



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 139/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Rahmenvertrag über die [...]“, hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Twele auf die mündliche Verhandlung vom 11. Januar 2017 am 3. Februar 2017 beschlossen:

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

Gründe:

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen den Ausschluss ihres Angebots.

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag), eine Sektorenauftraggeberin, machte am [...] auf der e-Vergabeplattform der [...] die beabsichtigte Vergabe „Rahmenvertrag über die [...]“ im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Teilnahmewettbewerb bekannt. Das [...]. Das Vergabeverfahren dient dem Abschluss von Rahmenverträgen (RV) mit max. vier Vertragspartnern. Die RV sollen eine Laufzeit von einem Jahr haben, die um zwei Jahre und um ein weiteres Jahr verlängert werden kann.

Zuvor, am [...], hatte die Ag ein [...] für die Vergabe eines Rahmenvertrags „[...]“ gemeinschaftsweit bekannt gemacht ([...]). Die ASt und das mit ihr konzernverbundene [...] Unternehmen [...], ließen sich daraufhin separat präqualifizieren.

Mit Hilfe des Systems e-Vergabe stellte die Ag am 14. April 2016 den präqualifizierten Unternehmen die Vergabeunterlagen zur Verfügung und forderte diese zur Abgabe eines verbindlichen Angebots bis zum 13. Juni 2016 auf; die Angebotsabgabefrist wurde mehrfach verlängert, zuletzt bis zum 8. August 2016.

Der von der Ag erstellte und den Vergabeunterlagen beigefügte Entwurf eines RV beinhaltet u.a. Vorgaben zu den zu verwendenden Richtlinien, technisch-betrieblichen Spezifikationen ([...]), standardisierten Schnittstellen, der Mindestverfügbarkeit [...], der Dauer und Art der (Mängel-) Gewährleistung sowie der Verwirkung von Vertragsstrafen. Auf Basis des RV soll ein nachgelagerter projektspezifischer Wettbewerb zwischen den Rahmenvertragspartnern im Wege eines nicht offenen Verfahrens stattfinden.

Auf dem Deckblatt des RV wird deutlich darauf hingewiesen, dass die Textpassagen ohne farbliche Hinterlegung verhandelbar sind. Nicht verhandelbar sind hingegen die türkis hinterlegten Textpassagen.

Die Bewerbungsbedingungen enthalten – soweit vorliegend von Interesse – unter Ziff. 10 folgende „Hinweise zur Angebotsbearbeitung“:

„10.2 Kommentierung der technischen Dokumente

10.2.1 technische Musskriterien

Die technischen Dokumente enthalten wesentliche Anforderungen als Musskriterien. Das Angebot muss grundsätzlich allen Anforderungen dieser Muss-Kriterien entsprechen. Kennzeichnet der Bieter eines der Muss-Kriterien als „nicht erfüllt“ oder „teilweise erfüllt“ oder stellt sich bei der Begutachtung der vom Bieter in seinem Angebot gemachten Angaben heraus, dass eines der Muss-Kriterien nicht oder nur teilweise erfüllt ist, führt dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren. Erkennt ein Bieter vor Angebotsabgabe, dass ein einzelnes Musskriterium nicht oder nicht wirtschaftlich erfüllt werden kann, so kann er den Auftraggeber um Änderung oder Aufgabe des Musskriteriums bitten. Dies ist möglich bis Ablauf der Angebotsfrist im Rahmen von Rückfragen gem. 4.3. Im letzteren Fall sind folgende Maßgaben zu erfüllen.....

Der Auftraggeber wird nach Prüfung des Änderungs-/Aufhebungsverlangens die betroffenen Muss-Kriterien ggf. entfallen lassen oder daran festhalten. Der Auftraggeber behält sich vor, auch im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens Muss-Kriterien noch einmal zu ändern, Muss-Kriterien entfallen zu lassen oder neue Muss-Kriterien einzufügen.....

10.3 Preisangaben

...

10.4 Vertragsbedingungen

Die Vertragsbedingungen ergeben sich aus dem Vertrag und seinen Anlagen. Dabei sind einzelne Paragraphen oder Absätze des Vertrages bzw. der Anlage als nicht verhandelbar gekennzeichnet (Text bzw. Deckblatt türkis markiert: nicht verhandelbar; Text ohne Markierung: verhandelbar).

10.4.1 nichtverhandelbare Paragraphen oder Absätze

Die türkis markierten Paragraphen, Absätze einzelner Paragraphen oder Anlagen des Vertrages müssen zwingend erfüllt werden. Änderungen, Ergänzungen oder Modifikationen in den nicht verhandelbaren Paragraphen, Absätzen einzelner Paragraphen oder Anlagen des Vertrages sind unzulässig und führen zum Ausschluss vom Vergabeverfahren.

Der Auftraggeber behält sich vor, im Zuge des Vergabeverfahrens als nicht verhandelbar bezeichnete Vertragsbedingungen noch einmal zu ändern, sie entfallen zu lassen, neue Bedingungen einzufügen oder sie verhandelbar zu stellen. Der Auftraggeber wird seine Entscheidung rechtzeitig allen Bietern mit gleichlautenden und gleichzeitig abgesendeten Schreiben mitteilen. Den Bietern wird jeweils durch Gewährung einer angemessenen Frist Gelegenheit eingeräumt werden, ihre Angebote anzupassen. Für den Fall, dass das Angebot eines Bieters wegen Abweichung von einer nicht verhandelbaren Vertragsbedingung vorläufig ausgeschieden wurde, und dieses Kriterium nachfolgend entfällt, wird der betreffende Bieter wiederum zur Teilnahme

am Verhandlungsverfahren und Abgabe eines Angebotes eingeladen und über den aktuellen Stand des Vergabeverfahrens informiert.

10.4.2 verhandelbare Paragraphen und Absätze

Alle nicht markierten Paragraphen, Absätze einzelner Paragraphen oder Anlagen des Vertrages können clause by clause kommentiert werden. Sie können Gegenstand von Verhandlungen werden. Die Bewertung ergibt sich aus der Bewertungsmatrix.“

Die Teilnahme von Bietergemeinschaften an der Ausschreibung wurde für zulässig erklärt. Voraussetzung für deren Teilnahme ist, dass in dem Angebot sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft benannt werden sowie „eines ihrer Mitglieder als bevollmächtigter Vertreter für das Vergabeverfahren, den Abschluss und die Durchführung des Vertrages“ bezeichnet wird. Zu diesem Zweck ist das Formblatt Bietergemeinschaftserklärung zu verwenden (Bewerbungsbedingungen, Ziff. 12.1).

Für die Wertung der Angebote sehen die Bewerbungsbedingungen ein dreistufiges Verfahren vor (vgl. ebenda Ziff. 14.1). An die Prüfung des Vorliegens von Ausschlussgründen schließen sich die Prüfung der Angemessenheit der Preise sowie die wirtschaftliche Bewertung der Angebote an. Als Ausschlussgründe geben die Bewerbungsbedingungen unter Ziff. 14.2 u.a. an die Vornahme von Änderungen an den Vergabeunterlagen bzw. die Abweichung von zwingenden kommerziellen Bedingungen oder zwingenden fachlichen Anforderungen des Auftraggebers. Daneben werden die in § 21 Abs. 1 und 2 SektVO a.F. geregelten Ausschlussgründe in Bezug genommen, die im Rahmen des Ausschlussermessens nach § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO a.F. berücksichtigt werden sollen.

Der Ziff. 14.3 der Bewerbungsbedingungen zufolge sind Zuschlagskriterien der Vertrag (Gewichtung: 25 %), Preise Leistungspositionen (Gewichtung: 45 %), Preise diverses (Gewichtung: 15 %) und Technik (Gewichtung: 10 %).

In der Anlage A.15.1 werden die der Ag zugeordneten Mitwirkungshandlungen aufgeführt (vgl. § 15 RV).

Die Ag teilte der ASt in einem Schreiben vom 12. August 2016 mit, diese sei vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, weil deren Angebot nicht form- und fristgerecht abgegeben worden sei. Hiergegen brachte die ASt in einem anwaltlichen Schreiben vom 17. August 2016 mehrere Rügen an. Neben dem Ausschluss vom Vergabeverfahren machte die ASt u.a. geltend, die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbe-

werb sei unzulässig. Außerdem beanstandete die ASt die bekanntgemachte Bewertungsmatrix nebst Gewichtungsregeln als intransparent. Dem Rügevorbringen half die Ag in einem Schreiben vom 2. September 2016 insoweit ab, als sie den Ausschluss der ASt vom Vergabeverfahren rückgängig machte. Im Übrigen wies die Ag das Rügevorbringen zurück. Daraufhin erklärte die ASt in einem anwaltlichen Schreiben vom 5. September 2016, ihr Rügevorbringen nicht weiter verfolgen zu wollen.

Unter dem 30. September 2016 versetzte die Ag das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsaufforderung zurück. Anlass für diese Maßnahme war die zwischenzeitlich gewonnene Erkenntnis, dass in den ursprünglichen Vergabeunterlagen Soll-Optionen nicht trennscharf von Muss-Optionen abgegrenzt worden waren. Die Ag forderte die Bieter dazu auf, „ein verbindliches Angebot“ bis zum 20. Oktober 2016 einzureichen.

Die Bietergemeinschaft „[...]“, bestehend aus der ASt und der [...], gab fristgerecht ein Angebot ab. Dem Angebot beigelegt waren u.a. die Bietergemeinschaftserklärung und ein „Kommentierter Vertrag mit allen Anlagen“.

Die Ag teilte der Bietergemeinschaft in einem Schreiben vom 18. November 2016 den Ausschluss ihres Angebot mit, da in diesem auch an den als unverhandelbar (türkis) gekennzeichneten Regelungen des RV Änderungen vorgenommen worden seien.

Gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren wandte die ASt sich mit anwaltlichem Rüge-schreiben vom 23. November 2016.

Die Ag lehnte es in ihrem Antwortschreiben vom 28. November 2016 ab, dem Rügevorbringen abzuhelpfen.

2. Mit einem am 12. Dezember 2016 bei der Vergabekammer eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die [...] im eigenen Namen die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.
 - a) Sie tritt der von der Ag im Nachprüfungsverfahren geäußerten Auffassung entgegen, nicht antragsbefugt zu sein. Zutreffend sei zwar, dass das streitgegenständliche Angebot durch die Bietergemeinschaft [...] abgegeben worden sei. Dass der Nachprüfungsantrag aber nur durch ein Mitglied der Bietergemeinschaft, die [...], gestellt worden sei, sei

unschädlich. So sei bereits aus der dem Angebot beigefügten Bietergemeinschaftserklärung zweifelsfrei hervorgegangen, dass die [...] bevollmächtigte Vertreterin der Bietergemeinschaft sei. Die Formulierung der Bietergemeinschaftserklärung gebe nichts dafür her, dass deren Umfang auf die Teilnahme am Vergabeverfahren beschränkt worden sei und nicht zugleich auch die Führung eines Nachprüfungsverfahrens habe umfassen sollen.

Darüber hinaus sei die [...] ausdrücklich bevollmächtigt worden, die Bietergemeinschaft auch im Nachprüfungsverfahren zu vertreten. Zum einen ergebe sich dies aus einer Vollmacht der belgischen Schwestergesellschaft vom 12. Juli 2016, in der die [...] zur „Abgabe von Angeboten im Rahmen von Ausschreibungen im Bereich [...]“ ermächtigt worden sei, einschließlich „alle(r) zweckdienlichen Maßnahmen“ (Anlage ASt 15). Zum anderen aus einer „Authorisation to Vergabekammer“ vom 21. November 2016 (Anlage ASt 16).

Die Ag habe das Schreiben 18. November 2016, mit dem sie die Bietergemeinschaft vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen hat, an die Adresse der [...] gerichtet. Da die [...] das Schreiben vom 18. November 2016 ihrem Nachprüfungsantrag als Anlage 10 beigefügt habe, sei für die Ag ebenso wie für die Vergabekammer zum Zeitpunkt der Antragstellung erkennbar gewesen, dass die [...] den Nachprüfungsantrag in Prozessstandschaft für die Bietergemeinschaft habe stellen wollen.

Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit einer gewillkürten Prozessstandschaft auch in einem Nachprüfungsverfahren sei im Übrigen nichts zu erinnern. Die Rechtsprechung habe deren Zulässigkeit mehrfach bejaht (Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30. März 2005, VII-Verg 101/04 sowie Beschl. v. 27. November 2013, VII-Verg 20/13; ebenso OLG Frankfurt, Beschl. v. 23. Januar 2007, 11 Verg 11/06).

Der von der Ag vorgenommene Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen Änderung der Vergabeunterlagen sei schon deshalb vergaberechtswidrig, weil die SektVO keine taugliche Rechtsgrundlage für einen Angebotsausschluss vorsehe. Der durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (2016) neu in das Gesetz eingefügten Vorschrift des § 142 Nr. 2 GWB sei vielmehr die gesetzgeberische Wertung zu entnehmen, dass Sektorenauftraggeber Angebote nur unter engen Voraussetzungen von der Wertung ausnehmen dür-

fen. Wenn schon gem. § 142 Nr. 2 GWB in den Fällen des § 123 GWB ein Angebotsausschluss nur fakultativ erfolgen dürfe, müsse dies erst recht gelten, wenn - wie vorliegend – ein Angebotsausschluss wegen einer behaupteten Abweichung von Vergabeunterlagen im Raum stehe.

Ein Ausschluss habe auch deshalb nicht erfolgen dürfen, weil der Verhandlungsprozess noch nicht abgeschlossen gewesen sei. Insbesondere aufgrund der Vorgaben in Ziff. 10.2. der Bewerbungsbedingungen zu den technischen Kriterien und Ziff. 10.4.1 der Bewerbungsbedingungen zu den Vertragsbedingungen, wonach die Ag sich vorbehalten habe, ggf. auch über die als unverhandelbar (türkis) gekennzeichnete Klauseln zu verhandeln, habe die ASt davon ausgehen können, dass das bis zum 20. Oktober 2016 einzureichende Angebot nicht zuschlagsfähig sein musste. Das Angebot der ASt sei daher ein lediglich indikatives gewesen.

Das Angebot der ASt verstoße nicht gegen Vorgaben der Ag. In Ziff. 14.2 der Bewerbungsbedingungen habe die Ag die in Betracht kommenden Ausschlussgründe abschließend aufgeführt. Ein Ausschluss wegen Ergänzungen sei darin nicht vorgesehen. Ohnehin seien Ziff. 14.1 und 14.2 der Bewerbungsbedingungen auf indikative Angebote nicht anwendbar, weil die dort vorgesehene Prüfung der Angemessenheit des Angebotspreises nur bei zuschlagsfähigen Angeboten in Betracht komme.

Die Ag habe zu Unrecht eine Abänderung der Vergabeunterlagen angenommen. Die Ag selbst habe in der Anlage 15.1 Änderungen ausdrücklich zugelassen. Die ASt habe in ihrem Angebot nur die als verhandelbar gekennzeichneten Vorgaben geändert. Außerdem seien die seitens der ASt vorgenommene Änderungen notwendig gewesen. Bei diversen Leistungen seien Bieter auf die Zusammenarbeit mit Drittunternehmen angewiesen. Mit einem der Drittunternehmen habe die ASt bereits am 27. Juli 2016 Kontakt aufgenommen, von diesem aber erst am 20. Oktober 2016 ein Angebot über die Bereitstellung der Unterlagen erhalten. Aufgrund der Kalkulationsrelevanz der Information habe sie die in Anlage 15.1. vorgegebenen Bedingungen nicht unkommentiert lassen können.

Die Vergabeunterlagen seien intransparent. Aus Sicht eines Bieters sei nicht hinreichend klar gewesen, unter welchen Voraussetzungen als nicht verhandelbar gekennzeichnete Regelungen des RV durch die Bieter zur Verhandlung vorgeschlagen werden konnten. Während es zu den technischen Vorgaben in Ziff. 10.2 der Bewerbungsbedingungen eine

Regelung gebe, welche die Möglichkeit zur Verhandlung zulasse, fehle eine vergleichbare Regelung in Ziff. 10.4. der Bewerbungsbedingungen zum RV.

Durch den Ausschluss des Angebots der ASt verstoße die Ag gegen das Gebot der Selbstbindung. Denn in zwei früheren Ausschreibungen, an denen die ASt sich beteiligt habe, habe die Ag auch solche Angebote der ASt nicht ausgeschlossen, die inhaltlich vergleichbare Änderungsvorschläge enthalten hätten, wie sie die ASt nunmehr unterbreite habe. Aufgrund der ständigen Praxis habe die ASt darauf vertrauen dürfen, dass die Ag die vorgeschlagenen Änderungen auch im vorliegenden Vergabeverfahren billigen und der ASt die Möglichkeit zur Aufklärung geben würde.

Die Bewertungsmatrix sei vergaberechtswidrig. Für die Bieter sei nicht erkennbar gewesen, unter welchen Voraussetzungen von einer vollständigen, überwiegenden oder teilweisen Erfüllung der Vorgaben auszugehen sei.

Entgegen den gesetzlichen Vorgaben in § 4 Abs. 4 i.V.m. Abs. 6 lit. b) VgV a.F., § 7 Abs. 4 SektVO a.F. bzw. § 58 Abs. 2 SektVO (2016) habe die Ag die Energieeffizienz nicht als Zuschlagskriterium angemessen berücksichtigt. Dieses Defizit benachteilige die ASt, weil ihre Produkte energieeffizienter seien als die Produkte der Wettbewerber.

Die in § 16 des RV vorgesehene Leistungsanpassungsklausel verstoße gegen das Wettbewerbsgebot (§ 97 Abs. 1 GWB) und die Pflicht zur Neuausschreibung (§ 132 GWB). Die Regelung lasse offen, unter welchen Voraussetzungen eine Leistungsanpassung erfolgen könne.

Nach erfolgter Akteneinsicht macht die ASt ergänzend eine Ungleichbehandlung geltend. Der Vergabevermerk deute darauf hin, dass die Ag mit den anderen Bietern Aufklärungsgespräche auch über mögliche Ausschlussgründe geführt habe. Nicht auszuschließen sei, dass die Ag in den Aufklärungsgesprächen zugunsten der anderen Bieter als unverhandelbar (türkis)gekennzeichnete Vorgaben in verhandelbare umgewandelt habe. Dem Anspruch der ASt auf Gleichbehandlung sei Rechnung zu tragen, indem auch ihr die Gelegenheit gegeben werde, das Angebot im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs zu modifizieren, so dass von der Ag nicht akzeptierte Kommentare ggf. entfernt werden könnten. Denkbar sei aber auch, die Angebote derjenigen Bieter, die nicht akzeptable Kommentierungen vorgenommen haben, ebenfalls auszuschließen.

Die ASt beantragt zuletzt,

1. bezüglich der Beschaffungsmaßnahme „Rahmenvertrag [...]“ ein Vergabenaachprüfungsverfahren einzuleiten,
2. zu entscheiden, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist und geeignete Maßnahmen zu treffen, um diese Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern,
3. die Vergabeakte beizuziehen und der ASt unverzüglich Akteneinsicht nach § 165 GWB zu gewähren,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären,
5. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß §§ 182 Abs. 4 GWB, 80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen,
6. erweiterte Akteneinsicht in Band 20 der Vergabeakte, insbesondere in eine ungeschwärzte Version der S. 17 bis 18 der bereits am 28. Dezember übersandten Aktenbestandteile,
7. hilfsweise Offenlegung der dort von der Ag aufgeführten Paragraphen des Rahmenvertrages und Benennung der jeweiligen Angebotsbestandteile und
8. Vorlage der Protokollierung der durchgeführten Aufklärungsgespräche,
9. Akteneinsicht in die finalen Vergabeunterlagen als Grundlage für die Aufforderung zur Abgabe eines zuschlagsfähigen Angebots am 1. Dezember 2016,
10. hilfsweise, die Angebote der weiteren Bieter wegen Abweichens von zwingenden Vorgaben der Ag aus dem Verfahren auszuschließen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen,
2. hilfsweise, den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen,
3. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Nach Auffassung der Ag fehlt der antragstellenden [...] die Antragsbefugnis. Durch Angebotsabgabe an der Ausschreibung beteiligt habe sich die unter [...] firmierende Bietergemeinschaft, deren Mitglieder die [...] und die [...] seien. Antragsbefugt sei daher die

Bietergemeinschaft als solche, nicht eines ihrer Mitglieder. Die [...] habe jedoch den Nachprüfungsantrag nicht namens und in Vertretung der Bietergemeinschaft, sondern im eigenen Namen gestellt. Die dem Angebot vom 12. Oktober 2016 beigefügte Erklärung, mit der die ASt bevollmächtigt worden sei, die Mitglieder der Bietergemeinschaft zu vertreten, beschränke sich auf das Handeln im Vergabeverfahren. Die der [...] erteilte Vollmacht habe jedoch eine Vertretung der Mitglieder der Bietergemeinschaft vor den Nachprüfungsinstanzen nicht umfasst.

Die Voraussetzungen für eine zulässige gewillkürte Prozessstandschaft lägen nicht vor. Grundlegende Voraussetzung hierfür sei, dass mit dem Nachprüfungsantrag offengelegt werde, im eigenen Namen fremde Rechte geltend zu machen. Dies sei vorliegend nicht der Fall, weil die [...] den Nachprüfungsantrag im eigenen Namen gestellt habe. Die nachträgliche Vorlage einer Vollmacht könne die mangelnde Offenkundigkeit nicht nachträglich heilen.

Da die Bietergemeinschaft es nach der Mitteilung der Ag vom 28. November 2016, der Rüge nicht abhelfen zu wollen, unterlassen habe, innerhalb der 15-Tage-Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. einen Nachprüfungsantrag zu stellen, sei dieser als unzulässig zurückzuweisen. Da die Frist abgelaufen sei, sei es der ASt verwehrt, sich die Rügeerhebung zu eigen zu machen. Auf die möglichen Folgen eines Verstreichenlassens der Frist nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. seien die Bieter in der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2015 (dort Ziff. VI.3.2) ausdrücklich hingewiesen worden.

Ungeachtet dessen sei der Nachprüfungsantrag nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F. unzulässig, soweit die ASt die Intransparenz der Vergabeunterlagen geltend mache. Die ASt habe es unterlassen, die von ihr behaupteten Vergaberechtsverstöße vor Stellung des Nachprüfungsantrags zu rügen.

Soweit die ASt die Intransparenz der Wertungsmatrix moniere, sei sie hiermit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. präkludiert. Das weitgehend inhaltsgleiche Rügevorbringen im anwaltlichen Schriftsatz vom 17. August 2016 habe die Ag mit Schreiben vom 2. September 2016 zurückgewiesen. Da die ASt davon abgesehen habe, innerhalb von 15 Tagen einen Nachprüfungsantrag zu stellen, könne sie mit diesem Vorbringen gem. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. nicht mehr gehört werden.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Angebot der ASt vom 12. Oktober 2016 sei zu Recht ausgeschlossen worden, weil in diesem Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden seien. Die Ag tritt der Auffassung der ASt entgegen, im Anwendungsbereich der SektVO sei in Ermangelung einer einschlägigen Rechtsgrundlage ein Ausschluss von Angeboten, die von den Vergabeunterlagen abweichen, nicht zulässig. Die vergaberechtliche Zulässigkeit, Bieter vom Wettbewerb auszunehmen, deren Angebote von zwingenden Vorgaben abweichen, ergebe sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. So könne die Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerbs nur dann gewährleistet werden, wenn in diesen Fällen Bieter ausgeschlossen werden können. Dem entsprechend sei in der Rechtsprechung der Nachprüfungsinstanzen entschieden worden (Hinweis auf VK Bund, Beschl. v. 21. Oktober 2015, VK 2-97/15).

Anlage A 15.1

Die ASt habe die Anlage 15.1, die Mitwirkungshandlungen der Ag regelt, um die Absätze 4 bis 9 ergänzt. Die vorgeschlagenen Ergänzungen wichen inhaltlich von dem als nicht verhandelbar gekennzeichneten § 2 Abs. 1 des RV ab. Denn durch die Absätze 4 bis 9 der Anlage 15.1 würden der Ag Leistungspflichten auferlegt, die § 2 Abs. 1 des RV dem zukünftigen Auftragnehmer – unverhandelbar – zugewiesen habe.

§ 27 Abs. 7 des RV

Hier habe die ASt eine Abnahmefiktion vorgesehen, die in der als nicht verhandelbar vorgegebenen Definition der Abnahme nicht enthalten sei.

§ 39 Abs. 1 des RV

Der von der ASt vorgeschlagene Beginn der Gewährleistungsfrist weiche von der als nicht verhandelbar gekennzeichneten Regelung ab.

§ 40 Abs. 5 des RV

Die von der ASt vorgeschlagene Definition des Begriffs [...] weiche von der als nicht verhandelbar gekennzeichneten Definition ab.

§ 43 des RV

Die Ag habe die Regelungen zu etwaigen Vertragsstrafen bei Verzug insgesamt als unverhandelbar gekennzeichnet; eine Ausnahme sei lediglich zugelassen worden hinsichtlich der Höhe der Vertragsstrafe und deren Verzinsung. Im Widerspruch hierzu sehe das Angebot

der ASt für § 40 RV einen neuen Abs. 10 vor, dem zufolge etwaige Vertragsstrafen aus Verzug erlassen werden, wenn für das gleiche Projekt eine fristgerechte Inbetriebnahme-Genehmigung erwirkt wird.

Der Einwand der ASt, die Energieeffizienz sei zu Unrecht nicht als Zuschlagskriterium vorgesehen worden, gehe fehl. Auf § 4 Abs. 6 b VgV a.F. könne die ASt sich schon deshalb nicht berufen, weil die VgV im Sektorenbereich nicht anwendbar sei. § 29 Abs. 2 Satz 2 SektVO a.F. berechne den Sektorenauftraggeber, den Energieverbrauch im Rahmen der Wertungsentscheidung zu berücksichtigen, verpflichte ihn hierzu aber nicht. § 7 Abs. 4 SektVO a.F. habe lediglich vorgesehen, dass die Bieter mit der Leistungsbeschreibung aufgefordert werden, Angaben zum Energieverbrauch zu machen. Weitergehende Vorgaben habe die SektVO a.F. nicht vorgesehen. Im Übrigen habe die Ag in der Leistungsbeschreibung zwingende Vorgaben an den Energieverbrauch gemacht.

Die Leistungsanpassungsklausel (§ 16 RV) sei nicht zu beanstanden. Das dort geregelte Procedere, bei dem zunächst ein Änderungswunsch formuliert, sodann ein Angebot erarbeitet werden muss, über dessen Annahme die Ag entscheiden muss, führe nicht zur Unkalkulierbarkeit des Angebots.

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 17. Januar 2017 teilt die Ag mit, dass kein anderes Angebot Änderungen an den Vergabevorlagen vorgenommen habe, die zum Ausschluss hätten führen müssen. Die Ag habe in den Verhandlungen mit den anderen Bietern auch nicht solche zwingenden Vorgaben des RV nachträglich geändert, welche den Ausschluss des Angebots der ASt zur Folge hätten.

Entgegen der Annahme der ASt habe die Ag mit anderen Bietern weder unzulässige Aufklärungsgespräche geführt noch Angebote in der Wertung belassen, die gegen zwingende Vorgaben verstießen. Kommentare zu technischen Anforderungen seien zulässig gewesen. Im Unterschied zur ASt hätten die anderen Bieter keine Muss-Kriterien geändert.

- c) Der ASt ist antragsgemäß Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB a.F.) gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung vom 11. Januar 2017 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert. Da sich in der mündlichen Verhandlung die neue Fragestellung ergeben hat, ob es möglicherweise Angebote gab, die die technischen Muss-Kriterien nicht eingehalten haben, aber dennoch zu Aufklärungsgesprächen zugelassen wurden, wurde der

Ag die Möglichkeit eingeräumt, diesen Sachverhalt aufzuklären und hierzu ergänzend Stellung zu nehmen. Zu dem Schriftsatz der Ag vom 17. Januar 2017 nahm die ASt in einem nachgelassenen Schriftsatz vom 24. Januar 2017 Stellung, zu dem die Ag sich wiederum mit Schriftsatz vom 26. Januar 2017 äußerte.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten im Übrigen, die Vergabeakte der Ag und die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen. Durch Verfügungen der Vorsitzenden vom 11. und 27. Januar 2017 wurde die Entscheidungsfrist verlängert bis zum 6. Februar 2017 (einschließlich).

II.

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, als unbegründet zurückzuweisen.

Da das Vergabeverfahren vor dem 18. April 2016 begonnen wurde, ist nach Art. 1, § 186 Abs. 2 GWB des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17. Februar 2016 (BGBl. I, S. 203, 230) nicht nur für das Vergabeverfahren, sondern auch für das sich daran anschließende Nachprüfungsverfahren das Recht anwendbar, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens galt. Anwendbar ist somit das GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 258 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474). Anwendbar ist darüber hinaus die SektVO a.F. (2009).

Nicht beizutreten ist der Auffassung der ASt, dass nach der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens am 29. September 2016 ein neues Vergabeverfahren begonnen hat. Die Rückversetzung des Verfahrens in einen früheren Stand diene aus Sicht der Ag alleine dem Zweck, zwischenzeitlich erkannte Defizite, d.h. die Abgrenzung von zwingenden und fakultativen Optionen, zu korrigieren. Durch die Rückversetzung blieben der Beschaffungsgegenstand und die Grundlagen der Ausschreibung im Übrigen unverändert. Im Unterschied zu einer Aufhebung der Ausschreibung wurde durch die Rückversetzung die Kontinuität des am 16. April 2016 begonnenen Vergabeverfahrens gewahrt.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist nur teilweise gegeben.
 - a) Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht nicht entgegen, dass die ASt diesen im eigenen Namen gestellt hat.

Aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers einschließlich der Vergabekammer hat die [...] den Nachprüfungsantrag im eigenen Namen gestellt. Es war weder aus dem Nachprüfungsantrag selbst noch aus den diesem als Anlage beigefügten Unterlagen erkennbar, dass dieser namens der Bietergemeinschaft gestellt werden sollte bzw. dass es überhaupt eine Bietergemeinschaft war, die das Angebot abgegeben hat. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass auf Seite 1 des Nachprüfungsantrags als antragstellende Verfahrensbeteiligte ausschließlich die [...] benannt worden ist („Namens und in Vollmacht der Antragstellerin beantragen wir:...“), folgt aber auch daraus, dass weder im „Rubrum“ des Nachprüfungsantrags noch in den sich daran anschließenden rechtlichen und tatsächlichen Ausführungen die Existenz einer Bietergemeinschaft in irgendeiner Weise Erwähnung gefunden hat. Es trifft zwar zu, dass dem Nachprüfungsantrag als Anlage 10 beigefügt worden war das Erwidernsschreiben der Ag vom 28. November 2016, das adressiert war an die Bietergemeinschaft [...]. Aus dem Umstand, dass die Ag das Erwidernsschreiben an die Bietergemeinschaft adressiert hat, folgt aber lediglich, dass der Ag zu diesem Zeitpunkt bewusst war, dass sich die Bietergemeinschaft durch Abgabe eines Angebots an der Ausschreibung beteiligt hat. Dies ändert aber nichts daran, dass der Nachprüfungsantrag nicht erkennen ließ, dieser solle namens der Bietergemeinschaft gestellt werden, denn eine bloße Adresse in einem Schreiben, das dem Nachprüfungsantrag als Anlage 10 beigefügt war, konnte durch den Erklärungsempfänger – da an versteckter Stelle befindlich – nur zufallhaft wahrgenommen werden und nicht die eindeutig auf die [...] bezogenen Angaben im Nachprüfungsantrag revidieren.

Ein einzelnes Mitglied einer Bietergemeinschaft ist grundsätzlich nicht befugt, einen Nachprüfungsantrag zu stellen; denn in einem Nachprüfungsverfahren ist nur dasjenige Unternehmen antragsbefugt, welches ein Interesse am Auftrag hat (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F.). Beteiligt sich - wie vorliegend - eine Bietergemeinschaft an der Ausschreibung, hat ausschließlich diese ein Interesse am Auftrag und ist folglich befugt, einen Nachprüfungsantrag zu stellen (OLG München, Beschl. v. 14.1.2015, Verg 15/14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18. November 2009, VII-Verg 19/09; OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.1.2007, 11 Verg 11/06; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.2005, VII-Verg 101/04).

Allerdings entspricht es der wohl überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung der Nachprüfungsinstanzen, dass das im Zivilprozess anerkannte Institut der Prozessstandschaft auch im Nachprüfungsverfahren Anwendung finden kann (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27. November 2013, Verg 20/13; OLG München, Beschl. v. 14. Januar 2015, Verg 15/14). Voraussetzung hierfür ist, dass der Antragsteller vom Berechtigten zur Geltendmachung der Rechte ermächtigt wurde und

er ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens im eigenen Namen hat. Darüber hinaus wird verlangt, dass ein Antragsteller offen legt, im Verfahren fremde Rechte im eigenen Namen geltend zu machen.

Die ASt hat darauf hingewiesen, dass sich die Bevollmächtigung bereits aus der Bietergemeinschaftserklärung ergeben habe. Die Bietergemeinschaftserklärung (Anlage Ag 2) umfasste nach ihrem insoweit eindeutigen Wortlaut jedoch nur die Vertretung gegenüber der Ag. Denn dort wird ausgeführt: *„Wir erklären zugleich, dass der bevollmächtigte Vertreter die Mitglieder gegenüber dem Auftraggeber – auch bei der Angebotsabgabe – rechtsverbindlich vertritt.“* Eine Vertretung gegenüber Dritten bzw. im Nachprüfungsverfahren ist hiervon nicht umfasst.

Unbehelflich ist auch die von der ASt mit Schriftsatz vom 5. Januar 2017 als Anlage 15 vorgelegte Vollmacht des [...]. Der Wortlaut der Vollmacht spricht dafür, dass auch diese Vollmacht inhaltlich beschränkt war auf *„...die Abgabe von Angeboten im Rahmen von Ausschreibungen im Bereich [...]“* und die Führung der anschließenden Vertragsverhandlungen. Von dieser Vollmacht nicht ausdrücklich umfasst war die Vertretung gegenüber Dritten.

Ebenfalls mit Schriftsatz vom 5. Januar 2017 vorgelegt hat die ASt eine Erklärung der [...] vom 21. November 2016 (Anlage ASt 16). Dieser Erklärung zufolge ist die ASt bevollmächtigt, das Nachprüfungsverfahren für die Bietergemeinschaft zu führen. Der Ag ist zwar zuzugeben, dass die [...] es versäumt hat, die Bevollmächtigung bereits zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags offen zu legen. Der bereits zitierten Entscheidung des OLG München (a.a.O.) folgend würde dieser Mangel dazu führen, dass die Vollmacht unberücksichtigt bleiben müsste. Nach Auffassung der Vergabekammer ist es aber zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes in Vergabenachprüfungsverfahren geboten, eine nachträgliche Offenlegung der Bevollmächtigung zuzulassen. Die rechtlichen Interessen der Ag werden hierdurch nicht unzumutbar beeinträchtigt, zumal das Zuschlagsverbot ohnehin ausgelöst worden ist (§ 115 Abs. 1 GWB a.F.). Da nicht zweifelhaft ist, dass die [...] ein schutzwürdiges Eigeninteresse an der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens hat, liegen die Voraussetzungen für eine gewillkürte Prozesstandschaft vor. Das Rubrum war dementsprechend zu korrigieren.

- b) Die ASt ist überwiegend antragsbefugt. Ihr bestehendes Interesse am Auftrag (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F.) hat sie durch die Abgabe ihres Angebots dokumentiert.

Die Antragsbefugnis setzt ferner einen schlüssigen Vortrag der Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften voraus. Der Tatsachenvortrag muss, seine Richtigkeit unterstellt, geeignet sein, einen Vergaberechtsverstoß darzutun. Die Antragsbefugnis kann nur fehlen, wenn offensichtlich eine Rechtsbeeinträchtigung nicht vorliegt (OLG Celle, Beschl. v. 10.03.2016, 13 Verg 5/15, unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 29.7.2004, 2 BvR 2248/03; BGH, Beschl. v. 18.5.2004, X ZB 7/04 sowie BGH, Beschl. v. 26.9.2006, X ZB 14/06). Dabei dürfen die Anforderungen an die Begründung nicht überspannt werden. Nicht zuletzt dann, wenn dem Bieter zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags die erforderlichen Informationen zur Begründung seines Antrags gefehlt haben, kann es aus Gründen der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes genügen, wenn der Antragsteller lediglich plausible Anhaltspunkte für die von ihm geltend gemachten Vergaberechtsverstöße vorbringt (Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. (2013), § 107 GWB a.F., Rn. 18,19).

Soweit die ASt geltend macht, der Ausschluss ihres Angebots sei zu Unrecht erfolgt, macht sie – ihren Vortrag als richtig unterstellt – eine Verletzung in bieter eigenen Rechten geltend, durch die ihr ein Schaden zu entstehen droht. Gleiches gilt, soweit die ASt moniert, die Vergabeunterlagen seien unklar, die Wertungsmatrix sei defizitär, die Energieeffizienz sei zu Unrecht nicht berücksichtigt worden. Nicht antragsbefugt ist die ASt hingegen, soweit sie geltend macht, die Leistungsanpassungsklausel in § 16 RV sei vergaberechtswidrig. Denn insoweit lässt der Vortrag der ASt nicht erkennen, inwieweit ihr durch die Klausel ein Schaden zu entstehen droht (§ 107 Abs. 2 Satz 2 GWB a.F.).

- c) ASt hat den sich aus § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. ergebenden Rügeobligationen überwiegend genügt.

Vorliegend kommt eine Rügepräklusion lediglich aufgrund der Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F. in Betracht. Eine Anwendbarkeit der Präklusionsvorschriften des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB a.F. scheidet von vornherein aus. Beide Vorschriften stellen auf die in der Bekanntmachung benannte Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung ab. Die Ag hat jedoch eine Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung für den streitgegenständlichen RV nicht bekannt gemacht. Die im Supplement zum Amtsblatt der EU erfolgte Bekanntmachung ([...]) betraf unmittelbar nur [...], nicht jedoch den RV.

Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F. ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren positiv erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Die Kenntnis muss sich einerseits auf die einen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen, andererseits auch auf eine rechtliche Bewertung beziehen, es liege ein Vergaberechtsverstoß vor (Dicks, a.a.O., § 107 GWB a.F., Rn. 40). Die Beweislast hierfür liegt im Bestreitensfalle beim Auftraggeber.

Die ASt macht geltend, die Bewertungsmatrix nebst Gewichtungsregeln sei vergaberechtswidrig. Vergaberechtliche Bedenken gegen das Wertungssystem hatte die ASt durch ihre Verfahrensbevollmächtigten bereits mit Schreiben vom 17. August 2016 geltend gemacht. Die Ag hatte es in ihrem Schreiben vom 2. September 2016 abgelehnt, dem Rügevorbringen insoweit abzuhelpfen. Daraufhin teilte die ASt in einem Schreiben vom 5. September 2016 mit, ihr Rügevorbringen nicht weiter verfolgen zu wollen. Die Ausführungen der ASt aus dem Rügeschreiben vom 17. August 2016 finden sich teilweise wortgleich im Nachprüfungsantrag wieder (vgl. Nachprüfungsantrag, S. 21, vierter Absatz: „Es ist bereits nicht erkennbar,....“ einerseits sowie Rüge vom 17. August 2016, S. 8. letzter Absatz, andererseits).

Ein Vergabeverfahren ist auf die Anbahnung eines Vertragsverhältnisses ausgerichtet. Daher ist es sachgerecht und geboten, auch im Vergabeverfahren dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zur Wirksamkeit zu verhelfen. Ausgehend hiervon ist es treuwidrig, wenn die ASt im Nachprüfungsverfahren die Grundlagen der Ausschreibung mit Erwägungen angreift, die sie bereits im September 2016 wissentlich und wollentlich fallengelassen hat. Somit kann die ASt mit den gegen die Wertungsmatrix gerichteten Angriffen nicht mehr gehört werden.

Damit kommt es nicht mehr darauf an, ob die ASt mit diesem Vorbringen auch nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. ausgeschlossen ist, weil sie es versäumt hat, innerhalb der Frist von 15 Tagen nach Erhalt der Mitteilung, dem Rügevorbringen nicht abhelfen zu wollen, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. bestehen deshalb, weil die ASt in der Bekanntmachung nicht auf diese Frist hingewiesen hat. Wie bereits ausgeführt, bezog sich die Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU auf [...], nicht auf den Abschluss der streitgegenständlichen RV. Bei der Frist nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. handelt es sich um eine Rechtsbehelfsfrist (Dicks, a.a.O., § 107 GWB a.F., Rn. 57), so dass genaue Angaben in der Bekanntmachung zu der Frist erforderlich gewesen wären.

2. Der Nachprüfungsantrag ist als unbegründet zurückzuweisen. Das Angebot der ASt wurde zu Recht von der Wertung ausgenommen, weil es Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen hat.
 - a) Die ASt hat, indem das von ihr gelegte Angebot teilweise von den als zwingend gekennzeichneten Vorgaben im RV abweicht, Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen.

Der ASt ist zwar darin beizutreten, dass die SektVO a.F. – abweichend von der VOL/A a.F. und der VOB/A a.F. - den Ausschluss von Angeboten, die von den Vergabeunterlagen abweichen, nicht explizit regelt. Hinzu tritt, dass nach der ständigen Rechtsprechung auf dem Gebiet der Sektorentätigkeiten eine großzügige Handhabung geboten und den Auftraggebern ein möglichst großer Entscheidungsspielraum einzuräumen ist, um den Besonderheiten auf diesem Gebiet angemessen Rechnung tragen zu können. Davon unberührt bleibt allerdings die Geltung der grundlegenden vergaberechtlichen Prinzipien. Die Befugnis und die Pflicht zum Ausschluss von Angeboten wegen Abweichungen von den Vergabeunterlagen ergeben sich für Sektorenauftraggeber aus dem in § 97 Abs. 2 GWB a.F. verankerten Gebot der Gleichbehandlung der Bieter, darüber hinaus aus den Geboten der Vergabe im Wettbewerb (§ 97 Abs. 1 GWB a.F.) und des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot (§ 97 Abs. 5 GWB a.F.). Denn nur bei vergleichbaren, d.h. den vom Auftraggeber festgelegten Leistungsanforderungen vollumfänglich entsprechenden Angeboten, ist sichergestellt, dass tatsächlich das wirtschaftlichste Angebot bezuschlagt wird (zur entsprechenden Geltung von Ausschlussgründen im Anwendungsbereich der SektVO a.F. vgl.: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30. 4. 2014, VII-Verg 35/13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.8.2013, VII-Verg 15/13 unter Hinweis auf OLG München, Beschl. v. 29.9.2009, Verg 12/09 zur VOB/A SKR; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.12.2009 - Verg 52/09; Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 5.3.2014, VK 2 – 9/14, sowie Beschl. v. 10. 5. 2013 - VK 1-27/13).

Der von der ASt ihrem Angebot beigefügte Entwurf eines RV weicht hinsichtlich der Regelungen in §§ 27, 39, 40 und 43 RV von den als zwingend (türkis) gekennzeichneten Vorgaben ab.

In § 27 RV hat die ASt eine zusätzliche Abnahmefiktion eingefügt, welche die Vorgaben zur vertraglichen Abnahme der geschuldeten Leistung ändern. In § 39 RV hat die ASt den Beginn der vertraglichen Gewährleistung modifiziert. In § 40 RV hat die ASt die vorgesehene Definition für einen Serienmangel geändert, in § 43 RV die Regelung zur Verwirkung von Vertragsstrafen. Diese Abweichungen sind unstrittig. Deshalb kommt es darauf, ob das Angebot der ASt darüber hinaus

auch deshalb auszuschließen ist, weil die ASt Änderungen an der Anlage 15.1 (Mitwirkungshandlungen der Ag) vorgenommen hat, die mit den in § 2 Abs. 1 RV als unverhandelbar gekennzeichneten Vorgaben kollidieren, nicht mehr an.

Die Bewerbungsbedingungen sehen vor, dass ein Angebot in Übereinstimmung mit den Vergabeunterlagen abzugeben ist (ebenda, Ziff. 8). Das Angebot muss sowohl den in den technischen Dokumenten enthaltenen Muss-Kriterien entsprechen als auch den als nicht verhandelbar (türkis) gekennzeichneten Vertragsbedingungen. Änderungen, Ergänzungen oder Modifikationen an den als nicht verhandelbar gekennzeichneten Regelungen des RV sind gem. Ziff. 10.4.1 der Bewerbungsbedingungen „unzulässig und führen zum Ausschluss vom Vergabeverfahren.“ Hiervon soll nur dann eine Ausnahme gemacht werden können für den Fall, dass sich die Ag dazu entscheidet, eine ursprünglich als nicht verhandelbar gekennzeichnete vertragliche Klausel zu ändern bzw. auf diese zu verzichten (Ziff. 10.4.1 der Bewerbungsbedingungen). Entgegen der Auffassung der ASt ging aus Ziff. 10.4.1 sehr deutlich hervor, welche Konsequenzen eine Abweichung von den (türkis) gekennzeichneten Vertragsklauseln haben würde.

Ausgehend hiervon ist das Angebot der ASt auszuschließen, weil es die vorstehend genannten zwingenden Vertragsklauseln geändert hat. Von der in Ziff. 14.1. der Bewerbungsbedingungen vorgesehenen Möglichkeit, Änderungen nachträglich zuzulassen, hat die Ag keinen Gebrauch gemacht. Dies hat sie in ihrem Schriftsatz vom 17. Januar 2017 ausdrücklich bestätigt und durch Vorlage der entsprechenden Dokumente belegt (ebenda, S. 2).

Die ASt vertritt des Weiteren unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 15.3.2010, VII-Verg 12/10) die Auffassung, der Ag sei es aufgrund des auch im Vergaberecht zu beachtenden Grundsatzes von Treu und Glauben verwehrt, eine bekannte, ständige und damit eine Selbstbindung auslösende Verfahrenspraxis ohne entsprechende Ankündigung und Information der Bieter aufzugeben. Eine solche, die Selbstbindung bewirkende bekannte und ständige Praxis ist nach Ansicht der ASt deshalb anzunehmen, weil die Ag in der Vergangenheit vergleichbare Änderungsvorschläge der ASt akzeptiert habe, wie sie nunmehr zum Ausschluss von der Wertung geführt haben.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass es die von der ASt behauptete „ständige“ Praxis in Bezug auf die in den §§ 27, 39, 40 und 43 RV geregelten Vertragsinhalte nicht gibt. Die Ag hat darauf hingewiesen, dass sie selbst in der Vergangenheit lediglich eine einzige Ausschreibung durchgeführt habe, die Gemeinsamkeiten mit der streitgegenständlichen Ausschreibung aufgewiesen

habe; die weitere, von der ASt zum Beleg für ihre Behauptung angeführte Ausschreibung, sei von einem konzernverbundenen Unternehmen durchgeführt worden.

Der der früheren Ausschreibung der Ag zugrunde liegende Sachverhalt ist mit dem Vorliegenden nicht vergleichbar. Die ASt hat in ihrem Schriftsatz vom 10. Januar 2017 das Verhandlungsprotokoll der Ag vom 4. März 2015 auszugsweise zitiert. Dort heißt es u.a. (Anm.: Hervorhebungen nicht im Original):

„Sinn und Zweck des Gesprächs

*....Bei der weiteren Prüfung Ihres Angebotes und der eingereichten Dokumente sind uns klärungsbedürftige Punkte aufgefallen. Vor dem Hintergrund, dass sich der Ag in den Verdingungsunterlagen vorbehalten hat, auf Grundlage der eingegangenen Angebote den Kreis der Bieter in den Verhandlungen auf die vier aussichtsreichsten zu beschränken, und **auch solche Kriterien unklar sind, deren Nichterfüllung zu einem Ausschluss führen könnte**, hat sich der AG entschieden, vor Abschluss der Bewertung und Aufnahme von Verhandlungen ein Aufklärungsgespräch durchzuführen.....Die vom AG in diesem Gespräch im Detail aufgezeigten Punkte geben den Stand der Unklarheiten wieder, wie sie dem AG bei der bloßen Prüfung Ihres Angebotes aufgefallen sind....“:*

Aus dem Verhandlungsprotokoll geht somit hervor, dass der Auftraggeberin in dem damaligen Vergabeverfahren „unklar“ war, ob das Angebot auszuschließen war. Zweck des Gesprächs scheint es daher gewesen zu sein, den Angebotsinhalt aufzuklären. Im Unterschied hierzu ist vorliegend der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt nicht unklar, sondern es steht unstrittig fest, dass das Angebot der ASt jedenfalls hinsichtlich der §§ 27, 39, 40 und 43 RV von den als verbindlich gekennzeichneten Vorgaben abweicht.

Die ASt meint ferner, die Änderungen seien im Ergebnis unschädlich, weil sie nur ein indikatives Angebot abgegeben habe. Dem ist nicht zu folgen. Zum einen hat die Ag in dem Angebotsaufforderungsschreiben klar zum Ausdruck gebracht, dass „verbindliche“ Angebote vorzulegen waren. Zum anderen lassen die Ausführungen der ASt in ihrem Angebot nicht den Schluss zu, sie selbst sei von einem rein indikativen Angebot ausgegangen. So wird das Begleitschreiben zum Angebot vom 12. Oktober 2016 eingeleitet mit den Worten:

„...wir freuen uns, Ihnen ein Angebot für den Rahmenvertrag über [...] überreichen zu können. Das vorliegende Angebot basiert auf der [...],....“

Das Anschreiben endet mit den Worten:

„Gemäß den von Ihnen veröffentlichten Ausschreibungsbedingungen, halten wir uns an unser Angebot bis zum 31.01.2017 gebunden.“

- b) Die von der ASt nach erfolgter Akteneinsicht geäußerte Vermutung, sie sei anders behandelt worden als ihre Wettbewerber, trifft nicht zu.

Die ASt knüpft mit ihrem dahingehenden Vorbringen an die folgenden Ausführungen im Vergabevermerk an (Stand: 13.12.2016, S. 12 - 13):

„IX. Angebotseingang (2. Submission)

.....

1. *Submission 2*

.....

2. *Ergebnis der formalen Prüfung*

Als Ergebnis der formalen Prüfung der Submission 2 wurden aufklärungsbedürftige Sachverhalte bei allen Bietern festgestellt. Beim Bieter BG [...] wurden darüber hinaus Sachverhalte festgestellt, welche zum Ausschluss des Angebotes führen mussten:....

Die Unklarheiten in den Angeboten der Bieterwaren dagegen vergaberechtskonform aufklärbar.

X. Technische und kommerzielle Aufklärungsgespräche

Mit allen verbliebenen Bietern wurden Klärungsgespräche zu den Angeboten nach Submission 2 durchgeführt, in denen Unklarheiten der entsprechenden Angebote hinterfragt wurden. Darüber hinaus wurden die Bieter auf fehlende Unterlagen hingewiesen. Den Bietern wurden jeweils Nachfristen zum Vervollständigen ihrer Angebote eingeräumt. Der Inhalt, der Ablauf und das Ergebnis der Klärungsgespräche wurden je Bieter protokolliert.“

Ausgehend hiervon ist festzustellen, dass die von der Ag geführten Gespräche sich auf die Aufklärung inhaltlicher Aspekte der Angebote der Wettbewerber beschränkt haben. Dies geht aus den von der Ag angefertigten Protokollen hervor (vgl. Vergabevermerk, S. 13 i.V.m. Ordner 20-21, Register 10-12 – Hinweis: Geschäftsgeheimnis der Wettbewerber). Bei keinem der Bieter, mit denen die Ag Aufklärungsgespräche geführt hat, waren zuvor Abweichungen von als zwingend gekennzeichneten Vorgaben festgestellt worden. Solche Abweichungen hatte jedoch die ASt in ihrem Angebot vorgenommen. In diesem Falle handelte die Ag korrekt, von der Durchführung eines Aufklärungsgesprächs abzusehen, da der ASt auf diese Weise die Möglichkeit eröffnet worden wäre, ihr Angebot überhaupt erst zuschlagsfähig zu gestalten.

- c) Entgegen der Auffassung der ASt verstößt es nicht gegen Vergaberecht, dass die Ag die Energieeffizienz nicht als Zuschlagskriterium vorgesehen hat.

Eine rechtliche Verpflichtung, die Energieeffizienz als Zuschlagskriterium vorzusehen, gibt es unter der Geltung der SektVO a.F. nicht. Nach § 29 Abs. 2 Satz 2 SektVO a.F. „kann“ bei technischen Geräten und Ausrüstungen deren Energieverbrauch berücksichtigt werden. Dem Auftraggeber steht somit ein Ermessen zu.

§ 7 Abs. 4 Satz 1 SektVO a.F. sieht vor, dass mit der Leistungsbeschreibung im Rahmen der technischen Anforderungen von den Bietern Angaben zum Energieverbrauch von technischen Geräten und Ausrüstungen zu fordern sind. Dem hat die Ag Rechnung getragen, indem sie u.a. als Muss-Kriterium vorgesehen hat:

„Der mittlere Leistungsbedarf darf bei einer Konfiguration für bis zu 4 gesteuerte Balisen max. 5 W betragen, für bis zu 2 gesteuerte Balisen dürfen 3 W nicht überschritten werden.“

- d) Dem Antrag auf erweiterte Akteneinsicht war nicht zu entsprechen, weil es sich um schützenswerte Geschäftsgeheimnisse der Wettbewerber handelt (§ 111 Abs. 2 GWB a.F.).

Wäre dem Antrag in dem von der ASt geforderten Umfang stattgegeben worden, hätte diese Einblick in die Verhandlungsstrategie ihrer Wettbewerber erhalten. So wäre es der ASt etwa ermöglicht worden, die von den Wettbewerbern und/oder der Ag als „kritisch“ erachteten Vertragsklauseln zu identifizieren und ihre eigene Verhandlungsstrategie hieran anzupassen. Sollte das Angebot der ASt in der Wertung verbleiben, hätte sie durch diese Kenntnisse einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Wettbewerbern.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB a.F.. Die ASt als Unterliegende hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) zu tragen und die der Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Vergabekammer behält sich vor, den durch die fehlerhaften und defizitären Angaben der ASt darüber, wer überhaupt den Nachprüfungsantrag gestellt hat, entstandenen Zusatzaufwand gebührenerhöhend zu berücksichtigen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war mit Blick auf die Komplexität der aufgeworfenen Tatsachen- und Rechtsfragen sowie unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt notwendig. Es haben sich vorliegend ferner eine Reihe prozessualer Fragen gestellt, die nichts mit dem materiellen Vergaberecht zu tun hatten, so die Frage nach der gewillkürten Prozessstandschaft und der Umfang der von der ASt begehrten Akteneinsicht.

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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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