



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 19/20

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und der ehrenamtliche Beisitzer Schlüter auf die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 2020 am 29. Mai 2020 beschlossen:

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

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) führt mit Bekanntmachung vom [...] ein elektronisches Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach den Vorschriften der VSVgV zur Beschaffung von [...] durch.

1. Der Bedarf ist in zwei Lose aufgeteilt, für die in der Bekanntmachung vorgesehen ist:

*„Los 1: [...] Festbestellmenge 10 Satz, Rahmenvereinbarung über bis zu 1.000 Satz.
Los 2: [...] Festbestellmenge 10 Satz, Rahmenvereinbarung über bis zu 2.000 Satz.“*

Die Bekanntmachung bzw. die Vergabeunterlagen, die teilweise nach dem Geheimhaltungsgrad „VS-NfD“ eingestuft sind, enthalten folgende Vorgaben, die im vorliegenden Nachprüfungsverfahren relevant sind:

- Nach Ziffer I.4) der Bekanntmachung wird nicht für andere öffentliche Auftraggeber beschafft.
- Nach Ziffer II..2) der Bekanntmachung sind keine Optionen vorgesehen.
- Die Bekanntmachung sieht die optionale Beauftragung von Wartungs- und Servicekosten vor, deren Preis in den Wertungspreis einbezogen wird.
- § 16 des Rahmenvertrags regelt für den Fall eines Modellwechsels während der Laufzeit, dass das angebotene Produkt durch ein alternatives Produkt ersetzt werden kann, wobei die Leistungsbeschreibung weiterhin zu erfüllen ist.
- Bewertungskriterien sind ausweislich des Dokuments „Bewertung der Angebote“ neben dem Preis u.a. auch die Kriterien [...]. Hier erfolgt die Bewertung durch eine Punktevergabe, welche sieben zukünftige Nutzer im Rahmen der Musterbeprobung erteilen, und zwar auf explizit vorgegebene Fragestellungen. Diese Kriterien werden in drei Stufen bewertet: „sehr gut“, „befriedigend“ und „eingeschränkt“, denen Punktwerte zugeordnet sind. Das gesamte Bewertungsverfahren ist in dem Bewertungsdokument umfassend dargestellt.
- Ein Skontoabzug wird im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots berücksichtigt, sofern die Skonto-Frist mindestens 14 Tage beträgt (Ziffer B.6 der „Vergabeunterlage zum Vergabeverfahren“).

Frist für den Eingang der Angebote war der 13. Februar 2020 um 11.30 Uhr.

Die Antragstellerin (ASt) gab Angebote zu beiden Losen ab. Die Angebote der ASt gingen am 13. Februar 2020 um 11.37 Uhr auf der E-Vergabe-Plattform ein.

Mit Schreiben vom 19. Februar 2020 informierte die Ag die ASt über den Ausschluss ihrer Angebote nach § 31 Abs. 2 Nr. 5 VSVgV wegen verspäteten Eingangs. Die Angebote könnten daher nicht zu der bewertenden Musterbeprobung zugelassen werden. Die Verspätung sei der Sphäre der ASt zuzuordnen, denn eine Störung der e-Vergabe-Umgebung habe an diesem Tag ausweislich der Log Datei nicht vorgelegen. Eine Nachschau der beiden Angebotsvordrucke der ASt habe ergeben, dass ein Angebot um 11.08 Uhr, das andere um 11.30 Uhr signiert worden sei, also kurz vor bzw. zum Zeitpunkt des Angebotsfristablaufs.

Die ASt rügte den Ausschluss mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 27. Februar 2020 und machte geltend, die ASt habe die Verspätung nicht zu vertreten gehabt. Ferner machte die ASt in der Rüge geltend, dass das Vergabeverfahren an diversen, im Einzelnen aufgeführten Fehlern in Bezug auf die Grundlagen der Ausschreibung leide. Diese müssten korrigiert werden und allen Bietern die Chance zur Abgabe neuer Angebote eingeräumt werden, so dass es auf den verspäteten Eingang der Angebote der ASt nicht ankäme.

Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 3. März 2020 ab, der Rüge zu entsprechen. Mit einem weiteren Schreiben vom 6. März 2020 machte die Ag geltend, dass die ASt die als VS-NfD eingestuften Vergabedokumente an ihre Verfahrensbevollmächtigten weitergegeben habe, ohne einen gemäß Ziffer 1.1 des VS-NfD Merkblattes (Anlage 7 zur VS-Anweisung) erforderlichen Nachweis einer Belehrung für den Umgang mit als VS-NfD eingestuften Unterlagen eingeholt zu haben. Die Ag sehe hier auch den Ausschlussstatbestand der schweren Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB als erfüllt an. Dies rügte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten mit Schreiben vom 12. März 2020.

2. Die ASt stellte am 18. März 2020 über ihre Verfahrensbevollmächtigten einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes.
 - a) Die ASt wendet sich einmal gegen den Ausschluss ihrer Angebote vom Vergabeverfahren. Des Weiteren macht die ASt Fehler in den Grundlagen des Vergabeverfahrens

geltend, die ihres Erachtens eine Korrektur mit anschließender Zurückversetzung erfordern und der ASt im Ergebnis eine zweite Chance auf Abgabe neuer Angebote eröffnen würde; auf den Ausschluss käme es dann ohnehin nicht mehr an.

