



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 63/24

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

Verfahrensbevollmächtigte:

- Antragstellerin -

[...]

gegen

[...]

Verfahrensbevollmächtigte:

- Antragsgegnerin -

[...]

wegen der „Rahmenvereinbarung zur Lieferung von [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die [...] auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juli 2024 am 7. August 2024 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, das Vergabeverfahren zurückzuversetzen und auf Basis entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer korrigierter Vergabeunterlagen neue Angebote einzuholen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Antragsgegnerin und Antragstellerin tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) je zur Hälfte.
3. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen von Antragstellerin und Antragsgegnerin werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) veröffentlichte am [...] die beabsichtigte Vergabe einer Rahmenvereinbarung zur Lieferung von [...] im Rahmen eines offenen Verfahrens. Der Rahmenvertrag hat eine Laufzeit von 2 Jahren, beginnend am 1. Oktober 2024, die zwei Mal um jeweils ein Jahr verlängert werden kann.

Die geschätzte Liefermenge umfasst insgesamt 2.340 [...] nebst Zubehör (Erstausstattung mit Werkzeug und Zubehör), die für den professionellen Einsatz im Bereich der Bundesforstverwaltung bestimmt sind. Vorgesehen sind [...] in vier verschiedenen Ausführungen, d.h. klein, mittel 1, mittel 2, und groß. Im Leistungsverzeichnis (LV) sind die Geräte wie folgt beschrieben:

- [...] oder gleichwertig,
- [...] oder gleichwertig,
- [...] oder gleichwertig,
- [...] oder gleichwertig.

Bei den Produktbezeichnungen handelt es sich um solche des Herstellers [...]. Die im LV angegebenen technischen Werte der [...], wie z.B. Hubraum, Ausgangsleistung, Abgasemissionen oder Schalldruckpegel, spiegeln diejenigen der entsprechenden Geräte des Herstellers [...] wider. Zu dem Produkt [...] etwa finden sich in der Beschreibung folgende Angaben:

Hubraum: 50,2 cm³

Ausgangsleistung: 3 / 4,1 kW/PS

Abgasemissionen: max. 705 g/kWh

Gewicht (ohne Schneideausrüstung): max. 4,9 kg

Schalldruckpegel am Ohr der Bedienperson: max. 105 dB (A)

Schallleistungspegel, LWA: 116 dB (A)

Äquivalenter Vibrationswert (ahv, eq), links: max. 3,5 m / s²

Vibrationswert (ahv, eq), rechts: max. 3,5 m / s²

KWF-Profi-Zertifizierung

In der Leistungsbeschreibung (Rn 2.2) wird zum KWF-Profi Zertifikat ausgeführt:

„Produktbeschaffenheit: Produkte mit dem KWF-Profi-Zertifikat zeichnen sich unter anderem durch besondere Tauglichkeit im forstlichen Profibereich und Langlebigkeit aus und werden durch das Kuratorium für Walddarbeut und Forsttechnik e.V. (KWF) in der Praxis getestet. Außerdem muss das Produkt bei den folgenden Parametern wie Vibration und Lärm gleiche oder niedrigere Werte aufweisen und ein mind. gleiches oder geringeres Gewicht haben. Dies muss durch technische Datenblätter des Herstellers oder Prüfberichte einer anerkannten Stelle nachgewiesen werden, die bei Angebotsabgabe mit einzureichen sind (siehe Anlage B-08).“

Im Vergabevermerk wird unter Rn. 9 – Produktneutralität, § 31 Abs. 6 VgV, ausgeführt:

„Produktverweis, da sonst nicht verständlich beschreibbar, mit Zusatz „oder gleichwertig“.

[...] Firma [...] oder gleichwertig.

Begründung für Produktvorgabe: In Vorbereitung auf die Leistungsbeschreibungwurden zunächst Motor[...]modelle identifiziert, die zertifiziert sind. Dies erfolgte über die Datenbank des KWF.....Im Ergebnis gibt es im Bereich der Benzin-Motor[...] 18 Modelle der Firma [...] und [...], welche das „KWF-Profi“ Zertifikat aufweisen und für den Profi-Bereich ausgewiesen sind.Mit Praktikern wurden daraus in einem Präsenztermin am 14.02.2023 wiederum Modelle ausgewählt, die für das Einsatzgebiet bei Bundesforst aufgrund von Erfahrungswerten besonders geeignet sind. Im Ergebnis kamen 5 [...] in die Auswahl.....Zwei [...] im leichten Segment ([...]/[...]), zwei im mittleren ([...]/[...]) und eine im starken Segment ([...]). Für die Entscheidung, welche Modelle durch den Arbeitgeber bereitgestellt werden, ist jedoch nicht nur maßgeblich, dass [...] und Geräte ein optimales Einsatzspektrum aufweisen, sondern in besonderem Maße Aspekte des Arbeits- und Gesundheitsschutzes. Dem Arbeitgeber obliegt es laut Arbeitsschutzgesetz die „Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Arbeit durch Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu sichern und zu verbessern (ArbSchG § 1 Abs. 1).....Ein Vergleich der Modelle zeigt, dass die [...] von [...] im vergleichbaren Segment deutlich niedrigere Werte im Bereich Vibration und Lärm aufweisen und zudem ein geringeres Gewicht haben. Aus Gründen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes ist aus unserer Sicht eine Nennung der Produktbezeichnung gerechtfertigt, zumal u.a. die maximal zulässigen Lärm-/Vibrationswerte sowie die Abgasemissionen und das Gewicht Bestandteil der Leistungsbeschreibung werden. Dem Bieter wird der Nachweis ermöglicht, dass seine Produkte mit denen von [...] gleichwertig sind.....“

Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen.

Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis. Die Angebotsabgabefrist endete am 24. Juni 2024.

Die Antragstellerin (ASt) gab kein Angebot ab.

Die ASt gehört einem international tätigen Konzern an, der Geräte und Ausrüstungen für Arbeiten im Wald, Park und Garten herstellt und vertreibt, darunter auch die streitgegenständlichen Motor[...].

Mit Schreiben vom 28. Mai 2024 erhab die ASt eine Rüge, in der sie im Wesentlichen bemängelte, dass die Ausschreibung auf die Produkte des Herstellers [...] beschränkt sei. Außerdem forderte sie, eine Losvergabe zu ermöglichen ohne dies näher zu begründen.

Die Ag lehnte es in einem Schreiben vom 4. Juni 2024 ab, dem Rügevorbringen abzuheften. Sie machte geltend, vor der Bekanntmachung eine umfassende Marktanalyse durchgeführt zu haben. Wesentliches Ergebnis der Marktanalyse sei gewesen, dass für die vorgesehenen Einsatzgebiete fünf Motor [...] unterschiedlicher Segmente (leicht/mittel/stark) und verschiedener Hersteller in die engere Auswahl gekommen seien. Neben den technischen Aspekten sei die Ag jedoch gehalten, auch Aspekte des Arbeits- und Gesundheitsschutzes bei der Auswahl zu berücksichtigen. Eine interne Gefährdungsbeurteilung der Ag im Bereich Bundesforst zu allgemeinen Gefährdungen bei forstwirtschaftlichen Tätigkeiten lege in den Kriterien „Lärm“ und „Hand-Arm-Vibrationen“ fest, dass die einzusetzenden Arbeitsmittel über einen möglichst geringen Lärmpegel verfügen sollen, und auch die Vibrationseigenschaften zu berücksichtigen sind. Ein Vergleich der identifizierten Produkte habe ergeben, dass für die benannten Produkte deutlich niedrigere Werte im Bereich Vibration und Lärm bei geringem Gewicht festgestellt worden seien. Somit sei der Produktverweis durch den Auftragsgegenstand „aus Gründen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes gerechtfertigt.“ Eine Diskriminierung anderer Anbieter werde durch die Möglichkeit verhindert, ein KWF-Profi-Zertifikat nebst entsprechender technischer Datenblätter des Herstellers oder Prüfberichte einer anerkannten Stelle vorzulegen. Die von der ASt in ihrem Rügeschreiben vorgeschlagene Fachlosbildung lehnte die Ag mit dem Argument ab, dass sich hierfür keine entsprechenden Anbietermärkte gebildet hätten. Eine Bildung von Teillosen erscheine mit Blick auf die einheitliche Handhabung bei Bezug, Wartung und Gewährleistung sowie des insgesamt mittelstandsgerechten Liefervolumens als nicht erforderlich.

2. Mit einem am 19. Juni 2024 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag.

a) Die ASt meint, die erforderliche Antragsbefugnis sei gegeben. Sie habe ein Interesse am Auftrag, werde aber durch die produktspezifischen Vorgaben an einer Angebotsabgabe gehindert. Dadurch drohe ihr die Entstehung eines Schadens. Hätte die Ag davon abgesehen,

Maximalwerte vorzusehen, die denjenigen der [...] Produkte entsprechen, hätte sie ein Angebot abgeben können. Denn die ASt sei in der Lage, KWF-zertifizierte Produkte anzubieten.

Mit ihrem gegen die unterlassene Fachlosbildung gerichteten Vorbringen sei die ASt nicht präkludiert. Zutreffend sei zwar, dass die zum Zeitpunkt der Rügeerhebung noch nicht anwaltlich vertretene ASt eine Fachlosbildung nicht explizit gefordert habe. Aus dem Umstand, dass die Ag in dem Antwortschreiben vom 4. Juni 2024 ausführlich dazu Stellung genommen, aus welchen Gründen auf eine Fach- und Teillosbildung verzichtet worden sei, gehe aber hervor, dass die Ag das Anliegen der ASt verstanden und hierauf auch reagiert hat.

