



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 – 125/21

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Labormöbel, [...], 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 Seiffe am 22. Dezember 2021 im schriftlichen Verfahren nach § 166 Abs. 1 Satz 3, 1. Alt. GWB beschlossen:

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

## Gründe:

### I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) veröffentlichte [...] eine unionsweite Auftragsbekanntmachung eines offenen Verfahrens zur Lieferung und Installation von Laboreinrichtungen [...]. Der ausgeschriebene Auftrag ist Teil der Grundinstandsetzung des betroffenen Lehrgebäudes und damit ein nach den Regeln der VOB/A-EU behandelter Bauauftrag. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Die Ag übermittelte vor Angebotsabgabe an die beteiligten Bieter mehrere Änderungen der Vergabeunterlagen, darunter mit Schreiben vom 27. September 2021 das „4. Änderungspaket“ mit Ergänzungen zur Angebotsaufforderung. Darin waren auf Seite 9 u.a. Hinweise zum Profil der Tischplatten für die zu liefernden und einzubauenden Labortische definiert:

*„Zwischen der Tischplatte und der Unterkante des hochgestellten Geräteeinbaus sowie unterhalb der Tischplatte sind an den beiden hinteren Standfüßen Kanäle im 45<sup>0</sup> Winkel zum Nutzer hin auszurichten. Diese können mit weiteren Einbaukomponenten bestückt werden. Die vertikalen Kanäle sind mit Leerfeldern zu bestücken. Es muss möglich sein, in den Kanälen 3 phasige Elemente wie Motorschutzschalter, 3-fach Sicherungsautomaten und 4-polige FI-Schutzschalter etc. zu integrieren. Der Nutzer möchte die Kanäle zu einem späteren Zeitpunkt flexibel um weitere Komponenten erweitern können. Die Kanäle sind mit Trennblechen versehen, um eine getrennte Leitungsführung von Daten- und Netzleitungen zu ermöglichen.“*

Unter Ziff. C des Leistungsverzeichnisses („Auszuführende Leistungen Labortische“, Seite 8) findet sich die Vorgabe: *„Vor dem Einbau ist vor Ort das Aufmaß zu nehmen und eine Werk- und Montageplanung zu erstellen sowie ein Mustertisch anzufertigen.“*

Antragstellerin (ASt) und Beigeladene (Bg) gaben fristgemäß Angebote ab. Im Angebotsschreiben (Formblatt 213.H) erklärten beide Bieter unter Ziff. 8, dass sie den Wortlaut der vom Auftraggeber verfassten Langfassung des Leistungsverzeichnisses als alleinverbindlich anerkennen und die zugegangenen Änderungen der Vergabeunterlagen Gegenstand des Angebotes sind.

Submissionstermin war am 5. Oktober 2021. Nach dem Submissionsspiegel lag das Angebot der Bg preislich an erster und das Angebot der ASt an zweiter Stelle.

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2021, das die ASt als Anlage ASt 14 mit Schriftsatz vom 16. Dezember 2021, eingegangen bei der Vergabekammer am 17. Dezember 2021, zur Verfahrensakte gereicht hat, wandte sich die ASt an die Ag und führte darin näher aus, die Bg könne mit ihren Produkten einzelne Vorgaben des Leistungsverzeichnisses der Ag nicht erfüllen. Die ASt bezog sich hierbei auf das in dem Standardkatalog der Bg geführte Labormöbelprogramm „[...]“.

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2021 forderte die Ag von der ASt und der Bg verschiedene Unterlagen nach. Unter Ziff. 3 dieses Schreibens forderte die Ag die Bieter *„zur Aufklärung des Angebotsinhalts“* auf, im Einzelnen benannte Unterlagen bzw. Muster bis zum 20. Oktober 2021 vorzulegen, verbunden mit dem Hinweis, das Angebot werde nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen, wenn binnen dieser Frist keine Vorlage erfolge. Es folgt der Hinweis: *„Für die weitere Wertung des Angebotes sind die technischen und qualitativen Mindestanforderungen aus dem Leistungsverzeichnis durch den Bieter zu belegen.“*

- *detaillierte Ansicht von der LV-Pos. 2.1.15 ...*

- *detaillierte Ansicht von der LV-Pos. 2.1.11 ...*

- *detaillierte Ansicht von der LV-Pos. 1.1.2, 1.2.21 und 1.2.3 ...*

- *detaillierte Darstellung zur Ausführung der vertikalen Profile zur Aufnahme weiterer Gerätetechniken, sowie ein dazugehöriges Muster zur Veranschaulichung der technischen Ausführung.“*

Die ASt übermittelte die seitens der Ag im Schreiben vom 14. Oktober 2021 angeforderten Unterlagen sowie das geforderte Muster fristgemäß bis zum 20. Oktober 2021 an die Ag.