- (1) Bei Auslegung des Ausschlusstatbestands nach § 31 Abs. 1 Nr. 5 VSVgV sei aufgrund der besonderen Verfahrenssituation ein besonders bieterfreundlicher und großzügiger Maßstab anzulegen. Hier sei zu berücksichtigen, dass es nur um die Frist für die Einreichung der Erstangebote im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens gehe. Es könne schon bezweifelt werden, ob die Vorschrift überhaupt auf Erstangebote Anwendung finde.

Jedenfalls sei der Ausschluss der Angebote der ASt deshalb vergaberechtswidrig, weil die ASt den verspäteten Eingang nicht i.S.v. § 31 Abs. 1 Nr. 5 VSVgV zu vertreten habe. Die Gründe für die Verspätung beruhten auf Umständen, die in der Risikosphäre der Ag lägen. Beim Auftreten technischer Schwierigkeiten bei der Angebotsabgabe seien die Rechtsfolgen danach zu beurteilen, wessen Sphäre die Schwierigkeiten zuzuordnen seien. Hier sei die Sphäre der Ag betroffen, denn die Mittel, deren sich ein Auftraggeber bediene, um eine rechtskonforme Empfangseinrichtung für die Angebote bereit zu stellen, seien seiner Sphäre zuzurechnen. Dies gelte erst recht, wenn – wie im Anwendungsbereich der VSVgV – die elektronische Angebotsabgabe nicht verpflichtend sei, der Auftraggeber aber dennoch die Verwendung der E-Vergabe-App zwingend vorgegeben habe. Die App gehöre damit ebenfalls zu den durch die Ag verwendeten Empfangseinrichtungen, so dass ein Störung der App ebenfalls der Sphäre der Ag zuzurechnen sei.

Die verspätete Angebotsabgabe habe hier auf einem Fehler im Updateprozess der E-Vergabe-App beruht. Die ASt habe die Angebotsunterlagen ca. 22 Minuten vor Fristende finalisiert, bei dem Hochladeversuch jedoch die Meldung erhalten, dass ein Update installiert werden müsse. Es sei nach der vermeintlichen Installation des Updates aber die nötige Systemmeldung nicht erschienen, um mit Schritt 3 fortfahren und das Angebot hochladen zu können. Daher habe sich die ASt um 11.18 Uhr vorsorglich entschieden, Schritt 2 zu wiederholen und die Startdatei erneut herunterzuladen. Auch nach Wiederholung von Schritt 2 sei die erforderliche Systemmeldung ausgeblieben und der Fehler sei bestehen geblieben, so dass die ASt um 11.19 Uhr Schritt 1 erneut vornahm, um die App in der neuesten Version

erneut zu installieren. Daraufhin sei um 11.21 Uhr die Meldung erfolgt, dass das Setup entdeckt habe, dass die Anwendung derzeit ausgeführt werde und dass alle laufenden Instanzen zu schließen seien. Diese Meldung habe ebenfalls den Abgabeprozess blockiert und sei auch fehlerhaft gewesen, da zu diesem Zeitpunkt alle laufenden Instanzen geschlossen gewesen seien. Da für die ASt nicht ersichtlich gewesen sei, worauf der Fehler in der App beruhe, habe sie versucht, den gesamten Abgabeprozess zurückzusetzen und habe hierfür der PC neu gestartet. Nach Neustart habe sie Schritt 2 erneut ohne Erfolg ausgeführt und sodann nochmals Schritt 1 und 2 wiederholt. Um 11.32 Uhr habe die App schließlich erfolgreich gestartet werden können, so dass ein erfolgreiches Hochladen erst um 11.37 Uhr möglich gewesen sei.

Das Nicht-Vertreten-Müssen seitens der ASt ergäbe sich auch aus allgemeinen Grundsätzen. Maßstab sei § 276 BGB; die ASt habe die danach im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet. Denn die tatsächliche Angebotsabgabe benötige nur ca. 3 Minuten, so dass die ASt davon hätte ausgehen dürfen, dass ein Beginn des Abgabeprozesses ca. 20 Minuten vor Fristende problemlos hätte möglich sein müssen. Mit dem Fehler im Programm habe die ASt nicht rechnen müssen, zumal sie einige Stunden vor Angebotsablauf die Funktionsfähigkeit der App auf einem anderen Rechner überprüft habe, wo die technischen Störungen nicht aufgetreten seien. Ein durchschnittliches Update dauere nur 1:30 Minuten, so dass die ASt nicht mehr Zeit habe einplanen müssen. Die ASt sei auch ihrer Pflicht nachgekommen, die Ag unmittelbar auf das technische Problem aufmerksam zu machen, indem sie um 11.30 Uhr den Ansprechpartner der Ag für das vorliegende Vergabeverfahren angerufen habe, um ihm die Problematik zu schildern. Dieser habe mitgeteilt, dass das Angebot trotzdem hochgeladen werden könne, jedoch eine schriftliche Mitteilung mit Schilderung der Problematik abgesandt werden solle. Im Nachgang des Angebotsprozesses sei der ASt durch ihren Internetanbieter bestätigt worden, dass auf ihrer Seite kein technischer Fehler vorgelegen habe; hier legt die ASt einen E-Mail-Austausch vor (Anlage ASt 13), in welchem der Internetanbieter bestätigt, dass am 13. Februar 2020 zwischen 10 und 14 Uhr „keine technische Einschränkung“ vorgelegen habe, der Anschluss der ASt sei einwandfrei nutzbar gewesen.

