



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 77/14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],,

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene zu 1) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Neubau [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Adamczak auf die mündliche Verhandlung vom 8. September 2014 am 17. November 2014 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin und die Beigeladene zu 2) in ihren Rechten verletzt worden sind, soweit die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren auf der Grundlage intransparenter Vorgaben durchgeführt hat. Im Übrigen werden die Feststellungsanträge der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2) zurückgewiesen.
2. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens werden von der Antragsgegnerin, der Beigeladenen zu 2) und der Antragstellerin zu jeweils einem Drittel getragen.
3. Die außergerichtlichen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb am 19. Juni 2014 die beabsichtigte Vergabe „Neubau [...]“.

1. Zuschlagskriterium der streitgegenständlichen Ausschreibung ist allein der Preis. Nebenangebote waren nicht zugelassen (Ziffer II.1.9 der Bekanntmachung; Ziffer 5.1 der Angebotsaufforderung).

Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe hatte die Ag den Bietern ein detailliert beschriebenes Leistungsverzeichnis für die Angebotsabgabe übersandt, welches auf 558 Seiten, gegliedert in 308 Positionen die zu erbringenden Leistungen beschreibt. Zusätzlich sieht das Langverzeichnis u.a. allgemeine technische Vorbemerkungen, ein Konzept der [...], Vorgaben zur Bemusterung und Inspektion sowie Ausführungsbeschreibungen zu den [...] vor.

Auf Seite 23 der Leistungsbeschreibung (Beschreibung des Konzeptes der [...]) ist, ebenso wie auf Seite 24 (Besondere Vorgaben zur Kalkulation) Folgendes ausgeführt:

„Abweichende Materialstärken und Funktionalitäten [...] sind mit der Angebotsabgabe bekanntzugeben. Der Auftraggeber behält sich vor, die Qualität der eingesetzten Materialien von einem unabhängigen Prüflabor testen zu lassen.“

Mindestanforderungen in Bezug auf Materialien, Funktionalitäten oder sonstigen Abweichungsmöglichkeiten enthalten die Vergabeunterlagen nicht.

Die Antragstellerin (ASt) gab fristgerecht ein Angebot ab. In dem Anschreiben hierzu führte sie (u.a.) aus:

„Hinweis:

Aus reiner Sicht der Positionsbeschreibung des LV melden wir Bedenken an. Einige Positionen des LVs sind aus unserer Sicht in sich nicht konsistent. Da wir aber die Planungshintergründe zum LV nicht kennen, ist unsere Sicht der Dinge möglicherweise eingeschränkt. (...) Die LV-Forderungen wurden in unserer Kalkulation berücksichtigt.“

In der Wertung erreichte das Angebot der ASt den dritten Platz, vor ihr liegen die Beigeladene zu 1) (Bg zu 1)) auf dem ersten und die Beigeladenen zu 2) (Bg zu 2)) auf dem zweiten Platz.

Mit Schreiben vom 12. August 2014 informierte die Ag die ASt gemäß § 101a GWB darüber, dass deren Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu 1) zu erteilen.

Hiergegen wandte sich die ASt mit Rügeschreiben vom 13. August 2014. Nach Ansicht der ASt weiche die Bg zu 1) in ihrem Angebot von insgesamt neun Anforderungen des Leistungsverzeichnisses ab. Die ASt führte zudem aus, dass

„sollten einige Charakteristika des Leistungsverzeichnisses Ihrerseits einer anderen Bewertung unterliegen, so würden wir auch die Möglichkeit eines technischen Vergabegesprächs auf der Grundlage der neuen technischen Bedingungen als Lösung ansehen. Diese geänderten technischen Bedingungen würden uns sicher auch die Möglichkeit einer anderen preislichen Bewertung der einzelnen Positionen geben.“

Die Ag half dem Vorbringen nicht ab und teilte dies der ASt in einem Schreiben vom 18. August 2014 mit.

2. Mit einem am 22. August 2014 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.
 - a) Die ASt trägt vor, dass sie durch die Missachtung von zwingenden Ausschlussgründen im Rahmen der Angebotswertung durch die Ag sowohl bei der erstplatzierten, als auch bei der zweitplatzierten Bieterin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt wird.

Die Ag habe in ihrer Leistungsbeschreibung dezidierte Vorgaben im Langtext in Bezug auf die technischen Anforderungen an die Ausstattung der [...] aufgenommen. Beide vor der ASt liegenden Bieter erfüllten mit ihren Systemen diese zwingend einzuhaltenden Vorgaben in mehreren Punkten nicht. Auf die von der Ag mitgeteilte "Gleichwertigkeit" komme es bei den Angeboten nicht an, weil das Leistungsverzeichnis konkrete Vorgaben enthalte und keine gleichwertigen Lösungen zulasse. Ebenso wenig dürften sich die Ag und die Bg zu 1) auf die von ihnen so bezeichnete "Öffnungsklausel" berufen. Soweit die Ag auf Seite 23 und 24 des Leistungsverzeichnisses ausführe, dass *„abweichende Materialstärken und Funktionalitäten [...] mit der Angebotsabgabe bekannt zu geben“* seien und sich *„der Auftraggeber [vorbehalte], die Qualität der eingesetzten Materialien von einem unabhängigen Prüflabor testen zu lassen“*, bedeute dies lediglich, dass der Bieter Abweichungen in seinem Angebot von den zwingend einzuhaltenden Vorgaben des Leistungsverzeichnisses angeben müsse. Daher hätte die Bg zu 1) die entsprechenden Abweichungen in ihrem Angebot kennzeichnen und ihr Angebot in der Folge ausgeschlossen werden müssen.

Eine „Gleichwertigkeitsprüfung“ sei nach diesen Klauseln ohnehin nur bei der Materialqualität, nicht jedoch bei anderen „Funktionalitäten“ vorgesehen. Es handele sich eben nicht um eine funktionale Ausschreibung, sondern vielmehr um ein klassisches, in Position gegliedertes Leistungsverzeichnis gemäß § 7 EG Abs. 9 VOB/A mit detaillierten Vorgaben für die Leistungserbringung. Eine Abweichungsmöglichkeit gemäß § 13 EG Abs. 2 S. 1 VOB/A komme ebenfalls nicht in Betracht, weil schon keine technischen Spezifikationen in diesem Sinne vorlägen.

Das von der Ag versandte Leistungsverzeichnis sei auch produktneutral formuliert und orientiere sich insbesondere nicht oder jedenfalls nicht allein an dem [...] der ASt. Jedenfalls hätten die anderen Bieter dies rügen müssen, weil sie als marktkundige Bieter bereits mit Erhalt und Durchsicht der Vergabeunterlagen im Rahmen der Angebotserstellung die angebliche Orientierung an den von der ASt angebotenen Produkten hätten erkennen müssen.

Die Wertung der Angebote sei daher unter Ausschluss der beiden erstplatzierten Bieter zu wiederholen.

Die ASt ihrerseits sei nicht wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen auszuschließen. Der von ihr im Angebotsbegleitschreiben vom 21. Juli 2014 abgegebene Hinweis auf die Inkonsistenz einiger LV-Positionen sei nicht als Einschränkung in Bezug auf ihre Leistungserbringungsbereitschaft zu werten. Dies habe die ASt im Schreiben selbst klargestellt und die Ag in ihrem Vergabevermerk auch so festgestellt. Ebenso wenig habe sie die Ag in ihrem Rügeschreiben vom 13. August 2014 aufgefordert, in vergaberechtlich unzulässiger Weise über Preise nachzuverhandeln.

Die ASt beantragte zunächst,

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. §§ 107 ff. GWB,
2. die Gewährung von Akteneinsicht in die Vergabeakten der Ag gem. § 111 Abs. 1 GWB,
3. festzustellen, dass die ASt durch das Verhalten der Ag in dem mit der Bekanntmachung Nr. [...] bekannt gemachten Vergabeverfahren in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt wird,
4. geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,

hilfsweise zu 4.

5. für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat,

sowie im Weiteren

6. festzustellen dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die ASt erforderlich gewesen ist,

7. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Ag nicht erforderlich gewesen ist,

8. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Für den Fall des bereits erteilten Zuschlags beantragt die ASt,

festzustellen, dass der geschlossene Vertrag gem. § 101b GWB aufgrund eines Verstoßes gegen § 101a GWB unwirksam ist.

Zusätzlich beantragt die ASt,

1. Akteneinsicht in das Angebotsanschreiben der Bg zu 1),

2. seitens der Vergabekammer von Amts wegen zu überprüfen, ob die Bg zu 1) in ihrem Angebot die nach der Vorgabe auf Seite 23 des Leistungsverzeichnisses (Langtext) erforderlichen Hinweise auf abweichende Materialstärken und von Qualitäten aufgenommen hat.

b) Die Ag beantragte zunächst:

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt vom 22. August 2014 wird verworfen, hilfsweise zurückgewiesen.

2. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Ag notwendig gewesen ist.

In Bezug auf die Anträge der Bg zu 2) beantragte die Ag,

1. den Antrag der Bg zu 2) vom 3. September 2014 zurückzuweisen.

2. Zugleich ist der Akteneinsichtsantrag der Bg zu 2) wegen offensichtlicher Unbegründetheit zurückzuweisen.

Der Antrag der ASt sei schon unzulässig, weil diese nicht substantiiert dargelegt habe, dass ihr ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Darüber hinaus sei die ASt auch nicht antragsbefugt, weil ihr Angebot aufgrund der Abweichung von den Vergabeunterlagen ebenfalls auszuschließen sei. Denn sie habe in ihrem Angebotsbegleitschreiben einen relativierenden Zusatz dahingehend aufgenommen, dass die LV-Positionen nicht konsistent seien und sie nur die LV-Forderungen in der Kalkulation berücksichtigt habe. Darüber hinaus sei sie auch wegen fehlender Gesetzestreue auszuschließen, da sie der Ag angeboten habe, eine vergaberechtlich unzulässige Nachverhandlung in dem hier vorliegenden offenen Verfahren durchzuführen.

Auch in der Sache dringe die ASt mit ihrem Vorbringen nicht durch. Denn ihr Vortrag bezüglich des Abweichens der Bg zu 1) und zu 2) von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung sei rein spekulativ. Im Übrigen habe die Ag auf den Seiten 23f. der Leistungsbeschreibung gleichwertige Angebote ausdrücklich zugelassen, weil es sich ansonsten u.U. um eine verdeckte Ausschreibung eines Leitfabrikats gehandelt hätte. Das Zulassen von Abweichungen hinsichtlich Materialstärken und Funktionalitäten solle vergaberechtlich den Zusatz „oder gleichwertiger Art“ zum Ausdruck bringen. Die Ag habe dadurch den Bietern transparent mitgeteilt, dass Änderungen des und Abweichungen vom Amtsentwurf möglich seien, die offen mitgeteilt werden müssen, um der Ag eine Gleichwertigkeitsprüfung zu ermöglichen. Dies sei bei den Angeboten der beiden Bg der Fall. Denn die Angebote der Bg zu 1) und zu 2) wiesen zwar Abweichungen in ihren technischen Spezifikationen auf. Diese seien jedoch mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig. Auch würden die geforderten Funktionalitäten durch die jeweiligen Angebote erfüllt.

Aufgrund der Öffnungsklausel stellten sich die Angebote der Bg zu 1) und zu 2) gerade nicht als Nebenangebote, sondern als alternative Hauptangebote dar. Es begegne daher keinen Bedenken, dass lediglich der Preis als Zuschlagskriterium vorgesehen worden sei.

c) Mit Beiladungsbeschluss vom 26. August 2014 ist zunächst die Bg zu 1) zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogen worden, mit Beschluss vom 29. August 2014 auf ihren Antrag vom 28. August 2014 hin die Bg zu 2), welche parallel ebenfalls ein Vergabenaachprüfungsverfahren (VK 2 – 79/14), gerichtet auf den Ausschluss der Bg zu 1), beantragt hat.

aa) Die Bg zu 1) hält den Nachprüfungsantrag der ASt für unbegründet. Die Ag habe ausweislich der in der Leistungsbeschreibung angegebenen Beschaffenheitsmerkmale für die anzubietenden [...] eine verdeckte oder unechte produktspezifische Ausschreibung vorgenommen. Der Ausschreibungstext sei nicht produktneutral gestaltet, denn große Teile der Leistungsbeschreibung seien dem Katalog der ASt bzw. teilweise wortwörtlich aus dem Musterauszeichnungstext, den die ASt regelmäßig den Planungsbüros zur Verfügung stelle, entnommen worden. Die Ag habe diese Vorgaben offenbar als bloße Arbeitshilfe eingesetzt. Um einen Wettbewerb zu ermöglichen, habe die Ag durch die Öffnungsklausel auf Seite 23 des Leistungsverzeichnisses die Neutralität der Vorgaben wiederhergestellt. Der Hinweis im Leistungsverzeichnis auf qualitativ gleichwertige Abweichungen hinsichtlich Materialstärken und Funktionalitäten habe die Bedeutung des Zusatzes "oder gleichwertiger Art". Das Angebot der Bg zu 1) sei von der Ag somit zu Recht als Hauptangebot gewertet worden. Es liege kein (unzulässiges) Nebenangebot vor, weil die Bieter aufgrund der Öffnungsklausel gerade nicht von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung abwichen. Mindestanforderungen an die Qualität bzw. die Aufnahme der Qualität als Zuschlagskriterium neben dem Preis seien nicht erforderlich, weil es sich gerade um mehrere alternative Hauptangebote handele.

Selbst wenn die Ag keine Öffnungsklausel vorgesehen hätte, dürfte ein gleichwertiges Hauptangebot von der Ag nicht ausgeschlossen werden. Aufgrund der unechten Produktorientierung seien alle Angebote, welche die grundsätzlichen Anforderungen des Leistungsverzeichnisses erfüllten, in die Wertung einzubeziehen. Die diesbezüglichen Vorgaben der Ag seien auch hinreichend transparent. Das unterschiedliche Verständnis der ASt und der Bg zu 2) sei interessengesteuert.

bb) Die Bg zu 2) trägt vor, dass die ASt bereits mangels Eignung auszuschließen sei, so dass sie nicht über die erforderliche Antragsbefugnis verfüge. Sie habe der Vergabestelle angeboten, ein Angebot mit anderen technischen Bedingungen zu erstellen und dafür einen anderen Preis anzubieten. Dadurch habe sie die Vergabestelle zu einem Rechtsbruch und zu - im Rahmen eines offenen Verfahrens unzulässigen - Nachverhandlungen verleiten wollen. Sie habe zudem in ihrem Anschreiben mitgeteilt, dass sie die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht so erfüllen werde, wie es das Leistungsverzeichnis verlange.

Das Angebot der Bg zu 1) sei wegen Abweichens von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses auszuschließen. Die Interpretation der sogenannten Öffnungsklausel durch die Ag und die Bg zu 1) erschließe sich der Bg zu 2) nicht. Der objektive Erklärungswert besage nur, dass die Bieter angeben sollen, wenn sie mit ihrem Angebot vom Leistungsverzeichnis abweichen. Die nachfolgend ausgedrückte Prüfung der Qualität der eingesetzten Materialien gehe ebenfalls ins Leere; denn dies setze voraus, dass die Bauleistung bereits erbracht worden sei. Bis dahin gebe es nur „einzusetzende Materialien“. Die angekündigte Prüfung beziehe sich daher nicht auf den Wertungszeitpunkt. Die Ag habe in ihrem Leistungsverzeichnis gerade nicht transparent dargestellt, dass es sich hier um ein Leitfabrikat handle, von dem Abweichungen zulässig sein sollen. Dazu wäre es erforderlich gewesen, darzulegen, welche Abweichungen gestattet sein sollen und welche nicht. Die Ag habe ihr Leistungsverzeichnis bei gleichzeitigem Ausschluss von Nebenangeboten nicht für Abweichungen öffnen dürfen und habe dies auch nicht durch die sogenannte Öffnungsklausel getan.

Entgegen dem Vortrag der ASt erfülle das Angebot der Bg zu 2) sämtliche Anforderungen. Ein Ausschlussgrund bestehe mithin nicht.

Die Bg zu 2) beantragt,

1. Die Bg zu 1) von der Wertung auszuschließen,
2. den darüber hinausgehenden Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,

3. der Bg zu 2) Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren,
 4. die Kosten der Bg zu 2) der Ag, der ASt und der Bg zu 1) aufzuerlegen,
 5. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Bg zu 2) für erforderlich zu erklären.
3. Nach der am 8. September 2014 durchgeführten mündlichen Verhandlung teilte die Kammer am 15. September 2014 den Verfahrensbeteiligten mit, dass sie von der Begründetheit des Nachprüfungsantrags ausgehe und begründete dies in ihrem schriftlichen Hinweis u.a. damit, dass die den Bietern seitens der Ag zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen jedenfalls so unklar seien, dass eine Zuschlagserteilung im laufenden Vergabeverfahren vergaberechtlich ebenso wenig in Betracht komme wie ein Ausschluss der Bg zu 1) und zu 2). Denn einerseits schließe die Ag die Möglichkeit aus, Nebenangebote einzureichen und gebe den Bietern ein detailliert konstruktives Leistungsverzeichnis für die Angebotserstellung an die Hand, welches auf 558 Seiten in 308 Positionen die zu erbringenden Leistungen beschreibe. Andererseits enthalte (u.a.) die Beschreibung des Konzeptes der [...] (Leistungsverzeichnis Seite 23) eine nicht näher spezifizierte Öffnungsklausel, welche Abweichungen sogar bei den Funktionalitäten der [...] erlaube. Dies habe bei den Bietern zu divergierenden Vorstellungen vom Aussagegehalt der Unterlagen geführt. Eine Vergleichbarkeit der eingereichten Angebote sei im vorliegenden Fall mangels Eindeutigkeit der Vorgaben nach Auffassung der Kammer nicht gewährleistet.
4. Daraufhin erklärte die Ag mit Schriftsatz vom 16. September 2014, das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Angebotsunterlagen zurückzusetzen und diese im Sinne der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu korrigieren.
- a) Mit Schriftsatz vom 19. September 2014 erklärte die ASt das Nachprüfungsverfahren für erledigt und beantragt nunmehr,
1. festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat,
 2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die ASt erforderlich gewesen ist,
 3. feststellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Ag nicht erforderlich gewesen ist,

4. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Das Nachprüfungsverfahren habe sich infolge der von der Ag erklärten Abhilfe erledigt. Der ursprüngliche Nachprüfungsantrag sei zulässig und - ausweislich des Hinweises der Kammer vom 15. September 2014 - auch begründet gewesen. Das Feststellungsinteresse der ASt ergebe sich aus dem ihr zustehenden Schadensersatzanspruch, da sie im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens Aufwendungen getätigt habe, insbesondere in Bezug auf die Kosten für die Erstellung ihres Angebots und die Kosten des hiesigen Verfahrens. Darüber hinaus bestehe eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr, da die Ag das beanstandete vergaberechtswidrige Verhalten als rechtmäßig verteidigt habe. Die Ag habe angekündigt, die streitgegenständliche Labormöblierung erneut auszuschreiben, so dass die streitgegenständlichen Rechtsfragen auch im überarbeiteten Leistungsverzeichnis erneut Bedeutung erlangen könnten.

Die Kosten des Verfahrens einschließlich der Aufwendungen der ASt habe die Ag zu tragen, weil bei ihr ein Unterliegen festzustellen sei und ihr somit auch aus Gründen des billigen Ermessens die vollständigen Kosten auferlegt werden müssten. Die Ag sei dem Rechtsschutzbegehren der ASt nachgekommen, so dass ihre Rügen sich als erfolgreich im Sinne von § 128 Abs. 3 S. 1 GWB erwiesen hätten. Ebenso müsse die Ag die Aufwendungen der ASt tragen, soweit sie dem Rechtsschutzbegehren nachgekommen sei. Ein teilweiser Misserfolg einiger Rügen führe nicht zwangsläufig zu einem teilweisen Unterliegen. Denn die ASt habe ihr Ziel erreicht, dass der Zuschlag nicht auf das Angebot der beigeladenen Unternehmen erteilt werden könne, sondern dass vielmehr das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückversetzt werde. Dadurch hätten alle Bieter eine zweite Chance, was nicht zu einer teilweisen Kostentragungspflicht der ASt führen dürfe.

- b) Die Bg zu 1) trägt in Bezug auf die Feststellungsanträge der ASt und der Bg zu 2) vor, dass diese mangels Fortsetzungsfeststellungsinteresse zurückzuweisen seien. Die beabsichtige Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen sei weder im Hinblick auf die Kalkulationskosten für die Erstellung des Angebots, noch im Hinblick auf die Verfahrenskosten für das streitgegenständliche Verfahren als Interesse in diesem Sinne anzuerkennen.

Bezüglich der angeblich frustriert aufgewendeten Angebotserstellungskosten sei zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abzuschätzen, ob nicht einer der Antragsteller des Feststellungsverfahrens nicht doch noch zum Zug komme. Denn es finde eine neue Angebotsrunde statt, so dass sich die Kosten für die Erstellung des Angebots durchaus noch amortisieren könnten.

Die Geltendmachung der Verfahrenskosten reiche als Fortsetzungsfeststellungsinteresse nach ständiger Rechtsprechung regelmäßig nicht aus. Es widerspreche der Prozessökonomie, wenn allein das Streben nach einer günstigeren Kostenfolge den Feststellungsantrag rechtfertige, obwohl die Ag bereits abgeholfen und das Verfahren zurückversetzt habe.

Ebenso wenig sei eine Wiederholungsgefahr festzustellen, weil die Ag unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Kammer die Vergabeunterlagen überarbeite und den Bietern erneut zur Verfügung stellen werde. Eine hinreichend konkrete Wiederholung der angegriffenen Punkte sei daher nicht ersichtlich.

- c) Die Bg zu 2) beantragt mit Schriftsatz 15. September 2014,
1. der Ag in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen und der Ag aufzugeben, die Rechtsauffassung der Vergabekammer bei der streitgegenständlichen Beschaffung zu berücksichtigen,
 2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Bg zu 2) für erforderlich zu erklären,
 3. die Kosten der Bg zu 2) der Ag und der Bg zu 1) und für den Fall Teilunterliegens der ASt aufzuerlegen.

Mit Schriftsatz vom 22. September 2014 beantragt die Bg zu 2)

festzustellen, dass die Bg zu 2) durch das streitgegenständliche Vergabeverfahren der Ag in ihren Rechten verletzt wurde.

Im Übrigen wiederholt sie die Anträge zu 2) und zu 3) aus dem Schriftsatz vom 15. September 2014.

Die Ag könne dem Feststellungsantrag der Bg zu 2) nicht die Präklusion in Bezug auf die Intransparenz des von ihr geführten Vergabeverfahrens entgegen halten. Die Bg zu 2) habe sich nicht hierzu äußern müssen, da die Ag selbst erst in der mündlichen Verhandlung eingeräumt habe, dass sie produktbezogen ausgeschlossen habe.

Die Bg zu 2) habe auch ein Interesse an der Feststellung, weil ihr durch die Angebotserstellung und das Nachprüfungsverfahren Kosten entstanden seien, die sie im Wege von Schadensersatzansprüchen geltend machen wolle. Infolge der Erledigung könne nicht mehr in der Sache entschieden werden, so dass die Bg zu 2) ohne die Feststellung durch die Kammer einen erneuten Prozess über die Frage der Rechtsverletzung anstrengen müsste. Dies widerspreche dem Schutzzweck der Rechtsmittelrichtlinie.

Sollte die Kammer die Rechtsverletzung der Bg zu 2) nicht feststellen, beantragt sie die Vorlage folgender Fragen an den Europäischen Gerichtshof:

1. Muss eine Nachprüfungsinstanz feststellen, dass ein Beigeladener in seinen Rechten verletzt wurde, wenn der Auftraggeber im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens nach Bekanntgabe der Auffassung der Vergabekammer die Rechtsverletzung beseitigt hat?
 2. Für den Fall, dass die erste Frage verneint werden sollte: Ist es mit der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG vereinbar, wenn ein Beigeladener die Anspruchsgrundlage für die ihm entstandenen Kosten eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer in einem zweiten Prozess geltend machen muss, ohne dass das Gericht des zweiten Prozesses an das Ergebnis des Verfahrens vor der Vergabekammer gebunden ist?
- d) Die Ag beantragt in Reaktion auf die umgestellten Anträge der Verfahrensbeteiligten nunmehr,

die geänderten Anträge der ASt sowie der Bg zu 2) zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, dass die Aufwendungen der ASt und der Bg zu 2) nicht von der Ag zu tragen seien, weil beide schon mit ihrem Vorbringen präkludiert seien. Denn sie hätten zu keinem Zeitpunkt Rügen hinsichtlich der umstrittenen Leistungsbeschreibung erhoben und könnten daher auch nicht erfolgreich die

Feststellung eines diesbezüglichen Rechtsverstoßes geltend machen. Eine Erstattung von Anwaltskosten im Fall der – hier vorliegenden – (Teil-)Abhilfe durch den Auftraggeber scheidet nach der Rechtsprechung des BGH und des OLG Düsseldorf aus; die eigenen Aufwendungen müsse jeder Verfahrensbeteiligte selbst tragen.

5. Der ASt wurde in Abstimmung mit der Ag Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren. Dem Akteneinsichts Antrag der Bg zu 2) wurde dadurch entsprochen, dass sie in dem von ihr parallel geführten Vergabenachprüfungsverfahren VK 2 – 79/14 Akteneinsicht erhalten hat. In der mündlichen Verhandlung vom 8. September 2014 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die von der Ag übermittelten Vergabeakten wird ergänzend Bezug genommen.

Die Entscheidung der Vergabekammer ergeht, da die ASt und die Bg zu 2) zuletzt nur noch die Feststellung eines Vergaberechtsverstoßes begehrt haben, ohne Bindung an die Entscheidungsfrist des § 113 Abs. 1 GWB (§ 114 Abs. 2 Satz 3 GWB).

II.

Die Feststellungsanträge der ASt und der Bg zu 2) sind zulässig und in der Sache teilweise begründet.

1. Die Feststellungsanträge sind zulässig.

Zunächst sind die Feststellungsanträge der ASt und der Bg zu 2) statthaft (dazu unter a)) und das erforderliche Feststellungsinteresse der Verfahrensbeteiligten gegeben (dazu unter b)). Zudem war der ursprünglich gestellte Nachprüfungsantrag zulässig (dazu unter c)).

- a) Der Feststellungsantrag der ASt ist statthaft. Denn mit der übereinstimmenden Erledigungserklärung von Ag und ASt nach der angekündigten Abhilfe seitens der Ag ist die Erledigung des Nachprüfungsverfahrens in sonstiger Weise gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB eingetreten.

Ebenfalls statthaft ist der Feststellungsantrag der Bg zu 2). Denn der Wortlaut des § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB lässt nicht nur die Stellung eines Feststellungsantrag exklusiv durch den Antragsteller des Nachprüfungsverfahrens, sondern vielmehr durch jeden Verfahrensbeteiligten und somit auch einer Beigeladenen zu.

- b) Auch das erforderliche Feststellungsinteresse der ASt und der Bg zu 2) liegt vor. Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes gemäß vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, m.w.N.). ASt und Bg zu 2) machen diesbezüglich geltend, dass der Feststellungsantrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung jedenfalls bzgl. der Kosten der Angebotserstellung diene (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 8. Juni 2011, VII-Verg 2/11; 16. November 2005, VII-Verg 56/05).

Ein Schadensersatzanspruch der ASt und der Bg wegen der von ihnen jeweils sinnlos aufgewendeten Kosten für die Erstellung eines Angebotes in einem Vergabeverfahren, das wegen der Intransparenz der Vorgaben zurückversetzt werden musste, erscheint jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, was für die Begründung des jeweiligen Feststellungsinteresses ausreicht (vgl. OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, Verg 8/12). Die abschließenden Erfolgsaussichten eines möglichen Schadensersatzbegehrens sind im Nachprüfungsverfahren von der Kammer nicht zu prüfen (vgl. OLG München, a.a.O.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Oktober 2008, VII-Verg 25/08).

Ein Feststellungsinteresse aufgrund einer Wiederholungsgefahr, wie sie die ASt vorträgt, vermag die Kammer indes nicht zu erkennen. Die Ag hat angekündigt, die Unterlagen dem Hinweis der Kammer folgend zu überarbeiten, so dass die

Transparenzprobleme ausgeräumt werden. Insofern wird sich die Frage, ob die beiden Bg mit ihren neu vorzulegenden Angeboten wiederum abweichen werden, nicht mehr erneut – jedenfalls nicht aus den vorliegenden Gründen – stellen. Ebenso wenig wird die ASt nicht nochmals die umstrittenen einschränkenden Zusätze in ihr Begleitschreiben aufnehmen wollen, entsprechendes hat sie jedenfalls nicht vorgetragen, so dass sich die Frage nach der Ausschlussbedürftigkeit ihres Angebotes ebenfalls nicht mehr stellen wird und damit auch nicht im Rahmen des Feststellungsantrags zu verbescheiden ist.

- c) Schließlich bestehen gegen die Zulässigkeit des ursprünglich gestellten Nachprüfungsantrags keine durchgreifenden Bedenken. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb der einschlägigen Schwellenwerte – sind ohne Weiteres und unstreitig erfüllt. Gleiches gilt im Rahmen der besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB, die bei der ASt als Bieterin im Vergabeverfahren ebenfalls zu bejahen ist. Die ihr gegenüber erhobenen Ausschlussgründe wären, käme es darauf an, im Rahmen der Begründetheit und nicht – wie die Ag meint – bereits im Rahmen der Antragsbefugnis zu prüfen. Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit im ausreichendem Maße nachgekommen. Dass sie dabei nur die Wertung der vor ihr liegenden Bieter angegriffen und damit nicht auch die von der Kammer aufgegriffene Intransparenz der Leistungsbeschreibung gerügt hat, wirkt sich nicht zu ihrem Nachteil aus. Denn insofern bestand keine Rügeobliegenheit. Aus ihrer Sicht war die Leistungsbeschreibung der Ag so zu verstehen, dass sie selbst – im Gegensatz zu den vor ihr liegenden Bietern – die Anforderungen erfüllte. Das unterschiedliche Verständnis der Verfahrensbeteiligten stellte sich erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens heraus. Zu diesem Zeitpunkt musste die ASt jedoch nicht mehr rügen.

2. Die Feststellungsanträge der ASt und der Bg sind insoweit begründet, als das Vergabeverfahren auf intransparenten und uneindeutigen Vorgaben in der Leistungsbeschreibung beruht, § 7 EG Abs 1 Nr. 1 VOB/A. Soweit ASt und Bg zu 2) den Ausschluss der bzw. des jeweils vor ihnen liegenden Bieter(s) begehrt haben, ist der Feststellungsantrag unbegründet.

- a) Die den Bietern seitens der Ag zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen sind unklar, so dass ein gleiches Verständnis der Bieter von der Leistungsbeschreibung i.S.d. § 7 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A und damit die Vergleichbarkeit der eingereichten Angebote nicht vorliegt. Eine Zuschlagserteilung im laufenden Vergabeverfahren kommt vergaberechtlich daher ebenso wenig in Betracht wie ein Ausschluss der beigeladenen Unternehmen, so dass die Ag zu Recht eine Korrektur der Unterlagen vornehmen wird.

Die Intransparenz hinsichtlich der aufgestellten Vorgaben der Ag ergibt sich aus Folgendem: Einerseits gibt die Ag den Bietern ein detailliert konstruktives Leistungsverzeichnis für die Angebotsabgabe an die Hand, welches auf 558 Seiten in 308 Positionen die zu erbringenden Leistungen beschreibt und schließt die Möglichkeit aus, Nebenangebote einzureichen (Ziffer II.1.9 der Bekanntmachung; Ziffer 5.1 der Angebotsaufforderung). Dies haben die ASt und die Bg zu 2) nach ihrem Vortrag als Aufforderung verstanden, ohne jede Abweichungsmöglichkeit die vorgegebenen technischen Anforderungen einhalten zu müssen, da ihnen anderenfalls der Ausschluss ihres jeweiligen Angebots von der Wertung drohe.

Andererseits sind ausweislich der Beschreibung des Konzeptes der [...] im Leistungsverzeichnis (dort Seite 23) und den Besonderen Hinweisen zur Kalkulation (Seite 24) nach den (insoweit gleichlautenden) Vorgaben der Ag, *„abweichende Materialstärken und Funktionalitäten [...] mit der Angebotsabgabe bekanntzugeben. Der Auftraggeber behält sich vor, die Qualität der eingesetzten Materialien von einem unabhängigen Prüflabor testen zu lassen.“*

Nach dem Verständnis der Ag sollte hiermit eine Öffnung des ansonsten vom Planer der Ag zu einem Großteil auf das System der ASt zugeschnittenen Leistungsverzeichnisses zugunsten alternativer Anbieter erreicht werden, um nicht mit dem Gebot der Produktneutralität in Konflikt zu geraten. Mindestanforderungen dahingehend, in welchen Leistungspositionen nach Auffassung der Ag Abweichungen möglich sein sollten und in welchem Umfang, enthält das Leistungsverzeichnis indes nicht. Bei vordergründiger Betrachtung könnte demnach von allen Leistungspositionen, die Materialien und Funktionalitäten enthalten, abgewichen werden. Ein Verständnis, welches die Bg zu 1) nach ihrem Vortrag bei der Erstellung ihres, von den konkret konstruktiven Vorgaben abweichenden

Angebots ebenfalls zu Grunde gelegt hat. Dies lässt sich nicht nur ihrem Vortrag im Nachprüfungsverfahren, sondern auch ihrem Angebot entnehmen. Dieses enthält eine 16-seitige Zusammenfassung der von ihr vorgesehenen technischen Ausführung, welche auch die von der ASt angegriffenen Stahlseile, Abzüge, Paneeltechnik, etc. beinhaltet. Insofern hat die Bg zu 1) die von ihr vorgesehenen Abweichungen im Sinne der Anforderung auf Seite 23 der Leistungsbeschreibung auch „bekannt gegeben“.

Keine der beiden genannten Verständnisvarianten kann für sich reklamieren, die allein gültig zu sein. Der offene Widerspruch lässt sich auch nicht durch Auslegung oder eine Klarstellung an anderer Stelle der Vergabeunterlagen beseitigen. Die Angebote wurden daher aufgrund völlig unterschiedlicher Ausgangsgrundlagen erstellt und sind daher, vergaberechtlich betrachtet, nicht miteinander vergleichbar.

- b) Hinzu kommt, dass eine korrekte Bewertung qualitativ unterschiedlicher Angebote bei (unterstellten) Abweichungsmöglichkeiten ohnehin nur in Betracht kommt, wenn neben dem Preis – welcher hier alleiniges Zuschlagskriterium war – zusätzlich qualitative Elemente in die Zuschlagsentscheidung Eingang finden (vgl. grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Dezember 2013, VII-Verg 22/13; Bundesgerichtshof, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13). Anderenfalls fehlt es auch insofern an der Vergleichbarkeit der Angebote bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung. Die in den genannten Beschlüssen gemachten Ausführungen zu qualitativen Elementen bei Planungsleistungen und technischen Abweichungen in Nebenangeboten lassen sich auf die vorliegende Situation übertragen. Denn die Bewertung qualitativ unterschiedlicher Angebote setzt immer voraus, dass sie jeweils den vom Auftraggeber aufgestellten Mindestanforderungen genügen, sowie dass die Angebote durch aussagekräftige, auf den jeweiligen Auftragsgegenstand und den mit ihm zu deckenden Bedarf zugeschnittene Zuschlagskriterien abgebildet werden können. Die Kriterien – so der BGH ausdrücklich – müssen ermöglichen, das (unterschiedliche) Qualitätsniveau von (Neben-)Angeboten und ihren technischen-funktionellen und sonstigen sachlichen Wert über die Mindestanforderungen hinaus nachvollziehbar und überprüfbar mit dem für die Hauptangebote nach dem Amtsvorschlag vorausgesetzten Standard zu vergleichen, so dass das wirtschaftlichste Angebot auf dieser Basis ermittelt werden kann. Daher ist unerheblich, ob die Qualitätsunterschiede in einem Nebenangebot

zum Amtsvorschlag oder – wie im vorliegenden Fall nach der Vorstellung der Antragsgegnerin – als „quasi-funktionale“ Abweichung in den Hauptangeboten verschiedener Bieter zu Tage treten. In beiden Fällen ist die vergleichende Betrachtung der Angebote über Qualitätskriterien geboten.

Die Ag hat - dem Hinweis der Kammer folgend – angekündigt, das Verfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen. Bei Fortbestehen ihres Beschaffungsbedarfs kann sie etwa die Ausgabe eines produktneutralen Leistungsverzeichnisses ohne Abweichungsmöglichkeiten in den einzelnen Positionen präferieren, ein offen produktspezifisches Leistungsverzeichnis (sofern die Voraussetzungen des § 7 EG Abs. 5ff. VOB/A vorliegen) mit dem Zusatz „gleichwertiger Art“ in den betroffenen Positionen oder aber Mindestanforderungen an (zuzulassende) Nebenangebote aufstellen, welche die qualitativen Abweichungen in Bahnen lenken. Beim Zulassen von Abweichungen muss dieses qualitative Element durch entsprechende qualitative Zuschlagskriterien auch erfasst werden.

- c) Nicht begründet sind die Feststellungsanträge bezüglich der weitergehenden Rechtsschutzziele gerichtet auf den Ausschluss des bzw. der jeweils vor der ASt und der Bg zu 2) liegenden Bieter(s). Insoweit sind die Feststellungsanträge zurückzuweisen. Denn bei Intransparenz der Vergabeunterlagen kann nur – wie dargestellt – die Zurücksetzung des Vergabeverfahrens, die Überarbeitung der Vergabeunterlagen und die Gelegenheit der Bieter, neue Angebote abzugeben, die Folge sein. Das weitergehende Rechtsschutzziel – nämlich der Ausschluss der Konkurrenten – wird von diesen Maßnahmen überholt.

Hinzuweisen ist lediglich darauf, dass ein Ausschluss von Angeboten auf der Grundlage einer intransparenten Grundlage ohnehin nicht in Betracht kommt; der Auftraggeber ist in einem derartigen Fall vielmehr gehalten, für eine vergaberechtskonforme Basis seiner Vergabeentscheidung zu sorgen. Insoweit besteht auch nach der Zurücksetzung aber weder eine hinreichend konkrete Wiederholungsfahr noch sind Feststellungen der Kammer hierüber als Grundlage für einen Schadensersatzanspruch notwendig (siehe bereits oben unter II. 1 c)).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 GWB.

Die Ag ist aufgrund der von der Kammer getroffenen Feststellung der Rechtswidrigkeit ihrer Leistungsbeschreibung teilweise als Unterliegende des Feststellungsverfahrens anzusehen, § 128 Abs. 3 S. 1 GWB.

Die ASt ist mit ihrem Feststellungsantrag ebenfalls nicht zur Gänze durchgedrungen. Ihr primäres mit dem Nachprüfungsantrag verfolgtes Ziel war es, die in der Wertung vor ihr liegenden Bg zu 1) und zu 2) auszuschließen und nach der von ihr begehrten Neuwertung als drittplatziertes Unternehmen faktisch den Zuschlag zu erhalten. Dieses Ziel hat sie nicht erreicht. Unerheblich ist dabei, dass die Anträge der ASt allgemein formuliert waren und ihr Begehrt lediglich die Herstellung vergaberechtmäßiger Zustände umfasste.

Die Nachprüfungsinstanzen sind grundsätzlich nicht an die Anträge gebunden; die Entscheidung zur Kostentragung orientiert sich daher nicht automatisch an den Anträgen der Verfahrensbeteiligten. Die im Nachprüfungsverfahren gestellten Anträge haben nicht die Funktion, den Streitgegenstand oder den Umfang des Nachprüfungsverfahrens exakt zu bestimmen. Für die Beurteilung des Umfangs des Obsiegens und Unterliegens kommt es vielmehr auf den Ausgang des Verfahrens im Verhältnis zu den gestellten Anträgen an, ob also das vom Antragsteller verfolgte Verfahrensziel auch materiell erreicht worden ist. Bei einer dem gestellten Antrag und der Intention des Antragstellers nicht entsprechenden Entscheidung ist dann ein Teilunterliegen in der Sache anzunehmen, (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. März 2012, VII-Verg 65/11; Losch in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl., § 128 GWB, Rn. 16f). Die Auslegung des Begehrt der ASt ergibt im vorliegenden Fall, dass sie den rechtswidrigen, von der Ag herbeigeführten Zustand gerade nicht in der – später von dieser abgeholten – Intransparenz der Vorgaben der Leistungsbeschreibung, sondern vielmehr in der Abweichung der Bg zu 1) und Bg zu 2) von der Leistungsbeschreibung erachtete, weshalb sie deren Ausschluss verfolgte. Die von der ASt angeführten Ausschlussgründe bejahend hätte zur Neuwertung der Angebote und damit – der Preis war alleiniges Zuschlagskriterium – zum Zuschlag zugunsten der drittplatzierten ASt geführt. Versetzt ein Auftraggeber in einer derartigen Situation das Verfahren lediglich zurück, ohne den begehrten Ausschuss vorzunehmen, ist nur von einem Teilobsiegen der ASt auszugehen, da sie lediglich die Zuschlagserteilung an die Bg zu 1) verhindert und sich selbst die Chance auf Beteiligung an einer neuen Angebotsrunde

erhalten hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Dezember 2006, VII-Verg 43/06; Beschluss vom 12. Mai 2011, VII-Verg 32/11)). Diese Überlegungen gelten sowohl für den ursprünglich gestellten Hauptantrag, wie auch für den nach der Erledigung (um-)gestellten bzw. aufrechterhaltenen Feststellungsantrag der ASt. Denn diese kann im Feststellungsantrag nicht besser gestellt werden als bei einer (hypothetischen) Entscheidung in der Sache vor der Erledigung. Sinn und Zweck des (Fortsetzungs-)Feststellungsantrags ist es, dass der Verfahrensbeteiligte durch die Erledigung nicht um die Früchte des von ihm geführten Nachprüfungsverfahrens gebracht werden soll. Wo aber bislang keine oder jedenfalls nicht sämtliche Früchte in diesem Sinne gegeben waren, erwachsen der ASt durch die eben nur teilweise erfolgte Abhilfe ihres Begehrens auch keine neuen. Ebenso wenig kann der Feststellungsantrag der ASt nur auf den von der Kammer als rechtswidrig erkannten Teil – hier die Intransparenz der Leistungsbeschreibung – reduziert werden. Eine entsprechende Beschränkung des ursprünglichen Antrags hätte sich als Teilrücknahme dargestellt, was ebenfalls zu einer Kostentragungspflicht der ASt geführt hätte.

Die analogen Überlegungen gelten für den Fortsetzungsfeststellungsantrag der Bg zu 2). Auch diese dringt letztlich mit ihrem Vortrag, die Bg zu 1) sei - bei Annahmefähigkeit des eigenen Angebots - auszuschließen (Antrag zu 1. im Schriftsatz vom 3. September 2014), nicht durch. Insofern ist auch die Bg zu 2) aus den gleichen Gründen als teilweise unterlegen zu betrachten.

Die Bg zu 1) ist demgegenüber nicht an der Kostentragung zu beteiligen. Hinsichtlich der von der ASt und der Bg zu 2) verfolgten Feststellungsbegehren fehlt es diesbezüglich bereits an dem hierfür erforderlichen Interessengegensatz zur Bg zu 1) (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Denn nach der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens kann die Entscheidung über die Feststellung einer Rechtsverletzungen zu Lasten anderer nicht mehr die Rechtsposition der Bg zu 1) berühren, weshalb eine Interessenberührung und damit eine Kostenbeteiligung ihrerseits ausscheidet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05; Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 11. August 2014, VK1 – 54/14).

Das Unterliegen der Verfahrensbeteiligten wird von der Kammer als gleichwertig betrachtet und daher eine Kostentragungspflicht von jeweils einem Drittel ausgesprochen. Die Beteiligten haften nach Kopfteilen und nicht als Gesamtschuldner (vgl. § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB), da aufgrund der divergierenden Interessenslagen ein gemeinsames Obsiegen bzw. Unterliegen i.S.d. § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht quantifizierbar ist. Dies betrifft insbesondere die Bg zu 2), die weder eindeutig dem Lager der Ag, noch dem Lager der ASt zugeordnet werden kann.

Denn sie bekämpft einerseits den Vortrag der ASt hinsichtlich der Ausschlussbedürftigkeit ihres eigenen Angebots, andererseits tritt sie der ASt auf die Ausschlussbedürftigkeit des Angebotes der Bg zu 1) bei. Ebenso schlägt sie sich auf die Seite der Ag, soweit diese Ausschlussgründe gegen die ASt geltend macht, wendet sich jedoch gegen sie, soweit das Verständnis von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung in Streit steht.

Da die Verfahrensbeteiligten zu gleichen Teilen unterliegen und durch die Hinzuziehung jeweils einer Verfahrensbevollmächtigten Aufwendungen in vergleichbarer Höhe hatten, wird von einer Anordnung der wechselseitigen Aufwunderungserstattung abgesehen und die jeweiligen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten somit gegeneinander aufgehoben.

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

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

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.

