



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 135/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 1) -

[...]

- Beigeladene zu 2) -

wegen der Vergabe „[...] Technische Gase“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Kluckhohn auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 2017 am 22. Dezember 2017 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt worden ist, indem ihr die Antragsgegnerin den Ablauf der Verhandlungen nicht hinreichend transparent im Wege von Vergabeunterlagen bekanntgegeben hat und der

Verhandlungsablauf selbst unter Verstoß gegen Vergaberecht durchgeführt wurde. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag verworfen.

2. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin tragen jeweils die Hälfte der Kosten des Verfahrens. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zur Hälfte. Die Antragsgegnerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zur Hälfte.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb am [...] 2017 die Vergabe „[...] Technische Gase“ zum Abschluss von Lieferrahmenverträgen in drei Losen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb europaweit aus.

In den den Bietern bekanntgegebenen Bewerbungsbedingungen heißt es unter Ziffer 4.4 unter anderem:

„Der Auftraggeber weist darauf hin, dass es im Laufe des Vergabeverfahrens zu Änderungen an den Vergabeunterlagen kommen kann. Der Auftraggeber behält sich daher ausdrücklich vor, die Vergabeunterlagen, insbesondere die Leistungsbeschreibung, Vertragsbedingungen sowie Zuschlagskriterien und Musskriterien nebst Wertungsmatrix anzupassen bzw. zu ändern. [...] Sollten Änderungen an den Vergabeunterlagen zu einer wesentlichen Änderung der Wettbewerbsbedingungen führen, behält sich der Auftraggeber vor, die ursprünglich vorgesehenen Fristen angemessen zu verlängern. Der Auftraggeber wird nach Ablauf der Frist für den Eingang von Teilnahmeanträgen keine nachträglichen Änderungen vornehmen, mit denen die festgelegten Bedürfnisse und Anforderungen grundlegend geändert werden, der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden. [...]“

Zur „Vergabe in Losen“ ist unter Ziffer 10.1 unter anderem Folgendes ausgeführt:

„Ein Unternehmen kann sich an dem Vergabeverfahren für ein, mehrere oder alle Lose beteiligen und entsprechend Angebote auf ein einziges Los, auf mehrere Lose oder auf alle Lose abgeben.“

Der Auftraggeber behält sich gemäß § 27 Abs. 3 SektVO vor, Aufträge über mehrere oder alle Lose in folgenden Loskombinationen zu vergeben:

- *Loskombination 1: Los 1 und Los 2*
- *Loskombination 2: Los 1 und Los 3*
- *Loskombination 3: Los 2 und Los 3*
- *Loskombination 4: Los 1 und Los 2 und Los 3*

[...]

Die Bezuschlagung der Einzelangebote (Angebote auf Einzellöse) oder Loskombinationen richtet sich danach, welche Zuschlagskombination unter Anwendung der bekanntgemachten Zuschlagskriterien insgesamt das wirtschaftlichste Angebot darstellt.“

Zum „weiteren Ablauf des Vergabeverfahrens“ nach Angebotsabgabe enthalten die Bewerbungsbedingungen unter Ziffer 16.1 unter anderem folgende Angaben:

„Der Auftraggeber wird die wertungsfähigen Angebote anhand der bekanntgemachten Bewertungskriterien bewerten und danach zu fachlichen und kommerziellen Verhandlungen einladen. [...]

Der Auftraggeber behält sich weiterhin vor, das Verhandlungsverfahren in Form eines strukturierten bzw. virtuellen Verhandlungsprozesses durchzuführen und hierfür im Vorfeld geeignete Regeln festzulegen. Der Verhandlungsprozess besteht aus einer oder mehreren aufeinander folgenden Verhandlungsphasen, in denen entweder der Bieter oder der Auftraggeber Angebote oder Preisinformationen ggfs. unter Nutzung einer elektronischen Verhandlungsplattform unterbreiten kann.

Der Auftraggeber behält sich auch vor, den Kreis der an den Verhandlungen teilnehmenden Bieter auf den oder die aussichtsreichsten Bieter zu begrenzen und mit diesen die Verhandlungen fortzusetzen (preferred bidder). [...]“

Unter Ziffer 16.4 heißt es zudem:

„Der Auftraggeber behält sich auch vor, die Struktur und den Ablauf des Verhandlungsverfahrens jederzeit anzupassen und insbesondere auf Teile zu verzichten oder weitere Teile zu ergänzen. Der Auftraggeber behält sich insoweit vor, auf die Durchführung von Verhandlungen zu verzichten oder zunächst nicht berücksichtigte Bieter zu einem späteren Zeitpunkt wieder zu Verhandlungen zuzulassen. Der Auftraggeber informiert jeweils die beteiligten Bieter über die angepasste Struktur und den Verfahrensablauf.“

Den Bewerbungsbedingungen lag neben dem abzuschließenden Lieferrahmenvertrag (Anlage 2) als Anlage 1 das Dokument „Leistungsbeschreibung und Bewertungsmatrix“ bei; bei der Leistungsbeschreibung handelte es sich um die drei Leistungsverzeichnisse für die einzelnen Lose, in denen die jeweiligen Einzelpositionen aufgelistet waren, zu denen die Bieter die Einzelpreise eintragen mussten. Nach der Bewertungsmatrix war für Los 1 der Gesamtpreis aus

dem Leistungsverzeichnis alleiniges Zuschlagskriterium; für Los 2 und 3 sollte neben dem Gesamtpreis (Preisdifferenz zum Bestbieter) mit einer Gewichtung von 95% als zweites Zuschlagskriterium die „Gewährung von Mietfreiheit“ (bezogen auf die Stahlflaschenmiete (jeweils Position 1 der Leistungsverzeichnisse)) mit einer Gewichtung von 5% fungieren, wobei mit einer Gewährung von sechs Wochen Mietfreiheit die Höchstpunktzahl erreicht werden konnte.

Die Antragstellerin (ASt), die Beigeladenen (Bg) zu 1) und zu 2) sowie weitere Unternehmen gaben jeweils einen Teilnahmeantrag ab und wurden im Anschluss unter dem 28. September 2017 zur Angebotsabgabe aufgefordert.

Nach Angebotsabgabe wurden unter anderem die ASt sowie die Bg zu 1) und zu 2) mit E-Mail vom 13. Oktober 2017, einem Freitag, jeweils separat zu einem Bietergespräch „zur Angebotsaufklärung“ am 18. Oktober 2017 und zu „strukturierten Verhandlungen“ am 19. Oktober 2017 eingeladen.

Mit E-Mail vom 16. Oktober 2017 übersandte die Ag den Bietern eine für die Lose 2 und 3 geänderte Bewertungsmatrix. Sie teilte dazu mit, dass die beiden bisherigen Kriterien „Preis“ (95 Punkte) und „Gewährung von Mietfreiheit“ (5 Punkte) zu einem Kriterium „Angebotssumme“ (100 Punkte) vereint würden, indem bei der Berechnung des Gesamtpreises der jeweiligen Position 1 (Stahlflaschenmiete) ein die mietfreien Wochen berücksichtigender Faktor einbezogen würde; die Bewertungsmatrix für Los 1 bliebe unverändert.