Richtig sei, dass die ASt das KWF-Zertifikat als solches nicht isoliert gerügt habe. Das sei aber auch nicht erforderlich gewesen. Eine KWF-Zertifizierung sei nur bei Produkten verlangt worden, die nicht dem Leitfabrikat entsprächen. Die darin liegende Diskriminierung habe die ASt gerügt.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die Ag habe zu Unrecht von einer Fachlosaufteilung abgesehen. Die Ag hätte für jede Leistungsklasse (klein/mittel/groß) ein eigenes Fachlos bilden können und müssen. Wirtschaftliche oder technische Gründe, die einer Fachlosbildung entgegenstehen könnten, seien nicht ersichtlich.

Die Ag habe gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verstößen. Die Voraussetzungen der Ausnahmeverordnung des § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV lägen nicht vor. Die von der Ag in den Vergabeunterlagen angegebenen technischen Leistungsdaten wiesen teilweise starre Grenzwerte auf, die nur von [...] Produkten eingehalten werden könnten. Soweit dort die Formulierung „max.“ verwendet worden sei, wie z.B. bei den Abgasemissionen, handele es sich um zwingend einzuhaltende Obergrenzen. Für die von der Ag vertretene Ansicht, dass Unter- oder Überschreitungen der Grenzwerte zulässig seien, sofern eine KWF-Zertifizierung vorgelegt werde, hätten sich aus den Vergabeunterlagen keine Anhaltspunkte ergeben. Ggf. seien die Vorgaben in den Vergabeunterlagen unklar.

Die Ag berufe sich zwar auf Aspekte des Arbeits- und Gesundheitsschutzes. Aufgrund welcher Erwägungen die Ag die Grenzwerte festgelegt habe, ergebe sich aber nicht aus den Vergabeunterlagen. In der Anlage zum Vergabevermerk („Prüfprotokoll zur AVV Klima“) verweise die Ag auf § 13 KSG. Als einzige klimarelevante Maßgabe nehme das Prüfprotokoll auf das Vorhandensein eines KWF-Zertifikats Bezug. Daraus könne geschlossen werden, dass alle KWF-zertifizierten Produkte den Klimaschutz gewährleisteten. Welche Überlegungen maßgeblich gewesen seien für die Festlegung der Maximum-Werte ergebe sich nicht aus den Vergabeunterlagen. Zu vermuten sei daher, dass die Ag den Klimaschutz nur als Vorwand

benutze, um die Leistungskennzahlen der [...] -Produkte als maßgebliche Richtgröße für den Klimaschutz vorzugeben.

Die Vorgabe, dass Wettbewerbsprodukte nicht nur über ein KWF-Zertifikat verfügen, sondern darüber hinaus auch die maximalen Grenzwerte der [...] -Produkte einhalten müssten, diskriminiere die ASt. Den Zielen der Ag, Gewährleistung von Arbeits- und Gesundheitsschutz, sei durch die Vorgabe einer KWF-Zertifizierung ausreichend Genüge getan.

Die technischen Eigenschaften der Produkte der ASt, wie z.B. Lärm, Vibration oder Gewicht, wichen nur sehr geringfügig von denjenigen der [...] -Produkte ab. Die Anbieter anderer Produkte würden durch die produktsspezifischen Vorgaben diskriminiert.

Der von der Ag vorgenommene Zusatz „oder gleichwertig“ genüge nicht den Voraussetzungen des § 31 Abs. 6 Satz 2 VgV. Denn der Auftragsgegenstand könne ohne weiteres auch ohne Vorgaben zu [...] -Produkten, anhand technischer Daten, beschrieben werden.

Durch den Verzicht auf eine Fachlosbildung verstöße die Ag gegen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die ausgeschriebenen [...] seien hinsichtlich ihrer Einsatzbereiche unterschiedlich, könnten daher eigenständig am Markt angeboten und nachgefragt werden. Eine objektive Teilbarkeit der Leistung sei daher gegeben.

Die ASt beantragt,

1. die Ag anzulegen,
 - a) das Vergabeverfahren aufzuheben sowie
 - b) die Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer anzupassen und die Beschaffung in Fachlosen neu auszuschreiben,
2. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GEB für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,

3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag sei zumindest teilweise unzulässig.

Die ASt sei nicht antragsbefugt, weil sie kein Interesse am Auftrag habe. Die Ag habe in den Vergabeunterlagen gleichwertige Produkte ausdrücklich zugelassen. Ausweislich ihres eigenen Vorbringens im Vergabeverfahren gehe die ASt davon aus, dass die von ihr angebotenen Maschinen vergleichbare technische Eigenschaften aufwiesen. Daher hätte sie, um ihr Interesse am Auftrag zu dokumentieren, ein Angebot abgeben können. Dies umso mehr, als sich die ASt an einer vorangegangenen Ausschreibung beteiligt habe, in der ebenfalls nicht produktneutral ausgeschrieben und auch auf eine Losbildung verzichtet worden sei; da ihr damaliges Angebot nicht von der Wertung ausgeschlossen worden sei, hätte die ASt daraus den Schluss ziehen können, dass die Ag ihr Angebot als vergleichbar akzeptiert habe.

Die ASt habe es auch versäumt, die Entstehung eines Schadens darzulegen. Nach dem eigenen Vortrag der ASt erfüllten die von ihr angebotenen Geräte die geforderten technischen Merkmale fast vollständig. Der Datenbank der KWF sei auch zu entnehmen, dass Geräte der ASt von der KWF zertifiziert worden seien.

Die fehlende Fachlosbildung habe die ASt nicht explizit gerügt, sondern erstmals in ihrem Nachprüfungsantrag beanstandet. Aus ihrem Rügevorbringen sei nicht hervorgegangen, welcher Art die von der ASt geforderte Losbildung sein solle.

Die bei gleichwertigen [...] geforderte KWF-Zertifizierung habe die ASt nicht zum Gegenstand ihrer Rüge gemacht.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, ein Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung liege nicht vor.

Die Angabe des Produktnamens der [...] Produkte sei durch § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV gerechtfertigt. Als nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe seien v.a. Aspekte des Arbeits- und Gesundheitsschutzes sowie ein optimales Einsatzspektrum maßgeblich. Die Ag sei zum Schutze ihrer Mitarbeiter gesetzlich verpflichtet, die Bestimmungen des Arbeitsschutzes, die LärmVibrationsArbSchV sowie die MGB 2.1/2021 „Allgemeine Gefährdungen bei forstlicher Tätigkeiten“ zu beachten. Danach sei die Ag insbesondere verpflichtet, bei der Auswahl der Arbeitsmittel solche Arbeitsmittel einzusetzen, die einen möglichst geringen Lärmpegel und möglichst geringe Vibrationen aufwiesen. Diese gesetzlichen Verpflichtungen rechtfertigten die Vorgabe von Produkteigenschaften.

Die Voraussetzungen des § 31 Abs. 6 Satz 2 VgV liegen vor. Mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ hätten Anbieter die Möglichkeit gehabt, auch andere Produkte als das Leitfabrikat anzubieten, solange jedenfalls die vorgegebenen technischen Eigenschaften erfüllt seien. Die im Vorfeld der Ausschreibung von der Ag durchgeführte Markterkundung habe gezeigt, dass es gleichwertige Produkte gebe. Die Markterkundung sei nicht umfassend gewesen. Es sei daher nicht auszuschließen sei, dass weitere, bislang unbekannte Produkte die geforderten technischen ebenfalls Eigenschaften erfüllten.

Zu der von der ASt im Nachprüfungsantrag geforderten Bildung von Fachlosen sei die Ag nicht verpflichtet gewesen. Dies sei deshalb nicht erforderlich gewesen, weil es für die streitgegenständlichen Leistungsklassen (klein, mittel, groß) keine unterschiedlichen Anbieterkreise gebe. Sowohl die [...] als auch die ASt verfügten über ein breites Produktpotfolio.

Eigene Recherchen der Ag hätten ergeben, dass die ASt alle geforderten Kategorien von [...] anbieten könne.

3. Die Vergabekammer hat der ASt nach Anhörung der Ag antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht betroffen waren.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die elektronische Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird verwiesen. Die mündliche Verhandlung fand am 23. Juli 2024 statt. In der mündlichen Verhandlung wurde den Parteien die schriftliche Verlängerung der Entscheidungsfrist bis zum 7. August 2024 übergeben. Ferner wurden die Verfahrensbeteiligten in der Verhandlung gebeten, die Vergabekammer angesichts der bereits verlängerten Frist schnellstmöglich über die in der Verhandlung avisierte, mögliche konsensuale Beilegung des Rechtsstreits wie von der Vergabekammer angeregt zu informieren. Auf diesbezügliche schriftliche Nachfrage der Vergabekammer vom 30. Juli 2024 nach dem Sachstand gaben beide Verfahrensbeteiligten nicht nur die geforderte Information zum Sachstand, sondern daneben umfangreiche Stellungnahmen ab. Diese werden als nicht nachgelassen und zu Verzögerungen des Nachprüfungsverfahrens führend zurückgewiesen. Denn die bereits verlängerte Entscheidungsfrist läuft am 7. August 2024 ab, und die Schriftsätze geben auch in der Sache keinen Anlass zum Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung oder zu einer anderen Betrachtung. Gleiches gilt für die ebenfalls nicht nachgelassenen Schriftsätze vom 5. August 2024 (ASt, die lediglich zur Vorlage der KWF-Zertifikate aufgefordert worden war) und vom 6. August 2024 (Ag). Soweit die ASt erstmals mit Schriftsatz vom 5. August 2024 und damit zwei Tage vor Ablauf der Entscheidungsfrist

vorgetragen hat, die Ag würde trotz des Zuschlagsverbots nach § 169 Abs. 1 GWB [...] Produkte beschaffen, hat sie diesen Vortrag nicht substantiiert oder anderweitig belegt; die Ag hat diesem Vortrag widersprochen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig und teilweise begründet. Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag nicht erfolgreich.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist grundsätzlich zu bejahen, allerdings sind nicht alle Beanstandungen zulässig vorgetragen.
 - a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen - ein der Bundesrepublik Deutschland zuzurechnender Lieferauftrag, der wertmäßig über den Grenzen für die europaweite Vergabe liegt - sind problemlos gegeben. Auch eine nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB unverzügliche und fristgerechte Rüge der ASt liegt mit dem Schreiben vom 28. Mai 2024, das auf die Auftragsbekanntmachung vom 26. Mai 2024 hin erfolgte, vor. Die ASt hat als Anbieterin von Motor[...] auch ohne Abgabe eines eigenen Angebots ein Auftragsinteresse i.S.v. § 160 Abs. 2 GWB nachgewiesen, denn sie macht geltend, aufgrund der Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht in der Lage gewesen zu sein, ein wertbares Angebot einzureichen. Das Auftragsinteresse ist mit Rüge und Stellung des Nachprüfungsantrags hinreichend belegt. Das Nachprüfungsverfahren ist damit grundsätzlich eröffnet.
 - b) Allerdings ist es erforderlich, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Erfüllung der Rügeobliegenheit und das Vorliegen der Antragsbefugnis in Bezug auf jeden einzelnen Verstoß, der im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht wird, gegeben sind (vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. April 2018 – Verg 56/17). Hier sind zwei Angriffe der ASt gegen die Vorgaben des Vergabeverfahrens unter den Gesichtspunkten der Rüge sowie der Antragsbefugnis defizitär:
 - aa) Nicht gerügt wurde der Komplex „KWF-Zertifikat“, das in der Rüge mit keinem Wort genannt wird. Die ASt versucht mit ihrem Vortrag im Nachprüfungsverfahren zwar, das von der Ag aufgestellte Erfordernis eines KWF-Nachweises für jeden der vier Typen an Motor[...] unter den Rügevortrag der

fehlenden Produktneutralität zu subsumieren, indem sie das Zertifikat nicht als solches, sondern ausschließlich unter dem Gesichtspunkt einer Ungleichbehandlung thematisiert: Angebote auf der Basis von [...] Produkten müssten, so die ASt im Nachprüfungsverfahren, die KWF-Zertifikate im Gegensatz zur ASt nicht einreichen, was ebenfalls einen Verstoß gegen die Produktneutralität darstelle. Aus Sicht der Ag, die den objektiven Empfängerhorizont prägt, konnte diese von der ASt intendierte indirekte Thematisierung der KWF-Zertifikate unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Produktneutralität der Rüge jedoch nicht entnommen werden. Bei der Produktneutralität geht es um die Beschreibung des zu liefernden Produkts an sich, vgl. § 31 Abs. 6 VgV, wohingegen die ASt sich lediglich dagegen wendet, die KWF-Zertifikate im Gegensatz zu [...] Angeboten einreichen zu müssen. KWF-Zertifikate belegen zwar auch Eigenschaften des Produkts, sind jedoch für jedes Produkt, egal welchen Herstellers, zugänglich, so die Voraussetzungen für die Erteilung erfüllt werden. Auch die ASt verfügt über ein gültiges Zertifikat. Indem nur für andere Hersteller als [...] die KWF-Zertifikate mit dem Angebot eingereicht werden müssen, weil der Ag das Vorhandensein bei [...] bereits bekannt ist, mag eine Besserstellung für die [...] Produkte implizieren, hat aber nichts mit Produktneutralität zu tun. Ob diese Besserstellung die Grenze zur Vergaberechtswidrigkeit überschreitet, kann im vorliegenden Rüge-Kontext offenbleiben, erscheint aber als fraglich, da es bei Vorhandensein der KWF-Zertifikate auch für andere Produkte kein Problem darstellt, den geforderten Nachweis durch schlichtes Beifügen einer Kopie der Zertifikate zu führen.

Für die Ag und auch aus objektiver Sicht war jedenfalls nicht erkennbar, dass die ASt ohne Nennung des Stichwortes „KWF-Zertifikat“ auch diese Anforderung beanstanden wollte. Es fehlt mithin in Bezug auf die gesamte KWF-Thematik an einer Rüge, so dass der diesbezügliche Vortrag unzulässig ist.

bb) Grenzwertig ist auch die Tiefe der Rüge in Bezug auf den Aspekt der Losbildung. Die ASt hat die Ag lediglich aufgefordert, „eine Losvergabe zu ermöglichen“. Im Gegensatz zum KWF-Zertifikat wird die Losbildung zwar zumindest erwähnt. An jeder Art von näherer Spezifizierung, warum und in welcher Weise eine Losaufteilung stattfinden soll, fehlt es indes; es bleibt bei der bloßen Nennung des Stichwortes. Allerdings hat die Ag in ihrer Rügeerwiderung vom 4. Juni 2024 zum Thema der unterbliebenen Losaufteilung Stellung genommen, so dass dieser Punkt durch die Ag

als Rüge wahrgenommen wurde. Insofern kann zugunsten der im Zeitpunkt der Rüge noch nicht anwaltlich vertretenen ASt davon ausgehen, dass die bloße Nennung des Begriffs zur Erfüllung der Rügeobligieheit ausgereicht hat.

Es besteht hier jedoch eine andere Problematik. Die ASt begeht, wie sie erstmals und deutlich nach der mündlichen Verhandlung, die am 23. Juli 2024 stattgefunden hat, im Schriftsatz vom 5. August 2024 vorträgt, die Losaufteilung aus einem Grund, der vom Schutzzweck der Norm nicht gedeckt ist. Die ASt begeht eine ganz bestimmte Art der Losaufteilung, nämlich eine Einteilung in die vier verschiedenen Typen, weil die ASt selbst nur in einer Klasse über ein derzeit gültiges Zertifikat verfügt. Der Schutzzweck der Norm des § 97 Abs. 4 GWB liegt aber nicht darin, über ein fehlendes Zertifikat hinwegzuholen, dessen rechtmäßige Forderung durch den jeweiligen Antragsteller mit dem Nachprüfungsbegehr – so wie hier – gar nicht in Frage gestellt wird. Die Losaufteilung ist, wie allgemein im Vergabenachprüfungsverfahren mit subjektivem Rechtsschutz, kein Selbstzweck, sondern soll Unternehmen, die fachlich oder mengenmäßig nicht die gesamte Leistung erbringen können, eine Wettbewerbsteilnahme ermöglichen. Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, jeden der geforderten Typen liefern zu können und auch kein Lieferproblem in Bezug auf die geforderte Menge zu haben.

Wird aber eine Vorgabe, die für den jeweiligen Antragsteller erfüllbar ist, angegriffen aus einem Grund, der nicht im Schutzzweck der Norm liegt, so ist die Antragsbefugnis fraglich. Die in § 160 Abs. 2 S. 2 GWB vorausgesetzte Kausalität des Schadens, der durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschrift entstanden sein muss, ist nicht gegeben; der Hinderungsgrund für die Angebotsabgabe liegt in der Forderung nach dem KWF-Zertifikat. Eigentlich hätte die ASt die Forderung nach dem KWF-Zertifikat angreifen müssen, die sie aber offensichtlich für legitim hält und als solche nicht beanstandet. Die Losaufteilung erscheint hier als ein instrumentalisiertes Argument. Da die Voraussetzungen der Antragsbefugnis aber lediglich als grober Filter fungieren, um offensichtlich erfolglose Nachprüfungsbegehren zu verhindern (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004 – 2 BvR 2248/03), ist hier dennoch vom Vorliegen der Antragsbefugnis auszugehen. Angesichts des gesetzlichen Regel-Ausnahme-Verhältnisses in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB ist es nicht gänzlich ausgeschlossen, dass die ASt sich auf das Losaufteilungsgebot berufen kann, so dass die Antragsbefugnis zu bejahen ist.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, soweit die ASt die fehlende Produktneutralität der Leistungsbeschreibung geltend macht. Unbegründet ist der Nachprüfungsantrag in Bezug auf die fehlende Losaufteilung.

a) Die Ag hat in ihrer Leistungsbeschreibung die Produktdatenblätter der Geräte der Marke [...] exakt übernommen. Dies ergibt sich bereits aus den Typenbezeichnungen für die Geräte, die in der Leistungsbeschreibung für die vier nachgefragten Typen ausgewiesen sind; diese stellen jeweils die [...] -Produktbezeichnungen dar. Die Übernahme der [...] -Produktdatenblätter ist im Übrigen unstreitig auch auf Seiten der Ag.

aa) Es ist bereits im Ansatz fraglich, ob die Voraussetzungen für die Bezugnahme auf ein Referenzprodukt überhaupt vorlagen. Nach § 31 Abs. 6 VgV darf grundsätzlich nicht auf bestimmte Produkte eines Herstellers verwiesen werden; die nachgefragte Leistung ist grundsätzlich ohne derartige Bezugnahmen zu beschreiben. Die Bezugnahme auf ein Referenzprodukt ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand andernfalls nicht hinreichend genau und allgemeinverständlich beschrieben werden kann, wobei in diesem Ausnahmefall der Zusatz „oder gleichwertig“ erforderlich ist. Dass die Benennung eines Leitfabrikats mit dem Gleichwertigkeitszusatz nur ausnahmsweise zulässig ist, macht auch Sinn, denn für Bieter, die ein gleichwertiges Fabrikat anbieten wollen, bleibt stets eine gewisse Unsicherheit, ob der Auftraggeber die Gleichwertigkeit auch anerkennt. Daher ist in derartigen Fällen davon auszugehen, dass der Auftraggeber die Abgabe eines zweiten Hauptangebots veranlasst und ein solches zulässig ist; ein Bieter ist dann befugt, in einem Angebot das Leitfabrikat, in einem zweiten Angebot das gleichwertige Produkt anzubieten, um so mit dem Leitfabrikat jedenfalls ein wertungsfähiges Angebot im Wettbewerb zu haben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – Verg 28/15).

Vorliegend ist nicht erkennbar, warum die Ag die [...] nicht schlicht durch Benennung einiger technischer, für die Ag wichtiger Parameter allgemein und ohne Bezugnahme auf ein Leitfabrikat beschreiben konnte. Im Vergabevermerk vom 21. Mai 2024, dort Ziffer „9. Produktneutralität, § 31 Abs. 6 VgV“, legt die Ag zwar dar, dass sie die [...] - Produkte aus Gründen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes für vorzugswürdig hält,

weil diese in entsprechenden Parametern optimale Werte aufwiesen. Daher sei „aus Gründen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes (...) eine Nennung der Produktbezeichnung gerechtfertigt“. Maßstab für die Zulässigkeit der Benennung eines Leitfabrikats ist nach § 31 Abs. 6 VgV aber nicht, welches Produkt der Auftraggeber für vorzugswürdig hält. Die Vorschrift stellt vielmehr darauf ab, ob das gewünschte Produkt ohne Verweis auf das Leitfabrikat nicht hinreichend genau beschrieben werden kann. Insoweit trifft der Vergabevermerk keine Feststellungen. Sollte die Ag beispielsweise der Meinung sein, es sei zu kompliziert, eine Vielzahl technischer Parameter selbst festzulegen, oder aber es fehle ihr an der Sachkompetenz, dies zu tun, so hat sie bei einer Zurückversetzung des Vergabeverfahrens im Vergabevermerk solche Überlegungen anzustellen, die sich decken mit den Vorgaben des § 31 Abs. 6 VgV.

bb) Ein Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität liegt aber auch dann vor, wenn man die Vorgabe des Leitprodukts für zulässig halten würde. Ein öffentlicher Auftraggeber hat sich stets auch mit den wettbewerblichen Auswirkungen seiner Vorgaben zu beschäftigen, § 97 Abs. 1 GWB (vgl. z.B. für Referenzanforderungen BayObLG, Beschluss vom 6. September 2023 – Verg 5/22). Hier sind die Vorgaben der Leistungsbeschreibung zwar grundsätzlich mit dem Gleichwertigkeitszusatz versehen. Die Produkte der ASt sind ausweislich der Feststellungen im Vergabevermerk, a.a.O., als gleichwertig sowohl durch die Praktiker der Ag als auch in Bezug auf das optimale Einsatzspektrum anerkannt worden, so dass die ASt mit ihren Produkten ein gleichwertiges Angebot zum Leitfabrikat hätte einreichen können.

Anderes gilt in Bezug auf die vier technischen Daten, die in der Leistungsbeschreibung mit dem Zusatz „max.“ versehen wurden. Dabei handelt es sich um die Parameter Gewicht, Schalldruckpegel, Vibrationswert und Emissionswert, die ebenfalls exakt den [...] -Produkten entsprechen. Die Produkte der ASt überschreiten diese definierten Maximalwerte geringfügig, so dass die ASt mit einem Angebot ihrer Produkte – wie von der Ag in der Verhandlung bestätigt – wegen Abweichens von den Vorgaben zwingend nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV hätte ausgeschlossen werden müssen; die „max.“-Vorgabe wirkt als absolutes Ausschlusskriterium zulasten der ASt. Damit gibt es ausschließlich die [...] -Produkte, welche die Vorgaben erfüllen können. Die Ag hat sich hier zwar mit Nichtwissen eingelassen und auf ihre Unkenntnis anderer Produkte hingewiesen; in der vorangegangenen Unterschwellenvergabe mit identischen Vorgaben hätten sechs

Angebote vorgelegen. Auf Nachfrage der Vergabekammer hat sich allerdings die Vermutung bestätigt, dass es sich hierbei wohl um Angebote von verschiedenen Händlern gehandelt hat, nicht um verschiedene Produkte. Der Ag hätte es zunächst einmal ablegen, sich damit zu befassen, welche Auswirkungen die Kennzeichnung der vier Parameter als Maximalwert sich auf den Wettbewerb ergeben; anscheinend war der Ag die wettbewerbsausschließende Wirkung ihrer eigenen Vorgaben nicht bewusst.

Auch wenn der Auftraggeber grundsätzlich frei ist in der Definition seines Beschaffungsbedarfs, so zieht das Gebot der Produktneutralität doch Grenzen. Dies gilt, wie § 14 Abs. 6 VgV deutlich macht, insbesondere dann, wenn wie hier nur ein Produkt übrigbleibt, das die Anforderungen erfüllen kann (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Juni 2017 – Verg 53/16). Der Rechtsgedanke des § 14 Abs. 6 VgV greift auch im vorliegenden Verfahren, obwohl die Ag formal ein offenes Verfahren durchgeführt hat. Denn die Ag hat die Vorgaben versteckt produktspezifisch so ausgestaltet, dass nur ein Produkt diese Vorgaben erfüllen kann. Dafür reicht nicht nur ein sachlicher Grund aus; dieser muss vielmehr besonders belastbar sein in dem Sinne, dass es keine vernünftige Alternative geben darf bzw. keine vernünftige Alternativlösung. Der Arbeits- und Gesundheitsschutz, auf den die Ag sich beruft, ist zwar auf der einen Seite ein besonders belastbarer Grund, denn es geht um Geräte für den professionellen Einsatz. Die Arbeitskräfte müssen täglich mit den Geräten umgehen, und zwar in stundenlangen Einsätzen. Es ist gerechtfertigt und entspricht auch ihrer Fürsorgepflicht als Arbeitgeberin, dass die Ag höchsten Wert auf Arbeits- und Gesundheitsschutz ihrer Mitarbeiter legt.

Erforderlich wäre aber auf der anderen Seite im Sinne einer Abwägung einmal gewesen, dass die Ag sich vor dem Beginn des Vergabeverfahrens mit den wettbewerblichen Auswirkungen ihrer „max.“-Vorgaben befasst hätte. Ausweislich der Einlassungen der Ag in der mündlichen Verhandlung, wonach die Ag keine Erkenntnisse darüber hatte, ob überhaupt andere Produkte vorhanden sind, welche die Maximalforderungen erfüllen können, war der Ag gar nicht bewusst, dass sie nur ein Produkt zulässt mit ihren Vorgaben. Sie hat keine Abwägung getroffen zwischen den Aspekten des Arbeits- und Gesundheitsschutzes einerseits und dem Ausschluss aller anderen Produkte vom Vergabewettbewerb andererseits. Aber auch die im Nachprüfungsverfahren von der Ag vorgetragenen Argumente reichen nicht aus, um eine alleinige Zulassung von [...] -Produkten zu rechtfertigen. Es liegt in der Natur des

Wettbewerbs, dass die Konkurrenzprodukte unterschiedlich sind und die technischen Daten nicht exakt deckungsgleich sein können. Die Ag hat des Weiteren KWF-Zertifikate verlangt, wobei sich die KWF-Prüfung auch auf die vier Parameter erstreckt, die als Maximalforderung ausgewiesen wurden. Mit diesen Maximalforderungen geht die Ag noch über die Standards der KWF-Prüfung hinaus, die von der Forstwirtschaft selbst durchgeführt wird und ebenfalls höchste Anforderungen an Arbeits- und Gesundheitsschutz stellt. Es ist auch vor dem Hintergrund des Arbeits- und Gesundheitsschutzes nicht mehr verhältnismäßig und wettbewerbskonform, Produkte gänzlich vom Wettbewerb auszuschließen, welche die KWF-Standards erfüllen, nicht aber die noch weitergehenden vier Maximalwerte von [...] exakt abbilden können, sondern geringfügig darüber liegen. Der Bedeutung des Arbeits- und Gesundheitsschutzes könnte in wesentlich verhältnismäßigerer Art und Weise Rechnung getragen werden, indem die vier Werte und deren stufenweise Einhaltung als qualitative Wertungskriterien ausgestaltet werden. Dies wäre eine vernünftige Ersatzlösung i.S.v. § 14 Abs. 6 VgV. Die vorliegende Ausgestaltung als zwingende Ausschlusskriterien indes verstößt gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung.

- b) Nicht begründet ist der Nachprüfungsantrag in Bezug auf die eingeforderte Fachlosbildung. Bei den vier Segmenten an Gewichtsklassen der Motor [...] handelt es sich nicht, wie von der ASt ohne nähere Begründung vorgetragen, um Fachlose. Das Vorliegen von Fachlosen ist durch das Vorhandensein eines eigenen Marktes gekennzeichnet (grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. März 2011 – Verg 63/10 und vom 11. Januar 2012 – Verg 52/11 zu Unterhalts- und Glasreinigung; dem folgend OLG München, Beschluss vom 9. April 2015 – Verg 1/15 zur Errichtung einer Lärmschutzwand; OLG Schleswig, Beschluss vom 25. Januar 2013 – 1 Verg 6/12 zu Brief- und Paketpost).

Ein solcher eigener Markt ist in Bezug auf die vier Gewichtsklassen nicht gegeben. Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung erläutert, dass die Unternehmen [...] sowie sie selbst den Weltmarkt für Motor [...] zu etwa 90 % beherrschen. Beide Unternehmen bieten Motor [...] in allen Gewichtsklassen an, womit ein eigener Markt ausscheidet. Das Gebot der Fachlosaufteilung greift somit thematisch nicht ein.

Eine mengenmäßige Aufteilung fordert die ASt nicht, was angesichts der Tatsache, dass die ASt die gesamte Menge problemlos liefern kann, auch aus ihrer Sicht nicht zielführend wäre.

III.

Die Kostenentscheidung, § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, A s. 4 S. 1 GWB, folgt dem Maß des Obsiegens bzw. Unterliegens. Dieses ist für beide Parteien als hälftig zu bewerten. Daher haben beide Parteien jeweils die Hälfte der Kosten der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) zu tragen. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung notwendigen Aufwendungen werden gegeneinander aufgehoben.

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 Schriftsätze beigefügt 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.

[...]

[...]