



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 33/24

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

— [...],

gegen

[...],

- Antragstellerin -

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene –

wegen der Vergabe „[...]“ hat die 2. Vergabekammer des Bundes [...] im schriftlichen Verfahren am 29. April 2024 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die der Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe „Lieferung von [...]“ im Rahmen eines offenen Verfahrens im Amtsblatt der EU unionsweit bekannt. Das streitgegenständliche Los 2 betrifft die Lieferung von [...].

Das Leistungsverzeichnis (LV) enthält zum Los 2 einen Fragenkatalog, bei dem es ganz überwiegend ausreichte, mit „Ja“ oder „Nein“ zu antworten. Ihrer Funktion nach sind die Fragen von der Ag als Ausschlusskriterien konzipiert, d.h., gab der Bieter an, eines der Kriterien nicht zu erfüllen, sollte dies zwingend zum Ausschluss führen (LV, Los 2, Rn. 2.1).

Die Frage 6.3 des LV lautet wie folgt:

„Dem Angebot liegt eine deutschsprachige Risikobeurteilung gemäß Maschinenrichtlinie in der aktuellen Ausgabe bei. Der Bieter weist mit der Risikobeurteilung nach, dass die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen für Konstruktion und Bau von Maschinen beachtet werden. Ja / Nein“

Der vorstehend zitierte Passus findet sich inhaltsgleich unter der Nr. 8 der „Liste der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen und bereitzustellenden Referenzgeräte“ wieder. Dort ist einleitend ausgeführt:

„Liegen die geforderten Unterlagen der lfd. Nrn. 2 – 12 nicht bestimmungsgemäß bis zum Ablauf der Angebotsfrist vor, können diese nach Ermessen der Vergabestelle gemäß § 56 Abs. 2 VgV nachgefordert werden. Die Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ist gemäß § 56 Abs. 3 VgV jedoch ausgeschlossen.“

Mit „Maschinenrichtlinie“ in Frage 6.3 des LV ist die Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Rates vom 17. Mai 2006 über Maschinen zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG (ABl. EU L 157/24 vom 9. Juni 2006) gemeint. Die Richtlinie ist durch die 9. Verordnung zum Produktsicherheitsgesetz in nationales Recht umgesetzt worden. Der Anhang I der Richtlinie enthält grundlegende Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen für die Konstruktion und den Bau von Maschinen. In der Einleitung zu Anhang I heißt es:

„Der Hersteller einer Maschine oder sein Bevollmächtigter hat dafür zu sorgen, dass eine Risikobeurteilung vorgenommen wird, um die für die Maschine geltenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen zu ermitteln. Die Maschine muss dann unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Risikobeurteilung konstruiert und gebaut werden.“

Anhang VII der Richtlinie zählt die Dokumente auf, welche Bestandteil der technischen Unterlagen sein müssen. Durch diese soll es ermöglicht werden zu beurteilen, ob die betreffende Maschine den Anforderungen der Richtlinie entspricht. Im Abschnitt „A. Technische Unterlagen für Maschinen“ von Anhang VII wird das Verfahren für die Erstellung der technischen Anforderungen beschrieben. Dort ist unter Rn. 1 Folgendes festgehalten:

„1. Die technischen Unterlagen umfassen:

a) Eine technische Dokumentation mit folgenden Angaben bzw. Unterlagen:

-.....

-.....

-.....

-die Unterlagen über die Risikobeurteilung, aus denen hervorgeht, welches Verfahren angewandt wurde; dies schließt ein:

i) eine Liste der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen, die für die Maschine gelten,

ii) eine Beschreibung der zur Abwendung ermittelter Gefährdungen oder zur Risikominderung ergriffenen Schutzmaßnahmen und gegebenenfalls eine Angabe der von der Maschine ausgehenden Restrisiken, ...“

Zuschlagskriterien sind die Technik (60 %) und die Kosten (40 %).

Die Antragstellerin (ASt) gab innerhalb der Angebotsabgabefrist ein Angebot ab. Ihrem Angebot legte sie eine als „Herstellereklärung zur Risikobeurteilung gemäß Maschinenrichtlinie 2006/42/EG Anhang I“ bezeichnete Erklärung bei, in welcher der Hersteller der von ihr angebotenen [...], ein Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU, ausführte:

„Ergänzend zu unserer EU-Konformitätserklärung für unsere [...] des Typs..... (Anm.: Geschäftsgeheimnis) bestätigen wir, dass unser Unternehmen, die(Anm.:

Geschäftsgeheimnis) ein Risikomanagementsystem als festen Bestandteil unseres gemäß ISO 9001:2015 zertifizierten Qualitätsmanagementsystems unterhält. Das Risikomanagementsystem erfasst alle in unserem Haus entwickelten, gefertigten und in den Verkehr gebrachten [...] der.....(Anm.: Geschäftsgeheimnis). Eine Risikobeurteilung innerhalb unseres Risikomanagementsystems erfolgt in Übereinstimmung mit den relevanten Maßgaben gemäß Maschinenrichtlinie 2006/42/EG Anhang I.“

Mit Schreiben vom 14. März 2024 informierte die Ag die ASt darüber, deren Angebot sei nach § 57 Abs. 1 VgV auszuschließen. Die von der ASt vorgelegte Erklärung des Herstellers sei als Risikobeurteilung weder vollständig noch ausreichend. Frage 6.3 des LV zufolge seien die Bieter aufgefordert gewesen, eine Risikobeurteilung nach der Maschinenrichtlinie vorzulegen. Dem Anhang VII, Teil A der Maschinenrichtlinie zufolge müsse eine Risikobeurteilung zum einen eine Liste der für die Maschine geltenden grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen beinhalten, zum anderen eine Beschreibung der zur Abwendung ermittelter Gefährdungen oder zur Risikominderung ergriffenen Schutzmaßnahmen und ggf. eine Angabe der von der Maschine ausgehenden Restrisiken. Das von der ASt eingereichte Dokument genüge dem nicht; darin werde lediglich ausgeführt, dass der Hersteller ein Risikomanagement betreibe. Seien die Voraussetzungen des Ausschlusskriteriums 6.3. des LV nicht erfüllt, sei der Ausschluss des Angebots geboten. Eine Nachforderung fehlender Unterlagen komme vorliegend nicht in Betracht. Beabsichtigt sei daher, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) zu erteilen.

Hiergegen wandte die ASt sich mit Schreiben vom 18. März 2024. Ihrer Ansicht nach habe sie den Nachweis der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen der angebotenen Maschine erbracht. Aus der eingereichten Herstellererklärung sei hervorgegangen, dass die Risikobeurteilung nach Maßgabe der Vorgaben in Anhang I der Maschinenrichtlinie ein fester Bestandteil des Risikomanagementsystems des nach ISO 9001:2015 zertifizierten Herstellers sei. Darüber hinaus enthalte die mit dem Angebot eingereichte EU-Konformitätserklärung die Erklärung, das angebotene Gerät entspreche den Vorgaben der Maschinenrichtlinie. Außerdem gehe aus Art. 7 Abs. 1 der Maschinenrichtlinie hervor, dass mit der CE-Kennzeichnung in Verbindung mit der EG-Konformitätserklärung die Konformität mit den Bestimmungen der Richtlinie als gegeben zu betrachten sei. Unabhängig davon habe die Ag gem. § 56 Abs. 2 VgV ihr Ermessen dahingehend auszuüben, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene

Unterlagen nachzufordern. Schließlich wies die ASt darauf hin, dass sie in einem früheren und in einem aktuellen Vergabeverfahren eine vergleichbare Herstellererklärung vorgelegt habe, ohne dass dies von der Ag beanstandet worden wäre; daher habe die ASt darauf vertraut, dass die im streitgegenständlichen Vergabeverfahren abgegebene Erklärung ebenfalls als ausreichend erachtet würde.

Dem Vorbringen half die Ag in einem Schreiben vom 25. März 2024 nicht ab.

2. Mit einem am 4. April 2024 per Post bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz vom 29. März 2024 beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Den Antrag übermittelte die Vergabekammer der Ag am 4. April 2024.
 - a) Die ASt trägt vor, sie habe dem Angebot eine Herstellererklärung zur Risikobeurteilung vorgelegt, aber bewusst nicht die in Frage 6.3 des LV geforderte Risikobeurteilung als solche. Weder der Betreff der Herstellererklärung noch deren inhaltlichen Ausführungen ließen den Schluss zu, die ASt habe eine Risikobeurteilung abgeben wollen. Daran ändere auch nichts der Umstand, dass sie die Frage 6.3 des LV mit „Ja“ beantwortet habe. Die Antwort „Ja“ bedeute nicht zwangsläufig, dass die Risikobeurteilung auch tatsächlich vorgelegt worden sei. Da die geforderte Risikobeurteilung folglich physisch nicht vorgelegen habe, hätte die Ag diese nach § 56 Abs. 2 VgV nachfordern können.

Mit der Vorlage der Herstellererklärung habe die ASt vielmehr die Absicht verfolgt, den in Frage 6.3 des LV geforderten Nachweis auf eine andere, alternative Weise zu erfüllen, als gerade durch die Vorlage einer Risikobeurteilung.

Im Übrigen habe die ASt der Ag eine gleichlautende Herstellererklärung in einem früheren und auch in einem aktuellen Vergabeverfahren vorgelegt, was von dieser nicht beanstandet worden sei. Aufgrund dieser Vorerfahrung habe sie darauf vertrauen dürfen, dass die Ag die Herstellererklärung als ausreichende Erklärung akzeptieren würde.

Die ASt beantragt sinngemäß,

ein Nachprüfungsverfahren gegen die Entscheidung der Ag einzuleiten.

- b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und
2. der ASt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen.

Nach Ansicht der Ag ist der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die Ag habe davon ausgehen können, dass das von der ASt dem Angebot beigefügte Dokument „Herstellererklärung zur Risikobeurteilung“ dazu gedient habe, die gem. Frage 6.3 des LV geforderte Risikobeurteilung beizubringen. Aus Sicht der Ag habe sich das nicht nur aus der Bezeichnung der elektronischen Datei („Herstellererklärung Risiko“) ergeben, sondern auch aus der bestätigenden Antwort der ASt („Ja“) auf die Frage in Rn. 6.3 des LV, ob die Risikobeurteilung vorgelegt werde. Die von der ASt vorgelegte Herstellererklärung genüge jedoch nicht den Anforderungen an die Risikobeurteilung, wie sie in Anhang VII, Teil A der Maschinenrichtlinie ihren Niederschlag gefunden hätten

Habe die ASt somit eine „falsche“ Unterlage dem Angebot beigefügt, komme eine Nachforderung nicht in Betracht. Ein Dokument sei „fehlend“ im Sinne des § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV, wenn es physisch nicht vorhanden, nicht lesbar oder sonst nicht wahrnehmbar sei. Vorliegend habe jedoch ein Dokument, die Herstellererklärung zur Risikobeurteilung, physisch vorgelegen.

Ein Dokument sei „unvollständig“ im Sinne dieser Norm, wenn es nur teilweise physisch vorliege, nur teilweise lesbar bzw. sonst wahrnehmbar sei. Diese Situation sei vorliegend ebenfalls nicht gegeben.

Auch ein „fehlerhaftes“ Dokument im Sinne dieser Norm liege nicht vor. Ein Dokument sei fehlerhaft, wenn es zwar physisch vollständig vorliege, aber den inhaltlichen Anforderungen der Vergabeunterlagen nicht entspreche. Da dem Bieter nicht die Möglichkeit eröffnet werden solle, unzureichende Unterlagen inhaltlich nachzubessern, gehe es insoweit vielmehr um die Behebung offensichtlicher Unrichtigkeiten (Schreibfehler o.ä.). Das von der ASt vorgelegte Dokument weise jedoch keine bloßen Schreibfehler oder unklare Angaben auf, sondern sei inhaltlich defizitär.

Soweit die ASt sich darauf berufe, in anderen Vergabeverfahren ein inhaltsgleiches Dokument vorgelegt zu haben, verkenne sie, dass es keinen Anspruch auf Wiederholung

eines Fehlers der öffentlichen Verwaltung gebe. Im Übrigen sei die ASt in einem zeitgleich stattfindenden weiteren Vergabeverfahren aufgrund der Vorlage einer Herstellererklärung anstelle der geforderten Risikobeurteilung ebenfalls ausgeschlossen worden.

Da bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV nicht erfüllt seien, komme es nicht mehr darauf an, ob – auf der Rechtsfolgenseite – alleine eine Nachforderung der Unterlage ermessensfehlerfrei gewesen sei.

- c) Die mit Beschluss vom 9. April 2024 zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Bg hat sich während des Nachprüfungsverfahrens nicht geäußert.
3. Die Vergabekammer hat nach Lage der Akten entschieden, nachdem die ASt und Ag auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet haben, die ASt auf die zunächst erfolgte Ladung hin erklärte, nicht zum Verhandlungstermin zu erscheinen und die Bg sich auf Nachfrage der Vergabekammer hinsichtlich eines Verzichts (§ 166 Abs. 1 Satz 3 GWB) nicht geäußert hat.

In einem Schreiben vom 19. April 2024 an die Verfahrensbeteiligten hat die Vergabekammer Bedenken hinsichtlich der Frage zum Ausdruck gebracht, ob sich aus Frage 6.3 des LV hinreichend deutlich ergebe, welche Anforderungen an die vorzulegende Risikobeurteilung zu stellen seien. Die Frage stelle sich deshalb, weil in Frage 6.3 des LV pauschal und ohne nähere Angaben auf die Maschinenrichtlinie verwiesen werde. Die Ag nahm hierzu fristgemäß mit Schriftsatz vom 24. April 2024 Stellung. Den Ausführungen der Ag zufolge war für einen fachkundigen Erklärungsempfänger erkennbar, dass die in Anhang VII, Teil A der Maschinenrichtlinie genannten Mindestanforderungen erfüllt sein müssen. Dies habe sie der ASt auch in der Antwort auf das Rügevorbringen mitgeteilt.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die elektronische Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird verwiesen.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Der Nachprüfungsantrag betrifft einen der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnenden öffentlichen Auftrag oberhalb der für die EU-weite Vergabe einschlägigen Auftragschwellenwerte. Die ASt ist antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Ihr Interesse an dem ausgeschriebenen Auftrag hat sie durch die Abgabe eines Angebots und die Rügeerhebung hinreichend dokumentiert. Sollte der Ausschluss – den Vortrag der ASt als richtig unterstellt – zu Unrecht erfolgt sein, käme das Angebot der ASt nach der vorliegenden Angebotswertung für eine Zuschlagserteilung in Betracht. Der ASt droht daher durch den Angebotsausschluss die Entstehung eines Schadens.

Die ASt hat ihren Rügeobliegenheiten genügt. Mit einem Schreiben vom 18. März 2024 wandte die ASt sich gegen den ihr mit Informationsschreiben vom 14. März 2024 mitgeteilten Ausschluss ihres Angebots. Die Frist von 10 Kalendertagen gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB wurde demnach gewahrt.

Die Rügezurückweisung erfolgte mit Schreiben vom 25. März 2024. Der mit Schriftsatz vom 29. März 2024 gestellte und bei der Vergabekammer am 4. April 2024 auf dem Postweg eingegangene Nachprüfungsantrag genügte daher der 15-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die Ag hat das Angebot der ASt zu Recht nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV mit der Begründung ausgeschlossen, dass dem Angebot nicht sämtliche geforderten Unterlagen beigelegt haben.

a) Grundlegende Voraussetzung für einen Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV wegen des Fehlens geforderter Unterlagen ist, dass die betreffenden Unterlagen in den Vergabeunterlagen wirksam gefordert worden sind. Insoweit besteht für den Auftraggeber die Verpflichtung, die Vergabeunterlagen so klar und eindeutig zu formulieren, dass die Bieter diesen sicher und zweifelsfrei entnehmen können, welche genauen Unterlagen wann einzureichen sind. Vergabeunterlagen sind entsprechend §§ 133/157 BGB aus der Sicht eines objektiven, mit dem Sachverhalt vertrauten Erklärungsempfängers auszulegen, vorliegend also aus der Sicht eines mit der Herstellung bzw. dem Vertrieb der ausgeschriebenen [...] befassten Unternehmens. Verbleiben jedoch auch nach Auslegung

Unklarheiten und Widersprüche, gehen diese zulasten des öffentlichen Auftraggebers (vgl. jurisPK, § 56 VgV Rn. 47, unter Hinweis auf OLG München v. 30.11.2020 - Verg 6/20.). Von diesen Grundsätzen ausgehend ist festzustellen:

Frage 6.3 des LV zielt darauf ab zu klären, ob dem Angebot eine "deutschsprachige Risikobeurteilung gemäß Maschinenrichtlinie in der aktuellen Ausgabe" beigelegt worden ist". Mit der Risikobeurteilung, so der weitere Text von Frage 6.3 des LV, sollte der Bieter nachweisen, dass "die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen für Konstruktion und Bau von Maschinen beachtet wurden."

Welche Anforderungen an eine Risikobeurteilung zu stellen sind und welche grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen für Konstruktion und Bau von Maschinen gelten, ergibt sich aus der EG-Maschinenrichtlinie, resp. Art. 5 Abs. 1 lit. a) und lit. b) in Verbindung mit Anhang I und Anhang VII. Auf beide nimmt § 3 Abs. 2 Nr. 1 und 2 der Neunten Verordnung zum Produktsicherheitsgesetz (Maschinenverordnung) ausdrücklich Bezug.

Anhang I formuliert den allgemeinen Grundsatz, dass Hersteller einer Maschine dafür zu sorgen haben, dass eine Risikobeurteilung vorgenommen wird, um die für die Maschine geltenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen zu ermitteln. Die Maschine muss unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Risikobeurteilung konstruiert und gebaut werden. Die in Anhang I aufgeführten grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen sind bindend (vgl. Allgemeine Grundsätze, Rn. 3), obgleich teilweise vergleichsweise abstrakt formuliert.

Mit den von den Herstellern vor dem Inverkehrbringen und/oder der Inbetriebnahme zu erstellenden „Technische Unterlagen für Maschinen“ befasst sich Anhang VII, Teil A der Maschinenrichtlinie. Als zu den erforderlichen technischen Unterlagen gehörend werden dort unter Rn. 1 a) auch Unterlagen über die Risikobeurteilung aufgeführt.

Aus Sicht eines mit der Herstellung und/oder dem Vertrieb von Röntgengeräten vertrauten Unternehmens war daher erkennbar, welche Anforderungen an die Risikobeurteilung zu stellen waren. Etwaige Unklarheiten hinsichtlich der Auslegung der vorzulegenden Unterlagen hätte die ASt, die Maschinen fremder Hersteller vertreibt, im Wege einer Bieteranfrage aufklären können. Dies hat sie – wie auch die anderen Bieter – jedoch unterlassen. Dass der ASt die an eine Risikobeurteilung gestellten Anforderungen vertraut

waren, ergibt sich mittelbar auch daraus, dass die ASt, eigenen Angaben zufolge, sich an anderen Vergabeverfahren mit vergleichbaren Anforderungen beteiligt hat. Im Übrigen lassen die Ausführungen der ASt während des Nachprüfungsverfahrens erkennen, dass dieser durchaus bewusst war, welchen Inhalt die von der Ag geforderten Unterlagen haben sollten. So führt die ASt in ihrem Schriftsatz vom 16. April 2024, aus (vgl. Seite 2, 2. bis 3. Absatz):

“Die Behauptung der Antragsgegnerin..... weisen wir zurück.das eingereichte Dokument verfügt über keine inhaltlichen Defizite, es ist schlicht keine Risikobeurteilung. Unsere Intention war, mit der vorgelegten “Herstellererklärung zur Risikobeurteilung” den in Nummer 6.3 geforderten Nachweis der Beachtung der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen.....auf andere Weise zu erbringen als durch Vorlage einer Risikobeurteilung. Es war klar erkennbar nie das Ziel, die eingereichte Herstellererklärung zur Risikobeurteilung als die geforderte Unterlage “Risikobeurteilung” zu qualifizieren; sie diente als alternative Nachweisform.”

Die ASt hat im übrigen ihrerseits nicht geltend gemacht, dass die fragliche Anforderung nicht klar gewesen sei; eine entsprechende Aufklärungsfrage wurde von der Vergabekammer insbesondere an die Ag adressiert. Die ASt hat in diesem Kontext ebensowenig vorgetragen, dass es Unklarheiten bezüglich der Anforderung gegeben habe. Somit steht fest, dass die Anforderung, dem Angebot eine “Risikobeurteilung gemäß Maschinenrichtlinie” beilegen zu müssen, für die fachkundigen Bieter zweifelsfrei war, die Ag diese Risikobeurteilung mithin wirksam gefordert hat.

- b) Die ASt hat die wirksam geforderte Risikobeurteilung ihrem Angebot nicht beigefügt, so dass ein Angebotsausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV geboten war.

Die vorstehend unter 2. a) zitierten Ausführungen der ASt machen deutlich, dass dieser bewusst war, keine Risikobeurteilung, sondern eine “alternative Nachweisform” vorgelegt zu haben, mit welcher die Vorgabe aus Ziff. 6.3 des LV bedient werden sollte. Die Möglichkeit, eine “alternative Nachweisform” zu erbringen, war in Frage 6.3 des LV nicht eröffnet; Formulierungen, wie “oder vergleichbar”, die Raum für eine “alternative Nachweisform” hätten eröffnen können, fehlen in Frage 6.3 des LV.

Die Möglichkeit der Zulassung einer alternativen Nachweisform dürfte in Bezug auf den Nachweis zur Risikobeurteilung auch in der Sache nicht eröffnet sein. In den bereits

erwähnten Regelungen der Maschinenrichtlinie (Art. 5 Abs. 1 lit. a und b) sowie in der Maschinenverordnung (§ 3 Abs. 2 Nr. 2) werden die Hersteller oder ihre Bevollmächtigten verpflichtet, sicherzustellen, dass die Maschinen den in Anhang I der Maschinenrichtlinie aufgeführten Vorgaben entsprechen, und dass die in Anhang VII, Teil A der Maschinenrichtlinie genannten technischen Unterlagen verfügbar sind. Die Sicherstellung der Verfügbarkeit der in Anhang VII, Teil A der Maschinenrichtlinie genannten technischen Unterlagen durch die Hersteller oder ihre Bevollmächtigten ist sogar mit einem Bußgeld bewehrt (§ 8 Nr. 1 Maschinenverordnung). Die Maschinenrichtlinie verlangt das Vorhandensein der Risikobeurteilung somit zwingend.

- c) Der Ag ist auch darin beizutreten, dass eine Nachforderung der fehlenden Risikobeurteilung nicht in Betracht kommt.

Eine geforderte Unterlage fehlt im Sinne des § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV, wenn sie entweder körperlich nicht vorhanden ist oder so schwere äußere Mängel aufweist, dass sie für den vorgesehenen Zweck unbrauchbar ist (jurisPK § 56 VgV, Stand: 31.5.2023, Rn. 54 ff.) Eine Unterlage fehlt jedoch nicht, wenn sie - wie vorliegend - körperlich vorhanden und auch vollständig ist, ihr Inhalt aber nicht den Erklärungs- oder Beweiswert hat, den die Unterlage nach den Vorgaben des Auftraggebers haben sollte (jurisPK, a.a.O.). So liegt es hier. Die ASt hat anstelle der geforderten Risikobeurteilung eine "Herstellererklärung" abgegeben, die nicht den gesetzlichen Vorgaben der Maschinenrichtlinie mit den dort vorgesehenen Inhalten entspricht.

Ein Fall der „unvollständigen“ Unterlage im Sinne des § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV liegt ebenfalls nicht vor. Eine Unterlage ist unvollständig, wenn sie nicht den physischen Umfang hat, den sie haben sollte (jurisPK, a.a.O. Rn. 55). Im vorliegenden Fall war die von der ASt eingereichte Herstellererklärung vollständig.

Ferner liegt kein Fall der "fehlerhaften Unterlagen" vor. Hiervon könnte ausgegangen werden, wenn die eingereichte Unterlage offensichtliche Unrichtigkeiten, wie z.B. Schreibfehler, enthalten würde. Das ist vorliegend nicht der Fall. Basierend auf den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz ist die Norm eng auszulegen, d.h. eine nachträgliche Änderung der Angebote ist nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH unzulässig (jurisPK, a.a.O. Rn. 58 m.w.N.). Es wurde hier schlicht ein falscher Nachweis vorgelegt, mit dem die Vorgabe aus Frage 6.3 des LV bedient werden sollte.

- d) Scheidet nach alledem eine Nachforderung der Risikobeurteilung auf der Grundlage des § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV aus, kommt ein Anspruch der ASt auf Nachforderung durch die Ag aus anderen Gründen, insbesondere aus Gründen des Vertrauensschutzes, nicht in Betracht.

Die ASt weist darauf hin, in einem früheren Vergabeverfahren eine inhaltsgleiche Herstellererklärung beigebracht zu haben, ohne dass dies von der Ag beanstandet worden sei. Sie sei daher davon ausgegangen, dass die Ag den "alternativen Nachweis" akzeptieren würde.

Es kann dahingestellt bleiben, ob und ggf. aus welchem Grund die ASt in einem früheren Verfahren den "alternativen Nachweis" akzeptiert haben könnte; es können im vorliegenden Nachprüfungsverfahren nicht inzidenter andere, in der Vergangenheit liegende Vergabeverfahren aufgearbeitet werden.

Im vorliegenden Vergabeverfahren hat die Ag, wie vorstehend ausgeführt, die Anforderungen an die Risikobeurteilung deutlich gemacht. Hiervon ist die ASt mit Vorlage der Herstellererklärung bewusst und gewollt abgewichen. Auch wenn Vertrauensschutzgesichtspunkte nach § 242 BGB dem Vergaberecht nicht fremd sind (vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2022 - Verg 25/21 zum Wiedereintritt in die Eignungsprüfung nach abgeschlossenem Teilnahmewettbewerb) und im Einzelfall dazu führen können, dass ein öffentlicher Auftraggeber eine bisher gelebte Verwaltungspraxis, auf welche die Bieter sich einstellen durften und eingestellt haben, nicht ohne Vorankündigung abändern darf (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.05.2021 - Verg 13/21 m.w.N.), so hat die ASt hier bereits keine ausreichenden Anknüpfungstatsachen für eine entsprechende kontinuierliche Verwaltungspraxis der Ag in ihrem Sinne dargelegt. Die Ag hat im Gegenzug zum Vortrag der ASt darauf hingewiesen, ein aktuelles Angebot der ASt in einem anderen Vergabeverfahren bei vergleichbarem Sachverhalt ebenfalls ausgeschlossen zu haben. Im Übrigen kann ein Rechtsanspruch darauf, dass eine bislang praktizierte Verwaltungspraxis aus Vertrauensschutzgesichtspunkten aufrecht erhalten wird, dann schwerlich greifen, wenn diese Verwaltungspraxis rechtswidrig war; dies würde zu einer Aushebelung des gesetzlichen Vergaberechts, das auf EU-Vorgaben zurückgeht, führen. Einen Rechtsanspruch dahin, dass eine Behörde einen als solchen erkannten Fehler wiederholt, erkennt die Rechtsordnung allgemein nicht an.

e) Im Übrigen könnte das Fehlen einer Risikobeurteilung auch bei der Prüfung der Bieterreignung relevant sein. Wie oben sub 2.b) ausgeführt, ist das Vorhandensein der Risikobeurteilung eine zwingende Vorgabe; Verstöße sind bußgeldbewehrt. Da die ASt - nach eigenem Vortrag – nicht nur im streitgegenständlichen Vergabeverfahren anstelle einer Risikobeurteilung einen “alternativen Nachweis” vorgelegt hat, könnte dies darauf hindeuten, dass der Hersteller der von der ASt angebotenen Maschine bislang keine richtlinienkonforme Risikobeurteilung erstellt hat. Auf den Aspekt, dass manche Hersteller aus Kostengründen die gesetzliche Risikobeurteilung nicht vornehmen, hat die Ag in ihrer Stellungnahme zur Aufklärungsfrage in allgemeiner Form hingewiesen. Hierin könnte ein Verstoß gegen die zwingenden Vorgaben der Maschinenrichtlinie liegen.

Im Ergebnis hat die Ag daher das Angebot der ASt zu Recht ausgeschlossen. Der Nachprüfungsantrag ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, 2 und 3 S. 1 sowie Abs. 4 S. 1, 2 GWB.

Die ASt trägt als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag gemäß § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB. Da die Bg sich nicht aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, entspricht es nicht der Billigkeit, der ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen, denn die Bg hat kein Kostenrisiko auf sich genommen.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - einzulegen.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer 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 sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

[...]

[...]