

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

# Die Testgeräte im EDV-Bereich sind wie Bietererklärungen zu bewerten und dürfen nicht nachgebessert werden

Die Vergabekammer Sachsen hat sich in ihrem Beschluss vom 19.12.2007 (Az. 1/SVK/077-07) mit den für die Beschaffung von IT-Leistungen sehr typischen Teststellungen und den damit einher gehenden vergaberechtlichen Unsicherheiten der Parteien auseinandergesetzt.

Immer öfter werden Bieter aufgefordert, ihre IT-Systeme vorzuführen oder der Beschaffungsstelle für Testzwecke zur Verfügung zu stellen. Unsicherheit herrscht dabei oft, welche Pflichten und Rechte die Parteien haben, wenn die Testgeräte schadhaft sind oder nicht die geforderten Funktionalitäten aufweisen

## 1. Tatbestand

Im zu entscheidenden Fall, hatte die Behörde einen Bieter aufgefordert, ein IT-Gerät für Testzwecke zur Verfügung zu stellen. Der Test verlief nicht zur Zufriedenstellung der Behörde, da das Gerät nicht die geforderten Funktionalitäten zeigte und Mängel aufwies. Der Bieter behauptete daraufhin, das könne nur an Transportschäden liegen. Auch wäre die Behörde verpflichtet gewesen, das Angebot des Bieters, ein anderes Gerät für den Test zu liefern, anzunehmen.

Das sah die Vergabekammer anders.

## 2. Begründung

Das Gericht entschied, dass eine Teststellung im EDV-Bereich einem Muster gleichzusetzen ist, welche nach der Rechtsprechung des BGH und des OLG Düsseldorf in entsprechender Anwendung des §§ 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 1, 25 Nr. 1 Abs. 2 a VOL/A Bietererklärungen darstellen. Mängel einer Teststellung sind daher wie ein fehlerhaftes oder unvollständiges Muster anzusehen.

Des Weiteren entschied die Vergabekammer, dass das Übermittlungsrisiko eines Testgerätes beim Bieter liegt. Der rechtzeitige, oder auch ordnungsgemäße Zugang eines Angebotes liegt daher in der Risikosphäre des jeweiligen Bieters und ist von diesem zu vertreten. Etwaige Transportschäden, die das Testgerät auf dem Wege zum (Erfüllungs)-Ort des Auftraggebers erlitten hat, sind daher von dem Bieter zu vertreten.

Das Gericht sah darüber hinaus in dem Verlangen des Bieters auf Nachlieferung eine unzulässige Nachverhandlung. Es entschied, dass der Auftraggeber rechtmäßig gehandelt habe, als er das Angebot der Antragstellerin ausschloss und der Antragstellerin nicht die Möglichkeit der Lieferung eines neuen Testgerät einräumte.

Das Gericht führte hierzu aus:

“

*„Eine Nachverhandlung ist dem Auftraggeber ausschließlich als eine Aufklärungsmaßnahme im engeren Sinne gestattet. Sie darf nicht dazu dienen, dem Bieter eine inhaltliche Änderung oder Ergänzung seines Angebots zu ermöglichen. Ein auf Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerb ausgerichteter Vergabeverfahren bedingt nämlich, dass der Auftraggeber, um Willkürentscheidungen und subjektiv motivierte Vergabeentscheidungen zu verhindern, an einmal festgelegte Mindestparameter gebunden ist. Eine Nachbesserungschance für sämtliche Bieter oder aber für einen Bieter besteht gerade nicht.“*

”

Zudem sei der Auffassung der Antragstellerin entgegen zu halten, dass ein Bieter ohnedies keinen Anspruch auf Nachverhandlung eines unklaren Angebots habe. Der Auftraggeber verfüge in dieser Hinsicht über einen Ermessensspielraum, inwieweit er zur Erläuterung eines Angebots oder Beseitigung eventueller Unklarheiten ein Aufklärungsgespräch führe.

Nachdem also für die Beschaffungsstelle feststand, dass das Testgerät nicht ihren Anforderungen entsprach, durfte sie nach Auffassung der Vergabekammer dem Bieter nicht die Möglichkeit der Lieferung eines neuen Testgerätes „unter Demonstration der Funktionalitäten“ einräumen.

### 3. Fazit

Fordert die Behörde ein IT-Gerät für Testzwecke an, darf sie kein neues Gerät anfordern, wenn das getestete Gerät nicht zufrieden stellend ist.

Bieter haben daher darauf zu achten, das Testgeräte ohne Transportschäden bei der Behörde eintreffen und wirklich die von der Behörde geforderten Funktionalitäten aufweisen. Ein Nachbesserungsanspruch besteht nicht.

Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin