



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 – 34/21

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

C.G. Haenel GmbH,  
vertreten durch die Geschäftsführung,  
Schützenstraße 26, 98527 Suhl,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

Bundesrepublik Deutschland,  
vertreten durch das Bundesministerium der Verteidigung,  
dieses vertreten durch das Bundesamt für Ausrüstung, In-  
formationstechnik und Nutzung der Bundeswehr,  
Ferdinand-Sauerbruch-Straße 1, 56073 Koblenz,

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

Heckler & Koch GmbH,  
Heckler-und-Koch-Straße 1, 78727 Oberndorf am Neckar,

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Herstellung und Lieferung von Sturmgewehren mit Zubehör für die Bundeswehr“, EU-Bekanntmachungs-Nr. 2017/S 078-151422, 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 11. Mai sowie vom 7. Juni 2021 am 10. Juni 2021 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Zuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene und die Antragsgegnerin war jeweils notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zur oben genannten Vergabe durch. Die Antragstellerin (ASt) wie auch die Beigeladene (Bg) gaben nach erfolgreichem Durchlaufen des Teilnahmewettbewerbs ein indikatives wie auch ein finales Angebot ab.

Nach Abgabe der indikativen Angebote fand eine „Vergleichserprobung“ statt, in deren Rahmen die Ag die von den Bietern zur Verfügung gestellten Waffen prüfte. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 6. September 2017 enthielt hierzu unter 4.3 auszugsweise folgende Erklärung:

*„Nach einer formellen Auswertung der Angebote findet mit nicht ausgeschlossenen Bietern in der (2 KW 2018) eine Produktvorstellung der Sturmgewehre mit Zubehör [...] statt. [...] An diesem Termin hat der Bieter dem Auftraggeber die in der Anlage 8 Nr. 1 zur Angebotsaufforderung aufgeführten Produkte [...] unentgeltlich zum Zwecke der Durchführung einer Vergleichserprobung zu übergeben. [...] Die Produkte bleiben bis zum Ende des Vergabeverfahrens bei dem Auftraggeber. [...] Die Waffen desjenigen Bieters, der den Zuschlag erhält, bleiben bis zum Ende der integrierten Nachweisführung beim Auftraggeber.*

*Der Auftraggeber führt eine mehrmonatige Vergleichserprobung der Waffen, nach Maßgabe der Anlage 8 zu dieser Angebotsaufforderung durch. Eine Teilnahme der Bieter an der Vergleichserprobung ist ausgeschlossen. Bei der Vergleichserprobung werden die in Anlage 8 zur Angebotsaufforderung aufgeführten Prüfungen durchgeführt. Dabei werden die Waffen zum Teil zerstörerisch geprüft. Die Ergebnisse der Vergleichserprobung dienen der Kontrolle, ob die angebotene Waffe, die Mindestforderungen der Leistungsbeschreibung in den geprüften Punkten erfüllt,*

*sowie der Verifikation der Angebotsangaben des Bieters in dem Dokument „Technisches Angebot“. Sind die Ergebnisse der Vergleichserprobung schlechter als die Angaben des Bieters im Technischen Angebot, erhält dieser die Möglichkeit die Angaben im Technischen Angebot den Ergebnissen der Vergleichserprobung anzupassen. Wird von der Möglichkeit der Anpassung kein Gebrauch gemacht, werden Angebote, bei denen die Ergebnisse der Vergleichserprobung schlechter sind als die Angaben des Bieters im Technischen Angebot vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Sind die Ergebnisse der Vergleichserprobung besser als die Angaben des Bieters im Technischen Angebot werden die Angaben des Bieters im Technischen Angebot für das weitere Verfahren herangezogen.“*

In der Aufforderung zur Abgabe des finalen Angebotes vom 14. Mai 2020 legte die Ag unter 5. fest, dass die Vergabestelle beim Fehlen von Angaben und/oder Unterlagen von der Möglichkeit zur Nachforderung gemäß § 22 Abs. 6 VSVgV Gebrauch machen kann.

Unter 7. der Aufforderung zur Abgabe der verbindlichen Angebote erläuterte die Ag, dass Zuschlagskriterien mit je 50 % Gewichtung der Nettopreis sowie die Leistung seien.

Zur Bewertung der Qualität wurden die Angaben der Bieter im technischen Angebot herangezogen. Dabei hatten die Bieter die Möglichkeit, die in der Vergleichserprobung durch die Ag festgestellten Werte in ihr technisches Angebot zu übernehmen (s.o., Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 6. September 2017). In dem entsprechenden Formular hatten die Bieter zu den einzelnen Anforderungen des Leistungsverzeichnisses genaue Messwerte (Gewicht, Treffergenauigkeit etc.) anzugeben und in einer weiteren Spalte aus einem Drop-down-Menü die den genauen Wert umfassende Spanne auszuwählen, die dann für die im jeweiligen Kriterium vergebenen Punkte maßgeblich war. Die Spannbreiten und die zugeordneten Wertungspunkte ergaben sich dabei aus Anlage 5 zur Angebotsaufforderung.

Der wertungsrelevante Preis ergab sich aus einer in der Angebotsaufforderung benannten Berechnungsformel. Darin flossen ein der Preis des Sturmgewehrs sowie die Preise für Rohr und Gehäuse sowie weiterer erforderlicher Ersatzteile unter Berücksichtigung der geforderten sowie der tatsächlichen Lebensdauer der einzelnen Teile. Abschließend wurde auch der Preis des Zubehörs sowie sonstiger Gegenstände und Leistungen, die sich aus dem Preisblatt ergeben, einberechnet. Das Preisblatt war in mehrere Spalten aufgeteilt. In der ersten stand eine Bezeichnung des jeweiligen Artikels (teils im Singular, teils im Plural formuliert), daneben fand sich die Spalte „Menge“, in die von der Ag Zahlen voreingetragen waren. Die beiden weiteren Spalten waren mit „Einzelpreis (netto)“ sowie „Gesamtpreis (netto)“ überschrieben.

Eine im Laufe des Vergabeverfahrens gestellt Bieterfrage (s. Vergabeakte Ordner 8, Bl. 198) lautete: *„Ist die Anzahl der geforderten Stückzahlen der [...] als Stückzahl zu verstehen oder ist damit die Anzahl an Sätzen gemeint die dann jeweils aus mehreren Stück bestehen?“* Diese Frage wurde beantwortet mit: *„Hiermit ist die Stückzahl gemeint. [...]“*

Die Ag klärte die verbindlichen Angebote von ASt und Bg jeweils mit drei Schreiben auf.

Hinsichtlich der ASt führten folgende Umstände zu Bedenken:

Im Preisblatt waren einzelne Positionen mit „- €“ bepreist. Dabei handelte es sich um die Voreintragung, die schon im unbefüllten Dokument angelegt war. Insoweit nahm die Ag keine Aufklärung vor, sondern beließ diese Positionen bis zum Nachprüfungsverfahren unbeanstandet.

Im technischen Angebot waren zu den einzelnen Anforderungen genaue Messwerte (Gewicht etc.) anzugeben. Wie beschrieben war zu jedem dieser Werte zusätzlich aus einem Drop-down-Menü die zugehörige Wertespanne auszuwählen. Anhand der gewählten Spanne wurden die wertungsrelevanten Punkte vergeben. Hinsichtlich einzelner Positionen stimmten die angegebenen genauen Werte nicht mit der Auswahl der Wertespanne im Drop-down-Menü überein. Auf Nachfrage änderte die ASt bei mehreren Positionen teils die Eintragungen zu den genauen Werten, teils die Auswahl im Drop-down-Menü, teils auch beide Werte zu einer Position. Im Einzelnen ergaben sich sowohl Verbesserungen der Wertungspunkte wie auch Verschlechterungen, insgesamt jedoch eine Verbesserung um mehrere Wertungspunkte.

Hinsichtlich eines Zubehörteils, sog. [...] sowie deren [...], enthält die Vergabeakte einen Vermerk vom 29. Juli 2020, nach dem die eingegangenen Angebote nicht vergleichbar seien, da ein Angebot mit einzelnen [...], eines mit 3er-Sets eingegangen sei. Die ASt hatte in ihrem indikativen Angebot im Preisblatt, welches schon voreingetragen in der Spalte „Menge“ konkrete Zahlenwerte angab, zu den [...] wie auch zu den [...] den Klammerzusatz (3er-Set) eingefügt. Dieser Zusatz war im verbindlichen Angebot nicht mehr enthalten, jedoch ergab sich aus dem beigefügten Datenblatt zu den [...], dass diese im 3er-Set geliefert würden. Der Vermerk führt insoweit weiter aus, dass in der Angebotsaufforderung nicht ausdrücklich klargestellt worden sei, dass es sich um die Menge einzelner [...] handle. Es sei entschieden worden, die Positionen zu konkretisieren und neu anbieten zu lassen. Dies sei zulässig, weil keine vergleichbaren Angebote vorlägen und kein Bieter durch diese Vorgehensweise benachteiligt werde. Entsprechend teilte die Ag den Bietern mit, dass aus den Vergabeunterlagen nicht

eindeutig hervorgehe, dass hinsichtlich der [...] wie deren [...] die konkrete Stückzahl anzubieten sei. Auf dieses Schreiben hin bot die ASt die Positionen [...] und entsprechende [...] zu einem reduzierten Preis an.

Bei der Bg führten die folgenden Umstände zu Nachfragen der Ag:

Im technischen Angebot hatte die Bg ursprünglich nur die wertungsrelevanten Spannen aus dem Drop-down-Menü ausgewählt, jedoch keine genauen Messwerte angegeben. Diese ergänzte sie auf Nachforderung. Änderungen in der Bewertung ergaben sich dadurch nicht. Auch bei der Ergänzung der genauen Werte verwendete die Bg noch eine alte Vorlage des technischen Angebots mit dem Stand der indikativen Angebote, in der noch zwei Kriterien enthalten waren, die im Dokument technisches Angebot zum verbindlichen Angebot nicht mehr enthalten waren. Diese beiden Positionen hatte die Bg nicht angeboten, daher im Drop-down-Menü jeweils verneint. Auf Nachfrage befüllte sie die aktuelle Version des Dokumentes mit ihren, ansonsten unveränderten, Angaben und erhielt so eine bessere Wertung. Diese resultierte daraus, dass nach dem alten Formular die Wertung im Cluster Kompatibilität die Erfüllung von sieben Anforderungen zur Erlangung der vollen Punktzahl verlangte. Nach dem Wegfall zweier Anforderungen genügte die Erfüllung von fünf Anforderungen zur Erlangung der vollen, gleich hoch gebliebenen Punktzahl.

Laut Wartungsplan, den die Bg mit dem indikativen Angebot eingereicht hatte, hätten mehr Ersatzteile während der Lebensdauer des Gewehrs getauscht werden müssen als in der Preisberechnung der Bg enthalten. Auf entsprechenden Hinweis der Bg konnte die Ag jedoch intern nachvollziehen, dass diese Abweichung vom Wartungsplan bei Übergabe der Waffen zur Vergleichserprobung erläutert worden war und die Waffen dort auch entsprechend der korrigierten Wartungsanweisung behandelt worden waren.

