



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 85/22

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „[...] Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Klebebändern“, Lose 1 bis 3, EU-Bekanntmachung [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Filter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Oktober 2022 am 19. Oktober 2022 beschlossen:

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin führt derzeit europaweit ein offenes Verfahren zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Klebebändern durch. Die Leistung ist in drei Fachlose aufgeteilt. Das Los 3 umfasst selbstklebende Folienbänder (Pos. 1080 bis 1360 des Leistungsverzeichnisses (LV)) sowie nichtklebende Folienbänder (Pos. 1370 bis 1390 des LV), wobei die erstgenannten Folienbänder die Anforderungen der Technischen Lieferbedingungen (TL) der Antragsgegnerin [...] erfüllen müssen.

Der ausgeschriebene Vertrag soll drei Jahre laufen und kann um weitere 12 Monate verlängert werden. Gemäß § 16 Abs. 1 des Vertragsentwurfs kann

„jede Partei (...) den Vertrag (...) jeweils zum Ablauf eines Kalenderjahres unter Einhaltung einer Frist von 3 Monaten – erstmalig zum 31.12.2023 – kündigen.“

Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis. Sofern mehrere Bieter zu einem Los denselben Gesamtpreis (Menge x Einzelpreis) anbieten, soll das Los über den Zuschlag entscheiden (sogenannter Stichentscheid) (s. Aufforderung zur Angebotsabgabe unter „Sonstiges“, Ziffer 2). Die Preise gelten für die gesamte Laufzeit des Vertrags (s. Aufforderung zur Angebotsabgabe, ebenda). Des Weiteren ist in der Angebotsaufforderung vorgesehen, dass für einige der ausgeschriebenen Leistungspositionen Muster zur technischen Prüfung durch das antragsgegnereigene [...] Institut für [...] einzureichen sind. Im Los 3 betrifft dies zwei selbstklebende Folienbänder (Pos. 1270 und 1360 des LV). Nach mehreren Verlängerungen endet die Angebotsabgabefrist derzeit am 19. Oktober 2022, 13 Uhr.

Die Antragstellerin ist in der verfahrensgegenständlichen Branche tätig. Aufgrund mehrerer Rahmenverträge seit 2011 hatte sie die Antragsgegnerin mit Klebebändern der ausgeschriebenen Art beliefert, seit einigen Jahren beschafft die Antragsgegnerin solche Waren im Rahmen von Kleinstbeschaffungen zu Listenpreisen bei der Antragstellerin und anderen Unternehmen. Nach ihren eigenen Angaben in ihrem Nachprüfungsantrag sowie auf ihrer Homepage ist die Antragstellerin spezialisiert u.a. auf die Herstellung und den Vertrieb von Selbstklebebändern, Elektroklebebändern, Industrieklebebändern, Verpackungsklebebändern sowie doppelseitigen Klebebändern, die sie ggf. entsprechend dem jeweiligen Wunsch eines Kunden fertigt (sog. Converting) und unterhält ein eigenes Labor zur Prüfung von Klebebändern. Am 2. Juni sowie am 13. September 2022 rügte die Antragstellerin mehrere

der ausgeschriebenen Vorgaben als vergaberechtswidrig. In den weiterhin streitgegenständlichen Punkten half die Antragsgegnerin diesen Rügen nicht ab.

2. Die Antragstellerin beantragte über ihre Verfahrensbevollmächtigten die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (vollständiger Eingang bei der Vergabekammer des Bundes am 14. September 2022). Der Antrag wurde der Antragsgegnerin am 14. September 2022 übermittelt.

a) Die Antragstellerin meint, das Vergabeverfahren sei aus mehreren Gründen vergabefehlerhaft.

So sei es ihr mangels Preisanpassungsklausel unmöglich, ein kaufmännisch kalkuliertes Angebot abgeben. Dadurch dass die Antragsgegnerin ein Angebot mit Festpreisen über die mögliche Vertragslaufzeit von vier Jahren verlange,bürde sie der Antragstellerin ein unzumutbares Kalkulationsrisiko auf. Die Antragstellerin trägt vor, dass die Rohstoff-, Energie- und Transportpreise aufgrund des Ukraine-Kriegs und dessen Folgen (z.B. weltweit verhängte Sanktionen gegen Russland) teilweise extrem gestiegen seien. Außerdem verzögerten sich aus denselben Gründen die Lieferketten und die Währungen schwankten erheblich (EUR vs. US-Dollar). Einige Hersteller der von ihr benötigten Materialien und Waren gäben daher schon jetzt keine verbindlichen Preislisten mehr heraus und ihre Lieferanten hätten ihre Preise in den letzten Wochen je nach Produkt um bis zu ca. [...] % erhöht. Zum Beleg legt die Antragstellerin mehrere Preisänderungsmitteilungen ihrer Lieferanten vor. Die weitere Preisentwicklung sei derzeit nicht einmal für wenige Wochen vorhersehbar. Da die Kalkulationsrisiken hier weit über das bei Rahmenvereinbarungen Typische hinausgingen, sei die Antragsgegnerin verpflichtet, die Kalkulationsrisiken der Bieter zu minimieren. Ohne eine Preisanpassungsklausel müsse die Antragstellerin massive Risikoaufschläge vornehmen, wobei auch dann nicht sicher wäre, dass diese die möglichen Preissteigerungen auffangen würden. Da die weiteren Preisveränderungen nicht absehbar seien und keine entsprechenden Erfahrungswerte bestünden, müsse jeder Bieter willkürliche Risikoaufschläge nehmen, so dass die Angebote nicht vergleichbar seien. Ergänzend verweist die Antragstellerin auf die Erlasse des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) vom 25. März 2022 und des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr (BMDV) vom 22. Juni 2022, in denen die Aufnahme von Stoffpreisgleitklauseln in laufende Vergabeverfahren aufgrund des Ukraine-Kriegs ausdrücklich erwähnt werde. Auch aus dem Erlass des

Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) vom 24. Juni 2022 folge die klare Handlungsanweisung an öffentliche Auftraggeber, bei jeder Vergabe zu prüfen, ob die zu beschaffenden Produkte besonders von den volatilen Preisentwicklungen betroffen seien. Zudem bejahe das BMWK in seinem Erlass erhebliche Preissteigerungen insbesondere bei Erdölprodukten. Obwohl die Antragsgegnerin wisse, dass Klebebänder und Folien der ausgeschriebenen Art erdölbasiert seien, habe sie ihr Ermessen, ob sie Preisgleitklauseln in den ausgeschriebenen Vertrag aufnehme, überhaupt nicht ausgeübt. Des Weiteren führt die Antragstellerin näher aus, dass eine Anpassung der Preise über § 313 BGB und § 132 GWB nicht möglich sei. § 313 BGB scheitere vor allem daran, dass die massiven Preissteigerungen wegen des Ukraine-Konflikts bereits jetzt bekannt und daher nicht unvorhersehbar seien i.S.d. Vorschrift.

In der mündlichen Verhandlung trägt die Antragstellerin zur Erforderlichkeit einer Preisanpassungsklausel ergänzend den Sachverhalt vor, dass ihre Lieferanten sie gegebenenfalls auch gar nicht mehr beliefern (könnten). Nachdem sie sich hinsichtlich der Kalkulationsunsicherheiten bisher nur auf die mindestens dreijährige Laufzeit des Vertrages berufen hatte, macht die Antragstellerin auf den Vorhalt der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung, dass die Verträge jeweils jährlich gekündigt werden könnten, geltend, die Antragsgegnerin würde im Fall der Kündigung zum Jahresablauf zeitgleich aus dem Rahmenvertrag sehr viele Produkte abrufen. Wenn die Antragstellerin diese Einzelabrufe trotz steigender Kosten bediene und damit ihren vertraglichen Verpflichtungen nachkomme, drohe ihr die Insolvenz.

Ein weiterer Vergabefehler besteht nach Auffassung der Antragstellerin darin, dass die Antragsgegnerin im Los 3 die selbstklebenden Folienbänder i.S.d. Pos. 1080 bis 1360 der LV und die nichtklebenden Folienbänder (Pos. 1370 bis 1390 des LV) in einem einzigen Los zusammengefasst und kein separates Los für die selbstklebenden Folienbänder gebildet habe. Anders als die Antragsgegnerin vortrage, sei die Antragstellerin insoweit antragsbefugt, weil die vergaberechtswidrige Losaufteilung die Möglichkeiten der Antragstellerin beeinträchtige, ein zuschlagsfähiges Angebot zu unterbreiten; bei einer sachgerechten Losaufteilung könne die Antragstellerin „besser kalkulieren“. Zudem sei ihre Zuschlagschance für das gesamte Los 3 beeinträchtigt, wenn sie die Prüfung des [...], die allein Muster der selbstklebenden Folienbänder betreffen, zu Recht oder zu Unrecht nicht bestehe. Die Antragstellerin führt näher aus, dass für die selbstklebenden Folienbänder gemäß der TL [...] erhöhte Anforderungen z.B. bzgl. Reißkraft, Klebkraft und Brennbarkeit

gälten. Es handele sich hierbei um Spezialbänder, die nur von Unternehmen geliefert werden könnten, die Klebebänder für den speziellen Einsatz bei der Antragsgegnerin gemäß der TL [...] aufbereiteten und ein spezielles Prüflabor unterhielten. Demgegenüber stellten die übrigen von Los 3 erfassten nichtklebenden nachleuchtenden Folienbänder, die für Absperrungen, zur Markierung oder zur Kenntlichmachung benötigt würden, eine völlig andere Produktgruppe dar und würden von zahlreichen Unternehmen als Standardprodukte angeboten werden. Bei ihrer eigenen Suche nach Lieferanten für die selbstklebenden Folienbänder habe die Antragstellerin „wenig Erfolg gehabt“. Sofern sie im Rahmen des Loses 3 mit der Belieferung der speziellen selbstklebenden Folienbänder beauftragt werden sollte, würde sie wie bereits bisher sog. „Logrollen“ beziehen, also deutlich breitere Bänder, die sie selbst mit ihren Fertigungsmaschinen für den besonderen Bedarf der Antragsgegnerin auf die geforderten Breiten zuschneide. Sog. Convertierer wie die Antragstellerin könnten die im Los 3 ausgeschriebenen Produkte anbieten, weil sie sich auf solche Nischenprodukte spezialisiert hätten. Demgegenüber stehe ein „erheblich relevanter Kreis potentieller Marktteilnehmer“ im Wettbewerb außen vor, nämlich alle Unternehmen, die solche Folienbänder nicht selbst produzierten bzw. keine Bezugsquellen für sich eröffnen könnten.

Des Weiteren meint die Antragstellerin, der von der Antragsgegnerin vorgesehene Losentscheid, der dann durchgeführt werden solle, wenn mehrere Bieter denselben Netto-Gesamtpreis anböten, verstoße gegen den vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz und das Willkürverbot. So verpflichte der Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB) öffentliche Auftraggeber dazu, im Wettbewerb zu beschaffen – bei einem Losverfahren als Auswahlmechanismus für das wirtschaftlichste Angebot erfolge die Bieterauswahl jedoch nach Glück. Darüber hinaus sehe § 127 Abs. 1 S. 1 GWB vor, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen sei und nicht per Zufall. Außerdem müssten Zuschlagskriterien gemäß § 127 Abs. 4 S. 1 GWB so festgelegt und bestimmt sein, dass sie ein hinreichendes Differenzierungspotential aufwiesen – solange die Antragsgegnerin dieses Differenzierungspotential nicht ausgeschöpft habe, sei das Losverfahren nicht gerechtfertigt. Die Antragstellerin schlägt vor, die Antragsgegnerin könne bei Preisgleichheit demjenigen Bieter den Vorzug geben, der bei den Artikeln mit der höchsten geschätzten Bestellmenge den geringeren Preis angeboten habe.

Ferner sei es vergaberechtswidrig, dass die Antragsgegnerin bei den vor Zuschlagserteilung vorgesehenen Prüfungen durch das [...] über die in den einschlägigen

Normen angegebenen Fertigungstoleranzen hinaus keine Messtoleranzen berücksichtigen wolle. Dies stehe den Realitäten bei der Prüfung von Werkstoffen, die wie hier aus natürlichen Materialien bestünden, entgegen, sei sachlich nicht nachvollziehbar und daher unverhältnismäßig. Denn Produktprüfungen/Messungen würden überwiegend händisch von Menschen und nicht computergesteuert durchgeführt. Solche Prüfverfahren seien daher fehleranfällig, was durch entsprechende Messtoleranzen berücksichtigt werden müsse.

Einige der zunächst mit ihrem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Beanstandungen erklärt die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 6. und 17. Oktober 2022 nach entsprechender Korrektur oder Klarstellung durch die Antragsgegnerin für erledigt bzw. nimmt diese zurück (der Zeitraum, auf den sich die von der Antragsgegnerin im Leistungsverzeichnis prognostizierten Schätzmengen bezögen, sei intransparent; der Auftragsgegenstand des Loses 1 sei nicht eindeutig beschrieben; das Verhältnis zwischen den Regelungen des Leistungsverzeichnisses einerseits und der TL [...] andererseits sei unklar; mehrere Einzelpositionen des LV seien nicht eindeutig und nicht erschöpfend beschrieben; die für die Pos. 160 des LV einschlägigen Qualitätssicherungsanforderungen seien unklar; die Anforderungen der TL [...] bzgl. des Brennverhaltens könnten von gar keinem Unternehmen erfüllt werden).

Die Antragstellerin beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Das Nachprüfungsverfahren gemäß § 160 Abs. 1 GWB einzuleiten;
2. den Nachprüfungsantrag gemäß § 163 Abs. 2 S. 3 GWB an die Antragsgegnerin zu übermitteln;
3. das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen und der Antragsgegnerin aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Bietern unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer überarbeitete Vergabeunterlagen zur neuen Angebotslegung bereit zu stellen;
4. hilfsweise sonstige geeignete Maßnahmen gemäß § 168 Abs. 1 GWB zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern;
5. der Antragstellerin gemäß § 165 Abs. 1 GWB Einsichtnahme in die Vergabeakten zu gewähren;

6. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen;
7. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin notwendig war.

Nach Erhalt der Akteneinsicht beantragt die Antragstellerin eine erweiterte Akteneinsicht in bestimmte von der Antragsgegnerin vorgelegte Unterlagen dazu, ob und inwieweit die von anderen Anbietern in einer 2020 erfolglos durchgeführten Vorgängerausschreibung für die Lieferung ähnlicher Klebebänder die Musterprüfung des [...] nach der TL [...] bestanden hätten. Diese Unterlagen seien relevant für die Frage, ob es einen Markt für „Komplettanbieter“ gebe, die das gesamte Los 3 so wie ausgeschrieben bedienen könnten.

b) Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird kostenpflichtig zurückgewiesen;
2. der Antragstellerin wird nur eingeschränkt Akteneinsicht gewährt.

Die Antragsgegnerin meint, dass der Nachprüfungsantrag teilweise bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet sei.

Sie sei nicht verpflichtet, eine Preisanpassungsklausel zu vereinbaren. Der Gesetzgeber wolle, dass Preisgleitklauseln regelmäßig zurückhaltend vereinbart würden. Nach der vertragstypischen Risikoverteilung sei es vielmehr Sache der Bieter, für Kostensteigerungen Vorsorge zu treffen und einen entsprechenden Wagniszuschlag in ihrer Preiskalkulation zu berücksichtigen. Dies treffe hier alle Bieter gleichermaßen. Die ministeriellen Erlasse, die die Antragstellerin diesbezüglich zitiere, seien hier nicht einschlägig. So gälten die Erlasse des BMWSB und des BMDV nur für den Bundeshochbau und den Bundesverkehrswegebau. Der Erlass des BMWK, der Lieferleistungen betreffe, spreche sich demgegenüber dafür aus, Preisgleitklauseln grundsätzlich zurückhaltend vorzusehen. Danach könne der Ukrainekrieg zwar ein außergewöhnliches Ereignis sein, aber jede Vergabestelle müsse im Einzelfall eigenverantwortlich prüfen, ob sie Preisgleitklauseln vereinbare. Im vorliegenden Fall komme dies nicht in Betracht. Zudem fehle es an einem konkreten Vortrag der Antragstellerin etwa zum Zusammenhang zwischen den Preissteigerungen der hiesigen Produkte und dem russischen Angriffskrieg

auf die Ukraine. Die Antragstellerin müsse darlegen, in welcher Art und Weise sich welches Zulieferprodukt genau auf welches von ihr im hiesigen Vergabeverfahren anzubietende Endprodukt und dessen Angebotspreis auswirke. Die von der Antragstellerin unter Vorlage von Schreiben ihrer Lieferanten genannten Preissteigerungen bewegten sich in der Größenordnung der derzeitigen Inflation und seien nicht schlechterdings unkalkulierbar. Die zweifellos derzeit höheren Risikoaufschläge müssten alle Bieter gleichermaßen kalkulieren und einpreisen. Dass sich andere Unternehmen, die sich am laufenden Vergabeverfahren aktiv beteiligten, die Kalkulation ihrer Angebote offenbar weiterhin für möglich und zumutbar hielten, dürfe ein tatsächliches Indiz dafür sein, dass die Angebotskalkulation objektiv möglich und zumutbar sei. Unabsehbare Vertragsrisiken könnten durch § 313 BGB aufgefangen werden, ohne dass dem § 132 GWB entgegenstehe. Demgegenüber verlagere eine Preisgleitklausel und der darin liegende Automatismus die Risiken vollständig auf die Antragsgegnerin.

Zur angeblich fehlerhaften Losbildung trägt die Antragsgegnerin vor, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil die Antragstellerin nicht vorbringe, durch den Loszuschnitt in ihren eigenen Rechten verletzt zu sein. Wie die Antragsgegnerin näher ausführt, sei der Nachprüfungsantrag insoweit zudem unbegründet.

Soweit sich die Antragstellerin gegen den bei Preisgleichheit vorgesehenen Losentscheid wende, sei ihr Nachprüfungsantrag ebenfalls bereits unzulässig. Die Antragstellerin sei jetzt noch nicht beschwert, sondern begehre unzulässigerweise vorbeugenden Rechtsschutz. Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag insoweit unbegründet, da ein Stichentscheid in dem praktisch extrem unwahrscheinlichen Fall eines vollständigen Preisgleichstands ultima ratio sei. Denn die Angebotswertung erfolge hier ausschließlich anhand des Preises, andere Kriterien seien nicht ersichtlich. Es wäre gleichermaßen willkürlich, bei einem Preisgleichstand eine bestimmte Leistungsposition als zuschlagsentscheidend heranzuziehen, da es hierfür keine sachlichen Gründe gebe. Die Antragsgegnerin habe hier alles getan, was zur Ausdifferenzierung der Angebote nach dem Preis möglich sei. Die Alternative, das Vergabeverfahren bei einem Preisgleichstand aufzuheben, sei demgegenüber unzumutbar bzw. mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden.

Zum Fehlen von Messtoleranzen führt die Antragsgegnerin aus, sie fordere von den Bietern keine „Exaktheit“, die nicht zu den ausgeschriebenen Produkten passe. Ihre Qualitätsansprüche seien vielmehr legitim und von ihrem Leistungsbestimmungsrecht

gedeckt. In Wahrheit gehe es der Antragstellerin um Fertigungstoleranzen, denen gegenüber die Messunsicherheiten im hochspezialisierten Labor des [...] nicht ins Gewicht fielen. Toleranzbereiche oder Schwellenwerte, die mindestens zu erreichen seien, seien in der einschlägigen TL [...] bereits enthalten. Es sei nicht unüblich, sondern eine gängige Vorgehensweise, dass bei der Angabe solcher Wertebereiche keine zusätzlichen Toleranzen bei der Messung eingeräumt würden. Für die Messverfahren gebe es zudem DIN-Normen, auf die in den Vergabeunterlagen Bezug genommen werde, die die Vorgehensweise bei den Messungen und Prüfungen detailliert regelten. Über diese DIN-Normen hinaus müsse die Antragsgegnerin keine Toleranzen einräumen.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin nach vorheriger Zustimmung der Antragsgegnerin Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 14. Oktober 2022 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakten der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise bereits unzulässig, im Übrigen unbegründet (dazu unter 1. und 2.). Der Antrag der Antragstellerin auf weitergehende Akteinsicht ist abzulehnen (dazu unter 3.).

1. Soweit die Antragstellerin meint, das Los 3 sei fehlerhaft gebildet worden, ist ihr Nachprüfungsantrag bereits unzulässig, weil sie nicht antragsbefugt ist (§ 160 Abs. 2 GWB). Die Antragstellerin legt nämlich nicht dar, dass sie aufgrund der fehlenden Aufteilung der Produkte des Loses 3 in ein weiteres, separates Los für die selbstklebenden Folienbänder (Pos. 1080 bis 1360 des LV) an der Vergabe des aktuell ausgeschriebenen Loses nicht teilnehmen könne und somit in ihren Zuschlagschancen beeinträchtigt ist. Sie führt lediglich

aus, bei einer anderen Aufteilung der Leistungen in selbstklebende Folienbänder einerseits und nichtklebende Folienbänder andererseits „besser kalkulieren“ zu können (s. Nachprüfungsantrag (NPA), S. 37, und Schriftsatz der Antragstellerin vom 6. Oktober 2022, S. 2), und dass sie wie bereits bisher geschehen sog. Logrollen beziehen und entsprechend der ausgeschriebenen Anforderungen der Antragsgegnerin zuschneiden würde, sofern sie mit der Belieferung der selbstklebenden Folienbänder nach dem aktuellen Zuschnitt des Loses 3 beauftragt werden sollte (s. Schriftsatz vom 6. Oktober 2022, S. 3). Zudem hat die Antragstellerin ausgeführt, dass Unternehmen, die das Converting betrieben, also Klebebänder für den speziellen Einsatz bei der Antragsgegnerin gemäß der TL [...] aufbereiteten, und ein spezielles Prüflabor unterhielten, das Los 3 bedienen könnten (Schriftsatz vom 6. Oktober 2022, S. 27). Auch dies trifft auf die Antragstellerin selbst zu. Denn auch wenn ihr „Schwerpunkt“ tatsächlich „im Handel und nicht in der Weiterverarbeitung“ liegen sollte (so die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 6. Oktober 2022, S. 10), ist sie laut ihrem Nachprüfungsantrag „spezialisiert auf die Herstellung und den Vertrieb von Selbstklebebändern“ und verfügt über ein eigenes Labor zur Prüfung von Klebebändern (NPA, S. 4), auf ihrer Homepage wirbt die Antragstellerin damit, auf Kundenwunsch „Klebebänder in sämtlichen Breiten und Längen“ zu liefern (sog. Converting). Damit droht der Antragstellerin selbst unter dem gebotenen weiten Begriffsverständnis kein „Schaden“ i.S.d. § 160 Abs. 2 S. 2 GWB. Denn das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren ist in allererster Linie auf Primärrechtsschutz ausgerichtet, d.h. geschützt sind die Zuschlagschancen eines Bieters. Wenn jedoch ein Unternehmen durch den beanstandeten Vergaberechtsverstoß in seiner Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, (nicht einmal) beeinträchtigt ist – wie hier: die Antragstellerin kann auch den angeblich fehlerhaften Loszuschnitt komplett bedienen –, ist der Vergaberechtsschutz mangels Antragsbefugnis nicht eröffnet. Rein wirtschaftliche Interessen wie die Antragstellerin sie hier geltend macht (ohne die angebliche fehlerhafte Losaufteilung wirtschaftlicher und besser kalkulieren zu können) sind von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB nicht erfasst (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Dezember 2021, VII-Verg 55/20).

Sollte die Antragstellerin wie sie befürchtet im Los 3 deshalb den Zuschlag nicht erhalten, weil die Musterklebebänder zu Recht oder zu Unrecht nicht die Prüfungen des [...] bestehen, ist dies nicht auf den (nach Auffassung der Antragstellerin fehlerhaften) Loszuschnitt der Antragsgegnerin zurückzuführen, sondern auf die Qualität ihrer Produktmuster bzw. die Prüfung des [...]. Auch mit diesem Argument ist die Antragsbefugnis der Antragstellerin hinsichtlich des Loszuschnitts daher nicht zu bejahen. Dass ein „erheblich relevanter Kreis“ anderer Unternehmen möglicherweise kein Angebot auf das Los 3 abgeben kann, führt

ebenfalls nicht zur Antragsbefugnis der Antragstellerin. Denn die Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB ist nur dann zu bejahen, wenn ein Antragsteller eine Verletzung in „seinen“, also eigenen, Rechten geltend macht und nicht die Rechte Dritter.

Ob die Antragstellerin ebenfalls bezüglich der Frage nicht antragsbefugt ist, ob bei einem Preisgleichstand mehrerer Angebote ein Losentscheid durchgeführt werden darf, weil ein solcher Stichentscheid derzeit noch nicht drohe und die Antragstellerin unzulässiger Weise vorbeugenden Rechtsschutz begehre (so die Antragsgegnerin), braucht nicht entschieden zu werden. Denn insoweit ist der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet (s. dazu unten unter 2c)).

Im Übrigen bestehen gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags keine Bedenken.

2. Soweit er nicht bereits unzulässig ist, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet.

a) Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf eine Preisanpassungsklausel.

Nachdem es bei der Vergabe von Lieferleistungen kein allgemeines Verbot für öffentliche Auftraggeber mehr gibt, den Bietern ungewöhnliche Wagnisse aufzubürden, wäre eine Preisanpassungsklausel nur dann anzuordnen, wenn den Bietern eine vernünftige kaufmännische Kalkulation unzumutbar wäre (std. Rspr., s. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2020, VII-Verg 36/20 m.w.N.). Die diesbezüglich hohen rechtlichen Anforderungen sind hier nicht erfüllt. Zwar weist die Antragstellerin zu Recht auf die besondere aktuelle Wirtschaftslage hin (die aktuellen Kriegereignisse in der Ukraine, große Preissteigerungen bei vielen Produkten (insbesondere Gas und Rohöl), Lieferverzögerungen etc.). Dass die Preise ihrer eigenen Zulieferer in den letzten Monaten mehrfach erheblich gestiegen sind, hat die Antragstellerin anhand entsprechender Preiserhöhungsverlangen belegt. Da die Angebotsfrist derzeit noch läuft, braucht die Antragstellerin jedoch keine Preisanpassungsklausel, um diese Situation kalkulatorisch „abzufangen“: Vielmehr kann sie die jüngsten Preissteigerungen bereits jetzt bei der Kalkulation ihres Angebotspreises berücksichtigen. Hinzu kommt ein weiterer erheblicher Umstand, der dazu führt, dass der Antragstellerin eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation ihres Angebots im o.g. Sinne nicht unzumutbar ist: Anders als die Antragstellerin vorträgt, ist sie mit den fix anzubietenden Preisen nicht für die gesamte Vertragslaufzeit von drei Jahren (mit einem weiteren Jahr als Verlängerungsoption) gebunden. Sollte sie

während der Vertragslaufzeit feststellen, dass das Festhalten an ihren Preisen unwirtschaftlich ist, kann sie den Vertrag vielmehr gemäß § 16 Abs. 1 des ausgeschriebenen Vertrags zum Ablauf eines jeden Kalenderjahrs (mit einer Frist von drei Monaten) kündigen. Eine solche Kündigung ist ohne Weiteres, also insbesondere ohne irgendwelche inhaltlichen Anforderungen, zulässig. Sollte sich die wirtschaftliche Situation dennoch so dramatisch verschlechtern, wie es die Antragstellerin befürchtet, erscheint eine Preisanpassung gemäß § 313 BGB jedenfalls nicht ausgeschlossen. Denn auch wenn ausweislich der von der Antragstellerin zitierten Erlasse u.a. des BMW SB bereits heute aufgrund des Ukraine-Kriegs erhebliche Preissteigerungen bestehen und auch weiter zu erwarten sind, dürfte die Anwendbarkeit des § 313 BGB nicht generell mit dem Argument ausgeschlossen sein, alle zukünftigen negativen (welt-)wirtschaftlichen Entwicklungen seien angesichts der heutigen Erkenntnisse nicht unvorhersehbar i.S.d. § 313 BGB. Gerade was die weitere Preisentwicklung angeht, betont die Antragstellerin selbst, dass diese derzeit von niemandem und nicht einmal für wenige Wochen im Voraus abgeschätzt werden könne. Auch das von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung angesprochene Szenario, einer oder mehrerer ihrer Lieferanten würden sie nicht mehr beliefern (können) und sie könne deshalb die Einzelabrufe der Antragsgegnerin aus dem Rahmenvertrag nicht vertragsgemäß bedienen, spricht hier nicht für die Erforderlichkeit einer Preisanpassungsklausel. Denn erstens ist nicht erkennbar, inwieweit eine Anpassung des Angebotspreises das von der Antragstellerin dargestellte Problem, dass ihre Vorlieferanten ausfallen, lösen könnte. Zweitens werden solche Vertragsstörungen ggf. von § 17 Abs. 1 des ausgeschriebenen Vertrags i.V.m. § 5 Nr. 1 und Nr. 2 VOL/B erfasst und berechtigen die Antragstellerin ggf. zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen, zur Kündigung oder zum Rücktritt vom Vertrag. Ähnliches gilt für das weitere tatsächliche Szenario, das die Antragstellerin in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 17. Oktober 2022 vorträgt: Im Fall einer vorzeitigen Vertragskündigung durch die Antragstellerin nach § 16 Abs. 1 des Vertrags würde die Antragsgegnerin bis zur maximalen Grenze des Rahmenvertrags umfangreiche Vorratskäufe zu den vereinbarten Konditionen tätigen, um nicht mit noch höheren Preisen nach einer Folgebeschaffung konfrontiert zu werden. Egal, wie „unbestreitbar“ ein solches Szenario sein mag (so die Antragstellerin), ist nicht nachvollziehbar, inwiefern eine Preisanpassungsklausel ein geeignetes Instrument wäre, um etwaigen Lieferschwierigkeiten der Antragstellerin abzuhelpfen.

Wenn die Antragstellerin so wie voraussichtlich die weiteren Bieter auch, die denselben wirtschaftlichen Umständen ausgesetzt sind, Risikoaufschläge kalkuliert, um etwaige

Preissteigerungen auch ohne die Möglichkeit einer späteren Preisanpassung zu berücksichtigen, führt dies – anders als die Antragstellerin meint – auch nicht dazu, dass die Angebote in vergaberechtlich bedenklicher Weise nicht vergleichbar wären. Denn wie die Bieter ihre Preise kalkulieren, beruht auf deren Kalkulationsfreiheit. Unterschiedliche Risikoannahmen der einzelnen Unternehmen sind daher nicht auf ein möglicherweise vergaberechtswidriges Verhalten der Antragsgegnerin zurückzuführen, sondern auf die unternehmerische Freiheit der Bieter.

