



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 54/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Kluckhohn im schriftlichen Verfahren am 17. Juli 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe [...] gemeinschaftsweit bekannt. Streitgegenständlich ist das Los 7.

1. Die Vergabeunterlagen enthalten unter A.6 – Aufbau, Form und Inhalt des Angebots – Vorgaben für die Angebotserstellung. Auszugsweise wird dort ausgeführt [Hervorhebungen im Original]:

„Grundlage für die Erstellung des Angebotes sind ausschließlich diese Vergabeunterlagen in der aktuellsten über den „AnA-Web“ der e-Vergabe-Plattform bereitgestellten Version.

(...)

Das Angebot ist in Dateiform einzureichen und besteht aus mehreren Dateien.

Die auszufüllenden Dateien D.1, D.2, D.2.1, D.2.2, D.3, D.4 (.pdf) und das Leistungsverzeichnis (*.aidf) werden ausschließlich über die e-Vergabe-Plattform bereitgestellt. Das angebotene Format (+.pdf und *.aidf) ist zur Angebotsabgabe zwingend beizubehalten. (...)*

Die Angebotsabgabe muss für jedes Los getrennt erfolgen. Für jedes Los sind in diesem Vergabeverfahren folgende Dateien einzeln im Angebot zu übermitteln:

- D.1
- D.2
- D.2.1
- D.2.2
- D.3
- D.4
- Leistungsverzeichnis
- Konzeptdatei

(...)

Folgende weitere Hinweise und Besonderheiten sind bei dem Ausfüllen, Erstellen und Benennen der einzelnen Angebotsdateien zu beachten:

(...)

7. Leistungsverzeichnis (ausfüllbare Losblätter)

Die Datei Leistungsverzeichnis enthält losweise die Eingabefelder für die Angebotspreise. In dieser Datei sind zwingend die geforderten Angebotspreise einzutragen. Zusätzlich ist anzugeben, ob es sich um ein Angebot der Bietergemeinschaft handelt oder nicht.

Die Datei Leistungsverzeichnis darf bei der Angebotsabgabe nur das ausgefüllte Losblatt im aidf-Dateiformat für das jeweils bebotene Los enthalten.

Dazu muss das zu bebietende Losblatt zwingend aus der Datei Leistungsverzeichnis exportiert werden (mittels der Software „AI LV-Cockpit“), auch wenn die von der Vergabestelle bereitgestellte Datei nur ein Losblatt enthält.

Der Export ist erforderlich, da ansonsten das Angebot nicht ordnungsgemäß zugeordnet werden kann.“

Am 20. März 2018 wurde von der Ag eine neue Version der Vergabeunterlagen „E.1.pdf / Leistungsverzeichnis.aidf“ auf die Vergabepattform hochgeladen. Darin wurde der Maßnahmeort im Vergleich zur Vorgängerversion von [...] in [...] geändert. Die Ag wies darauf hin, dass die Änderungen in rot dargestellt und in der neuesten Version der Vergabeunterlagen enthalten seien. Abschließend bat die Ag um Beachtung bei der Angebotserstellung.

Gemäß Ziff. B.1.4 der Leistungsbeschreibung bedeutet der Zusatz [...] vor einer Ortsbezeichnung, dass als Maßnahmeort jeder Ort innerhalb des Dienststellenbezirks ([...]) in Frage kommt. Die Angabe einer Stadt ohne zusätzliche Bezeichnung bedeutet, dass nur diese Stadt selbst Maßnahmeort ist.

Gemäß Ziff A.7 Nr. 1 der Vergabeunterlagen – Bieterfragen, Fragen- und Antwortkatalog sowie sonstige Kommunikation – wird der Fragen- und Antwortkatalog zum Bestandteil der Vergabeunterlagen.

Die Antragstellerin (ASt) gab am 29. März 2018 ein Angebot ab. Dabei verwandte die ASt nicht die letzte Version der Datei Leistungsverzeichnis. Dies führte zur Verwendung der veralteten Version des Losblattes 7 aus der Datei E.1.pdf. Der Maßnahmeort wurde demzufolge in ihrem Angebot mit [...] statt [...] ausgewiesen.

Die Ag teilte der ASt mit Schreiben vom 4. Juni 2018 gem. § 134 GWB mit, dass deren Angebot für das Los 7 nicht berücksichtigt werden könne, weil dieses nicht formgerecht eingegangen sei (§ 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV i.V.m. § 53 VgV). Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) zu erteilen.

Hiergegen wandte sich die ASt mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 7. Juni 2018. Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 11. Juni 2018 ab, der Rüge zu entsprechen.

2. Mit einem am 13. Juni 2018 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.
 - a) Die ASt trägt vor, dass die Ag sie zu Unrecht ausgeschlossen habe. Sie habe unbestritten ihr Angebot im geforderten Format „Leistungsverzeichnis.aidf“ fristgerecht und unverändert abgegeben.

Nach den Vorgaben der Vergabeunterlagen habe die ASt davon ausgehen dürfen, dass auch unter Verwendung einer alten Version des Leistungsverzeichnisses ein formgerechtes Angebot vorliegen werde. Denn die mit dem FAQ-Katalog zur Verfügung gestellte Änderung des Maßnahmeortes [...] in [...] habe nur die Datei E.1.pdf betroffen. Diese sei jedoch für die Angebotsabgabe nicht zu verwenden gewesen, sondern solle nach den Vorgaben als Ansichts- und Druckversion beim Bieter verbleiben. Die Änderung habe aus Sicht eines verständigen Bieters die Änderung der zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen, nicht jedoch die vom Bieter einzureichenden Unterlagen betroffen.

Daher habe aus Sicht der ASt kein Anlass bestanden, die neueste Datei Leistungsverzeichnis.aidf zu verwenden, da dort selbst keine Änderung vorgenommen worden sei. Alle Versionen seien identisch, so dass es gar keine neue Version gebe. Die ASt habe – der Aufforderung der Ag entsprechend – die Änderung

des Maßnahmeortes bei der Angebotserstellung berücksichtigt, zumal diese durch die Übersendung ohnehin Vertragsbestandteil geworden sei. Auch sei der Empfang der Änderung der Ag mit „*als gelesen markiert*“ bestätigt worden. Einer weitergehenden Einbeziehung der Unterlage durch die Bieter habe es daher ebenfalls nicht bedurft.

Dass die Dateien E.1.pdf und Leistungsverzeichnis.aidf technisch miteinander verknüpft seien, wie die Ag in ihrer Nichtabhilfemitteilung behauptet habe, sei für die ASt nicht erkennbar gewesen. Der Vortrag der Ag, dass dies über eine Schaltfläche „Lupe“, welche die Datei „Los_7.pdf“ über die Datei Leistungsverzeichnis.aidf öffne, erkennbar gewesen sei, belege, dass ein durchschnittlicher Bieter dies gerade nicht ohne Weiteres habe erkennen können. Denn die ASt habe keine Veranlassung gehabt, diese „Lupe“ zu betätigen. Insofern liege auch ein Transparenzmangel vor. Darüber hinaus widerspreche eine derartige technische Verknüpfung der Aussage in der Datei E.1.pdf, wonach diese von den Bietern gerade nicht für die Angebotsabgabe verwendet werden solle. Denn faktisch würde die Datei doch für die Angebotsabgabe verwendet und dies ohne Wissen des Bieters.

Zwar sei zutreffend, dass die neuesten Versionen als ZIP-Datei zum Download bereit gestellt worden sei. Nach Anmeldung zur Teilnahme tauche das betreffende Download-Symbol jedoch nicht mehr auf. Auch bestehe die Möglichkeit, die Dateien einzeln herunterzuladen, was jedoch ein verständiger Bieter nur mache, wenn sich die Unterlagen geändert hätten. Dies war bei der Datei Leistungsverzeichnis.aidf selbst jedoch unstrittig nicht der Fall.

Die ASt habe auch in der Vergangenheit Dokumente aus Vorgängerversionen bei der Angebotsabgabe mit eingereicht, wenn keine Änderungen in der neuesten Version enthalten gewesen seien. Das Thema einer technischen Verknüpfung zwischen Leistungsverzeichnis.aidf- und E.1.pdf-Dateien habe sich ihr bislang nicht gestellt.

Auch inhaltlich weiche das Angebot der ASt nicht von den Vergabeunterlagen ab. Die ASt habe unter Anerkennung des neuen Maßnahmeortes [...] ihr Angebot abgegeben. Die Änderung im Vergleich zum ursprünglich vorgesehenen Maßnahmeort [...] sei materiell schon in den Ausgangsvergabeunterlagen angelegt gewesen. Die Ag habe lediglich das räumliche Gebiet, in dem die Maßnahme erbracht

werden könne, erweitert. Der von der ASt angebotene Maßnahmeort [...] sei somit eine Teilmenge des Maßnahmeortes [...]; biete ein Bieter [...] an, halte er in jedem Fall auch [...] ein, so dass die Änderung keine inhaltliche Relevanz habe.

Daher entspreche das Angebot der ASt den Anforderungen des § 53 VgV, so dass es in die Wertung einzubeziehen sei.

Die ASt beantragt,

1. ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB gegen die Ag wegen der Vergabe eines Auftrags [...] einzuleiten und die Ag unverzüglich gemäß § 115 Abs. 1 GWB in Textform über den Nachprüfungsantrag zu informieren;
2. der Ag zu untersagen, auf Grundlage des bisherigen Verfahrens den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen;
3. festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist und die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren in den Stand vor Wertung der Angebote zurückzusetzen und den Auftrag [...], nach Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens unter Berücksichtigung des Angebots der ASt und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben;
4. hilfsweise andere zur Wahrung der Rechte der ASt gebotene Anordnungen zu treffen;
5. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der ASt aufzuerlegen;
6. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären;
7. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

b) Die Ag beantragt,

1. den Antrag auf Nachprüfung als unbegründet zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag trägt vor, dass das Angebot der ASt gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 53 VgV von der Wertung habe ausgeschlossen werden müssen, da es nicht die vorgeschriebene Form einhalte. Die ASt habe die in Ziff. A.6 der Vergabeunterlagen enthaltene Vorgabe missachtet, nur die jeweils aktuellste Version des Leistungsverzeichnisses bei der Angebotsabgabe zu verwenden.

Durch das Hochladen der neueren Version der Datei „E.1.pdf / Leistungsverzeichnis.aidf“ am 20. März 2018 seien die Vergabeunterlagen abgeändert worden. Die Abänderung des Loses habe daher sowohl das Leistungsverzeichnis wie auch die Losdatei E.1.pdf betroffen. Dies sei angesichts der Bezeichnung der Änderung auch transparent erfolgt. Die Änderung sei in der Datei E.1 auch in den neueren Versionen in rot für das Los 7 dargestellt worden (screenshot der Ag Nr. 5).

Die ASt sei auch nicht aufgrund des Hinweises der Ag, dass die Änderung in der neuesten Version der Vergabeunterlagen enthalten sei, von deren Verwendung befreit gewesen. Das Gegenteil sei zutreffend: Für die Abgabe des Angebots hätten die Bieter ausschließlich die neueste Version verwenden dürfen, worauf die Ag in den Vergabeunterlagen und auch nochmals gesondert im FAQ-Beitrag hingewiesen hätten, wonach die Änderung bei der Angebotserstellung zu beachten sei.

Jeder Bieter sei bei der Nutzung der AnA-Web-Plattform deren Nutzungsbedingungen unterworfen; gemäß § 5 Abs. 7 sei eine regelmäßige Anmeldung im AnA-Web verpflichtend und mit einer täglichen Soll-Anmeldung beschrieben. Bei jeder Änderung erhalte der Bieter bei der Anmeldung zudem eine Systemnachricht und kann dann einen *.zip-Ordner herunterladen. Dieser ordne sich automatisch selbst nach Aktualität der Version. Bei Erstellung des Angebots erhalte der Bieter eine Auswahl der Versionen. Der Ag könne nicht angelastet werden, wenn ein vergabeerfahrener Bieter – wie hier die ASt – eine veraltete Version auswähle.

Die ASt könne auch nicht auf eine fehlende Änderung der *.aidf Datei verweisen. Diese erhalte den von der Ag verwertbaren Inhalt erst durch die untrennbar mit ihr verknüpfte E.1.pdf Datei, welche die – in der letzten Version – aktualisierten Losblätter enthalte. Aus dieser wähle der Bieter das Los – vorliegend Nr. 7 – aus. Erst durch die

Einsicht in das Los 7 über die Schaltfläche „Lupe“ erschließe sich der Losinhalt (Teilnehmerzahl, Unterbringung, Laufzeit, Zielgruppeneinschränkungen, Personalschlüssel, Bedarfsträger, Berufsfelder, Einsatz spezifischer Professionen, Sonstige Angaben). Nach dem Ausfüllen der rot hervorgehobenen Pflichtfelder (z.B. Preis) finde der Export statt. Bei der Angebotsabgabe bestehe keine Verknüpfung mehr zwischen der E.1.pdf-Datei und der Datei Leistungsverzeichnis.pdf. Nur die den Leistungsinhalt definierende Los7-Datei sei in dieser enthalten, was für die Bieter auch ersichtlich sei (screenshot 8).

Der Hinweis, dass die Datei E.1.pdf von den Bietern nicht zur Angebotsabgabe zu verwenden sei, sondern es sich um eine Ansichts- und Druckversion handele, folge daraus, dass sie als *.pdf Datei allein nicht zur Angebotsabgabe geeignet sei; zur elektronischen Verarbeitung sei die neueste Version der *aidf-Datei notwendig. Ihre Darstellung enthalte jedoch auch Preisfelder, die den früheren papiergebundenen Verfahren nachempfunden sei. Dies könnte – ohne den von der Ag gegebenen Hinweis – dazu verleiten, die *.pdf-Dateien auszufüllen und einreichen zu wollen.

Im Übrigen sei die ASt seit 2011 regelmäßige Teilnehmerin an elektronischen Vergabeverfahren der Ag. Die Verknüpfungen zwischen der aidf-Datei und der technisch eingebundenen Losdatei sei seitdem unverändert. In mehreren Vergabeverfahren habe die ASt auch veränderte Vergabeunterlagen in der jeweils neuesten Version verwendet, so dass eine Berufung auf eine vermeintliche Nichterkennbarkeit abwegig erscheine. Die Vergabeunterlagen seien in Bezug auf die Modalitäten der Angebotsabgabe (A.6; Allgemeine Hinweise) auch eindeutig formuliert. Ein Bieter, der wie die ASt von den beschriebenen Vorgaben abweiche, handele auf eigenes Risiko.

- c) Mit Beschluss vom 15. Juni 2018 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Sie beteiligte sich nicht am Vergabenachprüfungsverfahren.
3. Aufgrund der weiten Anreise nach Bonn bat die ASt darum, statt der mündlichen Verhandlung einen schriftlichen Hinweis zur vorläufigen Rechtsauffassung der Kammer zu erhalten. Ag und Bg verzichteten ebenfalls auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Mit rechtlichem Hinweis vom 4. Juli 2018 legte die Kammer daher im Einzelnen dar, weshalb aus ihrer Sicht der Antrag der ASt unbegründet ist.

- a) Mit Schriftsatz vom 10. Juli 2018 nahm die ASt hierzu Stellung. Sie führte aus, dass bei einer rein formalen Abweichung ohne inhaltlicher Abänderung der Vergabeunterlagen ein Ausschluss nicht in Betracht komme. Im vorliegenden Fall habe die ASt lediglich eine von der Ag „geänderte Spielregel“ für die Angebotserstellung nicht eingehalten. Der materielle Angebotsinhalt werde hiervon jedoch nicht berührt, so dass die Ag bei einem Zuschlag zugunsten der ASt exakt das erhalte, was sie auch nachgefragt habe. Diese Deckungsgleichheit sei auch Sinn und Zweck der Regelung, nicht von den Vorgaben abzuweichen, da in jeder Hinsicht vergleichbare Angebote bei der Wertung vorliegen müssten. Die Rechtsprechung betone zudem, dass es um die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots gehe, das nicht aus rein formalistischen Gründen ausgeschlossen werden dürfe. Dies gelte selbst bei widersprüchlichen Angaben, welche vor einem Ausschluss ausgelegt und dessen Inhalt gegebenenfalls aufgeklärt werden müsse. Soweit die Rechtsprechung bislang entschieden habe, dass auch rein formale Abweichungen ausschlussbegründend seien, hätten diese Entscheidungen tatsächlich geringfügige inhaltliche Abweichungen betroffen. So habe der Beschluss des OLG München vom 21. April 2017 (Verg 1/17) eine Abweichung von den Mindestanforderungen an die Leistungen als „formale“ Abweichung bezeichnet, obwohl es sich tatsächlich um eine inhaltliche gehandelt habe. Da eine inhaltliche Abweichung in Bezug auf den Maßnahmeort nicht vorliege – der neue Maßnahmeort sei weiter als der ursprüngliche –, habe die ASt ein in jeder Hinsicht vergleichbares Angebot abgegeben.
- b) Mit Schriftsatz vom 13. Juli 2018 erwiderte die Ag, dass sie sie aufgrund der formalen Abweichung der ASt nicht den Zuschlag erteilen könne. Denn es entspreche nicht den von ihr aufgestellten Bedingungen, zu denen sie den Vertrag abschließen möchte. Zur Wahrung eines fairen Wettbewerbs sei der Ausschluss daher zwingend.
- Die vertragsrelevante Änderung bilde sich in der von der ASt eingereichten Leistungsverzeichnisversion nicht ab. Wäre die Ag bei dieser Ausgangsgrundlage verpflichtet, das Angebot der ASt anzunehmen, müsste sie ein Angebot annehmen, welches nicht ihrem Wille entspreche. Da dies in die Vertrags- und Dispositionsfreiheit der Ag eingriffe, käme alternativ nur eine Aufhebung des Vergabeverfahrens in Betracht, so dass die ASt in keinem denkbaren Fall den Zuschlag erhalten könne.

Im Übrigen schließt sich die Ag den Ausführungen der Kammer vom 4. Juli 2018 an.

- c) Der ASt wurde in Absprache mit der Ag Akteneinsicht gewährt. Angesichts des allseitigen Verzichts auf die mündliche Verhandlung hat die Kammer im schriftlichen Verfahren entschieden, § 166 Abs. 1 S. 3 1. Alt. GWB. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. An der Erfüllung der allgemeinen und besonderen Zulässigkeitsanforderungen bestehen keine Zweifel; insbesondere hat die ASt ihren Ausschluss drei Tage nach dessen Mitteilung am 4. Juni 2018 und damit innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt und den Nachprüfungsantrag vom 13. Juni 2018 zwei Tage nach Erhalt der Nichtabhilfemitteilung der Ag und damit auch innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gestellt.
2. Der Nachprüfungsantrag erweist sich als unbegründet. Die ASt ist zu Recht wegen ausgeschlossen worden, allerdings nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV Abweichens von den Vorgaben bei der Angebotserstellung, da sie nicht die aktuellste Version der Vergabeunterlagen verwandt hat (vgl. 3. VK Bund, Beschluss vom 23. Januar 2008, VK3-29/08). Die von der Ag für den Ausschluss herangezogenen §§ 57 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 53 VgV sind dagegen nicht einschlägig, da es sich bei der Verwendung veralteter Vergabeunterlagen um keinen Formverstoß (wie z.B. falsche Signatur, schriftliches statt elektronisches Angebot etc.) handelt.
 - a) Die ASt hat unstreitig nicht die am 20. März 2018 von der Ag den Bietern durch das Hochladen auf die Vergabeplattform zur Verfügung gestellte Version „E.1.pdf / Leistungsverzeichnis.aidf“ verwandt, sondern eine veraltete. Die Angebotserstellung auf dieser veralteten Grundlage führt zwingend zum Ausschluss, § 57 Abs. 1 Nr. 4 GWB (Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016,

§ 57 VgV, Rn. 84; in diesem Sinne auch VergRModVO, Einzelbegründung zu § 9 VgV, BR-Drs. 87/16, S. 164).

b) Die Ag hat die Verwendung der neuesten Version der Vergabeunterlagen bei der Angebotserstellung hinreichend transparent verlangt:

aa) Ziff. A.6 der von der Ag ausdrücklich so bezeichneten „Vergabeunterlagen“ (Aufbau, Form und Inhalt des Angebots – Vorgaben für die Angebotserstellung) sieht insoweit u.a. vor, dass *„ausschließliche Grundlage für die Erstellung des Angebotes diese Vergabeunterlagen in der aktuellsten über den „AnA-Web“ der e-Vergabe-Plattform bereitgestellten Version“* ist. Die Vergabeunterlagen im Rechtssinne umfassen gemäß § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3 VgV u.a. auch die Bewerbungsbedingungen, wie hier die Vorgabe, die jeweils aktuellste Version zu verwenden, sowie auch die den Bietern für die Angebotserstellung und –abgabe zur Verfügung gestellte Leistungsbeschreibung.

Die ASt kann auch nicht damit durchdringen, dass die Datei „Leistungsverzeichnis“ als solche keine in rot hervorgehobene Änderung aufwies, so dass sie habe davon ausgehen dürfen, weiterhin die alte Version verwenden zu können. Ein Bieter hat schon weder einen Anlass noch eine Berechtigung, Versionen zu vergleichen, um bei vermeintlich festgestellter Identität der neuen mit der alten Version letztere verwenden zu dürfen, ohne vergaberechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen. Es ist auch kein Grund dafür ersichtlich, nicht die aktuellste Version auszuwählen; im Gegenteil entspricht dies dem Naheliegenden.

bb) Ebenso wenig findet die ASt damit Gehör, dass es nicht hinreichend transparent gewesen sei, dass die in der Datei E.1.pdf enthaltene Änderung des Maßnahmeortes ([...] in [...] im Los 7) durch eine technische Verknüpfung Teil ihres Angebotes werden würde. Denn dass aus der Datei „Leistungsverzeichnis“ ein Export des jeweiligen Losblattes stattfindet, war schon in den Vergabeunterlagen angekündigt worden. Ziff. 7 der Vergabeunterlagen (Leistungsverzeichnis) sieht insoweit vor, dass mittels der Software AI LV-Cockpit „das zu bebietende Losblatt zwingend aus der Datei Leistungsverzeichnis exportiert werden [muss], (...). Der Export ist erforderlich, da ansonsten das Angebot nicht ordnungsgemäß zugeordnet werden kann!“ [Anm. der Kammer: Hervorhebung im Original] Da das Losblatt (hier:

für Los 7) in der Datei E.1.pdf enthalten ist, musste den Bietern die Verknüpfung zwischen dem Leistungsverzeichnis und der das Los definierenden Datei E.1.pdf bewusst sein. Es ergab sich daher auch nicht erst durch das Anklicken der E.1.pdf – Datei selbst bzw. dem Nutzen der Lupe-Funktion (von der Ag eingereichter Screenshot 7) im Cockpit, sondern bereits aus den Vergabeunterlagen selbst, dass ein „Export“ stattfinden wird. Aus dieser technischen Verknüpfung heraus erklärt sich auch, weshalb die Bieter ihrerseits die Datei E.1.pdf nicht mit ihrem jeweiligen Angebot einreichen mussten und die Datei E.1.pdf daher als sog. „Ansicht- und Druckversion“ bezeichnet worden war. Denn der notwendige Informationstransfer (welches Los wird beboten?) erfolgte bereits durch den auf das jeweilige Los beschränkten Datenexport aus der Datei E.1.pdf auf der Vergabeplattform, ein eigenständiges Hochladen war somit entbehrlich. Wie die von der Ag eingereichten Screenshots 9 und 10 zeigen, sind auch die Versionen der Vergabeunterlagen transparent – in aufsteigender Reihenfolge – im AI LV Cockpit, bzw. durch Herunterladen seitens des Bieters auf dessen System, dargestellt. Ein Verstoß gegen Transparenzanforderungen vermag die Kammer daher nicht zu erkennen.

cc) Die Ag hat ihre Vorgabe der ausschließlichen Verwendung der aktuellsten Version auch nicht dadurch abgeschwächt, dass sie im FAQ-Katalog erklärt hat, die Änderungen seien bei der Angebotsabgabe zu „beachten“. Ein verständiger Bieter konnte diese Aufforderung nur so verstehen, dass die Angebote insgesamt auf der Grundlage der geänderten Verdingungsunterlagen (ggf. neu) erstellt werden sollen und nicht, dass eine Verwendung der alten Unterlagen bei bloßer interner Kenntnisnahme vom neuen Inhalt ausreicht. Daher reicht es auch nicht, wenn – so die ASt in ihrem Schriftsatz vom 28. Juni 2018 – schon der Empfang der Änderungen „als gelesen markiert“ der Ag zurückgemeldet wird. Diese Lesebestätigung generiert das System der Ag automatisch, es handelt sich nicht um eine proaktive Eingabe des Bieters. Reicht ein Bieter dennoch mit seinem Angebot die veralteten Unterlagen ein, tritt die Abweichung offen zu Tage; denn trotz der Lese-Bestätigung in Bezug auf die neuen verwendet der Bieter gerade die alten Unterlagen und bringt damit einen Rechtsbindungswillen in Bezug auf diese zum Ausdruck.

dd) Schließlich dringt die ASt auch mit ihrem Vortrag nicht durch, dass ihr Angebot materiell die Anforderungen der Ag erfülle und somit mit denjenigen Angeboten der anderen Bieter vollständig vergleichbar sei. Denn es kommt nicht

darauf an, dass sich der von ihr angebotene Maßnahmeort [...] räumlich faktisch auch innerhalb des neuen Ortes [...] befindet. Auch wenn die ASt mit ihrem Angebot die Vorgabe [...] in der neuen Version durch die „Beachtung“ schon der alten Version einhält, liegt ein formales Abweichen von den aufgestellten Vorgaben vor. Denn auch die Abweichung von einer Bewerbungsbedingung i.S.d. § 29 VgV ist eine Änderung an den Vergabeunterlagen i.S.d. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV.

Ebenso liegt auch eine formal inhaltliche Abweichung vor. Denn die Angebote werden je nach verwendeter Versionsnummer – jedenfalls nach dem durch die Verwendung der jeweiligen Unterlagen verobjektivierten Anschein – auf der Grundlage unterschiedlich weiter Möglichkeiten in Bezug auf die Maßnahmeorte gelegt werden. Auch eine Einschränkung auf [...] durch die ASt gegenüber der in der letztgültigen Version der Vergabeunterlagen erweiterten Möglichkeit, den Maßnahmeort in gesamten Gebiet [...] legen zu können, stellt daher eine Abweichung dar (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Juni 2010, VII-Verg 5/10 –, Rn. 20, juris). § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV soll jedoch gerade verhindern, dass Angebote mit unterschiedlichem Inhalt abgegeben werden.

Auch kommt es nicht darauf an, ob die vom Bieter vorgenommenen Änderungen zentrale, wichtige oder eher unwesentliche Punkte betreffen und es ist auch nicht entscheidend, ob die Abweichung Einfluss auf das Wettbewerbsergebnis haben kann (3. VK Bund, a.a.O.). Allein ausreichend ist die Abweichung von der zwingenden Vorgabe, die aktuellsten Vergabeunterlagen bei der Angebotserstellung zu verwenden. Ob ein Bieter – wie die ASt meint – keine inhaltliche Veranlassung hatte, der Forderung der Ag nachzukommen, weil er die neue Vorgabe auch unter Geltung der alten Unterlagen erfüllt, ist daher unerheblich.

Eine Aufklärung ist letztlich ebenfalls nicht möglich, da keine Widersprüchlichkeit in Bezug auf den von der ASt angebotenen Maßnahmeort vorliegt; der Angebotsinhalt ist für sich genommen eindeutig (zur Widersprüchlichkeit als Aufklärungsvoraussetzung vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 2. August 2017, VII-Verg 17/17, vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 35/15, und vom 15. Oktober 2016, VII-Verg 24/16). Angesichts des von der Ag betriebenen „Massengeschäftes“ ihrer Ausschreibungen kann ihr zudem nicht abverlangt werden, im Einzelfall

nachzufassen, welche Hintergründe die Verwendung der alten Version hatte, ob der neue Inhalt doch „beachtet“ und Teil des Angebots wurde o.ä.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, 2, Abs. 4 Satz 1, 2 und 4 GWB.

Danach hat die ASt als unterliegende Verfahrensbeteiligte sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

Die Bg ist nicht aus Billigkeitsgründen am Aufwendungsersatz zu beteiligen; sie hat die ihr ggf. entstandenen Aufwendungen selbst zu tragen. Denn sie hat sich weder aktiv am Verfahren beteiligt noch Anträge gestellt und somit auch kein Kostenrisiko auf sich genommen.

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.

Dr. Herlemann

Zeise