



**Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster**

Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. **Auch die Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB enthält keinen Anspruch eines mittelständischen Bieters auf Losaufteilung.**
2. **Die Vergabestellen haben weiterhin einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage, ob eine Losaufteilung erfolgen soll. Dieser Beurteilungsspielraum ist für die Nachprüfungsinstanzen nur begrenzt überprüfbar.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrages für die Lieferung von Hör- und Sprechanlagen für bestimmte Förderschulen

VK 18/09

der

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen den

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 2.10.2009 durch die Vorsitzende xxxxxxxxxxx den hauptamtlichen Beisitzer xxxxxxx und den ehrenamtlichen Beisitzer xxxxxxx

am **7. Oktober 2009** beschlossen:

wie der Hersteller des Systems anzugeben ist. Im Anschluss daran konnten die Bieter in der Tabelle im Vordruck die geforderten Angaben und die Preise eintragen. Anschließend war der Gesamtpreis je Musterklasse einzutragen. Die Antragsgegnerin gab vor, dass der Preis pro Musterklasse mit 35 multipliziert werden sollte. Das Produkt war die Grundlage für die Wertung des Preises.

Darüber hinaus bestimmte die Antragsgegnerin im Leistungsverzeichnis:

Die im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen stellen den geschätzten Bedarf für die Vertragslaufzeit dar. Über- und Unterschreitungen der geschätzten Mengen – auch in erheblichem Maße – sind zulässig und haben keinerlei Einfluss auf die vereinbarten Preise und Vertragslaufzeiten. Insgesamt steht den 6 xxx-Förderschulen ein Budget von 700 000 € brutto für die Vertragslaufzeit zur Verfügung. Je nachdem wie die Angebotspreise ausfallen und der Bedarf tatsächlich in den jeweiligen Klassen für die einzelnen Komponenten gegeben ist, können im Rahmen des Budgets mehr oder weniger Schüler- bzw. Klassen wie geschätzt neu ausgestattet werden.

Die Abrufe erfolgen anhand von Einzelaufträgen. Für diese Einzelaufträge bestehen keine Mindestabnahmemengen. Jede der angebotenen Komponenten kann auch einzeln bestellt und abgerufen werden. Dazu werden die angebotenen Komponenten nach Zuschlagserteilung einzeln mit den angebotenen Einzelpreisen in einer Produkt- und Preisübersicht aufgelistet.

Weiterhin bestimmte die Antragsgegnerin im Leistungsverzeichnis einige Serviceleistungen, wie beispielsweise Hotline bzw. kostenlose telefonische Beratung oder aber auch Behebung von Störungen oder Defekten vor Ort innerhalb von drei Werktagen sowie die Durchführung von regelmäßigen Kontrollen der Anlagen in einem mindestens 4-wöchigen Turnus. Darüber hinaus verlangte die Antragsgegnerin Schulungsleistungen bei jeder Auslieferung und bei Bedarf.

Der Antragsgegnerin liegen mittlerweile 7 Angebote vor, wobei auch die Antragstellerin am 12.8.2009 ein Angebot abgab. Eine abschließende Wertung der Angebote steht noch aus. Insofern unterblieb die Beiladung eines anderen Unternehmens in diesem Verfahren.

Aus dem Vergabevermerk ergibt sich als Begründung für eine etwaige Nichtbildung von Losen:

Es werden keine Lose gebildet. In allen Schulen bzw. Klassen soll ein einheitliches System eingesetzt werden. Die Aufteilung in Fachlose macht daher keinen Sinn. Würden regionale Lose gebildet, besteht aufgrund der Produktneutralität die Gefahr, dass unterschiedliche Systeme in den einzelnen Schulen aufgrund der Zuschlagskriterien bezuschlagt werden müssten. Es könnten dann keine Synergieeffekte mehr genutzt werden, d.h. z.B. ein Austausch der Anlagen untereinander wird problematisch. Wirtschaftlicher ist es zudem keine Lose zu bilden, da nur ein einheitliches System bezuschlagt werden soll, so dass aufgrund der Menge ein besserer Preis erzielt werden kann. Bietergemeinschaften sind zudem möglich, so dass sich kleinere Akustiker vor Ort zusammenschließen könnten.

Die Antragstellerin hatte die Vergabeunterlagen am 23.7.2009 aus dem Internet heruntergeladen. Mit Schreiben vom 28.7.2009 rügte sie gegenüber der Antragsgegnerin verschiedene Verstöße gegen Vergabevorschriften. Nachdem die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 5.8.2009 ihren Rügen nicht abgeholfen hatte, beantragte sie am 20.8.2009 die Einleitung einer Nachprüfung. Im Nachprüfungsverfahren verfolgt die Antragstellerin ihre Beanstandungen weiter.

Die Antragstellerin hält ihre Rügen für unverzüglich; sie habe die Vergabeunterlagen aus dem Internet heruntergeladen und innerhalb von 5 Tagen gerügt. Hinsichtlich der

Nichtaufteilung in Lose trägt sie vor, dass dies zwar aus der Bekanntmachung ersichtlich gewesen sei, aber nach § 107 Abs. 3 Nr. 2 GWB sei hier eine Rüge bis Angebotsabgabe möglich gewesen. Frist für die Angebotsabgabe war der 17.8.2009, so dass die Rüge vom 28.7.2009 ebenfalls unverzüglich gewesen sei.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sei sie auch antragsbefugt. Sie habe zwar ein Angebot abgegeben, aber wegen der fehlenden Losaufteilung gehe sie davon aus, dass ihr Angebot wegen Unwirtschaftlichkeit nicht den Zuschlag erhalten könne. Hätte sie nur ein Angebot für beispielsweise für eine von sechs Förderschulen abgeben können, hätte sie wirtschaftlicher kalkulieren können, weil die in der Leistungsbeschreibung vorhandenen Unwägbarkeiten sich dann nicht potenzieren würden.

Die Antragstellerin meint, dass die fehlende Aufteilung der Leistungen in Lose mit der Berücksichtigung mittelständischer Interessen aus § 97 Abs. 3 GWB nicht vereinbar sei. Der öffentliche Auftragnehmer sei verpflichtet, nach Art und Umfang die Leistung in Lose zu zerlegen, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben könnten. Dies gelte insbesondere aufgrund der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB. Die Gesamtvergabe sei somit ein Ausnahmetatbestand und nicht die Regel. Sie könne als kleines bzw. mittleres Hörgeräteakustikunternehmen den Gesamtumfang einschließlich der Serviceleistungen in sechs Schulen nicht leisten. Durch die Nichtaufteilung in Losen sei sie somit in ihren Rechten verletzt.

Die Antragstellerin meint, dass die Aufteilung in Lose – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – auch tatsächlich möglich gewesen sei. Ein Schülerwechsel käme sicherlich vor, sei aber eher ein Ausnahmefall. Gleiches gelte für den Wechsel der Lehrer, der von der Antragsgegnerin lediglich behauptet, aber nicht nachgewiesen werde. Auch der gegenseitige Austausch von Geräten bei Überkapazitäten oder in Notfällen könne kein Argument sein, weil es nicht nachvollziehbar sei, warum die Klassenstärken an den Schulen sich plötzlich verändern sollten; auch könne man in solchen Fällen Geräte nachbestellen.

Die Antragstellerin meint zudem, dass die Antragsgegnerin sich vorliegend auch nicht auf die „Wirtschaftlichkeit einer Gesamtvergabe“ berufen könne. Die Berufung auf wirtschaftliche Gründe sei nur möglich, wenn hinsichtlich des konkreten Auftrags unverhältnismäßige Kostennachteile für den Fall einer Auftragsaufteilung in Lose von der Vergabestelle nachgewiesen würden. Die Antragsgegnerin habe aber weder solche unverhältnismäßige Kosten behauptet noch nachgewiesen. In der mündlichen Verhandlung trägt die Antragstellerin vor, dass sie nicht davon ausgehe, dass sich der Preis aufgrund der in Aussicht gestellten Gesamtauftragssumme bei den Händlern/ Herstellern verändere. Auch wenn größere Mengen geliefert werden müssten, würden keine anderen, günstigeren Preise für die Einzelkomponenten von den Händlern gemacht, die dann gegebenenfalls bei der Kalkulation berücksichtigt und an die Antragsgegnerin weitergegeben werden könnten. Zudem meint sie, dass jedenfalls dann günstigere Preise zu erwarten sind, wenn die Lieferung der Einzelkomponenten und die Bereitstellung des Services in der Leistungsbeschreibung voneinander getrennt ausgeschrieben würden.

Die Antragstellerin ist zudem der Auffassung, dass das Leistungsverzeichnis nicht eindeutig ist und ungewöhnliche Wagnisse beinhaltet. Sie verweist darauf, dass im Musterklassenpreisblatt Preise für alle Bestandteile einer Anlage angegeben werden

müssen, wobei es aber die in den Musterklassen vorgegebene Zusammensetzung in der Realität nicht gebe. Sicher sei auch, dass nicht nur vollständige FM-Anlagen abgerufen würden, sondern der Bieter müsse damit rechnen, dass er eine Vielzahl von Einzelkomponenten aus der Produktpalette zu liefern habe. Zwar würde nach Überarbeitung des Leistungsverzeichnisses nunmehr schon mal bestimmt, ob binaurale oder bimodale Implantate zu liefern seien, aber offen seien weiterhin die verschiedenen Modelle von verschiedenen Herstellern.

Es sei auch nicht ersichtlich, wie viele FM-Anlagen tatsächlich insgesamt zu liefern seien. Zwar würde auf ein Budget von insgesamt 700 000 € hingewiesen und letztlich der Endpreis aus dem Musterklassenpreisblatt mit 35 multipliziert. Ob diese Anzahl aber die Anzahl der mit FM-Anlagen zu versorgenden Klassen wieder spiegelt, lasse sich dem Leistungsverzeichnis nicht entnehmen. Auch die Vorschrift des § 3a Nr. 4 VOL/A bestimme, dass das in Aussicht genommene Auftragsvolumen bei einem Rahmenvertrag so genau wie möglich zu ermitteln und zu beschreiben sei.

Die Antragstellerin beanstandet weiterhin, dass die verlangten Serviceleistungen vielfältig sein könnten und eine Einstellung und Anpassung der FM Anlagen als auch Schulungen erforderlich seien, um den Erfolg zu garantieren. Auch wenn dies nicht ausdrücklich im Leistungsverzeichnis berücksichtigt worden sei, sei es aus ihrer Sicht erforderlich, bestimmte Tests durchzuführen und die Anpassung vor Ort vorzunehmen.

Vor diesem Hintergrund trägt die Antragstellerin vor, sei eine vernünftige Kalkulation nicht möglich. Da in die Preise sämtliche Serviceleistungen, Schulungsmaßnahmen und Skonti einzukalkulieren waren und das Maß der zu erbringenden Service- und Schulungsmaßnahmen wiederum von den jeweils abgerufenen Komponenten abhängen, sei insbesondere für ein mittelständisches Unternehmen eine vernünftige Kalkulation nicht möglich. Vielmehr müsse sie aufgrund dieser Unwägbarkeiten höhere Kosten kalkulieren.

Die Antragstellerin meint, dass auch der Hinweis der Antragsgegnerin auf eine funktionale Leistungsbeschreibung, nicht überzeuge. Die Besonderheit bei funktionalen Ausschreibungen läge darin, dass nur der Zweck oder die Funktion vorgegeben werde. Dies sei die Ausnahme und komme nur bei sehr komplexen Vergaben in Frage, was vorliegend aber nicht der Fall sei und im Übrigen von der Antragsgegnerin auch nicht dargelegt wurde.

Die Antragstellerin meint, dass die Leistungsbeschreibung auch auf ein Produkt eines bestimmten Herstellers hinauslaufe. Wenn eine automatisierte Frequenzumstellung beim Raumwechsel gefordert werde, dann könne nur noch das Wall-Pilot System von Phonak angeboten werden, weil alle anderen Hersteller von vornherein ausscheiden würden. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin, so behauptet die Antragstellerin, sei ihr kein anderes Produkt bekannt; insbesondere gebe es keine weiteren Hersteller neben Phonak, deren Geräte kompatibel mit sogenannten Mini-FM Anlagen oder EduLink Empfängern sind. Die Antragstellerin hält es für ausreichend, wenn ohne Namensnennung entsprechende Hinweise von der Antragsgegnerin erfolgen.

Außerdem trägt die Antragstellerin vor, die Antragsgegnerin verstoße gegen § 17 Nr. 6 VOL/A. Denn nach den Ausschreibungsunterlagen konnten die Bieter nur bis zum

5.8.2009 Fragen stellen, während eine Beantwortung ab dem 3.8.2009 vorgesehen gewesen sei. Die Vergabestellen seien aber gehalten, die Auskünfte unverzüglich zu erteilen. Dass die Bieter schon 12 Tage vor Ablauf der Angebotsabgabefrist keine Fragen mehr zu den Vergabeunterlagen stellen konnten, führe dazu, dass gerade in der letzten, wichtigen Phase vor Angebotsabgabe den Bietern die Möglichkeit genommen werde, entscheidende Details noch zu klären.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Ausschreibung der Antragsgegnerin für den Kauf von Hör- und Sprechanlagen mit der Vergabenummer xxxxxxxxxxxxxx aufzuheben,
2. *hilfsweise* der Antragsgegnerin zu untersagen, in dem Vergabeverfahren xxxxxxxxxxxxxx den Zuschlag auf der Grundlage der in der Ausschreibung festgelegten Bedingungen zu erteilen,
3. *hilfsweise* festzustellen, dass die Antragsgegnerin gegen zwingende Vorgaben des Vergaberechts verstoßen hat und die Antragstellerin hierdurch in ihren Rechten verletzt ist.
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass die unterbliebene Losaufteilung bereits aus der Bekanntmachung ersichtlich gewesen sei, so dass die Rüge diesbezüglich wohl nicht unverzüglich erfolgte. Der Antragstellerin fehle aber auch die Antragsbefugnis soweit sie geltend mache, von der fehlenden Losbildung betroffen zu sein. Schließlich habe sie dies nicht davon abgehalten, ein Angebot abzugeben.

Die Antragsgegnerin meint, dass eine Aufteilung in Lose nach Art und Umfang der Leistung hier nicht zweckmäßig gewesen sei. Sie verweist darauf, dass ihr diesbezüglich ein Beurteilungsspielraum zustehe, der nur einer begrenzten Nachprüfung durch die Vergabekammer unterliege. Die Beurteilungsgrenzen habe sie hier eingehalten, da sie die mittelständischen Interessen hier nicht gänzlich unberücksichtigt gelassen, sie den Sachverhalt zutreffend ermittelt habe und ihrer Beurteilung auch keine willkürlichen oder sachwidrigen Erwägungen zugrunde gelegt habe.

Die Antragsgegnerin meint, dass sie insbesondere auch den § 97 Abs. 3 GWB beachtet habe. Vorliegend sei es ihr aufgrund der Art der Leistung nicht möglich gewesen, eine Losaufteilung vorzunehmen. In allen Förderschulen habe man dasselbe System haben wollen, damit die Lehrer uneingeschränkt Erfahrungen im Umgang mit dem System austauschen könnten, die Systeme in besonderen Situationen zwischen

den Schulen ausgeliehen werden könnten und auch die Schüler bei möglichen Schulwechseln, sich nicht auf ein anderes System umstellen müssten. Bei einer losweisen Vergabe – etwa nach Regionen- bestehe die Gefahr, dass diese Gesichtspunkte nicht berücksichtigt werden könnten. Zudem erwarte sie aufgrund der größeren Liefermengen auch Kostenvorteile. Denn schließlich sei ein Gesamtbudget in Höhe von 700.000 € sicher in Aussicht gestellt worden, dass auch verausgabt werden müsste, da es sich um eine Fördermaßnahme handle. Aufgrund dieses Umfangs gehe sie davon aus, dass die Bieter günstigere Konditionen bei den Händlern/Herstellern erreichen könnten, die dann teilweise an sie weitergeben werden.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass eine optimale Versorgung der Schüler/innen mit Hör- und Sprechanlagen im Interesse eines lebendigen, zeitgemäßen und effizienten Unterrichts nur durch eine einheitliche Auftragsvergabe erreichbar sei. Diese Interessen müsse sie auch aus Gründen des Mittelstandschutzes nicht aufgeben.

Weiterhin hält die Antragsgegnerin ihre Leistungsbeschreibung für eindeutig und erschöpfend. Die Angaben in den Musterklassenpreisblättern würden sehr wohl die Realität wiedergeben, und zwar sowohl in Bezug auf die Behinderungsbilder als auch deren durchschnittliche Häufigkeit in einer Klasse. Die individuelle Einstellung der Anlagen bei den Empfängern sei bislang nicht erforderlich gewesen, so dass diese auch nicht zum Gegenstand der Ausschreibung gemacht wurden. Sehr wohl habe man aber in der Vergangenheit hin und wieder FM Anlagen zwischen den Schulen ausgetauscht. Auch gehe es ihr darum, zukünftig ein einheitliches System sukzessive aufzubauen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass sie zwar verpflichtet sei, alle eine einwandfreie Preisermittlung beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben habe. Diese Verpflichtung unterliege aber der Grenze des Mach- und Zumutbaren. Gerade im Bereich von Rahmenverträgen sei eine genaue Festlegung dieser Auftragsparameter nicht möglich. Insofern muss in diesen Fällen das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich ermittelt werden, wobei dies aber nicht endgültig festgelegt werden muss. Insofern sei eine Rahmenvereinbarung dadurch gekennzeichnet, dass der Umfang nicht absehbar sei und auch nicht feststehe, ob überhaupt ein Bedarf auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers entstehe. Den Bedarf könne sie auch nicht konkreter formulieren, weil bei ca. 1200 Schüler/innen an sämtlichen Schulen eine Beschaffung in Bezug auf den Einzelschüler nicht möglich sei. Zudem habe sie bei Bekanntmachung der Ausschreibung im Frühjahr nicht gewusst, welche Schüler/innen mit welchem Behinderungsbild tatsächlich nach den Sommerferien in ihren Schulen sein würden.

Die Antragstellerin trägt vor, dass die Einbeziehung der Serviceleistungen in die Kalkulation der Einzelkomponenten kein besonderes Wagnis für die Bieter darstelle. Denn sie gehe – auch aufgrund der Ausführungen im Angebot der Antragstellerin – davon aus, dass die Bieter grundsätzlich aufgrund ihrer Erfahrungen in der Lage seien, eine solche Kalkulation vorzunehmen.

Zudem meint die Antragsgegnerin handle es sich vorliegend um eine funktionale Ausschreibung; sie habe das Gesamtbudget genannt und detailliert ihre Ziele beschrieben, die sie mit der Ausschreibung verfolge. Es gehöre zum Wesen einer funktionalen Ausschreibung, dass die konkrete Umsetzung der Zielvorgaben den Bietern

überlassen bleibe und sich die Vergabestelle insoweit das technische know how der Bieter zunutze machen könne.

Die Antragsgegnerin behauptet, es sei nicht zutreffend, dass die automatische Frequenzumstellung nur von dem Hersteller Phonak angeboten werde. Sie verweist insofern auf die Angebote anderer Bieter, die Produkte anderer Hersteller mit gleicher Funktion nennen würden. Unterstelle man die Argumentation der Antragstellerin als richtig, dann sei vorliegend aber die Forderung besonderer Merkmale sachlich vertretbar gewesen. Denn die Fortentwicklung der Unterrichtsmethoden durch Wechsel der Lernorte und der flexiblen Zusammensetzung von Lerngruppen erfordere zwingend die automatische Frequenzumstellung.

Die Antragsgegnerin meint zudem, dass kein Verstoß gegen § 17 Nr. 6 VOL/A vorliege, weil diesbezüglich immer die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien. Sinn und Zweck der Regelung sei, die Auskünfte auch noch bei der Angebotsfertigung nutzen zu können, wobei diese Auskünfte gemäß § 18a Nr. 2 Abs. 5 VOL/A spätestens 6 Tage vor Abgabe der Angebote zu erteilen sind.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 23.10.2009 verlängert. Am 2.10.2009 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeakten und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung verwiesen.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich, §§ 104 Abs. 1 GWB, 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW, da die Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 206.000 €.

Die Nachprüfung erfolgt gemäß § 131 Abs. 8 GWB unter Beachtung der neuen Regelungen aus dem GWB.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich aus § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat zwar ein Angebot abgegeben, weist aber darauf hin, dass sie dieses möglicherweise nicht so wirtschaftlich kalkulieren konnte, weil eine Losaufteilung unterblieb und auch die Leistungsbeschreibung besondere Wagnisse enthielt.

