



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX,
vertreten durch XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX,
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

gegen

das Land Berlin,
vertreten durch XXXXXXXXXXXXXXXX,
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

- Antragsgegner -

wegen Vergabe der Fernmelde- und Informationsarbeiten für die Mobilfunkunterdrückung (JVA Moabit)

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende XXXXXXXXXXXX, den hauptamtlichen Beisitzer XXXXX und die ehrenamtliche Beisitzerin XXXXXXXX am 17.10.2017 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf 3.800,-- € festgesetzt.

Gründe

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom zuletzt 15.10.2016 hat der Antragsgegner die Vergabe der Fernmelde- und Informationsarbeiten für die Mobilfunkunterdrückung in der JVA Moabit TA I im offenen Verfahren ausgeschrieben.

Die Antragstellerin reichte am 17.03.2017 ihr Angebot ein.

Infolge mehrmaliger Verschiebung des Schlusstermins für den Eingang der Angebote nebst zwischenzeitlicher Anpassung der Ausschreibungsunterlagen aufgrund von Bieterfragen war auch die Zuschlags- und Bindefrist mehrfach verlängert worden, zuletzt unter dem 26.06.2017 bis zum 24.07.2017.

Mit Blick auf den vorgenannten Termin rechtzeitig versandte der Antragsgegner unter dem 12.07.2017 die Informations- und Absageschreiben per Telefax an die Bieter. Im Falle der Antragstellerin sowie einer weiteren nicht für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin war die Faxübertragung aus offenkundig technischen Gründen gescheitert. Die diesbezüglichen Sendeberichte vom 12.07.2017 sehen bei der Übertragung nicht die erforderliche Angabe „OK“ vor, sondern vielmehr die Information „Keine Verbindung“. Dieses Scheitern blieb vom Antragsgegner unbemerkt.

In dem für die Antragstellerin vorgesehenen Informationsschreiben war die Begründungsalternative „Auf Ihr Angebot kann der Zuschlag nicht erteilt werden, weil nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben wurde.“ angekreuzt, von den vier Unteralternativen eine angekreuzt und zu dieser wiederum fünf Unteralternativen angekreuzt und erläutert. Die Kreuze waren per PC gesetzt.

Ebenso per PC gesetzt war ein Kreuz bei dem Obersatz „Ihr Angebot wird abgeschlossen, weil“, welches jedoch mit blauem Stift handschriftlich durchgestrichen war. Keine der dortigen zehn Unteralternativen war angekreuzt.

Das Schreiben sah auch den Namen des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters vor.

Unter dem 24.07.2017 erfolgte – aus Sicht des Antragsgegners plangemäß und wie in den Informationsschreiben vorgesehen bzw. angekündigt – der Zuschlag an die XXXX GmbH.

Nachdem die Antragstellerin wie ausgeführt kein Informationsschreiben erhalten hatte, fragte Sie nach Ablauf der Zuschlags- und Bindefrist per Mail vom 27.07.2017

beim Antragsgegner an, ob die Auswertung noch weiter andauere oder ob der Zuschlag bereits erfolgt sei.

Aufgrund der infolgedessen ausgelösten (nochmaligen) Überprüfung der Faxprotokolle erkannte der Antragsgegner das Fehlschlagen der Übersendung der Informationsschreiben in den gegebenen Fällen. Er räumte den Fehler gegenüber der Antragstellerin ein und übersandte ihr per E-Mail vom 28.07.2017 erstmalig die ursprüngliche Nachricht (mit den oben dargestellten Besonderheiten bei der Markierung der Alternativen) nebst Sendebericht, der die unerkannte Übertragungsspanne dokumentierte.

Unter dem 01.08.2017 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin sowie den weiteren Bietern mit, dass er als Konsequenz aus der technischen Panne die Informations- und Absageschreiben mit der Folge einer erneuten Wartefrist nochmals per Fax versenden müsse, eine inhaltliche Veränderung bei der Auswertung der Angebote jedoch nicht eingetreten sei. Diesem Schreiben waren die ursprünglichen Absageschreiben jeweils beigelegt. Im Falle der Antragstellerin ergab sich eine Abweichung insoweit, als die handschriftliche Streichung der Markierung im Obersatz „Ihr Angebot wird ausgeschlossen, weil“ fehlte, unverändert jedoch keine der zehn Unteralternativen angekreuzt war.

Der Bestbieterin teilte der Antragsgegner mit Schreiben gleichen Datums – per Fax übersandt ebenfalls am 01.08.2017 – unter Angabe der Gründe mit, dass der unter dem 24.07.2017 geschlossene Vertrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB von Anfang an unwirksam sei, da er gegen § 134 GWB verstoßen habe. Er wies auf die erneute Wartefrist hin und forderte die Zuschlagsbieterin zugleich auf, sämtliche Leistungsvorbereitungen oder Leistungen einzustellen.

Bezug nehmend auf das Schreiben vom 01.08.2017 erhob die Antragstellerin unter dem 02.08.2017 eine vergaberechtliche Rüge.

Darin bemängelte sie, dass der erfolgte Zuschlag nichtig sei, dass mit Ablauf der Zuschlags-/Bindefrist am 24.07.2017 keine derzeit gültigen Angebote mehr vorliegen, dass auch die erneute Bieterinformation nicht den Kriterien des § 134 GWB entspreche, dass der Ausschluss ihres Angebotes wegen Unvollständigkeit vor dem Hintergrund des parallelen Ausschlusses aus Gründen der Wirtschaftlichkeit widersprüchlich und überdies falsch sei und dass ein nicht auskömmliches Angebot bezuschlagt werden solle.