- (2) Eine schwere Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, welche die Ag der ASt wegen Nichtvorlage des VS-Merkblattes an die Verfahrensbevollmächtigten vor Übergabe der Vergabeunterlagen geltend mache, sei der ASt nicht vorzuwerfen. Denn die Verfahrensbevollmächtigten hätten das Merkblatt tatsächlich und nachweislich bereits gekannt, so dass es einer erneuten Einholung des Nachweises ohnehin nicht bedurft hätte.
- (3) Die Grundlagen des Vergabeverfahrens seien in folgenden Punkten vergaberechtswidrig und hätten mangels Erkennbarkeit in rechtlicher Hinsicht durch die ASt nicht binnen der Angebotsfrist gerügt werden können:
- Die Ag dürfe nach § 4 Abs. 2 der Rahmenvereinbarung nach Vertragschluss weitere Auftraggeber hinzufügen und als Besteller benennen, die nicht von vornherein als Vertragspartner benannt worden seien und deren Bedarf auch nicht in die geschätzte Gesamtmenge eingeflossen sei. Dies verstoße gegen § 14 Abs. 2 S. 2, 3 VSVgV. Auch § 18 VSVgV sei verletzt, da nach dieser Bestimmung alle potentiellen Vertragspartner zu benennen seien. Zu verweisen sei in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des EuGH im Urteil vom 19. Dezember 2018, dessen Vorgaben zur Begrenzung der Abrufmenge aus der Rahmenvereinbarung ebenfalls nicht in Gänze erfüllt würden, denn § 2 Abs. 2 der Rahmenvereinbarung lege lediglich eine „geschätzte Gesamtbedarfsmenge“ fest, aber keine verbindliche Höchstgrenze. Die Beschreibung der Wartungsleistung verstoße gegen den Grundsatz der eindeutigen Leistungsbeschreibung, denn der Umfang der zu erbringenden Wartungsleistung sei weitgehend offen gelassen.
 - Die Zuschlagskriterien stünden teilweise nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, denn es würden optionale Leistungen, deren Beauftragung noch nicht sicher sei, mit dem vollen Preisanteil in der Angebotswertung berücksichtigt. Dies gelte für Wartungs- und Servicekosten. Optionale Leistungen dürften jedoch nur gemindert bewertet werden, da sie nur optional mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stünden. Ein weiterer Verstoß gegen § 127 Abs. 3 S. GWB ergebe sich daraus, dass ein gewichtiger Teil der Leistung aus der Versorgung mit Ersatzteilen

bestehe, dieser Auftragsgegenstand jedoch nicht in die Wertung einfließe.

- Die Zuschlagskriterien verstießen gegen den Transparenzgrundsatz aus § 127 Abs. 5 GWB, § 34 VSVgV. Es solle nämlich im Rahmen der Angebotswertung ein Skontoabzug berücksichtigt werden, ohne dass vorgesehen sei, wie dieser Abzug bei der Angebotswertung berücksichtigt werde. Ferner sei unter Bezugnahme auf die sog. „Schulnotenrechtssprechung“ nicht klar, was die Ag unter den Bewertungskategorien „sehr gut“ etc. in Bezug auf das Maß des Tragekomforts verstehe. Insgesamt mangle es der Bewertungssystematik an objektiven Kriterien zur Punktevergabe; die qualitative Bewertung der Angebote erfolge weitgehend nach dem subjektiven Eindruck der bewertenden Personen.
- In § 16 des Rahmenvertrags liege eine unzulässige De-facto-Vergabe nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB, denn danach dürfe das angebotene Produkt im Fall eines Modellwechsels durch ein alternatives Produkt ersetzt werden. Darin liege wegen wesentlicher Änderungen des Leistungsgegenstandes eine Neuvergabe ohne die Durchführung des erforderlichen Vergabeverfahrens.
- Die Bekanntmachung sei fehlerhaft, da sie in der Rubrik „Optionen“ ein „Nein“ vorsehe, dennoch aber laut Leistungsbeschreibung optional ein Wartungs- und Servicevertrag abgeschlossen werden solle.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, Anordnungen zu treffen, um die dargestellten Rechtsverletzungen der ASt zu beseitigen,
2. Akteneinsicht zu gewähren,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären,
4. der Ag die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der ASt werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag in Teilen bereits für unzulässig, da gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 2, 3 GWB nicht rechtzeitig gerügt. Spätestens aus den Vergabeunterlagen habe die ASt die bezüglich der Grundlagen der Vergabe geltend gemachten und im Nachprüfungsantrag angeführten vermeintlichen Fehler erkennen können, so dass eine Rüge jedenfalls binnen der Angebotsfrist erforderlich gewesen sei. Die ASt sei eine erfahrene Bieterin; es bestünde sogar derzeit noch ein Rahmenvertrag mit der ASt über Nachsichtgeräte.

Aber auch in der Sache sei der Nachprüfungsantrag unbegründet.

