

69d - VK 2 - 46/2018

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen: Lieferung von

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. Januar 2019 am selben Tag beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von € festgesetzt, die die Antragstellerin tragen hat.
3. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin, eine Sektorenauftraggeberin, schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 2. Oktober 2018 unter der Ausschreibungsnummer die Herstellung und Lieferung von für Pushback und Towing von Großraumflugzeugen bis einschließlich A 380 gemäß ihren spezifischen technischen Anforderungen im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Wettbewerb aus. Die feste Abnahmemenge von soll im Jahre 2019 erfolgen. Die Antragsgegnerin behält sich die Option vor, einen weiteren stangenlosen Flugzeugschlepper mit Auslieferungstermin im Jahre 2020 zu beauftragen. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Die Antragsgegnerin machte von der Begrenzung der Bewerberzahl, die zur Angebotsaufgabe aufgefördert werden sollten, keinen Gebrauch. Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 5. November 2015, 14:00 Uhr. Die Antragstellerin gab ihren Teilnahmeantrag fristgerecht am 24. Oktober 2018 ab. Am 16. November 2018 forderte die Antragsgegnerin auch die Antragstellerin zur Abgabe eines Angebotes auf. Frist für die Angebotseinreichung war der 12. Dezember 2018, 11:00 Uhr. Als Ausschlusskriterien formulierte die Antragsgegnerin im technischen Leistungsverzeichnis für die stangenlosen Flugzeugschlepper unter anderem folgende Anforderungen:

- Einzelradaufhängung mit hydropneumatischer Federung (Nr. 43)
- hydrostatische Allradlenkung (Nr. 52) sowie Vorderachsen-, Hinterachsen- und Allradlenkung (Nr. 54)
- eine vorne mittig am Fahrzeugrahmen zu montierende Fahrerkabine (Nr. 133); die Höhe der Kabine (unten) von maximal 1.700 mm (Nr. 211)

Keine Ausschlusskriterien sind unter anderem:

- Plattform bzw. ein Standplatz an der Außenseite des zur Mitfahrt des WOA (walk-out assistant) bei Pushback (Nr. 16)
- Felgen- und Reifendimension (Nr. 46, Nr. 47) sowie

- das Reifendruckkontrollsystem (Nr. 50).

Bei den Felgen und Reifen gab die Antragsgegnerin jeweils eine bevorzugte Größendimension, bei dem Reifendruckkontrollsystem ein zukaufbares Produkt an.

Mit Schreiben vom 30. November 2018 wandte sich die Antragstellerin an den Vorstandsvorsitzenden der Antragsgegnerin. Darin warf sie dieser ein wettbewerbswidriges Verhalten vor, weil sie in den Ausschreibungsunterlagen über 70, zum Teil willkürliche, Ausschlusskriterien definiere, wodurch nur ein einziges Modell für den Zuschlag in Betracht käme. Alle ihre Versuche, mit den Mitarbeitern der Antragsgegnerin Kontakt aufzunehmen, um ihre Produkte vorzustellen, seien abgewiesen worden. Am Ende habe sie von dieser Ausschreibung nur aus dem EU-Amtsblatt erfahren. Sie behalte sich vor, die im Raum stehenden Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts zur Vorbereitung eines förmlichen Nachprüfungsverfahrens zu rügen.

Entsprechend ließ die Antragstellerin am 10. Dezember 2018 durch ihre Bevollmächtigte (Blatt 284 der Vergabeakte) die oben aufgeführten (Ausschluss-)Kriterien rügen. Den Vorwurf einer nicht produktneutralen Ausschreibung hielt sie aufrecht. Die Antragstellerin gab kein Angebot ab.

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2018 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen werde. Sie nahm zu den einzelnen, von der Antragstellerin gerügten technischen Anforderungen Stellung (Blatt 288 bis 292 der Vergabeakte), worauf Bezug genommen wird.

Mit Schriftsatz vom 21. Dezember 2018 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie ist der Auffassung, eine produktneutrale Ausschreibung liege nicht vor. Das Schreiben vom 30. November 2018 sei bereits als Rügeschreiben zu verstehen. Darüber hinaus seien die mit Schreiben vom 10. Dezember 2018 erhobenen Rügen innerhalb der Zehntagefrist erfolgt. Auch sei die Antragstellerin antragsbefugt, denn durch die produktspezifische Beschreibung der Leistungserbringung sei es ihr nicht möglich, ein Angebot abzugeben, welches sämtliche ausgeschriebenen Anforderungen erfülle. Sie habe mithin keine Aussicht auf Zuschlagserteilung.

Hinsichtlich der geforderten Plattform bzw. des geforderten Standplatzes an der Außenseite sei fraglich, was mit dieser Forderung bezweckt werde. Das Mitfahren von Personen sei auch in der Kabine möglich, was im Übrigen die sicherere Variante des Mitfahrens sei. Die Einzelradaufhängung mit hydropneumatische Federung könne ausschließlich von einem Unternehmen am Markt angeboten werden. Im Übrigen werde bestritten, dass eine solche aufgrund der vorherrschenden Bodenbedingungen auf dem Flughafen Frankfurt am Main erforderlich sei. Bei dem Reifendruckkontrollsystem werde auf einen Hersteller verwiesen. Darüber hinaus werde bestritten, dass eine hydrostatische Allradlenkung eine maximale Manövrierbarkeit und Wendigkeit des ermögliche und diese erforderlich sei, um die von der Antragsgegnerin geltend gemachte Verkürzung der

Umsteigezeit für Transfergäste zu gewährleisten. Auch die von der Antragsgegnerin eingesetzten „Leos“ könnten an engen Positionen eingesetzt werden.

Das Risiko des sogenannten Jack-Knifing-Effektes (Klappmessereffektes) könne durch das Konzept einer Zweiradlenkung behoben werden. Des Weiteren werde bestritten, dass die Lenksysteme (Vorderachse-, Hinterrad- und Allradlenkung) als „State of the Art“ (Stand der Technik) in der Richtlinie DIN EN 12312-7 aufgeführt würden. Auch werde bestritten, dass der Fahrer des das Bugfahrwerk nur über eine mittige Fahrerkabine in der Mittellinie ohne Einschränkungen sehen könne. Auch bei einer versetzten Fahrerkabine, wie es ihr Produkt vorsehe, sei es möglich, dass der Fahrer das Bugfahrwerk in gerader Linie ohne Einschränkung einsehen könne, vor allem, wenn er innerhalb der Kabine versetzt mittig zum Fahrzeug und Bugfahrwerk sitze. Es werde auch bestritten, dass die geforderte Kabinenhöhe sich aus den besonderen Gegebenheiten des Frankfurter Flughafens als zwingend notwendig erweise. Andere Fahrzeuge seien in gleicher Weise einsetzbar, auch wenn sie nicht unter das Flugzeug führen. Auch werde bestritten, dass ein under-belly- Schleppvorgang (Unter- Bug) in Frankfurt am Main erforderlich sei.

Die Antragstellerin beantragt unter anderem,

1. die Überprüfung des Ausschreibungsverfahrens
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt unter anderem,

1. den Nachprüfungsantrag vom 21. Dezember 2018 zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären

Sie ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei schon unzulässig, weil der vermeintliche Vergaberechtsverstoß nicht rechtzeitig gerügt worden sei. Darüber hinaus fehle der Antragstellerin die Antragsbefugnis. Nach Kenntnis der Antragsgegnerin erfülle die Antragstellerin mit sämtlichen angebotenen Standardmodellen die von ihr beanstandeten technischen Spezifikationen. Sie sei davon überzeugt, dass die Antragstellerin jedes Baukriterium bzw. jede Anforderung maschinenbautechnisch lösen könne, da die geforderten Systeme „State of the Art“ seien.

Die geforderte Plattform mit Standplätzen an der Außenseite des könne auch von der Antragstellerin angeboten werden. Bei der Forderung einer Einzerradaufhängung mit hydropneumatische Federung orientiere sich die Antragsgegnerin an den EU-rechtlichen Anforderungen der Art. 4 Abs. 4, 5 Abs. 1 und Abs. 2 Richtlinie 2002/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Juni 2002 über Mindestvorschriften zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch physikalische Einwirkungen (Vibrationen). Zudem sei § 3 Abs. 1 ArbSchG

zu berücksichtigen. Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin bereits im Jahr 2006 im Rahmen einer internen Untersuchung festgestellt, dass Schwingungsreduzierungen durch eine Verbesserung der Federung (zum Beispiel Luftfederung) möglich seien.

Auch unterliege es ihrem Leistungsbestimmungsrecht eine über der Mindestnorm liegende Anforderung festzulegen, gerade weil sie arbeitsschutzrechtlich sogar dazu verpflichtet sei, den bestmöglichen Arbeitsschutz zu gewährleisten. Dies sei bei einem ohne hydropneumatische Federung gerade nicht der Fall. Selbst die Antragstellerin habe ihr TLD Taxibot mit hydropneumatischer Federung ausgestattet.

Die Antragsgegnerin bewege sich auch mit dem geforderten Reifendruckkontrollsystem, welches nicht als Ausschlusskriterium formuliert sei, im Rahmen ihres Leistungsbestimmungsrechte. Das in dem Leistungsverzeichnis aufgeführte Produkt sei nicht als Leistungssoll vorgegeben, der standardisierte Einsatz solle lediglich das Ersatzteilmanagement erleichtern.

Sowohl für die geforderte Allradlenkung als auch für die Lenkprogramme habe sie sachgerechte und auftragsbezogene Gründe. Die Allradlenkung, die auch einen „Krabben-gang“ des Fahrzeuges ermögliche, erhöhe die Flexibilität des Schleppvorganges in den am Flughafen Frankfurt am Main vorhandenen schwierigen räumlichen Bedingungen. An vielen Stellen bestünden Engpässe, die eine maximale Manövrierbarkeit erforderten (wird ausgeführt). Darüber hinaus erforderten einige Positionen, auch wenn dies grundsätzlich nach den Verkehrs- und Zulassungsregeln, die ab Januar 2018 gültig seien, nicht ausnahmslos gestattet sei, ein „under-belly“ Schleppen (wird ebenfalls ausgeführt).

Neben dem hier im Leistungsverzeichnis bestimmten Wendekreis von 10,5 m sei es an einigen Positionen zudem für den Schleppvorgang wesentliche Voraussetzung, dass der zu beschaffende über ein Lenkprogramm zum „Krabben-gang“ verfüge. Eine solche Funktion garantiere erst die maximale Manövrierbarkeit des Flugzeuges an engen Parkpositionen, wodurch auch Beschädigungen am Flugzeug besser vermieden werden könnten. Ein aufwändiges Vor- und Zurückziehen des Flugzeuges ohne die Funktion des „Krabben-ganges“ sei an engen Fahrstellen und bei hohem Flugaufkommen nicht immer ohne weiteres möglich. Am Frankfurter Flughafen sei gerade in Anbetracht der unterschiedlichen Flugzeugtypen an den unterschiedlichsten Parkpositionen nach ihrer Erfahrung aufgrund der räumlichen Gegebenheiten teilweise der push- out mit „Krabben-gang“ unerlässlich. Das sogenannte Jack-Knifing werde durch einen mangelnden Allradantrieb verursacht und stehe mit der Allradlenkung nicht in Verbindung. Schließlich verwende die Antragstellerin selbst auch die Allradlenkung bei dem Lufthansa Leos.

Auch die Forderung nach einem hydraulischen Lenksystem sei sachlich gerechtfertigt. Ausweislich der DIN EN 12312-7 dürften sowohl elektronische als auch hydraulische Lenksysteme bei Flugzeugschleppern eingesetzt werden. Keineswegs sei die Antragsgegnerin jedoch verpflichtet ein elektronisches Lenksystem einzusetzen. Hiervon sehe sie auch aus guten Gründen ab. Im Oktober 2008 habe sich bei einem mit elektronischem

Lenksystem ein Unfall auf dem Frankfurter Flughafen ereignet, der durch massive Lenkungsprobleme infolge eines Wackelkontaktes an Steckern des Lenkcomputers verursacht worden sei. Daraufhin habe die Antragsgegnerin sämtliche vorhandene

mit elektronischem Lenksystem aus dem Betrieb genommen und nur noch solche mit hydraulischen Lenksystem beschafft.

Hintergrund sei, dass eine elektronische Fehlfunktion nicht nur im Einzelfall, sondern typischerweise - auch mit ergänzenden Sicherheitssystemen - einen ungesteuerten Lenkausschlag bewirken könne. Dieser Effekt träte bei hydraulischen Lenksystemen nicht auf.

Soweit die Antragstellerin meine, ihre Leos könnten durchaus auch an engen Positionen eingesetzt werden, so treffe dies nicht zu und werde auch bestritten. Zu den bereits erwähnten Positionsflächen gäbe es eine Vielzahl von weiteren Positionen (A 50, B 20, C04, C08), an denen der push-out-Vorgang nur bei entsprechend der verfahrensgegenständlichen Anforderungen vorhandenen Programme möglich sei. Entsprechend enge Positionen gäbe es im Bereich der Lufthansa nicht.

Die Forderung einer mittigen Fahrerkabine diene maßgeblich dazu, dass der walk-out-assistant zwei gleich große Stellflächen zur Verfügung habe, auf die er sich während des Schleppvorganges stellen und festhalten könne. Dies sei gerade bei einem under-belly-Schleppvorgang zwingend notwendig, damit der WOA sich je nach Fahrtrichtung auf die entsprechend andere Stellfläche stellen und damit den Schleppvorgang jeweils mit identischen Blickachsen beobachten könne.

Auch die geforderte maximale Höhe der Kabine sei an verschiedenen Stellen im Hinblick auf einen „under-belly“-Schleppvorgang unerlässlich. Das Erfordernis, dass ein Schlepper auch unter dem Bug des Flugzeugs schleppen könne, ergebe sich - wie die Antragstellerin bereits erkannt habe - aus Punkt 10.17 der AHM (Airport Handling Manual) 957. Dass die Antragsgegnerin die Kabine um 5 cm höher angesetzt habe, beruhe auf Überlegungen zur Gewährleistung der Sicherheit des under-belly-Schleppvorganges. Je höher die Kabine, desto eher könne der Fahrer über das Hauptfahrwerk beim Pull-out-Verfahren hinwegsehen und somit die Fahrtrichtung selbst besser im Blick behalten. Eine noch höhere Kabine sei nur nicht gefordert worden, weil diese bei einem voll betankten Flugzeug dann auch nicht mehr den notwendigen Abstand zum Flugzeugbauch hätte. Die Antragstellerin biete den TPX 500 mit Kabine für under-belly mit einer Höhe von 1690 mm an und liege damit 40mm über der Option 10.17 in AHM 957. Die Antragsgegnerin habe den Sicherheitsabstand zwischen Flugzeugrumpf und Fahrerkabine so bestimmt, dass auch bei einem beladenen bzw. vollbetankten Flugzeug der Abstand zwischen Flugzeugrumpf und Fahrerkabine noch eingehalten werde. Auch dies sei vergaberechtlichen nicht zu beanstanden.

Die mündliche Verhandlung hat am 30. Januar 2019 stattgefunden. Die Antragstellerin erklärte, sie sei in der Lage, die in der Ausschreibung geforderte Plattform bzw. Standflä-

che an der Außenseite anzubieten. Die Antragsgegnerin reichte ein Bild eines zu den Akten. Das Bild weist einen aus, der Allradlenkung besitzt und über den „Krabbengang“ verfügt. Auf dem Fahrzeug sind die Schriftzüge TLD und Airbus erkennbar. Die Antragsgegnerin erklärte, zwei ihrer Mitarbeiter seien vor zwei Jahren zur Präsentation des abgebildeten TLD Taxibot Widebody eigens von der Antragstellerin nach Frankreich eingeladen worden. In dem Werk sei das Taxibot insgesamt und hinsichtlich seiner technischen Ausrüstung vorgestellt worden.

Alle technischen Anforderungen, die nun von der Antragstellerin gerügt worden seien, könne diese auch problemlos anbieten, da das im Werk der Antragstellerin vorgestellte Taxibot diese Anforderungen erfülle. Da das Taxibot auch vom Piloten gesteuert werden könne, übererfülle die Antragstellerin sogar die Anforderungen der Antragsgegnerin. Auch könne dieses Taxibot jedes einzelne Rad um 360° drehen. Es sei natürlich eine enorme wirtschaftliche Herausforderung, einen derart hochwertigen Flugzeugschlepper zu beschaffen.

Hierzu erklärte die Antragstellerin, dieser sei in Zusammenarbeit mit Airbus und der IAI (Israel Aerospace Industries) entwickelt worden. Sie biete diesen aber nicht an bzw. dürfe ihn so nicht anbieten. Des Weiteren erklärte sie, ihre könnten den Airbus A 380 nicht bewegen. Die Ausschreibung sehe aber den Schleppvorgang für den Airbus A 380 vor, was ein weiteres Indiz für eine auf einen bestimmten Bieter zugeschnittene Ausschreibung sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie die von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakte (Blatt 1-304) Bezug genommen, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung sowie der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise bereits unzulässig (dazu A.), soweit zulässig, ist er unbegründet (dazu B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist nur zum Teil zulässig. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten ist eröffnet (dazu I.). Die Antragstellerin ist jedoch nur zum Teil antragsbefugt (dazu II.). Soweit antragsbefugt, hat sie die von ihr geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechtes rechtzeitig gerügt (dazu III.).

I. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten ist eröffnet.

1. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl I S. 1750, berichtigt S. 3245), zuletzt geändert durch Gesetz

vom 12. Juli 2018 (BGBl I, S. 1151), ist eröffnet, weil die hier verfahrensgegenständliche europaweite Ausschreibung nach dem 18. April 2016 erfolgte, § 186 Abs. 2 GWB.

2. Die Antragsgegnerin, ein sogenanntes gemischtwirtschaftliches Unternehmen, dessen Anteile nicht vollständig, aber mehrheitlich in staatlicher Hand liegen, ist Sektorenauftraggeberin gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) GWB, die eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 Abs. 5 GWB ausübt.
 3. Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag nach § 103 Abs. 2 GWB.
 4. Der maßgebliche Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB in Verbindung mit Art. 15 lit. a) der Richtlinie 2014/25/EU, der durch die Delegierten Verordnung (EU) 2017/2364 der Kommission vom 18. Dezember 2017 zur Änderung der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren nicht geändert wurde, von 443.000,- € ist ausweislich der Auftragswertschätzung durch die Antragsgegnerin (Blatt 3 der Vergabeakte) überschritten. Bei der Schätzung des Auftragswertes ist die ausgeschriebene Option hinsichtlich des Erwerbes eines dritten Flugzeugschleppers vollumfänglich zu berücksichtigen, § 2 Abs. 1 SektVO.
- II. Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB nur teilweise antragsbefugt. Zwar hat sie ein Interesse im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB (dazu a)), nach ihrem Vortrag ergibt die Möglichkeit eines Schadens jedoch nur zum Teil (dazu b)).
1. Die Antragstellerin hat ein Interesse an dem verfahrensgegenständlichen Auftrag, § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB. Dieses Interesse hat sie durch ihre Rügen sowie die Stellung des vorliegenden Nachprüfungsantrages dokumentiert. Die Einreichung eines Angebotes war insoweit nicht erforderlich, denn wenn die Ausschreibung an einem gewichtigen Vergaberechtsverstoß leidet, der sie nach ihrer Auffassung daran hindert, ein Angebot zu erstellen, kann dies von der Antragstellerin nicht verlangt werden. Es wäre reiner Formalismus.
 2. Hinsichtlich der von der Antragstellerin gerügten Forderung nach je einer Plattform/Standfläche an den Außenseiten des ist nach ihrem eigenen Vortrag eine Verletzung in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB von vorneherein ausgeschlossen, da sie diese geforderte Anforderung erfüllen kann. Im Übrigen hat sie schlüssig dargetan, dass es nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass sie durch die Nichteinhaltung von Vorschriften des Vergaberechts in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist und ihr ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.
- III. Die Antragstellerin hat die von ihr geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechtes spätestens am 30. November 2018 erkannt (dazu 1.) und somit

mit Schreiben vom 10. Dezember 2018 rechtzeitig gerügt, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB (dazu 2.).

1. Für die Vergabekammer steht fest, dass die Antragstellerin den vermeintlichen Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts jedenfalls am 30. November 2018 erkannt hat. Dies ergibt sich eindeutig aus dem unter diesem Datum an den Vorstandsvorsitzenden der Antragsgegnerin versandten Schreiben, in dem sie sowohl bestimmte Sachverhalte als auch die sich daraus ihrer Meinung nach ergebende Vergaberechtswidrigkeit aufgreift.

Zwar ist der Antragsgegnerin zuzugeben, dass es äußerst unwahrscheinlich ist, dass die Antragstellerin einen möglichen Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts erst am 30. November 2018 erkannt und sich ohne weitere (interne und externe) Abstimmungen am selben Tag an den Vorstandsvorsitzenden der Antragsgegnerin gewandt hat. Eine frühere Kenntnis des vermeintlichen Verstoßes gegen Vorschriften des Vergaberechts ist der Antragstellerin indes nicht nachzuweisen.

2. Da die Frist von zehn Kalendertagen im Rahmen des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB eine Ereignisfrist nach § 187 Abs. 1 BGB ist, begann die Frist am 1. Dezember 2018 zu laufen und endete gemäß § 188 Abs. 1 BGB mit Ablauf des 10. Dezember 2018 (24:00 Uhr). Auf die Frage, ob die Präklusionsfrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB auch an einem Sonnabend, Sonn- oder Feiertag enden kann, oder ob auf den Fristablauf § 193 BGB anzuwenden ist, kam es mithin vorliegend nicht an.
- B. Soweit zulässig, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die Antragstellerin ist nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Die von der Antragsgegnerin geforderten technischen Anforderungen unterliegen ihrer Beschaffungsfreiheit und ihrer Dispositionsbefugnis (dazu I.). Die Antragsgegnerin hatte nicht die Absicht im Sinne des Art. 36 Abs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU in Verbindung mit § 28 Abs. 1 SektVO, den Wettbewerb künstlich einzuengen (dazu II.). Es liegt auch kein Verstoß gegen das vergaberechtliche Willkürverbot vor. Die von der Antragsgegnerin geforderten technischen Anforderungen sind durch auftragsbezogene sachliche Gründe gerechtfertigt (dazu III.).
- I. Die von der Antragsgegnerin festgelegten technischen Anforderungen sind von ihrer Beschaffungsfreiheit und ihrer Dispositionsbefugnis gedeckt. Beides beinhaltet die Freiheit des öffentlichen Auftraggebers, den Gegenstand der Beschaffung allein nach seinen Bedürfnissen und Vorstellungen zu bestimmen. Dies umfasst u.a. die Merkmale und Eigenschaften des zu beschaffenden Gegenstandes sowie die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Beschaffung überhaupt. Die Beschaffungsfreiheit und die Dispositionsbefugnis sind Ausdruck der im deutschen Zivilrecht immer noch verankerten Vertragsfreiheit, die auch für den öffentlichen Auftraggeber gilt. Weder den Nachprüfungsinstanzen noch den am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen steht es zu, dem öffentlichen Auftraggeber hier Vorschreibungen zu

machen, geschweige denn, ihm einen Beschaffungsgegenstand aufzudrängen. Damit ist die dem Vergabeverfahren vorgelagerte Beschaffungsfreiheit und Dispositionsbefugnis des Auftraggebers grundsätzlich dem Nachprüfungsverfahren entzogen.

- II. Vergaberechtliche Vorschriften, die Auswirkungen auf den Vertragsgegenstand haben, können jedoch die Grenze dieser Vertragsfreiheit bilden. Hierzu gehört zunächst das in Art. 36 Abs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG formulierte Verbot, ein Vergabeverfahren mit der Absicht zu konzipieren, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuengen. Eine solche künstliche Einengung des Wettbewerbes gilt danach als gegeben, wenn das Vergabeverfahren mit der Absicht konzipiert wurde, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

Diese Absicht hat die Vergabekammer bei der Antragsgegnerin nicht feststellen können. Vielmehr ging die Antragsgegnerin davon aus, dass die Antragstellerin die formulierten technischen Anforderungen erfüllen könne. Die Antragsgegnerin führte in der mündlichen Verhandlung glaubhaft aus, was im Übrigen die Antragstellerin auch nicht bestritt, dass sie eigens zur technischen Präsentation des TDL Taxi-bus Widebody von der Antragstellerin nach Frankreich eingeladen worden sei. Das dort präsentierte Fahrzeug erfüllt nicht nur die Anforderungen der Antragsgegnerin, es übertrifft diese sogar. Soweit die Antragstellerin im Innenverhältnis gegenüber Airbus und/oder der IAI im Hinblick auf den jedenfalls bei der Antragstellerin produzierten Flugzeugschlepper Restriktionen unterworfen ist, konnte sie in der mündlichen Verhandlung nichts vorweisen, was auf eine Publizität dieser Restriktionen hinweist. Die Antragstellerin ist dem von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung geschilderten Eindruck, das in Frankreich produzierte Fahrzeug sei ein Produkt „der Antragstellerin“, auch im Übrigen nicht schlüssig und überzeugend entgegengetreten. Vielmehr hat sie lediglich pauschal behauptet, sie könne die formulierten technischen Anforderungen nicht erfüllen. Da die Antragsgegnerin mithin im guten Glauben ausgeschrieben hat, dass jedenfalls auch die Antragstellerin entsprechende herstellen und liefern könne, kann sie keine Absicht gehabt haben, ein bestimmtes Unternehmen (durch eine nicht produktneutrale Ausschreibung) zu bevorzugen.

- III. Eine weitere Grenze der Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers kann auch das vergaberechtliche Willkürverbot bilden, dessen dogmatische Grundlagen unscharf bleiben; jedenfalls verbietet es aber nur besonders grobe Ungleichbehandlungen ohne sachlichen Grund (Glöckner in: Reidt/Stickler/Glöckner, Vergaberechtkommentar, 4. Auflage 2018, Einleitung RdNr. 29 ff.). Die Antragsgegnerin hat

zur Überzeugung der Vergabekammer auftragsbezogene, sachliche Gründe darge-
tan, die die von der Antragstellerin angegriffenen technischen Anforderungen recht-
fertigen. Zu sämtlichen, nachfolgend im Einzelnen aufgeführten fachlichen Anforde-
rungen nimmt die Vergabekammer im Übrigen ergänzend Bezug auf die Schriftsätze
der Antragsgegnerin, insbesondere auf den Schriftsatz vom 28. Januar 2019.

1. Zwar ist der Antragstellerin zuzugeben, dass die Erwägungen der Antragsgegnerin hinsichtlich der geforderten mittigen Kabine auf dem nicht ohne weiteres überzeugen. Die Kammer schließt nicht aus, dass es genügt hätte, das Vorhandensein zweier ausreichend, aber nicht zwingend gleich großer Plattformen zu beiden Seiten der Fahrerkabine auszuschreiben, sodass es, worauf die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat, ausschließlich darauf angekommen wäre, dass Lenksäule und Fahrersitz mittig angebracht sind.
2. Dies konnte jedoch offenbleiben. Denn der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hätte nur dann Erfolg, wenn die Antragsgegnerin für alle gerügten Vergabeverstöße keinen sachlichen Grund hätte anführen können. Hinsichtlich des technischen Vortrages der Antragsgegnerin hat die Vergabekammer eine versierte, beim Regierungspräsidium Darmstadt beschäftigte, Bauingenieurin eingebunden. Anhand des von der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 28. Januar 2019 vorgelegten Bildmaterials sind die fachlichen Ausführungen der Antragsgegnerin unter Einbeziehung der tatsächlichen Gegebenheiten am Frankfurter Flughafen nicht zu beanstanden.
 - a) So ist die Forderung der Antragsgegnerin nach einer Einzelradaufhängung mit hydropneumatischer Federung schon dadurch sachlich gerechtfertigt, dass damit den rechtlichen Anforderungen der Richtlinie 2002/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Mindestvorschriften zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch physikalische Einwirkungen (Vibrationen) und des Arbeitsschutzgesetzes nachgekommen werden soll. Darüber hinaus wird durch diese technische Anforderung die geringste mögliche Einwirkung auf die Fahrer des erzielt, was die Antragsgegnerin durch entsprechende Gutachten belegte und die Vergabekammer durch eigene Recherche im Internet sowie aufgrund der Fachkenntnisse der hinzugezogenen Bauingenieurin bestätigt fand. Im Übrigen ist es der Antragsgegnerin völlig unbenommen, Anforderungen festzulegen, die oberhalb einer Mindestnorm liegen, denn dies ist zum einen rechtlich immer zulässig und zum anderen vom Leistungsbestimmungsrecht bzw. der Beschaffungsautonomie und Dispositionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers gedeckt.
 - b) Auch die Forderung nach einer Allradlenkung mit einem hydraulischen Lenksystem ist sachlich gerechtfertigt. Die Allradlenkung ermöglicht eine maximale Manövrierbarkeit und Wendigkeit der . Die Allradlenkung ermöglicht die Funktion des „Krabbenganges“, die gerade an engen Parkpositionen eine sehr schnelle und unkomplizierte Korrektur der Flugzeugposition in Seitwärtsbewegung

ermöglicht. Dies ist am Frankfurter Flughafen deswegen erforderlich, weil zahlreiche Positionsflächen eng zugeschnitten sind und ein aufwändiges Vor- und Zurückziehen des Flugzeuges nicht möglich ist. Darüber hinaus ist an anderen Positionen des Frankfurter Flughafens ein Schleppen bestimmter Flugzeugtypen „under-belly“ erforderlich. Diese Art der Flugzeugbewegung gehört zwar nicht zu den Standardprozessen und soll deshalb nicht bei push-out Vorgängen erfolgen. Nur bei räumlich schwierigen Bedingungen ist diese Art des push-out Vorganges möglich.

Die Antragsgegnerin hat durch entsprechendes Bildmaterial hinreichend dargetan, dass am Frankfurter Flughafen teilweise solche räumlich schwierigen Bedingungen vorliegen.

- c) Des Weiteren ist auch die Anforderung nach dem hydraulischen Lenksystem gerechtfertigt. Die Antragsgegnerin hat ausreichend dargetan, dass dieser Forderung ein Flugzeugschlepperunfall mit elektronischen Lenksystem am Frankfurter Flughafen im Jahre 2008 zu Grunde liegt und sie seit diesem Zeitpunkt nur noch Flugzeugschlepper mit hydraulischen Lenksystemen einsetzt.
 - d) Für die von der Antragsgegnerin geforderte Höhe der Kabine liegen ebenfalls auftragsbezogene, sachliche Gründe vor. Die Antragsgegnerin will damit die Sicherheit des „under-belly“- Schleppvorganges gewährleisten. Da sich der - unter dem Flugzeugrumpf befindet, soll die Kabine so hoch sein, dass der Fahrer beim Pullout - Verfahren über das Hauptfahrwerk hinweg schauen kann und somit die Fahrtrichtung selbst besser im Blick behält. Gleichzeitig kann die Kabine nicht höher sein als 1,70 m, weil dann bei einem voll betankten und beladenen Flugzeug nicht mehr der notwendige Abstand zum Flugzeugbauch eingehalten werden kann.
3. Was die Forderungen der Antragsgegnerin hinsichtlich der Felgen- und Reifendimension sowie des Reifendruckkontrollsystems betrifft, liegt hier schon deshalb keine Rechtsverletzung der Antragstellerin vor, weil es sich bei diesen Kriterien nicht um Ausschlusskriterien handelt, sodass die Antragstellerin hier die Möglichkeit hatte, etwas Anderes anzubieten. Darüber hinaus hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung mehrfach bekundet, dass sie keine der von der Antragsgegnerin geforderte technische Anforderung hätte erfüllen können, sodass die Vergabekammer davon ausgeht, dass sie zumindest hier in der Lage ist, etwas Anderes anzubieten.
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.
- I. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin im Verfahren unterlegen ist, hat sie die Kosten zu tragen, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.
 - II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes sowie dem mit dem Nachprü-

fungsverfahren verbundenen Verwaltungsaufwand, § 182 Abs. 2 GWB. Da die Antragstellerin kein Angebot abgegeben hat, zieht die Vergabekammer zur Bestimmung des Bruttoauftragswertes die Kostenschätzung der Antragsgegnerin heran und nimmt nur hinsichtlich der vorgesehenen Option einen Abschlag von 50 % vor (BGH, Beschluss vom 18. März 2014 - X ZB 12/13 - juris). Aus dem so errechneten Bruttoauftragswert ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrunde gelegt wird, eine Gebühr von €.

- III. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen, denn sie ist in dem Verfahren unterlegen, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt, § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 HVwVfG. Die Anwendung des Hessischen Verwaltungsverfahrensgesetzes folgt aus § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 1 HVwVfG, denn die Ausschreibung hat eine Sektorenauftraggeberin mit Sitz im Bundesland Hessen veranlasst.
 1. Die Prüfung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten erfolgt einzelfallbezogen aufgrund der Gesamtumstände im jeweiligen konkreten Verfahren. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes ist notwendig, wenn sie vom Standpunkt eines verständigen, nicht rechtskundigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden durfte. Dabei kommt es auf eine ex-ante Bewertung an, weil in diesem Zeitpunkt über die Einschaltung von Verfahrensbevollmächtigten zu entscheiden ist (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 30. Juli 2013 - 11 Verg7/13 - juris, RdNr. 6).
 - a) Für die Prüfung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten des Auftraggebers gilt dabei tendenziell ein strengerer Maßstab als auf Seiten des Bieters (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. November 2017 - 11 Verg 8/17 - ZfBR 2018, 198). Es kommt maßgeblich darauf an, ob sich die Probleme des Nachprüfungsverfahrens auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen, einschließlich der dazugehörigen Vergaberegeln konzentrieren, oder ob sie sich auf darüberhinausgehende schwierige, gegebenenfalls ungeklärte oder europarechtlich beeinflusste vergaberechtliche Fragestellungen beziehen. Sofern im Mittelpunkt des Nachprüfungsverfahrens auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen stehen, spricht im Allgemeinen mehr dafür, dass der öffentliche Auftraggeber die erforderliche Sach- und Rechtskenntnis in seinem originären Aufgabenbereich ohnehin organisieren und vorhalten muss. Es bedarf daher auch im Nachprüfungsverfahren nicht notwendig eines anwaltlichen Bevollmächtigten (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. November 2017, a.a.O.).

-
- b) Ergänzend kann bei der Beurteilung auch die Komplexität des Sachverhaltes sowie die Bedeutung und das Gewicht des Auftrages für den Auftraggeber berücksichtigt werden, ebenso wie der Umstand, inwieweit die Vergabestelle über geschultes Personal und Erfahrung mit Vergabeverfahren verfügt. Schließlich kann der Gesichtspunkt der sogenannten prozessualen Waffengleichheit in die Prüfung einfließen (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. November 2017, a. a. O.).
2. Die hier im Mittelpunkt des Nachprüfungsverfahrens stehenden Probleme beziehen sich nicht ausschließlich auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen. Neben der Frage des Umfangs des Leistungsbestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers ging es auch um die Frage nach einer rechtzeitigen Rüge und damit prozessuale Fragen, die nicht ohne weiteres von öffentlichen Auftraggebern als auch an Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen rechtlich eingeordnet werden können. Gerade mit der letzten Frage haben sich sowohl die Antragstellerin, die ebenfalls anwaltlich vertreten ist, als auch die Antragsgegnerin in den Schriftsätzen ausführlich auseinandergesetzt, was zeigt, dass es sich eben nicht um eine alltägliche Problemstellung handelt. Zu berücksichtigen ist auch, dass der sich für das Vergaberecht zuständige Jurist zum Zeitpunkt der Übermittlung des Nachprüfungsantrages bereits im Weihnachtsurlaub befand. Das übrige juristische Personal des Auftraggebers besitzt regelmäßig keine Erfahrung mit kontradiktorischen Nachprüfungsverfahren, sodass allein schon aufgrund des gesetzlich vorgegebenen Zeitrahmens bei Nachprüfungsverfahren eine externe Beauftragung geboten war.
3. Des Weiteren ist auch unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin gerechtfertigt, gerade auch vor dem Hintergrund der im Nachprüfungsverfahren knappen Fristsetzungen. Die Antragstellerin selbst hat sich für das Nachprüfungsverfahren externer Unterstützung durch eine im Vergaberecht spezialisierte Kanzlei bedient.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat - Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main**

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Roth
Vorsitzende

Denz-Kinzel
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Langsdorf
Hauptamtlicher Beisitzer