

Leitsätze:

1. Unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV liegen immer dann vor, wenn das Angebot von den in diesen Unterlagen genannten Vorgaben abweicht, also immer dann, wenn ein Bieter etwas anderes anbietet als vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragt, sodass sich Angebot und Nachfrage nicht decken. Um festzustellen, ob ein Bieter die Vergabeunterlagen unzulässig geändert hat, ist also sein Angebot mit den in den Vergabeunterlagen genannten Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an die zu erbringende Leistung zu vergleichen.
2. Die Vergabeunterlagen sind hinsichtlich des wirklichen und erkennbaren Willens des öffentlichen Auftraggebers aus der objektiven Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist, gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen.

Antragstellerin:
Bevollmächtigte:
.....
(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene:
(Beigeladene – BGI)

Vergabeverfahren: **Miete von Multifunktionskopiergeräten**
Offenes Verfahren nach § 15 VgV

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 26.01.2018 durch den Vorsitzenden, die hauptamtliche Beisitzerin und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

Beschluss:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €
Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb im EU-Amtsblatt vom xx.xx.xxxx die Beschaffung von Multifunktionskopiergeräten im Offenen Verfahren aus.

Zuschlagskriterium war die Erfüllung der Mindestanforderungen und der Preis.

Varianten/Alternativangebote waren nicht zugelassen.

Schlussstermin zur Angebotsabgabe war der xx.xx.xxxx.

Es ist beabsichtigt, die Geräte für 48 Monate zu mieten.

2.

Auf den Nachprüfungsantrag der ASt vom 28.12.2016 half die Vergabestelle den Rügen der Antragstellerin ab und erklärte in der mündlichen Verhandlung am 04.05.2017, dass sie die Leistungsbeschreibung überarbeitet und das Vergabeverfahren in den Stand vor Versand der Vergabeunterlagen zurückversetzt und alle Interessenten, die die Vergabeunterlagen angefordert hatten, zu einer neuen Angebotsabgabe auf der Grundlage einer neu überarbeiteten Leistungsbeschreibung auffordert.

3.

Das Nachprüfungsverfahren wurde daraufhin mit Beschluss vom 04.05.2017 eingestellt.

4.

Mit Schreiben vom 01.08.2017 hat die Vergabestelle die Antragstellerin und die anderen Interessenten, die die Vergabeunterlagen angefordert hatten, zu einer neuen Angebotsabgabe aufgefordert und eine überarbeitete Leistungsbeschreibung übersandt.

In der Leistungsbeschreibung ist die Leistung in zwei Lose aufgeteilt. Los 1 betrifft die Lieferung von Multifunktionskopiergeräten bis Typ 1- 4.

In den Vergabeunterlagen ist zur Teststellung für Los 1ausgeführt:

Zur Prüfung auf Erfüllung der für ihren Einsatz definierten Anforderungen sind Teststellungen der Hard- und Software erforderlich. (...) Es handelt sich um eine Teststellung zur Verifikation der schriftlichen Angebote. Aufgefordert zur Bereitstellung der Teststellung werden maximal die ersten beiden Bieter, die alle Mindestanforderungen laut schriftlichem Angebot zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe erfüllen und nicht gemäß § 57 VgV von der Wertung ausgeschlossen werden mussten. Die genaue Einhaltung dieser Anforderungen ist ein Mindestkriterium.

In der Anlage 3 zum Rahmenmietvertrag EVB-IT Systemvertrag für das Los 1 steht:

- 1.3. *Die Softwarelösung unterstützt die Datenbank-Managementsysteme Oracle Database Version 12 c Release 1 oder Microsoft SQL Version 2015 R2 oder Post gre SQL Version 9.x.*
- 1.4. *Die Softwarelösung wird mit einer zentralen Datenbank betrieben. Es wird die zur Verfügung gestellte Datenbank des Auftraggebers genutzt, die nach den Vorgaben des Auftragnehmers konfiguriert wird.*
- 1.5. *die Softwarelösung besitzt eine sogenannte Betriebsredundanz. D. h. im Gesamtsystem führen mindestens zwei zentrale Teilsysteme dieselbe Funktion parallel aus und die Belastung wird auf beide Teilsysteme gleichmäßig verteilt. Eine sonst auf beide Teilsysteme verteilte Belastung, konzentriert sich bei Ausfall eines der beiden Teilsysteme auf das andere Teilsystem. Es ist dabei gewährleistet, dass jedes Teilsystem die Aufgaben alleine erfüllen kann. Für den Fall des Ausfalls eines Teilsystems erfolgt diese Umverteilung automatisch und es wird automatisch eine Fehlermeldung per E-Mail an einen oder*

mehrere vom Auftraggeber vorgegebenen Empfänger versendet.

Folgende Antwort auf div. Bieteranfragen erfolgte mit Schreiben vom 31.8.2017 an alle Bieter:

Frage 2

Sie geben in Los 1 in der Anlage 3 zum Rahmenmietvertrag EBV-IT Systemvertrag unter dem Punkt 1.3 folgende Regelung an:

„Die Softwarelösung unterstützt die Datenbankmanagementsysteme Oracle Database Version 12 c Release 1 oder Microsoft SQL Version 2015 R2 oder Post gre SQL Version 9.x.“

Unser System arbeitet ebenfalls mit einer kostenfreien Datenbank, wie auch die erwähnte Post gre SQL. Das Datenbanksystem ist eine Firebird- Datenbank. Kann diese ebenfalls angeboten werden?

Antwort

Die Firebird-Datenbank gehört nicht zu den bei der Vergabestelle für den Einsatz von zentralen IT Verfahren zugelassenen Datenbankmanagementsystemen. Deshalb kann eine Lösung, die eine Firebird- Datenbank voraussetzt, nicht zum Einsatz kommen.

Frage 56

Sie fordern mit Antwort zu Bieteranfrage 18 ein Aktiv Aktiv Loadbalancing für alle Funktionen. Nach unserer eingängigen Recherche gibt es nur wenige, wenn überhaupt einen, der alle Funktionen als Loadbalancing anbietet. Ein Failover ist hiervon ausgenommen. Bei unserem System besteht die Möglichkeit, die Last auf mehr wie zwei Server zu verteilen. Hierbei gibt es für die Anzahl der Produktivserver keine Begrenzung. Gegenüber dem geforderten System hat das den Vorteil, dass wenn es im laufenden Betrieb dennoch zu Engpässen kommen sollte, die Last auf weitere Server (Aktiv) auszulagern. Die Verwaltung der Secure Printjobs (FollowMe) erfolgt dabei zentral, die Verteilung wird durch die Software selbstständig vorgenommen. Die weiteren Funktionen (zum Beispiel Scannen) erfolgt dann über den jeweilig angesteuerten Server. So können auch diese Anforderungen verteilt abgearbeitet werden. Wäre dieses Vorgehen, bzw. System für Sie akzeptabel?

Antwort

Die Mindestanforderung Anlage 3 zum Rahmen Mietvertrag EVB-IT Systemvertrag 1.5 darf erfüllt werden mit einem System, das sowohl ein Active-Standby Cluster (Ausfall-Sicherung ohne Lastverteilung) als auch eine zentralgesteuerte Lastverteilung auf mehrere Server einschließt.

5.

Die Antragstellerin und die Beigeladene sowie weitere Bieter haben jeweils ein Angebot abgegeben. Aus der E-Mail der Vergabestelle vom 6.10.2017 wird ersichtlich, dass die Antragstellerin die Teststellung erfolgreich bestanden hat.

6.

Mit Schreiben vom 2.11.2017 informierte die VSt die ASt gem. § 134 GWB, dass der Auftrag an die BGI erteilt werden solle. Bei dem Angebot der Beigeladenen handle es sich um das wirtschaftlichste Angebot.

7.

Mit Schreiben vom 3.11.2017 rügte die ASt die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene. Die Beigeladene erfülle mit ihrem Angebot nicht die Anforderungen aus dem Leistungsverzeichnis und sei daher auszuschließen. Die hauseigene Software der Beigeladenen (... bzw. ...) genüge nicht den Mindestanforderungen der Authentifizierung- bzw. Accounting-Software-Lösung.

8.

Mit Schreiben vom 9.11.2017 teilte die VSt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe. Die Beigeladene habe die Software ... in der Release Version 6.0.2 vom September 2017 (update) angeboten. Diese sei nach den Vergabeunterlagen zulässig.

9.

Am 14.11.2017 stellte die ASt Nachprüfungsantrag und beantragte:

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 160 Abs. 1 GWB einzuleiten,
2. uns umfassende Einsicht in die Vergabeakten der Antragsgegnerin zu gewähren,
3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen,

4. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei Fortbestehen des Beschaffungsbedarfs das Vergabeverfahren in den Stand vor Wertung der Angebote zurückzusetzen und die Angebotswertung unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen sowie unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer vergaberechtskonform zu wiederholen,
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzulegen und
6. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Der Antrag sei zulässig und begründet.

Das Angebot der Beigeladenen sei auszuschließen, da die angebotene Software nicht alle Mindestanforderungen erfüllt.

Die Software aus dem Angebot der Beigeladenen erfülle die Anforderungen aus Anlage 3 Ziffer 1.3, 1.4, und 1.5 nicht.

Die geforderte Anbindung an eine MS-SQL-Datenbank sei hier nur möglich, wenn eine Firebird-Datenbank zum Einsatz kommt. Bei einer Multi-Server-Umgebung, so der Anbieter der Software, verbleibe der Siteserver auf der Firebird-Datenbank. Dies sei jedoch laut einer Antwort auf eine Bieteranfrage nicht zugelassen.

Auch wenn keine Multi-Server-Umgebung eingesetzt werde, sondern ein Stand-Alone-Server, verbleibe dieser auf Firebird.

Die Beigeladene erfülle die Mindestanforderungen nach Ziffer 1.5 nicht, da ihr Angebot nicht die geforderten zwei zentralen Teilsysteme enthalte, die dieselbe Funktion parallel ausführen, und bei Ausfall eines Teilsystems nicht gewährleistet ist, dass jedes Teilsysteme die Aufgabe alleine erfüllen kann.

Das Angebot der Beigeladenen sei daher nach § 57 Abs. 1 Nummer 4 VgV auszuschließen.

10.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 15.11.2017 der VSt zugestellt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

11.

Mit Schreiben 20.11.2017 beantragte die VSt:

1. Der Nachprüfungsantrag, insbesondere die Anträge Ziffer 3-6 werden abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Antrag sei offensichtlich unbegründet.

Das Angebot der Beigeladenen sei nicht auszuschließen. Es entspreche den Vorgaben der Vergabeunterlagen vollumfänglich.

