



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 109/20

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin –

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Rahmenvertrag über die [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Hafner im schriftlichen Verfahren gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3, 1. Alt. GWB am 19. Januar 2021 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird teils verworfen und, soweit zulässig, zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) und die zur Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) veröffentlichte als [...] eine unionsweite Auftragsbekanntmachung für einen Rahmenvertrag über die Lieferung von [...]. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

In Ziff. III.1.3 der Auftragsbekanntmachung listete die Ag folgende Eignungskriterien auf:

„...“

- Angabe von mind. 2 Referenzen (gem. der Anlage Angabe von Referenzen);
- zusätzliche Preisliste im Excelformat mit zirka 2000 meist abgerufenen Artikel einer Referenzbehörde mit für [...] (Auftraggeberin) gültigen Preisen;

...

Mindestanforderungen:

Die [...] setzt ein Katalogmanagementsystem der Fa. [...] ein,.... Im Falle des Vertragsabschlusses wird die [...] Sie zur Bereitstellung von Katalogdaten bzw. OCI Punchout Parametern auffordern. Die Bestellung selbst wird dabei nicht im Webshop (Punchout-Katalog des Lieferanten) sondern im eProcurementsystem der Auftraggeberin ausgelöst. ...“

Die zu den Vergabeunterlagen gehörende Anlage „Angabe von Referenzen“ enthielt sodann eine von den Bietern auszufüllende Referenzliste, der folgende Vorgaben vorangestellt waren: *„Es sind mindestens zwei Referenzen vergleichbarer Aufträge bei öffentlichen Auftraggebern aus den letzten drei Jahren einzureichen.*

Es soll mindestens eine Referenzbehörde dabei sein, die diverse Büro- und Verbrauchsmaterialien aus einem Punchout Katalog bezieht.

...“

Zur Bedarfsermittlung der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung machte die Ag in Ziff. 1 des Leistungsverzeichnisses nähere Vorgaben, so u.a.: *„Die in der Anlage „Preisblatt“ enthaltene Aufstellung*

von Büromaterialien und deren Mengen enthält die 63 meist abgerufenen und in der Summe umsatzintensivsten Produkte der vergangenen vier Jahre. Die angegebenen Mengen werden für die betrachteten Produkte als grobe Bedarfsschätzung für die Vertragslaufzeit zugrunde gelegt und dienen im Wesentlichen zu Zwecken der Preisbewertung in diesem Vergabeverfahren. Die aufgeführten Artikel sind somit als Musterwarenkorb zu verstehen.

...“

Das Preisblatt listete sodann diese 63 Artikel auf, zu denen die Bieter jeweils im Einzelnen ihre Preise einzutragen hatten.

Ziff. 2 (Seite 3) des Leistungsverzeichnisses bestimmte, dass der Auftragnehmer mit Vertragsschluss „*das gesamte Sortiment aus dem Bereich Büro- und Verbrauchsmaterial*“ gemäß im Einzelnen konkretisierter Warengruppenerläuterungen der Ag, insbesondere betr. näher benannte Gruppen von Büromaschinen und Büromaterialien und Verbrauchsmaterial, zur Verfügung zu stellen habe.

Ziff. 6 (Seite 4) des Leistungsverzeichnisses bestimmte nähere Vorgaben zu den Preisangaben, so u.a.: *„Für die nicht abgefragten Artikel mit geringerem Umsatz werden marktübliche Preise, analog den für die Wertung vorgesehenen Büroartikeln, erwartet.*

Eine zusätzliche Preisliste im Excelformat der zirka 2.000 meist abgerufenen Artikel einer Referenzbehörde mit für die [...] gültigen Preisen soll mit dem Angebot eingereicht werden.“

Mit E-Mail vom 16. Oktober 2020 beanstandete die Antragstellerin (ASt), welche seit über zehn Jahren Auftragnehmerin der Ag ist, gegenüber der Ag, dass nach dem Preisblatt nur ein „*sehr kleiner Teil*“ der Gesamtleistung in die Bewertung der Vergabe einfließe. Die ASt bemängelte insbesondere, dass ein Bieter so die Möglichkeit habe, ein „*Kernsortiment*“ günstig zu bepreisen und für restliche Artikel des Gesamtkatalogs Preise anzubieten, die erheblich über den Marktpreisen lägen, um so etwaig entgangenen Gewinn zu kompensieren. Auch sah die ASt eine Ungleichbehandlung der Bieter, da diese keine Kenntnis über die Schwerpunktartikel der Ag hätten, welche bei Erstellung des Angebots berücksichtigt werden könnten.

Die Ag fasste diese E-Mail der ASt als Rüge auf und wies diese mit Schreiben vom 21. Oktober 2020 zurück.

ASt und Beigeladene (Bg) gaben binnen der in der berechtigten Auftragsbekanntmachung benannten Angebotsfrist am 3. November 2020, 10 Uhr, Angebote ab. Das Angebot der Bg war laut der in der Vergabeakte dokumentierten abschließenden Wertung das preisgünstigste, das der ASt lag danach auf dem zweiten Rang (vgl. Bl. 253/254 der Vergabeakte).

Die Bg gab mit ihrem Angebot eine Referenzliste ab, auf der sie drei einschlägige Referenzen mit Leistungszeitraum der letzten drei Jahre benannte. Eine dieser Referenzen betraf einen [...], zu der die Bg die Vorgabe „Punchout Katalog“ mit „Ja“ ankreuzte. Die Ag überprüfte diese Referenz anhand der von der Bg angegebenen Kontaktdaten zunächst am 11. November 2020 telefonisch beim von der Bg benannten Referenzgeber. Nachdem der Ag die telefonische Auskunft des Referenzgebers zur Vorgabe eines Punchout-Katalogs unzureichend erschienen war und der in der Referenz benannte zuständige Mitarbeiter des Referenzgebers zudem im Urlaub war, bat die Ag die Bg am 12. November 2020 schriftlich um eine Bestätigung der von ihr benannten Punchout-Referenz durch Bescheinigung des als Referenzgeber benannten [...]. Die ASt übersandte der Ag mit Schreiben vom 16. November 2020 ein Referenzschreiben des von ihr benannten [...] vom 13. November 2020, in dem dieser bestätigte, dass die Bg auf der elektronischen Beschaffungsplattform des Referenzgebers einen OCI-Punchout Katalog anbietet, sowie als zusätzliche Information ein weiteres Schreiben der [...] vom 16. November 2020, in dem diese bestätigte, dass die Bg das von dieser betriebene [...] per OCI-Punchout-Anbindung nutzt.

Die Ag hielt in einem Vermerk vom 17. November 2020 die von ihr durchgeführten Prüfschritte fest und dokumentierte im Ergebnis, die Bg erfülle die Anforderung an die geforderte Punchout-Referenz.

In einem weiteren Vermerk mit Stand vom 16. November 2020 dokumentierte die Ag zudem das Ergebnis einer von ihr zu den angebotenen Preisen der drei Bestbieter, darunter die ASt und die Bg, durchgeführten Marktrecherche wie folgt:

- Die Ag stellte zu diesem Zweck die Preise dieser drei Bieter gegenüber und verglich diese stichprobenweise mit den Preisen von 30 Positionen ihrer „TOP-60-Büroartikel (Highrunner)“ im Internet. Im Ergebnis der Prüfung stellte die Ag fest, dass sich die angebotenen Preise der drei Bieter im marktüblichen Rahmen bewegten, teilweise seien sie günstiger und teilweise teurer als die von der Ag im Internet ermittelten Preise.
- Ferner verglich die Ag die Preislisten der drei Bieter mit den ca. 2000 meist abgerufenen Büroartikeln einer Referenzbehörde stichprobenweise. Zu diesem Zweck wählte die Ag zehn

übereinstimmende Produkte aus und verglich die hierzu angebotenen Preise mit zwei Anbietern im Internet. Dabei ergaben sich für die ASt und die Bg bei den untersuchten Artikeln zwei Ausreißer im Vergleich zur Preisspanne der Internetanbieter. Der dritte Anbieter bewegte sich mit seinen Preisen im oberen Bereich dieser Preisspanne bzw. darüber hinaus. Im Ergebnis stellte die Ag im besagten Vermerk fest: *„Der Gegenüberstellung ist zu entnehmen, dass die Bieter auf den Rängen 1 bis 3 nicht von den marktüblichen Preisen abweichen.“*

Die Ag entschied sich danach, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen, da die Bg den günstigsten Preis angeboten hatte. Über die an die Bg beabsichtigte Zuschlagserteilung informierte die Ag die ASt mit Schreiben vom 19. November 2020 nach § 134 GWB.

Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 23. November 2020 rügte die ASt die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg. In dieser Rüge beanstandete die ASt, die Bg habe unrichtige bzw. unzureichende Punchout-Referenzen eingereicht. Ferner bemängelte die ASt, die Bg habe ein unzulässiges Spekulationsangebot abgegeben. Es sei zu befürchten, dass die Bg ein nicht auskömmliches Angebot kalkuliert habe und die Ag daher gegen § 60 VgV verstoßen habe.

Mit Schreiben vom 26. November 2020 wies die Ag die Rüge der ASt zurück.

2. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 27. November 2020, der Vergabekammer am selben Tage per Fax zugegangen und der Ag per Fax übermittelt, beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Die ASt führt zur Begründung ihres Antrags im Wesentlichen die Argumente aus ihrer Rüge vom 23. November 2020 aus. Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 14. Dezember 2020 und 12. Januar 2021 hat die ASt ergänzend vorgetragen:

- Die ASt bemängelt, das Angebot der Bg enthalte unzulässige spekulative Elemente und sei daher nicht zuschlagsfähig. Die diesbezügliche Rüge sei insbesondere nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB präkludiert. Entgegen der Ansicht der Bg in ihrer Stellungnahme vom 10. Dezember 2020 und des Hinweises der Vergabekammer vom 21. Dezember 2020 sei nicht auf die erste Rüge der ASt vom 16. Oktober 2020 abzustellen. Ausschlaggebend sei für das Erkennen des gerügten Fehlers vielmehr die Vorabinformation der Ag vom 19. No-

vember 2020 gewesen, aus der die ASt erstmals Ansatzpunkte dafür habe entnehmen können, dass das Angebot der Bg bezuschlagt werden solle. Erst daraus habe die ASt ersehen können, dass die Bg die durch die Gestaltung der Ausschreibung gegebene Möglichkeit der Einreichung eines Spekulationsangebotes auch tatsächlich zu möglichen Spekulationen, zu denen die ASt näher ausführt, genutzt habe. Nur dieser Umstand eines spekulativen Angebots der Bg sei dann Gegenstand der Rüge vom 23. November 2020 gewesen, nicht aber nochmals die Grundlagen der Ausschreibung, worauf die ASt insbesondere in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2021 nochmals vertiefend hinweist. In der Sache dränge sich ein Spekulationsverstoß durch die Bg auf. Dadurch, dass die Bg lediglich ein Angebot habe abgeben können, bei dem sich das Preisblatt auf allenfalls 10% des tatsächlichen Auftragsvolumens der Ag beziehe, ohne dass die Preise für das „Randsortiment“ aus der mit dem Angebot abzugebenden Preisliste für eine andere Bundesbehörde in die Wertung einfließen, bestehe die Gefahr für unzulässige Spekulationen wie in der Rüge ausgeführt.

- Vor diesem Hintergrund bemängelt die ASt außerdem, dass die Maßgaben des § 60 VgV im Hinblick auf die Bg nicht eingehalten worden seien. Insofern befürchtet die ASt, die Bg habe ein Unterkostenangebot abgegeben. Das ergebe sich aus den Einkaufspreisen der Bg im Kernsortiment als Mitglied der [...] unter Berücksichtigung ihrer Allgemekosten und ihrer besonderen Kosten für die Auftragserbringung, was im Einzelnen näher ausgeführt wird. Soweit die Ag in ihrer Rügeantwort vom 26. November 2020 ausgeführt habe, die Bg beziehe nicht ihr gesamtes Sortiment von [...], sondern habe auch Lieferverträge mit anderen Herstellern und verfüge zudem über ein eigenes Lager, so seien dies bloße Schutzbehauptungen der Bg. Jedenfalls aber sei zu befürchten, dass die Bg die Lieferungen an die Ag nicht als Gesamtlieferung erbringe, sondern nur als einzelne Lieferungen von unterschiedlichen Stellen, was mit den Lieferbedingungen nach § 5.3 des Vertrags nicht vereinbar sei. Vor diesem Hintergrund könne das Angebot der Bg nicht auskömmlich kalkuliert sein.
- Im Ergebnis hält die ASt zudem das Wertungskriterium Preis für ungeeignet, da es sich nur auf ein Kernsortiment beziehe, das nur einen Teil des tatsächlichen Bestellvolumens umfasse. Die Wertung nach dem Kriterium Preis sei dysfunktional und erlaube keine klare Feststellung eines zuschlagsfähigen Angebots. Insbesondere hinsichtlich des Randsortiments habe die Ag keine Feststellungen ihres tatsächlichen Bedarfs getroffen. Soweit die Ag zudem nur zehn Artikel des Randsortiments aus den jeweils 2000 Artikel umfassenden Referenzpreislisten der Bieter ausgewählt habe, um die Marktüblichkeit der Preise zu überprüfen, sei dies ersichtlich unzureichend und ermögliche keine Auswahl des wirtschaftlichsten Ange-

bots. Daher sei die Wertung unter Berücksichtigung des „Randsortiments“ erneut durchzuführen oder das Vergabeverfahren in den Stand bei Vergabebekanntmachung zurückzusetzen.

- Soweit die Ag das sog. „Randsortiment“ in der Liste mit ca. 2000 meist abgerufenen Artikeln einer Referenzbehörde mit für die Ag gültigen Preisen nicht in die Wertung einbeziehe, liege zudem eine unzulässige de-facto-Vergabe vor, da die Belieferung mit den Produkten des Randsortiments gerade nicht explizit ausgeschrieben sei. Diese Liste definiere gerade nicht den Beschaffungsbedarf der Ag. Die ASt verdeutlicht dies in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2021 anhand des EDV-Bedarfs der Ag, der nicht mitausgeschrieben worden sei und für den der laufende Vertrag der Ag Ende Januar 2021 ende. Dieser Bedarf solle nach der Ausschreibung über den nun ausgeschriebenen Bürobedarf mitgedeckt werden, ohne dass aber die entsprechenden Artikel in der Ausschreibung ausdrücklich aufgeführt worden seien. In ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2021 weist die ASt die seitens der Vergabekammer in deren rechtlichen Hinweis vom 21. Dezember 2020 dargelegte vorläufige Rechtsansicht zurück, die von der ASt bemängelte de-facto-Vergabe sei nicht rechtzeitig gerügt worden. Die ASt ist der Ansicht, sie habe eine solche de-facto-Vergabe gar nicht rügen müssen. Eine vergaberechtswidrige de-facto-Vergabe müsse jederzeit und ohne vorherige Rüge aufgegriffen werden, denn es handle sich dabei *„schlichtweg um eine nichtige Vergabe“*.
- Die ASt geht ferner davon aus, was sie näher ausführt, die Bg habe keinen hinreichenden Referenzauftrag nachgewiesen, in dem es um eine Belieferung öffentlicher Auftraggeber mittels eines Punchout-Katalogs gehe. Sie könne sich dafür auch nicht auf eine etwaige Eignungsleihe beziehen. Die ASt führt in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2021 vertiefend aus, die Bg habe lediglich eine unzutreffende Referenz benannt. Aus der ihr im Wege der Akteneinsicht offengelegte Dokumentation der Überprüfung der Referenz ergebe sich entweder, dass der von der Ag befragte Referenzgeber nicht erkannt habe, was genau als Referenz gefordert und zu bestätigen sei, oder aber die Referenz habe sich nicht auf eine eigene Leistung der Bg bezogen, sondern auf eine eigene Leistung [...]. Soweit, so die ASt in ihrer Stellungnahme vom 14. Dezember 2020, die Bg unter Hinweis auf Ziff. 10 der Leistungsbeschreibung davon ausgehe, die Punchout-Referenz sei nicht zwingend vorzulegen, sei diese Ansicht nicht haltbar. Daraus folge vielmehr, dass jeder Bieter zwei Webshops bereitzustellen habe, nämlich einen Punchout-Katalog und einen konventionell funktionierenden Webshop. Die Ausführungen der Bg seien Beleg dafür, dass sie nicht über die für die Ausführung der Leistungen nötige Expertise verfüge und die von ihr beigebrachte Punchout-Referenz nicht belastbar sei. Jedenfalls sei auch dann, wenn man die Forderung nach einer

Punchout-Referenz mit der Bg als nicht verbindliche Soll-Vorgabe verstehe, diese im Interesse der Gleichbehandlung aller Bieter einzuhalten und die Unmöglichkeit der Vorlage einer geeigneten Referenz ggf. ein fakultativer Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB.

- Ferner setze die Bg mit [...] für wesentliche von ihr zu erbringende Leistungen einen Nachunternehmer ein, für den sie entgegen den Maßgaben der Vergabeunterlagen keine Nachunternehmererklärung abgegeben habe. Die Bg habe daher in der Sache einen Nachunternehmereinsatz verschwiegen und sei daher nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB auszuschließen. Der Einsatz [...] beziehe sich auf folgende vertragswesentliche Leistungen, was die ASt aus dem Vortrag der Bg in deren Stellungnahme vom 10. Dezember 2020 ableitet: Technische Bestellabwicklung, Bereitstellung der Waren und deren Auslieferung, Artikelpflege im bereitgestellten Katalog, was im Einzelnen in der Stellungnahme der ASt vom 14. Dezember 2020 und 12. Januar 2021 näher ausgeführt wird. Mangels einer eigenen Bevorratung für die von [...] zugekauften Produkte könne die Bg auch ihre Lieferfähigkeit nicht sicherstellen.

Die ASt beantragt,

1. Es wird festgestellt, dass die ASt in dem von der Vergabestelle für die Ag durchgeführten Verfahren zur Vergabe [...] in ihren Rechten verletzt ist.
2. Die Vergabekammer trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern, insbesondere die Ag zu verpflichten,
 - a. das Angebot der erstplatzierten Bieterin, der [...], von der Wertung auszuschließen;
 - b. hilfsweise: das Vergabeverfahren aufzuheben und in den Stand zum Zeitpunkt der Vergabebekanntmachung zurückzusetzen.
3. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren durch Übersendung von Aktenkopien.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.
5. Der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag in vollem Umfang abzuweisen.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag für unbegründet und führt insofern mit Schriftsatz vom 3. Dezember 2020 folgendermaßen aus:

- Die Eignung der Bg ist nach Ansicht der Ag nicht in Frage zu stellen, da sie den geforderten Nachweis einer Punchout-Referenz einer Behörde in der Referenzliste angegeben habe und eine in der Vergabeakte näher dokumentierte Überprüfung durch die Ag diese Referenz im Ergebnis positiv bestätigt habe. Insofern sei der Sachverhalt durch die ASt unzutreffend wiedergegeben.
- Der von der ASt begehrte Wertungsausschluss des Angebots der Bg wegen eines unzulässigen Spekulationsangebots komme ebenfalls nicht in Betracht. Die Ag bezweifelt bereits die Antragsbefugnis der ASt für die entsprechende Rüge. Soweit die ASt sich für ihre Auffassung auf die Entscheidung des BGH vom 19. Juni 2018 berufe, sei diese im unmittelbaren Verhältnis zwischen Bieter und Auftraggeber ergangen und betreffe eine Verletzung der sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergebenden Rücksichtnahmepflicht eines Bieters gegenüber dem Auftraggeber. Diese Rücksichtnahmepflicht gelte bei Zugrundelegung der Rüge der ASt aber nur zwischen der Ag und der Bg und entfalte keine Wirkung zugunsten der ASt als dritter Partei. Soweit die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag letztlich beanstande, dass auf diese Weise kein wettbewerbliches Angebot zu ermitteln sei, sei dies außerdem in der Sache bereits Gegenstand der Rüge der ASt vom 16. Oktober 2020 gewesen. Mit diesem Vorbringen sei die ASt daher jedenfalls nunmehr präkludiert, da sie auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 21. Oktober 2020 keinen rechtzeitigen Nachprüfungsantrag gestellt habe.
- Die Argumentation der ASt zum Spekulationsverbot bzw. zur Unauskömmlichkeit des Angebots der Bg greife aber auch in der Sache nicht. Die Ag habe bei ihren Prüfungen nicht feststellen können, dass die Bg für das Randsortiment überhöhte Preise gefordert habe. Daher bestehe schon im Ansatz kein Verdacht für einen Sachverhalt, bei dem von einer wettbewerbswidrigen Spekulation ausgegangen werden müsse. Eine Außerachtlassung des Angebots der Bg komme somit nicht in Betracht. Zur weiteren Begründung wiederholt die Ag die bereits in ihrem Vermerk vom 16. November 2020 dokumentierten Erwägungen.
- Soweit die ASt eine unzulässige de-facto-Vergabe wegen des nicht in die Wertung einfließenden sog. „Randsortiments“ bemängele, sei dem nicht zu folgen. Denn der Bezug auch des Randsortiments sei gerade Bestandteil des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens.

c) Die mit Beschluss vom 2. Dezember 2020 förmlich zum Verfahren hinzugezogene Bg beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die ASt wird verpflichtet, die Kosten des Nachprüfungsverfahrens, einschließlich der Kosten der Bg, zu tragen.
3. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtswahrung für die Bg notwendig war.

Mit Schreiben vom 8. Dezember 2020 beantragt die Bg zudem Einsicht in die Vergabeakte.