Wenn diese Auffassung der Antragstellerin zutrifft, dann hat sie ihr Interesse am Auftrag bekundet, gleichzeitig aber dargelegt, dass sie möglicherweise nicht das wirtschaftlichste Angebot abgeben konnte, weil die Vorgaben der Antragsgegnerin dies nicht zuließen. Diese vermeintlichen Vergaberechtsverstöße würden zudem die Vergleichbarkeit der vorliegenden Angebote insgesamt beeinträchtigen, so dass die Antragstellerin im Falle der Wiederholung der Vergabe sich mit einem neuen Angebot - ausgerichtet an neuen Vergabeunterlagen - an der Vergabe mit reelleren Chance auf Erhalt des Zuschlags beteiligen könnte.

1.2 Die Kammer folgt auch der Einlassung der Antragstellerin, dass sie ein mittelständisches Unternehmen ist. Nur diejenigen Bieter, die unter den Schutzbereich des

§ 97 Abs. 3 GWB und § 5 VOL/A fallen, können subjektive Rechte auf Einhaltung dieser Vorschriften in einem Nachprüfungsverfahren geltend machen. Ansonsten hat ein Bieter keine Befugnis, der Vergabestelle Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen zu machen. Denn der Auftraggeber bestimmt nach seinen Bedürfnissen und Vorstellungen den Gegenstand der Beschaffung, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 8.9.2004, Verg 38/04.

1.3 Die Antragstellerin hat gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB auch unverzüglich gerügt. Danach ist der Antrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

a) Die Antragsgegnerin weist zutreffend darauf hin, dass die fehlende Losaufteilung bereits aus der Bekanntmachung ersichtlich war. Allerdings beruft sich die Antragstellerin hier zu Recht auf § 107 Abs. 3 Nr. 2 GWB, wonach solche Beanstandungen noch bis zur Angebotsabgabefrist gerügt werden können. Die Angebote waren am 17.8.2009 abzugeben; die Rüge der Antragstellerin vom 28.7.2009 war somit ausreichend und unverzüglich.

Weiterhin hat die Antragstellerin nach ihrem unwidersprochenen Vortrag die Vergabeunterlagen erst am 23.7.2009 aus dem Internet heruntergeladen. Im Anschluss daran hat sie innerhalb von 5 Tagen die Leistungsbeschreibung gerügt, was unverzüglich war.

b) Die Antragstellerin hat auch die Ausschlussfrist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB eingehalten. Gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB ist der Antrag unzulässig, soweit mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.

Die Nichtabhilfeentscheidung der Antragsgegnerin datiert vom 5.8.2009, wobei der Eingang dieser Mitteilung bei der Antragstellerin ungewiss ist. Sollte diese Mitteilung aber noch am 5.8.2009 dort eingegangen sein, so waren bei Antragseingang am 20.8.2009 genau 15 Kalendertage vergangen. Gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB müssen es aber mehr als 15 Kalendertage sein, was hier definitiv nicht feststellbar ist. Der Antrag ist somit zulässig.

2. Der Nachprüfungsantrag ist aber unbegründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

2.1 Die Antragsgegnerin hat vorliegend nicht gegen § 97 Abs. 3 GWB in Verbindung mit § 5 VOL/A verstoßen.

Gemäß § 97 Abs. 3 GWB sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mittelständische Interessen zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Auch § 5 Abs. 1 VOL/A bestimmt, dass der Auftraggeber in jedem Falle, in dem dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist, diese

zum Beispiel nach Menge und Art in Lose zu zerlegen hat, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben können.

a) Auch nach der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB gibt es keinen Anspruch eines mittelständischen Auftragnehmers auf eine zwingende Losaufteilung, sondern ihm steht lediglich ein subjektives Recht auf angemessene Berücksichtigung seiner mittelständischen Interessen bzw. auf Beachtung des Grundsatzes der Losvergabe zu.

Die Neuregelung in § 97 Abs. 3 GWB schreibt zwar den Grundsatz der losweisen Vergabe weiter fest, im Einzelfall wird aber vom Auftraggeber keine marktunübliche Trennung des Auftrags in Einzelteile oder eine unwirtschaftliche Zersplitterung des Auftrages verlangt. Der Auftraggeber hat zwar den Grundsatz des Mittelstandes zu beachten, aber nur „vornehmlich“, d.h. nicht um jeden Preis, denn als öffentlicher Auftraggeber unterliegt er ebenso den Grundsätzen der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung (§ 97 Abs. 5 GWB), dem Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB) und auch dem Gleichbehandlungsgebot (§ 97 Abs. 2 GWB). Korrespondierend dazu steht dem Bieter kein absoluter Anspruch auf losweise Vergabe zu; er hat insoweit lediglich einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber von dem ihm auf Grund der allgemeinen Grundsätze des § 97 GWB eingeräumten Beurteilungs- und Ermessensspielraum in ermessensfehlerfreie Weise Gebrauch macht, so zutreffend die VK Saarland, 7.9.2009, 3 VK 01/2009.

Auch die erkennende Kammer ist der Auffassung, dass § 97 Abs. 3 GWB dem Mittelstand keinen Anspruch auf Losaufteilung einräumt. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung ist in § 97 Abs. 5 GWB festgelegt. Die Beschaffung hat grundsätzlich anhand dieser Regelung zu erfolgen; die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung ist zentraler Gesichtspunkt einer Vergabeentscheidung. Insofern stellt die Aufteilung in Lose nach § 97 Abs. 3 GWB eine Abweichung von diesem Grundsatz dar und muss auch vor diesem Hintergrund ausgelegt und angewandt werden.

Ebenso wie die Berücksichtigung von vergabefremden Aspekten gemäß § 97 Abs. 4 GWB ist auch die Mittelstandsklausel in § 97 Abs. 3 GWB eine Ausnahme, deren Voraussetzungen im Einzelfall geprüft werden müssen. Dabei ist – da es sich insgesamt um eine Ausnahmenvorschrift zu § 97 Abs. 5 GWB handelt – diese Vorschrift eng auszulegen. Die Darlegungspflicht der Vergabestelle an das Vorliegen der beiden Ausnahmegründe – wirtschaftlicher oder technischer Art – kann deshalb nicht über Gebühr so ausgelegt werden, dass die Losvergabe die Regel wird, sobald der Mittelstand betroffen ist, wobei für eine Vergabestelle keinesfalls gewiss ist, ob sich überhaupt ein mittelständisches Unternehmen an der Ausschreibung beteiligt.

Zwar schreibt die Neuregelung vor, dass die Gesamtvergabe nur möglich ist, wenn wirtschaftliche und technische Gründe dies erfordern. Aber auch dieses „Erfordern“ kann nicht das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen § 97 Abs. 5 GWB und § 97 Abs. 3 GWB auf den Kopf stellen. Vielmehr bedeutet „erfordern“, dass die Vergabestellen ihre Vergaben intensiver an den Interessen des Mittelstandes ausrichten müssen und sich bereits vor der Bekanntmachung genau überlegen sollen, ob eine Aufteilung in Lose erfolgen kann, was insbesondere sinnvoll erscheint, wenn sich die Ausschreibung an den Mittelstand „richtet“. Das ist ein Programmsatz, dessen Adressat die Vergabestellen sind, die dadurch die Interessen des Mittelstandes mehr

berücksichtigen sollen. Das ist aber kein „Anspruch“, den ein Bieter einfach geltend machen kann.

Weiterhin bedarf es einer Beurteilungsentscheidung der Vergabestelle, wobei sie die Gründe für bzw. gegen eine Losaufteilung / Gesamtvergabe zu ermitteln und selbstständig zu bewerten hat. Dieser Beurteilungsspielraum ist – so wie bereits zu der bisherigen Mittelstandsklausel entschieden - von den Nachprüfungsinstanzen nur begrenzt überprüfbar, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 22.9.2005, Verg 49/05 und 50/05; OLG Düsseldorf, 8.9.2004, Verg 38/04. Auch ein mittelständischer Antragsteller hat nur einen Anspruch darauf, dass die Vergabestelle ihren Beurteilungsspielraum nachvollziehbar und sachgerecht, also ohne Beurteilungsfehler, ausgeübt hat. Dies ist auch nach der Neuregelung des § 97 Abs. 3 GWB nicht anders. Allerdings ist eine Vergabestelle aufgrund der Neuregelung gehalten, ihre Vergaben gezielter daraufhin zu betrachten, ob nicht doch eine Losaufteilung möglich ist. Soweit es sich aufgrund der zu beschaffenden Leistung anbietet, zwingt die Neuregelung des § 97 Abs. 3 GWB die Vergabestellen geradezu dazu.

Geht man von diesen Grundsätzen aus, dann hat die Antragsgegnerin sich zunächst mit der Losaufteilung befasst, und zwar bereits zeitlich vor der Bekanntmachung. Die Antragsgegnerin hat bei der Fertigung des Leistungsverzeichnisses Erwägungen in dieser Hinsicht berücksichtigt. Im weiteren Verlauf der Vergabe hat sie diese Erwägungen im Vergabevermerk aufgenommen.

b) Diese Erwägungen der Antragsgegnerin sind vor dem Hintergrund, dass lediglich ein Beurteilungsspielraum von den Nachprüfungsinstanzen überprüft wird im vorliegenden Fall nicht zu beanstanden.

Der öffentliche Auftraggeber kann von einer Losaufteilung absehen, wenn überwiegende Gründe für eine einheitliche Auftragsvergabe sprechen, also wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Eine solche Sachlage kann gegeben sein, wenn die Aufteilung unverhältnismäßige Kostennachteile bringen oder zu einer starken Verzögerung des Vorhabens führen würde. Auch eine unwirtschaftliche Zersplitterung des Auftrages stellt einen Grund für das Absehen von einer Losaufteilung dar. Demgegenüber, so meinte das OLG Düsseldorf, 8.9.2004, Verg 38/04, sei jedenfalls der Hinweis auf die Möglichkeit, Bietergemeinschaften zu bilden, nicht ausreichend. Mittlere Unternehmen müssen nach dem Normzweck der hier verletzten Vergabevorschriften in geeigneten Fällen in die Lage versetzt werden, sich eigenständig zu bewerben.

Ausgehend von diesen Grundsätzen rechtfertigt die Abwägungsentscheidung der Antragsgegnerin, die sich aus dem vorläufigen Vergabevermerk, ihrer Bestandserhebung vor Ausschreibungsbeginn und den Ausführungen im Nachprüfungsverfahren ergibt, vorliegend das Absehen von einer Losaufteilung im Sinne von § 97 Abs. 3 GWB. Dabei geht die Kammer davon aus, dass die vorstehende Rechtsprechung nicht ohne weiteres übertragbar ist, sondern die Gründe der Vergabestelle von der Losaufteilung abzusehen, müssen insgesamt enger ausgelegt werden.

aa) Die Antragsgegnerin meinte, dass in ihrem gesamten Schulverband nur identische Anlagen zum Einsatz kommen sollten. Da keine Produkte vorgegeben und auch keine Händler gesucht würden, laufe sie Gefahr im Falle der Aufteilung in Regionallosen, unterschiedliche Anlagen angeboten zu bekommen. Das einheitliche Sys-

tem hält sie für erforderlich, damit alle Lehrer uneingeschränkt Erfahrungen im Umgang mit dem System austauschen können und in besonderen Notfällen die Systeme auch zwischen den Schulen ausgetauscht werden könnten. Auch beim Schulwechsel von Schülern/innen sei gewährleistet, dass diese einen ihnen bekanntes System vorfinden würden. Vorliegend handelt es sich überwiegend um technische Gründe.

Diesbezüglich sind keine sachwidrigen oder willkürlichen Erwägungen zugrundegelegt worden, wobei allerdings bei enger Auslegung des Begriffes „technische Gründe“ die beurteilten Sachverhalte nicht zwingend die Gesamtvergabe erfordern. Zutreffend weist die Antragstellerin darauf hin, dass es sich um Gesichtspunkte handelt, die nur begrenzt vorkommen und damit eine so weitgehende Maßnahme nicht rechtfertigen können. Insofern ist zumindest das Erfordernis der „Gesamtvergabe“ hier nicht unbedingt als die einzig sachgerechte Entscheidung anzusehen. Andererseits kann der Antragsgegnerin aber auch nicht mit Bestimmtheit entgegengehalten werden, dass diese Gründe bei der konkreten Vergabe unsachlich waren.

bb) Allerdings hat die Antragsgegnerin von einer regionalen Aufteilung in Teillosen auch deshalb abgesehen, weil sie diese für nicht wirtschaftlich hielt. Die Aufteilung einer großen Menge in verhältnismäßig kleine Mengen hält die Antragsgegnerin für unwirtschaftlicher, weil dies keine Synergieeffekte bringt und Auswirkungen auf den Preis haben wird. Insofern bezieht sich die Antragsgegnerin zutreffend auf § 97 Abs. 5 GWB, was letztlich nicht sachfremd oder willkürlich erscheint.

Wenn sowohl der Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkt als auch die Mittelstandsförderung miteinander in Einklang zu bringen sind, bedeutet dies nicht, dass der öffentliche Auftraggeber zwingend seine eigenen Interessen gegenüber den Interessen des Mittelstandes zurückstellen muss. Er muss seine eigenen Interessen nicht „opfern“, sondern nur im Rahmen seines Ermessens sachgerecht begründen. Der Grundsatz des Mittelstandschutzes und der Chancengleichheit kleinerer Unternehmen stößt da an seine Grenzen, wo der öffentliche Auftraggeber wirtschaftlich und funktional nachvollziehbare Interessen an einer Gesamtvergabe hat.

Das führt zwar dazu, dass trotz der Neuregelung des § 97 Abs. 3 GWB die Vergabestellen sich in vielen Fällen im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes auf wirtschaftliche Gründe berufen können, diese aber nicht bis ins Detail aufarbeiten und darlegen müssen. Allerdings zwingt § 97 Abs. 3 GWB auch in der Neufassung nicht zu einer Losvergabe, sondern belässt diese Entscheidung weiterhin bei den Vergabestellen.

Der Antragsgegnerin ist nicht zu widerlegen, dass eine wirtschaftliche Zersplitterung des Auftrages erfolgt, wenn Regionallose bzw. Teillose gebildet werden. Die Argumente der Antragsgegnerin – kleinere Mengen – höhere Preise – kann zunächst nicht als sachwidrig angesehen werden. Da in den Musterklassenpreisblättern eine Vielzahl von Einzelprodukten mit Einzelpreisen anzugeben waren, unterstellt die Antragsgegnerin zu Recht, dass die Preise bei kleineren Abnahmemengen höher sein werden, was für sie unwirtschaftlicher wäre. Sie müsste somit Preisnachteile in Kauf nehmen, wenn sie die Losaufteilung vornehmen würde.

Eine Vergabestelle kann bei einer solchen Sachlage nicht verpflichtet werden, die Interessen des Mittelstandes vor die eigenen Interessen zu setzen und sie handelt

auch nicht ermessensfehlerhaft, wenn sie sich mit guten Gründen gegen eine Losaufteilung entscheidet.

Ausgehend von diesen Überlegungen folgt die Kammer der Auffassung der Antragsgegnerin. Sie erwartet aufgrund eines von vornherein bekanntgegebenen Budgets in Höhe von 700.000 €, dass die Preise für die zu liefernden Einzelkomponenten günstiger werden. Denn erfahrungsgemäß sind die Hersteller/ Händler bereit, bei derartigen Auftragsumfängen, besondere Konditionen einzuräumen. Das ist im Falle von „Massenlieferungen“ ein Erfahrungssatz, der nicht abwegig oder sachfremd ist, sondern der Realität entspricht. Dies ist aber ein wirtschaftlicher Umstand, den eine Vergabestelle nicht allein aufgrund von Mittelstandsinteressen aufgeben muss.

Auch die Tatsache, dass bei einem Rahmenvertrag sukzessive lediglich Einzelkomponenten abgerufen werden, bedeutet nicht, dass dieser wirtschaftliche Vorteil nicht existiert. Entscheidend ist, dass das Gesamtbudget innerhalb eines Zeitraums von ca. 22 Monaten verausgabt werden soll. Bei einer solchen Konstellation bestehen keine Zweifel daran, dass auch dann die Einzelkomponenten günstiger kalkuliert werden können.

Insgesamt sind die von der Antragsgegnerin angenommenen wirtschaftlichen Synergieeffekte sachlich nachvollziehbar und entsprechen dem allgemeinen Erfahrungssatz bei der Ausschreibung von größeren Liefermengen. Sie hat ihre Interessen an einer wirtschaftlichen Vergabe gemäß § 97 Abs. 3 GWB im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes zulässigerweise vor die Interessen der Mittelstandsförderung aus § 97 Abs. 3 GWB gesetzt.

Weiterhin hat die Antragsgegnerin auf die Möglichkeit der Bildung von Bietergemeinschaften hingewiesen. Allerdings handelt sich dabei nur um einen weiteren Gesichtspunkt für die Entscheidung, der allerdings nicht der tragende ist. Insofern lässt die Kammer es dahingestellt, ob dies – so wie im Falle vom OLG Brandenburg, 27.11.2008, Verg W 15/08 angenommen - ebenfalls ein angemessenes Instrument zur Berücksichtigung von mittelständischen Interessen sein kann.

cc) Die Antragsgegnerin ist im Falle von Beurteilungsentscheidungen auch nicht verpflichtet, ihre Entscheidung unter Beweis zu stellen. Die Beurteilung von Sachverhalten entzieht sich einer inhaltlichen Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen. Insofern kommt es nur darauf an, ob die Vergabestelle keine sachfremden oder willkürlichen Erwägungen berücksichtigt und auch insgesamt den Sachverhalt ordnungsgemäß ermittelt hat. Bei Beurteilungsentscheidungen findet somit nur eine „formale“ Rechtmäßigkeitskontrolle statt. Den Beurteilungsentscheidungen ist es immanent, dass diese nicht bewiesen werden müssen, sondern letztlich einen Bereich betreffen, der sich dieser Kontrolle entzieht.

Insofern ist eine Vergabestelle nicht verpflichtet, die Gesamtvergabe im Verhältnis zur Losaufteilung in tatsächlicher Hinsicht durch wirtschaftliche Kriterien zu beweisen. Ausreichend ist, dass die Vergabestelle bestimmte Gründe gehabt hat und diese Gründe nachvollziehbar und nicht sachfremd sind.

Im Ergebnis verstößt die Entscheidung der Antragsgegnerin, eine Gesamtvergabe durchzuführen, nicht gegen § 97 Abs. 3 GWB und § 5 VOL/A.

2.2 Die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin verstößt nicht gegen § 8 Nr. 1 Abs. 1 und 3 VOL/A soweit vorliegend Musterklassenpreisblätter auszufüllen waren.

a) Gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können.

Eindeutig bedeutet, dass nicht unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen, die den Bieter im Unklaren darüber lassen, welche Leistung von ihm in welcher Form und unter welchen Bedingungen angeboten werden soll. Dabei muss die Leistung so erschöpfend beschrieben werden, dass keine Restbereiche offen bleiben, die nicht vom Auftraggeber nicht schon klar umrissen sind. Die Leistungsbeschreibung ist dann eindeutig und vollständig, wenn sie Art und Umfang der geforderten Leistung mit allen dafür maßgebenden Bedingungen zur Ermittlung des Leistungsumfangs zweifelsfrei erkennen lässt, keine Widersprüche in sich oder zu anderen Regelungen enthält und für die Leistung spezifische Bedingungen und Anforderungen darstellt, Noch, in Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage, § 8 Rn. 27 ff; Prieß, in Kulartz, Marx, Portz, Prieß, Kommentar zur VOL/A, § 8 Rn 12, 13.

Für das Verständnis der Leistungsbeschreibung ist auf den nach den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden objektiven Empfängerhorizont eines verständigen und sachkundigen Bieters, der mit Beschaffungsleistungen der vorliegenden Art vertraut ist, abzustellen. Da sich die Ausschreibung an einen im Voraus kaum überschaubaren Empfängerkreis richtet und personenbezogene Besonderheiten folglich außer Betracht bleiben müssen, kommt es in erster Linie auf den Wortlaut, daneben aber auch auf die konkreten Verhältnisse der Leistung an, wie sie in den Vergabeunterlagen ihren Ausdruck gefunden haben, OLG Koblenz, 5.12.2007, 1 Verg 7/07.

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben waren die Musterklassenpreisblätter sowie die Aussagen dazu in der Leistungsbeschreibung eindeutig. Die Mindestanforderungen an die FM-Anlagen wurden festgelegt und für die Musterklasse wurden allen Interessenten die gleichen Vorgaben gemacht. Ob es eine solche Musterklasse in der Realität geben kann oder nicht, hält die Kammer nicht für entscheidend. Denn es soll nur ein Maßstab für eine einheitliche Bewertung der Angebote vorgegeben werden. Da die Ausschreibung sich an fachkundige Interessenten richtet, haben diese die Möglichkeit, auch die konkreten Verhältnisse zu berücksichtigen, die sie aufgrund ihrer Erfahrungen haben. Letztlich ist jedenfalls das „Anforderungsprofil“ für die Angebote eindeutig und erschöpfend auch dargelegt worden.

b) Die Antragsgegnerin verstößt auch nicht gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A durch die Verwendung der Musterklassenpreisblätter.

Gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A soll dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und die Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.

Ein ungewöhnliches Risiko ist anzunehmen, wenn das Wagnis nach der Art der Vertragsgestaltung und nach dem allgemein geplanten Ablauf nicht zu erwarten ist. Das Ungewöhnliche kann sowohl in technischer (Art der Leistung) als auch in wirtschaftli-

chen Leistungselementen (Art der Vertragsgestaltung) liegen. Es muss schwerwiegende wirtschaftliche Folgen für den Auftragnehmer mit sich bringen. Bei der hier vorzunehmenden Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Risikoverlagerung dürfen auch andere für den Auftragnehmer kalkulationserhebliche Faktoren nicht außer Betracht bleiben, OLG Düsseldorf, 19.10.2006, Verg 39/06.

aa) Die Antragstellerin weist zutreffend darauf hin, dass allein die Anzahl der zu liefernden FM-Anlagen oder einzelner Produkte nicht anhand der Musterklassen ermittelt werden können und auch das Gesamtbudget keine Rückschlüsse auf die tatsächliche Anzahl der zu liefernden Produkte zulässt. Allerdings muss eine einseitige, wirtschaftliche Risikoverlagerung auf den Bieter vorliegen, die schwerwiegende wirtschaftliche Folgen für ihn haben könnte. Eine solche Risikoverlagerung liegt hinsichtlich der fehlenden Mengenangabe nicht vor.

Gerade im Bereich von Rahmenverträgen, die gemäß § 3a Nr. 4 VOL/A zulässig sind, muss nicht vorab die Menge definitiv festgelegt werden. Vielmehr ist es typisch für eine Rahmenvereinbarung, dass das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich ermittelt und beschrieben wird, aber nicht abschließend festgelegt werden muss, so dass auch der tatsächliche Endpreis gar nicht ermittelt werden kann. Die konkrete Menge, die anschließend geordert wird, kann eben nicht bereits vor Vertragsschluss festgelegt werden. Dies ist gerade der Grund dafür, warum eine Vergabestelle einen Rahmenvertrag anbietet. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kann somit vorliegend nicht von der Antragsgegnerin erwartet werden, dass sie mitteilt, ob und wie viele FM-Anlagen oder Einzelkomponenten insgesamt voraussichtlich von den Schulen abgerufen werden.

Weiterhin kann ein Bieter in den Musterklassenpreisblättern auch alle Einzelkomponenten eintragen, die aus seiner Sicht erforderlich sind. Sind beispielsweise bestimmte Adapter erforderlich, so wie die Antragstellerin in der Verhandlung vorgetragen hat, so kann sie diese im Preisblatt aufnehmen und entsprechend bepreisen. Damit kann es die von ihr vermutete Abfrage von möglicherweise sehr kostenträchtigen Einzelteilen zu ihren Lasten im Nachhinein nicht geben.

Im konkreten Fall geht die Antragsgegnerin von einem Auftragsvolumen in Höhe von 700.000 € über einen Zeitraum von 22 Monaten aus. Weiterhin bestimmt die Leistungsbeschreibung, welche Anlagen für die sogenannten Musterklassen möglicherweise benötigt werden. Es sind Einzelbestandteile dieser Anlagen, die dort abgefragt werden. Die Antragsgegnerin hat zudem dargelegt, dass sie keinen umfassenden Austausch der bereits vorhandenen Anlagen in den Förderschulen vornehmen kann, sondern sukzessive die bisherigen, technisch überholten, Höranlagen austauschen will. Dabei ist es ohne Belang, ob das Musterklassenpreisblatt die Realität widerspiegelt oder nicht. Dieses Preisblatt dient vielmehr der Vergleichbarkeit der Angebote und soll verhindern, dass nicht gerade aufgrund einzelner Preisangaben Angebote wirtschaftlicher erscheinen, obwohl dies nicht der Fall ist.

Zu Recht weist die Antragstellerin darauf hin, dass Unwägbarkeiten hinsichtlich der Menge der zu liefernden FM-Anlagen oder Einzelkomponenten vorliegen, aber dabei handelt es sich um systemimmanente Probleme bei einem Rahmenvertrag. Unwägbarkeiten im Hinblick auf preisbildende Faktoren finden daher regelmäßig über Risikozuschläge und Vorhaltekosten Eingang in die Angebotskalkulation. Dies birgt aber keine schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen für den Bieter, weil die Bieter in der

Regel bereits bei der Kalkulation dieses Risiko an die Vergabestelle weitergeben und auch weitergeben können. Entscheidend ist, dass in der Rahmenvereinbarung die preisbildenden Kriterien, also beispielsweise der Preis pro Menge, pro Stunde oder pro Arbeitskraft angegeben werden, so auch Poschmann, in Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage, § 3a Nr. 4, Rn. 14. Dies war vorliegend der Fall.

bb) Die Serviceleistungen, die den Bietern in der Leistungsbeschreibung abverlangt werden, sind in die Preise einzukalkulieren. Da jeder Bieter davon betroffen ist, ist zu erwarten, dass sich die Preise nochmals erhöhen werden und auch dieses Preisrisiko an die Vergabestelle weitergegeben wird. Auch dies ist kein ungewöhnliches Wagnis für die Bieter, sondern in vielen Branchen werden vergleichbare Serviceleistungen verlangt.

Allerdings weist die Antragstellerin zutreffend darauf hin, dass diese Serviceleistungen schwieriger zu kalkulieren sein werden, weil schließlich auch die zu liefernde Menge eines einzelnen Produktes nicht feststeht. In der Leistungsbeschreibung finden sich dafür aber bestimmte Rahmenbedingungen. So wird von den Bietern erwartet, dass sie zunächst telefonisch versuchen einen Defekt oder eine Störung an den Anlagen zu beheben und wenn das nicht geht, haben sie innerhalb von drei Tagen vor Ort eine Schadensbehebung vorzunehmen. Diesbezüglich muss ein Bieter seine Erfahrungswerte bei der Kalkulation berücksichtigen. Die festgelegten Anforderungen, wie die regelmäßige Wartung innerhalb von 4 Wochen kann „berechnet“ werden; die nicht vorhersehbaren Defekte müssen aufgrund des Erfahrungswissens geschätzt werden und dann in der Kalkulation berücksichtigt werden. Wenn die Vorgaben hinsichtlich der Serviceleistungen eindeutig sind, dann muss ein in der Branche tätiger Bieter eine solche Kalkulation vornehmen können. Letztlich gibt es derartige Forderungen nach Service- oder Wartungsarbeiten in vielen Ausschreibungen.

Richtig ist, dass es für die Bieter möglicherweise einfacher ist, wenn in der Leistungsbeschreibung die Serviceleistungen und die Lieferleistungen getrennt voneinander ausgewiesen und kalkuliert werden könnten. Denn dann könnten für die Serviceleistungen Fahrtkosten oder Stundenlöhne aufgenommen werden, die im Einzelfall von der Vergabestelle zu zahlen sind. Allerdings ist die Einbeziehung der Serviceleistungen in die Lieferleistungen in vielen Branchen üblich und eröffnet den Bietern auch Gewinnmöglichkeiten, weil die Kalkulationsspannen sich verändern. Insgesamt kann bei diesem System jedenfalls nicht angenommen werden, dass eine Kalkulation den Bietern kaum möglich ist und sie somit ein unüberschaubares wirtschaftliches Risiko überbürdet bekommen.

cc) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin liegt aber keine funktionale Leistungsbeschreibung im Sinne von § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A vor. Denn Sinn und Zweck von funktionalen Leistungsbeschreibungen ist es, die konstruktive Lösung der Aufgabe weitgehend den Bietern zu überlassen. Noch, in Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage, § 8 Rn. 150. Die Planung und Konzeptionierung der Leistung soll mit der Vergabe der Ausführung der Leistung verbunden werden, OLG Düsseldorf, 5.10.2000, Verg 14/00. Vorliegend sollen die Bieter keine Lösung oder kein Konzept für die Antragsgegnerin „erarbeiten“, das dann umgesetzt werden kann. Vielmehr sollen auf Einzelnachfrage lediglich bestimmte Produkte geliefert werden, die in den Förderschwerpunkten zum Einsatz kommen werden. Das hat mit einer gewissen innovativen Leistung nichts zu tun.

Dass dabei unterschiedliche Systemlösungen angeboten werden, basiert nicht auf einem Konzept, das die Bieter als Teil des Auftrages zu entwickeln haben, sondern auf der Tatsache, dass unterschiedliche Einzelbestandteile oder Anlagen zu liefern sind, die in ihrer Funktion sehr unterschiedlich sein können.

2.3 Dies zeigt sich letztlich auch an der Forderung der Antragsgegnerin im Leistungsverzeichnis zu einer automatischen Frequenzumstellung bei einem Raumwechsel. Gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOL/A darf die Beschreibung technischer Merkmale nicht die Wirkung haben, dass bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dass eine solche Beschreibung durch die zu vergebende Leistung gerechtfertigt ist.

Die Antragstellerin behauptet, dass dies nur durch ein Produkt der Firma Phonak sichergestellt werden könne, wobei allerdings die Tatsachenfrage dahingestellt bleiben könne, weil es offensichtlich andere Bieter gibt, die andere Anlagen angeboten haben. Dies ist vorliegend der Fall; insofern kann diese Streitfrage letztlich auf sich beruhen.

2.4 Die Antragsgegnerin hat nicht gegen § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOL/A verstoßen, indem sie in Ziffer 11 der Leistungsbeschreibung bestimmte, dass Fragen zu den Vergabeunterlagen bis zum 5.8.2009 gestellt werden könnten und erst ab dem 3.8.2009 beantwortet würden.

a) Erbitten Bewerber zusätzliche sachdienliche Auskünfte über die Verdingungsunterlagen und das Anschreiben, so sind die Auskünfte unverzüglich gemäß § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOL/A zu erteilen. Im Bereich der europaweiten Ausschreibungen bestimmt § 18a Nr. 1 Abs. 6 VOL/A, dass diese Auskünfte spätestens 6 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden müssen.

Unverzüglich bedeutet gemäß § 121 BGB ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern. Aus Ziffer 11 der Leistungsbeschreibung ergibt sich bereits der Grund für die erst ab dem 3.8.2009 vorgesehene Erteilung der Auskünfte. Wegen der Sommerferien in NRW, die am 14.8.2009 endeten, waren die fachlichen Ansprechpartner nicht erreichbar. Vor diesem Hintergrund ist die Beantwortung der fachlichen Fragen erst ab dem 3.8.2009 als vertretbar und damit ohne Verschulden einzustufen.

b) Für den Zeitraum nach dem 5.8.2009 enthält § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOL/A hingegen keine Vorgaben. § 17 Nr. 6 VOL/A bezieht sich nur darauf, dass Anfragen zeitnah bzw. unverzüglich beantwortet werden müssen, legt aber keinen Zeitrahmen dafür fest, bis wann Auskünfte überhaupt erfragt werden können. Wenn somit eine Vergabestelle festlegt, dass Auskünfte nur bis 12 Tage vor dem Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden, dann widerspricht dies nicht dem Gesetzeswortlaut. Vielmehr ist für alle Bewerber dann gleichermaßen bestimmt, dass sie nur bis zum 5.8.2009 Fragen zu den Vergabeunterlagen stellen können.

c) Darüber hinaus vermag die Kammer, auch keine Beeinträchtigung der Antragstellerin in ihren Rechten durch die vermeintliche Nichtbeachtung des § 17 Nr. 6 VOL/A zu erkennen. 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.

Die Antragstellerin hatte aufgrund des Nachprüfungsverfahrens die Möglichkeit, alle Beanstandungen hinsichtlich der Vergabeunterlagen vorzutragen. Sie konnte somit mögliche Fragen als „Beanstandungen“ formulieren. Eine Zurückversetzung bis zum Zeitpunkt vor Angebotsabgabe, um weitere Fragen zu stellen erscheint wenig sinnvoll, weil diese Fragen bereits in der Nachprüfung gestellt werden konnten, auch wenn es sich dann um Beanstandungen handelt. Letztlich erschließt sich hier nicht, welche sachdienlichen Auskünfte die Antragstellerin vorliegend mit dem Hinweis auf § 17 Nr. 6 VOL/A ansonsten noch erwartet und welche Konsequenzen für die Angebotsfertigung sie daraus herleiten will. Somit würde die Zurückversetzung des Verfahrens keinen zusätzlichen Gewinn für die Antragstellerin bringen.

Nachvollziehbar ist, dass sie es als ungünstig empfunden hat, dass bereits 12 Tage vor Angebotsabgabe keine Fragen mehr gestellt werden durften. Aber genau das schließt § 17 Nr. 6 VOL/A nicht aus.

Im Ergebnis sind die Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden. Der Nachprüfungsantrag ist deshalb unbegründet.

III.

Die Kosten sind gemäß § 128 Abs. 1 und Abs. 3 GWB von der unterlegenden Antragstellerin zu tragen, wobei die Kammer bei der Festsetzung der Gebühr gemäß § 128 Abs. 2 GWB von einem geschätzten Auftragswert von 700.000 € ausgeht und mithin nach der Gebührenstaffel des Bundes und der Länder eine Gebühr von xxxx € ermittelt hat.

Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen beschränkte.

Demzufolge trägt die Antragstellerin die Aufwendungen der Antragsgegnerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

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 Beschwerdebegründung 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 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.

XXXXXXXXXXXX

XXXXXX

XXXXXXXXXX