



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 63/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Anmietung Bürogebäude mit Publikumsverkehr in [...] /Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“, (Bezeichnung gem. EU-Bekanntmachungs-Nr.: ABI.-EU [...]) hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen

Beisitzer Schlüter auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 2017 am 19. Juli 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 und die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

Bei den im Folgenden zitierten Vorschriften aus dem GWB, der VgV und der VOB/A handelt es sich um solche aus der bis zum 17. April 2016 geltenden Fassung.

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb die Vergabe „Anmietung Bürogebäude mit Publikumsverkehr in [...]“ europaweit aus. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist gemäß Ziffer II.1.5) der Bekanntmachung (EU-Bekanntmachung Nr. [...]) der Abschluss eines Mietvertrages über von der Ag benötigte Mietflächen, wobei diese Mietflächen in einem Bestandsgebäude, durch Anpassung eines bereits in Planung oder im Bau befindliches Gebäudes oder durch Errichtung eines Neubaus geschaffen werden können. Unter Ziffer II.1.2) („Art des Auftrags ...“) der Bekanntmachung heißt es unter anderem:

„Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“

Nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbs wurden die Antragstellerin (ASt) sowie die Beigeladene (Bg) zur Angebotsabgabe aufgefordert. In den Vergabeunterlagen, dort im Dokument „Leistungsbeschreibung“ im Abschnitt „Verdingungsunterlagen“ unter Ziffer 1.2, war unter der Überschrift „Hinweise zur Konzeption des Vergabeverfahrens“ unter V. der weitere Ablauf des Verhandlungsverfahren beschrieben; diese Beschreibung ist im Laufe des Vergabeverfahrens unverändert geblieben. Es heißt dort unter anderem:

„Das Verhandlungsverfahren gliedert sich in die folgenden Phasen:

1. Abgabe eines indikativen Angebotes

In einem ersten Schritt sind von den Bieter auf der Grundlage der überlassenen Verdingungsunterlagen bis zum Ablauf der ... Angebotsfrist sog. indikative Angebote abzugeben.

... Die indikativen Angebote werden nicht gewertet, sondern bilden den Ausgangspunkt weiterer Verhandlungsgespräche.

2. erste Verhandlungsrunde

Die 1. Verhandlungsrunde dient in erster Linie dazu, den Entwurf der Bieter (...) hin zu einer ausführungsfähigen Lösung nach den Zielvorstellungen des Auftraggebers zu entwickeln sowie über die Bedingungen des ... Mietvertrages zu verhandeln.

3. verbindliches Angebot

...

4. zweite Verhandlungsrunde

Auf Basis der verbindlichen Angebote besteht die Möglichkeit, in der 2. Verhandlungsrunde weitere Änderungen des Entwurfs bzw. der ausführungsfähigen Lösung vorzunehmen. ...

5. letztes Angebot

Nach Abschluss der 2. Verhandlungsrunde erhalten die Bieter nochmals Gelegenheit, ihr Angebot zu überarbeiten. Dieses letzte Angebot bildet die Grundlage für die abschließende Wertung entsprechend der ... Wertungsmatrix.

...“

Nachdem die ASt und die Bg nach indikativen und ersten verbindlichen Angeboten schließlich „letzte verbindliche Angebote“ abgegeben hatten, kam die Ag zu einem Wertungsergebnis, wonach der Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen war, und teilte dies der ASt mit. Diese beantragte daraufhin ein erstes Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer des Bundes. Die Vergabekammer entschied darin, dass die Bg wegen fehlender Eignung auszuschließen sei (Beschluss vom 30. September 2016, VK 1-86/16). Hiergegen wandte sich die Bg mit sofortiger Beschwerde zum OLG Düsseldorf (Az.: VII-Verg 44/16).

Zwischenzeitlich hatte die Ag die ASt erneut zur Abgabe eines letzten verbindlichen Angebots aufgefordert. Das daraufhin von der ASt eingereichte Angebot schloss die Ag im Rahmen der Angebotswertung aus, unter anderem wegen Abweichungen von den Vergabeunterlagen. Hiergegen reichte die ASt einen weiteren Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes ein (Az.: VK 1-29/17).

In der zwischenzeitlich erfolgten mündlichen Verhandlung im Beschwerdeverfahren vor dem OLG Düsseldorf (Az.: VII-Verg 44/16) schlossen die Verfahrensbeteiligten einen Vergleich mit unter anderem folgenden Inhalt:

- „1. Die [Ag] versetzt das Vergabeverfahren [...] zurück in den Stand vor abschließender Angebotsabgabe. Die [Ag] gibt der [ASt] und der [Bg] unter Übersenden der letztgültigen Vergabeunterlagen Gelegenheit, ihre Angebote letztverbindlich zu erneuern. Die Verfahrensbeteiligten sind sich einig, dass die Eignung der [Bg] nicht mehr zu bezweifeln ist.
2. Folgender Zeitplan wird vereinbart: Frist zur Einreichung letztverbindlicher Angebote: sechs Wochen ab Eingang der Vergabeunterlagen. Fertigstellungsfrist: ein Jahr und sechs Monate ab Auftragserteilung.
3. Das weiter vor einer Vergabekammer des Bundes anhängige Nachprüfungsverfahren (VK 1-29/17) erklären die [ASt] und die [Ag] hiermit für in der Hauptsache erledigt. [...]“

Jeweils mit Schreiben vom 11. April 2017 forderte die Ag die ASt und die Bg zur Abgabe des letzten verbindlichen Angebots auf.

Den Vergabeunterlagen lag unter anderem ein Leistungsverzeichnis bei (Ziffer 2 im Abschnitt „Verdingungsunterlagen“ im Dokument „Leistungsbeschreibung“), in dem verschiedene Kriterien – teils Ausschlusskriterien, teils Bewertungskriterien – aufgelistet waren und das ausgefüllt von den Bietern mit ihrem Angebot abzugeben war. Des Weiteren enthielten die Vergabeunterlagen eine Wertungsmatrix, in der zu den Bewertungskriterien der Leistungsbeschreibung jeweils Angaben zur maximal erreichbaren Punktzahl, zur Gewichtung und zu den Voraussetzungen, unter denen eine bestimmte Punktzahl erreicht wird, zu machen waren. Zu den Bewertungskriterien 4.2, 6.3, 6.4, 7.2, 9.3, 12.6 und 12.7, 12.12, 12.15, 12.25 und 16.5 weist die Matrix unter anderem Folgendes aus:

Pos.-Nr. gem. LV	Kriterien	Ausprägungen / Aspekte der Bewertung
...		
	4. Funktionalität	
4.2	Variabilität (ist eine Nutzungsänderung der Räume ohne Änderung der Raumaufteilung durch Trockenbau möglich)	0 Punkte = keine Variabilität 1 Punkt = große Abweichungen (Variabilität ist nur für untergeordneten Teil der Mietfläche gegeben) 2 Punkte = mittlere Variabilität (Variabilität ist für ca. die Hälfte der Mietfläche gegeben) 3 Punkte = geringfügige Abweichungen (Variabilität ist nahezu für gesamte Mietfläche gegeben)

		4 Punkte = gute Variabilität (Variabilität ist für gesamte Mietfläche gegeben)
...		
	6. Planungssicherheit	
6.3	[Baugenehmigung]	1 Punkt = nicht beantragt 2 Punkte = beantragt 3 Punkte = keine Wertung 4 Punkte = vorhanden bzw. nicht notwendig
6.4	Geplanter Bezugszeitpunkt	Ausschluss: Bezugszeitpunkt nach dem 01.01.2019 1 Punkt = Bezugszeitpunkt zwischen 01.12.2018 und 01.01.2019 2 Punkte = Bezugszeitpunkt zwischen 01.11. und 30.11.2018 3 Punkte = Bezugszeitpunkt zwischen 01.10. und 31.10.2018 1 Punkt = Bezugszeitpunkt vor 01.10.2018
	7. Lage des Objekts	
7.2	Lagekriterien	0 Punkte = Außenbereich, Gewerbegebiet 1 Punkt = Stadt- oder Ortsrandlage 2 Punkte = Zentrumsnah 4 Punkte = Stadtzentrum
...		
	9. Objektrisiken	
...		
9.3	Denkmalschutz	0 Punkte = ja 4 Punkte = nein
...		
	12. Konstruktionssystem	
12.6 und 12.7	Fensterachsmaß Neubau/Bestand	Ausschluss: Fensterachsmaß unter 1,30 m oder mehr als 1,60 m 1 Punkt = keine Wertung 2 Punkte = annähernd erfüllt (zwischen 1,30 und 1,60 m) 3 Punkte = keine Wertung 4 Punkte = voll erfüllt (1,40 m)
...		
12.12	Lichte Raumhöhe Bestand	0 Punkte = Abweichung über + 5 % 2 Punkte = Abweichung bis + 5 % 4 Punkte = Anforderung erfüllt
12.15	Flurbreite (1,50 m - 1,80 m)	0 Punkte = über 10 % durchschn. Abweichungen (Basis 1,80 m) 1 Punkt = keine Wertung 2 Punkte = bis 10 % durchschn. Abweichungen (Basis 1,80 m) 3 Punkte = keine Wertung 4 Punkte = keine Abweichungen (1,50 m - 1,80 m)
...		
12.25	Lagerflächen (nur sofern im Raumbedarfsplan gefordert)	0 Punkte = Nur Lagerflächen in für Büronutzung geeigneten Flächen 2 Punkte = oberirdische Lagerflächen in Bereichen ohne mögliche Büronutzung 4 Punkte = unterirdische Lagerflächen

...		
	16. Fenster	
...		
16.5	Zweischeiben Isolierverglasung gemäß Wärmeschutzverordnung	3 Punkte: Dreischeiben Isolierverglasung 2 Punkte: Zweischeiben Isolierverglasung gem. Wärmeschutzverordnung 0 Punkte bzw. Ausschluss: Anforderung nicht erfüllt
	...	
...		

Für die Gesamtwertung war vorgesehen (vgl. Ziffer 9. der Bewerbungsbedingungen), dass die im Rahmen der Bewertungsmatrix (anhand der gewichteten Bewertungskriterien) erreichten Leistungspunkte des jeweiligen Angebots durch den angebotenen Preis dividiert werden und das Angebot mit dem höchsten Quotienten den Zuschlag erhält; als Preis ist jeweils die Summe aus dem angebotenen Mietzins für die gesamte Vertragslaufzeit und den nach den Vergabeunterlagen in Ansatz zu bringenden Bewirtschaftungskosten anzusetzen.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 21. April 2017 stellte die ASt der Ag Verständnisfragen zu den Vergabeunterlagen und rügte einige Punkte. Unter anderem fragte sie, ob sie die Vergabeunterlagen dahingehend richtig verstanden habe, dass die Ag mit mehreren Hauptangeboten einverstanden sei. Mit Schreiben vom 26. April 2017 teilte die Ag der ASt zunächst mit, dass nur die Abgabe eines Hauptangebots möglich sei. Mit Schreiben vom 2. Mai 2017 korrigierte sie dies, indem sie der ASt – wie auch der Bg – mitteilte, dass die Abgabe mehrerer Hauptangebote zugelassen werde, sofern sich die Hauptangebote in technischer Hinsicht unterscheiden würden; als Beispiel dazu nannte sie Bestandsgebäude und Neubau. Daraufhin rügte die Bg die Zulassung weiterer, gänzlich neuer Hauptangebote, die bislang nicht Gegenstand des Vergabeverfahrens gewesen seien. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 9. Mai 2017 rügte die ASt des Weiteren, dass Ziffer 6.4 der Bewertungsmatrix nicht den Vereinbarungen des Vergleichs vor dem OLG Düsseldorf entsprechen würden. Dieser sehe eine Fertigstellungsfrist von anderthalb Jahren ab Auftragserteilung vor; daher sei es unzulässig, einen entsprechend angebotenen Fertigstellungstermin mit nur einem Punkt und frühere Termine mit bis zu vier Punkten zu bewerten.

Die Ag gab der Rüge der Bg statt und teilte der ASt mit Schreiben vom 11. Mai 2017 mit, dass mit dem letzten verbindlichen Angebot kein gänzlich neues Hauptangebot, das bisher nicht

Gegenstand des Verfahrens gewesen sei, abgegeben werden könne. Des Weiteren teilte sie der ASt mit, dass sie an der von der ASt gerügten Ausgestaltung von Ziffer 6.4 der Leistungsbeschreibung respektive Bewertungsmatrix festhalte.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 18. Mai 2017 rügte die ASt, dass die Ag die Zulassung von mehreren Hauptangeboten wieder zurückgenommen habe. Zudem wiederholte sie ihre Rüge hinsichtlich der Wertungsmaßstäbe für Ziffer 6.4 der Bewertungsmatrix. Mit Schreiben vom 24. Mai 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie den Rügen der ASt nicht abhelfe.

Mit Schreiben vom 1. Juni 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 2. Juni 2017 übermittelt.

