



Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. Kommt es erst nach Wertung der Vergabestelle zu einer unterschiedlichen Auslegung der Vergabeunterlagen, gilt § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB und nicht etwa § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB.
2. Für das Verständnis der Leistungsbeschreibung ist auf den nach den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden objektiven Empfängerhorizont eines verständigen und sachkundigen Bieters, der mit Beschaffungsleistungen der vorliegenden Art vertraut ist, abzustellen.
3. Die Vergabestellen sind nicht verpflichtet, geforderte Nachweise der Bieter zur Eignung, wie die Nennung von Umsatzzahlen oder Referenzen, auf ihre materielle Richtigkeit zu überprüfen, wenn es dafür keinen Anlass gibt.

In dem Vergabeverfahren wegen der Lieferung von Ohrmarken für Rinder (Los 1)

VK 26/09

der

XX

GmbH & Co KG

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Rechtsanwälte Partnerschaft

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen die

XX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XX

Beigeladene

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.
XXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 8.1.2010 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Meschede

am **14. Januar 2010** beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird in Bezug auf das Los 1 untersagt, die Antragstellerin vom laufenden Vergabeverfahren auszuschließen und den Zuschlag auf der Basis des derzeitigen Bewertungsstandes zu erteilen.
2. Die weitergehenden Anträge der Antragstellerin (Antrag 1 und 2) auf Nachprüfung werden zurückgewiesen.
4. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt und sind von der Antragsgegnerin zu tragen.
5. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und durch die Beigeladene werden für notwendig erklärt.
6. Die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung hat die Antragsgegnerin zur Hälfte zu tragen. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung selbst.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb die Lieferung von Ohrmarken für Rinder, Schweine, Schafe und Ziegen als Sukzessivlieferungsvertrag in einem offenen Verfahren nach der VOL/A europaweit in drei Losen aus. Das Los 1 bezieht sich auf die Lieferung von Ohrmarken für Rinder, während das Los 2 sich auf Schweineohrmarken und das Los 3 sich auf Schaf- und Ziegenohrmarken bezieht. Gegenstand dieses Verfahrens ist lediglich das Los 1. Zu liefern waren Doppelohrmarken und Gewebeohrmarken, wobei hinsichtlich der Gewebeohrmarken besondere Anforderungen gestellt wurden. Die Bieter mussten dem Angebot Musterohrmarken beifügen.

Die Vertragslaufzeit beträgt drei Jahre. Als Zuschlagskriterium nannte die Antragsgegnerin den Preis (80%) und die Lieferfähigkeit (20%). Die geschätzte Auftragssumme für das Los 1 beträgt ca. 1 Mio. €.

In den Vergabeunterlagen bestimmte die Antragsgegnerin unter Ziffer 2.8:

Soweit der Bieter beabsichtigt, Angaben aus seinem Angebot für die Anmeldung eines gewerblichen Schutzrechts zu verwerten, hat er darauf in seinem Angebot hinzuweisen. Dasselbe gilt, soweit der Bieter bei der Angebotserstellung etwaige Patent-, Schutz- oder Urheberrechte verwendet. Das betrifft auch die Verwendung entsprechender Rechte Dritter.

Weiterhin bestimmte die Antragsgegnerin unter B. I. 2.2 und 2.3 der Leistungsbeschreibung:

Die Ohrmarken müssen so stabil/reißfest ausgeführt sein, dass der langfristige Verbleib der Ohrmarken am Tier unter den in Deutschland üblichen Haltungsbedingungen gewährleistet ist.

Um einem etwaigen Missbrauch der Ohrmarken vorzubeugen, dürfen diese nur einmal verwendbar sein.

Die Antragsgegnerin erhielt für das Los 1 insgesamt zwei Angebote. Die Antragstellerin gab ein Angebot für das Los 1 ab, was zunächst für den Zuschlag vorgesehen war, weil es preislich günstiger als das Angebot der Beigeladenen war. Dies teilte ihr die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 11.11.2009 mit. Auf eine Rüge der Beigeladenen hin, testete die Antragsgegnerin anschließend unter Beteiligung von Vertretern der Beigeladenen, die Wiederverwendbarkeit der von der Antragstellerin angebotenen Ohrmarken für Rinder. Im Vergabevermerk führte sie aus:

Der Bieter konnte nachweisen, dass sämtliche von Hxxxxxxxxxxxxxxxxx (Antragstellerin) angebotenen Ohrmarken mittels einer vom Bieter mitgebrachten Zange getrennt und anschließend wieder zusammengesetzt werden konnten, ohne dass äußere Beschädigungen erkennbar waren oder die Verwendbarkeit der Marken eingeschränkt wurde. Das Dorn- oder Lochteil der Ohrmarken konnte jeweils durch das dazugehörige Lochteil „zurückgedrückt“ werden, ohne dass Dorn- oder Lochteil beschädigt wurden; offenbar ist das für die Produktion der Ohrmarke verwandte Material zu weich.

Darauf hin schloss die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zu Los 1 unter Hinweis auf die Vorgaben der Leistungsbeschreibung aus und beabsichtigt nunmehr das Angebot der mit Beschluss vom 2.12.2009 Beigeladenen zu bezuschlagen. Mit Schreiben vom 24.11.2009 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin, woraufhin am 26.11.2009 ein weiterer Test mit den Rinderohrmarken in Anwesenheit von Vertretern der Antragstellerin durchgeführt wurde.

Im Vergabevermerk führte die Antragsgegnerin dazu aus:

Den beiden Herren von Hxxxxxxxxxxxxxxxxx wurde demonstriert, dass sich sowohl die konventionellen Ohrmarken als auch die Gewebeohrmarken, die mit dem Angebot der Firma Hxxxxxxxxxxxxxxxxx vorgelegt wurden, öffnen und insbesondere dauerhaft wieder verschließen ließen. Bei dieser Demonstration wurde deutlich, dass –entgegen der Behauptung der Firma Hxxxxxxxxxxxxxxxxx, dass die Ohrmarken nach erstmaliger Verwendung wegen Abbrechens der Spitze nicht erneut genutzt werden könnten – sehr wohl ein – auch mehrfaches- dauerhaftes Wiederverschließen der Ohrmarken möglich ist. Nach dem Wiederverschließen waren die Ohrmarken durch Zugkraft (Reißen) - selbst mit großer Kraftanstrengung nicht wieder zu öffnen. Die Spitze des Dorns ist bei keinem Versuch abgebrochen. Da-

her ist davon auszugehen, dass die von der Firma Hxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx angebotenen Ohrmarken auch im Falle einer manipulativen Wiederverwendung dauerhaft am Tier verbleiben.

Anschließend demonstrierte Herr R. von der Firma Hxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx mit einer mitgebrachten Zange, dass sich auch die konventionellen Ohrmarken des Bieters Axxxxxxx öffnen lassen. Im Gegensatz zu den von der Firma Hxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx angebotenen Ohrmarken konnten die Ohrmarken der Firma Axxxxxxx jedoch nach ihrem – provisorischen – Wiederverschließen bereits durch relativ leichtes Ziehen von Hand wieder geöffnet werden. Daher kann davon ausgegangen werden, dass die von der Firma Axxxxxxx angebotenen konventionellen Ohrmarken im Falle des Versuchs einer manipulativen Wiederverwendung nicht dauerhaft am Tier verbleiben. Die von der Firma Axxxxxxx angebotenen Gewebeohrmarken konnten von Herrn R. gar nicht erst geöffnet werden.

Die Antragsgegnerin blieb bei ihrer Auffassung, das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen. Die Antragstellerin rügte dies mit Schreiben vom 28.11.2009 und verfolgt ihre Beanstandungen im Nachprüfungsverfahren weiter.

Die Antragstellerin hält den Ausschluss ihres Angebots wegen einer Änderung an den Verdingungsunterlagen für unzulässig. Denn die von ihr angebotenen Ohrmarken würden sehr wohl der Leistungsbeschreibung entsprechen. Leistungsbeschreibungen seien aus der Sicht eines objektiven und verständigen Bieters auszulegen.

Eine einmalige Verwendbarkeit der Ohrmarken sei anzunehmen, wenn sie nach Anbringung am Ohr eines Tieres dort nicht mehr so entfernt werden könnten, dass sie sich anschließend problemlos für ein anderes Tier verwenden lassen. Ohrmarken seien dann nicht wieder verwendbar, wenn sie sich nach erstmaligem Verschluss nicht mehr mit normalem Kraftaufwand von Hand oder allenfalls mittels einer handelsüblichen Zange öffnen lassen. Man könne jedenfalls diesbezüglich nicht auf spezielle technische Hilfsmittel eines möglicherweise kriminell agierenden Landwirts abstellen und die Leistungsbeschreibung in diesem Sinne auslegen. Wenn eine geöffnete Ohrmarke wieder zusammengefügt werden könne, dann könne es auch nicht darauf ankommen, ob der Wiederverschluss von kürzerer oder längerer Dauer sei. Die Antragsgegnerin würde mit einer solchen Auslegung ihrer Vorgaben in der Leistungsbeschreibung letztlich ihre Anforderungen in unvertretbarer Weise im Nachhinein „zurechtbiegen“.

Die Antragstellerin bestreitet ausdrücklich, dass die von ihr angebotenen Ohrmarken ohne weitere Beschädigungen sich trennen und wieder zusammensetzen lassen. Richtig sei vielmehr, dass sich die Ohrmarken nach einem erstmaligen Verschluss nicht ohne besondere technische Hilfsmittel wieder öffnen lassen, ohne dabei beschädigt zu werden. Demgegenüber konnten die konventionellen Ohrmarken der Beigeladenen mehrfach geöffnet und wieder verschlossen werden. Dies habe die Demonstration am 26.11.2009 ergeben. Damit sei doch der Tatbestand der mehrmaligen Verwendungsmöglichkeit erfüllt. Das Argument der Antragsgegnerin im Vergabebericht, wonach die Wiederverwendbarkeit der Ohrmarken der Beigeladenen möglich aber irrelevant sei, weil diese Verbindung relativ leicht gelöst werden könnte, so dass es sehr wahrscheinlich sei, dass ein Tier aufgrund seines natürlichen Verhaltens die wiederverwandte Ohrmarke abstreift, halte sie für schlichtweg eigenartig. Das würde nicht der Anforderung in der Leistungsbeschreibung – keine Wiederverwendbarkeit – entsprechen. Die Antragstellerin meint, dass bereits aus diesem

Grund das Angebot der Beigeladenen wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen nicht bezuschlagt werden könnte.

Die Antragstellerin beanstandet auch die Protokollierung im Vergabevermerk zu dem Termin am 26.11.2009 als unrichtig. Man habe gar nicht versucht, die konventionelle Ohrmarke zu öffnen, sondern nur die von ihr angebotene Gewebeohrmarke sei geöffnet worden, allerdings mit einer von der Beigeladenen zur Verfügung gestellten Spezialzange. Dabei sei die Spitze des Dorns abgebrochen, was auch immer nach dem Öffnen einer solchen Ohrmarke der Fall sei. Weiterhin sei gar nicht versucht worden, die Gewebeohrmarke der Beigeladenen zu öffnen. Es sei nur die konventionelle Ohrmarke der Beigeladenen erfolgreich geöffnet worden.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass die Teststellung bei der Antragsgegnerin unter Hinzuziehung der Beigeladenen gegen den Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße. Es sei unzulässig, eine solche informelle Überprüfung eines Angebots vorzunehmen, ohne den betroffenen Bieter zu unterrichten oder ihn hinzuziehen. In der Sache sei dies eine unzulässige Nachverhandlung, weil hier nach Angebotsabgabe noch Details geklärt wurden, die zu einer Besserstellung eines Bieters im Wettbewerb geführt hätten.

Zudem würden die von der Beigeladenen angebotenen Gewebeohrmarken nicht der Leistungsbeschreibung entsprechen, weil keine geeigneten Konservierungsmittel für die Probe eingesetzt würden. Dies sei aber erforderlich, damit die Probe auf dem Weg zur Analyse ins Labor erhalten und verwertbar bleibe.

Weiterhin behauptet die Antragstellerin, dass die von der Beigeladenen angebotenen Ohrmarken insofern nicht der Leistungsbeschreibung entsprechen würden, weil sie über einen starren Dorn, anstatt des ansonsten üblichen hohlen Dorns verfügen. Ein hohler Dorn führe zur Biegsamkeit der Ohrmarke, was wichtig sei, wenn sich das Tier mal am Zaun oder an der Futterstelle verfängt, während ein starrer Dorn zum Aufreißen des Ohrs führen könne.

Hinsichtlich einer vermeintlichen Patentrechtsverletzung trägt die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor, dass es sich wohl eher um eine Gebrauchsmusterverletzung handle, sie aber selbst kein eigenes Recht geltend machen könne.

Die Antragstellerin meint zudem, dass aufgrund der Umstände des Einzelfalls die Rüge innerhalb von 5 bis 7 Werktagen als unverzüglich angesehen werden müsste, zumal bereits bei der Teststellung am 26.11.2009 eine Vergaberüge durch die Antragstellerin ausgesprochen worden sei. Denn sie habe die vermeintliche Wiederverwendbarkeit ihrer Ohrmarken bereits in diesem Termin als unzutreffend beanstandet.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin hinsichtlich des Loses 1 aufzuheben und unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt des Ausschlusses der Antragstellerin zu wiederholen.
2. der Antragsgegnerin zu untersagen, das zur Nachprüfung gestellte Vergabeverfahren hinsichtlich des Loses 1 ohne die Antragstellerin fortzuführen,

3. der Antragsgegnerin zu untersagen, auf der Basis ihres derzeitigen Bewertungsstandes im angegriffenen Vergabeverfahren betreffend das Los 1 einen Zuschlag zu erteilen,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,
5. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin in diesem Verfahren für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig, weil die Rüge nicht innerhalb von ein bis drei Tagen erfolgt sei, was aber unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalls erforderlich gewesen sei. Schließlich habe die Antragstellerin sich umgehend um einen Termin bei der Antragsgegnerin bemüht; also hätte sie zu dem Zeitpunkt auch rügen können und müssen.

Weiterhin hätte die Antragstellerin als erfahrene Bieterin auch den Hinweis auf die Patentrechte in der Leistungsbeschreibung viel früher rügen müssen. Auch die Vorgaben in der Leistungsbeschreibung zu Punkt B I. 2.3 , also zum Ausschluss der Wiederverwendbarkeit, habe sie nicht unmittelbar nach Erhalt der Vergabeunterlagen, sondern erst mehr als zweieinhalb Monate später mit ihrer Rüge vom 28.11.2009 beanstandet.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag aber auch für unbegründet. Die Leistungsbeschreibung zu Punkt B. I. 2.3 sei nicht zu unbestimmt. Eine Auslegung aus der Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters ergebe, dass diese Vorgabe nur so verstanden werden könne, dass sich die Ohrmarken nach dem erstmaligen Anbringen am Tier entweder schon nicht mehr öffnen lassen oder zumindest nach dem Öffnen nicht wieder dauerhaft zusammenfügen lassen dürfen. Dies wüsste auch die Antragstellerin, die eine erfahrene Anbieterin von Tierohrmarken sei. Denn der Zweck sei schließlich die Möglichkeit der Rückverfolgung der Tiere und der aus ihnen gewonnenen Erzeugnisse, was nur bei einer einmaligen Verwendbarkeit der Tierohrmarken gewährleistet sei. Diesbezüglich habe es im Übrigen auch vor Angebotsabgabe keinerlei Nachfragen gegeben.

Die Antragsgegnerin trägt weiterhin vor, ihre Vorgaben in der Leistungsbeschreibung hinsichtlich der Unzulässigkeit der Wiederverwendbarkeit seien – entgegen der Auffassung der Antragstellerin- auch objektiv erfüllbar. Dies habe jedenfalls die Demonstration mit den Ohrmarken der Beigeladenen ergeben.

Weiterhin habe die Demonstration mit den Ohrmarken der Antragstellerin ergeben, dass diese sehr wohl mehrfach wieder zusammen gefügt und geöffnet werden konnten. Auch bei den mehrfach durchgeführten Versuchen seien die Spitzen des Dorn-teils – entgegen der Behauptung der Antragstellerin - nicht abgebrochen.

Die Antragsgegnerin hält die Demonstrationen mit den Ohrmarken nicht für unzulässige Nachverhandlungen, weil eben keine inhaltliche Angebotsänderung stattgefunden habe, sondern es allein um die tatsächliche Frage gegangen sei, ob die Ohrmarken wiederverwendbar sind. Die Aufklärung dieser tatsächlichen Frage sei angesichts der Rüge der Beigeladenen zwingend erforderlich gewesen, weil man diese Rüge nicht anderweitig hätte überprüfen können.

Die Antragsgegnerin trägt weiterhin vor, dass es keinen Grund gebe, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen. Die Demonstration mit den Ohrmarken der Beigeladenen habe ergeben, dass diese nicht mehrfach wiederverwandt werden konnten.

Die Antragsgegnerin trägt weiterhin vor, dass sie auch keine Zweifel an der Tauglichkeit der Gewebeproben aus den Gewebeohrmarken habe. Schließlich habe die Beigeladene – nachdem dies thematisiert worden sei – mit Schreiben vom 3.12.2009 darauf hingewiesen, dass ihre Gewebeohrmarken über ein geeignetes Konservierungsmittel verfügen. In der Schweiz habe die Beigeladene bereits über 1 Mio. Gewebeohrmarken ausgeliefert, wobei die damit gewonnenen Gewebeproben in verschiedenen Schweizer Labors im Rahmen der BVDV-Diagnostik erfolgreich analysiert werden konnten.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, sie habe keine Zweifel an der Stabilität und Reißfestigkeit der Ohrmarken der Beigeladenen. Auch diesbezüglich habe sich die Beigeladene in ihrem Schreiben vom 3.12.2009 geäußert und auf Erfahrungen mit ihrem Produkt in der Schweiz und Tirol hingewiesen. Den Vortrag halte sie für plausibel, weil das von der Antragstellerin vorgetragene Minus an Flexibilität des Ohrmarkendorns durch ein Plus an Flexibilität der Ohrmarke an sich und ein Plus an Beweglichkeit/Leichtgängigkeit der Verbindung von Dorn- und Lochteil wieder ausgeglichen werde. Weiterhin würde dies auch durch die Erfahrungen in den anderen Ländern belegt.

Die Beigeladene behauptet, dass die von der Antragstellerin vertriebenen Ohrmarken nicht nur einmalig verwendbar sind. Aus der Leistungsbeschreibung ergebe sich, dass die Ohrmarken so beschaffen sein müssten, dass diese bei den in Deutschland üblichen Tierhaltungsbedingungen langfristig am Ohr eines Tieres verbleiben. Außerdem dürfte es nicht möglich sein, die beiden Komponenten, Lochteil und Dornenteil, nach einer einmaligen Trennung ein weiteres Mal so zu verbinden, dass ein dauerhafter Verbleib am Ohr möglich wird. Eine mehrmalige Verwendung der Ohrmarken müsse auszuschließen sein. Nach einer einmaligen Trennung der Ohrmarken müssten diese unbrauchbar sein.

Die Beigeladene trägt vor, dass sie die am Markt vertriebenen Konkurrenzprodukte aufmerksam verfolge, und ihr auch die von der Antragstellerin vertriebenen Ohrmarken bekannt seien. Bei diesen Ohrmarken sei es möglich, diese mittels einer in der Praxis gebräuchlichen Zange zu öffnen und anschließend wieder so fest zu verschließen, dass damit eine erneute Verwendbarkeit möglich sei. Die Funktionsfähigkeit der Ohrmarken werde dadurch nicht beeinträchtigt. Dies habe sie gegenüber der Antragsgegnerin zunächst behauptet und ihr im Termin am 19.11.2009 versucht zu beweisen.

Dabei habe es sich nicht um ein unzulässiges Aufklärungsgespräch gehandelt, weil keine Änderung von Angebotsinhalten stattgefunden habe. Auch sei kein Verstoß gegen das Gebot einer vertraulichen Behandlung von Angebotsinhalten feststellbar, da die Antragsgegnerin darauf bestanden habe, dass die Teststellung der Ohrmarken anhand der von der Beigeladenen mitgebrachten Ohrmarken erfolgt. Erst nachdem festgestellt war, dass die Beigeladene tatsächlich Ohrmarken mitgebracht hatte, die den von der Antragstellerin eingereichten Musterohrmarken entsprechen, sei der Test mit den von der Antragstellerin eingereichten Ohrmarken wiederholt worden.

Die Beigeladene meint, dass die Ohrmarken der Antragstellerin wiederverwendbar sind und sie mit ihrem Angebot somit die Anforderungen der Leistungsbeschreibung nicht erfüllt, was einen zwingenden Ausschluss dieses Angebots zur Folge habe.

Demgegenüber seien die von ihr angebotenen Ohrmarken, so trägt die Beigeladene vor, nach einer Trennung von Loch- und Dornteil nicht mehr wiederverwendbar und entsprächen damit der Leistungsbeschreibung. Das Lochteil würde beim Öffnen der Ohrmarke konstruktionsbedingt zwangsläufig so stark beschädigt, dass eine anschließende erneute feste und dauerhafte Zusammenfügung der Ohrmarke am lebenden Tier unmöglich sei. Das Dornteil würde in dem beschädigten Lochteil schlicht keinen Halt mehr finden, so dass allein durch die natürlichen Bewegungen der Tiere diese Verbindung wieder getrennt werden könnte. Denn die Ohrmarken würden über Sicherheitskappen aus Hartplastik verfügen, wie man der beigefügten Konstruktionszeichnung entnehmen könne.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin komme somit eine ohne weiteres mögliche Wiederverwendung auf Dauer am lebenden Tier unter den in Deutschland üblichen Haltungsbedingungen nicht in Betracht. Ein Missbrauch sei dadurch ausgeschlossen, weil nach Ablösung der Marke vom Ohr des Tieres die dauerhafte Anbringung an einem anderen Tier nicht möglich sei.

Die Beigeladene behauptet weiterhin, dass ihre Gewebeohrmarken jedenfalls über ein geeignetes Konservierungsmittel verfügen würden. Sie verweist diesbezüglich darauf, dass sie die von ihr angebotene Ohrmarke auch schon über 1 Mio. mal in der Schweiz und Tirol ausgeliefert habe und die damit gewonnenen Gewebeproben in den Schweizer Labors im Rahmen der BVDV Diagnostik erfolgreich analysiert werden konnten. Demgegenüber sei die Antragstellerin wohl nicht in der Lage, überhaupt vergleichbare Referenzen vorzulegen.

Weiterhin trägt die Beigeladene vor, seien ihre Ohrmarken auch stabil und reißfest. Dies werde dadurch erreicht, dass die Ohrmarke selbst flexibel sei und über eine sehr leichtgängige Drehbarkeit des Dornteils im Verhältnis zum Lochteil der Ohrmarke verfüge. Es habe diesbezüglich im Übrigen auch keine Beanstandungen in der Schweiz und in Tirol gegeben.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären,
3. die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Vergabekammer hat mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung vom 17.12.2009 die Augenscheinseinnahme für die mündliche Verhandlung am 8.1.2010 angeordnet.

Die Demonstration der Ohrmarken hat ausweislich der Niederschrift folgende Ergebnisse erbracht:

Beweisaufnahme durch Augenscheinseinnahme in der mündlichen Verhandlung am 8.1.2010

Die Teststellung der Ohrmarken erfolgte anhand derjenigen Musterohrmarken, die die Antragsgegnerin mitgebracht hatte. Dabei handelte es sich um die Musterohrmarken die mit den Angeboten eingereicht wurden. Die Antragsgegnerin brachte dafür Zangen mit, aber auch die Antragstellerin und die Beigeladene hatten Zangen mitgebracht, die allesamt unterschiedlich waren.