Im Dokument zur Angabe der Lebenszeitkosten des Gewehrs („LDR ist, LDG ist und Ersatzteilpreise“, Anlage 10 zum verbindlichen Angebot) waren Ersatzteilpreise abweichend von denen in der Auflistung sämtlicher Ersatzteile (Anlage 8 zum verbindlichen Angebot) angegeben. Die Bg erläuterte auf Nachfrage, dass die Preise im Dokument „LDR ist, LDG ist und Ersatzteilpreise“ gelten sollten.

Auf Nachfrage der Ag hinsichtlich der [...] sowie [...] bestätigte die Bg, sich unverändert an ihr Angebot gebunden zu fühlen.

Ursprünglich hatte die Ag mit Vorabinformationsschreiben vom 15. September 2020 mitgeteilt, der ASt den Zuschlag erteilen zu wollen. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2020 teilte die Ag mit,

dass sich aufgrund eines zwischenzeitlich durch die jetzige Bg eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens (Az. VK 1-82/20) tatsächliche und rechtliche Anhaltspunkte ergeben hätten, die die Ag dazu veranlassten, noch einmal in die Wertung der Angebote einzutreten. Die Bg als seinerzeitige Antragstellerin erklärte daraufhin ihren Nachprüfungsantrag für erledigt. Die Ag lies im Rahmen der Neubewertung der Angebote durch eigene Mitarbeiter sowie auch von beauftragten Patentanwälten Gutachten erstellen zur Frage, ob die ASt hinsichtlich des angebotenen [...] sowie des [...] Patente der Bg sowie eines weiteren Unternehmens verletze. Mit Schreiben vom 18. Dezember 2020 hörte die Ag die ASt zum nunmehr beabsichtigten Ausschluss der ASt vom Vergabeverfahren an. Mit dem Angebot der ASt würde diese ein Patent der Bg hinsichtlich des [...] sowie ein Patent eines weiteren Unternehmens hinsichtlich des angebotenen [...] verletzen. Die ASt habe die Ag auch über das Vorliegen dieser Patentverletzungen getäuscht.

Die ASt rügte den angekündigten Ausschluss mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 22. Dezember 2020 und nahm im Weiteren mit Schreiben vom 18. Januar 2020 Stellung zum Anhörungsschreiben der Ag. In dieser Stellungnahme wies die ASt u.a., insoweit unter Bezugnahme auf ein eigenes beauftragtes anwaltliches Gutachten, die Patentverletzungen zurück. Hinsichtlich des [...] berief sich die ASt auch darauf, im verbindlichen Angebot noch keine konkreten [...] als Leistungsgegenstand definiert zu haben. Die ASt werde sicherstellen, dass die zu liefernden [...] keine gewerblichen Schutzrechte Dritter verletzen und sämtliche Spezifikationen und Qualitätsanforderungen gemäß der Vergabeunterlagen erfüllen würden.

Mit Vorabinformationsschreiben gemäß § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB vom 2. März 2021 informierte die Ag die ASt darüber, dass die ASt gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 8 und Nr. 9c GWB sowie § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV vom Verfahren ausgeschlossen werde und beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. U.a. verletze die von der ASt angebotene Waffe zur Überzeugung der Ag ein Patent der Bg. Diese Überzeugung bestehe auch nach Würdigung eines von der ASt beauftragten Gegengutachtens. Vor dem Hintergrund zu erwartender Auslandseinsätze komme es auf eine mögliche Entscheidung deutscher Gerichte zu einer eventuellen Nichtigkeit des Patentes der Bg nicht maßgeblich an. Auch das angebotene [...] verletze ein fremdes Patent. Soweit sich die ASt offenhalte, ein anderes [...] zu liefern, sei dies ein unzulässiges Abweichen von den Vergabeunterlagen.

Der Verfahrensbevollmächtigte der ASt rügte mit Schreiben vom 5. März 2021 die Rechtswidrigkeit des Ausschlusses. Die ASt wies insbesondere auch darauf hin, dass das Verhalten der

Bg unlauter sei, da diese die unzutreffenden patentrechtlichen Behauptungen absichtlich zurückgehalten habe, um nach Abgabe der Angebote eine möglichst große Wirkung durch die bei der Ag entstehende Rechtsunsicherheit zu erzielen. Dies müsse zum Ausschluss der Bg führen.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 10. März 2021 wies die Ag die Rügen der ASt zurück.

Während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens teilte ein Hersteller von [...] der Ag mit, gegen die Bg wegen der Verletzung eines Patentes vorzugehen. Dieses werde durch das angebotsgegenständliche [...] der Bg betroffen. Die Ag forderte die Bg zur Stellungnahme auf und ließ auch von beauftragten Gutachtern die Frage prüfen, ob das angebotene [...] der Bg das geltend gemachte Patent verletze. Die Gutachter kamen zu der Auffassung, dass das Patent nicht verletzt sei. Dieser Meinung schloss sich die Ag nach interner Prüfung an.

Ebenfalls während des Nachprüfungsverfahrens erging die letztinstanzliche Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Strafbarkeit ehemaliger Mitarbeiter der Bg, betreffend das Erschleichen von Ausfuhrgenehmigungen für Kriegswaffen in bestimmte mexikanische Regionen. Die Ag wandte sich mit Schreiben vom 30. April 2021 an die Bg und erhielt von dieser das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Stuttgart; die Entscheidung des Bundesgerichtshofs liege noch nicht in schriftlicher Fassung vor. Mit Schreiben vom 5. Mai 2021 bat die Ag die Bg um nähere Angaben zu Funktion, Tätigkeitsbereich und hierarchischer Stellung des verurteilten ehemaligen Vertriebsleiters der Bg. Weiter wurde erfragt, wann die Geschäftsführung der Bg vom Vorgehen des ehemaligen Vertriebsleiters Kenntnis erlangt habe, welche Maßnahmen die Bg getroffen habe, um zukünftig unrichtige Angaben gegenüber Genehmigungsbehörden betreffend Waffenexporte zu verhindern und welche Selbstreinigungsmaßnahmen insgesamt ergriffen wurden. Die Bg nahm hierzu mit Schreiben vom 7. Mai 2021 Stellung. In einem Vermerk vom 14. Mai 2021 legte die Ag ihre Auffassung nieder, nach der eine Zurechnung der Handlungen des ehemaligen Vertriebsleiters gem. § 123 Abs. 3 GWB gegeben sei und der Export von Waffen unter Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz die Integrität eines Unternehmens i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB infrage stellen könne. Die Bg habe aus Anlass des 2015 eingeleiteten Strafverfahrens vielfältige Maßnahmen mit dem Ziel der Vermeidung entsprechender Straftaten ergriffen. Seit 2012 verfüge die Bg über einen Chief Compliance Officer, seit 2014 sei die Einhaltung von Compliance-Vorgaben Bestandteil der jährlichen Zielvereinbarungsgespräche mit den Mitarbeitern. Mehrere Leitfäden bzw. Dienstanweisungen

der Bg seien angepasst und strenger gefasst worden. Die Mitarbeiter würden zu ihrer Neueinstellung und wiederholt in regelmäßigen Abständen zu Compliance geschult. Die Bg habe schließlich eine grundlegende Neuausrichtung der Vertriebsstrategie vorgenommen, die dazu beitrage, von vornherein die Gefahr des Exports von Kriegswaffen in solche Gebiete erheblich zu reduzieren, in denen fortdauernde und systematische Menschenrechtsverletzungen begangen würden und in die derartige Güter nicht geliefert werden dürften. Die aufgeführten Maßnahmen seien aus Sicht des BAAINBw insgesamt als hinreichende Selbstreinigungsmaßnahmen im Sinne des § 125 GWB zu bewerten, so dass ein Ausschluss der Bg von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht angezeigt sei.

Auf entsprechende Nachfrage der Vergabekammer vom 26. Mai 2021 ergänzte die Ag die Vergabeakte mit einem Vermerk vom 27. Mai 2021. Neben den Voraussetzungen des § 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB lägen auch diejenigen nach Nr. 1 und Nr. 2 vor. Durch die in Rede stehende schwere Verfehlung, die der Bg trotz Zeitablaufs – unterstellt – noch zurechenbar sei, sei kein greifbarer Schaden bei einem Dritten entstanden, den es zu kompensieren gelte. Die Voraussetzungen der Nr. 2 ergäben sich unmittelbar aus der Anhörung der Bg vom 7. Mai 2021, wonach die Bg unmittelbar nach Kenntnis von den strafrechtlichen Ermittlungen umfassend mit der Staatsanwaltschaft zusammengearbeitet habe und eine umfangreiche Sonderuntersuchung durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Auftrag gegeben habe. Der Untersuchungsbericht sei der Staatsanwaltschaft übergeben worden. Im Urteil des Landgerichtes Stuttgart seien keine gegen eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden sprechenden Umstände festgestellt worden. Die Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber ergebe sich aus den bereitwillig erteilten Informationen zu den fraglichen Vorwürfen. Unter Berücksichtigung der Selbstreinigungsmaßnahmen, der Schwere der zugrundeliegenden Vorwürfe und aller Umstände des Einzelfalles, sowie der Zeit, die zwischen den Vorfällen verstrichen sei, werde die Prognose aufgestellt, dass sich die Bg für das vorliegende Vergabeverfahren (wieder) als zuverlässig erweise und eine Nichtberücksichtigung wegen der abgeurteilten Taten nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht erfolge.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 11. März 2021 stellt die ASt Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.

a) Sie greift insbesondere den Ausschluss ihres Angebots vom Vergabeverfahren an.



- Es liege keine schwere berufliche Verfehlung der ASt i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB aufgrund einer angeblichen Verletzung eines Patentes der Bg vor. Die von der Ag vorgebrachte patentrechtliche Fragestellung sei nach der Rechtsprechung bereits kein Gegenstand des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens. Es fehle an einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm.

Jedenfalls sei das Patent der Bg durch die angebotene Waffe nicht verletzt. Das insoweit vorgelegte Gutachten der Ag könne die nach der Rechtsprechung erforderliche Gewissheit – welche vernünftigen Zweifeln Schweigen gebieten müsse – von der schweren beruflichen Verfehlung i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht vermitteln. Dies schon aufgrund des vorgelegten diametral entgegenstehenden Gutachtens der ASt. Hinsichtlich der von der Ag ausgewählten Gutachter zieht die ASt deren Objektivität in Zweifel. Auch müsse die Ag die offenkundige Nichtigkeit des Patentes der Bg berücksichtigen, da diese einer Geltendmachung von Ansprüchen des Patentinhabers entgegenstehe. Die Nichtigkeit wirke ex tunc, so dass das Patent zu keinem Zeitpunkt verletzt sein könne. Da die Ag die Gefahr, von der Bg patentrechtlich in Anspruch genommen zu werden, zum Kern ihrer Ermessensentscheidung über den Ausschluss des Angebotes der ASt gemacht habe, gehe sie folglich von einer falschen Tatsachengrundlage aus, so dass die Entscheidung ermessensfehlerhaft sei. Im Übrigen sei die – unterstellte – Patentverletzung auch nicht „schwer“ i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Leichte Fahrlässigkeit der ASt genüge insoweit nicht. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die ASt von der Bg bislang nur hinsichtlich einer hier nicht angebotsgegenständlichen Waffe mit anderen konstruktiven Merkmalen patentrechtlich abgemahnt worden sei. Die hier angebotene Waffe sei von der Bg hingegen bis heute nicht als patentverletzend eingeordnet worden. An der Schwere des Verstoßes fehle es auch aufgrund der offenkundigen Nichtigkeit des Patents, da somit keine schützenswerten Rechtsgüter betroffen seien. Auch hätte die Ag die Auswirkungen der Nichtigkeit des Patentes der Bg auf die Frage der Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme der Ag durch die Bg prüfen müssen. Eine Beschlagnahme der Waffen im Ausland komme in Anbetracht der Grundsätze der Staatenimmunität nicht in Betracht.

- Eine schwere Verfehlung komme auch bezüglich des [...] nicht in Betracht. Die behauptete Patentverletzung sei jedenfalls nicht durch die ASt, sondern ohne deren Kenntnis allenfalls durch Zulieferer begangen worden. Eine eigene Verfehlung der ASt sowie ein eigenes Verschulden schieden damit aus.

Im Übrigen habe die ASt ohnehin kein [...] eines konkreten Herstellers angeboten, das gegen Patentrechte verstoßen könnte. Im finalen Angebot sei bereits an keiner Stelle ein bestimmter [...]hersteller benannt und auch keine Lieferanten-Artikelnummer angegeben, weil noch kein Lieferant spezifiziert gewesen sei. Die Vergabeunterlagen würden auch nicht verlangen, dass die Bieter den konkreten [...]hersteller bereits mit Angebotsabgabe benennen müssten. Entsprechend habe die ASt kein Produkt eines konkreten Herstellers zum Gegenstand ihres technischen Angebotes gemacht. Soweit die Ag auf bestimmte Anforderungen der Leistungsbeschreibung hinsichtlich des [...] verweise, so sei deren Einhaltung gem. § 1 Abs. 2 des Vertragsentwurfs im Rahmen der integrierten Nachweisführung erst nach Zuschlagserteilung nachzuweisen. Diese vertragliche Regelung mache klar, dass die Ag erst nach Zuschlagserteilung prüfe, ob das angebotene [...] der Leistungsbeschreibung entspreche. Soweit die Ag auf eine im Teilnahmeantrag und im BAFO identische interne Bestellnummer für das [...] abstelle, so beruhe diese auf verwaltungsinternen Gründen. Eine Aussage, dass die ASt in ihrem finalen Angebot das im Teilnahmeantrag benannte [...] habe anbieten wollen stelle dies nicht dar.

Auch lägen Sinn und Zweck eines Erstangebotes und einer Produktvorstellung in einem Verhandlungsverfahren darin, dass dieses Angebot verhandelt und angepasst werden könne. Es sei systemwidrig, wenn der Inhalt des BAFO bereits durch ein Erstangebot oder eine Produktvorstellung abschließend determiniert werde. Die integrierte Nachweisführung nach Zuschlag wäre nicht erforderlich, wenn bereits die nach dem Erstangebot erprobten [...] nicht mehr geändert werden könnten. Daher erfolgte eine Konkretisierung des [...] auch nicht durch die Nutzung eines bestimmten Modells bei der Produktvorstellung im Rahmen von Vergleichserprobungen.

- Das Angebot der ASt könne auch nicht wegen Änderung der Vergabeunterlagen gem. § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV ausgeschlossen werden. Es sei keine Festlegung auf einen konkreten Hersteller des [...] erfolgt. Die ASt werde jedoch sämtliche Spezifikationen und Qualitätsanforderungen gemäß Vergabeunterlagen erfüllen, so dass insoweit keine Änderung vorliege. Darüber hinaus sei die ASt aufgrund einer inzwischen, kurz vor der mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 2021, abgeschlossenen Vereinbarung zwischen dem Zulieferer des in der Vergleichserprobung eingereichten [...] und dem Inhaber des durch das [...] angeblich verletzten Patentes in der Lage, exakt das identische [...] wie zur Vergleichserprobung zu liefern.

- Auch habe die ASt nicht i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB über Ausschlussgründe oder Eignungskriterien getäuscht. Hinsichtlich des angebotenen Gewehrs habe die Bg bis zur Abgabe der finalen Angebote und bis heute keine Ansprüche geltend gemacht. Die Waffe verletze auch kein Patent der Bg. Das Patent der Bg sei darüber hinaus auch evident nichtig. Es könne daher keine schwerwiegende Täuschung vorliegen. Soweit sich die Ag auf § 11 Abs. 1 der ABBV berufe, so erlange dieser erst mit Vertragsschluss Geltung. Auch hier sei im Übrigen zu berücksichtigen, dass wegen der angebotenen Waffe bislang keine gerichtlichen oder außergerichtlichen Rechtsverletzungsansprüche geltend gemacht worden seien. Auch fehle es an einem Verschulden der ASt.
- Die ASt habe auch keine irreführenden Informationen i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB übermittelt, insbesondere keinen „geheimen Vorbehalt“ bei Angebotsabgabe gehabt.
- Auch dürfe die ASt nicht gem. § 31 Abs. 2 Nr. 8 VSVgV ausgeschlossen werden, weil das Angebot alle erforderlichen Preisangaben enthalten habe.

Soweit zu einzelnen Positionen im Preisblatt die Eintragung „- €“ stehe, ergebe sich nach dem objektiven Empfängerhorizont, dass diese Positionen unentgeltlich angeboten werden sollten. Dies habe die Ag selbst über mehr als zwei Jahre hinweg so verstanden. Dem stehe nicht entgegen, dass die ASt hinsichtlich eines Zubehörteils, welches tatsächlich nicht angeboten werden sollte, ebenfalls die Eintragung „- €“ verwendet habe. Diese Position habe nicht angeboten werden müssen, dennoch habe die Ag hier bereits eine Mengenangabe eingetragen, so dass die ASt hier keinen Preis angeben müssen. Eine Änderung der voreingetragenen Mengenangabe hingegen hätte eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen dargestellt. Darüberhinaus habe die ASt bereits im indikativen Angebot ausgeführt, dass die Angabe eines Preises entfalle, da die Lieferung dieses Artikels nach der Leistungsbeschreibung bei der Waffe der ASt nicht erforderlich sei. Selbst wenn die Ag insoweit Restzweifel haben sollte, hätte sie das Angebot der ASt jedenfalls aufklären müssen.

Im Übrigen dürfte das Angebot der ASt auch gem. § 31 Abs. 2 Nr. 8 VSVgV nicht ausgeschlossen werden, da es sich um unwesentliche Preispositionen handele. Entgegen dem Vortrag der Ag folge die Wesentlichkeit nicht schon daraus, dass sie Leistungen beträfen, zu denen ein Auftragnehmer ausdrücklich verpflichtet werde. Die Wesentlichkeit sei auf Basis des fraglichen Leistungsgegenstandes und seiner Bedeutung, seines

wertmäßigen Anteils für die Gesamtleistung sowie für den Gesamtpreis zu prüfen. Danach handele es sich hier um völlig untergeordnete Begleitleistungen.

Schließlich ergebe sich bei der behaupteten Unvollständigkeit der unwesentlichen Einzelpositionen die Pflicht der Ag zur Nachforderung aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, da im Vergabeverfahren auch von anderen Bietern Unterlagen nachgefordert wurden.

- Die ASt habe auch das wirtschaftlichste Angebot abgegeben. Soweit die Ag nunmehr, zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung (vom 11. Mai 2021), vorbringe, dass zwei durchgeführte Aufklärungen bzw. Nachforderungen unzulässig gewesen seien und die entsprechenden Inhalte daher nicht bei der Angebotswertung berücksichtigt werden dürften, so stelle dies schon eine Verletzung der Verfahrensförderungspflicht dar und sei damit unbeachtlich.

Soweit die ASt in ihrem technischen Angebot Widersprüche zwischen den angegebenen genauen Messwerten und der zugehörigen Spalte „Wertung - Drop Down“ beseitigt habe, sei dies im Rahmen der Aufklärung zulässig gewesen.

Auch soweit die ASt ihr Angebot auf Nachfrage der Ag betreffend die [...] bzw. deren [...] konkretisiert habe, sei dies zulässig gewesen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz erfordere, dass die Bieter vergleichbare Angebote abgäben. Sei dies nach der Leistungsbeschreibung nicht sichergestellt, weil die Bieter die Anforderungen unterschiedlich verstehen könnten, dürfe der Auftraggeber den Bieter nicht ausschließen, sondern müsse die Vergabeunterlagen konkretisieren. Es handele sich um eine vergaberechtskonforme Rückversetzung bei gleichzeitiger Konkretisierung der Vergabeunterlagen. Indem die Ag nunmehr, entgegen ihrem ursprünglichen Aufklärungsschreiben in dieser Sache, vortrage, dass die Vergabeunterlagen und die Angebote eindeutig gewesen seien, verhalte sie sich grob rechtswidrig. Sie könne die Teilrückversetzung des Verfahrens nicht rückgängig machen.

- Im Hinblick auf die von einem [...]hersteller geltend gemachte Patentverletzung durch das angebotsgegenständliche [...] der Bg komme ein Ausschluss des Angebotes der ASt unter dem Gesichtspunkt der Bietergleichbehandlung nicht in Betracht. Es sei nicht erklärlich, warum die Bg, die sich patentrechtlichen Verletzungsvorwürfen ausgesetzt sehe, im Vergabeverfahren verbleiben solle, während die ASt ausgeschlossen werden

solle. Solche patentrechtlichen Streitigkeiten seien auch nicht im Nachprüfungsverfahren, sondern vor den Patentgerichten zu klären.

- Die Bg sei gem. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB vom Vergabeverfahren auszuschließen. Sie habe missbräuchlich patentrechtliche Schritte gegen die ASt nur dann eingeleitet, wenn sie es in Bezug auf das hiesige Vergabeverfahren für opportun hielt. Die Abmahnung hinsichtlich einer hier nicht angebotenen Waffe sei wenige Minuten nach Abgabe der Erstante ergangen. Die Patentverletzungsklage zu der hier nicht angebotenen Waffe sei dann erst zweieinhalb Jahre später und kurz nach Abgabe der finalen Angebote erhoben worden. Rechtliche Schritte hinsichtlich der angebotenen Waffe hingegen vermeide die Bg und lasse die erhobenen Vorwürfe ohne gerichtliche Klärung „köcheln“, solange sie diese im Vergabeverfahren einzusetzen gedenke.
- Die Bg sei auch wegen einer Änderung der Vergabeunterlagen gem. § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV auszuschließen. Im vorangegangenen, dieselbe Ausschreibung betreffenden, Nachprüfungsverfahren habe die Bg ausgeführt, dass bei ihr zahlreiche Erklärungen und Nachweise nachgefordert worden seien. Damit sei die zulässige Grenze, nach der nur in einzelnen Punkten nachgefordert werden dürfe, überschritten.
- Nach Einreichung des Nachprüfungsantrages sei durch den Bundesgerichtshof rechtskräftig festgestellt worden, dass die Bg durch ungenehmigte Exporte von Kriegswaffen schwere Straftaten nach dem Außenwirtschaftsgesetz begangen habe, was eine schwere Verfehlung i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB darstelle und zum Ausschluss der Bg führen müsse. Auch sei von einer Zurechnung des Fehlverhaltens der Mitarbeiter zur Bg auszugehen, §§ 124 Abs. 1 Nr. 3, 123 Abs. 3 GWB. Es sei naheliegend, dass der verurteilte Vertriebsleiter mit Prokura oder umfassender Vertretungsmacht gehandelt habe. Auch die Einziehung eines hohen Geldbetrages bei der Bg stelle einen unmittelbaren Unternehmensbezug her. Schließlich sei davon auszugehen, dass der damalige Ausführverantwortliche der Bg, aus gesetzlichen Gründen zwingend ein Mitglied der Geschäftsführung, die maßgeblichen Anträge auf Erteilung einer Ausfuhrgenehmigung unterzeichnet habe. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes dürfe die ASt nicht nur bei der ASt das Vorliegen einer schweren Verfehlung prüfen, sondern müsse dies auch bei der Bg tun. Für den Beginn des Zeitraums der Ausschlussfrist, § 126 Nr. 2 GWB, komme es auf die rechtskräftige Entscheidung einer Behörde oder eines Gerichts an, so

dass die dreijährige Frist bis in das Jahr 2024 laufe. Die Bg habe keine ausreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen.

Die Ag habe die Prüfung des Ausschlusses der Bg so lange wie möglich hinausgezögert und auch den Sachverhalt nicht umfassend aufgeklärt, insbesondere auch nicht das Urteil des BGH zugezogen, welches der ASt inzwischen in anonymisierter Form vorliege.

Die Ag hätte auch den Sachverhalt insoweit aufklären müssen, als an dem damaligen Fehlverhalten auch solche Personen beteiligt waren, die in den Gerichtsverfahren nicht belangt werden konnten. Weiter hätte die Ag erforschen müssen, ob durch das Fehlverhalten Schäden entstanden seien. Dabei hätten die Menschenrechtsverletzungen (z.B. durch Exekution mexikanischer Studenten) sowie der erhebliche Reputationsverlust der Bundesrepublik Deutschland einbezogen werden müssen. Bezüglich individueller Reputation sei anerkannt, dass Ehrverletzungen zu einem wiedergutzumachenden Schaden führten. Auch die unterlassene vollständige Zahlung der angeordneten Einziehung stelle einen Schaden dar. Die Bg behaupte zwar, umfassende Maßnahmen zur Aufklärung und Prävention getroffen zu haben. Zu den entstandenen Schäden habe sie hingegen nicht aufgeklärt.

Die von der Bg behauptete Kooperation bei der Sachverhaltsaufklärung habe die Ag ungeprüft unterstellt. Substantiierte Informationen zu einer Kooperation mit den Ermittlungsbehörden seien der Vergabeakte jedoch nicht zu entnehmen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. gegen die Ag das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten,
2. der Ag zu untersagen, das Angebot der ASt auszuschließen,
3. die Ag zu verpflichten, das Angebot der Bg auszuschließen,
4. die Ag zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen,
5. der ASt Einsicht in die Vergabeakte gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
6. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt aufzuerlegen,
7. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären.

Die ASt benennt in ihrem Nachprüfungsantrag folgende konkrete Unterlagen als insbesondere vom Anspruch auf Akteneinsicht erfasst:

- Jegliche zu der behaupteten Patentverletzung und der Wirksamkeit bzw. Nichtigkeit der behaupteten Patente eingeholten Gutachten;
- Sonstige internen sowie extern eingeholte rechtliche Einschätzungen, Vermerke und Korrespondenz zu der behaupteten Patentverletzung und der Wirksamkeit bzw. Nichtigkeit der behaupteten Patente sowie die interne und externe Kommunikation (einschließlich der Kommunikation mit dem Bundesministerium der Verteidigung) dazu;
- Sämtliche Unterlagen, Dokumente, Korrespondenz und Informationen betreffend die Auswahl der Gutachter der Kanzlei [...], einschließlich der Auswahlkriterien und der begründeten Auswahlentscheidung;
- Die Bewertung des Angebots der ASt, d.h. des angebotenen Gewehrs [...] sowie insbesondere des angebotenen [...];
- Den Prüfvermerk zum nicht vorgenommenen Ausschluss der Beizuladenden, insbesondere wegen einer schweren beruflichen Verfehlung gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, der Grundlage für die Rügezurückweise Ag vom 10. März 2021 war sowie jegliche weitere Dokumentation zu dieser Fragestellung;
- Die Dokumentation der von der Bg nachgeforderten Erklärungen und Nachweise, sofern dem keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg entgegenstehen.

Im Schriftsatz von 4. Mai 2021 beantragt die ASt Akteneinsicht wie folgt:

- Erweiterte Akteneinsicht zu allen Bestandteilen der – ggf. durch die Ag zu vervollständigenden – Vergabeakte, die den Patentstreit zwischen dem Unternehmen [...] und der Bg zum Gegenstand haben. Dieses Akteneinsichtsgesuch betreffe insbesondere auch die interne Bewertung des Vorgangs durch die Ag.
- Erweiterte Akteneinsicht in die Bestandteile der Vergabeakte, die die erneute Prüfung der Angebote beider Bieter durch die Ag dokumentieren.

b) Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 26. März 2021 beantragt die Ag,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der der Ag entstandenen außergerichtlichen Kosten aufzuerlegen und auszusprechen, dass für diese die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren erforderlich ist.

Die Ag stützt diese Anträge insbesondere auf folgende Argumente:

- Patentrechtsverletzungen der Bieter seien nicht unbeachtlich, sondern könnten außerhalb einer in der Tat nicht zu prüfenden „rechtlichen Leistungsfähigkeit“ über vergabe-

rechtliche Anknüpfungsnormen berücksichtigt werden. Die Ag könne insoweit nicht darauf verwiesen werden, nach Vertragsschluss mit der ASt über Änderungen am Leistungsgegenstand zu verhandeln, um dadurch vielleicht doch noch Patentansprüchen Dritter zu entgehen. Hier sei auf den über §§ 147 GWB i.V.m. 24 Abs. 1 VSVgV anzuwendenden § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB abzustellen.

Unter einer Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit sei jedes fehlerhafte Verhalten des Unternehmens, welches Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers habe, zu fassen. Schwer sei diese Verfehlung, wenn sie schuldhaft begangen worden sei und erhebliche Auswirkungen habe, was bei Verletzung besonders schützenswerter Rechtsgüter und erheblichem Schaden gegeben sei. So seien auch Marken- und Schutzrechtsverletzungen umfasst.

Es dürften nur solche Umstände berücksichtigt werden, die sich im Rahmen gesicherter Erkenntnisse bewegten, Vermutungen genügten nicht. Ein Vollbeweis sei jedoch nicht erforderlich. Ansonsten würden die Ausschlussstatbestände des § 124 Abs. 1 GWB ihre Wirksamkeit verlieren und ein Vergabeverfahren würde ggf. über Jahre verzögert, was hier den Beschaffungszweck vereitelte. Das Beweismaß hänge vom jeweiligen Verstoßvorwurf ab und von den Möglichkeiten einer im laufenden Vergabeverfahren erreichbaren und verwertbaren Nachweisform. Auch sei hier die Interessengefährdung auf Auftraggeberseite zu berücksichtigen. Vorliegend setze sich die Ag durch die Benutzung der streitbefangenen Waffe erheblichen patentrechtlichen Ansprüchen der Patentinhaber im In- und Ausland aus. Sie ginge das Risiko ein, für eine hohe Kaufsumme Gewehre zu beschaffen, deren Nutzung anschließend im In- und Ausland untersagt werden könne, verbunden mit Schadensersatzforderungen.

Die Ag habe die von der Bg geltend gemachten Patentrechte nach erster Prüfung im zuständigen Fachreferat für so belastbar gehalten, dass sie im Anschluss eine externe gutachterliche Überprüfung beauftragt habe. Diese Sachverständigengutachten kämen zu dem Ergebnis, dass die angebotene Waffe der ASt ein Patent der Bg sowie ein Patent eines [...]herstellers verletzen.

Soweit die ASt fachliche Mängel sowie fehlende Unabhängigkeit der Gutachter der Ag kritisiere, treffe dies nicht zu.

- Auf die von der ASt vorgetragene Nichtigkeit des Patents der Bg komme es nicht an, da auch in diesem Fall der Ag eine Inanspruchnahme in allen Ländern, in denen das Patent



in Kraft sei, drohe. Entsprechende Nichtigkeitsklagen habe die ASt im Ausland nicht eingereicht. Auch eine abschließende Entscheidung zur Nichtigkeit in Deutschland habe für parallele Klageverfahren in anderen europäischen Ländern bestenfalls Indizwirkung. Aufgrund von Auslandsstandorten der Ag sowie internationaler Übungen, aber auch im Bündnisfall, wäre eine noch so geringe zeitliche Nutzungsuntersagung der Waffe mit unabsehbaren außen- und sicherheitspolitischen Folgen verbunden.

- Die Verfehlung der ASt sei auch schwerwiegend. Dies sei anzunehmen bei Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtungen, die eine solche Intensität und Schwere aufwiesen, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln dürfe. Vorliegend bestünden durch das Anbieten einer Waffe, welche in unmittelbarem Konflikt zu den Patentansprüchen der Bg stehe, berechtigte Zweifel an der Ausführbarkeit des Auftrages. Die ASt habe drohende und bestehende patentrechtliche Auseinandersetzungen mit Dritten vor der Ag geheimgehalten.
- Die ASt könne sich auch nicht darauf berufen, dass die Bg nach der Abmahnung nicht unmittelbar weitere Schritte eingeleitet habe. Es habe vielmehr der ASt obliegen, die behauptete Nichtigkeit des geltend gemachten Patents der Bg gerichtlich feststellen zu lassen und insbesondere auch die Ag auf die Problematik hinzuweisen. Dies habe die ASt jedoch auch mit dem verbindlichen Angebot nicht getan.
- Die ASt habe im indikativen Angebot, im Rahmen der Vergleichserprobung sowie des finalen Angebotes ein [...] angeboten, welches Patentrechte eines dritten Unternehmens verletze. Dem könne sich die ASt nicht durch Verweis auf ihren Zulieferer entziehen, §§ 9 Nr. 1, 139 Abs. 1 PatG. Sie hätte sich vor Angebotsabgabe vergewissern müssen, dass keine Schutzrechte Dritter bestehen.
- Die ASt sei gem. § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB auszuschließen, weil sie Informationen über ihre Inanspruchnahme durch die Bg zurückgehalten habe. Unabhängig davon, dass die Bg dabei ein anderes Waffenmodell der ASt beispielhaft benannt habe, sei es immer um das [...] gegangen.
- Die ASt beabsichtige auch, in Bezug auf das [...] angebotsabweichend zu liefern, §§ 124 Abs. 1 Nr. 9a GWB, 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV. Es sei den Bietern nicht gestattet, nachträglich ein vom Angebot abweichendes [...] zu liefern. Die ASt habe sich durch die stets gleiche Bezeichnung des [...] und die Einreichung im Rahmen der Vergleichserprobung

auf ein [...] festgelegt. Es stelle eine Abweichung von den Vergabeunterlagen dar, nunmehr ein anderes [...] liefern zu wollen. Gleichzeitig sei ein solcher geheimer Vorbehalt, die Leistung nicht wie angeboten auszuführen, ein Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB.

- Auch habe die ASt an verschiedenen Stellen des Preisblattes „Serie“ keine Eintragungen vorgenommen. Hier sei ein „Strich“ eingetragen, der, anders als etwa eine eingefügte Null, keine Preisangabe sei. Anders als eine Preisangabe mit 0 € sei hier auch denkbar, dass die entsprechende Position nicht angeboten werden solle oder die entsprechenden Preise in anderen Positionen enthalten sein sollten. Eine Aufklärung komme insoweit aufgrund des Umfangs nicht in Betracht. Angebote müssten die geforderten Preise enthalten, § 31 Abs. 2 Nr. 8 VSVgV. Für den Fall, dass ein Bieter für eine bestimmte Position einen Nullpreis angeben wolle, sei von ihm zu verlangen, eine eindeutige Angabe, „0 €“, einzutragen. Unerheblich sei dabei, dass die Ag die fehlenden Angaben bislang unbeantwortet gelassen habe. Konkret sei die Eintragung so zu verstehen, dass die fraglichen Positionen nicht angeboten würden, so dass auch ein Ausschlussgrund nach § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV vorliege.

Da das Preisblatt in der unausgefüllten Version in jeder Position die Angabe „- €“ enthalte, habe die Ag die Eintragung von „- €“ auch nicht als bloßen Platzhalter für eine Bezifferung von Null-Euro-Beträgen verstehen dürfen. Es handele sich um eine mehrdeutige Angabe, die zum Angebotsausschluss führe. Eine Aufklärung sei nur bei widersprüchlichen, nicht bei mehrdeutigen Erklärungen möglich.

Die fehlenden Preisangaben seien auch wesentlich, so dass eine Nachforderung gem. § 31 Abs. 2 Nr. 8 VSVgV ausscheide.

- Das Angebot der ASt sei auch nicht das wirtschaftlichste. Im Rahmen der Aufklärung erfolgte Änderungen hätten unberücksichtigt zu bleiben.

So habe die Ag festgestellt, dass im technischen Angebot der ASt teilweise die Angaben „genaue Wertung“ nicht mit den ausgewählten Spannen des Drop-down-Menüs übereinstimmten. Aus der Verunsicherung heraus, welche Werte denn jetzt gelten sollten, habe die Ag um Bestätigung gebeten, dass jeweils die Werte aus der Spalte „genaue Werte“ gelten sollten. Die ASt habe daraufhin ein neues technisches Angebot übersandt, in dem Änderungen an den genauen Werten und den zuschlagsrelevanten Drop-down-Punkten vorgenommen worden seien. Da insoweit jedoch keine fehlenden Angaben vorgelegen

hätten, sei eine Nachforderung nicht zulässig gewesen. Die verbesserte Punktzahl müsse daher unberücksichtigt bleiben.

Gleiches gelte hinsichtlich der Preisreduzierung, die die ASt im Rahmen der dritten Aufklärungsmaßnahme vorgenommen habe. Hintergrund der Aufklärung sei gewesen, dass die Ag davon ausgegangen sei, in den Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich klargestellt zu haben, dass es sich bei den abgefragten Stückzahlen an [...] um die Menge einzelner [...] handele, und nicht etwa um Verpackungssets. Gleiches gelte für die zugehörigen [...]. Soweit die ASt auf die entsprechende Nachfrage der Ag den angegebenen Preis reduziert habe, könne dies nicht berücksichtigt werden. Die Ag komme nun zu dem Ergebnis, dass sowohl die Nachfrage nach den Stückzahlen in den Vergabeunterlagen wie auch die entsprechenden Bieterangaben im Preisblatt gleichermaßen eindeutig waren und jeweils eine so auch zu verstehende klare Mengenangabe, nämlich Stückzahl, enthielten. Eine Aufklärung sei somit nicht in Betracht gekommen. Daher könne nur der ursprünglich angegebene Stück-Preis gewertet werden.

Lasse man die verbesserte Punktzahl durch die Änderung des technischen Angebotes sowie den reduzierten Preis außer Acht, sei das Angebot der ASt nicht mehr das wirtschaftlichste, der Zuschlag müsse vielmehr an die Bg ergehen.

- Die Bg hingegen sei nicht wegen Änderungen der Vergabeunterlagen auszuschließen. Soweit die Bg in ihrem technischen Angebot ursprünglich die Spalte „genaue Wertung“ nicht ausgefüllt habe, sondern nur das Drop-down-Menü mit den Wertungspunkten, habe die Ag die Werte nachfordern dürfen. Hier hätten keine widersprüchlichen Eintragungen, sondern keinerlei Eintragungen vorgelegen. Es handele sich zwar um leistungsbezogene Erklärungen, die jedoch für die Wirtschaftlichkeitsbewertung des Angebots keine Bedeutung hätten, insoweit komme es auf die Eintragungen im Drop-down-Menü an. Soweit die Bg die fehlenden Eintragungen sodann auf einem veralteten Vordruck vornahm, habe die Eintragung in der aktuellen Version nachgefordert werden können. Die insoweit eintretende Änderung im Hinblick auf die Bewertung des Angebots der Bg sei nicht durch geänderte Eintragungen in der Spalte „Wertung - Drop Down“, sondern durch eine auftraggeberseitige Änderung der Bepunktung im neuen Vordruck entstanden.

Soweit die Übersicht der erforderlichen Ersatzteile für die Lebensdauer der Waffe einzelne Ersatzteile, die im Wartungsplan angegeben waren, nicht enthielt, sondern diese Teile nur noch in der Ersatzteilliste aufgeführt waren, habe die Ag aufgrund dieses Widerspruches aufklären dürfen.

Soweit die Preise der Ersatzteile in der Ersatzteilpreisliste einerseits und der Übersicht der erforderlichen Ersatzteile über die Lebensdauer der Waffe andererseits voneinander abwichen, habe die Ag diese Preisdifferenzen aufklären dürfen. Zwar würden widersprüchliche Preisangaben fehlenden Preisangaben gleichgestellt. Da es sich jedoch um unwesentliche Einzelpositionen handele, die die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigten, greife § 31 Abs. 2 Nr. 8 VSVgV ein.

- Die Ag habe den Vortrag der ASt zu Waffenlieferungen durch die Bg nach Mexiko unter Erschleichen von Ausfuhrgenehmigungen zum Anlass genommen, Aufklärungsmaßnahmen durchzuführen. Im Rahmen der Prüfung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB habe sich für die Ag bereits nach Auswertung des Urteils des LG Stuttgart ergeben, dass erkennbar keine Situation einer von der Bg zu leistenden Schadenswidergutmachung im Sinne dieser Vorschrift im Raum gestanden habe. Für greifbare Schäden bei Dritten sei nichts ersichtlich gewesen. Die angeordnete Einziehung stelle keinen Schaden dar. Die Voraussetzungen des § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB ergäben sich aus der Anhörung der Bg. Danach habe diese umfassend mit der Staatsanwaltschaft zusammengearbeitet und eine umfangreiche eigene Untersuchung beauftragt. Die erforderliche Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber ergebe sich ohne weiteres aus den bereitwillig und ausführlich von der Bg erteilten Informationen, die der Ag gegeben worden seien. Im Übrigen verweist die Ag auf die Fortschreibung der Vergabeakte.

- c) Mit Beschluss vom 15. März 2021 hat die Vergabekammer die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
  2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten auf Seiten der Bg für notwendig zu erklären.

Ferner beantragt die Bg,

- sofern es die Vergabekammer überhaupt noch für entscheidungserheblich hält -
- der Bg ein ungeschwärztes Exemplar des Nachprüfungsantrages zu überlassen und

- der Bg umfassend Akteneinsicht zu gewähren, insbesondere in die zu dem von der Bg gehaltenen Patent von den anderen Beteiligten eingeholten Gutachten.
  
- Die ASt sei vom Verfahren auszuschließen, weil sie für die Teststellung ein [...] bereitgestellt habe, welches sie anschließend in ihrem endgültigen Angebot gar nicht angeboten habe. Wenn die ASt diesen Umstand der Ag gegenüber offengelegt habe, sei ihr finales Angebot wegen einer unzulässigen Änderung an den Vergabeunterlagen auszuschließen. Sollte sie dies nicht offengelegt haben, so habe sie darüber hinaus vorsätzlich versucht, die Entscheidungsfindung der Ag in unzulässiger Weise zu beeinflussen (§ 124 Abs. 1 Nr. 9a GWB) bzw. irreführende Informationen i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB übermittelt und gleichzeitig eine schwere Verfehlung i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB begangen.  
Ein Austausch des [...] nach durchgeführter Vergleichserprobung sei nicht zulässig, da andernfalls die Vergleichserprobung sinnlos wäre.  
Die ASt könne sich hinsichtlich der Patentverletzung durch das [...] nicht dadurch entlasten, dass diese Verletzung durch einen Zulieferer begangen worden sei.
  
- Die ASt habe in ihrem Angebot offensichtlich auf die ausdrückliche Frage der Ag angegeben, dass ihr keine den Gegenstand des Angebotes berührenden gewerblichen Schutzrechte bekannt seien. Hier sei der Gutachter der Ag jedenfalls zu dem Ergebnis gekommen, dass das Patent der Bg verletzt sei. Schon bei widersprüchlichen Ergebnissen einer patentrechtlichen Begutachtung werde der Beschaffungsgegenstand von Patentrechten jedenfalls berührt, so dass die ASt mit ihrer Erklärung im Angebot versucht habe, die Entscheidungsfindung der Ag in unzulässiger Weise zu beeinflussen (§ 124 Abs. 1 Nr. 9a GWB) und vorsätzlich oder fahrlässig irreführende Informationen i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 9c GWB übermittelt habe. Insoweit sei auch eine schwere Verfehlung i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB gegeben.
  
- Die von der ASt angebotene Waffe verletze auch das Patent der Bg. Soweit die Bg geltend mache, hinsichtlich der hier angebotenen Waffe habe die Bg keine Patentverletzung geltend gemacht, sei dies unzutreffend. Die Bg habe einen Besichtigungsantrag gem. § 140c PatG gestellt. In der Hauptsacheklage wegen der Patentverletzung habe die Bg nur beispielhaft auf die zivile Variante des hier angebotenen Gewehrs verwiesen, auch weil sie die militärische Variante aufgrund des Kriegswaffenkontrollgesetzes nicht

frei im Handel erwerben könne. Patente seien zu beachten, solange sie nicht rechtskräftig widerrufen seien. Im vorliegenden Vergabeverfahren sei von der Rechtsbeständigkeit des Patents auszugehen.

- Die Bg habe die Patentverletzung der ASt zu Beginn des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens abgemahnt, weil sie mit einer Teilnahme der ASt rechnete. Sie wusste jedoch weder sicher von der Teilnahme noch von dem angebotenen Gewähr der ASt. Nachdem die Bg durch die erste Vorinformation Kenntnis von der Teilnahme der ASt erlangte, habe sie eine mögliche Patentverletzung unverzüglich gerügt.
  - Auch sei mit der ASt unzulässig deren Angebot nachverhandelt worden, was ebenfalls einen Ausschlussgrund darstelle, § 31 Abs. 2 Nr. 8 VSVgV. Anders als die Bg habe die ASt auf Nachfrage der Ag ihren Angebotspreis nach Abgabe des finalen Angebotes noch deutlich reduziert und sei damit erstmals auf Platz 1 der Bieterreihenfolge gelangt.
  - Soweit die ASt das Urteil des BGH anführe, welcher letztinstanzlich über die Strafbarkeit ehemaliger Mitarbeiter der Bg wegen Waffenlieferungen ins Ausland in den Jahren 2006-2009 sowie über eine Einziehung gegenüber der Bg entschieden habe, habe die Bg die Ag von Anfang an informiert. Bei den zugrundeliegenden Straftaten handele es sich nicht um Straftaten, die einen zwingenden Ausschlussgrund gem. § 123 Abs. 1 und 4 GWB verwirklichten. Auch fakultative Ausschlussgründe seien nicht gegeben. Das Fehlverhalten der zwei verurteilten ehemaligen Mitarbeiter sei der Bg nicht mehr zurechenbar. Gegen die Bg sei keine Geldbuße, sondern eine Einziehung ausgesprochen worden. Die Vorwürfe lägen auch schon mehr als 10 Jahre zurück.
3. ASt und Bg ist, im Rahmen des Rechtsschutzziels und unter Berücksichtigung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Akteneinsicht erteilt worden. In der mündlichen Verhandlung am 11. Mai 2021 sowie am 7. Juni 2021 hatten die Beteiligten Gelegenheit, zum Sach- und Streitstand auszuführen. Die Entscheidungsfrist ist durch Verfügungen des Vorsitzenden vom 9. April 2021 sowie 20. Mai 2021 bis letztlich zum 11. Juni 2021 einschließlich verlängert worden. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorlag, sowie die Verfahrensakte wird Bezug genommen.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Es handelt sich vorliegend um einen verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Auftrag (§§ 103 Abs. 1, 104 Abs. 1 GWB) eines öffentlichen Auftraggebers, der auch den Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung übersteigt. Die ASt hat sich an der Ausschreibung durch Bewerbung im Teilnahmeverfahren und die Abgabe von Angeboten beteiligt und war auch zuerst für den Zuschlag vorgesehen. Durch den nunmehr von der Ag vorgenommenen Ausschluss vom Vergabeverfahren und den beabsichtigten Zuschlag an einen Wettbewerber droht der ASt ein Schaden, so dass Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB besteht.

Nach Mitteilung der Ausschlussentscheidung durch die Ag am 2. März 2021 hat die ASt diese, wie auch den unterlassenen Ausschluss der Bg, mit Schreiben vom 5. März 2021 und damit rechtzeitig gerügt, vgl. § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Auf die Nichtabhilfe der Ag vom 10. März 2021 hat die ASt am 11. März 2021, und damit rechtzeitig i.S.d. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB, Nachprüfungsantrag gestellt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Ag beabsichtigt zu Recht, der Bg den Zuschlag zu erteilen, weil diese das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Ihr Angebot ist auch nicht auszuschließen.

- a) Das Angebot der ASt ist nicht das wirtschaftlichste und könnte den Zuschlag schon aus diesem Grund nicht erhalten. Maßgeblich hierfür ist, dass die Aufforderung der Ag an die Bieter, ihr Angebot hinsichtlich der [...] sowie deren [...] zu bestätigen bzw. anzupassen, unzulässig war. Die insoweit von der ASt vorgenommene Änderung ihres Angebotspreises durfte nicht berücksichtigt werden.

Die Vergabeunterlagen waren hinsichtlich der geforderten Mengen an [...] und [...] eindeutig. Im Preisblatt waren zu beiden Positionen konkrete Mengenangaben enthalten, für die eindeutig ein Stückpreis einzutragen war. Soweit die ASt darauf abhebt, dass in den Bezeichnungen der Artikel im Preisblatt teilweise der Plural, teilweise der Singular des jeweiligen Begriffes verwendet wird, trägt dies nicht. Aufgrund der Mengenangabe ist jeweils klargestellt, dass nicht nur ein Artikel anzubieten war. Insbesondere sagt dies auch nichts dazu aus, ob bestimmte Artikel in Mehrfach-sets geliefert werden durften. Entscheidend ist, dass eine eindeutige Mengenangabe für die Artikel enthalten war.

Auch bei einer Anlieferung der Artikel in Mehrfachsets war die Mengenangabe für die Gesamtzahl der Artikel klar.

Die von der Ag in ihrem Vermerk vom 29. Juli 2020 dargestellte Unklarheit der Vergabeunterlagen hinsichtlich des Umstandes, dass die im Preisblatt angegebene Zahl einzelner [...] bzw. [...] anzubieten war, bestand nicht. Hier kann, neben der schon an sich klaren Formulierung des Preisblattes, auch auf die im Sachverhalt beschriebene Bieterfrage verwiesen werden. Diese bezog sich zwar unmittelbar nur auf die [...] für [...], ist aber insoweit auch für die [...] selbst aussagekräftig, als klargestellt wurde, dass die im Preisblatt angegebene Stückzahl einzelne Stücke, nicht die Anzahl eventuell geforderter Sätze (bestehend aus jeweils mehreren Stücken) bezeichne.

Unsicherheit könnte nur hinsichtlich des Angebotes der ASt bestehen. Aufgrund der von der ASt im Preisblatt unverändert belassenen Mengenangabe, kombiniert mit der Information aus dem Datenblatt, dass es sich um 3er-Sets [...] handelt, könnte geschlossen werden, dass die ASt die dreifache Menge an [...] und ggf. [...] angeboten habe. Möglich wäre jedoch auch das Verständnis, dass die ASt (lediglich) die verlangte Menge an [...] und [...] anbiete, wobei diese jeweils in 3er-Sets verpackt geliefert würden. Vor dem Hintergrund, dass ein Bieter vermutlich nicht mehr anbieten wird, als gefordert, da sich dies auf seine Kostenkalkulation auswirken wird, dürfte letzteres Verständnis naheliegen. Da das Preisblatt jedoch erkennbar den Stückpreis abfragte, würde dann womöglich Unklarheit herrschen, ob der angegebene Preis je [...] oder je 3er-Set gelten solle.

Die Ag hätte daher aufklären können, ob der angebotene Preis für jeweils eine [...], und seien diese auch in Sets verpackt, gelten soll. Eine Änderung des angegebenen Preises wäre in diesem Rahmen jedoch nicht in Betracht gekommen. Zur Verhinderung von Manipulationen kann eine Preisaufklärung nur erfolgen, wenn sich der vom Bieter gewollte Preis auch schon aus dem Angebot ergibt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2. August 2018 – VII-Verg 17/17, juris-Rn. 39; Beschl. v. 16. März 2016 – VII-Verg 48/15, juris-Rn. 20). Vorliegend ist der von der ASt auf Nachfrage der Ag hin eingetragene neue Preis nicht an anderer Stelle im Angebot zu finden und auch nicht durch Auslegung zu ermitteln, es handelt sich insbesondere auch nicht um ein Drittel des ursprünglich eingetragenen Preises. Der Umfang der hier von der Ag betriebenen Preisaufklärung, die im Ergebnis die Wertungsreihenfolge zugunsten der ASt verschoben hat, war damit unzulässig. Daran ändert sich, wie oben bereits ausgeführt, auch nichts durch die im Vermerk vom 29. Juli 2020 niedergelegte Einschätzung der Ag, dass die Anforderungen der Vergabeunterlagen hinsichtlich der Stückzahlen uneindeutig gewesen seien, denn eine



solche Einschätzung und die daraufhin getroffenen Maßnahmen und Folgen (hier: Aufklärung mit anschließender Preiskorrektur) vermag die rechtlichen Grenzen der Zulässigkeit einer Aufklärung nicht zu verschieben. Die Ag hatte hier angesichts der eindeutigen Formulierungen im Preisblatt keinen rechtlich begründeten Anlass eine Aufklärung (oder wie es die ASt bezeichnet: eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens) durchzuführen, die der ASt die Angabe eines anderen Preises für die [...] ermöglicht hat.

Auch wenn man insoweit hilfsweise zugunsten der ASt unterstellen würde, dass das Angebot die Preise für die Sets angibt und damit ggf. die Preise der einzelnen [...] fehlen und somit grundsätzlich nachgefordert werden könnten, wäre die vorgenommene Preisänderung unzulässig nach § 31 Abs. 2 Nr. 8 VSVgV. Denn die von der ASt im Rahmen der Aufforderung der Ag zur „Konkretisierung“ genannten Preise führen dazu, dass die ASt ein wirtschaftlicheres Angebot abgegeben hat als die Bg. Hierbei handelt es sich um eine implizite Grenze der Nachforderungsmöglichkeit. Ob die Nachforderung von Preisen zulässig ist, ist eine Rechtsfrage, die von der Vergabekammer unabhängig von der Einschätzung des Auftraggebers geprüft werden kann. Hier führte die Maßnahme unzulässigerweise zu einer Veränderung der Wertungsreihenfolge, was von der Nachforderungsmöglichkeit gem. § 31 Abs. 2 Nr. 8 VSVgV nicht mehr gedeckt ist.

Die ASt ist damit an ihrem ursprünglichen Angebot festzuhalten, nach welchem sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Dieser Wertung steht nicht entgegen, dass die Ag sich erst zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung auf die Unzulässigkeit der Aufklärungsmaßnahmen berufen hat. Die grundsätzliche Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, das Vergabeverfahren jederzeit sachgerecht und sorgfältig zu betreiben, steht einer Überprüfung im Verfahren getroffener Entscheidungen nicht entgegen. Erkannte Fehler können korrigiert werden. Die ASt hatte Gelegenheit, sich zur Entscheidung der Ag schriftsätzlich zu äußern und in der mündlichen Verhandlung hierzu Stellung zu nehmen.

Da die Unzulässigkeit der Berücksichtigung der reduzierten Angebotspreise für die [...] und [...] bereits dazu führt, dass das Angebot der ASt nicht mehr das wirtschaftlichste ist, kommt es nicht mehr maßgeblich darauf an, dass ihr auch im Rahmen der Qualitätsbewertung einzelne zusätzlichen Punkte nicht zugestanden werden können, die sich dar-

aus ergeben haben, dass die ASt im nachgebesserten technischen Angebot bei einzelnen Positionen sowohl den konkret zugesicherten Wert wie auch die punktemäßige Bewertung im Drop-down-Menü geändert hat.

- b) Die bei der Bg durchgeführten Aufklärungen zum verbindlichen Angebot waren rechtmäßig, die Ergebnisse der Aufklärung für die Wertung heranzuziehen.

