



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 5/17

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 7. Februar 2017 am 28. Februar 2017 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin rückgängig zu machen und das Angebot wieder in die Angebotswertung aufzunehmen.
2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldnerinnen sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin je zur Hälfte.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb die Vergabe „Juristische Beratungsleistung beim Neubau [...] als Rahmenvereinbarung Anfang Juli 2016 im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Wettbewerb europaweit aus. Nebenangebote waren nach Ziffer II.2.10) der entsprechenden Auftragsbekanntmachung (vgl. auch Ziffer B.4. der Bewerbungsbedingungen) nicht zugelassen. In Ziffer IV.1.5) der Auftragsbekanntmachung heißt es ferner:

„Der öffentliche Auftraggeber behält sich das Recht vor, den Auftrag auf Grundlage der ursprünglichen Angebote zu vergeben, ohne Verhandlungen durchzuführen.“

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

Im Abschnitt B. („Verhandlungsverfahren“) der Bewerbungsbedingungen heißt es unter Ziffer 1. („Verfahrenshinweise“) am Ende unter anderem:

„...“

Es ist beabsichtigt, eine hinreichende Anzahl von Bewerbungen (...) zur Abgabe eines Angebots aufzufordern und ggf. zu verhandeln. ...

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe wird auch die verbindliche Frist für die Abgabe der Angebote benannt werden. Verspätet eingegangene Angebote werden vom weiteren Verfahren ausgeschlossen.

[Die Ag] wird die Angebote anhand der Zuschlagskriterien (...) bewerten und mit den Bietern verhandeln. [Die Ag] behält sich vor, die drei bestbewerteten Anbieter zu einer Präsentation, die zur Prüfung der bereitgestellten Informationen und Unterlagen genutzt werden kann, einzuladen. Am Ende der Verhandlungsrunden werden die Bieter zur Abgabe finaler Angebote aufgefordert. [Die Ag] wird diese finalen Angebote anhand der festgelegten Zuschlagskriterien nochmals bewerten und über den Zuschlag entscheiden.

...

Auch in Phase 2 gilt: Alle mit den Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellten Formblätter und Vorlagen sind vollständig auszufüllen und an den dafür vorgesehenen Stellen zu unterschreiben. Die Preisangaben haben in den mit den Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellten Preisblättern bzw. auf dem Angebotsformblatt zu erfolgen. Bieter dürfen ihrem Angebot keine eigenen Vertragsbedingungen zugrunde legen. Änderungen an den Vergabeunterlagen sind unzulässig. Nichtbeachtung dieser Vorgaben führt zum Ausschluss des Angebots aus dem Vergabeverfahren.

Abweichend von dem generellen Verbot der Änderung der Vergabeunterlagen gilt im Verhandlungsverfahren jedoch, dass die Bieter Änderungsvorschläge zum Vertrag unterbreiten dürfen. Aus Gründen der Nachvollziehbarkeit und Transparenz sind diese Änderungen in einer Tabelle zusammenzustellen und entsprechend zu kennzeichnen. Nimmt ein Bieter an den Unterlagen Änderungen vor, ohne diese eindeutig zu kennzeichnen, kann er vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.“

Unter Ziffer B.5. der Bewerbungsbedingungen wird unter anderem ausgeführt:

„Der Bieter fügt dem Angebot ein Dokument bei, in dem er den Gesamtpreis sowie die technischen Daten des angebotenen Liefer- und Leistungsumfangs detailliert erläutert. ...“

Im Vertragsformular des abzuschließenden Beratungsvertrags, der gemäß Ziffer B.2. der Bewerbungsbedingungen nicht mit dem Angebot einzureichen war (aber Angebotsbestandteil wurde), heißt es in § 4 („Vergütung“) unter Ziffer 1.:

*„Der AN erhält für seine Leistung pro produktiver Arbeitsstunde folgende Vergütung:
€ zzgl. Umsatzsteuer in gesetzlicher Höhe“*

Den Vergabeunterlagen beigelegt war ein Formblatt, das von den Bietern zur Angebotsabgabe und insbesondere zur Angabe der geforderten Vergütung verwendet werden sollte (nachfolgend: Angebotsformblatt). Darin heißt es unter Ziffer 3. („Vergütung/Preis“):

„In der folgenden Tabelle sind alle fehlenden Angaben vom Bieter auszufüllen. Die Preisangaben in allen Feldern, die mit „Einzelpreis“ oder mit „Gesamtpreis“ überschrieben bzw. benannt sind, einzutragen. Sind Angaben in den Gesamtpreis-Feldern im Ergebnis der rechnerischen Prüfung des Angebots unrichtig oder fehlen gänzlich, dann sind allein die Angaben in den Einzelpreis-Feldern maßgeblich. Fehlen wesentliche Preisangaben, können diese gemäß § 56 Abs. 3 VgV nicht nachgefordert werden, so dass das Angebot auszuschließen ist.