Zunächst ist eine der konventionellen Ohrmarken der **Antragstellerin** hier verschlossen worden und anschließend ist diese Ohrmarke mit einer von der Beigeladenen mitgebrachten Zange wieder geöffnet worden. Dabei ist die Kunststoffkappe abgesprungen und beschädigt worden. Darauf hin ist genau diese Ohrmarke wieder zusammen gefügt worden und es war nicht möglich, diese Ohrmarke – auch nicht durch enorme Kraftanstrengung – mit der Hand zu lösen.

Mit der Gewebeohrmarke der Antragstellerin ist der gleiche Versuch durchgeführt worden. Auch bei der Gewebeohrmarke der Antragstellerin konnte man feststellen, dass - nachdem diese einmal geöffnet war und wieder verschlossen wurde- man diese Ohrmarke – auch mit hohem Kraftaufwand- nicht wieder trennen konnte.

Bei einem zweiten Versuch mit der Gewebeohrmarke der Antragstellerin ist diese zumindest mit der Hand unter Kraftaufwendung wieder auseinander gezogen worden.

Weiterhin ist mit den konventionellen Ohrmarken der **Beigeladenen** dieser Test wiederholt worden, und zwar ist die Ohrmarke zunächst verschlossen und dann geöffnet worden. Nach dem Öffnen ist diese Ohrmarke wiederum verschlossen worden und es hat sich heraus gestellt, dass sich auch diese Ohrmarke nicht ohne weiteres wieder öffnen ließ.

Im Vergabevermerk hatte die Antragsgegnerin dazu vermerkt: Im Gegensatz zu den von der Firma Hxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx angebotenen Ohrmarken konnten die Ohrmarken der Firma Axxxxxxx jedoch nach ihrem – provisorischen – Wiederverschließen bereits durch relativ leichtes Ziehen von Hand wieder geöffnet werden.

In Bezug darauf führte Frau Dr. xxxxxxxxxxxx aus, dass offensichtlich bei dieser Teststellung eine andere Zange verwandt worden sei, als die, die man bei der Teststellung im Hause der Lxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx benutzt habe.

Die Teststellung ist mit der Gewebeohrmarke der Beigeladenen wiederholt worden, indem diese nach dem Verschluss wiedergeöffnet und wiederverschlossen wurde.

Hier war es zumindest möglich, diese Ohrmarke mit der Hand wieder zu öffnen, wobei allerdings auch kein geringer Kraftaufwand erforderlich war.

Die in der Teststellung verwandten Ohrmarken sind als Anlagen zur Niederschrift genommen worden.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 29.1.2010 verlängert. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus §§ 104 Abs. 1 GWB, 2 Abs. 3 ZustVO NpV NW. Der geschätzte Auftragswert für das Los 1 übersteigt den in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 206.000 €.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragsbefugnis der Antragstellerin gemäß § 107 Abs. 2 GWB ergibt sich daraus, dass sie ein Angebot zu Los 1 abgegeben hat und damit zunächst auf dem ersten Rang lag. Würde sie u.a. mit ihren Beanstandungen hinsichtlich der nachträglichen Teststellungen der Ohrmarken durchdringen, müsste das Angebot der Beigeladenen ausgeschlossen werden, so dass sie wiederum reelle Chancen auf Erhalt des Zuschlags hätte.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot auch zwei Referenzaufträge für den geforderten Zeitraum genannt und nachgewiesen. Entscheidend nach der Bekanntmachung war nicht, dass genau die angebotenen Ohrmarken (beispielsweise die Gewebeohrmarken) schon vom Bieter vertrieben werden mussten, sondern entscheidend war, dass es vergleichbare Leistungen waren, d.h. es mussten vergleichbare Tierhaltungsbedingungen wie in Deutschland vorliegen. Diesen Anforderungen hat die Antragstellerin mit ihrem Angebot genügt. Sie hat zu Los 1 Referenzaufträge über vergleichbare Größenordnungen in Deutschland nachgewiesen.

1.2 Die Antragstellerin hat auch unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB gerügt.

a) Gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Vorliegend hat die Antragstellerin innerhalb von vier Tagen die erste Rüge und im Anschluss daran – nachdem sie zwischenzeitlich bei einem Termin im Hause der Antragsgegnerin die Ohrmarken der Beigeladenen gesehen hatte – eine zweite Rüge vier Tage nach diesem Termin platziert. Dies ist auch unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalls immer noch unverzüglich.

Eine Rüge ist vom Eintritt der tatsächlichen und rechtlichen Kenntnis an unverzüglich, d.h. im Sinne von § 121 BGB ohne schuldhaftes Zögern, auszusprechen. In der

Rechtsprechung des OLG Düsseldorf wird diesbezüglich ein Zeitrahmen von bis zu zwei Wochen ab Kenntniserlangung als zeitliche Obergrenze angenommen. Dieses Zeitmaß darf im Regelfall, insbesondere in durchschnittlichen und nicht schwierig gelagerten Fällen vom Antragsteller keinesfalls ausgeschöpft werden. Welche Zeitspanne noch als unverzüglich gelten kann, ist stets aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, OLG Düsseldorf, 5.12.2006, Verg 56/06; OLG Düsseldorf, 5.9.2007, Verg 19/07.

Die erste Rüge erfolgte innerhalb von vier Tagen nach Erteilung der Information und ist deshalb auf jeden Fall noch unverzüglich. Aber auch die Rüge hinsichtlich der Patentrechtsverletzungen und der Stabilität der Ohrmarken der Beigeladenen war noch unverzüglich, weil die Antragstellerin erst am 26.11.2009 diese Ohrmarken gesehen hatte und erst ab diesem Zeitpunkt positive Kenntnis haben konnte. Eine Reaktion innerhalb von vier Tagen ist nicht zu beanstanden. Insofern kann es dahingestellt bleiben, ob die Antragstellerin bei der Teststellung im Hause der Antragsgegnerin ebenfalls gerügt hat.

Für die nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens geltend gemachten Beanstandungen (Protokollierung der Ergänzungen zum Vergabevermerk) bedarf es keiner Einhaltung einer Frist mehr; vielmehr können solche Erkenntnisse, die beispielsweise aufgrund einer Akteneinsicht bekannt werden, jederzeit im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden.

b) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sind auch die Beanstandungen der Antragstellerin hinsichtlich Punkt B. I. 2.3 der Leistungsbeschreibung Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens.

Gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist ein Antrag unzulässig, soweit Vergabeverstöße, die bereits in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gerügt werden. Diese Vorschrift ist vorliegend aber nicht einschlägig.

Die Antragstellerin hat hinsichtlich der in Punkt 2.3 genannten Anforderungen, und zwar der Unzulässigkeit der Wiederverwendbarkeit der Ohrmarken, keine grundsätzlichen vergaberechtlichen Bedenken gehabt. Vielmehr lässt sich dem Vortrag der Antragstellerin ohne weiteres entnehmen, dass auch sie der Auffassung ist, dass mit den Ohrmarken kein Missbrauch durch Wiederverwendung betrieben werden darf.

Entscheidend ist aber, wie Punkt 2.3 der Leistungsbeschreibung bzw. der Begriff der Wiederverwendbarkeit auszulegen ist. Welche konkreten Anforderungen diesbezüglich gestellt werden, ist sicherlich weder von der Antragsgegnerin noch von den Bietern vor Abgabe der Angebote thematisiert worden. Vielmehr lässt sich erstmals aus dem Rügeschreiben der Beigeladenen vom 9.11.2009 schlussfolgern, dass der Begriff der Wiederverwendbarkeit unterschiedlich ausgelegt werden kann. Letztlich handelt es sich somit nicht um eine Beanstandung, die allein aufgrund der Leistungsbeschreibung erkennbar war und hätte gerügt werden müssen. Insofern hat die Formulierung in den Vergabeunterlagen (Punkt B.I. 2.3) für sich genommen keinen Anlass zur Rüge gegeben.

