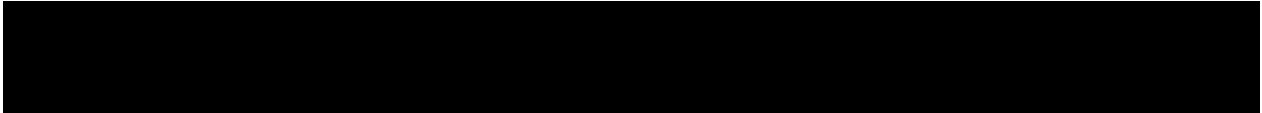


69 d - VK - 50/2015

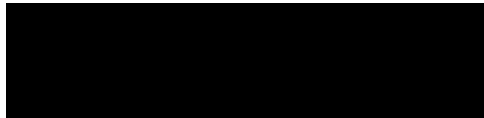
Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

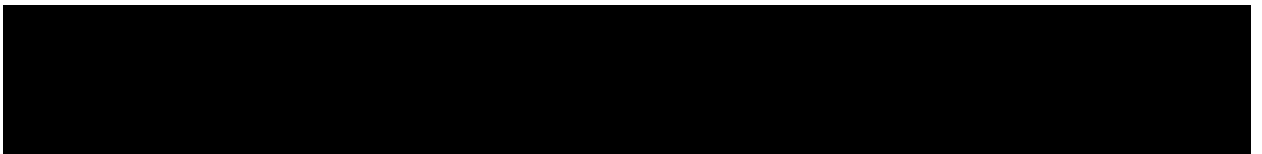


- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

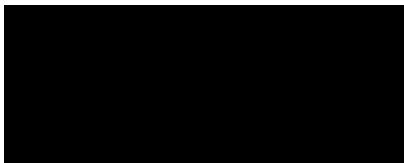


gegen



- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:



wegen:

Beschaffung Kommunikationsinfrastruktur der Gefahrenabwehr

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 Amtsärztin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Januar 2016 am 21. Januar 2016 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von [REDACTED] € festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 23. Juli 2015 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer 2015 / S 143-264837 den Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit von 84 Monaten zur „Beschaffung von Hardware, Software und Dienstleistungen zur Ertüchtigung von Kommunikationsstellen der Gefahrenabwehr für neue Übertragungstechnik“ im Verhandlungsverfahren mit vorangegangenem Teilnahmewettbewerb aus.

Unter Ziffer III.2.1) der Bekanntmachung ist ausgeführt, dass die unter III.2.2) und III.2.3) jeweils mit (M) als Mindeststandards gekennzeichneten Unterlagen eine Mindestanforderung an die Eignung der Unternehmen darstellen, die zwingend zu erfüllen seien (Mindestanforderung gemäß § 21 Abs. 2 VSVgV). Bewerber, die nicht über diese mit (M) als Mindestanforderung gekennzeichneten geforderten Unterlagen verfügten, oder deren eingereichte Unterlagen nicht den jeweils genannten Mindestanforderungen entsprächen, seien nicht zur Auftragsdurchführung geeignet und würden nicht zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert (§ 22 Abs. 3 Satz 1 VSVgV).

Unter Abschnitt III.2.3) forderte der Antragsgegner als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit unter anderem die

„Darstellung von mindestens einer erfolgreich abgeschlossenen Referenz [...], die insbesondere mindestens auf die jeweils folgenden Kriterien a) bis d) (Mindestanforderungen, M) kumulativ erfüllen muss:

- a) [...]
- b) [...]
- c) [...]
- d) *durchgängig die IP-basierte Kommunikationstechnik, d.h. die Vermittlung und Verarbeitung der Sprachströme muss in Software ausgeführt sein (TDM-basierte Telefon-und/oder Funk-Switches werden nicht anerkannt; TDM = Time Division Multiplex) und muss SIP (Session Initiated Protocol) nach IETF-*

RFC 3261 (oder gleichwertig) und ITU-T H. 323V2 (oder gleichwertig) unterstützen (M). Die oben genannten Kriterien a) bis d) müssen dabei jeweils vollständig und kumulativ innerhalb der angegebenen Referenz realisiert worden sein (M).“

Dieser Text der Bekanntmachung hinsichtlich der Mindestanforderungen der vorzulegenden Referenzen findet sich auf Seite 58 der Teilnahmeantragsunterlagen unter „Eigenerklärung über Referenzprojekte gemäß Abschnitt III.2.3) Nummer (D 1) der EU Bekanntmachung“ und in dem Vordruck für die Beschreibung von Referenzprojekten D 1 (Seite 64). In der linken Spalte befindet sich die textliche Darstellung mit dem Zusatz: „Beantwortung durch zutreffendes Ankreuzen sowie Darstellung“. In der rechten Spalte befindet sich die verkürzte textliche Darstellung mit voran geschobenen Ankreuzkästchen, wobei nur das Ankreuzkästchen für das SI-Protokoll spaltenbündig ist; die übrigen vier Ankreuzkästchen sind eingerückt (hängend) untereinander angeordnet.

Aufgrund von Bewerberrügen wurden die Nachweise der Mindestanforderungen hinsichtlich einer erweiterten Sicherheitsprüfung erst für den Fall eines Zuschlages gefordert. Diese Änderung wurde entsprechend am 22. August 2015 bekannt gemacht. Weitere Rügen hinsichtlich der geforderten Mindestanforderungen gab es nicht.

Die Antragstellerin reichte am 4. September 2015 ihren Teilnahmeantrag ein. Die Realisierung des verlangten Standards ITU-T H323V2 (oder gleichwertig) gab die Antragstellerin nicht per Kreuz auf dem von den Bewerbern zu verwendenden Referenzvordruck an. Die Antragstellerin setzte ein Kreuz in dem Kästchen „SIP“ und ein Kreuz in dem eingerückten Kästchen „nach IETF-RFC 3261“.

Mit Telefax- Schreiben vom 4. September 2015 rügte der Bevollmächtigte der Antragstellerin die bereits mit Teilnahmeantrag zu benennenden acht Personen für sicherheitsempfindliche Tätigkeiten in der Leitstelle sowie die gemäß (D 3) als Mindestanforderung für diese Person vorzulegenden Nachweis der Durchführung einer erweiterten Sicherheitsüberprüfung. Dabei handele es sich weder um zulässige Anforderungen und Nachweise der fachlichen und technischen Leistungsfähigkeit noch um Unterlagen, die ein öffentlicher Auftraggeber zur Sicherstellung des Geheimschutzes im Vergabeverfahren gemäß § 7VSVgV von den Bewerbern verlangen könne.

Mit Schreiben vom 4. November 2015 lehnte der Antragsgegner die Bewerbung der Antragstellerin mit der Begründung ab, sie habe lediglich die Erfüllung des SI-Protokolles nach IETS-RFC 3261 angegeben, jedoch die ebenso als Mindestanforderung festgesetzte Unterstützung nach ITU-T H. 323V2 (oder gleichwertig) durch das Referenzobjekt nicht erfüllt (fehlendes Kreuz).

Hinsichtlich der Rüge vom 4. September 2015 verwies der Antragsgegner ebenfalls mit einem weiteren Schreiben vom 4. November 2015 auf die Bekanntmachung vom 22. August 2015, wonach der Nachweis einer entsprechenden erweiterten Sicherheitsüberprüfung erst im Zuschlagsfalle zu erbringen war.