Der Antragsgegner wies die Rüge mit Schreiben vom 04.08.2017 zurück. Darin wies er auf das irrtümliche Setzen eines Kreuzes in der Rubrik „Ihr Angebot wird ausgeschlossen, weil“ hin. Auch informierte er, dass in einem gesonderten weiteren Schreiben die Bitte um Verlängerung der Zuschlags-/Bindefrist bis zum 31.10.2017 erfolgen werde.

Mit Schreiben vom 07.08.2017 bat der Antragsgegner sämtliche Bieter um Zustimmung zur Verlängerung der Zuschlagsfrist bis zum 31.10.2017.

Alle Bieter stimmten zu, wobei lediglich die Antragstellerin nicht den vom Antragsgegner vorgesehenen einheitlichen Vordruck verwendete, sondern per Telefax vom 10.08.2017 insoweit abweichend formulierte: „Wir verlängern vorsorglich unter Auf-

rechterhaltung unserer Rechtsstandpunkte die Zuschlags- und Bindefrist bis 31.10.2017.“

Nach Erhalt aller erbetenen Zustimmungen versandte der Antragsgegner unter Bezugnahme auf selbige der Antragstellerin wie auch den übrigen Bietern am 11.08.2017 ein Faxschreiben, welches die Rücknahme der Informations- und Absageschreiben vom 01.08.2017 vorsah und den weiteren Hinweis enthielt, dass durch die formale Wiederholung des Versendens der Informations- und Absageschreiben keine inhaltliche Veränderung bei der Auswertung der Angebote eingetreten sei. Zugleich war das Informationsschreiben nochmals in aktualisierter Fassung beigelegt; es sah als Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nunmehr den 22.08.2017 sowie den identischen Zuschlagsbieter wie in den vorherigen Informationsschreiben vor. Die Rubrik „Ihr Angebot wird ausgeschlossen, weil“ war im Schreiben der Antragstellerin nicht mehr angekreuzt, die Gründe im Übrigen waren unverändert. Die Antragstellerin erhielt Informations- und Begleitschreiben am 11.08.2017 um 11:34 Uhr.

Mit Schreiben vom 11.08.2017, eingegangen bei der Vergabekammer am gleichen Tag um 16:05 Uhr mithin nach Erhalt des aktualisierten Informationsschreibens, hat die Antragstellerin Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Die Vergabekammer hat dem Antragsgegner den Antrag am 14.08.2017 übermittelt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Insbesondere sei sie antragsbefugt, da die Darlegungslast insoweit nicht überspannt werden dürfe.

Sie ist der Ansicht, der Vertrag mit der Bestbieterin sei bereits am 24.07.2017 unwirksam abgeschlossen worden.

Eine nachträgliche Heilung einer bereits abgelaufenen Angebots- und Bindefrist sei aus Rechtsgründen nicht möglich. Auf das ursprüngliche und erst nach Ablauf der Bindefrist verlängerte Angebot eines Bieters könne der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag nicht (mehr) erteilen; es sei wegen Überschreitung der Angebotsfrist zwingend auszuschließen. Das Angebot eines Bieters erlösche mit Ablauf der Bindefrist. Die hiermit bereits eingetretene Erlöschenswirkung könne nach Ablauf der Bindefrist nicht mehr nachträglich durch deren Verlängerung rückgängig gemacht werden.

Die Antragstellerin ist weiter der Ansicht, ihr Angebot hätte ohne vorherige Nachforderung nicht ausgeschlossen werden dürfen.

Des Weiteren genügten die Angaben zur Bewertung nicht den Kriterien des § 134 Abs. 1 GWB. Insoweit sei es üblich, auch die Platzierung des Angebots zu nennen, da diese für den unterlegenen Bieter von außerordentlicher Relevanz sei.

Schließlich sei das Angebot des scheinbaren Bestbieters als vergaberechtlich unzulässiges Unterangebot auszuschneiden. Anders könne die Bestbieterin ihre Platzierung im Ergebnis nicht erreicht haben.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Unwirksamkeit des mit der XXXX GmbH abgeschlossenen Vertrages wegen Verstoßes gegen § 134 Abs. 1 Nr. 1 GWB festzustellen,
2. den Antragsgegner bei Fortbestehen der Beschaffung zu verpflichten, die Leistungen europaweit als Liefer- und Dienstleistung und unter Aufnahme der Zuschlagskriterien für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots, die nicht ausschließlich in dem niedrigsten Preis liegen, bekanntzumachen und auszu-schreiben,
3. ihr unverzüglich Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren,
4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß der §§ 182 GWB, 80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen und
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Antragsgegner vertritt die Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei mangels Antragsbefugnis der Antragstellerin unzulässig.

Die Verletzung der Informations- und Wartepflicht durch das versehentliche Nichtversenden von zwei Faxen könne keinen Einfluss auf die Wertung der Angebote und die Platzierung und damit die Zuschlagschance der Antragstellerin haben. Dieser sei daher kein Schaden entstanden.

Im Übrigen habe der Antragsgegner unmittelbar nach Kenntnisnahme alles unternommen, um den Verstoß zu heilen, und habe insbesondere auch vor Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens die Absage- und Informationsschreiben erneut versandt.

Der erstplatzierte Bieter habe kein Unterangebot abgegeben. Schlüssigen Vortrag dazu habe die Antragstellerin nicht geliefert. Ihr sei mit Schreiben vom 04.08.2017 im Übrigen mitgeteilt worden, dass der Angebotspreis des erstplatzierten Bieters 14 % oberhalb des geschätzten Bruttoauftragswertes liegt. Aufgrund dessen und nach Studium der eingegangenen Angebote sowie Rückgriff auf die Kenntnisse aus dem Pilotprojekt 2011 hätten sich in der Vergangenheit wie auch gegenwärtig keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Unterangebots des erstplatzierten Bieters ergeben. Dem Pilotprojekt habe ein vergleichbarer Auftrag zugrunde gelegen, der erfolgreich realisiert und in Betrieb genommen worden sei.

Das Argument der Antragstellerin, dass die Bieter aufgrund der gegebenen Hardwareabhängigkeit kaum Spielräume in der Angebotskalkulation hätten, sei nicht plausibel. Die Antragstellerin könne über die von anderen Bietern verwendete Hardware nur Mutmaßungen anstellen, da die Bieter unterschiedliche technische Lösungen angeboten haben. Im Gegensatz zu dem erstplatzierten Bieter, der ein dem Pilotprojekt aus dem Jahr 2011 vergleichbares System angeboten habe, habe die Antragstellerin ein dezentrales System angeboten, welches allein aufgrund seiner De-

zentralität mehr Hardwarekomponenten als ein zentrales System benötige. Bereits allein aus diesem Grund lasse im vorliegenden Fall ein einfacher Vergleich der Angebotspreise von zwei unterschiedlichen Systemlösungen keinen Rückschluss auf ein Unterangebot zu.

Ein Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin sei überhaupt nicht erfolgt, was für die Antragstellerin auch erkennbar gewesen sei.

Die im Absage- und Informationsschreiben enthaltene Begründung für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin sei ausreichend.

Ergänzend wird auf die Verfahrensakte sowie die Vergabeakten dieses Verfahrens Bezug genommen.

Die Vergabekammer hat von der Regelung des § 166 Abs. 1 S. 3 GWB Gebrauch gemacht, wonach bei Unzulässigkeit sowie bei offensichtlicher Unbegründetheit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden kann.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist hinsichtlich der Punkte „Ausschluss des Angebots der Antragstellerin, unzureichende Begründung des an die Antragstellerin gesandten Informations- und Absageschreibens, unzulässige nachträgliche Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist“ unzulässig (dazu nachfolgend B.). Vorsorglich wird ergänzend darauf hingewiesen, dass der letzte Verstoß darüber hinaus offensichtlich unbegründet ist. Ebenfalls offensichtlich unbegründet sind der Vorwurf eines vermeintlichen Unterangebots der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin sowie die weiteren erstmals mit Schriftsatz vom 02.10.2017 erhobenen Vorwürfe, insbesondere der Vorwurf des Verstoßes gegen das Gebot der Produktneutralität (nachfolgend C.). Ein Akteneinsichtsrecht ergibt sich bei dieser Rechtslage nicht (nachfolgend D.).

Hinsichtlich der vorab begehrten Feststellung der Unwirksamkeit des mit der Bestbieterin unter dem 24.07.2017 zustandegekommenen Vertrages ist Erledigung eingetreten (nachfolgend A.).

A.

Soweit die Antragstellerin in der Hauptsache zu 1. beantragt, die Unwirksamkeit des mit der XXX GmbH abgeschlossenen Vertrages wegen Verstoßes gegen § 134 Abs. 1 Nr. 1 GWB (gemeint wohl: § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB) festzustellen, ist Erledigung eingetreten.

Denn der Antragsgegner hat gegenüber der Zuschlagsbieterin am 01.08.2017 ausdrücklich schriftlich erklärt, dass der am 24.07.2017 zwischen Zuschlagsbieterin und Antragsgegner zustandegekommene Vertrag wegen Verstoßes gegen § 134 GWB von Anfang an unwirksam ist (vgl. Bl. 1006/1007 der Vergabeakten). Diese Erklärung hat der Antragsgegner unmissverständlich, zeitnah (fünf Kalendertage, nachdem ihm die fehlgeschlagene Übermittlung des ursprünglichen Informationsschreiben zur Kenntnis gekommen war) und ohne jede Einschränkung abgegeben.

Insbesondere führt namentlich der letzte Halbsatz in § 135 Abs. 1 GWB zu keinem anderen Ergebnis. Zwar sieht die Norm neben der Erfüllung einer der beiden Ziffern als weiteres Tatbestandsmerkmal für das Feststehen der Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags vor, dass der in einer der beiden Ziffern genannte Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.

Diese Bedingung lässt sich sinnvoll aber nur dergestalt auslegen, dass die Feststellung eine Unklarheit beseitigen soll, nämlich die Unklarheit, die im Raum stünde, wenn der Gesetzgeber für das Vorliegen der Voraussetzungen der Unwirksamkeit nur die tatbestandlichen Voraussetzungen als solche vorgesehen hätte (hier Abs. 1 Nr. 1. und 2. der Norm). Über eine derart grundlegende Frage wie die Wirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages darf gerade keine nachträgliche Unsicherheit bestehen, was in einem Streitfall nur durch rechtskräftige Feststellung einer Nachprüfungsinstanz letztgültig ausgeräumt werden kann.

Dieser Sinn und Zweck des § 135 Abs. 1 GWB ist jedoch dann bereits gar nicht berührt, wenn die Frage zwischen den Verfahrensbeteiligten überhaupt nicht streitig ist und die Vergabestelle selbst die Unwirksamkeit des Vertrages dem Vertragspartner gegenüber unter Hinweis auf den Tatbestand als solchen (hier § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB i. V. m. § 134 GWB) in völliger Übereinstimmung mit dem jeweiligen Bieter bzw. gegenständlich der Antragstellerin erklärt hat, eben so, wie es streitgegenständlich der Fall ist. Bei einem solchen Fall wäre die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bloßer Formalismus, der im Übrigen dem Beschleunigungsgebot des Vergaberechts zuwiderliefe.

Dieses macht die konkrete Problematik des irrtümlich gar nicht übersandten Informationsschreibens beispielhaft deutlich: wollte eine Vergabestelle, welche die Übermittlungsspanne nach Vertragsschluss mit dem Zuschlagsbieter entdeckt, aus Gründen der Rechtssicherheit die Unwirksamkeit deklarieren, so wäre sie – wenn man dazu die Feststellung im Nachprüfungsverfahren verlangen wollte – auf den Nachprüfungsantrag eines Bieters angewiesen. Da die Vergabestelle darauf naturgemäß keinen Einfluss hat und sie gerade dieses durch Korrektur im Vorhinein ja vermeiden will, muss es ihr möglich sein, auch diesen Verstoß – wie andere – von sich aus zu korrigieren. Korrektur heißt in diesem Falle Erklärung der Unwirksamkeit des Vertrages gegenüber dem Zuschlagsbieter; genau das hat der Antragsgegner vorliegend in nicht zu beanstandender Weise getan. (Dass wiederum der Zuschlagsbieter dieses rügen und ggf. im Nachprüfungsverfahren überprüfen lassen kann, steht hier nicht entgegen, da dann ein streitiger Fall vorläge, der den Rechtsgedanken des § 135 Abs. 1 – letzter HS - wiederum rechtfertigt.)

Das im Hauptantrag zu 1. begehrte Rechtsschutzziel ist bereits unter dem 01.08.2017 und damit vor Stellung des Nachprüfungsantrags verwirklicht worden.

B.

1. Soweit die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebotes wegen Unvollständigkeit bemängelt, ist sie mangels Darlegung einer Rechtsverletzung (§ 97 Abs. 6 GWB) nicht antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB.

Bereits der ersten – irrigerweise zunächst unterbliebenen – Variante des Informationsschreibens, das der Antragstellerin am Folgetag ihrer Nachfrage vom 27.07.2017 übersandt worden war, ist zu entnehmen, dass das Kreuz im Obersatz handschrift-

lich übermalt und mithin annulliert worden war, daneben keine Unteralternative angekreuzt war (vgl. oben I., S. 2).

Mit seiner Rügeantwort vom 04.08.2017 (dort unter 2.) stellte der Antragsgegner dieses irrtümliche Setzen des ursprünglichen Kreuzes nochmals in aller Deutlichkeit klar.

Schließlich erging das aktuelle Informationsschreiben vom 11.08.2017 wie in der Rügeantwort angekündigt in vollständig korrigierter Form: das irrig gesetzte Kreuz im Obersatz war nun gar nicht mehr vorhanden, so dass jedweder Anhaltspunkt für einen Ausschluss fehlt.

Hält man sich all dieses und insbesondere auch den Umstand vor Augen, dass das letzte bzw. aktuelle Informationsschreiben der Antragstellerin *zeitlich vor* Einreichung ihres Nachprüfungsantrags zugegangen ist (vgl. oben I., S. 4), so muss sich die Antragstellerin fragen lassen, wieso sie diesen Gesichtspunkt überhaupt zum Vortrag ihres Nachprüfungsantrags gemacht hat, noch dazu im Umfang eines Viertels ihrer Antragsbegründung.

2. Soweit die Antragstellerin weiter die unzureichende Begründung des an sie gesandten Informations- und Absageschreibens bemängelt, ist sie ebenfalls nicht antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB.

Denn die Antragstellerin macht nicht deutlich, inwieweit ihr aus der Nichtangabe ihrer Platzierung im Informationsschreiben ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB entstanden sein soll.

Abgesehen von dem Umstand, dass die Antragstellerin selbst lediglich von der „Üblichkeit“ der Angabe der Platzierung ausgeht (vgl. S. 11 des Nachprüfungsantrags) und diesen Aspekt offensichtlich bereits selbst nicht als rechtlich zwingenden Begründungsteil ansieht, so machen ihre nachträglichen Ausführungen im Schriftsatz vom 11.09.2017 (dort S. 5) jedenfalls deutlich, dass sie mit den im Informationsschreiben zur Verfügung gestellten Informationen einen Preisabstand als potentiellen Indikator für ein etwaiges Unterangebot ausmachen sowie in der Folge den gegenständlichen Nachprüfungsantrag stellen konnte (zur Problematik des Unterangebots s. u. C. 2.). Insoweit erscheint auch dieser Vorwurf wie bereits der zuvor unter B.1. dargestellte überholt.

Nur ergänzend weist die Kammer darauf hin, dass sie die Angaben im Informationsschreiben für ausreichend erachtet.

3. Schließlich ist die Antragstellerin ebenfalls nicht antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB, soweit sie die nachträgliche Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist bemängelt.

Auch insoweit macht die Antragstellerin nicht deutlich, inwieweit ihr aus der nachträglichen Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB entstanden sein soll.

Soweit die Antragstellerin argumentiert, das Angebot eines Bieters erlösche mit Ablauf der Bindefrist, letztere könne nicht nachträglich verlängert werden, so würde sich dieses – die Richtigkeit einmal unterstellt – auf sämtliche Angebote, also auch auf ihr eigenes beziehen, welches nicht etwa anstelle des Angebotes des Bestbieters zum Zuge kommen würde.

Dann müsste die Antragstellerin jedoch in irgendeiner Weise deutlich machen, wieso sie bei einer konsequenterweise durchzuführenden Neuausschreibung unter den gegebenen Bedingungen ein besseres Angebot legen könnte.

Genau das hat die Antragstellerin jedoch zu keinem Zeitpunkt getan, ein entsprechender Vortrag fehlt gänzlich. Sie hat auch mit ihrem diesbezüglich einschlägigen Hauptantrag zu 2. nicht etwa neue Bedingungen für eine Neuausschreibung gefordert. Soweit sie in dem Antrag lediglich ergänzend darauf hinweist, die Zuschlagskriterien für eine Neuausschreibung dürften nicht ausschließlich in dem niedrigsten Preis liegen, stellt dieses ausdrücklich keine Abweichung von der gegenständlichen Ausschreibung bzw. den dort festgelegten Zuschlagskriterien dar.

Da die Antragstellerin in keiner Weise darlegt, inwieweit sie im Falle einer Neuausschreibung ein besseres Angebot machen könnte, zugleich aber infolge des rein formalen Anlasses einer etwaigen Aufhebung eine identische Ausschreibung zu erwarten ist und auch insoweit nichts Gegenteiliges vorgetragen oder beantragt ist, ist ein Schaden der Antragstellerin infolge nachträglicher Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist nicht erkennbar.

Nur ergänzend sei angemerkt, dass die Antragstellerin der Verlängerung zugestimmt hat.

C.

1. Vorsorglich sei ergänzend darauf hingewiesen, dass der vorgenannte Verstoß darüber hinaus offensichtlich unbegründet ist.

Nach überwiegender jüngerer Auffassung besteht Einigkeit darüber, dass die Zuschlags- und Bindefrist auch nach deren Ablauf noch einvernehmlich verlängert werden kann (vgl. VK Bund, Beschluss v. 08.02.2017 – VK 1–144/16; Müller-Wrede, VOL, Kommentar, 2007, § 19 Rnr. 17; ebenso bereits OLG Rostock, Beschluss v. 08.03.2006 – 17 Verg 16/05; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.12.2001 – Verg 22/01).

Die Sinnhaftigkeit dieser Auffassung macht der vorliegende Fall nachgerade deutlich: wollte man der Auffassung der Antragstellerin folgen, so würde vorliegend eine vollständige Neuausschreibung identischen Inhalts erfolgen (müssen), obwohl dem Antragsgegner „nur“ ein Fehler bei der Überprüfung des Fax-Sendeberichts unterlaufen ist. Da der Antragsgegner diesen Verstoß nach Kenntnisnahme zeitnah und einschränkungslos korrigiert hat, würde eine derartige Sichtweise nicht nur im konkreten Fall zu einem unverhältnismäßigen Ergebnis, sondern auch den Sinn und Zweck des Vergaberechts ad absurdum führen.

Dieser Betrachtung steht namentlich der von der Antragstellerin zur Stützung ihrer Auffassung zitierte Beschluss des OLG Jena vom 30.10.2006 (9 Verg 4/06) nicht entgegen.

Die Antragstellerin verkennt insoweit, dass in der vorgenannten Entscheidung, in der es vornehmlich um den Ausschluss eines nach Überschreitung der Bindefrist erneut eingereichten inhaltsgleichen bzw. identischen Angebots geht, ausdrücklich der einschränkende Hinweis enthalten ist, wonach jedenfalls immer dann anderes gilt, wenn

der verspätete Eingang durch nicht vom Bieter zu vertretende Umstände verursacht worden ist (vgl. insoweit den hier in Bezug genommenen § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit e VOL/A, Ausgabe 2006, sowie Ziffer 3. b des vorgenannten Beschlusses).

Genau das ist vorliegend jedoch der Fall: die (erneute) Bewertung des ursprünglichen Angebotes der Bestbieterin wie auch aller anderen Angebote beruht auf Umständen, die nicht von den Bietern, sondern unstreitig ausschließlich vom Antragsgegner selbst zu vertreten sind (Ablauf der letztgültigen Zuschlags- und Bindefrist infolge Übersehens der Panne bei der Übermittlung des ursprünglichen Informations- und Absageschreibens).

In dem vom OLG Jena entschiedenen Fall hingegen hatte der betroffene Bieter durch eigenes Versäumnis die Angebotsfrist überschritten (vgl. Beschluss des OLG Jena, dort Ziffer 3. a), eine insoweit vollständig abweichende Sach- und Rechtslage. Auch das OLG Jena stellt im Übrigen ausdrücklich fest (s. dort Ziffer 3. b, bb), dass, wenn weder eine Bevorzugung noch eine Benachteiligung eines einzelnen Bieters zu besorgen ist, es vielmehr auf der Hand liege, die Vergabestelle noch nachträglich zu verpflichten, die Bindefrist mit gleicher Wirkung für alle Bieter neu zu bestimmen und diesen die Chance zu geben, sämtliche Angebote mit identischem Inhalt erneut einzureichen und der Ausschreibung auf diese Weise ihren Fortgang zu geben.

2. Ebenfalls offensichtlich unbegründet ist der Vortrag der Antragstellerin, bei dem Angebot der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin handele es sich um ein Unterangebot.

Soweit die Antragstellerin, erstmals vier Tage vor Ablauf der ursprünglichen Entscheidungsfrist unter dem 11.09.2017, auf eine mehr als 20 % betragende Preisabweichung (nicht der separat zu wertenden Folgekosten) des Zuschlagsangebotes von ihrem eigenen hinweist, lässt sie eklatante Besonderheiten der vorliegenden Ausschreibung außer Acht.

Auch der BGH hat insoweit in seinem Beschluss vom 31.01.2017 (X ZB 10/16) den Preisabstand als solchen nicht als einzig bzw. abschließend erklärt, sondern eine regelmäßige Vorgehensweise beschrieben, die Besonderheiten berücksichtigt (s. vorgenannter Beschluss des BGH, dort C. I. 2., namentlich Rn. 13, 15).

Im vorliegenden Fall sind unabhängig voneinander gleich mehrere Besonderheiten gegeben, welche das Indiz des Abstands als solches zurücktreten lassen bzw. nachvollziehbar machen, dass der Abstand bereits aus den eklatanten Besonderheiten des Verfahrensgegenstands resultiert, darüber hinaus zudem die indizielle Wirkung des bloßen Abstands durch die konkrete Konstellation der eingegangenen Angebote aufgehoben ist.

Erste Besonderheit der streitgegenständlichen Ausschreibung ist der technische Rahmen bzw. die spezifische Variationsbreite des Gegenstands.

Die Mobilfunkunterdrücker waren seitens des Antragsgegners im Jahr 2011 zunächst in einem Pilotprojekt in einer von der Bausubstanz, den Freiflächen und den Sicherheitsstandards vergleichbaren Einrichtung installiert und nach zwischenzeitlicher Testphase in den Regelbetrieb überführt worden.

Dabei waren zwei Systemvarianten angeboten worden, eine dezentrale Lösung mit jeweils autarken Detektor- und Blockeinheiten sowie eine weitere mit zentraler Steuerung und abgesetzten Verstärkereinheiten, die im Ergebnis beauftragt worden war. Unabhängig davon, dass der Antragsgegner dieses System für das Vorteilhaftere ansah (vgl. insoweit die Ausführungen in seinem Schriftsatz v. 22.08.2017, dort S. 2), entschied er im Verlauf des Verfahrens, unter entsprechender Anpassung der Vergabeunterlagen auch technisch von der zentralen Lösung abweichende Systemlösungen zuzulassen und demzufolge auch dezentrale Systeme zu akzeptieren. Vorgenanntes Prozedere ist unstreitig.

Insoweit hat die Antragstellerin jedenfalls nicht substantiiert zu der Frage vorgetragen, wieso die im Grundsatz verschiedenen technischen Lösungen, die – von der Antragstellerin unwidersprochen – zu einer geringeren Anzahl von technischen Komponenten (etwa an den Orten, an denen sich Inhaftierte aufhalten) führen, nicht zwangsläufig zu erheblichen Schwankungen bei den angebotenen Preisen führen können (bzw. ggf. sogar müssen). Dieser sachliche Grund für die Preisschwankungen bleibt damit im Kern bereits als Berechtigung für die Abweichung bestehen.

Der Antragsgegner hat die technischen Besonderheiten der Ausschreibung sowie die Spezifika der alternativen Systemlösungen namentlich mit Schriftsatz vom 11.10.2017 (dort insbesondere S. 2/3) vertiefend dargestellt. Auch diesen Ausführungen ist die Antragstellerin nicht substantiiert entgegengetreten. Vielmehr verhält sich ihre Replik vom 13.10.2017 zu dieser Frage bzw. zur Konkretisierung der Behauptung, dass es sich bei dem Angebot der Zuschlagsbieterin um ein Unterangebot handele, praktisch nicht.

Vorgenannte technische Besonderheiten manifestieren sich in nachdrücklicher Weise in den abgegebenen Angeboten.

Denn bei Überprüfung des vorgetragenen Preisabstands, der in seiner prozentualen Abweichung von mehr als 20 % seitens der Kammer verifiziert werden konnte, trat zutage, dass sich zwischen sämtlichen Angeboten jeweils Preisschritte in diesem Umfang befinden. Der gegenständliche Preisabstand zwischen dem Angebotspreis des Bestbieters und jenem der Antragstellerin ist im Gegenteil sogar der geringste, was die dargestellten Besonderheiten der technischen Varianten nachgerade untermauert.

Dabei ist vorliegend noch die weitere Besonderheit gegeben, dass es sich bei dem für den Zuschlag vorgesehenen Angebot, dessen Preisüberprüfung in Frage steht, nicht einmal um das Angebot mit dem insgesamt geringsten Preis handelt. Vielmehr existiert ein weiteres Angebot, welches preislich günstiger ist als jenes der Bestbieterin, das infolge Ausschlusses jedoch nicht zum Zuge kam. Der Abstand auch zwischen diesen beiden Angeboten ist prozentual höher als jener, der von der Antragstellerin zum Gegenstand der Überprüfung gemacht worden ist.