Die Bg trägt mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 10. und 17. Dezember 2020 folgendermaßen vor:

- Die Bg hält die Rüge der ASt hinsichtlich der Bewertung des Kernsortiments für präkludiert nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB. Diese sei bereits am 21. Oktober 2020 durch die Ag abschlägig beschieden worden, ohne dass die ASt rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag gestellt habe. Hinsichtlich der Rüge einer vermeintlichen Unauskömmlichkeit des Angebots der Bg sei der Nachprüfungsantrag zu unsubstantiiert und erfolge „ins Blaue hinein“, um die Behauptung einer Rechtsverletzung nach § 161 Abs. 1 GWB erfüllen zu können, was näher ausgeführt wird.
- Die Rügen der ASt, hinsichtlich des Randsortiments liege eine de-facto-Vergabe vor bzw. das von der Ag genutzte Wertungssystem sei dysfunktional, hält die Bg nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB für präkludiert, da die ASt den entsprechend behaupteten Vergaberechtsverstoß ohne Weiteres aus den Vergabeunterlagen und ohne weiteren anwaltlichen Rechtsrat habe erkennen können.
- Hinsichtlich der Rüge, die Bg habe keine Punchout-Referenz beigebracht, liege kein Rechtsverstoß vor. Es fehle schon an einer verbindlichen Vorgabe, von der die Bg abgewichen sein könnte. Die Bg hält die Vorgabe der Anlage „*Angabe von Referenzen*“ zur Vorlage nicht für Mindestanforderungen, sondern für eine bloße Soll-Vorgabe, was sie aus dem Wortlaut der Anforderungen in der Anlage ableitet, wonach mindestens eine Punchout-Referenz bei den geforderten Referenzen sein „soll“, während die allgemeine Vorgabe zur Vorlage mindestens zweier Referenzen ausdrücklich als „Ist-Vorgabe“ formuliert sei. Auch werde in Ziff. 10 Abs. 1 (Seite 7) des Leistungsverzeichnisses gefordert, dass entweder Katalogdaten oder ein Punchout-Katalog durch den Auftragnehmer zu liefern sei, woraus folge, dass ein Punchout-Katalog gerade nicht zwingend gefordert sei. Zudem seien im Leitfaden für Lieferanten des [...]Katalogmanagements verschiedene Wege der Anbindung eines Katalogs beschrieben. Aus allem sei zu folgern, dass eine Punchout-Referenz gar keine zwingende Mindestvorgabe sein könne.

- Unabhängig davon aber habe die Bg die Anforderung an den Nachweis einer Punchout-Referenz korrekt erfüllt, was sich aus der entsprechenden Prüfung der Ag ergebe. Insofern gehe die ASt von falschen Voraussetzungen aus und an der Eignung der Bg bestünden keine Zweifel.
- Die Rüge des spekulativen bzw. unauskömmlichen Angebots hält die Bg jedenfalls für unbegründet. Es gebe keinen Ansatz für ein Unterkostenangebot. Insbesondere habe die Bg geringe Fix- und Verwaltungskosten, da sie über nur 12 Mitarbeiter verfüge und daher wirtschaftlicher kalkulieren könne als die ASt. Jedenfalls habe die Ag die Kalkulationen der Bg detailliert überprüft und die Auskömmlichkeit bestätigt.
- Die angewendete Wertungsmethode, wonach unmittelbar nur Preise für ein Kernsortiment abgefragt würden, sei in der Sache vergaberechtskonform. Die Ag habe insofern ihren Spielraum zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots fehlerfrei definiert und ausgeübt. Diese Methode sei gerade für umfangreiche Rahmenverträge wie den hier ausgeschriebenen zweckmäßig, da die Bieter die Gelegenheit hätten, die Angebotskalkulation auf Basis klar definierter Produkte mit vertretbarem Aufwand vorzunehmen. Wollte man alle Produkte in die Preisbewertung einbeziehen, so müssten auch Produkte angeboten werden, die im Zweifel gar nicht oder nur in geringen Mengen konkret nachgefragt würden, was wiederum zu Spekulationen einlüde.
- Soweit die ASt behaupte, die Bg setze mit [...] einen Nachunternehmer ein, der nicht benannt worden sei, führt die Bg im Einzelnen aus, diese habe lediglich die Funktion eines Lieferanten bzw. erfülle allenfalls unwesentliche Zubringer-Aufgaben, wie dies möglicherweise auch bei der ASt der Fall sei.
- Soweit die ASt in ihrem Schriftsatz vom 14. Dezember 2020 offenbart habe, sie habe mit einem Mitarbeiter [...] über die Bg bzw. deren Zusammenarbeit mit [...] ein Gespräch geführt, sieht die Bg den Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. b) GWB verwirklicht. Die Bg hält auf dieser Grundlage den Ausschluss der ASt für zwingend, weshalb der ASt bereits die Antragsbefugnis fehle, da sie keine Chance mehr auf den Zuschlag haben könne, was näher ausgeführt wird.

3. Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg, jeweils nach Anhörung der Ag, Einsicht in die Vergabeakte erteilt, soweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht betroffen waren. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird verwiesen.

Die Verfahrensbeteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet: Die ASt mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 11. Dezember 2020, die Ag mit Schreiben vom 3. Dezember 2020 und die Bg mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 10. Dezember 2020.

Mit Verfügung vom 21. Dezember 2020 hat die Vergabekammer allen Verfahrensbeteiligten einen rechtlichen Hinweis übermittelt, in dem die Kammer ihre vorläufige Rechtsauffassung dargelegt hat, wonach sie den Nachprüfungsantrag für teils unzulässig und teils unbegründet hält. Hierzu hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, Stellung zu nehmen bis zum 13. Januar 2021. Die ASt hat von dieser Möglichkeit mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 12. Januar 2021 Gebrauch gemacht.

Die fünfwöchige Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB, die am 1. Januar 2021 abgelaufen wäre, hat die Vergabekammer mit Verfügung vom 21. Dezember 2020 gegenüber den Verfahrensbeteiligten nach § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB bis zum 20. Januar 2021 verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teils unzulässig (1.) und, soweit zulässig, unbegründet (2.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, soweit die Rüge zur teilweisen de-facto-Vergabe bzw. zum Wertungskriterium Preis betroffen ist (c), im Übrigen ist er zulässig (d).

a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Die streitgegenständliche Beschaffung stellt einen dem Bund zuzurechnenden Rahmenvertrag nach § 103 Abs. 5 GWB dar, der nach den Vorschriften über öffentliche Aufträge zu vergeben ist, so dass das Nachprüfungsverfahren nach § 155 GWB statthaft und die Vergabekammer des Bundes nach § 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB zuständig ist. Der einschlägige Schwellenwert von 214.000 Euro nach § 106 GWB, § 3 VgV ist ausweislich der in der Vergabeakte dokumentierten Auftragswertschätzung deutlich überschritten (vgl. Einleitungsvermerk vom 30. November 2021, Bl. 6/R der Vergabeakte, sowie ferner Bl. 8 f. der Vergabeakte).

b) Die ASt ist auch antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Ihr Interesse am Auftrag nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB hat die ASt hinreichend durch ihr eingereichtes Angebot dokumentiert. Auch hat sie durch ihren Vortrag geltend gemacht, in unstreitig bieterschützenden Vorschriften nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt worden zu sein. Die ASt hat auch dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung

dieser Vergabevorschriften als zweitplatzierter Bieterin ein Schaden in Gestalt der entgehenden Zuschlagschance zu entstehen droht, § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB.

