

**VK 2 – 11/06**

29. März 2006

**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen der Vergabe von Beratungsleistungen im Bereich Planungs- und Technikconsulting zur Organisation von internationalen Konferenzen, ... hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Burchardi, die hauptamtliche Beisitzerin Re-

...

gierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Bogenrieder auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 2006 am 29. März 2006 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Vergabeverfahren "Vergabe von Beratungsleistungen im Bereich Planungs- und Technikconsulting zur Organisation von internationalen Konferenzen, ..." in den Stand der Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen.
2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) als Gesamtschuldner sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin je zur Hälfte zu tragen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im September 2005 im Verhandlungsverfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung die Vergabe von Beratungsleistungen im Bereich Planungs- und Technikconsulting zur Organisation von internationalen Konferenzen, ... für den Zeitraum 1.1.2006 – 31.12.2008 aus.

In der Beschreibung des Auftrages in der Bekanntmachung wurde darauf hingewiesen, dass sich die Beratungsleistungen auf komplexe Großveranstaltungen mit mehreren hundert beteiligten Personen, Schwerpunkt ... und andere internationale und multilaterale Konferenzen auf ..., beziehe. Der Consultant garantiere die reibungslose Funktion und Koordination sowie das Erbringen der vom Auftraggeber zu benennenden Konferenzserviceleistungen an verschiedenen, z.T. noch nicht bekannten und ggf. kurzfristig festzulegenden Konferenzorten. In der Bekanntmachung waren in Abschnitt III als Bedingungen für die Teilnahme zur Situation des Dienstleisters folgende Nachweise gefordert:

*"Eintragung in Berufs- oder Handelsregister; Eigenerklärung, dass das Unternehmen weder wegen illegaler Beschäftigung von Arbeitskräften bestraft, noch mit Bußgeld belegt wurde;*

*amtliche Führungszeugnisse des/der Geschäftsführer und der wichtigsten für die Ausführung des Auftrages vorgesehenen Mitarbeiter und Nachweis über eine Betriebshaftpflichtversicherung".*

Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sollten folgende Nachweise vorgelegt werden:

*"Geschäftsberichte der letzten drei Jahre; Nachweis der ordnungsgemäßen Zahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen und eine Eigenerklärung, dass über das Vermögen des Unternehmens kein Insolvenzverfahren eröffnet und keine Eröffnung beantragt ist".*

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sollte vorgelegt werden:

*"Nachweis bzw. ggf. Eigenerklärung über Erfahrungen/Kenntnisse der Bauordnungen der 16 deutschen Bundesländer, der deutschen VersammlungsstättenVO, der VDE und DIN, von Haus- und ELA-Technik, mit VBG 70 Bühnen und Studios, von DIN zur Verwendung von "Fliegenden Bauten", der Funk- und KommunikationsVO, der VOL/A und B sowie eine Eigenerklärung über vergleichbare Leistungen in den letzten drei Jahren".*

In Abschnitt IV.2) der Bekanntmachung waren als Zuschlagskriterien genannt: Das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bezüglich der nachstehenden Kriterien: 1. Preis. 2. Erfahrung. 3. Referenzen (nicht in der Reihenfolge ihrer Priorität). Schlusstermin zur Einreichung der Teilnahmeanträge war der 7. Oktober 2005.

Die Antragstellerin (ASt) wurde, nachdem sie einen Teilnahmeantrag eingereicht hatte, von der Ag zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. In Ziffer 2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe ("Allgemeine Anforderungen an die von Ihnen zu erbringenden Leistungen") wurde dargelegt, dass sich die zu erbringenden Beratungsleistungen auf die Organisation von internationalen Konferenzen, ..., einschließlich des Betriebs von Pressezentren bezögen. In den Vergabezeitraum falle auch die planerische und organisatorische Betreuung von Veranstaltungen im Rahmen des ... sowie im ... im ersten Halbjahr des Jahres 2007. Unter Ziffer 5. wurden "Weitere im Zusammenhang mit dem Angebot einzureichende Unterlagen und Bedingungen" aufgelistet:

- *"Nachweise über Umsatz und Mitarbeiterzahl der letzten drei Geschäftsjahre;*
- *Kurzbiographien des/der Geschäftsführer;*
- *die Erklärung, dass alle vom Bieter angebotenen und zur Dienstleistung eingesetzten Personen in einem Arbeitsverhältnis mit den entsprechenden Abgabebzahlungen geführt werden;*
- *Nachweise über die fachliche Qualifikation der festen Mitarbeiter, die bei Auftragserteilung zur ständigen Erbringung von Dienstleistungen für das ... eingesetzt werden;*
- *Angaben über die während der Vertragslaufzeit geplanten bzw. bereits fest beauftragten Großprojekte, die neben der Beauftragung durch das ... durchgeführt werden sollen, sowie die dadurch bewirkte Arbeitsauslastung des Auftragnehmers."*

Daneben war eine entsprechende Referenzliste des Bieters (nicht älter als sechs Monate) beizulegen. Dabei sollten die Tätigkeitsfelder beschrieben und jeweils ein Kontaktpartner des genannten Kunden benannt werden. Unter Ziff. 6. "Wertung der Angebote und Zuschlagserteilung" erklärte die Ag, dass die Bewertung der Angebote nach dem Bestbieterprinzip erfolge. Das wirtschaftlich günstigste Angebot werde nach folgenden Kriterien (Gewichtung in %) ermittelt: 1. Preis (40 %), 2. Stamm und Ausstattung des Unternehmens (35%) und 3. Referenzen für vergleichbare Projekte (25 %).

In den Vergabeakten befindet sich ein Vermerk des Referates 7... der Ag vom 6. Dezember 2004, der sich mit der Ausschreibung von Consultingleistungen für das Referat 7... im Zeitraum 2005 – 2008 beschäftigt und ein Bewertungsschema für Anbieter aufstellt. In dem Vermerk findet sich der Hinweis darauf, dass der zu ermittelnde Dienstleister "mit Blick auf die besondere Herausforderung des ...-Vorsitzes und der gleichzeitig umzusetzenden ...präsidentschaft im 1. Halbjahr 2007 ganz besonderen Ansprüchen genügen" müsse. Die dort gemachten Ausführungen sind den Bewerbern/Bietern im Vergabeverfahren nicht mitgeteilt worden.

Die ASt gab mit Datum vom 18. November 2005 (Angebotsfrist: 21. November 2005) ein Angebot ab. Sie rügte - nachdem sie kurz zuvor anwaltlichen Rat hinzugezogen hatte - mit Schreiben vom 6. Dezember 2005, dass die Zuschlagskriterien in der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht denen aus der EU-weiten Vergabebekanntmachung entsprächen. Die Veränderung sei vergaberechtswidrig. Ferner sei das Kriterium "Stamm und Ausstattung" nicht hinreichend bestimmt. Dieses Kriterium sowie das Kriterium "Referenzen vergleichbarer Projekte" seien außerdem bieterbezogene Eignungskriterien. Die Frage der Eignung sei jedoch schon im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs geklärt worden. Im weiteren Verfahren dürfe nur noch eine angebotsbezogene Prüfung stattfinden. Die notwendige Trennung von Eignungskriterien und Zuschlagskriterien sei nicht erfolgt. Die Ag hielt in ihrer Rügeantwort vom 9. Dezember 2005 an der getroffenen Entscheidung fest. Die Rüge der ASt sei verspätet. Ferner habe die Ag die Zuschlagskriterien lediglich präzisiert, aber nicht abgeändert. Die Kriterien seien hinreichend bestimmt. Die Ag dürfe auch noch in einem späteren Stadium des Verfahrens seine vorher getroffene Einschätzung bezüglich der Auswahlkriterien des Vorverfahrens revidieren. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2005 vertiefte die ASt ihr Vorbringen. Mit weiterem Schreiben vom 16. Dezember 2005 wiederholte die Ag ihre Auffassung. Sie beabsichtige nicht, die verschiedenen Wertungsstufen zu vermengen.

Mit Schreiben vom 10. Februar 2006 informierte die Ag die ASt darüber, dass sie den Zuschlag nach Ablauf der 14-Tage-Frist auf das Angebot der Beigeladenen erteilen werde. Das Angebot der ASt sei in der Kategorie Preis etwas höher, in den beiden anderen in der Aufforderung zur Angebotsabgabe genannten Kategorien von dem Auswahlgremium einheitlich im Vergleich zu dem wirtschaftlichsten Angebot niedriger bewertet worden. In der Gesamtbewertung habe ihr Angebot 56,5 von 100 möglichen Punkten erreicht (2. Platz). Der Gewinner habe 83 Punkte erzielt.

Mit Schreiben vom 22. Februar 2006 hat die ASt bei der Vergabekammer des Bundes einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Diesen Antrag hat die Vergabekammer der Ag am 23. Februar 2006 zugestellt.

Zur Begründung trägt die ASt vor, dass die getroffene Vergabeentscheidung rechtswidrig sei und die ASt in ihren Rechten verletze. Der Nachprüfungsantrag der ASt verstoße nicht gegen Treu und Glauben. Die ASt habe in ihrem Schreiben vom 12.12.2005 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie sich die Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens vorbehalte, wenn den Rügen nicht abgeholfen werde. Gem. § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB sei es erforderlich, dass einem bietenden Unternehmen ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Dies sei aufgrund des geltend gemachten Vergabeverstoßes jedenfalls seit der Mitteilung der Ag gem. § 13 VgV möglich. Die ASt habe die von ihr festgestellten Vergaberechtsverstöße unverzüglich i.S.v. § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB gerügt, nachdem sie von diesen aufgrund externer rechtlicher Beratung Kenntnis erlangt habe. Eine Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages ergebe sich auch nicht aus § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB. Die Regelung beziehe sich nur auf die Veröffentlichung der Bekanntmachung. Dass eine unzulässige Veränderung der in der Vergabebekanntmachung benannten Zuschlagskriterien erfolgte, sei dieser naturgemäß noch nicht zu entnehmen gewesen. Ebenfalls sei aus der Bekanntmachung nicht hervorgegangen, dass die Ag die ihr bereits vorliegenden Unterkriterien und die Gewichtung der einzelnen Kriterien den Bewerbern bzw. Bietern vorenthalten habe. Zu dem von der Ag vorgelegten Gedächtnisprotokoll über ein Telefonat zwischen dem Geschäftsführer der ASt und dem Geschäftsführer der Beigeladenen am 10.02.2006 teilt sie mit, dass dieses geführt wurde, nachdem die § 13 VgV-Mitteilung bereits vorlag. Nicht die ASt, sondern die Beigeladene habe angerufen. Die ASt bestreitet, dass bestimmte Aussagen gefallen seien. Sie seien vor dem Hintergrund der tatsächlichen Situation nach der Mitteilung

gem. § 13 VgV nicht nachvollziehbar. Abgesehen davon seien sie vergaberechtlich bedeutungslos. Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i.S.v. § 1 GWB sei nach der durch die Ag getroffenen Zuschlagsentscheidung nicht mehr möglich gewesen. Die ASt geht vielmehr davon aus, dass die Ag die Beigeladene über die Rügen der ASt vergaberechtswidrig unterrichtet habe. Zur Begründetheit des Antrags trägt sie vor, dass gegen die nach Vorliegen der Teilnahmeanträge verwendeten Zuschlagskriterien unter verschiedenen Gesichtspunkten durchgreifende rechtliche Bedenken bestünden. Die Zuschlagskriterien seien gem. § 9 a VOL/A in der Vergabebekanntmachung festgelegt worden. Diese Angaben seien vergaberechtlich bindend. Insbesondere sei die Ansicht der Ag unzutreffend, man habe mit den Kriterien in der Bekanntmachung den Bewerbern eine unverbindliche Orientierung geben wollen. Ferner habe die Ag es unterlassen, die bereits seit dem Dezember 2004 vorliegende Bewertungsmatrix entweder in der Vergabebekanntmachung bzw. in den Verdingungsunterlagen anzugeben. Der Vermerk vom 6.12.2004 behandle Consulting-Leistungen für den Ausschreibungszeitraum 2005 – 2008. Die vorliegende Ausschreibung sehe zwar lediglich den Zeitraum 2006 – 2008 vor, es gehe aber ersichtlich um dieselben Leistungen, insbesondere um die Veranstaltungen im Rahmen des ... sowie im Rat der Europäischen Union im 1. Halbjahr des Jahres 2007. Zudem sei die Ag nicht berechtigt gewesen, in Kenntnis der Teilnahmeanträge und damit einhergehend in Kenntnis der jeweiligen Leistungsfähigkeit der einzelnen Bieter die Zuschlagskriterien zu verändern. Darin liege ein Verstoß gegen die Anforderungen an einen chancengleichen und diskriminierungsfreien Wettbewerb gem. § 97 Abs. 2 GWB und gegen das Transparenzgebot in § 97 Abs. 1 GWB. Es handele sich nicht um eine bloße Konkretisierung der in der Vergabebekanntmachung genannten Zuschlagskriterien. Das Kriterium "Erfahrung", ein Aspekt der Fachkunde i.S.v. § 97 Abs. 4 GWB, sei durch das Kriterium "Stamm und Ausstattung des Unternehmens" ersetzt worden. Dabei handele es sich nicht um einen Aspekt der Fachkunde, sondern der Leistungsfähigkeit. Für einen derartigen nachträglichen Austausch der Zuschlagskriterien bestehe keine Rechtfertigung. Im Übrigen sei das Kriterium "Stamm und Ausstattung des Unternehmens" nicht hinreichend bestimmt, so dass sich die nach Maßgabe der Präqualifikationsentscheidung geeigneten Bewerber darauf im Rahmen ihrer Angebotserstellung nicht in der gebotenen Weise hätten einstellen können. Entsprechendes gelte für das Kriterium "Referenzen vergleichbarer Projekte". Ferner liege eine unzulässige Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien vor. Gemäß § 7 a Nr. 3 VOL/A wähle die Vergabestelle bei einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb anhand der geforderten und mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Unterlagen die Bewerber aus, die den Anforderungen an Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit i.S.v. § 97 Abs. 4 GWB in genügender Wei-

se entsprächen. Nur Bieter, bei denen dies der Fall sei, dürften zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Dies entspreche der 2. Wertungsstufe gem. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A. Die in den verschiedenen Wertungsstufen zum Ausdruck kommende Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien führe dazu, dass beide Wertungsstufen strikt zu trennen seien. Eignungskriterien dürften daher nicht nochmals als Zuschlagskriterium Berücksichtigung finden. Ein bieterbezogenes "Mehr an Eignung" scheidet als Zuschlagskriterium anlässlich des Angebotsvergleichs in aller Regel aus. Für ein Abweichen hiervon bestünde weder eine Rechtsgrundlage noch eine Rechtfertigung. Insbesondere im Fall eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb die Prüfung bereits mit der Prüfung der Teilnahmeanträge beendet und werde bei der Angebotswertung nicht wiederholt. Ein "Mehr an Eignung" habe die Ag ausweislich der Aufforderung zur Angebotsabgabe unter Ziff. 6 auch gar nicht berücksichtigen wollen: Dort werde ausdrücklich auf das "wirtschaftlich günstigste Angebot" abgestellt. Die Kriterien "Stamm und Ausstattung des Unternehmens" sowie "Referenzen vergleichbarer Projekte" hätten allerdings mit der wirtschaftlichen Günstigkeit der Angebote nichts zu tun. Dennoch habe die Ag aber diese Kriterien als entsprechende Zuschlagskriterien angegeben und mit insgesamt 60 % gewichtet, ihnen also größere Bedeutung zugestanden als dem Preis als einzigem angegebenen tatsächlichen Wirtschaftlichkeitskriterium.