Ich/Wir biete(n) die Durchführung des Vertrages und der beschriebenen Leistungen zu den von mir/uns gesetzten Preisen an. ...

<i>Hauptauftrag</i>		
<i>Nr.</i>	<i>Titel/Beschreibung</i>	<i>Vergütung für produktive Arbeitsstunde in € zzgl. Umsatzsteuer in gesetzlicher Höhe</i>
<i>A</i>	<i>Juristische Beratung gemäß Leistungsverzeichnis</i>	

...“

In der Angebotsphase wurde unter anderem eine Bieterfrage zu Ziffer B.5. der Bewerbungsbedingungen gestellt. Die Ag antwortete daraufhin unter dem 28. September 2016 Folgendes:

„...“

Bitte beachten Sie, dass es sich bei den Formblättern um standardisierte Unterlagen handelt, die nicht immer 100% zu der ausgeschriebenen Leistung zutreffen. Bezugnehmend auf die Ausschreibung erhalten Sie zur Klarstellung die folgenden Informationen:

1. Ein Gesamtpreis wird bei dieser Ausschreibung nicht verlangt. Lediglich fragen wir den Stundensatz ab. Dieser ist entsprechend an der vorgesehenen Stelle im Angebotsformblatt einzutragen.

2. ...“

Die ASt sowie die übrigen ausgewählten Bieter reichten jeweils zunächst ein erstes Angebot ein. Das Angebot der ASt enthielt im Angebotsformblatt in der Tabelle unter Ziffer 3. im Feld, in dem die Vergütung einzutragen war, zwei verschiedene Stundensätze, wobei der eine mit dem Zusatz „Partner“ und der andere mit dem Zusatz „Associates“ bezeichnet war.

Die Ag führte anschließend mit allen Bietern jeweils ein Verhandlungsgespräch. Im Protokoll des Verhandlungsgesprächs mit der ASt wurde von der Ag unter Ziffer 4. unter anderem Folgendes festgehalten:

„In dem Angebot wurden zwei Stundensätze angegeben. [ASt] wird gebeten, im überarbeiteten Angebot einen Stundensatz anzugeben. Sollten erneut zwei Stundensätze angegeben werden, wird der höhere Stundensatz zur Wertung herangezogen.“

In den Verhandlungsgesprächen wurden alle Bieter zudem zur Abgabe eines zweiten, finalen Angebots aufgefordert. Dieses zweite Angebot der ASt enthielt nur einen einheitlichen Stundensatz. Nach dem Ablauf der Angebotsfrist erfolgte die Wertung der Ag war das Angebot der ASt das wirtschaftlichste.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2016 teilte die Ag der ASt zunächst mit, dass sie beabsichtige, das Angebot der ASt nach Ablauf der Wartefrist nach § 134 GWB anzunehmen.

Nachdem ein weiterer Bieter [...] einen Nachprüfungsantrag gestellt hatte und daraufhin ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet worden war (unter dem Aktenzeichen VK 1-144/16), wiesen die von der Ag beauftragten Verfahrensbevollmächtigten die ASt mit E-Mail vom 26. Dezember 2016 darauf hin, dass sie im ersten Angebot zwei verschiedene Stundensätze für Partner respektive Associates angeboten habe und dies eine Änderung der Vergabeunterlagen darstelle, die zum Angebotsausschluss führen müsse, und gab der ASt Gelegenheit zur Stellungnahme. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2016 trat die ASt dieser Auffassung entgegen; es handele sich bei der Differenzierung zwischen den verschiedenen Stundensätzen um keine unzulässige Änderung oder Ergänzung der Vergabeunterlagen.