Soweit die Bg in ihrem ursprünglichen technischen Angebot zwar die für das jeweilige Kriterium wertungsrelevante Spalte „Wertung – Drop Down“ ausgefüllt hatte, jedoch die Spalte mit den genauen Werten leer gelassen hatte, handelte es sich um fehlende Angaben, die jedoch nachgefordert werden konnten. Die Ag hatte sich die Nachforderung gemäß § 22 Abs. 6 VSVgV ausdrücklich vorbehalten. Die Angaben in der Spalte „genaue Wertung“ definieren zwar den vertraglich geschuldeten Leistungsgegenstand. Unmittelbar wertungsrelevant, weil über die vergebenen Punkte entscheidend, ist jedoch der Eintrag in der Spalte „Wertung – Drop Down“. Hier, und damit auch in der Wertung des Angebotes der Bg, trat durch die Nachreichung der genauen Werte keine Veränderung ein. Insoweit stand der Nachforderung auch nicht der Gedanke des hier nicht unmittelbar geltenden § 56 Abs. 3 VgV entgegen.

Vorliegend ist es auch unschädlich, dass die Bg zuerst die alte Version des technischen Angebotes verwendet hat. Diese unterschied sich von der aktuellen Version dadurch, dass zwei Angebotspositionen entfallen sind. Die Bg hatte die beiden entfallenen Positionen nicht angeboten. Damit handelt es sich vorliegend auch nicht, insoweit abweichend vom Sachverhalt in der Entscheidung der Kammer vom 18. Januar 2019 – VK1-113/18, um einen Fall, in dem durch Verwendung des alten Formulars der Inhalt des Angebotes abgeändert oder unklar würde. Die von der Bg angebotenen Positionen waren auch im alten Preisblatt eindeutig erkennbar. Verändert hat sich nur die Bewertung dieser angebotenen Positionen durch die Ag. Dieser Wertungsschritt war jedoch gemäß den Regelungen der Ag in der Anlage 5 zur Angebotsaufforderung vorgegeben. Dort war u.a. vorgesehen, Punkte für einzelne thematische Cluster von Forderungen des Leistungsverzeichnisses zu vergeben, je nach Anzahl der erfüllten Forderungen des Clusters. In der Version des indikativen Angebotes enthielt das Cluster „Größe/Kompatibilität“ sieben Forderungen, bei deren z.B. vollständiger Erfüllung 10 Punkte vergeben wurden. In der Version des finalen Angebotes enthielt das Cluster, nach Entfallen der zwei Forderungs-

nummern, nur noch fünf Forderungen, so dass schon bei Erfüllung von „nur“ fünf Anforderungen 10 Punkte vergeben würden. Die Wertungsänderung im Angebot der Bg erfolgte somit aufgrund einer geänderten rein mathematischen Operation der Ag, nicht aufgrund einer inhaltlichen Änderung am Angebot der Bg.

Soweit die ASt darauf abstellt, dass in der Aufforderung zur Angebotsabgabe unter Punkt 1.2 ausgeführt wird, dass die Nichtverwendung der Formulare zum Angebotsausschluss führe, scheint schon fraglich, ob die Ag vorliegend einen Angebotsausschluss auf die Verwendung der alten Version des technischen Angebotes hätte stützen können. Die Ausschlussgründe sind gesetzlich geregelt, u.a. in § 31 Abs. 2 VSVgV. Ein Ausschluss könnte z.B. gerechtfertigt sein gem. dessen Nr. 4, wenn die Verwendung eines alten Formulars zu Unklarheiten über den Angebotsinhalt führt. Dies war vorliegend jedoch gerade nicht der Fall. Ein rein formaler Fehler, der ansonsten keine Zweifel am Angebot aufkommen lässt, kann regelmäßig nicht zum Ausschluss führen (vgl. auch BGH, Urt. v. 18. Juni 2019 – X ZR 86/17).

Die Aufklärung der Ag zu einer vermeintlichen Unstimmigkeit im Angebot der Bg, betreffend die Zahl der benötigten Ersatzteile für die Lebensdauer der Waffe, ist ebenfalls vergaberechtskonform. Die Zweifel der Ag beruhten auf den Angaben der Bg im Wartungsplan, der mit dem Erstante Angebot eingereicht wurde. Nach Rückantwort der Bg durchgeführte interne Nachforschungen der Ag ergaben sodann jedoch, dass bei Übergabe der Waffen zur Vergleichserprobung auf einen geänderten Wartungsumfang hingewiesen wurde und auch die Vergleichserprobung unter diesen geänderten Voraussetzungen durchgeführt wurde. Damit konnte die Bg in ihrem finalen Angebot von den geänderten Wartungsbedingungen ausgehen und die entsprechende Lebensdauer der Ersatzteile auch für den Wertungspreis der Waffe zugrunde legen.

Die Ag bat die Bg schließlich noch um Aufklärung hinsichtlich widersprüchlicher Preisangaben einzelner Ersatzteile in der Ersatzteilliste einerseits und der Berechnung der Lebensdauerkosten der Waffe (im Dokument „Angaben LDR ist, LDG ist und Ersatzteilpreise“), in der die regelmäßig zu tauschenden Ersatzteile ebenfalls enthalten waren, andererseits. Gemäß der oben bereits genannten Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2. August 2018 – VII-Verg 17/17, juris-Rn. 39; Beschl. v. 16. März 2016 – VII-Verg 48/15, juris-Rn. 20) spricht hier manches dafür, von einer Aufklärungsfähigkeit des Preises auszugehen. Die Bg hat in ihrer Antwort an die Ag die in der Berechnung

des Lebenszeitpreises angegebenen Ersatzteilkosten als verbindlich angegeben. Der Berechnung des Waffenpreises kommt vorliegend eine besondere Bedeutung zu, da er maßgeblich den Wertungspreis der Waffe bestimmt und damit zuschlagsrelevant ist. Mit eingerechnet in den endgültigen Wertungspreis werden noch das im Preisblatt aufgeführte Zubehör sowie sonstige Gegenstände und Leistungen. Nicht jedoch generell die im Ersatzteilverzeichnis genannten Preise. Diese Ersatzteile bzw. deren Preise werden nur insoweit relevant, wie die Teile während der Lebensdauer der Waffe regulär gewechselt werden. Dann werden sie auch im entsprechenden Angebotsblatt mit aufgeführt. Aufgrund der Relevanz für den Wertungspreis kann davon ausgegangen werden, dass die Preisangaben, die im Rahmen der Berechnung des Wertungspreises angegeben wurden, besonders sorgfältig geprüft wurden und im Zweifel richtiger sind als Preise in umfangreichen Ersatzteilverzeichnissen. Es spricht somit manches dafür, dass schon durch Auslegung hätte ermittelt werden können, dass die im Dokument „Angaben LDR ist, LDG ist und Ersatzteilpreise“ die verbindlich gewollten Angaben sein sollen.

Selbst wenn man dies nicht als ausreichend betrachten wollte, um ein klares Auslegungsergebnis zu erzielen und die im Rahmen der Berechnung des Waffenpreises angegebenen Ersatzteilpreise als vom Bieter gewollte Preise zu betrachten, wäre hilfsweise auch eine Nachforderung zulässig gewesen. Widersprüchliche, nicht aufklärbare Preise sind wertungsmäßig fehlenden Preisen gleichgestellt. Ebenso wie bei fehlenden Preisen kann der Auftraggeber bei widersprüchlichen Preisen keine Wirtschaftlichkeitsberechnung durchführen und könnte den Zuschlag auch nicht auf dieses Angebot erteilen, weil der Vertrag zwangsläufig Lücken, nämlich hinsichtlich des Entgeltes, enthielte. Ein genereller Ausschluss solcher Angebote mit widersprüchlichen Preisangaben wäre unverhältnismäßig vor dem Hintergrund, dass Regelungen zur Vervollständigung lückenhafter Angebote bestehen, konkret § 31 Abs. 2 Nr. 8 VSVgV und § 56 Abs. 2 und 3 VgV. Die Voraussetzungen für eine Nachforderung nach den vorgenannten Normen lagen hier vor, denn vorliegend waren unwesentliche Einzelpositionen betroffen. Es handelte sich um vier Ersatzteile, deren Wert auch zusammen und in der für die Lebensdauer benötigten Anzahl bei unter 10 % des Waffenpreises liegt. Auch in Hinblick auf die preisliche Änderung der Waffe ist von einer unwesentlichen Änderung auszugehen: der Waffenpreis verändert sich bei Abstellen auf die Ersatzteilpreislite einerseits bzw. auf die Aufstellung der Waffenkosten gemäß dem Dokument „LDR ist, LDG ist und Ersatzteilpreise“ um weniger als 2 €. Die Änderung ist schließlich auch nicht zuschlagsrelevant.

Unabhängig davon, welchen Wertungspreis man annimmt, ist das Angebot der Bg wirtschaftlicher als das Angebot der ASt, wenn bei diesem die Preisänderungen hinsichtlich der [...] und [...] nicht berücksichtigt werden.

- c) Die Bg ist nicht gem. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB i.V.m.§§ 24 Abs. 1 VSVgV, 147 GWB vom Vergabeverfahren auszuschließen aufgrund der Umstände, unter denen sie die Geltendmachung ihres angeblich durch die ASt verletzten Patentes betreibt.

Die ASt bringt insoweit vor, dass die Bg nur zu solchen Zeitpunkten weitere Schritte zur Geltendmachung ihres angeblichen Patentrechtes einleite, wenn sie damit im Vergabeverfahren größtmöglichen Schaden anrichten könne. Die erste Abmahnung sei unmittelbar nach Abgabe des indikativen Angebotes erfolgt, danach habe die Bg, trotz Kontaktangebotes der ASt, über zweieinhalb Jahre keine weiteren Maßnahmen ergriffen, um dann erst nach Mitteilung der Ag, dass der Zuschlag an die ASt ergehen solle, eine Patentverletzungsklage einzureichen.

Hierzu ist anzumerken, dass ein womöglich ungesetzliches Verhalten der Bg nicht mit der im Rahmen des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB erforderlichen Sicherheit – „nachweislich“ – zu erkennen ist. Soweit die ASt darauf abstellt, dass auch die unberechtigte Geltendmachung angeblicher Patentrechte ein Verstoß sei, der zu Schadensersatz verpflichten könne, ist festzuhalten, dass nach Auffassung der Ag, gestützt auch auf ein von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten, das Gewehr der ASt ein Patent der Bg verletzt. Selbst eine unterstellte Nichtigkeit des Patentes führe nicht zwingend aus dem Verletzungstatbestand heraus. Im Übrigen könne die Frage der Nichtigkeit in den verschiedenen Ländern, in denen das Patent in Kraft sei, unterschiedlich entschieden werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht als ermessensfehlerhaft, wenn die Ag nicht von einer schweren Verfehlung der Bg durch Geltendmachung ihres Patentes ausgeht. Dass die Bg womöglich die Verfolgung ihrer Interessen nicht so rasch betrieben hat, wie es ihr möglich gewesen wäre, stellt keine schwere Verfehlung dar. Die beabsichtigte Bezuschlagung der ASt hat die Bg rechtzeitig, unter Hinweis auf ihr angeblich verletztes Patent, gerügt. Eine Pflicht der Bg, schnellstmöglich eine gerichtliche Entscheidung dieser Frage herbeizuführen, besteht nicht. Auch die ASt hätte es im Übrigen durch frühzeitiges Reagieren auf die Vorwürfe der Bg, z.B. durch Erheben der Nichtigkeitsklage, in der Hand gehabt, für Rechtsklarheit zu sorgen, schon bevor das Vergabeverfahren in das Zuschlagsstadium kam.

- d) Die Bg ist auch nicht aufgrund der gegen sie erhobenen Patentverletzungsvorwürfe eines dritten Unternehmens gem. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Eine Patentverletzung durch ein Bieterunternehmen könnte ggf. die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB erfüllen. Vorliegend fehlt es jedoch in jedem Fall an der Nachweislichkeit einer schweren Verfehlung. Eine gerichtliche Entscheidung ist in der Sache noch nicht ergangen. Unabhängig davon, welcher Grad an Gewissheit hier im Übrigen zu fordern ist, ist die Ag im Rahmen eigener Überprüfung und durch externe sachverständige Begutachtung, deren Ergebnis die Ag sich zu eigen gemacht hat, zu der Einschätzung gekommen, dass eine Patentverletzung durch die Bg nicht gegeben ist. Auf Basis dieser von der Ag durch ausreichende Ermittlungen sachgerecht gewonnenen Überzeugung kommt ein Ausschluss der Bg gem. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht in Betracht.

Soweit die ASt Zweifel an der Unabhängigkeit der von der Ag mit der Begutachtung beauftragten Patentanwaltskanzlei äußerte, da diese in der Vergangenheit für die Bg tätig war, liegen diese Tätigkeiten etliche Jahre zurück. Die konkret eingesetzten Gutachter waren zu dieser Zeit noch nicht in der Kanzlei. Hinweise auf eine fehlende Eignung des erstellten Gutachtens als Grundlage bzw. Unterstützung der Meinungsbildung der Ag sind so nicht ersichtlich.

- e) Die Ag hat die Bg zu Recht nicht aufgrund der Verurteilung ehemaliger Mitarbeiter der Bg im Zusammenhang mit dem Export von Waffen nach Mexiko gem. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Die Ag hat, nach grundsätzlicher Bejahung der Zurechenbarkeit der damaligen Verstöße gem. § 123 Abs. 3 GWB und in – vorsorglicher – Unterstellung der zeitlichen Berücksichtigungsfähigkeit der Verstöße gem. § 126 Nr. 2 GWB, tragend auf eine erfolgreiche Selbstreinigung der Bg i.S.d. § 125 Abs. 1 GWB abgestellt. Bei dieser Beurteilung handelt es sich um eine Prognoseentscheidung des jeweiligen Auftraggebers, bei der diesem ein Beurteilungsspielraum zusteht.

Die Ag hat schwerpunktmäßig zu den Voraussetzungen der Nr. 3 ausgeführt und kommt zu der Auffassung, dass die Bg konkrete Maßnahmen ergriffen habe, die geeignet seien, weiteres Fehlverhalten zu vermeiden. Sie verweist insoweit auf die Bestellung eines Chief Compliance Officers bei der Bg, die Verschärfung unternehmensinterner Verhaltensrichtlinien und Schulungen der Mitarbeiter. Insbesondere aber habe die Bg eine, näher beschriebene, Neuausrichtung ihrer Vertriebsstrategie vorgenommen, die dazu beitrage, von vornherein die Gefahr des Exports von Kriegswaffen in Regionen, in die derartige Güter nicht geliefert werden dürften, erheblich zu reduzieren. Die Vergabekammer hält die Argumentation der Ag insoweit für tragfähig.

Hinsichtlich der Voraussetzung der Nr. 1 ist die Ag zu Recht davon ausgegangen, dass von der Norm die Begleichung materieller Schäden bezweckt wird. Das Entstehen solcher Schäden ergibt sich aus dem Urteil des LG Stuttgart nicht. Der von der ASt angeführte Reputationsschaden der Bundesrepublik ließe sich durch Zahlung eines Ausgleiches ohnehin nicht beheben und fällt daher nicht unter die Nr. 1. Auch zu sonstigen, konkreten materiellen Schäden, die noch zu erstatten wären, ist der Ag nichts bekannt geworden und hat auch die Bg nichts vorgetragen.

Bezüglich der Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden gem. der Nr. 2 des § 125 GWB verweist die Ag insbesondere auf das von der Bg in Auftrag gegebene Gutachten, welches der Staatsanwaltschaft übergeben worden sei. Die Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber zeige sich in der bereitwilligen Offenlegung aller angefragten Informationen.

Die Entscheidung der Ag ist auch nicht fehlerhaft, soweit die ASt die Ansicht vertritt, dass die Vorgehensweise der Ag keine vollständige Sachverhaltsaufklärung erwarten lasse und insoweit u.a. darauf hinweist, dass die Ag sich weder das von der Bg in Auftrag gegebene Gutachten noch das Urteil des BGH, welches ihr selbst inzwischen bereits vorliege, habe aushändigen lassen, um eine eigenständige Prüfung vornehmen zu können. Die Vergabekammer sieht die von der Ag getroffene Entscheidung im Ergebnis als von deren Beurteilungsspielraum gedeckt an. Insbesondere beruht sie auf einer ausreichenden Ermittlung des Sachverhaltes. Die Ag hat insoweit zu Recht im Rahmen der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass auch hinsichtlich des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen regelmäßig Eigenerklärungen der Bieter ausreichend sind (§ 22 VSVgV). Da nach – von der Kammer grundsätzlich nachvollziehbarer – Sicht der Ag die Erläuterungen der Bg ausführlich und plausibel waren, musste sie keine zusätz-

lichen Nachweise, etwa das von der Bg beauftragte Gutachten, anfordern. Zu berücksichtigen ist hier auch, dass die Umstände des damaligen Fehlverhaltens nicht zuletzt auch durch Presseberichterstattung bekannt waren. Das Urteil des Bundesgerichtshofes bestätigte die grundsätzliche Entscheidung des Landgerichtes, die der Ag vorlag, so dass auch insoweit kein deutlicher Informationszuwachs für die Ag zu erwarten war.

Auch die weitere Abwägung der Ag lässt keine Beurteilungsfehler erkennen. Ausgehend von den festgestellten Selbstreinigungsmaßnahmen berücksichtigt die Ag neben der Schwere der zugrundeliegenden Vorwürfe insbesondere auch, als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, den Umstand der langen Zeitdauer, die seit dem Fehlverhalten vergangen ist (die Verstöße lagen zwischen 2006 und 2009).

Vor diesem Hintergrund erscheint die Entscheidung der Ag, von einer erfolgreichen Selbstreinigung der Bg auszugehen, als beurteilungsfehlerfrei. Ein Ausschluss der Bg kommt damit nicht in Betracht.

- f) Auf die weiteren Aspekte des streitgegenständlichen Sachverhaltes, insbesondere die angeblichen Patentverletzungen durch das Angebot der ASt wie auch die Frage, ob dieses ggf. fehlende Preisangaben aufweist, kommt es damit nicht mehr entscheidend an.
  
- g) Weitergehend als bereits erfolgt ist den Beteiligten keine Akteneinsicht zu gewähren.

Hinsichtlich der Anträge auf Akteneinsicht ist festzuhalten, dass der Umfang des Akteneinsichtsrechts zum einen begrenzt ist durch die ihm Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Rechtsverletzungen. Zum anderen ist auch in jene Aktenbestandteile, die geltend gemachte Rechtsverletzungen betreffen, nur in dem Umfang Akteneinsicht zu gewähren, als diese Aktenbestandteile für die Entscheidung relevant sind. Der Anspruch auf Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren hat insoweit eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 1. Juni.2011 - 2 Verg 3/11, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. April 2019 – VII-Verg 36/18 und v. 29. Juni 2017 - VII-Verg 7/17). Weitere Einschränkungen des Rechts auf Akteneinsicht ergeben sich aus § 165 Abs. 2 GWB (Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen).



Unter Beachtung der vorgenannten Grundsätze wurde den Beteiligten Einsicht in die Vergabeakten gewährt.

Hinsichtlich der von der ASt konkret benannten Aktenbestandteile ist anzumerken:

- Die Frage, ob die ASt mit der angebotenen Waffe Patente der Bg sowie eines dritten Unternehmens verletzt, war für die Kammer nicht entscheidungserheblich, so dass eine weitergehende Akteneinsicht, als sie der ASt betreffend die Gutachten zu Patentverletzungen – soweit noch nicht von der Ag selbst übermittelt – gewährt wurde, nicht erforderlich ist.
- Dokumente betreffend die Auswahl der von der Ag beauftragten externen Gutachter finden sich in der Vergabeakte nicht, die Ag hat insoweit jedoch teilweise schriftsätzlich vorgetragen.
- Der Abschlussbericht zur Prüfung der Waffe der ASt ist dieser, soweit das [...] betroffen ist, offengelegt worden. Einwände hinsichtlich des Prüfungsablaufes und seiner Ergebnisse hat die ASt nicht erhoben, sondern die Ergebnisse der Prüfung der Ag beanstandungslos für ihr Angebot verwendet, so dass eine Verletzung durch die fachliche Wertung der Waffe schon nicht geltend gemacht wurde.
- Ein gesonderter Prüfvermerk zum nicht vorgenommenen Ausschluss der Bg, der Grundlage für die Rügezurückweisung vom 10. März 2021 war, findet sich in der Akte nicht.
- Zur Dokumentation der von der Ag bei ASt und Bg nachgeforderten Unterlagen wurde den Beteiligten Einsicht in die den jeweiligen Nachfragen zugrundeliegenden Vermerke der Ag gewährt, soweit keine Geschäftsgeheimnisse entgegenstanden.
- Akteneinsicht betreffend die Unterlagen, die den Patentstreit zwischen der Bg und einem dritten Unternehmen betreffen, waren der ASt zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg nur eingeschränkt offenzulegen. Der abschließende Vermerk der Ag, der die zeitlichen Abläufe und die rechtliche Würdigung enthält, ist der ASt insoweit mit teilweisen Schwärzungen übermittelt worden.
- Vermerke, die die erneute Prüfung der Angebote beider Bieter durch die Ag während des Nachprüfungsverfahrens dokumentieren, finden sich in der Vergabeakte nicht, die Ag hat insoweit jedoch schriftsätzlich vorgetragen.

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

Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen von Ag und Bg sind der ASt aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterliegt.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Bg war notwendig. Dies gilt auch für die Ag. Auch wenn der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich das Vergaberecht beherrschen muss, handelte es sich vorliegend um einen besonders komplexen Fall. Nach einer ersten Zuschlagsentscheidung und einem ersten Nachprüfungsverfahren erfolgten ein erneuter Eintritt in die Wertung und ein zweites Nachprüfungsverfahren. Insbesondere wurden von den Verfahrensbeteiligten neben vergaberechtlichen Fragestellungen auch solche des Patentrechtes thematisiert. Auftragswert und die erhebliche Dauer des bisherigen Vergabeverfahrens begründen hier zusätzlich eine besondere Bedeutung für den Auftraggeber und rechtfertigen in der Gesamtschau die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten.

#### 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