Ferner bemängelt die ASt die Angebotswertung als rechtsfehlerhaft. Eine Bewertung nach Maßgabe des Bieter mitgeteilten Kriteriums "Stamm und Ausstattung des Unternehmens" mit einer in der Aufforderung zur Angebotsabgabe benannten Gewichtung von 35 % habe nicht stattgefunden. Eine solche Wertung sei im Vergabevermerk von Februar 2006 unter Ziff. 7 erwähnt, entspreche allerdings nicht der tatsächlich erfolgten Bewertung. Die ASt ist der Auffassung, dass die Wertung unzureichend dokumentiert ist. Es fehle eine wenigstens kurze Begründung zur Vergabe der Punktzahlen. Damit sei die Ag ihrer Pflicht zur Einhaltung des Transparenzgrundsatzes nicht nachgekommen. Zur Beifügung eigener AGB durch die Beigeladene stellt die ASt fest, dass es sich hierbei um eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen handele, die zu einem zwingenden Ausschluss des Angebots führen müsse. Auch im Verhandlungsverfahren müsse eine Wertung von zwingend auszuschließenden Angeboten unterbleiben. Das Verhandlungsverfahren sei kein Weg, unzulässige Angebote zu heilen oder ihnen in die Wertung zu verhelfen. Es komme nicht darauf an, dass die Ag nicht ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass Angebote, denen eigene AGB beigefügt sind, ausgeschlossen würden. Maßgeblich sei allein,

dass in dem Rahmenvertrag unter X.2 ausdrücklich auf die Geltung der VOL/A und VOL/B verwiesen worden sei.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren für die Vergabe von Beratungsleistungen im Bereich Planungs- und Technikconsulting zur Organisation von internationalen Konferenzen, ... ab der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu wiederholen,

hilfsweise,

die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren für die Vergabe von Beratungsleistungen im Bereich Planungs- und Technikconsulting zur Organisation von internationalen Konferenzen, ... aufzuheben,

hilfsweise dazu,

die Ag zu verpflichten, die Angebotswertung im Rahmen des Vergabeverfahrens für die Vergabe von Beratungsleistungen im Bereich Planungs- und Technikconsulting zur Organisation von internationalen Konferenzen, ... zu wiederholen;

2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären;
3. die Kosten des Verfahrens der Ag aufzuerlegen.

Ferner beantragt die ASt Akteneinsicht gem. § 111 GWB.

Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag der ASt als unzulässig zu verwerfen,

hilfsweise die Anträge und Hilfsanträge der ASt in der Sache als unbegründet zurückzuweisen.

Im Übrigen beantragt sie, die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen.

Zur Begründung trägt sie vor, sie habe die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens nach § 97 GWB eingehalten. Der ASt fehle bereits die notwendige Antragsbefugnis. Ein Bieter könne nicht nach einer vom Auftraggeber abschlägig beschiedenen Rüge (16.12.2005), den Zeitpunkt einer Antragstellung an die Vergabekammer nach Belieben wählen und geraume Zeit, vorliegend über zwei Monate, verstreichen lassen, bis er schließlich die Vergabekammer anrufe. Die Rüge solle die "letzte Chance" bilden, den Auftraggeber auf Fehler hinzuweisen. Der Bieter, der auf einen erkannten Fehler spekuliere, weil er sich möglicherweise zu seinen Gunsten auswirken könnte, solle nicht die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einfordern dürfen, wenn seine Spekulation nicht aufgehe. Daneben treffe ihn nach Treu und Glauben die Pflicht, potenziellen Schaden zu mindern. Je weiter ein Vergabeverfahren fortgeschritten sei, desto größer könne der Schaden durch ein Nachprüfungsverfahren für den Auftraggeber werden. Die ASt sei nicht gehindert gewesen, unverzüglich nach der zweiten Zurückweisung ihrer Rüge am 16.12.2005 einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Die Ag weist darauf hin, dass die ASt statt eines Nachprüfungsverfahrens sich zunächst schriftlich an einen Bundestagsabgeordneten gewendet habe. Ferner habe der Geschäftsführer der ASt am 10. Februar 2006 versucht, mit deren subjektiven Recht zu handeln, indem er an die Beigeladene herangetreten sei. Das Ansinnen sei als Versuch der Herbeiführung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung i.S.v. § 1 GWB zu werten. Der Vortrag der ASt, die Ag habe die Beigeladene über die Rügen der ASt unterrichtet, entbehre jeder Grundlage. Daneben sei der Antrag aber auch gem. § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB als unzulässig anzusehen. Mit dem Ende der Angebotsfrist sei für die Rügen, die sich auf die mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 24.10.2005 allen Bietern bekannt gegebenen Wertungskriterien bezögen, Präklusion i.S.v. § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB eingetreten. Daneben habe die ASt in Anlage 1 zu ihrem Teilnahmeantrag vom 6.10.2005 ausdrücklich erklärt, dass sie über alle notwendigen Kenntnisse der VOL/A und B verfüge. Sie könne sich daher nicht darauf berufen, sie habe Fehler in der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht selbst erkennen können und erst nach anwaltlichem Rat davon erfahren. Hinsichtlich der Begründetheit des Antrags geht die Ag davon aus, dass die Abweichung der Wertungskriterien in der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Vergleich zur öffentlichen Bekanntmachung leicht erkennbar gewesen und allen Bietern in gleichem Maße transparent. Zudem sei bei der Vergabeart des Verhandlungsverfahrens die Angabe der Kriterien in der öffentlichen Bekanntmachung des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs nur fakultativ vorgesehen. Den Bewerbern sollte eine unverbindliche Orientierung gegeben werden. Die am 24.10.2005 mitgeteilten Kriterien seien hinreichend bestimmt gewesen. Dies könne darauf geschlossen werden, dass kein Bieter mündlich oder schrift-

lich Erläuterungen verlangt habe. Hinsichtlich des Aktenvermerks vom 6.12.2004 trägt die Ag vor, das der Vermerk von dem Referat 7..., das der P-Abteilung ... angehöre, angefertigt worden sei. Der Vermerk sei 8 Monate vor Absendung des europaweiten Bekanntmachungsformulars zur Veröffentlichung erstellt worden. Der Vermerk sei ein rein persönliches Arbeitspapier des erst kurz zuvor in die P-Abteilung versetzten Referatsleiters gewesen. Der Vermerk habe für das federführende Referat 1... (...) weder vor noch nach der Absendung des Bekanntmachungsformulars eine Rolle gespielt. Ausschließlich maßgeblich für die Beurteilung des Verlaufs des Vergabeverfahrens könne nur der Vergabevermerk mit Stand Februar 2006 sein. Die Ag habe es auch unterlassen, die verschiedenen Wertungsstufen zu vermengen. Nach der Angebotsöffnung habe sich die Ag nur noch mit der Wertung der Angebote befasst. Sie habe mittels der genannten Kriterien ermittelt, welches Angebot im relativen Vergleich der Angebote zueinander die bestmögliche Kombination aus Leistung und Preis (dies entspreche dem Begriff Wirtschaftlichkeit i.S.v. § 97 Abs. 5 GWB) erwarten lasse, um danach über dieses zu verhandeln. Um ein "Mehr an Eignung" sei es nicht gegangen. Im Hinblick auf die von der Beigeladenen ihrem Angebot beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen habe die Ag dies nicht zum Anlass genommen, die Beigeladene auszuschließen. Der Ausschluss wäre unbillig gewesen, weil in der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass Angebote, denen eigene AGB beigefügt seien, ausgeschlossen werden könnten. Daneben sei aber ein Ausschluss des Angebots auch deshalb nicht gerechtfertigt gewesen, weil im Verhandlungsverfahren der Auftrag nicht durch Zuschlag auf ein Angebot i.S.v. § 28 VOL/A vergeben werde. Im Übrigen sei erkennbar auch keine Auswirkung auf den Wettbewerb gegeben. Das Verhandlungsverfahren unterscheide sich vom Offenen und Nichtoffenen Verfahren dadurch, dass es sich nicht in der Wertung der eingegangenen Angebote erschöpfe, sondern der Auftraggeber mit einem oder mehreren Unternehmen über alle Aspekte der Auftragsvergabe verhandeln könne. In der Verhandlung am 27.1.2006 habe die Ag die Beigeladene darauf aufmerksam gemacht, dass nicht ihre AGB, sondern nur die VOL/B als Ganzes Bestandteil des Rahmenvertrages werden könne. Im Verhandlungsverfahren könnten Details des abzuschließenden Vertrags mit einem Bieter endverhandelt werden.

Mit Beschluss vom 6. März 2006 ist die Beigeladene zu dem Verfahren hinzu gezogen worden.