In den Gesprächen am 18. Oktober 2017 stellte die Ag den Bietern jeweils mithilfe einer Präsentation mit insgesamt 20 Folien, die den Bietern nicht zur Verfügung gestellt wurde, vor, wie die Verhandlung am 19. Oktober 2017 ablaufen sollte. Die Folien der Präsentation, die bezogen auf den Verhandlungsablauf im Wesentlichen stichpunktartig unter Verwendung von Charts gehalten sind, sind in der Vergabeakte abgelegt. Den zu den Gesprächen geführten Protokollen lassen sich vereinzelte Fragen und Antworten zum vorgesehenen Ablauf entnehmen; welche Informationen darüber hinaus von der Ag jeweils mitgeteilt wurden, ist in den Protokollen nicht festgehalten. Aus den Protokollen geht im Übrigen hervor, dass die Bieter dazu aufgefordert wurden, die Leistungsverzeichnisse für die Lose 1 bis 3 unter Berücksichtigung der überarbeiteten Bewertungsmatrix im Laufe des Tages aktualisiert einzureichen. Wie dies im Einzelnen den Bietern kommuniziert wurde, kann der Vergabeakte nicht entnommen werden; eine Einreichungsfrist ist nicht festgehalten worden.

Am 19. Oktober 2017 fand – wie auch stichwortartig in den Folien der Präsentation vom 18. Oktober 2017 skizziert – zunächst mit allen Bietern eine Verhandlungsrunde dergestalt statt, dass jeder Bieter für Los 2 einen neuen Gesamtpreis anbieten durfte. Dem Bestbieter, der Bg zu 2), wurde daraufhin seitens der Ag ein neuer (niedrigerer) Gesamtpreis (sog. Exklusivangebot) vorgeschlagen, den die Bg zu 2) akzeptierte und damit nicht nur für Los 2, sondern auch Los 3 zu den „gleiche Preisen“ (Einzelpreisen in den Einzelpositionen) den Zuschlag zugesichert bekam. Für Los 1 erhielt am 19. Oktober 2017 allein die Bg zu 1) als Bestbieterin nach dem Stand der überarbeiteten Leistungsverzeichnisse vom 18. Oktober 2017 von der Ag den Vorschlag eines neuen (niedrigeren) Gesamtpreises (sog. Exklusivangebot), das die Bg zu 1) akzeptierte und damit für Los 1 die Zusicherung des Zuschlags erhielt.

Mit E-Mail vom 19. Oktober 2017 forderte die Ag die Bieter auf, „die Bewertungsmatrix entsprechend des heutigen Verhandlungsergebnisses inkl. aller Lose“ bis zum 23. Oktober 2017 hochzuladen. Die Bg zu 1) und zu 2) luden jeweils ihre auf Basis der verhandelten Gesamtpreise in den Einzelpreisen aktualisierten Leistungsverzeichnisse innerhalb der gesetzten Frist hoch.

Mit E-Mail vom 24. Oktober 2017 informierte die Ag die ASt, dass sie beabsichtige, den Auftrag für Los 1 an die Bg zu 1) und die Lose 2 und 3 an die Bg zu 2) zu erteilen.

Mit Schreiben vom 26. Oktober 2017 rügte die ASt verschiedene Vergaberechtsverstöße. So habe die Ag die Zuschlagskriterien geändert, ohne den Bietern ausreichend Zeit und Möglichkeit eingeräumt zu haben, die Preise anzupassen. Auch verstoße der gemeinsame Zuschlag auf die Lose 2 und 3 ohne Verhandlungen zu Los 3 gegen das Gleichbehandlungsgebot und führe auch nicht dazu, dass der günstigste Gesamtbietter beider Lose den Zuschlag erhalte; für einen gemeinsamen Zuschlag gebe es keinen sachlichen Grund. Der ASt sei weder zum Los 1 noch zum Los 3 die Möglichkeit eröffnet worden, die Preise nachzubessern, was ebenfalls gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoße. Zudem habe die Ag entgegen der in Ziffer 10.1 der Bewerbungsbedingungen bekanntgegebenen Zuschlagskriterien mit Ausnahme der Loskombination Los 2/Los 3 alle anderen Loskombinationen unbeachtet gelassen.

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie den Rügen nicht abhelfe.

Mit Schreiben vom 3. November 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Antragsschrift einschließlich Vollmacht und Anlagen H1 und H2 ging bei der Vergabekammer per Fax am 3. November 2017, einem Freitag, ab 17:38 Uhr (bis 17:50 Uhr) ein; die Anlagen H3 bis H6 gingen am 6. November 2017 ab 7:21 Uhr ein.

Mit E-Mail vom 3. November 2017 (ausweislich der ausgewiesenen Übersendungszeit um 16:21 Uhr) teilten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt der Ag unter Übersendung der Antragsschrift mit, dass sie ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer des Bundes eingeleitet hätten.

Jeweils mit E-Mail vom 6. November 2017 um 7:02 Uhr teilte die Ag jeweils mit dem E-Mail-Betreff „[...] *Verfahrensbenachrichtigung – Zuschlag zum Verfahren: Lieferung von Technischen Gasen in Flaschen und Tanks*“ der Bg zu 1) in Bezug auf Los 1 und der Bg zu 2) in Bezug auf die Lose 2 und 3 Folgendes mit:

*„Bezeichnung der Leistung: Lieferung von Technischen Gasen in Flaschen und Tanks
Vergabevorgang Nr.: [...]
Ihr Angebot vom 19.10.2017*

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Rahmen der oben genannten EU-Ausschreibung möchten wir Ihr Angebot für [das Los1/die Lose 2 und 3] annehmen. Das Vertragswerk (Rahmenvertrag einschließlich sämtlicher Anlagen) möchten wir Ihnen kurzfristig zur Gegenzeichnung im Umlaufverfahren zukommen lassen.

Wir freuen uns auf die Zusammenarbeit mit Ihnen.

Mit freundlichen Grüßen“

Die Bg zu 1) reagierte darauf per E-Mail vom 6. November 2017 (7:26 Uhr), worin sie schrieb: „besten Dank für den Zuschlag. Gerne erwarten wir Ihre Unterlagen.“ Die Bg zu 2) antwortete ebenfalls per E-Mail am 6. November 2017 (7:50 Uhr) mit den Worten „vielen Dank für diese positive Nachricht. Wir freuen uns auf eine erfolgreiche Zusammenarbeit.“

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 6. November 2017 zwischen 11:16 Uhr und 11:36 Uhr per Fax übermittelt.

Von einer Übersendung des „Vertragswerks“ an die Bg zu 1) und zu 2), wie in den E-Mails vom 6. November 2017 angekündigt, sah die Ag nach Übermittlung des Nachprüfungsantrags ab.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen verschiedene Vergaberechtsverstöße vor und in der Verhandlungsphase.

So seien die Zuschlagskriterien von der Ag geändert worden, ohne dass den Bietern die Möglichkeit gegeben worden sei, binnen angemessener Zeiträume die Angebote im Lichte der geänderten Zuschlagskriterien zu überarbeiten. Insbesondere sei eine solche Möglichkeit auch nicht im Zuge des Bietergesprächs am 18. Oktober 2017 eingeräumt worden. Dort sei der ASt nur Gelegenheit gegeben worden, die sich aus der Angebotsaufklärung ergebenden vermeintlich unklaren Positionen im Nachgang bis 22:00 Uhr am selben Tage in die Angebotsmatrix einzuarbeiten und per E-Mail an die Ag zu senden. Einzig für Los 2 habe die ASt am folgenden Tag ein überarbeitetes Angebot einreichen dürfen, und dies auch nur innerhalb von nur 30 Minuten ab Mitteilung des vorläufigen Rankings. Eine angemessene Möglichkeit bzw. Zeit zur Überarbeitung der Angebote sei jedoch zwingende Voraussetzung für eine Änderung von Zuschlagskriterien im Laufe eines Vergabeverfahrens. Zudem handele es sich bei der Änderung der Zuschlagskriterien im vorliegenden Fall um eine Umrechnung der Mietfreiheit dahingehend, wie sie sich für die Ag in finanzieller Hinsicht darstelle; mit der Kalkulation der Bieter habe dies nichts zu tun. Die Ag greife damit unzulässigerweise in die Preisfindung der Angebote der Bieter ein. Die Mietfreiheit komme aufgrund der geänderten Vergabe auch nicht mehr als Auftragsinhalt vor. Auch aufgrund dieser Änderung des Auftragsinhalts hätte die Ag den Bietern eine Anpassung ihrer Angebote und die Abgabe neuer Preise binnen angemessener Frist ermöglichen müssen.

Die Ag verstoße zudem in mehrfacher Hinsicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. So würde nach dem von der Ag vorgesehenen Verhandlungsprocedere dem günstigsten Bieter für Los 2 ein vorrangiges Verhandlungsrecht für das Los 3 eingeräumt, ohne dass allen übrigen Bietern die Möglichkeit eröffnet worden wäre, ein neues Angebot für Los 3 zu unterbreiten. Für den bevorzugten gemeinsamen Zuschlag der Lose 2 und 3 gebe es keinen sachlichen Grund; davon sei auch schon deshalb nicht auszugehen, weil die Ag die Leistungen in den beiden Losen getrennt ausgeschrieben habe und sich damit festgelegt habe, dass es keinen sachlichen Grund für eine Gesamtvergabe gebe. An der Losaufteilung müsse sich die Ag festhalten lassen. Auch unabhängig von den Kombinationsüberlegungen zu Los 2 und 3 sei nur einzelnen Bietern und jedenfalls nicht der ASt Gelegenheit gegeben worden, die Preise für Los

1 und Los 3 nachzubessern; auch hierdurch werde gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen. Aus der Präsentation, die im Bietergespräch nur vorgeführt, aber nicht ausgehändigt worden sei und die sie nun erst im Rahmen der Akteneinsicht halten habe, gehe zudem hervor, dass der Bestbieter für Los 2 ein Exklusivangebot für Los 3 erhalten habe, was ebenfalls gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße.

Schließlich habe die Ag abweichend von Ziffer 10.1 der Vergabebedingungen die danach ebenfalls in Betracht zu ziehenden Loskombinationen Los 1/Los 2, Los 1/Los 3 und Los 1 bis Los 3 unbeachtet gelassen. Damit seien die von ihr nach Ziffer 10.1 aufgestellten Zuschlagskriterien nicht eingehalten worden.

Der Nachprüfungsantrag sei im Übrigen auch statthaft, da der Zuschlag nicht wirksam an die Bg zu 1) und zu 2) erteilt worden sei. Denn die E-Mails der Ag an die Bg zu 1) und zu 2) stellten keine Annahme des jeweiligen Vertragsangebots dar, wie es in den §§ 145 ff. BGB geregelt sei. Dem Wortlaut der E-Mails nach handele es sich lediglich um eine Absichtserklärung, den fraglichen Rahmenvertrag schließen zu wollen. Dies ergebe sich aus der Verwendung des Wortes „möchten“ in Bezug auf die Angebotsannahme („möchten wir Ihr Angebot ... annehmen“) sowie auch in Bezug auf die Übersendung des Vertragswerks zur Gegenzeichnung. Die Mitteilung sei damit nichts anderes als der Hinweis, dass man einen Vertrag zu schließen gedenke, und zwar durch Übersendung des entsprechenden Rahmenvertrags, der schriftlich gegengezeichnet und zurückgesandt werden solle. Umgekehrt könne kein Zweifel darüber bestehen, dass zwischen den Parteien kein Rahmenvertrag zustande kommen würde, wenn die Bg zu 1) bzw. zu 2) den übersandten Rahmenvertrag nicht unterzeichnen würden. Kein Jurist würde angesichts des E-Mail-Verlaufs judizieren, dass der Bieter an den Rahmenvertrag gebunden wäre, obwohl er ihn nicht unterzeichnet habe. Da hier bei der Auslegung der objektive Empfängerhorizont maßgeblich sei, sei es auch unbeachtlich, dass die Mitarbeiterin der Ag, die die fraglichen E-Mails versandt habe, diese – wie die Ag vortrage – mit dem Willen gehandelt habe, den Zuschlag zu erteilen. Denn ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille sei der Mitteilung gerade nicht zu entnehmen. Die Mitteilung lasse dem Empfänger vielmehr die Möglichkeit, die Vertragsunterlagen in Ruhe gegenzulesen und dann die endgültige Entscheidung zu treffen, ob diese gegengezeichnet würden oder nicht.

In Anbetracht des Umstands, dass die ASt die Ag bereits am 3. November 2017 per E-Mail über die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens informiert habe, verstoße die (vermeintliche) Zuschlagserteilung im Übrigen auch gegen die ebenfalls im Vergaberecht geltenden

Grundsätze von Treu und Glauben. Auch dürfe man die Frage aufwerfen, ob sich die Ag so verhalten habe, wie man es von einem Staatsunternehmen erwarten dürfe.

Hinsichtlich des hilfsweise gestellten Fortsetzungsfeststellungsantrags beruft sich die ASt für das Feststellungsinteresse auf einen möglichen Schadensersatzanspruch gegenüber der Ag.

Die ASt beantragt:

1. Die Ag wird verpflichtet, das Vergabeverfahren [...] Technische Gase in den Stand vor den Verhandlungsgesprächen zurückzusetzen und diese erneut mit den Bietern durchzuführen.
2. Hilfsweise: Das Beschaffungsvorhaben „Vergabe [...] Technische Gase“ wird aufgehoben und bei fortdauernder Beschaffungsabsicht europaweit nach den Vorschriften des GWB ausgeschrieben.
3. Hilfsweise: Festzustellen, dass die in der Antragsschrift vom 3. November 2017 geschilderten Rechtsverletzungen vorgelegen haben.
4. Der Ag werden sämtliche Kosten des Verfahrens auferlegt.
5. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt
6. der ASt gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

Darüber hinaus beantrag die ASt Akteneinsicht.

Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Ag für notwendig zu erklären,
4. der ASt die beantragte Akteneinsicht zu versagen.

Nach Auffassung der Ag könne der Nachprüfungsantrag schon keinen Erfolg haben, da der Zuschlag in allen drei Losen wirksam erteilt worden sei. In den Vorabinformationsschreiben nach § 134 GWB sei mitgeteilt worden, dass die Zuschlagserteilung nicht vor dem 6. November 2017 erfolgen würde. Am 6. November 2017 seien dementsprechend per E-Mail der Zuschlag für Los an die Bg zu 1) und für Los 2 und 3 an die Bg zu 2) erteilt worden. Anders ließen sich die E-Mails aus Sicht eines objektiven Empfängers nicht verstehen. Im Betreff der E-Mails heiße es ausdrücklich „Zuschlag zum Verfahren: Lieferung von technischen Gasen in Flaschen

und Tanks“. Es habe sich auch nicht – wie die ASt geltend mache – um eine bloße Absichtserklärung gehandelt. Es sei vielmehr Wille der fraglichen Mitarbeiterin gewesen, den Zuschlag zu erteilen. Die Verwendung des Wortes „möchten“ führe nicht zu einem anderen Ergebnis; es handele sich lediglich um eine höflichere Formulierung. Der jeweilige Zuschlagsempfänger habe die Erklärung auch als Annahme seines finalen Angebots verstanden; dies zeige sich auch in der jeweiligen Reaktion per E-Mail, in der für den Zuschlag gedankt werde. Dass im Nachgang der Rahmenvertrag noch von den Bg zu 1) und 2) unterzeichnet werden sollte, sei insoweit irrelevant, da auf das jeweilige Angebot die Annahme mit der E-Mail vom 6. November 2017 bereits erfolgt sei und der Vertrag damit geschlossen war. Die nachgelagerte Unterzeichnung des Rahmenvertrags diene lediglich Dokumentationszwecken und habe rein deklaratorischen Charakter; insbesondere bestehe auch kein Schriftformerfordernis.

Die Ag sei auch nicht durch die Mitteilung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt per E-Mail vom 3. November 2017 über die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens an der Zuschlagserteilung gehindert gewesen. Nur die Mitteilung der Vergabekammer in Textform gemäß § 169 Abs. 1 GWB führe zu einer Zuschlagssperre. Diese sei jedoch erst nach der Zuschlagserteilung am 6. November 2017 morgens erfolgt. Eine Zuschlagssperre nach Treu und Glauben gebe es demgegenüber nicht. Dagegen spreche schon der Wortlaut des § 169 Abs. 1 GWB. Zudem bestehe für eine solche Sperre auch kein rechtliches Bedürfnis, da ein Bieter im Oberschwellenbereich durch rechtzeitige Wahrnehmung seiner Rechte ein Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB ohne Weiteres auslösen könne.

Der Nachprüfungsantrag sei zudem unbegründet. Die Zuschläge seien jeweils auf das wirtschaftlichste Angebot entsprechend dem Zuschlagskriterium erteilt worden; Vergaberechtsverstöße seien dabei nicht zu erkennen.

Die Vereinigung der beiden Zuschlagskriterien „Preis“ und „mietfreie Zeit“ zu einem Kriterium Gesamtpreis, die im Übrigen nur die Lose 2 und 3 betreffe, sei zulässig. Zum einen blieben die Maßstäbe die gleichen, da weiterhin Preis und mietfreie Zeit maßgeblich seien; die mietfreie Zeit würde lediglich in den Preis eingerechnet. Entgegen der Auffassung der ASt ändere sich durch die Zusammenfassung der Zuschlagskriterien auch nicht der Auftragsinhalt; der Leistungsumfang, wie er durch das Leistungsverzeichnis definiert werde, bleibe unverändert. Zum anderen sei nicht ersichtlich, warum im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens eine nachträgliche Änderung der Vergabeunterlagen und insbesondere der Zuschlagskriterien nicht

möglich sein solle, solange diese Änderungen für alle Bieter transparent und diskriminierungsfrei erfolgen würden. Dies sei vorliegend der Fall. Auch habe die Ag den Bietern – wie bei der Änderung von Zuschlagskriterien erforderlich – die Möglichkeit eingeräumt, ihre Angebote zu überarbeiten; dies sei am 18. Oktober 2017 in den Bietergesprächen erfolgt. Entsprechend sei auch der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt. Die ASt habe ebenso wie die anderen Bieter nach dem Bietergespräch die Gelegenheit gehabt, ein überarbeitetes Angebot für die jeweiligen Lose einzureichen, und habe dies auch getan. Für Los 2 habe die ASt am 19. Oktober 2017 zudem ein drittes Angebot abgeben können.

Auch die Kombination von Los 2 und Los 3 führe nicht zu einem Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz. Zunächst sei eine Konkretisierung des geplanten Procedere im Verhandlungsverfahren zulässig. Die Ag habe sich unter Ziffer 10.1 die Möglichkeit einer Loskombination ausdrücklich vorbehalten. Zudem habe die Ag sachliche Gründe für die konkrete Ausgestaltung. Denn die Leistungen von Los 2 und 3 seien nahezu identisch; es handele sich lediglich um regional abgegrenzte (Teil-)Lose. Es habe auch keine Bieter gegeben, die nicht Los 2, aber Los 3 angeboten hätten. Die Einheitspreise für identische Positionen in den beiden Losen seien auch jeweils gleich gewesen. Aus diesem Grund habe sich die Ag entschieden, dem Zuschlagsbieter für Los 2 – nachdem alle Bieter die Chance gehabt hätten, ihre Angebote zu überarbeiten – den Zuschlag auch für Los 3 zu gleichen Preisen zu erteilen. Die Konkretisierung des Procedere habe sie den Bietern auch gleichermaßen in den Bietergesprächen transparent bekanntgegeben; davon würden auch protokollierte Rückfragen insbesondere der ASt zeugen. Unzutreffend sei – wie bereits vorgetragen –, dass nur ein Bieter die Möglichkeit erhalten habe, für Los 3 den Preis nachzubessern. Den Bietern eine Möglichkeit zu geben, den Preis für Los 3 nachzubessern, hätte aber auch im Übrigen keinen Sinn ergeben, da alle Bieter, die für Los 3 angeboten hätten, auch für Los 2 geboten hätten und entscheidend ohnehin der Angebotspreis für Los 2 gewesen sei.

Auch für Los 1 habe die ASt am 18. Oktober 2017 die Möglichkeit erhalten, den Preis nachzubessern. Dabei habe sie nur einen geringfügig niedrigeren Preis angeboten als im Ursprungsangebot. Der Preis sei auch signifikant höher gewesen als der der Bg zu 1), so dass auch eine weitere Beteiligung der ASt an der Verhandlung nicht erforderlich gewesen wäre. Wie sich bereits nach Ziffer 16.1 der Bewerbungsbedingungen ergebe, habe die Ag abschichten

dürfen und die ASt nicht weiter beteiligen müssen. Sowohl das Erstantgebot als auch das überarbeitete Angebot der ASt zu Los 1 seien im Preisvergleich chancenlos gewesen.

Mit Beschluss vom 20. November 2017 ist die Bg zu 1) hinsichtlich Los 1 und ist die Bg zu 2) hinsichtlich der Lose 2 und 3 zum Verfahren hinzugezogen worden. Weder die Bg zu 1) noch die Bg zu 2) stellten ausdrückliche Sachanträge.

Schriftsätzlich trug die Bg zu 1) insbesondere zum Sachverhalt vor, dass die Bewertungsmatrix zwar nach Abgabe der (ersten) Angebote geändert worden sei, dass jedoch jeder Bieter zwei Nachbesserungsmöglichkeiten gehabt habe, und zwar einmal am 18. Oktober 2017 nach dem Bietergespräch und einmal am 19. Oktober 2017 im Rahmen der strukturierten Verhandlung. Der Ablauf der Verhandlungsrunden sei den Bietern auch klar und deutlich im Bietergespräch kommuniziert worden. Abweichungen vom kommunizierten Ablauf habe die Bg zu 1) nicht feststellen können. Die Bg zu 1) schloss sich im Übrigen der Schilderung der Ag an.

Die Bg zu 2) macht geltend, dass die Sachverhaltsdarstellungen der ASt teilweise unrichtig und unzureichend seien. Entgegen der Behauptung der ASt habe die Bg zu 2) die E-Mail der Ag vom 6. November 2017 sehr wohl so verstanden und auch so verstehen müssen, dass der Zuschlag für die Lose 2 und 3 auf das Angebot der Bg zu 2) erteilt worden sei. Zudem habe die Ag in der Einladung zur Verhandlungsrunde – indem sie die Anwesenheit eines Entscheidungsträgers forderte – unmissverständlich bekanntgegeben, dass es zu einem spontanen Änderungsbedarf der Angebote kommen könne. Dieses Vorgehen sei in der Branche auch keineswegs unüblich, sondern zu einer Art Standard geworden. Der Nachprüfungsantrag ist nach Auffassung der Bg zu 2) bereits unzulässig, da die Zuschlagserteilung vor Eingang der Mitteilung der Vergabekammer über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erfolgt und wirksam sei. Sie schließt sich dabei vollumfänglich den Ausführungen der Ag an. Der Nachprüfungsantrag sei auch ausweislich der Ausführungen der Ag unbegründet. Eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien sei gerade im Verhandlungsverfahren nicht per se ausgeschlossen. Vielmehr könnten Zuschlagskriterien unter bestimmten Voraussetzungen nachträglich angepasst werden. Die Anpassung sei vorliegend auch diskriminierungsfrei erfolgt. Insbesondere sei auch keine marktuntypische Kalkulationsgrundlage eingeführt worden, und alle Bieter hätten die gleiche Zeit und Möglichkeit zur Überarbeitung der Angebote gehabt. Auch die vorgenommene Kombination von Los 2 und 3 widerspreche nicht dem Vergaberecht. Insbesondere seien alle Bieter im Verfahren gleichbehandelt worden, und auch der Grundsatz der Transparenz sei eingehalten worden.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 4. Dezember 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 4. Dezember 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 22. Dezember 2017 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist im Hauptantrag und ersten – auf Aufhebung der Ausschreibung gerichteten – Hilfsantrag (oben unter I. aufgeführte Anträge zu 1. und 2. der ASt) als unstatthaft zu verwerfen. Der hilfsweise gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag (Antrag zu 3. der ASt) ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

1. Die auf Zurückversetzung bzw. Aufhebung des Vergabeverfahrens gerichteten Anträge der ASt (Haupt- und erster Hilfsantrag) sind nach § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht statthaft. Denn die Zuschläge wurden in Bezug auf die Lose 1 bis 3 wirksam erteilt.
 - a) Die Erteilung des Zuschlags erfolgte jeweils mit E-Mail der Ag vom 6. November 2017 an die Bg zu 1) bzw. zu 2). Darin ist nach §§ 133, 157 BGB die Annahmeerklärung der Ag zum Angebot der Bg zu 1) zu Los 1 und zu den Angeboten der Bg zu 2) zu den Losen 2 und 3 zu sehen, so dass es jeweils mit Zugang der E-Mail bei den Bg zu 1) bzw. 2) zum Vertragsschluss kam.

Ein Angebot der Bg zu 1) zu Los 1 und der Bg zu 2) zu Los 2 und 3 lag jeweils vor. Der Betreff der E-Mails bezieht sich jeweils auf die Angebote „vom 19.10.2017“, also die Letztangebote aus der am 19. Oktober 2017 anhand des jeweils angebotenen Gesamtpreises zu Los 1 bzw. Los 2 (verbunden mit Los 3) durchgeführten Verhandlung. Die entsprechenden, für die Vertragsdurchführung maßgeblichen Einzelpreise zu den Leistungspositionen wurden dabei wie gefordert jeweils von der Bg zu 1) und zu 2) bis zum 23. Oktober 2017 im Rahmen eines in Bezug auf die

Einzelpreise angepassten Leistungsverzeichnisses (Anlage 1 zum Vertrag) eingereicht, so dass zu diesem Zeitpunkt alle maßgeblichen Angebotsinhalte vorlagen.

Den E-Mails vom 6. November 2017 ist auch jeweils die Erklärung der Annahme dieser Angebote zu entnehmen. Da es sich bei der Annahmeerklärung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ist für die Frage, welcher Erklärungsgehalt der E-Mail zu entnehmen ist, der objektive Empfängerhorizont maßgeblich, also was aus Sicht eines verständigen Empfängers als erklärter Wille zu verstehen war. Vorliegend war dies die Erklärung, das jeweilige Angebot anzunehmen und damit den Vertrag zu schließen. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Passus „möchten wir Ihr Angebot ... annehmen.“ Entgegen der Auffassung der ASt handelt es sich dabei nicht um eine bloße Absichtserklärung seitens der Ag, den Vertrag (zu einem späteren Zeitpunkt) schließen zu wollen. Insbesondere die Verwendung des Wortes „möchten“ ist unter Berücksichtigung der vorliegenden Gesamtumstände nicht dahingehend zu verstehen, dass hier nur ein Wunsch geäußert wurde, sondern als höflicher Ausdruck einer tatsächlichen Angebotsannahme. Denn zum einen enthält der Betreff der E-Mails ausdrücklich den Hinweis „Zuschlag zum Verfahren“. Zum anderen handelte es sich bei dem Versanddatum der E-Mails um dasjenige Datum, das in der Vorabinformation nach § 134 GWB als frühester Termin für die Zuschlagserteilung kommuniziert wurde. Dementsprechend haben Bg zu 1) und zu 2) auch – wie sich ihren Antworten per E-Mail am 6. November 2017 jeweils entnehmen lässt – die E-Mails der Ag als Zuschlagserteilung im Sinne einer Angebotsannahme verstanden. Auch die im zweiten Satz der E-Mails seitens der Ag angekündigte Übersendung des „Vertragswerk[s] ... zur Gegenzeichnung im Umlaufverfahren“ führt nicht zu einem anderen Auslegungsergebnis. Nach Auffassung der ASt sei dies zusammen mit dem ersten Satz so zu verstehen, dass der Vertragsschluss erst schriftlich durch Übersendung des Vertragswerks erfolgen solle. Festzuhalten ist jedoch, dass die Angebote der Bieter am Tag des Versands der E-Mails schon vorlagen und es nur noch der Zuschläge in Form von Annahmeerklärungen seitens der Ag bedurfte, um das Vergabeverfahren (und die Verträge) abzuschließen. Der Wortlaut des zweiten Satzes enthält jedoch keinen Hinweis auf eine – nach Auffassung der ASt noch ausstehende – Annahmeerklärung der Ag, die übersandt werden solle, sondern stellt vielmehr bei der Übersendung allein auf die „Gegenzeichnung“ seitens der Bg zu 1) bzw. zu 2) ab. Es geht hier somit nicht (mehr) um die Übersendung einer Annahmeerklärung seitens der Ag – zumal auch kein Schriftformerfordernis besteht –, sondern nur um eine

Dokumentation der Vertragsverhältnisse. Entsprechend ist auch nur von einem „Vertragswerk“ (Summe aller Vertragsbestandteile) und nicht von dem (zu schließenden) Vertrag die Rede.

- b) Die Zuschläge wurden auch wirksam erteilt. Insbesondere war die Zuschlagserteilung nicht nach § 134 BGB i.V.m. § 169 Abs. 1 GWB nichtig. Denn zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung mit Zugang der E-Mails der Ag bei den Bg zu 1) und zu 2) am 6. November 2017 gegen 7 Uhr war ein Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB noch nicht ausgelöst, da der Nachprüfungsantrag durch die Vergabekammer erst danach, nämlich nach 11 Uhr am selben Tag, der Ag übermittelt wurde. Auch eine Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 GWB kommt nicht in Betracht.

Ein über § 169 Abs. 1 GWB hinausgehendes Zuschlagsverbot etwa – wie die ASt unter Berufung auf die Grundsätze von Treu und Glauben geltend macht – aufgrund einer vorherigen Information des Auftraggebers durch den Antragsteller (hier durch E-Mail der Verfahrensbevollmächtigten der ASt vom 3. November 2017 an die Ag) gibt es nicht. Zum einen regelt § 169 Abs. 1 GWB das Zuschlagsverbot ausdrücklich und ist damit zunächst schon nach dem Wortlaut als abschließende Regelung zu verstehen; danach setzt § 169 Abs. 1 GWB ein Handeln „der Vergabekammer“ voraus. Zum anderen ist § 169 Abs. 1 GWB im Zusammenhang mit § 163 Abs. 2 Satz 1 und § 134 GWB zu sehen. Die Vergabekammer überprüft gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 GWB bei ihr eingegangene Nachprüfungsanträge darauf, ob diese offensichtlich unzulässig oder unbegründet sind. Sollte dies der Fall sein, werden diese erst gar nicht an den Auftraggeber übermittelt (vgl. § 163 Abs. 2 Satz 3 GWB). Würde man nun annehmen, dass bereits die Information des Bieters über einen Nachprüfungsantrag ein Zuschlagsverbot auslösen könnte, würde diese erste Prüfung durch die Vergabekammern leerlaufen. Der Gesetzgeber hat zudem in Abwägung der Interessen der Bieter an einer effizienten Überprüfung etwaiger Rechtsverletzungen einerseits und des Interesses der Auftraggeber an einer zügigen Vergabe andererseits den Auftraggebern bestimmte Wartepflichten auferlegt. Hierüber sind die Bieter gemäß § 134 GWB zu informieren. Über die Wartefrist des § 134 Abs. 1, 2 GWB hinaus bedeutet dies jedoch im Umkehrschluss, dass ein Antragsteller grundsätzlich keinen Vertrauensschutz genießt (vgl. zum Ganzen auch VK Bund, Beschluss vom 17. August 2010, VK 1-70/10).

2. Der Feststellungsantrag der ASt gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist hingegen zulässig und begründet.

a) Der Feststellungsantrag ist zulässig.

Insbesondere ist der Antrag statthaft, da sich das von der ASt eingeleitete Nachprüfungsverfahren „durch Erteilung des Zuschlags“ im Sinne des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Antrags erledigt hat. Rechtshängig war das Nachprüfungsverfahren bereits mit Eingang des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer des Bundes am 3. November 2017 (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Februar 2004, X ZB 44/03; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Mai 2008, VII-Verg 11/08).

Zudem ist das erforderliche Feststellungsinteresse auf Seiten der ASt gegeben. Der Feststellungsantrag gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB setzt als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ein besonderes Feststellungsinteresse voraus (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. März 2005, VII-Verg 77/04). Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Ein solches Feststellungsinteresse kann insbesondere gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). So liegt der Fall hier. Denn die ASt beruft sich auf ein mögliches Geltendmachen eines Schadensersatzanspruchs gegenüber der Ag. Ein solcher Schadensersatzanspruch ist – insbesondere in Bezug auf ein negatives Interesse – auch nicht völlig ausgeschlossen, so dass ein Feststellungsinteresse seitens der ASt gegeben ist.

b) Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Denn die ASt ist durch das Fehlen bzw. Vorenthalten von Vergabeunterlagen zum Verhandlungsprozess (siehe unten aa)) sowie durch die Ausgestaltung des Verhandlungsprozesses selbst (siehe unten bb)) in ihren Rechten verletzt worden.

- aa) Die Ag hat gegen den Transparenzgrundsatz nach § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB und seine Konkretisierungen in § 9 Abs. 2 und § 41 Abs. 1, 3 SektVO verstoßen, indem sie den Ablauf und die Bedingungen für die Durchführung der Verhandlungen am 19. Oktober 2017 nicht vorab den Bietern als Vergabeunterlage zur Verfügung gestellt hat.

