2. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az.: VK 2 LVwA LSA-01/07

In dem Nachprüfungsverfahren der

1. -Antragstellerin-

gegen die

2. -Vergabestelle-

wegen der Vergabe der Anmietung von 181 Multifunktionsgeräten mit Standorten in … einschließlich der … hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 27.02.2007 durch den Vorsitzenden, Herrn Oberregierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin, Frau Wendler, und die ehrenamtliche Beisitzerin, Frau Rosenbusch, beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Diese Kosten werden auf … € festgesetzt.

3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle zu tragen.

Gründe

I.

Die Vergabestelle beabsichtigt, für den Zeitraum vom … Multifunktionsgeräte mit den Funktionen Drucken, Scannen, und Kopieren anzumieten sowie deren Wartung und Reparatur zu vergeben. Diese Geräte sollen in den … eingesetzt werden.

Sie veranlasste die Bekanntmachung der Ausschreibung im Offenen Verfahren auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A – (VOL/A). Diese erschien am 22.09.2006 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften.

Unter Punkt 3.6 der Verdingungsunterlagen gab die Vergabestelle vor:

> „Die nachfolgend aufgeführten Anforderungen sind Mindestanforderungen (Ausschlusskriterien), die an den Service gestellt werden. Eine Nichterfüllung hat den Ausschluss des Angebotes nach § 25 Nr. 1 (1d) VOL/A zur Folge."

Die Mindestanforderungen an den Service hatte sie in Anlage II in folgender Form definiert:

A-Kriterien Nr.	Mindestanforderungen	vom	Bieter	auszufüllen
		ja	nein	Bemerkungen
S A 1	Einhaltung der 6 Stunden zur Erbringung der Serviceleistung			
S A 2	Erbringung der Serviceleistungen montags bis donnerstags ……			
S A 3	Zur Verfügungstellung eines Ersatzgerätes ……			
S A 4	Die mit dem Service beauftragen Techniker verfügen über Kenntnisse……			

Die Bieter hatten die vorgesehen Spalten auszufüllen.

Im Pkt. 3.6 hatte die Vergabestelle weiterhin vorgegeben:

„Da die Geräte sowohl für den Druck als auch für das Scannen und Kopieren eingesetzt werden, hat der Vermieter zu sichern, dass bei einer Störmeldung innerhalb von 6 Stunden die Serviceleistung erbracht wird.“

Darüber hinaus hatten die Bieter die in den Verdingungsunterlagen enthaltene Anlage IV, die Bewertungskriterien (B-Kriterien) enthält, auszufüllen, indem sie wiederum „ja“ oder „nein“ zu kennzeichnen hatten:

Kriterien B	Anforderungen/Fragen	ja	nein	Angaben
Bewertung der Serviceleistungen:				
7	Serviceleistungen			
(S) 7.1	Vorlage eines Konzeptes für den Service – bei Service durch Fachhändler bitte das Zusammenwirken zwischen Bieter und Fachhändler darlegen			
(S) 7.2	……..			
(S) 7.3	……..			
(S) 7.4	……..			
(S) 7.5	Wird die geforderte Reaktionszeit unterschritten?			

Nach Punkt 3.6 der Verdingungsunterlagen hatten die Bieter im Angebot das Konzept des Services (TKD) der digitalen Kopiergeräte (Multifunktionsgeräte) in den Einsatzorten (…) zu erläutern.

Die Vergabestelle legte die Frist für die Abgabe der Angebote auf den 06.11.2006 fest.
19 Firmen forderten die Ausschreibungsunterlagen ab. Vier Bieter reichten Angebote ein, hierunter auch die Antragstellerin.

Die Antragstellerin hatte im Vordruck der Anlage II die Mindestanforderungen S A 1, Einhaltung der geforderten sechs Stunden zur Erbringung der Serviceleistungen, durch Eintragung eines Häkchens in Spalte „ja“ bestätigt. Ebenso hatte sie im Vordruck der Anlage IV für alle Forderungen die Spalte „ja“ mit Häkchen gekennzeichnet. Im Übrigen verwies sie in der Spalte (S) 7.1 unter „Angaben“ auf die Anlage Service. Unter Spalte 7.5 vermerkte sie zusätzlich „teilweise möglich“.

