
Datum: 17.07.2013
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 10/13
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2013:0717.VII.VERG10.13.00

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1.Vergabekammer des Bundes vom 15. April 2013 (VK 1-12/13) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens - einschließlich der Kosten des Verfahrens nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB werden der Antragstellerin auferlegt.

Streitwert des Beschwerdeverfahrens:
440.000 Euro

Gründe:

I. Die für wehrtechnische Beschaffungen im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung zuständige Vergabestelle schrieb die Lieferung von Körperschutzausrüstungen (bestehend u.a. aus Schutzanzug und Helm mit Visier) für die Kampfmittelbeseitigung der Bundeswehr aus. Im Oktober 2011 veröffentlichte sie eine der Vergabebekanntmachung vergleichbare Vertragsanzeige (Contract Notice) im sog. EDA-Verfahren (Verfahren der European Defense Agency). Die Angebotsaufforderung war von Anfang Dezember 2011. Zuschlagskriterium war das wirtschaftlichste Angebot nach den Unterkriterien technischer Wert (75 %), Preis (12,5 %) und Nutzung (12,5 %). Eine Bewertungsmatrix wurde bekannt gegeben. Gemäß der Leistungsbeschreibung sollten der Anzug und der Helm bestimmten Mindestanforderungen an einen Schutz vor Munitionssplittern und Detonationsdruck genügen, die als Ausschlusskriterien gekennzeichnet waren. In den Vergabeunterlagen war angegeben:

1

2

Der Bieter hat mit dem Angebot alle notwendigen Zertifikate oder vergleichbaren Nachweise beizufügen, welche die Erfüllung der Forderungen dieser Leistungsbeschreibung belegen. 3

Eine abschließende Liste der Nachweise im Sinn der §§ 8 Abs. 3 VOL/A, 9 Abs. 4 VOL/A-EG war den Vergabeunterlagen nicht beigelegt. Zu Überprüfungs Zwecken sollte ein Musteranzug nebst Helm gestellt werden. Der Vertrag sollte bei einem geschätzten Auftragswert von acht Millionen Euro drei Jahre lang laufen. 4

Von den eingegangenen Angeboten kamen die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen in die abschließende Wertung. Beim Angebot der Beigeladenen fehlten - so wurde jedenfalls von der Antragstellerin geltend gemacht - zum Beleg, dass Forderungen der Leistungsbeschreibung erfüllt waren, teilweise Fremdzertifikate. Trotzdem beauftragte die Vergabestelle die Beigeladene, die nach Anwendung der Wertungsmatrix einen erheblichen Vorsprung vor der Antragstellerin hatte, durch Vertragsschluss im Juli 2012 mit der Lieferung, ohne die Antragstellerin darüber nach § 101a Abs. 1 GWB vorab informiert zu haben. Dagegen ging die Antragstellerin mit einem ersten Nachprüfungsantrag vor. Durch bestandskräftigen Beschluss vom 20. Dezember 2012 (VK 1-130/12), auf dessen Tenor und Gründe Bezug genommen wird, stellte die 1. Vergabekammer des Bundes die Unwirksamkeit des Vertrages fest und verpflichtete die Vergabestelle unter anderem, die Angebotswertung zu wiederholen, und zwar, 5

- anhand von Zertifikaten oder vergleichbaren Nachweisen zu überprüfen, ob die von der Beigeladenen angebotene Schutzausrüstung den ausgeschriebenen Vorgaben an einen Splitterschutz und Schutz vor Druckbelastung standhalte; 6

- darüber hinaus seien von der Vergabestelle die Einwendungen der Antragstellerin gemäß deren im Nachprüfungsverfahren nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 12. Dezember 2012 gegen das Angebot der Beigeladenen zu bescheiden. 7

Im Anschluss an die mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer forderte die Vergabestelle die Beigeladene auf, alle ihr vorliegenden Zertifikate einzureichen. Die Beigeladene brachte mehrere Nachweise bei. Die Vergabestelle hielt darauf die geforderten Nachweise für von der Beigeladenen erbracht. Infolge der wiederholten Wertung vergrößerte sich noch der Vorsprung der Beigeladenen - wobei die Vergabestelle zum Vergleich im Wesentlichen dieselben Bewertungen heranzog, welche die Antragstellerin im ersten Nachprüfungsverfahren für ihr Angebot in Anspruch genommen hatte. 8

Mit Schreiben vom 15. Februar 2013 unterrichtete die Vergabestelle die Antragstellerin darüber, der Zuschlag solle auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden. Unter dem 19. Februar 2013 rügte die Antragstellerin die erneute Angebotswertung, was die Vergabestelle am 6. März 2013 zurückwies. Bereits unter dem 25. Februar 2013 hatte die Antragstellerin einen zweiten Nachprüfungsantrag gestellt. 9

Mit dem Nachprüfungsantrag griff die Antragstellerin die Wertung des Angebots der Beigeladenen (als zu günstig) und ihres eigenen Angebots an (als zu nachteilig). Sie forderte einen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen. Die Beigeladene habe geforderte Zertifikate/Nachweise nicht vollständig vorgelegt. Ferner weiche ihr Angebot von gestellten Mindestanforderungen ab. Die Antragsgegnerin widersprach dem Nachprüfungsantrag. 10

Die Vergabekammer lehnte den Nachprüfungsantrag durch Beschluss vom 19. März 2013 (VK 1-12/13) ab. Auf die Beschlussgründe wird verwiesen. 11

Mit der dagegen gerichteten sofortigen Beschwerde macht die Antragstellerin unter anderem geltend:

Es bestehe der begründete Verdacht, dass die von der Beigeladenen benutzte Zertifizierungsstelle (Nederlandse Organisatie voor toegepast natuurwetenschappelijk onderzoek - TNO, Defence, Security and Safety, Company Restricted, den Haag) Schutzanzüge mit zu weichem Splittermaterial geprüft habe. 13

Auch sei das Angebot der Beigeladenen auszuschließen, weil nicht alle geforderten Zertifikate in der gehörigen Form, nämlich von unabhängigen Stellen, vorgelegt worden und diese im Übrigen inhaltlich ungenügend seien. Die wiederholte Wertung sei unzulässigerweise unter Berücksichtigung von Eigenerklärungen der Beigeladenen vorgenommen worden. 14

Die Antragstellerin beantragt, 15

unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Antragsgegnerin einen Zuschlag zu untersagen, 16

die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Vergabeabsicht die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu wiederholen und die Bieter über das Wertungsergebnis gemäß § 101a GWB zu informieren, 17

hilfsweise geeignete Maßnahmen zu treffen, um Rechtsverletzungen zu beseitigen, 18

abermals hilfsweise festzustellen, dass die Antragstellerin durch eine Zuschlagserteilung an die Beigeladene in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt wird. 19

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen, 20

die Beschwerde zurückzuweisen. 21

Sie verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer. 22

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze nebst den Anlagen sowie auf die Verfahrensakten der Vergabekammer und die beigezogenen Vergabeakten Bezug genommen. 23

II. Die sofortige Beschwerde hat keinen Erfolg. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. 24

1. Der Nachprüfungsantrag ist allerdings zulässig. 25

a) Die Vergabekammer hat im ersten Nachprüfungsverfahren durch Beschluss vom 20. Dezember 2012 (VK 1-130/12) zutreffend, wenngleich nicht bestandskräftig (an der Bestandskraft hat grundsätzlich nur der Ausspruch teil), entschieden, dass die Ausschreibung dem Vergaberechtsregime des bis zum 13. Dezember 2012 geltenden GWB sowie - nach Ablauf der Umsetzungsfrist - im Wege der richtlinienkonformen Auslegung oder gegebenenfalls unmittelbaren Anwendung den Vorschriften der Verteidigungsrichtlinie 2009/81/EG und den Bestimmungen der VOL/A-EG 2009 unterliegt. 26

Dies hängt ab vom Beginn des Vergabeverfahrens. Der Beginn des Vergabeverfahrens ist nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11. Januar 2005 einheitlich materiell zu definieren (Rs. C-26/03, Stadt Halle, NZBau 2005, 111, VergabeR 2005, 44, 27

Rn. 28, 30, 33 bis 35, 38 f.; zusammenfassend: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.8.2012 - VII-Verg 10/12, VergabeR 2012, 846, 848 f.). Von daher ist eigentlich nicht zu erkennen, weshalb die Vergabekammer in dem im ersten Nachprüfungsverfahren ergangenen Beschluss vom 20. Dezember 2012 (VKB 13 ff.) anscheinend immer noch daran gedacht hat, an ein formales Verständnis (wie an eine Vergabebekanntmachung) anzuknüpfen oder ein solches zuzulassen. Das materielle Verständnis vom Beginn des Vergabeverfahrens bedingt einen internen Beschaffungsentschluss des Auftraggebers sowie eine nach außen erkennbare Umsetzung, derzufolge der Auftraggeber über bloße Vorbereitungen hinaus damit beginnt und dazu bestimmte (konkrete) Maßnahmen ergreift, einen Auftragnehmer zu ermitteln (externe Umsetzung).

Der möglicherweise fehlerhafte rechtliche Ansatz der Vergabekammer hat sich auf die damalige Entscheidung indes nicht ausgewirkt. Die Vergabekammer hat im ersten Nachprüfungsverfahren richtig entschieden, dass das Vergabeverfahren erst mit der Vertragsanzeige (Contract Notice) im sog. EDA-Verfahren (Verfahren der European Defense Agency) vom Oktober 2011 materiell begonnen hat. Die Vorankündigung (PIN - Prior Information Notice im EDA-Verfahren) der Vergabestelle war nicht der Beginn des Vergabeverfahrens. Sie ist keine Maßnahme zur Ermittlung des künftigen Auftragnehmers, sondern soll am Auftrag interessierte Unternehmen in einem vorbereitenden Sinn lediglich über eine demnächstige Ausschreibung informieren. Die Vorankündigung dient, wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat, noch nicht dazu, den künftigen Auftragnehmer zu ermitteln; sie soll in rechtlicher Hinsicht ebenso wenig bewirken, dass dadurch ein Vertragsanbahnungsverfahren beginnt („without any legal scope“).

Genauso hat die Vergabekammer im Beschluss vom 20. Dezember 2013 (VK 1-130/12) richtigerweise befunden, dass Ausnahmefälle nach § 100 Abs. 2 Buchst. d und e GWB nicht vorliegen, in denen das Vergaberechtsregime nicht gilt. Darauf wird Bezug genommen (VKB 15 bis 17). Vor allem handelt es sich bei den ausgeschriebenen Schutzanzügen um sog. „Dual-use“-Produkte. Solche Schutzanzüge können auch zu nicht-militärischen Zwecken, vor allem bei polizeilicher und nicht-militärischer Kampfmittelbeseitigung, eingesetzt werden und sind, so der unbestrittene Vortrag der Antragstellerin, zu solchen Zwecken bereits abgesetzt worden.

b) Die Antragstellerin unterlag einer Rügeobliegenheit, obwohl die Vergabestelle kein geregeltes Vergabeverfahren mit unionsweiter Vergabebekanntmachung durchgeführt hat. § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB ist trotzdem nicht anzuwenden, weil die Antragstellerin jedenfalls am Vergabeverfahren beteiligt worden ist (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3. August 2011 - VII-Verg 33/11 und Beschl. v. 11. Januar 2012 - VII-Verg 67/11, BA 16/17 jeweils m.w.N.).

Der Rügeobliegenheit (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB) ist die Antragstellerin jedoch nachgekommen. Auf die Bieterinformation vom 15. Februar 2013 hat sie durch ihre Rechtsanwälte unter dem 19. Februar 2013 Verstöße gegen Vergabevorschriften rügen lassen. Eine gesetzliche Wartefrist zwischen Rüge und Anbringen des Nachprüfungsantrags besteht nicht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. April 2003 - Verg 69/02; OLG Dresden, Beschl. v. 17. August 2008 - WVerg 5/01; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 6. März 2006 - 11 Verg 11/05 und 12/05; OLG Naumburg, Beschl. v. 25. Oktober 2005 - 1 Verg 5/05). Von daher ist unschädlich, dass die Antragstellerin die Nachprüfung (unter dem 25. Februar 2013) beantragt hat, bevor die Vergabestelle die Rügen (unter dem 1. März 2013) abschlägig beschieden hat. Die ihr im Rügeschreiben vom 19. Februar 2013 selbst auferlegte Wartefrist (bis zum 22. Februar 2013) hat die Antragstellerin im Übrigen eingehalten - ungeachtet

dessen, ob sie daran im Rechtssinn gebunden war.

Die Vergabekammer hat, was die von ihr angenommene Kenntnis der Antragstellerin von Vergaberechtsverstößen anbelangt, allerdings durchweg mit einer Unterstellung der erforderlichen Rechtskenntnis gearbeitet. Eine Präklusion nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB muss jedoch auf konkrete und überprüfbare Feststellungen gestützt werden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5. Dezember 2001 - Verg 32/01), die das Wissen um einen Sachverhalt (und den Zeitpunkt seiner Erlangung) belegen, welcher den Schluss auf eine Verletzung von Vergabevorschriften rechtfertigt und der - vernünftig betrachtet - dazu Anlass gibt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden (vgl. BGH, Beschl. v. 26. September 2006 - X ZB 14/06 Rn. 35; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27. Juli 2006 - VII-Verg 23/06; Beschl. v. 19. Juli 2006 - VII-Verg 27/06; Beschl. v. 22. August 2000 - Verg 9/00; OLG Brandenburg, Beschl. v. 18. September 2008 - Verg W 13/08; OLG Celle, Beschl. v. 5. Juli 2007 - 13 Verg 8/07; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 6. Februar 2007 - 17 Verg 7/06).

Soweit die Vergabekammer eine Kenntnis der Antragstellerin von Rechtsverstößen mit den ihr von der Vergabestelle am 25. September 2012 übermittelten Berichten über die Wertung der Schutzanzüge begründet, konnte dies eine Rügeobliegenheit im Übrigen nicht auslösen, weil jene Berichte lediglich der Vorbereitung der Angebotswertung dienten, aber keine Vergabeentscheidung darstellten. Genauso wenig kann für eine Präklusion die im ersten Nachprüfungsverfahren der Antragstellerin von der Vergabekammer (am 4. Dezember 2012 zur Gewährung von Akteneinsicht) übersandte Wertungsmatrix (mit den Bewertungen) herangezogen werden. Was der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren an Kenntnissen erwirbt, löst keine Rügeobliegenheit aus (BGH, Beschl. v. 26. September 2006 - X ZB 14/06 Rn. 38; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. Mai 2008 - VII-Verg 19/08; OLG Düsseldorf VergabeR 2005, 364; OLG Düsseldorf NZBau 2001, 106, 111; Oberlandesgericht Frankfurt am Main VergabeR 2007, 776; OLG Frankfurt am Main NZBau 2002, 161; OLG Dresden VergabeR 2001, 41; BayObLG VergabeR 2002, 77; a.A. OLG Celle VergabeR 2007, 401; OLG Brandenburg VergabeR 2007, 786; OLG Jena VergabeR 2007, 522). Auf die Entscheidung ausgewirkt hat sich die zu beanstandende Vorgehensweise der Vergabekammer freilich nicht, weil sie die von ihr für präkludiert erachteten Rügen in Zusatzbegründungen immer auch in der Sache, wenn auch abschlägig, beschieden hat. Die Zusatzbegründungen sind von der Beschwerde nicht angegriffen worden. Demzufolge sind sie im Beschwerderechtszug nicht angefallen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist in der Sache unbegründet. 34

a) Das Angebot der Beigeladenen ist entgegen der Forderung der Beschwerde nicht gemäß § 19 Abs. 3 Buchst. a, § 16 Abs. 3 VOL/A-EG 2009 wegen Fehlens von Zertifikaten oder vergleichbaren Nachweisen in Bezug auf die Eigenschaften der angebotenen Schutzanzüge von der Wertung auszuschließen. 35

aa) Vorzulegende Zertifikate oder vergleichbare Nachweise sind in den Vergabeunterlagen nicht hinreichend bestimmt bezeichnet worden. Dies war Gegenstand der Erörterung im Senatstermin. Die Vergabeunterlagen sahen vor: 36

Der Bieter hat mit dem Angebot alle notwendigen Zertifikate oder vergleichbaren Nachweise beizufügen, welche die Erfüllung der Forderungen dieser Leistungsbeschreibung belegen. 37

Die Vergabestelle hat sich bei der Abfassung der Vergabeunterlagen ersichtlich keine genaue Klarheit darüber verschafft, was an Zertifikaten oder Nachweisen mit dem Angebot vorgelegt werden sollte und ob die Forderung von Bietern erfüllt werden konnte. So ließ der Wortlaut 38

der Anforderung nicht erkennen, welche Zertifikate oder Nachweise für welche Produktmerkmale notwendig waren und mit dem Angebot eingereicht werden sollten (*alle notwendigen Zertifikate ...*). Die Beurteilung wurde den Bietern und deren Gutdünken anheimgestellt. Ebenso wenig war gesagt, welche Art von Zertifikaten oder vergleichbaren Nachweisen akzeptiert würde. So, wie die Beschwerde dies auslegt (ebenso die Vergabekammer im ersten Beschluss vom 20. Dezember 2012, VKB 24), dass nämlich nur Zertifikate oder Nachweise von unabhängigen Prüfstellen in Betracht kamen, war dies objektiv nicht zu verstehen. Ein unabhängiges Prüfinstitut war zum Beispiel auch die von der Beigeladenen beim Splitterschutz zugezogene niederländische TNO - Nederlandse Organisatie voor toegepast natuurwetenschappelijk onderzoek; sie steht in keinen von der Antragsgegnerin dargelegten oder sonst zu erkennenden Unternehmens- oder persönlichen Beziehungen zur Beigeladenen. Möglicherweise schweben der Antragstellerin bei ihrem Verständnis auch Zertifikate einer amtlichen/staatlichen oder amtlich zugelassenen Prüfstelle vor. Zertifikate oder Nachweise von solchen Stellen waren jedoch nicht verlangt. Ebenso wenig war festgelegt worden, dass Fremd-Zertifikate oder Nachweise auf das Bieterunternehmen ausgestellt sein sollten (so hat es die Vergabestelle anscheinend aber verstanden wissen wollen, GA 119). Im Ergebnis kamen als vergleichbare Nachweise sogar Eigenerklärungen der Bieter in Betracht. Die Vorgabe der Vergabestelle grenzte die zugelassenen Nachweise in keiner klar erkennbaren Weise ein.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Senats korrespondiert mit der strikten Ausschlussfolge für Angebote, welche die geforderten Erklärungen oder Nachweise nicht enthalten, die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, die Vergabeunterlagen so klar und eindeutig zu formulieren, dass die Bieter ihnen sicher und zweifelsfrei entnehmen können, welche genauen Erklärungen oder Nachweise von ihnen in welchem Stadium des Vergabeverfahrens einzureichen sind (BGH, Urt. v. 15. Januar 2013 - X ZR 155/10 Rn. 7; BGH, Urt. v. 3. April 2012 - X ZR 130/10 Rn. 9). Dieser Anforderung genügt die genannte Vorschrift in den Vergabeunterlagen nicht. Infolgedessen sind Zertifikate und Nachweise nicht wirksam gefordert worden und darf der Auftraggeber in derartigen Fällen Angebote wegen Fehlens von Erklärungen oder Nachweisen nicht aus der Wertung nehmen, ohne den betroffenen Bietern zuvor Gelegenheit zu geben, die fraglichen Unterlagen nachzureichen (§ 19 Abs. 2 VOL/A-EG 2009).

39

bb) Nach den mit der Beschwerde nicht angefochtenen Feststellungen der Vergabekammer in dem im ersten Nachprüfungsverfahren ergangenen Beschluss vom 20. Dezember 2012 (VK 1-130/12, VKB 22) enthielten die Vergabeunterlagen entgegen § 9 Abs. 4 VOL/A-EG überdies keine abschließende Liste der vorzulegenden Nachweise. Ungeachtet der zu solchen Fällen bisher ergangenen Entscheidungen des Senats (u.a. Beschl. v. 3. August 2011 - VII-Verg 30/11; Beschl. v. 26. März 2012 - VII-Verg 4/12; Beschl. v. 28.11.2012 - VII-Verg 8/12) hat auch der Auftraggeber, der die vorzulegenden Nachweise (eingeschlossen Erklärungen) lediglich in keiner abschließenden Liste nach § 9 Abs. 4 VOL/A-EG zusammengefasst hat, deren Vorlage rechtswirksam gefordert. Er darf Angebote wegen Fehlens solcher Nachweise in einem solchen Fall aber erst ausschließen, nachdem er den betreffenden Bietern die Möglichkeit gegeben hat, diese Nachweise nachzureichen, sie aber nicht vorgelegt worden sind (§ 19 Abs. 2 VOL/A-EG). Dadurch sind die von einem Ausschluss ihres Angebots bedrohten Bieter ausreichend geschützt. Da in den Vergabeunterlagen verlangte Nachweise trotz Fehlens einer abschließenden Liste im Sinn des § 9 Abs. 4 VOL/A-EG als wirksam gefordert anzusehen sind, bedarf es nicht des von der Antragstellerin angeregten Vorabersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union.

40

41

cc) Auf einen Befund der vorstehend dargestellten Art kann der Auftraggeber im laufenden Vergabeverfahren dadurch reagieren, indem er in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren den festgestellten Mangel behebt (BGH, Beschl. v. 26. September 2004 - X ZB 14/05 Rn. 23). Dazu hätten hier die vorzulegenden Nachweise konkretisiert werden und hätte den Bietern eine angemessene Frist gesetzt werden können, diese nachzureichen. Alternativ hätte die Vergabestelle bislang nicht vorgelegte Nachweise auch direkt von ihnen anfordern können (§ 19 Abs. 2 VOL/A-EG). Dies hätte eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens über den Stand hinaus erfordert, der sich aus dem ersten Beschluss der Vergabekammer vom 20. Dezember 2012 ergeben hat (bloße Wiederholung der Angebotswertung). Im Streitfall hat die Vergabestelle einen anderen Weg gewählt: Sie hat (nur) von der Beigeladenen eine Vorlage sämtlicher ihr vorliegender Zertifikate verlangt und im Übrigen zum Beleg der Erfüllung der Forderungen der Leistungsbeschreibung vorgelegte Zertifikate gleich welcher Art sowie ansonsten auch Eigenerklärungen zugelassen. Dadurch ist eine weitere Rückversetzung des Vergabeverfahrens vermieden und sind die Anforderungen an einen Nachweis abgesenkt worden. Nicht jedoch war, wie die Beschwerde geltend macht, damit eine Herabsetzung des Angebots- oder Qualitätsniveaus der ausgeschriebenen Lieferung oder des Niveaus der Angebotswertung verbunden. In qualitativer Hinsicht, insbesondere beim Schutzniveau, hat die Vergabestelle keine Abstriche vorgenommen. Die Vergabestelle hat die zuletzt dargestellte, weitere Variante der Fehlerbehebung gewählt. Dies ist, so allerdings die Beschwerde, nicht unter dem Gesichtspunkt zu kritisieren, dadurch habe die Vergabestelle zu Lasten der späteren Benutzer auf eine Prüfung von Sicherheitsanforderungen an die ausgeschriebene Schutzbekleidung verzichtet. Denn erstens genießt der öffentliche Auftraggeber Bestimmungsfreiheit bei den Ausschreibungsregeln. Zweitens lässt sich das Sicherheitsniveau der Schutzbekleidung auch aufgrund des Inhalts von Eigenerklärungen überprüfen. Und drittens hat die Vergabestelle die als Muster gestellten Schutzanzüge von der Wehrtechnischen Dienststelle für Waffen und Munition (WTD 91) in Meppen und vom Wehrwissenschaftlichen Institut für Schutztechnologien - ABC-Schutz (WIS) in Munster untersuchen lassen. Dies ist rechtlich unbedenklich. Es handelt sich dabei um unselbständige (nachgeordnete) Dienststellen der Vergabestelle, derer sie sich für die Angebotswertung ohne Weiteres bedienen kann.

Das von der Vergabestelle beschrittene Verfahren der Fehlerbehebung war vergaberechtlich zulässig. Insofern kommt es nicht darauf an, ob ihr damals die möglichen Varianten einer Fehlerbeseitigung so klar vor Augen standen und sie sich bewusst für ein Absenken der Nachweisanforderungen entschieden hat. Möglicherweise war die Forderung von Zertifikaten von der Vergabestelle auch nur in mehr oder weniger allgemeiner Form als Störfaktor ausgemacht worden, den es auszuschalten galt. Dies bleibt freilich spekulativ. Maßgebend ist, welche objektive Bedeutung das Handeln der Vergabestelle hatte. Objektiv hat die Vergabestelle den nach den Vergabeunterlagen hohen Prüfungsstandard - Vorlage aller notwendigen Zertifikate oder vergleichbaren Nachweise - auf ein Niveau ermäßigt, bei dem keines der in der Wertung verbliebenen Angebote wegen Fehlens geforderter Nachweise ausscheiden musste. Darüber, nach welcher möglichen Variante Mängel im Vergabeverfahren behoben werden sollten, konnte - so auch die Vergabekammer (VKB 25) - die Vergabestelle frei bestimmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH a.a.O.) ist der Auftraggeber lediglich daran gebunden, Fehler in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu beseitigen. 42

Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, von der in den Vergabeunterlagen festgelegten Vorgehensweise bei der Wertung der Angebote, genauer: von den Anforderungen an die verlangten Nachweise, dürfe der öffentliche Auftraggeber im laufenden 43

Vergabeverfahren nicht abrücken (so die Vergabekammer im ersten Beschluss vom 20. Dezember 2012, VKB 22 und die Beschwerde). Dies bedeutete, dass der Auftraggeber trotz eines erkannten Mangels oder Rechtsverstößes (oder auch unzweckmäßiger Festlegungen) in den Vergabeunterlagen dies im Vergabeverfahren nicht (mehr) ändern könnte und einen Fehler „sehenden Auges“ perpetuieren (oder eine unzweckmäßige Beschaffung vornehmen) müsste. Dass dies nicht Aufgabe und Sinn des Vergabeverfahrens und ebenso wenig zu fordern ist, liegt auf der Hand. Gegen die Möglichkeit zu einer Fehlerbehebung setzen sich ebenso wenig die Argumente der Beschwerde durch, dabei würden Bieter, welche die gestellten (fehlerhaften) Anforderungen erfüllten, in ihrem Vertrauen auf die Gültigkeit der Anforderungen enttäuscht, dies umso mehr, als Angebote, welche die Vorgaben nicht einhielten, mit der Folge einer Verbesserung der Zuschlagschancen des eigenen Angebots von der Wertung ausgenommen werden müssten. Dazu ist zu sagen: In fehlerhafte Vergabebedingungen entsteht kein schutzwürdiges Vertrauen. Fehlerhafte Ausschreibungsbedingungen sind ebenso wenig geeignet, die Aussichten auf einen Zuschlag zu verbessern; auf sie darf kein Zuschlag ergehen. Unabhängig davon hat die Antragstellerin auch in den Grundzügen nicht angegeben, welches andere und vorzugswürdigere Angebot sie abgegeben hätte, wenn bei den vorzulegenden Zertifikaten und Nachweisen jene Freiheit geherrscht hätte, welche die Vergabestelle schließlich zugelassen hat.

dd) Allerdings hat die Vergabestelle die in der Unbestimmtheit der vorzulegenden Nachweise und im Fehlen einer abschließenden Liste nach § 9 Abs. 4 VOL/A-EG liegenden Mängel nicht transparent behoben. Wie sie vorgegangen ist, hat sich erst im Nachprüfungsverfahren herausgestellt. Vorher bekanntgegeben hat sie dies nicht. Trotz der Intransparenz des Verfahrens ist jedoch auszuschließen, dass es dadurch zu einer ursächlichen Beeinträchtigung der Auftragschancen der Antragstellerin gekommen ist (vgl. zu diesem Merkmal der Begründetheit des Nachprüfungsantrags OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14. April 2010 - VII-Verg 60/09; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15. Juni 2010 - VII-Verg 10/10 sowie u.a auch OLG Naumburg, Beschl. v. 12. April 2012 - 2 Verg 1/12; Herrmann, VergabeR 2011, 2). Die Antragstellerin ist infolge der verringerten Nachweisanforderungen nicht benachteiligt worden. Für sie hat sich dadurch unter anderem der Streitpunkt erledigt, dass die von ihr eingereichten Zertifikate nicht für ihr Unternehmen ausgestellt waren. 44

Wie aus den vorstehenden Ausführungen sowie jenen im Absatz cc) am Ende hervorgeht, hat die Vergabestelle die ursprünglich gestellten Nachweisanforderungen diskriminierungsfrei ermäßigt. Nach alledem sind weder das Angebot der Beigeladenen noch dasjenige der Antragstellerin wegen Fehlens von Zertifikaten oder Nachweisen von der Wertung auszuschließen. 45

Der Umstand, dass die Vergabestelle nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer (nur) von der Beigeladenen Zertifikate nachgefordert hat, nicht jedoch von der Antragstellerin, wirkt sich im Ergebnis nicht aus. Denn auch dann, wenn die nachgereichten Zertifikate unberücksichtigt bleiben, behält das Angebot der Beigeladene seinen Vorsprung vor dem der Antragstellerin. 46

b) Die Angebotswertung, nach der das Angebot der Beigeladenen einen bedeutenden Vorsprung vor dem der Antragstellerin hat, ist auch ansonsten und soweit dies im Beschwerdeverfahren aufgrund des Vortrags der Antragstellerin angefallen ist, nicht zu beanstanden. 47

So sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass der Splitterschutz der von der Beigeladenen angebotenen Schutzbekleidung von der niederländischen Prüfstelle TNO mit 48

zu weichem Splittermaterial des Typs II getestet worden ist. Der Auszug aus einer E-Mail von TNO (vorgelegt als Anlage BF 9) lässt darauf nicht schließen. Daraus ergibt sich vielmehr, dass Splittermaterial des Typs II mit dem nach Stanag 2920 für den Beschuss geforderten stärkeren Material des Typs I einen Überschneidungsbereich aufweist und dass TNO vor dem Beschuss mit Material des Typs II dessen Größe und Härte auf Vergleichbarkeit mit dem Typ I geprüft hat („after checking the dimensions and the hardness“). Die Antragstellerin hat keinen objektiven Anlass, dies zu bezweifeln. Ihr dahingehender Vortrag ist auf einen bloßen, aber auf keinen begründeten Verdacht (ins Blaue hinein) aufgestellt und prozessual darum unbeachtlich (vgl. BGH, Beschl. v. 26. September 2006 - X ZB 14/06 Rn. 39 m.w.N.).

Die übrigen und im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer von der Antragstellerin gegen die Angebotswertung geltend gemachten Angriffe sind im Beschwerderechtszug nicht angefallen. Die Antragstellerin ist darauf im Beschwerdeverfahren nicht mehr zurückgekommen. 49

Die von der Antragstellerin gestellten Hilfsanträge sind ebenfalls unbegründet. 50

Auf die von der Beigeladenen beantragte Akteneinsicht kommt es für die Entscheidung nicht an. 51

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 78, 120 Abs. 2 GWB. 52

Dicks
Barbian
Brackmann 53