

1. Vergabekammer des
Freistaates Sachsen
bei der Landesdirektion Leipzig
1/SVK/013-10

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren
betreffend die Ausschreibung des Freistaates Sachsen, Landespolizeidirektion Zentrale Dienste Sachsen: Verfahrensgegenstand: Lieferung von Endgeräten, Antennen und Zubehör - LOS 6 - Lieferung von Hör-Sprecheinrichtungen für HRT im Zusammenhang mit der Maßnahme BOS Digitalfunk im Freistaat Sachsen

Verfahrensbeteiligte:

[REDACTED]

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]

-Antragstellerin-

[REDACTED]

-Auftraggeber-

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]

[REDACTED]

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]

hat die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen nach mündlicher Verhandlung am 14.06.2010 durch die Vorsitzende, Frau Regierungsrätin Kadenbach, den hauptamtlichen Beisitzer, Herrn Regierungsrat Kühne und den ehrenamtlichen Beisitzer, Herrn Gremmel, am 06.07.2010 beschlossen:

1. Dem Auftraggeber wird untersagt, auf der Grundlage der vorgelegten Angebote den Zuschlag zu erteilen. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.
2. Der Auftraggeber trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin. Die Verfahrensgebühr wird auf 5.850,00 € festgesetzt. Der Auftraggeber ist jedoch von der Entrichtung der Gebühr befreit.
3. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin notwendig war.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin beteiligte sich im Jahr 2009 an einem nicht offenen Verfahren zur „Lieferung von Endgeräten, Antennen und Zubehör für das BOS-Digitalfunknetz (**Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben** (BOS)) im Freistaat Sachsen“. Das Vergabeverfahren wurde im Dezember 2009 aufgehoben.

Der Auftraggeber teilte daraufhin den Verfahrensbeteiligten mit, dass ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 3 Nr. 2 lit. a) VOL/A eingeleitet würde. Dieses Verhandlungsverfahren wurde mit E-Mail vom 18.12.2009 eingeleitet. Mit Übersendung der Verdingungsunterlagen wurden die Verfahrensbeteiligten, so auch die Antragstellerin und die Beigeladene, zur Angebotsabgabe aufgefordert. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass als Verfahrensart das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung gewählt worden sei. Nach den Vorgaben des Auftraggebers sollte eine Rahmenvereinbarung mit nur einem Auftragnehmer gemäß § 3 a Nr. 4 Abs. 4 VOL/A mit einer Laufzeit von drei Jahren mit einer optionalen Verlängerung um 1 Jahr geschlossen werden. Den Verdingungsunterlagen war unter Anlage 6.02 die geschätzte Abruf- und Mindestabnahmemenge zu entnehmen sowie die abrufberechtigten BOS im Freistaat Sachsen. Weiter wurde auf den Seiten 8 – 13 der Verdingungsunterlagen der Bewertungsvorgang dargestellt. Im Ergebnis des Wertungsvorganges sollten der Gesamtpreis des Angebotes mit 40 % und der so genannte Gesamtpunktwert, -bewertungsteil mit 60 % für die Zuschlagsentscheidung maßgeblich sein.

In den Verdingungsunterlagen wurde u.a. folgendes ausgeführt

„Ziff. 4.4.1 „Leistungsbewertung“ der Anlage 6.02 Leistungsbeschreibung hin. Hierin heißt es wörtlich: „Die Leistungsbewertung erfolgt in den Bewertungsteilen (Anlagen 6.05 und 6.06), welche vom Bieter vollständig auszufüllen sind.

Die einzelnen Fragen.... Können nur mit ja oder nein beantwortet werden.

Für jedes Bewertungskriterium (in der Spalte Prio mit O gekennzeichnet) ist in der Spalte Punkte der erreichbare Punktwert abgebildet.

[...]

Der Bieter erhält für jedes in der Spalte LM-Erfüllung beiahte Leistungsmerkmal den festgelegten Punktwert."

Ziff. 5.3 „Nachweis von Leistungsmerkmalen“

der Anlage 6.02 Leistungsbeschreibung hin. Hierin heißt es wörtlich: „Nach der Angebotsbewertung gem. Punkt 5.2. werden die Bieter zu einem Bietergespräch eingeladen (Vorausichtlicher Zeitpunkt der Bietergespräche: 4. KW 2010). In diesem sind bestimmte Leistungsmerkmale des Landes im Rahmen der „Frist für Angebotsauswertung“ nachzuweisen sowie Fragen, welche bei der Angebotsauswertung festgestellt werden, sind zu beantworten. Eine entsprechende Einladung mit Mitteilung der Fragen wird rechtzeitig an die Bieter übermittelt. Während der Angebotsdemonstration sollen insbesondere die in den Bewertungsteilen in der Spalte erforderlicher LM-Nachweis mit Demonstration gekennzeichneten Leistungsmerkmale überprüft werden. Die Erfüllung der Leistungsmerkmale im Rahmen der Angebotsdemonstration wird durch eine mehrköpfige Jury bewertet. Für erforderliche Leistungsmerkmale gilt: Wird im Ergebnis der Angebotsdemonstration ein ursprünglich im Bewertungsteil **bejahtes** erforderliches Leistungsmerkmal nicht erfüllt, führt das zwingend zum Ausschluss von der Vergabe. Für optionale Leistungsmerkmale gilt: Im Ergebnis der Angebotsdemonstration kann bei Nichterfüllung eines ursprünglich im Bewertungsteil **bejahten** optionalen Leistungsmerkmals, eine Korrektur der ursprünglich berechneten Zuschlagswerte nach unten erforderlich werden. Ein Ausschluss von der Vergabe erfolgt hier hingegen nicht.

Im Ergebnis dieser Überprüfung der Leistungsmerkmale kann sich das Ranking der Angebote verändern."

Im Formular 6.05 und 6.06 wurde ausgeführt:

„Grau hinterlegte Felder sind nicht auszufüllen“

Die Antragstellerin reichte fristgerecht ihr Angebot ein und wurde von der Auftraggeberin unter Verweis auf Punkt 5.3 der Verdingungsunterlagen mit Schreiben vom 20.01.2010 zu dem so genannten „Nachweis der Leistungsmerkmale“ eingeladen. Nachdem die Antragstellerin diesen „Nachweis der Leistungsmerkmale“ in der Angebotsdemonstration vom 25.01.2010 durchgeführt hatte, wurde sie vom Auftraggeber mit Schreiben vom 27.01.2010 zur ersten Verhandlungsrunde am 08.02.2010 eingeladen. In der Folge führte der Auftraggeber 2 weitere Verhandlungsrunden durch.

Mit Schreiben vom 24.03.2010, das nach Angaben der Antragstellerin am 29.03.2010 bei ihr einging, teilte der Auftraggeber gemäß § 101 a GWB mit, dass der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden solle. Mit Rügeschreiben vom 01.04.2010 rügte die Antragstellerin durch ihren verfahrensbevollmächtigten vorrangig, dass das Informationsschreiben den formellen Anforderungen nicht genüge, sofern lediglich mitgeteilt werde, dass das Angebot nicht das wirtschaftlichste gewesen sei. Weiterhin rügte die Antragstellerin abstrakt eine Fehlerhaftigkeit des Wertungsvorganges. Es sei insbesondere nicht ersichtlich und nachvollziehbar, welcher Wert bei der Bewertung der immer wieder geänderten Mindestabnahmemengen zugrunde gelegt worden sei. Schließlich sei nicht ersichtlich, dass sich ein deutlicher Abstand zum Wert des auf Platz 1 liegenden Bieters ergeben würde, da die Antragstellerin noch im Rahmen der Verhandlungsrunden mehrmals darauf hingewiesen worden sei, dass sie den Zuschlag erhalten würde, wenn sie ihren Angebotspreis um bestimmte Prozentsätze absenken werde.

Mit Schreiben vom 06.04.2010 reagierte der Auftraggeber auf das Rügeschreiben und bat um Fristverlängerung zur Stellungnahme bis zum 09.04.2010.

Mit Schreiben vom 12.04.2010 monierte die Antragstellerin, dass der Auftraggeber zum bisherigen Rügeschreiben inhaltlich mehr oder weniger nicht Stellung bezogen habe. Es sei zu vermuten, dass das Angebot der Zuschlagsbieterin ein Unterkostenangebot darstelle, da das eigene Angebot bereits auf einer Grenzkostenkalkulation beruhe. Für den Fall eines Dumpingangebots bestehe eine Überprüfungspflicht des Auftraggebers gemäß § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A.

Nachdem der Auftraggeber dem Rügebegehren der Antragstellerin nicht abhalf, leitete die Antragstellerin mit Datum vom 12.04.2010 bei der erkennenden Vergabekammer ein Vergabenachprüfungsverfahren ein. Hierzu beantragte sie u.a.:

1. gegen den Antragsgegner ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB einzuleiten,
2. der Antragstellerin gemäß § 111 Abs. 1 GWB die Einsichtnahme in die Vergabeakten zu gestatten,
3. hilfsweise: das Verfahren auszusetzen und der Europäischen Gerichtshof gemäß Artikel 234 Abs. 2 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
- 3.1 Ist die Richtlinie 89/665 EWG dahingehend auszulegen, dass sie einer Bestimmung wie § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB entgegensteht, nach der Zulässigkeitsvoraussetzung für ein Nachprüfungsverfahren eine unverzügliche Rüge ist und die Frage der Unverzögerlichkeit nicht gesetzlich näher definiert ist, sondern der jeweiligen Entscheidung des Richters obliegt.

Weiter kündigte die Antragstellerin an, sie werde beantragen:

4. die Vergabeentscheidung des Antragsgegners aufzuheben,

5. das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und unter Bekanntgabe transparenter Auftragskriterien, einschließlich sämtlicher Unterkriterien und Gewichtungsregeln, zu wiederholen.

Zur Begründung des Vergabenachprüfungsantrages vertiefte die Antragstellerin ihre Begründung aus dem Rügeschreiben. Die von der Auftraggeberin enthaltenen Gründe im Informationsschreiben nach § 101 a GWB genügten nicht den gesetzlichen Anforderungen. Die Antragstellerin trug weiter vor, der Auftraggeber habe das Verhandlungsgespräch mit der Ankündigung eröffnet, die angebotene Produktpalette zu erweitern. Statt der ursprünglich im Leistungsverzeichnis geforderten Angaben von lediglich einem Produkt bzw. Artikel sollten nunmehr insgesamt 3 angegeben werden. Es sollte auf Basis eines Rahmenvertrages eine Erweiterung des Warenkorbes ermöglicht werden. Die Antragstellerin sei aufgefordert worden, ihren Angebotspreis um einen konkreten Prozentsatz abzubieten. Auf Basis dieser neuen Vorgaben habe die Antragstellerin fristgemäß bis zum 26.02.2010 ein neues Angebot abgegeben. Im Nachgang zur Abgabe dieses neuen Angebotes sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.02.2010 zu einer zweiten Verhandlungsrunde am 10.03.2010 eingeladen worden. Schwerpunkt dieser Verhandlungen sei der Angebotspreis gewesen, im Rahmen dessen die Antragstellerin einen weiteren konkret bezeichneten Abschlag gewährt habe. Im Ergebnis des Gespräches sei die Antragstellerin durch den Auftraggeber aufgefordert worden, bis zum 11.03.2010 um 12.00 Uhr ein weiteres Angebot abzugeben. In diesem Zusammenhang sei seitens des Auftraggebers erläutert worden, dass bei einer konkret benannten Preissenkung die Antragstellerin vorne liegen würde. Insoweit habe die Antragstellerin abermals ihre Netto-Preise abgesenkt. Die Antragstellerin vertiefte ihren Vortrag zur fehlenden Auskömmlichkeitsprüfung.

Vor Zustellung des Antrages an den Auftraggeber wies die Vorsitzende der Vergabekammer die Antragstellerin fernmündlich darauf hin, dass diese ihren bisherigen Vortrag zur Zuständigkeit der Vergabekammer im Hinblick auf § 100 Abs. 2 d) GWB vertiefen müsse.

Mit Datum vom 12.04.2010 wurde der Vergabenachprüfungsantrag dem Auftraggeber durch die Vergabekammer zugestellt.

Mit Schreiben vom 21.04.2010 vertiefte die Antragstellerin ihr bisheriges Vorbringen und legte dezidiert dar, warum ihres Erachtens die Vergabekammer für das streitgegenständliche Verfahren zuständig sei.

Mit Schreiben vom 22.04.2010 zeigte sich der Verfahrensbevollmächtigte des Auftraggebers gegenüber der Vergabekammer an.

Mit Schriftsatz vom 26.04.2010 nahm der Verfahrensbevollmächtigte des Auftraggebers zum Antrag der Antragstellerin Stellung und beantragte:

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Gebühren und Auslagen des Antragsgegners aufzuerlegen.
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten des Auftraggebers notwendig war.

Zur Begründung des Abweisungsantrages legte der Auftraggeber zunächst dar, dass die Antragstellerin die Funktion des streitgegenständlichen Verhandlungsverfahrens ohne das dieser Vergabe zugrunde liegende Marktumfeld verkenne und deshalb mit pauschalen Vorwürfen, wie das Vorliegen eines Dumpingangebotes der Zuschlagsbieterin oder das nachträgliche Infragestellen des Bewertungssystems versuche, das Vergabeverfahren anzugreifen. Soweit die Antragstellerin vortrage, sie sei wiederholt zu einem Abgebot ihres Angebotspreises aufgefordert worden, so sei der Vortrag der Antragstellerin in sich widersprüchlich, da eine abschließende Bewertung des Rankings zu diesem Zeitpunkt gar nicht denkbar gewesen sei. Hinsichtlich der Zuständigkeit der Vergabekammer gehe der Auftraggeber davon aus, dass keiner der Ausnahmetatbestände des § 100 Abs. 2 GWB einschlägig wäre.

Das Rügeschreiben der Antragstellerin vom 01.04.2010 sei verfristet und damit sei das gesamte Vorbringen insgesamt präkludiert. Das Schreiben stelle schon aus formalen Gründen keine wirksame Rüge gemäß § 107 Abs. 3 GWB dar. Es habe den Auftraggeber am 01.04.2010 um 19.24 Uhr per Telefax und am 06.04.2010 per Post erreicht.