Die Bg übermittelte die von der Ag im Schreiben vom 14. Oktober 2021 zur Aufklärung angeforderten Nachweise nicht innerhalb der Frist bis zum 20. Oktober 2021; ein Muster übermittelte die Bg gar nicht.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 27. Oktober 2021 beanstandete die Bg das Schreiben der Ag vom 14. Oktober 2021, denn es habe kein Aufklärungsbedürfnis bestanden, weshalb auch die Nichtvorlage der Nachweise bzw. des Musters binnen der gesetzten Frist unbeachtlich sei. Es sei schon nicht ersichtlich gewesen, wohin die Bg das angeforderte Muster hätte schicken sollen. Ein Mustertisch müsse nach den Vorgaben der Ziff. C des Leistungsverzeichnisses erst im Auftragsfall angefertigt werden. Die Ag habe sich die in diesem Schreiben nachgeforderten Nachweise nicht in den Vergabeunterlagen zur Nachforderung vorbehalten, daher habe keine Veranlassung bestanden, sie binnen der gesetzten Aufklärungsfrist bis zum 20. Oktober 2021 vorzulegen. Sollte die Ag die Nachweise dennoch im Zuge einer nachträglichen

Abänderung der Vergabeunterlagen fordern wollen, müsse sie diese von der Bg nunmehr nachfordern.

Die Bg übersandte die im Schreiben vom 14. Oktober aufgeführten Nachweise sodann im Nachgang zum Schreiben vom 27. Oktober 2021 an die Ag.

Mit Schreiben vom 3. November 2021 teilte die Ag der Bg mit, sie werde die im Schreiben der Bg vom 27. Oktober 2021 benannten Punkte berücksichtigen. Dies dokumentierte die Ag entsprechend im Vergabevermerk vom 8. November 2021 (Vergabedokumentation Teil 2, Formblatt 111.1H, dort unter Ziff. 4.4, Seite 6).

In der Folge berücksichtigte die Ag die im Schreiben vom 14. Oktober 2021 angeforderten Nachweise bzw. Muster bei der Wertung der zu berücksichtigenden Angebote nicht.

Mit Schreiben vom 9. November 2021 informierte die Ag die ASt nach § 134 GWB, sie beabsichtige den Zuschlag an die Bg zu erteilen. Die ASt habe nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 11. November 2021 rügte die ASt die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg. Die Bg erfülle mit ihren Produkten einige Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht, so dass ihr Angebot nicht beauftragt werden dürfe. Auch habe die Bg die im Schreiben vom 14. Oktober 2021 angeforderten Nachweise bzw. Muster nicht binnen der gesetzten Frist bis zum 20. Oktober 2021 eingereicht.

Mit Schreiben vom 15. November 2021 teilte das von der Ag betraute Ingenieurbüro der Ag unter Bezugnahme auf die Rüge der ASt mit, es sei festzustellen, dass die mit Schreiben vom 14. Oktober 2021 nachgeforderten Unterlagen zur technischen Aufklärung nicht erforderlich gewesen und daher nicht zur Wertung herangezogen worden seien. Daher sei auch die Fristüberschreitung durch die Bg nicht berücksichtigt worden. Als Grund wurde angegeben, Bg wie auch die ASt hätten mit der Unterschrift unter ihr Angebot im Formblatt 231H bestätigt, dass das Leistungsverzeichnis Vertragsbestandteil werde und die vorgegebene Leistung zu den angebotenen Preisen erfolge. Es seien alle Änderungen der Vergabeunterlagen wie auch die Langfassung des Leistungsverzeichnisses ausdrücklich anerkannt worden. Die im Schreiben vom 14. Oktober 2021 angeforderten Nachweise hätten inhaltlich nur das Leistungsverzeichnis wiedergegeben und seien daher nicht in die Wertung eingeflossen.

Die Ag wies daraufhin die Rüge der ASt mit Schreiben vom 16. November 2021 zurück. Die Ag teilte darin mit, eine nochmalige Prüfung habe ergeben, dass die zu Ziff. 3 des Schreibens vom 14. Oktober 2021 geforderte Aufklärung nicht geboten gewesen sei. Die derart geforderten Punkte seien daher weder bei der ASt noch bei anderen Bietern berücksichtigt worden, so dass alle Bieter gleichbehandelt worden seien.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 18. November 2021, eingegangen bei der Vergabekammer am gleichen Tage und der Ag übermittelt am 19. November 2021, beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

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

Soweit die Bg und die Ag gegen die ASt den Vorwurf einer „Rüge ins Blaue“ erheben, treffe das nicht zu. Die ASt habe in ihrem Nachprüfungsantrag hinreichend konkret dargelegt, dass und warum sie davon ausgehe, die Bg weiche von den Vorgaben auf Seite 9 des Leistungsverzeichnisses ab. Die ASt habe sich dabei auf das Standardprogramm der Bg „[...]“ bezogen, das allgemein zugänglich sei. Die Bg bewerbe keine anderen Programme, was sie auch bei ihren Messeauftritten dokumentiere, wozu näher in der Stellungnahme der ASt vom 6. Dezember 2021 ausgeführt wird. Dieser Vortrag beziehe sich auf hinreichende Anknüpfungstatsachen, um eine Überprüfung vornehmen zu können. Entsprechendes gelte für den Vorwurf der ASt, die Bg habe die von der Ag mit Schreiben vom 14. Oktober 2021 bis zum 20. Oktober 2021 vorzulegenden Nachweise bzw. Muster im Rahmen einer Aufklärung nicht vorgelegt. Die Ag habe sich mit dem Vorwurf jedenfalls hinreichend auseinandersetzen können, wie die Stellungnahmen der Ag auch zeigten. Von daher sei nicht davon auszugehen, die Rüge der ASt sei unsubstantiiert bzw. spekulativ.

In der Sache liege ein Verstoß gegen § 15 EU Abs. 2 VOB/A vor, weil die Ag – wie diese selbst bestätigt habe – zur Aufklärung mit ihrem Schreiben vom 14. Oktober 2021 verpflichtet gewesen sei und die Bg binnen der gesetzten Aufklärungsfrist die geforderten Nachweise bzw. das geforderte Muster nicht fristgemäß geliefert habe, die Ag das Angebot der Bg aber nicht ausgeschlossen habe. Das Aufklärungsbedürfnis der Ag sei durch das Schreiben vom 14. Oktober 2021 indiziert. Es sei nicht nachzuvollziehen, warum – wie die Ag in ihrem Nichtabhilfeschreiben vom 16. November 2021 ausgeführt habe – kein Aufklärungsbedürfnis bestanden habe. Ein solches er-

gebe sich vielmehr im Hinblick auf die Vorgaben auf Seite 9 des Änderungspakets zum Leistungsverzeichnis vom 27. September 2021, wonach unter dem „Hinweis Profil oberhalb und unterhalb der Tischkante“ u.a. ein 4-poliger FI-Schutzschalter integrierbar sein müsse. Auch habe die Ag im Schreiben vom 14. Oktober 2021 nicht ein in den Vergabeunterlagen für den Zuschlagsfall vorbehaltenes Tischmuster, sondern ein Muster des vertikalen Tischbeinprofils angefordert. Insofern sei es seitens der Ag insgesamt um einen Nachweis der technischen Machbarkeit gegangen, den die Ag habe im Zuge der Aufklärung fordern dürfen. Einen solchen Aufklärungsbedarf indiziere auch die Höhe des Auftragswerts von mehr als einer Million Euro. Diesen Aufklärungsbedarf habe die Ag in der Vergabeakte auf dem Formblatt 3211, Ziff. 1.15, Seite 3 dokumentiert. In der Vergabedokumentation (Teil 1-111.1H) auf Seite 7, Ziff. 6.1 sei zudem vermerkt, dass eine Aufklärung/Nachforderung erforderlich gewesen sei. Ein Wegfall des Aufklärungsbedürfnisses sei dagegen nicht in der Vergabeakte dokumentiert. Das Schreiben des von ihr betrauten Ingenieurbüros vom 15. November 2021 taue dafür nicht, denn dieses sei nach der Zuschlagsentscheidung der Ag, die in der Vergabeakte auf den 8. November 2021 datiert sei, verfasst worden. Sofern die Ag vorbringe, sie habe mit dem Schreiben vom 14. Oktober 2021 in der Sache nur eine Bestätigung dessen, was ohnehin im Leistungsverzeichnis vorgegeben worden sei, einholen wollen, sei dies nicht nachvollziehbar. Denn dafür wäre eine Vorlagefrist entbehrlich gewesen. Da die Bg nicht innerhalb der gesetzten Frist bis zum 20. Oktober 2021 geliefert habe, sei ihr Angebot zwingend auszuschließen. Daran ändere auch ihr Schreiben vom 27. Oktober 2021 nichts, denn dieses liege außerhalb der von der Ag zur Lieferung der geforderten Nachweise gesetzten Frist des 20. Oktober 2021. Auf dieser Grundlage könne ein Bieter wie die Bg nicht bestimmen, ob ein Aufklärungsbedürfnis bestanden habe. Es sei vielmehr so, dass – wie die ASt erstmals in ihrer Stellungnahme vom 13. Dezember 2021 vorträgt – sie sich bei der Ag nach Kenntnis des Submissionsergebnisses bereits mit Schreiben vom 11. Oktober 2021 (Anlage ASt 14) gemeldet und darin mitgeteilt habe, das Angebot der Bg könne diverse Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllen, weil das von der Bg geführte Labormöbelprogramm „[...]“ im Einzelnen konkretisierte Punkte nicht erfüllen könne. Die ASt habe damit eine vorgezogene Rüge bei der Ag platziert, die die Ag bzw. in ihrem Auftrag das von ihr betraute Ingenieurbüro augenscheinlich zum Anlass für ihr Schreiben vom 14. Oktober 2021 genommen habe, mit dem sie die Bieter zur Aufklärung aufgefordert habe. Der Aufklärungsbedarf der Ag sei vor diesem Hintergrund evident gegeben.

Die Ag habe selbst zugegeben, dass die Bg die mit Schreiben vom 14. Oktober 2021 angeforderten Nachweise nicht bis zur gesetzten Frist des 20. Oktober 2021 eingereicht habe. Dennoch trage sie zudem vor, die Bg sei dem Nachforderungsbegehren fristgemäß nachgekommen, was

somit ersichtlich unwahr sei. Der Vergabeakte sei vielmehr das Formblatt 111.3 zu entnehmen, worin die Ag die Bg unter dem Abschnitt „*Nicht bestandene Firmen Wertungsschritt 2*“ eingetragen habe. Daraus sei zu schließen, dass die Ag ihren Wertungsvorgang bereits bis zum Abschluss des Angebots der Bg nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A vorangetrieben gehabt habe, weil diese die Unterlagen nicht bis zum 20. Oktober 2021 geliefert habe. Dies bestätige auch die Bg in ihrem Schreiben vom 27. Oktober 2021, wonach diese von der Ag erfahren habe, sie solle ausgeschlossen werden, weil sie die geforderten Nachweise nicht bis zum 20. Oktober 2021 geliefert habe. Soweit die Ag auf dem Formblatt 111.3 vermerkt habe, die Eintragung der Bg in der Tabelle der nicht bestandenen Firmen sei auf ein technisches Problem zurückzuführen, sei das eher kurios und ein Beleg für den zwingenden Ausschluss des Angebots der Bg. Die Vorgehensweise der Ag sei allein vom Bemühen getragen, das günstigere Angebot der Bg für den Zuschlag zu retten.

Ferner sei das Angebot der Bg nach § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A auszuschließen. Dies schließt die ASt daraus, dass die Bg zwei Vorgaben des Leistungsverzeichnisses zu den zu liefernden Labortischen bzw. deren Tischbeinen, die näher benannt werden, mit dem von der Bg im Allgemeinen angebotenen Labormöbelprogramm „[...]“ nach Ansicht der ASt nicht erfüllen könne. Nach den Abmessungen der in der allgemeinen Produktpalette befindlichen System-Profilplatte für die Tischbeine der Labortische von max. 80mm könne der nach dem Leistungsverzeichnis zwingend geforderte integrierbare 4-polige FI-Schutzschalter, der eine Breite von 70mm habe, nicht mehr integriert werden. Denn ein 70mm-Schalter könne in eine 80mm breite Profilplatte definitiv nicht integriert werden, weil die vollständige Breite der Profilplatte wegen der ebenfalls vorhandenen Führungsschienen und Schrauben, die der Montage in/auf die Profilplatte dienen, gar nicht nutzbar sein könne.

Die zweite Vorgabe, die das Angebot der Bg nicht erfülle, sei das Muss-Kriterium der Trennbleche zwischen den in den Tischbeinen vorhandenen vertikalen Kanälen, um eine dem Leistungsverzeichnis konforme getrennte Leitungsführung von Daten- und Netzleitungen zu ermöglichen. Auch dies sei in dem von der Bg im Allgemeinen angebotenen Programm „[...]“ nicht vorgesehen. Auch vor diesem Hintergrund sei das Angebot der Bg daher auszuschließen.

Entgegen dem Hinweis der Vergabekammer vom 13. Dezember 2021 reiche es nicht aus, dass die Bg die Einhaltung der Vorgaben des Leistungsverzeichnisses zugesichert habe. Sofern sich die Nichteinhaltung der Vorgaben nach Zuschlagserteilung doch herausstellen sollte und die Ag den Vertrag dann kündigen müsse, sei die Zuschlagschance der ASt damit nicht mehr zu retten.

Denn sie sei dann lediglich darauf verwiesen, sich in einem neuen Vergabeverfahren zu bewerben. Es sei, wie im Hinweis der Vergabekammer ausgeführt, zwar zutreffend, dass die Bg ihr Standardprogramm den Vorgaben der Ag anpassen könne, allerdings sei dies in kurzer Zeit zu meist gar nicht realisierbar, um die Erfüllungszeiten einhalten zu können, und zudem aufwendig und teuer.

Schließlich widerspricht die ASt dem Vorbringen der Bg, die ASt sei nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 a, c GWB auszuschließen.

Die ASt beantragt

1. Die Ag wird verpflichtet, den Zuschlag für die ausgeschriebenen Labormöbel unter Berücksichtigung des Angebots der ASt zu erteilen.
2. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakte gewährt.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.
4. Der Ag werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt auferlegt.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag auf Akteneinsicht wird versagt.
3. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag für spekulativ, er beruhe nur auf Vermutungen, nicht aber konkreten Anknüpfungstatsachen, und sei daher mangels Antragsbefugnis unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. Den von der ASt gerügten Verstoß gegen § 15 EU Abs. 2 VOB/A sieht die Ag als nicht gegeben an. Ein Aufklärungsbedürfnis habe von Anfang an nicht bestanden, weshalb die aufgrund des Schreibens vom 14. Oktober 2021 zunächst angeforderten Unterlagen und das Muster in der Prüfung und Wertung der Angebote der Bieter unberücksichtigt geblieben seien. Die im Schreiben vom 14. Oktober 2021 zu Ziff. 3 aufgeführten Unterlagen seien nur angefordert worden, damit die Bieter die in ihren Angeboten gemachten Angaben bestätigten. Es habe sich bei den Fragen vom 14. Oktober 2021 bzw. den einzureichenden Unterlagen nur um eine inhaltliche Wiedergabe des Leistungsverzeichnisses gehandelt, woraus kein Aufklärungsbedürfnis ab-



zuleiten sei. Konkrete inhaltliche bzw. technische Zweifel an den Angeboten bzw. der Leistungsfähigkeit der Bg bzw. der ASt beständen nicht, diese habe die Ag auch nicht aufklären wollen. Nachdem die Ag auf das Schreiben der Bg vom 27. Oktober 2021 erkannt habe, dass ihr bei der Forderung zur Aufklärung ein Fehler unterlaufen sei, habe sie diesen korrigiert, indem sie die entsprechenden Unterlagen für die weitere Prüfung und Wertung außer Betracht gelassen habe. Das Fehlen des Aufklärungsbedürfnisses habe die Ag in ihrem Schreiben vom 3. November 2021 an die Bg dokumentiert, welches auch in der Vergabeakte abgelegt sei.

Die Ag sei auch nicht berechtigt gewesen, die in Ziff. 3 ihres Schreibens vom 14. Oktober 2021 aufgeführten Unterlagen bzw. Muster von der Bg nachzufordern. Denn die Ag habe insofern in den Vergabeunterlagen keinen entsprechenden Vorbehalt gemacht; sie habe sich lediglich im Formblatt 223 die Nachforderung der Einheitspreise vorbehalten. Selbst wenn die Ag die Unterlagen im Schreiben vom 14. Oktober 2021 erstmals gefordert hätte, hätte sie diese nach § 16a EU Abs. 1 VOB/A mit angemessener Frist von der Bg nachfordern müssen.

Im Ergebnis sei die ASt durch die Vorgehensweise der Ag nicht beschwert, dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB sei genügt worden.

Der von der ASt bemängelte Verstoß gegen § 16 EU Nr. 2, § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A liege nicht vor. Aus dem Verweis auf das Programm der Bg „[...]“ könne sich kein Verstoß gegen die betreffenden Vorgaben des Leistungsverzeichnisses ableiten lassen. Aus dem Vortrag der ASt lasse sich nicht erkennen, dass die Bg diese Vorgaben nicht erfüllen könne.

Auch die Nichteinreichung des Musters gemäß der Ziff. 3 des Schreibens vom 14. Oktober 2021 indiziere kein Abweichen von den Vorgaben. Die Bg habe insofern zu Recht bemängelt, dass die Ag für die Einreichung des Musters keinerlei Modalitäten angegeben habe, was der Grund dafür sein könne, dass die Bg kein Muster eingereicht habe. Ferner komme es auf das angeforderte Muster ohnehin nicht an, weil die Ag dieses gerade nicht im Zuge der Aufklärung vom 14. Oktober 2021 habe fordern dürfen.

Soweit die ASt bemängelt habe, die Bg habe nicht das geforderte Trennblech für die Leitungskanäle in den Tischbeinen angeboten, gehe diese Rüge fehl. Zwar handele es sich insofern um eine zwingende Vorgabe seitens der Ag. Allerdings folge aus dem Verweis der ASt auf das Programm „[...]“ der Bg kein Anhaltspunkt für eine Abweichung von den Vorgaben.

c) Die mit Beschluss vom 22. November 2021 förmlich zum Verfahren hinzugezogene Bg beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die ASt.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg wird für notwendig erklärt.
4. Der Antrag der ASt auf Akteneinsicht wird zurückgewiesen.
5. Soweit der ASt Akteneinsicht gewährt wird, ist der Bg in gleichem Umfang Akteneinsicht zu gewähren.

Die Bg hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet. Der ASt fehle die Antragsbefugnis bzw. sie habe keine ordnungsgemäße Rüge erhoben, weil sie in ihrem Nachprüfungsantrag nur unsubstantiierte Behauptungen aufgestellt habe. Die erhobene Rüge sei „ins Blaue hinein“ erfolgt. Soweit die ASt behaupte, ihr seien die den gerügten Verstößen zugrunde gelegten Vorgänge bzw. Vorgehensweisen der Bg bekannt, werde nicht dargelegt, woher die ASt dieses Wissen habe. Auch der Vortrag der ASt, die Bg weiche von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses ab, weil ihre Produkte ihres Programms „[...]“ diesen Vorgaben nicht entsprechen könne, bleibe substanzlos, weil die ASt das Angebot der Bg gar nicht kenne und keine konkreten Anhaltspunkte für eine diesbezügliche Rüge haben könne. Für das erforderliche Mindestmaß an Substantiierung sei es erforderlich, dass die ASt benenne, woher sie ihre Erkenntnisse habe, damit die Rüge überprüfbar sei. Daran fehle es hier, da die ASt mit ihrem Vorbringen lediglich spekuliere.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag aber unbegründet. Ein Ausschluss des Angebots der Bg nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A scheide aus, weil von vornherein kein Aufklärungsgrund der Ag bestanden habe, was die Bg bereits im Schreiben vom 27. Oktober 2021 dargelegt habe. Im Hinblick auf Ziff. 3 des Schreibens der Ag vom 14. Oktober 2021 ergebe sich kein Aufklärungsbedürfnis allein aus der Höhe des Auftragswertes. Eine Aufklärung setze allein Unklarheiten oder Zweifel bzw. Widersprüche in einem Angebot voraus. Diese lägen nicht vor und ergäben sich auch nicht daraus, dass die ASt am 11. Oktober 2021 die Ag informiert habe, das Angebot der Bg könne diverse Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllen. Dies habe die ASt nur ohne jeglichen Anhaltspunkt behaupten können. Die Ag habe auf das Schreiben der Bg vom 27. Oktober 2021 daher das Aufklärungsersuchen vom 14. Oktober 2021 vergaberechtskonform zurückgezogen. Daher sei auch die darin gesetzte Frist zur Vorlage hinfällig gewesen. Die Bg habe der Ag darüber hinaus alle geforderten und aufklärungsbedürftigen Unterlagen, die nach den

Vorgaben in den Vergabeunterlagen auf Verlangen einzureichen waren und für die ansonsten ein Aufklärungsbedürfnis nach § 15 EU Abs. 1 VOB/A bestanden habe, fristgemäß übersandt.

Ein Ausschlussgrund nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A liege auch nicht vor, da das Angebot der Bg sämtliche Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erfülle. Soweit die ASt den Ausschlussgrund daraus ableiten wolle, dass das Standardprogramm der Bg die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllen könne, gehe dieser Einwand fehl. Denn die ASt könne das konkret angebotene Produkt der Bg gar nicht kennen. Das dem Angebot zugrunde liegende Produkt erfülle alle Anforderungen des Leistungsverzeichnisses.

Schließlich bestreitet die Bg das Akteneinsichtsrecht der ASt, was sich aus der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags ergebe. Der unsubstantiierte Nachprüfungsantrag dürfe, was näher dargelegt wird, nicht durch eine Einsicht in die Vergabeakte erst substantiiert werden können.

Schließlich meint die Bg, die ASt sei nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 a, c GWB vom Vergabeverfahren auszuschließen, was sie insbesondere in ihrer Stellungnahme vom 25. November 2021 näher ausführt.

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

Die Verfahrensbeteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Die Vergabekammer hat daher am 13. Dezember 2021 den Verfahrensbeteiligten einen schriftlichen rechtlichen Hinweis übermittelt, in dem sie ihre vorläufige rechtliche Einschätzung zum Nachprüfungsantrag dargelegt und den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit gegeben hat, hierzu abschließend Stellung zu nehmen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Dem Nachprüfungsantrag liegt ein öffentlicher Bauauftrag des Bundes zugrunde, für dessen Überprüfung die Vergabekammer des Bundes zuständig ist, § 99 Nr. 1, § 103 Abs. 3, § 159 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Der nach § 106 GWB relevante Schwellenwert für Bauaufträge ist vorliegend überschritten, denn der streitgegenständliche Auftrag ist Teil einer grundlegenden Brandschutzsanierung [...]. Nach § 1 EU Abs. 2 Satz 2 VOB/A i.V.m. § 3 Abs. 7 S. 1 VgV ist auf die Addition aller Lose und mithin auf den Gesamtwert des Auftrags abzustellen, der ausweislich von Ziff. 1.8 der Vergabedokumentation (Formblatt Teil 1 111.1H) deutlich über dem Schwellenwert liegt.

b) Bedenken an der Antragsbefugnis der ASt nach § 160 Abs. 2 GWB bestehen – entgegen der Meinung der Ag und der Bg – nicht. Die ASt hat ihr Interesse am Auftrag durch ihr Angebot nachgewiesen und eine Verletzung in ihren bieterschützenden Rechten sowie eines ihr durch die behaupteten Vergaberechtsverstöße drohenden Schadens in Gestalt der entgehenden Zuschlagschance dargelegt.

c) Die Rüge ist substantiiert und stellt keine „Rüge ins Blaue“ dar. Denn darin beruft sich die ASt auf hinreichend konkrete Anknüpfungstatsachen und äußert nicht lediglich spekulative Vermutungen.

Die ASt hat im Nachprüfungsantrag zunächst einen Verstoß gegen § 15 EU Abs.2 VOB/A behauptet. Hierzu hat sie hinreichend substantiiert dargelegt, dass ihrer Ansicht nach aus dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 14. Oktober 2021 ein entsprechendes Aufklärungsinteresse im Sinne des § 15 EU Abs. 1 VOB/A abzuleiten sei, dem fristgemäß nachzukommen gewesen sei. Da die Nachweisanforderungen der Ag im besagten Schreiben bieterunabhängig und nicht spezifisch auf die ASt konzentriert formuliert waren, konnte diese davon ausgehen, dass die Ag, dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB folgend, dasselbe Ersuchen auch an die übrigen Bieter und damit die Bg übermittelt hat. Erst recht konnte die ASt dies nach ihren Darlegungen im Schreiben an die Ag vom 11. Oktober 2021 annehmen, das sich zwar nicht in der von der Ag vorgelegten Vergabeakte befindet, aber von der ASt mit Schriftsatz vom 16. Dezember 2021 vorgelegt wurde.