c) Der Nachprüfungsantrag ist allerdings in Bezug auf den Vortrag, die Nichtausschreibung des Randsortiments sei eine unzulässige de-facto-Vergabe bzw. das Wertungskriterium Preis sei ungeeignet, da es nur einen Teil des tatsächlichen Bestellvolumens umfasse, unzulässig, da die ASt insofern mit ihrem Vorbringen bereits nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert ist.

aa) Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Auftragsbekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt worden sind. Das ist hinsichtlich der bemängelten Punkte aber nicht bis zur Angebotsfrist am 3. November 2021, 10 Uhr, erfolgt; insbesondere die Rüge der ASt vom 16. Oktober 2020 verhält sich zu diesen konkreten Punkten nicht, sondern beschränkt sich maßgeblich darauf, die Grundlagen der Ausschreibung im Hinblick auf das Spekulationsverbot zu thematisieren.

Erkennbar ist ein Vergaberechtsverstoß, wenn sich die zugrunde liegenden Tatsachen aus den Vergabeunterlagen ergeben und sie ein durchschnittlich fachkundiger, die übliche Sorgfalt anwendender Bieter bei Durchsicht und Bearbeitung der Vergabeunterlagen als Vergaberechtsverstoß erkennen konnte, ohne dazu anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen zu müssen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16. Dezember 2020, VII-Verg 25/20, std. Rspr.). Ein etwaiger Vergaberechtsverstoß musste für die ASt, gemessen an diesem Maßstab, im Hinblick auf die genannten Punkte als erfahrener Vorauftragnehmerin der Ag in tatsächlicher Hinsicht frühzeitig bis zur Angebotsabgabe erkennbar sein, weil er sich bereits ohne weiteres aus den Vergabeunterlagen entnehmen ließ (OLG Düsseldorf, a.a.O.). Die Struktur der Ausschreibung ebenso wie das Wertungskriterium Preis waren darin ausdrücklich erwähnt und erläutert worden. Die ASt musste danach auch ohne spezifischen Rechtsrat dazu in der Lage sein, die von ihr behauptete de-facto-Vergabe, genauer die von ihr bemängelte unzureichende Konturierung des Randsortiments als Teil des Beschaffungsgegenstandes, als möglichen Rechtsverstoß laienhaft einzuordnen. Entsprechendes gilt für das im Nachprüfungsantrag in diesem Zusammenhang bemängelte Wertungskriterium Preis. Konnte die ASt klar erkennen, dass das Randsortiment angeblich nicht ausgeschrieben bzw. nicht näher in den Vergabeunterlagen beschrieben war und das Wertungskriterium Preis sich im Schwerpunkt an den 63 umsatzstärksten Büroartikeln (Kernsortiment), nicht aber am Randsortiment orientieren werde, so ergab

sich für einen durchschnittlich erfahrenen Bieter, wie es die ASt als erfahrene Bieterin und Vorauftragnehmerin der Ag gerade ist, der Schluss auf eine insoweit vermeintlich fehlendes Vergabeverfahren bzw. eine vermeintlich fehlende Konkretisierung des Beschaffungsgegenstandes in punkto Randsortiment und vermeintlich unzureichende Wertungskriterien zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots. Der Inanspruchnahme anwaltlichen Rechtsrats bedurfte es für diese Erkenntnis für einen durchschnittlichen Bieter nicht. Dies belegt hier auch die Rüge der ASt vom 16. Oktober 2020, wonach die ASt den Aspekt, dass nur ein Teil des nachgefragten Sortiments von ca. 2000 Artikeln in die Preiswertung eingehen solle (63 Artikel), sowohl der Sache nach erkannt und auch in rechtlicher Hinsicht beanstandet hat. Wenn die ASt nun erst im Nachprüfungsverfahren diese Vorgabe unter einem zusätzlichen rechtlichen Aspekt thematisiert, nämlich dem der angeblichen de-facto-Vergabe bzw. dem Wertungskriterium, so ist dies jedenfalls nicht mehr rechtzeitig i.S.v. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB. Die im Nachprüfungsantrag konkretisierten Rügepunkte können vor diesem Hintergrund nicht mehr zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemacht werden.

bb) Soweit die ASt in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2021 mit Blick auf die von ihr behauptete de-facto-Vergabe des Randsortiments hervorgehoben hat, sie sei insofern ihrer Rügeobliegenheit enthoben, so dass sie mit ihrem Vortrag gar nicht präkludiert sein könne, geht sie fehl. Das Gesetz statuiert eine solche Entbehrlichkeit der Rüge bei einer de-facto-Vergabe nur für den – hier ohnehin nicht gegebenen – Fall des § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB, in welchem ein Zuschlag bereits erteilt wurde. Die ASt hat hinsichtlich des hier zur Entscheidung anstehenden Sachverhalts gegen ihre Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB, wie oben festgestellt, verstoßen. Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit ist es gerade, dass ein Bieter dem Auftraggeber die Möglichkeit geben soll, erkannte bzw. erkennbare Fehler rechtzeitig zu korrigieren, um nicht darauf zu spekulieren, dass sich etwaige Fehler möglicherweise zu seinen Gunsten auswirken, die dann, wenn diese Spekulation im Laufe des Vergabeverfahrens nicht aufgeht, späterhin von ihm bemängelt werden, um insoweit Rechtmäßigkeit einzufordern (vgl. BT-Drs. 13/9340, S. 17). Wollte man das Vorbringen der ASt insoweit im Nachprüfungsverfahren berücksichtigen, realisierte sich im hiesigen Fall gerade dieses Risiko der Spekulation auf den der ASt erkennbaren behaupteten Fehler, unterstellt er läge überhaupt vor.

Dies führt – entgegen der Ausführungen der ASt in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2021 – gleichwohl nicht dazu, dass hier möglicherweise ein gravierender Vergaberechtsverstoß in Gestalt einer de-facto-Vergabe unkontrolliert in der Welt bliebe. Denn die von der ASt behauptete de-facto-Vergabe hinsichtlich des sog. Randsortiments liegt in der Sache ohnehin nicht vor. Daher könnte

sich die ASt insofern auch nicht auf ein etwaiges Aufgreifen eines solchen schwerwiegenden Fehlers, unterstellt er läge vor, von Amts wegen nach § 163 Abs. 1 GWB berufen. Die Ag hat in Ziff. 2, Seite 3, ihres Leistungsverzeichnisses ausdrücklich ausgewiesen, dass sie „*Büro- und Verbrauchsmaterial gem. den nachfolgend aufgeführten Warengruppenerläuterungen*“ zum Gegenstand des ausgeschriebenen Rahmenvertrages macht. Lediglich, so Seite 2, Ziff. 1 des Leistungsverzeichnisses, Gründe der Preisbewertung haben dazu geführt, dass sie für die ihrer Erfahrung aus den zurückliegenden Jahren nach 63 meist abgerufenen Büroartikel ein spezifiziertes Preisblatt angelegt hat. Auf diese Weise hat die Ag den Beschaffungsgegenstand hinreichend transparent beschrieben. Für den fachkundigen Bieterkries war damit unmissverständlich klar und hinreichend transparent umschrieben, was die Ag in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren beschaffen will. Auch die ASt – wie auch die übrigen Bieter – haben dies genauso erkannt und konnten daher entsprechende Angebote unterbreiten.

d) Hinsichtlich der übrigen Rügen hat die ASt ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB genügt. Die von ihr behaupteten Vergaberechtsverstöße, das Angebot der Bg sei spekulativ bzw. unauskömmlich, die Bg habe nicht die erforderliche Punch-Out-Referenz nachgewiesen bzw. keine erforderliche Nachunternehmererklärung mit dem Angebot beigebracht, hat die ASt erst aufgrund der Mitteilung der Ag vom 19. November 2020, sie beabsichtige, der Bg den Zuschlag zu erteilen, tatsächlich erkannt.

