



# Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

## Beschluss

### Leitsätze

1. Eine Vergabestelle darf nur diejenigen Angebote in ihrer Wertung berücksichtigen, die die von ihr geforderten Mindestanforderungen erfüllen.
2. Erfüllt kein Angebot diese technischen Mindestanforderungen, so kann nicht nur das Angebot des Antragstellers gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. a) iVm § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A ausgeschlossen werden.
3. Gleichartige Mängel liegen vor, wenn die Abweichungen in den Angeboten der Bieter auf derselben Wertungsstufe zu einem Ausschluss des jeweiligen Angebotes führen müssen. Dies gilt erst recht für die auf der ersten Wertungsstufe zu prüfenden Voraussetzungen, da es sich hier um zwingende Ausschlussgründe handelt, die nicht dem Beurteilungsspielraum der Vergabestelle unterliegen. Gleichbehandlung durch die Vergabestelle bedeutet dann, dass auf einer Wertungsstufe die Angebote der Bieter vergaberechtlich den gleichen Konsequenzen unterliegen.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Beschaffung von IT-Leistungen

**VK 24/05**

der Firma XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Antragstellerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**gegen**

das XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX

**Antragsgegnerin**

**Beigeladene**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 09.12.2005 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und die ehrenamtlichen Beisitzerin Meißner

am **13. Dezember 2005** entschieden:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Ausschreibung hinsichtlich Los 1 aufzuheben.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragstellerin für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb die Vergabe eines Auftrages über die Beschaffung von LAN-Switches (Los 1) und KVM-Switches (LOS 2) nach der VOL/A in einem offenen Verfahren europaweit aus. Es handelt sich dabei um IT Systeme für einen Neubau der Antragsgegnerin. Als Zuschlagskriterien nannte sie in der Vergabebekanntmachung den niedrigsten Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot bezogen auf die Qualität und den Preis der Gesamtleistung.

Die Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin bestehen aus einer Leistungsbeschreibung, die einerseits allgemeine Ausschreibungsbedingungen und zusätzliche Ausschreibungsbestimmungen für beide Lose (Seiten 1-9) enthält und andererseits technische Anforderungen, die sich auf das jeweilige Los (Seiten 10-27) beziehen. Der Leistungsbeschreibung war in Form einer Excel Tabelle ein Fragen-/Anforderungskatalog für jedes Los beigelegt, der von den Bietern auszufüllen war. Eine Vergabe getrennt nach Losen war zulässig. Im Streit steht hier lediglich die Vergabe des Loses 1.

In der Leistungsbeschreibung werden von der Antragsgegnerin folgende Hinweise erteilt bzw. Forderungen gestellt:

Auf Seite 7 weist sie darauf hin, das der Anbieter unter Beachtung der technischen Anforderungen (siehe Kapitel 3) und den Mindestvoraussetzungen, die dem beiliegenden Fragen-/Anforderungskatalog zu entnehmen sind, sein Angebot näher spezifizieren soll.

Auf Seite 8 verlangt sie unter der Überschrift Fragen-/Anforderungskataloge: „Auch hier wird darum gebeten, die Mindestvoraussetzungen, die zu Anfang des Fragen-/Anforderungskataloges definiert sind, genau zu beachten. Es handelt sich hierbei um sog. K.O. Kriterien, d.h. bei Nichterfüllung auch nur eines der genannten Punkte scheidet das komplette Angebot aus der weiteren Bewertung aus.“

Auf Seite 8 bestimmt sie unter der Überschrift „Angebotswertung“: „Die ausschreibende Stelle prüft in einem ersten Schritt, ob die eingereichten Angebote den vorgegebenen formalen Bedingungen (Termineinhaltung, verschlossenes Angebot, Vollständigkeit der Angebotsun-

terlage etc.) entsprechen. Sofern hier nicht schon einzelne Angebote ausgesondert werden müssen, werden alle Angebote einer Leistungsbewertung unterzogen.“

Die Leistungsbewertung sollte mit Hilfe einer verfeinerten Multifaktorenmethode erfolgen, und zwar dem Verfahren nach der UfAB II (Unterlagen für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen).

Auf Seite 10 (technische Anforderungen für das Los 1) verlangt die Antragsgegnerin hinsichtlich der Anzahl der Anschlüsse in den beiden modularen Core-Switches, dass mindestens 160 Schnittstellen Gigabit (64 + 96 Schnittstellen) gewährleistet sein müssen. Diese Switches müssen in einer Ausbaustufe angeboten werden, die mindestens eine Erhöhung der Anzahl aller Schnittstellen auf den Faktor 2,5 ohne Entsorgung vorhandener Module möglich macht. (Seite 13). Ohne Austausch der Module sollte somit eine Anzahl von 400 (160 x 2,5) Schnittstellen erreicht werden.

Auf Seite 14 verlangt sie, dass „die Switches ein stabiles Burstverhalten bis zu 95 % der Backplane- Maximalkapazität aufweisen müssen. Dieses Verhalten ist durch Messungen unabhängiger Testlabors nachzuweisen, entsprechende Messergebnisse sind beizufügen.“

Auf Seite 15 verlangt sie, „dass ein Server Load Balancing in wire-speed ausschließlich für IP-Protokolle für bis zu 5 Server ohne zusätzliche Soft- und Hardware in insgesamt mindestens 10 Lastverbänden möglich sein muss.“

Der Leistungsbeschreibung fügte die Antragsgegnerin einen Fragenkatalog zu den LAN-Switches (Los 1) und zu den KVM-Switches (Los 2) in der Form einer Excel Tabelle bei.

Auf Seite 2 bestimmte die Antragsgegnerin:  
„Mindestvoraussetzungen“ a) siehe Leistungsbeschreibung. Anschließend werden weitere Voraussetzungen aufgezählt, die hier nicht im Streit stehen.

Aufgrund von fernmündlichen Nachfragen erläuterte die Antragsgegnerin insgesamt drei Mal ihre Ausschreibungsunterlagen gegenüber den Bietern. Mit Schreiben vom 16.08.2005 teilte sie allen Interessenten mit: „Gefordert sind 64 Ports mit GBIC-Anschlüssen und 96 Ports Gigabit Ethernet über Kupferkabel. Bei einer Ausbaureserve um den Faktor 2,5 ergibt sich eine Gesamtanzahl von 400 Schnittstellen. Aufgrund der Angebotslage des Marktes reichen hier 384 Schnittstellen aus.“

Für das Los 1 lagen der Antragsgegnerin am 31.08.2005 insgesamt 5 Angebote von 4 Bietern vor. Die Kennzeichnung der Angebote erfolgte durch einen Eingangsstempel auf dem Deckblatt des jeweiligen Angebotes.

Die Antragstellerin und die mit Beschluss vom 28.10.2005 Beigeladene boten Switches der Firma E xxxxx an. Darüber hinaus bot die Beigeladene in ihrem zweiten Angebot (Variante 2) Switches der Firma A xxxxxx an.

Hinsichtlich der Switches der Firma Exxxxxx existiert ein Zertifikat mit Messergebnissen der Tolly Group vom Mai 2005, das sowohl dem Angebot der Antragstellerin als auch dem Angebot der Beigeladenen (Variante 1) beigefügt war. Den Angeboten der beiden nicht beigeladenen Bietern lagen überhaupt keine Messergebnisse von unabhängigen Testlabors bei.

Dem Angebot der Beigeladenen über die Axxxxxx Switches (Variante 2) lag ein Bericht über eine Testreihe in der Fachhochschule xxxxxxxxxxxx aus dem Jahre 2005 bei, der die Teilnehmer an der Messung benennt und Messergebnisse enthält. In ihrem Angebot führte die Beigeladene dazu aus: „Eine entsprechende Performance wird nachgereicht, ist aber rechnerisch gewährleistet.“

Zum Load Balancing führte die Beigeladene in ihrem Angebot (Variante 1) aus: „Da die angebotenen Switches zurzeit keine Loadbalancing Funktionalität besitzen, bieten wir alternativ zusätzlich Loadbalancer der Firma xx an. Die Funktion des Loadbalancing wird im Jahr 2006 nach Aussage von Exxxxxx in die angebotenen Switches implementiert.“ Für diese Geräte verlangt die Beigeladene ca. 21.000 €.

In der Variante 2 führte die Beigeladene aus: „Das Server Load Balancing muss, wie auf Seite 15 beschrieben, verfügbar sein. Dies stellt ein K.O. Kriterium dar. Antwort: Ist demnächst verfügbar. Alternativ externe Lösung mit xx, siehe Angebot.“

Weiterhin führte die Beigeladene in ihrem Angebot (Variante 2) aus: „Die aktuelle Serie sei die Baureihe der Module xxxxx Die Freigabe und Markteinführung durch den Hersteller Axxxxx für die Serie der Module der Baureihe xxxx werde noch in diesem Jahr erfolgen. Man werde zunächst Module der Baureihe xxxx zur Verfügung stellen. Sobald die Baureihe xxxx Module getestet, geprüft und freigegeben worden sei, werde sie auf ihre Kosten die xxxx Baureihe zurücknehmen und gegen die Baureihe xxxx ersetzen.“

Die Antragstellerin bot Switches der Firma Exxxxxx an; ein Hinweis auf ein Zusatzgerät für die Load Balancing Funktion findet sich in ihrem Angebot nicht.

Im September 2005 führte die Antragsgegnerin umfassende Aufklärungsgespräche mit den Bietern, und zwar überwiegend wegen den in der Leistungsbeschreibung aufgeführten technischen Merkmalen.

Die Wertung der Antragsgegnerin ergibt sich aus dem Vergabevermerk. Im Vergabevermerk führte die Antragsgegnerin aus: „Die Ausschlusskriterien (K.O. Kriterien) wurden innerhalb der Leistungsbeschreibung sprachlich kenntlich gemacht. Innerhalb des Fragenkatalogs wurden nochmals die wichtigsten, aber nicht alle KO-Kriterien aufgelistet.“

Die Antragsgegnerin schloss die Angebote mit den Switches der Firma Exxxxxx aus, weil diese gegen zwei K.O. Kriterien verstoßen würden. Einerseits sei die Ausbaureserve zu gering und andererseits würden die Switches nicht wie gefordert ein Loadsharing für Server beherrschen.

Hinsichtlich der Switches führte die Antragsgegnerin aus, dass im Rahmen der Ausbaureserve zunächst insgesamt 400 Anschlüsse gefordert waren. „Diese Zahl wurde im zweiten Ergänzungsschreiben auf die informationstechnisch „runderen“ 384 reduziert, dabei wurde die Forderung aber nicht gestrichen, diese Aufrüstung ohne Entsorgung der vorhandenen und bereits eingebauten Module vornehmen zu können.“ Dies sei bei den Switches der Firma Exxxxxx aber so nicht möglich. Vielmehr müssten Glasfaser-Module ausgebaut werden, um Module mit Schnittstellen für Kupferkabel einbauen zu können. Eine anderweitige Verwendung der ausgebauten Module sei aber nicht möglich.

Hinsichtlich des Angebots der Beigeladenen über die Switches der Firma Axxxxxx (Variante 2) stellte die Antragsgegnerin in ihrem Vergabevermerk fest, dass dieses Angebot allen Anforderungen genüge.

Die anderen Angebote, der nicht am Verfahren beteiligten Bieter, waren zwingend auszuschließen, weil ein Angebot nicht unterschrieben war und das andere Angebot einige nach der Leistungsbeschreibung geforderte K.O.-Kriterien (u.a. Load Balancing) nicht erfüllte.

Sie hat aber dennoch sämtliche Angebote anhand der Multifaktorenmethode bewertet. Danach erhielt die Antragstellerin 26,3 Punkte, während das Angebot der Beigeladenen mit den Switches von Axxxxxx eine Punktzahl von 28,5 erreichte und damit das erstplatzierte Angebot war. Ausweislich des Gesamtpreises liegt hingegen die Antragstellerin auf dem ersten Rang, gefolgt von der Beigeladenen mit dem Angebot über die Switches der Firma Axxxxxx.

Nachdem die Antragsgegnerin den Bietern mit Schreiben vom 07.10.2005 mitgeteilt hatte, dass der Zuschlag für das Los 1 auf das Angebot der Beigeladenen mit den Switches der Firma Axxxxxx erteilt werden soll, rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 17.10.2005 die beabsichtigte Vergabe. Sie führte in ihrer Rüge aus, dass sie dem Informationsschreiben nicht entnehmen könne, warum ihr Angebot ausgeschlossen worden sei und welche der in der Ausschreibung angegebenen Wertungskriterien in die Wertung eingegangen seien und welche dieser Wertungskriterien das eigene Angebot nicht erfüllen würde.

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 19.10.2005 weitere Informationen mit und übersandte ihr mit einer Email vom 20.10.2005 auch eine Kopie ihres Vergabevermerks, in der sie geheimhaltungsbedürftige Informationen geschwärzt hatte.

Am 21.10.2005 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag, der zur Einleitung des Verfahrens am 24.10.2005 führte.

Die Antragstellerin meint, dass bei korrekter Wertung der Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen sei. Die Antragsgegnerin habe in ihren Ausschreibungsunterlagen unter Ziffer 2.2.1 (Seite 7) verfügt, dass alle Angebote, die die formalen Bedingungen, wie Termineinhaltung und Vollständigkeit der Angebotsunterlage, erfüllen, einer Leistungsbewertung unterzogen werden sollten. Die Leistungsbewertung wollte die Antragsgegnerin mit Hilfe der Multifaktorenmethode durchführen. Es seien somit alle Angebote zur Wertung zugelassen und gewertet worden, und zwar unabhängig davon, ob diese Angebote die Mindestvoraussetzungen erfüllten oder nicht. Die Antragsgegnerin habe deshalb die von ihr genannten K.O. Kriterien nicht als Mindestvoraussetzungen bei ihrer Wertung gehandhabt.

In der Leistungsbeschreibung habe die Antragsgegnerin in Ziffer 2.1 zwischen Mindestvoraussetzungen und technischen Voraussetzungen unterschieden. Dem stehe auch nicht a) im Fragen- und Anforderungskatalog entgegen, der wiederum umfassend auf die Leistungsbeschreibung verweise und diese als Mindestvoraussetzung bezeichne. Denn damit würde doch wiederum Ziffer 2.1 gelten. Jedenfalls sei eine derartige Zirkelverweisung nicht geeignet, die Merkmale „Load Balancing“ und „Ausbaureserve“ hinreichend als Mindestvoraussetzungen zu erkennen.

Letztlich könne man nicht mit der erforderlichen Klarheit und Sicherheit aufgrund der Verdingungsunterlagen annehmen, dass es sich bei den o.g. Kriterien tatsächlich um Mindestvoraussetzungen handelte. Sollte das der Fall sein, dann könne die Antragsgegnerin nur noch zur Aufhebung der Ausschreibung verpflichtet werden.

Zudem würde die Anwendung der K.O. Kriterien dazu führen, dass alle Angebote bis auf das Angebot der Beigeladenen (Axxxxxxx Switche) ausgeschlossen werden müssten. Das Angebot der Beigeladenen über die Switches der Firma Axxxxxxx verhalte sich aber über ein Produkt, das noch nicht auf dem Markt sei. Unter Anwendung des Gleichheitssatzes sei die Antragsgegnerin deshalb gezwungen, die Ausschreibung aufzuheben.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin gewährleiste ihr eigenes Angebot das geforderte Loadsharing in vollem Umfange. Auf Nachfrage der Antragsgegnerin habe man mit der Email vom 11.09.2005 darauf hingewiesen, dass man im Angebot eine externe xx Networks BIG-IP Lösung berücksichtigt habe. Sie habe in ihrem Angebot Einheitspreise eingetragen. Nach der Leistungsbeschreibung sollte die Einhaltung von Mindestvoraussetzungen Vertragsbestandteil werden. Diese funktionale Festlegung umfasste alle für die Erreichung des ausgeschriebenen Erfolgs erforderlichen Nebengeräte und Nebeninstallationen, und zwar unabhängig davon, ob diese Geräte ausdrücklich im Angebot genannt sind. Jedenfalls sei das Merkmal Loadsharing nicht bei der Wertung einzubeziehen, weil es nicht im Fragenkatalog abgefragt worden sei und deshalb nicht in die Multifaktorenanalyse hätte einbezogen werden dürfen.

Auch die Reduzierung der Anforderung von 400 Schnittstellen in der Ausbaustufe auf 384 Schnittstellen verstoße gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Diese Reduzierung der Anforderung sei genau auf die Leistungsfähigkeit des Angebots der Beigeladenen abgestimmt worden. Jedenfalls erfülle das eigene Angebot diese Voraussetzung. Nach der Konkretisierung im Schreiben vom 16.08.2005 sei es nicht mehr darauf angekommen, dass die Aufrüstung ohne den Austausch und die Entsorgung von Modulen durchgeführt werden musste. Vielmehr sei durch die dort getroffene Formulierung der gesamte Abschnitt 2 auf Seite 13 der Leistungsbeschreibung ersetzt worden.

Weiterhin habe die Antragsgegnerin nicht berücksichtigt, dass die Beigeladene mit ihrem 2. Angebot ein Produkt angeboten habe, das auf dem Markt noch nicht erhältlich sei. Insofern könnten dem Angebot weder Testergebnisse von unabhängigen Testlabors noch Referenzen beigelegt worden sein.

Zudem sei die Wertung der Antragsgegnerin fehlerhaft, weil das Angebot der Antragstellerin nicht getestet wurde. Nach der Leistungsbeschreibung musste die Gesamtbewertung der zwei nach Schriftlage leistungsstärksten Anbieter zwingend unter Berücksichtigung des schriftlichen Angebotes sowie der Teststellung getroffen werden. Da sie mit ihrem Angebot jedenfalls auf dem zweiten Platz lag, hätte sie bei der Teststellung berücksichtigt werden müssen.

Abschließend behauptet die Antragstellerin, die Wertung der Antragsgegnerin anhand der Multifaktorenanalyse sei ebenfalls fehlerhaft gewesen. So sei die Verteilung der Punkte für die Anbieterdarstellung wie auch die Bewertung der technischen Anforderungen an die LAN-Switches nicht nachvollziehbar. Beispielsweise müssten für die Anzahl der Referenzobjekte oder der Anzahl der Servicestützpunkte in NRW doch mehr Punkte vergeben werden, wenn ein Bieter mehr Referenzen oder mehr Servicestützpunkte habe. Derjenige Bieter, der über nicht so viele Servicestützpunkte verfüge, müsse weniger Punkte bekommen.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Angebote hinsichtlich Los 1 neu zu werten.

2. hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Ausschreibung mangels wertbaren Angebots aufzuheben.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, ihre Ausschreibung sei rechtmäßig und alle Angebote zu Los 1, bis auf das Angebot der Beigeladenen mit den Axxxxxx-Geräten, erfüllten die Mindestanforderungen nicht. Insofern könne sie den Zuschlag nur auf dieses Angebot erteilen. Im Übrigen teilt sie mit, dass sie sowohl zu der Beigeladenen als auch zu der Antragstellerin bereits vor der Ausschreibung in Geschäftsverbindungen gestanden habe.

Das Angebot der Antragstellerin beinhalte kein Server Load Balancing ohne zusätzliche Hard- und Software. In einer Email vom 11.09.2005 habe ein Mitarbeiter der Antragstellerin ausgeführt, dass diese Funktion ausschließlich mit Hilfe eines zusätzlichen Gerätes realisierbar sei. Ein zusätzliches Gerät sei nach der Leistungsbeschreibung nicht zulässig gewesen und sei von der Antragstellerin in ihrem Angebot auch nicht angeboten worden. Dabei habe es sich aber eindeutig um ein sog. K.O. Kriterium gehandelt. Bei dem Load Balancer der Firma xx handele es sich um ein eigenständiges Gerät mit eigenem Gehäuse und eigener Stromversorgung. Dieses sei zwischen dem Core-Switch und den zu verwaltenden Server zu schalten.

Hinsichtlich der Ausbaureserve führt die Antragsgegnerin aus, dass die Ergänzung im Schreiben vom 16.08.2005 keine Neufassung der Leistungsbeschreibung sein sollte. Die Voraussetzung „Ausbau ohne Entsorgung vorhandener Module“ sei weiterhin gefordert worden.

Hinsichtlich der Referenzen und Messungen von unabhängigen Testlabors behauptet die Antragsgegnerin, diese seien dem Angebot der Beigeladenen (2. Variante) beigelegt gewesen. Dass an diesem Test in der Fachhochschule xxxxxxxx auch Mitarbeiter der Herstellerfirma Axxxxxx teilgenommen hätten, sei kein Grund an der Unabhängigkeit zu zweifeln. Es sei doch völlig ausreichend, wenn ein Testergebnis von einer unabhängigen Stelle vorgelegt würde.

In der mündlichen Verhandlung führte die Antragsgegnerin dazu aus, dass die Leistungsbeschreibung und der Fragenkatalog untrennbar miteinander verbunden gewesen seien. In der Leistungsbeschreibung habe man durch die Wörter „muss“ oder „soll“ gekennzeichnet, welche Voraussetzungen ein Angebot mindestens erfüllen musste. Wenn in der Leistungsbeschreibung das Wort „muss“ stand, dann hätte man diese Anforderung auch als Mindestvoraussetzung verlangt. Man sei aber –obwohl in sämtlichen Angeboten die so geforderten Mindestvoraussetzungen nicht erfüllt worden seien- in die Wertung getreten und habe die Angebote anhand der Multifaktorentabelle gewertet. Dass der Ausschluss eines Angebotes auf der ersten Wertungsstufe zwingend sei, sei ihr nicht bewusst gewesen.

Die Beigeladene meint, die Angebote mit den Switches der Firma Exxxxxx würden das Kriterium Load Balancing nicht erfüllen. Sie habe deshalb ein Zusatzgerät (xx) in ihrem Angebot angeboten, was ausweislich des Vergabevermerks beim Angebot der Antragstellerin nicht der Fall gewesen sei. Schließlich sei in der Ausschreibung nur verlangt worden, dass ein Load Balancing möglich sei. Es könne aber nicht darauf ankommen, ob dies durch eine zusätzliche Soft- oder Hardware erst ermöglicht wird.

Weiterhin würden auch die Switches der Firma Exxxxxx - ohne den Austausch von Modulen- weder die anfänglich geforderten 400 Schnittstellen noch die später als ausreichend beziferten 384 Schnittstellen erreichen, sondern nur 352 Schnittstellen.

Zudem behauptet die Beigeladene, dass es eine Organisation gebe, die bereits mit den Switches dieses Typs produktiv arbeitet, dass ein Servicestützpunkt in NRW existiere und die entsprechenden Testberichte der Antragsgegnerin vorlägen.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 22.12.2005 verlängert. Am 09.12.2005 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die Vergabekammer Münster ist für die Entscheidung zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB) und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat. (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW).

Der geschätzte Auftragswert für die ausgeschriebene Leistung (Los 1) beträgt ca. 270. 000 € und übersteigt damit den nach § 2 Nr. 3 VgV erforderlichen Schwellenwert bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen in Höhe von 200.000 Euro.

Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin von der Wertung nach § 25 Nr. 1 VOL/A im Vergleich zu den anderen Angeboten war hier nicht gerechtfertigt.

Der Nachprüfungsantrag hinsichtlich des Loses 1 ist zulässig und begründet.

1. Die Antragstellerin hat unverzüglich den Ausschluss ihres Angebotes gemäß § 107 Abs. 3 GWB mit Schreiben vom 17.10.2005 gerügt, nachdem die Antragsgegnerin ihr mit Schreiben vom 07.10.2005 mitgeteilt hatte, dass ihr Angebot nicht bezuschlagt werden sollte. Da das Informationsschreiben der Antragsgegnerin nicht dezidiert die Gesichtspunkte wiedergibt, mit denen sie letztlich im Vergabevermerk den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin begründete, musste und konnte auch die Rüge der Antragstellerin nicht konkrete Verstöße nennen.

2. Die Antragstellerin ist antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB, weil sie mit der Vorlage ihres Angebots ihr Interesse am Auftrag bekundete und ihr ein Schaden droht, wenn ihr Angebot im Verhältnis zu den anderen Angeboten unzulässigerweise nicht bezuschlagt wird.

Sowohl hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin als auch der Beigeladenen stellt sich die Frage, ob zwingende Ausschlussgründe vorliegen. Auch die Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin im Rahmen der Multifaktorenanalyse wird von der Antragstellerin als fehlerhaft bezeichnet. Die Kammer hält den Nachprüfungsantrag für zulässig. Jedenfalls ist der Nach-

prüfungsantrag begründet (in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.2004, VII-Verg 47/04). Denn entweder wird im Rahmen der Zulässigkeit die Antragsbefugnis der Antragstellerin im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB festgestellt oder im Rahmen der Begründetheit die Verletzung in eigenen Rechten gemäß § 114 Abs. 1 GWB.

Hier ist sowohl das Angebot der Antragstellerin unvollständig, aber auch die Angebote der Beigeladenen und die Angebote derjenigen Bieter, die nicht am Verfahren beteiligt sind, waren unvollständig im Sinne der Leistungsbeschreibung.

Im Einzelnen:

a) Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. a) in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A sind Angebote von der Wertung auszuschließen, die die geforderten Angaben und Erklärungen nicht enthalten.

Auf der ersten Wertungsstufe überprüft die Vergabestelle, ob zwingende Gründe für den Ausschluss des Angebotes vorliegen. Erst auf der vierten Wertungsstufe kann anhand einer Bewertungsmatrix ermittelt werden, welches Angebot bestimmte Zuschlagskriterien erfüllt. Die Anwendung einer Bewertungsmatrix auf der ersten Stufe der Wertung ist nicht möglich, weil die Vergabestelle hier keinen Beurteilungsspielraum hat. Insofern kann der Hinweis der Antragsgegnerin auf Seite 8 ihrer Leistungsbeschreibung hinsichtlich der Anwendung der verfeinerten Multifaktorenmethode sich nur auf die vierte Wertungsstufe beziehen. Denn diese Multifaktorenanalyse ist vergleichbar mit einer Bewertungsmatrix, bei der einzelne Kriterien anhand von Punkten bewertet werden.

Ausgehend von den vorstehenden Hinweisen hat die Antragsgegnerin zunächst in ihrer Leistungsbeschreibung (Seiten 1- 31) Ausschlusskriterien (KO-Kriterien) für beide Lose genannt und innerhalb ihres Fragenkatalogs weitere Kriterien abgefragt. Dabei sind die Fragen im Fragenkatalog hinsichtlich der technischen Einzelheiten zum Teil identisch mit den Kriterien in der Multifaktorentabelle, aber nicht unbedingt mit den Forderungen aus der Leistungsbeschreibung. Die Antragsgegnerin hat aber in ihrem Fragenkatalog die Leistungsbeschreibung insgesamt als „Mindestvoraussetzung“ bestimmt.

In der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin die Leistungsbeschreibung und den Fragenkatalog als untrennbare Einheit beschrieben. Alle Anforderungen in der Leistungsbeschreibung, die mit dem Wort „muss“ eingeleitet wurden, waren jedenfalls zwingend von den Bietern zu erfüllen. Allerdings hätte sie festgestellt, dass sämtliche Angebote diese Mindestvoraussetzungen nicht erfüllten. Dennoch habe man die Wertung fortgesetzt.

Die Antragsgegnerin war aber verpflichtet, zunächst zu prüfen, ob die von ihr in der Leistungsbeschreibung verlangten Mindestvoraussetzungen, die sich auf das Produkt bezogen, von den Bietern erfüllt wurden. Nur diejenigen Angebote, die diese Voraussetzungen erfüllten, konnten bis auf die vierte Wertungsstufe vorrücken und waren dann anhand der Multifaktorenanalyse zu bewerten.

Ausweislich des Vergabevermerks ist die Antragsgegnerin zwar auch wie dargestellt vorgegangen, hat dann aber aus den festgestellten Tatsachen nicht die richtigen rechtlichen Schlüsse gezogen. Denn sie hat –obwohl sämtliche Angebote nicht die von ihr geforderten Mindestvoraussetzungen erfüllten- diese anhand der Multifaktorenmethode bewertet. Dies hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung auch bestätigt und darauf hingewiesen, dass ihr dies nicht bekannt gewesen sei.

Die Bieter haben auch keinen Anspruch darauf, dass eine zunächst von der Vergabestelle vorgenommene Wirtschaftlichkeitsprüfung auf der vierten Wertungsstufe bestehen bleibt. Hier ist zwischen einem zwingenden Ausschlussgrund und einer Ermessensentscheidung der Vergabestelle zu unterscheiden. Ist der öffentliche Auftraggeber von Gesetzes wegen verpflichtet, das Angebot zwingend auszuschließen, kann ein rechtlich schützenswertes Vertrauen des Bieters nicht entstehen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.05.2003, Verg 16/03).

b) Das Angebot der Antragstellerin ist aus der Wertung auszuschließen, weil sie das mit der Leistungsbeschreibung geforderte Server Load Balancing ohne ein entsprechendes Zusatzgerät nicht erfüllt. Angebote, die die geforderten Angaben nicht enthalten, sind zwingend auszuschließen. Denn ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren ist nur zu erreichen, wenn lediglich in jeder sich aus den Verdingungsunterlagen ergebenden Hinsicht vergleichbare Angebote gewertet werden (BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02).

Bei der Forderung nach einem Load Balancing handelt es sich um Angaben und Erklärungen im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A. Unter den Begriff „geforderte Angaben und Erklärungen“ sind solche technischen Merkmale zu verstehen, die Leistung und Preis des Angebotes beeinflussen (Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 1. Auflage, § 21 Rd. 16/17). Es sind leistungsbezogene Merkmale, die sich auf den Inhalt und die Art und Weise der geforderten Leistung beziehen und eben nicht auf den Bieter bzw. auf die Eignung des Bieters. Eignungsnachweise, die sich auf den Bieter bzw. sein Unternehmen beziehen (vgl. dazu § 7a Nr. 2 VOL/A), sind hingegen nach § 25 Nr. 2 VOL/A auf der zweiten Wertungsstufe zu prüfen.

Gemäß der Leistungsbeschreibung (Seite 15) der Antragsgegnerin mussten die angebotenen LAN-Switches ein Server Load Balancing ohne zusätzliche Soft- oder Hardware ermöglichen. Unstreitig ist aber, dass die LAN-Switches der Firma Exxxxxx diese Voraussetzung nicht erfüllen, sondern das dafür ein Zusatzgerät (xx), also eine zusätzliche Hardware, erforderlich war. Erst durch dieses Zusatzgerät wäre es möglich gewesen, die ankommende elektronische Post gleichmäßig auf die Server zu verteilen, um eine ausgewogene Kapazitätsauslastung zu erreichen.

Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass sie in ihrem Angebot diese Zusatzgeräte quasi konkludent angeboten habe, was sich aus dem verlangten Einheitspreis schließen lasse, ist dies unerheblich. Denn die Leistungsbeschreibung hat ein Server Load Balancing ohne die Einschaltung von zusätzlichen Geräten verlangt.

c) Ob das Angebot der Antragstellerin von der Wertung auszuschließen ist, weil es die geforderten Schnittstellen mit den angebotenen Modulen in der Ausbauphase nicht erreicht, lässt die Kammer hier dahingestellt. Denn die Antragstellerin hat in ihrem Angebot keine Angaben darüber gemacht, mit welcher Art von Modulen sie die Ausbaureserve erreichen will. Dies war auch nicht gefordert. Teilt man die von der Antragstellerin angebotenen Module auf, so verbleibt noch genügend Raum für den Ausbau auf insgesamt 384 Schnittstellen, je nachdem mit welchem Modul die Ausbaureserve erfolgen soll. Dabei geht die Kammer davon aus, dass die Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 16.08.2005 jedenfalls nicht die Voraussetzung –ohne Entsorgung der Module– fallengelassen hat. Denn dies ergibt sich weder aus dem Wortlaut dieser Korrektur, noch kann dies im Wege einer Auslegung gemäß § 133 BGB ermittelt werden.

d) Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin von der Wertung bewirkt, dass der weitere Fortgang des Vergabeverfahrens weder die Interessen der Antragstellerin berührt,

noch sie durch eine etwaige Nichtbeachtung vergaberechtlicher Bestimmungen in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein könnte.

In ständiger Rechtsprechung wird von diesem Grundsatz aber eine Ausnahme zugelassen, und zwar für den Fall, in welchem der öffentliche Auftraggeber bei gebührender Beachtung des als verletzt gerügten Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht nur das Angebot des Antragstellers, sondern gleichermaßen auch das allein in der Wertung verbliebene Angebot des Beigeladenen oder alle anderen tatsächlich in die Wertung gelangten Angebote hätte ausschließen und beispielsweise ein neues Vergabeverfahren hätte durchführen müssen. Das Gebot, den Bieter gleich zu behandeln (§ 97 Abs. 2 GWB), verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, solche Angebote, die vergaberechtlich an demselben oder einem gleichartigen Mangel leiden, vergaberechtlich gleich zu behandeln, d.h. aus dem übereinstimmend vorliegenden Mangel jener Angebote vergaberechtlich dieselben Konsequenzen zu ziehen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.05.2002, Verg 4/02; Beschluss vom 30.06.2004, VII- Verg 22/04; Beschluss vom 15.12.2004, VII-Verg 47/04; Beschluss vom 14.10.2005, VII-Verg 40/05; OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.04.2005, 11 Verg 1/05).

Unter dem Gebot der Gleichbehandlung kann insbesondere nicht das Angebot des Antragstellers einem Ausschluss unterliegen, zugleich aber gutgeheißen werden, dass die Antragsgegnerin die ausgeschriebenen Leistungen auf das Angebot eines Mitbieters vergibt, das im selben oder in einem gleichartigen Punkt, weswegen das Angebot des Antragstellers auszuschließen ist, Mängel aufweist. An dem bei Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erforderlich werdenden neuen Vergabeverfahrens kann der Antragsteller sich beteiligen und ein neues Angebot abgeben, das seine Chance auf einen Zuschlag wahrt. Diese Chance wird dem Antragsteller durch den Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot genommen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.10.2005, VII-Verg 40/05).

Der Streitfall unterfällt der dargestellten Ausnahme, weil auch die Angebote der Beigeladenen über die Switches der Firma Exxxxxxx(Variante 1) und der Firma Axxxxxxx (Variante 2) wegen eines gleichartigen Mangels auf der ersten Wertungsstufe von der Wertung auszuschließen waren. Denn bei beiden Varianten war das Server Load Balancing ohne ein entsprechendes Zusatzgerät nicht möglich. Die Beigeladene hat dies in ihren Angeboten auch ausgeführt und die Kosten für diese Geräte (xx) in Ansatz gebracht.

Soweit die Beigeladene –wie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen- davon ausgeht, dass lediglich ein Server Load Balancing möglich sein musste, wobei es nicht darauf ankommen könne, ob dies durch zusätzliche Soft- oder Hardware erfolgt, muss sie sich entgegenhalten lassen, dass dies so nicht in den Ausschreibungsunterlagen zu finden ist und im Übrigen die Antragsgegnerin sowohl im Vergabevermerk aber auch in der mündlichen Verhandlung betont hat, dass ein Zusatzgerät nicht akzeptiert werden sollte.

Die Antragstellerin wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag zu Recht gegen diese Ungleichbehandlung durch die Antragsgegnerin.

Im Übrigen war das Angebot der Beigeladenen (2. Variante) auszuschließen, weil die in der Leistungsbeschreibung geforderten Messergebnisse von unabhängigen Testlabors nicht beigelegt waren. Dabei handelt es sich ebenfalls um von der Antragsgegnerin geforderte Angaben und Erklärungen im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A bezogen auf das konkrete Produkt, also die LAN-Switches. Soweit die Beigeladene hier auf eine Testreihe der Fachhochschule xxxxxxxxx hinweist, handelt es sich hierbei nicht um ein unabhängiges Testlabor. Dementsprechend lässt diese „Testreihe“ auch keinen verantwortlichen Prüfer erkennen, wie dies bei

einem Prüfinstitut der Fall wäre. Die Messergebnisse sind auch nicht unterschrieben worden, so dass hier eine Verantwortlichkeit nicht erkennbar wird.

Zudem kann es über ein Produkt, das in dieser Form noch nicht auf dem Markt erhältlich ist, auch kein Testergebnis geben. Vielmehr kann es sich nur um Testreihen hinsichtlich eines Prototypen handeln.

e) Allein die festgestellte Ungleichbehandlung führt aber nicht ohne weiteres zur Antragsbefugnis der Antragstellerin, sondern ein Schaden kann ihr nur drohen, wenn sie reelle Chancen auf Erteilung des Zuschlags hat. Das bedeutet, dass auch alle anderen in die Wertung gelangten Angebote der anderen Bieter ausgeschlossen werden müssen, so dass die Vergabestelle gezwungen wäre, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen. In einem neuen Vergabeverfahren könnte dann auch die Antragstellerin ein neues Angebot vorlegen und hätte wiederum reelle Chancen auf Erteilung des Zuschlags.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber nur, an mehreren Angeboten, die an demselben oder einem gleichartigen Mangel leiden, dieselben vergaberechtlichen Konsequenzen zu knüpfen. Auf die Identität des Mangels kann bei der Frage, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt wurde, nicht abgestellt werden, weil die Feststellung eines identischen Mangels eher ein Zufallsfund ist (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.04.2005, 11 Verg 1/05; entgegen VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 28.09.2005, VK 2 LVwA LSA 31/05).

Gleichartige Mängel liegen jedenfalls vor, wenn die Abweichungen in den Angeboten der Bieter auf derselben Wertungsstufe zu einem Ausschluss des jeweiligen Angebotes führen müssen. Dies gilt erst recht für die auf der ersten Wertungsstufe zu prüfenden Voraussetzungen, da es sich hier um zwingende Ausschlussgründe handelt, die nicht dem Beurteilungsspielraum der Vergabestelle unterliegen. Gleichbehandlung durch die Vergabestelle bedeutet dann, dass auf einer Wertungsstufe die Angebote der Bieter vergaberechtlich den gleichen Konsequenzen unterliegen.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist im vorliegenden Fall festzustellen, dass auch die Angebote der beiden verbliebenen Bieter, die nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligt waren, Mängel auf der ersten Wertungsstufe aufweisen und folglich zwingend auszuschließen waren. Diese Mängel sind auch von der Antragsgegnerin festgestellt und im Vergabevermerk dokumentiert worden. In den beiden verbliebenen Angeboten fehlten u.a. Erklärungen zu dem in der Leistungsbeschreibung verlangten Lüftungskonzept und andererseits wurden die verlangten Testergebnisse nicht beigelegt. Ein Angebot war nicht unterschrieben. Da es sich bei den vorstehenden Abweichungen um leistungsbezogene Merkmale handelte, die ausweislich der Verdingungsunterlagen als Mindestvoraussetzungen bezeichnet waren, mussten diese auch auf der ersten Wertungsstufe geprüft werden. An dem Fehlen dieser Mindestvoraussetzungen muss die Vergabestelle dann aber auch die gleichen vergaberechtlichen Konsequenzen knüpfen. Demzufolge waren alle Angebote zu den LAN-Switches wegen fehlender Angaben und Erklärungen zwingend auf der ersten Wertungsstufe von der Antragsgegnerin auszuschließen und nicht nur das Angebot der Antragstellerin.

3. Die Kammer lässt es hier ausdrücklich dahin gestellt, ob die Leistungsbeschreibung tatsächlich von den Bietern erfüllt werden konnte oder ob diese bereits in sich nicht schlüssig war. Dies gilt insbesondere für die technische Forderung nach einem Load Balancing, ohne das dafür Zusatzgeräte benötigt werden. In der mündlichen Verhandlung führte die Antragsgegnerin dazu aus, dass dies technisch möglich sei. Jedenfalls sind die anderen hier im Streit

stehenden Mindestvoraussetzungen, wie die Vorlage von Messergebnissen unabhängiger Testlabors oder eines Lüftungskonzeptes durchaus erfüllbar gewesen.

4. Die Kammer lässt hier auch dahingestellt, ob das Angebot der Beigeladenen über die Switches der Firma Axxxxxx nicht schon wegen Abweichungen von den Verdingungsunterlagen zwingend von der Wertung auszuschließen war. Denn ausweislich der eigenen Angaben der Beigeladenen in ihrem Anschreiben ist die Baureihe der xxxx Module noch nicht für den Markt freigegeben. Nach der Rechtsprechung des BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 85/97, können nur durchsichtige, in den ausgewiesenen Leistungsmerkmalen identische und miteinander ohne weiteres vergleichbare Angebote in die Wertung gestellt werden. Angebote, die eine Änderung von der Verdingungsunterlagen beinhalten, sind zwingend auszuschließen, und zwar unabhängig von dem Umfang und der wettbewerblichen Relevanz dieser Abweichung. Wenn also ein neues Produkt angeboten wird, muss eine Vergabestelle sorgfältig prüfen, ob dies überhaupt von den eigenen Verdingungsunterlagen erfasst wird und als solches mit den Produkten, die sich auf dem Markt befinden, verglichen werden kann.

5. Die Kammer lässt es hier dahingestellt, ob die Antragstellerin auch dadurch in ihren Rechten verletzt worden ist, weil ihr Angebot in der vierten Wertungsstufe nicht ordnungsgemäß gewertet wurde (§ 25 Nr. 3 VOL/A). Sie hat beanstandet, dass einerseits die Antragsgegnerin die zuvor verlangten Mindestvoraussetzungen konkludent abgeändert habe und andererseits die Verteilung von Punkten in der Wertung anhand der Multifaktorentabelle teilweise nicht nachvollziehbar gewesen sei. Wenn das zutrifft, wäre dies nur noch ein weiterer Wertungsfehler der Antragsgegnerin gewesen, der den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin begründen würde.

### III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken.

Die Antragstellerin ist hier in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt (§ 97 Abs. 2 GWB), auf dessen Einhaltung sie als Bieterin in einem Vergabeverfahren einen Anspruch hat (§ 97 Abs. 7 GWB). Denn im Ergebnis liegt kein Angebot vor, das den Mindestvoraussetzungen der Leistungsbeschreibung entspricht. An einem neuen Vergabeverfahren könnte die Antragstellerin sich mit Chancen auf einen Zuschlag abermals beteiligen.

Aus den vorstehenden Feststellungen ergibt sich folgende Konsequenz:

Die Antragsgegnerin kann das Vergabeverfahren unter Beachtung der Mitteilungspflichten (§ 26a VOL/A) gemäß § 26 Nr. 1 lit. a) VOL/A aufheben, weil kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht, um den Auftrag dann erneut auszuschreiben. Die Antragsgegnerin kann den Auftrag aber auch gemäß § 3a Nr. 4 lit. a) VOL/A im Verhandlungsverfahren vergeben, wenn in einem offenen Verfahren nur Angebote im Sinne von § 25 Nr. 1 abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrages nicht grundlegend geändert werden (in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.06.2004, VII-Verg 22/04 und Beschluss vom 15.12.2004, VII-Verg 47/04).

Die Entscheidung über die Aufhebung einer Ausschreibung ist nach § 26 VOL/A in das pflichtgemäße Ermessen der Vergabestelle gestellt. Eine Anordnung auf Aufhebung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen kommt demnach nur im Ausnahmefall in Betracht, wenn das Ermessen der Vergabestelle auf Null reduziert ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.10.2005, VII-Verg 40/05).

Hier kommt als Konsequenz nur noch die Aufhebung der Ausschreibung hinsichtlich Los 1 in Betracht. Denn ein milderer Mittel zur Behebung der festgestellten Vergabeverstöße gibt es nicht.

Bereits die Ausschreibungsunterlagen sind offensichtlich von den Bietern schon unterschiedlich verstanden worden. Weiterhin liegt der Antragsgegnerin kein einziges Angebot vor, das die von ihr verlangten Mindestvoraussetzungen erfüllt hat. Dabei sind es teilweise identische Mängel, wie die Möglichkeit des Load Balancing, aber auch andere formale Mängel, wie die fehlende Unterschrift oder das fehlende Lüftungskonzept. Es handelt sich hier jeweils um Mängel auf der ersten Wertungsstufe, die zwingend zum Ausschluss eines Angebotes führen müssen.

Die Antragsgegnerin hat bei derartigen Mängeln überhaupt keinen Beurteilungsspielraum mehr. Insofern kann sie mit den Angeboten nicht in ein Verhandlungsverfahren treten und eine fehlerhafte Wertung ordnungsgemäß und vergaberechtskonform wiederholen. Genau dies ist hier nicht möglich. Angebote, die auf der ersten Wertungsstufe auszuschließen sind, können nicht mehr miteinander verglichen werden, weil dies zwangsläufig dazu führt, dass die an sich vorliegenden zwingenden Ausschlussgründe gegenüber gestellt und gewichtet werden. Zwingende Ausschlussgründe sind nicht zu gewichten als mehr oder weniger zwingend, sondern sie führen ohne Bewertung zum Ausschluss. Der Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie die Ausschreibung aufhebt oder in ein Verhandlungsverfahren tritt, hat sich hier somit auf Null reduziert. Etwas anderes als die Aufhebung der Ausschreibung kommt folglich nicht in Betracht.

Ein Verhandlungsverfahren ist aber auch deshalb nicht möglich, weil noch weitere Gesichtspunkte vorliegen, die auf den folgenden Wertungsstufen zu Problemen führen werden, so dass auch aus diesen Gründen die Aufhebung der Ausschreibung erforderlich ist.

Beispielsweise sind die in der Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften geforderten Unterlagen zur wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit von den Bietern als Eignungsnachweise mit dem Angebot vorzulegen. Dies ist auf der zweiten Wertungsstufe von der Vergabestelle zu prüfen. Soweit keine Geschäftsverbindungen unterhalten oder soweit hier Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit gefordert wurden, ist anhand der vorliegenden Angebote zu prüfen, welche Unterlagen tatsächlich den Angeboten beigelegt waren. Das Vorliegen dieser Nachweise hat die Antragsgegnerin ausweislich ihrer Verfahrensakte nicht überprüft.

Weiterhin darf eine Bewertungsmatrix, hier die Gewichtung von Kriterien zur Anbieterdarstellung, nicht widersprüchlich zu der Vergabebekanntmachung und der Leistungsbeschreibung sein. Vom Bieter geforderte Unterlagen und Nachweise, wie beispielsweise eine Eigenklärung zur Zuverlässigkeit, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung oder die Vorlage von Messergebnissen von unabhängigen Testlabors, sind vollständig vorzulegen. Die Vorlage dieser Unterlagen dann noch mit Punkten (jeweils 7 Punkte) zu bewerten, ergibt keinen Sinn.

Eine Bewertungsmatrix, die zuvor den Bietern – wie hier- bekannt gegeben wurde, kann nicht anschließend einfach fallengelassen werden. Denn die Bieter haben sich bei der Fertigung ihrer Angebote daran orientiert. In einem Verhandlungsverfahren müsste die Antragsgegnerin aber entscheiden, was sie mit dieser in sich widersprüchlichen Bewertungsmatrix machen will.

Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass auch die Angebote der Bieter hier gemäß § 22 Nr. 3 lit. b) VOL/A nicht ordnungsgemäß in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet waren. Die Kennzeichnung erfolgt in der Regel durch Datierung und Lochung und soll verhindern, dass nachträglich einzelne Bestandteile der Angebote ausgetauscht oder entfernt und damit die Angebote manipuliert werden (Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 1. Auflage, § 22 Rd. 9).

Im Ergebnis ist somit die Ausschreibung hinsichtlich Los 1 gemäß § 26 Nr. 1 lit. a) VOL/A aufzuheben, weil kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsunterlagen entspricht. Die Antragsgegnerin hat sämtliche Bieter gemäß § 26a VOL/A darüber zu informieren.

#### IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 1 GWB, wonach die Antragsgegnerin als unterliegende Partei die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Kammer zu tragen hat. Entsprechend der bundesweit einheitlichen Gebührenstaffel ist eine Gebühr in Höhe von xxxx € ausgehend vom dem Auftragswert des im Streit stehenden Loses 1 in Höhe von ca. 270.000 € anzusetzen.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter, soweit er im Verfahren unterliegt, die Kosten zu tragen. Demzufolge hat die Antragsgegnerin diese Kosten zu tragen. Da sie gemäß § 14 und § 14 a Landesorganisationsgesetz NRW als Landesbetrieb (vgl. Runderlass des IM vom 18.12.2002) errichtet wurde, unterliegt sie nach § 8 Abs. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes als gleichartige Einrichtung des Landes wie ein Bundesbetrieb nicht der Gebührenfreiheit.

#### V.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, oder dem Antrag durch die Vergabeprüfstelle abgeholfen wird, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Vergaberecht und dem allgemeinen Verfahrensrecht hier streitentscheidend waren. Als unterliegende Partei hat die Antragsgegnerin diese Aufwendungen zu tragen.

## VI.

Für die Berechnung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten wird die Vergabekammer § 50 Abs. 2 GKG analog zugrunde legen und 5 % der Auftragssumme auf Antrag einer Partei festsetzen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

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

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht 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 vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Stolz

---

Meißner