Die Vorgaben in Position 1.3 bezüglich zulässiger relationaler Datenbank-Managementsysteme (RDBMS) würden dem Zweck dienen, den Aufwand des Auftraggebers zu begrenzen sowie die Sicherheit und Nachhaltigkeit notwendiger Datenbestände zu gewährleisten. Sowohl die Bieteranfrage als auch die Ablehnung von Firebird bezog sich eindeutig auf die Verwendung von Firebird als ein solches zentrales Datenbank-Managementsystem. Firebird dürfe daher nicht als Datenbankmanagementsystem im Sinne von Position 1.3 verwendet werden, sei jedoch nicht generell abgelehnt worden, sondern dürfe als untergeordnete Datenbank genutzt werden. Die Integration von freien Datenbanken sei üblich. Die Antwort auf die Bieteranfrage bezog sich insbesondere nur auf die Position 1.3 und damit nur auf das zentrale Datenbankmanagement-System.

Es gebe für die Vergabestelle keine zwingenden Gründe, diese Art der Nutzung von Firebird nicht zuzulassen.

Bei der Vergabestelle werde mit einer Multiserver-Umgebung gearbeitet, nicht mit einem Stand-Alone-Server.

Die Firma GmbH bestätige mit Schreiben vom 13.11.2017, dass in einer Multi-Server-Umgebung, wie bei der Vergabestelle geplant, die zugelassenen Microsoft-SQL-Datenbank unterstützt wird.

Die Firebird-Datenbank werde bei dem sogenannten Site-Server eingesetzt, der nur eine dezentrale Komponente sei, und somit für das zentrale Datenbankmanagementsystem nicht relevant ist.

Nach Kenntnis der Vergabestelle verwende das Produkt den zulässigen MS-SQL Server zur zentralen und dauerhaften Datenhaltung (Master Server) vollumfänglich.

Mit Bietererklärung vom 9.11.2017 habe die Beigeladene dies in vollem Umfang bestätigt.

Das Angebot der Beigeladenen erfülle auch die Anforderung aus Position 1.5. Sie habe dies ebenfalls mit Bietererklärung vom 9.11.2017 bestätigt.

Diese Anforderung sei durch Bieteranfrage 56 geändert worden.

12.

Mit Schreiben vom 27.11.2017 bekräftigt die Antragstellerin ihr Vorbringen aus dem Nachprüfungsantrag. Das Angebot der Beigeladenen weiche von den Mindestanforde-

rungen ab. Bei der angebotenen Software der Beigeladenen komme in jedem Fall eine Firebird Datenbank zum Einsatz.

Dies sei jedoch in der Bieteranfrage zwei ausgeschlossen worden. Insbesondere treffe die nun aufgeführte Unterscheidung zwischen Datenbankmanagement-System und Datenbank nicht zu. Die Begriffe seien synonym verwendet. Auch bei Firebird handele es sich um ein Datenbankmanagementsystem. Eine Nutzung als bloße Datenbank sei nicht möglich. Dies sei auch schon der Definition bei Wikipedia zu entnehmen.

Der Bieterinformation lasse sich auch nicht entnehmen, dass sie sich nur auf die Verwendung der Firebird-Datenbank als „zentrales Datenbankmanagementsystem“ beziehe. In der Antwort auf die Bieteranfrage sei nur von „zentralen IT-Verfahren“ die Rede. Zudem beziehe sich die Bieterfrage nur auf die Position 1.3 und nicht auf die Position 1.4. Auch der zweite Satz der Bieterantwort schließe einen Einsatz von Firebird insgesamt aus („Deshalb kann eine Lösung, die eine Firebird-Datenbank voraussetzt, nicht zum Einsatz kommen.“).

Der Ausschluss dieser Software-Lösung sei daher unabhängig davon, ob diese als zentrales oder untergeordnetes Datenbank-Managementssystem genutzt wird.

Die Nutzung zweier Datenbankmanagementsysteme sei damit ebenfalls ausgeschlossen.

An diese Vorgabe sei die Vergabestelle bei der Wertung der Angebote gebunden.

Die Antragstellerin hätte ebenfalls deutlich preiswertere Software angeboten, ohne die Antwort auf die Bieteranfrage.

Im Übrigen treffe die Aussage der Vergabestelle, dass das Produkt den zulässigen MS-SQL-Server zur zentralen und dauerhaften Datenhaltung (Master Server) vollumfänglich verwende, nicht zu.

Bei dieser Software seien auch für den Betrieb notwendige Daten in der zwingend erforderlichen Firebird-Datenbank auf einem Site-Server gespeichert. Die Daten, die auf dem Site-Server gespeichert seien, seien nicht über den Masterserver abgesichert, und können daher nachträglich auch nicht zur Wiederherstellung genutzt werden.

Auf diese Weise könne die Vergabestelle ihr verfolgtes Ziel, ihren Aufwand zu begrenzen sowie die Sicherheit und Nachhaltigkeit notwendiger Datenbestände zu gewährleisten, gerade nicht erreichen.

13.

Am 28.11.2017 wurde die Fa. zum Verfahren beigeladen.

14.

Mit Schreiben vom 4.12.2017 teilt die Vergabestelle mit, dass das Angebot der Beigeladenen als zentrale Datenbankkomponente das Relationale Datenbank-Management System (RDBMS) Microsoft SQL-Server enthalte. Dieses RDBMS müsse neben der strukturierten Datenspeicherung diverse weitere Anforderungen erfüllen, um einen sicheren IT-Betrieb zu ermöglichen. Hierzu zählen Zugriffskontrolle, revisionssicherer Betrieb, Sicherung und Wiederherstellung, Tuning, Monitoring, Integration in Automatisierung- und Administrationssysteme. Durch das eingesetzte Produkt Microsoft SQL-Server seien diese Anforderung erfüllt. Werde unabhängig davon die Software Firebird oder werden Bausteine/Softwarebibliotheken der Firebird -Software als untergeordnete Datenbank bzw. strukturierte Schreib-Lesepuffer genutzt, ohne die Funktionenprozesse eines zentralen RDBMS zu übernehmen, handelt es sich hierbei um einen vom zentralen RDBMS unabhängigen Bestandteil der Anwendungssoftware. Dies stehe nicht im Widerspruch zu dem von formulierten Ausschlusskriterium.

Die Beigeladene habe glaubhaft versichert, dass der Einsatz von Firebird auf den dezentralen Siteservern ausschließlich als untergeordnete Datenbank stattfindet. Insbesondere lege die Antragstellerin nicht dar, welche relevanten Daten der untergeordneten Datenbank auf dem Siteserver vorhanden sein sollen und welcher Art die angeblich aufwändige Rekonstruktion wäre. Sowohl Position 1.3 als auch die Bieteranfrage zu Position 1.3 seien ausschließlich mit Datenbankmanagement System befasst.

15.

Mit Schreiben vom 5.12.2017 teilt die Beigeladene mit, dass es bei der Vorgabe in Position 1.3 darum gehe, mit welchen zentralen Datenbanksystemen der Vergabestelle die Software der Beigeladenen kompatibel ist.

Seit stehe für die Software die Release Version xxxxxx zur Verfügung. Mit dieser Lösung sei statt einer zentralen Firebird-Datenbank auch die Anbindung an Microsoft SQL als eine der in den Vergabeunterlagen geforderten Lösungen möglich.

Im Rahmen der Teststellung sei der zentrale Master Server an die von der Vergabestelle gestellte Microsoft SQL-Datenbank angebinden worden. Alle Daten, wie Benutzer, Drucker oder Abrechnungsdaten würden durch diese zentrale Instanz zu Verfügung gestellt und dort verwaltet. Die angebotene Dienstleistung entspreche daher vollumfänglich den Vergabeunterlagen, insbesondere im Hinblick auf die Position 1.3.

Es sei irrelevant, dass die Softwarelösung daneben auch Firebird-Komponenten enthalte.

Bei den enthaltenen Firebird-Komponenten handele es sich ohnehin nicht um ein zentrales Datenbankmanagementsystem. Das Datenbankmanagementsystem werde laut

Vergabeunterlagen allein von der Antragsgegnerin gestellt. Es handle sich um eine SQL Datenbank und die in dem Microsoft Betriebssystem enthaltenen Managementsysteme. Bei der auf den Siteservern vorhandenen Firebird- Datenbank handle es sich überhaupt nicht um ein Datenbankmanagementsystem wie es Gegenstand von Position 1.3 ist.

Bei den Firebird-Datenbanken auf den Siteservern handle es sich lediglich um Datenbanken im engeren Sinne. Ein Datenbankmanagementsystem sei damit nicht verbunden und eine Firebird-Verwaltungssoftware auch nicht Gegenstand des Angebots der Beigeladenen.

Die Software der Beigeladenen erfülle auch die Position 1.4. Die Softwarelösung nutze die eine zentrale SQL-Datenbank der Vergabestelle. In dieser einen zentralen Datenbank könne die Vergabestelle zentral auf alle Daten zugreifen.

Auch das Erfordernis aus Position 1.5 sei von der Beigeladenen eingehalten. Die angebotene Betriebsredundanz stehe im Einklang mit der Antwort auf die Bieteranfrage 56. Die angebotene Leistung basiere auf der zentralgesteuerten Lastenverteilung auf mehrere Server. Damit sei auch das Erfordernis in Position 1.5 zur Betriebsredundanz erfüllt.

16.

Unter Wahrung des Geheimschutzes hat die Vergabekammer am 8.12.2017 der Antragstellerin per E-Mail Auszüge der Vergabeakte übermittelt.

17.

Mit Schreiben vom 12.12.2017 hat die Antragstellerin ihr Vorbringen aus dem Nachprüfungsantrag vertieft.

Der Wortlaut der Bieterinformation 2 sei klar und eindeutig. Die Vergabestelle habe damit jede Lösung ausgeschlossen, die eine Firebird- Datenbank erfordert.

Der Antragstellerin sei nur diese eine Bieteranfrage zu diesem Thema bekannt.

Ein Bieter musste diese nach dem objektiven Empfängerhorizont so verstehen, dass keine Lösung angeboten werden darf, bei der eine Firebird-Datenbank eingesetzt werden muss. Soweit hierzu weitere Bieterinformationen herausgegeben wurden, hätte die Vergabestelle dies allen Bietern zur Verfügung stellen müssen.

In einem Telefonat vom 14.11.2017 habe die Antragstellerin der Vergabestelle mitgeteilt, welche Einstellungen in der Software der Teststellung der Beigeladenen vorgenommen werden muss, um erkennen zu können, dass die Software nur mit Einsatz einer Firebird-Datenbank funktioniert. Die Vergabestelle sei nicht bereit entsprechend der detaillierten Anleitung der Antragstellerin zu prüfen, ob die von der Beigeladenen angebotene Software die Mindestanforderungen erfülle.

Die Begriffe Datenbank, Datenbanktyp, und Datenbankmanagementsystem würden zudem selbst von den Parteien synonym verwendet. Dies mache deutlich, dass eine Datenbank nicht isoliert genutzt werden kann.

Es sei nicht richtig, dass nur Teile des Firebird-Dienstes genutzt werden. Der Firebird-SQL-Dienst werde in vollem Umfang auf dem Siteserver genutzt. Es sei nicht richtig, dass die Firebird-Datenbank nur zur Caching-Zwecken genutzt wird. Die Firebird-Datenbank sei ein essenzielles Kernstück des Siteservers. Ohne die Firebird-Datenbank sei der Betrieb des Siteservers nicht möglich. Ein Leeren der Firebird-Datenbank führe dazu, dass die Drucker und Kopierer im Rahmen der Softwarelösung nicht mehr genutzt werden, da in der Firebird-Datenbank die Gerätedaten gespeichert werden, die zum Betrieb der Lösung notwendig sind.

Eine zentrale Sicherung und Wiederherstellung der Microsoft-SQL-Datenbank reiche gerade nicht aus bei dem hier zwingenden Einsatz einer Firebird-Datenbank. Die angebotene Lösung speichere die Gerätedaten ausschließlich in der Firebird-Datenbank auf dem Site Server. Die Gerätedaten würden nicht auf dem Microsoft-SQL-Server auf dem Master Server gespeichert. Sobald die Firebird-Datenbank ausfalle, seien die Gerätedaten daher nicht zusätzlich auf dem Microsoft-SQL-Server auf dem Master Server gesichert.

Es sei nicht richtig, dass bei Position 1.3 die Firebird-Software nur bezüglich des Datenbankmanagementsystems ausgeschlossen ist. Die Nutzung einer Datenbank ohne Einbeziehung eines Datenbankmanagementsystems sei nicht möglich.

Es sei schließlich nicht richtig, dass die Softwarelösung aus dem Angebot der Beigeladenen eine zentrale SQL-Datenbank der Vergabestelle nutzt und die Vergabestelle in dieser einen zentralen Datenbank zentral auf alle Daten zugreifen kann (Position 1.4). Bei der von der Beigeladenen angebotene Lösung würden zwei Datenbanken genutzt, nämlich die SQL- Datenbank und die Firebird- Datenbank. Insbesondere die Gerätedaten sei nur auf der Firebird- Datenbank gespeichert.

18.

Die Vergabekammer hat die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB, zuletzt bis einschließlich 02.02.2017, verlängert.

19.

Mit Schreiben vom 19.12.2017 teilte die BGI mit, dass es bei der Ausschreibung allein darum ging, welches Datenbanksystem die VSt zur Verfügung stelle. Es sei erkennbar nur darum gegangen, was auf Seiten der VSt vorausgesetzt werden kann, nicht was die angebotene Softwarelösung enthält.

20.

Mit Schreiben vom 20.12.2017 teilte die VSt mit, dass die Beigeladene laut ihrer Stellungnahme vom 9.11.2017 eine Firebird- Datenbank als dezentrale "Hilfs-Datenbank" einsetze.

Die Antragstellerin habe nicht vorgetragen wie geprüft werden kann, welche zentralen Datenbestände nur in den dezentralen Firebird-Datenbanken vorgehalten werden und welche Funktionen nicht im geforderten, zentralen MS SQL-Server vorhanden sind.

Im Übrigen habe die Vergabestelle in der Bieterinformation die funktionelle Verwendung der Firebird-Datenbank nur als zentrales Datenbankmanagementsystem ausgeschlossen.

Die Bieterinformation beziehe sich auf Punkt 1.3. Dies sei für einen fachkundigen Bieter eindeutig ersichtlich.

Die Differenzierung von Datenbank und Datenbankmanagementsystem sei vorliegend nicht relevant. Relevant sei nur die Unterscheidung dezentral und zentral bzw. welche administrativen Tätigkeiten in welchem System auszuführen sind. Es liege im Ermessen der Vergabestelle, welche Daten in welchem Umfang gesichert sind. Die Teststellung sei nicht geeignet für den Nachweis, ob eine Wiederherstellung nach einem Ausfall einzelner Komponenten wieder möglich ist. Für eine weitere Prüfung bedürfe es einen Zugang zur dezentralen Firebird-Datenbank. Zu einer derart intensiven Prüfung sei die Vergabestelle jedoch nicht verpflichtet. In der Teststellung sei gerade keine Multi-Server-Umgebung aufgebaut worden. Sie dürfe sich in dieser Detailtiefe auf die Angaben und Erklärungen der Bieter verlassen. Die Wiederherstellung noch nicht abgearbeiteter Druckaufträge im Rahmen eines Backups sei aber nicht die Intention der Vergabestelle. Die Sicherung dieser Dateien war nie beabsichtigt. Es stehe im Ermessen der Vergabestelle, welche Daten gesichert werden müssen.

21.

Unter Wahrung des Geheimschutzes hat die Vergabekammer am 8. 12.2017 der Antragstellerin per E-Mail Auszüge der Vergabeakte übermittelt.

22.

Mit Schreiben vom 02.01.2018 teilte die ASt mit, dass die VSt die Teststellung nicht ausreichend durchgeführt habe. Sie habe keine Multi-Server-Umgebung für die Teststellung aufgebaut. Die Vergabestelle habe somit nur eine Stand-Alone-Lösung getestet. Es sei daher gar nicht getestet worden, ob die Software überhaupt Microsoft SQL unterstützt.

In den Vergabeunterlagen werde zur Teststellung folgendes ausgeführt:

Die Testumgebung I (Geräte im Netz) dient der Simulation des Echtbetriebs im Netz und besteht aus

(...)

Die Authentifizierungs-bzw. Accounting-Softwarelösung, sog. Follow-me-Drucklösung (Los 1 Anlage zum Vertrag 3, Ziffer 1.1) zusammen mit dem zulässigen Datenbanksystem und dem zulässigen Betriebssystem, welche laut Angebot vom Bieter für den Echtbetrieb empfohlen werden. Das Datenbanksystem und virtuelle Server mit Betriebssystem werden vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Die Installation erfolgt durch den Bieter in Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber. (...)

Ausgenommen von der Teststellung Testumgebung I:

(...)

Ansonsten sind alle Kriterien aus Vertragsanlage 3, Ziffer 2 (gemeinsame Mindestanforderungen Typen1-4), Ziffer 1 (Mindestanforderungen Software), Ziffer 3 (zusätzliche spezielle Anforderungen Typ 1) und Ziffer 5 (zusätzliche spezielle Anforderungen Typ 3) Gegenstand des Tests. Vom Angebot ausgeschlossen wird ein Angebot, bei dem der Test ergibt, dass die Anforderungen nicht erfüllt werden.

Gegenstand der Teststellung sei hiernach auch, ob die von dem Bieter angebotene Authentifizierungs-bzw. Accounting-Software wie in Ziffer 1.3 gefordert, eines der dort genannten Datenbankmanagementsysteme unterstützt, zu dem unter anderem Microsoft SQL gehört. Die von der Beigeladenen gelieferte Teststellung sei unzureichend gewesen, der Test konnte daher bei ihrem Produkt nicht durchgeführt werden. Es sei somit auch nicht möglich gewesen zu testen, ob die angebotene Softwarelösung ohne eine Firebird-Datenbank funktioniert.

Die Vergabestelle habe weiterhin in einem Telefonat mit der Beigeladenen die Bieteranfrage 2 mündlich erörtert, und hierdurch Hintergrundwissen und Hintergrundverständnis, welches die anderen Bieter nicht erlangt haben. Dies ergebe sich bereits aus dem Vergabevermerk über ein solches Telefonat. Dieser Informationsvorsprung führt zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Die Auslegung der schriftlichen Bieterinformation 2 ergebe, dass eine Firebird-Datenbank weder als zentrales Datenbankmanagementsystem noch anderweitig eingesetzt werden darf.

23.

Mit Schreiben vom 08.01.2018 teilte die BGI mit, dass sie bei der Teststellung eine Multi-Server-Umgebung installiert habe. Es sei lediglich keine Multi-Server-Lösung installiert wor-

den, wie sie im Produktivbetrieb zum Einsatz käme. Im Produktivbetrieb seien neben dem Masterserver zahlreiche Siteserver im Einsatz.

Im Übrigen sei das Angebot der Antragstellerin gemäß § 124 Abs. 1 Nr 9 lit. a GWB vom Verfahren auszuschließen, da diese die Entscheidung der Vergabestelle unzulässig beeinflussen wollte, in einem Gespräch am 6.10.2017.

24.

Mit Schreiben vom 10.1.2018 teilte die Vergabestelle mit, dass die Teststellung von in Verbindung mit einer von der Beigeladenen hierfür bereitgestellten MS-SQL-Datenbank durchgeführt worden sei. Es handle sich hierbei nicht um einen Stand-Alone-Server. Im Testaufbau seien ein Master- und ein Siteserver auf einem virtuellen Windowsserver installiert gewesen.

Die Konfiguration der Testumgebung habe unter anderem zur Folge, dass ein Ausfall des Siteservers und die damit eventuell verbundenen Auswirkungen auf die Redundanz im Echtbetrieb nicht nachvollzogen werden können.

Die Prüfung des Ausfallszenarios sei ausdrücklich nicht Bestandteil des Testszenarios. Die Testumgebung sei ausschreibungskonform gewesen.

Die Antragstellerin habe nicht dargelegt, welche zentralen Datenbestände nur in den dezentralen Firebird-Datenbanken vorgehalten werden und nicht im geforderten zentralen MS SQL-Server.

Es treffe im Übrigen nicht zu, dass die Firebird-Software als zweite zentrale Datenbank neben der MS-SQL-Datenbank zentrale Aufgaben für den Betrieb der Softwarelösung übernimmt.

Bei dem telefonischen Kontakt der Beigeladenen mit der Vergabestelle habe eine fachliche Erörterung nicht stattgefunden. Dies ergebe sich aus dem Protokoll vom 29.8.2017.

25.

Auf das Schreiben der ASt vom 23.01.2018 wird verwiesen.

26.

In der mündlichen Verhandlung am 26.01.2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt bekräftigt ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 14.11.2017, die VSt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 20.11.2017. Die BGI stellt keinen Antrag.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.
- c) Bei der ausgeschriebenen Beschaffung von Multifunktionskopiergeräten handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB.
- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat geltend gemacht, dass ihr durch den Zuschlag an die Beigeladene ein Schaden zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.
- f) Die ASt hat mit Fax vom 03.11.2017 rechtzeitig nach Erhalt des Vorabinformationsschreibens vom 02.11.2017 den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der BGI gerügt.
- g) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Der beabsichtigte Zuschlag auf das Angebot der BGI verletzt die ASt nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB.

Die Wertung des Angebots der Beigeladenen ist nicht zu beanstanden. Das Angebot der Beigeladenen ist nicht auszuschließen gemäß § 57 Abs. 1 Nr 4 VgV.

a)

Das von der BGI angebotene Softwareprodukt steht den von der VSt aufgestellten Anforderungen in den Vergabeunterlagen nicht entgegen.

aa) Die Vergabeunterlagen bestehen aus allen Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen (Dittmann in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 2017, § 57, Rn. 52). Hierunter fallen auch Antworten auf Bieteranfragen.

bb) Das von der Beigeladenen angebotene Softwareprodukt hält sich an die Vorgaben der von der Vergabestelle ausgereichten Vergabeunterlagen und Bieterinformationen, hier insbesondere Bieterinformation 2 und Bieterinformation 56.

Die Bieterinformation 2 ist nach objektivem Empfängerhorizont so zu verstehen, dass der Einsatz einer Firebird-Datenbank nicht vollständig ausgeschlossen wurde. Der VSt kam es ersichtlich nur auf die Nutzung der bei ihr vorhandenen zentralen Datenbanken (hier MS-SQL Datenbank) an.

Unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV liegen immer dann vor, wenn das Angebot von den in diesen Unterlagen genannten Vorgaben abweicht, also immer dann, wenn ein Bieter etwas anderes anbietet als vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragt, sodass sich Angebot und Nachfrage nicht decken. Andernfalls lägen keine vergleichbaren Angebote vor, unter denen das wirtschaftlichste ermittelt werden könnte. Um festzustellen ob ein Bieter die Vergabeunterlagen unzulässig geändert hat, ist also sein Angebot mit den in den Vergabeunterlagen genannten Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an die zu erbringende Leistung zu vergleichen (Dittmann in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 2017, § 57, Rn 53).

Vorliegend trägt die Antragstellerin vor, dass das Softwareprodukt aus dem Angebot der Beigeladenen gerade nicht erfüllt, was die Vergabestelle unter Beachtung der Bieterinformation 2 nachfragt. Während die Antragstellerin die Bieterinformation 2 so verstanden haben will, dass eine Firebird-Datenbank in keinerlei Funktion von dem Bieter eingesetzt werden darf, möchte die Vergabestelle die Bieterinformation 2 so verstanden haben, dass ein Firebird-Datenbankmanagementsystem nur seitens der Vergabestelle nicht vorausgesetzt werden darf. Die Software der Beigeladenen funktioniert unstreitig nicht ohne Einsatz einer Firebird-Datenbank. Die geforderte Anbindung an das MS-SQL Datenbankmanagementsystem der Vergabestelle ist mit der Software hingegen möglich. Dies hat die Teststellung der Vergabestelle ergeben.

cc) Die Vergabeunterlagen sind hinsichtlich des wirklichen und erkennbaren Willens des öffentlichen Auftraggebers aus der objektiven Sicht eines verständigen und fachkundigen

Bieters, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist, auszulegen gem. §§ 133,157 BGB (vgl. Dittmann, a,a,O.,Rn 54).

Vorliegend hat die Vergabestelle in der Bieterinformation 2 folgenden Text ausgereicht:

Frage 2

Sie geben in Los 1 in der Anlage 3 zum Rahmenmietvertrag EBV-IT Systemvertrag unter dem Punkt 1.3 folgende Regelung an:

„Die Softwarelösung unterstützt die Datenbankmanagementsysteme Oracle Database Version 12 c Release 1 oder Microsoft SQL Version 2015 R2 oder Post gre SQL Version 9.x.“

Unser System arbeitet ebenfalls mit einer kostenfreien Datenbank, wie auch die erwähnte Post gre SQL. Das Datenbanksystem ist eine Firebird- Datenbank. Kann diese ebenfalls angeboten werden?

Antwort

Die Firebird-Datenbank gehört nicht zu den bei der Vergabestelle für den Einsatz von zentralen IT Verfahren zugelassenen Datenbankmanagementsystemen. Deshalb kann eine Lösung, die eine Firebird- Datenbank voraussetzt, nicht zum Einsatz kommen.

Die Bieteranfrage bezieht sich ersichtlich auf den Punkt 1.3 der Anlage 3 zum Rahmenmietvertrag EBV-IT Systemvertrag. Sie zitiert diesen Punkt wörtlich und vollständig. Aus der objektiven Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters, der mit der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist, ist hiermit aus dem Wortlaut und aus dem Zusammenhang deutlich, dass sich die Bieteranfrage nicht auf das Softwareprodukt der Bieter bezieht, sondern auf die drei bei der Vergabestelle eingesetzten Datenbankmanagementsysteme.

Auch die Antwort der Vergabestelle „gehört nicht zu den bei der Vergabestelle...zugelassenen Datenbankmanagementsystemen“ macht deutlich, dass die Vergabestelle sich ausschließlich auf die bei ihr eingesetzten Datenbankmanagementsysteme bezieht.

In der mündlichen Verhandlung hat die VSt darüber hinaus auch fachlich dargelegt, dass sie schon gar kein Interesse daran habe, die Softwarelösungen des Bieters im Einzelnen zu regeln, bzw. zu beschränken. Hierfür gebe es aus Sicht der Vergabestelle gar keinen fachlichen Grund. Eine Vorgabe hinsichtlich der Softwarelösungen des Bieters sei demzufolge noch nie erfolgt.

Der Vortrag der Antragstellerin, dass auch die Softwarelösung des Bieters nicht mit Firebird arbeiten dürfe, basiert auf der separaten Betrachtung eines einzelnen herausgelösten Satzes aus der Bieterinformation. Betrachtet man den Satz „Deshalb kann eine Lösung, die eine Firebird- Datenbank voraussetzt, nicht zum Einsatz kommen.“ losgelöst von den

Vergabeunterlagen und der restlichen Bieteranfrage/Bieterinformation mag in den einzelnen Satz ein genereller Ausschluss von Firebird zu interpretieren sein. Die Gesamtbetrachtung des Textes der Ausschreibung und der Bieterinformation lässt eine solche Betrachtung jedoch nicht zu.

Die Bieterinformation in seiner Gesamtbetrachtung ist nach dem objektiven Empfängerhorizont eines verständigen Bieters hinreichend klar auf die bei der Vergabestelle zugelassenen Datenbankmanagementsysteme bezogen. Da die Softwarelösung der Beigeladenen eine Anbindung an eines der drei bei der Vergabestelle zugelassenen Datenbankmanagementsysteme (hier MS-SQL) ermöglicht, stellt das Angebot der Beigeladenen keine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen dar. Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV scheidet hier aus.

dd) Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen scheidet vorliegend auch hinsichtlich der Anforderungen der Punkte 1.4 und 1.5 der Anlage 3 zum Rahmenmietvertrag EBV-IT Systemvertrag aus. Auch hier lässt sich ein Ausschluss wegen einer Änderung der Vergabeunterlagen nicht begründen.

Die Vergabestelle kann sich in ihrer Entscheidung auf die beigebrachten Angaben der Beigeladene stützen. Eine weitergehende technische Prüfung durch die Vergabestelle über die bekannt gemachte Teststellung hinaus ist vorliegend nicht erforderlich.

Die Beigeladene hat in ihrer Stellungnahme vom 9.11.2017 den Einsatz von Firebird-Datenbank-Komponenten seitens der Site-Server bestätigt. Die Firebird-Komponenten seien nach Angaben der Beigeladenen ein Subsystem als effizienter Zwischenspeicher. Alle Daten, wie Benutzer, Drucker oder Abrechnungsdaten hingegen würden durch die zentrale Instanz (MS SQL-Datenbank) zur Verfügung gestellt und dort verwaltet. Indem die Softwarelösung eine zentrale SQL-Datenbank der Vergabestelle nutzt, sei das Erfordernis Punkt 1.4 erfüllt. In der einen zentralen Datenbank könne der Auftraggeber zentral auf Daten zugreifen. Hierbei sei es laut der Vergabeunterlagen unerheblich, ob und wie viele eventuell benötigte weitere Unter- oder Teilsysteme neben dem zentralen System installiert werden.

Weiterhin bestätigt die Beigeladene, dass die von ihr angebotene Betriebsredundanz (Punkt 1.5) im Einklang mit der Antwort auf die Bieteranfrage 56 steht. Die von ihr angebotene Leistung basiert auf der zentral gesteuerten Lastenverteilung auf mehrere Server.

Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, im Rahmen der Wertung eine detaillierte technische Prüfung dieser Angaben vorzunehmen. Die Angaben der Beigeladenen sind aus Sicht der Vergabestelle weder widersprüchlich noch unglaubwürdig. Dem öffentlichen Auftraggeber steht ein Ermessen dahingehend zu, inwiefern er den Angebotsinhalt aufklärt. Bestehen tatsächlich objektiv keine Unklarheiten, so trifft den Auftraggeber keine Pflicht

zur Aufklärung. Ein Anspruch eines Bieters auf Aufklärung besteht nicht (Zeise in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 2017, § 15, Rn. 42).

b)

Auch die Durchführung der Teststellung durch die Vergabestelle führt vorliegend zu keinem anderen Ergebnis. Die Teststellung ist ausreichend protokolliert. Zwar räumt die Vergabestelle in der mündlichen Verhandlung ein, dass das Protokoll hinsichtlich der Ausfallsicherheit fehlerhaft ist, da die Ausfallsicherheit nicht Teil der bekannt gemachten Teststellung war. Die Kriterien hinsichtlich Punkt 1.3. und 1.4. seien jedoch bei der Testung der Softwarelösung der Beigeladenen, wie aus dem Protokoll ersichtlich, getestet und erfüllt. Hierzu führte die Vergabestelle in der mündlichen Verhandlung weiter aus, dass bei der Teststellung der Beigeladenen auf einem Windows-Server eine Multi-Server-Umgebung aufgebaut wurde mit einem Master- und einem Site-Server. Die Teststellung ist somit im Rahmen der Vorgaben erfolgt und hinsichtlich der Software der BGI positiv ausgefallen.

c)

Der Vorwurf der Antragstellerin, die Vergabestelle habe bei einem Telefonat mit der Beigeladenen weitere Informationen bekannt gegeben, die der Antragstellerin vorenthalten worden sind, findet keinen Anhaltspunkt. Insbesondere belegt das Protokoll über die Telefonate mit der Beigeladenen vom 20.8.2017, dass nicht über Inhalte oder Hintergründe gesprochen wurde.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a)** Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).
- b)** Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c)** Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keine Sachanträge gestellt und damit kein Kostenrisiko auf sich genommen. Eine Kostenerstattung durch andere Beteiligte kommt daher im Umkehrschluss ebenfalls nicht in Betracht.

d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Angebotssumme für das streitige Los 1 und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,-- €.

e) Der geleistete Kostenvorschuss von x.xxx,-- € wird mit der Gebühr verrechnet. Es ergeht eine Kostenrechnung in Höhe von x.xxx,-- €.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....