



**Antragstellerin:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
(Antragstellerin – ASt)

**Vergabestelle:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
(Vergabestelle – VSt)

**Beigeladene:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
(Beigeladene - BGI)

**Vorhaben:** **Beschaffung von Atemschutzgeräten**

**Vergabeverfahren:** **Offenes Verfahren**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 01.12.2021 durch den Vorsitzenden ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... am 09.12.2021 folgenden

**B e s c h l u s s :**

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle und der Beigeladenen.

3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Vergabestelle sowie durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

### **Sachverhalt:**

#### **1.**

Die VSt schrieb europaweit die „Beschaffung von Atemschutzgeräten“ losweise im offenen Verfahren aus. Neben dem Kriterium Preis gab es noch weitere Zuschlagskriterien. Am streitgegenständlichen Los 1 beteiligten sich die ASt, die BGI und ein dritter Bieter.

#### **2.**

Das Angebot der BGI erreichte die höchste Gesamtpunktzahl.

Die Angebote der ASt und des dritten Bieters unterscheiden sich lediglich im Preis (beide bieten die gleichen Geräte an). Bei beiden Angeboten wurden bei der technischen Auswertung seitens der VSt bei drei Ausschlusskriterien Widersprüche erkannt (Pos. 2.1.2.5 – Reinigung Spülmaschine / Drucklose Reinigung; Pos. 2.1.3.7 – Maskenkörper / Mindestens 2 Dichtkanten; Pos. 2.1.3.8 – Trageband / Maske hochknöpfbar). Ein Ausschluss der Angebote der ASt und des dritten Bieters erfolgte letztlich nicht.

Im Folgenden auszugsweise die Leistungsbeschreibung (Stand xx.xx.xxxx):

2.1.2.5	<b>Reinigung Spülmaschine</b> Die Geräte müssen in der Spülmaschine [REDACTED] gereinigt und desinfiziert werden können. Schriftliche Herstellerbescheinigung für Reinigung und Desinfektion in [REDACTED] Spülmaschine [REDACTED] Reinigung/Desinfektion <u>ohne</u> Mitteldruckanschluss und mit ausgebaute Membrane.	
	Das Dosierventil muss so aufgebaut sein, dass es bei ausgebaute Membrane, ohne Abschalten des Lungenautomaten und ohne anstehenden Mitteldruck geschlossen bleibt. Das Eindringen von Flüssigkeit in die Mitteldruckleitung darf nicht stattfinden. Das Gehäuseinnere muss vollständig desinfiziert werden können.	

2.1.3.4	<p><b>Vorrüstung Kommunikationseinrichtung</b></p> <p>Es muss eine Kommunikationseinrichtung angebracht werden können.</p> <p>Sollte dafür eine Vorrüstung benötigt werden, muss diese bei Auslieferung montiert sein.</p> <p>Der Atemanschluss muss sowohl mit als auch ohne Kommunikationseinrichtung betriebsbereit sein.</p> <p>Der Tausch der Kommunikationseinrichtung muss auch bei aufgesetzter Maske, angelegtem Helm und Feuerschutzhaube, sowie mit Handschuhen durchführbar sein. So kann sie schnell weitergegeben oder während der Anfahrt angelegt werden.</p> <p>Das Mikrofon muss an einem fixen Punkt befestigt sein. Ein loses Schwanenhalsmikrofon oder ähnliches wird nicht akzeptiert.</p> <p>Eine Kabelverbindung mit gängigen BOS-Handsprechfunkgeräten muss herstellbar sein.</p>	
2.1.3.7	<p><b>Maskenkörper</b></p> <p>Der Maskenkörper muss aus Sicherheitsgründen zwei Dichtkanten aufweisen um bei Undichtigkeiten einer Dichtkante bzw. Dichtlinie eine redundante Abdichtung sicher zu stellen. So verringert sich ebenfalls die Gefahr der Undichtigkeit bei ungünstigen Gesichtsformen.</p>	
2.1.3.8	<p><b>Trageband</b></p> <p>Um ein Eindringen von Schmutz oder Witterungsmedien wie Regen oder Schnee zu vermeiden bzw. zu minimieren muss die Maske ein Trageband mit Knopflasche aufweisen um bei nicht angelegtem Atemanschluss das Atemschutzgerät vor der Brust tragen zu können.</p>	
2.1.3.9	<p><b>Manipulationsschutz</b></p> <p>Alle sicherheitsrelevanten Anbauteile dürfen nicht unbeabsichtigt mit bloßer Hand zu öffnen bzw. zu entnehmen sein (Ausatemventil, Ventilkasten-Deckel, Sprechmembrane, Anschlussstück).</p>	
	<p>So kann eine unbeabsichtigte Manipulation, die zu folgenschweren Unfällen führen kann, sichergestellt werden.</p> <p>Alle funktionsrelevanten Bauteile dürfen ebenfalls nicht unbeabsichtigt mit bloßer Hand zu öffnen bzw. zu entnehmen sein.</p> <p>Die Fixierung des Ausatemventils im Ventilkasten muss zusätzlich formschlüssig mittels Federdruck ausgeführt sein. So wird eine unbeabsichtigte Demontage bzw. Herausfallen nach Entfernung des Ventilkastendeckels verhindert. Es soll die Möglichkeit bestehen den Ventilkastendeckel mittels einer lösbaren Verbindung zu verschließen, die nicht werkzeuglos zu öffnen ist.</p> <p>Die Entfernung des Anschlussstückes und der Sprechmembrane sollte möglichst Werkzeugarm erfolgen. Ein versehentliches Lösen der Bauteile durch Unachtsamkeit muss ausgeschlossen werden können.</p> <p>So können unbeabsichtigte Manipulationen oder Undichtigkeiten, die zu folgenschweren Unfällen führen kann, sichergestellt werden.</p>	

Im Folgenden auszugsweise die Bewertungsmatrix (Stand xx.xx.xxxx):

Nr.	Kurzbezeichnung	Bewertungsbeschreibung	Ausschlusskriterium	Wertungskriterium	Wertungsbereich
2.1.2.5	Reinigung Spülmaschine	Drucklose Reinigung und Desinfektion in Spülmaschine	X		Ausschluss
2.1.3.4	Kommunikationseinrichtung	Kommunikationseinrichtung muss angebracht werden können	X		Ausschluss
		Maske mit und ohne Komm-Einrichtung einsetzbar	X		Ausschluss
		Tausch bei aufgesetzter Maske, angelegtem Helm und Feuerschutzhaube, sowie mit Handschuhen durchführbar	X		Ausschluss
2.1.3.7	Maskenkörper	Mind. 2 Dichtkanten vorhanden	X		Ausschluss
2.1.3.8	Trageband	Maske hochknöpfbar	X		Ausschluss
2.1.3.9	Manipulationsschutz	Funktionsrelevante Teile unbeabsichtigt mit bloßer Hand demontierbar	X		Ausschluss

### 3.

Mit Bieterinformationsschreiben gem. § 134 GWB vom xx.xx.xxxx teilte die VSt der ASt mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der BGI am xx.xx.xxxx zu erteilen. Das Angebot der ASt sei nicht das wirtschaftlichste gewesen.

### 4.

Mit Schreiben vom xx.x.xxxx rügten die Bevollmächtigten der ASt Vergaberechtsverstöße gegenüber der VSt. Das von der BGI angebotene Produkt erfülle nicht die Anforderungen an die Vergabeunterlagen hinsichtlich Ziffer 2.1.1.7 (Lungenautomaten-Halter) und Ziffer 2.1.3.9 (Manipulationsschutz). Das Angebot der BGI sei daher auszuschließen.

### 5.

Mit Schreiben vom xx.x.xxxx teilte die VSt der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen werde. Es lägen weder rechtlich noch tatsächlich Vergaberechtsverstöße vor. Die ASt gehe von einem unrichtigen Sachverhalt aus. Die BGI habe ein anderes Gerät angeboten, welches die Anforderungen erfülle.

### 6.

Mit Schriftsatz vom 08.10.2021 beantragen die Bevollmächtigten der ASt:

1. ein Nachprüfungsverfahren gem. § 160 Abs. 1 GWB bezüglich des Vergabeverfahrens „Beschaffung von Atemschutzgeräten“ – (Vergabenummer: ..... ) Los 1 – EU-Bekanntmachung xxxx/S xxx-xxxxxx vom x.xx.xxxx der Antragsgegnerin einzuleiten;
2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist und geeignete Maßnahmen zu treffen, um

- eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen der Antragstellerin zu verhindern;
3. die Vergabeakte beizuziehen und der Antragstellerin unverzüglich nach § 165 Abs. 1 GWB Akteneinsicht zu gewähren;
  4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären;
  5. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß §§ 182 Abs. 4 GWB, 80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet. Das Angebot der BGI erfülle die Anforderungen gemäß den Vergabeunterlagen nicht und sei daher wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen zwingend gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Beim Angebot der BGI sei der Lungenautomatenhalter nicht ohne Zuhilfenahme eines 2,5mm-Innensechskantschlüssels demontierbar. Dies sei ein Verstoß gegen Ziffer 2.1.1.7 der Leistungsbeschreibung wonach der Lungenautomatenhalter ohne Werkzeug leicht demontierbar sein müsse.

Auch sei beim Angebot der BGI der Ventilkastendeckel standardmäßig ohne Werkzeug leicht zu öffnen. Dies sei ein Verstoß gegen Ziffer 2.1.3.9 der Leistungsbeschreibung, wonach die Möglichkeit bestehen solle, den Ventilkastendeckel mittels einer lösbaren Verbindung zu verschließen, die nicht werkzeuglos zu öffnen sei. Sofern von der Möglichkeit der Sicherung des Ventilkastendeckels mittels Schraube Gebrauch gemacht werde, würden jedoch die Anforderungen gemäß Ziffer 2.1.3.4 der Leistungsbeschreibung nicht erfüllt.

## 7.

Mit Schriftsatz vom 15.10.2021 erwiderten die Bevollmächtigten der VSt und beantragen,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die von der Antragstellerin beantragte Akteneinsicht wird versagt.
3. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

4. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin auferlegt.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Das Angebot der BGI erfülle die Anforderungen der Vergabeunterlagen. Ein Angebotsausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV komme nicht in Betracht. Eine Änderung der Vergabeunterlagen sei durch die BGI nicht vorgenommen worden, vielmehr seien die Mutmaßungen der ASt hinsichtlich des angebotenen Produkts unzutreffend.

Der von der BGI angebotene Lungenautomatenhalter sei ohne Werkzeug leicht demontierbar. Dieser sei nicht mit einer Schraube an der Bebänderung befestigt, sondern werde mittels zweier Kunststoffösen fixiert.

Bei der von der BGI angebotenen Atemschutzmaske werde der Ventilkastendeckel nicht mit einer Schraube fixiert, sondern als selbstarretierende Steckverbindung, die mechanisch gelöst werden kann. Die Kommunikationseinrichtung könne dadurch angebracht werden, dass der Ventilkastendeckel manuell entfernt und das Kommunikationsmodul, welches wiederum den Ventilkastendeckel enthält, aufgesteckt werde. Eine versehentliche Manipulation des Ventildeckels sei dadurch ausgeschlossen, dass die Arretierung des Ventilkastendeckels zunächst mechanisch-manuell gelöst werden müsse. Daher werde der Atemventildeckel vor unbeabsichtigten Manipulationen geschützt und gleichzeitig könne das Sprechgeschirr für den (Einsatzstellen-) Funk angebracht und durch den Anwender auch bei angelegter Schutzausrüstung getauscht werden.

## **8.**

Am 19.10.2021 wurde die ..... aus ..... zum Verfahren beigeladen.

## **9.**

Mit Schriftsatz vom 28.10.2021 teilten die Bevollmächtigten der BGI mit, dass die Ausführungen der VSt vollständig zutreffen würden und die BGI sich diesen anschließe.

## **10.**

Mit Schriftsatz vom 02.11.2021 wiederholten die Bevollmächtigten der ASt, dass das Angebot der BGI weiterhin die Anforderungen nicht erfülle und zwingend gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen sei.

Dass die BGI die Atemschutzmaske in einer anderen Variante anbiete, würde an dem fehlenden Manipulationsschutz des Ventilkastendeckels nichts ändern. Würde das von der BGI angebotene Produkt ohne Kommunikationseinrichtung verwendet, sei statt der Kommunikationseinrichtung ein Ventilkastendeckel aufzusetzen, der lediglich mittels selbstarretierender Steckvorrichtung befestigt werde. Eine in der Leistungsbeschreibung geforderte Möglichkeit, den Ventilkastendeckel mittels einer lösbaren Verbindung zu verschließen, die nicht werkzeuglos zu öffnen sei, bestehe nicht. Eine unbeabsichtigte Manipulation des Ventilkastendeckels im Einsatz bleibe damit möglich.

Zwar sei die Durchführbarkeit des Tauschs der Kommunikationseinrichtung bei dem angebotenen Produkt nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Ventilkastendeckel mit einer Schraube befestigt ist, jedoch sei der Tausch der Kommunikationseinrichtung mit angelegter Schutzausrüstung aus anderen Gründen nicht möglich. Die Kommunikationseinrichtung werde auf beiden Seiten der Maske mit Befestigungshaken gehalten. Diese Haken würden auf der Innenseite der Kommunikationseinrichtung liegen und seien klein gestaltet. Ein Tausch der Kommunikationseinrichtung bei angelegter Schutzausrüstung und insbesondere mit Handschuhen sei aufgrund des Sitzes und der kleinen Größe der Halterungen faktisch ausgeschlossen.

Darüber hinaus sei das Anschlussstück für den Pressluftatmer während des Abnehmens der Kommunikationseinrichtung geöffnet. Es bestehe daher eine erhöhte Gefahr, dass bei einer Weitergabe der Kommunikationseinrichtung im Einsatz giftige Stoffe durch das geöffnete Anschlussstück eingeatmet werden.

#### **11.**

Am 05.11.2021 erhielten die ASt und die BGI Akteneinsicht.

#### **12.**

Die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 GWB wurde am 05.11.2021 bis einschließlich 21.12.2021 verlängert.

#### **13.**

Mit Schriftsatz vom 10.11.2021 trugen die Bevollmächtigten der BGI vor, dass nicht das Angebot der BGI, sondern vielmehr das Angebot der ASt auszuschließen sei.

Ein unbeabsichtigtes Lösen des Ventilkastendeckels sei bei dem von der BGI angebotenen Gerät ausgeschlossen, da dieses eine beidseitige Verriegelung vorsehe und zum Lösen

beide Verriegelungen gelöst werden müssten, was nur absichtlich, nicht aber unabsichtlich gehe. In der Bewertungsmatrix werde ausdrücklich nur das „unbeabsichtigte“ Demontieren als Ausschlusskriterium angegeben. Ein solcher Ausschlussgrund liege nicht vor. Das gelte unabhängig davon, ob die Maske mit oder ohne Kommunikationseinrichtung eingesetzt werde.

In der Leistungsbeschreibung unter Ziffer 2.1.3.4 sei nicht gefordert, dass die Kommunikationseinrichtung „im Einsatz“ mit Schutzausrüstung abgenommen und an eine andere Einsatzkraft übergeben werden kann. Dies auch zu Recht, da eine Kommunikationseinrichtung als Teil der Personenschutz-ausrüstung im Einsatz nie von mehreren Einsatzkräften genutzt und deshalb auch nicht von einer Einsatzkraft an eine andere übergeben werde. Um mögliche Kontaminationsübertragungen auszuschließen, würden alle Bestandteile einer Personenschutz-ausrüstung in einem Einsatz nie getauscht.

Das Angebot der ASt sei nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zwingend auszuschließen, weil es die Ausschlusskriterien 2.1.2.5, 2.1.3.7 und 2.1.3.8 nicht erfülle:

Das Ausschlusskriterium der Position Ziffer 2.1.2.5 laute „Drucklose Reinigung und Desinfektion in Spülmaschine“. Der Lungenautomat der ASt erfülle diese Anforderung nicht. Die Reinigungsanleitung laute „Beim Reinigen und Desinfizieren mit Wasser und empfohlenen Reinigungsmittellösungen müssen der Druckminderer und der Lungenautomat unter Druck stehen“ und „Der Druckminderer muss unter Druck stehen, wenn dieser in Wasser eingetaucht wird“.

Das Ausschlusskriterium der Position 2.1.3.7 laute „Mind. 2 Dichtkanten vorhanden“. Die Maske der ASt erfülle diese Anforderung nicht, da diese keine 2 Dichtkanten, sondern nur eine Dichtfläche aufweise und somit flächig aufliege.

Das Ausschlusskriterium der Position 2.1.3.8 laute „Maske hochknöpfbar“. Die Maske der ASt erfülle diese Anforderung nicht, da diese nur auf Bauchhöhe aber nicht auf Brusthöhe getragen werden könne.

Der ASt fehle es zudem an der Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB, da sie lediglich an 3. Stelle liege und sie damit nicht einmal bei Ausschluss des Angebots der BGI zum Zuge kommen könnte.

Mit Schriftsatz vom 10.11.2021 führten die Bevollmächtigten der VSt aus, dass die ASt wesentliche Anforderungen der Beschaffung in ihrem funktionalen Kontext nicht verstanden habe. Es gehe bei der Anforderung des Manipulationsschutzes nicht darum, eine unsachgemäße Handhabung – etwa durch „Herumprobieren“ – zu erschweren, sondern vielmehr darum, dass schützende Bauteile wie der Ventilkastendeckel nicht durch unbeabsichtigte Einwirkungen – etwa Anstoßen, Hängenbleiben, Herunterfallen o.ä. – gelöst werden können. Diese Anforderung werde durch das von der BGI angebotene Produkt erfüllt. Ob der Manipulationsschutz durch eine mit Werkzeug zu betätigende Vorrichtung oder auf andere Weise – etwa durch einrastende Verbindungen – sichergestellt werde, sei zweitrangig. Der Manipulationsschutz als solcher stelle ein Ausschlusskriterium dar, nicht aber die Frage wie dieser technisch erreicht werde. Dementsprechend habe die VSt Detailvorgaben, wie den von der ASt angesprochenen „nicht werkzeuglos“ zu öffnenden Verschluss, an dieser Stelle bewusst als Soll-Bestimmung – und nicht, wie an anderer Stelle (unter Ziffer 2.1.3.4) als Muss-Bestimmung – ausgestaltet.

## 15.

Mit Schriftsatz vom 19.11.2021 vertieften die Bevollmächtigten der ASt ihre Ausführungen bezüglich des Ausschlusses des Angebots der BGI und lehnten gleichzeitig einen Ausschluss des Angebotes der ASt ab.

In Verbindung mit der Formulierung, dass es sich bei dem Verschluss um einen solchen handeln solle, der mittels einer lösbaren Verbindung verschlossen werde und nicht werkzeuglos geöffnet werden kann, sei die Leistungsbeschreibung klar so zu verstehen, dass eine bloß selbstarretierende Steckverbindung nicht ausreiche. Ausweislich der Leistungsbeschreibung sei ein Manipulationsschutz gefordert worden, der nicht durch unbeabsichtigte Berührungen oder ausgeübten Druck mit der Hand, etwa beim Justieren, Andrücken oder Verrücken der Maske oder weiterer Ausstattung im Kopfbereich, überwunden werden kann. Bei dem angebotenen Produkt der BGI sei dies jedoch ohne weiteres möglich. Die Ausführungen der BGI würden hingegen einseitig auf das Wort „unbeabsichtigt“ abstellen. Ein Schutz vor dem unbeabsichtigten Demontieren gerade mit bloßer Hand bleibe dabei außer Acht.

Die VSt habe in ihren Vergabeunterlagen zwar keine weiteren Angaben dazu gemacht, in welcher konkreten Situation ein schnelles Weitergeben benötigt werde. Allerdings spreche die als Ausschluss markierte Notwendigkeit eines Tauschs bei vollständig angelegter Schutzausrüstung einschließlich Schutzhandschuhe dafür, dass ein Tausch auch während des Einsatzes unkompliziert, zügig und sicher durchzuführen sein soll. Mithin sei davon auszugehen,

dass das in der Leistungsbeschreibung geforderte schnelle Weitergeben in allen Phasen eines Einsatzes und dessen Vorbereitung gefahrenlos möglich sein muss. Dies sei für die Kommunikationseinrichtung der BGI jedoch zu keinem Zeitpunkt im Einsatz erfüllt, wenn diese – anders als beim Produkt der ASt – nicht ohne vorherige Reinigung und Desinfektion weitergegeben werden kann.

Das Kriterium „Tausch während der Anfahrt“ sei so zu verstehen, dass eine Einsatzkraft die eigene Kommunikationseinrichtung selbst an- und ablegen sowie weitergeben können muss, denn in vielen Einsatzfahrzeugen würden sich die Einsatzkräfte nicht gegenüber sitzen oder seien zumindest angeschnallt und würden nicht über die notwendige Bewegungsfreiheit verfügen, um einer anderen Person die Kommunikationseinrichtung an- oder abzulegen. Im bereitgestellten Video der VSt sei erkennbar, dass eine zweite Person erhebliche Kraft aufwenden muss und die Kommunikationseinrichtung nur anzulegen sei, wenn die anlegende Person die Fixpunkte sehen kann. Beim angebotenen Produkt der BGI sei somit ein eigenhändiges An- und Ablegen der Kommunikationseinrichtung mit angelegter Schutzausrüstung nicht möglich.

Das Angebot der ASt sei hingegen nicht auszuschließen:

Die ASt habe ihrem Angebot ein Schreiben beigelegt, in dem sie bestätigt, dass ihre Geräte drucklos in der Spülmaschine des genannten Typs gereinigt werden können. Daran vermag der Umstand, dass die Reinigungs- und Gebrauchsanleitung einen noch höheren Standart empfehlen, nichts ändern.

Die durch die ASt angebotene Vollmaske verfüge über eine breite Dichtlippe mit einer Innendichtkante und einer Außendichtkante, also insgesamt zwei Dichtkanten.

In der Leistungsbeschreibung unter Ziffer 2.1.3.8 werde gefordert, dass das Atemschutzgerät vor der Brust getragen werden kann. Ein Tragen der Maske vor der Brust werde gerade nicht gefordert. In Abweichung von der Leistungsbeschreibung werde in der Bewertungsmatrix gefordert, dass die Maske hochknöpfbar sei. Ungeachtet dieses Fehlers in den Vergabeunterlagen könne das Produkt der ASt mit Nackentrageband aus Gummi in der Länge verstellt werden. Dabei lasse sich die Maske mit der Innenseite zur Brust geneigt und vor äußeren Einwirkungen geschützt tragen.

Die ASt sei antragsbefugt. Die BGI erfülle mindestens zwei Ausschlusskriterien nicht. Nach dem Vortrag der BGI sei auch die ASt (und damit auch der dritte Bieter) auszuschließen. In

einem solchen Fall habe die ASt bei fortbestehendem Beschaffungsinteresse in einem neuen Vergabeverfahren eine neue Chance zur Angebotsabgabe. Ferner sei die Frage eines zwingenden Ausschlussgrundes erst in der Begründetheit zu thematisieren.

## 16.

Mit Schriftsatz vom 26.11.2021 erwiderten die Bevollmächtigten der BGI.

Das wesentliche Merkmal des Manipulationsschutzes sei, dass sicherheitsrelevante Anbauteile nicht unbeabsichtigt mit bloßer Hand zu öffnen oder zu entnehmen seien. Im Umkehrschluss bedeute dies, dass ein beabsichtigtes Öffnen, auch mit bloßer Hand, nicht Gegenstand des geforderten Manipulationsschutzes sei. Das Merkmal der unbeabsichtigten Manipulation sei auch das zentrale Element zur Erläuterung des verfolgten Schutzzweckes: „So kann eine unbeabsichtigte Manipulation, die zu folgenschweren Unfällen führen kann, sichergestellt werden“.

Der Atemschutz bestehe auch beim System der BGI uneingeschränkt und durchgängig auch bei abgenommenen Ventilkastendeckel fort.

Jedem fachkundigen und verständigen Anbieter der ausgeschriebenen Leistungen sei bekannt, dass ein Umbau einer Kommunikationseinrichtung von einer Maske auf eine andere Maske während eines Einsatzes kein realistisches Einsatzszenario sei. Nach den Grundsätzen der Einsatzhygiene sei die Weitergabe jedes (zumindest potentiell) kontaminierten Systembestandteils zu vermeiden. Eine Auslegung, wie von der ASt vorgenommen, scheidet daher objektiv aus.

In Ziffer 2.1.3.4 der Leistungsbeschreibung sei nicht gefordert, dass alle für die nachträgliche Bestückung eines Atemanschlusses mit einer Kommunikationseinrichtung erforderlichen Maßnahmen im Einsatz alleine und ohne jeden Kraftaufwand durchgeführt werden können. Entgegen der Darstellung der ASt sei in Einsatzfahrzeugen eine gegenüberliegende Sitzanordnung und keine Reihenbesetzung üblich, wobei auch bei einer Reihenbesetzung ein Anlegen von Schutzausrüstung möglich wäre. Außerdem werde bei der Nachrüstung von Kommunikationsausrüstung an Masken bei der Anfahrt nicht eine Kommunikationsausrüstung von der einen bereits getragenen Maske abgenommen und auf eine andere bereits getragene Maske angelegt, sondern vielmehr würden hierfür in den Einsatzfahrzeugen mitgeführte, noch nicht angelegte Kommunikationsausrüstungen verwendet.

Der Nachprüfungsantrag sei mangels Rechtsverletzung der ASt unbegründet. Das Angebot der ASt käme selbst dann nicht für den Zuschlag in Betracht, wenn das Angebot der BGI

auszuschließen wäre, weil das Angebot der ASt auch dann nicht an erster Stelle läge. Damit stehe fest, dass die von der ASt beanstandete Zuschlagserteilung an die BGI ohne Einfluss auf die Aussicht der ASt sei, den Auftrag zu erlangen.

**17.**

Mit Schriftsatz vom 29.11.2021 erwiderten die Bevollmächtigten der VSt.

Bezüglich des Manipulationsschutzes würden sowohl die Leistungsbeschreibung als auch kongruent hierzu die Bewertungsmatrix stringent das Merkmal „unbeabsichtigt“ herausstellen. Beim auszuschließenden Vorgang müssten die Merkmale unbeabsichtigt (1) und mit bloßer Hand (2) kumulativ erfüllt sein.

Ziffer 2.1.3.4 der Leistungsbeschreibung beschreibe eindeutig die Anforderungen. Der Folgesatz sei lediglich ein erklärender Zusatz, der allenfalls einen Hinweis auf mögliche Erwägungen des Auftraggebers im Hintergrund ergebe. Erkennbar sei dieser Hinweis so formuliert, dass er keine hinausgehenden Funktionsanforderungen aufstelle. Dementsprechend gebe es auch das Kriterium „Tausch während der Anfahrt“ nicht.

Die Ausführungen der ASt würden im Widerspruch zu den von ihr im Rahmen des Angebots vorgelegten Unterlagen stehen. Die relevante Gebrauchsanweisung stelle folgende verbindliche Anforderung auf: „Die Lungenautomaten müssen während des Waschvorgangs immer mit Druckluft (Atemluftqualität) versorgt sein. Druckbereich 3 bis 8 bar“. Diese eindeutige Formulierung unter der Verwendung „müssen“ und „immer“ würden keinen Spielraum für eine bloße Empfehlung lassen. Diese Versorgung mit Druckluft sei aber in der vorgegebenen Spülmaschine nicht möglich.

Der von der ASt angebotenen Maskenkörper weise keine zwei Dichtkanten im Sinne der Leistungsbeschreibung (2.1.3.7) auf. Der Maskenkörper verfüge lediglich über eine breite Dichtlippe. Daraus konstruiere die ASt das Vorhandensein von zwei Kanten. Das Produkt verfüge nicht über eine zweite Dichtkante im Sinne einer Innendichtkante. Werde diese einzig vorhandene Dichtlinie gestört, komme es unmittelbar zur Undichtigkeit, die nicht durch eine redundante Vorrichtung kompensiert werden könne. Damit sei die Anforderung „redundante Abdichtung“ „bei Undichtigkeit einer Dichtkante“ nicht erfüllt.

Auch bestehe keine Hochknöpf-Möglichkeit der Maske vor der Brust.

**18.**

In der mündlichen Verhandlung vom 01.12.2021 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern.

Die ASt verweist auf ihre Anträge im Nachprüfungsantrag vom 08.10.2021.

Die VSt verweist auf ihren Schriftsatz vom 15.10.2021.

Die BGI stellt einen Antrag auf Rückweisung der Anträge der ASt.

Der ASt wurde auf ihren Antrag hin eine Stellungnahmefrist bis 03.12.2021 gewährt.

## 19.

Mit Schriftsatz vom 03.12.2021 erwiderten die Bevollmächtigten der ASt.

Bereits die Wahl des Begriffs Manipulationsschutz mache deutlich, dass gerade ein Schutz vor unsachgemäßer Handhabung etwa durch Herumprobieren gefordert sei. Eine Manipulation setze dennotwendigerweise ein bewusstes Handeln voraus und sei auch dann gegeben, wenn beispielsweise nur beabsichtigt sei, den korrekten Sitz des Ventilkastendeckels zu prüfen, ohne ihn entfernen zu wollen. Gleiches ergebe sich aus dem gewählten Begriff der Demontierbarkeit, welcher in der Bewertungsmatrix verwendet werde. Soweit eine Handlung nämlich gänzlich unbewusst erfolge (z.B. bei einem Anstoßen, Hängenbleiben, versehentlichen Berühren) seien die Begrifflichkeiten „Manipulation“ oder „Demontage“ unzutreffend. Angesichts der getroffenen Wortwahl sei davon auszugehen gewesen, dass gerade auch eine Öffnung mit bloßer Hand ausgeschlossen werden sollte. Die nunmehr vertretene Auffassung der VSt sei nicht durch den Wortlaut gedeckt und lege insoweit zumindest eine Intransparenz der Leistungsbeschreibung nahe.

Unter Heranziehung der beiden Anwendungsfälle und „erklärenden Zusätze“ werde deutlich, dass mit dem Kriterium in Nr. 2.1.3.4 ein zügiges und kompliziertes An- und Ablegen der Kommunikationseinrichtung in verschiedenen – in allen – Einsatzsituationen gemeint sei. Ungeachtet der in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Anforderungen solle es jetzt für die Konformität des Produktes nur noch darauf ankommen, ob überhaupt zu irgendeinem Zeitpunkt ein Tausch der Kommunikationseinrichtung durch weitere Personen möglich sei. Wie unkompliziert und schnell der Tausch erfolgen könne, ob er eigenhändig erfolgen könne und ob er während des gesamten Einsatzes möglich sei, solle nun gänzlich irrelevant sein, obgleich die VSt selbst u.a. den Anwendungsfall eines Anlegens während der Anfahrt in der Leistungsbeschreibung aufgenommen habe. Diejenigen Bieter, die ein schnell und eigenhändig tauschbares Produkt anbieten, würden durch eine solch einseitige und nachträgliche

Auslegung benachteiligt werden. Die VSt überschreite hierbei den ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum, weil sie sich nicht an den von ihr selbst aufgestellten Bewertungsmaßstab halte.

Die ASt sei weiterhin antragsbefugt. Streitpunkte wie ein Ausschluss der ASt seien wegen einer ansonsten unzulässigen Verkürzung des Bieterschutzes Gegenstand der Begründetheit.

Eine subjektive Rechtsverletzung der ASt komme durchaus in Betracht. Da hinsichtlich des Angebots des zweitplatzierten Bieters keine Informationen ergangen seien, könne von den weiteren am Vergabeverfahren beteiligten Bieter jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass das derzeit zweitplatzierte Angebot letztlich auch auszuschließen sei. Bei korrekter Anwendung der in der Bewertungsmatrix und in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Kriterien, wäre das Angebot der BGI auszuschließen gewesen und die ASt hätte bessere Aussichten auf die Erteilung des Zuschlags gehabt. Der Nachprüfungsantrag sei daher begründet.

## **20.**

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf die im Nachprüfungsverfahren gewechselten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer, das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, Bezug genommen.

### **Begründung:**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

#### **1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

#### **a)**

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfungsverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 S. 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

#### **b)**

Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

**c)**

Bei den ausgeschriebenen Lieferleistungen handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 2 GWB.

**d)**

Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

**e)**

Die ASt ist antragsbefugt. Antragsbefugt ist nach § 160 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, eine Verletzung in eigenen, bieterschützenden Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend macht und einen dadurch entstandenen oder drohenden Schaden darlegt. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes, der durch das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren sichergestellt werden soll, kann die Antragsbefugnis allerdings nur dem Antragsteller abgesprochen werden, bei dem eine Rechtsbeeinträchtigung offensichtlich nicht gegeben ist. Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist insoweit die schlüssige Behauptung der Rechtsverletzung erforderlich, aber regelmäßig auch ausreichend (BGH, B.v. 26.09.2006 – X ZB 14/06). Die ASt 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 den Nicht-Ausschluss des Angebots der BGI gegeben sein könnte. Ob der Rechtsverstoß tatsächlich vorliegt, ist eine Frage der Begründetheit.

**f)**

Die ASt hat die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die BGI bzw. den Nicht-Ausschluss deren Angebots vom Vergabeverfahren nach Erhalt der Information gemäß § 134 GWB am 29.09.2021 mit Schreiben vom 05.10.2021 rechtzeitig gerügt, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB.

**g)**

Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 08.10.2021 war die 15-Tagesfrist gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom 06.10.2021 zur Verfügung stand.

**h)**

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 S. 1 GWB.

## 2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Angebots der BGI vom Vergabeverfahren gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV liegen nicht vor. Die VSt hat das Angebot der BGI zu Recht nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV werden Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind, von der Wertung ausgeschlossen.

Grundsätzlich liegt eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der öffentliche Auftraggeber nachgefragt hat, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 22.03.2017, Verg 54/16). Ob eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot im Einzelfall vorliegt, ist anhand einer Auslegung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont festzustellen. Maßgeblich ist hinsichtlich der Vergabeunterlagen der Empfängerhorizont der potentiellen Bieter (vgl. BGH, B.v. 15.01.2013, X ZR 155/10). Für die Auslegung von Vergabeunterlagen ist auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters abzustellen, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist. Maßgeblich ist nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters, sondern wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung und Vergabeunterlagen versteht (vgl. OLG Karlsruhe, B.v. 29.04.2016 – 15 Verg 1/16). Hinsichtlich des Angebots des Bieters ist Maßstab der Auslegung, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage die Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte, wobei es keinen Erfahrungssatz gibt, dass der Bieter stets das vom Ausschreibenden Nachgefragte anbieten will, auch wenn ihm redliche und interessensgerechte Absichten zu unterstellen sind (OLG Düsseldorf, B.v. 22.03.2017, Verg 54/17).

Die ASt vertritt die Auffassung, dass das Angebot der BGI die Anforderungen in den Punkten „Tausch der Kommunikationsrichtung“ (Nr. 2.1.3.4 der Leistungsbeschreibung) und „Manipulationsschutz“ (Nr. 2.1.3.9 der Leistungsbeschreibung) nicht erfülle und daher zwingend vom Vergabeverfahren gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen sei.

Entgegen der Auffassung der ASt sind vorliegend die Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV jedoch nicht gegeben.

**a)**

Der in der Leistungsbeschreibung und Bewertungsmatrix unter Nr. 2.1.3.9 geforderte Manipulationsschutz wird durch das angebotene Produkt der BGI erfüllt.

**aa)**

Die Bewertungsmatrix enthält für Nr. 2.1.3.9 („Manipulationsschutz“) folgende Beschreibung: „Funktionsrelevante Teile unbeabsichtigt mit bloßer Hand Demontierbar“.

Die Leistungsbeschreibung enthält für Nr. 2.1.3.9 („Manipulationsschutz“) folgende Erläuterung: „Alle sicherheitsrelevanten Anbauteile dürfen nicht unbeabsichtigt mit bloßer Hand zu öffnen bzw. zu entnehmen sein (Ausatemventil, Ventilkasten-Deckel, Sprechmembrane, Anschlussstück). So kann eine unbeabsichtigte Manipulation, die zu folgenschweren Unfällen führen kann, sichergestellt werden.“ „Alle funktionsrelevanten Bauteile dürfen ebenfalls nicht unbeabsichtigt mit bloßer Hand zu öffnen sein bzw. zu entnehmen sein. (...) Es soll die Möglichkeit bestehen den Ventilkastendeckel mittels einer lösbaren Verbindung zu verschließen, die nicht werkzeuglos zu öffnen ist. (...) So können unbeabsichtigte Manipulationen oder Undichtigkeiten, die zu folgenschweren Unfällen führen kann, sichergestellt werden“.

**bb)**

Die ASt vertritt die Auffassung, dass der verständige Leser der Leistungsbeschreibung davon ausgehen musste, dass es der VSt gerade auf einen Manipulationsschutz ankommt, der Manipulationen mit bloßer Hand ausschliesse. Die Wahl des Begriffs „Manipulationsschutz“ mache deutlich, dass ein Schutz vor unsachgemäßer Handhabung gefordert sei. Manipulation setze denklogisch ein bewusstes Handeln voraus. Soweit eine Handlung unbewusst erfolge, seien die Begrifflichkeiten „Manipulation“ und „Demontage“ unzutreffend. Angesichts der getroffenen Wortwahl sei davon auszugehen gewesen, dass gerade auch eine Öffnung mit bloßer Hand ausgeschlossen werden sollte.

**cc)**

Das von der ASt vertretene Verständnis lässt sich jedoch nicht dem Wortlaut und der Systematik der Leistungsbeschreibung und der Bewertungsmatrix - bei der notwendigen normativen Betrachtung - entnehmen.

Unter Anwendung der oben dargestellten Auslegungsmaßstäbe kommt die Vergabekammer zu dem Ergebnis, dass die Vergabeunterlagen in Nr. 2.1.3.9 einen Manipulationsschutz fordern, der vor einem unbeabsichtigten Öffnen (bzw. Entnehmen) mit der bloßen Hand schützen soll. Ein Schutz auch vor bewussten Handlungen oder jeglichem Öffnen mit bloßer Hand wird hingegen nicht gefordert.

Diese Auslegung findet ihre Stütze im Wortlaut der Vergabeunterlagen. Aus der maßgeblichen Sicht verständiger potentieller Bieter ist klar erkennbar, dass das Merkmal „unbeabsichtigt“ das zentrale Element darstellt, da dieses in der Bewertungsmatrix und in der Leistungsbeschreibung mehrfach und am häufigsten genannt wird.

Dem Wortlaut ist ein Schutz auch vor bewussten Handlungen hingegen nicht zu entnehmen. Entgegen der Auffassung der ASt setzen die verwendeten Begriffe Manipulation und Demontage nicht denklogisch ein bewusstes Handeln voraus. Laut Duden besitzt der Begriff „Manipulation“ vielmehr die Bedeutung von „Handhabung“ oder „Hantieren“ und der Begriff „Demontage“ die Bedeutung von „Zerlegen“. Die Begriffe Handhabung, Hantieren und Zerlegen setzen aber gerade kein bewusstes Handeln voraus, sondern können auch unbeabsichtigtes / unbewusstes Agieren umfassen. Überdies wäre sonst die Leistungsbeschreibung in sich widersprüchlich, wenn von „unbeabsichtigten Manipulationen“ die Rede ist. In der Bewertungsmatrix wird auch nur das Merkmal „unbeabsichtigt“ genannt.

Entgegen der Auffassung der ASt wird durch die Leistungsbeschreibung auch nicht jegliches Öffnen mit bloßer Hand ausgeschlossen, sondern nur ein unbeabsichtigtes Öffnen (bzw. Entnehmen) mit bloßer Hand. Wie von der VSt zutreffend ausgeführt, soll nur ein schadhafter Vorgang ausgeschlossen werden, der die beiden Merkmale „unbeabsichtigt“ und „mit bloßer Hand“ kumulativ erfüllt. Eine derartige Auslegung des Wortlauts „(...) dürfen nicht unbeabsichtigt mit bloßer Hand zu öffnen bzw. zu entnehmen sein“ entspricht auch der Sicht verständiger potentieller Bieter, insbesondere da beide Merkmale gemeinsam genannt werden. Die von der ASt hierfür zur Begründung herangezogene Formulierung in der Leistungsbeschreibung „Es soll die Möglichkeit bestehen den Ventilkastendeckel mittels einer lösbaren Verbindung zu verschließen, die nicht werkzeuglos zu öffnen ist“ steht von der Systematik der Beschreibung bereits nicht in direkten Zusammenhang zu den Merkmalen „unbeabsichtigt mit bloßer Hand“ und stellt darüber hinaus ausdrücklich nur eine Soll-Vorschrift und gerade keine Muss-Vorschrift dar. Eine derartige Vorgabe wird auch nicht in der Bewertungsmatrix gefordert.

Im Übrigen enthalten die Vergabeunterlagen in Nr. 2.1.3.9 keine weiteren Vorgaben zum Manipulationsschutz, insbesondere nicht zur Qualität des verwendeten Materials. Ob die bloße Behauptung der ASt, der selbstarretierende Verschluss aus Kunststoff beim Produkt der BGI leiere auf Dauer aus und schließe dann nicht mehr sicher, zutreffend ist, kann daher vorliegend dahinstehen.

**dd)**

Die BGI genügt mit ihrem angebotenen Produkt den Anforderungen an den Manipulationsschutz und ist nicht von den Vorgaben der Vergabeunterlagen in Nr. 2.1.3.9 abgewichen.

Wie bereits oben festgestellt, wird ein Manipulationsschutz gefordert, der ein unbeabsichtigtes Öffnen (bzw. Entnehmen) mit bloßer Hand verhindern soll.

In der mündlichen Verhandlung hat sich die Vergabekammer die Funktionsweise der Atemschutzmaske der BGI durch Vertreter der VSt vorführen lassen und festgestellt, dass zum Abnehmen des festsitzenden Ventilkastendeckels dieser mit zwei Händen an beiden Seiten entriegelt werden muss. Ein Vertreter der ASt führte ebenfalls beide Hände an den Ventilkastendeckel und zog diesen anschließend mit Schnelligkeit und Kraft von der Atemschutzmaske.

Die mündliche Verhandlung hat gezeigt, dass der Ventilkastendeckel festsitzt und für dessen Abnehmen mit zwei Händen an beiden Seiten unter Kraftaufwendung entriegelt werden muss. Die Entriegelung nur an einer Seite genügt noch nicht für ein Abnehmen.

Aufgrund der Feststellungen in der mündlichen Verhandlung kommt die Vergabekammer zu dem Ergebnis, dass die Anforderungen an den Manipulationsschutz durch das angebotene Produkt der BGI erfüllt werden. Ein unbeabsichtigtes Öffnen mit bloßer Hand wird durch das Erfordernis der Entriegelung mit zwei Händen jedenfalls verhindert.

**b)**

Die in der Leistungsbeschreibung und Bewertungsmatrix unter Nr. 2.1.3.4 („Vorrüstung Kommunikationseinrichtung“) gestellten Anforderungen werden durch das angebotene Produkt der BGI ebenfalls erfüllt.

**aa)**

Die Bewertungsmatrix enthält für Nr. 2.1.3.4 („Kommunikationseinrichtung“) folgende streitgegenständliche Beschreibung: „Tausch bei aufgesetzter Maske, angelegtem Helm und Feuerschutzhaube, sowie mit Handschuhen durchführbar“.

Die Leistungsbeschreibung enthält für Nr. 2.1.3.4 u.a. folgende streitgegenständliche Beschreibung: „Der Tausch der Kommunikationseinrichtung muss auch bei aufgesetzter Maske, angelegtem Helm und Feuerschutzhaube, sowie mit Handschuhen durchführbar sein. So kann sie schnell weitergegeben oder während der Anfahrt angelegt werden“.

**bb)**

Die ASt vertritt die Auffassung, dass bei dem Punkt „Tausch“ in Nr. 2.1.3.4 ein eigenhändiges, zügiges und unkompliziertes An- und Ablegen der Kommunikationseinrichtung in allen Einsatzsituationen gemeint sei. Die in der Leistungsbeschreibung genannten Anwendungsfälle „schnelles Weitergeben“ und „während der Anfahrt“ seien beim Produkt der BGI nicht erfüllt, da bei diesem ein Tausch während der Fahrt zum Einsatzort und ein Tausch ohne Hilfe einer zweiten Person ausgeschlossen sei.

**cc)**

Unter Anwendung der oben dargestellten Auslegungsmaßstäbe kommt die Vergabekammer jedoch zu einem anderen Ergebnis.

Nach Wortlaut und Systematik der Vergabeunterlagen wird in Nr. 2.1.3.4 vielmehr nur gefordert, dass die Kommunikationseinrichtung bei angelegter Schutzausrüstung austauschbar sein muss.

Die Leistungsbeschreibung bestimmt durch die Formulierung „Der Tausch der Kommunikationseinrichtung muss auch bei aufgesetzter Maske, angelegtem Helm und Feuerschutzhaube, sowie mit Handschuhen durchführbar sein“ die Mindestanforderung an das Produkt der Bieter. Dass es sich hierbei um eine zwingend einzuhaltende Mindestanforderung handelt, ergibt sich aus der maßgeblichen Sicht verständiger potentieller Bieter durch die Verwendung des Wortes „muss“. Weitere Mindestanforderungen werden in der Leistungsbeschreibung nicht gestellt. Hierfür spricht ferner, dass auch die Bewertungsmatrix kongruent hierzu lediglich „Tausch bei aufgesetzter Maske, angelegtem Helm und Feuerschutzhaube, sowie mit Handschuhen durchführbar“ als Ausschlusskriterium benennt.

Weder in der Leistungsbeschreibung noch in der Bewertungsmatrix findet sich in Nr. 2.1.3.4 ein Beleg dafür, dass der Tausch unkompliziert und schnell, eigenhändig sowie während des gesamten Einsatzes möglich sein muss. Soweit die ASt dies aus der Formulierung des Folgesatzes in der Leistungsbeschreibung „So kann sie schnell weitergegeben oder während der Anfahrt angelegt werden“ herzuleiten versucht, kann dem nicht gefolgt werden. Dieser von der ASt zur Begründung herangezogene Satz stellt keine über die vorgenannten Mindestanforderungen hinausgehenden Funktionsanforderungen. Entscheidend ist, dass es sich hierbei klar erkennbar („kann“) um kein „Muss“-Kriterium handelt. Überdies wird der Inhalt des Folgesatzes auch nicht in der Bewertungsmatrix als Ausschlusskriterium genannt, was die Ablehnung als Mindestanforderung zusätzlich bestärkt. Der Folgesatz in der Leistungsbeschreibung befasst sich allenfalls mit allgemeinen Anwendungsbeispielen, die aufgrund ihrer pauschalen Formulierung auch keine weiteren konkreten Angaben etwa zur Verwendungssituation beinhalten. Daraus kann jedenfalls nicht geschlossen werden, dass die Leistungsbeschreibung zwingend verlangt, dass der Tausch unkompliziert und schnell, eigenhändig sowie während des gesamten Einsatzes möglich sein muss.

Unabhängig davon lässt sich aus der Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist, dem Folgesatz eine Auslegung im Sinne der ASt - insbesondere das vermeintliche Erfordernis der „Eigenhändigkeit“ des Tausches - nicht entnehmen. So setzt bereits der Wortlaut der ersten Alternative „schnell weitergegeben“ denklogisch voraus, dass für die Weitergabe eine zweite Person anwesend sein muss. Im Übrigen stellt sich die Auslegung der ASt einem fachkundigen Bieter auch als praxisfern dar. So hat die VSt erklärt, dass für die Rüstung immer eine zweite Person anwesend ist. Auch die BGI hat darauf hingewiesen, dass zum Schutz der Einsatzkräfte eine gegenseitige Kontrolle des angelegten Atemschutzes immer erforderlich ist.

**dd)**

Die BGI genügt mit ihrem angebotenen Produkt den Anforderungen an den Tausch der Kommunikationseinrichtung und ist nicht von den Vorgaben der Vergabeunterlagen in Nr. 2.1.3.4 abgewichen.

In der mündlichen Verhandlung haben zwei Vertreter der VSt der Vergabekammer den Tausch der Kommunikationseinrichtung beim Produkt der BGI vorgeführt. Dazu musste der Ventilkastendeckel abgenommen, die Kommunikationseinrichtung eingesetzt und in einer Halterung arretiert werden.

Die Vergabekammer hat auch festgestellt, dass die Person in der Atemschutzausrüstung die Kommunikationseinrichtung nicht alleine bei sich einbauen kann. Wie jedoch bereits oben ausgeführt, beinhalten die Vergabeunterlagen keine Mindestanforderung dahingehend, dass der Tausch alleine durchgeführt werden muss.

Aufgrund der Feststellungen in der mündlichen Verhandlung kommt die Vergabekammer daher zu dem Ergebnis, dass ein Tausch der Kommunikationseinrichtung mit angelegter Schutzausrüstung beim Produkt der BGI durchführbar ist und damit die Anforderungen der Vergabeunterlagen durch das angebotene Produkt der BGI erfüllt werden.

**c)**

Der Nicht-Ausschluss des Angebots der BGI vom Vergabeverfahren ist nach alledem nicht zu beanstanden. Ob Ausschlussgründe hinsichtlich dem Angebot der ASt vorliegen, kann offenbleiben, denn die ASt wird jedenfalls nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Der Nachprüfungsantrag ist daher unbegründet.

**3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

**a)**

Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihrem Antrag unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

**b)**

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt und der BGI ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 GWB.

**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. Die ASt war zudem ebenfalls fachanwaltlich vertreten, so dass im Rahmen der Gleichbehandlung eine anwaltliche Vertretung der VSt und der BGI ebenfalls gerechtfertigt ist.

**d)**

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und Abs. 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Angebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamts eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

e)

Der geleistete Kostenvorschuss von x.xxx,- € wird mit der zu zahlenden Gebühr verrechnet. Eine Kostenrechnung an die ASt in Höhe des Differenzbetrages von xxx,- € wird nachgereicht.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....