



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 144/16

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Juristische Beratungsleistung beim Neubau [...]“ (EU-Bekanntmachung: [...]) hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Ott auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 2017 am 8. Februar 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

## Gründe:

### I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb die Vergabe „Juristische Beratungsleistung beim Neubau [...]“ als Rahmenvereinbarung [...] 2016 im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Wettbewerb europaweit aus.

Als Ergebnis des Teilnahmewettbewerbs forderte die Ag die Antragstellerin (ASt), die Beigeladene (Bg) sowie weitere Rechtsanwaltskanzleien zur Angebotsabgabe auf.

Als Zuschlagskriterien sahen die Vergabeunterlagen (vgl. Abschnitt B.3. der Bewerbungsbedingungen sowie das Dokument „Angebotswertungsmethoden und -kriterien“) zum einen den Preis mit einer Gewichtung von 30% und zum anderen „Sonstige Kriterien“ mit einer Gewichtung von 70% vor. Bei den „Sonstige Kriterien“ handelt es sich um das Kriterium „Qualität der Angebotsunterlagen“ mit einer Untergewichtung von 35% und den Unterkriterien „thematische Herangehensweise“, „Personaleinsatzkonzept“ und „Qualitätssicherungskonzept“ einerseits und das Kriterium „Reaktionszeit“ mit einer Untergewichtung von 65% andererseits. Das Kriterium „Reaktionszeit“ wird dabei wie folgt beschrieben:

*„Die Bieter haben darzulegen, wie sie die Reaktionszeit auf ökonomische Weise anhand konzeptioneller Ansätze sicherstellen:*

- auf wirtschaftliche Weise eine kurzfristige Präsenz (innerhalb von 24 Std. gemäß § 5 des Beratungsvertrages) vor Ort sichergestellt werden kann*
- Darlegung der telefonischen und elektronischen Verfügbarkeit“*

Zur Bewertung mit Punkten und zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots heißt es unter Abschnitt B.3. der Bewerbungsbedingungen:

*„Bei der Bewertung der einzelnen Leistungskriterien werden je Kriterium 10, 7, 5, 2 oder 0 Punkte nach folgendem Muster vergeben:*

- 10 Punkte Volle Zielerfüllung*
- 7 Punkte Hoher Zielerfüllungsgrad mit geringen Einschränkungen*
- 5 Punkte Durchschnittlicher Zielerfüllungsgrad*

- 2 Punkte Geringer Zielerfüllungsgrad
- 0 Punkte Keine Zielerfüllung

*Nach der Bewertung der einzelnen Leistungskriterien erhält jedes Leistungskriterium gewichtete Leistungspunkte. Die Summe der gewichteten Leistungspunkte ergibt die Leistungskennzahl des jeweiligen Angebots.*

*Die Wirtschaftlichkeit der Angebote wird nach der UfAB II Methode „Gewichtung von Preis und Leistung“ in eine Rangfolge gebracht. Dabei werden die Leistungskennzahl und die Preiskennzahl über die Gewichtungsfaktoren summiert und ergeben damit die Wertungskennzahl, die die Rangfolge der Angebote bestimmt.“*

Am 4. Oktober 2016 versandte die Ag die Antwort auf eine Bieterfrage zur vorgesehenen Bewertung der einzelnen Kriterien mit Punkten an alle Bieter; darin heißt es:

„...“

*Frage: „Um Konkretisierung der bekanntgegebenen Wertungskriterien „Qualität der Angebotsunterlagen“ und „Reaktionszeit“ wird gebeten.*

...“

*Um Erläuterung dieser Wertungsmaßstäbe, d.h. wann ist von einer*

- *vollen Zielerfüllung*
- *hohem Zielerfüllungsgrad mit geringen Einschränkungen*
- *durchschnittlichem Zielerfüllungsgrad*
- *geringem Zielerfüllungsgrad*
- *keiner Zielerfüllung [auszugehen]*

*wird gebeten.“*

*Antwort:*

*Die Wertungsmaßstäbe sind im Wesentlichen von der Nachvollziehbarkeit der Konzepte in Verbindung mit der gebotenen Detaillierung abhängig. Eine volle Zielerfüllung ist gegeben, wenn die abgefragten sonstigen Kriterien durch die darzulegenden Konzepte sehr gut nachvollziehbar, vollumfänglich und lückenlos dargelegt werden.*

*Keine Zielerfüllung ist dann gegeben, wenn die darzulegenden Konzepte nicht nachvollziehbar bzw. sehr verallgemeinert und somit nicht aussagekräftig dargelegt sind.*

*Die Beurteilung zwischen voller Zielerfüllung und keiner Zielerfüllung ergeben sich durch entsprechende Abstufungen vorgenannter Wertungsmaßstäbe.“*

Unter anderem die ASt sowie die Bg reichten jeweils zunächst ein erstes, indikatives Angebot ein. Die Ag führte anschließend mit allen Bietern jeweils ein Verhandlungsgespräch. Die ASt –

wie auch andere Bieter – wurden auf die qualitätsbezogenen Kriterien hingewiesen, in denen ihr Angebot bisher nicht die volle Punktzahl erhalten hatte, sowie auf die Gründe dafür. Zudem wurden die Bieter zur Abgabe eines zweiten, finalen Angebots aufgefordert. Als Gesprächsinhalt wurde des Weiteren von der Ag in der Vergabeakte (allerdings nicht im an die ASt verschickten Protokoll) folgender Hinweis festgehalten:

*„Durch die in der Verhandlung angesprochenen Punkte kann – durch entsprechende Nachbesserung des/der Konzeptes/Konzepte – die Möglichkeit bestehen, die volle Punktzahl zu erreichen. Sollte dies der Fall sein, ist der Preis der ausschlaggebende Faktor bei Endbewertung.“*

Sowohl die ASt als auch die Bg sowie auch weitere Bieter gaben daraufhin ein zweites, abschließendes Angebot ab.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2016 informierte die Ag die ASt, dass sie das Angebot der ASt nicht berücksichtigen könne. Es sei beabsichtigt, das Angebot von „[...] Rechtsanwälte“ zu bezuschlagen. Das Angebot der ASt habe zwar die Höchstpunktzahl in den Leistungskriterien erhalten, ausschlaggebend dafür, dass das Angebot sich nicht als das wirtschaftlichste herausgestellt habe, sei aber letztendlich der Preis bzw. der Stundensatz gewesen; dies habe die Ag bereits in der Verhandlung kommuniziert.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 rügte die ASt die beabsichtigte Vergabeentscheidung; sie beruhe auf einer unzulässig nivellierenden Angebotswertung bei den Leistungskriterien – die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots allein anhand des niedrigsten Preises sei damit vergaberechtswidrig – sowie auf einem unzulässigen Wertungssystem; die Wertungsmaßstäbe seien zu unbestimmt. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Mit Schreiben vom 21. Dezember 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 22. Dezember 2016 übermittelt.

Mit Nachricht vom 22. Dezember 2016 auf dem von der Ag genutzten Vergabeportal bat die Ag die Bieter um unverzügliche Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist der Angebote, „spätestens jedoch bis zum 23.12.2016“; an diesem Tag lief die ursprüngliche Bindefrist der Angebote ab. Am 23. Dezember 2016 kontaktierte der nach Einleitung des

Nachprüfungsverfahrens beauftragte Verfahrensbevollmächtigte der Ag telefonisch unter anderem die Bg und informierte sie über den Nachprüfungsantrag. In dem Telefonat betonte die Bg ihr großes Interesse an der streitgegenständlichen Rahmenvereinbarung. Nachdem der Verfahrensbevollmächtigte der Ag mit E-Mail vom 26. Dezember 2016 Rückfragen zum Angebot der Bg gestellt hatte, kam die Bg dieser Aufforderung mit Stellungnahme vom 27. Dezember 2016 nach; zudem rügte sie mit Schreiben vom 28. Dezember 2016 die Wertung und beantragte bei der Vergabekammer Beiladung zum vorliegenden Nachprüfungsverfahren. Mit Telefax vom 2. Januar 2017 erklärte die Bg für ihr Angebot die Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist.

Mit E-Mail vom 30. Dezember 2016 schloss die Ag den Bieter [...] Rechtsanwälte wegen unzulässiger Änderungen bzw. Ergänzungen der Vergabeunterlagen gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV sowie Fehlens erforderlicher Preisangaben nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV aus und wies eine Rüge des Bieters später (mit Schreiben vom 4. Januar 2017) zurück.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt zum einen geltend, dass die Ag bei der Angebotswertung anhand der qualitativen Kriterien den Qualitätsunterschieden der einzelnen Angebote nicht ausreichend Rechnung durch entsprechende Abstufungen bei den Bepunktungen getragen habe. Vielmehr habe die Leistungsbewertung zu einer unzulässigen Nivellierung geführt. Eine Angebotswertung sei jedoch nur dann rechtmäßig, wenn alle Angebotsinhalte, die dem Auftraggeber anhand der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien einen Mehrwert bringen würden, zur Aufwertung dieses Angebots im Vergleich zu anderen Angeboten führen würde, die diesen Mehrwert nicht beinhalten würden. Eine unzulässige Nivellierung und damit einen Wertungsfehler habe die Ag vorgenommen, indem sie das Angebot der Bg – sowie auch das Angebot der zunächst für den Zuschlag vorgesehenen Kanzlei – in qualitativer Hinsicht nicht deutlich schlechter als das Angebot der ASt bewertet habe. Insbesondere müsse das Angebot der Bg im Hinblick auf das Kriterium „Reaktionszeit“ schlechter bewertet werden als das der ASt, da diese ihr Büro in [...] habe, während die entsprechenden Kanzleistandorte der Bg deutlich entfernter in [...] und [...] lägen; dies bedeute für persönliche Beratungsleistungen vor Ort bei der Ag in [...], dass die Reaktionszeiten der Bg aufgrund der unterschiedlichen Entfernungen deutlich länger seien als die der ASt. Die gravierenden Divergenzen bei den Reaktionszeiten könne die Ag im Rahmen der Wertung nicht unbeachtet lassen. Die Vergabeunterlagen sähen gerade eine graduelle Bewertung der Reaktionszeit bei Vorgabe einer Mindestbedingung (von 24 Stunden) vor, so dass eine kürzere Reaktionszeit honoriert und eine längere Reaktionszeit schlechter bewertet werden müsse.

Auch sei beim Kriterium „Reaktionszeit“ wertungsrelevant, ob und wie „auf wirtschaftliche Weise“ eine kurzfristige Präsenz vor Ort sichergestellt werde. Zugleich habe der Auftragnehmer gemäß § 4 Abs. 2 des ausgeschriebenen Beratungsvertrags unter anderem einen Anspruch auf Erstattung von Fahrtkosten, und zwar auch für notwendige Fahrten zur Ag. Folglich müssten die aus dem längeren Anfahrtsweg resultierenden deutlich höheren Reisekosten der Bg durch Punkteabzug bei Bewertung des Kriteriums „Reaktionszeit“ berücksichtigt werden.

Zum anderen macht die ASt geltend, dass das von der Ag verwendete Wertungssystem intransparent sei. Denn einerseits habe sich weder aus den bekanntgegebenen Wertungskriterien noch aus der Verhandlung bzw. deren Protokoll ergeben, dass die Zuschlagsentscheidung letztlich allein auf der Grundlage des niedrigsten Preises getroffen werde. Darüber hinaus könne das Wertungssystem wegen der Unbestimmtheit der zugrundeliegenden Wertungsmaßstäbe keinen Bestand haben. Insbesondere sei auch für den fachkundigen Marktteilnehmer nicht objektiv nachvollziehbar, welche konkreten Unterschiede eine „volle Zielerfüllung“ von einem „hohen Zielerfüllungsgrad mit geringen Einschränkungen“ unterscheide. Das von der Ag bekanntgegebene Wertungssystem (für die Bepunktungen) überlasse ihr bei der Angebotswertung ein gänzlich ungebundenes, freies Ermessen und gestatte daher objektiv willkürliche Bewertungen. Bereits wegen der damit verbundenen theoretischen Gefahr von Manipulationen sei der Auftraggeber zur Festlegung und Bekanntgabe von transparenten Bewertungsmaßstäben verpflichtet, was vorliegend unterblieben sei.

Nach erfolgter Akteneinsicht macht die ASt des Weiteren geltend, dass die Ag die Angebotspreise für die Angebotswertung in Punkte umgerechnet habe, ohne die Umrechnungsmethode vorher bekanntzugeben.

Schließlich könne auf das Angebot der Bg kein Zuschlag mehr erteilt werden, da die Bg es nicht innerhalb der Bindefrist verlängert habe und das Angebot damit erloschen sei. Die verspätet abgegebene Erklärung der Bindefristverlängerung dürfe aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung nicht mehr berücksichtigt werden.

Insbesondere sei die ASt auch nicht mit ihrem Nachprüfungsantrag nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert, soweit sie das Wertungssystem als intransparent und damit vergaberechtswidrig beanstande. Denn „erkennbar“ im Sinne der Vorschrift könne ein Verstoß nur dann sein, wenn die Rechtslage insoweit eindeutig sei und es „keine zwei Meinungen“

gebe; nur dann könne ein Rechtsverstoß auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhen und sofort ins Auge fallen, wie es die Rechtsprechung verlange. Lediglich mögliche, vermutete Vergaberechtsverstöße würden hingegen keine Rügeobliegenheit auslösen. Es könne zudem nicht erwartet werden, dass eine Bau- und Vergaberechtskanzlei das atmosphärische Verhalten zum potenziellen, sehr begehrten Mandanten belaste, ohne dass der potenziell zu rügende Vergaberechtsverstoß wirklich sicher feststehe. Vorliegend habe zwar der zuständige Vergabesenat beim OLG Düsseldorf die Frage der Transparenz von Bewertungsmaßstäben mehrfach aufgeworfen, jedoch sei diese Frage noch nicht abschließend beantwortet worden im Sinne einer allgemeinen Überzeugung der Vergabepaxis. Insbesondere habe das OLG Dresden ein Wertungssystem als vergaberechtskonform bestätigt, das ähnlich floskelhaft den Erwartungshorizont des Auftraggebers beschrieben habe wie das streitgegenständliche System. Darüber hinaus habe der EuGH entschieden, dass keine Pflicht des Auftraggebers zur Bekanntgabe der Bewertungsmethode bestehen könne (Urteil vom 14. Juli 2016, Rs. C-6/15). Das OLG Düsseldorf habe erst mit Beschluss vom 2. November 2016 (VII-Verg 25/16) seine Anforderungen an die notwendige Konkretisierung eines sog. Schulnotensystems bekanntgegeben. Da intransparente Wertungssysteme im Übrigen trotz allem gängige Praxis seien, fehle es an der Erkennbarkeit.

Die ASt beantragt,

1. der Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor Absendung der Vorabinformation gemäß § 134 GWB zurückzusetzen und die Angebotswertung nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
2. hilfsweise geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen der ASt zu beseitigen;
3. der ASt gemäß § 165 Abs. 1 GWB die Einsichtnahme in die Vergabeakten zu gestatten;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt aufzuerlegen.

Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen, hilfsweise wird beantragt, dass er zurückgewiesen wird.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die ASt.
3. Die Hinzuziehung des Bevollmächtigten für die Ag wird für notwendig erklärt.

Der Nachprüfungsantrag sei nach Ansicht der Ag schon als unzulässig zu verwerfen, da die ASt mit ihren Rügen präkludiert sei. Bei der ASt handele es sich um eine vergaberechtlich sehr fachkundige Kanzlei, so dass davon auszugehen sei, dass ihr die sog. Schulnoten-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, das im vorliegenden Fall das zuständige Beschwerdegericht sei, bekannt sei. Die ASt habe daher auch frühzeitig erkannt bzw. es sei für sie erkennbar gewesen, dass die Wertungsmatrix vergabefehlerhaft gewesen sei. Die ASt habe allein aus Opportunismus nicht frühzeitig gerügt. Gleiches gelte für den geltend gemachten Verstoß der aus Sicht der ASt unzulässig nivellierenden Wertung. Aus dem Verhandlungsgespräch habe sie erfahren, dass nicht nur sie, sondern auch die anderen Bieter in der finalen Angebotsrunde die Chance bekommen würden, ihre Angebote in qualitativer Hinsicht zu optimieren, so dass letztlich nur der Preis entscheidend sei.

Zudem sei der Nachprüfungsantrag der ASt unbegründet. Die Angebotswertung sei vergaberechtskonform erfolgt. Das Angebot der Bg habe zu Recht wie das der ASt eine qualitative Bewertung mit der Höchstpunktzahl von 10 Punkten erhalten. Ein qualitativer Unterschied zwischen Angeboten müsse bei einer Angebotsbewertung nur berücksichtigt werden, wenn der Unterschied tatsächlich einen Mehrwert für den Auftraggeber bedeute; diesbezüglich stehe dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu. Dass das Kriterium „Reaktionszeit“ vorliegend einen sehr hohen Stellenwert habe, bedeute nicht, dass das Angebot der ASt nur wegen der größeren räumlichen Entfernung des Büros der Bg automatisch besser bewertet werden müsse. Eine Bevorzugung regional näherer Kanzleien sei auch vergaberechtswidrig. Die Kosten für eine Anreise per Bahn seien auch überschaubar und würden im Vergleich zur eigentlichen Vergütung für die Beratungsleistungen nicht ins Gewicht fallen. Es sei bei der Sicherstellung der „Reaktionszeit auf ökonomische Weise anhand konzeptioneller Ansätze“ nicht um eine Preisbewertung, sondern um ein entsprechendes Preis-Leistungs-Verhältnis gegangen. Die nachträgliche Verschriftlichung und damit ausführliche Dokumentation der Bewertung der qualitativen Kriterien – wie sie hier erfolgt sei – sei im Übrigen vergaberechtlich zulässig.

Auch sei den Vergabeunterlagen – entgegen der Auffassung der ASt – ohne weiteres zu entnehmen gewesen, wie der Angebotspreis in Punkte umgerechnet werde. Denn in den Bewerbungsbedingungen sei unter Abschnitt B.3. auf die Bewertungsmethode UfAB II verwiesen worden; daraus ergebe sich unter anderem, wie die angebotenen Preise in Punkte umgerechnet würden.



Das Angebot der Bg könne auch bezuschlagt werden. Insbesondere stehe dem nicht entgegen, dass die Bg die Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist erst am 2. Januar 2017 erklärt habe. Bereits im Telefonat mit dem Verfahrensbevollmächtigten der Ag am 23. Dezember 2016 wie auch in der Folge habe die Bg stets ihr weiterhin bestehendes außerordentlich großes Interesse am Auftrag bekräftigt.

Mit Beschluss vom 4. Januar 2017 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden; die mit demselben Beschluss erfolgte Beiladung des Bieters [...] Rechtsanwälte wurde mit Beschluss vom 12. Januar 2017 aufgehoben. Der Antrag auf Beiladung einer ebenfalls beteiligten Bietergemeinschaft wurde mit Beschluss vom 16. Januar 2017 abgelehnt.

Die Bg beantragt,

1. den Vergabenachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass eine anwaltliche Vertretung der Bg zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Nach Auffassung der Bg ist die Schlussfolgerung der ASt, dass ihr Angebot besser bewertet werden müsse als das der Bg, weil ihr Kanzleisitz näher an dem Sitz der Ag sei als die Büros der Bg, mit den bekanntgegebenen Wertungsgrundlagen nicht vereinbar. An keiner Stelle sei vorgesehen, dass eine Verkürzung der Reaktionszeit auf weniger als 24 Stunden im Rahmen der Wertung berücksichtigt würde. Ein Wertungskriterium, das auf die konkrete Wegstrecke des Bieters zum Auftraggeber abstelle, sei zudem vergaberechtlich unzulässig, da hierdurch ortsansässige Unternehmen bevorzugt würden. Eine Anreise sei im Übrigen auch vom [...] Büro der Bg kurzfristig mit dem Zug möglich.

Soweit die ASt geltend mache, das Wertungssystem sei intransparent, sei die ASt nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Der angebliche Vergaberechtsverstoß sei für die Bieter erkennbar gewesen und habe daher bis zur Angebotsabgabe gerügt werden müssen; dies habe die ASt nicht getan. In Bezug auf die Erkennbarkeit sei auf den Bieterkreis abzustellen, an den sich das Vergabeverfahren wende. Die Ausschreibung richte sich hier an Rechtsanwälte, die auf dem Gebiet des Vergaberechts über herausragende Kenntnisse verfügen würden. Entsprechend qualifizierte Rechtsanwälte seien mit der komplizierten Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Wertungskriterien vertraut. Im Übrigen seien die bekanntgegebenen

Wertungsgrundlagen auch vergaberechtlich nicht zu beanstanden; vielmehr sei durch die Beschreibung der einzelnen Wertungskriterien für die Bieter ausreichend klar erkennbar gewesen, auf was die Ag Wert lege und wie sie die zu erstellenden Konzepte bewerten werde.

Soweit die ASt eine Nivellierung der Leistungsbewertung mit der Folge beanstande, dass allein der Angebotspreis entscheide, sei darin kein Vergaberechtsverstoß zu erblicken. Vielmehr sei zwangsläufig allein der Preis entscheidend, wenn sämtliche Bieter bezüglich aller anderen Kriterien die gleiche Punktzahl erhalten würden. Im Übrigen habe die Ag in den Verhandlungen auf diese mögliche Entwicklung hingewiesen.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 17. Januar 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 17. Januar 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 8. Februar 2017 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig.

- a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist eine Rahmenvereinbarung nach § 103 Abs. 5 GWB, die wie ein öffentlicher Auftrag, hier ein Dienstleistungsauftrag, zu behandeln ist. Sie überschreitet den maßgeblichen Schwellenwert nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB.
- b) Auch an der Antragsbefugnis der ASt gemäß § 160 Abs. 2 GWB bestehen keine Zweifel. Soweit geltend gemacht wird, dass der ASt kein Schaden zu entstehen drohe, da nach der Angebotswertung das Angebot der ASt hinter dem der Bg liegt, ist dies im Rahmen der Begründetheit zu prüfen; das Drohen eines entsprechenden Schadens im

Sinne einer Verschlechterung der Zuschlagschancen hat die ASt jedenfalls in Bezug auf die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße hinreichend dargelegt.

- c) Ihrer Rügeobliegenheit ist die ASt hingegen nur zum Teil ausreichend nachgekommen, indem sie mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 verschiedene Vergaberechtsverstöße beanstandete. Soweit sie erst nach Erhalt der Vorabinformation über die beabsichtigte Zuschlagserteilung die bekanntgegebenen Wertungsmaßstäbe wegen Intransparenz als vergaberechtswidrig beanstandet, ist ihre Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB verspätet und der Nachprüfungsantrag insoweit unzulässig. Denn dieser Verstoß war in den Vergabeunterlagen erkennbar im Sinne der genannten Vorschrift und hätte daher bereits bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt werden müssen; dies hat die ASt nicht getan.

Die Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstößes in den Vergabeunterlagen im Sinne des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB setzt voraus, dass neben der Erkennbarkeit der tatsächlichen Umstände, die den Verstoß begründen, auch in rechtlicher Hinsicht ein Verstoß für den Bieter erkennbar ist. Vorliegend kann dabei offen gelassen werden, ob hierbei auf den konkreten Antragsteller abzustellen ist (subjektiver Maßstab) oder auf einen durchschnittlichen fachkundigen und verständigen Bieter im fraglichen Vergabeverfahren (objektiver Maßstab); in der Rechtsprechung werden beide Ansätze vertreten (vgl. Dicks in: Ziekow/Völlink, § 107 GWB Rn. 50; Wiese in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, § 160 Rn. 157, jeweils m.w.N.), obwohl – da auch für die Auslegung und damit das Verständnis der Vergabeunterlagen der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter maßgeblich ist – der objektive Maßstab vorzugswürdig erscheint (vgl. auch Wiese in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, § 160 Rn. 157, mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 12. März 2015, C-538/13 – eVigilo, der auf einen „durchschnittlich fachkundigen und die übliche Sorgfalt anwendenden Bieter“ abstellt). Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass sowohl die ASt als auch ein durchschnittlicher fachkundiger und verständiger Bieter nicht nur den vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz kennt, dessen Verletzung nunmehr geltend gemacht wird, sondern auch die dazu ergangene Rechtsprechung (insbesondere des OLG Düsseldorf, vgl. etwa Beschluss vom 16. Dezember 2015, VII-Verg 25/15) in Bezug auf die Transparenzanforderungen an Wertungssysteme bzw. -maßstäbe. Denn sowohl bei der ASt als auch bei den potentiellen Bietern handelt es sich nämlich – da die ausgeschriebenen Leistungen neben vertragsrechtlichen Beratungsleistungen

insbesondere auch vergaberechtliche Beratungsleistungen umfassen – um Rechtsanwaltskanzleien, die einen fachlichen Schwerpunkt im Vergaberecht aufweisen; dies lässt sich schon an den im Teilnahmewettbewerb maßgeblichen Eignungsanforderungen und -nachweisen ablesen (vgl. Ziffer III.1.3) der Auftragsbekanntmachung zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit). Derartig fachkundige Kanzleien sind ohne Weiteres in der Lage, eine möglicherweise vergaberechtswidrige Intransparenz von Wertungsmaßstäben im Sinne der vorerwähnten Rechtsprechung (sog. Schulnotenproblematik) zu erkennen. Hinzu kommt vorliegend, dass gerade zu den Wertungsmaßstäben seitens eines anderen Bieters im Rahmen einer Bieterfrage um „Konkretisierung der Wertungskriterien“ und „Erläuterung der Wertungsmaßstäbe“ gebeten wurde, die die Ag gegenüber allen Bietern beantwortete. Dass eine Erkennbarkeit für andere Bieterkreise bei einer ähnlichen Ausschreibungsgestaltung in der Regel nicht gegeben sein wird (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Dezember 2015, VII-Verg 25/15), ist hierbei unerheblich, da allein der tatsächliche (potentielle) Bieterkreis maßgeblich ist.

Einer danach entstandenen Rügeobliegenheit der ASt gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB steht auch nicht entgegen – wie die ASt aber meint –, dass die Rechtsprechung zu den Transparenzanforderungen an Wertungsmaßstäbe noch nicht zu einer abschließenden Klärung dieser Problematik geführt hat und rechtliche Unsicherheiten diesbezüglich weiter bestehen. Denn Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit ist es, Bieter zu einem Zeitpunkt, zu dem es ihnen möglich ist (aufgrund von positiver Kenntnis oder Erkennbarkeit), zu verpflichten, Vergaberechtsverstöße frühzeitig (vorliegend bis zum Ablauf der Angebotsfrist) gegenüber dem Auftraggeber geltend zu machen, damit dieser gegebenenfalls Korrekturen am Vergabeverfahren vornehmen kann, und zwar zeitnah zum vermeintlichen Verstoß, um umfangreiche Zurückversetzungen im Vergabeverfahren zu vermeiden (vgl. auch EuGH, Urteil vom 12. März 2015, C-538/13 – eVigilo), oder bei Nichtabhilfe (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB) eine frühzeitige Klärung vor den Nachprüfungsinstanzen zu erreichen. Insofern dienen derartige Präklusionsfristen, die wie die eigentliche Ausschlussfrist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB dem Effektivitätsgebot des Rechtsschutzes, wobei hier der Aspekt der Rechtssicherheit zum Tragen kommt (vgl. auch EuGH, Urteil vom 12. März 2015, C-538/13 – eVigilo). Dem Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit, Bieter dazu zu zwingen, frühzeitig eine Klärung der jeweiligen Problematik herbeizuführen, würde es entgegenstehen, wenn die Rügeobliegenheit nur entstünde, wenn in rechtlicher

Hinsicht verlässlich feststünde – so verlangt es die ASt letztlich –, dass ein Verstoß vorliegt; eine Rügeobliegenheit würde dann – überspitzt formuliert – nur entstehen, wenn der anschließende Nachprüfungsantrag insoweit auch begründet wäre. Um hingegen den Zweck der Rügeobliegenheit zu erreichen, ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem ein Bieter, wenn er es denn für einen Verstoß hält, diesen erkennt oder hätte erkennen können. Dieses war im vorliegenden Fall bereits in der Phase der Angebotserstellung der Fall. Denn zu diesem Zeitpunkt existierte eine dezidierte Rechtsprechung des hier letztinstanzlich zuständigen OLG Düsseldorf zur sog. Schulnotenproblematik (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Dezember 2015, VII-Verg 24/15, m.w.N.), die der ASt als bekannt unterstellt werden kann und ihr dementsprechend eine Beanstandung der Vergabeunterlagen ermöglicht hätte. Dass sich die ASt stattdessen rügelos auf das Vergabeverfahren eingelassen hat, war ihre Entscheidung und kann nicht im Nachhinein zu Lasten der Ag korrigiert werden.

- d) Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt auf die Mitteilung der Nichtabhilfe vom 20. Dezember 2016 gewahrt.
2. Der Nachprüfungsantrag ist – soweit er zulässig ist – unbegründet. Entgegen der Auffassung der ASt ist das Angebot der Bg nicht wegen nachträglicher Verlängerung der Bindefrist auszuschließen bzw. nicht mehr zuschlagsfähig (siehe unten a)). Auch die Wertung der Angebote der ASt und der Bg, insbesondere im Vergleich zueinander und anhand des – insoweit nicht mehr angreifbaren – Wertungssystems, ist nicht zu beanstanden (siehe unten b)). Auch eine beanstandete Intransparenz bezüglich der Preiswertung ist tatsächlich nicht gegeben (siehe unten c)).
- a) Auf das Angebot der Bg ist weiterhin der Zuschlag möglich, so dass ein Ausschluss der Bg aus dem Vergabeverfahren nicht in Betracht kommt. Falls dem Telefonat des Verfahrensbevollmächtigten der Ag mit einem Vertreter der Bg am 23. Dezember 2016 (und damit innerhalb der ursprünglichen Bindefrist) nicht schon eine konkludente Verlängerung der Bindefrist zu entnehmen sein sollte – hier hat die Bg immerhin ihr weiterhin bestehendes Interesse an der Zuschlagserteilung zum Ausdruck gebracht, was ein Aufrechterhalten des Angebots implizieren könnte –, ist es in vergaberechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden, dass ein Zuschlag auch auf ein Angebot erteilt wird, für das erst nach Ablauf der eigentlichen Bindefrist diese nachträglich „verlängert“ wird. Zwar ist mit Ablauf der Bindefrist eine Zuschlagserteilung

auf das Angebot nicht mehr in dem Sinne möglich, dass der Auftraggeber durch ein einfaches „Ja“ gegenüber dem Bieter (Angebotsannahme) den Vertrag schließt, und zwar weil das Angebot zivilrechtlich nach §§ 146, 148 BGB erloschen ist. Wenn der Bieter allerdings im Nachhinein kundtut, dass er weiter an dem Angebot „festhält“ und damit das Angebot mit dem ursprünglichen (identischen) Angebotsinhalt „wiederauflebt“ (d.h. neu angetragen wird), existiert wieder ein Angebot, das vom Auftraggeber angenommen werden kann; einer Bezuschlagung dieses Angebots steht vergaberechtlich nichts entgegen (vgl. Dicks in: Ziekow/Völlink, § 107 GWB Rn. 11 und Fn. 48, m.w.N.). Dies gilt nach der Rechtsprechung für Angebote von Antragstellern in Nachprüfungsverfahren, muss jedoch auch für alle anderen Beteiligte bzw. sonstigen Bieter gelten.

- b) Die Angebotswertung durch die Ag dahingehend, dass das Angebot der ASt und der Bg im Wertungskriterium „Reaktionszeit“ gleichermaßen – wie auch in den anderen qualitativen Kriterien – die Höchstpunktzahl erhalten hat und mithin der angebotene Stundensatz (Preis) allein für die Rangfolge zwischen den Angeboten maßgeblich war, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der ASt stellt die bezüglich der qualitativen Kriterien vorliegend im Rahmen der Angebotswertung eingetretene Nivellierung der Leistungspunkte keinen Verstoß gegen Vergaberecht dar. Insbesondere stellt sie keine – nach § 127 Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 GWB verbotene – Abweichung von den bekanntgegebenen Wertungskriterien dar.

Dass nach dem bekanntgegebenen Wertungssystem der Fall eintreten kann, dass bei gleicher Qualität der Angebote (gemessen an den qualitativen Zuschlagskriterien und Unterkriterien) der Angebotspreis allein maßgeblich dafür ist, welches Angebot den Zuschlag erhält, ergibt sich unmittelbar aus dem System selbst und war für jeden Bieter klar erkennbar. Zudem handelt es sich hier um eine Ausschreibung, die sich an einen von vornherein eingeschränkten Bieterkreis – nämlich bau- und vergaberechtlich versierte Anwaltskanzleien mit mehrjähriger Erfahrung – richtete, so dass mit einer hohen qualitativen Leistungsdichte der eingereichten Konzepte gerechnet werden musste. Dementsprechend wurden die Bieter auch in den Verhandlungsgesprächen auf den Umstand hingewiesen wurden, dass allein der Preis entscheidend sein könne. Darüber hinaus konnte die ASt aus ihrem eigenen Verhandlungsgespräch ersehen, dass die Ag dieses nutzte, um auf Angebotsdefizite bzw. Verbesserungsmöglichkeiten hinzuweisen; dem konnte die ASt ohne Weiteres entnehmen, dass die

Verhandlungsrunde der Optimierung der Angebote vor allem in qualitativer Hinsicht diene, so dass diese sich insoweit zwangsläufig noch weiter annähern würden. Dass vorliegend nunmehr für die Rangfolge der Angebote der ASt und der Bg der Preis entscheidend war, verstößt daher nicht gegen das bekanntgegebene Wertungssystem.

Aber auch die Angebotswertung in Bezug auf die Qualität der Angebote, die vorliegend zu einer gleich hohen Bepunktung geführt hat, – hier liegt der Schwerpunkt der Beanstandung durch die ASt – weicht nicht in vergaberechtswidriger Weise vom bekanntgegebenen – und als solchem von der ASt nicht weiter angreifbaren (siehe oben 1.c)) – Wertungssystem und dort speziell dem Wertungskriterium „Reaktionszeit“ ab. Die ASt ist hier der Auffassung, dass die unterschiedlichen Entfernungen des Büros der ASt [...] einerseits und des Büros der Bg [...] andererseits zum Standort der Ag zwingend zu einer unterschiedlichen Bepunktung der Angebote (aufgrund unterschiedlicher Anreisezeiten und Reisekosten) hätte führen müssen. Eine solche zwingende Differenzierung lässt sich dem bekanntgegebenen Wertungssystem jedoch nicht entnehmen.

Das bekanntgegebene Wertungskriterium „Reaktionszeit“ enthält zwei Aspekte, die – wie sich aus den Angebotskonzepten ergeben soll – auf ökonomische Weise sicherzustellen sind. Der hier maßgebliche Aspekt ist, wie „auf wirtschaftliche Weise eine kurzfristige Präsenz (innerhalb von 24 Std. gemäß § 5 des Beratungsvertrages) vor Ort sichergestellt werden kann“. Für die Bewertung mit Punkten gilt dabei der vorliegend einheitlich für alle qualitativen Wertungskriterien vorgesehene Maßstab von Erfüllungsgraden (von „Keiner Zielerfüllung“ (0 Punkte) bis zur „Vollen Zielerfüllung“ (10 Punkte)). Die Erfüllungsgrade sind dabei nicht weiter konkretisiert auf die einzelnen Kriterien; insbesondere gibt es keine Vorgaben zu (Punkt-)Abstufungen im Hinblick auf einzelne Aspekte der Reaktionszeit, und zwar weder in abstrakter noch in konkreter Form, wie etwa Abstufungen nach Länge der Anreisezeiten oder Entfernungen zum Standort der Ag. Der Ag stand somit bei der Zuordnung der Angebote zu Erfüllungsgraden ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu.

Den ihr insoweit zustehenden Beurteilungsspielraum hat die Ag in von den Nachprüfungsinstanzen nicht zu beanstandender Art und Weise ausgefüllt. Insbesondere stellt es sich nicht als sachwidrig dar, dass die Ag trotz der unterschiedlichen Entfernungen der Büros der ASt und der Bg und der damit unter

Umständen einhergehenden unterschiedlich hohen, separat zu erstattenden Reisekosten keine Differenzierung in der Bewertung gemacht hat. Denn zunächst muss der Auftraggeber nicht jeden Unterschied zwischen Angeboten als Mehrwert für sich betrachten, den er dann entsprechend besser bepunkten muss; vielmehr ist ihm auch diesbezüglich ein Spielraum dahingehend einzuräumen, dass er graduelle Unterschiede der Angebote zu Spannen zusammenfasst, in denen aus seiner Sicht die Angebote gleichwertig sind und daher dieselbe Punktzahl erhalten. Hier hat die Ag – ohne dass es sachwidrig erscheint – keinen Unterschied im Sinne eines unterschiedlich zu bepunktenden Mehrwerts zwischen den beiden Angeboten der ASt und der Bg aufgrund der unterschiedlichen Entfernungen (von etwa 200 km bei der Bg und etwa 30 km bei der ASt) gesehen. Insbesondere ist auch nicht erkennbar, dass in Anbetracht der ausgeschriebenen Leistungen der mit den Entfernungen verbundene Unterschied bezüglich der Anreisezeiten von wenigen Stunden im vorliegenden Fall von so entscheidender Bedeutung für die Durchführung der Rahmenvereinbarung ist, dass es auf geringe zeitliche Unterschiede zwingend ankäme, zumal neben der persönlichen Präsenz gerade auch die telefonische und elektronische Verfügbarkeit im Rahmen der Kriteriums „Reaktionszeit“ abgefragt wurde und daher die persönliche Präsenz möglicherweise nicht dermaßen im Vordergrund steht, dass hier eine wertungsmäßige Differenzierung zwischen 200 km einerseits und 30 km andererseits geboten gewesen wäre. Auch die möglicherweise unterschiedlich hohen Reisekosten sind für die Ag erklärtermaßen und zulässigerweise nicht entscheidend. Bei umgekehrter Vorgehensweise seitens der Ag – insbesondere bei einer stark ausdifferenzierten Bewertung nach Entfernung und damit auch einer Differenzierung zwischen ortsansässigen Bietern einerseits und entfernteren Bietern andererseits – hätte sich im Übrigen die Frage gestellt, ob eine solche Bewertung der Ag in Anbetracht des Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatzes noch vergaberechtskonform gewesen wäre.

- c) Soweit die ASt nach Erhalt der Akteneinsicht das Wertungssystem noch insoweit beanstandet, als den Bietern nicht transparent bekanntgegeben worden sei, wie die angebotenen Preise in Punkte umgerechnet würden, ist dies tatsächlich schon nicht der Fall, da die Ag in den Bewerbungsbedingungen unter Abschnitt B.3. für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auf die UfAB-II-Methode verweist, die definitionsgemäß eine genau bestimmte Umrechnung der Angebotspreise in Punkte vorsieht. Im Übrigen kann in der vorliegenden Konstellation, in die Angebote dieselbe Qualitätsbewertung



erhalten haben, die Methode der Umrechnung in Preispunkte keinen Einfluss auf die Rangfolge und damit auf die Zuschlagschancen der ASt haben, da in diesem Fall immer der niedrigste Preis entscheiden würde; damit kann auch eine Verletzung der ASt in ihren Rechten insoweit nicht eintreten.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht zudem der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, der unterliegenden ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zur Bg begründet, indem sie deren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren geltend macht. Die Bg hat eigene Sachanträge gestellt und sich aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05; Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich über das in einem Vergabeverfahren Übliche hinausgehende Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben. Der entsprechende Antrag der Bg geht demgegenüber ins Leere, da sie tatsächlich keinen Verfahrensbevollmächtigten hinzugezogen hat.

### 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 Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet 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.

Behrens

Ohlerich