



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 – 17/19

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Rahmenvereinbarungen [...]schuhe, Referenznummer der Bekanntmachung: [...]“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und den ehrenamtlichen Beisitzer Schlüter auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 2019 am 7. Mai 2019 beschlossen:

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb mit Bekanntmachung vom 20. Februar 2019 im Rahmen eines offenen Verfahrens den Abschluss von Rahmenvereinbarungen über eine Laufzeit von vier Jahren zur Beschaffung von [...]schuhen in den Versionen leicht und schwer, jeweils für Frauen und Männer aus. Für jedes der vier Modelle sollten je zwei Rahmenvereinbarungen abgeschlossen werden, so dass insgesamt 8 Lose ausgeschrieben wurden. Ein Bieter konnte sich auf jedes Los bewerben, jedoch nur für ein Los je Schuhmodell den Zuschlag erhalten. Die Ag verfasste Leistungsbeschreibungen, in denen u.a. Vorgaben zur Öl- und Benzinbeständigkeit der Laufsohle, zu antistatischen Eigenschaften, zur Verwendung von Polyamid-Fäden und zur Wasserdichtheit gemacht wurden. Außerdem waren bestimmte Prüfcertifikate mit den bei Angebotsabgabe einzureichenden Mustern vorzulegen. In den Ausschreibungsunterlagen war für die garantierte Mindestabnahmemenge je Los ein Mengenschlüssel mit dem Größenverlauf der zu liefernden [...]schuhe enthalten. Bei den Schuhen für Männer bewegten sich die angegebenen Größen zwischen 4,5 und 14, bei Frauen zwischen 3 und 8,5. Der mengenmäßige Schwerpunkt lag jeweils bei den „mittleren“ Größen und nahm zu den Rändern des angeforderten Größenspektrums deutlich ab. Eine Abnahmegarantie oberhalb der jeweiligen Mindestabnahmemenge gab es von Seiten der Ag nicht. Für jedes der vier Schuhmodelle wurde in den Unterlagen eine maximale Beschaffungsmenge angegeben, die sich jedoch, abgesehen von der garantierten Mindestabnahmemenge, je nach den Bekleidungswünschen der [...] frei auf die beiden Lose je Schuhmodell verteilen konnte. Die angegebenen Mindestbestellmengen lagen jeweils bei mindestens rund 10 % der bei unterstellt hälftiger Verteilung der Maximalbestellmengen auf die beiden jeweils betreffenden Lose entfallenden Bestellungen. Das Leistungsverzeichnis (LV) machte weiter die Vorgabe, dass Sonderanfertigungen innerhalb von sechs Wochen nach Bestellung zu fertigen seien, wobei es sich bei Sonderanfertigungen „um Anfertigungen nach individuellen Körpermaßen für Nutzer [handele] welche nicht mit den Größen lt. Leistungsbeschreibung ausgestattet werden können“ (LV Ziff.11). Der Angebotspreis für die Sonderanfertigungen durfte das Doppelte des Angebotspreises der Mindestbestellmenge nicht überschreiten, wurde ansonsten jedoch bei der Wertung nicht berücksichtigt.

Die Bewertung der Angebote auf Wirtschaftlichkeit sollte in einem zweistufigen Verfahren erfolgen. Ursprünglich sollten nach einer Kurzerprobung der eingereichten Muster die drei wirt-

schaftlichsten Angebote je Los anhand weiterer zu liefernder Muster im Rahmen einer [...]erprobung der Schuhe abschließend bewertet und dann die zwei wirtschaftlichsten Angebote bezuschlagt werden.

Frist für die Abgabe der Angebote war ursprünglich der 02. April 2019.

Mit Schreiben vom 13. März 2019 rügte die Antragstellerin (ASt) durch ihren Verfahrensbevollmächtigten das Vergabeverfahren unter mehreren Gesichtspunkten.

- Mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage sei es vergaberechtswidrig, im Rahmen eines offenen Verfahrens nach erfolgter Bewertung sämtlicher eingegangener Angebote drei Bieter zur Übersendung weiterer Muster aufzufordern und nach gesonderter Bewertung zwei zu bezuschlagende Angebote auszuwählen. Das Fordern zusätzlicher Muster von einzelnen Bietern sei weder als weitere Aufklärung gem. § 15 Abs. 1 VgV noch als Abschichtung gem. § 51 Abs. 1 VgV zulässig.
- Die Frist zur Abgabe der Angebote und ersten Muster sei mit 45 Tagen zwischen Absenden der Bekanntmachung am 15. Februar 2019 und Angebotsabgabefrist am 02. April 2019 entgegen § 20 Abs. 1 VgV unangemessen kurz. Bei den ausgeschriebenen Schuhen handele es sich aufgrund der Kombination der Anforderungen nicht um einen handelsüblichen, sondern um einen auf dem Markt einzigartigen Schuh, für dessen Entwicklung ein durchschnittlicher Hersteller mindestens 60 Tage benötige. Für die Beibringung der Prüfzertifikate benötige ein durchschnittlicher Hersteller mindestens 30 Tage. Höchstens ein Vorlieferant der fraglichen Schuhe sei in der Lage, in der angegebenen Zeit ein Angebot abzugeben.
- Schließlich verstoße auch die Anforderung, Sonderanfertigungen innerhalb von sechs Wochen zu liefern, gegen Vergaberecht, da die Vergabeunterlagen weder Angaben darüber enthielten, um welche Arten von Sonderanfertigungen es sich handeln könne, noch in welcher Häufigkeit sie voraussichtlich notwendig werden könnten. So lasse sich kein Preis für die Sonderanfertigungen kalkulieren.

Mit Schreiben vom 18. März 2013 wies die Ag die Rügen vollumfänglich zurück. Zur Rüge bezüglich der Sonderanfertigungen führte sie aus, dass die ausschreibungsgegenständlichen Größengänge der einzelnen Artikel die zu erwartenden benötigten Größen abdeckten. Sollten jedoch während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung [...] mit [...]stiefeln auszustatten sein, die außerhalb des ausgeschriebenen Größenlaufs liegen, seien für diese Einzelbedarfe Sonderanfertigungen erforderlich.

Mit Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Ag vom 29. März 2019 teilte die Ag mit, dass auf die Rüge der ASt hin das Wertungsverfahren verändert werde. Nunmehr würden alle Bieter, die nach der Kurzerprobung noch eine Chance auf Zuschlagserteilung haben, zur Lieferung der Muster für die [...]erprobung und Durchführung der Laborprüfungen aufgefordert. Die Angebotsfrist wurde aufgrund der Änderung um eine Woche bis zum 09. April 2019 verlängert. Bis zum Ablauf der Angebotsfrist reichte die ASt kein Angebot ein.

2. Mit Schriftsatz vom 02. April 2019 stellte die ASt über ihren Verfahrensbevollmächtigten einen Nachprüfungsantrag, der der Ag am gleichen Tage übermittelt wurde.

a) Die Ag verstoße in mehreren Punkten gegen Vergaberecht.

So werde für jedes Los eine unzulässig große Differenz zwischen Mindest- und Maximalabnahmemenge vorgesehen.

Auch sei die Frist zur Angebotsabgabe und zur damit verbundenen Abgabe der ersten Musterschuhe zu kurz und bewirke, dass die ASt kein Angebot abgeben könne. Auch die Fristverlängerung im Zuge der Änderung des Wertungsverfahrens ändere daran nichts, da sie einerseits so spät gekommen sei, nämlich drei Wochentage vor Ablauf der ursprünglichen Angebotsfrist, dass ein ordentlich arbeitender Bieter zu diesem Zeitpunkt sein Angebot bereits weitestgehend fertiggestellt haben müsste. Insbesondere aber sei selbst die Angebotsfrist von 52 Kalendertagen zu kurz, da die Herstellung der Muster und ihre Zertifizierung für einen durchschnittlichen Bieter zwischen 80 und 90 Kalendertagen in Anspruch nehme. Hierzu vertieft die ASt ihren Vortrag, dass die geforderten Schuhe nicht handelsüblich seien und nennt konkrete Bearbeitungszeiten für die einzelnen Schritte der Mustererstellung. Dabei reicht sie auch ein Schreiben eines Prüfinstitutes ein, das auf Anfrage der ASt eine Dauer der Prüfungen von rund drei Wochen angibt.

In Bezug auf die Sonderanfertigungen bringt die ASt vor, die Vergabeunterlagen enthielten weder Angaben zur Art der Sonderanfertigungen noch zu deren Häufigkeit, so dass eine Preiskalkulation unmöglich sei. Angesichts dieser Rahmenbedingungen sei die Kalkulation eines Preises für Sonderanfertigungen unzumutbar. Auch sei es vergaberechtswidrig, dass der Preis für die Lieferung von Sonderanfertigungen nicht Teil der Angebotswertung sei.

Auch sei es im offenen Verfahren vergaberechtswidrig, nach Bewertung sämtlicher eingegangener Angebote Bieter zur Übersendung weiterer Muster aufzufordern, diese gesondert zu bewerten und ausschließlich unter diesen die zwei zu bezuschlagenden Angebote auszuwählen.

Die ASt beantragt über ihren Verfahrensbevollmächtigten,

1. gegen die Ag das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten,
2. die Ag zu verpflichten, die Angebotsfrist bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens auszusetzen,
3. die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren auf den Stand vor der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens zurückzusetzen und die Vergabeunterlagen nach den Vorgaben der Vergabekammer zu modifizieren,
4. der ASt Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren,
5. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen,
6. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. den Nachprüfungsantrag abzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Soweit die ASt beanstandete, dass der Preis der Sonderanfertigungen Teil der Angebotsbewertung sein müsse sowie auch bezüglich des Vorbringens, dass die Differenz zwischen Mindest- und Höchstbestellmenge zu groß sei, sei die ASt in Ermangelung einer rechtzeitigen Rüge dieses Vergabeverstößes präkludiert.

Die Frist zur Angebotserstellung sei angemessen. Entwicklungsleistungen seien gerade nicht gefordert, es könnten auch Schuhe aus dem Produktportfolio der Bieter als Muster eingereicht werden. Auch wenn ein entsprechender Schuh erst entwickelt werden müsse, sei die Zeit ausreichend. Abzustellen sei auf die Mehrzahl der Unternehmen, nicht auf individuelle Sondersituationen. Es seien im Übrigen mehrere Angebote einschließlich Muster und Prüfbescheinigungen von Bieter eingegangen, die bislang noch nicht Lieferanten der Ag gewesen seien. Hierzu legt die Ag der Vergabekammer u.a. die von diesen

Bieter eingereichten Prüfberichte vor, aus denen sich auch der Zeitraum von der Beantragung der Prüfung bis zur Ausstellung der Zertifikate ergibt.

Die Sonderanfertigungen bezögen sich ausschließlich auf Schuhgrößen, die durch den in der Leistungsbeschreibung genannten Größenverlauf nicht abgedeckt würden. Zudem seien Sonderanfertigungen von der bekanntgemachten Höchstzahl der zu beschaffenden Schuhe umfasst. Aufgrund des weiten Größenverlaufs in der Leistungsbeschreibung sei für einen branchenkundigen Bieter erkennbar, dass der Bedarf an Schuhen außerhalb dieses Größenverlaufs so unwesentlich minimal sei, dass er für die Rahmenvereinbarungen keine Relevanz habe.

Eine Pflicht zur abschließenden Wertung aller Angebote gebe es nicht. Es würden bei der abgestuften Bewertung nur solche Angebote ausgesondert, die unter keinen Umständen mehr eine Chance auf den Zuschlag hätten.

3. In der mündlichen Verhandlung wurde der Sachverhalt mit den Beteiligten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend erörtert. Auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegt wurde, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, jedenfalls unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zum überwiegenden Teil zulässig.
 - a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb der für die europaweite Vergabe einschlägigen Auftragsschwellenwerte – sind erfüllt.
 - b) Die Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB ist gegeben, auch wenn die ASt kein Angebot einreichte. Dies steht der Bejahung eines Interesses der ASt am Auftrag hier nicht entgegen. Die ASt sieht sich gerade auch durch die ihrer Meinung nach zu knappe Angebotsfrist sowie Anforderungen in den Vergabeunterlagen belastet, die ihr die Erstellung

eines eigenen Angebotes unmöglich mache. Die ASt war bereits in der Vergangenheit Lieferantin der Ag. Sie hat die Vergabeunterlagen für die streitgegenständliche Ausschreibung abgerufen. Sie hat in einem Schreiben an die Ag um Verlängerung der Angebotsfrist ersucht, in ihrer Rüge u.a. die zu knappe Frist sowie weitere Vergabeverstöße bemängelt und schließlich, auch bereits vor Ablauf der Angebotsfrist, den Nachprüfungsantrag eingereicht. Sie hat dabei konkret für die einzelnen Arbeitsschritte bei der im Rahmen der aktuellen Ausschreibung erforderlichen Musterfertigung die von ihr veranschlagten Arbeitszeiten beziffert und auch ein Schreiben eines Prüfungsinstitutes vorgelegt, in dem dieses die einzurechnende Dauer bis zum Abschluss der Prüfungen angibt. Nach diesem konkreten Vortrag der ASt ist die Angebotsfrist zu kurz.

Der Umstand, dass andere Bieter die zur Angebotsabgabe erforderlichen Arbeiten rascher erledigen konnten und so zur Angebotsabgabe in der Lage waren, ist für die Beurteilung der Antragsbefugnis nicht entscheidend. Insoweit ist es für das Vorliegen der Antragsbefugnis hinreichend, dass die ASt ihre ernsthafte Absicht zur Abgabe eines Angebots im streitgegenständlichen Vergabeverfahren durch entsprechende Aktivitäten dokumentiert hat.

- c) Soweit die ASt im Nachprüfungsverfahren geltend macht, die Preise für die Herstellung der Sonderanfertigungen müssten in der Wertung berücksichtigt werden, ist sie mangels vorangehender Rüge gem. § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB präkludiert. Gleiches gilt für die Beanstandung, dass eine unzulässig große Differenz zwischen minimaler und maximaler Bestellmenge angegeben sei. Die ASt verfügte durch die ihr zugänglichen Inhalte der Vergabeunterlagen über die entsprechende Tatsachenkenntnis hinsichtlich der von ihr diesbezüglich geltend gemachten Vergabeverstöße. Des Weiteren hatte der Verfahrensbevollmächtigte der ASt die Vergabeverstöße zum Zeitpunkt der Einreichung des Nachprüfungsantrags auch in rechtlicher Hinsicht erkannt. Dies bedarf keiner weiteren Ausführungen, da der Nachprüfungsantrag diese Verstöße ausdrücklich aufführt. Die ASt war auch in zeitlicher Hinsicht nicht gehalten, den Nachprüfungsantrag ohne die Rüge weiterer Vergabeverstöße unverzüglich einzureichen, denn in Bezug auf die von ihr nicht gerügten Vergabeverstöße drohte ihr kein Rechtsverlust, da eine Rüge bereits allein aufgrund der noch laufenden Angebotsfrist ohne weiteres möglich gewesen wäre. Ein zeitlicher Zwang bestand aufgrund der ablaufenden Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB lediglich in Bezug auf die mit Schreiben vom 15. März 2019 gerügten Vergabeverstöße. Die ASt wäre indes nicht gehindert gewesen, von ihr erst später erkannte Vergabeverstöße im Nachgang zu rügen,

um so der Ag eine Abhilfemöglichkeit außerhalb des Nachprüfungsverfahrens einzuräumen. Stattdessen hat die ASt die von ihr nicht gerügten Vergabeverstöße unmittelbar mit dem Nachprüfungsantrag bereits am 02. April 2019 geltend gemacht und damit gegen die Obliegenheit verstoßen, Vergabeverstöße vor Einreichung des Nachprüfungsantrags gegenüber dem Auftraggeber zu rügen.

Soweit die ASt einwendet, ihre Rüge in Bezug auf die Nichtangabe der Menge sowie der Art der Sonderanfertigungen umfasse auch den Umstand, dass diese bei der preislichen Bewertung der Angebote zu berücksichtigen seien, kann dem nicht gefolgt werden. Denn insoweit handelt es sich um unterschiedliche vergaberechtliche Sachverhalte. Während es bei der Angabe der Menge und der Art von Sonderanfertigungen um die Zumutbarkeit der Preiskalkulation geht, betrifft das Ob einer Berücksichtigung des für die Sonderanfertigung geforderten Preises bei der Angebotsbewertung die Frage der Ausgestaltung von Zuschlagskriterien durch den Auftraggeber.

2. Der Nachprüfungsantrag ist, auch soweit er zulässig ist, jedenfalls nicht begründet.

- a) Die Vorgaben der Ausschreibung zur Lieferung von Sonderanfertigungen verstoßen nicht gegen Vergaberecht.

Die Art der Sonderanfertigungen ist hinreichend deutlich den Vergabeunterlagen zu entnehmen. Die Leistungsbeschreibung enthält die Definition, dass es sich bei Sonderanfertigungen „um Anfertigungen nach individuellen Körpermaßen für Nutzer [handelt] welche nicht mit den Größen lt. Leistungsbeschreibung ausgestattet werden können“. Trotz des Verweises auf die Größen laut Leistungsbeschreibung würde es die Formulierung „individuelle Körpermaße“ möglicherweise erlauben, neben schlichten Sondergrößen in Form von besonders kleinen oder besonders großen Größen auch orthopädische Sonderbedarfe als umfasst anzusehen. Jedenfalls mit den zusätzlichen Erläuterungen in der Rügezurückweisung, dass es nämlich um [...]stiefel gehe, die außerhalb des ausgeschriebenen Größenlaufs lägen, hat die Ag hinreichend klargemacht, dass nur Sondergrößen gemeint sind und keine orthopädischen Spezialschuhe. Dies entspricht im Übrigen auch – wie der Vertreter der ASt in der mündlichen Verhandlung bestätigte – der bisherigen Beschaffungspraxis der Ag.

Auch hinsichtlich der Zahl der zu erwartenden Sonderanfertigungen ist die Ausschreibung hinreichend konkret und genügt letztlich den Anforderungen des § 21 Abs. 1 S. 2 VgV.

Diese Vorschrift soll das Kalkulationsrisiko des Rahmenvertragspartners begrenzen. Zum einen unterfallen die Sonderanfertigungen mangels abweichender Regelung in den Vergabeunterlagen der allgemeinen Höchstmenge der von den Rahmenvereinbarungen abgedeckten Beschaffung, so dass ihre Zahl in jedem Fall nach oben hin begrenzt ist. Zum anderen ergibt sich aus der Leistungsbeschreibung bzw. dem beigefügten Mengenverlauf, dass Sondergrößen nur in Ausnahmefällen erforderlich sein dürften. So sehen die Mengenschlüssel für die Mindestbestellmenge z.B. vor, dass bei den Herrenschuhen, die bei Größe 4,5 beginnen, von dieser Größe gar keine Schuhe zu liefern sind, bei den Damengrößen, die bei Größe 3 beginnen, sind in Größe 3 wie auch in Größe 3,5 keine Schuhe im Rahmen der ersten Lieferung/Mindestbestellmenge zu liefern. Exemplarisch am Modell [...]schuh schwer, Männer gezeigt wiederholt sich die deutliche Ausdünnung des erwarteten Bedarfs auch bei den großen Größen: Von den insgesamt 50.000 Schuhen der Mindestbestellmenge je Los sind nur 50 in der größten Größe 14 zu liefern. Der Größenumfang, der schon vom regulären Größenverlauf umfasst ist, lässt es zusammen mit den zu den „Rändern“ deutlich abnehmenden Bestellmengen, die jedenfalls für die Mindestabnahme angegeben wurden, als naheliegend erscheinen, dass Sondergrößen tatsächlich nur, wie von der Ag im Nachprüfungsverfahren vorgetragen, in wenigen Ausnahmefällen erforderlich sein werden.

Handelt es sich bei einem Mindestabrufvolumen von je Los jeweils mehreren tausend Paar Schuhen bei eventuellen Sonderanfertigungen jedoch erkennbar um eine marginale Ausnahmeerscheinung, so stellt dies einen Interessenten nicht vor unzumutbare Kalkulationsrisiken. Auch die Angabe von – laut Vortrag der Ag im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens schwankenden, aber stets äußerst niedrigen – Erfahrungswerten hätte hier das Kalkulationsrisiko nicht verringert. Insofern ist dem Zweck der gesetzlichen Regelung durch die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen, aus denen sich der voraussichtlich geringe Umfang des Bedarfs an Sonderanfertigungen entnehmen lässt, genügt. Eine Belastung der ASt durch das Fehlen von Schätz-/Erfahrungswerten ist jedenfalls nicht zu erkennen.

- b) Soweit die ASt in zulässiger Weise das Fehlen von Maximal- und Mindestbestellmenge bezüglich der Sonderanfertigungen beanstandet, ist der Nachprüfungsantrag aus den eben genannten Gesichtspunkten ebenfalls unbegründet.

Der Rahmenvertrag enthält mit der Obergrenze der Bestellungen auch eine Maximalmenge für zu ordernde Sonderanfertigungen. Dass konkrete Werte nicht angegeben werden konnten und Erfahrungswerte dem Bieter aufgrund des minimalen Umfangs der Sonderanfertigungen keine zusätzliche Kalkulationsgrundlage geliefert hätten, ist bereits dargestellt worden.

c) Die Beanstandung des zweistufigen Wertungsverfahrens ist nicht begründet.

Die ASt hält das Wertungsverfahren für intransparent, da nicht ersichtlich sei, unter welchen Umständen ein Angebot nach Durchlaufen der Kurzerprobung noch eine Chance auf den Zuschlag habe und der Bieter dementsprechend zur Lieferung weiterer Muster aufgefordert werde. Der behauptete Transparenzmangel liegt jedoch nicht vor. Die Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen lautet: „Alle Bieter, die nach der Kurzerprobung noch eine Chance auf Zuschlagserteilung haben, werden zur Lieferung der Muster für die [...]erprobung und Durchführung der Laborprüfungen aufgefordert.“ Dies ist für sich genommen eindeutig. Soweit ein Bieter nach der Kurzerprobung noch eine theoretische Chance auf den Zuschlag hat, und sei es auch bei Annahme von Extremen, dass also der Bieter in allen weiteren Prüfungsschritten die bestmöglichen Ergebnisse erzielt und seine Wettbewerber jeweils die schlechtestmöglichen Ergebnisse, wird er auch zur Ablieferung der weiteren Testmuster aufgefordert. Auch bei Anwendung auf das vorliegende Vergabeverfahren ist die Klausel hinreichend transparent, da sich aus den Unterlagen ergibt, wann ein Angebot nicht mehr für einen Zuschlag in Betracht kommt. So enthalten die Informationen zum Vergabeverfahren neben dem wiedergegebenen Hinweis zur Zweistufigkeit die Erläuterung, dass alle Angebote zunächst auf formale Richtigkeit geprüft werden. „Angebote welche die gemäß Übersicht Geforderte Nachweise Abschnitt B Nr. 2 nachzuweisenden Eigenschaften nicht erfüllen werden ausgeschlossen.“ Nach dieser Maßgabe könnte ein Angebot bereits vor Durchführung der Kurzerprobung keine Chance mehr auf den Zuschlag haben. Ein weiterer Anwendungsfall, in dem ein Angebot nach Durchlaufen der Kurzerprobung keine Chance auf den Zuschlag mehr haben könnte, wird im Rahmen der Bewertungsmatrix zu den Fragebögen ausgeführt, die die Probanden der Schuhe im Rahmen der Kurzerprobung (wie auch der [...]erprobung) auszufüllen haben. Danach führt eine Bewertung von einem Drittel der Probanden mit null Punkten in einer in dem Fragebogen abgefragten Bewertung zum Ausschluss des Angebotes. Weitere Vorgaben wie etwa eine Mindestpunktzahl, die zur Durchführung der [...]erprobung erforderlich wäre, enthalten die Vergabeunterlagen nicht. Damit ist die Prüfung, welche Angebote zur [...]erprobung zugelassen werden, nachvollziehbar und transparent, handelt

es sich doch um sämtliche Angebote, die nicht in einem vorangehenden Prüfungsschritt ausgeschlossen wurden oder aus anderen Gründen keine Chance auf den Zuschlag mehr haben.

Die ASt bringt gegen das Wertungssystem weiter grundlegende Bedenken vor, dass nämlich die gesetzlichen Regelungen des offenen Vergabeverfahrens eine Abschichtung nicht vorsähen und eine solche daher unzulässig wäre. Sie stützt sich auf die §§ 17 Abs. 12, 18 Abs. 6 und 19 Abs. 5 VgV, die im Unterschied zu § 15 Abs. 5 VgV ein mehrstufiges Verfahren vorsähen. Jedoch trifft diese Betrachtung nicht auf den hier vorliegenden Sachverhalt zu. Die genannten Regelungen, nach denen die Verhandlungen bzw. der Dialog in verschiedenen Phasen abgewickelt werden können, meinen Konstellationen, in denen die Bieter in jeder weiteren Runde neue, veränderte Angebote abgeben können. Dies ist im hier streitgegenständlichen Vergabeverfahren jedoch nicht der Fall. An keiner Stelle der Vergabeunterlagen ist ersichtlich, dass die Bieter ihr ursprüngliches Angebot überarbeiten dürften oder im Rahmen der [...]erprobung andere Schuhmodelle einreichen dürften als zur Kurzerprobung. Die Mehrstufigkeit besteht hier darin, dass nicht von Beginn an sämtliche für eine vollständige Wertung erforderlichen Muster eingereicht werden müssen, sondern nur die für die Kurzerprobung erforderlichen. Diese Vorgehensweise entlastet die Bieter, die nicht bis zum Angebotsabgabetermin schon sämtliche eventuell benötigten Muster angefertigt haben müssen und entlastet auch den Auftraggeber, der nicht sämtliche Muster bezahlen muss, auch wenn er sie eventuell, mangels durchzuführender [...]erprobung und Laborprüfung, gar nicht benötigt. Dies, wie auch die Entscheidung, die aufwändige Wertung nur bezüglich solcher Angebote vollständig durchzuführen, die noch eine Aussicht auf den Zuschlag haben, entspricht dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (§ 97 Abs. 1 GWB).

Da die zur Teilnahme an der zweiten Wertungsstufe zugelassenen Bieter kein zweites Angebot abgeben, liegt auch kein Verstoß gegen § 51 Abs. 1 VgV vor.

Auch dass im Rahmen der [...]erprobung das gleiche Wertungskriterium „Qualität“ geprüft wird wie im Rahmen der Kurzerprobung, stellt keinen Vergaberechtsverstoß dar. Es handelt sich, trotz Verwendung des gleichen Fragebogens für die Probanden, nicht um eine Wiederholung der ersten Prüfung, sondern um unterschiedliche Prüfungsverfahren. Im Rahmen der Kurzerprobung werden die Muster über mehrere Tage von wenigen Proban-

den getragen. Bei der [...]erprobung handelt es sich um einen Trageversuch über mehrere Wochen mit einer deutlich größeren Anzahl von Probanden und zu bewältigender Einsatzszenarien.

- d) Auch soweit die ASt die angeblich zu kurze Angebotsfrist angreift, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet.

Gem. § 20 Abs. 1 VgV sind bei der Festlegung der Fristen zur Angebotsabgabe die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen. Die Ag hat hier, bei Außerachtlassung der erst kurz vor Ende der ursprünglichen Abgabefrist erfolgten Verlängerung, 45 Tage zur Einreichung der Angebote eingeräumt und damit die Mindestfrist (vgl. § 15 Abs. 2 VgV) um 10 Tage erhöht.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Frist ist auf das durchschnittliche Unternehmen, an das sich die Ausschreibung richtet, abzustellen. Nicht alle, aber möglichst viele interessierte Unternehmen sollen in der Lage sein, ein Angebot abzugeben (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28. März 2018 – Verg 40/17, juris-Rn. 66). Die ASt trägt insoweit vor, ausschließlich Vorlieferanten der Ag könnten Muster mit den geforderten Eigenschaften innerhalb der Angebotsfrist vorlegen. Nach Ablauf der Angebotsfrist hat die Ag der Vergabekammer eine Übersicht der eingegangenen Angebote vorgelegt. Nach dieser hat sich eine Mehrzahl von Unternehmen [5-10] beworben, von denen nur manche auch im Rahmen der Vorausschreibung einen Zuschlag bekommen haben, die übrigen jedoch bislang noch keine Lieferanten der Ag waren. Allen Angeboten lagen die erforderlichen Muster und Prüfbescheinigungen bei. Dass es mehreren anderen Bietern gelungen ist, rechtzeitig Angebote einzureichen, ist zumindest indiziell für die Angemessenheit der Frist (vgl. zu § 20 Abs. 1 VSVgV OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07. November 2018 – VII-Verg 39/18).

Hinzu kommt, dass sich aus den der Vergabekammer ebenfalls vorgelegten Prüfbescheinigungen ergibt, dass von den Bietern eine Vielzahl unterschiedlicher Institute beauftragt wurde und teils Prüfzeiten von nur wenigen Tagen erreicht wurden, die die von der ASt vorgetragene fast drei Wochen deutlich unterschreiten. In einem anderen Vergabeverfahren der Ag hat die ASt unter Beauftragung eines anderen Prüfinstitutes ebenfalls benötigte Zertifikate binnen weniger Tage nachreichen können. Im Übrigen ist hier festzustellen, dass selbst die Anbieter, die länger als nur wenige Tage auf die Zertifizierungen warten mussten, rechtzeitig ihre Angebote einreichen konnten.

Neben dem Umstand, dass mehrere der jetzigen Bieter bislang noch keine Lieferanten der Ag waren, ist weiter festzuhalten, dass die im Leistungsverzeichnis gestellten Anforderungen an die ausgeschriebenen Schuhe für die ASt nicht völlig überraschend kamen, hatte diese sich doch auch an der Vorausschreibung beteiligt. Dort hatte sie zwar kein Angebot abgegeben, aber jedenfalls Bieterfragen gestellt und sich also inhaltlich mit der Ausschreibung beschäftigt. Der ASt war damit schon vor der aktuellen Ausschreibung bekannt, dass die Ag von ihren vorher verwendeten technisch detaillierten Leistungsbeschreibungen abgerückt ist und nunmehr eher funktional ausgerichtete Leistungsbeschreibungen der auch hier verwendeten Art nutzt.

III.

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

Die Kosten sind der Ast aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterliegt.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag war notwendig. Die einzige Vergabekammerjuristin der Ag war zum Zeitpunkt des Eingangs und der Bearbeitung des Nachprüfungsantrages abwesend. Auch wenn es sich bei den im vorliegenden Verfahren tragenden Rechtsfragen (Angebotsfrist, Wertung, Konkretheit der Ausschreibungsbedingungen) um Fragen handelt, die eine Vergabestelle grundsätzlich selbst beurteilen können muss, gestattet es der Grundsatz der Waffengleichheit, sich externen anwaltlichen Rat zu suchen, wenn grundsätzlich vorhandene eigene Kapazitäten im Einzelfall nicht zur Verfügung stehen. Die im Nachprüfungsverfahren sehr knappen Fristen gestatten es auch regelmäßig nicht, die Verfahrensführung wieder auf eigene Mitarbeiter zu übertragen, selbst wenn diese während des laufenden Verfahrens wieder einsatzbereit werden sollten.

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, 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.

Behrens

Dr. Schier