Die weiteren Vorschläge der Antragstellerin, wie die Antragsgegnerin ihr eine kaufmännisch belastbare Kalkulation ermöglichen könne, wenn die Vergabekammer keine Preisanpassungsregelung anordne (u.a. ein unterjähriges Kündigungsrecht, Verkürzung der Bindefrist, Regelungen zu höchstens abrufbaren Mengen), sind von der Vergabekammer nicht in rechtlicher Hinsicht zu prüfen. Der entsprechende Sachvortrag erfolgte erst in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz nach der mündlichen Verhandlung und zwei Tage vor Ablauf der 5-wöchigen Entscheidungsfrist der Vergabekammer. Ein solches Vorbringen ist im Hinblick auf die den Beteiligten obliegende Verfahrensförderungspflicht, § 167 Abs. 2 GWB, verspätet und bleibt bei der Entscheidungsfindung unbeachtet (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 19. November 2003, VII-Verg 22/03, und vom 28. Juni 2006, VII-Verg 18/06). Denn es ist der Antragsgegnerin nicht mehr möglich, hierauf schon in der mündlichen Verhandlung, aufgrund der die Entscheidung der Vergabekammer ergeht (§ 166 Abs. 1 S. 1 GWB), oder zumindest bis zum Ablauf der Entscheidungsfrist unter zumutbaren Bedingungen zu erwidern, so dass ein solcher Sachvortrag allein schon aus verfassungsrechtlichen Gründen bei der Entscheidungsfindung unberücksichtigt bleiben muss (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. November 2003, a.a.O.).

- b) Die Antragsgegnerin ist ebenfalls nicht verpflichtet, im Rahmen der vorgesehenen Prüfungen einzelner Angebotsmuster durch ihr Institut [...] Messtoleranzen einzuräumen.

Welches Produkt er beschafft und damit auch die Qualitätsanforderungen, die die zu liefernden Produkte erfüllen müssen, bestimmt der Auftraggeber nämlich grundsätzlich selbst – das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung. Die Grenzen ihres Leistungsbestimmungsrechts hätte die Antragsgegnerin nur dann überschritten, wenn die Bestimmung nicht nachvollziehbar und objektiv durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt wäre

oder andere Wirtschaftsteilnehmer diskriminiert (std. Rspr., vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. August 2018, VII-Verg 30/18, m.z.N.).

Diese Grenzen hat die Antragsgegnerin hier eingehalten. Der objektive und nachvollziehbare Auftragsbezug ist vorliegend darin zu sehen, dass es beim Verzicht auf Messtoleranzen bei der Prüfung der Qualität der Produktmuster im Ergebnis darum geht, ob der betreffende Bieter im Falle des Vertragsschlusses ausschreibungskonform liefern kann. Wie die Antragstellerin selbst einräumt, sind insbesondere in der TL [...] bereits einige Fertigungstoleranzen enthalten. Über diese Toleranzen hinaus möchte die Antragsgegnerin keine (weiteren) Toleranzen bei der technischen Prüfung durch das [...] einräumen, weil sie meint, dass sie sonst qualitativ schlechtere Waren geliefert bekäme als sie möchte und benötigt. Eine Diskriminierung einzelner Bieter, insbesondere der Antragstellerin, ist in diesem Wunsch weder zu sehen noch in der Praxis zu befürchten. Denn wie die Antragsgegnerin durch die Vorlage einzelner DIN-Normen, nach denen sich ausweislich der TL [...] die einzelnen Prüfungen und Messungen richten, belegt hat, enthalten diese von entsprechend fachkundigen und erfahrenen Personen einheitlich erstellten Normen u.a. detaillierte Vorgaben zu der Durchführung dieser Prüfungen und Messungen (zur Anzahl der Proben, Vorbereitung/Vorbehandlung der Proben, Beschaffenheit der Prüfeinrichtung, Versuchsdurchführung im Einzelnen, Prüftemperatur, Vorgehen bei der Feststellung des Prüfergebnisses etc. und wie häufig die Messungen unter gleichen Bedingungen zu wiederholen sind). Dies gilt insbesondere für die DIN 4102-1, die die Prüfung des von der Antragstellerin mehrfach in diesem Zusammenhang angesprochenen Brennverhaltens der ausgeschriebenen Folienbänder regelt (s. z.B. Ziffer 5.1.3, 6.2.3 bis 6.2.6 der DIN 4102-1). Diese Normen wurden gerade dazu geschaffen, die „menschlichen Fehler“, die die Antragstellerin befürchtet, wenn keine Messtoleranzen berücksichtigt werden, zu nivellieren. Damit ist eine gleichbleibende Messqualität hinreichend sichergestellt, so dass es der Einräumung zusätzlicher Messtoleranzen nicht bedarf. Soweit die Antragstellerin meint, im konkreten Fall sei dennoch fehlerhaft geprüft worden und sie sei deshalb zu Unrecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, könnte sie dies in einem Nachprüfungsverfahren überprüfen lassen.

- c) Dass die Antragsgegnerin bei Preisgleichstand von Angeboten über den Zuschlag durch Los entscheiden will, ist nicht vergaberechtswidrig.

Da sich der wertungserhebliche Preis eines Angebots hier aus der Summe der Preise zahlreicher Einzelpositionen des Leistungsverzeichnisses ergibt, ist die Durchführung eines solchen Losentscheids zunächst bereits sehr unwahrscheinlich. Sollte es dennoch zu einem Losentscheid kommen, ist dies nicht vergaberechtswidrig, vor allem widerspricht diese Vorgehensweise nicht den rechtlichen Vorgaben an Zuschlagskriterien nach § 127 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1 GWB oder dem Wettbewerbsgrundsatz i.S.d. § 97 Abs. 1 GWB. Denn das wirtschaftlichste Angebot i.S.d. § 127 Abs. 1 GWB hat die Antragsgegnerin im Fall des Gleichstands bereits anhand ihres Zuschlagskriteriums „Preis“ ermittelt. Auch der Angebotswettbewerb i.S.d. § 97 Abs. 1 und § 127 Abs. 4 S. 1 GWB hat zu diesem Zeitpunkt bereits stattgefunden. Hier allerdings mit der Folge, dass sich im Wettbewerb nicht nur ein „wirtschaftlichstes“ Angebot ergeben hat, sondern mehrere, die gleichermaßen wirtschaftlich sind und sich unter denselben Bedingungen im Wettbewerb untereinander behaupten konnten. Dies ist wie eingangs gesagt, in der Praxis regelmäßig unwahrscheinlich, gerade wenn es nur den Preis als einziges Zuschlagskriterium gibt. Theoretisch ist diese Situation jedoch denkbar. Wie § 127 Abs. 1 S. 4 GWB zeigt, ist es dennoch nicht vergaberechtswidrig, den Zuschlag nur aufgrund des Preises oder der Kosten der ausgeschriebenen Leistungen zu erteilen. Die Antragsgegnerin hat also bereits alle einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften beachtet, um das wirtschaftlichste Angebot im Wettbewerb zu ermitteln – führt dies wie im Fall des Preisgleichstands nicht zum Erfolg (weil nicht „das“ wirtschaftlichste Angebot ermittelt wurde), kommt praktisch kein anderes Kriterium in Betracht, das ebenso eine hinreichende Objektivität, Transparenz, Diskriminierungsfreiheit gewährleistet und Manipulationsmöglichkeiten ausschaltet, wie der Losentscheid (vgl. auch OLG Hamburg, Beschluss vom 20. März 2020, 1 Verg 1/19 m.w.N.).

Da eine Vergabe allein anhand des Preises vergaberechtlich zulässig und der Auftraggeber grundsätzlich in seiner Entscheidung frei ist, anhand welcher Kriterien er über den Zuschlag entscheidet, kann von der Antragsgegnerin auch nicht verlangt werden, allein für den (noch dazu praktisch unwahrscheinlichen, s.o.) Fall des Preisgleichstands weitere Zuschlagskriterien vorzusehen (so auch OLG Hamburg, Beschluss vom 20. März 2020, a.a.O.). Das gilt erst recht in Fällen wie hier, in denen die Qualität der ausgeschriebenen Produkte durch Technische Lieferbedingungen bereits umfassend beschrieben und vorgegeben ist. Ebenso untauglich, erst recht aber einem öffentlichen Auftraggeber unzumutbar erscheint die Alternative, ein Vergabeverfahren im Falle des Preisgleichstands

aufzuheben und erneut auszuschreiben bis ein einziges wirtschaftlichstes Angebot erfolgreich ermittelt wurde.

3. Der Antrag der Antragstellerin auf weitergehende Akteneinsicht ist abzulehnen, da die betreffenden Unterlagen, in die sie Einsicht begehrt, nicht entscheidungserheblich sind (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juni 2017, VII-Verg 7/17). Denn da sie insoweit bereits nicht antragsbefugt ist, kommt es auf die Frage, ob die Antragsgegnerin für die selbstklebenden Folienbänder ein separates Los hätte bilden müssen, weil es keine „Komplettanbieter“ gibt, die das gesamte Los 3 in seiner jetzigen Fassung bedienen könnten, für die Entscheidung nicht an.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 GWB.

Zwar hat die Antragstellerin einige der von ihr zunächst beanstandeten Aspekte im Nachprüfungsverfahren für erledigt erklärt, weil die Antragsgegnerin diese korrigiert habe, und einige Beanstandungen zurückgenommen. Ob die Reaktion der Antragsgegnerin auf den Vortrag der Antragstellerin wie eine (Teil-)Abhilfe kostenmäßig zugunsten der Antragstellerin zu würdigen sein könnte, braucht indes nicht entschieden zu werden. Denn selbst wenn dies zu bejahen wäre, käme dies einem Obsiegen der Antragstellerin in einem so geringen Umfang gleich, dass dies bei Anwendung der sich aus § 92 Abs. 2 ZPO ergebenden Grundsätze eine (teilweise) Kostenbelastung der Antragsgegnerin nicht rechtfertigt. Denn die Antragstellerin hat ihr Rechtsschutzziel, das Vergabeverfahren zurückzusetzen und überarbeiten zu lassen, nicht erreicht (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. April 2022, VII-Verg 5/22).

IV.

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

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

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

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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