Soweit von einer Absendung des Informationsschreibens nach § 101 a GWB per Post am 24.03.2010 auszugehen sei, so sei ein Zugang dieses Schreibens für den 25. oder spätestens 26.03.2010 zu unterstellen. Dies gelte selbst dann, wenn der Geschäftsführer angeblich das Schreiben erst am 29.03.2010 zur Kenntnis genommen habe. Es sei regelmäßig nur von einer Rügefrist von ein bis drei Tagen auszugehen. Unabhängig davon sei jedoch von einem Zugang des Rügeschreibens lediglich innerhalb der üblichen Dienstzeiten auszugehen. Unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OLG Dresden (Beschluss vom 11.09.2006, WVerG. 13/06) sowie der Vergabekammer Sachsen (Beschluss vom 24.05.2007, 1/SVK/029-07; Beschluss vom 10.08.2006, 1/SVK/079-06) vertrat die Antragstellerin die Auffassung, dass eine Erklärung, welche außerhalb der Geschäftszeiten erfolge, rechtlich erst am nächsten Werktag als zugegangen gelte. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes sei selbst bei Zugang des Informationsschreibens am 29.03.2010 erst von einer Rüge nach achteinhalb Tagen auszugehen, was nach jedweder Rechtsprechung nicht mehr als unverzüglich anzusehen sei. Weiter führte die Antragstellerin umfangreich und dezidiert dazu aus, dass nach ihrer Rechtsauffassung die deutschen Präklusionsregeln selbst unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung der EuGH vom 28.01.2010, RS C 406/08 als europarechtskonform anzusehen seien. Im Nachfolgenden setzte sich der Auftraggeber schriftsätzlich dezidiert mit der zur Problematik der Unverzüglichkeit der Rüge veröffentlichten Literatur als auch mit den Entscheidungen des EuGH vom 11.10.2007 C 41/06 auseinander, um im Resümee dazu zu kommen, dass bei formaler Betrachtung von ihrer Funktion her das Rügeverfahren und Rügefristen einerseits und Nachprüfungsverfahren und Klagefristen andererseits rechtlich nicht gleichgesetzt werden könnten. Es stünden sich die Formalität der Klageerhebung und die Befriedungsfunktion der Rüge gegenüber. Dies sei nicht miteinander zu vergleichen und werde vom EuGH auch in dieser Weise nicht thematisiert. Im Rahmen des weiteren Vortrages wies der Auftraggeber zudem auf eine Entscheidung der Vergabekammer Bund (Beschluss vom 05.03.2010, VK 1-16/10) hin und legte dar, dass mit dieser Entscheidung die Vergabekammer des Bundes bereits überzeugend dargelegt habe, dass die „Uniplex-Entscheidung“ des EuGH argumentativ nicht herangezogen werden könne, um eine Europarechtskonformität des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB infrage zu stellen. Hinsichtlich des materiellrechtlichen Vorbringens legte der Auftraggeber dar, dass das Angebot der Zuschlagsbieterin kein Dumpingangebot sei. Zum einen sei darauf zu verweisen, dass § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A keinen Schutz vor unterpreisigen Angeboten beinhalte. So lehne das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung (Beschluss vom 22.08.2007 VII Verg. 27/07) eine solche direkte Durchschlagswirkung des § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A auf die subjektiven Rechte der Konkurrenten ab. Diese Norm sei lediglich dazu geeignet, den Auftraggeber selber vor der Entstehung eines späteren Schadens durch schlechte Erfüllung oder Insolvenz zu schützen. Darüber hinaus sei darauf zu verweisen, dass die Antragstellerin ihre Argumentation dergestalt aufbaue, dass davon auszugehen sei, dass sie hier fälschlicherweise von einem offenen Verfahren ohne Nachverhandlungsmöglichkeiten ausgegangen sei. Vorliegend habe es sich jedoch um ein Verhandlungsverfahren gehandelt, bei dem es üblicherweise auch um Preisverhandlungen gehen könne. Zudem zeige der Punkteabstand zwischen den einzelnen Angeboten, dass der Vortrag der Antragstellerin, man selber habe eine Grenzkostenkalkulation vorgenommen, so nicht haltbar sei. Soweit die Antragstellerin hinsichtlich der ersten Wertungsrunde moniere, dass hier der Warenkorb erweitert werden sollte, so verkenne die Antragstellerin, dass dem öffentlichen Auftraggeber eine Dispositionsfreiheit dahingehend zustünde, festzulegen, welche Produkte er in welcher Weise beschaffen wolle. Es sollte die Möglichkeit geschaffen werden, den gesamten späteren Anwenderkreis in zufriedenstellendem Maße versorgen zu können. Was die Antragstellerin hier in Wirklichkeit (und das viel zu spät) monieren wolle, sei der Bewertungsmaßstab. Dieser sei jedoch von Anfang an transparent bekannt gegeben worden. Nachfolgend begründete der Auftraggeber umfangreich, warum das Verhandlungsverfahren aus seiner Sicht ordnungsgemäß verlaufen sei. Unter Darstellung

des chronologischen Ablaufes des Verhandlungsverfahrens legte der Auftraggeber dar, dass die Behauptungen der Antragstellerin, dass man sie zu einem unzulässigen Angebot des eigenen Angebotes aufgefordert habe, unzutreffend seien.

Mit Verfügung vom 05.05.2010 erteilte die Vergabekammer einen rechtlichen Hinweis an die Verfahrensbeteiligten und wies darauf hin, dass nach ihrer vorläufigen Auffassung das Merkmal der Unverzüglichkeit i. S. d. § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 28.01.2010, Rs C 406/08) nicht anwendbar sei. Weiter wies die Vergabekammer darauf hin, dass nach ebenfalls vorläufiger Rechtsauffassung gemäß § 131 Abs. 8 GWB einiges dafür spräche, dass das GWB in seiner alten Fassung Anwendung finde. Unter Verweis auf eine Entscheidung des OLG Naumburg (Beschluss vom 08.10.2009, 1Verg9/09) beginne ein Vergabeverfahren mit der Absendung der Vergabebekanntmachung an das Veröffentlichungsorgan und in Fällen einer europaweiten Ausschreibungspflicht mit der Absendung an das EU-Amtsblatt. Vorliegend sei ein Verhandlungsverfahren nach § 3a Nr. 2a VOL/A eingeleitet worden. Die Bedingungen des ursprünglichen Auftrages, der bereits mit Vergabebekanntmachung vom 30.01.2009 veröffentlicht worden sei, seien nicht grundlegend geändert worden. Darüber hinaus bestehe auch eine gewisse Bindung an die ursprünglichen Zuschlagskriterien, weshalb davon auszugehen sei, dass das Vergabeverfahren durch Vergabebekanntmachung vor dem 24.04.2009 eingeleitet worden sei. Selbst wenn § 101a GWB zur Anwendung käme, wäre zu hinterfragen, ob die Informationspflicht, die sich hieraus ergäbe, verletzt sei. Vorliegend habe der Auftraggeber seine Gründe der Nichtzuschlagsentscheidung an die Antragstellerin im Nichtabhilfes Schreiben konkretisiert, so dass mögliche Mängel im Laufe des Nachprüfungsverfahrens unter Umständen bereits geheilt worden seien. Zudem sei auch fraglich, ob eine Verletzung der Informationspflicht, sofern diese überhaupt stattgefunden habe, die Antragstellerin in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt habe. Weiter wurde der Auftraggeber aufgefordert, die zum Angebotsabgabetermin (18.01.2010) eingereichten Angebote auf Vollständigkeit hin zu überprüfen und das Ergebnis der Überprüfung der Vergabekammer mitzuteilen. Insbesondere wurde der Auftraggeber aufgefordert darzustellen, ob Preise vollständig angegeben wurden, ob vollständige Angaben auf den Preisblättern „Bezeichnung des Herstellers/Typ“ getätigt worden seien und warum sich im Verhandlungsprotokoll über das Verhandlungsgespräch der Beigeladenen eine Aufforderung finde, die Bezug auf eine konkrete prozentuale Verringerung des Angebotspreises der Antragstellerin nehme.

Mit Schriftsatz vom 10.05.2010 nahm der Auftraggeber abermals vertiefend zur Zulässigkeit und Begründetheit des Vergabenachprüfungsantrages Stellung. Er legte umfangreich und unter dezidierter Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuGH vom 28.01.2010 dar, dass die Beanstandung der Antragstellerin vom 01.04.2010, welche am 06.04.2010 dem Auftraggeber zugegangen sei, nicht mehr als unverzügliche Rüge nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB einzuordnen sei. Unter Verweis auf einen umfangreichen Literatur- und Rechtsprechungsfundus legte der Auftraggeber dar, dass das Angelsächsische Rechtssystem das so genannte freie Ermessen des Richters kenne, eben dieses freie Ermessen des Richters existiere jedoch in der Bundesrepublik Deutschland nicht, so dass im Ergebnis die Rechtsprechung des EuGH keine Auswirkungen auf die Bestimmung des Rechtsterminus „unverzüglich“ hätte. Weiter sei zu beachten, dass der Begriff der „Unverzüglichkeit“ durch § 121 BGB in jahrzehntelanger Rechtsprechungstradition gefestigt sei, so dass im Ergebnis die Europarechtskonformität des § 107 Abs. 3 GWB nicht in Frage zu stellen sei. Schlussfolgernd sei nach Auffassung der Antragstellerin festzustellen, dass das Rügeschreiben der Antragstellerin präkludiert sei. Hinsichtlich der Begründetheit führte der Auftraggeber weiter aus, die Leistungsbeschreibung sei so konzipiert gewesen, dass es so genannte Prio-E-Kriterien und Prio-O-Kriterien gegeben habe. Hinsichtlich der Prio-E-Kriterien handele es sich um zwingende Mindestanforderungen (Basisanforderungen), deren Nichtberücksichtigung zu einem Ausschluss des Angebotes geführt hätte. Hinsichtlich der Prio-O-Kriterien handele es sich um so genannte optionale Leistungsmerkmale, die sich nicht als Mindestanforderungen verstünden. Der Bieter habe hier anzugeben gehabt, ob die von ihm gelieferte Hör-/Sprecheinrichtung die so genannten optionalen Leistungsmerkmale erfüllten. Seien mit O

gekennzeichnete Fragen mit ja beantwortet worden, habe der Bieter für das jeweilige Leistungsmerkmal einen festgelegten Punktwert erhalten. Ausdrückliche Regelungen für den Fall, dass ein Bieter betreffend einige O-Kriterien keinerlei Ankreuzungen im Bewertungsteil gemacht habe, existierten nicht. Soweit die Beigeladene in ihrem Angebot bei einigen Prio-O-Kriterien keinerlei Angaben getätigt habe, so sei dies unschädlich, da eine Wertung aus juristischer Sicht durchaus noch möglich sei und eine Nichtwertung des Angebotes der Beigeladenen deshalb einen reinen Schematismus darstellen würde. Hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin sei festzustellen, dass in dem Preisblatt 6/01 in der 3. Spalte, die da lautet: „*Bezeichnung des Herstellers/Typ, Ergänzung/Bemerkung*“ keinerlei Eintragungen getätigt worden seien. Da der Auftraggeber hierzu die jeweiligen Muster gekannt habe, habe er aus der Perspektive der fachlichen Wertung heraus jedoch eine Schlussfolgerung treffen können, um welchen Typ und welchen Hersteller es sich handele. Die fehlenden Hersteller-/Typangaben im Preisblatt der Antragstellerin müssten zu einem Ausschluss deren Angebotes führen. Das Angebot des dritten Bieters sei auch nach nochmaliger Prüfung völlig uneingeschränkt wertbar. Damit sei die Antragstellerin nicht antragsbefugt. Nachfolgend erläuterte der Auftraggeber an einem Beispiel die Wertungsweise des Warenkorbs.

Mit Schriftsatz vom 10.05.2010 zeigte sich der Verfahrensbevollmächtigte der Beigeladenen an.

Mit Schriftsatz vom 10.05.2010 nahm die Antragstellerin vertieft Stellung. Sie setzte sich abermals mit der Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 28.01.2010 - C-406/08 hinsichtlich der Unanwendbarkeit des Unverzögerlichkeitserfordernisses des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB auseinander. Die Wertung sei intransparent. Die Berechnung der Preise hänge von einem so genannten Preisberücksichtigungsfaktor, der geschätzten Auftragsmenge sowie dem Einzelpreis netto ab. Im Anschluss hieran erfolge eine Aufsummierung je Preisblatt. Aus den Verdingungsunterlagen ergebe sich, dass für jeden Steckertyp für die betreffende Position ein Preis anzugeben sei. Andererseits komme ein Ausschluss des Angebots in Betracht. Bei 10 der 22 insgesamt zu bepreisenden Positionen der Anlagen 6.08 und 6.09 hätten die Bieter nach den dargestellten Vorgaben Preise für jeweils 4 unterschiedliche Steckertypen anzugeben gehabt. Das Angebot der Antragstellerin hingegen sei im Gegensatz zum Angebot der Beigeladenen vollständig bepreist worden. Entgegen der Vorgabe der Leistungsbeschreibung habe der Auftraggeber bei der Preiswertung jedoch hinsichtlich der zitierten TI-Position jeweils lediglich eine Unterposition berücksichtigt. Hierbei handele es sich jeweils um die Unterposition BOS-Zubehörstecker ohne Kompensation. Im Übrigen sei die Preiswertung willkürlich erfolgt. Die Aussage des Auftraggebers, der Warenkorb sei bei der Preiswertung nicht berücksichtigt geblieben, sei unrichtig. Des Weiteren wies die Antragstellerin darauf hin, dass in den Bewertungsteilen Anlagen 6.05 und 6.06 vollständige Eintragungen abgefordert worden seien. Für jedes Bewertungskriterium sei in der Spalte Punkte der erreichbare Punktwert abgebildet. Demnach hätten Punkte nur in vom Bieter bejahten Leistungsmerkmalen vergeben werden dürfen. So habe es in der Leistungsbeschreibung geheißen *„Im Ergebnis der Angebotsdemonstration kann bei Nichterfüllung eines ursprünglichen Bewertungsteil bejahten optionalen Leistungsmerkmals eine Korrektur der ursprünglich berechneten Zuschlagswerte nach unten erforderlich werden. Ein Ausschluss in der Vergabe erfolgt hier hingegen nicht. Im Ergebnis dieser Prüfung der Leistungsmerkmale kann sich die Reihenfolge der Angebote verändern.“* Die Antragstellerin wies darauf hin, dass dies nur für bejahte Leistungsmerkmale gelte. Dementsprechend sei nicht vorgesehen, dass der Antragsgegner vom Bieter selbst ursprünglich verneinte Leistungsmerkmale eigenständig bejahen dürfe mit der Folge, dass eine Korrektur der ursprünglich berechneten Zuschlagswerte nach oben hin erfolgen dürfe. Darüber hinaus sei eine Ungleichbehandlung darin zu sehen, dass die Verhandlungsrunden mit der Antragstellerin zu anderen Zeitpunkten stattgefunden hätten. Die erste Verhandlungsrunde mit der Beigeladenen und dem 3. Bieter habe bereits am 01.02.2010 stattgefunden, wohingegen die Antragstellerin erst am 08.02.2010 an der ersten Verhandlungsrunde teilgenommen habe. Des Weiteren sei vergaberechtswidrig, dass bei der Wertung lediglich die Unterposition BOS-Zubehörstecker ohne Kompensation herangezogen worden sei. Die Beigeladene habe ebenso die Anlagen 6.05 und 6.06 nicht vollständig aus-

gefüllt und entsprechende wertungsrelevante Angaben verweigert. Wie bereits oben dargestellt, sei bei einer Nichterfüllung der entsprechenden Leistungsmerkmale eine Abpunkung in den Verdingungsunterlagen vorgesehen worden. Eine selbstständige Bejahung von Leistungsmerkmalen sei hingegen nicht vorgesehen worden. Die Berücksichtigung der Preisberücksichtigungsfaktoren sei darüber hinaus intransparent und nicht schlüssig. Der Preis des Angebots der Beigeladenen sei unauskömmlich. Die Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A habe bieterschützenden Charakter.

