

Leitsätze:

1. Nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist ein Antrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegen den Auftraggeber gerügt werden. Ein Verstoß gegen das vergaberechtliche Gebot der produktneutralen Ausschreibung wird als erkennbar angesehen.
2. Nach § 134 Abs. 1 GWB hat der öffentliche Auftraggeber u.a. die Gründe für die Nichtberücksichtigung anzugeben. Hinter dem Erfordernis, die Gründe der Nichtberücksichtigung anzugeben, steht der Zweck, dem Bieter die Prüfung der Erfolgsaussichten eines Rechtsschutzverfahrens zu ermöglichen. Dabei sollen die Anforderungen an die Begründung aber nicht überspannt werden. Der Auftraggeber darf sich kurz fassen. Der unterlegene Bieter muss eine auf den konkreten Einzelfall zugeschnittene Begründung für die Nichtberücksichtigung seines Angebots erhalten.
3. Als sogenannte „Kann-Vorschrift“ listet § 124 GWB fakultative Ausschlussgründe auf. Das Beurteilungsermessen des öffentlichen Auftraggebers erstreckt sich nicht nur auf die Frage des Vorliegens des Ausschlussgrundes, sondern der Auftraggeber hat auch einen Ermessensspielraum, ob er von der Möglichkeit des Ausschlusses bei nachweislichem Vorliegen des Ausschlussgrundes auch tatsächlich Gebrauch machen will.

Antragstellerin:

.....

Bevollmächtigte:

.....

(**Antragstellerin - ASt**)

Vergabestelle:

.....

Bevollmächtigte:

.....

(**Vergabestelle - VSt**)

Beigelandene:

.....

Bevollmächtigte:

.....

Vergabeverfahren:

Verhandlungsverfahren gem. SektVO

„Rahmenvertrag zur Lieferung elektronischer Schließsysteme“

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 23.01.2018 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der VSt und der BGI.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die VSt und die BGI war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €
Auslagen sind nicht angefallen.

S a c h v e r h a l t :

1.

Mit Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx veröffentlichte die VSt die Lieferung eines elektronischen Schließsystems inklusive Software und der dafür erforderlichen Beratungsleistungen im EU-Amtsblatt. Der Lieferauftrag soll im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden.

Auf den Seiten 10 bzw. 12 des Leistungsverzeichnisses finden sich zu den Schließzylindern im Innenbereich bzw. Außenbereich folgende Festlegungen:

„ Elektronischer Schließzylinder „ ... “bereich

	<i>Einheitspreis in €</i>	<i>Gesamtbetrag in €</i>
... St. elektronischer Doppelzylinder <i>(Gesamtlänge 63 mm, für DIN-Profilzylinder)</i>€€
„ ... “		
Verlängerung pro 5 mm	€ “	

Auf Seite 14 des Leistungsverzeichnisses heißt es:

„Optionale Position

(Optionale Positionen werden nicht in die Preiswertung aufgenommen.)

Elektronische Schließzylinder und Schlüssel für den EX-Bereich

Optional können auch Zylinder für den Innen-, bzw. auch für den Außenbereich angeboten werden, die in EX-Bereichen eingebaut werden können.

Diese Zylinder müssen für den Innen- und Außenbereich die Klasse II 2G besitzen. Falls nicht, muss der Bieter einen Nachweis erbringen, dass der Zylinder im Bereich der EX Zone 2 eingebaut werden darf. Dies kann zum Beispiel an Hand einer Herstellerbeurteilung erfolgen.

Zusätzlich zu den Zylindern können auch Schlüssel angeboten werden, die in EX-Bereichen verwendet werden können.

Diese Schlüssel müssen für den Innen- und Außenbereich die Klasse II 2G besitzen. Falls nicht, muss der Bieter einen Nachweis erbringen, dass die verwendeten Schlüssel im Bereich der EX Zone 2 verwendet werden können. Dies kann zum Beispiel an Hand einer Herstellerbeurteilung erfolgen.

Die besonderen Auflagen zum Einsatz der EX-Zulassung sind aufzuführen.

Zutreffendes ankreuzen / ausfüllen

Elektronische Zylinder / Schlüssel in EX-Ausführung verfügbar Ja Nein

Hersteller / Fabrikat:

.....

Verschlüsselungstyp:

Frequenzbereich: Batterietyp:

Batterielebensdauer: Jahre Schließungen pro Jahr:

Verlängerung pro 5 mm verfügbar Ja Nein "

Im Leistungsverzeichnis finden sich auf Seite 15 zu den Zuschlagskriterien folgende Festlegungen:

„Zuschlagskriterien der Angebotswertung

Den Zuschlag erhält das wirtschaftlichste Angebot mit der höchsten Punktzahl auf Grundlage der dargestellten Gewichtung der Wertungskriterien.

GEWICHTUNG DER WERTUNGSKRITERIEN		Punkte
	Wertungskriterien	
1	Preis (Preisangaben gem. technischem Leistungsverzeichnis)	70
2	Konzept zur Einhaltung des Datenschutzes auf betriebliche Belange	5
3	Konzept verlorener Schlüssel	5
4	Umwelt / Betriebsführung	15
5	Einsatz im EX-Bereich	5

Erreichbare Gesamtpunktzahl 100 "

Auf Seite 17 des Leistungsverzeichnisses ist zu Ziffer 5 folgendes festgelegt:

”

5. Einsatz im EX-Bereich - max. 5 Punkte

Die legt Wert auf einen einheitlichen Einsatz des Schließsystems in allen Versorgungseinrichtungen, somit auch den Einsatz in EX-Bereichen, wie z.B. Gasdruckregelstationen.

Eine Bewertung erfolgt nach dem dargestellten Punkteschema auf Grundlage der Herstellerangaben des technischen Leistungsverzeichnisses.

Schließsystem in EX-Ausführung	Punkte
Schließsystem in EX-Ausführung ist lieferbar	5
Schließsystem in EX-Ausführung ist <u>nicht</u> lieferbar	0

“

2.

Neun Firmen, darunter die ASt und die BGI, haben sich am Wettbewerb beteiligt. Die ASt hat das preislich günstigste Angebot abgegeben. Nach der Angebotswertung liegt die BGI an erster Stelle, gefolgt von der ASt auf Rang zwei.

3.

Die ASt hat in ihrem Angebot folgendes angegeben.

„ Zutreffendes ankreuzen / ausfüllen

Elektronische Zylinder / Schlüssel in EX-Ausführung verfügbar Ja Nein “

Im Angebot der ASt finden sich folgende Ausführungen:

„ ...

9. Die Schließzylinder sind für den Einsatz im EX-Bereich geeignet. Für die Schlüssel ist eine Freigabe durch den jeweiligen Ex-Schutzbeauftragten nötig.“

Auf Nachfrage zur Anwendung des Schließsystems im EX-Bereich antwortete die ASt mit E-Mail vom 13.11.2017:

„ ...

- B) Die-Schlüssel verfügen über kein Ex-Schutz Zertifikat. Hier muss der zuständige Ex-Schutzbeauftragte entscheiden, in welcher Stufe die Schlüssel eingeordnet werden. Typisch wäre eine Einschränkung des Einsatzes auf Außentüren, die in den Ex-Schutz Bereich hinein führen, jedoch nicht für den Innenbereich. Weiteres kann bei Bedarf gerne mit dem Ex-Schutz Beauftragten der besprochen werden.
- C) Uns ist nicht explizit bekannt, dass Zylinder in Gas-Bereichen eingesetzt werden, können dieses jedoch auch nicht ausschließen.
- D) In Bayern ist derzeit kein Einsatz bekannt. ... “

4.

Mit Informationsschreiben vom 28.11.2017 teilte die VSt mit, dass der Zuschlag an die BGI frühestens am 08.12.2017 erteilt werden soll. Die BGI habe beim Wertungskriterium „Einsatz EX-Bereich“ ein besseres Ergebnis erzielen können.

Die ASt bat am 30.11.2017 um Aufklärung, in welchen Wertungskriterien sie welche Punktzahl erreicht habe.

Mit E-Mail vom 04.12.2017 teilte die VSt der ASt mit, dass die Wertung der Angebote anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien erfolgt sei. Der Zuschlagsbieter könne für das Schließsystem einen „Einsatz im EX-Bereich“ mit Zertifikat nachweisen, laut E-Mail vom 12.11.2017 könne die ASt ein solches Zertifikat nicht vorlegen.

Die ASt rügte am 05.12.2017 das Informationsschreiben als unzureichend, weil es nicht die für den Zuschlag maßgeblichen Tatsachen und die Bewertungsergebnisse enthalten würde. Insbesondere fehle eine Bewertungsmatrix, deshalb könne die ASt ihre Bieterposition (Rangfolge) nicht feststellen. Außerdem rügte die ASt, dass die Angebote nicht ordnungsgemäß gewertet worden seien. Es sei nicht klar, in welcher Weise das Zuschlagskriterium „Einsatz im EX-Bereich“ tatsächlich Anwendung gefunden habe bzw. wegen der Festlegung als Option überhaupt hätte angewendet werden dürfen.

Die VSt hat am 06.12.2017 der ASt mitgeteilt, dass sie der Rüge nicht abhelfen werde.

5.

Am 07.12.2017 beantragte die ASt

1. *ein Vergabenachprüfungsverfahren einzuleiten, und das bezeichnete Vergabeverfahren in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen,*
2. *der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakte der VSt zu gewähren,*
3. *der VSt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen,*
4. *festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der ASt notwendig war.*

Zur Begründung wiederholt und vertieft die ASt das Vorbringen aus ihrer Rüge.

6.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 07.12. 2017 der VSt übermittelt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

7.

Die VSt hat mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 13.12.2017 beantragt,

1. *den Nachprüfungsantrag auf Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB zurückzuweisen;*
2. *den Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zurückzuweisen;*
3. *der ASt die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der VSt aufzuerlegen;*
4. *festzustellen, dass die Hinzuziehung des Bevollmächtigten für die VSt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.*

Der ASt mangle es an der Antragsbefugnis, da ihr Angebot nach einer neuerlichen Prüfung vom Vergabeverfahren gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 9c) GWB auszuschließen sei. Bei dieser Prüfung habe sich herausgestellt, dass die ASt in ihrem Angebot eine falsche Angabe abgegeben habe. Die ASt habe im Erstangebot angegeben, dass sie das Fabrikat „.....“ anbiete und zudem angekreuzt, dass elektronische Zylinder/Schlüssel in EX-Ausführung verfügbar seien. An anderer Stelle im Angebot erklärte die ASt, dass für die Schlüssel im EX-Bereich eine Freigabe durch den EX-Schutzbeauftragten notwendig sei. Auf telefonische Nachfrage durch die VSt am 10.11.2017 erklärte die ASt mit E-Mail vom 13.11.2017, dass für das angebotene Fabrikat keine entsprechende Ex Ausführung verfügbar sei.

Der Antrag sei unbegründet.

- a) Das Vorabinformationsschreiben erfülle alle Anforderungen gemäß § 134 GWB. Insbesondere werde die ASt über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots informiert. Es würden der ASt sämtliche Zuschlagskriterien genannt, in denen sie ein schlechteres Ergebnis als die BGI erzielt habe. Eine detailliertere Darstellung des Wertungsergebnisses, insbesondere die Übersendung einer Wertungsmatrix, sei durch die Vorschrift des § 134 GWB weder gefordert noch im konkreten Fall vergaberechtlich zulässig. Die Inhalte des erfolgreichen Angebotes dürften nicht preisgegeben werden, dies betreffe insbesondere die Preisangabe. Daher dürfe auch die konkrete Punktzahl des Zuschlagsangebotes in der Wertungsmatrix wegen möglicher Rückschlüsse auf den Angebotsinhalt nicht mitgeteilt werden.

- b) Die ASt habe beim Wertungskriterium „Einsatz im EX-Bereich“ 0 Punkte bekommen, weil das von ihr angebotene Schließsystem in der EX-Ausführung nicht lieferbar sei.

8.

Auf die Erwiderung der ASt vom 20.12.2017 und den Schriftsatz der VSt vom 28.12.2017 wird verwiesen.

9.

Mit Schreiben vom 21.12.2017 hat die Vergabekammer die Firma zum Verfahren beigelegt.

10.

Im Schreiben vom 02.01.2018 stellt die BGI die Frage, ob das Angebot der ASt den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entspreche. Ausgeschrieben seien elektronische Doppelzylinder mit einer Gesamtlänge von 63 mm. Nach dem Produktkatalog 2017 des Herstellers würde der Zylinder eine Grundlänge von 80 mm haben. Damit würden diese Zylinder an den Türen auf jeder Seite 8,5 mm hervor stehen und überschreite die Angriffsseite von außen den nach der DIN erlaubten Zylinderüberstand von 3 mm. Auf das weitere Vorbringen im Schriftsatz wird verwiesen.

11.

Auf die Erwiderung der ASt vom 09.01.2018 wird verwiesen.

12.

Im Schriftsatz vom 05.01.2018 teilt die VSt mit, dass sie bedingt durch die Ausführungen der BGI im Schriftsatz vom 02.01.2018 neuerlich in die fachtechnische Prüfung des Angebots der ASt eingestiegen sei. Bei dieser Prüfung sei festgestellt worden, dass das Angebot der ASt nicht die Anforderungen an die elektronischen Doppelzylinder erfülle. Gefordert gewesen sei ein Schließzylinder mit einer Gesamtlänge von 63 mm, die ASt habe einen Schließzylinder mit einer Gesamtlänge von 80 mm angeboten. Damit weiche das Angebot der ASt von den Forderungen des Leistungsverzeichnisses ab und sei auszuschließen. Der ASt mangle es an der Antragsbefugnis, sodass der Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückzuweisen sei.

13.

Der Vorsitzende der Vergabekammer hat am 10.01.2018 die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 S. 1 GWB bis 02.02.2018 verlängert.

14.

Soweit kein Geheimschutz geboten war, wurden der ASt am 11.01.2018 zum Teil geschwärzte Auszüge aus der Vergabeakte übermittelt.

15.

Mit Schreiben vom 12.01.2018 trägt die ASt vor, dass durch die exakte Vorgabe von 63 mm beim Profilzylinder die Leistungsbeschreibung auf einen bestimmten Hersteller zugeschnitten gewesen sei. Eine verdeckte Produktvorgabe sei stets vergaberechtswidrig und mache eine Überarbeitung der Vergabeunterlagen unter Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe notwendig.

Die Leistungsposition behalte sich ausdrücklich eine aufpreispflichtige Verlängerung (pro 5 mm) vor. Die VSt würde davon ausgehen, dass die Zylinder ohnehin länger werden würden.

16.

Die VSt erwidert mit Schreiben vom 16.01.2018. Eine verdeckte Produktvorgabe würde im Leistungsverzeichnis nicht vorliegen. Außerdem sei die ASt mit diesem Vorwurf mangels nicht rechtzeitiger Rüge bereits präkludiert.

Auf die weiteren Ausführungen im Schriftsatz wird verwiesen.

17.

In der mündlichen Verhandlung am 23.01.2018 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt und die VSt bekräftigen ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 07.12.2017 bzw. aus dem Schriftsatz vom 13.12.2017.

Die BGI beantragt, den Antrag zurückzuweisen und Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die BGI für notwendig zu erklären.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Die VSt ist Sektorenauftraggeber nach § 100 Abs. 1 GWB.
- c) Bei den elektronischen Schließsystemen handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB.
- e) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt (§ 168 Abs. 2 Satz 1 GWB).
- f) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht.
- g) Die ASt hat am 05.12.2017 rechtzeitig das Informationsschreiben vom 28.11.2017 als unzureichend und die Wertung ihres Angebots beim „Einsatz im EX-Bereich“ gerügt.

Soweit die ASt im Schriftsatz vom 12.01.2018 darauf abhebt, dass die Ausschreibung gegen das vergaberechtliche Gebot der produktneutralen Ausschreibung verstoße, ist die ASt mit dieser Rüge gemäß 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert. Nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist ein Antrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegen den Auftraggeber gerügt werden. Für die Erkennbarkeit kommt es darauf an, ob dem Antragsteller das Übersehen des Verstoßes gegen das Vergaberecht vorgeworfen werden kann. Prüfungsmaßstab ist die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Antragstellers. Erkennbar sind somit Vergaberechtsverstöße, die von einem Durchschnittsbietler bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen erkannt werden. Ein Vergabeverstoß ist in der Regel erkennbar, wenn er dem Bieter bei der Erarbeitung des Angebots einschließlich der Kalkulation Probleme bereitet. (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 160 Rdn. 286). Ein Verstoß gegen das vergaberechtliche Gebot der produktneutralen Ausschreibung wird als erkennbar angesehen (OLG München v. 10.12.2009 Verg18/09).

Somit wäre ein Vergaberechtsverstoß wegen der vorgegebenen Länge der Doppelzylinder, wenn überhaupt gegeben, schon bei der Angebotserarbeitung für die

ASt erkennbar gewesen und hätte deshalb spätestens mit der Abgabe des Angebots gerügt werden müssen.

- f) Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 07.12.2017 war auch die 15-Tages-Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die einem Antragsteller nach der Rügezurückweisung vom 06.12.2017 zur Verfügung steht.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

Die ASt ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB nicht verletzt.

- a) Das Schreiben vom 28.11.2017 genügt der Informationspflicht der VSt.
Nach § 134 Abs. 1 GWB hat der öffentliche Auftraggeber u.a. die Gründe für die Nichtberücksichtigung anzugeben. Hinter dem Erfordernis, „die Gründe“ der Nichtberücksichtigung anzugeben, steht der Zweck, dem Bieter die Prüfung der Erfolgsaussichten eines Rechtsschutzverfahrens zu ermöglichen. Dabei sollen die Anforderungen an die Begründung aber nicht überspannt werden. Der Auftraggeber darf sich kurz fassen. Der unterlegene Bieter muss eine auf den konkreten Einzelfall zugeschnittene Begründung für die Nichtberücksichtigung seines Angebots erhalten (Sommer in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 134 GWB Rdn. 29 ff.).
Die VSt begründet im Informationsschreiben vom 28.11.2017 die Vergabeentscheidung mit einem besseren Ergebnis der BGI beim Wertungskriterium „Einsatz EX-Bereich“. Auf weitergehende Informationen, wie beispielsweise eine Überlassung der Wertungsmatrix aus der das Abschneiden aller Bieter in der Wertung ersichtlich ist, hat die ASt keinen Anspruch. Der öffentliche Auftraggeber ist nicht verpflichtet, die Platzierung der Bieter offenzulegen (Braun in Ziekow/Völlink, Kommentar Vergaberecht, 2. Aufl., § 101 a Rdn. 64 unter Verweis auf die BT-Drucks. 16/10117 vom 13.08.2008, Seite 31).
- b) Die VSt hat die Angebotswertung entsprechend § 127 GWB durchgeführt. Die Zuschlagsentscheidung ist nicht zu beanstanden.
Nach § 127 Abs. 1 GWB ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Nach § 127 Abs. 5 GWB sind die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in den Vergabeunterlagen aufzuführen.

Auf Seite 15 des Leistungsverzeichnisses sind die Zuschlagskriterien eindeutig bekannt gegeben. Dort heißt es unter Ziffer 5 „Einsatz im EX-Bereich 5 Punkte“. Auf Seite 17 des Leistungsverzeichnisses ist festgelegt, dass die Bewertung nach dem Punkteschema auf Grundlage der Herstellerangaben erfolgt. Ein Angebot erhält 5 Punkte, wenn das Schließsystem in Ex Ausführung lieferbar und 0 Punkte, wenn der Schließsystem in Ex Ausführung nicht lieferbar ist. Die VSt hat auf Grundlage der E-Mail der ASt vom 13.11.2017 dem Angebot der ASt beim Kriterium „Einsatz im EX-Bereich“ 0 Punkte zurecht zuerkannt. In der E-Mail hat der Hersteller angegeben, dass die-Schlüssel über kein EX-Schutz Zertifikat verfügen und ihm nicht bekannt sei, ob Zylinder in Gasbereichen einsetzbar seien.

- c) Der Ausschluss der ASt vom Vergabeverfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB ist rechtswidrig. Folglich kann die VSt nicht geltend machen, dass die ASt nicht antragsbefugt sei, weil ihr die Eignung abhandengekommen ist.

Als sogenannte „Kann-Vorschrift“ listet § 124 GWB fakultative Ausschlussgründe auf. Das Beurteilungsermessen des öffentlichen Auftraggebers erstreckt sich nicht nur auf die Frage des Vorliegens des Ausschlussgrundes, sondern der Auftraggeber hat auch einen Ermessensspielraum, ob er von der Möglichkeit des Ausschlusses bei nachweislichem Vorliegen des Ausschlussgrundes auch tatsächlich Gebrauch machen will (Hausmann/von Hoff in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, § 124 GWB Rdn. 69).

Der Transparenzgrundsatz verlangt, dass der öffentliche Auftraggeber die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens in den Vergabeakten dokumentiert, um die Entscheidungen der VSt für Bieter und Nachprüfungsinstanzen kontrollierbar zu machen. Gegen diese Dokumentationspflicht hat die VSt verstoßen. Sie ist ihrer Pflicht nach § 8 Abs. 1 SektVO nicht nachgekommen, das Vergabeverfahren zeitnah zu dokumentieren und die Entscheidungen in allen Phasen des Vergabeverfahrens nachvollziehbar zu begründen.

Wegen der fehlenden Dokumentation muss die Frage offen bleiben, ob die VSt erneut in ein Zuverlässigkeitsermessen eintreten durfte. In einem laufenden Vergabenachprüfungsverfahren kommt eine erneute Ermessensausübung unter Berücksichtigung neuer oder der Vergabestelle erstmals bekannt gewordener Tatsachen in Betracht (Opitz in: Burgi/Dreher Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1 - GWB 4. Teil -, 3. Auflage, § 124 Rdn. 19).

Unabhängig davon liegen nach Ansicht der Vergabekammer die Tatbestandsvoraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 9 c) GWB nicht vor. Nach § 124 Abs. 1

Nr. 9 c) GWB können öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen fahrlässig oder vorsätzlich irreführende Informationen übermittelt hat, die die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erheblich beeinflussen könnten.

Die Vergabekammer sieht keinen Anhaltspunkt für einen Versuch der ASt, mit irreführenden Informationen die Vergabeentscheidung der VSt zu beeinflussen. Die ASt hat im Angebot erklärt, dass für die Schlüssel eine Freigabe durch den EX-Schutzbeauftragten nötig sei. Noch vor der Zuschlagsentscheidung hat die ASt in der E-Mail vom 13.11.2017 klargestellt, dass die angebotenen Schlüssel kein Ex-Schutz Zertifikat haben.

- d) Das Angebot der ASt ist auszuschließen, weil es nicht alle Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erfüllt.

Angebote sind auszuschließen, wenn sie eindeutig und klar definierte Forderungen des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllen. Auf den Seiten 10 und 12 des Leistungsverzeichnisses sind Doppelzylinder mit einer Gesamtlänge von 63 mm festgelegt. Die Vorgabe „Gesamtlänge 63 mm, für DIN-Profilzylinder“ ist auch eindeutig zu erkennen. Die von der ASt angebotenen Doppelzylinder haben eine Grundlänge von 80 mm. Dies zeigt das Produktdatenblatt zu diesem Schließsystem und wird von ASt auch nicht ernsthaft bestritten.

Damit entspricht das Angebot der ASt nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und ist zwingend auszuschließen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1, 3 u. 5 GWB).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB. Es entspricht zudem der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, der unterliegenden ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der BGI aufzuerlegen. Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zur BGI begründet, indem sie den Zuschlag auf das Angebot der BGI zu verhindern versucht. Die BGI hat sich zudem durch Schriftsatzvortrag aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05; Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12)

und hat eigene Anträge gestellt. Sie hat damit ein Kostenrisiko auf sich genommen. Sie erhält daher im Umkehrschluss ihre Aufwendungen erstattet, da sie mit ihrem Antrag erfolgreich ist.

- c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt und die BGI notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der VSt und der BGI nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Da die ASt rechtsanwaltlich durch eine auf das Vergaberecht spezialisierte Anwaltskanzlei vertreten war, ist es im Sinne einer Gleichstellung auch sachgerecht, dass sich die VSt und die BGI von einer auf das Vergaberecht spezialisierten Anwaltskanzlei vertreten ließen.

- d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt aus dem Angebot und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

- e) Die von der ASt zu tragende Gebühr in Höhe von x.xxx,- € wird mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von x.xxx,- € verrechnet.
Für den übersteigende Betrag von xxx,- € erhält die ASt eine Kostenrechnung.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....