Gleichzeitig hatte sie in dem beiliegenden Servicekonzept angegeben: „Normale Servicereaktionszeit sind 24 Stunden, kann aber an die Anforderungen des Kunden angepasst werden (z.B. innerhalb von vier Arbeitsstunden).“

Am 27.12.2006 teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass sie ihr Angebot nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 c) VOL/A in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A von der Wertung ausgeschlossen habe. Sie begründete dies mit vorgenommenen Änderungen der Antragstellerin an ihren Eintragungen, die nicht zweifelsfrei seien. Diese würden sich auf die Mindestanforderungen zur Erbringung der Serviceleistungen in einer Reaktionszeit von sechs Stunden beziehen. Hier bestehe ein Widerspruch zwischen den vorgenommenen Eintragungen in der Anlage II und den Angaben im Servicekonzept. Dieser könne auch nicht nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A aufgeklärt werden. Dieses Schreiben ging bei der Antragstellerin am 01.01.2007 (Datum Posteingangsstempel) ein.

Die Antragstellerin erhob daraufhin am 03.01.2007 (Eingang bei der Vergabestelle am 04.01.2007) „Einspruch“ und kündigte weitere rechtliche Verfahrensschritte an. Sie verwies auf die eindeutige Beantwortung der Frage zur Servicereaktionszeit. Auch stünden ihre Angaben nicht im Widerspruch. Sollte dies die Vergabestelle aus ihrer Sicht so werten, wäre sie gehalten gewesen, dies aufzuklären.

Die Vergabestelle half diesem Einspruch nicht ab.

Mit Schreiben vom 22.01.2007 reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt ein (Antragseingang am 23.01.2007). Sie gab an, dass es sich bei den Bedenken der Vergabestelle um „Missinterpretationen“ ihres Servicekonzeptes handeln würde, die es bei allen anderen Ausschreibungen in Deutschland und Europa nicht gegeben hätte.
Im Übrigen sei das Konzept allgemein gehalten. Es beziehe sich nicht auf das konkrete Ausschreibungsverfahren. Sie betont nochmals, dass die Vergabestelle gehalten gewesen wäre, über die aus ihrer Sicht vorhandenen Unklarheiten zu verhandeln. Sie hat in ihrem Schriftsatz davon abgesehen, einen Antrag zu stellen.

Die Vergabestelle beantragt mit Schriftsatz vom 25.01.2007,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Sie hat ihr Vorbringen aus dem bisherigen Schriftverkehr weiter vertieft. Sie bezeichnet das Servicekonzept als nicht zweifelsfrei, weil unklar bleibe, ob das Preisangebot der Antragstellerin den Technikereinsatz und die Bereitschaft zur Erbringung des Services innerhalb von 24 oder sechs Stunden berücksichtigt habe.

Mit Schreiben vom 08.02.2007 teilte die Vergabekammer der Antragstellerin mit, dass sie beabsichtige, über ihren Antrag im schriftlichen Verfahren zu entscheiden. Nach vorläufigem Stand komme sie zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung der Vergabestelle, ihr Angebot auszuschließen, nicht zu beanstanden sei. Die Antragstellerin erhielt die Möglichkeit, dazu Stellung zu nehmen. Von dieser Möglichkeit machte sie jedoch keinen Gebrauch.

Im Übrigen wird auf die Verfahrensakte verwiesen. Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber nicht begründet.

1. Zulässigkeit

a) Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.Juli 2005 (BGBl I S. 2140 ff.), geändert durch Artikel 2 Abs. 18 des Gesetzes vom 12.August 2005 (BGBl I S. 2354), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 01.September 2005 (BGBl I S. 2676), i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBL. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., geändert durch RdErl. des MW vom 8.12.2003 – 42 – 32570/03, veröffentlicht im MBL LSA Nr. 57/2003) ist die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Ziffer 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 200.000 Euro für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.Februar 2003 (BGBl I S. 169 ff.), geändert durch Artikel 3 Abs. 37

des Gesetzes vom 7.Juli 2005 (BGBl I S. 1970), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 1.September 2005 (BGBl I S. 2676), ist für dieses Vorhaben überschritten.

b) Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebotes dokumentiert. Sie hat auch hinreichend dargelegt, dass ihr durch den aus ihrer Sicht rechtswidrigen Ausschluss ihres Angebotes ein Schaden zu entstehen droht.

c) Rügeobliegenheit

Die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nachgekommen.

Nach dieser Vorschrift ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Nach der Rechtsprechung muss die Rüge aufgrund der kurzen Fristen, die im Vergabeverfahren gelten, im Regelfall je nach Lage des Einzelfalls höchstens innerhalb von fünf Tagen erfolgen (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 25.05.2000 - 1 Verg. 1/00). In diesem Sinne hat die Antragstellerin rechtzeitig (Schriftsatz vom 03.01.2007 – Eingang bei der Vergabestelle am 04.01.2007) den Ausschluss ihres Angebotes gerügt. Sie hatte erst am 01.01.2007, mit Erhalt des Schreibens der Vergabestelle, eine entsprechende Kenntnis erlangt.

2. Begründetheit

Der Antrag ist unbegründet.

Die Vergabestelle hat im Ergebnis zu Recht das Angebot der Antragstellerin nach § 25 Nr. 1 Abs. 1c) VOL/A ausgeschlossen, da ihre Änderungen an den Eintragungen in den Verdingungsunterlagen nicht zweifelsfrei waren.

Die Antragstellerin hatte zunächst die Vorgabe der Reaktionszeit von sechs Stunden zur Erbringung der Serviceleistung durch Häkchen in Spalte „ja“ bestätigt (Eintragung unter dem A-Kriterium S A 1 der Anlage 2 der Verdingungsunterlagen). Hiervon abweichend hat sie in ihrem Servicekonzept insoweit lediglich einen Toleranzrahmen von „normaler Servicereaktionszeit“ von 24 h angegeben. Gleichzeitig hat sie darauf hingewiesen, dass es möglich sei,

sich an die Anforderungen des Kunden „beispielsweise“ von vier Arbeitsstunden anzupassen. Damit hat sie ihre eigenen Eintragungen in den Verdingungsunterlagen modifiziert. Beide Angaben stehen zueinander in erheblichem Widerspruch. Es bleibt unklar, ob die Antragstellerin entsprechend den Verdingungsunterlagen Reaktionszeiten von bis zu sechs Stunden bei allen Störfällen gewährleistet.

Soweit die Antragstellerin vorbringt, dass das Konzept lediglich allgemeine Angaben beinhalte, so ist dies nicht überzeugend. Vielmehr hat die Vergabestelle ausdrücklich verlangt, dass sich dieses Konzept auf das konkrete Ausschreibungsverfahren bezieht.

Die Bieter hatten nach Ziffer 3.6 (Kundendienst, Service) den Service in den konkreten Einsatzorten näher zu beschreiben (…). Wäre die Antragstellerin diesen Vorgaben nicht nachgekommen, so wäre ihr Angebot nicht vollständig.

Der Vergabestelle war es entgegen der Auffassung der Antragstellerin verwehrt, die aufgetretenen Widersprüche in ihrem Angebot aufzuklären. Nach § 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A sind Verhandlungen über nachträgliche Änderungen der Angebote unstatthaft. Dieses Verbot schließt auch Verhandlungen über ein Angebot mit von vornherein zweifelbehaftetem Inhalt ein. Vielmehr wäre es der Vergabestelle nur möglich, einen feststehenden Sachverhalt beispielsweise in technischer Hinsicht zu klären. Bei anderer Betrachtungsweise hätte es der Bieter in der Hand, die Angebote nach seinem Belieben zu Lasten der anderen Wettbewerber zu modifizieren (vgl. Kulartz in Daub/Eberstein VOL/A § 24 Rdnr. 7).

Die Vergabestelle ist auch nicht aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes gehalten, das Vergabeverfahren aufzuheben. Die Angebote anderer Bieter wiesen mit einer Ausnahme den vorgenannten Mangel nicht auf.

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB verzichtet, da allein aufgrund der Aktenlage die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages erfolgen musste. Eine andere Bewertung hätte sich auch nach einer mündlichen Verhandlung nicht ergeben können.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist die Antragstellerin als Unterliegende anzusehen, da ihr Antrag zurückgewiesen wurde.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Als wirtschaftlicher Wert wurde der monatliche Angebotspreis des Angebotes der Antragstellerin in Höhe von € … zugrunde gelegt. Da die Vergabestelle die Anmietung und den Service für einen Zeitraum von 48 Monaten ausgeschrieben hat, ist gemäß § 3 Abs. 3 VgV, in der Fassung vom 11.02.2003, zuletzt geändert am 23.10.2006, diese Laufzeit zugrunde zu legen. Dies ergibt einen wirtschaftlichen Wert in Höhe von € ….

Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer, deren Grundlage die Formel € 2.500,-- plus 0,05 % des Auftragswertes ist, ergibt sich ein Richtwert von € …. Es besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin ist hier als Unterliegende anzusehen. Sie hat der Vergabestelle die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06118 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Oanea Wendler Rosenbusch