Mit Schriftsatz vom 17.05.2010 nahm die Beigeladene Stellung zum Vergabenachprüfungsantrag. Das Vergabeverfahren sei vergaberechtskonform verlaufen. Auch die Beigeladene sei aufgefordert worden, den Warenkorb um 2 Fremdprodukte zu erweitern. Die Beigeladene sei von Seiten des Auftraggebers wiederholt zu einem Preisnachlass aufgefordert worden. Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt, ihr Vortrag sei präkludiert. Ebenso komme kein Verstoß gegen die Informationspflichten des § 13 VgV bzw. des § 101 a GWB in Betracht. Auch sei die Wertung fehlerfrei erfolgt. Entgegen den Mutmaßungen der Antragstellerin sei es zu keiner Bejahung eines von der Beigeladenen ursprünglich verneinten Leistungsmerkmals durch die Auftraggeberin gekommen. In der Kategorie S habe es die Beigeladene z.T. versäumt, die Leistungsmerkmale anzugeben. Die entsprechende Bejahung ergebe sich eindeutig aus dem beigefügten Datenblatt zu den angebotenen Artikeln. Das angewandte Wertungssystem sei weder manipulativ noch unvorhersehbar gewesen. So habe die Beigeladene für manche Zubehörsteckertypen keinen Preis angegeben, weil dies im Rahmen ihrer Leistungsmerkmale keinen besonderen Sinn ergeben hätte. Die optionale Anforderung von Zubehörsteckern mit oder ohne Kompensation habe offenbar noch in der Geschichte des Vergabeverfahrens begründet gelegen. Zuvor seien noch Positionen für 3 Gerätevarianten ausgeschrieben worden. Die Vergabestelle sei gerade im Rahmen des Verhandlungsverfahrens durchaus in der Lage und verpflichtet, sich den besten Bieter aus dem Korb zu picken. Das Angebot der Beigeladenen sei auskömmlich.

Mit Schriftsatz vom 18.05.2010 nahm der Auftraggeber nochmals vertieft zur Zulässigkeit Stellung. Ebenso vertiefte er seinen Vortrag zur Vergaberechtsgemäßheit des Wertungsvorganges. Hinsichtlich des Preisberücksichtigungsfaktors verwies der Auftraggeber auf die Leistungsbeschreibung, S. 11 von 14. Die geschätzte Auftragsmenge könne sich bei TI-Positionen ggf. auf mehrere Preisblattpositionen verteilen. Dies sei insbesondere der Fall, wenn es sich um ähnliche Artikel handle. In diesem Fall werde in der Spalte die geschätzte Auftragsmenge mit dem Hinweis in der jeweiligen Nummer enthalten auf den gültigen Bezugswert verwiesen. Insoweit werde die geschätzte Gesamtmenge auf verschiedene Positionen entsprechend des Angebots verteilt. Die Preisangaben der Beigeladenen seien nicht unvollständig gewesen. Die allgemeinen Leistungsbeschreibungen sagten eindeutig aus, dass der Bieter die mit K gekennzeichneten Positionen nur bepreisen müsse, wenn er das Leistungsmerkmal bejaht habe.

Mit Schriftsatz vom 18.05.2010 nahm die Antragstellerin erneut Stellung und vertiefte ihre Begründung. Die Eigenangaben der Bieter zu den Leistungsmerkmalen in Anlage 6.05 sowie 6.06 stellten nicht lediglich eine reine Formalität dar, die durch den Nachweis auf Datenblättern ersetzt werden könne. Die Anforderung, die Leistungsmerkmale zu bejahen oder zu verneinen, sei in Anbetracht der Vorgaben nach Ziff. 4.4.1 der Anlage 6.02 der Verdingungsunterlage zwingend und eindeutig gewesen. Insoweit verwies die Antragstellerin auf Ziff. 4.2 der Anlage 6.02. Der Bieter habe die bejahten Leistungsmerkmale zu belegen. In Ziff. 4.1.2 der Anlage 6.02 hieße es: Auf Basis des oben angegebenen Leistungskataloges wurden die Bewertungsteile erstellt, die vom Bieter auszufüllen sind (Anlagen 6.05 und 6.06). Die zwingende Vorgabe des Auftraggebers führe damit zum zwingenden Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen. Hingegen sei das Angebot der Antragstellerin nicht wegen fehlender Preisangaben zwingend auszuschließen. Aus 4.4.2.1. der Anlage 6.02 ergebe sich, dass, sofern unterschiedliche Zubehörsteckertypen benannt seien, für jeden Steckertyp der betreffenden Position ein Preis zu benennen gewesen sei. Hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin sei auszuführen, dass vollständige Preise angegeben worden seien. Die Bezeich-

nung der 3. Spalte der Anlagen 6.08 und 6.09 „*Bezeichnung des Herstellers, Typ, Ergänzungen/Bemerkungen*“ belege dass die hierin zu treffenden Angaben lediglich informativen Charakter für den Auftraggeber gehabt hätten. Im Übrigen sei die in der Grundsatzentscheidung des BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02, genannte Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet. Eine Manipulationsgefahr sei ausgeschlossen. Die Leistungen des Vergabeverfahrens seien nach den Vorgaben der Leistungsbeschreibung eindeutig hersteller- und typenspezifisch über Leistungsmerkmale definiert, die von den Bietern in den Angebotsunterlagen selbst zu verneinen oder zu bejahen gewesen seien. Die entsprechenden Hersteller- und Typangaben seien durch die geforderten Datenblätter, eigene Erklärung, Musterexemplare und Demonstrationen nachgewiesen. Im Übrigen stünde dem Auftraggeber i. S. des § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A ein Ausschlussermessen zu. Von diesem Ausschlussermessen habe der Auftraggeber abschließend Gebrauch gemacht. Das Angebot der Antragstellerin sei demzufolge nicht auszuschließen.

Mit Hinweis vom 01.06.2010 teilte die Vergabekammer den Beteiligten mit, dass sich das Oberlandesgericht Dresden mit Beschluss vom 07.05.2010 (WVerg 007/10) zur Frage der Unverzüglichkeit der Rüge auch im Lichte der Entscheidung des EuGH vom 28.01.2010, RS.C-406/08, positioniert habe. Hierin bringe das Oberlandesgericht Dresden zum Ausdruck, dass es nicht die Ansicht teile, dass der Begriff der Unverzüglichkeit i. S. des § 107 Abs. 3 GWB sich nicht mehr im Lichte der Entscheidung des EuGH halten lassen werde. Unter Beifügung dieser Entscheidung wurde den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Mit Schriftsatz vom 07.06.2010 nahm der Auftraggeber erneut vertieft Stellung zur Zulässigkeit des Vergabenachprüfungsantrages. Die Vorabinformationspflicht nach § 101 a GWB sei praktikabel zu begrenzen. Ebenso bestehe kein bieterschützender Charakter hinsichtlich angeblich unangemessener niedriger Preise. Insoweit verwies der Auftraggeber auf den Beschluss des OLG Dresden vom 07.05.2010, WVerg 0006/10. Ebenso liege keine mangelnde Notwendigkeit der Dokumentation jedes Wertungsdetails vor. Auch habe man nicht gegen das Gebot der Ausschreibungsreife verstoßen. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht zu werten. Sie habe die entsprechenden Eintragungen zu den Hersteller- und Typenbezeichnungen auf dem Preisblatt und damit nicht auf irgendeinem beliebigen Stück gemacht. Es gelte der Grundsatz, überall dort, wo unstreitig und in erkennbarer Weise Angaben zu machen seien, müssten diese vorhanden sein. Fehlten diese, so müsste aus formalen Gründen ein Ausschluss vorgenommen werden. Hinsichtlich des Angebots der Beigeladenen sei festzuhalten, dass von allen Bietern für jeden Steckertyp für die betreffende Position ein Preis angegeben worden sei.

Mit Schriftsatz vom 07.06.2010 vertiefte die Antragstellerin ihren Vortrag zur Zulässigkeit. Die Angebote seien nicht vergleichbar. Diese seien nur vergleichbar gewesen, wenn alle Bieter, wie in der Anlage 6.02 in Ziff. 4.4.2.1. gefordert, Preise zu sämtlichen Positionen mithin zu sämtlichen Zubehörsteckervarianten abgegeben hätten. Dies sei jedoch im Hinblick auf das Angebot der Beigeladenen nicht der Fall. Die Kalkulationsgrundlagen seien hierzu zwangsläufig unterschiedlich. Insoweit verwies die Antragstellerin auch auf die Entscheidung der VK Lüneburg, Beschluss vom 04.09.2008, dass eine nachträgliche Änderung der Bewertungsgrundlagen das Transparenzgebot verletze und im Hinblick auf die hiermit verbundene Manipulationsmöglichkeit Zweifel an der Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes der Bieter aufkommen ließe. Das Angebot der Beigeladenen sei zwingend auszuschließen, da sie die Anlagen 6.05 und 6.06 nicht vollständig ausgefüllt habe. Es sei zu monieren, dass die Ermittlung des konkreten Beschaffungsbedarfs erst während des Vergabeverfahrens stattgefunden habe. Insoweit sei von einer unzulässigen Markterkundung auszugehen. Die Antragstellerin wiederholte ihren Vortrag, dass einzelne Leistungsmerkmale zu bejahen gewesen seien. Eine Bejahung des Leistungsmerkmals habe damit auch zur Pflicht zur Preisangabe geführt. Es sei zu konstatieren, dass wahrscheinlich nicht alle Preise durch die Beigeladene aufgeführt worden seien. Die Antragstellerin vertiefte ihren Vortrag zur Unangemessenheit der Preise des Angebots der Beigeladenen.

Mit Schriftsatz vom 09.06.2010 wies die Antragstellerin darauf hin, dass, soweit man in Anbetracht des Beschlusses des OLG Dresden vom 07.05.2010 davon ausginge, die Rüge der Antragstellerin sei verfristet, eine Präklusion jeweils für die einzelnen Vergaberechtsverstöße gesondert anzunehmen sei. Hinsichtlich der erst im Vergabenachprüfungsverfahren – insbesondere im Wege der Akteneinsicht- bekannt gewordenen Vergaberechtsverstöße greife die Präklusionsvorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht. Dies betreffe im Wesentlichen zwingende Ausschlussgründe zulasten der Beigeladenen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 14.06.2010 wurde mit den Beteiligten die Sach- und Rechtslage erörtert. Auf die Niederschrift zur mündlichen Verhandlung wird verwiesen. Wegen des übrigen Vorbringens der Parteien und wegen der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird auf die übrigen gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. Die von der Vergabestelle überlassenen Vergabeakten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Die Antragstellerin stellte ihren Antrag aus dem Schriftsatz vom 12.04.2010, soweit sich dieser nicht durch Akteneinsicht bereits erledigt hat.

Der Auftraggeber stellte seinen Antrag aus dem Schriftsatz vom 26.04.2010, den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen und der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Gebühren und Auslagen des Antraggegners aufzuerlegen.

3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten des Antraggegners notwendig war.

Nach Belehrung erklärte die Beigeladene, keinen eigenen Antrag stellen zu wollen.

Nachdem in der mündlichen Verhandlung der Auftraggeber aufgefordert wurde, die mit Angebotsabgabe vorzulegenden Muster bereitzustellen, teilte die Vergabekammer den Beteiligten mit Hinweis vom 16.06.2010 folgendes mit: den Mustern hätten Lieferscheine beigelegt. Die Antragstellerin habe für ihr Hauptangebot mehrere Muster beigelegt. Für die Kategorie S und F seien z. T. gleiche Produkte angeboten und damit z.T. für beide Kategorien nur 1 Muster eingereicht worden. Die Muster wiesen nur 1 Steckertyp aus. Der Hersteller sei erkennbar. Zu den Produkten der Nummern TI 01 Kat. S/F bis TI 03 Kat. S/F seien Produktbeschreibungen eingereicht worden, die den Zusatz der Firma der AST und die Bezeichnung der LV-Nummer auswiesen. Zu den übrigen Produkten seien Bedienungsanleitungen eingereicht worden. Ausweislich der Produktblätter und Bedienungsanleitungen sei Hersteller sämtlicher Produkte der im Angebot benannte Subunternehmer und nicht die Antragstellerin selber. Den Preisblättern der Beigeladenen seien Typangaben, jedoch nicht der Hersteller zu entnehmen. Den dem Angebot beigelegten Preislisten und Produktblättern sei die Bezeichnung des Herstellers zu entnehmen. Den Mustern seien Bedienungsanleitungen und Produktangaben beigelegt, die mit dem Hersteller versehen sind. Die Muster sind jeweils in Kartons mit der Beschriftung des Herstellers eingepackt. In den Preisblättern des dritten Bieters seien Typangaben getätigt worden. Die Hersteller lassen sich nach derzeitiger Prüfung der Vergabekammer den nachgehefteten Produkt- und Preisblättern entnehmen.

Mit Schriftsatz vom 16.06.2010 teilte die Beigeladene mit, man sei der Auffassung gewesen, die Anlagen 6.05 und 6.06 explizit für jedes von uns angebotene Produkt beantworten zu müssen. Somit seien nicht produktrelevante Leistungsmerkmale logischerweise auch nicht angekreuzt. Diese Auffassung rühre sicherlich aus den Verdingungsunterlagen der ersten, aufgehobenen Ausschreibung 32-BOSST-0268,10/3/3/ST-T09/0093 Version 1.0 vom 04.04.2009. (Siehe Anlage 1). Zieht man alle Ankreuzungen der ausgefüllten Bewertungsteile zusammen, ergebe sich pro Bogen und Kategorie (6.05 und 6.06) folgendes Ergebnis: Die Leistungsmerkmale 54 und 56 der KÄT-S und KÄT-F, seien offensichtlich nicht angekreuzt, wohl aber angeboten und durch ein Datenblatt belegt. Dies habe man in der Verhandlung vom 14.06.10 schon eingeräumt. Es habe sich hieraus kein Bewertungsvorteil ergeben, da nicht gesetzte Kreuze von der Vergabestelle mit „Nein“ gewertet worden seien.

Mit Schreiben vom 17.06.2010 verlängerte die Vergabekammer die fünfwöchige Entscheidungsfrist auf den 09.07.2010.