Mit E-Mail ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 30. Dezember 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass sie das Angebot der ASt wegen Änderung der Vergabeunterlagen und fehlender Preisangaben ausschließe.

Mit Schreiben vom 30. Dezember 2016 rügte die ASt gegenüber der Ag den Ausschluss ihres Angebots. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 4. Januar 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Mit Schreiben vom 10. Januar 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 11. Januar 2017 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen den Ausschluss ihres Angebots. Entgegen der Auffassung der Ag stelle die im ersten, indikativen Angebot vorgenommene Differenzierung zwischen Stundensätzen für Partner und Associates keine vergaberechtlich unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen dar. In den Ausschreibungsunterlagen finde sich keine Einschränkung dahingehend, dass lediglich die Abgabe eines einzigen Stundensatzes zulässig sein solle. Vielmehr würden die Aufmachung und Formatierung des Angebotsformblatts die Möglichkeit einräumen, mehrere Preisangaben an der dafür vorgesehenen Stelle einzutragen. Insbesondere sei entsprechender Raum dafür gewesen, mehrere Stundensätze maschinengeschrieben einzutragen. So könne schon begrifflich nicht von einem Abändern der Vergabeunterlagen gesprochen werden, da das Angebotsformblatt das Eintragen von mehreren Preisen ermöglicht habe. Ferner würden die Formulierungen im Angebotsformblatt sogar dies explizit vorsehen, da dort von den geforderten Preisangaben durchweg im Plural gesprochen werde. Auch in den Bewerbungsbedingungen sei unter B.1. von Preisangaben im Plural die Rede, in der VOL/B (dort in § 16), die für den streitgegenständlichen Vertrag gelte, von „Stundenverrechnungssätzen“. Aus § 4.1. des Vertragsformulars ergebe sich auch keine Beschränkung auf einen einheitlichen Stundensatz. Zum einen sei das Vertragsformular nicht mit dem Angebot einzureichen gewesen, zum anderen sei auch dieses im Zusammenhang mit den übrigen Vergabeunterlagen zu sehen; nach § 2 des Vertrags werde das Angebotsformblatt im Übrigen Vertragsbestandteil. Die Antwort der Ag vom 28. September 2016 auf eine Bieterfrage zum Gesamtpreis könne nur so verstanden werden, dass die Ag klarstellen wolle, dass nicht ein Gesamtpreis im Sinne einer Pauschale abgefordert werde, sondern ein Stundensatz und somit eine Vergütung nach Zeitaufwand; eine Beschränkung auf einen einzigen Stundensatz sei damit nicht verbunden gewesen. Alles in allem handele es sich schon bei dem indikativen Angebot der ASt um ein wertungsfähiges Angebot. Würde man § 4.1. des Vertrags hingegen die Vorgabe entnehmen, dass nur ein Stundensatz angegeben werden dürfe, wären die Vergabeunterlagen insgesamt widersprüchlich und missverständlich; dies dürfe nicht zu Lasten der ASt gehen. Auch der Verweis auf die Wertungsmethode (UfAB-II-Formel) führe zu keinem anderen Auslegungsergebnis; der Verweis auf die Formel gebe noch keinen Aufschluss darüber, was im Einzelnen unter dem „Preis“ im Sinne der fraglichen Formel zu verstehen sei. Bei der Auslegung der Vergabeunterlagen sei ferner zu berücksichtigen, dass bei umfangreichen Rechtsberatungsverträgen wie dem vorliegenden Angebote mit unterschiedlichen Stundensätzen für Partner und Associates durchaus üblich seien. Nach den Bewerbungsbedingungen führe im Übrigen nicht jede Änderung der Vergabeunterlagen zwingend zum Ausschluss; denn den Bietern werde das Recht eingeräumt,

Änderungsvorschläge zum Vertrag zu unterbreiten. Selbst wenn man der Auffassung sei, dass die ASt ihren vermeintlichen Änderungsvorschlag (Angebot von zwei verschiedenen Stundensätzen) nicht wie gefordert hinreichend gekennzeichnet habe, habe die Ag ihr Ermessen jedenfalls dahingehend ausgeübt, dass sie von einem Angebotsausschluss abgesehen habe.

Der Ausschluss könne schließlich auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass Preisangaben fehlen würden. Denn dies sei nicht der Fall; es lägen vielmehr Preisangaben vor. Diese würden sich auch in dem von der Ag geforderten Rahmen von Angabemöglichkeiten bewegen. Selbst wenn man den Anwendungsbereich von § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV auf unzutreffende oder unvollständige Preisangaben erstrecken wolle, handele es sich bei den Preisangaben der ASt im indikativen Angebot um den tatsächlich für die Leistung verlangten Preis; die Preisangaben seien also weder unvollständig noch unzutreffend.

Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass die ASt zwei verschiedene Stundensätze nur im ersten, indikativen Angebot angegeben habe, während sie im überarbeiteten, finalen Angebot nur einen einheitlichen Stundensatz angeboten habe; nur letzteres sei im Verhandlungsverfahren wertungsrelevant. Dies ergebe sich schon aus § 17 Abs. 10 i.V.m. Abs. 14 VgV. Auch die Rechtsprechung gehe davon aus, dass das finale Angebot das einzig wertungsrelevante Angebot sei.

Im Übrigen sei selbst die Ag im Laufe des Vergabeverfahrens nicht von einem formalen Ausschlussgrund ausgegangen. Dies zeige sich insbesondere anhand von Ziffer 4. des Protokolls vom Verhandlungsgespräch mit der ASt; danach sei es sogar im Rahmen des finalen Angebots zulässig gewesen, zwei Stundensätze anzugeben. Daran müsse sich die Ag festhalten lassen, und zwar dann auch erst recht im Hinblick auf das erste Angebot der ASt. Der nunmehr erfolgte Angebotsausschluss stelle sich als widersprüchliches Verhalten der Ag dar.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, das Angebot der ASt in der Wertung zu belassen,
hilfsweise
die Ag zu verpflichten, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellte Rechtsverletzung der ASt zu beseitigen,
weiterhin hilfsweise
die Ag zu verpflichten, die Ausschreibung aufzuheben,

2. der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
3. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen.

Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückzuweisen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die ASt.
3. Die Hinzuziehung des Bevollmächtigten für die Ag wird für notwendig erklärt.

Nach Auffassung der Ag wurde das Angebot der ASt zu Recht ausgeschlossen, da es eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen beinhalte. Eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen liege immer dann vor, wenn der Bieter etwas anderes anbiete als vom Auftraggeber nachgefragt. Vorliegend habe die Ag durchgängig nur nach einem einheitlichen Stundensatz vergüten wollen – auch um Kontrollaufwand zu vermeiden – und dies in den Vergabeunterlagen niedergelegt, insbesondere in § 4.1. des Vertrags. Hiervon sei die ASt mit dem Angebot von zwei verschiedenen Stundensätzen abgewichen; sie habe die Wörter „Partner“ und „Associates“ in das entsprechende Feld im Angebotsformblatt eingetragen, ohne dass dies von der Ag gewünscht oder gar gefordert worden sei. Auch wenn in den Vergabeunterlagen zum Teil von „Preisen“ im Plural die Rede sei, ergebe sich aus dem Umstand, dass im Angebotsformblatt in der konkret auf das Vergabeverfahren angepassten Tabelle nur ein Feld zur Preisangabe vorgesehen und dementsprechend nur ein Stundensatz einzutragen gewesen sei. Dies habe auch die Antwort der Ag vom 28. September 2016 auf eine Bieterfrage zu Ziffer B.5. der Bewerbungsbedingungen noch einmal bestätigt. Gegen eine Zulässigkeit von zwei Stundensätzen spreche auch der Umstand, dass die Ag für die Angebotswertung die UfAB-II-Methode vorgesehen habe. Diese sehe die Eintragung von (nur) einem Preis vor. Soweit die ASt sich auf den Umstand berufe, dass in den Vergabeunterlagen vielfach von „Preisen“ im Plural die Rede sei, hätte sie dies bereits vor Ablauf der Angebotsfrist rügen müssen.

Auch indikative Angebote müssten, wenn sie Änderungen der Vergabeunterlagen aufweisen, zwingend vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Denn für einen transparenten und fairen Wettbewerb sowie die Beachtung des Gleichbehandlungsgebots sei es erforderlich, dass die Angebote jeweils vergleichbar seien. Würde man demgegenüber die unzutreffende Auffassung der ASt zugrunde legen, dürften Bieter indikative Angebote überhaupt nicht, verspätet oder auch völlig abweichend vom ausgeschriebenen Inhalt anbieten und trotzdem

weiterhin am Vergabeverfahren teilnehmen und ein finales Angebot abgeben; dies sei mit dem Transparenz-, Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbaren. Die ASt habe sich durch das Splitten der Stundensätze im Übrigen einen kalkulatorischen Vorteil verschafft, da sie anders als die anderen Bieter weniger pauschalieren müssen. Die Bewerbungsbedingungen sähen auch keine Ausnahme vom Verbot des Abweichens von den Vergabeunterlagen für indikative Angebote vor. Vielmehr habe die Ag auf das Verbot auch in den Bewerbungsbedingungen noch einmal deklaratorisch hingewiesen.

Wegen der Angabe von zwei verschiedenen Stundensätzen sei das Angebot der ASt auch deshalb auszuschließen, da es nicht die erforderlichen Preisangaben enthalte. Die Ag habe den Preis für die geforderte produktive Arbeitsstunde gefordert; die ASt habe hingegen zwei variable, durch Statusänderung änderbare Preise angegeben. Die tatsächlich geforderte Preisangabe fehle daher. Dies habe auch nicht durch die Verhandlungsrunde korrigiert werden können. Ziel von Verhandlungen sei es nämlich nur, die Angebote zu verbessern, nicht aber auch erst wertungsfähig zu machen.

Soweit die ASt vortrage, das Angebot von zwei verschiedenen Stundensätzen sei ansonsten als Änderungsvorschlag zum Vertrag zu verstehen, der zugelassen sei, sei dem entgegenzuhalten, dass gemäß § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV im Verhandlungsverfahren zwar grundsätzlich der gesamte Angebotsinhalt verhandelt werden dürfe, hiervon jedoch die vom Auftraggeber vorgegebenen Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien ausgenommen seien. Eine rechtlich nicht verhandelbare Mindestanforderung sei, dass ein Formblatt – wie hier das Angebotsformblatt – so ausgefüllt werde, wie es der Auftraggeber verlangt habe.

Soweit die ASt der Ag widersprüchliches Verhalten vorwerfe, sei jedoch zu beachten, dass die Einhaltung der Grundsätze von Transparenz, Wettbewerb und Gleichbehandlung gewährleistet sein müsse; insbesondere § 17 Abs. 13 Satz 1 VgV sei insoweit zu beachten. Daher dürfe die Ag nicht an ihrer ursprünglichen, im Verhandlungsprotokoll festgehaltenen fehlerhaften Einschätzung zur Splittung der Stundensätze festhalten. Im Nachprüfungsverfahren habe die Ag den Fehler erkannt und zulässigerweise korrigiert. Ansonsten könne die Bg den Ausschluss des Angebots der ASt geltend machen.

Mit Beschluss vom 23. Januar 2017 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

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 wurde das Angebot der ASt zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Schon nach den Vergabeunterlagen und jedenfalls nach Beantwortung der Bieterfrage zu Ziffer B.5. der Bewerbungsbedingungen am 28. September 2016 sei klar gewesen, dass nur ein einziger Stundensatz anzubieten gewesen sei. Insbesondere sei die Eintragung nur eines Stundensatzes in der entsprechenden Tabelle im Angebotsformblatt vorgesehen gewesen. Die ASt räume selbst ein, dass sie die von ihr vorgenommene Unterscheidung in Stundensätze für Partner und Associates durch Einfügen der entsprechenden Begriffe habe kenntlich machen müssen. Es handele sich damit zweifelsfrei um eine Änderung der Vergabeunterlagen.

Nach Ziffer IV.1.5) der Auftragsbekanntmachung habe sich die Ag das Recht vorbehalten, den Zuschlag bereits auf ein erstes Angebot zu erteilen; die Ag habe dementsprechend schon mit den ersten Angeboten bindende Angebote abgefordert. Folglich handele es sich auch bei den ersten Angeboten um bindende Angebote, auf die der Zuschlag habe erteilt werden können.

Wie jetzt nach § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV ausdrücklich vorgesehen, könne der Auftraggeber den Bietern im Verhandlungsverfahren zwingende Vorgaben machen, von denen die Bieter nicht abweichen dürften; dies führe ansonsten zum Ausschluss des Angebots. Um einen solchen Fall des Abweichens von der entsprechenden Mindestanforderung handele es sich hier.

Auch soweit die Vergabeunterlagen Änderungsvorschläge zum Vertrag zulassen würden, würde jedenfalls der Preis nicht darunter fallen, da es sich bei ihm um ein Zuschlagskriterium handele.

Der Antrag der [...] auf Beiladung im vorliegenden Nachprüfungsverfahren wurde mit Beschluss vom 31. Januar 2017 abgelehnt.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der

mündlichen Verhandlung am 7. Februar 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 14. Februar 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 28. 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 zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

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.

Die ASt ist auch gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots dokumentiert und mit dem ihrer Auffassung nach vergaberechtswidrigen Angebotsausschluss einen Vergaberechtsverstoß geltend gemacht, der ihre Zuschlagschancen im Sinne eines Schadens nach § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB beeinträchtigt.

Der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist die ASt mit ihrem Rügeschreiben vom 30. Dezember 2016 nachgekommen, mit dem sie den Ausschluss ihres Angebots rügt. Dies ist die Vergabeentscheidung der Ag, gegen die sich die ASt wendet; eine gesonderte Rügeobliegenheit seitens der ASt wegen möglicherweise widersprüchlicher oder missverständlicher Vergabeunterlagen besteht vorliegend nicht, da nicht sie, sondern die Ausschlussentscheidung die Zuschlagschancen der ASt zu beeinträchtigen droht. Zudem musste sich für die ASt frühestens mit Bekanntgabe der Ausschlussentscheidung der Schluss aufdrängen, dass die Vergabeunterlagen möglicherweise missverständlich waren; denn im Zeitpunkt der Abgabe ihres indikativen Angebots ging sie offensichtlich von einer im Einklang mit den Vergabeunterlagen

stehenden Angebotsabgabe aus, so dass sie zu diesem Zeitpunkt etwaige Widersprüche nicht erkannt hatte und diese für sie auch nicht erkennbar waren. Nachdem sie seitens der Ag im Verhandlungsgespräch auf die von dieser offensichtlich gewünschten Abgabe nur eines Stundensatzes hingewiesen worden war, bestand ebenfalls keine Rügeobliegenheit, da das Verhalten der Ag – das Angebot der ASt sollte zu diesem Zeitpunkt offensichtlich nicht ausgeschlossen werden – keinen Anlass für eine Rüge bot.

Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag hat auch in der Sache Erfolg. Der Ausschluss des Angebots der ASt ist vergaberechtswidrig und verletzt die ASt gemäß § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB auch in ihren Rechten. Weder sind die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV (wegen unzulässiger Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen) noch nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV (wegen fehlender Preisangaben) gegeben.
 - a) Die ASt ist zu Unrecht mit ihrem Angebot vom Vergabeverfahren wegen Abweichung von den Vergabeunterlagen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV ausgeschlossen worden, weil sie mit ihrem ersten Angebot für die Erbringung der fraglichen Beratungsleistungen zwei verschiedene Stundensätze für Partner einerseits und Associates andererseits angeboten hatte.

Bei den Angeboten der ersten Angebotsrunde im vorliegenden Vergabeverfahren handelte es sich um sog. indikative Angebote, auf die ein Zuschlag noch nicht erfolgen sollte. Hiergegen spricht zwar Ziffer IV.1.5) der Auftragsbekanntmachung, wonach sich die Ag vorbehält, schon auf Grundlage der ersten Angebote den Zuschlag zu erteilen und auf Verhandlungen ganz zu verzichten. In den Vergabeunterlagen findet dies jedoch keinen Niederschlag. Den Bewerbungsbedingungen, dort insbesondere unter Ziffer B.1. a.E., ist vielmehr zu entnehmen, dass in jedem Fall Verhandlungen mit den Bietern stattfinden sollen. Denn dort heißt es, dass die Ag „die Angebote anhand der Zuschlagskriterien (...) bewerten und mit den Bietern verhandeln“ wird; „[a]m Ende der Verhandlungsrunden werden die Bieter zur Abgabe finaler Angebote aufgefordert.“ Daraus lässt sich (schlüssig und widerspruchsfrei) entnehmen, dass die Bieter nach Abgabe eines ersten Angebots und danach erfolgenden Verhandlungen ausdrücklich zur Abgabe eines finalen Angebots aufgefordert werden; so ist es letztlich auch

geschehen. Aufgrund dieser in den Vergabeunterlagen vorgenommenen Konkretisierungen des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens sind die anderweitigen – gegenläufigen – Ausführungen in der Auftragsbekanntmachung nicht mehr maßgeblich. Aufgrund der Widersprüchlichkeit zu den – im Übrigen zeitgleich zur Verfügung zu stellenden (§ 41 Abs. 1 VgV) – Vergabeunterlagen kann die Auftragsbekanntmachung in keinem Fall zu Lasten der Bieter, hier der ASt, herangezogen werden.

Handelt es sich somit um indikative Angebote in einem Verhandlungsverfahren, ist ein Angebotsausschluss nicht bei jeder Abweichung von den Vergabeunterlagen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zulässig. Denn Sinn und Zweck sowie Besonderheit des Verhandlungsverfahrens ist es, dass der Angebotsinhalt nicht von vornherein feststehen muss, sondern – im Gegensatz zu offenem und nicht offenem Verfahren – im Rahmen von Verhandlungsrunden mit den Bietern fortentwickelt, konkretisiert und verbessert werden kann (vgl. § 119 Abs. 5 GWB, § 17 Abs. 10 Satz 1 VgV; OLG Naumburg, Beschluss vom 23. Dezember 2014, 2 Verg 5/14; vgl. auch BGH, Beschluss vom

10. November 2009, X ZB 8/09). Dementsprechend kann der Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren durchaus so gestalten, dass Abweichungen von einzelnen Vergabeunterlagen erlaubt sind; maßgeblich sind daher die vom Auftraggeber für das Verhandlungsverfahren insoweit aufgestellten Bedingungen, soweit ihnen Vergaberecht nicht entgegensteht (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. April 2012, VII-Verg 9/12). Abweichungen vom gewünschten Angebotsinhalt bzw. Angebotsmängel können demnach unter Umständen in nachfolgenden Angebotsrunden beseitigt werden (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 23. Dezember 2014, 2 Verg 5/14; OLG Schleswig, Beschluss vom 19. August 2016, 54 Verg 7/16, 54 Verg 8/16). Soweit der Auftraggeber allerdings zwingende Anforderungen an die Angebote aufstellt, sind diese Anforderungen – dies gilt auch für indikative Angebote (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2010, VII-Verg 46/09) – als Mindestanforderungen nach § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV zwingend zu beachten (vgl. auch schon BGH, Urteil vom 1. August 2006, X ZR 115/04). Voraussetzung hierfür ist, dass die Mindestanforderungen – wie für alle Bereiche der Vergabeunterlagen erforderlich – eindeutig und unmissverständlich aufgestellt wurden (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2010, VII-Verg 46/09; vgl. auch BGH, Urteil vom 1. August 2006, X ZR 115/04).

Vorliegend kann den Vergabeunterlagen nicht in der gebotenen Eindeutigkeit und Klarheit entnommen werden, dass im ersten, indikativen Angebot hinsichtlich des Preisangebots zwingend nur ein Stundenverrechnungssatz angeboten werden durfte und ein Abweichen davon zum Ausschluss aus dem weiteren Vergabeverfahren führen würde. Maßgeblich hierfür ist der objektive Empfängerhorizont, d.h. das Verständnis eines durchschnittlichen, verständigen und mit den ausgeschriebenen Leistungen vertrauten Bieters.

Zunächst ist in Bezug auf den Aspekt der Preisangabe festzustellen, dass die Vergabeunterlagen diesbezüglich eine Vielzahl von Begriffen verwenden. Obwohl die Bieter – wie die Ag nun geltend macht – einen einheitlichen Stundensatz für alle Beratungsleistungen, die Gegenstand des ausgeschriebenen Vertrags sind, anbieten sollten, hat die Ag den Bietern Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt, die wahlweise von „Preisangaben“ (im Plural), „Preis“, „Gesamtpreis“, „Gesamtpreis-Feldern“ und „Einzelpreis-Feldern“ oder „Vergütung“ sprechen, zudem Preisblätter erwähnen, die überhaupt nicht Teil der Vergabeunterlagen waren; der Begriff des „Stundensatzes“ taucht erstmalig ausdrücklich in der Antwort der Ag vom 28. September 2016 auf eine Bieterfrage zu Ziffer B.5. der Bewerbungsbedingungen auf. Dass Stundensätze anzubieten waren, ergab sich allein aus der entsprechenden Spaltenüberschrift der Tabelle im Angebotsformblatt und § 4.1. des Vertragsformulars. Dafür, dass es sich bei dem Angebotspreis regelmäßig um einen der wichtigsten Angebotsbestandteile handelt und eine der Hauptleistungspflichten des Vertrags betrifft, erstaunt die begriffliche Inkonsistenz. Unbeachtlich ist hier, dass die Inkonsistenz möglicherweise auf die Verwendung von auf Seiten der Ag standardisierter Vergabeunterlagen zurückgeht (vgl. Antwort auf Bieterfrage vom 28. September 2016). Denn die Verwendung von standardisierten Vergabeunterlagen erfolgt auf eigenes Risiko des Auftraggebers und ist nicht geeignet, die Verpflichtung des Auftraggebers zur Einhaltung des Transparenzgrundsatzes aufzuweichen.

In den Vergabeunterlagen heißt es zudem einerseits unter Ziffer B.1. der Bewerbungsbedingungen, dass Änderungen an den Vergabeunterlagen sowie eigene Vertragsbedingungen (AGBs?) nicht zulässig seien und zum Ausschluss führen würden. Auf der anderen Seite ist jedoch ebenfalls unter Ziffer B.1. ausgeführt, dass die Bieter abweichend vom generellen Verbot der Änderung der Vergabeunterlagen Änderungsvorschläge zum Vertrag unterbreiten dürften. Ob damit nur das

Vertragsformular („Beratungsvertrag“) oder der Vertrag insgesamt, d.h. auch alle übrigen Vertragsbestandteile wie das Angebotsformular (das nach § 2 des Vertragsformulars Vertragsbestandteil wird), gemeint ist, wird nicht ausgeführt. Auch Differenzierungen danach, ob die Vorgaben für indikative oder finale oder alle Angebote gelten sollen, finden sich nicht. Nach allem ergibt sich für den potentiellen Bieter zwar möglicherweise ein Bild dahingehend, was von der Ag als Angebotsinhalt (und Verhandlungsgrundlage) anvisiert wird, nämlich ein einheitlicher Stundensatz. Ein klares Bild vom Ablauf des Verhandlungsverfahrens und insbesondere der Abgrenzung von verhandelbaren zu nicht verhandelbaren Angebotsbestandteilen wird hingegen von den Vergabeunterlagen nicht aufgezeigt. Dies ist jedoch, da das Verhandlungsverfahren anders als etwa das offene und nicht offene Verfahren Spielräume in Bezug auf den Verfahrensablauf eröffnet, die es seitens des Auftraggebers auszufüllen gilt, erforderlich. Ist dies wie vorliegend nicht der Fall, kann ein Angebotsausschluss nicht darauf gegründet werden.

- b) Ist die Angabe von mehr als einem Stundensatz im ersten, indikativen Angebot – wie oben festgestellt – nicht ausgeschlossen, kann auch die Angabe von mehr als einem Stundensatz – hier zwei verschiedenen Stundensätzen für Partner einerseits und Associates andererseits – keinen Verstoß gegen das Gebot der eindeutigen Preisangabe nach § 53 Abs. 7 Satz 2 VgV darstellen und nicht zum Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV führen.
3. Um die Verletzung der ASt in ihren Rechten zu beseitigen, hat die Ag den Ausschluss des Angebots der ASt rückgängig zu machen; sie hat dazu das Angebot wieder in die Angebotswertung mit aufzunehmen.

III.

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

Die Bg ist an den Kosten zu beteiligen, da sie in einem Interessengegensatz zur ASt steht, sie sich durch Einreichen von Schriftsätzen und dem Stellen von Sachanträgen am Nachprüfungsverfahren aktiv beteiligt hat und mit der von ihr dadurch unterstützten Ag im

Verfahren unterliegt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Februar 2012, VII-Verg 85/11). Für die zu erstattenden Aufwendungen der ASt haften die Ag und die Bg nach Kopfteilen, also je zur Hälfte (analog § 159 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO); eine gesamtschuldnerische Haftung kommt insoweit mangels gesetzlicher Anordnung nicht in Betracht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

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.