Im Übrigen handele es sich bei dem Mindestanforderungen unter (D 2) der Bekanntmachung um sachlich gerechtfertigte Anforderungen an die Eignung der Bewerber.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 11. November 2015 rügte die Antragstellerin die Ablehnung ihres Teilnahmeantrages vom 4. September 2015. Das zur Angabe von Referenzen verwandte Formblatt sei bezogen auf die Gliederung der Ankreuzoptionen fehlerhaft und irreführend. Die Anforderungen seien in dem zu verwendenden Formblatt für die Referenzen in der linken Spalte unter 7 h) zutreffend wiedergegeben. Hingegen entspreche die rechte Spalte nicht diesen Vorgaben. Durch die eingerückte (hängende) Darstellung des entsprechenden Ankreuzfeldes habe der Antragsgegner suggeriert, H323 V2 stelle eine Unterkategorie eines SI-Protokolls dar. Damit habe der Antragsgegner die Abgabe einer falschen Erklärung verlangt. Die Abgabe einer offensichtlich unzutreffenden Erklärung könne von keinem Bewerber gefordert werden. Die Ausschreibung sei bezogen auf die Anforderungen an die Referenz-Erklärung insoweit zumindest auch unklar, was zulasten des öffentlichen Auftraggebers gehe.

Mit Telefax Schreiben vom 18. November 2015 teilte der Antragsgegner mit, dass er auf das Rügeschreiben vom 11. November 2015 voraussichtlich bis zum 27. November 2015 antworten werde.

Mit Schriftsatz vom 19. November 2015 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer übermittelte den Nachprüfungsantrag zunächst nicht, da der Antragsgegner noch nicht auf die Rüge vom 11. November 2015 geantwortet und die Antwort für den 27. November 2015 in Aussicht gestellt hatte. Mit Schriftsatz vom 23.11.2015 teilte der Bevollmächtigte des Antragstellers mit, eine Antragsbefugnis setze nicht voraus, dass ein Bieter über die Erfüllung seiner Rügeobligenheit aus § 107 Abs. 3 GWB hinaus eine Entscheidung der Vergabestelle über seine Rüge abzuwarten habe. Es bestehe keine (ungeschriebene) Wartefrist zwischen Prüfung und Einreichung eines Nachprüfungsantrages. Am 24. November 2015 übermittelte die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag.

Die Antragstellerin rügt den Geheimhaltungsstatus des Projektes. Ferner rügt sie den Ausschluss ihres Teilnahmeantrages. Die Antragstellerin erfülle die vom Antragsgegner bekanntgemachten Mindestanforderungen. Mit ihrer Kommunikationssoftware könne sie nicht nur die SIP-, sondern auch die ITU-T H.323 V2-Protokolle unterstützen, denn es handele sich dabei um eine technologische Selbstverständlichkeit. Aus den Unterlagen für den Teilnahmeantrag gehe nicht hervor, dass für die zu unterstützenden Leitstelle eine Einbindung von Anlagen mit dem Standard H. 323 V2 erforderlich sei. Gäbe es solche Anlagen nicht, wäre das Fordern einer Referenz für ein Kommunikationssystem, das die ITU-T H. 323 V2 unterstütze, keine taugliche Mindestanforderung. Erstmals mit Schreiben vom 9. Dezember 2015 rügte die Antragstellerin, die Mindestanforderung H.323 V2 als sachfremd und unangemessen, da ein von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten festgestellt habe, dass eine Notwendigkeit des Einsatzes von H.323 V2 nicht ersichtlich sei.

Nach dem Kenntnisstand des beauftragten Gutachters gebe es im Bereich der nichtpolizeilichen Leitstellen keine Bestandsanlagen, die dieses Protokoll verwendeten. Darüber hinaus gebe es keine IP-basierte Kommunikationstechnik, die SIP und als Bestandteil von SIP das Protokoll H. 323 V2 unterstütze. Ein entsprechendes Kreuz wäre falsch gewesen. Das zwingend vorgegebene Formblatt sei widersprüchlich. Aufgrund der widersprüchlichen und deshalb einen Ausschluss nicht rechtfertigenden Vorgaben für die Abgabe einer Eigenerklärung zur Erfüllung der Mindestanforderungen hätte die Antragsgegnerin entweder von den Mindestanforderungen Abstand nehmen oder den Teilnahmeantrag der Antragstellerin aufklären müssen. Der Antragsgegner habe eine unzulässige nachträgliche Verschärfung der Mindestanforderungen vorgenommen. Erstmals mit Schreiben vom 27. November 2015 fordere er eine Kommunikationstechnik, die mit SIP und H. 323 V2 gleichzeitig arbeite. Die Antragstellerin bestreitet, dass der Standard H. 323 V2 in den Leitstellen des Antragsgegners vorhanden sei.

Auch die Mindestanforderung aus III.2.3 (D3) zur Abgabe einer Eigenerklärung über den Einsatz von Personal mit einer erweiterten Sicherheitsüberprüfung sei unzulässig. Die Antragstellerin beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, das Vergabeverfahren „Beschaffung von Hardware, Software und Dienstleistungen zur Ertüchtigung von Kommunikationsstellen der Gefahrenabwehr für neue Übertragungstechnik, Vergabenummer VG-A 3000-215-005 durch Zuschlag zu beenden,
2. den Antragsgegner für den Fall der fortbestehenden Beschaffungsabsicht zu verpflichten, den Teilnahmeantrag der Antragstellerin vom 4. September 2015 unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten.

Der Antragsgegner beantragt,

die Anträge abzulehnen.

Er ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Die Antragstellerin sei mit den von ihr vorgebrachten vermeintlichen Vergabeverstößen gänzlich nach § 107 Abs. 3 GWB präkludiert. Hinsichtlich eines vermeintlich fehlerhaften und irreführenden Vordruckes zu Abschnitt III.2.3 (D 1) sei die Antragstellerin nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB präkludiert. Insbesondere habe sie das Kreuz bewusst nicht gesetzt. Die vermeintlich sachfremde Mindestanforderung H. 323 V2 habe die Antragstellerin erstmals nach über vier Monaten (9. Dezember 2015) gerügt, wonach sie gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB ebenfalls präkludiert sei. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet.

Die mündliche Verhandlung fand am 12. Januar 2016 statt. Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 18. Januar 2016 nahm die Antragstellerin zu der mündlichen Verhandlung Stellung.

Der Antragsgegner nahm mit ihm gemäß § 173 VwGO in Verbindung mit § 283 ZPO nachgelassenem Schriftsatz vom 18. Januar 2016 zu dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 11. Januar 2016 Stellung.

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, den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 12. Januar 2016 sowie auf die Vergabeakten (vier Aktenordner), die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind, Bezug genommen.

II.

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

A. Der Nachprüfungsantrag ist nur zum Teil zulässig.

I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist eröffnet. Bei dem Antragsgegner handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB, bei dem zu vergebenden Auftrag um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 7, 9 GWB,.

II. Die Antragstellerin ist auch nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, denn durch den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren kann ein Bewerber in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist es nicht von vornherein auszuschließen, dass sie durch ein eventuell vergaberechtswidriges Verhalten des Antragsgegners auch einen Schaden erleidet.

III. Die Antragstellerin ist mit ihrem Vorbringen jedoch teilweise präkludiert. Dies betrifft insbesondere ihre Rüge eines vermeintlich fehlerhaften und irreführenden Vordruckes zu Abschnitt III. 2.3 (D 1) hinsichtlich der geforderten Referenzen (dazu 1.). Nicht präkludiert ist die Antragstellerin hingegen bezüglich ihrer Rüge des Ausschlusses vom weiteren Vergabeverfahren (dazu 2.) und ihrer am 9. Dezember 2015 erhobenen Rüge hinsichtlich der Mindestanforderungen bezogen auf das Erfordernis der Unterstützung von ITU-TH. 323V2 als sachfremde und unangemessene Eignungsanforderung (dazu 3.) sowie der Rüge hinsichtlich der Mindestanforderungen bezüglich der Eigenerklärung über den Einsatz von Personal mit einer erweiterten Sicherheitsüberprüfung (dazu 4.).

1. Mit ihrer Rüge eines vermeintlich fehlerhaften und irreführenden Vordruckes ist die Antragstellerin gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Diesen vermeintlichen Vergabeverstoß hätte sie bis spätestens zum Ablauf der Teilnahmefrist rügen müssen, denn dieser war für die Antragstellerin bereits aus den Teilnahmeunterlagen - und damit den Vergabeunterlagen im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB - erkennbar.

-
- a) Die Erkennbarkeit ist dabei auf die einen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen und deren rechtliche Bewertung als Vergabeverstoß zu beziehen (Oberlandesgericht Düsseldorf; Beschluss vom 22. Januar 2014-VII Verg 26/13- JurionRS 2014, 13216). Nicht erforderlich ist, dass der Vergabeverstoß positiv erkannt wurde. Maßgeblich ist allein, ob der Verstoß gegen Vergabevorschriften aufgrund der Bekanntmachung oder - wie vorliegend - der Vergabeunterlagen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erkennbar war (Oberlandesgericht Frankfurt; Beschluss vom 16. Februar 2015 - 11 Verg 11/14 - JurionRS 2015, 11977).
- b) Die Antragstellerin hat nach eigenem Vortrag den vermeintlichen Widerspruch zwischen der textlichen Beschreibung des Standards H. 323V2 und der in den Teilnahmeunterlagen in der linken Spalte dargestellten Ankreuzversion erkannt. Insofern bestand für die Antragstellerin Anlass zu einer Nachfrage bei der Vergabestelle. Erkennbare Unklarheiten in einer Leistungsbeschreibung führen - in erster Linie - dazu, dass sich die fachkundigen Bewerber um eine Klärung bemühen müssen. Insoweit traf die Antragstellerin die Obliegenheit zur Nachfrage, um sich zu vergewissern, dass ihr Verständnis mit dem Inhalt der objektiven Teilnahmeunterlagen und den Vorgaben des Antragsgegners übereinstimmt (Oberlandesgericht Frankfurt, Beschluss vom 6. Juni 2013 - 11 Verg 8/13 - JurionRS 2013, 41665), zumal diese auch als Mindestvoraussetzungen formuliert waren und den Ausschluss nach sich ziehen. Eine solche Nachfrage bei Zweifeln über den wirklichen Willen des Auftraggebers ist dem Bewerber auch ohne weiteres zumutbar (Prieß, in: Kulartz / Marx / Portz / Prieß, VOL/A, § 7 RdNr. 60 mit weiteren Nachweisen). Die unterbliebene Nachfrage muss die Antragstellerin gegen sich gelten lassen.
2. Die Antragstellerin hat ihren Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt. Auch wenn die Vergabekammer weiterhin davon ausgeht, dass das Merkmal „unverzüglich“ hinreichend durch die nationale ausdifferenzierte Rechtsprechung konkretisiert ist, soll nach der überwiegenden Rechtsprechung der Oberlandesgerichte bei der Bestimmung des Merkmales „unverzüglich“ ein großzügiger Maßstab angelegt werden. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes sieht die Vergabekammer die innerhalb einer Woche erfolgte Rüge noch als unverzüglich an.
3. Die Rüge vom 9. Dezember 2015 hinsichtlich der Mindestanforderungen bezogen auf das Erfordernis der Unterstützung von ITU - T H. 323 V2 als sachfremd und unangemessen ist ebenfalls noch unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB erfolgt. Für die Vergabekammer steht nämlich nicht zweifelsfrei fest, dass die Antragstellerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt als durch das Gutachten von Professor Gora vom 8. Dezember 2015 tatsächlich erkannt haben soll, dass im Bereich der nichtpolizeilichen Leitstelle keine Bestandsanlagen vorhanden sein sollen, die das Protokoll H. 323V2 zwingend erfordern.

-
4. Ihre Rüge vom 4. September 2014 hinsichtlich der Mindestanforderungen bezüglich der Eigenerklärung über den Einsatz von Personal mit einer erweiterten Sicherheitsüberprüfung ist rechtzeitig erfolgt, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB.
- B. Soweit zulässig, ist der Nachprüfungsantrag jedoch unbegründet. Die Antragstellerin ist durch den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Der Ausschluss des Teilnahmeantrages erfolgte zu Recht, weil er nicht der Leistungsbeschreibung entspricht, § 31 Abs. 2 Nr. 1 VSVgV (dazu III.). Bei dem Standard „H. 323 V2 oder gleichwertig“ handelt es sich nicht um eine Eignungsanforderung und damit auch nicht um eine Mindestanforderung an die Eignung im Sinne des § 21 Abs. 2 VSVgV (dazu I.), sondern um eine technische Anforderung an den Beschaffungs- bzw. Auftragsgegenstand selbst (dazu II), die der Antragsgegner eindeutig und wirksam gefordert hat. Dass die technische Vorgabe nicht als Mindestanforderung der Eignung im Teilnahmewettbewerb gefordert werden kann, hat die Antragstellerin aber nicht gerügt.
- I. Die in den Teilnahmeunterlagen unter der Beschreibung von Referenzobjekten geforderte Angabe des Standards „H. 323 V2“ ist keine Eignungsanforderung gemäß § 21 Abs. 1 VSVgV in Verbindung mit § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB. Im Sinne der vorgenannten Vorschriften werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben. Fachkundig ist ein Bewerber oder Bieter dann, wenn die für die Vorbereitung und Ausführung der ausgeschriebenen Leistung notwendigen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten verfügt, die für die ordnungsgemäße Ausführung des konkreten Auftrags erforderlich sind. Das Kriterium der Fachkunde ist personenbezogen. Der hier geforderte Standard „H. 323 V2 oder gleichwertig“ ist kein personenbezogenes Kriterium, was auch schon aus dem Zusatz „oder gleichwertig“ folgt. Der Standard H. 323 V2 bezieht sich auf Bestandsanlagen des Antragsgegners, die im Bereich der nichtpolizeilichen Leitstellen dieses Protokoll verwenden und mit denen das anzubietende Produkt kompatibel sein soll. Die Anforderung bezieht sich also auf die anzubietende Leistung selbst. Aus demselben Grunde handelt es sich auch bei dieser Vorgabe nicht um das Eignungskriterium „technische Leistungsfähigkeit“.
- II. Aus dem oben Dargelegten folgt, dass der geforderte Standard H. 323 V.2 auch keine Mindestanforderung im Sinne des § 21 Abs. 2 VSVgV sein kann, denn dieser bezieht sich ebenfalls allein auf die Eignung des Bewerbers/Bieters. Die Vergabekammer hat mithin auch nicht zu prüfen, ob die vermeintliche Mindestanforderung „H. 323 V2 oder gleichwertig“ mit dem Auftragsgegenstand im sachlichen Zusammenhang steht und durch ihn gerechtfertigt ist, § 21 Abs. 2 Satz 2 VSVgV.
- III. Bei dem Standard „H. 323 V2 oder gleichwertig“ handelt es sich gemäß § 15 Abs. 2 VSVgV um ein den Beschaffungsgegenstand beschreibendes Element, dass die anzubietende Leistung erfüllen muss.

Die vom Antragsgegner insoweit geforderte Leistung ist eindeutig und wirksam beschrieben. Sie lässt - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - keine unterschiedlichen Auslegungen zu, die aus Sicht eines objektiven Empfängerhorizonts vertretbar sind. Unter Zugrundelegung der im Vergabeverfahren zu modifizierenden Grundsätze der §§ 133, 157 BGB erfolgt die Auslegung der Leistungsbeschreibung nach einem objektiven Empfängerhorizont, der anhand der Sicht eines verständigen, die Ausschreibung bearbeitenden Bewerbers/Bieters zu definieren ist. Dabei ist nicht auf die Sicht eines einzelnen Bieters, sondern aller potenziellen Bewerber oder Bieter zum Zeitpunkt der Bearbeitung der vorliegenden Leistungsbeschreibung (bzw. des Teilnahmeantrags) abzustellen (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 2. Dezember 2014 - 11 Verg 7/14 - JurionRS 2015, 15790, mit weiteren Nachweisen). Darüber hinaus besteht nach der Vergabeordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit keine bestimmte Vorrangregelung hinsichtlich der Vergabeunterlagen, so dass diese als sinnvolles Ganzes auszulegen sind, wobei es letztlich darauf ankommt, an welcher Stelle für den konkreten Einzelfall die präziseste Angabe gemacht wird. Danach ist die Vorgabe in der Bekanntmachung und in den Teilnahmeunterlagen eindeutig und keiner vom Wortlaut abweichenden Auslegung zugänglich. Aus der textlichen Darstellung in der Bekanntmachung und in den Teilnahmeunterlagen (Eigenerklärung über Referenzprojekte gemäß Abschnitt III.2.3) Nummer. (D 1)) ergibt sich aus dem Wortlaut eindeutig, dass die angebotene Leistung das SI-Protokoll nach IETS-RFC 3261 (oder gleichwertig) und ITU -T H. 3232 (oder gleichwertig) unterstützen muss. Sowohl in der Bekanntmachung als auch den Teilnahmeunterlagen hat der Antragsgegner ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Kriterien a) bis d) jeweils vollständig und kumulativ innerhalb der angegebenen Referenz realisiert worden sein müssen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin führt die in den Teilnahmeunterlagen ebenfalls befindliche „Ankreuzversion“ der rechten Spalte, die sich gleich neben der textlichen Darstellung befindet, zu keiner anderen Auslegung. Zwar ist der Antragstellerin zuzugeben, dass die Formatierung hinsichtlich der eingerückten Ankreuzkästchen unglücklich ist und möglicherweise unter Außerachtlassung der zutreffenden textlichen Darstellung des Leistungsgegenstandes missverstanden werden könnte. Im Hinblick darauf, dass - wie die Antragstellerin selbst schriftlich vorträgt und in der mündlichen Verhandlung ebenfalls betont hat - die textliche Darstellung sowohl in der Bekanntmachung als auch in den Teilnahmeunterlagen zutreffend ist, ist diese im Kontext mit der „Ankreuzversion“ zu sehen. Danach ergibt sich ebenfalls keine andere - vertretbare - Auslegung, denn die textliche Darstellung in der linken Spalte ist zutreffend, die verkürzte verbale Fassung der Ankreuzversion ebenfalls, nur die Ankreuzkästchen sind eingerückt, so dass lediglich optisch der Eindruck von einer „Untergruppe“ entstehen könnte.

Soweit die Antragstellerin meint, dass die textliche Darstellung und die „Ankreuzversion“ aus ihrer Sicht nicht in Einklang zu bringen seien, so hätte es ihr obliegen, den Auftraggeber auf die (vermeintlichen) Defizite in den Vergabeunterlagen aufmerksam zu machen und insoweit Aufklärung zu verlangen. Der Bewerber/Bieter darf Unklarheiten und mögliche Widersprüche nicht einseitig im Sinne einer bestimmten Lösung interpretieren (Oberlandesgericht Frankfurt, Beschluss vom 2. Dezember 2014, a.a.O.). Gerade weil die Antragstellerin die textliche Darstellung für zutreffend erachtet, hätte sie sich um Aufklärung der vermeintlich aus der „Ankreuzversion“ ergebenden Widersprüche beim Antragsgegner bemühen müssen.

Auch der Umstand, dass der Antragsgegner überhaupt den Standard H. 323 V2 (oder gleichwertig) gefordert hat, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Nach überwiegender Rechtsprechung steht dem öffentlichen Auftraggeber das Bestimmungsrecht in Bezug auf den Auftragsgegenstand zu und ist dem Vergabeverfahren vorgelagert. Das Vergaberecht regelt demnach nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juni 2014 - Verg 47/13 - JurionRS 2014, 34604, mit weiteren Nachweisen). Einer bestimmten Ermächtigungsgrundlage bedarf die Bestimmung des Auftragsgegenstandes durch den Auftraggeber nicht. Sie ergibt sich zwangsläufig aus der Vertragsfreiheit. Die danach im jeweiligen Fall vorgenommene Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes ist von den Nachprüfungsinstanzen im Ausgangspunkt nicht zu kontrollieren. Die Bieter bzw. die am Auftrag interessierten Unternehmen sind auch nicht dazu berufen, dem Auftraggeber eine von dessen Vorstellungen abweichende Beschaffung, d.h. einen Auftragsgegenstand mit anderen Beschaffungsmerkmalen und Eigenschaften oder anderer Art und Individualität vorzuschlagen oder gar aufzudrängen (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 22. Mai 2013 - VII Verg 16/12 - JurionRS 2013, 39786). Für die Bewerber oder Bieter besteht also kein Anspruch auf Teilnahme an einem Beschaffungsvorgang insoweit, als sie den Ausschreibungsgegenstand mitbestimmen könnten. Der Antragsgegner hat sich dazu entschlossen, dass das die angebotene Software unter anderem den Standard H. 323 V2 (oder gleichwertig) unterstützen muss, weil aufgrund von ihm veranlasster Anfragen nichtpolizeilichen Leitstellen auf diesen Standard angewiesen sind. Diese Erwägungen und die damit verbundene technische Entscheidung durch den Antragsgegner mögen die Antragstellerin vielleicht technisch und wirtschaftlich nicht überzeugen oder ihr unlieb erscheinen, jedoch ist eine solche Entscheidung nicht vergaberechtswidrig. § 15 Absatz 8 VSVgV, der insoweit eine Grenze hinsichtlich der Beschaffungsfreiheit bildet, ist vorliegend nicht einschlägig, weil der Antragsgegner nicht ein bestimmtes Produkt vorgegeben hat. Weitere Einschränkung der Beschaffungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers sieht die Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit nicht vor.

- IV. Der Antragsgegner war auch nicht nach § 31 Abs. 2 Nr. 1 VSVgV berechtigt, dass von der Antragstellerin nicht gesetzte Kreuz in den Teilnahmeunterlagen hinsichtlich des Standards H. 323 V2 nachzufordern. Systematisch steht dieser Ausschlussgrund in unmittelbarem Zusammenhang mit § 22 Abs. 6 VSVgV. Danach können Erklärungen und Unterlagen, die als Nachweis innerhalb des Teilnahmewettbewerbs einzureichen sind und auf Anforderung des Auftraggebers bis zum Ablauf der maßgeblich Frist vorzulegen sind, bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden. Die Teilnahmeunterlagen der Antragstellerin sind jedoch hinsichtlich des fehlenden Kreuzes nicht unvollständig, sondern unzureichend. Hätte der Antragsgegner insoweit nachgefordert, wäre dies ein Nachbessern des Teilhmeantrages, was vergaberechtswidrig ist.
- V. Da das Angebot der Antragstellerin zwingend nach § 31 Abs. 2 Nr. 1 VSVgV auszuschließen ist, ist auf die Rüge der Mindestanforderungen hinsichtlich des Sicherheitsnachweises nicht mehr einzugehen, da dieser Nachweis erst im Falle eines Zuschlags zu führen ist.
- C. Der von der Antragstellerin gestellte Antrag auf weitere Akteneinsicht war abzulehnen. Die Antragstellerin begehrte Akteneinsicht in die Teile der Vergabeakte, die der Antragsgegner zum Nachweis der Erforderlichkeit der von ihm gestellten „Mindestanforderung“ erstellt hatte. Insbesondere bezog sich das Akteneinsichtsbegehren auf die vom Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung zur Akte gegebene Aufstellung derjenigen nichtpolizeilichen Leitstellen, deren Ausstattung eine Kompatibilität des anzubietenden Produktes mit dem Protokoll H. 323 V2 (oder gleichwertig) erfordern. Da es hierauf nicht ankam, da insoweit keine Eignungsanforderung vorlag, hat die Kammer der Antragstellerin Akteneinsicht insoweit verweigert.
- D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin im Verfahren unterlegen ist, trägt sie die Kosten (§ 128 Abs. 3 GWB).
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB unter Berücksichtigung des mit dem Verfahren verbundenen Verwaltungsaufwand. Aus der Auftragswertschätzung des Antragsgegners ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von ██████████ €, sodass eine Gebühr in dieser Höhe festzusetzen war, § 128 Abs. 2 S. 1 GWB.
- III. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner ist angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 2 und 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.

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