Innerhalb der am 9. Juni 2017 endenden Angebotsfrist gaben die ASt sowie die Bg jeweils ein überarbeitetes Hauptangebot ab. Mit Schreiben vom 27. Juni 2017 informierte die Ag die ASt darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle und das Angebot der Bg den Zuschlag erhalten solle; das Angebot der Bg habe einen besseren Quotienten aus Leistungspunkten und Preis(punkten) erreicht als das Angebot der ASt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt zunächst geltend, dass die Ag zu Unrecht die anfängliche Zulassung mehrerer Hauptangebote wieder zurückgenommen habe. Nachdem der Wettbewerb im Wege des vor dem OLG Düsseldorf geschlossenen Vergleichs dadurch erweitert worden sei, dass die Bg wieder in den Wettbewerb um den streitgegenständlichen Auftrag aufgenommen worden sei, sei es nicht zulässig, die ebenfalls wettbewerbserweiternde Zulassung von mehreren Hauptangeboten rückgängig zu machen. Vielmehr heiße es bereits in der Auftragsbekanntmachung unter Ziffer II.1.2), dass die „Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln“ ausgeschrieben werde; dies umfasse insbesondere auch die Möglichkeit der Abgabe mehrerer Hauptangebote. Im Übrigen sei auch dem fraglichen Vergleich mit Verwendung des Plurals „Angebote“ zu entnehmen, dass mehrere Hauptangebote möglich sein sollten. Die Zulassung von mehreren Hauptangeboten sei auch in der jetzigen Phase des Verhandlungsverfahrens möglich. Eine Regelung, wie sie jetzt nach neuem Recht in § 17 Abs. 10 Satz 1 VgV n.F. vorgesehen sei und Verhandlungen nur für Erst- und Folgeangebote, nicht jedoch endgültige Angebote zulasse, gebe es im hier noch anwendbaren alten Recht nicht. Es sei zudem nicht nachvollziehbar, warum die Ag nicht auch das Angebot eines Neubaus von der ASt erhalten wolle; schließlich biete die Bg ebenfalls einen Neubau an, und die Ag sei nach der

Vergabekonzeption auch auf die Prüfung eines solchen Angebots eingestellt. Ein weiteres Hauptangebot sei ebenso in der Lage, ziel- und passgenau die Wünsche der Ag zu erfüllen. Aufgrund des Umstands, dass die Ag ein solches weiteres Hauptangebot der ASt nicht erhalten wolle, dränge sich der Eindruck auf, dass die Ag die Bg bevorzugen wolle. Es bestehe auch insoweit ein gewisses geschäftliches Näheverhältnis, als – so der entsprechende Internetauftritt – die Bg bereits eine Vielzahl von Gebäuden für [...] errichtet habe.

Des Weiteren macht die ASt geltend, dass die von der Bewertungsmatrix vorgesehene Punktevergabe gestaffelt nach zugesicherten Bezugszeitpunkten unzulässig sei, weil sie ein Angebot, das eine Fertigstellungsfrist von anderthalb Jahren nach Zuschlagserteilung anbiete, mit nur einem Punkt bewerte und bis zu vier Punkte für Angebote vergeben würden, die die Fertigstellung zu einem früheren Termin anbieten würden. Nach dem vor dem OLG Düsseldorf geschlossenen Vergleich sei jedoch eine Fertigstellungsfrist von anderthalb Jahren vereinbart worden; dieser Zeitraum solle den Bietern danach auch vollumfänglich (ohne Nachteile durch Punktabzug) zur Verfügung stehen.

Darüber hinaus wendet sich die ASt gegen die Angebotswertung. Die Ag habe schon auf der ersten Stufe des Wertungsprozesses fehlerhaft gehandelt, indem sie der Wertung nicht den jeweils zutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt habe.

So stelle sie in Bezug auf das Kriterium 4.2 (Variabilität) unzutreffend auf die Gebäudetiefe und die im Gebäude vorhandenen Stahlstützen ab. Der Begriff der „Gebäudetiefe“ sei schon nicht eindeutig und werde von den Vergabeunterlagen auch nicht in diesem Zusammenhang erwähnt; zudem verfüge das Gebäude der ASt insbesondere über Innenhöfe. Die Stahlstützen seien allesamt freistehend, so dass Raum- und Gangbegrenzungen frei wählbar verschoben werden könnten und die Variabilität nicht eingeschränkt würde. Im Übrigen handele es sich bei den Stützen um das Tragwerk des Gebäudes, das auch in jedem anderen Gebäude, auch dem von der Bg angebotenen, zwingend vorhanden sein müsse. In diesem Zusammenhang sei auch zu beanstanden, dass das vorhandene Tragwerk im Wertungsbereich „Objektrisiken“ ebenfalls zu einer Abwertung führe, ebenso die Gebäudetiefe bei der Bewertung der Flurbreite im Wertungsbereich „Konstruktionssystem“. Es handele sich dabei um eine unzulässige Doppelbewertung. Bei der Bewertung des Kriteriums „Planungssicherheit“ und der dafür erforderlichen Baugenehmigung (Kriterium 6.3) sei die Ag zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine Baugenehmigung noch eingeholt werden müsse; tatsächlich liege eine gültige Baugenehmigung (und auch Nutzungsgenehmigung) jedoch schon vor und decke auch die

angebotenen Umbaumaßnahmen mit ab. Allenfalls sei eine Tektur (Modifikation) der Nutzungsgenehmigung erforderlich. Was das Kriterium 7.2 („Lage des Objekts/Lagekriterien“) betreffe, sei nicht nachvollziehbar, warum das von der ASt angebotene Objekt nur als „zentrumsnah“ eingestuft worden sei und ab welcher Entfernung es zum „Stadtzentrum“ gehörig eingestuft würde. Unzulässig sei es auch, dass die Ag den Umstand, dass ein Gebäude, hier das Objekt der ASt, unter Denkmalschutz stehe, als Objektrisiko einstufe (Kriterium 9.3), das zu einer geringeren Bepunktung führe. Beim Denkmalschutz handele es vielmehr um eine gesetzliche Auflage, die der Erfüllung eines parlamentarischen Gesetzes diene; dies dürfe wie auch andere gesetzliche Verpflichtungen nicht als Risiko eingestuft werden. Die Bewertung des Kriteriums „Konstruktionssystem“ (12.) stütze sich ebenfalls überwiegend auf sachfremde oder falsche Kriterien, insbesondere die als Begründung angegebenen Abweichungen des Fensterachsmaßes, der Höhe der Eingangszone, der Flurbreite sowie den Umstand, dass im Keller keine Lagerflächen vorhanden seien. Letzteres sei schon tatsächlich falsch, da sich ein Teil des von der ASt angebotenen Gebäudes unter dem Niveau der Anliegerstraße befinde und damit ohne Weiteres als Keller bezeichnet werden könne; hier seien auch die fraglichen Lagerflächen eingeplant. Im Wertungsbereich „Fenster“ (16.) erfülle die von der ASt angebotene Ausführung den Ausschreibungstext und müsse daher die volle Punktzahl erhalten; dass sie nicht auch eine Dreischeiben-Isolierung angeboten habe – als sog. „add-on“ – dürfe nicht zum Punktabzug führen. Mit in der mündlichen Verhandlung nachgelassenem Schriftsatz vom 14. Juli 2017 wendet sich die ASt erstmalig auch gegen die Wertung ihres Angebots in einem weiteren – als Geschäftsgeheimnis deklarierten und damit der Bg gegenüber nicht offengelegten – Kriterium.

Schließlich dürfe der Zuschlag auf das Angebot der Bg auch deshalb nicht erteilt werden, da die Bg nicht die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitze, um den Auftrag durchführen zu können. Insbesondere besitze sie nicht die erforderlichen Referenzen. Auch handele es sich bei dem Angebot der Bg um ein rechtswidriges Unterkostenangebot, das auszuschließen sei. Der der ASt in der Vorabinformation mitgeteilte – hohe – Wertungsquotient, den das Angebot der Bg erreiche, könne nur über eine zu niedrige Miete erreicht werden. Eine ordnungsgemäße Preisprüfung habe die Ag offensichtlich nicht vorgenommen.

Im Übrigen habe die ASt im Rahmen der Akteneinsicht feststellen müssen, dass von der Bg gestellte Bieterfragen nur dieser gegenüber beantwortet worden seien; ein Biiterrundschreiben – auch an die ASt – sei nicht erfolgt. Dies verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot.

Die ASt beantragt:

1. Der Ag wird bei Fortbestehen der Vergabeabsicht wegen des streitgegenständlichen Dienstleistungsauftrages aufgegeben, ein rechtskonformes Vergabeverfahren nach Maßgabe der VOB/A und der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.
2. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakten der Ag gewährt.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt.
4. Die Ag hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt vom 1. Juni 2017 wird verworfen, hilfsweise zurückgewiesen.
2. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Ag erforderlich gewesen ist.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag der ASt schon unzulässig. Die ASt habe nicht dargelegt, dass ihr durch die von ihr angegriffenen Vorgaben in den Vergabeunterlagen ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag fehle auch jegliches Rechtsschutzinteresse; wenn sich – wie die ASt meine – Ungereimtheiten aus dem vor dem OLG Düsseldorf abgeschlossenen Vergleich ergeben würden, hätte die ASt, die anwaltlich vertreten sei, den Ungereimtheiten nachgehen müssen. Dies gelte sowohl hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit mehrerer Hauptangebote als auch hinsichtlich der nun beanstandeten Fertigstellungsfristen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Insbesondere ergebe sich aus Abschnitt V. („Verfahrensablauf“) der Leistungsbeschreibung, dass mehrere Hauptangebote nicht zugelassen seien und auch nicht zugelassen werden dürften. Dort werde für die Beschreibung des gesamten Verfahrensablaufs des Verhandlungsverfahrens in der Angebotsphase von einem Angebot im Singular gesprochen und nicht von mehreren Hauptangeboten. Der Vergleich vor dem OLG Düsseldorf vom 29. März 2017 stehe hierzu nicht in Widerspruch. Vielmehr seien alle Verfahrensbeteiligten zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses davon ausgegangen, ein letztes Angebot zu erarbeiten und abzugeben. Die Verwendung des Plurals „Angebote“ sei allein darin begründet, dass sowohl die ASt als auch die Bg (jeweils) ihre Angebote letztverbindlich erneuern dürften. Erneuert werden könne im Übrigen nur etwas, was schon existent sei, nämlich die bereits vorliegenden Angebote. Eine Abgabe mehrerer Hauptangebote durch einen Bieter sei in dem Verfahrensstand, in den das Vergabeverfahren im Wege des Vergleichs zurückversetzt worden

sei, nämlich dem Stand vor abschließender Angebotsabgabe, nicht mehr möglich. Denn dies setze voraus, dass bereits verhandelte Angebote vorliegen müssten. Die Ag habe, da es sich um eine funktionale Leistungsbeschreibung handele, auch ein berechtigtes Interesse daran, da nur so ausführungsfähige Lösungen, die ihren Anforderungen und Zielvorstellungen hinsichtlich der Funktionalität entsprechen würden, entwickelt werden könnten.

Auch die Bewertungsmatrix sei nicht dahingehend zu beanstanden, dass sie frühere Bezugszeitpunkte mit der Bewertung mit höheren Punktzahlen belohne. Im vor dem OLG Düsseldorf geschlossenen Vergleich sei mit der Fertigstellungsfrist von anderthalb Jahren nur eine Maximalfrist vereinbart worden; dies stehe einer Belohnung von früheren Fertigstellungsterminen durch eine höhere Bepunktung nicht entgegen und sei auch legitim. Der fragliche Wertungsansatz sei im Übrigen von Anfang an in den Vergabeunterlagen vorgesehen gewesen; diese Systematik sei im Vergabeverfahren beibehalten worden.

Auch die Angebotswertung sei nicht zu beanstanden. Das Wertungssystem sei hinreichend transparent und beschreibe auch die zu erreichenden Erfüllungsgrade in ausreichender Weise. In vielen Kriterien seien für die Erfüllungsgrade sogar exakt bestimmbare Werte maßgeblich, insbesondere bei den Kriterien Denkmalschutz (ja/nein – 9.3), Fensterachsmaß (12.6 und 12.7), lichte Raumhöhe (12.12), Flurbreite (12.15) und Fenster-Isolierverglasung (16.5). Für die Bewertung der Variabilität (Kriterium 4.2) seien die vergleichsweise höhere Gebäudetiefe und das Tragwerk der Stahlstützen die maßgeblichen Umstände, die die Variabilität, andere Raumstrukturen zu erzeugen, beim Angebot der ASt einschränken würden. Es würde diesbezüglich auch keine Doppelbewertung erfolgen, da die Bewertungsansätze bei den Wertungsbereichen „Objektrisiken“ und „Konstruktionssystem“ andere seien. Ebenso sei nicht zu beanstanden, dass die Beschaffenheit der Fenster unter verschiedenen Gesichtspunkten, hier nach Achsmaß (Kriterium 12.7), Einbruchschutz (Kriterium 16.2) und Isolierverglasung (Kriterium 16.5), bewertet würde. Was die Planungssicherheit betreffe, sei entgegen der Auffassung der ASt wegen der geplanten statischen Ertüchtigung erneut eine Baugenehmigung erforderlich; dies sei nicht von der vorhandenen Baugenehmigung gedeckt (Kriterium 6.3). Die Bewertung des von der ASt angebotenen Gebäudes als „zentrumstreu“ (Kriterium 7.2) sei zutreffend, zumal das von der Bg angebotene Gebäude näher am Stadtzentrum liege und ebenfalls nur als „zentrumstreu“ bewertet worden sei.

Die Eignung der Bg stehe ebenfalls nicht in Frage. Zum einen habe die Ag die Eignung der Bg zu Beginn des Vergabeverfahrens eingehend geprüft. Darüber hinaus sei im Vergleich vor dem

OLG Düsseldorf festgehalten worden, dass sich die Parteien einig seien, dass die Eignung der Bg nicht mehr zu bezweifeln sei. Weshalb die ASt die Eignung der Bg nunmehr erneut anzweifele, erschließe sich der Ag nicht. Auch für ein rechtswidriges Unterkostenangebot seitens der Bg gebe es keine Anhaltspunkte.

Mit Beschluss vom 30. Juni 2017 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Bg aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Vertreters durch die Bg für notwendig zu erklären.

Nach Auffassung der Bg ist der Nachprüfungsantrag der ASt bereits unzulässig. Soweit die ASt beanstande, dass die Abgabe gänzlich neuer Hauptangebote von der Ag nicht zugelassen worden sei, sei das Vorbringen der ASt treuwidrig, verwirkt und unzulässig. Denn die Verfahrensbeteiligten hätten in dem vor dem OLG Düsseldorf am 29. März 2017 geschlossenen Vergleich vereinbart, dass ASt und Bg ihre jeweils bereits eingereichten und verhandelten Angebote auf Grundlage der letztgültigen Vergabeunterlagen überarbeiten würden. Auch soweit sich die ASt nunmehr gegen den Umstand wende, dass es für die Unterschreitung der vorgegebenen Fertigstellungsfrist in der Bewertungsmatrix (dort Kriterium 6.4) Zusatzpunkte gebe, sei der Nachprüfungsantrag unzulässig. Hier sei die ASt mit ihrer Rüge präkludiert, da diese Bewertungsvorgabe bereits schon für die ersten Angebote gegolten habe und ohne Weiteres erkennbar gewesen sei. Im vor dem OLG Düsseldorf geschlossenen Vergleich sei lediglich der Fristenplan aufgrund der Verzögerungen im Vergabeverfahren angepasst worden; allen Verfahrensbeteiligten sei klar, dass es sich bei der Fertigstellungsfrist um eine Maximalfrist handele. Zudem fehle der ASt die Antragsbefugnis im Hinblick auf das von ihr vorgelegte Angebot. Denn dieses sei zwingend auszuschließen, da es ein Ausschlusskriterium nicht erfülle, und zwar das Kriterium 2.7, wonach bestimmte Betriebe, insbesondere „produzierendes Gewerbe“, im Umkreis von 50 bis 100 m nicht akzeptiert werden könnten. Im Falle des von der ASt angebotenen Bestandsgebäudes sei dies aber der Fall, da es sich bei dem Unternehmen auf dem benachbarten Grundstück um einen Produktionsstandort handele.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Dass die Ag letztlich die Vorlage gänzlich neuer Angebote im jetzigen Verfahrensstadium nicht zugelassen habe, sei rechtmäßig. Die Unzulässigkeit gänzlich neuer Angebote folge zum einen bereits aus dem Vergleich und den dort

gewählten Formulierungen. Zum anderen ergebe sich dies auch unmittelbar aus den Vergabeunterlagen. Schließlich sei es im fraglichen Stadium des Verfahrens mit Sinn und Zweck der gewählten Verfahrensart, dem Verhandlungsverfahren, nicht vereinbar, wenn gänzlich neue Angebote zugelassen würden; die vorgesehenen Verhandlungsrunden dienten gerade dazu, vorgelegte Angebote weiter zu konkretisieren und zu modifizieren. Würden gänzlich neue Angebote in der letzten Verhandlungsrunde zugelassen, würden die vorangegangenen Verhandlungsrunden ihres Sinns beraubt. Vor diesem Hintergrund sei die Ag verpflichtet gewesen, die Zulassung gänzlich neuer Angebote – wie von der Bg mit ihrer Rüge begehrt – wieder zurückzunehmen. Auch die Vergabe von Zusatzpunkten für die Unterschreitung der Fertigstellungsfrist, wie in der Bewertungsmatrix vorgesehen, sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Auch im Übrigen sei die Wertungsmatrix nicht zu beanstanden.

Der Zuschlag dürfe zudem auch konkret auf das Angebot der Bg erteilt werden. Die Bg besitze die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, um den Auftrag durchführen zu können. Dass die Bg geeignet sei, werde im Übrigen im vor dem OLG Düsseldorf geschlossenen Vergleich festgehalten. Auch vor diesem Hintergrund sei es der ASt verwehrt, sich auf eine angeblich fehlende Eignung der Bg zu berufen. Schließlich handele es sich bei dem Angebot der Bg auch nicht um ein rechtswidriges Unterpreisangebot; entsprechender Vortrag der ASt sei rein spekulativ.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 4. Juli 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 GWB bis zum 20. Juli 2017 einschließlich verlängert. In der mündlichen Verhandlung am 11. Juli 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten der Ag vom 19. Juli 2017 wurde nicht mehr berücksichtigt.

II.

Da das streitgegenständliche Vergabeverfahren vor dem 18. April 2016 begonnen hat, ist gemäß § 186 Abs. 2 GWB n.F. das vor dem 18. April 2016 geltende Recht, d.h. die entsprechenden GWB-, VgV- und VOB/A-Vorschriften, anwendbar.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Der Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer des Bundes ist statthaft (vgl. VK Bund, Beschluss vom 30. September 2016, VK 1-86/16).

Die ASt ist zudem gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebots dokumentiert und Vergaberechtsverstöße geltend gemacht, die bei Vorliegen ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt haben können. Damit hat sie auch das Drohen eines Schadens hinreichend dargelegt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Bg geltend macht, dass das Angebot der ASt ein Ausschlusskriterium (Kriterium 2.7 – keine Nähe zu bestimmten Betrieben) erfülle und daher zwingend auszuschließen sei. Denn diesem Vortrag tritt die ASt entgegen, so dass das tatsächliche Vorliegen eines solchen Ausschlussgrundes im Rahmen der Begründetheit zu prüfen ist.

Ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB ist die ASt ebenfalls nachgekommen, und zwar mit Rüge der geltend gemachten Verstöße mit Schreiben vom 9. und 18. Mai 2017. Soweit sie Vergaberechtsverstöße in Bezug auf die Angebotswertung geltend macht, die ihr erst nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zur Kenntnis gebracht wurden, musste sie entsprechende Verstöße nicht gesondert rügen, sondern lediglich – zeitnah – im Nachprüfungsverfahren geltend machen; eine Rüge ist insoweit entbehrlich (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2014, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juli 2007, VII-Verg 27/06; VK Bund, Beschluss vom 10. November 2014, VK 1-88/14).

Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Zwar ist dem Nachprüfungsantrag der Erfolg nicht schon deshalb zu versagen, weil das Angebot der ASt zwingend auszuschließen wäre (siehe unten a)). Jedoch liegen die von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße bzw. entsprechende Verletzungen in ihren Rechten nicht vor. So ist die Nichtzulassung mehrerer Hauptangebote und die Vergabe von Zusatzpunkten für eine Bezugfertigkeit vor Ende der Fertigstellungsfrist vergaberechtskonform (siehe unten b) bzw. c)). Ebenso ist die Wertung des Angebots der ASt, soweit sie angegriffen wird, jedenfalls in dem Umfang, in dem es die ASt benötigt, um auf die Zuschlagsposition zu rücken, nicht zu beanstanden (siehe unten d)). Schließlich greifen auch die von der ASt gegenüber der Bg vorgebrachten Ausschlussgründe nicht durch (siehe unten e)), und auch bei der Beantwortung von Bieterfragen ist es im Ergebnis nicht zu einer Verletzung der ASt in ihren Rechten gekommen (siehe unten f)).
 - a) Der Nachprüfungsantrag ist nicht schon deshalb zurückzuweisen, weil das Angebot der ASt zwingend auszuschließen wäre und die ASt daher nicht in ihren Rechten verletzt sein könnte, § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB. Denn entgegen der Auffassung der Bg ist auf Grundlage der der Vergabekammer vorliegenden Fakten davon auszugehen, dass das Angebot der ASt das Kriterium 2.7 erfüllt. Nach diesem Kriterium, das als Ausschlusskriterium im Leistungsverzeichnis gekennzeichnet ist, führt es unter anderem zum Angebotsausschluss, wenn im Umkreis von 50 bis 100m neben dem vom Bieter angebotenen Gebäude ein produzierendes Gewerbe angesiedelt ist. Das fragliche Unternehmen, auf das sich die Bg bezieht, betreibt jedoch – wie sich aus den Angaben im Angebot der ASt wie auch der Wertung der Ag ergibt, die sich ausdrücklich damit auseinandersetzt – dort nach derzeitigen Erkenntnissen keine Produktion. Der von der Bg dazu vorgebrachte Beleg, ein Zeitungsartikel aus dem Jahr 2013, ist für sich genommen nicht geeignet, diese Einschätzung in Frage zu stellen.
 - b) Entgegen der Auffassung der ASt ist es vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass die Ag es letztlich nicht zugelassen hat, dass ein Bieter mehrere Hauptangebote abgibt. Eine Zulassung von mehreren Hauptangeboten hätte im vorliegenden Vergabeverfahren bedeutet, dass auch gänzlich neue – bisher unverhandelte – Angebote hätten eingereicht werden können. Dies hätte im vorliegenden Fall ebenso gegen die von der Ag für das Vergabeverfahren bekanntgegebenen Vergabebedingungen wie auch den Vergleich, den die Verfahrensbeteiligten vor dem OLG Düsseldorf am 29. März 2017 (im Beschwerdeverfahren VII-Verg 44/16) geschlossen haben, verstoßen. Zwar können Vergabeunterlagen grundsätzlich auch noch während des laufenden Vergabeverfahrens

vom Auftraggeber geändert werden, soweit dies transparent und diskriminierungsfrei gegenüber allen Bietern geschieht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. September 2016, VII-Verg 7/16, m.w.N.). Im vorliegenden Fall bestehen jedoch folgende Besonderheiten: So ist bereits zu Beginn der Angebotsphase der Ablauf des Verhandlungsverfahrens in seinen einzelnen Phasen (Angebote und Verhandlungsrunden) genau beschrieben worden (vgl. Leistungsbeschreibung, Verdingungsunterlagen, Ziffer 1.2, V.), worauf sich die Bieter eingestellt haben. Zudem gehört es zum Wesen des vorliegend vorgegebenen Verfahrensablaufs, dass die zunächst indikativen und später verbindlichen Angebote verhandelt und auf die Bedürfnisse der Ag angepasst werden; gänzlich neue Angebote wären demgegenüber nicht entsprechend verhandelt worden, so dass diese mit den verhandelten Angeboten als nicht ohne Weiteres vergleichbar angesehen werden können. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier nach dem Vergleich vom 29. März 2017 – nur noch die letzte Angebotsrunde wiederholt werden soll und damit weitere Verhandlungen ausgeschlossen sind. Denn dem Vergleich selbst, auf den sich die Verfahrensbeteiligten verbindlich geeinigt haben, ist unzweifelhaft zu entnehmen, dass die bereits vorliegenden Angebote der ASt und der Bg nur noch einmal überarbeitet werden dürfen, und zwar zur Abgabe eines letzten verbindlichen Angebots. Indem zudem von „letzverbindlichen Angeboten“ und „letztgültigen Vergabeunterlagen“ sowie dem „Stand vor abschließender Angebotsabgabe“ die Rede ist, wird ausdrücklich klargestellt, dass weitere Angebotsrunden und Verhandlungen – anders als die ASt es nun verstehen will – nicht mehr vorgesehen sind. Die Verwendung des Begriffs „erneuern“ macht dabei deutlich, dass Ausgangspunkt für die letzte Angebotsabgabe das bisherige (verhandelte) Angebot sein soll, das erneuert, d.h. überarbeitet werden darf. Dass von „Angeboten“ im Plural die Rede ist, ist hingegen nur dem Umstand geschuldet, dass sowohl die ASt als auch die Bg jeweils ein letztverbindliches Angebot abgeben dürfen.

- c) Entgegen der Auffassung der ASt ist es auch nicht vergaberechtlich zu beanstanden, dass in der Bewertungsmatrix des vorliegenden Vergabeverfahrens im Rahmen des Bewertungskriteriums 6.4 die Vergabe von Leistungspunkten vorgesehen ist, wenn der Bieter einen zeitlich früheren Bezugszeitpunkt anbietet als den 1. Januar 2019. Gegen ein Wertungssystem, das für eine frühere Fertigstellung als die geforderte eine Belohnung im Wege einer besseren Bewertung vorsieht, ist grundsätzlich aus vergaberechtlicher Sicht nichts einzuwenden; dies macht auch die ASt nicht geltend. Sie beruft sich jedoch für den vorliegenden Fall auf die Vereinbarung im vor dem OLG

Düsseldorf geschlossenen Vergleich vom 29. März 2017, worin für die „Fertigstellungsfrist“ eine Zeitspanne von „ein[em] Jahr und sechs Monate[n] ab Auftragserteilung“ bestimmt wurde. Nach Auffassung der ASt handelt es sich dabei um eine Mindestfrist, so dass deren Unterschreitung nicht mit einer besseren Bewertung belohnt werden dürfe. In der Auslegung als Mindestfrist geht sie jedoch fehl. Vielmehr handelt es sich bei der „Fertigstellungsfrist“ – wie sich schon unmittelbar aus dem Wortlaut ergibt – um die Frist für die Fertigstellung, d.h. dass mit Ablauf der Frist die Fertigstellung abgeschlossen sein muss (Maximalfrist). Da der Fristbeginn hier mit dem Begriff „ab Auftragserteilung“ bereits definiert ist, kann es bei der fraglichen Zeitspanne („ein Jahr und sechs Monate“) nur noch um die Bestimmung des Fristendes gehen. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, inwieweit die ASt durch die Bewertungsvorgaben für das Kriterium 6.4 in ihren Rechten verletzt ist bzw. ihr ein Schaden entsteht. Denn sie hat mit ihrem Angebot in diesem Kriterium die volle Punktzahl erhalten.

- d) Soweit sich die ASt gegen die Wertung ihres Angebots nach der Bewertungsmatrix wendet, ist diese jedoch in Bezug auf die Kriterien 7.2, 9.3, 12.7, 12.12, 12.15 und 16.5 nicht zu beanstanden; die Punktabzüge bei der Bewertung des Angebots der ASt sind dort zu Recht erfolgt (siehe unten (1) bis (6)). Zusammen mit den ausdrücklich nicht beanstandeten Punktabzügen in anderen Kriterien erreicht das Angebot der ASt danach – auch unter der Prämisse, dass die übrigen Punktabzüge zu Unrecht erfolgten und die ASt hier jeweils die volle Punktzahl erhalten würde – keine Leistungspunktzahl, die dazu führt, dass das Angebot dasjenige der Bg vom ersten Rang verdrängt. Daher kann in Bezug auf die übrigen beanstandeten Einzelbewertungen offen bleiben, ob diese ordnungsgemäß erfolgten.

- (1) Wie sich aus der den Vergabeunterlagen beigefügten Bewertungsmatrix ergab, wurde die Lage des vom Bieter angebotenen Gebäudes (Kriterium 7.2) mit der vollen Punktzahl von 4 Punkten bewertet, wenn es im Stadtzentrum liegt. Das Angebot der ASt wurde demgegenüber nur als „zentrumsnah“ und damit mit nur 2 Punkten bewertet. Diese Bewertung lässt allerdings keine Beurteilungsfehler erkennen. Solche sind weder aus objektiver Sicht noch relativ zur Bewertung des Angebots der Bg zu erkennen. Denn das von der ASt angebotene Gebäude liegt – wie sich dem Stadtplan von [...] entnehmen lässt – in deutlichem Abstand zum Stadtzentrum mit [...] und Rathaus sowie dem Dom [...] und gehört – wie anhand der Straßenstruktur deutlich erkennbar – auch nicht im [...]abgegrenzten Altstadtbereich, sondern

vielmehr in einem Gewerbegebiet in deutlichem Abstand dazu. Im Vergleich hierzu liegt das von der Bg angebotene Gebäude im Übrigen deutlich näher an dem oben beschriebenen Stadtzentrum und wurde ebenfalls nur mit 2 Punkten („zentrumstern“) bewertet, so dass auch nicht von einer Ungleichbehandlung der beiden Angebote zu Lasten der ASt ausgegangen werden kann. Vielmehr müsste das Angebot der Bg ebenfalls die volle Punktzahl erhalten, wenn diese für das Angebot der ASt vergeben würde, wodurch sich der Wertungsabstand zwischen den Angeboten nicht maßgeblich verändern würde.

- (2) Nach dem Kriterium 9.3 wurde die volle Punktzahl von 4 Punkten vergeben, wenn ein angebotenes Gebäude nicht unter Denkmalschutz steht, und 0 Punkte, wenn es denkmalgeschützt ist. Da das Gebäude, das die ASt anbietet, unter Denkmalschutz steht, hat es – konform mit den bekanntgegebenen Wertungsvorgaben – 0 Punkte erhalten und ist von daher nicht zu beanstanden. Die ASt wendet sich in diesem Zusammenhang allerdings gegen die Ausgestaltung des Kriteriums an sich (negative Bewertung von denkmalgeschützten Gebäuden); da es sich beim Denkmalschutz um gesetzliche Verpflichtungen handle, dürfe dieser wie auch sonstige gesetzliche Verpflichtungen sich nicht nachteilig auf die Bewertung von Angeboten auswirken. Dieser Argumentation ist jedoch nicht zu folgen. Richtig ist, dass wenn ein Gebäude denkmalgeschützt ist, besondere gesetzliche Pflichten und Beschränkungen damit einhergehen. Diese schränken notgedrungen auch Nutzungs- und Gestaltungsmöglichkeiten des Gebäudes ein. Dabei handelt es sich letztlich um Eigenschaften eines Gebäudes, die damit im vorliegenden Fall auch den Beschaffungsgegenstand prägen. Wenn Zuschlagskriterien dann wie hier mit dem Beschaffungsgegenstand zusammenhängen, ist dem Auftraggeber, hier der Ag, eine weitgehende Bestimmungsfreiheit einzuräumen, so dass es der Ag vorliegend auch freisteht, dass sie dem Denkmalschutz aufgrund der damit einhergehenden Beschränkungen eine negative Bewertung zumisst und dies im Kriterium 9.3 so festlegt.
- (3) Im Kriterium 12.7 ist, wie es die Bewertungsmatrix ausweist, Wertungsmaßstab das objektiv bestimmbare Fensterachsmaß. Während bei einem Fensterachsmaß von 1,40 m die volle Punktzahl von 4 Punkten gewährt wird, sind dies für Achsmaße zwischen 1,30 und 1,60 m – wie im Falle des Angebots der ASt – nur 2 Punkte. Da das Angebot der ASt 2 Punkte erhalten hat und ein Beurteilungsspielraum bei derart

objektiv messbaren Größen auch nicht besteht, ist nicht zu erkennen, worin hier ein Bewertungsfehler liegen soll; vielmehr handelt es sich nach den Vorgaben der Vergabeunterlagen um die einzig zulässige Bewertung. Wenn die ASt daneben meint, es würden unzulässige Doppelbewertungen – hier in Bezug auf Fenster, die auch noch im Wertungsbereich 16 bewertet würden – vorgenommen, ist dem zunächst entgegenzuhalten, dass in den verschiedenen Kriterien, hier etwa 12.7 und 16.2 sowie 16.5, auch verschiedene Größen bzw. Eigenschaften der Fenster bewertet werden, so dass Doppelbewertungen (derselben Eigenschaft) schon rein tatsächlich nicht gegeben sind. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, inwieweit Vergaberecht dagegen sprechen sollte, dass sich bestimmte Eigenschaften eines Beschaffungsgegenstands in verschiedenen Wertungskriterien jeweils negativ auf die Angebotswirkung auswirken, so lange dies transparent aus dem zuvor bekanntgegebenen Wertungssystem ergibt. Schließlich bleibt es dem Auftraggeber auch unbenommen, Gewichtungen stärker oder schwächer zu gestalten, was bei entsprechender (doppelter) Gewichtung zu vergleichbaren Wertungsergebnissen wie „Doppelbewertungen“ führen kann.

- (4) Auch die Bewertung des Angebots der ASt im Kriterium 12.12 ist nicht zu beanstanden. Nach dem Leistungsverzeichnis waren hier lichte Raumhöhen bei Bestandsgebäuden (wie dem der ASt) von durchgängig 2,50 bis 3,00 m vorgesehen. Abweichungen von bis zu 5% wurden mit einem Punktabzug von 2 Punkten und höhere Abweichungen mit 0 Punkten bewertet. Da das Angebot der ASt die genannten lichten Raumhöhen nicht durchgängig einhält, ist die von der Ag vorgenommene Abpunkung nicht zu beanstanden.
- (5) Gleiches gilt für die im Kriterium 12.15 zu bewertende Flurbreite. Hier war nach der Bewertungsmatrix vorgesehen, dass die volle Punktzahl von 4 Punkten nur erreicht wurde, wenn die Flurbreite durchgängig zwischen 1,50 und 1,80 m liegt. Dies ist im Falle des Angebots der ASt nicht der Fall. Die von der Ag vorgenommenen Punktabzüge entsprechen vielmehr der vorgesehenen Wertungssystematik, d.h. den durchschnittlichen Abweichungen des Angebots der ASt bezogen auf die Flurbreite.
- (6) Schließlich ist auch die Bewertung des Angebots der ASt mit 2 Punkten im Kriterium 16.5 (dort im Unterkriterium „Zweischeiben Isolierverglasung gemäß Wärmeschutzverordnung“) nicht zu beanstanden. Insbesondere war dem Angebot

nicht die volle Punktzahl von 3 Punkten zu geben. Denn nach der den Vergabeunterlagen beigefügten Bewertungsmatrix ist die Bewertung mit 3 Punkten eindeutig den Angeboten vorbehalten, die eine „Dreischeiben Isolierverglasung“ enthalten; dies im Falle des Angebots der ASt gerade nicht der Fall. Dass die Bezeichnung des Unterkriteriums den Begriff der „Zweischeiben Isolierverglasung“ enthält, ist in Anbetracht der eindeutigen Punktezuordnung in der Matrix unbeachtlich.

- e) Soweit die ASt den Ausschluss des Angebots der Bg geltend macht, weil diese nicht geeignet sei bzw. ein Unterkostenangebot abgegeben habe, ist festzustellen, dass für beide geltend gemachten Ausschlussgründe keine belastbaren Anhaltspunkte vorliegen. Soweit die ASt die Eignung der Bg in Frage stellt, ist zunächst festzuhalten, dass die Eignung der Bg mit dem Vergleich der Verfahrensbeteiligten vor dem OLG Düsseldorf am 29. März 2017 zunächst erst einmal als zugestanden gilt; dies war auch der wesentliche zu behandelnde Beschwerdepunkt im Beschwerdeverfahren. Später eingetretene und bekanntgewordene Tatsachen, die die Eignung der Bg nachträglich in Frage stellen könnten, hat die ASt nicht vorgetragen und sind auch für die erkennende Vergabekammer nicht ersichtlich, so dass von der Eignung weiterhin auszugehen ist.

Auch für das Vorliegen eines Unterkostenangebots und damit eines Ausschlussgrunds nach § 16 EG Abs. 6 Nr. 1 VOB/A bzw. zumindest für eine Prüfpflicht nach § 16 EG Abs. 6 Nr. 2 VOB/A liegen keine belastbaren Anhalts- bzw. Ansatzpunkte vor, und zwar weder im Vergleich der Angebote der beiden Bieter noch im Vergleich der einzelnen Angebotsrunden.

- f) Die ASt macht schließlich geltend, dass der Bg Bieterfragen beantwortet wurden, ohne dass auch die ASt Kenntnis davon erlangt hat. Richtig ist, dass es aufgrund des Transparenzgebots und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB) seitens des Auftraggebers geboten ist, Informationen zum Vergabeverfahren allen Bietern – möglichst gleichzeitig – zur Verfügung zu stellen. Dies ist vorliegend weder durchgängig bei der Beantwortung von Bieterfragen der Bg noch von Bieterfragen der ASt erfolgt. Die Vergabekammer hat jedoch im Ergebnis festgestellt, dass der ASt keine Informationen vorenthalten wurden, die für das vorliegende Vergabeverfahren von entscheidender Bedeutung sind; insbesondere handelte es sich nicht um Informationen, die einen Einfluss auf die Angebotserstellung und damit den Wettbewerb hatten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 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. Zudem entspricht es der Billigkeit nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB, der unterliegenden ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen aufzuerlegen. Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zur Bg begründet, indem sie insbesondere deren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren geltend macht; die Bg hat zudem eigene Sachanträge gestellt und sich insbesondere durch Schriftsatzvortrag aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag und die Bg war jeweils notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich über das in einem Vergabeverfahren Übliche hinausgehende Rechtsfragen (insbesondere zur Zulassung mehrerer Hauptangebote und zur Auslegung des fraglichen Vergleichs), deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

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