



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 122/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Rahmenvertrag über die Lieferung, Installation und Instandhaltung von IT-Infrastrukturkomponenten im [...] -Serverumfeld“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: ABl. [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Bellersheim aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Dezember 2016 am 20. Dezember 2016 beschlossen:

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites, offenes Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrags über die Lieferung, Installation und Instandhaltung von IT-Infrastrukturkomponenten im [...] -Serverumfeld durch (Absendung der Bekanntmachung am [...] 2016). Bezugsberechtigt sind nicht nur alle Dienststellen der Ag in [...], sondern auch deren sog. dezentrale Dienststellen, zu denen u.a. 27 [...] sowie weitere Standorte der Ag in [...] und [...] mit je ca. 120 bis 2000 Mitarbeitern zählen (s. Anlage 23 des ausgeschriebenen Rahmenvertrags, Bl. 284 der Vergabeakte).

Eine Losaufteilung erfolgte nicht (s. Ziffer II.1.6 der Bekanntmachung). In Ziffer VI.4.3 der Bekanntmachung („Einlegung von Rechtsbehelfen“) wies die Ag auf die Frist nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB hin.

Zur Begründung der Gesamtvergabe führte die Ag im Vergabevermerk aus, dass „aufgrund organisatorischer Vorgaben und technischer Abhängigkeiten zwischen den einzelnen Geräten (...) die Leistung als Gesamtleistung an einen Auftragnehmer vergeben werden“ müsse (Bl. 72 der Vergabeakte).

In der Leistungsbeschreibung begründete die Ag ihre Entscheidung, keine Lose zu bilden, damit, dass sie in diesem Fall einen verantwortlichen Auftragnehmer für alle Gegenstände des Vertrages habe, selbst wenn dieser einzelne Komponenten von Drittherstellern liefere. Kompetenz- und Verantwortungsfragen zwischen unterschiedlichen Auftragnehmern, die zu Lasten der Ag ausfallen würden, würden so vermieden. Dies betreffe insbesondere „die Incident-Bearbeitung und die Supportleistung auf technischer Ebene“; sie wolle unterbinden, dass sich bei technischen Fehlern im Zusammenspiel von Komponenten unterschiedliche Lieferanten die Schuld zuwiesen. Weiterhin sei bei einer Losaufteilung die Gewährleistung der Gerätekompatibilität, Treiberverfügbarkeit und Erbringung von geforderten Leistungsparametern nicht garantiert, „da bei Losaufteilung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht definiert werden kann, welche Geräte für die jeweiligen Lose angeboten werden.“ (S. Teil C der Vergabeunterlagen Leistungsbeschreibung (LB), Ziffer 2, Bl. 272 der Vergabeakte).

In Ziffer 6.1.1 der LB wies die Ag darauf hin, dass „die Bezugsberechtigten (...) (zumindest teilweise) eine externe Firma als Generalbetreuer mit der Koordination des Störungshandlings beauftragt“ hätten (Bl. 255 der Vergabeakte).

Am 19. Oktober 2016 wandte sich die ASt schriftlich an die Ag:

„Abweichend vom Grundsatz der Aufteilung in Lose, gem. § 97 Abs. 4 GWB, beabsichtigen Sie, den Vertrag an nur einen Auftragnehmer zu vergeben (...). Der [in Ziffer 2 der LB] angeführten Argumentation können wir leider nicht folgen (...).

(...)

Würden Sie aufgrund dieser Rahmenbedingungen die Vergabe bitte dahingehend anpassen, dass zumindest der Speicheranteil (...) isoliert bewertet und vergeben werden kann und somit auch wieder dem § 97 Abs. 4 GWB entsprochen wird?“

Am 21. Oktober 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass sie zu der von der ASt gestellte „Frage“ unter Nr. 42 im Rahmen der „Bieterfragen und -antworten“ Stellung genommen habe. Die Antwort der Ag in dem dieser Mail beigefügten Frage-Antworten-Katalog lautet auszugsweise:

„Nein.

Wir halten am Verzicht auf Losaufteilung insbesondere auf Grund technischer Anforderungen fest.

(...)

Zusammenfassend sehen wir keinen Verstoß gegen § 97 Abs. 4 GWB.“

Die Ag wies in ihrer Antwort u.a. darauf hin, dass die eingesetzte Serverhardware die technischen Anforderungen der Speichersysteme beeinflusse. Da ihr aufgrund der produktneutralen Leistungsbeschreibung die zum Einsatz kommenden Serverhardwareklassen noch unbekannt seien, könne kein Bieter derzeit garantieren, dass er die geforderten Mindestanforderungen einhalte und die Systemgruppen interoperabel seien. Außerdem müsste sie bei einer Losaufteilung die benötigten Supportleistungen für die unterschiedlichen Geräteklassen entsprechend aufteilen, obwohl Fehlerfälle oder „Incidents“ zum Teil die Analyse mehrerer Geräteklassen erforderten. Die Verzögerungen, die beim Tätigwerden unterschiedlicher Supportdienstleister entstünden, seien „betriebsgefährdend“ und „zwingend“ zu vermeiden. Auch wenn im Falle einer Gesamtvergabe ebenfalls unterschiedliche Supportorganisationen zum Einsatz kämen, liege die Koordination und Verantwortung für den Support jedoch in einer Hand und nicht wie im Falle einer Teillosvergabe in den Händen der Ag.

Unter dem Betreff „Rüge eines Vergaberechtsverstoßes“ rügte die ASt am 27. Oktober 2016, dass der Verzicht auf eine Losaufteilung nicht gerechtfertigt sei. Dieses Schreiben enthält u.a. die Formulierung:

„Bei Erstellung unseres Angebots ist uns ein Vergaberechtsverstoß in der Leistungsbeschreibung aufgefallen, den Sie auch mit Ihren Antworten auf unsere Bieterfrage nicht ausgeräumt, sondern eher bestätigt haben.“

Am 1. November 2016 wies die Ag diese Rüge zurück und fügte diesem Schreiben eine „Rechtsmittelbelehrung“ bei, wonach gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ein Nachprüfungsantrag innerhalb von 15 Kalendertagen nach einer Nichtabhilfemitteilung gestellt werden müsse. In einer internen Mail führte die Ag zur Vorbereitung ihrer Rügeantwort u.a. aus, dass eine Losaufteilung dazu führen würde,

„dass wir Serversysteme angeboten bekommen, die die dediziert für diese Server definierten Leistungsparameter erfüllen, gleichzeitig könnten aber die Leistungsanforderungen an die Speichersysteme in Abhängigkeit zu den angebotenen Servern nur mit Speichersystemen aus dem Premiumsegment erfüllt werden. (...)

Im schlechtesten Fall werden die Server günstig angeboten, die Speichersysteme werden aber aufgrund der definierten Leistungsanforderungen und der Abhängigkeit zu den Servern deutlich teurer. (...“ Die entsprechenden Preisunterschiede lägen „im 6-7stelligen Bereich“ (Bl. 572 der Vergabeakte).

Die ASt gab kein Angebot ab, die Angebotsfrist endete am 31. Oktober 2016, 12 Uhr.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 15. November 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 16. November 2016 an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, die Ag hätte die ausgeschriebene Leistung nicht insgesamt vergeben dürfen, sondern hätte zumindest für die Lieferung der Server ein eigenes Fachlos bilden müssen.

In der mündlichen Verhandlung trägt die ASt vor, dass sie die ausgeschriebenen Speicherkomponenten nicht in ihrem Produktportfolio führe. Sie könne sich diese Geräte allenfalls über Nachunternehmer beschaffen, was für sie unwirtschaftlich sei. Die Preise der wenigen Hersteller, deren Geräte die ausgeschriebenen Anforderungen erfüllten, seien aus Sicht der ASt überteuert gewesen.

Auf die Frage der Vergabekammer, ob es sich bei dem Schreiben der ASt vom 19. Oktober 2016 um eine Rüge und der entsprechenden Antwort der Ag im Katalog der Bieterfragen und -antworten vom 21. Oktober 2016 um eine Nichtabhilfemitteilung i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB handele, führt die ASt aus, dass die Bieterfrage der ASt lediglich als Anregung bzw. höfliche Bitte an die Ag auszulegen sei. Eine „Rüge“ i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1

GWB erfordere demgegenüber, dass der Bieter unmissverständlich einen Vergabeverstoß geltend mache und dem Auftraggeber deutlich die letzte Chance gebe, diesen Verstoß zu korrigieren bevor der Bieter den Rechtsweg zur Vergabekammer beschreitet. Erst nach der Antwort der Ag auf ihre Bieterfrage war es aus Sicht der ASt, die vergaberechtlich nicht geschult und zum Zeitpunkt ihrer Frage noch keinen externen rechtlichen Rat hinzugezogen hatte, erforderlich, den Vergabeverstoß nunmehr ausdrücklich zu rügen. Die Rechtsprechung stelle an die Formulierung einer Rüge relativ geringe Anforderungen, um den Rechtsschutz für Bieter nicht bereits auf dieser Ebene übermäßig zu erschweren. Demgegenüber würde der Bieterschutz erheblich eingeschränkt werden, wenn man jede Frage als Rüge verstehe und die negative Antwort auf eine solche Bieterfrage als Nichtabhilfemitteilung. Zudem habe auch die Ag das Schreiben der ASt als Bieterfrage verstanden. Darüber hinaus sei die Antwort der Ag auf die Bieterfrage der ASt mangels Eindeutigkeit keine Nichtabhilfemitteilung i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gewesen. Denn die Ag habe sich mit den Argumenten und Anregungen der ASt auseinandergesetzt und versucht, diese inhaltlich zu entkräften. Die ASt habe die Antwort der Ag vom 21. Oktober 2016 daher nur so verstehen können, dass die Ag sich einer weiteren Erörterung mit der ASt über die Losvergabe nicht verschließen wolle.

Zur Begründetheit ihres Nachprüfungsantrags trägt die ASt vor, dass die von der Ag angeführten Gründe keine Ausnahme vom Gebot der losweisen Vergabe (§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB) rechtfertigten. Zum Argument der Ag, eine losweise Vergabe verzögere die Fehlerbeseitigung an einzelnen Systemen, verweist die ASt auf Ziffer 6.1.1 der LB, wonach die Ag bereits einen externen Generalbetreuer mit der Koordinierung des Störungshandlings beauftragt habe. Zudem seien Service- und Reaktionszeiten für Fehlerbeseitigungen mechanischer oder hardware-basierter Art in den Vergabeunterlagen erschöpfend beschrieben und müssten eingehalten werden, unabhängig davon, ob einer oder mehrere Auftragnehmer existierten. Darüber hinaus müssten die ausgeschriebenen Geräte gemäß der Leistungsbeschreibung eine Fernwartung ermöglichen. Der Spezialist könne dadurch den Fehler schnell lokalisieren und den Supportfall dem richtigen Auftragnehmer zuordnen. Damit gehe der von der Ag befürchtete Koordinierungsaufwand nicht über das hinaus, was gewöhnlicherweise mit einer Losvergabe verbunden sei. Des Weiteren könne die Ag die Störungsbeseitigung auch durch eine Gesamtvergabe von Speicher und Server nicht vereinfachen. Denn unabhängig von den verfahrensgegenständlichen Systemgruppen seien bereits weitere Supportorganisationen im IT-Umfeld der Ag tätig (z.B. im Rahmen der Software-Produkte für die von der Ag

erstrebte Virtualisierung und der sukzessiven Erneuerung der ausgeschriebenen Systemgruppen), so dass es ohnehin zu einer parallelen Verantwortlichkeit von unterschiedlichen Supportorganisationen komme.

Gegen das weitere Argument der Ag, dass die ausgeschriebenen Systemgruppen vor allem wegen des geplanten Einsatzes von Virtualisierungslösungen voneinander abhängig seien, spreche, dass gerade dieser technologische Ansatz durch die Abstraktion und die virtualisierte Bereitstellung von physikalischen Ressourcen eine zusätzliche Unabhängigkeit von der zum Einsatz kommenden Hardware fördere.

Des Weiteren treffe es nicht zu, dass im Fall der Losbildung Server und Speicher nicht gleichzeitig beschafft werden könnten. Zwar könnten die Produkte unterschiedlicher Hersteller geringfügig voneinander abweichen, die Basistechnologie und das verwendete Protokoll seien jedoch gleich, herstellerübergreifend würden größtenteils dieselben elektronischen Bauteile und Chips verbaut und die Schnittstellen seien industrieweit standardisiert. Wenn Server und Speicher nicht zusammenarbeiteten, liege dies zudem regelmäßig nicht an dieser Hardware, sondern am „darüber liegenden“ Betriebssystem, das von der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung nicht umfasst sei. Dementsprechend würden sich die Speichersysteme bei einer losweisen Beschaffung auch nicht verteuern, da die technischen Anforderungen an diese Geräte auch bei der Losvergabe unverändert blieben.

Schließlich bestehe die Gefahr, dass sich die Gesamtvergabe preiserhöhend auswirke.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Ag anzuweisen, die Ausschreibung unter dem Aktenzeichen [...] (Rahmenvertrag über die Lieferung, Installation und Instandhaltung von IT-Infrastrukturkomponenten im [...] -Serverumfeld für die [...] und die [...]) aufzuheben und die Ag zu verpflichten, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;
3. der Ag die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt, aufzuerlegen;

4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Für den Fall, dass die Vergabekammer von einer Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ausgeht, beantragt die ASt in der mündlichen Verhandlung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

b) Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag in vollem Umfang abzuweisen.

Zur Frage, ob das Schreiben der ASt vom 19. Oktober 2016 eine Bieterfrage oder eine Rüge i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 GWB sei, meint die Ag, dass das Schreiben der ASt die klare Aufforderung enthalten habe, die Vergabeunterlagen zu ändern; die ASt habe also einen Vergaberechtsverstoß geltend gemacht. Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB diene nicht dem Bieterschutz, sondern solle möglichst schnell Rechtssicherheit herstellen.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, weil technische und wirtschaftliche Gründe ein „Paket aus einer Hand“, also eine Gesamtvergabe geböten. Die Ag wolle hinsichtlich der Funktionsfähigkeit ihrer IT kein Risiko eingehen; sie sei als Trägerin der gesetzlichen [...] auf eine sicher funktionierende IT-Umgebung in besonderem Maße angewiesen. Die ca. 33 Millionen von ihr verwalteten Daten von [...] seien in besonderem Maße schützenswert und sensibel, so dass Störungen im IT-System aufgrund einer Losaufteilung auf verschiedene Auftragnehmer ausgeschlossen werden müssten.

Zur Begründung der Gesamtvergabe verweist die Ag auf ihre Ausführungen in der Leistungsbeschreibung und in ihrer Antwort an die ASt vom 21. Oktober 2016. Zudem müsste die Ag bei einer Losvergabe mehrere Ausschreibungen nacheinander durchführen. Da sie die Server herstellerneutral ausgeschrieben habe, wisse sie derzeit noch nicht, welche Schnittstellen zum Speichersystem ihr angeboten würden. Bei einer gleichzeitigen losweisen Vergabe aller Geräte könne es sein, dass aufgrund der Treiberstände oder anderer leistungsbeeinflussender Faktoren ein Zusammenspiel von Speichern und Servern nicht möglich sei. Zuerst müssten also u.a. die Serverklassen ausgeschrieben werden und erst anschließend die Speicher, damit die Leistungsparameter dieser Geräte zu den dann bekannten Servern passten. In einem dritten Schritt könnten die weiteren benötigten

Systeme beschafft werden. Eine solche Vorgehensweise wäre für die Ag wegen der entsprechenden Zeitverzögerung und dem erheblich höheren Verwaltungsaufwand unwirtschaftlich.

Im Übrigen tritt die Ag den Argumenten der ASt u.a. wie folgt entgegen:

- Die geplanten Virtualisierungslösungen änderten nichts an der Abhängigkeit zwischen den Servern und Speichern. Auch ohne eine Virtualisierungslösung müsse das Speichersystem im Zusammenspiel mit den Servern die ausgeschriebenen Leistungsanforderungen erfüllen.
- Des Weiteren treffe es nicht zu, dass die Ag bereits ein externes Unternehmen als Generalbetreuer mit der Koordinierung des Störungshandlings beauftragt habe. Gemäß Ziffer 6.1.1. der LB bestehe eine solche Generalbetreuung nur „teilweise“.
- Wenn sie mehrere unterschiedliche Auftragnehmer einsetze, sei das Funktionieren von Serviceprozessen nicht gewährleistet. Die Ag sei nicht verpflichtet, im Interesse einer Losaufteilung das nicht zu berechnende Risiko zu tragen, eine störungsfreie Leistung zu erhalten.
- Auch wenn Schnittstellen und Netzwerkprotokolle von Servern und Speichern standardisiert seien, gewährleiste dies nicht, dass die Geräte entsprechend kompatibel seien. Jeder Hersteller verfüge über eine Kompatibilitätsliste der Geräte, die mit seinen Geräten zusammenarbeiteten.
- Jedenfalls in den sog. dezentralen Dienststellen der Ag außerhalb [...] würden die ausgeschriebenen Systemgruppen nicht sukzessive erneuert, sondern stets komplett, also Server- und Speichergeräte gemeinsam.

Zum wertmäßigen Verhältnis zwischen Server- und Speicherkomponenten führt die Ag in der mündlichen Verhandlung aus, dass dieses ca. 85% zu 15% betrage.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 7. Dezember 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Das neue Vorbringen der ASt nach der mündlichen Verhandlung in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 13. Dezember 2016 erfolgte 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).

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

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet, weil die Ag zu Recht von einer losweisen Vergabe der von ihr benötigten Leistungen abgesehen hat.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, vor allem ist die ASt antragsbefugt (dazu unter a)), hat den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß rechtzeitig gerügt und hat die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB eingehalten (dazu unter b)).
 - a) Die ASt ist antragsbefugt i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Sie ist Lieferantin von Servern der ausgeschriebenen Art und hat glaubhaft dargelegt, nicht in der Lage zu sein, ein zuschlagsfähiges Angebot auf die insgesamt ausgeschriebene Leistung abzugeben, da sie sich die mitausgeschriebenen Speicherkomponenten nur zu einem unwirtschaftlichen Preis beschaffen könne. Auch wenn die ASt kein Angebot abgegeben hat, hat sie damit schlüssig geltend gemacht, durch den – aus ihrer Sicht vergaberechtswidrigen – Verzicht der Ag, Lose für die Serverkomponenten zu bilden, nicht an dem Vergabeverfahren teilnehmen zu können. In einem solchen Fall dokumentiert ein Antragsteller sein Auftragsinteresse durch seine Rüge und den anschließenden Nachprüfungsantrag (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2013, VII-Verg 35/12 m.w.N.).
 - b) Das Schreiben der ASt an die Ag vom 19. Oktober 2016 war keine Frage, sondern bereits eine Rüge i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB und erfolgte rechtzeitig vor Ablauf der

Angebotsfrist am 31. Oktober 2016, 12 Uhr. Dieses Schreiben enthielt eine konkrete vergaberechtliche Beanstandung („abweichend vom Grundsatz der Aufteilung in Lose, gem. § 97 Abs. 4 GWB“ beabsichtige die Ag „den Vertrag an nur einen Auftragnehmer zu vergeben“) und gab der Ag so die Möglichkeit, den beanstandeten Fehler nach Überprüfung zu erkennen und zu berichtigen (vgl. zu den (geringen) formellen Anforderungen an eine Rüge nur Dicks in: Ziekow, Vergaberecht, 2. Aufl., zu § 107 GWB (a.F.; jetzt: § 160 GWB), Rz. 49 m.w.N.). Zwar war dieses Schreiben höflich formuliert und endete wie eine Frage mit einem Fragezeichen (vgl. dazu, dass Bitten oder reine Fragen möglicherweise keine „Rüge“ sind, OLG Dresden, Beschluss vom 17. August 2001, WVerG 5/01; 1. VK Bund, Beschluss vom 24. Juni 2011, VK 1-63/11). Jedoch ergibt sich sowohl aus der dieses Schreiben abschließenden Frage selbst als auch aus dessen übrigen Inhalt samt Zitat der einschlägigen Rechtsvorschrift, dass dies nicht als bloße Frage oder Äußerung rechtlicher Zweifel, sondern als überzeugte Mitteilung zu verstehen war, dass die ASt die derzeitige Vorgehensweise der Ag für vergabefehlerhaft hält (der Argumentation der Ag, keine Lose zu bilden, könne die ASt „leider nicht folgen“), verbunden mit der ernstgemeinten Aufforderung an die Ag, diesen Vergaberechtsverstoß zu beseitigen („Würden Sie aufgrund dieser Rahmenbedingungen die Vergabe bitte dahingehend anpassen, dass (...) dem § 97 Abs. 4 GWB entsprochen wird?“). Wie die ASt in ihrer (weiteren) Rüge vom 27. Oktober 2016 bestätigt, ging auch sie selbst schon im Zeitpunkt ihrer „Bieterfrage“ von einem Vergaberechtsverstoß aus („bei Erstellung unseres Angebots ist uns ein Vergaberechtsverstoß in der Leistungsbeschreibung aufgefallen, den Sie auch mit Ihren Antworten auf unsere Bieterfrage nicht ausgeräumt, sondern eher bestätigt haben“). Anders ist es auch nicht zu erklären, dass sie in der Lage war, nur wenige Tage später – weiterhin ohne anwaltliche Beratung – aus ihrer Sicht erstmals einen Vergaberechtsverstoß gegenüber der Ag zu rügen. Unerheblich ist, dass die Ag das Schreiben der Ag als Bieterfrage verstanden (und dementsprechend beantwortet) hat. Ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Nachprüfungsantrags erfüllt sind (hier die Rügeobliegenheit), ist objektiv von den Vergabenachprüfungsinstanzen zu beurteilen und steht nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten.

Die Antwort der Ag vom 21. Oktober 2016 ist eine Nichtabhilfemitteilung i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB. Zwar ging die Ag hierin ausführlich auf die Argumentation der ASt ein. Anders als die ASt nunmehr vorträgt, ließ die Ag hierbei jedoch keinen Zweifel daran, dass sie diese Angelegenheit mit der ASt nicht weiter erörtern wolle, sondern bereits zu einer abschließenden Auffassung gelangt ist. Im Gegenteil äußert die Ag ausdrücklich ihr

Prüfungsergebnis: „Wir halten am Verzicht auf Losaufteilung insbesondere auf Grund technischer Anforderungen fest. (...) Zusammenfassend sehen wir keinen Verstoß gegen § 97 Abs. 4 GWB.“ Dass es sich hierbei um eine abschließende Einschätzung der Ag handelt, zeigt nicht zuletzt, dass sie der Aufforderung der ASt, Lose zu bilden, nicht nachgekommen ist, sondern die Vergabeunterlagen unverändert gelassen hat. Des Weiteren konnte es aus Sicht der ASt auch nicht zweifelhaft sein, ob die Ag hiermit auf ihre konkrete Beanstandung eingeht, also gerade ihre Rüge negativ beschied. Denn die Rügeantwort ging der ASt nicht nur anonym im Rahmen des an alle Bieter gerichteten Fragen-/Antwortenkatalogs zu, sondern sie wurde in einem an sie persönlich gerichteten, individuellen Schreiben darüber informiert, dass sich die Ag unter Nr. 42 des beigefügten Katalogs mit dem Anliegen der ASt beschäftigt hatte.

Entgegen der Auffassung der ASt beeinträchtigt die hier vertretene Auffassung nicht unangemessen den Rechtsschutz der Unternehmen, insbesondere solcher, die wenig Erfahrung mit vergabeprozessualen Vorschriften haben. Im Interesse solcher rechtsunkundiger Unternehmen sind an eine ordnungsgemäße Rüge grundsätzlich nur geringe Anforderungen zu stellen (vgl. nur . nur Dicks in: Ziekow, Vergaberecht, 2. Aufl., zu § 107 GWB [a.F.; jetzt: § 160 GWB], Rz. 53 m.w.N.). Was den Lauf der Rechtsbehelfsfrist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB angeht, sind die Unternehmen hierüber in der Bekanntmachung zu belehren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. April 2010, VII-Verg 60/09 m.w.N.); was hier in Ziffer VI.4.3 der Bekanntmachung ordnungsgemäß geschehen ist. Mehr sieht das Vergaberecht zur Aufklärung potentieller Antragsteller jedoch nicht vor. Diese Rechtsbehelfsfrist dient nämlich nicht nur dem Schutz des rügenden Unternehmens, das nach der Nichtabhilfemitteilung des öffentlichen Auftraggebers 15 Kalendertage Zeit hat, über weitere Schritte zu entscheiden. Vielmehr dient diese Frist auch dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers, im Anschluss an seine Nichtabhilfemitteilung möglichst schnell Rechtssicherheit zu erhalten, ob das rügende Unternehmen weitere rechtliche Schritte in Gestalt eines Nachprüfungsverfahrens einleitet. Im Ergebnis wird somit gleichermaßen eine möglichst zügige Beendigung der Vergabe – nicht zuletzt auch im Interesse der übrigen an der Ausschreibung beteiligten Unternehmen – gewährleistet.

Damit begann die Rechtsbehelfsfrist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB mit Eingang der Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 21. Oktober 2016 und wäre – je nach dem, ob § 31 Abs. 3 VwVfG, § 193 BGB auf „Kalendertage“ i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB anwendbar sind – spätestens am 7. November 2016, also vor Einreichung des Nachprüfungsantrags,

abgelaufen. Im vorliegenden Fall begann diese Frist jedoch erneut mit dem Eingang der zweiten Nichtabhilfemitteilung der Ag am 2. November 2016. Denn auf die weitere Rüge der ASt vom 27. Oktober 2016 hin, hatte die Ag ihre entsprechende Antwort vom 1. November 2016 mit einer (weiteren) Rechtsbehelfsbelehrung versehen. Zwar ist fraglich, ob ein öffentlicher Auftraggeber gesetzliche Fristen wie die des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB verlängern kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Oktober 2016, VII-Verg 24/16), jedoch hat die Ag hiermit einen Vertrauenstatbestand gesetzt. Denn die ASt durfte aufgrund der erneuten Rechtsbehelfsbelehrung davon ausgehen, dass die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB erst mit dieser Mitteilung zu laufen beginnt. Auch wenn die vorgenannte gesetzlich geregelte Frist – wie bereits ausgeführt – grundsätzlich nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten steht, ist die Ag hier dennoch nicht schutzwürdig, da sie selbst den Vertrauenstatbestand geschaffen hat, indem sie in Bezug auf eine zu ihren Gunsten bereits laufende Rechtsbehelfsfrist erklärt hat, dass diese Frist erst mit Zugang ihres Schreiben vom 21. Oktober 2016 anlaufen solle. Der Nachprüfungsantrag wurde am 15. November 2016 mithin innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB eingereicht.

Weitere Bedenken gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen nicht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, denn die Ag durfte die ausgeschriebene Leistung insgesamt vergeben. Selbst wenn es möglich wäre, ein separates Fachlos für die von der ASt vertriebenen Server zu bilden, sind vorliegend technische Gründe gegeben, die ausnahmsweise die Gesamtvergabe von Servern, Speichern sowie den weiteren ausgeschriebenen Leistungen gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB erfordern.

Ob solche Gründe die Unterlassung der Bildung von Fachlosen rechtfertigen, ist anhand des vom öffentlichen Auftraggeber definierten Bedarfs zu prüfen. Es ist grundsätzlich allein seine Sache zu bestimmen, ob, wann und mit welchen Eigenschaften er etwas beschaffen will (sog. Leistungsbestimmungsrecht, vgl. zur Losbildung: OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 13. April 2016, VII-Verg 47/15; 21. März 2012, VII-Verg 92/11 m.w.N., und vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11). Dementsprechend kommt dem öffentlichen Auftraggeber eine von den Nachprüfungsinstanzen nur beschränkt zu kontrollierende Einschätzungsprärogative zu (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 13. April 2016, VII-Verg 47/15; vom 25. April 2012, VII-Verg 100/11; und vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11). Eine Gesamtvergabe kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn bei der gebotenen Abwägung der widerstreitenden Belange die hierfür sprechenden Gründe überwiegen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012, VII-

Verg 92/11 m.w.N.). Technische Gründe i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB, die ausnahmsweise den Verzicht auf eine Losaufteilung gestatten, sind vor allem dann gegeben, wenn bei einer losweisen Ausschreibung das Risiko besteht, dass der Auftraggeber Teilleistungen erhält, die zwar jeweils ausschreibungskonform sind, aber nicht zusammenpassen und deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geeignet sind, den Beschaffungsbedarf in der angestrebten Qualität zu befriedigen (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 4. April 2012, 1 Verg 2/11). So verhält es sich auch hier:

Die Ag beruft sich vorliegend insbesondere darauf, dass sie die benötigten Geräte im Fall der Fachlosbildung nicht gleichzeitig beschaffen könne, da sie bei einer separaten Beschaffung der Server aufgrund deren herstellernerutralen Beschreibung erst nach Auswahl des betreffenden Angebots festlegen könne, was für technische Anforderungen an die benötigten Speichersysteme gestellt werden müssten, damit Server und Speicher interoperabel seien. Neben zeitlichen Verzögerungen würde dies zu Mehrkosten im 6-7stelligen Bereich führen. Darüber hinaus macht die Ag „technische Abhängigkeiten“ der zu beschaffenden Geräteklassen Server und Speicher geltend, nämlich Risiken in der Interoperabilität der einzelnen Geräte sowie Schwierigkeiten, etwaige Fehler eindeutig und schnell zuzuordnen zu können, wenn sie den Auftrag nicht „im Paket“ an ein einziges Unternehmen vergibt. Auch wenn der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen für sich allein eine Gesamtvergabe nicht rechtfertigt, weil es sich dabei um einen Fachlosvergaben immanenten und damit typischen Mehraufwand handelt, der nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen ist (vgl. OLG Düsseldorf, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2016, VII-Verg 47/15 m.w.N.), geht die Ag vertret- und nachvollziehbar und damit vergaberechtskonform davon aus, dass die hier in ihrer Gesamtheit aus einer Losvergabe resultierenden Risiken erheblich über das hinausgehen, was üblicherweise mit einer Losvergabe verbunden ist.

Diesbezüglich ist wesentlich darauf abzustellen, dass der Beschaffungsbedarf der Ag nicht darin besteht, unabhängig voneinander zu erbringende und funktionierende Teilleistungen einzukaufen (wie etwa unterschiedliche Gewerke eines Bauwerks oder Glasreinigungsleistungen einerseits und Unterhaltsreinigungsleistungen andererseits). Vielmehr benötigt die Ag ein funktionsfähiges Gesamtsystem bestehend u.a. aus Server- und Speichergeräten. Der konkrete Beschaffungsbedarf der Ag wird nur dann erfolgreich gedeckt, wenn nicht nur die einzelnen Komponenten Server und Speicher, sondern ihre IT-Infrastruktur

insgesamt, die auf mehrere Standorte bundesweit verteilt ist, störungsfrei funktioniert. Eine vollständige und jederzeitige Interoperabilität der eingesetzten Gerätegruppen kann zwar kein Auftragnehmer garantieren, zumal der künftige Auftragnehmer keine Server und Speicher desselben Herstellers einsetzen muss. Die ist grundsätzlich fehler- und stör anfälliger, als wenn die einzelnen Komponenten von demselben Hersteller stammen und daher zwangsläufig besser aufeinander abgestimmt sind. Die Gesamtvergabe von Speichern und Servern hat jedoch für die Ag den entscheidenden Vorteil, dass der Auftragnehmer die Interoperabilität der einzelnen Komponenten Server und Speicher besser „steuern“ kann, indem er diese selbst auswählt und als funktionierendes Gesamtsystem an die Ag liefert. Auf diese Weise kann die Ag darüber hinaus die Server- und Speicherkomponenten gleichzeitig beschaffen, was nicht nur Zeit-, sondern auch erhebliche Preisvorteile mit sich bringt. Letztere werden durch die Erfahrungen der ASt selbst bestätigt, die aufgrund der hohen ausgeschriebenen Anforderungen an die Speicherkomponenten von deren (ihrer Meinung nach überkauften) Einkauf bei dritten Herstellern abgesehen hat. Die von der Ag geltend gemachten Kompatibilitätsprobleme erscheinen auch dann plausibel, wenn – wie die ASt vorträgt – die betreffenden Geräte im Wesentlichen baugleich sein sollten und über genormte Schnittstellen und Protokolle verfügen. Denn auch gewisse Baugleichheiten, normierte Schnittstellen und Protokolle mögen zwar eine gewisse Gewähr für die Kompatibilität der einzelnen Systemklassen bieten, beinhalten aber dennoch das Risiko von Funktionsdefiziten mit der o.g. Folge der ggf. langwierigen und schwierigen Ermittlung von Fehlerursache und -beseitigung. Die Gesamtvergabe beinhaltet mithin für die Ag von vornherein eine größere Gewähr für die Lieferung interoperabler Komponenten und damit eines dauerhaft funktionsfähigen Gesamtsystems.

Als weiterer maßgeblicher Vorteil, den verfahrensgegenständlichen Auftrag insgesamt zu vergeben, kommt vorliegend hinzu, dass die mitausgeschriebene Instandhaltung und eine etwaige Störungsbeseitigung jedenfalls höchstmöglich effizient dann gewährleistet ist, wenn die Ag die Lieferung des Gesamtsystems „aus einer Hand“, also von einem einzigen Auftragnehmer, erhält. Dieser einzelne Auftragnehmer haftet gegenüber der Ag für die Funktionsbereitschaft des Gesamtsystems, ohne dass die Ag im Falle einer technischen Störung zunächst den oder die konkreten Verursacher ermitteln muss. Der hiermit verbundene zeitliche und ggf. finanzielle Aufwand wird nicht dadurch deutlich geringer, dass die ausgeschriebenen Geräte eine Fernwartung ermöglichen sollen und die Service- und Reaktionszeiten für die Fehlerbeseitigung vertraglich vereinbart werden (anders ohne weitere Begründung die ASt). Zwar ist der ASt zuzugeben, dass die Ag in ihrer IT-Infrastruktur über

die hier ausgeschriebenen hinaus ohnehin weitere Systeme einsetzen muss (insbesondere Betriebssystem, sonstige Software (z.B. im Rahmen der geplanten Virtualisierung einzelner Systeme)), so dass die Ag im Störfall ohnehin mehreren potentiellen Fehlerquellen und Ansprechpartnern gegenübersteht. Dementsprechend hat die Ag bereits einen „Generalbetreuer“ für die Koordination des „Störungshandlings“ eingesetzt. Dieser Generalbetreuer ist laut Ziffer 6.1.1 der LB jedoch nur für einen „Teil“ der IT-Infrastruktur zuständig. Bei einer losweisen Vergabe der benötigten Leistungen würden mithin zu den weiteren Supportdienstleistern weitere Auftragnehmer hinzukommen und sich das bereits bestehende Risiko, im Fehlerfall schnellstmöglich und unstrittig den „richtigen“ Verantwortlichen ermitteln zu müssen, noch vergrößern. Gerade um das ordnungsgemäße Zusammenspiel zwischen Servern und Speichern zu gewährleisten, verfährt die Ag hier zudem gerade nicht so wie von der ASt vermutet – sie tauscht Server und Speicher nicht sukzessive, sondern stets komplett aus. Funktionsausfälle oder -störungen zwischen den einzelnen Komponenten und damit des Gesamtsystems müssen zudem nicht stets auf technische Fehler zurückzuführen sein, sondern können auch dann entstehen, wenn Softwareupdates (ggf. auch im „übergeordneten“ Betriebssystem) erforderlich sind, die nicht nur im Server, sondern auch beim eingesetzten Speichersystem entsprechende technische Anpassungen erfordern.

Unabhängig davon, worauf ein bei Geräten der ausgeschriebenen Art denkbarer Systemausfall oder eine nur eingeschränkte Kompatibilität und Funktionsfähigkeit beruht, sind der Ag Zeitverzögerungen, Diskussionen oder gar Streitigkeiten und Mehrkosten nicht zuzumuten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 13. April 2016, VII-Verg 47/15; vom 25. April 2012, VII-Verg 100/11; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15. November 2013, 15 Verg 5/13). Als Träger der gesetzlichen [...], die an mehreren Standorten bundesweit mit der Verwaltung und Bearbeitung einer Vielzahl wichtiger personenbezogener Daten betraut ist, ist sie in erheblichem Maße auf eine funktionierende IT-Infrastruktur angewiesen. Angesichts der mittlerweile nahezu ausschließlich IT-basierten Struktur öffentlicher Verwaltungen ist der Bedarf an einer möglichst störungsfreien Funktionalität dieser Strukturen von essentieller Bedeutung. Es besteht mithin das nachvollziehbare und aner kennenswerte Bedürfnis, diese Störungen auf ein Mindestmaß zu begrenzen und eine möglichst schnelle Fehlerbehebung sicherzustellen. Vor diesem Hintergrund ist es daher nachvollziehbar und im Rahmen des o.g. Einschätzungsspielraums der Ag, ihren Beschaffungsbedarf grundsätzlich selbst zu bestimmen, vergaberechtlich anzuerkennen, dass die Ag solche Risiken in Zukunft weitgehend vermeiden oder zumindest reduzieren will, indem sie die Lieferpflicht eines

Gesamtsystems einem einzigen Auftragnehmer überträgt, der sich nicht auf das Fehlverhalten eines Dritten berufen kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2006, VII-Verg 40/06) und der Ag das ausgeschriebene Gesamtsystem, bestehend aus mehreren, von vornherein aufeinander abgestimmten Komponenten, komplett liefert.

Gegen die Gesamtvergabe sprechen auch nicht deren von der ASt behaupteten Mehrkosten. Nach den Erkenntnissen der Ag wäre im Gegenteil die losweise Vergabe erheblich teurer, da sie zeitlich gestaffelt durchzuführen und dann nur noch mit hochpreisigen „Premiumgeräten“ zu erfüllen wäre. Abgesehen davon kann sich ein Unternehmen auf die seiner Meinung nach mangelnde Wirtschaftlichkeit einer Beschaffungsmaßnahme nicht berufen. Dieser auf allgemeinem Haushaltsrecht beruhende Aspekt (§ 7 BHO) ist nicht bieterschützend.

III.

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

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, 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 unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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.

Behrens

Dr. Dittmann