Mit Schriftsatz vom 21.06.2010 teilte die Beigeladene mit, ihr Angebot sei vollständig. Soweit Angaben nicht ausdrücklich erfolgt seien, ergäben sich diese eindeutig aus dem Kontext des Angebotes. Die Beigeladene selbst sei Herstellerin sämtlicher von ihr angebotener Produkte. Es sei nicht möglich, aus dem Angebot der Beigeladenen den Schluss zu ziehen, sie biete Fremdprodukte an. Die Beigeladene benenne sich selbst als Herstellerin auf sämtlichen Lieferscheinen, mit denen die erforderlichen Musterprodukte an den Auftraggeber gesendet worden seien. Darüber hinaus werde die Ware selbst regelmäßig mit Logos oder der Firmenbezeichnung als Produkt der Herstellerfirma versehen. Das Angebot der Beigeladenen weise auch hinsichtlich der Leistungskriterien, welche in den Anlagen 6.05 und 6.06 anzugeben gewesen seien, eindeutige Angaben auf. Die Aufteilung der Angaben in mehrere Blätter für jedes einzelne Produkt durch die Beigeladene erkläre sich aus den Erfordernissen der Vorausschreibung. Durch eine Zusammenführung der jeweiligen Angaben 6.05 und 6.06 in jeweils ein Blatt ergäben sich keine Widersprüche. Dies gelte auch für jene Kriterien, welche versehentlich weder bejaht oder verneint worden seien. Nicht angekreuzt in KAT-S seien die Leistungskriterien 55 und 56, sowie in KAT-F 54, 55, 56, 57. Hierbei sei zu beachten, dass die Merkmale 55 und 56 in beiden Kategorien identisch seien und in einem zwingenden Alternativverhältnis zueinander stünden. Nach der Rechtssprechung der angerufenen Kammer im Anschluss an die ständige Rechtssprechung des BGH könne ein formaler Fehler bei zwingend erforderlichen Angaben nicht ohne weiteres zum Ausschluss des Bieters führen. Wenn sich aus dem Kontext des Angebots eindeutig und zweifelsfrei ergebe, welche Erklärung abgegeben wurde, stelle sich ein Ausschluss vielmehr als unerträgliche Förmerei dar. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass die Ausschreibung ausweislich ZÜT. 5.3. „Nachweis von Leistungsmerkmalen“ der Anlage 6.02 einen Beispielsfall für eine Heranziehung der Angebotsdemonstration benenne. *„Im Ergebnis der Angebotsdemonstration kann bei Nichterfüllung eines ursprünglich im Bewertungsteil bejahten optionalen Leistungsmerkmals eine Korrektur der ursprünglich berechneten Zuschlagswerte nach unten erforderlich werden. Ein Ausschluss von der Vergabe erfolge hier hingegen nicht.“* Wenn aber ein bewusst oder unbewusst falsch bejahtes Merkmal lediglich zu einer Korrektur des Angebots anhand der objektiven Umstände führe, müsse dies erst recht für die versehentliche Nichtbenennung der Kriterien 54, 55, 56, 57 bzw. 55, 56 in den Anlagen 6.05 sowie 6.06 gelten. Produkte mit den Leistungsmerkmalen 54 und 57 seien von der Beigeladenen nicht angeboten worden, was zutreffend vom Auftraggeber entsprechend bewertet worden sei. Die Leistungsmerkmale 55 und 56 der KAT-S und KAT-F seien dagegen durch ein Datenblatt belegt worden.

Mit Schriftsatz vom 22.06.2010 vertiefte die Antragstellerin erneut ihre Begründung. Die Antragstellerin habe die geforderten Musterexemplare vollständig mit Angebotsabgabe eingereicht. Hinzuweisen sei insoweit auch, dass es den Bietern nach Ziff. 4.3 der Anlage 6.02 freigestanden habe, ob ein Originalzubehörstecker oder der BOS- Zubehörstecker genutzt werden sollte. Zudem habe es den Bietern freigestanden, bei identischen Mustern in den Kategorien S und F nur ein Muster abzugeben. Dies habe der Antragsgegner mit seiner Beantwortung von Bieterfragen vom 12.01.2010 (vgl. 8. und 9. Bieterfrage nebst Antworten) sowie der korrigierenden Antwort zur 8. Bieterfrage mit E-Mail vom 15.01.2010 klargestellt. Auch das Angebot des dritten Bieters müsste vom Verfahren ausgeschlossen werden. Den Preisblättern des dritten Bieters seien nur Typenangaben zu entnehmen gewesen seien. Das Angebot der Antragstellerin sei im Hinblick auf Hersteller-/Typangaben vollständig. Die Mustergeräte hätten über die stets angegebenen Preisblattpositionen sowie die verbale Preisblattbezeichnung durchweg den Preisblattpositionen zugeordnet werden können. Somit sei ohne weiteres ersichtlich, wer Hersteller der angebotenen Geräte gewesen sei. Die von der Antragstellerin angebotenen Geräte hätten zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch keine spezielle Typenbezeichnung erhalten. Dementsprechend hätten - wie geschehen - die angebotenen Geräte auch nur mit der dem Preisblatt zuzuordnenden Positionsbezeichnung sowie der verbalen Preisblattbezeichnung versehen werden können. Es habe insoweit für den An-

tragsgegner Klarheit über den Hersteller sämtlicher Geräte sowie über die angebotenen Leistungsmerkmale sämtlicher Geräte bestanden. Zweifel oder Nachfragebedarf hierüber habe beim Antragsgegner nicht bestanden, was dieser in der mündlichen Verhandlung bestätigt habe. Die Antragstellerin vertiefte ihre Begründung zum Unverzögerlichkeitserfordernis des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Die Leistungsbewertung des Antragsgegners habe hinsichtlich des Angebotes der Beigeladenen gegen die eigenen Bewertungsvorgaben der Anlage 6.02 verstoßen.

Mit Schriftsatz vom 22.06.2010 vertiefte der Auftraggeber seine Begründung im Hinblick auf die Rechtsprechung zu fehlenden Hersteller-/Typangaben. Die Zielstellung der Bemusterung in der vorliegenden Ausschreibung sei a) den geforderten Nachweis der Leistungsmerkmale (Anlage 6.03), entsprechend dem Bewertungsteil (Anlage 6.05) bei der Forderung nach einem Muster zu erbringen, b) eine Demonstration durchzuführen, die auf eine allgemeine Funktions- u. Trageerprobung abziele. Die Musterstücke der Antragstellerin seien einzeln in Tüten verpackt gewesen. Auf den Tüten sei mittels Aufklebern die lfd. Nr. der Preisblattposition beschriftet und somit der Bezug zum Preisblatt durch den Bieter hergestellt worden. Die Fa. XXX sei Unterauftragnehmerin. Die angebotenen Produkte seien dem Auftraggeber seit Jahren bekannt. Durch die Beigeladene seien die Muster in einzelnen Kartons verpackt worden. Auf den Kartons sei ein Aufkleber, auf welchem die Typbezeichnung sowie die lfd. Nr. aus dem Preisblatt aufgedruckt war, angebracht. Die Produkte der Beigeladenen seien dem Antragsgegner ebenso seit Jahren bekannt. Alle angebotenen Muster würden durch die Beigeladene selbst hergestellt. Der 3. Bieter habe alle Musterstücke in Klarsichttüten einzeln verpackt. In der Tüte sei ebenfalls eine Übersicht enthalten, auf welcher im oberen Bereich die Nummer des in der Tüte enthaltenen Musters versehen gewesen sei und folgend sei eine Tabelle aufgeführt gewesen, auf welcher alle Musternummern mit Bezug zur lfd. Nr. aus dem Preisblatt sowie deren Bezeichnung enthalten gewesen sei. Die Bezeichnung des Herstellers / Typs sei vom Bieter ebenfalls vollständig im Preisblatt vorgenommen worden. Die Musterexemplare aller Bieter seien geeignet, den Nachweis der Leistungsmerkmale gemäß der Leistungsbeschreibung, allgemein (Anlage 6.02, Pkt. 4.2) zu erbringen. Nach Prüfung habe festgestellt werden können, dass die Muster vollständig von allen Bietern zum Angebot eingereicht worden seien.

Mit Schreiben vom 25.06.2010 wies die Vergabekammer auf Folgendes hin: Nach derzeitiger Rechtsauffassung der Vergabekammer sei im Sinne der Rechtsprechung des BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06 dem Auftraggeber zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen, da kein Angebot zuschlagsfähig sei. Es fehle bei von der Antragstellerin angebotenen Produkten im Preisblatt für zahlreiche Positionen die Hersteller/Typangabe. Die Vergabekammer habe deutlich gemacht, dass der reine Rückschluss vom Muster auf eine Hersteller-/Typangabe nicht ausreichend ist, da ansonsten der Bieter, der keine Angabe zum Hersteller Typ getätigt hat, u.U. besser dastünde, als derjenige, dessen Muster von der Angabe abweicht. Soweit jedoch mit Angebotsabgabe der Hersteller/ Typ durch eine schriftliche Erklärung bspw. ein Datenblatt oder eine Gebrauchsanweisung unzweifelhaft zuordenbar sei, wäre ein Ausschluss u.U. nicht gerechtfertigt (vgl. VK Sachsen, B vom 07.08.2007 - 1/SVK/051-07). In der mündlichen Verhandlung habe die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass die Produkte der Antragstellerin überwiegend Eigenentwicklungen seien oder neue Entwicklungen seien, die explizit für diese Ausschreibung gemacht worden seien. Nunmehr teile die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 22.06.2009 mit, Hersteller sei die Antragstellerin selbst und nicht die der benannte Subunternehmer. Die Geräte trügen die Aufschrift der Antragstellerin. Auf Nachfrage habe die Antragstellerin diese Darstellung bestätigt. Im Ergebnis sei damit bereits nicht von einer eindeutigen Herstellerangabe auszugehen. Das Angebot sei damit auszuschließen: Die Beigeladene habe im Preisblatt keine Hersteller-/sondern nur Typangaben getätigt. Den dem Angebot beigefügten Preislisten und Produktblättern sei die Bezeichnung des Herstellers zu entnehmen. Den Mustern seien Bedienungsanleitungen und Produktangaben beigefügt, die mit dem Herstellernamen versehen seien. Die Muster seien jeweils in Kartons mit der Beschriftung der Herstellerfirma eingepackt. Im Sinne der o.g. Grundsätze wäre damit das Angebot im Hinblick auf Hersteller-/Typangaben eindeutig. Aller-

dings sei das Angebot der Beigeladenen wegen fehlender Kreuze zu den Leistungsmerkmalen auszuschließen. Nach nochmaliger Prüfung der Vergabekammer sei das Angebots des dritten Bieters wegen abweichender Muster auszuschließen. Es ergäben sich hinsichtlich eines Produktes Zweifel hinsichtlich des Herstellers/Typs. Bei 2 Positionen fehlen die Hersteller/Typangaben im Preisblatt. Diese seien jedoch ausweislich der nachgehefteten Datenblätter bzw. den Mustern beigefügten Gebrauchsanweisungen bestimmbar. In einem Fall weicht jedoch das Muster von dieser Angabe ab. Muster oder Bemusterungen stellen nach der Rechtsprechung des BGH und des OLG Düsseldorf in entsprechender Anwendung des § 21 Bietererklärungen dar. Seien verlangte Muster nicht oder unvollständig vorgelegt worden, könne das betreffende Angebot auszuschließen sein. Fehlen Muster, deren Vorlage der öffentliche Auftraggeber verlangt, oder sind verlangte Muster unvollständig, ist § 25 Nr. 1 Abs. 2 a VOL/A entsprechend anzuwenden (vgl. BGH, Beschluss vom 26.09.2006, X ZB 14/06; VK Sachsen, Beschluss vom 07.01.2008 - 1/SVK/077-07). Damit sei auch dieses Angebot auszuschließen.

Mit Schriftsatz vom 25.06.2010 teilte der Auftraggeber mit, die Behauptung der Antragstellerin, die von ihr angebotenen Produkte seien Eigenproduktionen, sei nicht nachvollziehbar.

Mit Schriftsatz vom 29.06.2010 teilte der Auftraggeber mit, hinsichtlich der Frage der Wertbarkeit des 3. Angebotes habe der Auftraggeber am 28.06.2010 in der Zeit von 15:00 bis 15:45 Uhr bei der Kammer in Leipzig Einsicht genommen und die Muster des 3. Bieters nochmals in Augenschein genommen. In dem Folienumschlag des Musters 17 sei ein Hersteller ausgewiesen in separat beschrifteter Verpackung. Dieser Hersteller gehöre nunmehr zur Firmengruppe des Produkts Produkt gemäß Datenblatt (von Seite 251 ff. des Angebotes im Ordner 2). Damit könne der Hörer aus dem Musterumschlag 17 als identisch betrachtet werden. Eine Zuordnung des Musters 17 zur Preisblatt-Position TI 12 sei damit gegeben.

Mit Schriftsatz vom 29.06.2010 vertiefte die Antragstellerin ihre Begründung zum Ausschluss des Angebots des dritten Bieters und wies darauf hin, der Antrag sei begründet, da nur eine Zuschlagsuntersagung in Betracht käme.

Mit Schriftsatz vom 05.07.2010 vertiefte die Antragstellerin abermals ihre Begründung zum Ausschluss des Angebots des dritten Bieters. Sie wies darauf hin, dass für die Position TI 12 der Kategorie S keine eindeutige Herstellerangabe getätigt worden sei.

II.

Das GWB findet in seiner vor dem 24.04.2009 geltenden Fassung Anwendung (1.). Der Antrag auf Nachprüfung ist teilweise unzulässig (2.), und soweit er zulässig ist, unbegründet. (3).

1. Anwendbares Recht

§ 131 Abs. 8 GWB stellt insoweit auf den Beginn des Vergabeverfahrens ab. Ein förmliches Vergabeverfahren beginnt mit der Absendung der Vergabebekanntmachung an das Veröffentlichungsorgan und in Fällen der europaweiten Ausschreibungspflicht mit der Absendung an das EU-Amtsblatt (OLG Naumburg, Beschluss vom 08.10.2009, 1 Verg 9/09). Vorliegend ist ein Verhandlungsverfahren nach § 3 a Nr. 2 a VOL/A eingeleitet worden. So wurden die Bedingungen des Auftrags im Hinblick auf das offene, vorangegangene Verfahren nicht grundlegend geändert.

Nach dem Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung inländischen Rechts muss die Vorschrift des § 3 a Nr. 2 a) VOL/A dahingehend ausgelegt werden, dass auch nach deutschem Recht in einem Verhandlungsverfahren im Anschluss an ein vorhergehendes - aufgehobenes - Vergabeverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung nur die Bieter einbezogen werden dürfen, die geeignet sind und die in dem vorangegangenen Verfahren Angebote

abgegeben haben, die nicht aus formalen Gründen ausgeschlossen worden sind (OLG Bremen, B. v. 03.04.2007 - Az.: Verg 2/07; VK Sachsen, B. v. 07.01.2008 - Az.: 1/SVK/077-07). Auch besteht eine gewisse Bindung an die ursprünglichen Zuschlagskriterien. Demzufolge ist von einer Identität der Beschaffungsvorgänge auszugehen, womit das Verfahren durch Vergabebekanntmachung vor dem 24.04.2009 eingeleitet wurde. Das GWB in seiner davor geltenden Fassung findet Anwendung.

