

Ausfertigung

**Vergabekammer des Landes Berlin**  
**1. Beschlussabteilung**  
**VK - B 1- 13/13**

Diese Ausfertigung stimmt  
mit dem Beschluss überein.



**B e s c h l u s s**

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

xxx

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

g e g e n

xxx

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

b e i g e l a d e n

xxx

- Beigeladene -

wegen eines Vertrages über die Lieferung von ballistischen Unterziehschutzwesten

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende Soth-Schulz, den hauptamtlichen Beisitzer Weber und die ehrenamtliche Beisitzerin Schönenberg am 30.07.2013 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der zwischen dem Antragsgegner und der xxx, am 04. April 2013 geschlossene Vertrag über die Lieferung von 1.200 Satz ballistischen Unterziehschutzwesten SK 1 unwirksam ist.
2. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein geregeltes Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.
3. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen).
4. Die Verfahrensgebühren werden auf xxx € festgesetzt.
5. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
6. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

## **Gründe**

### **I.**

Mit Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 10.04.2013 gab der Antragsgegner bekannt, dass er die Lieferung von xxx Satz ballisti-

scher Schutzwesten SK 1 mit Zuschlagsentscheidung vom 04.04.2013 an die Beigeladene vergeben hat. Der Gesamtauftragswert für die Lieferung wurde in Ziffer II.2.1) mit xxx EUR angegeben. Als Verfahrensart wurde in Ziffer IV.1.1) das Verhandlungsverfahren ohne Aufruf zum Wettbewerb benannt. Zur Begründung für die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Auftragsbekanntmachung wurde der Schutz von Ausschließlichkeitsrechten angeführt.

Mit Schreiben vom 16.04.2013 beanstandete die Antragstellerin die Vergabe des Auftrages ohne vorherige Durchführung eines Wettbewerbsverfahrens. Der Antragsgegner wies mit Schreiben vom 22.04.2013 die Vorwürfe zurück und teilte mit, dass das Anforderungsprofil für die in Streit stehenden Westen eine sogenannte „Null-Durchdringung“ gegen Nadeln, Hohnadeln und sonstige konspirative Angriffswerkzeuge (z.B. angespitzte Fahrradspeichen und Schraubendreher) sowie den Schutz vor einem Impulsübertrag eines auftreffenden Geschosses (Traumaschutz) verlangt hätte. Diese Anforderung sei nur durch das von der Beigeladenen patentierte System des Einsatzes von Titanfolien gewährleistet. Zudem sei die Schutzweste der Beigeladenen die einzige nach der TR Schutzweste, Stand 2003, zertifizierte Schutzweste im Markt. Die in der Vergangenheit zum Einsatz gekommenen Schutzwesten hätten Schwachstellen aufgewiesen, so dass auch aus diesen Gründen nur die Schutzwesten der Beigeladenen zuschlagsfähig gewesen seien.

Mit Schreiben vom 06.05.2013 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens gem. §§ 102,107 ff. GWB. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 07.05.2013 dem Antragsgegner übermittelt.

Die Antragstellerin wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen die Direktvergabe ohne vorausgehenden Wettbewerb und begehrt die Feststellung der Unwirksamkeit nach § 101b Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 GWB.

Sie ist der Ansicht, die Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG für eine Vergabe ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung würden nicht vorliegen. Entscheidend sei nicht, ob die Antragstellerin bereits zum jetzigen Zeitpunkt über entsprechende Schutzwesten verfüge, sondern ob sie diese innerhalb des Ausschreibungsverfahrens entwickeln könne. Sie, die Antrag-

stellerin, sei in der Lage, die im Schreiben vom 22.04.2013 benannten Anforderungen mit den ihr zur Verfügung stehenden Produkten, Materialien, Techniken und Systemen zu erfüllen. Insbesondere verfüge sie über eine eigene Technik- und Entwicklungsabteilung und könne daher auch innerhalb kurzer Angebotserstellungsfristen Speziallösungen bzw. Sonderanfertigungen anbieten. Sie verfüge auch über die Technologie, Körperschutzmaterial herzustellen, welches stichsicher sei und durchschusshemmende Eigenschaften aufweise, die bei einem Beschusstest zu einem Traumawert von unter 20 mm führen würden. Sie verfüge über zwei eigene Beschusskeller und Vorrichtungen, in denen Stichtests simuliert werden können.