Die ASt hat vor diesem Hintergrund weiter behauptet, die Bg habe die nachgeforderten Unterlagen nicht bzw. nicht fristgemäß eingereicht. Die Darlegungen der ASt ergeben, dass sie davon ausgegangen ist, die Bg habe auf der Grundlage ihres im Internet allgemein verfügbaren Stan-

dardprogrammes angeboten, das – wie die ASt ebenfalls konkret und damit hinreichend substantiiert dargelegt hat – nach Ansicht der ASt nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprechen könne. Wenn die ASt vor diesem Hintergrund den Rückschluss zieht, die Bg sei den Nachweisanforderungen der Ag nicht nachgekommen, ist das aus ihrer Perspektive folgerichtig und nicht spekulativ. Denn die ASt steht dabei, wie sie bereits in ihrem Schreiben an die Ag vom 11. Oktober 2021 ausgeführt hat, auf dem Standpunkt, die Bg sei gar nicht in der Lage, den Anforderungen der Ag überhaupt nachkommen zu können, weshalb auch keine Nachweise, die diesen Anforderungen gerecht würden, eingereicht worden sein könnten. Damit ergibt sich jedenfalls, dass bei diesem Sachvortrag ein „Schuss ins Blaue“ nicht anzunehmen ist.

Der Umstand, dass die ASt mit Blick auf das Standardprogramm der Bg meint, das eingereichte Angebot könne die Vorgaben der Ag nicht erfüllen, obwohl die ASt das Angebot der Bg nicht kennen kann, ist nach den Ausführungen der ASt durchaus hinreichend konkret und substantiiert dargelegt und damit keine „Rüge ins Blaue“ hinein. Es ist nicht spekulativ, dass ein fachkundiger Bieter wie die ASt die Produktpalette der Konkurrenz, die wie hier zudem allgemein verfügbar ist, kennt und davon ausgeht, dass sie zur Grundlage des jeweils konkurrierenden Angebotes gemacht worden ist. Eine entsprechende Annahme erscheint bei Zugrundelegung einer auf wirtschaftlicher Effizienz beruhenden kaufmännischen Perspektive der bietenden Unternehmen nicht ausgeschlossen. Jedenfalls ist ein Bieter, der – wie die ASt – einen derartigen Zusammenhang erkennt, im Hinblick auf § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gehalten, einen sich für ihn aus dieser Perspektive ergebenden Rechtsverstoß rechtzeitig zu rügen und kann ihn – bei Nichtabhilfe – ggf. zum Gegenstand eines Nachprüfungsantrags machen. So liegt der Fall hier.

Die ASt hat die von ihr behaupteten Vergaberechtsverstöße auch rechtzeitig nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gegenüber der Ag gerügt. Mit Schreiben vom 9. November 2021 hat die Ag der ASt die Vorabinformation nach § 134 GWB übermittelt; die hiergegen gerichtete Rüge der ASt, in der sie die von ihr vorgetragene Vergaberechtsverstöße dargelegt hat, stammt vom 11. November 2021 und lag damit ersichtlich innerhalb der Frist von zehn Kalendertagen nach Erkennen der behaupteten Vergaberechtsverstöße, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB.

d) Der Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig innerhalb der Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang der Nichtabhilfemitteilung gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB bei der Vergabekammer gestellt worden. Das für diese Frist relevante Nichtabhilfeschreiben der Ag stammt vom 16. November 2021, der Nachprüfungsantrag ging bei der Vergabekammer am 18. November 2021 ein.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

a) Der von der ASt gerügte Verstoß gegen § 15 EU Abs. 2 VOB/A liegt nicht vor. Nach dieser Vorschrift ist ein Angebot u.a. dann auszuschließen, wenn ein Bieter die nach § 15 EU Abs. 1 VOB/A geforderte Aufklärung nicht binnen der ihm vom Auftraggeber gesetzten Frist beantwortet. Die Ag hat zwar zunächst beide verfahrensbeteiligten Bieter mit Schreiben vom 14. Oktober 2021 um Einreichung weiterer Nachweise und um Einreichung eines Musters ersucht; die Bg hat diesbezüglich nicht binnen der gesetzten Frist reagiert. Die Ag hat jedoch ihr Aufklärungsersuchen später zurückgezogen und hat den Aufklärungsbedarf verneint; tatsächlich musste die Ag auch keinen Aufklärungsbedarf haben.

Dass sie dazu durch das Schreiben der Bg vom 27. Oktober 2021 und damit nach Ablauf der von der Ag bis zum 20. Oktober 2021 gesetzten (unbeachtlichen) Frist, veranlasst worden ist, ist unschädlich. Denn die Ag ist zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens gehalten, erkannte Vergaberechtsverstöße von Amts wegen abzustellen. Ihre entsprechende Vorgehensweise hat die Ag auch durch ihr Schreiben an die Bg vom 3. November 2021 dokumentiert. Dieses wird zudem hinreichend zeitnah bestätigt durch das Schreiben des von der Ag betrauten Ingenieurbüros vom 15. November 2021, mit dem dieses zur Rüge der ASt Stellung nimmt.

Sofern die ASt meint, die Ag hätte auf ihren Vortrag vom 11. Oktober 2021 bzw. auf die von ihr später auf das Vorabinformationsschreiben zum beabsichtigten Zuschlag an die Bg erhobene Rüge mit einer Aufklärung reagieren müssen, geht sie fehl. Sie bezieht sich dabei darauf, dass die Bg die von der ASt näher benannten Vorgaben des Leistungsverzeichnisses mit dem von der Bg angebotenen Standardprogramm “[...]” nicht einhalten könne. Demgegenüber hat die Bg allerdings mit dem von ihr eingereichten Angebotsschreiben das Leistungsverzeichnis als alleinverbindlich anerkannt und erklärt, dass die ihr zugewandten Änderungen der Vergabeunterlagen Gegenstand ihres Angebotes sind. Die Ag ist vor diesem Hintergrund zu Recht davon ausgegangen, dass die Bg anforderungskonform anbietet und dementsprechend liefern wird. Umstände, aus denen hervorgeht, dass dies der Bg unmöglich sein wird, hat die ASt nicht vorgetragen, entsprechende Anhaltspunkte sind auch sonst nicht ersichtlich.

Die Ag darf im Gegenteil bei einem Fachunternehmen wie der Bg auf dieser Grundlage auf das mit dem Angebot abgegebene Leistungsversprechen, den Auftrag nach den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses auszuführen, vertrauen. Selbst wenn das Standardprogramm der Bg, auf das die ASt ihren Vortrag stützt, ggf. bestimmte Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllen sollte, so wäre doch eine individuelle Anpassung an die Vorgaben des konkreten Auftrags

durch ein Fachunternehmen möglich und zur anforderungskonformen Leistungserbringung – wie seitens der Bg im Angebotsschreiben in jedem Fall bestätigt – möglich. Es ist bei dieser Sachlage nicht davon auszugehen und kann nicht als naheliegend unterstellt werden, dass ein Bieter den Auftraggeber täuschen will, indem er einen geheimen Vorbehalt dahin hat, nach Erhalt des Auftrags nicht vertragskonform liefern zu wollen. Denn, wie bereits ausgeführt, ist die Anpassung an konkrete, vom Standardprogramm des jeweiligen Herstellers abweichende Vorgaben einem Fachunternehmen möglich; sollte sich ferner nach Zuschlagserteilung auf Basis des für diesen Zeitpunkt von der Ag beim Zuschlagsempfänger angeforderten Musters herausstellen, dass ein Bieter wie die Bg die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses doch nicht bedienen sollte, hätte der Bieter die Kündigung des Vertragsverhältnis zu erwarten, wiederum verbunden mit der für ihn gravierenden Folge, für künftige Vergabeverfahren möglicherweise im Hinblick auf § 124 Abs. 1 Nr. 7 bis 9 GWB ausgeschlossen werden zu können.

b) Der von der ASt ebenfalls geltend gemachte Verstoß gegen § 16 EU Nr. 2, § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A scheidet damit ebenfalls aus. Die für einen Ausschluss des Angebotes der Bg erforderliche Abweichung von den Vergabeunterlagen ist – wie festgestellt – nicht gegeben, nachdem die Bg in ihrem Angebotsschreiben die Einhaltung der Vorgaben des Leistungsverzeichnisses gerade bestätigt hat und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die Einhaltung dieser Vorgaben durch die Bg per se ausgeschlossen ist. Auch die ASt erkennt dies in ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 2021 abschließend grundsätzlich an. Dass, wie sie zwar vorträgt, solche Anpassungen eines Standardprogrammes mit Kosten verbunden sein mögen, schließt etwaige Anpassungen, sollten sie seitens der Bg überhaupt erforderlich sein, allerdings nicht aus.

c) Auf die von der Bg aufgeworfene Frage, ob die ASt nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 a, c GWB auszuschließen sei, kommt es nach den voranstehenden Feststellungen nicht an. Unabhängig davon, ob die Voraussetzungen dieser Vorschriften hier überhaupt vorlägen, stünde zudem ein Ausschluss nach dieser Vorschrift grundsätzlich im Ermessen der Ag.

### III.

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

1. Die ASt trägt nach Zurückweisung des Nachprüfungsantrags als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen), § 182 Abs. 3 Satz 1

GWB, sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

2. Es entspricht der Billigkeit, dass die ASt ebenfalls die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg trägt, § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die ASt hat mit ihrem Nachprüfungsantrag einen unmittelbaren Interessengegensatz gegenüber der Bg begründet, indem sie den Ausschluss des Angebots der Bg verfolgt hat. Die Bg hat durch die von ihr gestellten Anträge im Nachprüfungsverfahren demgegenüber ein eigenes Kostenrisiko auf sich genommen. Danach ist es gerechtfertigt, die zur Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg der ASt aufzuerlegen

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg war notwendig, § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG (Bund), da das Nachprüfungsverfahren Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen hat, die deren Beauftragung durch die Bg als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Die Bg als Bieterunternehmen ist nicht verpflichtet, das Vergaberecht, insbesondere das prozessuale Recht bezüglich des Nachprüfungsverfahrens, zu beherrschen. Hinzu kommt der Aspekt der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt.

#### IV.

Für die Einlegung einer sofortigen Beschwerde bis zum 31. Dezember 2021 gilt Folgendes:

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.

Für die Einlegung einer sofortigen Beschwerde ab dem 1. Januar 2022 gilt Folgendes:

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

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung