zudem für unbegründet. Sie versteht die Angaben der ASt im Angebotsschreiben vom 25. September 2017, maßgeblich in den Ziff. 10 und 14 so, dass die ASt darin erklärt habe, keine vollständige Neuzertifizierung vornehmen zu wollen. Dies schließt die Ag aus dem Erklärungsinhalt der Ziff. 10 und 14, wonach die ASt angegeben hat, bereits über Zertifikate zu verfügen und einige Umfänge der Zertifizierung wiederholen zu müssen und dass diese nach 8 Monaten vorgelegt würden. Die Erklärungen der ASt seien daher eindeutig im obigen Sinne auszulegen und könnten nicht fehlgedeutet werden. Es sei auch keine klare, ausdrückliche Bestätigung vorhanden, aus der erkennbar sei, dass eine vollständige Zertifizierung durchgeführt werden solle. Vor diesem Hintergrund sei auch keine Aufklärung über Zweifel im Angebot der ASt geboten gewesen. Auch ein „Nachhaken“ zu Korrekturzwecken sei daher nicht in Betracht gekommen und hätte überdies den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt.

Mit der Anforderung der vollständigen Neuzertifizierung im Bieterhinweis Nr. 9 vom 8. September 2017 habe die Ag bezweckt, die Nachweislage bei den Bietern zu bereinigen, da alle Bieter [...] gehabt hätten. Die für die Fahrzeuge je nach Los vorgesehenen Ausstattungen (Funkausstattung, [...]) seien kein Bestandteil der bisher absolvierten Zertifizierungstests gewesen. Um eine einheitliche technische Umsetzung und eine vergleichbare Kalkulation der Zertifizierungskosten zu ermöglichen, habe man sich letztlich für die vollständige Neuzertifizierung der Fahrzeuge entschieden. Dieser

Vorgang bedinge zwar höheren technischen und finanziellen Aufwand, der aber für alle Bieter gleich sei. Der technische Aufwand sei dann durch die Zusammenlegung der Lose zumindest reduziert worden. Der finanzielle Aufwand sei ohnehin über den Preis von der Ag zu tragen. Aus den in der Kalkulationsübersicht der ASt, die dem Angebot beigelegt gewesen sei, sei für die Ag aus den dort enthaltenen anteiligen Zertifizierungskosten pro Fahrzeug nicht erkennbar, ob es sich um anteilige Kosten für die verlangte vollständige Zertifizierung oder für eine Teilzertifizierung handele.

Hinsichtlich der Rüge, es habe an eindeutigen Vorgaben im Hinblick auf die Zertifizierung gefehlt, verweist die Ag auf die Bietermitteilung Nr. 9 und den darin enthaltenen Bezug auf die „vollständige Neuzertifizierung gemäß den Vorgaben der Leistungsbeschreibung“. Soweit sich aus der Leistungsbeschreibung (Teil I, Ziff. 2) ergebe, dass die Zertifizierungsunterlagen entweder mit dem Angebot oder spätestens mit der Lieferung des ersten KfZ vorzulegen seien, sei die Anforderung „*mit dem Angebot ... einzureichen*“ obsolet geworden.

3. Mit Beschluss vom 20. November 2017 in der Fassung der Berichtigungsbeschlüsse vom 23. und 27. November 2017 wurden die Bg zu 1 und 2, die für den Zuschlag bei Los 3 bzw. 4 vorgesehen waren, zum Verfahren hinzugezogen.
  - a) Die Bg zu 1 hat mit Schriftsatz vom 7. Dezember 2017 Stellung genommen. Sie ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag hinsichtlich des Vorbringens, die Anforderung nach einer vollständigen Neuzertifizierung sei unklar bzw. nachträglich rechtswidrig als Mindestanforderung gesetzt worden, nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert ist. Jedenfalls hält sie den Antrag für unbegründet. Das Angebot der ASt sei zwingend nach § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV auszuschließen gewesen, da die geforderte vollständige Neuzertifizierung eindeutig gewesen, aber nach Auslegung der Ziff. 10 und 14 des Angebotsschreibens der ASt vom 25. September 2017 von der ASt nicht angeboten worden sei. Eine Aufklärung zum Angebotsschreiben der ASt sei nicht geboten gewesen, da die Ag in ihrem Bieterhinweis Nr. 9 vom 8. September 2017 unmissverständlich und für alle Bieter transparent und diskriminierungsfrei entsprechende Bieterfragen geklärt habe. Danach sei für alle Bieter klar gewesen, dass nur eine vollständige Neuzertifizierung anzubieten sei. Die Bg zu 1 geht vor diesem Hintergrund davon aus, eine Aufklärung hätte dazu geführt, das Angebot der ASt unter Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot erst zuschlagsfähig zu machen. Letztlich

sei die Ag in dem laufenden Verhandlungsverfahren berechtigt gewesen, ihre Anforderungen im Hinblick auf das abzugebende finale Angebot nochmals zu konkretisieren.

Die Bg zu 1 stellt keine konkreten Anträge.

- b) Die Bg zu 2 hat mit Schriftsatz vom 4. Dezember 2017 Stellung genommen. Sie ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf das Vorbringen, die Anforderung nach einer vollständigen Neuzertifizierung sei unklar, jedenfalls aber vergaberechtlich unzulässig gewesen, wegen § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert ist. Darüber hinaus hält die Bg zu 2 mit im Wesentlichen den Ausführungen der Ag und der Bg zu 1 entsprechenden Erwägungen den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Im Hinblick auf die von der ASt vorgetragenen und durch Vorlage eines entsprechenden Presseartikels im Nachprüfungsantrag untermauerten Zweifel an der Eignung der Bg zu 2 legt diese überdies die Kopie eines Einstellungsschreibens der zuständigen Staatsanwaltschaft nach § 170 Abs. 2 StPO vor.

Die Bg zu 2 beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 16. November 2017 zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg zu 2 aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg zu 2 für notwendig zu erklären,
4. der Bg zu 2 Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren.

4. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, der ASt sowie den Bg zu 1 und 2 auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 19. Dezember 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.

Die reguläre Entscheidungsfrist wurde mit Verfügung der Vorsitzenden vom 21. Dezember 2017 verlängert bis zum 8. Januar 2018 einschließlich.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig (1.) und, soweit er zulässig ist, teilweise begründet (2.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig.

a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Lieferauftrag im Anwendungsbereich der VSVgV – sind zweifelsfrei erfüllt. Die Ag ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB, die Vergabekammer ist demnach gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 1 GWB zuständig. Die ASt hat Angebote für die Lose 3 und 4 abgegeben; sie ist damit antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB.

b) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nur teilweise fristgerecht nachgekommen.

aa) Die ASt ist mit ihrem Rügevorbringen im Hinblick auf die fehlerhafte Nichtwertung ihres Angebotes bzw. die unterlassene Aufklärung nicht präkludiert nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Die ASt hat auf die Mitteilung der Ag nach § 134 GWB vom 6. November 2017 den eigenen Angebotsausschluss und in diesem Zusammenhang die unterlassene Aufklärung frühestens mit Schreiben vom 9. und nochmals ausdrücklich vom 13. November 2017 jedenfalls binnen der Zehn-Tage-Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt.

bb) Soweit die ASt ferner bemängelt hat, die Anforderung der Ag nach einer vollständigen Neuzertifizierung sei unklar bzw. nicht als Ausschlusskriterium definiert worden, liegt ebenfalls keine Präklusion der Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB vor, da die ASt eine angebliche Unklarheit in tatsächlicher Hinsicht vermeintlich erst mit dem von der Ag vorgenommenem Ausschluss ihres Angebots erkannte.

cc) Ihre Zweifel an der Eignung der Bg zu 1 und 2 rügte die ASt dagegen nicht rechtzeitig im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB binnen der vorgesehenen 10-Tagesfrist ab Erkennen. Die ASt hat es vielmehr unterlassen, eine nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB gebotene Rüge insoweit bei der Ag anzubringen, die den Maßgaben der Norm entsprochen hätte.

(1) Erforderlich für eine Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist ein positives Erkennen des Vergaberechtsverstoßes. Das ist der Fall, wenn die den Verstoß begründenden Tatsachen bekannt sind und aus den Tatsachen auf einen Vergaberechtsverstoß geschlossen wird. Ausreichend ist eine laienhafte rechtliche Wertung, dass das Handeln des Auftraggebers vergaberechtlich zu beanstanden sei (Wiese, in: Kulartz u.a., Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 160 Rdnr. 140 mwN).

Dieses Erkennen war schon frühzeitig bei der ASt gegeben, nämlich spätestens zu ihrem Rüge-Schreiben vom 13. November 2017. Die Zweifel an der Eignung der Bg zu 1 und 2 trug die ASt erstmals in ihrem Rüge-Schreiben vom 13. November 2017 vor, ohne aber den ihren Zweifeln zugrunde liegenden Sachverhalt überhaupt zu konkretisieren und der Ag insofern eine Abhilfemöglichkeit einzuräumen. Die ASt berief sich in ihrem Schreiben vom 13. November 2017 gleichwohl darauf, dass „gegenwärtig...für uns in berechtigter Weise davon auszugehen [ist], dass die Zuverlässigkeit dieser Unternehmen in Frage steht.“ Daraus geht hervor, dass ihr entsprechende Gründe, die ihr Anlass zu Zweifeln an der Eignung gaben, durchaus bekannt gewesen sind.

(2) Die Ag hatte unter Ziff.VI.4.2 der Auftragsbekanntmachung auch auf die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB hingewiesen, so dass die ASt hinreichend belehrt worden war, etwaige Vergaberechtsverstöße fristgemäß bei der Vergabestelle vorzutragen.

(3) Die Darlegungen der ASt im Rüge-Schreiben vom 13. November 2017 entsprechen aber nicht den Maßgaben des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Erforderlich ist dafür jedenfalls eine Mitteilung von Gründen, aus denen der Auftraggeber überhaupt entnehmen kann, dass und worin ein möglicher Vergaberechtsverstoß liegt. Notwendig ist somit ein hinreichendes Maß an Substanz, um dem Auftraggeber

eine Überprüfung und ggf. Abhilfe zu ermöglichen bzw. überhaupt aufzuzeigen, wo er mit seinen Überprüfungen anzusetzen hat; bloße unkonkretisierte Behauptungen reichen nicht aus, um eine den Maßstäben des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gebotene Rüge erheben zu können.

Eine Offenlegung ihrer in „berechtigter Weise“ angenommenen Zweifel an der Zuverlässigkeit/Eignung der Bg zu 1 und 2 vermied die ASt im Rüge-Schreiben vom 13. November 2017 gerade. Wie oben schon ausgeführt, beschränkte sich die ASt in dem Schreiben vom 13. November 2017 darauf mitzuteilen, dass „gegenwärtig...für uns in berechtigter Weise davon auszugehen [ist], dass die Zuverlässigkeit dieser Unternehmen in Frage steht.“ Insofern war ihr Vorbringen unsubstantiiert und gab der Ag so keine Möglichkeit, den behaupteten Vergabefehler frühzeitig zu korrigieren, was die Rügeobliegenheit aber gerade bezwecken soll. Die Ag konnte aus den unsubstantiierten Behauptungen nicht ansatzweise entnehmen, weshalb die Eignung der Bg zu 1 und 2 zu hinterfragen gewesen wäre. Welche Gründe die ASt zu der Einschätzung brachten, die Eignung der Bg zu 1 und 2 sei zu hinterfragen, konkretisierte die ASt vielmehr erstmals im Nachprüfungsantrag vom 16. November 2017. Vor diesem Hintergrund kann aber – mit Blick auf Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit, dem Auftraggeber frühzeitig Abhilfemöglichkeiten zu geben und unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden, – nicht mehr davon ausgegangen werden, dass die ASt dieses Vorbringen vor ihrem Nachprüfungsantrag rechtzeitig gerügt hat; sie hat – obgleich ihr entsprechende Informationen offenkundig bereits zum 13. November 2017 bekannt waren – vielmehr eine hinreichend substantiierte Rüge unterlassen. Die Ag hatte mit Blick auf die ihr seit dem 19. bzw. 20. Oktober 2017 vorliegenden und in der Vergabeakte auch dokumentierten „sauberen“ Bundeszentralregisterauszüge über die Bg zu 1 und 2 auch keinerlei Grund, bei der ASt ggf. nachzufragen.

- (4) Etwas Anderes zur Rügepräklusion ergibt sich auch nicht im Hinblick auf die Bg zu 2, weil die Ag zu dieser erst mit Schreiben vom 22. November 2017 mitteilte, dass es sich dabei um eine Bietergemeinschaft handelt. In der Mitteilung nach § 134 GWB vom 6. November 2017 hatte sie zunächst unzutreffend mitgeteilt, der Zuschlag für das Los 3 solle lediglich an die [...] erteilt werden. Da die ASt vor ihrem Nachprüfungsantrag letztlich keinerlei konkrete Anhaltspunkte vorgetragen hat, war für die Ag auch im Hinblick auf die Bg zu 2 erst recht nicht erkennbar, ob

und inwieweit die ASt [...] für ungeeignet hielt. Hätte die Ag ihre Zweifel an der Eignung von [...] aus dem Nachprüfungsantrag bereits in ihrem Schreiben vom 13. November 2017 mitgeteilt, wäre der Ag bereits zu diesem Zeitpunkt aufgefallen, dass ihr offensichtlich ein Fehler bei der Mitteilung nach § 134 GWB unterlaufen ist. Sie hätte dann ihren Fehler bereits frühzeitig erkennen können und die Korrekturmitteilung zu dem Umstand, dass der Zuschlag für Los 3 an die Bietergemeinschaft der Bg zu 1 gehen soll, nicht erst am 22. November 2017 – augenscheinlich erst veranlasst durch den Vortrag der ASt im Nachprüfungsantrag vom 16. November 2017 – sondern deutlich früher veranlassen können. Der Nachprüfungsantrag der ASt wäre in diesem Punkte dann möglicherweise entbehrlich gewesen.

- (5) Bestenfalls mögen die Ausführungen der ASt im Nachprüfungsantrag also eine schlichte Anregung an Ag bzw. Vergabekammer gewesen sein. Insofern ist allerdings festzuhalten, dass sich in der mündlichen Verhandlung auf Erklärung der Ag ergeben hat, dass die von der ASt vorgetragenen Zweifel in der Sache unbegründet sind.
- c) Mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 16. November 2017 hat die ASt ebenfalls die 15-Kalendertagefrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB eingehalten, unabhängig davon, ob man für die Nichtabhilfe-Mitteilung durch die Ag bereits auf deren Schreiben vom 10. oder 16. November 2017 abstellt.
2. Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er begründet, insoweit die Ag es unterlassen hat, bei der ASt den genauen Erklärungsinhalt ihres Angebotsschreibens vom 25. September 2017 im Hinblick auf die geforderte vollständige Neuzertifizierung aufzuklären. Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag unbegründet.
  - a) Die Anforderung der Ag in der Bietermitteilung Nr. 9 vom 8. September 2017 war vergaberechtlich statthaft.
    - (1) Die Ag nahm in ihrer Bietermitteilung Nr. 9 vom 8. September 2017 mit der Anforderung einer „vollständigen Neuzertifizierung gemäß den Vorgaben Leistungsbeschreibung“ für jedes der neuzugeschnittenen Lose 3 und 4 eine im Hinblick auf § 119 Abs. 5 GWB vergaberechtlich zulässige Anpassung ihrer Bedingungen im

Verhandlungsverfahren vor, die allen Bietern transparent und diskriminierungsfrei kommuniziert worden war.

- (2) Aus der Angebotsaufforderung der Bietermitteilung Nr. 9 ging für die Bieter nach dem maßgeblichen verobjektivierten Empfängerhorizont entsprechend §§ 133, 157 BGB ferner unmissverständlich hervor, dass die erforderlichen Zertifizierungen nach wie vor Ausschlusskriterien waren. Soweit die ASt insofern meint, dies sei aus der Mitteilung Nr. 9 nicht ersichtlich gewesen, geht die Annahme fehl. Die Aufforderung in der Bietermitteilung Nr. 9 nahm ausdrücklich Bezug auf die vollständige Neuzertifizierung „gemäß den Vorgaben der Leistungsbeschreibung“. Aus den weiteren Vorgaben geht hervor, dass sich die Zertifizierungen auf den Ausbauzustand nach den Leistungsbeschreibungen für das ursprüngliche Los 2 und das ursprüngliche Los 3 im Teil I Punkt 2 (einschließlich Funkausstattung) beziehen mussten. Aus dieser Vorgabe für den zugrunde zu legenden Ausbauzustand war gleichzeitig unmissverständlich ersichtlich, welche der ursprünglichen Leistungsbeschreibungen zu berücksichtigen waren. In diesen Leistungsbeschreibungen waren die Zertifizierungen von Anfang an ausdrücklich als Ausschlusskriterien definiert (vgl. Teil II Ziff. 1 und 1.1.17). Daran hat sich durch die Bietermitteilung Nr. 9 nichts geändert.
- (3) Die Anforderung der „vollständigen Neuzertifizierung gemäß Leistungsbeschreibung“ war nach den Maßgaben des verobjektivierten Empfängerhorizonts für einen fachkundigen Bieter auch unmissverständlich dahin zu verstehen, dass für die beiden neuen Lose die Fahrzeuge in vollem Umfang im Hinblick auf [...] neu zu zertifizieren waren. Dies ist zwischen den Beteiligten letztlich unstrittig, wie es auch die mündliche Verhandlung ergeben hat. Für die ASt ist bereits ihren beiden Stellungnahmen vom 11. Dezember 2017 zu entnehmen, dass auch sie dieses Verständnis hatte (s. insbesondere Seite 6 oben der Stellungnahme der Verfahrensbevollmächtigten der ASt vom 11. Dezember 2017).
- (4) Der von der ASt vorgetragene Annahme, die Forderung nach einer vollständigen Neuzertifizierung sei unverhältnismäßig oder hänge weitergehend sogar nicht mit dem Auftragsgegenstand zusammen, kann definitiv nicht gefolgt werden. Die vollständige Neuzertifizierung dient dem Zweck, das Standhalten des Fahrzeugs im Ernstfall eines [...] zu verifizieren. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass diese

Verifizierung mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängt und dass der Wunsch nach Verifizierung angesichts der betroffenen Rechtsgüter – [...] – nicht unverhältnismäßig ist, zumal die Ag ausdrücklich vorgegeben hat, dass die Bieter diese Position – Durchführung der vollständigen Neuzertifizierung – in die anzubietenden Fahrzeugpreise mit einkalkulieren sollen. Die Ag verlangt also nicht etwa, dass die Bieter die in erheblicher Höhe anfallenden Kosten für die Neuzertifizierung selbst tragen müssen, ohne zu wissen, ob der einzelne Bieter den Zuschlag erhalten wird, sondern sie übernimmt die Kosten hierfür und verlangt den Zertifizierungsnachweis ausschließlich vom Zuschlagsempfänger binnen acht Monaten nach Zuschlagserteilung. Worin hier eine Unverhältnismäßigkeit zu sehen sein soll, erschließt sich nicht.

- b) Die Ag hätte die Angebote der ASt für die Lose 3 und 4 nach dem derzeit in der Vergabeakte dokumentierten Stand des Vergabeverfahrens allerdings nicht nach § 31 Abs. 2 Nr.4 VSVgV ausschließen dürfen, weil sie den erforderlichen Sachverhalt, auf dessen Grundlage nach diesen Vorschriften ein Ausschluss zu verfügen gewesen wäre, bislang noch nicht abschließend ermittelt hat.

Nach § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV werden Angebote ausgeschlossen, bei denen Änderungen oder Ergänzungen des Bieters an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind. Um den Ausschluss von Angeboten auf diesen Tatbestand zu stützen, müssen vom öffentlichen Auftraggeber die erforderlichen Tatsachen abschließend assermittelt worden sein. Daran fehlt es hier.

- aa) Die Ag stützt ihre Entscheidung lt. ihres in der Vergabeakte dokumentierten Vermerks „Vergabeentscheidung“ vom 20. Oktober 2017 darauf, dass die ASt die mit der Bieterinformation Nr. 9 versandte Angebotsaufforderung und die darin geänderten Zertifikatsanforderungen nicht umgesetzt habe. Die ASt habe in ihrem Angebotsschreiben vom 25. September 2017 angegeben, das zu beschaffende Fahrzeug bereits [...] zertifiziert zu haben und nur einige Teile dieser Zertifizierung zu wiederholen. Daher sei die Vorgabe einer „vollständigen Neuzertifizierung gemäß den Vorgaben der Leistungsbeschreibung im Teil I Punkt 2 definierten Ausbaustand (einschließlich Funkausstattung) nicht erfüllt“. Die Los-Angebote könnten daher nicht gewertet werden. In diesem Sinne hat die Ag auch ihre Mitteilung nach § 134 GWB vom 6. November 2017 an die ASt formuliert.

In ihrem Schreiben vom 10. und nochmals vom 16. November 2017 auf die Rüge der ASt hat die Ag ergänzend ausgeführt, sie habe den Erklärungsinhalt des Angebots vom 25. September 2017, insbesondere im Hinblick auf die dortigen Punkte 10 und 14, dahin verstanden, dass der Umfang der Neuzertifizierung nicht den Vorgaben der Bietermitteilung Nr. 9 vom 8. September 2017 entspreche. In Punkt 10 habe die ASt angegeben, bereits ein Fahrzeug des zu beschaffenden Typs zertifiziert zu haben, die vorhandenen Zertifikate beigelegt und dann ausgeführt *„wir werden jedoch einige Umfänge der Zertifizierung wiederholen müssen“*. Zu Punkt 14 habe die ASt ausgeführt: *„Wir werden die Zertifizierung teilweise wiederholen müssen...“*. Aus diesen Angaben zur *teilweisen* Wiederholung im Zusammenhang mit dem Umstand, dass die aus früheren Tests bei der ASt vorhandenen Zertifikate beigelegt waren, habe die Ag geschlossen, dass damit gerade keine vollständige Neuzertifizierung gemäß der Vorgabe in Bieterinformation Nr. 9 erfolgen werde. Vielmehr habe die ASt damit *„ausdrücklich Abstand von einer vollständigen Neuzertifizierung genommen“*.

Die Ag hat im Nachprüfungsverfahren außerdem angegeben, dass ihr vorstehend wiedergegebenes Auslegungsergebnis ein eindeutiges Abweichen (*„ausdrücklich Abstand genommen“*) von den Vergabeunterlagen ergeben habe; Unsicherheiten und Zweifel über den Erklärungsinhalt des Angebotes der ASt vom 25. September 2017 bestünden nicht. Daher habe sie auch keinen Anlass gesehen, bei der ASt aufklärend nachzufragen.

bb) Eine Auslegung des Angebots der ASt vom 25. September 2017 nach dem maßgeblichen verobjektivierten Empfängerhorizont nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB ergibt allerdings, dass dessen Erklärungsinhalt hinsichtlich der Anforderung der Bieterinformation Nr. 9 vom 8. September 2017 nach einer *„vollständigen Neuzertifizierung gemäß näherer Einzelheiten der Leistungsbeschreibung...“* gerade nicht eindeutig und frei von Zweifeln ist.

(1) Zwar ist der Ag zuzugeben, dass insbesondere die Formulierungen in den Punkten 10 und 14 des Angebotsschreibens der ASt vom 25. September 2017, es würden Zertifizierungen teilweise wiederholt, isoliert betrachtet den Eindruck erwecken können, als solle gerade keine vollständige Neuzertifizierung

angeboten werden. Dieser Eindruck wird noch durch den Umstand verstärkt, dass die ASt ihr bereits vorliegende (mithin nicht neue) Zertifikate mit dem Angebot übermittelt hat.

- (2) Allerdings ist in die Auslegung der Gesamtzusammenhang des Angebotes vom 25. September 2017 einzubeziehen. Daraus geht zunächst hervor, dass die ASt unter Punkt 10 des Angebotsschreibens ebenfalls erklärt hat *„Wir bestätigen, dass wir alle geforderten Zertifikate spätestens 8 Monate nach Auftragserteilung vorlegen werden.“* Des Weiteren hat die ASt mit diesem Angebot eine Kalkulationsübersicht für die beiden Los-Angebote vorgelegt, in denen anteilige Zertifizierungskosten enthalten sind (siehe Anlage G15 des Nachprüfungsantrags). Die Kalkulationstabelle hatte die Ag im Verhandlungsgespräch vom 30. August 2017 bei der ASt angefordert, um die Auskömmlichkeit ihrer Preise zu prüfen. Hierzu hatte die Ag bereits in ihrem Vermerk „Vorläufiges Prüfergebnis“ mit Stand vom 14. August 2017 einen entsprechenden Prüfbedarf dokumentiert.

Zu dieser Kalkulationstabelle hat die Ag in ihrer Stellungnahme vom 23. November 2017 ausgeführt, daraus ergebe sich für sie kein Hinweis darauf, ob es sich um die Kosten für die verlangte vollständige Zertifizierung oder um eine Teilzertifizierung handele (Seite 6 der Stellungnahme der Ag vom 23. November 2017). In der mündlichen Verhandlung hat die Ag dies dahin konkretisiert, die anteilig von der ASt angegebenen Zertifizierungskosten seien schlicht nicht weiter aufgeschlüsselt, es sei so auch nicht erkennbar, inwieweit die anteiligen Zertifizierungskosten nur die verbindlich ausgeschriebene Stückzahl an Fahrzeugen oder auch die optionale Stückzahl einbeziehe. Allerdings finden sich in der im Verhandlungsprotokoll vom 30. August 2017 dokumentierten Aufforderung der Ag, die Auskömmlichkeit der Angebote zu bestätigen, keine näheren Maßgaben für die Angaben zu den Zertifizierungskosten. Daraus ergibt sich zum einen, dass die anteiligen Zertifizierungskosten für die Ag ein sachgemäßes Indiz darstellen können, um nachzuvollziehen, ob das Angebot der ASt die geforderte vollständige Neuzertifizierung ausschreibungskonform beinhaltet oder nicht. Zum anderen ergibt sich, dass der Ag gerade unklar war, ob die von

der ASt angegebenen anteiligen Zertifizierungskosten eine unmissverständliche Einordnung ermöglichen, ob sie eine vollständige Zertifizierung abzubilden vermögen oder nicht.

Ag und Bg zu 1 und 2 haben in der mündlichen Verhandlung allerdings angeführt, dass die Angabe zu den anteiligen Zertifizierungskosten keinen zuverlässigen Rückschluss ermögliche, da auch der von der Ag gezogene Schluss, die ASt habe keine vollständige Neuzertifizierung, sondern nur eine ergänzende bzw. teilweise Zertifizierung angeboten, jedenfalls Zertifizierungskosten voraussetze. Sie sehen die Gefahr, dass das Angebot der ASt, dessen Erklärungsinhalt sie eindeutig für nicht ausschreibungskonform halten, durch eine Nachfrage unter Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot erst zuschlagsfähig gemacht werde, indem der ASt die Möglichkeit gegeben wird, sich nunmehr manipulativ zu erklären, was gewissermaßen dem Risiko einer gewissen Beliebigkeit ausgesetzt sei, da die ASt es in der Hand habe, ihren Kalkulationsansatz nachträglich im Sinne einer ursprünglich möglicherweise nicht angebotenen vollständigen Neuzertifizierung zu rechtfertigen.

Zu dem Aspekt der Zertifizierungskosten hat die Ag allerdings, worauf die ASt in der mündlichen Verhandlung auch zutreffend hingewiesen hat, gerade keine Vorgaben gemacht, in welcher Tiefe diese darzustellen sind. Die ASt hat die Kalkulationsübersicht auf Aufforderung der Ag in dem Verhandlungsgespräch am 30. August 2017 erstellt, wonach pauschal die „solide Kalkulation“ belegt werden sollte, und mit dem Angebot vom 25. September 2017 eingereicht. Das in der Vergabeakte dokumentierte Protokoll des Verhandlungsgesprächs vom 30. August 2017 unter Punkt 12 enthält lediglich die Bitte, die solide Kalkulation nachzuweisen, sonst nichts. An die daraufhin erstellte Kalkulationsübersicht ist die ASt seit Einreichung ihres Angebots vom 25. September 2017 gebunden, so dass im Hinblick auf die Höhe der anteiligen Zertifizierungskosten gerade keine Manipulationsmöglichkeit mehr besteht.

- (3) Vor diesem Hintergrund ist derzeit also nicht auszuschließen, dass das Angebot der ASt entweder im Sinne der Ag oder im Sinne der ASt zu verstehen ist. Eine klare und missverständnisfreie Einschätzung, ob die ASt die vollständige

Neuzertifizierung angeboten hat oder nur eine teilweise durchzuführende Zertifizierung, ist somit derzeit auf der Grundlage des von der Ag ermittelten Sachverhaltes nicht möglich.

Vielmehr obliegt es der Ag, durch entsprechende Aufklärungsmaßnahmen zu ermitteln, ob sich aus dem Angebot der ASt vom 25. September 2017 unter Berücksichtigung der anteiligen Zertifizierungskosten und der Bestätigung gem. Ziff. 10 des Angebotsschreibens, alle geforderten Zertifikate fristgemäß vorzulegen, nachvollziehen lässt, dass damit die geforderte vollständige Neuzertifizierung gemäß Leistungsbeschreibung angeboten und auch kalkuliert wurde, und sich der im Hinblick auf die weiteren Angaben unter Ziff. 10, 14 des Angebotsschreibens zu Tage tretende Widerspruch, die ASt werde ihre Zertifizierung lediglich teilweise wiederholen, nachvollziehbar ausräumen lässt oder nicht.

- cc) Aus dem Vorstehenden folgt, dass das sich aus dem Nachprüfungsantrag ergebende primäre Rechtsschutzziel, den als fehlerhaft gerügten Ausschluss des Angebotes der ASt rückgängig zu machen und die Ag zu verpflichten, die Angebotswertung und –prüfung unter Einschluss der Angebote der ASt für Lose 3 und 4 zu wiederholen, nicht durchgreift und der Nachprüfungsantrag insoweit unbegründet ist. Berechtigt ist nur das Begehren der ASt nach einem derzeit ergebnisoffenen Zwischenschritt, nämlich nach der Durchführung einer Angebotsaufklärung, die z.B. gemäß § 15 Abs. 5 VgV selbst in einem offenen Verfahren zulässig wäre, freilich ohne dabei den Angebotsinhalt abzuändern. Die Aufklärung ist auch im Sinne einer Verhältnismäßigkeit vorrangig vor dem Ausschluss wegen eines formellen Ausschlussgrundes auf der ersten Wertungsebene, zu der der Ausschluss wegen Abweichens von den Vorgaben zu rechnen ist (vgl. grundlegend zum Vorrang der Aufklärung vor Ausschluss wegen formeller Mängel OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – Verg 35/15).
3. Die Vergabekammer entscheidet nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

- a) Das Unterbinden des Zuschlags an die Bg zu 1 und 2 und die Verpflichtung der Ag, den festgestellten Widerspruch im Angebot der ASt durch eine ergänzende Angebotsprüfung aufzuklären, sind vor dem Hintergrund der festgestellten Mängel derzeit die geeigneten Maßnahmen. Sie sind ausreichend, um die Ag in die Lage zu versetzen, den entscheidungserheblichen Sachverhalt für die Prüfung der Angebote der ASt im Hinblick auf § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV abschließend zu ermitteln und auf dieser Grundlage in eigener Zuständigkeit zu entscheiden.
- b) Die Ag ist im Rahmen der Grundsätze des § 97 Abs. 1,2 GWB grundsätzlich frei, ihre Aufklärungsmaßnahmen zu gestalten, um feststellen zu können, ob die Angebote der ASt die Vorgaben der Bietermitteilung Nr. 9 vom 8. September 2017 entgegen § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV geändert bzw. ergänzt haben. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Ag die Angaben der ASt in ihrem Angebot vom 25. September 2017, insbesondere zu den anteiligen Zertifizierungskosten, zum Anlass nehmen kann, um von der ASt Aufklärung u.a. zu Inhalt, Zweck und Umfang dieser kalkulatorischen Positionen zu verlangen. Dabei kann die Ag sich von der ASt im Einzelnen die Informationen darlegen lassen, die sie für geboten erachtet, um auf der Grundlage der von der ASt in der vorgelegten Kalkulationsübersicht benannten anteiligen Zertifizierungskosten nachvollziehen zu können, ob die im Angebot enthaltene Bestätigung, alle geforderten Zertifikate fristgemäß vorzulegen, tatsächlich die geforderte „vollständige Neuzertifizierung gemäß den Vorgaben der Leistungsbeschreibung“ anbietet und die gleichzeitig enthaltenen Angaben, man müsse Zertifizierungen teilweise wiederholen, tatsächlich keine unzulässige Abweichung von den Vergabeunterlagen beinhalten.

Sofern die Ag, wie sie in der mündlichen Verhandlung angedeutet, aber nicht im Einzelnen konkretisiert hat, über eigene Erkenntnisse aus anderen vergleichbaren Vergabeverfahren zu Kosten für vollständige Zertifizierungen verfügen, ist nicht ersichtlich, was dagegen sprechen sollte, diese eigenen Erfahrungswerte bei ihrer Überprüfung der Antworten der ASt zu Plausibilisierungszwecken berücksichtigen, sofern es sich eben um vergleichbare Erfahrungswerte handelt. Ein solcher Prüfschritt wäre freilich in jedem Fall in der Vergabeakte transparent zu dokumentieren. Das Berücksichtigen solcher Erfahrungswerte bedeutet nicht, dass preisliche Erfahrungswerte der Ag in vergleichbaren Vergabeverfahren eine Grenze für die von der ASt benannten anteili-

gen Zertifizierungskosten in der Kalkulationsübersicht darstellen dürfen. Entsprechende Erfahrungswerte der Ag können aber im Zuge der Auswertung etwaiger Antworten der ASt durch die Ag berücksichtigt werden, um nachvollziehen zu können, ob die von der ASt angegebene Größenordnung für diese Kosten die Annahme plausibel stützen kann, es handele sich um Kosten für eine vollständige Neuzertifizierung oder eben nicht.

Zwar wird bei einer näheren Aufklärung ebenso zu berücksichtigen sein, dass die ASt insofern in ihrer Kalkulation frei ist und die Ag gerade keine entsprechenden Vorgaben gemacht hat. Die grundsätzliche Kalkulationsfreiheit der ASt mag ggf. beinhalten, was die ASt in der mündlichen Verhandlung lediglich allgemein angedeutet hat, dass die Zertifizierungskosten möglicherweise nur zu einem Teil auf die Angebote umgelegt worden sind. Gleichwohl ist die hier aufklärungsbedürftige Unsicherheit auf ihre mehrdeutigen Angaben zurückzuführen. In solch einem Fall wäre es ihr zuzumuten, auch einen solchen Umstand der Ag nachvollziehbar darzulegen, um dieser eine substantielle Einschätzung zu ermöglichen.

- c) Die hier gebotene Aufklärungsmaßnahme betrifft die förmliche Prüfung der Angebote der ASt für die Lose 3 und 4 im Hinblick auf die Frage, ob die Voraussetzungen des Ausschlussstatbestandes nach § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV gegeben sind. Sie steht neben der bereits im Verhandlungsgespräch vom 30. August 2017 abgeforderten und von der ASt mit dem Angebot vom 25. September 2017 übermittelten Kalkulationsübersicht, die für sich genommen als Maßnahme der Preisaufklärung zur Prüfung der Solidität der Kalkulation von der Ag nach der vorliegenden Vergabeakte bislang aufgrund des vorliegend streitigen Ausschlusses auf der formellen Wertungsstufe noch nicht weiter ausgewertet wurde, was ggf. – sollte der Ausschluss der ASt auf der ersten, formellen Wertungsstufe keinen Bestand haben – angesichts der Preisgestaltung in den Angeboten der ASt nach den Vorgaben der aktuellen Rechtsprechung (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16) noch nachzuholen sein dürfte.

### III.

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

Da die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag nur teilweise durchzudringen vermag, hat sie in entsprechendem Umfang die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu tragen. Die ASt unterliegt mit ihrem Vorbringen, mit dem sie die Eignung der Bg zu 1 und zu 2 in Zweifel gezogen und zur Überprüfung gestellt hat, bereits in der Zulässigkeit. In der Begründetheit hat sie mit ihrem verbleibenden Begehren sodann nur noch allenfalls zur Hälfte Erfolg. Dort dringt die ASt mit ihrem Begehren, die Ag zu verpflichten, ihre Angebote zu werten, aus den dargelegten Gründen nicht durch. Die Nachprüfung hat ergeben, dass die Ag lediglich die gebotene Aufklärung im Hinblick auf etwaige Abweichungen von den Vergabeunterlagen unterlassen hat. Alles in allem unterliegt die ASt danach insgesamt zu Dreivierteln ihres mit dem Nachprüfungsantrag unterbreiteten Begehrens.

Die Ag und die Bg zu 2 sowie die Bg zu 2 haben dementsprechend die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen zu tragen, soweit sie unterliegen.

Die zur Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg zu 1 und der Bg zu 2 sind der ASt aus Gründen der Billigkeit aufzuerlegen, soweit die ASt unterliegt. Die Billigkeitsgründe ergeben sich hier daraus, dass die ASt hat mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht nur die Wertung ihrer Angebote bezweckt, sondern auch einen unmittelbaren Interessengegensatz gegen die Bg zu 1 und der Bg 2 begründet hat, indem sie deren Eignung angezweifelt hat.

Die jeweilige Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt, die Bg zu 1 und die Bg zu 2 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