Vor diesem Hintergrund ist nicht § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB anwendbar, sondern für die Geltendmachung solcher Vergaberechtsverstöße gilt § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Folg-

lich musste die Antragstellerin diesen Vergaberechtsverstoß zunächst positiv erkannt haben. Dies kann aber vorliegend sicher erst festgestellt werden, nachdem die Antragsgegnerin ihr am 24.11.2009 mitgeteilt hatte, dass bei einer Teststellung ihre Ohrmarken getrennt und wieder zusammengefügt werden konnten. Nachdem die Antragstellerin diese Information hatte, hat sie unverzüglich, und zwar innerhalb von vier Tagen, gerügt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, und zwar in der Weise, dass der Antragsgegnerin zu untersagen ist, auf der Basis des derzeitigen Bewertungsstandes auf das Los 1 einen Zuschlag zu erteilen.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

2.1 Die Entscheidung der Antragsgegnerin, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, ist vergaberechtlich zu beanstanden, weil ausweislich der Beweisaufnahme sowohl die Ohrmarken der Antragstellerin als auch die Ohrmarken der Beigeladenen nach dem Wiederverschluss erneut verwandt werden konnten. Somit erfüllt keines der beiden Angebote die Anforderungen unter Punkt B. I. 2.3 der Leistungsbeschreibung. Beide Angebote sind somit gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A auszuschließen.

a) Die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin zu Punkt B. I. 2.3 ist zunächst nicht zu beanstanden. Um einem etwaigen Missbrauch der Ohrmarken vorzubeugen, dürfen diese nur einmal verwendbar sein. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Vorgabe, die mit dem Leistungsgegenstand ohne weiteres in Zusammenhang zu bringen ist und deshalb auch zulässigerweise von der Antragsgegnerin gefordert werden konnte.

Gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können.

Für das Verständnis der Leistungsbeschreibung ist auf den nach den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden objektiven Empfängerhorizont eines verständigen und sachkundigen Bieters, der mit Beschaffungsleistungen der vorliegenden Art vertraut ist, abzustellen, OLG Koblenz, 5.12.2007, 1 Verg 7/07. Es ist somit der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter, also eines abstrakt bestimmten Adressatenkreises, maßgeblich. Das tatsächliche Verständnis der Bieter entfaltet demgegenüber nur indizielle Bedeutung, OLG Düsseldorf, 20.10.2008, Verg 41/08.

aa) Ausgehend von diesen Entscheidungen, die die Kammer für zutreffend hält, ist entscheidend, dass die Ohrmarken nicht wieder verwendbar sein dürfen, um einem etwaigen Missbrauch vorzubeugen. Insofern sollte schon nach dem erstmaligen Anbringen der Ohrmarke am Ohr des Tieres eine Trennung nicht mehr ohne weiteres möglich sein oder es muss auf andere Weise feststellbar sein, dass die Ohrmarke nur einmal verwendbar ist. Dabei ist es nicht abwegig, nicht nur auf handelsübliche Zangen abzustellen, sondern Missbrauch bedeutet in der Regel, dass auch nicht legale Mittel zum Einsatz kommen, um bestimmte Ziele zu erreichen.

bb) Die Kammer hält es nicht für sachwidrig, so wie von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen vorgetragen, den Begriff der „Wiederverwendbarkeit“ in der Weise zu konkretisieren bzw. auszulegen, dass eine bereits geöffnete Ohrmarke jedenfalls nicht dauerhaft wieder verwendbar sein darf. Insofern erscheint es nach dem Sinn und Zweck des Punkts B. I.2.3 der Leistungsbeschreibung – einem Missbrauch vorzubeugen- nicht abwegig, wenn dies konkretisierend gefordert wird. Dies ist aus der Sicht eines verständigen Bieters, der mit den ausgeschriebenen Beschaffungsleistungen vertraut ist, nachvollziehbar. Wenn eine Öffnung der Ohrmarken mittels einer Zange – gegebenenfalls auch mittels Spezialzangen, die nicht legal verwendet werden- möglich ist, dann muss zumindest verhindert werden, dass eine solche Ohrmarke einfach wieder an einem anderen Tier angebracht werden kann. Denn dies wäre der nächste Schritt, um einem Missbrauch vorzubeugen. Demzufolge ist es aus der Sicht eines verständigen Bieters nachvollziehbar, dass auf die „Festigkeit“ und „Dauerhaftigkeit“ einer neuen Verbindung abgestellt wird.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist diese Möglichkeit der Öffnung sehr wohl bei der Auslegung der Leistungsbeschreibung zu berücksichtigen. Denn das Wort „Missbrauch“ umfasst gerade nicht legale Handlungen, wozu auch die Verwendung von nicht „legalen“ Spezialzangen gehört.

cc) Ausgehend von diesen Überlegungen in Bezug auf Punkt B. I. 2.3 der Leistungsbeschreibung hält die Kammer die Anwendung dieser Grundsätze in der Weise für vertretbar, dass eine Abstufung bei der „Dauerhaftigkeit“ der neuen Verbindung vorgenommen wird. Kann ein Wiederverschluss der Ohrmarke erfolgen, der nicht ohne weiteres wieder gelöst werden kann, ist jedenfalls eine solche Ohrmarke einmalig wiederverwendbar und ein Missbrauch insoweit ohne weiteres möglich.

Wird hingegen beim Wiederverschluss der Ohrmarke eine relativ lose Verbindung hergestellt, die sich leicht wieder öffnen lässt oder bei der üblichen Tierhaltung die erneute Öffnung dieser Verbindung ohne weiteres wahrscheinlich ist, dann kann angenommen werden, dass mit einer solchen Ohrmarke kein Missbrauch betrieben werden kann. Eine solche Ohrmarke würde somit den Anforderungen der Leistungsbeschreibung entsprechen.

b) Ausgehend von diesen Vorgaben hat die Teststellung in der mündlichen Verhandlung ergeben, dass weder die Ohrmarken der Antragstellerin noch die Ohrmarken der Beigeladenen nach dem erstmaligen Verschluss ohne nennenswerte Beschädigungen wieder geöffnet werden konnten. Es sind jedenfalls keine wesentlichen Teile, wie der Dorn, abgebrochen, die einen Wiederverschluss unmöglich gemacht hätten. Lediglich die Kunststoffkappe brach ab oder das Lochteil war verformt, aber dies führte nicht dazu, dass die Ohrmarke sich nicht wieder verschließen ließ. Die Beweisaufnahme wurde sowohl mit den konventionellen Ohrmarken als auch mit den Gewebeohrmarken durchgeführt

Nach dem erneuten Wiederverschluss einer – wenn auch illegal durch eine nicht zugelassene Zange geöffneten Ohrmarke- konnten diese Ohrmarken jedenfalls nicht wieder einfach per Hand ohne Kraftanstrengung voneinander gelöst werden. Vielmehr war es nur durch enorme Kraftaufwendung möglich, zum Beispiel beim zweiten Versuch mit der Gewebeohrmarke der Antragstellerin, die beiden Teile der Ohrmarke wieder voneinander zu trennen. Auch die von der Beigeladenen als Musterohrmarken getesteten Ohrmarken konnten in der mündlichen Verhandlung nicht ohne weite-

res mit der Hand wieder auseinandergerissen werden. Auch hier war eine enorme Kraftanstrengung zum Öffnen erforderlich.

Die Kammer hält es durchaus für glaubhaft, dass diesbezüglich die Teststellung der Antragsgegnerin mit den Ohrmarken der Beigeladenen ein anderes Ergebnis erbracht hat. Dort wurde festgestellt – sowie im Vergabevermerk niedergelegt – dass die konventionellen Ohrmarken der Beigeladenen sich durch ein leichtes Ziehen wieder öffnen ließen und somit der dauerhafte Verbleib am Tier als unwahrscheinlich angenommen wurde. Dies war in der mündlichen Verhandlung nicht der Fall, wobei sich letztlich aber auch die Frage stellte, welche Zangen tatsächlich zum Einsatz kommen. Diesen Gesichtspunkten kann aber im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens aufgrund des Beschleunigungsgrundsatzes nicht mehr detailliert nachgegangen werden.

Im Ergebnis entsprechen somit die von beiden Bietern angebotenen Ohrmarken nicht dem Punkt B. I. 2.3 der Leistungsbeschreibung. Die Ohrmarken konnten nach einem einmaligen Verschluss wieder mit einer Festigkeit zusammengefügt werden, die darauf schließen lässt, dass sie langfristig am Ohr eines anderen Tieres angebracht und verwandt werden können. Unter Berücksichtigung der in Deutschland üblichen Haltungsbedingungen ist davon auszugehen, dass der erneute Verschluss dieser Ohrmarken jedenfalls einen langfristigen und dauerhaften Verbleib an dem Ohr eines anderen Tieres ermöglicht. Damit ist ein etwaiger Missbrauch solcher Ohrmarken möglich und kann beispielsweise dazu führen, dass Tiere aus einem Seuchengebiet illegal herausgeholt werden können.

c) Klarstellend weist die Kammer darauf hin, dass die Augenscheinseinnahme hier nur zum Nachweis der Vergleichbarkeit der Ohrmarken mit der Leistungsbeschreibung diene. Daraus können keine allgemeinen Rückschlüsse auf die Sicherheit von Ohrmarken gezogen werden. Nach Auffassung der Kammer ist das Öffnen und Wiederverschließen von Ohrmarken durch Spezialzangen eine durchaus vorstellbare Missbrauchshandlung, die nicht nur auf die Ohrmarken der Antragstellerin und der Beigeladenen begrenzt ist, sondern sicherlich eine illegale Handlung betreffen, die mit vielen auf dem Markt erhältlichen Ohrmarken möglich sein wird. Welche Sicherheitsrisiken diesbezüglich tatsächlich bestehen, kann durch eine solche Teststellung nicht abschließend geklärt werden. Es bleibt vielmehr der Antragsgegnerin überlassen – ganz unabhängig von der Beschaffung dieser Ohrmarken – solchen Gesichtspunkten nachzugehen und gegen Missbrauchshandlungen vorzugehen.

2.2 Eine unzulässige Nachverhandlung durch die Teststellungen sowohl der Ohrmarken der Beigeladenen als auch der Antragstellerin liegt nicht vor.

Gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A darf nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung mit den Bietern über ihre Angebote nur verhandelt werden, um Zweifel über die Angebote oder die Bieter zu beheben. Andere Verhandlungen sind gemäß § 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A, besonders über Änderungen der Angebote oder Preise, unstatthaft.

Die Antragsgegnerin hat vorliegend nicht mit demjenigen Bieter, der das Angebot vorgelegt hat, nachträglich noch über den Inhalt seines Angebots verhandelt. Derjenige Bieter, der unmittelbar betroffen war, war an dem jeweiligen Termin nicht anwe-

send. Insofern konnte- was typisch für unstatthafte Nachverhandlungen ist- überhaupt keine Änderung oder Ergänzung am Angebot vorgenommen werden.

Zutreffend weist die Antragstellerin aber auf den Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB hin. Soweit eine Verletzung angenommen wird, ist diese aber durch die im Nachprüfungsverfahren durchgeführte Beweisaufnahme geheilt worden. Denn die Kammer hat nicht die Ausführungen der Antragsgegnerin aus ihrem Vergabevermerk der Entscheidung zugrunde gelegt, sondern durch eigenen Augenschein die Wiederverwendbarkeit der Ohrmarken überprüft.

2.3 Die Antragsgegnerin war auch nicht verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen aus anderen Gründen auszuschließen.

a) Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene mit ihrem Angebot die Anforderungen von Punkt 2.8 der Vergabeunterlagen nicht erfüllt, liegen nicht vor.

Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A sind bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Außerdem müssen die Bieter im Angebot die geforderten Angaben und Erklärungen abgegeben haben, § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A.

aa) Vorliegend machte die Antragstellerin zunächst Schutzrechtsverletzungen in Bezug auf das Angebot der Beigeladenen geltend, was zur Folge hätte, dass die Beigeladene als nicht leistungsfähig angesehen werden muss. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin diesbezüglich vorgetragen, dass vorliegend möglicherweise Gebrauchsmusterverletzungen, aber nicht Patentrechtsverletzungen, vorliegen könnten, sie aber keine eigenen Rechte diesbezüglich geltend machen könnte. Insofern sei dieser Sachverhalt nicht mit dem Sachverhalt, der der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.2.2005, Verg 91/04 zugrundelag, vergleichbar. Somit habe sie jedenfalls keinen Einfluss darauf, ob die Beigeladene rechtlich die Lieferung der Ohrmarken gewährleisten könne.

bb) Unabhängig davon ist die Antragsgegnerin hier aber nicht verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen wegen vermeintlicher Schutzrechtsverletzungen auszuschließen, weil es dafür keine hinreichenden Anhaltspunkte gibt. Auch dann, wenn die Antragstellerin keine eigenen Rechte geltend macht, kann die rechtliche Leistungsfähigkeit der Beigeladenen aufgrund fremder Rechte fraglich sein.

Die Beigeladene hat in ihrem Angebot zunächst sowohl für die konventionellen Ohrmarken als auch für die Gewebeohrmarken auf vorhandene europäische Patente hingewiesen und diese mit Datum und Patentnummer benannt. Dies reicht nach Punkt 2.8 aus, weil die Bieter nur verpflichtet waren, auf Patent- oder Schutzrechte im Angebot hinzuweisen, falls sie diese verwenden.

cc) Die Vergabestellen sind grundsätzlich nicht verpflichtet, solche Angaben der Bieter in ihren Angeboten auf ihre Richtigkeit zu prüfen. Eine Vergabestelle kann zunächst davon ausgehen, dass die Angaben der Bieter zu ihrer Eignung oder auch Erklärungen zum Leistungsgegenstand zutreffend sind. Werden beispielsweise zum Nachweis der Eignung Umsatzzahlen genannt oder Referenzen vorgelegt, kann eine

Vergabestelle unterstellen, dass diese Angaben richtig sind (vgl. dazu § 7 Nr. 5 lit. e VOL/A). Solange keine eindeutigen Anhaltspunkte vorliegen, die Anlass zur Prüfung geben, ist eine solche inhaltliche Prüfung bei Wertung der Angebote nicht erforderlich.

dd) Die Eignungsprüfung des öffentlichen Auftraggebers hat sich aber auch darauf zu erstrecken, ob ein Bieter rechtlich in der Lage ist, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen, jedenfalls in solchen Fällen, in denen für den öffentlichen Auftraggeber zureichende Anhaltspunkte hervortreten, die Leistungsfähigkeit eines Bieters in dieser Hinsicht anzuzweifeln, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.2.2005, Verg 91/04. Diesen Zweifeln muss der öffentliche Auftraggeber nachgehen, und zwar auch noch nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Denn der öffentliche Auftraggeber hat Umstände, welche die Leistungsfähigkeit des Bieters betreffen, bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens, d.h. bis zur rechtswirksamen Zuschlagserteilung, zu berücksichtigen. Eine Vergabestelle ist, wenn sie die Eignung zulässigerweise bejaht hat, grundsätzlich daran gebunden. Allerdings ist die Vergabestelle nach Treu und Glauben im Allgemeinen nicht gehindert, im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens von ihrer ursprünglichen Beurteilung hinsichtlich der Eignung der Bieter abzurücken. Allerdings ist das nur möglich, wenn sich die Sachlage, also der tatsächliche Lebenssachverhalt, aufgrund neu auftretender Umstände verändert hat. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass der Auftraggeber nicht gehalten werden kann, den Zuschlag auf das Angebot eines Bieters zu erteilen, der im Laufe des Vergabeverfahrens leistungsunfähig geworden ist, vgl. u.a. OLG Düsseldorf, 28.5.2003, Verg 16/03; OLG Düsseldorf, 4.12.2002, Verg 45/01.

Vorliegend hatte die Antragsgegnerin bereits vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens die Eignung der Beigeladenen festgestellt. Das rechtliche Unvermögen der Leistungserfüllung durch die Beigeladene – unabhängig davon, ob hier eine Patentrechtsverletzung oder eine Gebrauchsmusterverletzung geltend gemacht wird – wäre ein zwingender Ausschlussgrund, der jederzeit wieder aufgegriffen werden kann. Ist der öffentliche Auftraggeber von Gesetzes wegen zum Angebotsausschluss verpflichtet, kann ein rechtlich schützenswertes Vertrauen des betreffenden Bieters, sein Angebot werde nicht von der Wertung ausgeschlossen werden, nicht entstehen. Das rechtliche Unvermögen der Beigeladenen kann aber vorliegend nicht tatsächlich festgestellt werden.

ee) Eine solche vertiefende Prüfung musste die Antragsgegnerin aufgrund der Angaben im Angebot der Beigeladenen nicht vornehmen und sie war auch nicht aufgrund der Äußerungen der Antragstellerin in Bezug auf Schutzrechtsverletzungen dazu verpflichtet. Entscheidend ist, dass die Beigeladene in ihrem Angebot insgesamt drei europäische Patente und die dazugehörigen Patentnummern für die Rinderohrmarken genannt hat. Weiterhin hat die Beigeladene behauptet, dass das „Widerlager“, das sie herstellt, weder in Deutschland noch in einem anderen Land einem Patent unterliegt. Diese Behauptung hat die Beigeladene im Nachprüfungsverfahren durch Vorlage einer Stellungnahme einer Anwaltskanzlei und Auszügen aus dem Belgischen und Deutschen Patentregister konkretisiert. Damit hat die Beigeladene letztlich gegenüber der Antragsgegnerin ausreichend dargelegt und nachgewiesen, dass sie die in ihrem Angebot genannten Patente zulässigerweise nutzen darf bzw. bei der Herstellung und Lieferung der Ohrmarken diese Patente nicht entgegen stehen werden. Die Aussagen der Beigeladenen sind unter Bezugnahme auf

Punkt 2.8 der Vergabeunterlagen gemacht worden und es bestehen auch inhaltlich keine Zweifel an der Eindeutigkeit dieser Aussagen, zumal die Lieferfähigkeit auch ein Zuschlagskriterium war, so dass jeder Bieter sich sorgfältig damit auseinandergesetzt haben wird.

Weiterhin hat die Beigeladene im Verlauf der Nachprüfung darauf hingewiesen, dass sie zumindest die Gewebeohrmarken schon mehr als 1 Million mal in der Schweiz und in Tirol ausgeliefert hat. Also auch in tatsächlicher Hinsicht hat es bei anderen Aufträgen keine Erfüllungshindernisse wegen Schutzrechtsverletzungen gegeben. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass die Angaben der Beigeladenen insgesamt zutreffend sind.

Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen wegen fehlender rechtlicher Leistungsfähigkeit kommt vorliegend nicht in Betracht.

b) Das Angebot der Beigeladenen ist auch nicht wegen Zweifel an der Validität der Gewebeproben von der Antragsgegnerin gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A auszuschließen.

Gemäß § 7 Nr. 5 lit. e) VOL/A können von der Teilnahme am Wettbewerb Bieter ausgeschlossen werden, wenn sie im Vergabeverfahren vorsätzlich unzutreffende Erklärungen in Bezug auf ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit abgegeben haben.

Die Behauptung der Antragstellerin, bei den Gewebeohrmarken der Beigeladenen würden nicht geeignete Konservierungsmitteln verwandt, löst auch hier keine Prüfpflicht der Antragsgegnerin aus.

Vorliegend hat die Beigeladene in Bezug auf die von ihr angebotenen Gewebeohrmarken dargelegt, dass diese über ein geeignetes Konservierungsmittel verfügen würden, weil sie schließlich bereits in der Schweiz und Tirol über 1 Million dieser Gewebeohrmarken ausgeliefert habe. Die Prüfung der Gewebeproben in den dortigen Labors sei ohne Beanstandungen möglich gewesen. Ein entsprechendes Testat vom 30.9.2009 legte die Beigeladene vor.

Auch diesbezüglich sind keine durchgreifenden Anhaltspunkte für die Antragsgegnerin ersichtlich, diese Aussagen der Beigeladenen anzuzweifeln. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin diesen nachvollziehbaren Darlegungen der Beigeladenen folgt und nicht etwaigen Hinweisen der Antragstellerin nachgeht, die lediglich ins Blaue hinein behauptet werden.

c) Das Angebot der Beigeladenen ist auch nicht unter Hinweis auf die fehlende Stabilität und Reißfestigkeit der Ohrmarken gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOL/A auszuschließen. Das Angebot der Beigeladenen entspricht den Anforderungen der Leistungsbeschreibung in Punkt 2.2 und stellt somit keine Abweichung oder Änderung an den Verdingungsunterlagen dar.

Gemäß Punkt 2.2 der Leistungsbeschreibung mussten die Ohrmarken so stabil und reißfest sein, dass der langfristige Verbleib der Ohrmarken am Tier unter den in Deutschland üblichen Haltungsbedingungen gewährleistet ist.

aa) Diesbezüglich ist die Antragstellerin der Auffassung, dass die Ohrmarken der Beigeladenen diesen Anforderungen nicht entsprechen würden. Die Ohrmarken der Beigeladenen würden über einen starren Dorn verfügen, der weniger biegsam sei als ein Dorn, der innen hohl ist, so dass dann, wenn sich die Tiere am Zaun oder der Futterstelle verfangen, das Ohr des Tieres verletzt werden könnte. Demgegenüber stellt die Beigeladene dar, dass das Dornenteil ihrer Ohrmarke drehbar sei, so dass damit die erforderliche Flexibilität zum Schutz des Tieres gewährleistet sei.

bb) Die Antragsgegnerin ist offensichtlich zu der Auffassung gelangt, dass sowohl die Ohrmarken der Antragstellerin als auch die von der Beigeladenen angebotenen Ohrmarken der Anforderung in Punkt 2.2 entsprechen. Denn sie hat beide Angebote in der Wertung belassen und nicht etwa wegen Änderungen an den Verdingungsunterlagen ausgeschlossen.

Letztlich unterliegt diese Entscheidung der Antragsgegnerin ihrem Beurteilungsermessen und kann von einer Nachprüfungsinstanz nur begrenzt überprüft werden.

Eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums ist anzunehmen, wenn das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten wird, wenn nicht von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wird, wenn sachwidrige Erwägungen in die Wertung einbezogen werden oder wenn der sich im Rahmen der Beurteilungsermächtigung haltende Beurteilungsmaßstab nicht zutreffend angewendet wurde.

Anhaltspunkte für derartige Beurteilungsdefizite liegen hier nicht vor. Die Antragsgegnerin hat vielmehr gemeint, dass das von der Antragstellerin vorgetragene „Minus“ bei der Flexibilität der Ohrmarken (starrer Dorn) durch die von der Beigeladenen vorgetragenen Pluspunkte (Flexibilität der Ohrmarke an sich und Drehbarkeit des Dornenteils) hinsichtlich ihrer eigenen Ohrmarken durchaus wieder ausgeglichen würde. Im Übrigen sei das Produkt bereits in der Schweiz und in Tirol in großen Mengen ausgeliefert worden, ohne dass es zu einem erhöhten Ausfall dieser Ohrmarken gekommen sei. Insgesamt halten sich diese Überlegungen der Antragsgegnerin im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums, sind weder sachwidrig noch willkürlich, sondern ohne weiteres nachvollziehbar und sachgerecht.

Im Ergebnis ist auch diese Entscheidung der Antragsgegnerin, die Beigeladene nicht gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOL/A von der Vergabe auszuschließen, vergaberechtlich vertretbar.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag begründet, soweit eine Abweichung von Punkt B. I. 2.3 der Leistungsbeschreibung anzunehmen ist. Davon sind allerdings beide Angebote betroffen.

III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken.

1. Die Antragstellerin ist durch die Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt, weil nicht nur ihr Angebot dem Punkt B. I. 2.3 der Leistungsbeschreibung nicht entsprach, also von den Vorgaben in den Verdingungsunterlagen abwich, sondern dies auch auf das Angebot der Beigeladenen zutraf. Insofern konnte die Antragstellerin zwar nicht mit Erfolg eine bloße Wiederholung der Angebotswertung verlangen, die im Ergebnis darauf hinauslief, ihr den Zuschlag zu erteilen. Allerdings obsiegt sie mit ihrem Antrag es der Antragsgegnerin zu untersagen, auf der Basis des derzeitigen Bewertungsstandes den Zuschlag für das Los 1 zu erteilen.

2. Da der Antragsgegnerin nunmehr überhaupt kein zuschlagsfähiges Angebot für das Los 1 mehr vorliegt, hat sie mehrere Optionen, um die Vergabe fortzusetzen, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 15.12.2004, Verg 47/04; OLG Düsseldorf, 29.7.2009, Verg 18/09.

a) Die Kammer hält es für möglich, die Vergabe gemäß § 3a Nr. 1 Abs. 5 lit. a) VOL/A fortzusetzen und den Auftrag im Verhandlungsverfahren zu vergeben. Die Vorschrift setzt u.a. voraus, dass in einem offenen Verfahren nur Angebote im Sinne der §§ 23 Nr. 1 oder 25 Nr. 1 abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden. Die Auftraggeber können in diesen Fällen von einer Vergabebekanntmachung absehen, wenn sie in das Verhandlungsverfahren alle Unternehmen einbeziehen, welche die Voraussetzungen des § 25 Nr. 2 Abs. 1 erfüllen und in dem offenen Verfahren Angebote abgegeben haben, die nicht bereits aus formalen Gründen nicht geprüft zu werden brauchen.

b) Vor diesem Hintergrund hat die Kammer die Eignung der Beigeladenen gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A zunächst abschließend geprüft und festgestellt. Auch andere zwingende Ausschlussgründe sind in Bezug auf beide Angebote nicht ersichtlich. Insofern würde der Ausschluss der beiden Angebote aus dem vorangegangenen Verfahren ausschließlich auf § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOL/A basieren.

c) Vor Eintritt in das Verhandlungsverfahren ist aber Punkt B. I. 2.3 aus der Leistungsbeschreibung zu streichen. Dies ist aus Sicht der Kammer möglich und vergaberechtlich zulässig. Letztlich bleibt es aber der Antragsgegnerin überlassen, ob sie diese Forderung herausnehmen will, in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, 15.12.2004, Verg 47/04; OLG Düsseldorf, 29.7.2009, Verg 18/09.

aa) Es handelte sich zunächst um eine zulässige und mit dem Auftrag zusammenhängende Forderung der Antragsgegnerin, die letztlich als Vorgabe aus einem anderen Gesetz bzw. Verordnung in die Leistungsbeschreibung übernommen wurde. Eine Vergabestelle darf gesetzliche Vorgaben aus anderen Gesetzen zulässigerweise in ihre Leistungsbeschreibung aufnehmen, wobei vorliegend nicht die Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 GWB zu prüfen sind. Denn es handelt sich vorliegend um eine Vorgabe, die nicht vergabefremd ist.

bb) Werden in einer Leistungsbeschreibung zulässigerweise solche Anforderungen gestellt, dann muss aber jeder Bieter diese Forderung auch erfüllen oder sein Angebot beinhaltet eine unzulässige Abweichung von den Verdingungsunterlagen. Spiegelbildlich dazu hat eine Vergabestelle die Angebote der Bieter anhand dieser von ihr selbst aufgestellten Forderungen zu prüfen und ein Antragsteller hat im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens einen Anspruch darauf, dass eine Vergabestelle in eine solche Prüfung eintritt.

cc) Punkt B. I. 2.3 kann hier zulässigerweise als Vorgabe aus der Leistungsbeschreibung genommen werden, weil dies jedenfalls keine grundlegende Änderung der Vergabeunterlagen bewirkt.

Der Begriff der grundlegenden Änderung der Auftragsbedingungen ist im Einzelfall zu definieren, wobei insbesondere darauf zu achten ist, dass der Kreis der Verfahrensbeteiligten sich nicht nochmals ändern könnte, weil der bisherige Auftragsgegenstand modifiziert wurde. Es darf nicht dazu führen, dass letztlich ein aliud beschafft wird, so Kaelble, in Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage 2007, § 3a Rn. 104.

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen hält die Kammer jedenfalls die Fortsetzung der Vergabe in einem Verhandlungsverfahren für zulässig. Dies unterliegt aber letztlich der Entscheidung der Antragsgegnerin.

dd) Klarstellend weist die Kammer darauf hin, dass es nicht darum geht, dass nunmehr Missbrauch mit den gelieferten Ohrmarken möglich wird bzw. nicht mehr verhindert werden kann. Das Verbot, Missbrauch mit den Ohrmarken zu betreiben bzw. dem vorzubeugen, ist unabhängig davon von sämtlichen Herstellern und Lieferanten von Ohrmarken, zu beachten. Hier geht es nur darum, dass diese Anforderung aus der Leistungsbeschreibung genommen wird und damit nicht mehr als eine Vorgabe für die Vergabe des Auftrages zu erfüllen war. Damit würden dann beide vorhandenen Angebote wiederum der Leistungsbeschreibung entsprechen.

IV.

1. Die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer sind gemäß § 128 Abs. 1 und 3 GWB von der unterlegenen Antragsgegnerin zu tragen, wobei die Kammer bei der Festsetzung der Gebühr gemäß § 128 Abs. 2 GWB von einem Auftragsvolumen von ca. 1 Mio. € für drei Jahre (nur Los 1) ausgeht, so dass nach der Gebührenstaffel des Bundes und der Länder eine Gebühr in Höhe von xxxx € zugrunde zulegen ist. Die Einbeziehung der insoweit ebenfalls unterlegenen Beigeladenen hält die Kammer vorliegend nicht für sachgerecht.

Die Antragsgegnerin ist aber gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG eine juristische Person des öffentlichen Rechts des Landes NRW, so dass sie von den Gebühren der Kammer befreit ist.

2. Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen beschränkte, sondern beispielsweise auch eine Beweisaufnahme erforderlich war.

Die Antragsgegnerin hat als unterlegene Partei die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung zur Hälfte zu tragen. Dabei hält die Kammer es für gerechtfertigt, dass sie diese Aufwendungen nur anteilig auferlegt bekommt, weil die Antragstellerin jedenfalls die mit ihren Anträgen verfolgten Ziele auf Wiederholung der Wertung und auf Fortführung der Vergabe jeweils unter Einbeziehung ihres Angebots verfehlt hat.

3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene hält die Kammer zwar für notwendig. Diese werden aber der unterlegenen Antragsgegnerin nicht auferlegt, sondern sind von der Beigeladenen selbst zu tragen.

Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Aufwendungen der Beigeladenen nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt. Bei einem Unterliegen des öffentlichen Auftraggebers kommt eine Auferlegung dieser notwendigen Aufwendungen nur bei besonderen Umständen in Betracht. Denn die Beigeladene steht auf der Seite der Antragsgegnerin, da sie den Zuschlag an sich erreichen wollte. Wenn der öffentliche Auftraggeber verliert, dann verliert mittelbar auch die Beigeladene, so dass es der Billigkeit entspricht, wenn sie ihre eigenen Aufwendungen selbst tragen muss, so wie der öffentliche Auftraggeber auch.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet 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.

Diemon-Wies

Stolz

Meschede