



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 58/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Rahmenvertrag zur Lieferung von elektrisch verstellbaren Bildschirmarbeitstischen“, [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Schlaghoff auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 2018 am 19. Juli 2018 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin hat das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht beginnend mit der Bekanntmachung entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch zur Hälfte. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens zur Hälfte.
3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zur Hälfte. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zur Hälfte.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und durch die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag), schrieb mit Bekanntmachung vom [...] im offenen Verfahren die Lieferung von elektrisch höhenverstellbaren Bildschirmarbeitstischen im Rahmen eines Rahmenvertrags aus [...]. Damit soll ein Beschaffungsbedarf von 40.000 Stück innerhalb einer Gesamtvertragslaufzeit von vier Jahren (unter Einbeziehung der Verlängerungsoptionen) gedeckt werden.

Unter Ziffer III.1.3 der Auftragsbekanntmachung (Technische und berufliche Leistungsfähigkeit) heißt es:

„1. Die Möblierungsgeräte sind nach den Technischen Lieferbedingungen (TL) herzustellen. Die TLs sind im Internet unter [...] abrufbar. Alternativen und Abweichungen in Konstruktion, Materialqualität und Ausführung werden nicht zugelassen. Entgegen den Bestimmungen einiger TL müssen folgende Prüfbescheinigungen mit der Angebotsabgabe vorgelegt werden: Prüfbescheinigung für das GS-Zeichen und Qualifiziertes Ergonomie-Prüfsiegel. (QEP nur bei best. Stühlen).

2. Der Bieter erklärt sich bereit, dem Auftraggeber bzw. der zuständigen Güteprüfstelle [...] noch vor Ablauf der Bindefrist kostenlos ein Erstmuster des von ihm angebotenen Artikels vorzustellen. [...] Die Aufforderung hierzu folgt mit separatem Schreiben. (falls erforderlich)“.

Bereits am 4. September 2017, am selben Tag, an dem auch die europaweite Bekanntmachung initiiert wurde, veröffentlichte die Ag das Vergabeverfahren auch über die nationale elektronische Vergabeplattform www.evergabe-online.de, nachdem beide Veröffentlichungsaufträge zuvor von der Ag zeitgleich versandt wurden.

Für die verfahrensgegenständlichem Bildschirmarbeitstische sind zwei TL der Ag relevant: Die TL [...], „*Möblierungsgerät Be- und Verarbeitung von Wertstoffen – Allgemeine Bedingungen*“ und die TL [...] „*Bildschirm-Arbeitstische*“. Diese konnten über weitere Unterseiten der unter Ziffer III.1.3 der Auftragsbekanntmachung benannten Seite [...] abgerufen werden. Hierzu war es allerdings erforderlich, die Links „*Technische Lieferbedingungen*“, „*Suche*“ und „*Verzeichnis der Technischen Lieferbedingungen*“ aufzurufen und in die Suchmaske die Nummern der beiden TL einzutragen.

Unter Ziffer 3.3 („*Güteprüfung*“) der TL [...] heißt es:

„Der amtliche Güteprüfer wird sich von der Einhaltung der technischen und technisch-organisatorischen Forderungen überzeugen.

Der amtliche Güteprüfer ist berechtigt, die in Abschnitt Qualitätsprüfungen genannten Ablieferungsprüfungen als Abnahmeprüfung nochmals durchführen zu lassen oder selbst durchzuführen.

Unter der Voraussetzung, dass der Auftragnehmer alle zur Sicherung erforderlichen Maßnahmen zur Zufriedenheit des amtlichen Güteprüfers durchgeführt hat, kann diese Abnahmeprüfung mit der Ablieferungsprüfung verbunden werden. In diesem Fall ist der Zeitpunkt für die Durchführung der Prüfung rechtzeitig mit dem amtlichen Güteprüfer abzustimmen.“

Auf Seite 2 der TL [...] heißt es unter „*Normative Verweisungen*“:

„Diese TL enthalten durch datierte und undatierte Verweisungen Festlegungen aus anderen Dokumenten (Normen, TL usw.). Diese Dokumente sind an den jeweiligen Stellen im Text zitiert (Normative Verweisung)

Zeichnungssatz (ZS)

[...]

ZS 4110 Bildschirmarbeitstisch, elektrisch höhenverstellbar. 1600 mm x 800 mm (Ausführung I)“

Weiter heißt es: *„Die Zeichnungssätze werden [...] nur bei Angebotsaufforderung/Auftrag soweit beim Auftragnehmer nicht vorhanden, oder auf besondere Anforderung, ausgegeben.“*

Unter Ziffer 1.2 („*Allgemeine technisch-organisatorische Anforderungen*“) der TL [...] wird ausgeführt:

„Spätestens bis zum Beginn der Güteprüfung sind die Forderungen nach Abschnitt 2 in diesen TL durch den DIN-Prüfbericht und die Prüfbescheinigung für das GS-Zeichen der Auftrag erteilenden Dienststelle und dem zuständigen amtlichen Güteprüfer zu belegen.

Darüber hinaus ist bei ausländischen Auftragnehmern eine Ausfertigung der Unterlagen [der Ag], vorzulegen.“

Unter Ziffer 2.1 („Technische Forderungen“ – „Leistungsbeschreibung“) der TL [...] wird ausgeführt:

„Bei Ausführung I müssen bei der maximalen Arbeitshöhe hinsichtlich der Belastung an einer Ecke mindestens 1200 N im Prüfbericht für das GS-Zeichen nachgewiesen werden.“

Unter Ziffer 2.1.1 („Tischplatte“) der TL [...] wird festgelegt: *„Die Tischplatte [...] 28 mm dick [...] beidseitig mit HPL/HCPL in Buche-Dekor [...] zu fertigen.“*

Unter Ziffer 2.1.3 („Höheneinstellung für Ausführung I“) der TL [...] heißt es:

„Die Hubeinrichtung besteht aus: [...]

- zwei Hubeinheiten, [...], geprüft nach DIN EN 60335-1 und UL 962 mit folgenden technischen Daten: Maximale Kraft pro Hubsäule 1200 N [...]“

Unter Ziffer 2.2 („Lieferumfang“) der TL [...] heißt es:

„Nach TL [...] und den unter "Normative Verweisungen" aufgeführten Zeichnungssätzen.

[...]

Ausführung I

Auf der linken Seite ist unterhalb der Tischplatte ein PC-Halter zu montieren und auf der rechten Seite das entsprechende Lochbild der Befestigungsschrauben zu markieren.

Die Eignung der PC-Halterung ist mit einem GS-Zeichen für den elektrisch höhenverstellbaren Steh-/Sitz Bildschirmarbeitstisch nachzuweisen.“

Unter Ziffer 2.3.1 („Sonstige Werkstoffe“) der TL [...] heißt es:

„Abdeckkappe 16 / 13,5 für Verbindung zwischen Gestell und Tischplatte, handelsüblich, Farbe schwarz, aus PE HD [...]

Lamellenstopfen für Rohre, handelsüblich, schwarz, aus PE, [...]“

Ziffer 2.5 („Oberflächenbehandlung“) der TL [...] enthält die Vorgabe:

„Farbe: RAL 7021 (schwarzgrau) für alle Metallteile“

Den in den Vergabeunterlagen in Bezug genommen Zeichnungssatz hatte die Beigeladene (Bg) im Rahmen eines früheren Auftrags im Jahr 2012 erstellt.

Alleiniges Zuschlagskriterium der Vergabe ist der Preis (Ziffer II.2.5 der Auftragsbekanntmachung). Als Schlusstermin für die Abgabe der Angebote wurde der 17. Oktober 2017 festgelegt (Ziffer IV.2.2 der Auftragsbekanntmachung).

Am 13. September 2017 bat die ASt einen Vertreter der Ag per E-Mail um Übersendung des Zeichnungssatzes ZS 4110 per E-Mail. Mit E-Mail vom 18. September 2017 erklärte dieser, dass der Zeichnungssatz ebenfalls über die unter Ziffer III.1.3 der Auftragsbekanntmachung benannte allgemeine Internetseite [...] abrufbar sei.

Hierzu war es erforderlich einem weiteren Link „*Technische Zeichnungen*“ auf der Rubrik „*Technische Lieferbedingungen*“ zu folgen, worauf eine E-Mail-Adresse des [...] angezeigt und die Übermittlung einer Reihe von Informationen einschließlich der Ausschreibungsnummer gefordert wurde.

Mit E-Mail vom 19. September 2017 bat die ASt unter der angegebenen E-Mail-Adresse um Übermittlung der erforderlichen Zeichnungssätze per E-Mail. Am 26. September 2017 erhielt die ASt ein auf den 20. September 2018 datiertes Übersendungsschreiben, das den Zeichnungssatz (ZS 4110) auf beigefügter CD/DVD enthielt. Auf zweifache zwischenzeitliche Nachfrage nach dem Verbleib teilte ein Vertreter des [...] am 25. September 2017 per E-Mail mit, dass die Unterlagen „*nur auf CD/DVD zur Verfügung gestellt*“ werden. Die auf der CD/DVD befindliche Datei (zip-file) mit dem Zeichnungssatz ZS 4110 hatte eine Größe von rund drei Megabyte.

Die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) gaben fristgerecht Angebote ab. Das von der ASt am 12. Oktober 2017 unterschriebene Angebot ging am 17. Oktober 2017 bei der Ag ein. Im Angebotsblatt der ASt wird die Ausführung „*gem. TL[...] Ausführung I*“ angeboten.

Mit E-Mail vom 2. November 2017 wies die Ag die ASt darauf hin, dass die mit dem Angebot vorgelegten Zertifikate unzureichend seien. In der E-Mail heißt es:

„1.) *Zertifikat Nr. DE 2-021978*

Aus dem Zertifikat ist nicht ersichtlich, aus welchen Elementen/Einheiten die Control Unit besteht.. Gefordert wird gemäß TL [...] Ziffer 2.1.3 die Einhaltung der Forderungen nach DIN EN 60335-1 und UL 962 für

• *Bedienungselement*

- *Steuerungseinheit*
- *Hubeinheit*

2.) *Zertifikat Nr. 0278 - P513 ... (GS-Zeichen)*

Dieses Prüfzertifikat gilt nur für den [...] Tisch "Typ [...]". Also nicht für den ausgeschriebenen Tisch.

Vorzulegen ist das GS-Zeichen (mit Prüfbericht) für den elektr. Höhenverstellbaren Bildschirmarbeitsstisch mit montierter PC-Halterung nach TL [...].“

Am 15. November übermittelte die ASt der Ag per E-Mail weitere Zertifikate u.a. ein Zertifikat für die Hubsäulen und kündigte die baldige Weiterleitung eines weiteren GS-Zertifikats an. In dem übermittelten Zertifikat für die Hubsäulen war angegeben: „*Max. load: 800 N*“.

Mit E-Mails vom 24. November 2017 übermittelte die ASt eine Bestätigung des TÜV [...], nach der sich der Arbeitstisch „*Typ [...]*“ in der GS-Prüfung befinde und erklärte, dass der für die verfahrensgegenständliche Ausschreibung neu entwickelte Tisch zur Bemusterung in Kürze zur Verfügung stehe. Weiter wird von der ASt ausgeführt:

„Das Zertifikat der Hubeinheit (Control System EN60335-1.pdf), welches wir zukommen ließen, gibt eine: Max. Last 800N (pro Hubeinheit) an. Da der Arbeitstisch aus zwei Hubeinheiten besteht, ist die Gesamtlast viel größer.

Nach den technischen Spezifikationen der Ausschreibung, Punkt 2.1 der TL [...] müssen bei der maximalen Arbeitshöhe hinsichtlich der Belastung an einer Ecke mindestens 1200 N im Prüfbericht für das GS-Zeichen nachgewiesen werden. Im GS-Zertifikat Prüfbericht, die wir Ihnen bereits vorgelegt haben, als auch das, dass wir Ihnen neu einreichen werden, wird eine Last von 125 kg bewiesen = 1226 N.“

Auf Aufforderung der Ag stellte die ASt ein Erstmuster am 13. Dezember 2017 zur Prüfung vor. Nach dem Erstbemusterungstermin wiesen die von der Ag beauftragten Prüfer per E-Mail vom 15. Dezember 2017 Ag-intern auf mehrere Mängel hin und forderten Nachbesserungen vorzunehmen. Im Einzelnen wurde u.a. moniert, dass:

- *„Der PC-Halter wurde rechts an der Tischplatte montiert. Eine Montage an der linken Tischseite ist wegen des Kabelkanals nicht möglich. Gemäß TL [...] muss eine Montage rechts oder links an der Tischplatte durchgeführt werden können. [...]*

- *Die Abdeckkappen (Stopfen) für die Löcher der Verbindungsschrauben von Gestell und Tischplatte müssen angebracht werden.*
- *Das Bedienelement ist soweit zurückzusetzen, dass kein Überstand zur Tischkante entsteht. [...]*
- *Die eingebauten Hubeinheiten sind je für eine Kraft von 800 N ausgelegt. Gefordert wird nach TL eine maximale Kraft pro Hubsäule von 1200 N. Für diese Hubsäule muss ein Qualitätsprüfzeugnis schnellstens vorgelegt werden. Außerdem ist der Tisch mit den stärkeren Hubsäulen einer erneuten GS-Prüfung zu unterziehen (keine Nachprüfung). Es muss sich um den Tisch nach TL handeln.“*

Am 18. Dezember 2017 übermittelte die Ag diese Mängelliste der ASt wortgleich per E-Mail. Mit Antwort-E-Mail vom 19. Dezember 2017 erklärte die ASt zum ersten (PC-Halterung) und zum dritten Punkt (Positionierung des Bedienelements): „*wird überarbeitet*“ sowie hinsichtlich der Hubeinheiten: „*wir sind bereits in Kontakt mit dem TÜV damit diese Hürde bewältigt wird*“.

Mit E-Mail vom 5. Januar 2018 teilte die ASt der Ag mit, dass sie die „*neu konzipierten Hubeinheiten, die für 1.200 N ausgelegt und auch diese Bezeichnung tragen*“ erhalten hätten. In der Folge übermittelte die ASt am 10. Januar 2018 ein Prüfzertifikat, wodurch die ASt zu bestätigen suchte, dass die getestete Hubeinheit eine Tragfähigkeit von 1.200 N aufweise.

Mit Schreiben vom 19. Januar 2017 teilte der Bedarfsträger innerhalb der AG mit, dass die bei der Erstbemusterung festgestellten Mängel beseitigt worden seien.

In der Folge entschied die Ag der ASt den Zuschlag zu erteilen. Im Rahmen eines von der Bg beantragten Nachprüfungsverfahrens (VK 2-42/18) versetzte die Ag das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotswertung zurück. Daraufhin wurde das Nachprüfungsverfahren für erledigt erklärt.

Mit Schreiben vom 6. Juni 2018 teilte die Ag der ASt mit, dass ihr Angebot nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV wegen mehreren Abweichungen zu den festgelegten TL ausgeschlossen wurde und die Erteilung des Zuschlags an die Bg beabsichtigt werde.

Mit Schreiben vom 6. Juni 2018 erhob die ASt „*Einspruch*“ gegen den Ausschluss ihres Angebots sowie die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg. Mit E-Mail vom 7. Juni 2018 stellte die ASt mehrere Fragen an die Ag, welche diese am 12. Juni 2018 beantwortete und ausführte, dass die Bg im Jahr 2012 die technische Zeichnung ZS 4110 im Auftrag der Ag erstellt habe. Auf Nachfrage der ASt nach der Prüflast, mit der die GS-Zertifizierung des

Produktes der Bg durchgeführt wurde und welchen Radius die abgerundeten Ecken der Arbeitsflächen aufweisen, erklärte die Ag, dass Ihnen diese Informationen nicht bekannt seien. Die ASt rügte mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 14. Juni 2018 die Vorbereitung des Vergabeverfahrens unter Einbeziehung der Bg und den daraus resultierenden Wettbewerbsvorteil als vergaberechtswidrig. Mit Schreiben vom gleichen Tag wies die Ag die Rügen zurück.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 15. Juni 2018 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

a) Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen den Ausschluss ihres Angebots und macht geltend, dass stattdessen das Angebot der Bg auszuschließen sei.

Der Ausschluss ihres Angebots sei vergaberechtswidrig, weil die Pflicht zur Ablieferung eines Erstmusters eine vertragliche Pflicht sei, die zunächst einen wirksamen Zuschlag voraussetze. Diesbezüglich seien die Angaben in der Auftragsbekanntmachung einerseits und in den beiden TL (TL [...] und TL [...]) andererseits widersprüchlich.

Dies gelte für die geforderte Vorlage einer GS-Prüfbescheinigung, bei der unklar geblieben sei, welche Bescheinigung zu welchem Zeitpunkt vorzulegen gewesen sei.

Dies gelte auch für die Montage der PC-Halterung, deren Anforderung der TL [...] nicht eindeutig zu entnehmen sei. Auch die erforderlichen Abdeckkappen seien vorhanden gewesen, was sich aus einer vor dem Präsentationstermin aufgenommenen Fotografie ergebe. Darüber hinaus sei der zusätzliche Zeichnungssatz (ZS 4110), aus dem sich diese Anforderung ergeben könnte, nicht wirksam in die Vergabeunterlagen einbezogen worden. Dies gelte auch für die Positionierung der Bedieneinheit, die sich ausschließlich aus dem nicht einbezogenen Zeichnungssatz (ZS 4110) ergebe.

Der Zeichnungssatz ZS 4110 sei lediglich durch Verweisungen in der TL [...] aus einer Auflistung von über 30 Dokumenten in die Vergabeunterlagen integriert worden, sei den eigentlichen Vergabeunterlagen aber nicht beigelegt gewesen, sondern habe gesondert per E-Mail von der Ag abgerufen werden müssen. Dies genüge nicht den Anforderungen gemäß § 41 Abs. 1 VgV. Außerdem sei aus dem aufgedruckten Logo der Bg nicht erkennbar, in welcher Art und welchem Umfang die Bg einbezogen wurde.

Die verwendeten Hubeinheiten hätten tatsächlich von vorneherein die gemäß TL [...] geforderte Kraft von 1.200 N aufgewiesen. Dies ergebe sich aus dem Prüfzertifikat der [...] vom 10. Januar 2018.

Dagegen sei es im Präsentationstermin für das Erstmuster am 13. Dezember 2017 zu einem Missverständnis gekommen, weil der vorgestellte Schreibtisch mit einem Aufkleber mit der Angabe „800 N“ versehen gewesen sei. Bei dieser Angabe habe es sich *„jedoch lediglich um eine Herstellerempfehlung, die nicht der tatsächlichen Kraft der verwendeten Hubeinheiten entspricht“* gehandelt. Der ASt sei jedoch bekannt gewesen, dass *„die einzelnen Hubeinheiten sogar eine Kraft von mehr als 1.250 N widerstehen, weil der gesamte Schreibtisch im Rahmen der GS-Zertifizierung unter einer Belastung von 125 kg an der schwächsten Stelle getestet wurde“*, wozu sie auf das GS-Prüfzertifikat des TÜV [...] vom 19. August 2013 verwies.

Soweit die Ag auf eine scheinbare Abweichung zwischen dem GS-Prüfzertifikat des TÜV [...] und dem Angebots der ASt *„gem. TL [...] Ausführung I“* abstelle, hätte sie dies aufklären müssen, zumal es der ASt freigestellt gewesen sei, ein GS-Zertifikat bis zu einem späteren Zeitpunkt vorzulegen.

Auf die Nachforderung von Unterlagen durch die Ag nach dem Präsentationstermin am 13. Dezember 2017 seien diese nachgeliefert worden. Die E-Mail des Projektmanagers der ASt vom 5. Januar 2018, der nicht Deutsch als Muttersprache spreche und in der dieser auf *„neu konzipierte Hubeinheiten“* Bezug nahm, sei sprachlich missverständlich. Gemeint sei, dass lediglich *„ein neues Typenschild für dasselbe Modell [...] erstellt [werden sollte], das nunmehr die tatsächliche Kraft von 1200 N auch auswies.“* Aus den beiden vorgelegten Typenschildern, die dieselbe Modellnummer des Herstellers aufweisen, gehe hervor, dass es sich im Vergabeverfahren stets um dieselbe Hubeinheit gehandelt habe und dass kein Austausch oder Nachbesserung stattgefunden habe.

Die Ag habe bei der erneuten Angebotswertung gegen § 97 Abs. 2 GWB verstoßen, indem sie von der Bg – anders als von der ASt – kein Erstmuster zur Prüfung angefordert habe und die erforderliche Zertifizierung des Produktes der Bg nicht so intensiv geprüft habe, wie das der Bg. Dies ergebe sich daraus, dass die Ag auf Nachfrage nicht mitteilen konnte, mit welcher Prüflast bei der Zertifizierung des Produktes der Bg gearbeitet wurde und welchen Radius die abgerundeten Ecken der Arbeitsflächen aufweisen. Außerdem habe sie im Verfahren die Rügen der ASt und Bg unterschiedlich behandelt, indem sie der Rüge der Bg auch noch nach Ablauf der Wartefrist geprüft habe.

Die Ag sei verpflichtet gewesen, nach der Zurückversetzung des Verfahrens in die Angebotswertung eine erneute Aufklärung der Angebote vorzunehmen und hätte hierzu erneut Erstmuster anfordern müssen.

Das Angebot der Bg sei nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB auszuschließen, weil die Bg die technischen Zeichnungen (ZS 4110) angefertigt habe, die Gegenstand des

Vergabeverfahrens seien. Über die Vorbefassung der Bg sei die ASt nicht informiert worden und diese habe dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangt. Diesen Wettbewerbsvorteil habe die Ag der ASt nicht durch entsprechende Maßnahmen ausgeglichen, obwohl sie hierzu gemäß § 7 Abs. 1 VgV verpflichtet gewesen sei. Mit diesem Vortrag sei die ASt auch nicht präkludiert, weil sie erst mit Schreiben der Ag vom 12. Juni 2018 über die vorherige Beteiligung der Bg informiert worden sei.