- (1) Zum Sachverhalt in Bezug auf das Hochladen der Angebote ergänzt die Ag aus Ihrer Sicht, dass eines der von der ASt abgegebenen Angebotsformulare erst um 11.30 Uhr signiert worden sei. Aus dem Log File der ASt ergebe sich ein Startversuch um 11.19 Uhr, also erst 11 Minuten vor Ablauf der Angebotsfrist. Die Ag könne bestätigen, dass das von der ASt mit dem Nachprüfungsantrag eingereichte Log File übereinstimme mit dem der Ag. Die Version der Vergabe-App, welche die ASt verwendet habe, datiere vom 15. November 2019. Hier hätte bereits seit dem 14. Januar 2020 ein Update zur Verfügung gestanden, also einen Monat vor Angebotsfristende. Da die ASt eine veraltete Version benutzt habe, habe die ASt die App vor Angebotsabgabe aktualisieren müssen, was durch Click auf einen Button geschehe. Warum die Update-Versuche der ASt nicht erfolgreich gewesen seien, wisse die Ag nicht. Der Ag seien jedenfalls im fraglichen Zeitraum keine Probleme mit der e-Vergabeplattform bekannt oder gemeldet worden. Plattform wie App hätten am 13. Februar 2020 einwandfrei funktioniert. Insbesondere sei ein Update der App ohne Schwierigkeiten möglich gewesen, was die problemlose Angebotsabgabe durch andere Bieter belege, die ebenfalls die App hätten aktualisieren müssen. Die Angaben der ASt bezüglich ihrer Vorgehensweise seien widersprüchlich in Bezug auf eine Neuinstallation der App. Da der dritte Update-Versuch der ASt erfolgreich gewesen sei, ohne dass die Ag Änderungen am Update-Vorgang vorgenommen habe, lasse den Schluss zu, dass der Fehler aufgrund der lokalen Systemumgebung der ASt wie Firewall-Einstellungen oder Virensoftware oder einer fehlerhaften Datenübertragung entstanden sei. Derartige Fehler würden

auch durch einen einwandfreien Internetzugang nicht verhindert und seien nicht der Sphäre der Ag zuzurechnen.

Richtig sei auch, dass die ASt um ca. 11.30 Uhr mit dem Vergabesachbearbeiter der Ag telefoniert habe, der jedoch nicht für technische Fragestellungen zuständig sei. Die ASt hätte, wie im Infoblatt E-Vergabe vorgesehen unverzüglich die e-Vergabe-Plattform kontaktieren müssen. Der Vergabesachbearbeiter habe der ASt empfohlen, das Angebot in jedem Fall hochzuladen, damit später ein möglicher Ursachenbeitrag der Ag geklärt werden könne.

In rechtlicher Hinsicht seien Erstangebote bezüglich des Erfordernisses eines fristgerechten Eingangs nicht anders zu behandeln als finale Angebote. Die ASt habe die verspätete Abgabe zu vertreten. Der Bieter trage das Übermittlungsrisiko und auch die Beweislast dafür, dass er die Verspätung nicht zu vertreten habe. Hier habe die Plattform einschließlich der App am 13. Februar 2020 anstandslos funktioniert. Kein anderer Bieter habe Fehler bezüglich des Updateprozesses gemeldet. Der Betriebsdienstleister der Plattform führe laufend Dummy-Nutzer-Prozesse durch, die z.B. Angebotsabgaben simulierten und das System werde mit einer Vielzahl von Sensoren auf eventuelle Fehler überwacht, so dass eine Fehlfunktion unverzüglich festgestellt werde. Es sei davon auszugehen, dass die Probleme auf Fehlern der lokalen Systemumgebung der ASt beruhten. Die ASt habe ihre Sorgfaltspflichten nicht beachtet, indem sie den Abgabeprozess erstmalig ca. 20 Minuten vor Ablauf der Angebotsfrist gestartet habe. Auch habe die ASt die Ag nicht rechtzeitig informiert über ihre Probleme, so dass die Ag hierauf nicht mehr z.B. mit einer Verlängerung der Angebotsfrist habe reagieren können. Aus dem Log File ergebe sich ein Beginn der Übermittlung erst um 11.19 Uhr, obwohl es auf der Hand liege, dass bei einer länger nicht benutzten App eventuell noch Updates erforderlich würden, die Zeit in Anspruch nähmen. Kalkuliere ein Bieter diese Schwierigkeiten nicht ein, so habe er die Verspätung zu vertreten. 11 Minuten für die Angebotsabgabe seien schon ohne Einberechnung eines Sicherheitspuffers zu knapp bemessen. Wie die ASt auf eine Dauer von 1,5 Minuten käme, könne die Ag nicht nachvollziehen, denn die Dauer eines Updates hänge ab von der Internetverbindung und der Größe der herunterzuladenden Datei. Es stelle eine gravierende Sorgfaltspflichtverletzung der ASt dar, erst 11 Minuten vor Fristende zu beginnen.

- (2) Es sei auch der Ausschlusstatbestand des § 124 Abs.1 Nr. 3 GWB gegeben, denn die ASt habe die als VS-NfD gekennzeichneten Vergabeunterlagen an ihre Verfahrensbevollmächtigten weitergegeben, ohne diese in der vorgeschriebenen Art und Weise über den Umgang mit VS belehrt zu haben. Schon in der Bekanntmachung sei ein Hinweis auf die zwingende Beachtung des entsprechenden Merkblatts enthalten gewesen. Danach hätte die ASt die Verfahrensbevollmächtigten vor Weitergabe der Unterlagen eine Verpflichtungserklärung unterschreiben lassen müssen, was nicht geschehen sei. Die Ag habe den Ausschlusstatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB bei den Verfahrensbevollmächtigten der ASt geltend gemacht, den diese daraufhin gerügt hätten; ihnen sei das Procedere bezüglich des Umgangs mit VS-NfD aufgrund langjähriger Berufspraxis hinlänglich bekannt. Die Verfahrensbevollmächtigten hätten eingeräumt, dass die ASt vor Übergabe der konkreten Unterlagen keine Verpflichtungserklärung vorgelegt habe.
- (3) Was die Beanstandung bezüglich der angeblichen Grundlagenfehler anbelange, so seien diese unbegründet:
- Bezüglich der Abrufberechtigten seien ausschließlich weitere Einrichtungen der Bundesverwaltung abrufberechtigt, die sämtlich der Bundesrepublik Deutschland als der in der Bekanntmachung genannten Auftraggeberin zuzurechnen seien, nicht dagegen andere juristische Personen.
 - Die Rahmenvereinbarung enthalte entgegen der Auffassung der ASt eine verbindliche Mengenangabe.
 - Die Wartungskosten hätten zulässigerweise voll in die Wertung einbezogen werden dürfen, da diese je nach angebotenenem Produkt in der Nutzungsphase anfallen könnten oder aber – bei auf dem Markt befindlichen Produkten, die keine Wartung benötigten – gerade nicht anfallen würden. Im Rahmen einer Lebenskostenanalyse über 8 Jahre müssten diese Kosten mit einbezogen werden in die Wirtschaftlichkeitsbewertung. Bei den Werkzeugen und Ersatzteilen könne dagegen nicht prognostiziert werden, welche Ersatzteile über die Nutzungsdauer in welcher Menge erforderlich würden.
 - Die Wertungskriterien seien den Bietern bekannt gemacht worden und ebenso sei die Benotung mitgeteilt worden, orientiert daran, wie erfolgversprechend das Produkt aus der Sicht der Nutzer sei. Dass hier auch ein subjektiver Maßstab zur Geltung komme, habe die ASt von Anfang an gewusst. Bewertungen

aufgrund subjektiver Maßstäbe seien zulässig und je nach Auftragsgegenstand auch sachgerecht. Der Skontoabzug sei zulässig und in den Vergabeunterlagen werde ausgeführt, dass dieser bei der Bewertung der Angebotspreise einfließe.

- Die Tatsache, dass bei einem Modellwechsel auch ein alternatives als das angebotene Produkt des Zuschlagsempfängers beschafft werden könne, stelle keine De-facto-Vergabe dar. Heute würde es sich um vorbeugenden Rechtsschutz handeln, denn es sei nicht absehbar, ob der Fall überhaupt eintreten werde. Auch in der Sache handle es sich nicht um eine De-facto-Vergabe, denn wenn ein zukünftiger Modellwechsel so gravierend sei, dass darin eine wesentliche Änderung nach § 132 GWB läge, so würde die Ag die Rahmenvereinbarung kündigen und eine Neuausschreibung vornehmen.
3. Der ASt wurde antragsgemäß Akteneinsicht gewährt. In der mündlichen Verhandlung am 13. Mai 2020 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, auf die Vergabeakte, die der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend verwiesen. Die Entscheidungsfrist wurde verlängert bis zum 29. Mai 2020 einschließlich.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet.

1. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb der für die europaweite Vergabe einschlägigen Auftragsschwellenwerte – sind erfüllt.

Die ASt hat Angebote abgegeben und ist damit problemlos antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB.

Der Rügeobliegenheit in Bezug auf den Ausschluss ihrer Angebote hat die ASt entsprochen, denn sie hat den Ausschluss binnen der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt. Gleiches gilt für den Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Was die geltend gemachten Fehler in der Bekanntmachung bzw. in den Vergabeunterlagen anbelangt, so

ist die Erfüllung der Rügeobliegenheit zwar fraglich. Denn grundsätzlich bedarf es insoweit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 3 GWB einer Rüge binnen der Angebotsfrist, die am 13. Februar 2020 ablief. Die Rüge erfolgte jedoch erst am 27. Februar 2020. Richtig ist zwar, dass die Rügeobliegenheit anknüpft an die Erkennbarkeit der Vergabefehler aus Bietersicht als dem maßgeblichen Empfängerhorizont, wobei neben der Erkennbarkeit in rein tatsächlicher Hinsicht auch die Erkennbarkeit in rechtlicher Hinsicht gegeben sein muss. Der Erfüllung dieser Rügeobliegenheit in Bezug auf die Grundlagen der Ausschreibung kommt eine große Bedeutung zu, denn wenn die Beanstandungen eines Antragstellers insoweit erfolgreich sind, so hat der Auftraggeber das gesamte Vergabeverfahren zurückzusetzen, möglicherweise einschließlich einer neuen Bekanntmachung, und er muss neue Angebote einholen. Dies ist eine gravierende Rechtsfolge, auch für die konkurrierenden Bieter. Es ist Intention der gesetzlichen Frist für die Anbringung der Rüge binnen der Angebotsphase, dass ein so starker Eingriff in das Vergabeverfahren erst zu einem späten Zeitpunkt im Verlauf des Vergabeverfahrens vermieden wird. Hier macht die ASt geltend, eine Erkennbarkeit in rechtlicher Hinsicht sei vor anwaltlicher Beratung nicht gegeben gewesen. Die ASt ist jedoch eine erfahrene Bieterin. Ganz generell handelt es sich bei dem streitgegenständlichen Produkt – [...] – um einen Beschaffungsgegenstand, der wohl vornehmlich durch öffentliche Auftraggeber beschafft wird, z.B. durch [...]. Gewisse Kenntnisse des Vergaberechts dürften bei den Marktteilnehmern daher ganz allgemein vorhanden sein. Ob eine Erkennbarkeit der geltend gemachten Grundlagenfehler letztendlich anzunehmen ist, kann aber offen bleiben, da das Vergabeverfahren fehlerfrei, der Nachprüfungsantrag damit auch insoweit unbegründet ist.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

a) Die Angebote der ASt wurden zu Recht nach § 31 Abs. 2 Nr. 5 VSVgV ausgeschlossen.

(1) Der Anwendungsbereich der Ausschlussnorm ist eröffnet, denn auch Erstangebote im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens fallen unter diesen Ausschlussbestand. Es handelt sich um „normale“ Angebote, für die alle Regeln des Vergaberechts gelten, soweit nicht spezifische Ausnahmen für Verhandlungsverfahren vorgesehen sind. Die spezifische Ausnahme für Angebote im Verhandlungsverfahren ist die Nicht-Geltung des Nachverhandlungsverbots. In Bezug auf die Ein-

haltung von Fristen, hier der Angebotsfrist, ist jedoch für Erstangebote im Verhandlungsverfahren keine Ausnahme vorgesehen, so dass auch diese fristgerecht einzureichen sind.

- (2) Die Angebote gingen unstreitig nach Ablauf der Angebotsfrist ein. Die ASt hat den verspäteten Eingang auch i.S.v. § 31 Abs. 2 Nr. 5 VSVgV zu vertreten.

Dies ergibt sich einmal bereits daraus, dass die ASt – ihre eigenen Angaben zugrunde legend - ca. 20 Minuten vor Ablauf der Angebotsfrist mit dem gesamten Hochladevorgang begann. Letztendlich war der Vorgang auch erfolgreich, er bedurfte jedoch einer Zeitspanne von 27 Minuten, die hier zu lang war, um die Frist einhalten zu können. Zwar steht es einem Bieter zu, die Angebotsfrist auszuschöpfen. Hier war jedoch weder durch die ASt geltend gemacht noch ist dies sonst erkennbar, dass die Angebotsfrist in irgendeiner Weise zu knapp bemessen gewesen sein könnte. Im Gegenteil datiert die Bekanntmachung vom [...], der Ablauf der Angebotsfrist lag ca. 4 Monate später. Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes datiert vom 01 Januar 2020. Es gab keinen auf das Fristenregime der Ag zurückgehenden sachlichen Grund, erst so kurzfristig mit dem Hochladen zu beginnen. Wenn das Hochladen nicht auf Anhieb funktioniert und dies zu einer sehr geringfügigen zeitlichen Verzögerung führt mit der Folge des Versäumnisses der Angebotsfrist, so fällt dies in die Sphäre des Bieters, der verantwortlich ist für die Organisation seiner internen Abläufe.

Ein Nicht-Vertreten-Müssen der ASt wäre bei dieser Sachlage nur anzunehmen, wenn erwiesenermaßen eine von der Ag zu vertretende Fehlfunktion des elektronischen Systems vorgelegen hätte. Bei einem Los wurde bereits die elektronische Signatur erst um 11.30 Uhr angebracht, so dass die Kausalität der Aktualisierung der App, die für das Hochladen erforderlich ist, für den verspäteten Eingang schon nicht erkennbar ist. Für beide Lose gilt, dass die App eine Anwendungssoftware darstellt, die auf dem PC des Nutzers implementiert wird. Die App und ihr Funktionieren hängen ab von der Konstellation des lokalen PC`s, auf die die Ag keinen Einfluss hat, z.B. Firewall, Virenprogramme. Die App liegt daher in der Sphäre des Nutzers, hier der ASt.

Wenn nun im Rahmen eines Updates der App, das über den Server der Ag in Kommunikation mit der auf dem PC der ASt befindlichen App aufgespielt wird, irgendwelche Probleme auftraten, für welche die ASt nunmehr die Ag verantwortlich machen will, so hätte es der ASt obliegen, sich angesichts der laufenden Zeit direkt bei der Ag zu melden, allerdings nicht beim Vergabesachbearbeiter und um 11.30 Uhr, dem Zeitpunkt des Fristablaufs, sondern bei der technischen Hotline vor Fristablauf. Die Ag hat ihrer Informationspflicht nach § 11 Abs. 3 VgV hier umfassend entsprochen, indem den Bietern ein kurzes, überblicksmäßiges Infoblatt zur elektronischen Vergabe an die Hand gegeben wurde, das auf diverse, ausführliche Anleitungen auf der E-Vergabe-Plattform verweist, so insbesondere „Installationsanleitung eVergabeApp“, „Hilfe zur Angebotsabgabe“, „Benutzerleitfaden Anwendung von AnA-Web“. An diversen Stellen ist das HelpDesk als Ansprechpartner bei technischen Problemen genannt mit E-Mail-Adresse und Telefonnummer. Die Ag hat darauf hingewiesen, dass eine rechtzeitige Meldung der ASt ihr die Möglichkeit gegeben hätte, eventuell noch mit einer Fristverlängerung zu reagieren.

Auch die übrigen Indizien sprechen dagegen, dass auf Seiten der Ag ein technisches Problem vorlag. Es gab weder Störmeldungen anderer Bieter noch hat die E-Vergabe-Plattform selbst Probleme diagnostizieren können. Die ASt hat ihrerseits in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, am selben Tag zwei Stunden früher ein Angebot in einem anderen Vergabeverfahren ohne Schwierigkeiten hochgeladen zu haben, allerdings von einem anderen Rechner. Dies indiziert ebenfalls, dass die Aktualisierungsproblematik aus der lokalen Netzwerkkumgebung des Rechners resultierte, den die ASt zur Abgabe der streitgegenständlichen Angebote genutzt hat.

Die ASt hat den verspäteten Angebotseingang zu vertreten. Diese Vertreten-Müssen kann auch nicht mit dem Argument ausgehebelt werden, dass die Ag vorliegend keine elektronische Vergabe hätte durchführen müssen, respektive sogar nicht durchführen dürfen. Die elektronische Vergabe ist der Regelfall, § 97 Abs. 5 GWB, und diese gesetzliche Vorschrift gilt auch für Vergaben im Anwendungsbereich der VSVgV. Auch wenn die elektronische Vergabe nicht zwingend gewesen sein mag, so kann dies nicht dazu führen, dass die Ag den verspäteten Eingang zu vertreten hat.

b) Grundlagenfehler der Ausschreibungsvorgaben sind nicht gegeben, so dass die ASt keine zweite Chance auf Abgabe eines neuen, rechtzeitig einzureichenden Angebots zukommt.

(1) Die ASt meint, es sei unzulässiger Weise vorgesehen, dass auch weitere Auftraggeber aus dem Rahmenvertrag abrufen dürften als ursprünglich benannt. Dieser geltend gemachte Vergabefehler ist gemeinsam mit dem zusätzlichen Punkt der ASt zu behandeln, wonach der Rahmenvertrag entgegen der Rechtsprechung des EuGH keine verbindliche Höchstmenge enthalte. Denn beide Aspekte – Wer darf abrufen? Welche Höchstmenge? – stehen in einem inhaltlichen Zusammenhang. Hintergrund beider Festlegungen ist, dass ein Bieter, der ein Angebot auf einen Rahmenvertrag abgeben will, möglichst exakte Kalkulationsgrundlagen haben soll. Denn bei Rahmenvereinbarungen muss das Auftragsvolumen nicht abschließend angegeben werden, § 21 Abs. 1 S. 2 VgV. Daher soll im Vorhinein bekannt gemacht werden, welche Auftraggeber abrufen dürfen, denn die Anzahl der abrufberechtigten Auftraggeber beeinflusst das Volumen. Hier hat aber die Ag darauf hingewiesen, dass es ausschließlich bundesunmittelbare Stellen sind, die abrufen dürfen, so dass rein formal keine anderen Auftraggeber im Sinne anderer juristischer Personen abrufberechtigt sind. Aber auch wenn man weniger auf die formale Sichtweise, sondern auf eine materielle Betrachtung abstellen würde und damit die Bedarfsträger in Bezug nähme, also die Stellen, die die Produkte letztendlich tatsächlich nutzen, so sind hier vor dem Hintergrund einer Kalkulierbarkeit der Angebotspreise keine Schwierigkeiten zu erkennen. Die Ag hat nämlich bereits in der Bekanntmachung Höchstmengen benannt für beide Lose, so für Los 1 „Festbestellmenge 10 Satz, Rahmenvereinbarung über bis zu 1.000 Satz“. Die Bestellmenge war also der Höhe nach gedeckelt und es war eine verbindliche Festbestellmenge benannt. Wenn die ASt irgendwelche Probleme bezüglich der Kalkulation ihrer Preise innerhalb dieses Rahmens gehabt haben sollte, so ist davon auszugehen, dass sie sich bei der Ag gemeldet hätte.

(2) Was den Wartungsvertrag anbelangt, so ist zwar richtig, dass die Ag hier keine näheren Angaben zu Wartungsumfang, Wartungsintervallen etc. gemacht hat. Dies steht der Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung, § 121 Abs. 1 GWB, jedoch nicht entgegen. Es ist sinnvoll, hier den Bietern die Freiheit zu lassen, ihre

eigenen Annahmen bzgl. des Wartungsbedarfs zugrunde zu legen, denn wie hoch der Bedarf ist, ist abhängig vom individuellen Produkt. Die Ag hat unwidersprochen vorgetragen, dass es Produkte auf dem Markt gibt, die während der Lebensdauer der Produkte – 8 Jahre – gar keiner Wartung bedürften. Es wäre unsinnig, hier Wartungsprozesse vorzuschreiben, die gar nicht erforderlich sind. Auf der anderen Seite ist es richtig, wenn nicht gar notwendig, die Wartungskosten einzubeziehen in die preisliche Wertung, da es sich hierbei um Lebenszykluskosten handelt, welche die Wirtschaftlichkeit der Angebote für die Ag determinieren. Eine Wettbewerbsverzerrung ist hierdurch nicht zu befürchten, denn es dürfte davon auszugehen sein, dass Produkte, welche nicht gewartet werden müssen, im reinen Anschaffungspreis höher liegen. Würde die Wartung nicht mit ausgeschrieben, so bestünde nur die Möglichkeit, diese separat auszuschreiben, was erkennbar unsinnig wäre, da für die Wartung wohl nur der Hersteller selbst in Betracht kommt. Die Eröffnung von Wettbewerb bezüglich der Wartung wäre daher nicht machbar, lediglich eine Direktbeauftragung des Herstellers käme nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) VSVgV in Betracht. Dies zeigt, dass es dem Wettbewerbs- und Gleichheitsgrundsatz sehr viel mehr entspricht, wenn die Wartungskosten gleich von Anfang an in den Preis mit aufgenommen werden.