Wesentlicher Bestandteil des Transparenzgrundsatzes gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB ist die sog. ex-ante-Transparenz, d.h. dass (potentielle) Bieter von der Durchführung von Vergabeverfahren und auch von deren Durchführungsbedingungen (Bewerbungsbedingungen, vgl. § 29 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VgV) erfahren. Dementsprechend müssen Auftragsunterlagen (vgl. Art. 2 Nr. 9 der Richtlinie 2014/25/EU (Sektorenrichtlinie)) bzw. Vergabeunterlagen die Einzelheiten der Durchführung des jeweiligen Vergabeverfahrens enthalten. Für eine hinreichende sowie auch diskriminierungsfreie Transparenz in Bezug auf die Durchführung von Vergabeverfahren ist somit seitens des Auftraggebers im Wege einer Verschriftlichung der beabsichtigten Verfahrensabläufe im Vergabeverfahren und Aufnahme in den Vergabeunterlagen zu sorgen. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus § 9 Abs. 2 SektVO, wonach Informationen, die dem Inhalt nach den Vergabeunterlagen zuzuordnen sind, nicht mündlich kommuniziert werden dürfen, sowie aus § 41 Abs. 1 und 3 SektVO, deren Regelungen jeweils von Vergabeunterlagen als verschriftlichten Unterlagen (vgl. auch den englischen Begriff aus der Sektorenrichtlinie: „procurement documents“) ausgehen.

Eine derartige Verschriftlichung der für den 19. Oktober 2017 vorgesehenen Verfahrensabläufe hat die Ag den Bietern vorliegend nicht zur Verfügung gestellt.

Dass die Ag den Bietern jeweils in den Bietergesprächen am 18. Oktober 2017 mithilfe einer Präsentation den für den nächsten Tag vorgesehenen Verfahrensablauf erläuterte, ist nicht geeignet gewesen, die vorgenannten Transparenzanforderungen zu erfüllen. Bei den Inhalten der Präsentation und der darüber hinaus möglicherweise erfolgten – von der Vergabekammer mangels präziser Dokumentation aber nicht weiter nachvollziehbaren – mündlichen Kommunikation handelt es sich um Informationen zu dem beabsichtigten Verfahrensablauf und damit um Inhalte, die die Durchführung des Vergabeverfahrens betreffen und damit in die Vergabeunterlagen aufzunehmen

sind bzw. den Bietern auf diesem Wege zur Verfügung zu stellen sind. Vorliegend ist den Bietern jedoch schon nicht die stichwortartige Präsentation übergeben worden, was ohnehin nicht ausreichend gewesen wäre. Darüber hinaus haben die Bieter aber auch erst recht keine verschriftlichte Darstellung des vorgesehenen Verhandlungsablaufs erhalten, wie es jedoch erforderlich gewesen wäre. Unbeachtlich sind in diesem Zusammenhang im Übrigen die diversen Vorbehalte zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots und zu den Verhandlungsabläufen, die sich an verschiedenen Stellen in den Vergabeunterlagen der Ag finden (vgl. Ziffer 10.1, 16.1 und 16.4 der Bewerbungsbedingungen). Denn diese enthalten gerade keine genauen Angaben zum konkret beabsichtigten Verfahrensablauf, sondern deuten lediglich verschiedene Ablaufmöglichkeiten an, wobei den Regelungen jeweils auch klar zu entnehmen ist, dass die Ag keinerlei Selbstbindung diesbezüglich eingehen will, was jedoch gerade ein wesentlicher Zweck der ex-ante-Transparenz ist.

Dass die ASt durch den fraglichen Transparenzmangel auch in ihren Rechten verletzt ist, zeigt in Bezug auf Los 1 schon der Umstand, dass hier Basis für die Zuschlagserteilung nicht etwaige im Rahmen der Verhandlung am 19. Oktober 2017 abgegebene Angebote waren, sondern die von den Bietern nach dem Bietergespräch am Vortag überarbeiteten Leistungsverzeichnisse, die die Ag jetzt als sog. zweite Angebote bezeichnet, für deren Abgabe jedoch noch nicht einmal eine Angebotsfrist dokumentiert wurde. Dass dies so sein würde, ergab sich allenfalls erst aus den Informationen im Bietergespräch, so dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die ASt bei transparenter Bekanntgabe der Vergabebedingungen deutlich bessere Zuschlagschancen gehabt hätte bzw. umgekehrt der Transparenzmangel zu einer Verschlechterung der Zuschlagschancen der ASt geführt hat, und dies noch ungeachtet des Umstands, dass nach erstmaliger (mündlicher) Kommunikation des Verhandlungsablaufs nur wenige Stunden zur Verfügung standen, um das letztlich entscheidende „zweite Angebot“ abzugeben. Auch hinsichtlich Los 2 und 3 ist eine Verschlechterung der Zuschlagschancen der ASt durch die fragliche Intransparenz nicht ausgeschlossen. Denn schon die Art der Loskombination und insbesondere, dass Los 2 und 3 unter Umständen – wie auch tatsächlich geschehen – nicht separat verhandelt, sondern mit Los 2 als Leitlos und Los 3 als Annex zu denselben Einzelpreisen vergeben werden (faktische Gesamtvergabe), sind höchst kalkulationsrelevante

Bedingungen, deren Intransparenz die Zuschlagschancen der Bieter und auch der ASt beeinträchtigen.

- bb) Die Ag hat zudem vergaberechtswidrige Verhandlungen durchgeführt. Ungeachtet der bereits unter aa) festgestellten unklaren Ausgangsbasis der sog. zweiten Angebote hat die Ag auch gegen den Wettbewerbsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB verstoßen, indem sie den zunächst von ihr als Bestbieter identifizierten Unternehmen Bg zu 1) für Los 1 und Bg zu 2) für Los 2) durch Vorschlag eines sog. Exklusivangebots die alleinige Möglichkeit – unter Ausschluss der anderen Bieter – gegeben hat, durch Akzeptieren dieser sog. Exklusivangebote der Ag den Zuschlag für das Los 1 bzw. die Lose 2 und auch 3 zu erhalten. Damit haben diese Unternehmen die exklusive Möglichkeit der Abgabe eines Angebots eingeräumt bekommen, ohne dabei dem Wettbewerb der anderen Bieter ausgesetzt zu sein, und damit jeweils eine exklusive Verhandlungsrunde erhalten, wobei zudem einziger Verhandlungsparameter der Preis war. Dies ist nicht mit dem auch für Sektorauftraggeber geltenden Wettbewerbsgrundsatz zu vereinbaren. Dieser Vergabegrundsatz bedingt insbesondere, dass ein im Wege eines Vergabeverfahrens einmal eingeräumter Wettbewerb nicht unangemessen durch entsprechende Verfahrensgestaltung beschränkt werden darf (vgl. Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 Sektorenrichtlinie). Eine solche unangemessene Beschränkung liegt hier mit Durchführung einer exklusiven Verhandlungsrunde mit nur einem Bieter vor. Zwar fehlt es in der SektVO an einer § 17 Abs. 12 Satz 2 VgV entsprechenden Vorschrift, wonach auch bei einer Abschichtung der Angebote im Rahmen mehrerer Verhandlungsrunden stets Wettbewerb zu gewährleisten ist, und zwar durch eine Mehrzahl von Angeboten (und damit auch Bietern). Aber auch nach Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 Sektorenrichtlinie darf der Wettbewerb nicht „künstlich“ eingeengt werden, wovon aber ohne Weiteres auszugehen ist, wenn mit nur einem Bieter – ohne Beteiligung seiner Wettbewerber – verhandelt wird und andere Bieter keine Chance erhalten, gleiche oder sogar wirtschaftlichere Angebote zu machen. Dementsprechend geht auch § 45 Abs. 3 Satz 2 SektVO (vgl. auch Art. 78 Abs. 2 Satz 2 Sektorenrichtlinie) davon aus, dass nur dann von angemessenem Wettbewerb auszugehen ist, wenn eine Mehrzahl von Bewerbern (und damit Wettbewerbern) zur Angebotsabgabe aufgefordert wird. Indem der ASt nicht ebenso die Möglichkeit gegeben wurde, ein weiteres Angebot abzugeben, ist sie

durch den Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz auch in ihren Rechten verletzt.

Auch soweit die Ag mit Übersendung am 16. Oktober 2017 die Zuschlagskriterien in Bezug auf Los 2 und 3 geändert und zudem am 18. Oktober 2017 die Möglichkeit einer Gesamtvergabe von Los 2 und 3 eingeführt hat, ist von einem Vergaberechtsverstoß auszugehen. Zwar ist die Änderung von Zuschlagkriterien nicht grundsätzlich ausgeschlossen, sondern muss dem Auftraggeber unter gewissen Umständen und in engen Grenzen auch noch im Laufe des Vergabeverfahrens gestattet sein. Problematisch ist dies allerdings in Fällen, in denen schon (Erst-)Angebote vorliegen und aufgrund der Kenntnis der Angebotsinhalte seitens des Auftraggebers grundsätzlich eine Manipulationsgefahr zu Gunsten oder Lasten bestimmter Bieter bzw. Angebote besteht und damit auch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Raum steht. Auch in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation ist dies nicht grundsätzlich auszuschließen. In jedem Fall hätte den Bietern jedoch diskriminierungsfrei und mit angemessener Frist von mehr als nur ein paar Stunden (siehe hierzu im Übrigen auch Ziffer 4.4 der Bewerbungsbedingungen) die Möglichkeit zur Abgabe eines mit Blick auf die neuen Zuschlagskriterien überarbeiteten Angebots gegeben werden müssen. Dies ist im Hinblick auf die ASt in Bezug auf Los 1 und 3 überhaupt nicht geschehen und in Bezug auf Los 2 (bzw. eigentlich die Los-Kombination aus Los 2 und 3) unzureichend geschehen. Auch dadurch wurde die ASt somit in ihren Zuschlagschancen beeinträchtigt und damit in ihren Rechten verletzt.

III.

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

Die ASt trifft dabei ein erhebliches – als hälftig zu bewertendes – Unterliegen, soweit sie mit ihrem Antrag die vergaberechtskonforme Fortführung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens und damit Primärrechtsschutz begehrt. Demgegenüber unterliegt die Ag, als die ASt mit ihrem auf Feststellung der Verletzung ihrer Rechte gerichteten Antrag Erfolg hat.

Die ASt hat – soweit sie unterliegt – auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht hingegen nicht der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, der ASt im Umfang ihres Unterliegens auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg zu 1) und zu 2) aufzuerlegen. Weder die Bg zu 1) noch die Bg zu 2) haben förmliche Sachanträge gestellt. Zwar haben sie im Übrigen in geringem Umfang schriftsätzlich vorgetragen, sich aber nicht in dem Umfang am Verfahren beteiligt, als dass sie hier Kostenersatz von der ASt verlangen könnten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Aus denselben Gründen sind die Bg zu 1) und zu 2) allerdings auch nicht an der Kostentragung hinsichtlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu beteiligen, soweit die ASt obsiegt. Diese Kostentragung trifft allein die Ag im Umfang ihres Unterliegens.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war vorliegend nicht notwendig. Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i. V. m. § 80 Abs. 2 VwVfG sind die Kosten eines Verfahrensbevollmächtigten erstattungsfähig, wenn die Hinzuziehung erforderlich war. Die Frage, ob es für den Auftraggeber notwendig war, einen bevollmächtigten Rechtsanwalt hinzuzuziehen, ist auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung nach den Umständen des Einzelfalls aufgrund einer ex-ante-Prognose zu entscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. März 2015, 15 Verg 11/14). Gesichtspunkte wie die Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, die Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen, aber auch die Möglichkeit, aufgrund der sachlichen und personellen Ausstattung, Fragen des Vergaberechts sachgerecht zu bearbeiten, können eine Rolle spielen. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Auftraggeber sich in seinem originären Aufgabenbereich die für ein Nachprüfungsverfahren notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse grundsätzlich selbst zu verschaffen hat, während er

sich für nicht einfach gelagerte Rechtsfragen, die zu den auftragsbezogenen Rechtsfragen hinzukommen, insbesondere wenn sie Bezüge zu höherrangigem Recht und Europarecht aufweisen, gegebenenfalls externen Rechtsrat einholen darf (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. März 2015, 15 Verg 11/14, m.w.N.). Vorliegend bedurfte die Ag – unter Zugrundelegung einer ex-ante-Betrachtung – keines externen Rechtsrats. Von Beginn des Nachprüfungsverfahrens an war zum einen aufgrund der tatsächlichen Geschehnisse (Zuschlagsmitteilung und Information über den Nachprüfungsantrag am 6. November 2017) deutlich erkennbar, dass ein wesentlicher Streitpunkt die wirksame Erteilung des Zuschlags sein würde. Dabei handelt es sich um einen Vorgang, der im Regelfall jedes Vergabeverfahren abschließt und mit dem ein Auftraggeber wie die Ag daher auch hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen vertraut sein muss. Zum anderen war bereits aus dem Vortrag der ASt im Nachprüfungsantrag ohne Weiteres erkennbar, dass weitere zentrale rechtliche Fragen die ordnungsgemäße Ausgestaltung und Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb betreffen würden. Insbesondere da es sich bei dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb um eines der ohne Weiteres zulässigen Standardverfahrensarten handelt (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 1 SektVO), muss von einem Sektorenauftraggeber erwartet werden, dass er sich mit den dabei zu beachtenden vergaberechtlichen Rahmenbedingungen und diesbezüglich insbesondere mit den (im Übrigen immer zu beachtenden) Vergabegrundsätzen nach § 97 Abs. 1, 2 GWB selbst vertraut macht. Darüber hinaus wird im Konzern der Ag die Vergaberechtstätigkeit bei der Konzernmutter konzentriert, so dass hier erst recht von vertieftem vergaberechtlichem Sachverstand auszugehen ist, der wiederum durch die hauseigene Rechtsabteilung unterstützt wird (diese wurde schon vor Zuschlagserteilung von der Vergabestelle einbezogen). Nach allem ist die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag im vorliegenden Fall nicht notwendig gewesen.

Etwas anderes gilt für die ASt. Für sie war die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten notwendig. Denn die sich in dem Nachprüfungsverfahren stellenden Rechtsfragen insbesondere zur vergaberechtskonformen Ausgestaltung eines Verhandlungsverfahrens sind für einen Bieter Rechtsfragen, die über das in einem Vergabeverfahren Übliche hinausgehen und daher anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Behrens

Ohlerich