



## **Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster**

### **Beschluss**

#### **Amtliche Leitsätze**

- 1. Leistungsbezogene Unterlagen i. S. v. § 56 Abs. 2 S. 1, 2. HS, Abs. 3 S. 1 VgV sind nur solche, die den Inhalt der angebotenen Leistung belegen.**
- 2. Lässt das Angebot eines Bieters offen, um welchen Hersteller es sich beim angebotenen Produkt handelt, wurde aber die Angabe des Herstellers vom öffentlichen Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung gefordert, liegt in der nachträglichen Benennung eines Herstellers nicht bloß ein Beleg des Inhalts der angebotenen Leistung, sondern vielmehr eine erstmalige Festlegung auf einen konkreten Hersteller und damit auf ein Produkt. Dies wird von § 56 Abs. 2 S. 1 VgV nicht gestattet.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von IT-Lieferleistungen

**VK 1 - 12/17**

**Antragstellerin**

**Verfahrensbevollmächtigte:**

gegen

**Antragsgegnerin**

**Verfahrensbevollmächtigte:**

**Beigeladene:**

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 02.06.2017 durch den stellvertretenden Vorsitzenden Gaidies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Friedrich

am 9. Juni 2017 beschlossen:



1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf XXXX,- € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Kosten des Verfahrens werden der Antragstellerin auferlegt. Darüber hinaus trägt die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

## Gründe

### I.

Hintergrund der vorliegenden Vergabe im offenen Verfahren ist die beabsichtigte Konsolidierung und Modernisierung der sog. Tape-Library Infrastruktur der Antragsgegnerin. Gegenstand ist die Lieferung, Installation und Inbetriebnahme zweier Tape-Libraries. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut EU-weiter Bekanntmachung ca. XXXX Mio. € ohne MwSt. Eine Aufteilung in Lose erfolgte nicht. Die Vertragslaufzeit wurde mit 60 Monaten ohne Verlängerungsmöglichkeit angegeben. Nebenangebote sind nicht zugelassen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 24.03.2017 (15:00 Uhr) benannt. Die Vergabeunterlagen wurden ausschließlich elektronisch über den Vergabemarktplatz NRW zur Verfügung gestellt.

In den Vergabeunterlagen wies die Antragsgegnerin auf § 56 VgV hin. Darüber hinaus vermerkte sie, dass die genauen Einzelheiten zur geforderten Leistung dem Dokument "**Leistungsbeschreibung und Preisblatt**" zu entnehmen seien.

Aus dessen Vorbemerkungen ergibt sich insbesondere, dass "Ausschlusskriterien" (Kennzeichnung mit "A"), "Bewertungskriterien" (Kennzeichnung mit "B") sowie "Informationen und Detail-Angaben" (Kennzeichnung mit "I") in der von den Bietern auszufüllenden Liste vorgesehen sind. In diesem Zusammenhang soll die Nichterfüllung eines Ausschlusskriteriums zum Angebotsausschluss führen. Bezüglich eines Bewertungskriteriums sollen die Bieter Punkte für die Erfüllung erhalten. Hinsichtlich der Informationen und Detail-Angaben soll der jeweilige Bieter erforderliche weitere Anmerkungen und Spezifikationsangaben unter "Bieterangaben" oder eventuell auf einem gesonderten Dokument eintragen.

Die sich anschließende Liste ist wie folgt aufgebaut (Auszug):

<b>"lfd. Nr.</b>	<b>Anforderung</b>	<b>Beschreibung</b>	<b>Kritikalität</b> A = <i>Muss</i> B = <i>Kann</i> I = <i>Info</i>	<b>Bieterantwort</b> ja / nein	<b>Bieterangabe</b>
------------------	--------------------	---------------------	--	-----------------------------------	---------------------

Zu den wesentlichen Positionen sind folgende, nähere Ausführungen vermerkt:



"1	Neue Hardware	Die TapeLibrary muss das aktuellste Modell des Herstellers sein, ältere Modelle oder wiederaufbereitete Hardware wird nicht akzeptiert.	A		
5	17 Tape-Laufwerke mit mind. 8 Gb/s FibreChannel-Schnittstelle und aktuellster Laufwerkstechnologie	Grundausstattung mit 17 Tape-Laufwerken mit jeweils mindestens 8 Gb/s FibreChannel-Schnittstelle aktuellster Laufwerkstechnologie. FC-Geschwindigkeit bitte explizit angeben.	A, I		
10	19"-Rack-Bauweise, 42 Höheneinheiten	19"-Formfaktor mit 42 Höheneinheiten wäre wünschenswert	B		Ja = 10 Punkte Nein = 0 Punkte
14	Unterstützung Temperaturlüfter zwischen 18 und 30 Grad Celsius	Das Gesamtsystem muss im produktiven Betrieb Temperaturschwankungen zwischen 18 und 30 Grad Celsius ohne Betriebseinschränkung unterstützen.	A		
15	Unterstützung Luftfeuchtigkeitsschwankungen zwischen 20 und 80 % Luftfeuchtigkeit	Das Gesamtsystem muss im produktiven Betrieb Luftfeuchtigkeitsschwankungen zwischen 20 und 80 % Luftfeuchtigkeit ohne Betriebseinschränkung unterstützen.	A		
21	Integrierte Prüffunktion der Medien auf Lesbarkeit	TapeLibrary muss Prüffunktion integriert haben die die Lesbarkeit der Medien selbstständig sicherstellt.	A		
32	Garantierte Hersteller-Wartung/Support für 10 Jahre ab Bestelleingang	10 Jahre Wartung und Support durch den Hersteller für das Gesamtsystem, Hardware und Software, <b>muss</b> ab dem Zeitpunkt des Bestelleinganges schriftlich zugesichert werden."	A		

Die Antragsgegnerin wies in den Vergabeunterlagen darauf hin, dass der Zuschlag anhand der anhängigen **Bewertungsmatrix** ermittelt werde. Als Zuschlagskriterien wurden festgelegt: der Preis bewertet mit 75 %, die 19" Rack-Bauweise bewertet mit 10 % und die Unterstützung von ACSLS bewertet mit 15 %.

Gemäß Bewertungsmatrix erhält der günstigste Gesamtpreis "die maximal erreichbare Punktzahl von 75 Punkten (Bestpreis). Teurere Angebotspreise erzielen die Punkte per Dreisatz in Relation zum jeweiligen Bestpreis." Daneben erhalten die Kriterien "19" Rack-Bauweise", mit maximal 10 erreichbaren Punkten, und "Unterstützung von ACSLS", mit maximal 15 erreichbaren Punkten, "falls vorhanden, die jeweils volle Punktzahl. Bei etwaiger Punktegleichheit erhält das Angebot mit dem niedrigeren Angebotspreis den Zuschlag." Ausweislich des Vergabevermerks vom 18.04.2017 wurde zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots die mit den Vergabeunterlagen ausgewiesene Bewertungsmatrix herangezogen.



Die Antragsgegnerin erhielt mehrere Angebote, u. a. von der Antragstellerin und der Beigeladenen.

Die Antragstellerin beantwortete im Rahmen der Leistungsbeschreibung die jeweiligen Positionen in der Liste jeweils mit "ja", wobei sich im Angebot der Antragstellerin jedoch **keine Angaben zum Hersteller** der angebotenen Hardware finden. Auch die Beigeladene bestätigte in ihrem Angebot die vollständige Erfüllung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung unter Benennung des Herstellers und des angebotenen Modells. Zu lfd. Nr. 14 beschreibt sie unter "*Bieterangabe*": "*Im produktiven Betrieb erlaubt: 15-32 °C. Empfohlen: 18-25° C*".

Aus dem Vergabevermerk ergibt sich, dass die fachliche Prüfung und Bewertung der Angebote durch die Antragsgegnerin keine groben Auffälligkeiten ergaben. Die Beigeladene liegt auf dem 1. Platz, gefolgt von der Antragstellerin, wobei die beiden Angebote einen preislichen Abstand von unter 10 % aufweisen. Des Weiteren ist festzustellen, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin wegen der fehlenden Herstellerangaben für unvollständig und im Hinblick auf die Einhaltung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht für überprüfbar hielt. Sie forderte auch keine Unterlagen mehr nach. Vielmehr unterließ sie dies aus dem Grunde, dass das Angebot der Antragstellerin preislich nur auf dem 2. Platz rangierte und somit für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht infrage kam.

Die Antragsgegnerin teilte den Bietern, insbesondere der Antragstellerin mit Schreiben vom 18.04.2017 mit, dass sie den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen beabsichtige. Als Grund nannte sie, dass die Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Die Nachfragen der Antragstellerin zur Bewertung vom selben Tag beantwortete die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 19.04.2017. Darin teilte sie der Antragstellerin u. a. mit, da alle Angebote die aufgeführten Bewertungskriterien in vollem Umfang erfüllt hätten, habe sich die Zuschlagsreihenfolge nur über die jeweilige Preisangabe erzielen lassen.

Am 01.05.2017 reichte die Antragstellerin schließlich Rüge bei der Antragsgegnerin ein, deren Begründung sie in der Folge noch ergänzte. Mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag verfolgt die Antragstellerin ihr Vorbringen weiter.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin hält die Antragstellerin ihre **Rüge** für fristgemäß. Die Antragstellerin meint, sie habe stets unmittelbar anschließend an ihre Kenntniserlangung die betreffenden Vergaberechtsverstöße gerügt. So habe sie beispielsweise nach Erhalt des Absageschreibens den Grund erfragt und die folgende, ihr als begründet erscheinende Mitteilung hingenommen. Erst in einem später stattgefundenen Gespräch mit ihrem Prozessbevollmächtigten am 27.04.2017 sei ihr Bewusstsein geweckt worden, dass möglicherweise Vergaberechtsverstöße vorlägen. Zu berücksichtigen sei im Übrigen, dass sie ein kleines, ausländisches Unternehmen mit einem geringen Jahresumsatz sei, das über keine eigene Rechtsabteilung verfüge.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass die Antragsgegnerin eine **Angemessenheitsprüfung** der angebotenen Preise, insbesondere der Beigeladenen, pflichtwidrig unterlassen und dadurch gegen § 60 VgV verstoßen habe. Im Falle einer Preisprüfung wären die Angebote sämtlicher besser als die Antragstellerin platzierten Bieter



auszuschließen gewesen. In diesem Zusammenhang habe sich die Antragstellerin Projektpreise eines anerkannten Herstellers von Bandbibliotheken und Bändern gesichert, sodass ein billigeres Angebot unauskömmlich und abgesehen davon in Verdrängungsabsicht abgegeben worden sei. Die Antragsgegnerin habe daher Anlass für eine Preisprüfung gehabt, da die Angebote im Hinblick auf den bekannt gemachten Auftragswert als ungewöhnlich niedrig einzustufen gewesen seien. Dennoch habe sie die Preisprüfung pflichtwidrig unterlassen.

Weiter ist die Antragstellerin der Auffassung, die Antragsgegnerin habe es pflichtwidrig unterlassen, umfassend zu prüfen, ob die Angebote der **Leistungsbeschreibung** entsprechen. Sie behauptet, dass insbesondere das Angebot der Beigeladenen von den Vorgaben abweiche und deshalb hätte ausgeschlossen werden müssen. Soweit diese eines der beiden Modelle "IBM TS 4500" bzw. "Oracle SL 3000" angeboten habe, erfülle das Angebot die Anforderungen der Leistungsbeschreibung nicht. Insbesondere weiche es hinsichtlich der Menge der angebotenen Tape-Laufwerke, der damit im Zusammenhang stehenden automatischen Medienprüfung, der Aktualität des angebotenen Modells sowie den unterstützten Temperaturen bzw. Luftfeuchtwerten ab.

Die Antragstellerin trägt diesbezüglich vor, zu beachten sei die Archivierungsfunktion, welche täglich auszuführen sei. Diese sei vor allem in zeitlicher Hinsicht nicht mehr zu realisieren bei angebotenen **17 Tape-Laufwerken**, wenn – so die Behauptung der Antragstellerin – wie bei dem Angebot der Beigeladenen real nur 15 Tape-Laufwerke zur Verfügung stünden aufgrund der ebenfalls verlangten automatischen Prüffunktion. Möglicherweise seien ja tatsächlich 17 Laufwerke körperlich angeboten worden; die Leistungsbeschreibung sei jedoch so auszulegen, dass 17 Laufwerke real zur Verfügung stehen müssten. Ferner läge ihrer Kenntnis nach bei anderen Herstellern als dem möglicherweise von der Beigeladenen angebotenen Produkt von IBM dieses Problem nicht vor, da die anderen Hersteller auf andere Software zurückgriffen, die es ermögliche, real 17 Laufwerke zur Verfügung zu haben.

Des Weiteren trägt die Antragstellerin vor, nach ihren Marktkenntnissen habe es in der Vergangenheit Probleme bei IBM gegeben. IBM sei nämlich ein Hersteller, der schon bei geringen Abweichungen von den vorgegebenen **Temperaturen bzw. Luftfeuchtwerten** seine Garantie nicht mehr aufrechterhalte. Das wäre im vorliegenden Fall deshalb problematisch in dem Fall, dass man von dem breiterem Temperaturrahmen ausginge.

Im Übrigen habe nach Ansicht der Antragstellerin die Beigeladene, weil sie eine andere als die von der Antragsgegnerin unter der lfd. Nr. 10 der Leistungsbeschreibung vorgegebenen **Bauweise** – die zugleich als Zuschlagskriterium festgelegt wurde – angeboten habe, 0 Punkte erhalten müssen. Die Antragstellerin behauptet in diesem Zusammenhang, dass hier im Angebot der Beigeladenen ein deutliches Abweichen von der Vorgabe "19 Zoll" vorläge, da die möglicherweise angebotenen Gehäuse von IBM mit 30 Zoll wesentlich größer seien. Darüber hinaus entsprächen die Abmessungen des möglicherweise angebotenen Produkts nicht mehr den Standards einer 19"-Bauweise, da insbesondere die Tiefe des IBM-Produkts mehr als 120 cm betrage.



Im Hinblick auf ihr eigenes Angebot trägt die Antragstellerin vor, dass es keine ausdrücklichen Vorgaben in der Leistungsbeschreibung gegeben habe, dass ein konkretes Produkt und dessen **Hersteller** genannt werden müsse. Den Hersteller habe sie allerdings im Vorfeld klar festgelegt; eine entsprechende Verpflichtung, diesen im Angebot anzugeben, habe es wiederum nicht gegeben. Die Antragsgegnerin habe durchaus nachfragen können, welcher Hersteller hinter dem angebotenen Produkt stecke. Es sei auch nicht möglich gewesen, den Hersteller im Vorfeld nicht zu benennen, und nachträglich dann einen anderen Hersteller bzw. ein anderes Modell zu wählen. Im Vorfeld stünden solche Merkmale zwingend fest. Außerdem ergebe sich bereits aus ihrem Angebot für die fachkundige Antragsgegnerin der von ihr vorgesehene Hersteller, insbesondere aus den Positionen Nr. 3 und 9 der ausgefüllten Leistungsbeschreibung.

Bezüglich des weiteren Vorwurfs der Antragsgegnerin einer fehlenden zwingenden Eintragung im **Systemlieferungsvertrag** trägt die Antragstellerin vor, weder unter Nr. 1.3.1 noch unter Nr. 6.1 sei die behauptete Fußnote zu finden. Darüber hinaus werde unter Nr. 7.4.1 kein Einzelpreis abgefragt, sondern ein Bestandteil des fixen Preises. Ebenso wenig werde ein Vordersatz angegeben oder abgefragt.

Die Antragstellerin ist schließlich der Meinung, dass die Antragsgegnerin die **Wertungskriterien** unzulässig bekannt gegeben und festgelegt habe. Sie habe nicht bekannt gegeben und auch in den Vergabeunterlagen nicht mitgeteilt, wie sie zu einer Bewertung von 75 % Preis, 10 % 19" Rack-Bauweise und 15 % Unterstützung von ACSLS gelange. Sie teile unzulässiger Weise nicht mit, wie sie werte (Interpolationsmethode, erweiterte oder gewichtete Richtwertmethode etc.). Darüber hinaus teile sie nicht mit, wie ein Angebot beschaffen sein müsse, um beispielsweise 15 % für die Unterstützung von ACSLS zu erlangen. Weder teile sie die zu erlangenden Punkte noch die Umrechnungsmethode von Punkten in Prozenten, noch den Erfüllungsgrad mit. Dementsprechend wird nicht deutlich, wie sie zu einer für die Bewertung erforderlichen gemeinsamen Basis eines preislichen und eines qualitativen Kriteriums gelange. Noch teile sie eine Bewertungsskala, beispielsweise Schulnoten, mit, sodass nicht ersichtlich ist, wie beispielsweise 10 % von 15 % zu erlangen seien. Es bliebe insgesamt im Dunkeln, wie das Angebot bewertet werden solle. Sie weiche dadurch von der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 14.07.2016, Rs. C-6/15 - *Dimarso*) ab, da infolge ihres Unterlassens nicht nachgewiesen werden könne, dass die von ihr angewandte Methode weder eine Veränderung der Zuschlagskriterien noch eine Änderung von deren Gewichtung bewirke.

Die Antragstellerin beantragt

1. Das Vergabeverfahren wird bei fortbestehender Vergabeabsicht in den Stand vor der Bekanntmachung der Vergabe, hilfsweise vor dem Versand der Vergabeunterlagen bzw. vor der Angebotswertung, zurückversetzt und der Antragsgegnerin aufgegeben, die Vorgaben der Vergabekammer bei der Durchführung des weiteren Vergabeverfahrens zu beachten.
2. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.



3. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin zu tragen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zu verwerfen bzw. zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass die **Rüge** der Antragstellerin nicht fristgemäß erhoben worden und diese deshalb mit ihren Angriffen präkludiert sei. Insbesondere hätte die Antragstellerin die aus ihrer Sicht unzulässigen Bewertungskriterien bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügen müssen. Die behaupteten Vergaberechtsverstöße seien bei unterstelltem Vorliegen selbst für einen durchschnittlich fachkundigen – auch ausländischen – Bieter erkennbar gewesen. Im Übrigen seien die angeführten Verstöße spätestens seit dem 19.04.2017 bekannt gewesen und hätten deshalb innerhalb einer Frist von 10 Kalendertagen gegenüber der Antragsgegnerin gerügt werden müssen.

Die Antragsgegnerin meint weiter, der Antragstellerin sei bereits die **Antragsbefugnis** zu versagen, da eine Auftragsvergabe an sie von vorneherein aussichtslos sei. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot nicht mitgeteilt, welches Produkt sie von welchem Hersteller anbiete. Ob die Antragstellerin ein Produkt anbiete, das die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfülle, könne die Antragsgegnerin nicht überprüfen. Auch scheide eine Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen nach § 56 Abs. 3 S. 1 VgV per se aus. Die Antragstellerin habe daher schon viel früher zwingend aus dem Vergabeverfahren ausscheiden müssen. Eine Wirtschaftlichkeitsprüfung, wie sie die Antragsgegnerin durchgeführt habe, sei daher gar nicht erforderlich gewesen. Die Antragsgegnerin bezieht sich in diesem Zusammenhang auf die Vergabeunterlagen und ist der Rechtsmeinung, dass diese auszulegen seien, so wie von der Antragstellerin zu anderen Positionen bereits selbst vorgetragen. Insbesondere aus der lfd. Nr. 1 ("*Neue Hardware*") sei ersichtlich, dass hier eine genaue Herstellerangabe gefordert gewesen sei.

Im Übrigen sei neben der Leistungsbeschreibung und dem Preisblatt auch der **Systemlieferungsvertrag** auszufüllen gewesen. Die Antragsgegnerin bezieht sich insbesondere auf die Nr. 1.3 (Vertragsbestandteile). Unter Nr. 7.4.1 (Vergütung) sei keine Eintragung der Antragstellerin trotz zwingender Vorgabe durch die Fußnote 2 ("*Vom AN einzutragen*") erfolgt. Auch deshalb sei das Angebot der Antragstellerin auszuschließen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass schon keine Veranlassung zur **Aufklärung von Angebotspreisen** bestanden habe. Unter Verweis auf die Rechtspre-



chung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschl. v. 30.04.2014 – Verg 41/13) könne festgehalten werden, dass im Allgemeinen Angebote, die das nächstniedrige Angebot um lediglich 10 % unterschreiten, noch nicht ungewöhnlich oder unangemessen niedrig seien und ein solcher Preisabstand noch nicht ohne Weiteres ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung zum Ausdruck bringe. Vorliegend fehle es an einer der beiden Auffälligkeiten.

Darüber hinaus ist die Antragsgegnerin der Ansicht, dass die Beigeladene mit ihrem Angebot keine unzulässigen **Änderungen an den Vergabeunterlagen** vorgenommen habe. Die von der Antragstellerin behaupteten Abweichungen von der Leistungsbeschreibung lägen tatsächlich nicht vor. Vielmehr entspreche das Angebot der Beigeladenen vollumfänglich den Vorgaben der einzelnen Positionen der Leistungsbeschreibung. Auf die Angebote der übrigen, der Antragstellerin nachfolgenden Bieter komme es nicht an, da ein Ausschluss die Zuschlagschancen der Antragstellerin nicht beeinflusse. Die vorbeschriebenen Gründe böten für die Antragsgegnerin auch keinen Anlass, eine Aufklärung über Angebotsinhalte zu veranlassen. Im Gegenteil, sie hätte im Falle einer Aufklärung einen Vergabefehler begangen.

Im Einzelnen trägt die Antragsgegnerin vor, sie habe **17 Tape-Laufwerke** gefordert und auch 17 Tape-Laufwerke von der Beigeladenen angeboten bekommen. Die Leistungsbeschreibung sei in diesem Punkt nicht in Verbindung mit der ebenfalls verlangten Prüffunktion auszulegen. Ihr, der Antragsgegnerin, stehe insofern ein Leistungsbestimmungsrecht zu, welches nicht von der Antragstellerin vorzugeben sei.

Die Antragsgegnerin trägt ferner vor, dass sie im Hinblick auf die **Bauweise** keine Kenntnisse von möglichen DIN-Normen habe. Sie weist im Übrigen auf Bieterfrage Nr. 2, auf der Seite "*Antworten zu Bieterfragen Nr. 1*" (S. 145c der Vergabeakte) hin. Hier handele es sich eben nicht um ein Ausschlusskriterium. Die Antragsgegnerin wollte sich gerade eine Wertungsmöglichkeit verschaffen.

Schließlich meint die Antragsgegnerin, dass die von ihr verwandten **Bewertungskriterien** nicht vergaberechtswidrig seien. Aus den Vergabeunterlagen ergebe sich, dass der Bieter mit dem günstigsten Angebotspreis 75 von 100 möglichen Punkten erhalte. Alle Bieter, die die erwünschten Funktionen der Positionen 10 (19"-Rack-Bauweise) und 20 (Unterstützung von ACSLS) der Leistungsbeschreibung anböten, erhielten 10 bzw. 15 Punkte. Auf Basis des Verständnisses eines durchschnittlichen Bieters sei ersichtlich gewesen, dass die Antragsgegnerin die in den Vergabeunterlagen bekannt gegebenen Zuschlagskriterien von Prozent in Punkte umlege. Eine Veränderung der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien erfolge hierdurch nicht.

Die Vergabekammer hat die Beiladung am 08.05.2017 beschlossen.

Die Beigeladene erhielt Gelegenheit sich zu äußern, was sie mit E-Mail v. 29.05.2017 tat, auf deren Inhalt Bezug genommen wird.

Der stellvertretende Vorsitzende hat die Frist gemäß § 167 Abs. 1 GWB bis zum 20.06.2017 verlängert. Am 02.06.2017 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.





Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeakten und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Vergabekammer Westfalen ist zuständig gem. § 106 GWB, § 2 Abs. 2 VK ZuStV NRW. Der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer beträgt ca. XXXX Mio. Euro für die gesamte Vertragslaufzeit und übersteigt damit den festgelegten Schwellenwert für Dienstleistungen von 209.000,- Euro. Des Weiteren hat die Antragsgegnerin ihren Sitz in XXXX und damit im räumlichen Bezirk der Vergabekammer Westfalen.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

### 1. Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Die Antragstellerin ist antragsbefugt und hat die Vergaberechtsverstöße rechtzeitig gerügt.

#### 1.1 Antragsbefugnis

1.1.1 Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine **Verletzung in seinen Rechten** nach § 97 Absatz 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, § 160 Abs. 2 S. 1 GWB. Unternehmen haben nämlich grundsätzlich Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden, § 97 Abs. 6 GWB. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein **Schaden** entstanden ist oder zu entstehen droht, § 160 Abs. 2 S. 2 GWB.

1.1.2 An das Erfordernis einer Antragsbefugnis des Antragstellers im Vergabenachprüfungsverfahren werden **keine sehr hohen Anforderungen** gestellt. Der Begriff des Schadens i. S. d. § 160 Abs. 2 S. 2 GWB muss unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes betrachtet und ausgelegt werden. Der Schaden besteht darin, dass durch den einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten des antragstellenden Bieters auf den Zuschlag zumindest verschlechtert worden sein können. Entscheidend für das Vorliegen einer Antragsbefugnis und damit für die Gewährung von Primärrechtsschutz ist mithin die Eignung der gerügten Vergaberechtsverstöße, eine solche Chancenbeeinträchtigung begründen zu können. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Antragsteller im Sinne einer darzulegenden Kausalität nachweisen kann, dass er bei korrekter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte (vgl. grundlegend BVerfG, Beschl. v. 29.07.2004 – 2 BvR 2248/03). Einem Bieter, der die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, sein Angebot nicht als das beste Angebot zu bewerten, bestreitet, darf der Zugang zum Nachprüfungsverfahren nicht mit der Begründung verwehrt werden, dass sein Angebot bereits **aus anderen Gründen** vom Auftraggeber **auszuscheiden** gewesen wäre und ihm daher durch die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit kein



Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe (vgl. EuGH, Urt. v. 19.06.2003 – Rs. C-249/01).

1.1.3 Die Antragstellerin hat ihr Auftragsinteresse durch Abgabe eines Angebotes hinreichend dokumentiert. Daneben droht ihr durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen möglicherweise ein Schaden zu entstehen. Diesbezüglich macht die Antragstellerin geltend, dass wegen der von ihr behaupteten Vergaberechtsverstöße ein Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen nicht erteilt werden dürfe und daher ihre eigenen Aussichten auf den Zuschlag verschlechtert seien. Vor diesem Hintergrund hat die Antragstellerin ihre Antragsbefugnis ausreichend dargelegt (vgl. auch BGH, Beschl. v. 18.05.2004 – X ZB 7/04). Ob sie tatsächlich in ihren Rechten verletzt ist, kann im Rahmen der Zulässigkeit dahingestellt bleiben.

## 1.2 Kein Ausschluss gem. § 160 Abs. 3 GWB

Des Weiteren hat die Antragstellerin die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen auch **rechtzeitig gerügt**.

1.2.1 Ein Nachprüfungsantrag ist unzulässig, soweit der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags **erkannt** und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Darüber hinaus ist der Antrag unzulässig, soweit Verstöße, die aufgrund der Bekanntmachung oder erst in den Vergabeunterlagen **erkennbar** sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gerügt werden, § 160 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB.

1.2.2 Dies gilt jedoch nur für Vergaberechtsverstöße, die ein Antragsteller erkannt hat, und zwar in der Weise, dass nicht nur die Tatsachen zur Kenntnis genommen wurden, sondern dieser aufgrund einer **rechtlichen Bewertung in der Laiensphäre** auch einen dahinter liegenden möglichen Vergaberechtsverstoß angenommen hat (vgl. VK Westfalen, Beschl. v. 07.02.2017 – VK 1 - 50/16). Ein sorgfältig handelndes Unternehmen muss den Vergabeverstoß erkennen können, ohne besonderen Rechtsrat einholen zu müssen. Dafür müssen die Rechtsvorschriften, gegen die ggfs. verstoßen wird, zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der beteiligten Bieterkreise gehören (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.03.2017 – Verg 39/16).

1.2.3 Die Antragstellerin hat die mit ihrem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Vergaberechtsverstöße zuvor gegenüber der Antragsgegnerin gerügt. Dies erfolgte auch rechtzeitig. Die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages folgt weder aus dem Umstand, dass zwischen der Mitteilung der Antragsgegnerin vom 19.04.2017 und der Rüge der Antragstellerin vom 01.05.2017 mehr als 10 Kalendertage verstrichen waren, noch daraus, dass die Antragstellerin die aus ihrer Sicht unzulässigen Bewertungskriterien bis zum Ablauf der Angebotsfrist hätte rügen müssen. Die Antragstellerin ist nach eigenen, unbestrittenen Angaben ein kleines Unternehmen mit Sitz in Polen und verfügt über keine eigene Rechtsabteilung. Es ist nicht ersichtlich, dass sie tatsächlich nachvollzogen hat, was rechtlich geboten erschien. Dass die Antragstellerin somit bereits vor dem Gespräch mit ihrem Prozessbevollmächtigten am



27.04.2017 positive Kenntnis (im Sinne einer rechtlichen Bewertung in der Laiensphäre) möglicher Vergaberechtsverstöße hatte, kann die Kammer jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen. Insbesondere kann von einem durchschnittlichen Bieter keine Kenntnis der sich noch entwickelnden Rechtsprechung zur Transparenz von Bewertungsmaßstäben verlangt werden (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.).

## 2. Begründetheit

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist aber nicht begründet. Die von der Antragstellerin vorgetragene Verstöße gegen vergaberechtliche Bestimmungen liegen nicht vor und die Antragstellerin ist auch nicht in ihren Rechten verletzt, vgl. §§ 97 Abs. 6, 168 Abs. 1 GWB.

### 2.1 Kein Verstoß gegen das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot i. S. d. § 97 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB

Die Antragsgegnerin hat nicht gegen das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 97 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB verstoßen. Die von der Antragsgegnerin verwendete **Bewertungsmatrix** befreit keinen vergaberechtlichen Bedenken.

2.1.1 Öffentliche Aufträge werden im Wege transparenter Verfahren vergeben, § 97 Abs. 1 S. 1 GWB. Insbesondere müssen die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden, § 127 Abs. 5 GWB. Dies hat die Antragsgegnerin hier getan, indem sie in den den Bietern zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen als Zuschlagskriterien den Preis bewertet mit 75 %, die 19" Rack-Bauweise bewertet mit 10 % und die Unterstützung von ACSLS bewertet mit 15 % festgelegt hat. Fraglich ist einzig, ob die verwendete Bewertungsmatrix gegen Vergaberecht verstößt.

2.1.2 Ein öffentlicher Auftraggeber ist grundsätzlich nicht verpflichtet, den potenziellen Bietern in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen die **Bewertungsmethode**, die er zur konkreten Bewertung und Einstufung der Angebote anwenden wird, zur Kenntnis zu bringen, sofern diese Methode keine Veränderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung bewirkt (vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2016 – Rs. C-6/15). Auch für den Fall, dass eine Bewertungsmethode nicht nur vor Öffnung der Angebote festgelegt, sondern den Bietern darüber hinaus auch bekanntgegeben worden ist, enthalten weder das europäische noch das deutsche Recht Vorgaben, welche verlangen, dass es den Bietern möglich sein muss, im Vorhinein zu bestimmen, welchen genauen **Erfüllungsgrad** ihre Angebote auf der Grundlage des aufgestellten Kriterienkatalogs oder konkreter Kriterien aufweisen müssen, um mit den in dem mitgeteilten Bewertungsschema festgelegten Noten oder Punktwerten bewertet zu werden. Jedoch darf die Bekanntgabe der Bewertungsmethode nicht zu einer Irreführung der Bieter führen. Die Leistungsbeschreibung, die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung müssen in einem solchen Fall hinreichend klar bleiben. Bleibt die Bekanntgabe der Bewertungsmethode hierauf ohne Einfluss, ist die Bewertungsmethode unter diesem Gesichtspunkt vergaberechtlich nicht zu beanstanden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.03.2017 – Verg 39/16).



2.1.3 Die von der Antragsgegnerin verwendete Bewertungsmatrix genügt diesen vergaberechtlichen Vorgaben. Im Hinblick auf die zitierte Entscheidung des EuGH, welcher gewiss ein anderer Sachverhalt zugrunde lag, spricht bereits viel dafür, dass die Antragsgegnerin im vorliegenden Einzelfall schon nicht verpflichtet war, überhaupt ihre Bewertungsmethode den Bietern zur Kenntnis zu bringen. Diese Frage muss jedoch nicht beantwortet werden, weil sie es tat und die von ihr verwendete Bewertungsmatrix darüber hinaus auch keinen rechtlichen Bedenken begegnet. So wies die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen ausdrücklich darauf hin, dass der Zuschlag anhand der anhängigen Bewertungsmatrix ermittelt werde. Auch die Rechtsprechung des OLG Brandenburg (Beschl. v. 28.03.2017 – 6 Verg 5/16) steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Denn auf der Vorlage selbst wurden die Einzelheiten der Bewertung näher erläutert, so dass für jeden Bieter ersichtlich war, wie die Punktevergabe erfolgen wird. Die Methode bzw. Formel der Umrechnung in Wertungspunkte (hier nämlich per Dreisatz) wird den Bietern ausdrücklich mitgeteilt. Darüber hinaus entsprechen die bepunkteten Kriterien den festgelegten Zuschlagskriterien sowohl hinsichtlich Bezeichnung als auch Gewichtung; auch eine faktische Veränderung der Gewichtung der Zuschlagskriterien durch diese Bewertungsmethode ist nicht festzustellen.

## 2.2 Kein Verstoß gegen § 60 Absätze 1 und 2 VgV

Die Antragsgegnerin hat nicht gegen § 60 Absätze 1 und 2 VgV verstoßen. Deren Voraussetzungen liegen nicht vor.

2.2.1 Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangt der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung, § 60 Abs. 1 VgV. Der öffentliche Auftraggeber prüft die Zusammensetzung des Angebots und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen, § 60 Abs. 2 S. 1 VgV.

2.2.2 Auf die Einhaltung dieser Vorschriften hat jeder Bieter nach § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch. Der Anspruch ist im Falle möglicherweise unangemessen niedriger Angebotspreise darauf gerichtet, dass der Auftraggeber die nach § 60 VgV vorgesehene Prüfung vornimmt (vgl. dazu grundlegend BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16, Rn. 20, 25).

2.2.3 In der Vergaberechtsprechung sind insoweit **Aufgreifschwelle** (prozentualer Preisabstand zum nächsthöheren Angebot) anerkannt, bei deren Erreichen der Auftraggeber in eine nähere Prüfung der Preisbildung des fraglichen Angebots eintreten sollte. Unterschiedliche Einschätzungen bestehen diesbezüglich hinsichtlich der Höhe dieser Aufgreifschwelle (vgl. BGH, a. a. O., Rn. 14, m. w. N.). In diesem Zusammenhang kann jedoch der öffentliche Auftraggeber, selbst wenn die von der Rechtsprechung anerkannte Aufgreifschwelle im Einzelfall erreicht oder überschritten ist, bei Vorliegen von nachvollziehbaren und sachlich vertretbaren Erwägungen trotzdem zu der beanstandungsfreien Einschätzung gelangen, dass die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 VgV nicht vorliegen (vgl. dazu ausführlich OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2014 – Verg 41/13 sowie VK Westfalen, Beschl. v. 31.01.2017 – VK 1 - 49/16).



2.2.4 Schon eine niedrig angesetzte Aufgreifschwelle von über 10 % ist vorliegend nicht erreicht worden. Allein die Angebote auf den Rangplätzen 1 bis 3 weisen einen preislichen Abstand von jeweils unter 10 % im Verhältnis zueinander auf. Auch sonstige Umstände, die zu einer umfassenden Preisprüfung der Antragsgegnerin insbesondere hinsichtlich des Angebotes der Beigeladenen hätten führen müssen, sind nicht ersichtlich.

### **2.3 Kein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV**

Die Antragsgegnerin hat ferner nicht gegen § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV verstoßen, indem sie das Angebot der Beigeladenen trotz Änderungen an den Vergabeunterlagen nicht von der Wertung ausgeschlossen hat. Einerseits liegt eine solche Abweichung im Angebot der Beigeladenen, die zwingend zum Ausschluss führt, nicht vor (ausführlich unter Nr. 2.3.2). Die Antragstellerin hat deshalb keinen Anspruch darauf, dass das Angebot der Beigeladenen von der Wertung ausgeschlossen wird. Andererseits war bereits das Angebot der Antragstellerin fehlerhaft und zwingend auszuschließen (dazu gleich unter Nr. 2.3.1), weshalb es ihr im Ergebnis an einer subjektiven Rechtsverletzung fehlt (näher unter Nr. 2.4).

#### **2.3.1 Abweichendes Angebot der Antragstellerin**

Die Antragstellerin hat bei ihrem Angebot Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen, indem sie keinen Hersteller und kein Modell angab. Deshalb ist das Angebot gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV von der Wertung auszuschließen. In diesem Zusammenhang war die Antragsgegnerin zudem weder verpflichtet noch berechtigt, leistungsbezogene Unterlagen i. S. v. § 56 Abs. 2 S. 1, 2. HS VgV nachzufordern.

##### **2.3.1.1 Keine Angaben zum Hersteller und Modell**

Das Angebot der Antragstellerin benennt weder das konkrete Produkt noch dessen Hersteller, sondern lässt vielmehr völlig offen, welche Hardware im Falle der Beauftragung geliefert und eingebaut würde. Somit wird der Antragsgegnerin auch nicht die Möglichkeit eröffnet, ihren Anforderungskatalog, den sie der Leistungsbeschreibung zugrunde gelegt hat, zu überprüfen. Die Antragsgegnerin könnte allein aufgrund der Angaben der Antragstellerin im Angebot nicht feststellen, ob es sich – wie gefordert – um das aktuellste Modell des Herstellers handelt und ob dieser eine 10-jährige Herstellergarantie nachweisen kann. Auch die weiteren Angaben, die die Antragsgegnerin im Leistungskatalog forderte, wie beispielsweise Angaben zur 19"-Rack-Bauweise (Zuschlagskriterium), sind nur überprüfbar, wenn im Angebot des Bieters der Hersteller und das Modell genannt werden.

Die Antragsgegnerin hat die Benennung des Herstellers zwar nicht ausdrücklich in der Leistungsbeschreibung gefordert, aber die Überprüfung der Angaben der Bieter im Leistungskatalog war nur möglich, soweit in den Angeboten das jeweilige Modell und dessen Hersteller genannt werden, welches geliefert werden soll. Unter objektiver Würdigung aus Sicht eines verständigen Dritten ergibt sich aus den Vergabeunterlagen, hier die Leistungsbeschreibung, unzweifelhaft, dass die Bieter nähere Angaben zum Hersteller und Modell der angebotenen Hardware zu machen hatten. An-



ders können die Positionen Nr. 1 und Nr. 32 im Hinblick auf ihren Wortlaut nicht verstanden werden. Die Antragsgegnerin verlangte in ihrer Leistungsbeschreibung die Lieferung des aktuellsten Modells (des Herstellers) sowie einen vom Hersteller zugesicherten Support/Wartung. Die Angabe des Herstellers ist somit nicht nur von elementarer Bedeutung für den zu schließenden Vertrag. Ohne Angabe des Herstellers ist für die Antragsgegnerin darüber hinaus gar nicht nachprüfbar, ob die Antragstellerin mit ihrem Angebot die Vorgaben der Leistungsbeschreibung erfüllt. Ohne diese Angaben bleibt offen, welche Leistungen angeboten werden. Das macht das Angebot nahezu inhaltsleer und führt im Ergebnis dazu, dass eine der Annahme zugängliche Offerte gar nicht vorliegt. Die Antragstellerin hat somit schon kein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben (vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 21.02.2012 - Verg 1/12).

### 2.3.1.2 Keine Nachforderung

Die Antragsgegnerin hat hier zu Recht keine **leistungsbezogenen Unterlagen** gem. § 56 Abs. 2 S. 1, 2. HS VgV in Bezug auf das Angebot der Antragstellerin nachgefordert. Dazu wäre sie im Übrigen auch nicht berechtigt gewesen, da es an den Voraussetzungen fehlt.

Leistungsbezogene Unterlagen im Sinne von § 56 Abs. 2 S. 1, 2. HS, Abs. 3 S. 1 VgV sind nur solche, die den **Inhalt** der angebotenen Leistung **belegen** (vgl. *Kurlartz/Kus/Marx/Portz/Prieß*, VgV, § 56 Rn. 36). Die Antragstellerin selbst räumt ein, dass sie einen konkreten Hersteller bewusst nicht angegeben habe, weil das ihrer Meinung nach nicht gefordert gewesen sei. Das Angebot ließ völlig offen, um welchen Hersteller es sich handelt. Würde sie nunmehr nachträglich einen Hersteller benennen (dürfen), läge darin nicht bloß ein Beleg des Inhalts der angebotenen Leistung, sondern vielmehr eine **erstmalige Festlegung** auf einen konkreten Hersteller und damit auf ein Produkt. Anders ausgedrückt, die Antragstellerin würde dann nichts belegen, sondern erstmalig den Inhalt des Angebots festlegen. Dies wiederum wird von § 56 Abs. 2 S. 1 VgV gerade nicht gestattet.

Selbst für den Fall, dass die Antragstellerin tatsächlich schon bei Angebotsabgabe ein konkretes Modell und dessen Hersteller "im Auge hatte", sich also insgeheim auf ein Produkt festlegte, war dies für einen – für die Auslegung des Angebots der Antragstellerin allein maßgeblichen – objektiven Dritten nicht zu erkennen. Unter verständiger Würdigung war das Angebot der Antragstellerin vielmehr so zu verstehen, dass der konkrete Inhalt des Angebots (bezogen auf die Merkmale Modell und Hersteller) noch nicht feststand. Wo bereits kein Inhalt, da gibt es nachträglich auch nichts zu belegen.

Im Ergebnis wäre eine Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen durch die Antragsgegnerin in Bezug auf das Angebot der Antragstellerin deshalb nicht gemäß § 56 Abs. 2 S. 1 VgV gerechtfertigt gewesen.

Im Übrigen hätte die nachträgliche Angabe eines Herstellers ebenfalls auf die **Wirtschaftlichkeitsbewertung** des Angebotes anhand der Zuschlagskriterien gem. § 56 Abs. 3 S. 1 VgV Einfluss, weil Herstellerangaben zu den wesentlichen Aspekten einer solchen Betrachtung gehören dürften. Somit wäre auch eine Nachforderung auf Grundlage dieser Vorschrift ausgeschlossen.



Demzufolge ist das Angebot der Antragstellerin von der Wertung auszuschließen. Dass die Antragsgegnerin dies so nicht ausdrücklich entschieden hat, ist unbeachtlich, weil sie grundsätzlich noch im laufenden Nachprüfungsverfahren derartige Korrekturen vornehmen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.11.2008 – Verg 54/08) oder dazu auch durch eine Vergabekammer verpflichtet werden könnte.

Auf die Beantwortung der Frage, ob die von der Antragsgegnerin behauptete fehlende zwingende Eintragung im Systemlieferungsvertrag ebenfalls zum Ausschluss des Angebots der Antragstellerin führen müsse, kommt es deshalb hier nicht mehr an.

### 2.3.1.3 Gleichwertiger Mangel im Angebot der Beigeladenen?

Nach der Rechtsprechung kann allerdings ein Bieter verlangen, dass nicht nur sein Angebot von der Wertung ausgeschlossen wird, sondern auch diejenigen Angebote anderer Bieter aus der Wertung genommen werden, bei denen feststeht, dass sie an einem vergaberechtlich **gleichwertigen Mangel** leiden (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 26.09.2006 – X ZB 14/06). Danach kann auch ein Bieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschlossen wird, dessen Angebot zu Recht ausgeschlossen werden kann oder dessen Angebot ausgeschlossen werden muss, in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt sein, wenn ein anderes Angebot trotz Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht ausgeschlossen wird und den Zuschlag erhalten soll oder wenn sich der beabsichtigte Zuschlag aus einem anderen Grund verbietet. Dies folgt nicht zuletzt auch aus dem Gleichbehandlungsgebot gem. § 97 Abs. 2 S. 1 GWB. Insbesondere verpflichtet dieses Gebot den öffentlichen Auftraggeber, solche Angebote, die gleichfalls an dem beanstandeten oder einem vergleichbaren Mangel leiden, vergaberechtlich gleich zu behandeln. Infolgedessen ist das Angebot des Mitbewerbers ebenfalls aus der Wertung zu nehmen. Für den Antragsteller eröffnet sich ggfs. die Möglichkeit, sich im Rahmen eines möglicherweise wiederholt durchgeführten Vergabeverfahrens mit einem neuen – und dann ggfs. auch vollständigen – Angebot beteiligen zu können und damit die Chance auf den Zuschlag zu wahren.

### 2.3.2 Keine Änderungen an den Vergabeunterlagen im Angebot der Beigeladenen

Das Angebot der Beigeladenen leidet aber nicht an einem **gleichwertigen Mangel**, sondern ist insgesamt nicht fehlerhaft. Die von der Antragstellerin behaupteten Abweichungen sind nicht feststellbar soweit es zwingende Mindestvoraussetzungen betrifft. Insbesondere erfüllt das Angebot die Vorgaben bezüglich der Menge der zu liefernden Tape-Laufwerke sowie hinsichtlich Temperatur bzw. Luftfeuchtigkeit. Sofern darüber hinaus Abweichungen Bewertungskriterien (19"-Rack-Bauweise) betreffen, führen diese insgesamt aber nicht zum Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen, wie unter Nr. 2.3.3 näher ausgeführt wird.

Im Einzelnen:



### 2.3.2.1 17 Tape-Laufwerke

Gemäß lfd. Nr. 5 der Leistungsbeschreibung hat die Antragsgegnerin jeweils 17 Tape-Laufwerke pro TapeLibrary gefordert. Die Beigeladene hat ausweislich ihres Angebots die geforderte Menge – körperlich – angeboten. Dies bestreitet die Antragstellerin auch nicht. Unabhängig von der Feststellung, ob – wie die Antragstellerin behauptet – möglicherweise tatsächlich nur 15 Bandlaufwerke nach Abzug der für die Prüffunktion benötigten Laufwerke zur Verfügung stehen, ist schon eine Auslegung der Leistungsbeschreibung, wie sie die Antragstellerin vornimmt, zu weitgehend. Unter der lfd. Nr. 21 ist lediglich eine "Integrierte Prüffunktion" gefordert, die keine weiteren Ergänzungen im Hinblick auf die Laufwerksanzahl enthält. So wird beispielsweise nicht verlangt, dass nach Abzug der Kapazitäten für die Prüffunktion real noch mindestens 15 Laufwerke zur Verfügung stehen müssen. Eine solche Verknüpfung der beiden Positionen der Leistungsbeschreibung (Menge / Prüffunktion) ist weder durch deren Wortlaut, noch durch eine systematische oder teleologische Auslegung gerechtfertigt, und würde deshalb unzulässiger Weise in das Leistungsbestimmungsrecht der Antragsgegnerin eingreifen. Dass die Antragsgegnerin diesbezüglich also einen Fehler bei der Prüfung des Angebotes der Beigeladenen beging, ist insoweit nicht zu erkennen.

### 2.3.2.2 Temperatur und Luftfeuchtigkeit

Auch hinsichtlich der Mindestvoraussetzungen bezüglich Temperatur bzw. Luftfeuchtigkeit sind keine Abweichungen zu erkennen. Insbesondere die zusätzlichen Angaben im Angebot der Beigeladenen zu Position 14 der Leistungsbeschreibung lassen daran keine Zweifel aufkommen. Wenn – wie durch die Antragsgegnerin – die Unterstützung eines Temperaturfensters zwischen 18 und 30 Grad Celsius gefordert wird, dann erfüllt die Beigeladene diese Mindestvoraussetzungen mit ihrer Angabe, dass bei ihrem angebotenen Modell im produktiven Betrieb 15 bis 32°C erlaubt seien. Dies gilt selbst dann, wenn – wie ebenfalls im Angebot angegeben – lediglich 18 bis 25°C empfohlen seien. Maßgeblich für die hier zu entscheidende Frage, ob von den (zwingenden) Vorgaben der Leistungsbeschreibung abgewichen worden ist, ist allein der erlaubte Temperaturrahmen.

### 2.3.2.3 19"-Rack-Bauweise

Ausweislich der Vergabeunterlagen ist die "19"-Rack-Bauweise" ein Zuschlagskriterium und gemäß lfd. Nr. 10 der Leistungsbeschreibung ein Bewertungskriterium, das bei Erfüllung der Voraussetzungen mit 10 Punkten, andernfalls mit 0 Punkten bewertet werden soll. Daraus folgt, dass bei Nichterfüllung dieses Kriteriums durch den Bieter dessen Angebot nicht zwingend auszuschließen ist, weil es gerade nicht als Mindestvoraussetzung festgelegt wurde, sondern in diesem Punkt nur mit 0 Punkten bewertet wird.

Nach umfassender Prüfung kommt die Kammer zu der Feststellung, dass die Beigeladene ein Produkt angeboten hat, welches die Anforderungen an die Bauweise so nicht erfüllt. Vielmehr überschreitet das von ihr angebotene Modell deutlich die vorgegebenen Maße. Das Angebot der Beigeladenen entspricht deshalb nicht den gewünschten – jedoch nicht zwingenden – Anforderungen der Leistungsbeschreibung, wurde aber von der Antragsgegnerin trotzdem mit 10 Punkten bewertet, obwohl wo-





möglich nur 0 Punkte hätten vergeben werden dürfen. Dieser Wertungsfehler führt im Ergebnis dennoch nicht zum Ausschluss des Angebots der Beigeladenen, weil dieses nicht an sich mit einem "Mangel" behaftet ist. Die Beigeladene durfte ein solches Angebot einreichen. Vielmehr liegt der Fehler in der nicht nachvollziehbaren Wertung des Angebots durch die Antragsgegnerin.

### **2.3.3 Rechtsfolge für die Antragstellerin**

Die Antragstellerin hat vorliegend keinen Anspruch auf Wiederholung der Wertung. Denn ihr Angebot wäre in einem solchen Fall (weiterhin) zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen, würde also nicht wieder gemeinsam mit den Angeboten der Beigeladenen und der anderen Bieter in die Wertung kommen. In einem solchen Fall hat ein Antragsteller mit dem weiteren Fortgang der Ausschreibung nichts mehr tun. Vielmehr würde auch die mögliche Wiederholung der Wertung des Angebots der Beigeladenen keine Auswirkungen auf die Rechtsposition der Antragstellerin haben.

### **2.4 Keine subjektive Rechtsverletzung der Antragstellerin**

Die Antragstellerin ist nicht in ihren Rechten verletzt, weil bereits ihr eigenes Angebot wegen der fehlenden Hersteller- und Modellangaben gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zwingend von der Wertung auszuschließen ist und es damit an der Kausalität eines Vergaberechtsverstößes wegen eines möglichen Wertungsfehlers der Antragsgegnerin im Hinblick auf das Angebot der Beigeladenen fehlt.

Der Nachprüfungsantrag ist infolgedessen zurückzuweisen.

## **IV.**

Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben (§ 182 Abs. 1 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen (§ 182 Abs. 3 GWB). Die Gebühr beträgt mindestens 2.500 Euro und soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten (§ 182 Abs. 2 GWB).

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. XXXX Mio. Euro netto für die gesamte Vertragslaufzeit beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder XXXX,- Euro.

Die Antragstellerin unterliegt im vorliegenden Verfahren, so dass diese die Kosten zu tragen hat.

Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners gemäß § 182 Abs. 4 GWB zu tragen. Hier war die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig. Die Antragstellerin trägt die notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.



## Rechtsmittelbelehrung

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

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der 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.

---

Gaidies

---

Stolz