Auch sei nicht auszuschließen, dass die im Inland ansässige Bg aufgrund der vorherigen nationalen Veröffentlichung vor der europaweiten Bekanntmachung früher von dem Auftrag erfuhr. Dies begründe einen Verstoß gegen § 40 Abs. 3 Satz 1 VgV i.V.m. § 97 Abs. 6 GWB.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen,
2. die Ag zu verpflichten, das Angebot der ASt zur weiteren Wertung zuzulassen,
3. die Ag zu verpflichten, die Bg von dem Verfahren auszuschließen,
4. der Ag die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen,
und
5. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
6. hilfsweise, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Ag zu verpflichten, diesen Beschaffungsbedarf unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in rechtskonformer Weise z.B. durch eine erneute, rechtskonforme Ausschreibung zu decken,
7. Akteneinsicht.

b) Die Ag beantragt,

1. die Anträge der Antragsschrift vom 15. Juni 2018 zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens sowie ihrer Aufwendungen aufzuerlegen.

Die Ag macht geltend, dass der Nachprüfungsantrag teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet sei.

Soweit die ASt die mangelnde Eindeutigkeit der TL geltend mache, sei sie mit diesem Vortrag präkludiert, weil sie diese nicht bis zum Ablauf der Angebotsabgabefrist gerügt habe.

Die ASt sei zu recht vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen, nachdem das Angebot der ASt nicht den TL entsprach.

Ausweislich des von der ASt eingereichten GS-Zertifikats des TÜV [...] vom 19. August 2013 weise der angebotene Tisch [...] eine unzureichende Tragkraft von 125 kg (entgegen Ziffer 2.1.3 der TL, die eine maximale Hubkraft je Hubsäule von 1.200 N fordere), eine zu geringe Plattenstärke von 2,5 cm (entgegen Ziffer 2.1.1 der TL: 28 mm), eine andere Beschichtung der Tischplatte (entgegen Ziffer 2.1.1 der TL) und eine andersfarbige Lackierung der Metallteile (entgegen Ziffer 2.5 der TL) auf.

Auch das im Präsentationstermin am 13. Dezember 2017 vorgestellte Erstmuster des Tisches habe nicht den Anforderungen der TL entsprochen, wie sich aus der Mängelliste ergebe, die die Ag am 18. Dezember 2017 per E-Mail an die ASt übermittelte. Die Ag bestreitet, dass es sich bei der Tragkraft der Hubsäulen um ein Missverständnis gehandelt habe. Dass kein Missverständnis vorgelegen habe, ergebe sich aus der E-Mail der ASt vom 24. November 2017, dem Typenschild des am 13. Dezember 2017 präsentierten Erstmusters und dem nachträglich am 10. Januar 2018 vorgelegten Prüfbericht der [...] der lediglich bescheinige, dass die Hubeinheiten höher belastet wurden, was aber eine ausschreibungskonforme Herstellerzulassung für eine Tragkraft von 1.200 N pro Hubsäule nicht ersetzen könne.

Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 2 GWB liege nicht vor, weil hinsichtlich des Angebots der Bg keine Notwendigkeit für eine weitere Aufklärung durch einen Erstmustertermin bestanden habe. Zum einen habe für das Produkt der Bg bereits ein gültiges GS-Prüfzertifikat vorgelegen und zum anderen habe die Bg – anders als die ASt – bereits in Vergangenheit die verfahrensgegenständlichen Bildschirmarbeitstische an die Ag geliefert.

Die Bg sei auch nicht gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB auszuschließen, weil keine Wettbewerbsverzerrung vorliege. Die Bg sei am 21. Dezember 2012 vertraglich mit der Erstellung von herstellernerutralen Zeichnungs- und Stücklistensätzen beauftragt worden. Auf dieser Grundlage könne jeder potentielle Bieter den ausgeschriebenen Bildschirmarbeitstisch herstellen.

- c) Die Bg stellt keinen ausdrücklichen Antrag, macht aber geltend, dass der Antrag teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet sei.

Die ASt sei mit der Rüge, dass die Bg in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war, präkludiert. Die ASt habe ihr Angebot auf der Grundlage des ihr rechtzeitig zur Verfügung gestellten Zeichnungssatzes ZS 4110 erstellt. Dass dieser von der Bg erstellt wurde, sei ohne weiteres aus dem Logo der Bg erkennbar gewesen, aber von der ASt bis Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe nicht gerügt worden. Der ASt sei das Verhältnis von TL und Zeichnungssätzen der Ag aufgrund vorheriger Teilnahmen an Ausschreibungen der Ag auch hinreichend bekannt. In jedem Fall sei der ASt aus einem etwaigen Verstoß gegen § 41 Abs. 1 VgV kein Schaden entstanden. Darüber hinaus sei die Rüge auch unbegründet und komme ein Ausschluss der Bg gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB nicht in Betracht, weil der Zeichnungssatz bereits im Jahr 2012 ohne konkreten Bezug zur vorliegenden Ausschreibung aufgrund eines Lizenzvertrags produktneutral erstellt wurde und der ASt alle erforderlichen Informationen bekannt gewesen seien.

Auch mit der weiteren Rüge der Widersprüchlichkeit und Ungenauigkeit der Vergabeunterlagen sei die ASt präkludiert, da diese jedenfalls aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen wären.

Soweit die ASt geltend macht, dass die nationale Veröffentlichung der Ausschreibung drei Tage vor der europaweiten Bekanntmachung erfolgt sei, fehle es der ASt mangels Schadens an der Antragsbefugnis. Die Verzögerung um drei Tage habe sich nicht ausgewirkt.

Der Antrag sei auch unbegründet, weil die Ag die ASt zu recht wegen Vorlage eines unpassenden GS-Prüfzertifikats ausgeschlossen habe. Die Pflicht zur Vorlage des GS-Zertifikats zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe sei in der Auftragsbekanntmachung klar gestellt worden. Das vorgelegte GS-Zertifikat für den Tisch [...] belege Abweichungen zum Auftragsgegenstand. Eine Nachforderung des GS-Zertifikats sei unzulässig gewesen, weil sich diese nur auf zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe existierende Unterlagen beziehen könne.

Das Angebot der ASt sei auch wegen Abweichens von der Leistungsbeschreibung auszuschließen gewesen. Die ASt habe entgegen der Vorgaben der TL [...] Hubeinheiten eingebaut, die vom Hersteller für eine Belastung mit nur 800 N ausgelegt waren. Der spätere Einbau von Hubeinheiten für eine Belastung mit 1.200 N sei eine unzulässige Nachbesserung. Weitere Abweichungen lägen aufgrund der falschen Montage der PC-Halterung, des Fehlens der Abdeckkappen und Stopfen und des Herausragens der Bedieneinheit vor. Weiterhin sei das Angebot der ASt als ungewöhnlich niedriges Angebot gemäß § 60 VgV auszuschließen gewesen.

Das eigene Angebot der Bg entspräche den Vorgaben der TL und des Zeichnungssatzes. Die GS-Zertifizierung aus dem Jahr 2015 sei aktuell und gelte noch bis 2020.

3. Die Vergabekammer hat der ASt am 26. Juni 2018 Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren und der Inhalt der Vergabeakte entscheidungsrelevant war. Mit Schreiben vom 2. Juli 2018 hat die ASt moniert, lediglich Akteneinsicht in 83 von mindestens 698 Blatt bzw. 1396 Seiten (unter Berücksichtigung von Vor- und Rückseiten) der Vergabeakte erhalten zu haben.