Weiter habe der Antragsgegner auch keine ordnungsgemäße Markterkundung durchgeführt. Diese setze zumindest voraus, dass den im Rahmen der Erkundung befragten Unternehmen das geforderte Anforderungsprofil und die Funktionsparameter mitgeteilt würden.

Nach Akteneinsichtnahme hat die Antragstellerin ergänzend vorgetragen, es liege lediglich eine funktionale Leistungsbeschreibung vor, diese lasse an keiner Stelle technische Anforderungen erkennen, die nur durch die Beigeladene erfüllt werden könnten.

Weiter könnten der Antragstellerin auch keine Entwicklungsversäumnisse vorgeworfen werden, wenn sie überhaupt keine Kenntnis von dem Beschaffungsbedarf des Antragsgegners gehabt habe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass der zwischen dem Antragsgegner und xxx, am 04.04.2013 geschlossene Vertrag über die Lieferung von xxx Satz ballistischen Unterziehschutzwesten SK 1 unwirksam ist,
2. dem Antragsgegner aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein geregeltes Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabenachprüfungsinstanzen durchzuführen,
3. dem Antragsgegner die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für den Antragsgegner notwendig war.

Der Antragsgegner ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, da es der Antragstellerin an der Antragsbefugnis mangle. Unabhängig von der gewählten Verfahrensart habe die Antragstellerin keine Aussicht auf eine Zuschlagserteilung gehabt, da sie über kein Produkt verfügen würde, welches den Anforderungen des Antragsgegners bei dem verfahrensgegenständlichen Beschaffungsvorhaben genügen würde und in Deutschland zertifiziert sei. Der Antragstellerin seien die Anforderungen des Antragsgegners bei der Beschaffung der fraglichen Schutzwesten seit vielen Jahren bekannt.

Die Antragstellerin könne sich auch nicht darauf berufen, dass sie ein entsprechendes Produkt gegebenenfalls noch entwickelt hätte. Aufgrund der besonderen Bedeutung der Schutzwesten für die persönliche Sicherheit der Träger käme ein neu entwickeltes, noch nicht im Einsatz erprobtes Produkt für eine Beschaffung seitens des Antragsgegners keinesfalls in Betracht. Überdies bestreitet er, dass die Antragstellerin technisch überhaupt in der Lage wäre, ein anforderungsgerechtes Produkt zu produzieren. Der Antragsgegner beschaffe seit über zehn Jahren auf dem im Wesentlichen gleichgebliebenen Anforderungsprofil ballistische Schutzwesten. Da die Antragstellerin in den letzten mehr als zehn Jahren kein Produkt entwickelt habe, dass sie dem Antragsgegner anforderungskonform hätte anbieten können, lasse dies einzig den Schluss zu, dass sie entweder nicht in der Lage sei, ein solches Produkt herzustellen oder kein Interesse an einer entsprechenden Belieferung habe. Beide Alternativen ließen unzweifelhaft die Antragsbefugnis entfallen.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag aber auch unbegründet, da der Auftrag vergaberechtskonform gemäß § 3 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb an die Beigeladene vergeben worden sei. Mehrfache vorangegangene Vergabeverfahren hätten nachgewiesen, dass nur das von der Beigeladenen angebotene Produkt die Leistungsanforderungen des Antragsgegners erfülle. Durch eine fortgesetzte Marktbeobachtung seit dem Jahre 2006 habe sich der Antragsgegner davon überzeugt, dass die in Frage kommenden Lieferanten auch nach wie vor keine neuen Produkte anbieten, die die geforderten Eigenschaften aufweisen. Zudem hätten Mitarbeiter in der jüngeren Vergangenheit vor der Vergabeentscheidung eine Vielzahl internationaler und nationaler Fachmessen, -tagungen und -symposien besucht, so u.a. auch den Messestand der Antragstellerin. Ein Hinweis auf neue Produkte, die die Anforderungen des Antragsgegners erfüllen, sei gerade nicht erfolgt. Darüber hinaus erhalte der Antragsgegner fortlaufend Vertreterbesuche der einschlägigen Lieferanten, bei denen die Anbieter jeweils über ihre neuen Produkte bzw. anstehende Entwicklungen informieren. Bei alledem habe sich kein Hinweis ergeben, dass innerhalb der EU ein Alternativangebot zu den Produkten der Beigeladenen angeboten würde.

Weiter ist der Antragsgegner der Ansicht, dass er, selbst wenn die Entwicklungsmöglichkeit seitens der Antragstellerin bestanden hätte, nicht dazu verpflichtet sei, einem Hersteller die Entwicklung eines neuen Produkts im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs noch zu ermöglichen, da sich ein passendes Produkt bereits auf dem Markt befunden habe. Vergabegegenständlich sei kein Entwicklungs-, sondern ein einfacher Lieferauftrag gewesen. Darüber hinaus sei die Entwicklung eines anforderungskonformen Produkts einschließlich Zertifizierung innerhalb einer Frist von 52 Tagen theoretisch unrealistisch. Praktisch sei davon auszugehen, dass bereits die reine Zertifizierungsdauer deutlich über der Angebotsfrist liege.

Die Beigeladene hat keine Stellungnahme abgegeben.

Die Vergabekammer konnte vorliegend gemäß § 112 Abs. 1 S. 2 GWB nach Lage der Akten entscheiden, da die Verfahrensbeteiligten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet haben.

Ergänzend wird auf die Vergabeakte und die Verfahrensakte Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1.

Zur Zulässigkeit

a.

Das Auftragsvolumen der streitgegenständlichen Vergabe beträgt gemäß Ziffer II.2.1) der Bekanntmachung vom 10.04.2013 über die Lieferung von ballistischen Schutzwesten xxx EUR und überschreitet damit den für Lieferaufträge maßgeblichen Schwellenwert gemäß § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr.2 VgV in Höhe von 200.000 €.

b.

Bei dem Antragsgegner handelt es sich auch um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Abs. 1 GWB.

c.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat als professioneller Ausrüster für Polizei, Militär, Behörden und Sicherheitsunternehmen ihr Interesse am Auftrag hinreichend dargelegt. Mit dem Vortrag, die Direktvergabe an die Beigeladene sei vergaberechtswidrig, macht die Antragstellerin auch eine Rechtsverletzung geltend. Diese ergibt sich vorliegend bereits aus der fehlenden Möglichkeit ein Angebot abzugeben. Da die

Antragstellerin bei einer Ausschreibung des Auftrages diese Möglichkeit gehabt hätte, hätte sie auch die Chance auf Erhalt des Zuschlags gehabt. Aufgrund der entgangenen Zuschlagschance droht der Antragstellerin auch ein Schaden nach § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB; diese Möglichkeit hat die Antragstellerin schlüssig dargelegt. An die Schadensdarlegung sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03).

Die Antragsbefugnis der Antragstellerin entfällt auch nicht aufgrund des Vortrags des Antragsgegners, die Antragstellerin hätte keine Chance auf Erteilung des Zuschlags, weil sie nicht über ein anforderungskonformes Produkt verfügen würde bzw. es ihr an der technischen Leistungsfähigkeit ermangele. Für die Möglichkeit einer Rechtsverletzung bei der Antragstellerin durch die Direktvergabe ist ihr Vortrag, hinsichtlich ihrer Möglichkeiten als Produzentin von ballistischen Unterziehschutzwesten ein Produkt mit „Nulldurchdringung“ und einem Traumawert von unter 20 mm anzubieten, ausreichend. Die Rechtsfrage nach der Erfüllung der Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG ist eine Frage der Begründetheit, da ihr Vorliegen nicht offenkundig bejaht werden kann.

d.

Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag auch fristgemäß gestellt. Die Antragsfrist von 30 Tagen gemäß § 101b Abs. 2 S. 2 GWB ist eingehalten. Die Bekanntmachung der Auftragsvergabe an die Beigeladene erfolgte am 10.04.2013 im Supplement zum Amtsblatt der EU, womit der Antrag vom 06.05.2013 innerhalb der Frist gestellt wurde.

Da die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag auf die Feststellung der Unwirksamkeit des streitgegenständlichen Vertrages gerichtet hat, entfällt gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 GWB die Rügeverpflichtung.

2.

Zur Begründetheit des Nachprüfungsantrages



Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Der am 04.04.2013 mit der Beigeladenen geschlossenen Vertrag über die Lieferung von 1.200 Satz Unterziehwesten ist gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam.

a.

Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG liegen nicht vor. Nach dieser Vorschrift kann eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb u.a. dann erfolgen, wenn der Auftrag wegen seiner technischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann.

In der Bekanntmachung vom 10.04.2013 hat der Antragsgegner sich unter Ziffer IV.1.1) zur Begründung der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Auftragsbekanntmachung zwar auf den Schutz von Ausschließlichkeitsrechten bezogen, er hat dies im Nachprüfungsverfahren allerdings nicht mehr substantiiert vorgetragen.

Vielmehr hat sich der Antragsgegner darauf gestützt, dass nur das von der Beigeladenen angebotene Produkt die Leistungsanforderungen des Antragsgegners erfülle. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG liegen jedoch auch insoweit nicht vor. Die Vergabekammer vermag vorliegend nicht festzustellen, dass der streitgegenständliche Auftrag wegen seiner technischen Besonderheiten nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann. Im Rahmen der Vorschrift des § 3 Abs. 4 lit. c VOL/A-EG ist maßgeblich auf die besonderen Fähigkeiten eines Unternehmens in technischer Hinsicht und nicht auf die Eigenschaften eines von dem Unternehmer hergestellten Produkts abzustellen. Diese Voraussetzung liegt schon dann nicht vor, wenn ein Lieferant sich die erforderlichen besonderen Fähigkeiten bis zur Ausschreibung bzw. zum Zuschlagstermin aneignen kann. Dabei kann für die Frage der technischen Fähigkeiten eines Auftragnehmers auch nicht darauf abgestellt werden, dass dieser die nachgefragte Leistung nicht öffentlich als Serienprodukt anbietet (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.07.2010, 15 Verg 6/10 mit weiteren Nachweisen).

Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen ist es dem Antragsgegner nicht gelungen darzulegen, dass allein die Beigeladene aufgrund besonderer fachlicher Fähigkeiten oder Ausstattungen, die allein sie besitzt, in der Lage ist, anforderungskonforme Unterziehschutzwesten zu fertigen und zu liefern. Der Beweis, dass ausschließlich ein bestimmter Anbieter in Betracht kommt, ist vom Auftraggeber zu führen (*Hermann Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2011, § 3 EG VOL/A Rn. 20, § 3a VOB/A Rn. 25; Weyandt, Praxiskommentar Vergaberecht, 4. Auflage 2013, § 3 EG Abs. 4 Rn. 81).

Die im relevanten Marktsegment tätige Antragstellerin verfügt grundsätzlich über die technische Ausstattung zur Anfertigung von ballistischen Schutzwesten, da sie eine eigene Entwicklungs-, Produktions- und Prüfabteilung unterhält.

Die Antragstellerin hat auch überzeugend dargelegt, dass sie generell über die technischen Möglichkeiten verfügt, die vom Antragsgegner im konkreten Verfahren gestellten Anforderungen einzuhalten. Insoweit ist es entgegen der Ansicht des Antragsgegners nicht erforderlich, dass die Antragstellerin bereits ein Produkt im Angebot hat, welches auch in seiner Gesamtheit schon den Anforderungen des Auftraggebers entspricht.

Die Antragstellerin hat in der Vergangenheit bereits Materialien entwickelt, die bei einem Beschusstest die von dem Antragsgegner geforderten Traumawerte erfüllten. Nur weil die konkrete Verarbeitung des Materials bei dem früheren Test im Übrigen nicht dem Anforderungsprofil des Antragsgegners gerecht wurde, ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass die Antragstellerin diese grundsätzlich vorhandene Technologie entsprechend der Leistungsbeschreibung des Antragsgegners umsetzen kann.

Des Weiteren verfügt die Antragstellerin auch über die Technologie, um bei Schutzwesten eine absolute Stichsicherheit auch gegen Hohnadeln und angespitzte Fahrradspitzen zu gewährleisten. Produkte mit entsprechenden Eigenschaften liefert die Antragstellerin bereits seit längerem an die britischen Polizeibehörden. Die Tatsache, dass diese Technologie in Deutschland noch nicht zertifiziert ist, bedeutet nicht, dass eine entsprechende Zertifizierung innerhalb einer angemessenen Angebotsfrist nicht hätte erfolgen können.

Zweck eines Vergabeverfahrens ist es gerade, unterschiedliche Angebote einzuholen und in diesem Rahmen zu prüfen, welches Konzept dem geforderten Anforderungsprofil am besten gerecht wird, so dass die Bewegungsfreiheit, die eine von der Antragstellerin produzierte Weste geboten hätte, bei gleichzeitiger Einhaltung der entsprechenden Traumawerte und der geforderten Stichoicherheit anhand eines im Ausschreibungsverfahren gelieferten Probeexemplars hätte getestet werden können.

Dagegen spricht auch nicht das Vorbringen des Antragsgegners, eine noch zu entwickelnde Weste sei noch nicht im Polizeieinsatz getestet worden. Dies sei aber aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für ihren Träger eine Voraussetzung für die Anschaffung einer Schutzweste. Wenn dem so wäre, könnte ein neu entwickeltes Produkt niemals auf den Markt gelangen. Dies würde auf dem entsprechenden Markt zu einer Bevorzugung bereits in der Vergangenheit bezuschlagter Bieter und zu einer Diskriminierung von anderen Bietern führen, denen so die Möglichkeit genommen wird, sich überhaupt am Vergabeverfahren zu beteiligen. Zudem trägt der Antragsgegner selbst vor, er fordere im Rahmen von Ausschreibungen stets entsprechende Muster und Zertifikate an. Damit ist der Antragsgegner auch in der Lage eine Schutzweste auf ihre sicherheitsrelevanten Merkmale hin zu überprüfen.

Im Rahmen einer vom Antragsgegner durchgeführten Markterforschung wäre es demnach seine Pflicht gewesen, nicht nur die zum Vergabezeitpunkt am Markt angebotenen Produkte zu prüfen, sondern auch, ob Marktteilnehmer technisch in der Lage sind, eine Schutzweste entsprechend dem eigenen Anforderungsprofil zu produzieren. Im Zweifel sind entsprechende Produzenten von Schutzwesten mit dem konkreten Leistungsprofil zu konfrontieren, um deren potentielle Eignung zu prüfen. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob ein Produzent in der Vergangenheit im Rahmen eines Auftrages mit gleichem Anforderungsprofil ein passendes Angebot abgegeben hat. Die Gründe für das Unterlassen der Abgabe eines tauglichen Angebots sind denkbar vielfältig und lassen nicht zwingend den Rückschluss zu, das jeweilige Unternehmen habe zu diesem Zeitpunkt nicht über die technischen Möglichkeiten verfügt

oder verfüge gar aktuell nicht über die notwendigen technischen Möglichkeiten.

Der Antragsgegner hat auch nicht substantiiert dargetan, dass es der Antragstellerin unmöglich gewesen wäre, die Schutzwesten innerhalb einer angemessenen Frist zu produzieren, zu testen und zertifizieren zu lassen.

Der Terminstand des Beschussamtes Mellrichstadt ist insoweit nicht erheblich, da die Antragstellerin die Möglichkeit gehabt hätte, ihre Schutzwesten auch bei einem anderen Beschussamt testen zu lassen.

Im Hinblick darauf, dass auch Hersteller zu berücksichtigen sind, die das nachgefragte Produkt zwar nicht in Serie produzieren, aber technisch dazu in der Lage sind, darf die Wahl der Angebotsfrist im übrigen nicht zu einem willkürten faktischen Ausschluss potentieller Anbieter führen. Gem. § 12 Abs. 2 VOL/A-EG beträgt zwar die Mindestangebotsfrist 52 Tage, jedoch sind bei der Wahl einer angemessenen Frist gem. § 12 Abs. 1 VOL/A-EG die jeweiligen Umstände, insbesondere die Komplexität des Auftrags und die für die Angebotserstellung notwendige Zeitdauer zu berücksichtigen. Das Vergabeverfahren dient dazu, einen kostengünstigen Einkauf durch die öffentliche Hand sicherzustellen und die Einhaltung des Wettbewerbsprinzips zu gewährleisten. Der Antragsgegner hat daher bei der Festlegung einer angemessenen Angebotsfrist zu berücksichtigen, dass neben der Produktion Zeit für weitere Maßnahmen – hier etwa für Test und Zertifizierung – eingeräumt werden muss. Dem stehen auch keine besonderen Gründe der Dringlichkeit gegenüber. Der Bedarf an Schutzwesten – auch für Auszubildende des Antragsgegners – entzieht sich nicht der längerfristigen Planung, so dass nicht ersichtlich ist, warum für die Beurteilung dieser Frage zwingend die Mindestangebotsfrist zugrunde zu legen sein sollte.

b.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vortrag des Antragsgegners, er habe vorliegend keinen Entwicklungsauftrag ausschreiben wollen, sondern

nur ein auf dem Markt bereits vorhandenes Produkt beschaffen wollen. Der Antragsgegner wird bei einer erneuten Beschaffung nicht unter Eingriff in sein Leistungsbestimmungsrecht gezwungen, einen Entwicklungsauftrag auszusprechen. Er wird lediglich verpflichtet, den Beschaffungsgegenstand im Rahmen einer öffentlichen Bekanntmachung im Wettbewerb zu beschaffen.

### III.

Dem unterlegenen Antragsgegner fallen gemäß § 128 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Gemäß § 128 Abs. 4 S. 1 GWB hat der unterlegene Antragsgegner darüber hinaus die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragstellerin war auch notwendig i.S.v. § 128 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011, 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss vom 30.09.2011, Verg 7/11). Entscheidend ist dabei, ob die Antragstellerin unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169, 131).

Im Hinblick sowohl auf die anwaltliche Vertretung des Antragsgegners im Nachprüfungsverfahren als auch unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten in der Darlegung der Rechtslage hält die Vergabekammer vorliegend die Hinzuziehung eines vergaberechtskundigen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur Darstellung, Erläuterung und Vertretung ihrer Rechtspositionen im Nachprüfungsverfahren für erforderlich. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten ist als notwendig anzusehen, da vorliegend eine Frage des Vorliegens der Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes vom grund-

sätzlich einzuhaltenden Vergabeverfahren zu klären war, zu der es keine gefestigte Rechtsprechung gibt.

Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst. Ein Aufwendungsersatzanspruch für die Beigeladene entspricht nicht der Billigkeit gemäß § 128 Abs. 4 S. 2 GWB. Die Beigeladene hat sich vorliegend nicht schriftsätzlich geäußert.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 128 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Hierbei hat sich die Kammer an dem Gesamtauftragswert orientiert. Unter Anwendung der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes hat die Kammer den Betrag von 3.800 EUR in Ansatz gebracht. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass keine mündliche Verhandlung durchgeführt wurde, hat die Kammer diesen Betrag auf xxx- - EUR reduziert.

Der Antragsgegner genießt persönliche Gebührenfreiheit gem. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG.

#### IV.

##### Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen (vgl. hierzu [www.berlin.de/erv](http://www.berlin.de/erv)) beim Kammergericht, Elßholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. 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 Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein.  
Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen  
Rechts.

Die Vorsitzende      Hauptamtlicher Beisitzer      Ehrenamtliche Beisitzerin

Soth-Schulz

Weber

Schönenberg