Hinsichtlich der Rüge, das Angebot der Bg sei unstatthaft spekulativ, hat die ASt in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2021 unmissverständlich klargestellt, dass sie sich mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht gegen die Grundlagen der Ausschreibung richtet. Ein solches Vorbringen wäre angesichts der insofern bereits von der ASt erhobenen Rüge vom 16. Oktober 2020 und der Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 21. Oktober 2020 ohnehin nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB verfristet, wie schon im Hinweis der Vergabekammer vom 21. Dezember 2020 ausgeführt. War nach den Ausführungen im Nachprüfungsantrag nicht gänzlich ausgeschlossen, dass die ASt mit ihrem Antrag möglicherweise auch implizit die Grundlagen der Ausschreibung in Anknüpfung an ihre Rüge vom 16. Oktober 2020 weiterverfolgen wolle, so hat die ASt nunmehr klargestellt, dass sie allein bemängelt, die Bg habe die Ausschreibung ausgenutzt, um ein spekulatives Angebot im Hinblick auf das Randsortiment abzugeben. Gegen diese Vorgehensweise, ihre Rüge auf diesen Aspekt zu begrenzen, ist nichts zu erinnern. Die ASt konnte die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 21. Oktober 2020 akzeptieren, ohne gegen die von ihr bemängelten Grundlagen der Ausschreibung mit einem Nach-

prüfungsantrag vorzugehen, während sie nach Erhalt der Information über den beabsichtigten Zuschlag an die Bg ihre Ansatzpunkte für einen insoweit befürchteten konkreten Vergaberechtsverstoß zum Gegenstand ihrer Rüge machen konnte.

2. Der Nachprüfungsantrag ist, soweit zulässig, unbegründet.

a) Anhaltspunkte für ein spekulatives Angebot der Bg sind nicht ersichtlich (aa). Auch ein Verstoß gegen die Grundsätze des § 60 VgV ist nicht festzustellen (bb).

aa) Die Ag hat in der Sache in der Vergabeakte bzw. im Nachprüfungsverfahren dargelegt, dass sie die Angebote der ASt und der Bg im Hinblick auf die Preisgestaltung für das Kern- und das Randsortiment überprüft hat. Die von der Ag angewandte Methodik und das im Vermerk vom 16. November 2020 in der Vergabeakte dokumentierte Ergebnis (s. hierzu Bl. 244-247/R der Vergabeakte), wonach im Angebot der Bg keine Anhaltspunkte für Spekulationspreise erkennbar sind, ist nachvollziehbar und daher als sachgemäß nicht zu beanstanden.

Die Ag hat im Vermerk vom 16. November 2020 eine Vergleichsprüfung für das Kern- und das Randsortiment dokumentiert und die Preise der in Betracht gezogenen Bieter, darunter die Bg und die ASt, stichprobenweise als marktkonform eingeschätzt. Diese Prüfung stellt sich als nichts anderes dar als die Prüfung der Marktüblichkeit der im Angebot enthaltenen Preise im Hinblick auf die Vorgaben der Ziff. 6 (Seite 4) des Leistungsverzeichnisses. Damit ist diese Prüfung ebenfalls eine Untersuchung, ob die eingegangenen Angebote unstatthafte spekulative Ansätze enthalten. An dieser Vorgehensweise ist nichts Unsachgemäßes oder Fehlerhaftes zu erkennen.

Auch soweit die ASt meint, die Ag habe beim Randsortiment lediglich zehn Produkte aus der Liste von ca. 2000 beprobt, liegt kein Verstoß gegen die Grundsätze zur Bezuschlagung des wirtschaftlichsten Angebots nach § 127 GWB bzw. gegen den Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB vor. Der Umstand, dass die Ag den Schwerpunkt ihrer Preisprüfung auf das sog. Kernsortiment der von ihr benannten 63 „Highrunner“-Büroartikel gelegt hat, lässt die von ihr unternommene eher grobe Sichtung des Randsortiments nicht als unsachgemäß erscheinen; insbesondere hat die Ag durch ihre Überprüfung der angebotenen Preise für wenig nachgefragte Artikel, die nicht in die Preiswertung eingehen, sichergestellt, dass keine Spekulationsangebote, auch nicht auf Seiten der Bg, vorliegen. Es ist auch fraglich, ob Spekulationen auf Bieterseite, die - wie von der Ag eingeräumt - im Ansatz zwar möglich sind, in der Praxis zielführend sein könnten. Denn ein hoher Preis bei einem

Produkt, das in der Praxis kaum nachgefragt wird, dürfte nicht geeignet sein, einen niedrigen Preis bei einem sog. „Highrunner“, der in die Preiswertung einfließt, zu kompensieren. Wie breit die Ag diese Stichprobe beim Randsortiment aufzieht, obliegt grundsätzlich ihrer insbesondere durch die vergaberechtlichen Grundsätze und das Willkürverbot begrenzten Einschätzungsprärogative. Sie hat bei dieser Stichprobe bei der Bg, aber ebenso bei der ASt lediglich zwei „Ausreißer“ nach oben (im Sinne eines deutlicheren Preisunterschieds) im Vergleich zu den betrachteten marktgängigen Internet-Lieferanten identifiziert. Auf dieser Grundlage zu entscheiden, die Stichprobe nicht noch auszuweiten, sondern im Ergebnis gleichsam davon auszugehen, auch die Preise des Randsortiments seien „*marktübliche Preise, analog den für die Wertung vorgesehenen Büroartikeln*“ (vgl. Ziff. 6 des Leistungsverzeichnisses), was gleichbedeutend mit dem Befund ist, dass die Angebote insgesamt nicht spekulativ sind, ist nicht evident sachwidrig bzw. willkürlich. Auch wenn grundsätzlich andere Ausschreibungsdesigns denkbar wären, so z.B. die Preiswertung aller nachgefragten Artikel mit einem entsprechenden Mengenvordersatz (wie häufig wurden die Artikel in einem vergangenen Referenzzeitraum nachgefragt?), so ist auch die vorliegende Variante, wonach nur die „Highrunner“ in die Preiswertung eingehen, nicht vergabefehlerhaft. Die Vorgehensweise der Ag ist grundsätzlich eine konsequente Folge des von ihr gewählten Ausschreibungsdesigns, gegen das die ASt nach ihrer abschlägig beschiedenen Rüge vom 16. Oktober 2020 auch nicht weiter vorgegangen ist, und das daher hier nicht weiter in rechtlicher Hinsicht zu hinterfragen ist. Die Ag hat mit ihrer konkreten Vorgehensweise, nämlich der Überprüfung der Angemessenheit bzw. Marktüblichkeit der Einzelpreise, zudem in concreto verhindert, dass ein sog. Spekulationsangebot den Zuschlag erhält. Hätte die Ag festgestellt, dass ein Bieter in diesem Sinne Preisspekulationen vorgenommen und sich „auf dem Papier billig gerechnet“ hätte, so hätte die Ag die Möglichkeit gehabt und auch genutzt, dieses Angebot trotz insgesamt auskömmlichen Gesamtpreises nicht anzunehmen (so BGH, Beschl. v. 19. Juni 2018, X ZR 100/16). Vor diesem Hintergrund und ungeachtet der Rügeproblematik ist die von der Ag gewählte Systematik bzw. ihr Vorgehen vergaberechtskonform.

bb) Soweit die ASt im Nachprüfungsantrag zudem bemängelt hat, das Angebot der Bg sei unauskömmlich bzw. ein Unterkostenangebot, ist diese Rüge ebenfalls unbegründet. Die Ag war insoweit, entgegen der Auffassung der Ag, nicht gehalten, eine Preisprüfung nach § 60 VgV durchzuführen.

Nach § 60 Abs. 1 VgV bedarf es einer Preisprüfung durch den Auftraggeber, wenn der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung dem Auftraggeber ungewöhnlich niedrig erscheinen. Hierfür ist das Überschreiten einer Aufgreifschwelle erforderlich, um den Auftraggeber zu einer entsprechenden Preisaufklärung zu veranlassen. Denn grundsätzlich sind

– auch deutliche – Preisabstände zwischen Angeboten einem Vergabewettbewerb immanent. Eine Preisprüfung nach § 60 VgV kommt daher nur in Betracht, wenn Anhaltspunkte für eine Unauskömmlichkeit bestehen, was der Fall ist, wenn sich einzelne Angebote erheblich von anderen Angeboten oder von der Kostenschätzung des Auftraggebers absetzen. Das OLG Düsseldorf hat in seiner Rechtsprechung diese Aufgreifschwelle für den Regelfall bei einem Abstand von mindestens 20% des betroffenen zum nächstgünstigeren Angebot konkretisiert (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29. Mai 2020, VII-Verg 26/19 m.w.N.). Ausweislich der in der Vergabeakte dokumentierten Angebotssummen (Bl. 223 Vergabeakte) bzw. des Vergabevorschlags der Ag (Blatt 297 Vergabeakte) liegt bereits der für das Auslösen der Aufgreifschwelle maßgebliche Unterschied der Angebotspreise zwischen der Bg und der ASt deutlich unterhalb der Aufgreifschwelle von 20%, so dass schon kein Anlass für die Ag gegeben war, in die Preisprüfung einzutreten.

b) Die Rüge der ASt, die Bg habe ihre Eignung hinsichtlich der von der Ag geforderten Punch-Out-Referenz nicht nachgewiesen, ist ebenfalls unbegründet.

Es kann dahinstehen, ob – wie die Bg meint – die Forderung der Ag nach einer spezifischen Referenz für den Einsatz eines Punch-Out-Katalogs bei einem öffentlichen Auftraggeber schon gar nicht nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB wirksam gefordert war, weil diese nicht explizit in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt worden ist, oder ob es sich bei dieser Anforderung der Ag ggf. noch um eine zulässige Konkretisierung der in der Auftragsbekanntmachung allgemein benannten Referenznachweise in der Anlage „*Angabe von Referenzen*“ gehandelt haben mag. Jedenfalls liegt in diesem Punkt der von der ASt bemängelte Vergaberechtsverstoß nicht vor, weil die ASt diese Nachweisforderung erfüllt hat und die Ag auf dieser Grundlage die Eignung der Bg in diesem Punkt fehlerfrei prognostiziert hat.

In der Anlage „*Angabe von Referenzen*“ wird die Vorlage von mindestens zwei Referenzen vergleichbarer Aufträge bei öffentlichen Auftraggebern aus den letzten drei Jahren vorgegeben. Mindestens eine Referenzbehörde sollte dabei sein, die diverse Büro- und Verbrauchsmaterialien aus einem Punchout-Katalog des Bieters bezieht. Die Bg hat mit ihrem Angebot die Referenzliste eingereicht und dort die erforderlichen Angaben zu Referenzen vorgenommen (vgl. Bl. 119 der Vergabeakte). Die Angaben der benannten Referenzen entsprechen in der Anzahl, der Vergleichbarkeit und dem Leistungszeitraum den Vorgaben. Darunter ist auch eine Referenz eines [...], für den die Anforderung „Punchout Katalog“ angekreuzt und damit entsprechend benannt worden ist. Die Ag hat das Vorliegen der geforderten Referenzen ausweislich der Vergabeakte für alle Bieter als Teil der

förmlichen Prüfung überprüft und für die Bg, ebenso wie für die ASt, bestätigt (vgl. Bl. 242 der Vergabeakte) und insofern alle Bieter hinsichtlich der Prüfung gleichbehandelt. Hinsichtlich der von der Bg benannten Punchout-Referenz, die angesichts der spezifischen Anforderung für die Ag augenscheinlich von besonderer Bedeutung ist, hat die Ag ausweislich des in der Vergabeakte dokumentierten Vermerks vom 17. November 2020 (Bl. 243 d. Vergabeakte) diese Referenz durch Nachfrage beim Referenzgeber, einem [...], am 11. November 2020 überprüft. Für diese Überprüfung ist im Vermerk dokumentiert, dass die benannte Ansprechperson beim Referenzgeber urlaubsbedingt abwesend gewesen sei und die dort tatsächlich telefonisch befragte Person keine Auskunft geben konnte, die den referenzierten Einsatz eines Punchout-Katalogs nachvollziehbar hätte bestätigen können (Bl. 243, 248 d. Vergabeakte). Die Ag hat daraufhin zulässigerweise die Bg am 12. November 2020 zur Aufklärung aufgefordert, indem die Bg bis zum 16. November 2020 eine Bestätigung des von ihr benannten [...] über den Einsatz des Punchout-Katalogs vorlegen sollte; die Ag hat ihrer Aufklärungsaufforderung eine entsprechende Definition für einen Punchout-Katalog beigegeben (Bl. 249 d. Vergabeakte), die der entsprach wie sie sich auch in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots beschriebenen Mindestanforderungen wiederfindet. Die Bg hat fristgemäß mit Schreiben vom 16. November 2020 u.a. ein Schreiben des von ihr als Referenzgeber benannten [...] vom 13. November 2020 vorgelegt, in dem dieser ausgeführt hat, dass die Bg dort schon deutlich vor Beginn des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens als Büromateriallieferant gelistet ist, einen OCI-Punchout-Katalog anbietet und diesen laufend betreibt. Diesem Schreiben des [...] an die Bg vom 13. November 2020 hat die Ag in ihrem Vermerk vom 17. November 2020 besondere Bedeutung beigemessen. Darin sei explizit ausgewiesen, dass die Bg dort bereits einen OCI-Punchout-Katalog nutze. Vor diesem Hintergrund hat die Ag in ihrem Vermerk vom 17. November 2020 als Ergebnis ihrer Aufklärung festgehalten, dass die von der Bg benannte Referenz des [...] die Anforderungen an die geforderte Punchout-Referenz erfüllt.

Die Ag hat sich für ihre Einschätzung im Vermerk vom 17. November 2020 zusätzlich darauf gestützt, dass die Bg ihren Kunden die Software [...] als OCI-Punchout-Katalog biete. Dies hat die Bg mit ihrem Aufklärungsschreiben vom 16. November 2020 zusätzlich erläutert und der Ag mit entsprechendem Schreiben [...] vom 16. November 2020 nachgewiesen. Die Ag hat dazu im Vermerk festgehalten, dies sei eine branchenübliche leistungsfähige Software für Punchout-Kataloge, diese Leistung werde von Lieferanten üblicherweise „zugekauft“, was auch der Punchout-Lösung des laufenden Vertrages der Ag mit der ASt entspreche.

Auf dieser Grundlage hat die Ag somit verifiziert, dass die Bg die geforderte Punchout-Referenz erbracht hat. Ausweislich der im Vermerk dokumentierten Aufklärung und der dazu von der Bg eingereichten Schreiben bestehen auch keine Zweifel daran, dass bei der referenzierten Leistung bei dem [...] in der Sache ein OCI-Punchout-Katalog zum Einsatz gekommen ist. Die Ag hatte in ihrem Aufklärungsersuchen vom 12. November 2020 hierzu ausdrücklich darauf hingewiesen, dass mit einem Punchout-Katalog Produkte von einem Lieferanten bezogen werden, ohne dass eine aufwendige Katalogpflege durch den Auftraggeber als Betreiber des zentralen Systems erforderlich ist, und der Punchout-Katalog direkt zum Webshop des Lieferanten führe. Nach der in der Vergabeakte dokumentierten Aufklärung hat die Vergabekammer keinen Zweifel daran, dass die von der Bg benannte Referenz diesen technischen Voraussetzungen entspricht. Ein Prognosefehler der Ag im Hinblick auf die Eignung der Bg ist vor diesem Hintergrund nicht zu erkennen.

Soweit die ASt in ihrer Stellungnahme vom 14. Dezember 2020 bzw. vom 12. Januar 2021 behauptet hat, die Bg habe erst im November 2020 nach Veröffentlichung der Ausschreibung mit der Einführung des Systems [...] begonnen, weshalb fraglich sei, ob die Bg zum Betrieb von Punchout-Katalogen leistungsfähig sei, führt das nicht zu weiterem Aufklärungsbedarf im Nachprüfungsverfahren. Denn der Vortrag der ASt wird bereits durch die Referenzbescheinigung des [...] vom 13. November 2020 widerlegt.

c) Die Bg ist, entgegen der Ansicht der ASt, auch nicht nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB wegen Täuschung über den Einsatz eines nicht benannten Nachunternehmers in Gestalt [...] auszuschließen.

Soweit die ASt in ihrer Stellungnahme vom 14. Dezember 2020 bzw. vom 12. Januar 2021 vorträgt, die Bg habe eine Nachunternehmererklärung unterlassen bzw. über den Einsatz eines Nachunternehmers getäuscht, ist dem nicht zu folgen.

Ob ein Unternehmen, das vom Auftragnehmer bei Erfüllung seines Auftrags eingeschaltet wird, ein Nachunternehmer bzw. Unterauftragnehmer ist, vgl. § 36 Abs. 3 VgV, richtet sich danach, ob dieses Unternehmen im Rahmen eines Auftragsverhältnisses mit dem Auftragnehmer einen Teil der in Leistungsbeschreibung bzw. Leistungsverzeichnis spezifisch festgelegten Leistungen selbständig ausführt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.04.2020, VII-Verg 30/19 (Punkt II.2.b)bb)); ferner Beschl. v. 25.06.2014, VII-Verg 38/13). Bereits der Vortrag der ASt ergibt, dass es sich bei den von ihr in Betracht gezogenen Tätigkeiten, von denen sie annimmt, sie seien vertragswesentlich und vermutet, die Bg erbringe sie nicht selbst, sondern nehme hierfür überwiegend die [...] in Anspruch, nicht um

solche im Leistungsverzeichnis festgelegten, gleichsam wesentlichen vertraglichen Tätigkeiten handelt. Sofern die Bg – wie sie in ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 2020 bestätigt hat (dort Seite 5) – Leistungen an die [...] ausgelagert hat, sind diese dort genannten Leistungen (Versand, Webshop, Lagerung/Logistik) typische, einen der Bg zu erteilenden Liefer- und Bereitstellungsauftrag unterstützende Hilfsleistungen im Sinne § 36 Abs. 3 S. 3 VgV, die nicht spezifisch im Leistungsverzeichnis festgelegt sind. Dieses sieht vielmehr (a.a.O., ab Seite 5 ff.) vor, dass Büro- und Verbrauchsmaterial zu liefern und dieses mittels eines Punchout-Katalogs der Ag bzw. ihren Dienststellen zur Bestellung zur Verfügung zu stellen ist. Dementsprechend hat die Bg nachvollziehbar bestätigt, dass maßgeblich die Einrichtung der Shopsysteme und die Schulung der Mitarbeiter der Ag im Bestellabwicklungssystem (vgl. Seite 7/8, Ziff. 10 des Leistungsverzeichnisses) sowie die Bestimmung der Verfügbarkeit und die Sortimentsauswahl (vgl. Ziff. 17 des Leistungsverzeichnisses) oder auch der Kundenservice im Wesentlichen bei der Bg stattfänden. Daraus erschließt sich jedenfalls plausibel, dass die maßgebliche Ausführung der im Leistungsverzeichnis spezifisch festgelegten Leistungsteile bzw. der dafür erforderliche steuernde Input von der Bg ausgeht und nicht selbständig von der [...] ausgeführt wird.

Nach allem ist der Nachprüfungsantrag, soweit zulässig, zurückzuweisen.

III.

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

Die ASt hat als unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen der Ag zu tragen, § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 GWB.

Es entspricht gemäß § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB der Billigkeit, auch der Bg einen entsprechenden Anspruch auf Erstattung ihrer Aufwendungen gegen die ASt zuzuerkennen, denn die Bg hat in der Sache vorgetragen sowie Anträge gestellt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen. Darüber hinaus bezog sich der Vortrag der ASt direkt auf die Eignung der Bg sowie auf deren Angebot, so dass die Bg durch den Vortrag der ASt direkt angegriffen wurde.

Die Hinzuziehung anwaltlichen Beistandes durch die Bg war gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2, 3 Satz 2 VwVfG (Bund) notwendig, wofür bereits die Tatsache ausreicht, dass die ASt –

wie dargelegt – mit ihrem Vortrag direkt auf die Bg und deren Angebot abzielte. Hinzu kommt, dass sich Rechtsfragen stellen, welche die Bg als Bieterunternehmen nicht allein bearbeiten konnte. Denn beim Vergaberecht und insbesondere beim Recht des Nachprüfungsverfahrens handelt es sich um eine komplexe und überdurchschnittlich komplizierte Rechtsmaterie, für die es aus Sicht der Bg als Bieterunternehmen im Nachprüfungsverfahren sachgemäß erscheint, einen Rechtsanwalt einzuschalten. Abschließend ist auf den Aspekt der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt zu verweisen.

IV.

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

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

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

Die Vorsitzende Dr. Herlemann ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschrift gehindert.

Dr. Brauser-Jung

Dr. Brauser-Jung