2. Zulässigkeit

a) Die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gemäß § 2 der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über Einrichtung, Organisation Vergabekammern des Freistaates Sachsen (SächsVgKVO) für den Antrag zuständig, da es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um einen Lieferauftrag im Sinne von § 99 Abs. 2 GWB handelt.

b) Die geplante Gesamtauftragssumme überschreitet unstreitig den EU-Schwellenwert. Nach § 100 Abs. 1 GWB unterliegen der Nachprüfung durch die Vergabekammer nur Aufträge, welche die Auftragswerte (Schwellenwerte) erreichen oder überschreiten. Die Auftragswerte werden durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegt. Der Gesetzgeber hat von der Ermächtigung in § 127 Nr. 1 GWB zum Erlass einer Rechtsverordnung durch Erlass der Vergabeverordnung (VgV) Gebrauch gemacht. Gemäß § 2 Nr. 3 VgV betrug der Schwellenwert für Lieferaufträge zum Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung im vorangegangenen, aufgehobenen Verfahren 206.000,00 €. Die geschätzte Nettoauftragssumme überschreitet unstreitig diesen Wert um ein Vielfaches.

c) Die Auftraggeber, der Freistaat Sachsen, unterliegt gem. § 98 Nr. 1 GWB dem Vergaberechtsregime.

d) Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in bieterschützenden Rechten und zumindest einen drohenden Schaden darlegt. Die Antragstellerin hat substantiiert dargelegt, sie fühle sich dadurch in ihren Rechten verletzt, dass der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erfolgen solle. Ihr Interesse am Auftrag hat sie bereits durch Angebotsabgabe bekundet. Das ist für die Bejahung der Antragsbefugnis ausreichend. Das Interesse am Auftrag ist weit auszulegen. Es liegt in der Regel vor, wenn der Bieter vor Stellung des Nachprüfungsantrages am Vergabeverfahren teilgenommen und einen Vergabeverstoß ordnungsgemäß gerügt hat (BVerfG, B. v. 29.07.2004 - Az.: 2 BvR 2248/03; BGH, B. v. 26.09.2006 - Az.: X ZB 14/06; B. v. 01.02.2005 - Az.: X ZB 27/04; OLG Brandenburg, B. v. 07.08.2008 - Az.: Verg W 11/08).

e) Rüge

ea) Rügeschreiben vom 01.04.2010

Soweit die Antragstellerin mit Fax vom 01.04.2010 auf die Mitteilung nach § 13 VgV der Auftraggeberin vom 24.03.2010, bei der Antragstellerin am 29.03.2010 eingegangen, die beabsichtigte Zuschlagserteilung rügte, ist dies nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB geschehen. Inhalt der Rüge war, dass das Informationsschreiben nicht den Anforderungen des § 13 VgV entspreche, der Wertungsvorgang fehlerhaft sei, die geänderten Mindestabnahmemengen im Verhandlungsverfahren nicht nachvollziehbar seien, das Angebot der Antragstellerin billiger sein müsse, insoweit der Abstand zur Zuschlagsbieterin nicht nachvollziehbar sei und damit das Angebot der Antragstellerin das Wirtschaftlichste sein müsse.

Soweit die Antragstellerin sich darauf beruft, im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 28.01.2010 - Rs. C-406/08; Urteil vom 28.01.2010 C-456/08) sei das Merkmal der Unverzüglichkeit im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht mehr anwendbar, vermag die Vergabekammer diesem nicht zu folgen. So führt der EuGH aus, dass eine nationale Bestimmung wie Regulation 47(7)(b) der PCR 2006, nach der die Einleitung eines Verfahrens

nur zulässig ist, wenn "das Verfahren unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Monaten eingeleitet wird", eine Unsicherheit enthalte. Es könne nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass die nationalen Gerichte auf der Grundlage einer solchen Bestimmung einen Nachprüfungsantrag bereits vor Ablauf der Dreimonatsfrist wegen Fristversäumnis zurückweisen könnten, wenn sie der Ansicht seien, dass der Antrag nicht "unverzüglich" im Sinne dieser Bestimmung gestellt worden sei. Eine Ausschlussfrist, deren Dauer in das freie Ermessen des zuständigen Richters gestellt sei, sei, in ihrer Dauer nicht vorhersehbar. Somit stelle eine nationale Bestimmung, die eine solche Frist vorsieht, nicht die wirksame Umsetzung der Richtlinie 89/665 sicher."

Die VK Hamburg (Beschluss vom 07.04.2010 - VK BSU 2/10 , Beschluss vom 07.04.2010 - VK BSU 3/10), die VK Rheinland-Pfalz (Beschluss vom 20.04.2010 - VK 2-7/10), die VK Nordbayern (Beschluss v. 10.02.2010 -Az.: 21.VK - 3194 - 01/10) und die VK Saarland (Beschluss vom 08.03.2010 - 1 VK 03/2010) folgern hieraus, dass das Merkmal unverzüglich derzeit keine Anwendung finden kann. Im Gegensatz dazu führt die VK Bund (Beschluss vom 05.03.2010 - VK 1-16/10) aus, dass der Rügepräklusion nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB auch nicht die Rechtsprechung des EuGH (EuGH, IBR 2010, 159) entgegenstehe. Anders als die britische Präklusionsvorschrift, die der EuGH für nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar erklärt hat, regelt § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht die Ausschlussfrist für das Nachprüfungsverfahren, sondern nur die Anforderungen an die Rügeobliegenheit als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Nachprüfungsantrag. Im Übrigen sei der Begriff der Unverzüglichkeit im deutschen Recht durch die Definition in § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB ("ohne schuldhaftes Zögern") und aufgrund einer ausgeprägten Rechtsprechung weitgehend konkretisiert worden.

Die Vergabekammer folgt in diesem Punkt der im Beschluss vom 07.05.2010 - WVerG 6/10 des OLG Dresden geäußerten Rechtsauffassung. Nach Auffassung des OLG Dresden sei darauf zu verweisen, dass diejenigen Erwägungen des Europäischen Gerichtshofs, mit denen nationale Rechtsvorschriften als gemeinschaftsrechtswidrig beanstandet werden, die eine Rügefrist unabhängig davon in Lauf setzen, ob der Bieter von dem zu rügenden Vergabebeverstoß Kenntnis hatte oder haben musste, auf § 107 Abs. 3 GWB (in der Fassung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB) von vornherein nicht zutreffen, weil die Obliegenheit, unverzüglich zu rügen, nach deutschem Recht nur den Bieter treffe, der den Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren (tatsächlich und rechtlich) erkannt habe. Überdies enthalte § 107 Abs. 3 GWB im Unterschied zu den vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Konstellationen keine Frist zur Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (abgesehen von der hier nicht einschlägigen neuen Bestimmung in § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB), sondern eine materiell-rechtliche Präklusionsregel, wonach der Bieter sich auf bestimmte ihm positiv bekannte Vergabefehler nicht mehr berufen dürfe, wenn er sie nicht so rechtzeitig gerügt habe, wie es ihm möglich gewesen wäre. Ungeachtet dieses rechtstechnischen Unterschieds habe der EuGH schließlich nur Bestimmungen über Fristen, "deren Dauer in das freie Ermessen des zuständigen Richters gestellt sei", für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt (Urteil vom 28.01.2010 - C 406/08 - "Uniplex", Erwägungsgrund 42; vgl. Vergaberecht 2010, 451, 456). Das treffe auf § 107 Abs. 3 GWB nicht zu; die Vorschrift räume den deutschen Vergabenachprüfungsorganen kein Ermessen ein. Zunächst sei der Begriff "unverzüglich" gesetzlich definiert (§ 121 Abs. 1 BGB) und in bewusster Anlehnung an diese Regelung in § 107 Abs. 3 GWB übernommen worden. Dabei sei der Gesetzgeber - aus Sicht des Senats zu Recht - davon ausgegangen, dass die mit dieser Definition verbundene zeitliche Dimension der Frist in über 100-jähriger Rechtsprechungstradition in einer Weise konkretisiert worden sei, die rechtsstaatlichen Bedenken nicht, zumindest nicht mehr begegnet. Infolgedessen habe bereits bei Einführung des § 107 Abs. 3 GWB festgestanden, dass danach der Zeitraum zwischen der Kenntniserlangung des Bieters und seiner nachfolgenden Rüge jedenfalls nicht mehr als zwei Wochen betragen dürfe. Innerhalb dieses Zeitraums prüften die Vergabenachprüfungsorgane lediglich, ob der Bieter - auch unter Berücksichtigung der Beschaffungsvorhaben der öffentlichen Hand häufig innewohnenden Eilbedürftigkeit - mit der gebotenen Rüge vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens

rens länger zugewartet habe, als es nach seinen Belangen (z. B. Überlegungsbedarf, Notwendigkeit externer Beratung) nötig gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund habe sich in der vergaberechtlichen Rechtsprechung zu § 107 Abs. 3 GWB seit 1999 eine Rügefrist von in der Regel einer Woche herausgebildet, auf die Bieter sich einzustellen hätten und einstellen könnten; Abweichungen von dieser Regelfrist nach unten oder oben seien nur dann in Betracht zu ziehen, wenn die mit einer Rüge für den Bieter verbundenen Schwierigkeiten außergewöhnlich niedrig oder besonders hoch seien.

Der Begriff der „Unverzüglichkeit“ ist nach Auffassung der Vergabekammer nichts Ungewöhnliches in der deutschen Jurisdiktion. So bestimmt beispielsweise § 60 Abs. 1 Nr. 2 SGB I, dass wer Sozialleistungen beantragt oder erhält, hat Angaben von Tatsachenänderungen in den Verhältnissen, die für die Leistung erheblich sind oder über die im Zusammenhang mit der Leistung Erklärungen abgegeben worden sind, unverzüglich mitzuteilen, hat. Insoweit verbleibt es zunächst bei der Pflicht zur unverzüglichen Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Das OLG Dresden sieht als Obergrenze eine Regelfrist für die Beanstandung von Vergabemängeln "durchschnittlichen Zuschnitts" von einer Woche an (OLG Dresden, Beschluss vom 06.04.2004, Az. WVerG 1/04).

Diese Regelfrist ist vorliegend überschritten. Zugegangen ist eine Rüge, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen.

Nach Eingang des Informationsschreibens am 29.03.2010 (Montag) bei der Antragstellerin versandte die Antragstellerin das Rügeschreiben erst am 01.04.2010 (Gründonnerstag) um 19.24 per Fax. Der Auftraggeber stellte dar, dies sei nach Büroschluss gewesen, die Vergabestelle habe von der Rüge keine Kenntnis nehmen können. Erster darauffolgender Arbeitstag der Vergabestelle sei Dienstag, der 06.04.2010 gewesen. Die Vergabekammer folgt insoweit der Auffassung des Auftraggebers, ein Zugang der Rüge sei erst für den 06.04.2010 anzunehmen.

Rügen, die nach Dienstschluss bei der Vergabestelle eingehen, sind der Vergabestelle erst am nächsten Arbeitstag zugegangen (OLG Dresden, B. v. 11.09.2006; WVerG 13/06; 1. VK Sachsen, B. v. 24.05.2007 - Az.: 1/SVK/029-07; B. v. 16.11.2006 - Az.: 1/SVK/097-06). Auch dem Vortrag der Antragstellerin, dass bei der Ermittlung des Zeitpunktes für den Zugang der Rüge die Feiertage und Wochenenden (Sonntage) unberücksichtigt bleiben sollten, folgt die erkennende Vergabekammer nicht. Auch wenn die Rechtsprechung darin nicht einheitlich ist, so ist nach Auffassung der hier entscheidenden Vergabekammer bei der Ermittlung der verstrichenen Tage bis zur Rügeerhebung ebenso wie bei der Ermittlung des Termins entsprechend § 13 VgV, wann ein Zuschlag wirksam erteilt werden kann auf Kalendertage abzustellen. Ansonsten könnte sich ggf. die Situation ergeben, dass zulässigerweise nach 14 Werktagen gerügt würde, der Zuschlag entsprechend § 13 VgV jedoch bereits mit Ablauf des 14. Kalendertages wirksam erteilt wurde. Da aber ein (wirksam) erteilter Zuschlag entsprechend § 114 Abs. 2 GWB durch die Vergabekammer nicht aufgehoben werden kann, muss zwangsläufig nach Auffassung der Vergabekammer vom gleichen Termin "Kalendertag" ausgegangen werden. Somit sind die Sonn- und Feiertage bei der Ermittlung der Zeitdauer bis zum Rügevortrag mit einzuschließen (VK Sachsen, Beschluss vom 08.06.2006 - 1/SVK/050-06).

Der Einwand der Antragstellerin, die Dienststelle des Auftraggebers sei als Bereitschaftspolizei um 19.24 besetzt gewesen, überzeugt nicht. In der mündlichen Verhandlung führte der Auftraggeber aus, bei der Landespolizeidirektion Zentrale Dienste seien die Bürozeiten von 7:00 Uhr bis 15:30 Uhr. Auf Fragen der Vergabekammer, ob es darüber hinaus Bereitschaftszeiten gebe oder Funktionsbereiche, die Bereitschaftsdienste hätten, führt der Auftraggeber aus, nein, das sei nicht so. Die entsprechenden Zeiten seien auch in den Verdichtungsunterlagen angegeben worden. Bei der BOS-Stelle gebe es eine zentrale Poststelle mit festen Bürozeiten. Diese seien von 7:00 Uhr bis 15:30 Uhr. Darüber hinaus gebe es natür-

lich die Wachen, die andere Tätigkeitszeiten hätten. Auch wenn eine Polizeidienststelle ständig besetzt ist, so ist von üblichen Bürozeiten der Vergabestelle auszugehen. Auch ein Pförtner oder Hausmeister ist in anderen öffentlichen Stellen später zugegen. Auch Krankenhäuser sind rund um die Uhr besetzt. Übliche Bürozeiten der Vergabestelle ersetzt dies jedoch nicht. Auch der Wach- oder Pfortendienst ist nicht funktionaler Teil der Vergabestelle. Sinn und Zweck der Rüge ist es, den Auftraggeber anzuhalten, einem Vergaberechtsverstoß abzuweichen. Hierbei kommt es auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme der mit der Vergabe betrauten Mitarbeiter an. Davon kann vorliegend beim Wachpersonal nicht die Rede sein.

Damit ist die Antragstellerin mit Ihrem Vorbringen im Rügeschreiben vom 01.04.2010 präkludiert.

eb) Im Nachprüfungsverfahren erkannte Verstöße

Die Antragstellerin beruft sich auf erst im Vergabenachprüfungsverfahren erkannte Verstöße. Sie spricht hier im Wesentlichen folgendes an

- o Ausschluss der Beigeladenen
- o Fehlerhafte Wertung im Hinblick auf die Preisbestimmungsfaktoren
- o Ungleiche Verhandlungstermine
- o Fehlerhafte Wertung

Hinsichtlich dieser Verstöße besteht keine Rügeobliegenheit der Antragstellerin. § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist nach seinem Wortlaut und Sinn nur auf "im Vergabeverfahren", aber nicht auf erst "im Nachprüfungsverfahren" erkannte Vergaberechtsverstöße anwendbar. Es besteht deshalb in der Rechtsprechung grundsätzlich Einvernehmen, dass die Rügeobliegenheit für solche Vergaberechtsfehler entfällt, die der antragstellenden Partei erst während des laufenden Vergabenachprüfungsverfahrens bekannt werden (BGH, B. v. 26.09.2006 - Az.: X ZB 14/06; KG Berlin, B. v. 21.12.2009 - Az.: 2 Verg 11/09; OLG Brandenburg, B. v. 20.03.2007 - Az.: Verg W 12/06; OLG Celle, B. v. 10.01.2008, 13 Verg 11/07; B. v. 08.03.2007 13 Verg 2/07; OLG Düsseldorf, B. v. 02.11.2009, VII-Verg 12/09; B. v. 14.10.2009 - Az.: VII-Verg 9/09; 1. VK Sachsen, B. v. 14.09.2009 - Az.: 1/SVK/042-09; B. v. 26.06.2009, 1/SVK/024-09). Die Tatbestandsmerkmale des § 107 Abs. 3 GWB müssen daher auch für jeden gerügten Vergaberechtsverstoß gesondert dargelegt und geprüft werden (OLG Düsseldorf, B. v. 23.01.2008 - Az.: VII - Verg 36/07). Werden mehrere Rügen erhoben, ist also für jede dieser Rügen gesondert zu prüfen, ob sie zulässig ist (OLG Celle, B. v. 31.07.2008, 13 Verg 3/08; OLG Naumburg, B. v. 05.12.2008 - Az.: 1 Verg 9/08; 1. VK Sachsen, B. v. 25.11.2009 - Az.: 1/SVK/051-09. Das gilt auch dann, wenn das Nachprüfungsverfahren aufgrund eines nicht den Anforderungen des § 107 Abs. 2, 3 GWB genügenden Antrags eingeleitet worden ist (OLG Celle, B. v. 08.03.2007, 13 Verg 2/07).