Diese Überlegungen können aber nicht für die Ersatzteile, die ja nicht in die Wertung aufgenommen werden, gelten; hier ist nicht absehbar, ob Geräte überhaupt defekt werden und Ersatzteile brauchen. Eine preisliche Berücksichtigung in der Wertung scheidet daher aus.

Auch hinsichtlich der Berücksichtigung des um ein Skonto reduzierten Angebotspreises ist die vorgesehene Wertung durch die Ag nicht zu beanstanden.

- (3) Die Zuschlagskriterien stehen in Einklang mit § 127 GWB. Die Vergabeunterlage zur Wertung gibt das Verfahren en détail vor. Dass hierbei auch die Ergebnisse eines Praxistests durch 7 spätere Nutzer einfließen, ist zulässig und sachgerecht, denn die Geräte müssen sich im praktischen Einsatz bewähren. Die drei Bewertungsstufen sind ausgerichtet auf vorgegebene Fragen, welche die Testpersonen zu beantworten haben. Alles war den Bietern offen gelegt, so dass die fachkundigen Bieter sehr gut erkennen konnten, worauf es der Ag ankommt. Eine weitere

Konkretisierung, wann z.B. die Höchstpunktzahl erteilt wird, ist angesichts der subjektiven Komponente, z.B. beim Tragekomfort, weder möglich noch angesichts der Erkennbarkeit des Gewünschten erforderlich (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.3.2017 – Verg 39/16, sowie BGH vom 4.4.2017 – X ZB 3/17). Im Übrigen war diese Bewertungsvorgabe der ASt von Anfang an bekannt.

- (4) Die Vorgabe in § 16 der Rahmenvereinbarung, wonach bei einem Produktwechsel des zukünftigen Auftragnehmers das Nachfolgeprodukt geliefert werden soll unter dem Vorbehalt der Kompatibilität mit dem Leistungsverzeichnis, ist gerechtfertigt und beinhaltet keine De-facto-Vergabe. Der Vertrag soll 7 Jahre laufen. Produktwechsel sind nicht ausgeschlossen während dieser Zeit. Es ist nicht sinnvoll, den Auftragnehmer allein für diesen Auftrag zu zwingen, das alte Produkt weiter zu produzieren, obwohl er es ansonsten aus dem Sortiment genommen hat. Die Ag hat ausgeführt, dass sie jedoch eine Neuausschreibung vornehmen würde, wenn das neue Produkt eine wesentliche Änderung i.S.v. § 132 GWB darstellen sollte. Diese Möglichkeit eröffnet ihr § 133 GWB, wonach der Rahmenvertrag dann gekündigt werden könnte.
- (5) Soweit die ASt Fehler in der Bekanntmachung bezüglich der „Option“ sieht, so hat die Ag das Formular richtig ausgefüllt. Mit der Rubrik „Option“ sind in der Regel mengenmäßige Nachbestellungen oder Verlängerungen eines Vertrags auf der Zeitschiene gemeint. Die Bezeichnung des Wartungsvertrags als optional bezieht sich darauf, s.o., dass es Produkte gibt, die keine Wartung benötigen. Bieter, die derartige Produkte anbieten, müssen auch keinen Wartungsvertrag abschließen. Die Ausfüllung der Bekanntmachung war klar.
- c) Ein Ausschluss der ASt mangels Eignung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wegen des Umgangs mit den VS-NfD-Unterlagen kommt im vorliegenden Sachverhalt dagegen nicht in Betracht. Zwar hätten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt diese Unterlagen erst nach Erhalt und Unterzeichnung der entsprechenden Verpflichtungserklärung erhalten dürfen. Dass einzelne Anwälte der Kanzlei, wie die Verfahrensbevollmächtigten nachgewiesen haben, in einem anderen Verfahren diese Erklärung abgegeben haben, kann die Abgabe einer Verpflichtungserklärung bezogen auf das vorliegende Vergabeverfahren durch sämtliche hier mit der Materie befassten Anwälte nicht ersetzen. Da es aber Rechtsanwälte waren, an die die ASt die VS-NfD-Unterlagen ohne

entsprechende dokumentierte Belehrung der Adressaten und mithin unbefugt weitergegeben hat, ist diese Verfehlung vorliegend nicht als schwer zu bewerten. Rechtsanwälte sind Organe der Rechtspflege und besonders vertrauenswürdig. Außerdem bestand eine inhaltliche Kenntnis der Anwälte vom Umgang mit Verschlussachen. Anders könnte der Sachverhalt zu beurteilen sein, wenn es keine Rechtsanwälte sind, an die VS-NfD-Unterlagen ohne vorherige Einholung der Verpflichtungserklärung weitergegeben werden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 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, einzu legen.

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.

Dr. Herlemann

Dr. Schier