In der mündlichen Verhandlung am 12. Juli 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Der Ag wurde aufgegeben, aufzuklären, wann der Zeichnungssatz von der ASt angefordert und der Ag zur Verfügung gestellt wurde. Der nachgelassene Schriftsatz der Bg vom 16. Juli 2018 zur Stellungnahme auf den Schriftsatz der ASt vom 11. Juli 2018, der unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung eingereicht wurde, wurde bei der Entscheidungsfindung insoweit berücksichtigt, wie er sich auf diesen bezieht. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der ASt vom 16. Juli 2018 wurde bei der Entscheidungsfindung nur insoweit berücksichtigt, wie er sich auf die Aufklärung des zeitlichen Ablaufs des Abrufes des Zeichnungssatzes bezieht, da dies ebenfalls der (primär an die Ag gerichteten) Bitte der Vergabekammer um Aufklärung entspricht. Das weitere Vorbringen in den Schriftsätzen der ASt und Bg, mit der u.a. zur mündlichen Verhandlung Stellung genommen wurde, wird zurückgewiesen. Dieses Vorbringen gebietet auch in der Sache keinen Neueintritt in die mündliche Verhandlung.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und teilweise begründet.

1. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnender Auftrag oberhalb der für die europaweite Vergabe einschlägigen Schwellenwerte – sind insbesondere angesichts des im zweistelligen Millionenbereich liegenden Auftragswerts problemlos und unstreitig erfüllt.

Die individuellen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Rüge und der Antragsbefugnis sind ebenfalls gegeben. Den Ausschluss ihres Angebots nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, welcher der ASt gegenüber mit Schreiben nach § 134 GWB am 6. Juni 2018 kommuniziert worden war, hat die ASt mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 14. Juni 2018 und damit binnen der Zehn-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt. Die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB der ASt, die Bieter im Vergabewettbewerb ist, ist ebenfalls nicht fraglich. Soweit die Erfüllung der Rügeobliegenheit bei einzelnen Beanstandungen, welche die ASt im Nachprüfungsverfahren vorbringt, seitens der Ag oder der Bg in Abrede gestellt wird, ist – soweit diese Punkte entscheidungserheblich sind – bei der einzelnen Beanstandung auf die Präklusionsfrage gesondert einzugehen (vgl. zu diesem Vorgehen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – Verg 28/14, sub II.1.b)).

2. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet. Das Angebot der ASt ist zwar auf der Basis der von der ASt auch grundsätzlich nicht beanstandeten Vorgaben zu Recht nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV wegen Abweichens von den Vergabeunterlagen ausgeschlossen worden, wenn man unterstellt, diese Vorgaben wären ordnungsgemäß vorgegeben worden. Es liegen jedoch gerade in Bezug auf die Bekanntmachung dieser Vorgaben formale Fehler in der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens vor, die es erforderlich machen, das Verfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht mit einer korrigierten Bekanntmachung erneut zu beginnen.
 - a) Die Ausschlussbedürftigkeit des Angebots, von der die Ag bei Zugrundelegung der vorgegebenen Bedingungen zu Recht ausgegangen ist, kann exemplarisch an der Hubkraft der Motoren für die beiden Hebesäulen pro Tisch dargelegt werden. Gefordert war in den Technischen Lieferbedingungen eindeutig und unmissverständlich eine Hubkraft von 1.200 Newton (N) pro Hebesäule. Mit der Unterzeichnung des Angebotsblatts hat die ASt auch erst einmal erklärt, so zu liefern wie gefordert, also im Einklang mit den Technischen Lieferbedingungen einen Tisch mit zwei Hebesäulen mit jeweils einer Hubkraft von 1.200 N Hubkraft anzubieten. Dem Angebot der ASt war aber, wie in der Bekanntmachung ebenfalls „*entgegen den Bestimmungen einiger TL*“ gefordert, eine Prüfbescheinigung für das GS-Zeichen beigefügt. Ausweislich dieser Prüfbescheinigung vom TÜV [...] aus dem Jahr 2013, die sich auf das Tischmodell der ASt [...] bezieht, wurde diesem Tisch eine Tragkraft

von 125 Kilogramm bescheinigt, aber keine Aussage zur Hubkraft der Hebesäulen getroffen.

Mit E-Mail vom 2. November 2017 hat die Ag die ASt folgerichtig darauf hingewiesen, dass die mit dem Angebot vorgelegten Zertifikate unzureichend seien und auf diese Weise den Angebotsinhalt zulässigerweise aufzuklären gesucht.

Am 15. November übermittelte die ASt der Ag per E-Mail weitere Zertifikate, u.a. ein Zertifikat für die Hebesäulen und kündigte die baldige Weiterleitung eines weiteren GS-Zertifikats an. In dem übermittelten Zertifikat für die Hebesäulen war angegeben: „*Max. load: 800 N*“.

Damit wohnt dem Angebot der ASt ein Widerspruch inne: einerseits die Erklärung, anzubieten wie von der Ag vorgegeben, andererseits das Zertifikat, das eine Abweichung von der geforderten Hubkraft pro Hebesäule (800 N statt 1.200 N) ausweist.

Auch hier ist die Ag richtig verfahren, indem sie das Angebot der ASt nicht direkt ausgeschlossen hat. Bei Widersprüchlichkeit des Angebots gilt vielmehr grundsätzlich der Vorrang der Auslegung und – wenn diese die Widersprüchlichkeit nicht zu beseitigen vermag – ist eine Aufklärung seitens des Ag geboten (so OLG Düsseldorf vom 21. Oktober 2015 – Verg 35/15 zu einer Widersprüchlichkeit bei der Nachunternehmererklärung; ferner vom 2. August 2017 – Verg 17/17 in einem dem hiesigen sehr vergleichbaren Sachverhalt, wo der Bieter ebenfalls mit Unterzeichnung des Angebots erklärte, alle Vorgaben einzuhalten, dann aber entgegen eines entsprechenden Verbots an anderer Stelle erklärte, eben doch eigene Umschlagsplätze nutzen zu wollen). Die Ag hat hier korrekterweise aufgeklärt, indem sie bei der Ag per E-Mail nachgefragt hat. Die daraufhin erfolgte Antwort der ASt vom 24. November 2017 erhärtete die Vermutung, dass die Hubkraftvorgabe nicht eingehalten wird, denn dort wird seitens der ASt explizit bestätigt, dass die Hubkraft der einzelnen verbauten Hebesäule nur jeweils 800 N (statt der geforderten 1.200 N) aufweise, die Tragkraft des Tisches aber bei 1226 N läge.

Die Ag hat eine weitere Aufklärungsmöglichkeit gegeben, indem am 13. Dezember 2017 eine Bemusterung des Erstmustertisches der ASt stattfand. Auch der dort von

der ASt vorgestellte Tisch wies eine Hubkraft von 800 N pro Säule aus, nicht die geforderten 1.200 N pro Säule. Dies ergab sich aus dem Typenschild des Herstellers der Säulen, das an den Säulen angebracht war und 800 N auswies. Mit der E-Mail vom 24. November 2017 und mit dem am 13. Dezember 2017 präsentierten Mustertisch hat die ASt die Widersprüchlichkeit ihres Angebotsinhalts beseitigt und den Angebotsinhalt dahin konkretisiert und festgelegt, dass ein Tisch mit 800 N angeboten wird. Weitere Gespräche waren nach diesem Zeitpunkt weder erforderlich noch zulässig, da aufgrund des spätestens mit dem Musterschreibtisch konkretisierten Angebotsinhalts Gespräche und Verhandlungen die Grenze zum Nachverhandlungsverbot, § 15 Abs. 5 VgV, überschritten hätten. Die erforderliche Aufklärung nach Widersprüchlichkeit ist beendet, wenn der Angebotsinhalt nach Konkretisierung durch den Bieter feststeht, eine im offenen Verfahren unzulässige Nachverhandlung beginnt, wenn einem Bieter die Möglichkeit eingeräumt wird, seinen Angebotsinhalt abzuändern (so OLG Düsseldorf vom 15. Oktober 2016 - Verg 24/16 zu einer Konstellation, in welcher der Bieter seinen Angebotsinhalt durch Einreichen eines Datenblatts für das angebotene Produkt konkretisiert hatte, aus dem sich ergab, dass das angebotene Produkt die Vorgaben der Leistungsbeschreibung gerade nicht einhält).

b) Allerdings sind die rechtlichen Vorgaben für die Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung durch die Ag in mehrfacher Hinsicht nicht korrekt umgesetzt worden.

- Nach § 41 Abs. 1 VgV hat der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen u.a. „vollständig und direkt“ abgerufen werden können. Hier hat die Ag in der Auftragsbekanntmachung vom 7. September 2017 zwar unter Ziffer I.3) der Auftragsbekanntmachung mitgeteilt, dass die Auftragsunterlagen „für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang“ unter www.evergabe-online.de zur Verfügung stünden. Diese Aussage ist aber nicht zutreffend, denn in der auf die Bieterreignung bezogenen Rubrik III.1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ wird unter der Überschrift „Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien“ ausgeführt: „Die Möblierungsgeräte sind nach den Technischen Lieferbedingungen (TL) herzustellen. Die TL sind im Internet unter [...] abrufbar.“

Es liegt hier mithin ein Verstoß gegen die Vorgabe vor, dass die Vergabeunterlagen „vollständig“ unter einer elektronischen Adresse abrufbar sein müssen; entgegen der Aussage unter Ziffer I.3) der Auftragsbekanntmachung werden nicht alle Auftragsunterlagen vollständig unter www.evergabe-online.de zur Verfügung gestellt, sondern gerade die für die Herstellung der Tische zentralen Technischen Lieferbedingungen – die Tische sind nach deren Vorgaben herzustellen – finden sich unter einer anderen Internetadresse. Diese andere Internetadresse ist zudem – und hierin liegt ein weiterer Fehler – in der Rubrik der bieterbezogenen Eignungsvorgaben versteckt, wohingegen es bei den Technischen Lieferbedingungen nicht um Eignung des Bieters geht, sondern vielmehr um die Leistungsbeschreibung der Tische. Die Technischen Lieferbedingungen sind mithin rein angebotsbezogen.

Ruft man die Seite [...] auf, so kommt man auf die allgemeine Startseite des [...]. Auf dieser Startseite sind die Technischen Lieferbedingungen ein Punkt unter einer Reihe von anderen Punkten; bei Aufrufen der Technischen Lieferbedingungen erhält man eine Seite, auf der erläutert wird, worum es sich bei den Technischen Lieferbedingungen generell handelt. Um konkret gewünschte Lieferbedingungen zu erhalten, bedarf es weiterer Bemühungen, insbesondere das Nutzen eines weiteren Buttons im Drop-down-Menü „Suche“, woraufhin eine Suchmaske erscheint. Hier ist zwecks Suche insbesondere die TL-Nummer einzugeben, daneben Titel und Ausgabedatum. Die Auftragsbekanntmachung ihrerseits sagt aber nichts dazu, welche TL-Nummer/Nummern mit welchen Titeln hier einschlägig sein sollen, es werden nur ganz allgemein die Technischen Lieferbedingungen in Bezug genommen, von denen es offenbar eine Vielzahl für verschiedenste Produkte gibt. Wollte man auf Basis der Auftragsbekanntmachung eruieren, welche Anforderungen für die Erstellung des Produkts gelten sollen, so hätte man sich zunächst unter www.evergabe-online.de die dort verfügbaren Unterlagen besorgen müssen, um dort die Nummern der einschlägigen TL herauszufinden, die man dann wiederum auf [...] zu suchen hatte.

Erschwerend kommt hinzu, dass der Technische Zeichnungssatz, der neben den Technischen Lieferbedingungen Grundlage für die Erstellung des Tisches ist, sodann noch konkret beim [...] angefordert werden musste. Dieses Erfordernis

ergab sich aber weder aus der Auftragsbekanntmachung noch unmittelbar aus den TL. In der TL [...] fanden sich unter „*Normative Verweisungen*“ lediglich ein Hinweis auf die Existenz mehrerer Zeichnungssätze (u.a. der hier verfahrensgegenständlichen „*Ausführung I*“) mit der Maßgabe, dass diese „*nur bei Angebotsaufforderung/Auftrag soweit nicht beim Auftragnehmer vorhanden, oder auf besondere Anforderung, ausgegeben*“ würden. Ein Hinweis darauf, wo und auf welche Weise diese Ausgabe des Zeichnungssatzes erfolgen werde, findet sich in den TL nicht.

Folgerichtig forderte die ASt den Zeichnungssatz zunächst am 13. September 2017 per E-Mail bei der Ag an, wurde von der Ag mit E-Mail vom 18. September 2017 aber an das [...] verwiesen. Letztendlich erhielt die ASt den Zeichnungssatz am 26. September 2017 auf CD/DVD. In der mündlichen Verhandlung hat die Ag das Erfordernis der Übersendung einer CD/DVD mit der Datenmenge begründet, die das Übersenden einer CD/DVD anstatt des direkten Einstellens und der direkten Abrufbarkeit unter der elektronischen Adresse gebiete. Diese Begründung erscheint angesichts der überschaubaren Dateigröße von drei Megabyte nicht als überzeugend. In jedem Fall dürfte auch eine große Datenmenge einer Veröffentlichung unter einer Internetadresse nicht entgegenstehen; es ist jedenfalls weder ersichtlich noch vorgetragen, dass einer der Ausnahmetatbestände von § 41 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 – 3 VgV greift, die allein die Übermittlung der Vergabeunterlagen auf einem anderen Weg als der Abrufbarkeit unter einer elektronischen Adresse erlauben.

Den Vorgaben von § 41 Abs. 1 VgV ist aufgrund der Notwendigkeit, zwei verschiedene Seiten aufrufen zu müssen, sich auf einer dieser beiden Seiten erst einmal mehrfach „durchklicken“ zu müssen, um auf die Technischen Lieferbedingungen zu stoßen, dies mangels Kenntnis der Nummern der hier relevanten Technischen Lieferbedingungen aber gar nicht zu einem erfolgreichen Abschluss bringen zu können, nicht entsprochen. Überraschend und damit intransparent ist des Weiteren die Verortung des Verweises auf die Technischen Lieferbedingungen bei den Eignungsvorgaben. Die Notwendigkeit, den Zeichnungssatz dann in einer weiteren Stufe ebenfalls noch individuell anfordern zu müssen – ohne Angabe der dafür zuständigen Stelle –, ist ebenso wenig von § 41 Abs. 1, 2 VgV gedeckt.

- Was die Reihenfolge der Veröffentlichungen auf nationaler Ebene einerseits, im Supplement zum Amtsblatt der EU andererseits anbelangt, so wurde gegen § 40 Abs. 3 S. 1 VgV verstoßen. Danach ist eine nationale Bekanntmachung des Beschaffungsvorhabens grundsätzlich erst nach Veröffentlichung auf europäischer Ebene zulässig. Hier erfolgte die Veröffentlichung auf der nationalen Plattform www.evergabe-online.de aber bereits am 4. September 2017, die Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der EU dagegen erst am 7. September 2017. Auch die nach § 40 Abs. 3 S. 1 VgV ebenfalls zugelassene Variante, wonach die nationale Veröffentlichung 48 Stunden nach der Bestätigung über den Eingang der Bekanntmachung durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union veröffentlicht werden darf, ist hier nicht gegeben, denn die Ag hat in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass beide Veröffentlichungen gleichzeitig auf den Weg gebracht wurden.

 - Nicht die Bekanntmachung betreffend, aber einen weiteren Fehler darstellend ist, dass die Ag in Ziffer 1 der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Abgabe von Angeboten in Papierform vorgegeben hat. Nach den eigenen Angaben der Ag in Ziffer I.2) der Bekanntmachung handelt es sich bei der Ag nämlich um eine zentrale Beschaffungsstelle. Für zentrale Beschaffungsstellen ist aber die Übergangsfrist, binnen welcher ein Auftraggeber noch davon absehen konnte, die Angebotsabgabe durch die Bieter in elektronischer Form vorzugeben, bereits am 18. April 2017 abgelaufen (§ 81 VgV). § 53 Abs. 1 VgV, wonach die Unternehmen ihre Angebote „in Textform (...) mithilfe elektronischer Mittel gemäß § 10“ einzureichen haben, gilt seit diesem Zeitpunkt uneingeschränkt. Die Ag hätte hier die elektronische Angebotsabgabe ermöglichen müssen.
- c) Es ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass sich aus diesen Fehlern ASt spürbare Erschwernisse und damit Nachteile zulasten der ASt bei der Angebotserstellung ergeben haben. Damit liegt eine Rechtsverletzung im Sinne von § 168 Abs. 1 S. 1 GWB vor. Zwar hat die ASt letztendlich über alle relevanten Unterlagen verfügt und sie war sich auch im Klaren darüber, dass die einzelne Hebesäule eine Hubkraft von 1.200 N haben musste; das Abweichen von dieser Vorgabe war der Hauptgrund für ihren Ausschluss, denn auch im Erstbemusterungstermin hatte die ASt diese Vorgabe mit ihrem Mustertisch ausweislich des Typenschildes des Herstellers nicht erfüllt.

Wären aber wie von den oben zitierten Bestimmungen vorgesehen sämtliche Vergabeunterlagen, aber eben auch nur diese – so nicht alle Technischen Lieferbedingungen, sondern ausschließlich die hier einschlägigen nebst dem Zeichnungssatz - direkt über eine einheitliche Adresse elektronisch abrufbar gewesen, so hätte die ASt unmittelbar einen Überblick erlangen können, was gefordert ist und um welches Zertifikat sie sich binnen der Angebotsfrist bemühen muss. Stattdessen ging wertvolle Zeit verloren, bis die ASt sich alle Voraussetzungen „zusammengesucht“ hatte. Die Tatsache, dass die ASt den Zeichnungssatz erst am 13. September 2018 bei der Ag angefordert hat, kann durchaus diesem Erfordernis geschuldet sein; das [...] hat die CD dann letztendlich erst am 20. September 2017 geschickt, die ASt hat diese aber erst am 26. September 2017 erhalten. Damit lagen der ASt die vollständigen Vergabeunterlagen erst mehr als drei Wochen nach dem Termin der nationalen Ausschreibung des Angebots vor. Danach verblieben nur noch knapp drei Wochen bis zum Ablauf der Angebotsfrist, die am 17. Oktober 2017 endete.

Der Faktor „Zeit“ spielte hier auch eine Rolle, denn es sollte das GS-Zertifikat mit dem Angebot vorgelegt werden; dieses zu erlangen, ist – wie die Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend erläuterten – zeitintensiv, so dass mit einem Vorlauf von mindestens drei Wochen zu rechnen ist. Dem Zeitaspekt kommt vorliegend auch deswegen eine besondere Bedeutung zu, weil die Bg den Zeichnungssatz für den zu liefernden Schreibtisch im Rahmen eines früheren Auftrags im Jahr 2012 für die Ag erstellt hatte. Anders als die ASt meint, ist eine Wettbewerbsteilnahme durch die Bg damit zwar nicht unzulässig geworden; die Voraussetzungen des Ausschlussstatbestands des § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB greifen nicht, denn der Zeichnungssatz war ausdrücklich herstellerneutral ausgestaltet und ist für jedes Fachunternehmen nachzubauen. Der Zeichnungssatz wurde auch der ASt zur Verfügung gestellt, so dass etwaige Wettbewerbsvorsprünge der Bg definitiv ausgeglichen waren. Eine Beteiligung der Bg ist und bleibt auch zukünftig möglich. Dennoch war die Einhaltung der rechtlichen Verfahrensvorschriften, die der ASt über eine einheitliche elektronische Abrufbarkeit eine rasche Transparenz über alle Voraussetzungen für die Angebotsabgabe verschafft und über eine elektronische Angebotsabgabe Postlaufzeiten vermieden hätten, vor diesem Hintergrund besonders wichtig, denn die Bg verfügt als legitimen Wettbewerbsvorteil bereits über den Schreibtisch, wohingegen die ASt diesen nach den teilweise – wie die Ag in der

mündlichen Verhandlung einräumte – sehr spezifischen technischen und nicht unbedingt marktüblichen Anforderungen erst noch konstruieren musste.

Ob diese Erschwernisse im Sinne einer unmittelbaren Kausalität zu den Defiziten führten, die den Angebotsausschluss zur Folge hatten, ist aber rechtlich unerheblich und es bedarf daher auch keiner weiteren Spekulation über den hypothetischen Verlauf, denn eines derartigen unmittelbaren Kausalitätsnachweises bedarf es nicht. Ist ein Vergabefehler festgestellt, so ist ein Nachprüfungsantrag im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses vielmehr nur dann unbegründet, wenn gänzlich auszuschließen ist, dass es infolge des Vergabefehlers zu einer Beeinträchtigung der Auftragschancen gekommen ist (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2018 – VII-Verg 39/17). Diese Beeinträchtigung der Auftragschancen ist hier allein schon deswegen nicht auszuschließen, weil das Angebot von den Vorgaben abwich und deswegen ausgeschlossen wurde, diese Vorgaben aber nicht in einer vergaberechtskonformen Art und Weise gesetzt worden waren. Das fehlerhafte Vorgehen bei der Setzung der Vorgaben durch die Ag führt im Ergebnis dazu, dass ein Ausschluss nicht auf ein Abweichen von den fehlerhaft gesetzten Vorgaben gestützt werden kann.

- d) Die ASt hat diese Verstöße zwar nicht gerügt. Die Ag hatte in der Bekanntmachung richtigerweise umfassend über die Rügeobliegenheiten informiert. Die Rügeobliegenheit wird aber nur ausgelöst, wenn der Fehler erkennbar ist, soweit die Bekanntmachung oder die Vergabeunterlagen betroffen sind, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 3 GWB. Eine solche durchschnittliche Erkenntnisfähigkeit aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieterunternehmens, das die verkehrsübliche Sorgfalt anwendet und auf dessen Empfängerhorizont für die Erkennbarkeit maßgeblich abzustellen ist (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Dezember 2017 – Verg 8/17), ist hier nicht gegeben, und zwar teilweise bereits nicht in tatsächlicher Hinsicht. So ist der Fehler der früheren nationalen Bekanntmachung nicht ersichtlich aus der europaweiten Bekanntmachung, sondern erfordert eine gleichzeitige Kenntnis und Zusammenschau mit der nationalen Veröffentlichung. Dass die Ag die Abgabe der Angebote in elektronischer Form hätte zulassen müssen, ergibt sich erst aus der Übergangsvorschrift des § 81 VgV in Zusammenschau mit der Erkenntnis, dass es sich bei der Ag um eine zentrale Beschaffungsstelle handelt. Die Ableitung eines Vergabeverstößes aus einer Übergangsvorschrift kann einem durchschnittlichen

Bieter auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht abverlangt werden, die Erkennbarkeit im Rechtssinn ist hier zu verneinen. Insgesamt ist darauf hinzuweisen, dass originärer Adressat des Vergaberechts der öffentliche Auftraggeber ist; Bieterunternehmen müssen das Vergaberecht nicht beherrschen. Daher kann auch keine Erkennbarkeit im Rechtssinn über den Fehler, sich die Vergabeunterlagen aus verschiedenen Quellen zusammensuchen zu müssen, angenommen werden, zumal die nicht beachteten Bestimmungen erst seit April 2016 in Kraft und damit relativ neu sind; selbst der Ag, die Adressat des Vergaberechts und sogar zentrale Beschaffungsstelle ist, waren diese Vorgaben offenbar nicht geläufig. Zudem enthalten alle Regelungen wiederum gewisse Ausnahmetatbestände, so dass – auch wenn die Ausnahmetatbestände hier nicht greifen – eine Erkennbarkeit aus Bietersicht zu verneinen ist.

Der Amtsermittlungsgrundsatz wird mangels Bestehens der Rügeobliegenheit nicht durch eine unterbliebene Rüge begrenzt; die Vergabekammer ist bei dieser Sachlage sowohl gefordert als auch befugt, die Fehler aufzugreifen und auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens hinzuwirken, § 168 Abs. 1 S. 2 GWB.

- e) Die Wiederholung des Verfahrens ist erforderlich. Die angeordnete Zurückversetzung des Vergabeverfahrens bis einschließlich der Bekanntmachung ist zwar der größtmögliche Eingriff in das bereits seit September 2017 laufende Vergabeverfahren, denn die Ag hat dieses danach – fortbestehende Beschaffungsabsicht unterstellt – komplett von vorne zu beginnen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, an den die Vergabekammer nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB in der Anordnung der Maßnahmen gebunden ist, ist jedoch nicht verletzt. Da die Fehler bereits in der Bekanntmachung sowie in der Aufforderung zur Angebotsabgabe angelegt sind, ist diese weitgehende Zurückversetzung notwendig, um die Rechtsverletzung der ASt zu beseitigen.

Hinzu kommt, dass es sich bei den hier nicht beachteten Bestimmungen nicht nur um reine Formalvorschriften handelt, denen keine große Bedeutung zukäme. Die Verpflichtung, alle Vergabeunterlagen direkt unter einer einheitlichen Adresse abrufen zu können, sowie der Grundsatz der elektronischen Angebotsabgabe dienen sicherlich der Transparenz für alle, also auch für inländische Bieter, sie gewinnen aber gerade für die Herstellung chancengleichen Wettbewerbs im europäischen

Binnenmarkt eine besondere Bedeutung. Die Förderung des europäischen Binnenmarktes für den Bereich des öffentlichen Auftragswesens ist das Grundanliegen der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinien. Jeder, auch ein ausländischer Auftragsinteressent soll die Möglichkeit haben, zeitgleich Zugang zu den Vergabeunterlagen zu erhalten, ohne dass Postlaufzeiten für das Versenden wie z.B. hier des Zeichnungssatzes die Angebotsfrist de facto verkürzen. Gleiches gilt für die elektronische Angebotsabgabe, die zusätzliche Postlauf- oder Transportzeiten für die Angebotsübersendung gerade aus dem Ausland obsolet macht. Inländische Bieter sollen keinen zeitlichen und damit keinen Wettbewerbsvorteil durch frühere Kenntniserlangung der anstehenden Vergabe aus rein nationalen Publikationsorganen erlangen. Die ASt fällt als ausländisches Unternehmen vollumfänglich in diesen Schutzbereich der Normen.

Die Zurückversetzung gibt der Ag auch die Gelegenheit, ihre eigenen materiellen Vorgaben zu überprüfen. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass in der Vergangenheit bei entsprechenden Ausschreibungen lediglich ein Angebot abgegeben worden sei. Angesichts des nachgefragten Produkts – Büroschreibtische – erscheint dies aus Sicht der Vergabekammer als ungewöhnlich, da es sich nicht um ein besonders spezifisches Produkt, etwa eine militärische Beschaffung, handelt. Im Lauf des Verfahrens hat sich herausgestellt, dass die Anforderungen der Ag an die zu liefernden Schreibtische sehr hoch sind; so werden üblicherweise 800 N Hubkraft pro Hebesäule als vollkommen ausreichend angesehen, ebenso die Dicke der Tischplatte von 25 mm statt der hier geforderten 28 mm. Auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung hat die Ag sich hier mit Nichtwissen eingelassen und auf die Vorgaben des [...] den Technischen Lieferbedingungen verwiesen, das diese Vorgaben in der Vergangenheit stets so gesetzt habe. Im Sinne einer Wettbewerbsoffenheit hat die Ag hier zu überprüfen, ob die Definition ihres Beschaffungsbedarfs sachlich gerechtfertigt ist. Gleiches gilt für die Prüfung, ob die im Zeichnungssatz vorgesehene Kantenrundung auch wirklich geeignet ist, das geforderte GS-Zertifikat zu erlangen, da ansonsten in sich nicht vereinbare Vorgaben aufgestellt worden wären.

3. Soweit die ASt moniert, lediglich Einsicht in 83 von mindestens 698 Blatt bzw. 1.396 Seiten (Vor- und Rückseiten erhalten zu haben, ist hierzu klarzustellen, dass hierdurch die Verfahrensrechte der ASt nicht beeinträchtigt wurden.

Nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist das Recht auf Akteneinsicht teleologisch auf das zur Durchsetzung des subjektiven Rechts Erforderliche zu beschränken. Hierbei kommt es auf die Entscheidungsrelevanz der Akteneinsicht an (siehe nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juni 2017, VII-Verg 7/17 und Kus, in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2016, § 165 Rn. 25 m.w.N., Rn. 26ff.).

Im vorliegenden Verfahren wurde der ASt am 26. Juni 2018 Einsicht in alle Bestandteile der Vergabeakte gewährt, soweit diesen ansatzweise Entscheidungsrelevanz zukommen konnte und Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht entgegenstanden. Dabei wurde insbesondere davon abgesehen, der ASt Ablichtungen von Unterlagen zu übersenden, die dieser bereits bekannt waren (Bekanntmachungstexte, Vergabeunterlagen, von der ASt selbst eingereichte Zertifikate und eigener Schriftverkehr mit der Ag, soweit dieser nicht untrennbar (aufgrund von Weiterleitungen, Anhängen, etc.) mit Ag-interner (E-Mail)Korrespondenz verbunden war). Zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen wurde keine Akteneinsicht in die Angebote der Bieter gewährt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 GWB.

Die Verteilung der Kostenlast entspricht der Quote des Obsiegens bzw. des Unterliegens. Die ASt ist mit ihrem Hauptantrag nicht erfolgreich, sondern sie erhält lediglich eine zweite Chance auf Abgabe eines neuen, dann mangelfreien Angebots. Das Ziel, die Bg vom Vergabeverfahren auszuschließen, erreicht die ASt nicht. Dies entspricht einer Obsiegsquote von 50 %. Es entspricht der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, die Bg an der Entscheidung über die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung zu beteiligen. Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zur Bg begründet, indem sie den Ausschluss der Bg aus dem Vergabeverfahren anstrebt. Die Bg hat sich zudem aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05; Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Aus demselben Grund ist die Bg als mit der Ag zu 50 % unterliegende Partei anzusehen und an der Tragung der Kosten für das Verfahren zu beteiligen, § 182 Abs. 3 S. 1 GWB.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich mehrere komplexe Rechts- und Sachfragen, die eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

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

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

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

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