Damit ist die Antragstellerin mit den erst im Verfahren erkannten, behaupteten Vergaberechtsverstößen nicht präkludiert.

f) Die in § 108 Abs. 2 GWB genannten Mindestanforderungen hat die Antragstellerin erfüllt.

II.

Der teilweise zulässige Antrag ist begründet (3.)

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

In der Absicht des Auftraggebers, den Zuschlag an die Beigeladene zu erteilen, liegt eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nach § 97 Abs. 2 GWB. Auch wenn der Antrag der Antragstellerin sich primär auf die Aufhebung der Ausschreibung richtete, so hat die Antragstellerin damit in ihrem Antrag auch folglich begehrt, das Angebot der Beigeladenen und des weiteren Bieters auszuschließen. Nach § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB ist die Vergabekammer an

die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken.

Die Vergabekammer stellt im Ergebnis fest, dass alle abgegebenen Angebote, auch die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen an mindestens einem ausschlussrelevanten Mangel leiden und damit zwingend auszuschließen gewesen wären.

Wenn der öffentliche Auftraggeber das Angebot eines Bieters wegen Unvollständigkeit nicht wertet, muss er jedenfalls auch diejenigen Angebote anderer Bieter ausschließen, die gleichfalls an dem beanstandeten oder einem gleichwertigen Mangel leiden. Wenn alle Angebote in bestimmter Hinsicht unvollständig und deshalb von der Wertung auszuschließen sind, kann auch ein Bieter, dessen Angebot an einem weiteren Ausschlussgrund leidet, verlangen, dass eine Auftragsvergabe in dem eingeleiteten Vergabeverfahren unterbleibt (BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06). Bei Herstellung vergaberechtsgemäßer Zustände hätten vorliegend alle Angebote zwingend ausgeschlossen werden müssen.

3.1. Vorliegen gleichartiger Mängel aller Angebote

Der BGH (Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06) lässt zwar offen, was unter einem gleichwertigen Mangel zu verstehen ist. Im Sinne der Rechtsprechung der Vergabekammer Sachsen (Beschluss vom 13.04.2006 (Az.:1/SVK/028-06), Beschluss vom 09.11.2006 (1/SVK/095-06), im Beschluss vom 03.01.2007 (1/SVK/111-06) sowie der Rspr. der OLG (OLG Düsseldorf, B. v. 12.03.2008 - Az.: Verg 56/07; OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.12.2006 - 11 Verg 7/06; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.02.2007 - 17 Verg 5/06) ist von einer Gleichwertigkeit der Mängel dann auszugehen, wenn alle Angebote wie vorliegend unter ausschlussrelevanten Mängeln des Nachweises der Eignung leiden.

3.2. Mängel der Angebote

3.2.1. Fehlen geforderter Hersteller Typangaben im Angebot der Antragstellerin

Zunächst ist festzuhalten, dass im Bereich der VOB/A grundsätzlich nach der Rechtsprechung des BGH Angebote mit fehlenden Fabrikatsangaben von der Wertung auszuschließen sind (OLG Thüringen, B. v. 11.01.2007 - Az.: 9 Verg 9/06 1. VK Sachsen, B. v. 10.11.2006 - Az.: 1/SVK/096-06; Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich - bezogen auf die Gesamtleistung - um eine untergeordnete Fabrikatsangabe handelt (BGH, Urteil v. 07.06.2005 - Az.: X ZR 19/02; OLG Frankfurt, B. v. 26.05.2009 - Az.: 11 Verg 2/09;).

Das gilt nach Überzeugung der Vergabekammer auch für die Ermessensvorschrift der VOL/A von § 25 Nr. 1 Abs. 2 a). Fehlt es in einem Vergabeverfahren nach VOL/A in einem Angebot an mit den Vergabeunterlagen zulässigerweise geforderten und für die Wettbewerbsposition des Bieters erheblichen Angaben, so wird es im Rahmen von § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) pflichtgemäßem Ermessen der Vergabestelle im Regelfall nur entsprechen, das Angebot von der Wertung auszuschließen ("Ermessensreduzierung auf Null" (OLG Dresden, Beschluss vom 06.04.2004 - WVerG 0001/04)

Das gilt nach Ansicht der Vergabekammer auch im Verhandlungsverfahren. Auch im Verhandlungsverfahren können nur Angebote in der weiteren Wertung berücksichtigt werden, wenn diese im Zeitpunkt der Angebotsabgabe die Mindestanforderungen erfüllen. Auch das Verhandlungsverfahren unterliegt den wesentlichen Prinzipien des Vergaberechts, insbesondere dem Grundsatz des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung aller Bieter und dem Transparenzgebot (VK Sachsen, Beschluss vom 17.12.2007 - 1/SVK/073-07)

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Beschluss des OLG Naumburg, Beschluss vom 13.10.2008 - 1 Verg 10/08. So führt das OLG Naumburg zum § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A aus: „Die Bestimmungen des § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A (1. Abschnitt der VOL/A) sind

auf das Verhandlungsverfahren nicht unmittelbar anwendbar, weil Gegenstand der Angebotswertung nicht allein das schriftlich abgegebene Angebot ist, sondern grundsätzlich das schriftliche Angebot in seiner Aus- und Umgestaltung durch die - mündlichen - Verhandlungsgespräche. Änderungen und Ergänzungen des Angebots nach Abgabe des sog. indikativen Angebots sowie sogar alternative Angebotsteile sind im Verhandlungsverfahren grundsätzlich zulässig und dürfen vom öffentlichen Auftraggeber in nicht diskriminierender Weise auch initiiert werden. Unvollständig kann daher ein Angebot im Verhandlungsverfahren grundsätzlich nur dann sein, wenn nach Abschluss der Verhandlungen und regelmäßig einem Aufklärungsversuch noch immer wesentliche Preisangaben fehlen, Angebote nicht unterschrieben sind oder zweifelhafte Inhalte aufweisen. Etwas Anderes gilt, wenn der öffentliche Auftraggeber für die Durchführung des Verhandlungsverfahrens selbst ein formelles Anforderungsprofil für indikative bzw. sonstige schriftliche Angebote definiert und den Bietern vor Angebotsabgabe bekannt gegeben hat, Der öffentliche Auftraggeber ist auch im Verhandlungsverfahren an einmal aufgestellte Bewertungsmaßstäbe gebunden und kann nicht nachträglich hinter dem selbst definierten Anforderungsprofil zurückbleiben, um einzelne, sonst auszuschließende Angebote in der Wertung zu halten. Dies schließt formelle Anforderungen an schriftliche Angebote ein, insbesondere solche Anforderungen, die auf die Vorlage bestimmter Angebotsteile, Erklärungen und Nachweise innerhalb einer hierfür gesetzten Ausschlussfrist gerichtet sind. Ob eine solche eindeutige Anforderung besteht und ob die gesetzte Frist als Ausschlussfrist zu verstehen ist, ist durch Auslegung der Verdingungsunterlagen zu ermitteln (OLG Naumburg, Beschluss vom 13.10.2008 - 1 Verg 10/08).“

Vorliegend ist nach Auffassung der Vergabekammer im Hinblick auf die Hersteller-/Typangaben eine eindeutige Anforderung gegeben. Zwar hat der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen keine Ausfüllhinweise benannt. Das Preisblatt 6.01 und 6.02 war jedoch mit dem Angebot einzureichen. Die Leerspalte „Bezeichnung des Hersteller Typ Ergänzungen und Bemerkungen“ kann vom verständigen Bieter nur so verstanden werden, dass hier eine Eintragung zu tätigen war.

Der Auftraggeber hätte gerade im Verhandlungsverfahren die Möglichkeit gehabt, keine zwingenden Angaben zur Angebotsabgabe zu fordern. Dies hat er gerade nicht getan. „Die vorzitierte Vorschrift (§ 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. Anm. der Vergabekammer) sieht nur eine Ermessensentscheidung über den Ausschluss des Angebotes vor. Es wäre durchaus zulässig gewesen, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der bewusst das Verhandlungsverfahren für seinen Beschaffungsvorgang gewählt hat, sich nicht auf eine gebundene Ausschlussentscheidung bzw. auf eine in der Rechtsprechung z.T. vertretene Ermessensreduzierung auf Null festlegen wollte. Denn die Wahl des Verhandlungsverfahrens soll regelmäßig gerade Nachbesserungen des Angebots im Interesse des öffentlichen Auftraggebers ermöglichen. Die Festlegung auf eine Ermessensentscheidung über den Ausschluss wäre hier u.U. auch deshalb nahe liegend gewesen, weil die Angebotserstellung hier einen hohen Aufwand für jeden Bieter verursachte und deshalb der Möglichkeit der Ergänzung der fehlenden Unterlagen gegenüber einem sofortigen Ausschluss des Angebotes im Interesse aller Teilnehmer des Verhandlungsverfahrens Vorrang hätte eingeräumt werden sollen. Diese Erwägungen hat die Antragsgegnerin jedoch offensichtlich nicht angestellt“ (OLG Naumburg, Beschluss vom 13.10.2008 - 1 Verg 10/08).

So liegt es hier. Dass der Auftraggeber grundsätzlich bei anderen Punkten die Vorgaben entsprechend „aufgeweicht“ hat, zeigt Ziff. 5.3 „Nachweis von Leistungsmerkmalen“ der Anlage 6.02 Leistungsbeschreibung. Hier wird ausgeführt: „Wird im Ergebnis der Angebotsdemonstration ein ursprünglich im Bewertungsteil **bejahtes** erforderliches Leistungsmerkmal nicht erfüllt, führt das zwingend zum Ausschluss von der Vergabe. Für optionale Leistungsmerkmale gilt: Im Ergebnis der Angebotsdemonstration kann bei Nichterfüllung eines ursprünglich im Bewertungsteil **bejahten** optionalen Leistungsmerkmals, eine Korrektur der ursprünglich berechneten Zuschlagswerte nach unten erforderlich werden. Ein Ausschluss von der Vergabe erfolgt hier hingegen nicht.“

Daraus wird für die Vergabekammer ersichtlich, dass der Auftraggeber für diesen Einzelfall konkret von dem zwingenden Ausschluss Abstand genommen hat. Dies gilt jedoch nicht für die zwingend genannte Hersteller- /Typangabe.

In den Preisblättern des Angebots der Antragstellerin fehlen Hersteller- /Typangaben. Nur bei einigen wird auf ein Alternativangebot hingewiesen, dass zum Teil Hersteller- / Typangaben enthält. Das Nebenangebot ist jedoch nicht wertbar.

Ein öffentlicher Auftraggeber, der nämlich nicht ausgeschlossen hat, dass Nebenangebote vorgelegt werden, ist verpflichtet, in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die diese Nebenangebote erfüllen müssen. Denn nur eine Erläuterung in den Verdingungsunterlagen ermöglicht den Bietern in gleicher Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen, die ihre Nebenangebote erfüllen müssen, um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können. Es geht dabei um eine Verpflichtung zur Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll, der bei jedem von der Richtlinie erfassten Vergabeverfahren für Aufträge einzuhalten ist. Hat der Auftraggeber entgegen Art. 24 der Vergabekoordinierungsrichtlinie keine Angaben zu Mindestanforderungen gemacht, kann folglich ein Nebenangebot selbst dann nicht berücksichtigt werden, wenn die Änderungsvorschläge nicht, wie in Art. 24 Abs. 2 vorgesehen, in der Bekanntmachung für unzulässig erklärt worden sind (EuGH, Urteil vom 16.10.2003 - Az.: C-421/01).

Nach den Erkenntnissen der Vergabekammer enthalten die Verdingungsunterlagen keine entsprechenden Mindestbedingungen. Auf Fragen der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung ob es Mindestbedingungen für Nebenangebote gebe, wurde dies vom Auftraggeber verneint.

Nach Aussage der Antragstellerin ergäben sich jedoch eindeutige Fabrikats- und Herstellerangaben aus den dem Angebot beiliegenden Mustern. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot einen Nachunternehmer benannt. In ihrem Schriftsatz vom 22.06.2010 wies die Antragstellerin darauf hin, sie selbst sei Hersteller der Produkte, der benannte Nachunternehmer habe lediglich Anpassungen vorgenommen. Die Vergabekammer ließ sich diese Darstellung telefonisch bestätigen. Weiterhin äußerte die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, es habe keine Typbezeichnungen gegeben, da es sich um Prototypen gehandelt habe, man habe die Nummerierung des Preisblattes als Typenbezeichnung gewählt.

Es ist jedoch nicht die Aufgabe der Vergabestelle, anhand von Prospekten und Datenblättern, einzelne Positionen des Angebots zu ergänzen, um festzustellen, was der Bieter eventuell angeboten haben könnte. Es ist die Aufgabe des Bieters, bei der Abgabe des Angebots das Produkt auszuwählen, das den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspricht (OLG Frankfurt, B. v. 26.05.2009 - Az.: 11 Verg 2/09; VK Nordbayern, B. v. 20.08.2008 - Az.: 21.VK - 3194 - 39/08).

Jedoch wäre es reine Förmerei, wenn die Angabe sich unzweideutig aus dem Angebot selbst ergibt, der fehlenden Hersteller- /Typangabe eine Ausschlussrelevanz zuzuweisen. So führte die erkennende Vergabekammer bereits aus: *„Eine Erklärung ist auch dann abgegeben, wenn zwar eine geforderte Erklärung (z.B. eine Systemangabe) nicht ausdrücklich abgegeben wird, sich jedoch aus dem Kontext des Angebotes die Erklärung (z.B. das System) eindeutig und zweifelsfrei ergibt (vgl. VK Bremen, B. v. 21.09.2005 - Az.: VK 10/05). Eine andere Sichtweise würde eine unerträgliche Förmerei bedeuten“*(VK Sachsen, Beschluss vom 07.08.2007 - 1/SVK/051-07).

Nach Auffassung der Vergabekammer ergibt sich aus dem Angebot der Antragstellerin jedoch keine eindeutige Herstellerangabe. Dem Angebot sind Preislisten des Subunternehmers beigefügt. Sämtliche Muster sind jeweils in Plastiktüten verpackt. Diese sind mit Aufklebern versehen und weisen die LV Nummer, die verbale Bezeichnung aus dem LV und die

Steckervariante aus. Den Plastiktüten sind teilweise Produktbeschreibungen, Datenblätter o. ä. beigefügt. Zu den Produkten der Nummern TI 01 Kat. S/F bis TI 03 Kat. S/F wurden Produktbeschreibungen eingereicht, die den Zusatz der Firmenbezeichnung der Antragstellerin und die Bezeichnung der LV-Nummer ausweisen. Zu den übrigen Produkten wurden Bedienungsanleitungen eingereicht. Auf diesen wurde die Nummer des LV angegeben. Auf den Produkten selbst befindet sich ein kleines Label mit der Bezeichnung der Firmenbezeichnung der Antragstellerin und der entsprechenden Nummer des LV. Ausweislich der Produktblätter und Bedienungsanleitungen ist Hersteller sämtlicher Produkte der benannte Nachunternehmer und nicht die Antragstellerin. Diese Einschätzung wurde den Beteiligten durch die Vergabekammer mit Schreiben vom 16.06.2010 mitgeteilt. Auch der Auftraggeber teilte mit, man sei der Auffassung, der benannte Subunternehmer sei Hersteller. Zu berücksichtigen war die davon abweichende Auffassung der Antragstellerin, letztmalig im Schriftsatz vom 22.06.2010 geäußert, sie selber sei Hersteller. Die Vergabekammer hat sich diese Aussage vom Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin telefonisch bestätigen lassen.

Nachträgliche Erläuterungen, wie der Bieter sein Angebot im Zeitpunkt der Abgabe verstanden wissen wollte und welchen Inhalt er ihm beimaß, sind bei der Auslegung des Angebots zu berücksichtigen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.03.2007 - Verg 53/06) und führen im vorliegenden Fall zum Ausschluss des Angebots. Damit ist das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschließen.

3.2.2. Ausschluss des Angebots der Beigeladenen wegen fehlender bzw. zweideutiger Angaben zu den Leistungsmerkmalen

Das Angebot der Beigeladenen ist wegen fehlende sonstige Angaben und Erklärungen (§ 25 Nr. 1 Abs. 2 a VOL/A) auszuschließen, da nicht alle Leistungsmerkmale entsprechend den Vorgaben angekreuzt waren und z.T.: auch Kreuze bei Ja und Nein getätigt wurden, weshalb das Angebot insoweit widersprüchlich ist.

In den Verdingungsunterlagen war folgendes gefordert:

„Ziff. 4.4.1 „Leistungsbewertung“ der Anlage 6.02 Leistungsbeschreibung hin. Hierin heißt es wörtlich: „Die Leistungsbewertung erfolgt in den Bewertungsteilen (Anlagen 6.05 und 6.06), welche vom Bieter vollständig auszufüllen sind... Die einzelnen Fragen... Können nur mit ja oder nein beantwortet werden... Für erforderliche Leistungsmerkmale gilt: Wird im Ergebnis der Angebotsdemonstration ein ursprünglich im Bewertungsteil **bejahtes erforderliches Leistungsmerkmal nicht erfüllt, führt das zwingend zum Ausschluss von der Vergabe.“**

Im Formular 6.05 und 6.06 wird ausgeführt:

Grau hinterlegte Felder sind nicht auszufüllen

Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass alle weißen Felder auszufüllen waren und mit „ja“ oder „nein“ anzukreuzen waren. Die betroffenen Felder waren auch nicht grau unterlegt. Unstreitig ist auch, dass die optionalen Leistungsmerkmale 54 und 56 der KÄT-S und KÄT-F nicht angekreuzt wurden. Zudem sind doppelte Angaben mit „ja und „nein“ bei der Position 28 festzustellen.

Hinsichtlich des auf Null reduzierten Ausschlussermessens des Auftraggebers wird auf die Ausführungen unter 3.2.1. verwiesen.

Soweit die Antragstellerin der Ansicht ist, dass wenn ein Ausschluss nicht erfolgen könne, wenn ein bejahtes optionales Leistungsmerkmal im Zuge der Angebotsdemonstration nicht erfüllt werde, dies dazu führe, dass dann eine fehlende Angabe zum Leistungsmerkmal nicht zum Ausschluss führt, so kann die Vergabekammer diesem nicht folgen.

Die Verdingungsunterlagen führen hierzu wie folgt aus:

*„Für optionale Leistungsmerkmale gilt: Im Ergebnis der Angebotsdemonstration kann bei Nichterfüllung eines ursprünglich im Bewertungsteil **bejahten** optionalen Leistungsmerkmals, eine Korrektur der ursprünglich berechneten Zuschlagswerte nach unten erforderlich werden. Ein Ausschluss von der Vergabe erfolgt hier hingegen nicht. Im Ergebnis dieser Überprüfung der Leistungsmerkmale kann sich das Ranking der Angebote verändern.“*

Hier ist ein klares Szenario lediglich für den Fall vorgegeben, wenn ein Leistungsmerkmal bejaht wurde. Damit war auch das Angebot der Beigeladenen zwingend auszuschließen

3.2.3. Kein Ausschluss wegen fehlender Preise im Angebot der Beigeladene?

Die Beigeladene hat die Preisblätter hinsichtlich des Preises vollständig ausgefüllt.

In den Verdingungsunterlagen war gefordert

Ziffer 4.4.2.1 „Preisblätter“

„Der Bieter gibt in den beiliegenden Preisblättern (Anlagen 6.08 und 6.09) die Preise für die angebotenen Leistungen an. Sind auf den einzelnen Positionen des Preisblattes 6/01 (gem. Anlage 6.08) oder 6/02 (gem. Anlage 6.09) unterschiedliche Zubehörsteckertypen benannt (z.B. lfd. Nummer 01; 1- Originalzubehörstecker, 2- BOS-Zubehörstecker), ist für jeden Steckertyp für die betreffende Position ein Preis anzugeben“.

Die Preisblätter wurden durch die Beigeladene nicht in ausschlussrelevanter Weise verändert. In der Zusammenschau der Blätter ergibt sich, dass die Beigeladene inhaltlich alle Vorgaben des Formblattes übernommen hat. Zudem sind alle angebotenen Produkte im Preisblatt ausgepreist worden.

Hinzuweisen ist lediglich darauf, dass die mit xxx gekreuzten Positionen, die demzufolge nicht ausgepreist wurden, die Beigeladene aufgrund nicht bejahter, optionaler Leistungsmerkmale gar nicht angeboten hat. Dies war nach den Vorgaben der Verdingungsunterlagen zulässig.

3.2.4. Ausschluss des Angebots der Beigeladenen wegen fehlender Hersteller-/Typangaben.

Im Hinblick auf die Vorgaben wird auf 3.2.1. verwiesen

Den Preisblättern der Beigeladenen sind Typangaben, jedoch nicht der Hersteller zu entnehmen. Den dem Angebot beigefügten Preislisten und Produktblättern ist die Bezeichnung des Herstellers zu entnehmen. Den Mustern sind Bedienungsanleitungen und Produktangaben beigefügt, die mit der Herstellerangabe versehen sind. Die Muster sind jeweils in Kartons mit der Beschriftung des Herstellers eingepackt. Insoweit geht die Vergabekammer von einer eindeutigen Herstellerbezeichnung aus.

3.2.5. Ausschluss des dritten Bieters wegen abweichender vorgelegter Muster

Der dritte Bieter hat bis auf die Preispositionen Kat. Ti 11 und Ti 12 Typangaben getätigt. Die Hersteller lassen sich den nachgehefteten Datenblättern entnehmen. Für die Ti 11 und die Ti 12 konnten den Datenblättern und Gebrauchsanweisungen sowohl Hersteller- als auch Typangaben entnommen werden. Nach entsprechender Prüfung der Vergabekammer konnten den Datenblättern und Gebrauchsanweisungen Hersteller und Typangaben entnommen werden. Unter 4.3 der Verdingungsunterlagen war gefordert, dass je angebotener HSE-Position und Ausstattungsvariante ein Exemplar zur Verfügung zu stellen war. Das mit dem Angebot vorgelegte Muster (Nr. 17) weicht jedoch von den entsprechenden Datenblättern ab.

Fehlen Muster, deren Vorlage der öffentliche Auftraggeber verlangt, oder sind deren Muster unvollständig, ist § 25 Nr. 1 Abs. 2 a VOL/A entsprechend anzuwenden (VK Sachsen, Be-

schluss vom 07.01.2008 - 1/SVK/077-07; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.09.2007, VII-Verg 23/07).

Gleiches muss nach Auffassung der Vergabekammer auch für falsche, d.h. unpassende Muster gelten. Soweit der Auftraggeber darauf hinweist, der Hersteller des Musters sei von dem Hersteller des Datenblattes aufgekauft worden, so führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Der Bieter hatte das Produkt eindeutig zu bezeichnen und zu bemustern. Die entsprechenden Angaben hatten sich aus dem Angebot zu ergeben. Auch wenn der Hersteller des Musters nunmehr wirtschaftlich in der Hand des anderen Herstellers ist, so führt dies noch nicht zur Identität des Herstellers und des Typs. Dem vorgegebenen Preisblatt ist die Forderung nach einer klaren Produktangabe zu entnehmen (Hersteller/Typ). So kann das Muster ein Altprodukt sein. Der Übernehmende kann alte Produktlinien weiterfahren oder einstellen. Eine Identität der Produkte ist weder im Angebot dargetan, noch aus diesem per se ersichtlich. Das Angebot ist auszuschließen.

4. Ergebnis

Es ist festzustellen, dass alle Angebote unvollständig sind und damit unter gleichwertigen Mängeln leiden. Damit ist die Antragstellerin bei einer Zuschlagserteilung an die Beigeladene in ihren Rechten verletzt und kann eine Zuschlagsuntersagung im Hinblick auf die beabsichtigte Zuschlagserteilung verlangen (BGH, Beschluss vom 26.09.2006 X ZB 14/06). Da ebenfalls das Angebot des weiteren Bieters zwingend auszuschließen ist, hat die Vergabekammer eine Zuschlagsuntersagung auf Grundlage der vorgelegten Angebote zu verfügen.

5. Entscheidung der Vergabekammer

Die Maßnahme, die nach § 114 Abs. 2 ZPO zu treffen ist, um der Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB entgegenzuwirken, kann allerdings nicht in der Aufhebung der Ausschreibung durch die Vergabekammer oder in der Anweisung an den Auftraggeber bestehen, das eingeleitete Vergabeverfahren auf diese Weise zu beenden (BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06). Die Antragstellerin hat zwar nicht beantragt, dass dem Auftraggeber untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen. Gleichwohl hat sie die Aufhebung der Ausschreibung beantragt. In Fällen, in denen keinem Bieter der Auftrag erteilt werden darf, kann dem öffentlichen Auftraggeber auch eine andere Möglichkeit als die Aufhebung zu Gebote stehen kann, wenn diese in Übereinstimmung mit den grundlegenden Grundsätzen für die Vergabe öffentlicher Aufträge zu bringen ist, die der Gesetzgeber in § 97 Abs. 1 und 2 GWB niedergelegt hat. Ob eine solche Möglichkeit besteht und ergriffen werden soll, hat der öffentliche Auftraggeber in eigener Verantwortung zu klären und zu bestimmen. Das steht in Einklang mit § 26 Nr. 1 a VOB/A. Denn auch hiernach ist der öffentliche Auftraggeber nicht gezwungen, die Ausschreibung aufzuheben (ebenso OLG Jena NZBau 2005, 476, 479), wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht. Auch wenn nach den bisherigen Erkenntnissen der Vergabekammer einiges dafür spricht, dass dem Auftraggeber im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens nur die Aufhebung als vergaberechtskonforme Maßnahme verbleiben mag, kann die Vergabekammer die Ermessensentscheidung des Auftraggebers nicht in eigener Entscheidung treffen. Insofern hat der Auftraggeber zu entscheiden, ob die Aufhebung ultima ratio (VK Sachsen, Beschluss vom 07.08.2007 - 1/SVK/051-07) ist. Da mithin derzeit abschließend nur festgestellt werden kann, dass die Auftraggeberin auf der Grundlage der bisherigen Ausschreibungsbedingungen und damit der vorliegenden Angebote keinem Bieter den Zuschlag erteilen darf, stellt ein entsprechendes Verbot die zur Beseitigung der Rechtsverletzung der Antragstellerin gebotene Maßnahme dar, die für die erforderliche Rechtmäßigkeit des eingeleiteten Vergabeverfahrens sorgt und eine Rechtsbeeinträchtigung der Antragstellerin verhindert (BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06).

„Kann der grundlegende Mangel des eingeleiteten Vergabeverfahrens nicht durch transparente und diskriminierungsfreie Änderung der betreffenden Vorgabe behoben werden

und/oder macht der öffentliche Auftraggeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, ist er deshalb gehalten, die Ausschreibung wegen des ihr anhaftenden Mangels aufzuheben (BGH, Beschluss vom 26.09.2006, Az.: X ZB 14/06).“

6. Zur Vermeidung weiterer Vergabenachprüfungsanträge weist die Vergabekammer auf folgendes hin.

6.1. Unzulänglichkeit des Informationsschreiben

Unter 1. wurde bereits festgestellt, dass altes Recht zur Anwendung kommt und damit § 13 VgV gilt. Insoweit ist zu hinterfragen, ob tatsächlich die Informationspflicht verletzt ist. In der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des OLG Karlsruhe (Beschluss vom 29.08.2008, 15 Verg 8 / 08) wird ausgeführt: *„Ein Schreiben nach § 13 Satz 1 VgV muss die Information enthalten, die einen Bieter in die Lage versetzt, zu beurteilen, ob die Ablehnung des Angebots tragfähig ist oder nicht, um auf dieser Basis über die mögliche Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens entscheiden zu können; die Begründung muss also verständlich, präzise und wahrheitsgemäß den Grund für die Erfolglosigkeit des Angebots nennen, wobei auch ein kurzer Standardtext ausreichen kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.08.2001 - Verg 28/01).*

Der Auftraggeber hat im Informationsschreiben immerhin auf das Bewertungssystem abgestellt und auf den Punkteabstand hingewiesen. Grund der Zuschlagsentscheidung war einzig die Wirtschaftlichkeit der Angebote. Andere Ausschlussgründe lagen nach Ansicht des Auftraggebers nicht vor. Zudem hat der Auftraggeber seine Gründe im Nichtabhilfes Schreiben konkretisiert.

Es ist festzustellen, dass der Auftraggeber Mängel eines Vorinformationsschreibens nach § 13 VgV noch vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens oder auch erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens heilen kann. Auf einen Verstoß gegen § 13 VgV allein kann ein Bieter einen Nachprüfungsantrag somit nicht stützen (1. VK Sachsen, B. v. 27.1.2003 - Az.: 1/SVK/123-02, 1/SVK/123-02G; VK Südbayern, B. v. 26.06.2008 - Az.: Z3-3-3194-1-16-04/08). Eine Heilung kann auch durch den Beschluss einer Vergabekammer erfolgen (1. VK Brandenburg, B. v. 19.9.2001 - Az.: 1 VK 85/01).

Mittlerweile ist von einer Heilung möglicher Mängel auszugehen.

6.2. Auskömmlichkeit

Die Antragstellerin trägt insoweit vor, sofern ein derartiges Dumpingangebot vorläge, bestehe eine Überprüfungspflicht des Auftraggebers, sowohl aus eigenem Interesse als auch im Hinblick auf die Vorgaben gemäß § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A, wonach wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen wären. Die Antragstellerin habe selber auf Grenzkostenbasis kalkuliert, was bedeute, dass ein Gewinnanteil der Kalkulation nicht zugrunde liege. Insoweit sei es ausgeschlossen, dass dieses Angebot unterboten werden könne, ohne dass diesem eine missbräuchliche Preisgestaltung zugrunde läge. Die Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A habe Bieter schützenden Charakter.

So hat die VK Sachsen in der Vergangenheit mit Beschluss vom 23.02.2009 - 1/SVK/003-09 ausgeführt, § 25 Nr. 2 Abs. 2 und Abs. 3 VOL/A würde mittelbar bieterschützende Wirkung entfalten. Grundsätzlich habe demnach der Auftraggeber - im Gegensatz zur Prüfungspflicht bei der Feststellung eines ungewöhnlich niedrigen Preises - einen eigenen Beurteilungsspielraum dahingehend, wie er die Prüfung auf die Unangemessenheit des Preises durchführt. Ein Antragsteller könne jedoch einem Auftraggeber nicht Umfang und Ausgestaltung der Auskömmlichkeitsprüfung diktieren oder zu einem immer weiter und tiefer gehenden Rechtfertigungsszenario zwingen, bis schlussendlich aus Sicht des Antragstellers ein Rechtfertigungsmanko der Beigeladenen zu konstatieren ist.

Der bloße Hinweis der Antragstellerin, dass sie bereits an der Grenze kalkuliert habe, rechtfertigt keinesfalls den Schluss, dass das günstigere Angebot der Beigeladene damit automatisch ein Unterangebot sein muss. Die materielle Beweislast dafür, dass der von der Beigeladene angebotene Preis im Sinne von § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung steht, trägt die Antragstellerin, nicht die Antragsgegnerin (OLG München v. 11.05.2007 - Verg 04/07). Einen Beweis für ihre Behauptung hat die Antragstellerin nicht vorgetragen, noch ist ein solcher ersichtlich. Denn selbst wenn feststellbar wäre, dass die Beigeladene im Rahmen der hier in Rede stehenden Ausschreibung ein Unterkostenangebot abgegeben hätte, ließe sich allein daraus ein vergaberechtswidriges Bieterverhalten, welches den Ausschluss ihres Angebots zur Folge haben müsste, nicht ableiten. Es ist nicht generell untersagt, bei der Erarbeitung eines Angebots Verluste von vornherein einzukalkulieren (etwa aus Gründen der Markterschließung oder wenn es einem wirtschaftlich bedrängten Unternehmen darum ginge, vorübergehend nur Deckungsbeiträge zu seinen Fixkosten zu erwirtschaften, bis der Engpass überwunden ist), solange der Bieter trotz einer solchen Kalkulation Gewähr für eine solide und zuverlässige Ausführung des konkreten Auftrags bietet und mit seiner Offerte nicht die Absicht zielgerichteter Verdrängung eines Konkurrenten vom Markt (nicht nur bei dem jeweiligen Beschaffungsvorgang) verfolgt. Zu beiden Punkten erlauben weder der Vortrag der Beschwerdeführerin noch die Umstände des Falles im Übrigen entsprechende Feststellungen, aus denen sich ein vergaberechtswidriges Verhalten der Beigeladenen ergäbe, so dass sich die Streitfrage, unter welchen Voraussetzungen § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A gegebenenfalls drittschützende Wirkung zukäme, im Ergebnis nicht stellen wird (OLG Dresden, Beschluss vom 07.05.2010, WVerG 0006 / 10 zu VK Sachsen, vom 01.04.2010, 1 / SVK / 7 – 10).

Damit könnte sich die Antragstellerin vorliegend nicht auf eine unzureichend durchgeführte Auskömmlichkeitsprüfung berufen.

6.3. Ungleiches Verhandeln

Die 1. Verhandlungsrunde fand mit den beiden anderen Bietern am 01.02.2010 statt. Mit gleichlautender E-Mail vom 05.02.2010 wurden diese Bieter gebeten, im 2. Angebot Produkte von 2 oder mehr weiteren Herstellern anzubieten. Am 08.02.2010 fand dann die erste Verhandlungsrunde mit der Antragstellerin statt, in der laut Antragstellerin die Erweiterung des Warenkorbs gefordert wurde. Am 10.03.2010 fand die dritte Verhandlungsrunde mit allen Bietern in der zeitlichen Reihenfolge: „*Beigeladene, Antragstellerin, dritter Bieter*“ statt.

In der mündlichen Verhandlung führten die Beteiligten wie folgt aus: Es habe einen Verhandlungstermin vom 10.02.2010 und einen vom 10.03.2010 gegeben. Allerdings habe es bezüglich eines Termins eine Divergenz insoweit gegeben, als dass einmal freitags vormittags und einmal montags nachmittags verhandelt worden sei. Das beträfe den ersten Verhandlungstermin. Der erste Verhandlungstermin mit den Bietern der Beigeladenen und dem dritten Bieter habe eine Woche vor dem Termin der Antragstellerin stattgefunden und der Grund dafür sei gewesen, dass ein Mitarbeiter sich im Urlaub befunden hatte und insoweit selber darum gebeten habe, dass der Termin verschoben wird. Der Mitarbeiter bestätigte, es seien die Februar-Winterferien gewesen und da habe er sich im Urlaub befunden und auf seinen Wunsch hin sei dieser Termin verschoben worden. Ihm sei schon klar gewesen, dass auf diesen Wunsch hin man in der Verhandlungsrunde dann am Ende stehen würde. Insoweit ist kein Anhaltspunkt für eine vergaberechtswidrige Ungleichbehandlung oder gar eine Rechtsverletzung erkennbar.

6.4. Anwendung des Preisberücksichtigungsfaktors

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sind auch die Preisberücksichtigungsfaktoren nicht fehlerhaft berechnet worden. Unter Nr. 4.4.2.2. wurde ausgeführt, dass im Preisblatt zu jeder Position ein Preisberücksichtigungsfaktor angegeben wurde, der mit dem Preis zu multipli-

zieren war. Dieser diene zur mengenmäßigen Berücksichtigung optionaler, nicht angebotener Produkte. Diese ergeben sich konkret aus den Preisblättern. Auch ist in jeder Position angegeben, in welche andere Position der Faktor einzurechnen ist, wenn eine Position nicht angeboten wurde. Die Vergabekammer stellte insoweit eine den Verdingungsunterlagen entsprechende Berechnung des Preisberücksichtigungsfaktors fest.

6.5. Preisnachlass

Die Antragstellerin monierte, sie sei zu konkreten Preisnachlässen aufgefordert worden. Insoweit müsste sie bei entsprechendem tatsächlichem Nachlass den Zuschlag erhalten. Auch wenn die Forderung nach einem konkreten Preisnachlass vorliegend ungewöhnlich erscheint, so kann die Vergabekammer hieraus keine Rechtsverletzung der Ast nach § 97 Abs. 7 GWB ableiten.

In der mündlichen Verhandlung wurde hierzu ausgeführt, in der Verhandlungsrunde 1 habe man Nachfragen zu den Angeboten aufgeklärt, in der Verhandlungsrunde 2 habe man Nachbesserungen und Erweiterung des Leistungskorbes verlangt und die dritte Verhandlungsrunde sei dann die Verhandlungsrunde zu den Preisen gewesen. Auf Vorhalt der Vergabekammer, dass sich diese konkrete Aufforderung zur Gewährung eines Preisnachlasses nur im Angebot der Antragstellerin finde, bei den anderen Bietern jedoch nicht, führte der Auftraggeber aus, ja, es sei aber doch so gewesen, dass alle Bieter zu einem Preisnachlass aufgefordert worden seien. Befragt dazu, wie aus Sicht der Antragstellerin das Verhandlungsverfahren als solches abgelaufen sei, führte diese aus, man selber habe gemeinsam mit noch weiteren Mitarbeitern aus dem Hause der Antragstellerin dieses Verhandlungsgespräch geführt und man habe die Antragstellerin schon sehr deutlich darauf hingewiesen, wohin man sich bewegen müsse, damit man weiter mit vorne liege und man habe ihm signalisiert, dass man unter Abgebot einer konkreten Marge vorne mit dabei sei. Der Vorhalt der Antragstellerin hat sich nicht im Einzelnen bestätigt, auch finden sich die konkret benannten Prozentsätze nicht im Angebot wieder.

6.6. Erweiterung des Warenkorbes

Der Vorhalt, der Warenkorb sei erweitert worden und somit sei die Wertung fehlerhaft, hat sich nicht bestätigt. In der mündlichen Verhandlung führte der Auftraggeber hierzu aus. Befragt dazu, warum der Auftraggeber die Bieter um das Angebot für einen erweiterten Warenkorb gebeten habe, in welchem zwei weitere Hersteller benannt werden sollten, führte dieser aus, man habe im Prinzip einen möglichst großen Anteil an Nutzern mit diesem erweiterten Warenkorb treffen wollen, um auf spezifische Anforderungen für die Umrüstung in den nächsten drei, vier Jahren damit gerecht zu werden. Einer Wertung aber habe man dies nicht zuführen wollen. Befragt dazu, wie der erweiterte Warenkorb u. U. mit abgefragt oder eingekauft werden sollte, führt der Auftraggeber aus, es gebe an und für sich einen Mustervertrag, in dem eine Öffnungsklausel für Abweichungen und Ergänzungen enthalten sei. Dieser Mustervertrag sei dann ggf. Gegenstand eigener Vertragsverhandlungen und dort habe man eine Klausel für geänderten Bedarf mit aufgenommen. Im derzeitigen Muster sei diese Änderungsklausel nicht mit drin, aber man hätte die noch in die Vertragsverhandlungsrunde mit eingebracht.

Tatsächlich stellte die Vergabekammer fest, dass die erweiterten Positionen nicht in die Wertung eingegangen sind. Insoweit konnte bislang kein Wertungsmangel festgestellt werden. Der Auftraggeber sei aufgefordert, bei einer erneuten Ausschreibung die Zulässigkeit eines derartigen Vorgehens –die Erweiterung des Warenkorbes- zu prüfen

III.

Als unterliegende Partei trägt der Auftraggeber die Kosten des Verfahrens (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB).

Die Beigeladene hat in der mündlichen Verhandlung keinen Antrag gestellt. Damit nimmt sie nicht am Kostenrisiko teil und kann keine Erstattung ihrer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen verlangen (vgl. OLG Schleswig, B. vom 02.08.2004 - 6 Verg 15/03).

Die Antragstellerin hat jedoch vorliegend die Aufhebung der Ausschreibung beantragt. Stattdessen hat die Vergabekammer jedoch lediglich eine Untersagung der Zuschlagserteilung verfügt. Dennoch ist vorliegend keine Quotelung der Kosten der Vergabekammer nach dem Maß des beiderseitigen Obsiegens und Unterliegens veranlasst (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.12.2006, Az: Verg 43/06; OLG Dresden, Beschluss vom 20.06.2007, WVerg 0006/07; OLG Naumburg, Beschluss vom 09.10.2008 - 1 Verg 8/08; OLG München, Beschluss vom 28.07.2008 - Verg 9/08). Die Kostentragung hat sich nicht schematisch an den im Verfahren gestellten Anträgen zu orientieren, denn die Vergabekammer ist nach § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB an die Anträge nicht gebunden. Im Nachprüfungsverfahren haben die Anträge deshalb nicht die Funktion, den Streitgegenstand oder den Umfang des Nachprüfungsverfahrens mitzubestimmen. Nach Auffassung der Vergabekammer hat die Antragstellerin ihr Ziel erreicht, dass auf Grundlage der vorliegenden Angebote kein Zuschlag erteilt werden darf und damit die Chance auf eine Neuausschreibung und damit auf eine mögliche Zuschlagserteilung zugunsten der Antragstellerin besteht. Deshalb waren vorliegend die Kosten vollständig dem Auftraggeber aufzuerlegen.

Dem steht auch nicht entgegen, dass der Nachprüfungsantrag aufgrund Präklusion teilweise unzulässig war. Trotz der eingetretenen Rügepräklusion ist, wie oben dargestellt, die Antragstellerin mit ihrem Rechtsschutzziel durchgedrungen, da die im Vergabenachprüfungsverfahren erkannten Vergaberechtsverstöße bereits zu einer Zuschlagsuntersagung führten und es nicht mehr auf die präkludierten Umstände ankam.

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der erkennenden Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 GWB). Der Gesetzgeber hat mit dieser an § 80 Abs. 2 GWB angelehnten Regelung klargestellt, dass - wie im Kartellverwaltungsverfahren - vorrangig auf die wirtschaftliche Bedeutung des Verfahrens abzustellen ist (Kollmorgen in Langen/Bunte GWB, 8. Auflage 1998, § 80 Rdnr. 18). Die Vergabekammern des Bundes haben eine im Dezember 2009 überarbeitete Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt. Diese Staffel sieht in Abhängigkeit vom wirtschaftlichen Hintergrund der Antragstellerin (Angebotssumme) eine Gebühr in Höhe von 5.850,00 € vor. Dieser Betrag kann entsprechend § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB ermäßigt werden, ggf. bis auf ein Zehntel. Als Gründe einer Ermäßigung sind dabei nur solche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Bedeutung sowie dem erforderlichen Verwaltungsaufwand stehen (vgl. Boesen, a.a.O., Rn. 16 ff. zu § 128). Gründe, die dies rechtfertigten, waren hier nicht gegeben.

Der Auftraggeber ist jedoch gemäß § 8 VwKostG von der Entrichtung der Gebühr befreit. Auch war vorliegend nicht das SächsVwKG anzuwenden.

Gesonderte Auslagen, welche nicht bereits durch die Gebühr bei der Vergabekammer abgegolten wären, sind nicht angefallen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin war für das Verfahren gemäß § 128 Abs. 4 S. 1 GWB i. V. m. § 80 VwVfG notwendig. Beim Vergaberecht handelt es sich auch aufgrund vielfältiger europarechtlicher Überlagerung um eine wenig übersichtliche und zudem stetigen Veränderungen unterworfenen Rechtsmaterie, die wegen des gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahrens bei der Vergabekammer bereits prozessrechtliche Kenntnisse verlangt. Hinzu kommt, dass hier umfassende Fragen zur Auslegung der Verdingungsunterlagen und zur Wertung der Angebote unter Bezugnahme zur vergaberechtlichen Rechtsprechung Gegenstand des Vergabenachprüfungsverfahrens waren.

IV.

Gegen die Entscheidungen der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gem. § 116 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt (§ 117 Abs. 1 GWB), schriftlich beim Beschwerdegericht einzulegen. Beschwerdegericht für die 1. Vergabekammer des Freistaates ist das Oberlandesgericht Dresden, Vergabesenat, Schlossplatz 1, 01067 Dresden. Die Beschwerde muss zugleich mit ihrer Einlegung begründet werden (§ 117 Abs. 2 GWB). Die Beschwerdebegründung muss enthalten: die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Kammer angefochten wird und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen zugelassenen 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 vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten. Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.


Kadenbach


Kühne

Gremmel

Der ehrenamtliche Beisitzer hat nach Beschlussfassung auf eine Unterschrift verzichtet. Diese ist nach § 5 Nr. 1 der Geschäftsordnung der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen nicht notwendig.