Soweit die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 13.10.2017 (dort S. 6, am Ende) die Frage aufwirft, wieso bei vorgenanntem Angebot ein Ausschluss als Unterangebot zur Prüfung anstand, bei jenem der Zuschlagsbieterin hingegen nicht, übersieht sie den Vortrag im Bezugsschriftsatz des Antragsgegners vom 11.10.2017 (dort S. 4), wonach dieser Bieter einen hohen Rabatt eingeräumt hatte, der zur entsprechenden Senkung des Angebotspreises führte.

Soweit der Antragsgegner den zunächst behaupteten Abstand des Angebotspreises des erstplatzierten Bieters (14 % oberhalb des geschätzten Bruttoauftragswertes) mit Schriftsatz vom 27.09.2017 korrigiert hat, hat dieses auf die dargestellten Besonderheiten keinen Einfluss. Die Kammer hat den korrigierten Vortrag anhand der Vergabeakten überprüft. Der seitens des Antragsgegners insoweit dargelegte Wert in Höhe von XXXXXXX,-- € in Abweichung zum Schätzwert des Vergabevermerks in Höhe von XXXXXXX,-- € hat sich als zutreffend erwiesen (vgl. Bl. 8, 18 der Vergabeakte); ebenso die vorgetragene Unterschreitung dieses Schätzwertes durch den Angebotspreis des Zuschlagsbieters in einem Umfang von 0,85 %.

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Behauptung der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 26.09.2017, die Zuschlagsbieterin habe Anschaffungskosten in die Wartungskosten einkalkuliert, einer Überprüfung nicht standhält. Soweit die Antragstellerin insoweit vorträgt, die Zuschlagsbieterin müsse Wartungskosten in einer Höhe von XXXXXXX,-- € angeboten haben (so ausdrücklich S. 4 des vorgenannten Schriftsatzes), erweist sich der tatsächliche Betrag der Wartungskosten der Zuschlagsbieterin in einem Umfang von weniger als einem Viertel der vorgenannten Summe, was die Berechnung der Antragstellerin als eklatant falsch ausweist. Das Angebot der Zuschlagsbieterin lag mithin auch bei den Wartungskosten günstiger als das Angebot der Antragstellerin; es war jedoch, wie auch beim Angebotspreis, nicht das Angebot mit den insgesamt günstigsten Wartungskosten.

3. Auch hinsichtlich der erstmals mit Schriftsatz vom 02.10.2017 vorgetragenen vermeintlichen Vergabeverstöße ist der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet.

a) Inwieweit die Aussage des Antragsgegners in seinem Schriftsatz vom 27.09.2017 *„Warum dieser Wert nicht in den Vergabevermerk übernommen und diesbezüglich nicht aktualisiert wurde, konnte ich leider nicht mehr aufklären.“* einen Verstoß gegen § 8 VgV beinhalten soll, erschließt sich nicht. Die Antragstellerin trägt dazu auch nichts weiter vor.

Da der vermeintliche Verstoß zudem bei nunmehrigem Erkennen korrigiert wird, stellt sich im Übrigen die Frage, welcher Schaden der Antragstellerin aus der erfolgten Richtigstellung erwachsen soll; schließlich hat der Antragsgegner diesem offensichtlichen Fehler im Vergabevermerk durch nachträgliche Erläuterung bzw. Korrektur gerade abgeholfen.

b) Ebenso unverständlich ist der Vortrag der Antragstellerin, der Antragsgegner habe entgegen § 31 Abs. 6 VgV das Gebot der Produktneutralität verletzt.

Mit seiner im Verlauf des Vergabeverfahrens getroffenen Entscheidung, auch technisch von der zentralen Lösung abweichende Systemlösungen zuzulassen und demzufolge auch dezentrale Systeme zu akzeptieren, hat der Antragsgegner genau das Gegenteil bewirkt, nämlich die zugelassenen Produktvarianten nach anfänglicher Einschränkung erweitert. Selbst die zunächst angedachte Begrenzung auf lediglich zentrale Lösungen sah jedoch keine Vorgabe eines bestimmten Produktes vor. Es war der Antragstellerin problemlos möglich, ihr System im Vergabeverfahren anzubieten.

Auch der in diesem Zusammenhang vorgebrachte Vorhalt, der Antragsgegner habe seine Kostenschätzung am zentralen System ausgerichtet, verfängt nicht. Es ist nicht

erkennbar, unter welchem Gesichtspunkt es dem Antragsgegner hätte obliegen sollen, die zu erwartenden Kosten an einem von ihm nicht präferierten und voraussichtlich kostenaufwändigeren System zu orientieren. Der Antragsgegner ist insoweit entsprechend seiner Interessenlage vorgegangen; hätte er die Kostenschätzung hingegen wie von der Antragstellerin offensichtlich avisiert an dem von dieser angebotenen System ausgerichtet, so hätte er gerade mit einem solchen Vorgehen grundlos ein kostenaufwändigeres System in den Blick genommen, was mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit nicht zu vereinbaren gewesen wäre. Im Licht der konkreten Erfahrungen aus dem vorangegangenen Pilotverfahren, welches in die Praxis überführt worden ist und im Land Berlin bislang singulär ist, begegnet die erfolgte Schätzung namentlich hinsichtlich des ermittelten Betrages keinen vergaberechtlichen Bedenken.

Soweit die Antragstellerin im Übrigen auf die Unrichtigkeit der Behauptung des Antragsgegners abstellt, das Pilotprojekt sei bundesweit das *einzig* funktionierende Mobilfunkunterdrückungssystem in einer Justizvollzugsanstalt, ist festzuhalten, dass diese Behauptung vom Antragsgegner bereits nicht getroffen worden ist; ausweislich des Schriftsatzes des Antragsgegners vom 11.10.2007 (dort S. 2, erster Absatz) hatte die entsprechende Aussage hingegen das bundesweit *erste* funktionierende Mobilfunkunterdrückungssystem in einer Justizvollzugsanstalt zum Inhalt.

Auch der weitergehende Vortrag der Antragstellerin, das ehemalige Pilotprojekt sei laut Antragsgegner das einzige für eine Auftragswertschätzung in Frage kommende System gewesen, hält einer Überprüfung nicht stand, da die Aussage des Antragsgegners auf *das einzige im Land Berlin existierende System* beschränkt war (vgl. Quelle wie vor).

c) Ebenso offensichtlich unbegründet ist der Vortrag der Antragstellerin zur vermeintlichen Verletzung der Gebote der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs (vgl. S. 3 des Schriftsatzes vom 02.10.2017).

Der diesbezügliche Vortrag ist bereits irreführend, da sich die von der Antragstellerin in Anführungszeichen gesetzten und damit wie Originalzitate des Antragsgegners ausgewiesenen Textpassagen beim Antragsgegner in dieser Form nicht wiederfinden.

Auch hier gilt, dass die Antragstellerin mit ihren diesbezüglich knappen Ausführungen keinen substantiierten Vortrag liefert.

Der Vortrag erscheint vielmehr als eine erneute Darstellung bzw. Ergänzung zum zuvor unter C. 3. b) behandelten Vorwurf. Da im Vergabeverfahren sämtliche anderen technischen Systeme ebenfalls zugelassen waren, kann der Antragstellerin im Übrigen bereits kein Schaden daraus erwachsen, die technischen Spezifika der Zuschlagsbieterin nicht zu kennen.

Die Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags ist auch offensichtlich im Sinne von § 166 Abs. 1 S. 3 GWB.

Dabei ist ein Nachprüfungsantrag nicht erst dann offensichtlich erfolglos, wenn nicht der geringste (theoretische) Zweifel an seiner Zulässigkeit oder Begründetheit bestehen kann. Es ist auch nicht erforderlich, dass eine zur Beurteilung der Erfolgsaussichten relevante Rechtsfrage in Rechtsprechung und Literatur einhellig beantwortet

wird. Für die Offensichtlichkeit kommt es vielmehr darauf an, dass die Unzulässigkeit oder Unbegründetheit ohne weitere gründliche Prüfung des Antrags auffällt. Erforderlich ist, dass sich ohne weiteres oder jedenfalls unschwer aus den gesamten Umständen seine Unbegründetheit ergeben muss. Die Sache muss eindeutig sein. Der Antrag ist offensichtlich unbegründet, wenn der maßgebliche Sachverhalt aus Sicht der Vergabekammer hinreichend aufgeklärt ist, die mündliche Verhandlung daher insofern keinen besonderen Erkenntnisgewinn verspricht und der Antrag unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Aussicht auf Erfolg hat (Byok in: Byok/Jaeger, wie vor, § 112 Rnr. 7¹, § 110 Rnr. 25).

Eine derartige Eindeutigkeit war vorliegend gegeben. Dieses ergibt sich daraus, dass die rein formalen Indizien für die Annahme eines Unterangebotes aufgrund der verschiedenen Besonderheiten des vorliegenden Falls nicht zum Tragen kamen und die Antragstellerin über die bloße Nennung des prozentualen Abstands hinaus den behaupteten Charakter des Angebots der Bestbieterin als Unterangebot nicht hinreichend substantiiert dargelegt hat. Die Eindeutigkeit war auch mit Blick auf den Vorwurf des Verstoßes gegen das Gebot der Produktneutralität gegeben, da die Ausschreibung erkennbar nicht auf ein Produkt beschränkt war (und darüber hinaus sogar technisch verschiedene Systemlösungen gestattete).

D. Der Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des Antragsgegners gemäß § 165 GWB war infolge der Unzulässigkeit sowie teilweisen offensichtlichen Unbegründetheit des Antrags zurückzuweisen.

Insoweit folgt aus der Sicherung effektiven Rechtsschutzes zunächst, dass dem Antragsteller bei einem unzulässigen Nachprüfungsantrag kein Akteneinsichtsrecht oder ein solches nur in dem Umfang zusteht, in dem die Vergabeakten zur Beantwortung der Zulässigkeitsfrage eingesehen werden müssen (vgl. Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl., § 111 Rnr. 6²; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschlüsse v. 12.12.2001 – Verg 19/01 – und 19.12.2000 – Verg 10/00; Verg 07/00). Dabei darf ein Akteneinsichtsrecht nicht dazu führen, dass ein von vornherein unzulässiger Antrag erst im Wege der Akteneinsicht substantiiert werden würde.

Das gleiche gilt auch bei einem offensichtlich unbegründeten Nachprüfungsantrag (VK Brandenburg, Beschluss v. 23.06.2009 – VK 26/09; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 17.03.2006 – VK-SH-02/06).

III.

Der unterlegenen Antragstellerin fallen gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Angebotspreis der Antragstellerin zu-

¹ § 112 GWB a. F. ist wortlautidentisch mit § 166 GWB n. F.

² § 111 GWB a. F. ist wortlautidentisch mit § 165 GWB n. F.

grunde gelegt und sich bei der Bestimmung an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes orientiert.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vorsitzende

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzerin

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXXXX