



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 94/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Erstellung der [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Stertz auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 2017 am 28. September 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens.

3. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen.
4. Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene war jeweils notwendig.

Gründe

I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen die Verneinung ihrer Eignung infolge von der Auftraggeberin (Ag) nicht berücksichtigter Referenzen sowie gegen die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene (Bg), deren Angebot sie sowohl auf einer formellen Ebene wegen fehlender Angaben zur Umsatzsteuer als auch materiell im Hinblick auf § 60 VgV als nicht zuschlagsfähig ansieht.

1. Die Ag schrieb im Supplement des EU-Amtsblattes vom [...] für eine Laufzeit von 48 Monaten aus [...]. Gegenstand des Auftrags ist die Datenaufbereitung und Herstellung der entsprechenden Schriften zur wöchentlichen Erstellung von Publikationsprodukten zu verschiedenen Veröffentlichungen der Ag. Der Auftrag war in zwei Lose aufgeteilt, [...]. Die Bekanntmachung weist als veranschlagte Kosten einen Betrag in Höhe von [...] aus.

In Vorbereitung der Bekanntmachung der Vergabeunterlagen hatte die Ag in einem internen Vermerk vom 30. Juni 2017 zur „zeichencodierten Wiedergabe von komplexen mathematischen Formeln“ unter Ziff. 2.5.6 dokumentiert: *„Bisher wurden in den Schriften [...] nur einfache mathematische Formeln zeichencodiert wiedergegeben. Zur Steigerung der Qualität und zur besseren Recherchierbarkeit wird in Zukunft die Wiedergabe aller mathematischen Formeln gefordert. Hierfür sind entsprechende Erfahrungen des Auftragnehmers nachzuweisen.*

Vom Bieter wird hier eine Referenz gefordert, weil die Wiedergabe von komplexen mathematischen Formeln wegen ihrer Komplexität solides Know-How erfordert, das nicht innerhalb weniger Wochen erarbeitet werden kann. Das [...] verfügt über kein entsprechendes Know-How und ist somit an dieser Stelle auf den Auftragnehmer angewiesen.“

Nach Ziff. III.2.3 der Auftragsbekanntmachung forderte die Ag zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei einem Angebot für beide Lose Referenzen, u.a. zum sog.

Referenz-Bereich 6: „*Geeignete Referenzen bezüglich der Anforderung, komplexe mathematische Formeln, welche verschachtelte Hoch-/Tiefstellungen oder Summen-, Integral- oder Produktzeichen enthalten, zeichencodiert wiederzugeben.*“

Ziff. 6.3.1.1.3 der Leistungsbeschreibung für Los 1 und Ziff. 8.3.1.1.3 derjenigen für Los 2 enthielten folgende inhaltsgleich formulierte Vorgaben für die Wiedergabe von „Formeln“: „*Komplexe **chemische Formeln** sind vom Auftragnehmer als Embedded Image (EMI) (hier: Bild-Formel) wiederzugeben. Handgeschriebene chemische Formeln sind zeichencodiert oder als EMI wiederzugeben.*

Eine chemische Formel gilt in Anlehnung an [...] als komplex, wenn sie nicht als lineare Abfolge von Zeichen, wobei jedes Zeichen optional ein tiefgestelltes oder hochgestelltes Attribut enthalten kann, dargestellt werden kann.

Eine nicht komplexe chemische Formel und Reaktionsgleichungen sind zeichencodiert wiederzugeben.

***Mathematische Formeln** sind vom Auftragnehmer zeichencodiert wiederzugeben. Hierzu ist gemäß [...] zu verwenden. Handgeschriebene mathematische Formeln sind vom Auftragnehmer zeichencodiert oder als EMI wiederzugeben.*“

Ziff. 2.8.1 der Vergabebedingungen (Abschnitt I, Kap. 2 der Vergabeunterlagen) bestimmten für die „Eignungsprüfung“: „*Für die Zuschlagserteilung kommen nur geeignete Bieter in Betracht, die nicht ausgeschlossen werden. Die Prüfung der Eignung erfolgt anhand der Angaben in Kapitel 3 (Eigenerklärung). Bieter, die die Eignungsanforderungen nicht erfüllen, werden bei der weiteren Bewertung der Angebote nicht berücksichtigt.*“ Kapitel 3 der Vergabeunterlagen („Eigenerklärung“) wiederholte im Teil IV („Eignungskriterien“) die schon in der Auftragsbekanntmachung enthaltenen Anforderungen für den Referenz-Bereich 6 (Abschnitt II, Kap. 3 der Vergabeunterlagen, Seite 12).

Ziff. IV.2.1 der EU-Auftragsbekanntmachung definierte den niedrigsten Preis als alleiniges Zuschlagskriterium.

Im Angebotsschreiben (Abschnitt II, Kap. 4 der Vergabeunterlagen, Seite 14) war folgende Maßgabe zur Angabe der Angebotspreise enthalten:

*„Alle Angebotspreise sind **netto, d.h. ohne Umsatzsteuer**, auszuweisen. Zusätzlich ist der jeweils einschlägige Umsatzsteuersatz anzugeben.*

...“

Bei den im Angebotsschreiben anzugebenden Einzelpreisen sind jeweils zwei Formularfelder vorgesehen, eines für die Angabe des Nettopreises in Euro und eines für den prozentualen Umsatzsteuersatz.

Ziff. 2.15 der Vergabebedingungen (Abschnitt I, Kap. 2 der Vergabeunterlagen, Seite 18) enthielt einen Abschnitt „Umsatzsteuer“:

„Bieter haben die besondere umsatzsteuerrechtlichen Regelungen für den innergemeinschaftlichen Erwerb zu beachten. Hierzu ist u.a. die aktuelle Umsatzsteuer-Identifikationsnummer im Angebotsschreiben anzugeben. [...]

Ziff. 2.8.2 der Vergabebedingungen (Abschnitt I, Kap. 2 der Vergabeunterlagen, Seite 11 ff.) bestimmte für die „Angebotsbewertung“, dass der Zuschlag nur auf ein Angebot erteilt werde, das nicht im Rahmen der formellen Prüfung, der Prüfung der Ausschlussgründe und der Eignungsprüfung sowie der Preisprüfung ausgeschlossen worden sei. Ferner wurde im Hinblick auf das Zuschlagskriterium „Preis“ erläutert, dass das wirtschaftlichste Angebot für das jeweilige Los dasjenige Angebot mit dem niedrigsten Angebotspreis sei. Ferner wurde dort unter den Ziff. 2.8.2.1 und 2.8.2.2 im Einzelnen definiert, wie die Ag den Angebotspreis für Los 1 und Los 2 berechnen wird. Dies sollte unter Berücksichtigung zahlreicher Preis-Parameter geschehen, wie sie in den Angebotsschreiben der Bieter für die einzelnen Schriften und Leistungen anzugeben waren. Ob die einzelnen Preis-Parameter mit oder ohne Berücksichtigung des in den Angeboten anzugebenden Umsatzsteuersatzes zu verstehen waren, war den Angaben nicht zu entnehmen.

ASt und Beigeladene (Bg) gaben fristgemäß jeweils ein Angebot ab.

Die ASt gab u.a. zum Referenzbereich 6 als Referenznachweis einen noch laufenden Auftrag an, den die ASt für die Ag ausführt und welcher der im streitgegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistung in der Sache im Wesentlichen entspricht; allerdings ist in diesem Bestandsauftrag nicht zwingend die zeichencodierte Bearbeitung der komplexen mathematischen Formeln verlangt, sondern es ist dem Auftragnehmer – also der ASt – nach den Vorgaben dieser Vorgängerausschreibung freigestellt, diese Formeln zeichencodiert oder alternativ als Bild zu erfassen. Für den Referenzbereich 6 wies die ASt darauf hin, dass in den von ihr bearbeiteten [...] komplexe mathematische und chemische Formeln enthalten gewesen seien. Im Publikationsjahr 2016 seien ca. 37.600

mathematische Formeln „*zeichencodiert erfasst und in XML sowie PDF wiedergegeben*“ worden.

Die ASt gab in ihrem Angebot außerdem neben den geforderten Einzelpreisen jeweils auch den Umsatzsteuersatz von 19% an, die Bg gab dort jeweils einen Umsatzsteuersatz von 0% an.

Die Ag berechnete die Angebotspreise nach dem von ihr in den Vergabeunterlagen festgelegten Muster unter Zugrundelegung der in den Angeboten angegebenen Einzelpreise und dokumentierte die Ergebnisse in einem internen Vermerk vom 26. Juli 2017. Bei der Berechnung der Angebotspreise berücksichtigte die Ag den in den Angeboten angegebenen Umsatzsteuersatz, was für die ASt bedeutete, dass bei den in die Berechnung eingesetzten Preis-Parametern die von der ASt in ihrem Angebot jeweils angegebene 19-prozentige Umsatzsteuer berücksichtigt wurde und bei der Bg der in ihrem Angebot jeweils angegebene Umsatzsteuersatz von 0%.

Mit Vermerk vom 27. Juli 2017 dokumentierte die Ag das Ergebnis der fachlichen Eignungsprüfung der beteiligten Bieter. Für die ASt stellte die Ag in diesem Vermerk ohne nähere Begründung fest, dass diese keine ausreichende Referenz für den Bereich 6 (komplexe mathematische Formeln) biete.

Im Vermerk über die Zuschlagsentscheidung vom 2. August 2017 dokumentierte die Ag als Ergebnis der Eignungsprüfung, dass nur die Eignung der Bg zu bejahen sei. Die übrigen Bieter, darunter die ASt, erfüllten die Anforderungen an die Referenzen nicht. Auch dieser Vermerk enthielt insofern keine weitere Begründung.

Ausweislich des Vermerks vom 2. August 2017 entschied die Ag, der Bg den Zuschlag zu erteilen. Die Ag sah zudem keinen Anlass für eine nähere Preisprüfung bei der Bg. Für eine vergleichende Preisprüfung sei bereits kein Raum, da nur das Angebot der Bg die Eignungskriterien erfülle. Im Übrigen falle zwar auf, dass der Angebotspreis der Bg „deutlich niedriger“ sei als die jeweiligen Preise der übrigen Bieter. Dennoch sei nicht ersichtlich, dass ein ungewöhnlich niedriger Preis bei der Bg vorliege. Die von der Ag dokumentierte Prüfung der Wirtschaftlichkeit ergab für die Lose 1 und 2, dass die Angebote der Bg preislich günstiger als die jeweiligen Angebote der übrigen Bieter waren, wobei die Ag bei

der Gegenüberstellung der Preise für die Bg deren Lospreise ohne Umsatzsteuer denen der ASt mit Umsatzsteuer gegenüberstellte.

Mit Schreiben vom 2. August 2017 nach § 134 GWB teilte die Ag der ASt schriftlich mit, dass die Ag beabsichtige, der Bg den Zuschlag zu erteilen; das Angebot der ASt sei nicht berücksichtigt worden, weil keine ausreichenden Referenzen für den Referenzbereich 6 (komplexe mathematische Formeln) vorgelegt worden seien. Des Weiteren sei der Angebotspreis der ASt „deutlich höher“ als der der Bg.

In einem auf Wunsch der ASt am 4. August 2017 durchgeführten Telefonat zwischen einem Vertreter der ASt und Vertretern der Ag erbat die ASt zu den im Schreiben vom 2. August 2017 angegebenen Gründen der Nichtberücksichtigung des Angebots der ASt nähere Einzelheiten, zu denen die Ag am Telefon aber keine weitergehenden Auskünfte gab.

Aus Anlass des Telefongesprächs mit der ASt veranlasste die Ag mit internem Vermerk vom 7. August 2017 vorsorglich eine hilfswise Preisprüfung des Angebotspreises der Bg, ohne dass die Ag eine solche Prüfung für zwingend geboten hielt, und übermittelte der Bg einen Fragekatalog zum Zweck der Preisprüfung, den die Bg mit Schreiben vom 13. August 2017 beantwortete.

In ihrem Vermerk vom 7. August 2017 stellte die Ag im Hinblick auf den von der ASt als in Deutschland ansässiger Bieterin angegebenen Umsatzsteuersatz von 19% und den von der Bg als im Ausland ansässiger Bieterin angegebenen Umsatzsteuersatz von 0% fest, dass die Vergabeunterlagen hinsichtlich der Anforderungen an den anzugebenden Umsatzsteuersatz nicht eindeutig gewesen seien. Die Anforderung, wonach der einschlägige Umsatzsteuersatz anzugeben sei, habe auf zweierlei Weise verstanden werden können. Ausländische Bieter wie die Bg hätten die Unterlagen so verstehen können und auch tatsächlich verstanden, dass auf die Anforderung der Steuersatz angegeben werde solle, den diese ausländischen Bieter selbst ausweisen und abführen müssten. Eine andere Auslegung sei die, dass der Umsatzsteuersatz anzugeben sei, mit dem die Ag wirtschaftlich belastet werde. Bei inländischen Leistungserbringern werde die Umsatzsteuer nach §§ 12 Abs. 1, 13a Abs. 1 Nr. 1 UStG in der Rechnung ausgewiesen und sei von der Ag zu zahlen. Bei ausländischen Leistungserbringern sei die Ag nach § 13b Abs. 5 Satz 1 iVm § 13b Abs. 2 Nr. 1 UStG als Leistungsempfängerin Steuerschuldner und unmittelbar

mit der 19-prozentigen Umsatzsteuer wirtschaftlich belastet. Da die Ag im wirtschaftlichen Ergebnis in beiden Fällen jeweils mit einem identischen Umsatzsteuersatz belastet sei, seien alle Angebote in der Angebotswertung gleich zu behandeln. Die Ag entschied sich vor diesem Hintergrund, im Hinblick auf die Preisprüfung bei der Angebotswertung für alle Angebote einen Umsatzsteuersatz von 19% zu berücksichtigen. Für die Lose 1 und 2 ergab ein Preisvergleich der eingegangenen Angebote, dass die Angebote der Bg preislich auch unter Berücksichtigung des 19-prozentigen Umsatzsteuersatzes günstiger waren als die Angebote der ASt.

Ebenfalls mit E-Mail vom 7. August 2017 wandte sich zudem die ASt an die Ag und verwies zum Referenzbereich 6 auf die Referenzangaben im Angebot der ASt, wonach im vergangenen Jahr mathematische Formeln zeichencodiert erfasst und in den geforderten Formaten wiedergegeben worden seien. Diese E-Mail beantwortete die Ag mit E-Mail vom 8. August 2017 und ergänzte die diesbezügliche Begründung ihres Schreibens vom 2. August 2017. U.a. weist die Ag darauf hin, den Angaben zu dem von der ASt benannten Referenzauftrag der Ag sei nicht zu entnehmen, dass im Rahmen des Referenzauftrages *„auch komplexe mathematische Formeln zeichencodiert wiedergegeben wurden. Ein Erfassen einer komplexen mathematischen Formel bedeutet eben nicht automatisch, dass diese auch zeichencodiert wiedergegeben wurden. Sie könnte nämlich nach dem Erfassen auch nur als Embedded Image (EMI) wiedergegeben worden sein“*. Die Ag habe die von der ASt für die Ag im Jahr 2016 produzierten Schriften nach solchen mit komplexen mathematischen Formeln durchsucht und keine Schrift gefunden, in der eine solche zeichencodiert wiedergegeben worden sei. Die Ag weist abschließend darauf hin, dass in dem von der ASt benannten Referenzauftrag der Ag [...] vorgesehen gewesen sei, dass komplexe mathematische Formeln dort als EMI hätten verarbeitet werden können. Dies sei in der Leistungsbeschreibung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens allerdings gerade anders.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 11. August 2015 rügte die ASt den Ausschluss des Angebots der ASt sowie die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg und regte eine Preisprüfung bei der Bg an.

Am 22. August 2017 schloss die Ag die Preisprüfung der Bg auf der Grundlage des Antwortschreibens der Bg vom 13. August 2017 ab, worauf die Ag im Einzelnen in ihrem Prüfungsvermerk vom 22. August 2017 eingeht. Die Ag stellte fest, dass das Angebot der

Bg zwar von der Schätzung der Ag abweiche, sah aber dennoch die Voraussetzungen für eine Pflicht zur Aufklärung der Auskömmlichkeit des Angebots der Bg nicht für gegeben. Im Ergebnis sah die Ag nach Auswertung der Antworten der Bg weder Anhaltspunkte dafür, dass das Angebot der Bg im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig sei, noch für eine Marktverdrängungsabsicht zu Lasten der ASt.

2. Mit Schreiben vom 11. August 2017, eingegangen am selben Tage, beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der Nachprüfungsantrag wurde der Ag am selben Tag übermittelt.

a) Die ASt beanstandet drei Themenkomplexe:

- (1) Sie hält den Ausschluss ihres Angebots für vergaberechtswidrig, denn das Angebot erfülle die Referenzanforderungen zum Referenzbereich 6. Die ASt habe hier ihre bisherige Tätigkeit für die Ag als Referenzauftrag benannt, der die Voraussetzungen für den Referenzbereich erfülle. Denn bereits aktuell erfasse die ASt den Großteil der komplexen mathematischen Formeln zeichencodiert und gebe diese zeichencodiert wieder, obwohl nach dem aktuellen Vertrag ein Wahlrecht zwischen einer zeichenkodierten Wiedergabe und einer Wiedergabe als EMI bestehe. Die eigentliche technische Schwierigkeit im Umgang mit komplexen mathematischen Formeln bestehe in der zeichenkodierten Erfassung der Formeln; sei diese erfolgt, so sei die zeichencodierte Wiedergabe unproblematisch möglich. Entgegen der Auffassung der Ag habe die ASt auch ausdrücklich erklärt, Formeln zeichencodiert erfasst und XML und PDF wiedergegeben zu haben, wobei diese Erklärung sich aus Sicht eines verständigen Erklärungsempfängers zwanglos auf die zeichencodierte Erfassung wie auf die zeichencodierte Wiedergabe der Formeln beziehe. Dies habe die Ag aufgrund ihrer eigenen Kenntnis erkennen können, da die [...], in deren Rahmen die zeichencodierte Wiedergabe der Formeln erfolgt sei, für die Ag durchgeführt worden sei. Wenn die Ag meine, sie habe keine von der ASt in 2016 gelieferten Schriften mit zeichencodiert wiedergegebenen komplexen mathematischen Formeln gefunden, so habe die Ag nicht gründlich genug nachgesehen und insgesamt im Referenzbereich Nr. 6 offensichtlich nicht ordentlich gearbeitet. Die ASt habe die geforderten Referenzangaben tatsächlich im Referenzblatt Formular Anlage II-4 vollständig vorgelegt und berufe sich in keiner Weise darauf, dass der Ag die Leistungen der ASt ohnehin bekannt seien. Soweit

die Ag sich im Nachprüfungsverfahren auf konkrete Beispielfälle aus dem Referenzauftrag beziehe, so sei dem Vortrag der Ag im Nachprüfungsverfahren entgegen zu treten, wonach diese [...] die Referenzvoraussetzungen nicht erfüllten, insbesondere unter Berücksichtigung der Antwort auf die Bieterfrage 7.4.

Die ASt legt im Einzelnen dar, aus welchen Gründen die von der Ag beispielhaft angeführten [...] die Voraussetzungen der Referenzanforderung erfüllen. Ferner geht die ASt auf eine von der Ag aufgeworfene Nachunternehmerthematik im Kontext der Referenzanforderungen ein, die von der ASt allerdings als Geschäftsgeheimnis deklariert wurde und daher vorliegend nicht wiedergegeben werden kann.

Der knappe Satz im Vergabevermerk, die ASt habe die Anforderungen im Bereich 6 nicht erfüllt, zeige, dass eine Prüfung nicht stattgefunden habe; die Ag habe die Erfüllung der Voraussetzungen vermutlich allein darauf gestützt, dass im Referenzauftrag eine zeichencodierte Wiedergabe komplexer Formeln nicht zwingend vorgegeben gewesen sei. Bei Zweifeln an der Erfüllung der Referenzanforderungen durch die ASt hätte die Ag nach § 15 Abs. 5 S. 1 VgV eine Angebotsaufklärung durchführen müssen, deren Unterlassen hier insbesondere ermessensfehlerhaft gewesen sei, weil die Ag selbst Auftraggeber der benannten Referenzen gewesen sei. Ein pauschaler Verweis auf § 42 Abs. 3 VgV, verbunden mit dem Hinweis, dass es auf die ordnungsgemäße Eignungsprüfung nicht ankäme, weil diese im offenen Verfahren grundsätzlich nur bei dem Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot durchzuführen sei, helfe nicht weiter, da die Bestimmung lediglich ein Wahlrecht einräume und die Ag ausweislich der Vergabeakte tatsächlich auch zuerst die Eignung geprüft habe, von diesem Wahlrecht also keinen Gebrauch gemacht habe, so dass § 42 Abs. 3 VgV hier irrelevant sei.

Angesichts der Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der Bg sei die Frage nach der Erfüllung der Referenzanforderungen durch die ASt auch ergebnisrelevant.

- (2) Nach dem Informationsschreiben der Ag vom 2. August 2017 sei der Angebotspreis der ASt deutlich höher als derjenige der Bg, was objektiv Grund zu der Annahme gebe, dass der Preis der Bg ungewöhnlich niedrig sei und einen die sog. „Aufgreifschwelle“ überschreitenden prozentualen Abstand zum Angebot der ASt habe. Das Angebot der ASt selbst sei bereits außerordentlich niedrig und liege

deutlich unter dem Schätzpreis der Ag. Die Ag träge bei diesem Sachverhalt und der Tatsache, dass der Preis das alleinige Zuschlagskriterium sei, eine Aufklärungspflicht nach § 60 Abs. 1 VgV. Es handle sich bei dem Vortrag der ASt auch nicht um einen die Zulässigkeit ausschließenden, bloßen Vortrag ins Blaue hinein, das Vorbringen der ASt gehe vielmehr zurück auf die Angabe der Ag selbst und werde durch die Vergabeakte erhärtet, denn danach habe die Ag offenbar selbst den auffällig niedrigen Preis der Bg bemerkt, ohne eine Preisprüfung durchzuführen.

Die ursprüngliche Entscheidung der Ag, den Angebotspreis der Bg zunächst nicht aufzuklären, sei ermessensfehlerhaft gewesen. Auch die fehlende Vorgabe eines technischen Lösungswegs entbinde den Auftraggeber nicht von seiner Pflicht, einen auffällig niedrigen Preis aufzuklären. Zunächst habe die Ag offenbar den Nettopreis der Bg mit dem Bruttopreis der ASt verglichen, so dass der von der Ag angeführte „deutliche“ Preisabstand zwischen beiden Angeboten nicht überraschend gewesen sei. Zwar sei aufgrund der nachträglichen Preisprüfung, welche die Ag aufgrund der entsprechenden Beanstandung der ASt durchgeführt habe, das gänzliche Unterbleiben einer solchen Prüfung nicht mehr Gegenstand; der Kernvorwurf der ASt, wonach das Angebot der Bg aufgrund des unangemessen niedrigen Preises nicht zuschlagsfähig sei, sei jedoch nicht ausgeräumt worden. Die spätere Entscheidung der Ag, die Preisauflklärung hilfsweise durchzuführen, sei indes ebenfalls ermessensfehlerhaft gewesen; unabhängig vom Preisabstand und von Aufgreifschwelen sei eine Preisauflklärung stets geboten, wenn auch andere Hinweise dafür bestünden, dass der Preis unauskömmlich sei. Die Aussagen der Ag zum Preisabstand der beiden Angebote seien ausweichend und ohne konkreten Bezug zum Angebot der Bg, so dass ein deutlicher Preisabstand nahe liege. Näheres zu den Gründen, warum der Preis der Bg so niedrig sei, sei weder durch die Ag noch durch die Bg vorgetragen, die Vergabeakte sei der ASt diesbezüglich nur geschwärzt zur Verfügung gestellt worden.

Vor dem Hintergrund der starken Stellung der Bg auf dem europäischen und weltweiten Markt für [...] sei insbesondere zu prüfen, ob der Preis nicht allein deswegen so niedrig sei, weil die Bg den wichtigen deutschen Markt unter Verdrängung der ASt erobern wolle. Wie die Bg selbst einräume, handle es sich um einen kleinen und spezialisierten Markt, auf dem der Bg eine starke Stellung zukomme. Die

Ag sei neben dem [...], dessen [...] ebenfalls von der Bg hergestellt würden, der einzig relevante Nachfrager auf dem deutschen Markt. Die Vergabe des streitgegenständlichen Auftrags an die Bg hätte daher zwangsläufig die vollständige Verdrängung der ASt vom relevanten Markt zur Folge. Die Ausführungen zur Marktverdrängung fielen auch in der Vergabeakte auffällig dünn aus. Bei von marktüblichen erheblich abweichenden Preisen bestehe die Gefahr einer Ausschaltung des Wettbewerbs, die in einem kleinen, spezialisierten Markt wie dem zur Erstellung von [...] besonders ausgeprägt sei. Das für die Annahme eines wettbewerbswidrigen Verdrängungswettbewerbs erforderliche manipulative Element sei bereits dann gegeben, wenn wie hier offensichtlich der Fall ein Bieter mit der Abgabe eines unauskömmlichen Angebots einen solchen Verdrängungseffekt anstrebe.

Fraglich sei, ob eine ordnungsgemäße Leistungserbringung zu dem Preis der Bg überhaupt möglich sei; diesbezügliche Bedenken seien bei der entgegen der Auffassung der Ag gegebenen personal- und sachkostenintensiven Leistung nicht ausgeräumt, die Ag gehe von einem falschen Sachverhalt aus. Bei nicht zufriedenstellender Aufklärung durch die Ag müsse das Angebot der Bg nach den vom BGH am 31. Januar 2017 aufgestellten Grundsätzen ausgeschlossen werden.

Weder die ordnungsgemäße Leistungserbringung noch die Marktverdrängung sei ordnungsgemäß geprüft worden, eine wirkliche Aufklärung sei nicht versucht worden. Dies nähere die Vermutung, dass es der Ag bei hilfswisen Preisprüfung nicht um echte Aufklärung gegangen sei, sondern letztlich nur um die Bestätigung des schon zuvor festgelegten Ergebnisses.

- (3) Wie die Akteneinsicht ergeben habe, sei das Angebot der Bg wegen Fehlens wesentlicher Angaben zwingend nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV auszuschließen. Die Bg habe offenbar ihren Angebotspreis entgegen der eindeutigen Formulierung des Angebotsschreibens, Teil I („Angebotspreise“), ohne Mehrwertsteuer ausgewiesen, offenbar vor dem Hintergrund des Reverse Charge Verfahrens für innergemeinschaftliche Umsätze, obwohl die Ag die normale Mehrwertsteuer in Höhe von 19 % zahlen müsse. Aus dem Formular habe sich ergeben, dass neben den Nettopreisen auch der jeweilige Umsatzsteuersatz anzugeben gewesen sei, was auch für ausländische Bieter gegolten habe. Die EU-weit einheitlich geltenden Vorga-

ben zum Reverse-Charge-Verfahren führten dazu, dass die Ag als Leistungsempfänger Umsatzsteuer zu zahlen habe. Dies habe auch die Ag erkannt und folgerichtig ausweislich des Formulars die Umsatzsteuer mit in die Wertung mit einbezogen. Die Bg, die bereits öfter in Deutschland tätig gewesen sei, hätte auch wissen müssen, dass die Ag mit der vollen Umsatzsteuer in Höhe von 19 % belastet werde. Das OLG Düsseldorf habe bereits 2013 entschieden, dass ein Angebot, welches nur den Nettopreis ausweise, unvollständig und ausschussbedürftig sei. Würde man es zulassen, dass die Angebote ausländischer Bieter ohne Angabe der Umsatzsteuer angegeben werden könnten, so würde einem Vergleich von „Äpfeln mit Birnen“ Tür und Tor geöffnet. Ein Vergleich von Netto-Preisen ausländischer Bieter mit Bruttopreisen inländischer Bieter könne keine tragfähige Grundlage zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots sein. Die These der Ag, bei einer vom Auftraggeber zu zahlenden Umsatzsteuer handle es sich lediglich um interne Kosten des Auftraggebers, die nicht zum Gegenstand der Wertung gemacht werden dürften, sei abstrus. Die Ag habe nun einmal ausdrücklich nach der Umsatzsteuer gefragt, so dass sie sich nicht damit verteidigen könne, dass sie die im Reverse Charge Verfahren geschuldete Umsatzsteuer selbst ermitteln könne und bei der Wertung berücksichtigen könne. Neben der Sache liege daher auch der Einwand der Bg, die Ag könne die Umsatzsteuer selbst ermitteln, weshalb eine Angabe nicht erforderlich gewesen sei. Wie der Streitfall zeige, handle es sich auch nicht um pure Förmerei, denn die Ag habe zunächst den Bruttopreis der ASt mit dem Nettopreis der Bg verglichen.

Eine Heilung des Fehlers über eine Nachforderung sei nicht möglich, da die Voraussetzungen von § 56 Abs. 3 S. 2 VgV nicht vorlägen, denn es handle sich nicht um eine unwesentliche Angabe. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2013, die einen Ausschluss wegen Fehlens der Umsatzsteuer bei einem inländischen Bieter und damit eine streng formale Betrachtung vorsehe, sei hier entgegen der Einlassungen der Ag einschlägig.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, im Vergabeverfahren [...], den Zuschlag auf das Angebot [...] zu erteilen;

2. die Ag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, die Angebotswertung in vergaberechtskonformer Weise unter Beachtung der Rechtsansicht der Vergabekammer zu wiederholen;
3. hilfsweise: andere geeignete Maßnahmen zur Verhinderung einer Rechtsverletzung der ASt zu treffen;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der ASt aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gem. § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB für notwendig zu erklären;
6. der ASt gem. § 165 GWB Akteneinsicht zu gewähren.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 11. August 2017 zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Ag gem. § 182 Abs. 4 GWB zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung für notwendig zu erklären.

Das Angebot der Bg sei auskömmlich. Eine Verpflichtung zur Preisprüfung nach § 60 Abs. 1 VgV habe es schon deswegen nicht gegeben, weil die sog. „Aufgreifschwelle“, die überwiegend bei 20 % gesehen werde, bei Weitem nicht erreicht sei, wobei als Vergleichsmaßstab das Angebot der ASt als dem nächstgünstigsten Bieter heranzuziehen sei. Unter Berücksichtigung verschiedener, im Vergabevermerk dargelegter Erwägungen sei die Ag zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Preisprüfung in der gegebenen Situation nicht erforderlich sei. Aufgrund der Rückfragen der ASt habe sich die Ag aber entschieden gehabt, eine hilfsweise Preisprüfung, orientiert an der Entscheidung des BGH vom 31. Januar 2017, durchzuführen. Dies entspreche einem ordnungsgemäßen Verwaltungshandeln und sei nicht ermessensfehlerhaft. Der Bg seien konkrete Fragen mit der Bitte um detaillierte Erläuterung z.B. ihres Personaleinsatzes sowie der Umsetzung der technischen Lösung gestellt worden, worauf die Bg fristgerecht und ausführlich geantwortet habe. Das Angebot habe sich als auskömmlich erwiesen. Die Ausführungen der ASt zu den technischen Besonderheiten der Leistung der Bg erschlossen sich nicht. Selbst wenn es sich aber um ein Unterkostenangebot handeln sollte, so sei dieses nicht zwingend auszuschließen, solange die Aufklärung zufriedenstellend erfolgt sei, der Bieter trotz Unauskömmlichkeit wettbewerbskonforme

Ziele verfolge und eine positive Vertragserfüllungsprognose ausgestellt werden könne. All dies habe die hilfsweise Preisprüfung bestätigt; ebenso wenig seien danach Anhaltspunkte dahin ersichtlich, dass es zu Preiserhöhungen während der Vertragslaufzeit kommen werde oder dass die Leistungserbringung gefährdet sei. Anhaltspunkte für eine Marktverdrängungsabsicht der Bg seien nicht ersichtlich; dass die Bg auf einem internationalen Markt eine etablierte Position habe und ein wirtschaftlicheres Angebot abgegeben habe, belege einen funktionierenden Wettbewerb, biete aber keine Ansatzpunkte für die Annahme einer Marktverdrängungsabsicht.

Das Angebot der ASt sei nicht zu berücksichtigen gewesen, weil es nicht das wirtschaftlichste gewesen sei. Ungeachtet dessen sei die Eignung für den Bereich 6, die komplexen mathematischen Formeln, nicht nachgewiesen worden. Auch als Auftragnehmerin des Vorauftrags sei die ASt aus Gleichbehandlungsgründen nicht davon entbunden gewesen, die geforderten Referenzangaben vorzulegen, zumal der bisherige Auftrag den von der ASt nicht dargelegten Referenzteil nicht zwingend vorgesehen habe. Die Ag habe aber die von der ASt in ihrem Schriftsatz vom 11. August 2017 beispielhaft für eine zeichencodierte Wiedergabe komplexer mathematischer Formeln genannten [...] höchst hilfsweise anhand der von der ASt an die Ag gelieferten Originaldokumente untersucht. Dabei habe sich ergeben, dass keine der von der ASt angeführten [...] als Beispiel für eine vollständig und zutreffende zeichencodierte Wiedergabe komplexer mathematischer Formeln herangezogen werden könne, wobei Hintergrund der Forderung einer zeichencodierten Erfassung die spätere Suchbarkeit einzelner Bestandteile einer Gleichung sei. Die Ag legt anhand der einzelnen [...] und deren aus Sicht der Ag gegebenen Defiziten dar, dass die Suchbarkeit aus verschiedenen Gründen nicht gegeben und damit im Ergebnis bei diesen [...] keine vollständige zeichencodierte Erfassung im Sinne einer brauchbaren Anwendbarkeit gegeben sei. Darauf komme es aber letztlich nicht an, denn nach § 42 Abs. 3 VgV sei im offenen Verfahren die Eignung grundsätzlich nur beim Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot zu prüfen; allerdings sei das Angebot der ASt tatsächlich einer in der Vergabeakte dokumentierten, unparteiischen und transparenten Wertung zugeführt worden.

Die Behandlung der Umsatzsteuer im Angebot der Bg sei korrekt gewesen. Gefordert seien Angaben der Bieter zur Umsatzsteuer gewesen, die von der Ag an den jeweiligen Bieter zu zahlen sei, nicht aber seien Darlegungen umsatzsteuerrechtlicher Lasten der

Ag gefordert gewesen. Verursache ein Zuschlag auf ein Angebot weitere interne Kosten des Auftraggebers, so erleide der Auftraggeber möglicherweise einen wirtschaftlichen Nachteil, könne diese Kosten aber nicht nachträglich zum Gegenstand der Wertung machen. Der Ag müsse sich an die Regeln halten, die er eindeutig im Wettbewerb gesetzt habe. Auch wenn man hilfsweise unterstellen würde, dass auf das Angebot der Bg ein Umsatzsteuersatz von 19 % aufzuschlagen wäre, so ergäbe sich kein anderes Ergebnis für die Zuschlagsentscheidung, so dass auch eine Nachforderung des Umsatzsteuersatzes als Preisangabe nach § 56 Abs. 3 S. 2 VgV zulässig wäre. Die Höhe des Umsatzsteuersatzes von 19 % sei eindeutig und auch aus Sicht der ASt unstreitig.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag sei aufgrund der Komplexität der zu entscheidenden Rechtsfragen, die teilweise auf aktueller Rechtsprechung basierten, notwendig; die Ag könne diese Spezialmaterie im bestehenden engen zeitlichen Rahmen nicht selbst vertreten.

- c) Die Bg wurde mit Beschluss vom 15. August 2017 zum Verfahren hinzugezogen. Sie hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig, soweit er auf die Überprüfung der Kalkulation der Bg gerichtet sei, denn trotz der grundsätzlich drittschützenden Wirkung der Preisprüfung habe die ASt hier nicht schlüssig die Verletzung in eigenen Rechten dargelegt, was aber nach § 160 Abs. 2 GWB für die Zulässigkeit erforderlich sei. Die ASt beschränke sich hier auf das Postulat, dass Grund zur Annahme bestehe, dass das Angebot der Bg preislich hätte geprüft werden müssen. Die Formulierung in der Mitteilung nach § 134 GWB, wonach ein deutlicher Preisabstand gegeben sei, rechtfertige die Annahme eines Missverhältnisses nicht; deutlich könne auch ein 2- oder 5 %-iger Abstand sein. Die ASt meine anscheinend, sie habe ein äußerst günstig kalkuliertes Angebot abgegeben, so dass niemand günstiger anbieten könne als sie. Im wirtschaftlichen Wettbewerb müssten Bieter es hinnehmen, wenn ihre Wettbewerber im Bemühen um den Erhalt eines Auftrags ein besonders günstig kalkuliertes Angebot abgäben. Die bloße Behauptung, ein Dritter könne nicht günstiger kalkulieren, reicht nicht aus für eine schlüssige Darlegung, sondern sei eine ins Blaue hinein aufgestellte Vermutung.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag nicht begründet. Die Ag habe tatsächlich eine Preisprüfung durchgeführt, obwohl eine solche Aufklärung rechtlich nicht geboten ge-

wesen sei. Keinesfalls könne angenommen werden, dass bei bestimmten Angebotsabständen schematisch immer eine Preisaufklärung erforderlich sei. Auch Art. 69 RL 2014/24/EU sehe keine schematische Aufgreifschwelle vor. Gerade in wettbewerbsintensiven Märkten und bei techniklastigen und/oder innovativen Produkten bzw. Dienstleistungen sage ein prozentualer Abstand von Angebotspreisen nichts darüber aus, ob ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung bestehe. Es müsse davon ausgegangen werden, dass jeder Bieter ein marktorientiertes Angebot abgebe. Hier unterscheide sich das Angebot nicht maßgeblich von früher unterbreiteten Angeboten.

Das Angebot der Bg sei tatsächlich auskömmlich. Die Bg nutze Kostenvorteile, die sie aufgrund der Erledigung gleichartiger Aufträge auf anderen Märkten, in anderen Ländern und für andere Kunden habe. Ferner habe sie langjährige Erfahrung bei der Produktion von [...], so dass sie im Vorteil zu ihren Wettbewerbern sei, aber dennoch mit einer ausreichenden Gewinnmarge anbieten könne.

Tatsächlich habe die Ag, was allein entscheidend sei, die Preisprüfung durchgeführt. Die Tatsache, dass diese Prüfung hilfsweise erfolgt sei, bedeute keinesfalls eine nur eingeschränkte oder unzureichende Prüfung. Im Aufklärungsschreiben vom 7. August 2017 habe die Ag detaillierte Fragen gestellt und um Erörterung derselben gebeten. Die Bg habe mit Schreiben vom 13. August 2017 umfassend geantwortet, wobei die von der ASt geforderte nähere Darlegung zum Schutz elementarer Geschäftsgeheimnisse der Bg nicht möglich sei. Selbst wenn das Ergebnis einer Preisprüfung nicht überzeugend sei, bestehe ein Ermessen des Auftraggebers in Bezug auf die Ablehnung, die zwar – so der BGH – grundsätzlich geboten sei, aber unter Berücksichtigung der im konkreten Fall drohenden Gefahren für eine wettbewerbskonforme Auftragserledigung. Solange der Bieter wettbewerbskonforme Ziele verfolge und zum angebotenen Preis zuverlässig leisten könne, sei der Zuschlag zulässig. Die von der ASt geäußerten Bedenken in Bezug auf eine vertragskonforme Leistungserbringung durch die Bg entbehren jeglicher Grundlage; konkrete Anhaltspunkte hierfür seien nicht ersichtlich, die ASt beschränke sich hier auf bloße Behauptungen. Ebenso wenig strebe die Bg im Wege bewusster Marktmanipulation gezielt die Beseitigung von Mitbewerbern an und führe damit keinen negativen Verdrängungswettbewerb durch. Die Bg habe ein wirtschaftliches Angebot mit dem Ziel des Zuschlagserhalts abgegeben. Nochmals sei aber darauf hinzuweisen, dass das Angebot vorliegend auskömmlich und seriös kalkuliert sei.

Auf die begrenzte Justitiabilität der hier auf allen Ebenen bestehenden Beurteilungsspielräume sei hinzuweisen. Darauf, ob das Angebot der ASt zu Recht ausgeschlossen worden sei, käme es bei dieser Sachlage nicht mehr an.

Die Bg habe die Umsatzsteuer korrekt behandelt, denn anzugeben seien die Nettopreise und der Umsatzsteuersatz gewesen, der bei der Bg 0 % betrage. Dass der Umsatzsteuersatz, welcher die Ag wirtschaftlich belaste, relevant sein solle, lasse sich den Vergabeunterlagen jedenfalls nicht eindeutig entnehmen. Die von der ASt zitierte Entscheidung des OLG Düsseldorf weiche von der vorliegenden Konstellation in wesentlichen Punkten ab, denn dort seien ausdrücklich Bruttopreise abgefragt worden.

Die Bg beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. der Bg Akteneinsicht in die Vergabeakte gem. § 165 Abs. 2 GWB zu gewähren,
 3. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendung der Bg aufzuerlegen.
3. In der mündlichen Verhandlung am 25. September 2017 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert. Auf die Schriftsätze der Parteien, auf die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen. Die Entscheidungsfrist wurde mit Verfügung der Vorsitzenden vom 11. September 2017 verlängert bis zum 2. Oktober 2017.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist gegeben.
 - a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb der für die europaweite Vergabe einschlägigen Auftragschwellenwerte

- sind zwanglos erfüllt. Die Ag hat die ASt mit Schreiben vom 2. August 2017 nach § 134 GWB informiert, die Zuschlagsentscheidung wurde von der ASt mit Schreiben vom 11. August 2017 und mithin binnen der 10-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt. Die Umsatzsteuerthematik in Bezug auf das Angebot der Bg hat die ASt erst nach Akteneinsicht erfahren, so dass es insoweit keiner Rüge bedurfte. Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB wurde nicht in Gang gesetzt, da die Ag aufgrund der unmittelbaren zeitlichen Abfolge von Rüge und Stellung des Nachprüfungsantrags keine Gelegenheit mehr hatte, auf die Rüge zu erwidern.

b) Die ASt ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Die auf die Preisprüfung bezogene Norm des § 60 VgV gehört zum Normenkatalog des Vergaberechts. Ein Wettbewerber, hier die ASt, hat nach § 97 Abs. 6 GWB damit Anspruch darauf, dass der Auftraggeber, hier die Ag, diese Normen auch anwendet. Die Regelung zur Preisprüfung ist damit drittschützend zugunsten der ASt. Entgegen der Auffassung der Bg sind weitere als die von der ASt gemachten Angaben nicht erforderlich. Die ASt trägt vor, dass bereits ihr eigenes Angebot außerordentlich knapp kalkuliert sei. Die Ag hat die ASt in der Mitteilung nach § 134 GWB dahin informiert, dass der Preisabstand zwischen beiden Angeboten „deutlich“ sei. Die Annahme der ASt, das Angebot der Bg könne nicht auskömmlich sein, ist vor diesem Hintergrund nachvollziehbar. Da die ASt in die Preise der Bg naturgemäß keinen Einblick hat, kann und muss sie an dieser Stelle zum Beleg ihrer Antragsbefugnis nicht mehr vortragen als geschehen (vgl. zum Vorstehenden Bundesgerichtshof, Beschluss vom 31. Januar 2017 – X ZB 10/16).

2. In der Sache ist der Nachprüfungsantrag jedoch letztendlich unbegründet. Das Angebot der Bg ist nicht ausschussbedürftig. Ob der ASt in der Sache tatsächlich, wie die Ag meint, die Eignung abzusprechen ist, ist vor dem Hintergrund der Zuschlagsfähigkeit des Angebots der Bg nicht mehr entscheidungserheblich und kann anhand des vorliegenden Sachverhalts auch nicht abschließend beurteilt werden. Die Ag hätte im Rahmen des Vergabeverfahrens jedoch eine nähere Aufklärung der Eignung der ASt durchführen müssen.

a) Was das Angebot der Bg anbelangt, so fehlen weder geforderte Angaben noch ist es als ungewöhnlich niedrig auszuschließen.

aa) Das Angebot der Bg behandelt die Umsatzsteuer in der Sache korrekt und wie in „Teil I: Angebotspreise“ des Angebotsschreibens verlangt. Danach war in diesem Angebotspreisblatt die Angabe der Angebotspreise „netto, d.h. ohne Umsatzsteuer“ gefordert, wobei „zusätzlich der jeweils einschlägige Umsatzsteuersatz anzugeben“ war. Diese Vorgabe war insgesamt so zu verstehen und unmissverständlich, als die Bieter den Umsatzsteuersatz anzugeben hatten, den sie im Fall der Auftragserteilung jeweils dem Auftraggeber in Rechnung stellen. In einem Preisblatt sind generell ausschließlich Positionen auszuweisen, die der Bieter im Auftragsfall auch in Rechnung stellen wird; die im Preisblatt ausgewiesenen Preise nebst Umsatzsteuer werden im Zuschlagsfall Vertragsinhalt.

Da die Bg als [...] Unternehmen bei einer Leistungserbringung im Inland nach § 13 b UStG keine Umsatzsteuer vereinnahmt und auch keine Umsatzsteuer an die inländischen Steuerbehörden abzuführen hat, war es richtig, hier „0 %“ anzugeben. Die umsatzsteuerrechtliche Lage muss vorliegend nicht näher dargelegt werden, denn sie ist offensichtlich und zwischen den Parteien unstrittig; danach kehrt sich die Steuerschuldnerschaft unter den hier gegebenen Voraussetzungen des § 13 b UStG gemäß dem sog. „Reverse-charge-Verfahren“ dahin um, dass nicht der die Leistung erbringende Unternehmer, hier die Bg, die Umsatzsteuer zu entrichten hat, sondern der Leistungsempfänger, hier die Ag. Wenn die ASt meint, die Bg hätte die für die Leistung in der Sache wirtschaftlich zu Lasten der Ag anfallende und von dieser zu entrichtende Umsatzsteuer hier angeben müssen, so verlangt sie eine unzulässige Angabe von der Bg; eine Eintragung von 19 % Umsatzsteuer wäre falsch gewesen, denn die Bg wäre aufgrund der Umkehrung der Steuerschuldnerschaft nicht berechtigt, der Ag 19 % Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen. Das Preisblatt mit den dort ausgewiesenen Beträgen definiert den Vertragsinhalt, dient aber nicht der Aufklärung der Ag über die Umsatzsteuer, zumal davon auszugehen ist, dass die Ag sich selbstverständlich ohnehin über die objektive umsatzsteuerrechtliche Lage im Klaren ist und es keiner Aufklärung durch Bieter bedarf.

bb) Die Umsatzsteuerthematik leitet über zu dem weiteren Argument, welches die ASt dem Angebot der Bg entgegenhält, indem sie deren Ausschluss auf der sog. dritten Wertungsstufe, der Preisprüfung, für erforderlich hält.

- (1) Hier ist allerdings im Ansatz zunächst einmal der ASt darin beizupflichten, dass ein Fehlverständnis auf Seiten der Ag vorliegt. Die Tatsache, dass die Bg die Umsatzsteuer im Preisblatt richtigerweise mit 0 % ausgewiesen hat, bedeutet selbstverständlich nicht, dass die Umsatzsteuer auch bei der Wertung nicht relevant wäre. Anders als die Ag auch im Nachprüfungsverfahren noch meint, handelt es sich bei der Umsatzsteuer, welche die Ag im Fall des Zuschlags auf das Angebot der Bg zu entrichten hat, nicht um „*weitere interne Kosten*“ der Ag, die ihr einen wirtschaftlichen Nachteil verursachen, aber nicht zum Gegenstand der Wertung gemacht werden könnten. Auch wenn die Bg bei der umsatzsteuerlichen Abwicklung des Auftrags nicht beteiligt ist, die Umsatzsteuer insbesondere nicht vereinnahmt, so ist doch die Ag auch bei Inanspruchnahme der Leistungen der Bg als direkter Steuerschuldner mit der Umsatzsteuer in Höhe von 19 % für ebendiese Leistungen belastet. Anders als z.B. im Fall des Umsatzsteuerprivilegs der Deutschen Post AG nach § 4 Nr. 11 b UStG liegt also kein Fall der gänzlichen Umsatzsteuerbefreiung vor; das Reverse-charge-Verfahren nach § 13 b UStG dient vielmehr u.a. einer Vereinfachung des Steuerverfahrens für die Finanzbehörden sowie für den Leistungserbringer, stellt also nur eine andere Art der Abwicklung der Umsatzsteuerentrichtung dar, ohne an der Tatsache etwas zu ändern, dass der Leistungsempfänger materiell mit der Umsatzsteuer belastet bleibt. Ein Vergleich der Angebotspreise der ASt einerseits mit, der Bg andererseits ohne Umsatzsteuer ist vor diesem Hintergrund nicht möglich, die Außerachtlassung der Steuerschuld der Ag bei Zuschlag auf das Angebot der Bg fehlerhaft. Auch wenn die Bg die Umsatzsteuer nicht vereinnahmt, muss die Ag im hiesigen Vergabeverfahren diese bei der Wertung des Angebots der Bg mit einbeziehen. Die Möglichkeit einer Berücksichtigung der Umsatzsteuer bei im Ausland ansässigen Bietern im Rahmen der Wertung hat die Ag – wenn auch nicht ganz explizit - in ihren Vergabeunterlagen angelegt, indem sie in Ziff. 2.15 der Vergabeunterlagen den Hinweis auf die besonderen umsatzsteuerrechtlichen Regelungen für den innergemeinschaftlichen Erwerb gegeben hat. Die Bg hat in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass sie nicht davon ausging, ihr Angebot werde ohne Umsatzsteuer gewertet werden, sondern unter Hinzuziehung der 19 %. Dies hat die Ag unterlassen, so dass die ursprüngliche Wertung fehlerhaft war.

Allerdings hat die Ag während des Nachprüfungsverfahrens eine hilfsweise Wertung unter Hinzurechnung von 19 % auf den Angebotspreis der Bg durchgeführt. Die Ag hätte zwar diese Wertung korrekterweise nicht als bloße Hilfswertung, sondern als korrigierte, für die Zuschlagsentscheidung relevante Wertung ausweisen müssen. In der Sache verhält es sich aber so, dass auch unter Aufschlagen der 19 % auf den Angebotspreis der Bg deren Angebot immer noch preislich günstiger ist als dasjenige der ASt, so dass auf Basis des Preises als alleinigem Zuschlagskriterium die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bg im Ergebnis richtig ist.

- (2) Zieht man den Preisabstand zwischen den beiden Angeboten als maßgebliche Größe für die Frage heran, ob der Angebotspreis der Bg im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig i.S.v. § 60 Abs. 1 VgV ist, die sog. „Aufgreifschwelle“ für die Preisprüfung mithin erreicht ist, so erscheint dies als nicht zwangsläufig der Fall. Auch wenn die Ag in ihren Schriftsätzen im Nachprüfungsverfahren nach wie vor von einem „deutlichen“ Preisunterschied spricht und der ASt damit einen dramatischen Preisunterschied suggeriert, so reduziert sich die Differenz zwischen beiden Angeboten bei Addition der 19 % auf den Angebotspreis der Bg wie im Rahmen der – allein korrekten - Hilfswertung geschehen naturgemäß. Eine nähere Bezifferung des Preisabstandes verbietet sich, um die hier angesichts des engen Anbietermarktes besonders wichtige Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sicherzustellen. Die Höhe der Interventionsschwelle ist allerdings generell nicht allzu niedrig anzusetzen, da es sonst an dem Element der Erheblichkeit fehlt, welches dem Begriff des Missverhältnisses immanent ist (so Dicks, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 60, RdNr. 9); der Entscheidungsspielraum, welcher einem Auftraggeber bezüglich der Frage zukommt, ob er ein Preisprüfverfahren für geboten hält, erscheint vorliegend – stets auf Basis der Hilfswertung – als nicht überschritten, wenn eine Preisprüfung unterbleibt.

Es kann in der Sache aber dahinstehen, ob die Aufgreifschwelle erreicht ist, denn die Ag hat auf die Eingaben der ASt hin tatsächlich, wiederum hilfsweise, eine Preisprüfung bei der Bg durchgeführt. Die detaillierten Fragen der Ag hat die Bg beantwortet und ihren Angebotspreis plausibel gemacht. Eine im Sinne

von § 60 Abs. 3 S. 1 VgV zufriedenstellende Preisaufklärung ist damit gelungen, so dass schon die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ausschlussnorm des § 60 Abs. 3 S. 1 VgV nicht greifen.

Selbst wenn man aber unterstellt, die Bg habe ein im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedriges Angebot abgegeben, so bleibt die Ag dennoch frei, auch dieses Angebot anzunehmen. Denn auf der Rechtsfolgesseite ist dem Auftraggeber ausdrücklich Ermessen eingeräumt, § 60 Abs. 3 S. 1 VgV; eine Pflicht zur Ablehnung ist nur für den Fall normiert, in welchem der ungewöhnlich niedrige Preis sich mit dem Verstoß gegen die rechtlichen Verpflichtungen aus § 128 Abs. 1 GWB erklärt, § 60 Abs. 3 S. 2 VgV, bzw. bzw. im Falle einer nicht rechtmäßig gewährten Beihilfe, § 60 Abs. 4 VgV. Zwar kann aus der Verwendung des Begriffs „darf“ in § 60 Abs. 3 S. 1 VgV nicht geschlossen werden, dass der Auftraggeber befugt wäre, ein nicht aufklärbar niedriges Angebot nach Gutdünken anzunehmen oder auszuschließen. Richtigerweise ist das Ermessen rechtlich dahin gebunden, als der Auftraggeber die gesteigerten Risiken, die sich aus ungemessen niedrigen Angebotspreisen ergeben können (z.B. nachlässige Auftragserledigung, Kompensation des niedrigen Angebotspreises über Nachträge), mit in seine Betrachtung einzubeziehen hat (vgl. zum Vorstehenden Bundesgerichtshof, a.a.O.). Solche zusätzlichen Risiken infolge einer Zuschlagserteilung an die Bg sind indes nicht erkennbar und ergeben sich auch nicht belastbar aus dem Vortrag der ASt:

- Anhaltspunkte dafür, dass die Bg als etablierter und fachkundiger Anbieter auf dem Markt die vertraglich geschuldete Leistung zum angebotenen Preis nicht vertragskonform erbringen wird, sind nicht ersichtlich und dürfen auch nicht unterstellt werden. Gerade wenn die Bg, wie die ASt meint, sich auf dem deutschen Markt als Dienstleister für die Ag einführen möchte, liegt im Gegenteil die Annahme nahe, dass die Bg sich um eine gute Auftragsausführung bemühen wird, um hier eine Referenz auch für zukünftige Aufträge zu erwerben; der streitgegenständliche Auftrag wird regelmäßig neu ausgeschrieben.
- Im Ansatz und grundsätzlich ist der Aspekt der Marktverdrängung oder der diesbezüglichen Absicht eines Billiganbieters ein Gesichtspunkt,

der im Rahmen des gebundenen Ermessens des Auftraggebers nach § 60 Abs. 3 S. 1 VgV eine Rolle spielen kann und in die Ermessensabwägung mit einzustellen ist, wenn diesbezügliche Anhaltspunkte bestehen. Das ist indes nicht der Fall. Die ASt ist seit dem Jahr 2003 durchgängig bisherige Auftragnehmerin des streitgegenständlichen Auftrags. Bei Neuausschreibung des Auftrags im Jahr 2013 hatte ein von der jetzigen Bg initiiertes Nachprüfungsverfahren stattgefunden, dem in der Sache nicht entsprochen wurde (3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 16. Juli 2013 – VK 3-47/13), so dass die jetzige ASt und damalige Beigeladene weiterhin Auftragnehmerin blieb. Aus diesem Nachprüfungsverfahren ist der Vergabekammer bekannt, dass ein intensiver Wettbewerb zwischen den beiden Anbietern besteht. Gibt die Bg vor diesem Hintergrund ein besonders wirtschaftlich kalkuliertes Angebot ab, so ist das Ausdruck dieses Wettbewerbs. Das Bestreben der Bg, den Auftrag mit einem wirtschaftlichen Angebot zu erhalten, ist nicht mit Marktverdrängung oder einer diesbezüglichen Absicht gleichzusetzen. Der Hinweis der ASt in diesem Zusammenhang, sie würde bei Zuschlag auf das Angebot der Bg völlig vom deutschen Markt verdrängt, geht fehl, ohne dass es auf eine Marktabgrenzung etwa in einem kartellrechtlichen Sinne ankäme. Stellt man ausschließlich auf [...] und deren Digitalisierung ab, so gibt es naturgemäß nur [...] auf der Nachfrageseite. Davon sind in Deutschland zwei angesiedelt, neben der Ag nämlich noch [...]. Die Bg ist derzeit Auftragnehmerin beim [...]. Das [...]. Aus der Tatsache, dass die Bg im Zuschlagsfall alle nationalen Aufträge auf sich vereint, kann bei dieser Sachlage nicht geschlossen werden, dass eine wie auch immer geartete Marktverdrängung stattfindet – es gibt national nur zwei Aufträge zur Digitalisierung von [...] wodurch die Aussage, die ASt sei bei Verlust des Auftrags auf dem nationalen Markt nicht mehr präsent, stark relativiert wird und nicht gleichgesetzt werden kann mit einer völligen Verdrängung aus dem Markt (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Mai 2011 – VII-Verg 45/11). Ebenfalls übereinstimmend wurde in der mündlichen Verhandlung herausgearbeitet, dass der Markt für Digitalisierungen von Schriften sachlich nicht nur [...] erfasst; es gibt daneben auch an-

dere Dokumente, wenn auch die Digitalisierung von [...] schon aufgrund der rechtlichen Wirkungen, die sich hieran knüpfen, besonders anspruchsvoll sein dürfte. Damit stehen der ASt aber in sachlicher Hinsicht auch andere Bereiche offen, ein „Markt“ für Digitalisierung ausschließlich von [...] dürfte zu eng gefasst sein. Was konkret die [...] und deren Digitalisierung anbelangt, so ist auf andere [...] im EU-Ausland hinzuweisen, die ebenfalls derartige Aufträge europaweit ausschreiben, wen sie nicht in Eigenleistung oder vergaberechtsfrei als sog. „In-house“-Leistung, § 108 GWB, erbracht werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass kein Ablehnungsgrund in Bezug auf das Angebot der Bg vorliegt.

- b) Wie ausgeführt, kommt es aufgrund des günstigeren Angebots der Bg, das auch zuschlagsfähig ist, nicht mehr entscheidungserheblich auf die Eignung der ASt an. Zu Recht weist die Ag auf § 42 Abs. 3 VgV hin, wonach eine Eignungsprüfung nicht durchgeführt werden muss, wenn bereits feststeht, dass ein wirtschaftlicheres Angebot vorliegt. In der Mitteilung nach § 134 GWB hat die Ag die Nichtberücksichtigung des Angebots der ASt aber neben dem Preisaspekt auch damit begründet, dass die ASt keine ausreichenden Referenzen im Referenzbereich 6 vorgelegt, so dass trotz fehlender Entscheidungserheblichkeit auch auf diesen Aspekt einzugehen ist.

Die Referenzanforderung aus der Bekanntmachung lautete, geeignete Referenzen über die zeichencodierte Wiedergabe komplexer mathematischer Formeln einzureichen. Die ASt hat zur Erfüllung dieser Referenzanforderung 6 auf ihren Bestandsauftrag mit der Ag verwiesen und mitgeteilt, sie habe hier im Publikationsjahr 2016 etwa 37.600 komplexe mathematische Formeln mit verschachtelten Hoch- und Tiefstellungen etc. zeichencodiert erfasst und in XML sowie PDF wiedergegeben.

Die Annahme der Ag, die ASt habe mit dem Bestandsauftrag diese Eignungsanforderung nicht erfüllt, gründet offenbar darauf, dass im Bestandsauftrag – und dies anders als im streitgegenständlichen Nachfolgeauftrag – die zeichencodierte Erfassung und Wiedergabe nicht zwingend vorgegeben war, sondern es war dem Auftragnehmer nach den Vorgaben der Vorläuferausschreibung freigestellt, ob er die komplexen mathematischen Formeln zeichencodiert oder als Bild wiedergibt. Es ist damit nicht

zwangsläufig der Fall, dass die komplexen mathematischen Formeln, auf welche die ASt in ihrer Referenzangabe verwiesen hat, auch tatsächlich zeichencodiert wiedergegeben worden sind. Normalerweise wäre zwar anzunehmen, dass ein Auftraggeber ohnehin im Bilde darüber ist, welche Leistungen ein Dienstleister in der Vergangenheit in welcher Form für ihn erbracht hat, hier also ob die fraglichen Formeln seitens der ASt zeichencodiert oder als Bild wiedergegeben worden waren. Erläutert durch die Ag wurde aber in der mündlichen Verhandlung, dass es den [...] nicht auf den ersten Blick anzusehen ist, ob eine zeichencodierte Wiedergabe vorliegt; erkennbar wird dies erst, wenn die einzelne Datei geöffnet wird.

Vor diesem Hintergrund wird es nachvollziehbar, dass die Ag ihren eigenen Auftrag, auf welchen sich die ASt als Referenz beruft, als nicht selbsterklärend für den Referenzbereich 6 betrachtet hat, denn denkbar wäre es, dass im Bestandsauftrag - wie dort zugelassen - gerade nicht zeichencodiert gearbeitet wurde. Wenn die Ag die Notwendigkeit gesehen hat, sich zu vergewissern, dass die ASt im Rahmen des als Referenz angeführten Bestandsauftrags auch wirklich die geforderte Zeichencodierung vorgenommen hat, so ist das legitim, denn das Anführen einer Referenz ist kein Selbstzweck, sondern dient dazu, im Bedarfsfall überprüft zu werden.

Ein Defizit im Vorgehen der Ag ist bei dieser Sachlage aber darin zu sehen, dass sie ohne nähere Nachfrage bei der ASt und ohne nähere Begründung im Vergabevermerk festgehalten hat, die ASt biete keine ausreichende Referenz für den Bereich 6, komplexe mathematische Formeln. Nicht zu verkennen ist an dieser Stelle, dass ein öffentlicher Auftraggeber befürchten muss, konkrete Nachfragen bei einem Bieter könnten ihm von dessen Konkurrenten dann wiederum als Vergabefehler, etwa der Einräumung einer gleichheitswidrigen Nachbesserungsmöglichkeit, vorgeworfen werden. § 15 Abs. 5 VgV, der das Nachverhandlungsverbot für offene Verfahren regelt, erlaubt aber gerade die Durchführung einer reinen Eignungsaufklärung. Eine Nachfrage bei der ASt, welche konkreten Vorgänge aus den insgesamt 37.600 in der Referenz angeführten Formeln denn zur Überprüfung durch die Ag geeignet sind, hätte sich hier aufgedrängt, auch wenn § 15 Abs. 5 S. 1 VgV keine Aufklärungspflicht vorsieht, sondern nur das Recht dazu. Das Ermessen war hier aber zu einer Pflicht verdichtet, also eine Ermessensreduzierung auf Null gegeben, denn es sind verschiedene Punkte zu bedenken. Einmal ist die ASt langjähriger Bestandsauftragnehmer, so dass sich auch

aus zivilrechtlichen, vertraglichen Rücksichtnahmepflichten eine Aufklärungspflicht ergeben hätte. Des Weiteren ist es für einen Bieter ein gravierender Vorgang, wenn seine Eignung verneint wird, gerade vor dem Hintergrund, dass die ASt grundsätzlich auf die Erbringung der nachgefragten Digitalisierungsleistungen spezialisiert ist. Schlussendlich kommt hinzu, dass es sich vorliegend offenbar um einen Markt mit wenigen Anbietern handelt. Das Bestreben eines Auftraggebers sollte vor diesem Hintergrund zwecks Erhaltung eines möglichst breiten Wettbewerbs sein, keinem Bieter die Eignung abzusprechen, ohne vorher aufzuklären, ob die Referenz wirklich nicht tauglich ist, um die hier bedeutsame zeichencodierte Wiedergabe zu belegen. Die Gefahr einer unzulässigen Nachbesserung der Referenzlage ist nicht gegeben, da die von der ASt geleisteten Arbeiten ja abgeschlossen und ohne Nachbesserungsmöglichkeit vorhanden sind.

Im Nachprüfungsverfahren hat die ASt diverse [...] aus ihrem Referenzauftrag benannt, welche die Ag aber in der Sache aber als nicht tauglich ansieht. Die ASt hat dem widersprochen. Ob die Eignung auf dieser Basis gegeben ist, kann die Vergabekammer nicht abschließend beurteilen. Wäre die Eignung noch relevant, so hätte es aus Sicht der Vergabekammer noch weiterer Aufklärung bedurft. Angesichts des günstigeren Angebots der Bg kann diese Frage aber offen bleiben. Festzustellen ist lediglich, dass das Unterbleiben einer Eignungsaufklärung bzgl. des Referenzbereichs 6 fehlerhaft war.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 und S. 4 GWB. Danach hat die ASt als unterliegende Partei sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Das festgestellte Aufklärungsdefizit bei der Eignungsprüfung wirkt sich bei der Kostenentscheidung nicht im Sinne einer Quotierung aus, denn diese Feststellung wirkt sich nicht in dem Sinne aus, dass das Verfahren zurückzusetzen wäre. Eine erneute Eignungsprüfung ist obsolet, da es das wirtschaftlichere Angebot der Bg gibt. Auf § 42 Abs. 3 VgV ist auch hier hinzuweisen.

Es entspricht der Billigkeit, der ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Bg notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen, denn die ASt hat sich mit ihrem Vortrag hinsichtlich der Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der Bg in einen direkten Interessengegensatz zur Bg

gesetzt. Die Bg hat zur Sache vorgetragen und Anträge gestellt, so dass sie ein Kostenrisiko eingegangen ist.

Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag und die Bg war jeweils notwendig. Bei der Bg ergibt sich die Notwendigkeit bereits aus der Tatsache, dass ihr Angebot zentral angegriffen wurde, sowie flankierend aus dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt. Die Ag hat zur Notwendigkeit der Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten vorgetragen und diese damit begründet, dass die Ag binnen der kurzen Verfahrensfristen die komplexen streitgegenständlichen Fragestellungen nicht selbst aufarbeiten könne. Dieser Begründung ist zu folgen. Auch hier kommt der Aspekt der Waffengleichheit hinzu.

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, einzu-legen.

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.

**Der hauptamtliche Beisitzer Dr. Brauser-Jung
ist wegen Ortsabwesenheit an der
Unterschriftsleistung gehindert.**