Sie nimmt wie folgt Stellung:

Das Nachprüfungsverfahren sei aus den von der Ag angeführten Gründen bereits unzulässig. Die ASt habe nicht substantiiert dargelegt, dass sich gerade durch die Veränderung von Zuschlags-

kriterien bzw. die unterlassene Mitteilung einzelner Vergabe(unter-)kriterien und ihrer Gewichtung sowie die Unbestimmtheit einzelner Zuschlagskriterien ihre Chancen, den Zuschlag zu erhalten, vermindert hätten. Außerdem sei die ASt gem. § 107 Abs. 3 S. 2 GWB materiell präkludiert. Die geltend gemachten Vergabeverstöße seien bereits vor Ende der Angebotsfrist anhand eines Vergleichs der Zuschlagskriterien der Bekanntmachung und denen der Aufforderung zur Angebotsabgabe für die ASt erkennbar gewesen. Für die Erkennbarkeit komme nicht nur die Vergabebekanntmachung in Betracht. Maßgeblich könnten vielmehr auch solche Vergaberechtsverstöße sein, die sich bereits aus dem Inhalt der Verdingungsunterlagen ergäben. Es bestehe weder nach dem Zweck noch nach dem Wortlaut der Regelung Veranlassung diese ausschließlich auf solche Vergabefehler zu beschränken, die aus der Vergabebekanntmachung ersichtlich seien. Zudem habe die ASt das Nachprüfungsverfahren verspätet eingeleitet. Ferner habe der Geschäftsführer der ASt den Geschäftsführer der Beigeladene angerufen. Es habe sich hierbei – nachdem das § 13 VgV-Schreiben bereits bekannt gewesen sei – um den Versuch eines unterlegenen Bieters gehandelt, sich den Nachprüfungsantrag "abkaufen" zu lassen. Für die Beigeladene habe hingegen kein vernünftiger Grund bestanden, sich gerade zu dem besagten Zeitpunkt an die ASt zu wenden. Im Rahmen der Begründetheit trägt die Beigeladene vor, die geringfügige Änderung von Zuschlagskriterien sei zulässig gewesen. Zulässig seien Änderungen oder Ergänzungen geringen Umfangs, die die wettbewerbliche Ausgangslage nicht beeinträchtigten und den Entschluss der Unternehmen zur Beteiligung oder Nichtbeteiligung am Wettbewerb nicht berührten. Insoweit sei eine Änderung der Zuschlagskriterien bis zum Ende der Angebotsfrist möglich. Da die ASt in Kenntnis der Änderung ein Angebot eingereicht habe, habe diese Änderung offenkundig auch keinen Einfluss auf ihre Beteiligung am Wettbewerb gehabt. Zur Mitteilung der Zuschlagskriterien trägt sie weiter vor, dass der Aktenvermerk vom 6.12.2004 lediglich ein internes Arbeitspapier eines Mitarbeiters der Ag gewesen, der ausdrücklich als "Entwurf" gekennzeichnet sei. Der Aktenvermerk stelle allenfalls einen Ausschnitt aus der internen Willensbildung der Ag dar. Die Zuschlagskriterien seien bestimmt genug gewesen. Offenkundig hätten sämtliche Bieter, die ASt eingeschlossen, die Wertungskriterien im gleichen Sinne verstanden. Die Ag habe bei der Wertung der Angebote die Anforderungen an die Eignung nicht nochmals im Rahmen der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots berücksichtigt. Eine erneute Heranziehung von Eignungskriterien sei im Übrigen ausnahmsweise zulässig, wenn der Preis als Zuschlagskriterium ausscheide. Darüber hinaus könne die "besondere Eignung" eines Bieters dann bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigt werden, wenn dies den Bieter schon bei der Ausschreibung bekannt gemacht worden sei, sich das Kriterium leistungsbezogen auswirke und da-

mit Gewähr für eine bessere Leistung biete. In Anbetracht der besonderen politischen Bedeutung der durch den Bieter zu planenden und durchzuführenden internationalen Großkonferenzen komme der Erfahrung und der Fachkunde eine entscheidende Rolle zu. Die vergabegegenständliche Leistung sei beispielsweise nicht "nachbesserungsfähig". Den in den ausgewiesenen Preisen komme demgegenüber eine insgesamt nachrangige Bedeutung zu, da nicht feststehe, welche Konferenzen die Ag während Vertragslaufzeit überhaupt durchführen werde. Ferner lasse sich auch in der Angebotswertung in Anbetracht des differenzierten und aufwendigen Wertungsverfahrens sowie des Punktabstandes zwischen der Beigeladenen und der ASt keine Fehler erkennen. Zum Punkt Beifügung der eigenen AGB trägt die Beigeladene vor, dass es sich hierbei um ein Versehen gehandelt habe. Dass die Beigeladene nicht gewillt gewesen sei, ihre eigenen AGB zum Gegenstand des Angebots zu machen, folge bereits daraus, dass im Angebotstext jeglicher Hinweis auf deren Geltung oder auch nur eine Bezugnahme auf das Klauselwerk fehle. Die versehentliche Beifügung der AGB habe nicht zu einer Änderung oder Ergänzung der Verdingungsunterlagen i.S.d. §§ 21 Nr. 1 Abs. 3, 25 Nr. 1 Abs. 1 d VOL/A geführt. Die AGB seien nicht in rechtlich erheblicher Weise in das Angebot mit einbezogen worden. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe habe außerdem weder unter Ziff. 3 noch unter Ziff. 4 einen Hinweis darauf enthalten, dass Angebote, deren eigene AGB beigefügt seien oder die sonstigen Ergänzungen bzw. Erweiterungen enthalten, von der Wertung ausgeschlossen würden. Sie verweist auf die parallele Vorschrift in der VOB/A (§ 21 Nr. 6). Unter dem Aspekt der Selbstbindung der Vergabestelle sei somit ein Wertungsausschluss gem. § 25 VOL/A nicht veranlasst. In der Verhandlung am 27.1.2006 habe die Beigeladene klar gestellt, dass die AGB nicht Bestandteil ihres Angebotes seien. Wenn es schon statthaft sei, im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs gem. § 24 VOL/A Angaben, die auf einem (redaktionellen) Versehen beruhten, zu korrigieren, dann müsse dies erst recht in einem Verhandlungsverfahren möglich sein. Das Verhandlungsverfahren sei ein dynamisches Verfahren und weitgehend formfrei. Es könne über den Gegenstand des Auftrages ebenso verhandelt werden wie über den Preis. Die §§ 21, 23 und 25 VOL/A seien daher nicht unmittelbar, sondern nur nach ihrem Rechtsgedanken anwendbar.

Die Beigeladene beantragt,

1. die unterlegene Partei zu verpflichten, der Beigeladenen die ihr entstandenen Kosten zu erstatten;
2. die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes für die Beigeladene für notwendig zu erklären.

Ferner beantragt sie Akteneinsicht.

Die ASt und die Beigeladene haben im Rahmen des § 111 Abs. 2 GWB unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse teilweise Akteneinsicht erhalten. In der Verhandlung vom 21. März 2006 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte mit der Kammer zu erörtern. Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf die eingereichten Schriftsätze, die Verfahrensakte sowie die der Kammer vorgelegte Vergabeakte verwiesen.

## II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist begründet.

1) Der Nachprüfungsantrag zulässig.

- a) Die Vergabekammer des Bundes ist für die Entscheidung über den Antrag zuständig, da der ausgeschriebene Auftrag der Bundesrepublik Deutschland i.S.d. §§ 104 Abs. 1 GWB, 18 Abs. 1 VgV zuzurechnen ist. Der nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 2 VgV maßgebliche Schwellenwert ist überschritten.
- b) Die ASt ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots hinreichend dokumentiert. Ferner macht sie durch Berufung auf die Vergaberechtswidrigkeit der Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien, des unzulässigen Austauschs von Zuschlagskriterien, der Nichtbekanntgabe von weiteren (Unter-)Wertungskriterien und eine fehlerhafte Wertung ihres Angebots eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB geltend. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss v. 18.05.2004, X ZB 7/04) ist es ausreichend, dass der den Nachprüfungsantrag stellende Bieter schlüssig behauptet, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften im Verlaufe des Vergabeverfahrens verletzt worden sein sollen und dass er ohne die Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zuschlags hätte, so dass der behauptete eingetretene oder drohende Schaden auf die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften zurückzuführen ist. Die ASt hat insoweit hinreichend dargelegt, dass ihr infolge des beanstandeten Vergabeverstößes ein Schaden zu

entstehen droht (§ 107 Abs. 2 Satz 2 GWB). Der drohende Schaden ergibt sich aus dem Umstand, dass das Angebot der ASt als bisher Zweitplatziertes bei Berücksichtigung der geltend gemachten Vergabefehler im Rahmen einer erneuten Angebotsabgabe eine Chance auf Erteilung des Zuschlags hätte. Ein Schaden ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die ASt wegen des Versuchs einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung gem. § 1 GWB nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f VOL/A zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen wäre. Es ist bereits zweifelhaft, ob der von den Beteiligten unterschiedlich dargestellte Inhalt des Telefonats zwischen den Geschäftsführern der ASt und der Beigeladenen überhaupt die tatbestandlichen Merkmale einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache erfüllt. Darüber hinaus hätte sich eine entsprechende (vollendete) Absprache konkret auf die vorliegende Vergabe beziehen müssen. Die Ausschlussbestimmung des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f VOL/A erfasst jedoch nur den Fall von Angeboten, die in der betreffenden Ausschreibung abgegeben worden sind und deren Urheber – konkret auf die Vergabe bezogen – eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben (Kulartz in Daub/Eberstein, VOL/A, 5. Aufl., § 25 Rn. 22). Zu einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung vor Abgabe der Angebote ist es aber unstrittig nicht gekommen.

- c) Die ASt hat die behaupteten Vergaberechtsverstöße mit ihren Schreiben vom 6. und 12. Dezember 2005 rechtzeitig gerügt.
  - 1) Hinsichtlich der von der ASt geltend gemachten Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien bei der Angabe der Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung (Abschnitt IV.2) ist die Rüge entgegen der Ansicht der Ag nicht als verspätet anzusehen. Gem. § 107 Abs. 3 S. 2 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Für die Erkennbarkeit ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Antragstellers abzustellen (Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2. Aufl. 2003, § 107, Rn. 37). Bei der Konkretisierung dieses Maßstabes kommt es aber auch darauf an, ob der Bieter schon Erfahrungen mit öffentlichen Aufträgen hat und daher gewisse Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden können, die bei einem uner-

fahrenen Unternehmen nicht vorhanden sind. Für die Auslösung der Rügeobligenheit ist im vorliegenden Fall entscheidend, ob die ASt unter Berücksichtigung der üblichen Sorgfalt und der üblichen Kenntnisse eines durchschnittlichen Unternehmens davon ausgehen musste, dass ein Vergaberechtsverstoß vorlag. Die ASt erhielt mit dem Bekanntmachungstext zwar Kenntnis davon, dass in den Zuschlagskriterien neben dem Preis noch die Eignungskriterien "Erfahrung" und "Referenzen" genannt waren. Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung allerdings vorgebracht, dass ein Vergaberechtsfehler für sie erst nach Einholung anwaltlichen Rats erkennbar war. Dem ist zu folgen. Nach Auffassung der Kammer war im vorliegenden Fall die Erkennbarkeit der beanstandeten Vermischung von angebots- und bieterbezogenen Kriterien für die Erteilung des Zuschlages selbst für einen fachkundigen Bieter aus der Bekanntmachung nicht ohne weiteres gegeben. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass die zugrunde liegende Rechtsfrage, ob nach Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs Elemente der Eignungsprüfung noch in die abschließende Wertung einfließen können, nicht eindeutig zu beantworten ist. Nach der Rechtsprechung ist es einer Vergabestelle in Ausnahmefällen möglich, besondere Eignungsaspekte, die sich leistungsbezogen auswirken, in der letzten Wertungsstufe zu berücksichtigen (so OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5. Februar 2003, Verg 58/02; Beschluss v. 25. Februar 2004, Verg 77/03). Selbst ein mit öffentlichen Aufträgen erfahrendes Unternehmen konnte somit aus der Bekanntmachung einen möglichen Vergabefehler nicht ohne tiefer gehende Rechtskenntnisse erkennen (a.A. ohne weitere Begründung VK Lüneburg, Beschluss v. 15. November 2005, VgK-48/2005). Die ASt hat den Vergaberechtsfehler nach der rechtlichen Beratung Anfang Dezember 2005 sodann unverzüglich gerügt.

- 2) Weiter hat die ASt auch den Austausch bzw. die Veränderung der Zuschlagskriterien in der Aufforderung zur Angebotsabgabe unverzüglich gerügt. Nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt hat und nicht unverzüglich gerügt hat. Voraussetzung hierfür ist die positive Kenntnis des Bieters von einem Verstoß gegen Vergabevorschriften. Voraussetzung ist zum einen die positive Kenntnis der einen Vergabefehler ausmachenden Tatsachen, außerdem aber auch die zumindest laienhafte rechtliche Wertung des

Bieters (Byok in Byok/Jaeger, 2. Aufl. 2005, § 107 Rn. 983). Bloße Vermutungen oder ein Verdacht lösen hingegen ebenso wenig wie grob fahrlässige Unkenntnis eine Rügeobliegenheit aus (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4. März 2004, Verg 8/04; Beschluss v. 16. Februar 2005, Verg 74/04). In der Regel ist ein Bieter/Bewerber, der einen Vergaberechtsverstoß vermutet, nicht gehalten, seine in tatsächlicher oder in rechtlicher Hinsicht ungenügenden Kenntnisse zu vervollständigen, insbesondere rechtlichen Rat einzuholen. Von diesen Grundsätzen ist nur dann eine Ausnahme geboten, wenn der Kenntnisstand des Bieters/Bewerbers einen solchen Grad erreicht hat, dass seine Unkenntnis vom Vergaberechtsverstoß nur als ein mutwilliges Sich-Verschließen vor der Erkenntnis dieses Rechtsverstoßes verstanden werden kann (vgl. u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18. Juli 2001, Verg 16/01; OLG Koblenz, Beschluss v. 5. Juni 2003, 1 Verg 2/03). Hiervon ist jedoch im vorliegenden Fall nicht auszugehen. Der ASt ist nicht vorzuwerfen, dass sie nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe zunächst ihr Angebot vorbereitet und fristgerecht abgegeben hat. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass sie sich in rechtlicher Hinsicht vor der Erkenntnis eines Rechtsverstoßes verschlossen hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die ASt erst durch die rechtliche Beratung im Dezember 2005 positive Kenntnis erlangt hat (s. dazu auch Ausführungen unter c) 1)). Die ASt hat sich auch nicht den Zuschlagskriterien der Ag durch Angebotsabgabe einschließlich Unterzeichnung der Erklärung über Kenntnisse der VOL/A und VOL/B unterworfen und ist bereits deshalb (materiell) präkludiert (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 23. Juli 2001, 1 Verg 3/01). Eine "Unterwerfung" unter die Zuschlagskriterien der Ag in der Aufforderung zur Angebotsabgabe kann nur in positiver Kenntnis des Vergabeverstoßes erfolgen. Liegt diese Kenntnis aber nicht vor, hat die Abgabe des Angebots und dort geforderter Erklärungen zur VOL keine präkludierenden Folgen für die ASt.

- d) Die ASt hat ihr Recht auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens auch nicht verwirkt. Zwar hat sie nach Erhalt des zweiten Schreibens der Ag vom 16. Dezember 2005, indem diese den Rügen der ASt endgültig nicht abhalf, über zwei Monate bis zur Einreichung eines Nachprüfungsantrags verstreichen lassen und den Nachprüfungsantrag erst mit Schreiben vom 22. Februar 2006 der Kammer vorgelegt. Die Einreichung eines Nachprüfungsantrags ist nach der gegenwärtigen Gesetzeslage jedoch nicht fristgebun-

den (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08. September 2004, Verg 38/04). Hierauf ist die ASt von ihrem Rechtsanwalt auch zu Recht hingewiesen worden. Eine analoge Anwendung der Rügefristen des § 107 Abs. 3 GWB scheidet aus. Eine planwidrige Lücke des GWB, die eine analoge Anwendung rechtfertigen könnte, besteht nicht. Wenn der GWB-Gesetzgeber eine bestimmte Frist für den Nachprüfungsantrag gewollt hätte, hätte er sie bei den Form- und Verfahrensvorschriften im 4. Teil des GWB eingefügt (so OLG Düsseldorf, aaO.). Dass im Rahmen des derzeitigen Novellierungsprozesses die Einführung einer Ausschlussfrist zur Einreichung eines Nachprüfungsantrages diskutiert wird, führt zu keiner anderen Einschätzung. Die Diskussion zeigt lediglich, dass neben der Rügeobliegenheit eine weitere Beschleunigung des Vergabenachprüfungsverfahrens grundsätzlich für sinnvoll gehalten werden kann. Sie führt aber nicht im Umkehrschluss dazu, dass nunmehr von einer planwidrigen Regelungslücke im derzeit geltenden 4. Abschnitt des GWB auszugehen wäre. Insofern kann im vorliegenden Fall allenfalls unter Heranziehung des allgemeinen Rechtsgedankens der Verwirkung (§ 242 BGB) eine Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrags angenommen werden (vgl. OLG Dresden, Beschluss v. 6. Juni 2002, WVerg 4/02). Die im Rahmen des Beschleunigungsgebots gem. § 113 GWB geltenden engen Fristen bezwecken die zügige Überprüfung eines Vergabeverfahrens, um einen möglichen Schaden bei den Beteiligten – bei den Bietern, aber auch bei der Vergabestelle – zu vermeiden. Gründe für die Annahme, dass die ASt im vorliegenden Fall gegen diese dem Vergabenachprüfungsverfahren immanente Pflicht zur Schadensminimierung verstoßen haben könnte, liegen nach Ansicht der Vergabekammer aber nicht im hinreichenden Maße vor. Dass sich die ASt nach Zurückweisung ihrer Rügen noch im Dezember 2005 schriftlich an einen Bundestagsabgeordneten gewandt hatte, kann nicht zu ihren Lasten ausgelegt werden. Diese "Petitionsmöglichkeit" besteht neben den eigentlichen Rechtsschutzmöglichkeiten im Vergabeverfahren und kann von der Vergabekammer insoweit nicht bewertet werden. Vom reinen Zeitablauf nach Ablehnung ihrer Rügen mit dem 16. Dezember 2005 her war für die ASt aber nicht vorauszusehen, dass sich der Zuschlag des bereits für den 1. Januar 2006 zu vergebenden Auftrags – so die Vergabebekanntmachung – aufgrund der internen Verzögerungen bei der Ag aufgrund des Regierungswechsels noch bis in den Februar 2006 verschieben würde. Aus Sicht der ASt war vielmehr mit einer baldigen Mitteilung der Wertungsentscheidung zu rechnen. Insoweit durfte die ASt in diesem Stadium des Vergabeverfahrens, schon allein um die Aussichten eines Nachprüfungsan-

trages abschätzen zu können (z.B. an welcher Stelle der Wertung sie überhaupt lag), mit ihrer Entscheidung über die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bis zum Erhalt der § 13 VgV-Mitteilung warten. Letztlich kann die im Bereich der Ag entstandene Verzögerung der ASt deshalb nicht nachteilig angerechnet werden.

2) Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Ag hat das zunächst bekannt gemachte Zuschlagskriterium "Erfahrung" in der Aufforderung zur Angebotsabgabe unzulässigerweise durch ein anderes ersetzt. Ferner hat sie ihre Wertungsmatrix erst erstellt, nachdem ihr alle Angebote zur Wertung bereits geöffnet vorlagen.

a) Die Ag hat allerdings entgegen der Auffassung der ASt mit den in der Vergabebekanntmachung veröffentlichten Zuschlagskriterien (Preis, Erfahrung, Referenzen) nicht die vergaberechtlich vorgesehene Trennung der Wertungsstufen in unzulässiger Weise missachtet. Grundsätzlich ist bei der Wertung von Angeboten gem. § 25 Nr. 2 VOL/A zunächst die Eignung der Bieter zu prüfen. Danach sind bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen (2. Wertungsstufe). Nur dann, wenn deren Eignung nach den genannten Kriterien bejaht wurde, ist der Zuschlag gem. § 25 Nr. 3 VOL/A auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Die Eignungsprüfung ist in diesem Stadium der Wertung (4. Wertungsstufe) abgeschlossen. Die Vergabestelle ist nicht befugt, Eignungskriterien zweimal zu berücksichtigen (BGH, Urteil v. 8. September 1998, X ZR 109/96). Sie ist vielmehr verpflichtet, die vorher bekannt gegebenen Zuschlagskriterien zu Grunde zu legen. Ein sog. Mehr an Eignung darf sie nicht berücksichtigen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5. Februar 2003, Verg 58/02). Hierzu ist die Trennung der Prüfungsschritte einzuhalten. Für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Vergabebekanntmachung gilt: Hier werden die vorgelegten Nachweise nach Eingang der Teilnahmeanträge und somit vor der Auswahl der Bewerber, die im Verhandlungsverfahren zur Einreichung eines Angebots aufgefordert werden, geprüft (Zdzieblo in Daub/Eberstein, aaO., § 7 a Rn. 34). Statthaft ist allerdings, dass die Vergabestelle besondere Erfahrungen eines Bieters dann in die letzte Wertungsstufe einstellt, wenn sie sich leistungsbezogen auswirken, d.h. die Gewähr für eine bessere Leistung bieten (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5. Februar 2003, Verg 58/02). Die Ag hat in

ihrer Vergabebekanntmachung darauf hingewiesen, dass sich die Beratungsleistungen auf komplexe Großveranstaltungen mit mehreren hundert Personen an verschiedenen, z.T. noch nicht bekannten und ggf. kurzfristig festzulegenden Konferenzorten erstreckten. In der mündlichen Verhandlung hat sie vorgetragen, dass die vor ihr vorgenommene Eignungsprüfung bei der Auswertung der Teilnahmeanträge zunächst einer Art Vorauswahl dienen sollte. Da die ausgeschriebene Leistung eine sehr spezielle Dienstleistung sei, die besondere Anforderungen an die Leistung der Bieter stelle, habe man dann die Qualität der Angebote durch einen Vergleich der Angebote untereinander im Hinblick auf Erfahrung mit Referenzprojekten prüfen wollen. Es gebe bei den durchzuführenden Konferenzen keine Nachbesserungsmöglichkeiten, der Bieter müsse grundsätzlich in der Lage sein, auch sehr schwierige Rahmenbedingungen zu bewältigen. Nach Auffassung der Vergabekammer ergibt sich aus der Beschreibung der ausgeschriebenen Beratungsdienstleistungen in der Vergabebekanntmachung die besondere Bedeutung der Erfahrungen der Bieter in dem Dienstleistungssektor Planungs- und Technikconsulting. Dieses Eignungskriterium wirkt sich im vorliegenden Fall leistungsbezogen aus. Denn die Qualität der abgegebenen Angebote kann bei dieser speziellen Dienstleistung – nach Aussagen der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung gibt es in Deutschland nur sehr wenige Unternehmen, die solche Dienstleistungen überhaupt erbringen können – im wesentlichen nur auf Erfahrungen mit ähnlichen Consultingleistungen überprüft werden. Der Ag konnte insoweit nicht verwehrt werden, diesen leistungsbezogenen Eignungskriterien eine besondere Rolle in der Wertungsentscheidung zuzuweisen. Die Ag hat im Übrigen auch nicht Eignungskriterien entgegen der Rechtsprechung zweimal und mit unterschiedlichen Ergebnissen berücksichtigt (vgl. BGH, Urteil v. 8. September 1998, X ZR 109/96). Die in der Vergabebekanntmachung aufgeführten Eignungskriterien für den Teilnahmewettbewerb sind von der Ag angewendet worden und führten zur „groben“ Auswahl der Bieter, die zu einer Angebotsabgabe aufgefordert wurden. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe hat die Ag dann weitere, diesmal leistungsbezogene Kriterien abgefragt, die sie bisher noch nicht von den Bietern eingefordert hatte. Es handelte sich um Nachweise über Umsatz und Mitarbeiterzahl, Kurzbiographien der Geschäftsführer, Nachweise über die fachliche Qualifikation der festen Mitarbeiter (die bei Auftragserteilung zur ständigen Erbringung von Dienstleistungen für die Ag eingesetzt werden), Angaben über die während der Vertragslaufzeit geplanten bzw. bereits fest beauftragten Großprojekte, die neben der Beauftragung durch die Ag durchgeführt werden sollen, die dadurch bewirkte

Arbeitsauslastung des Auftragnehmers sowie eine entsprechende Referenzliste. Die Ag hat hiermit nicht die bereits bejahte grundsätzliche Eignung der Bieter noch einmal auf den Prüfstand gestellt, sondern auftrags- bzw. leistungsbezogene Angaben zur Erfahrung und (und damit verbunden) Referenzen als Zuschlagskriterien neben dem Preis in der 4. Wertungsstufe berücksichtigt.

- b) Die von der Ag vorgenommene Änderung der Zuschlagskriterien ist allerdings insoweit vergaberechtswidrig, als das zunächst bekannt gemachte Zuschlagskriterium "Erfahrung" in der Aufforderung zur Angebotsabgabe von der Ag durch "Stamm und Ausstattung des Unternehmens" ersetzt worden ist. Unproblematisch ist hingegen die Veränderung des Zuschlagskriteriums "Referenzen" in "Referenzen für vergleichbare Projekte".

Nach § 9 a VOL/A gibt der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung alle Zuschlagskriterien an, deren Verwendung er vorsieht (möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung). Nach der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien darf der Auftraggeber sie nicht mehr aufheben, ändern oder ergänzen und bei der Wertung der Angebote nicht von ihnen abweichen, da er sonst gegen tragende Grundsätze des Vergabeverfahrens – die Selbstbindung des Auftraggebers und den Vertrauensschutz für die Teilnehmer am Wettbewerb sowie das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot – verstoßen würde (Zdziebło in Daub/Eberstein, aaO., § 9 a Rn. 11). Durch die Angabe von Kriterien engt der Auftraggeber seinen Beurteilungsspielraum für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ein. Er ist an die von ihm bekannt gemachten Kriterien gebunden und muss sich während des gesamten Verfahrens an diese Kriterien und deren Auslegung halten. Er darf weder Kriterien heranziehen, welche nicht veröffentlicht waren, noch darf er Kriterien, die bekannt gemacht worden sind, bei der Entscheidung über den Zuschlag nicht heranziehen (OLG München, Beschluss v. 20. April 2005, Verg 8/05).

Die Ag hat in der Bekanntmachung als Wertungskriterium Nr. 2 "Erfahrung" angegeben. Hierbei handelt es sich um einen Aspekt der Fachkunde. Hingegen weist das in der Aufforderung zur Angebotsabgabe nunmehr verwendete Kriterium "Stamm und Ausstattung des Unternehmens" die Leistungsfähigkeit des Unternehmens nach. Es handelt sich zwar bei beiden Kriterien um Eignungskriterien, allerdings sind sie als Unterkriterien unterschiedlicher Natur und deshalb nicht austauschbar. Die Ag hat in der mündlichen Ver-

handlung auch bestätigt, dass sie mit dem neuen Kriterium nicht dasselbe gemeint habe. Sie sei der Ansicht gewesen, dass das Zuschlagskriterium "Erfahrung" zu offen formuliert war. Die Benennung von "Stamm und Ausstattung" sei insofern als Präzisierung gedacht gewesen, um z.B. die Entwicklung der Unternehmensstruktur beurteilen zu können. Der Austausch des Kriteriums "Erfahrung" mit "Stamm und Ausstattung" geht nach Auffassung der Vergabekammer aber weit über eine Präzisierung hinaus, weil es sich hierbei um einen inhaltlich anderen Eignungsbegriff handelt. Die Ag hat daher entgegen ihrer Bekanntmachung ein Kriterium der Fachkunde durch ein Kriterium der Leistungsfähigkeit ersetzt. Dies ist schon deshalb unzulässig, weil alle (auch potenzielle) Bieter aufgrund der Vergabebekanntmachung für die Abgabe eines Teilnahmeantrages von anderen Wertungskriterien ausgehen mussten, als die Bieter, die letztendlich zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurden.

Unproblematisch ist hingegen die Veränderung des Zuschlagskriteriums "Referenzen" in "Referenzen für vergleichbare Projekte". Die Veränderung stellt – auch nach Auffassung der ASt in der mündlichen Verhandlung – lediglich eine im Kontext der Ausschreibung stehende Konkretisierung nicht aber Veränderung des bereits benannten Zuschlagskriteriums dar.

- c) Die Ag hat hingegen nicht im Vorhinein aufgestellte Zuschlagskriterien sowie die Regeln zu deren Gewichtung der ASt und den übrigen Bietern vergaberechtswidrig vorenthalten. Grundsätzlich ist entsprechend § 9 a VOL/A der öffentliche Auftraggeber, der im Vorhinein Regeln zur Bewertung aufgestellt hat, verpflichtet, den Bietern in der Vergabebekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen nicht nur die Zuschlagskriterien als solche, sondern auch deren Gewichtung mitzuteilen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16. Februar 2005, Verg 74/04 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil v. 12. Dezember 2002, Rs. C-470/99). Ausweislich der Vergabeakten stand der Ag zwar ein von Ende 2004 stammender Vermerk eines Mitarbeiters des Fachreferats 7... zur Verfügung, der ein Bewertungsschema für Bieter enthielt. Dieser Vermerk enthielt auch eine Bewertungsmatrix. Dieser Vermerk – der der Ag grundsätzlich zuzurechnen ist (das Referat war im vorliegenden Vergabeverfahren auch unmittelbar an der Wertung beteiligt) –, enthält zwar Bewertungskriterien und deren Gewichtung. Tatsächlich hat die Ag aber an diesem Bewertungsschema nicht festgehalten, sondern letztlich ein anderes verwendet. Das aktuelle Bewertungsschema weicht beispielsweise in der Ausführung der Unterkrite-

rien von der nur pauschalen Vorgabe im Vermerk von 2004 ab. Daneben hat die Ag in ihrer Aufforderung zur Abgabe eines Angebots eine andere zahlenmäßige Gewichtung der Hauptkriterien bekanntgemacht. Damit lag keine im Vorhinein bekannte, also vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegende Bewertungsmatrix vor. Die Ag hat damit nicht gegen eine Pflicht zur Veröffentlichung verstoßen.

- d) Soweit die Ag eine zahlenmäßige Gewichtung der Hauptkriterien bereits in der Aufforderung zur Abgabe der Angebote mitgeteilt hat, ist dies vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Die Ag hat allerdings, soweit sie die der Wertung zugrunde gelegte Matrix erst nach Öffnung der Angebote erstellt hat, gegen das Transparenzgebot gem. § 97 Abs. 1 GWB und das Gebot der Gleichbehandlung gem. § 97 Abs. 2 GWB verstoßen. Angebotsabgabetermin war der 21. November 2005. Die tatsächlich verwendete (letzte) Wertungsmatrix stammt vom 9. Januar 2006. Diese enthält sowohl Unterkriterien als auch eine Aufschlüsselung hinsichtlich ihrer Gewichtung. Die Ag hatte damit die Möglichkeit, die Festlegung der Zuschlagskriterien als auch deren Untergewichtung in Ansehung der verschiedenen Angebote vorzunehmen. Dies widerspricht den Grundsätzen eines transparenten und fairen Vergabeverfahrens. Zwar hat die Ag in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, die "finalisierte" Fassung der Wertungsmatrix sei vom Fachreferat bereits vor dem 21. November 2005 vorgelegt worden. Jedoch ist dies den Vergabeakten nicht zu entnehmen und erschien der Kammer auch nicht ausreichend, denn schon nach Angaben der Ag wurde die Matrix weiter elektronisch bearbeitet, weshalb sie dann auch spätere Erstellungsdaten in ihrer Kopfzeile trägt. Ausdrücke der ursprünglichen Fassung der Wertungsmatrix sind in der Vergabeakte nicht enthalten. Im Übrigen erscheint es der Vergabekammer auch unwahrscheinlich, dass die ursprüngliche Fassung überhaupt elektronisch rekonstruiert werden kann. Indem die Matrix weiterbearbeitet wurde, ist ihr ursprünglicher Aussagegehalt verändert worden. Dass nicht weiter aufklärbar ist, ob die ursprüngliche Fassung der nunmehr der Wertung zugrunde gelegten Fassung entspricht, geht zu Lasten der Ag. Die Ag hätte durch eine ordnungsgemäße Dokumentation der Erstellung der Wertungsmatrix gem. § 30 VOL/A diesen Aufklärungsmangel vermeiden können.
- e) Die Ag hat bei der Wertung der Angebote entgegen der Ansicht der ASt das Angebot der Beigeladenen rechtsfehlerfrei in der Wertung belassen, obwohl es eigene Allgemeine Ge-

schäftsbedingungen (AGB) – als Anlage beigeheftet – enthielt. Grundsätzlich gilt, dass ein Angebot die Verdingungsunterlagen im Widerspruch zu § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A verändert, wenn in ihm abstrakt formulierte Geschäftsbedingungen des Bieters zum Gegenstand der Offerte erklärt werden (OLG Jena, Beschluss v. 17. März 2003, 6 Verg 2/03). Dies führt zum zwingenden Ausschluss gem. § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOL/A jedenfalls dann, wenn die Vergabestelle nach den Verdingungsunterlagen von Bieterseite eingebrachte Ergänzungen ausdrücklich mit dem Ausschluss des Angebots sanktioniert (OLG Jena, aaO.). Daran fehlt es in den vorliegenden Verdingungsunterlagen. Der Rahmenvertrag der Ag besagt in Ziff. X Abs. 2, dass der Vertrag Art und Umfang der beiderseitigen Leistungen regelt. Ergänzend gelten die Leistungsbeschreibung, die VOL/A und VOL/B sowie die Bestimmungen des BGB. Nach Ziffer XII Abs. 2 bedürfen Änderungen, Nebenabreden oder Ergänzungen des Vertrages der Schriftform. Das Angebotsauforderungsschreiben selbst enthält keinen Hinweis auf einen Ausschluss bei Ergänzungen des Angebots. Es kann vorliegend jedoch offen bleiben, ob angesichts der fehlenden ausdrücklichen Sanktion damit überhaupt ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zwingend vorzunehmen war. Zweifelhaft ist nämlich schon, ob die von der Beigeladenen beigelegten AGB überhaupt rechtlich wirksamer Bestandteil ihres Angebots geworden sind. Grundsätzlich gilt, dass AGB des Verwenders nur dann in das Angebot einbezogen werden, wenn der Verwender ausdrücklich darauf hinweist, dass der Vertrag unter Zugrundelegung seiner AGB abgeschlossen werden soll (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Nicht ausreichend ist beispielsweise der bloße Abdruck der AGB auf der Rückseite des Vertrages oder in einem Katalog (Heinrichs in Palandt, BGB, 65. Aufl., § 305, Rn. 29). Vorliegend sind die AGB aber nicht auf der Rückseite des Vertrages abgedruckt worden, sondern waren direkt vor der als Anlage 2 bezeichneten Preisübersicht des Angebotes beigeheftet. Die AGB stehen damit an einer auffälligen und wichtigen Stelle des Angebots. Dennoch fehlt der notwendige ausdrückliche Hinweis auf die Einbeziehung der AGB im Anschreiben oder an einer anderen Stelle des Angebots. Die Beigeladene hat insoweit vorgetragen, dass ein Hinweis auf die Einbeziehung gerade deshalb fehle, weil die AGB allein aufgrund eines Büroversehens in die Angebotsunterlagen beigeheftet worden seien. Dieses Versehen hat die Beigeladene nach ihrem Vorbringen erst bei der Vorbereitung der Vergabeverhandlung erkannt und dort als ersten Punkt offen gelegt. Dies erscheint der Kammer schlüssig, zumal die Ag in der mündlichen Verhandlung diese Tatsache bestätigt hat. Eine Veränderung der Verdingungsunterlagen i.S.v. § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A

kann nur dann festgestellt werden, wenn sie rechtlich verbindlich vorgenommen wird. Daran fehlt es aber schon, wenn bereits die rechtsgeschäftlich notwendige Einbeziehung der biereigenen AGB nicht vorliegt. Die Ag hat damit nicht vergabefehlerhaft gehandelt, indem sie das Angebot der Beigeladenen in der Wertung ließ. Um jedoch Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen, hat sie im Rahmen des Verhandlungsverfahrens zulässigerweise darauf bestanden, dass die Ag ausdrücklich Abstand von einer Anwendbarkeit ihrer AGB nahm. Verhandlungen über Preise und den Inhalt des Angebotes sind im Verhandlungsverfahren ausdrücklich zulässig.

- f) Die unterlassene Dokumentation der Gründe für die Vergabe der Wertungspunkte durch die verschiedenen an der Wertung beteiligten Personen ist nicht ursächlich für eine Verletzung der ASt in ihren eigenen Rechten geworden. Ein Bieter kann seinen Nachprüfungsantrag nur dann auf eine fehlende oder unzureichende Dokumentation gem. § 30 VOL/A stützen, wenn die diesbezüglichen Mängel sich gerade auch auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23. November 2005, Verg 66/05, Beschluss v. 17. März 2004, VII-Verg 1/04). Die ASt war durch die unterlassene Dokumentation der Gründe für die Vergabe der Wertungspunkte nicht gehindert, deren Vergabe als vergaberechtsfehlerhaft zu beanstanden. Sie kann und muss nur schlüssig vortragen, dass eine andere Bewertung für ihr Angebot geboten war. Die ASt hat jedoch hierzu nichts vorgetragen. Es bestehen für die Vergabekammer darüber hinaus keine Anhaltspunkte, die auf eine missbräuchliche Ausübung des Wertungsermessens des öffentlichen Auftraggebers schließen lassen.
3. Die Vergabekammer trifft gem. § 114 Abs. 1 GWB die geeigneten Maßnahmen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Aufgrund der fehlerhaften Abänderung des bekannt gemachten Zuschlagskriteriums "Erfahrung" als auch der Erstellung der Wertungsmatrix in Ansehung der bereits geöffneten Angebote hat die Kammer das Vergabeverfahren in den Stand der Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen. Die Ag hat dabei zu berücksichtigen, dass sie die Wertungsmatrix, soweit sie sie bereits vor Aufforderung zur Angebotsabgabe erstellt haben sollte, veröffentlichen muss. Im Übrigen hat sie die Wertungsmatrix aber zumindest vor der Öffnung der Angebote zu erstellen und dies im Vergabevermerk gem. § 30 VOL/A zu dokumentieren.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 Satz 1 GWB.

Die Ag sowie die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens sowie die notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen, da sie im Verfahren unterlegen sind (§ 128 Abs. 3 S. 1 u. 2, Abs. 4 GWB). Neben der Ag ist auch die Beigeladene als unterliegende Beteiligte anzusehen. Sie hat zwar keinen eigenen Antrag zur Hauptsache – wohl aber einen Kostenantrag – gestellt, allerdings hat sie das Verfahren aktiv gefördert und sich das materiell-rechtliche Vorbringen der Ag vor der Vergabekammer zu eigen gemacht. Sie hat sich damit in einen Interessengegensatz zur ASt begeben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23. November 2004, VII-Verg 69/04 m.w.N.). Es entspricht daher der Billigkeit, die Beigeladene an der Kostentragung zu beteiligen (§§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO analog). Die Ag sowie die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner zu tragen (§ 128 Abs. 3 Sätze 1 und 2 GWB). Da eine gesamtschuldnerische Haftung hinsichtlich der notwendigen Aufwendungen der ASt mangels gesetzlicher Anordnung nicht in Betracht kommt, haften die Ag und die Beigeladene für die zu erstattenden Kosten nach Kopfteilen, also je zur Hälfte (analog § 159 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO).

Angesichts der Schwierigkeit der im Nachprüfungsverfahren aufgeworfenen Rechtsfragen war die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt notwendig.

### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer an-

gefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Burchardi

Brauer