



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 64/19

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Erstellung eines Gutachtens [...], 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 Prof. Dr.-Ing. Maurer auf die mündliche Verhandlung vom 3. September 2019 am 4. September 2019 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs gegen Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin (Ag), die die ASt für unzureichend hält, um auf dieser Grundlage eine zumutbare Angebotskalkulation vornehmen zu können.

1. Die Antragsgegnerin veröffentlichte am [...] eine EU-weite Auftragsbekanntmachung für ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach der SektVO zur losweisen Vergabe für die Erstellung eines Gutachtens [...]. Die ASt macht mit ihrem Nachprüfungsantrag die Verletzung bieterschützender Rechte im Hinblick auf das Los 1 geltend und zwar bezogen auf optionale Leistungen der Stufe 2. Der Preis ist als einziges Zuschlagskriterium angegeben.

Die Frist für den Teilnahmewettbewerb endete am [...] (verlängert gem. Antwort auf Frage Nr. 4 vom 29. Juli 2019).

Die Ag gab in Ziff. VI.3) der Auftragsbekanntmachung („Zusätzliche Angaben“) bekannt, dass für die Teilnahme am Teilnahmewettbewerb alle geforderten Nachweise vorzulegen seien, ferner dass alle relevanten Vergabeunterlagen auf der E-Vergabepattform (Bieterportal) [der Ag] eingesehen und heruntergeladen werden konnten.

Das Projekt beschrieb die Ag genauer in einer Projektbeschreibung gemäß der Anlage 1.0. Danach soll der Auftragnehmer die Erstellung der vollständigen Unterlagen für den gesamten [...] und alle ihm übertragenen Ingenieurleistungen zum Erreichen der Planungsziele als werkvertraglichen Erfolg schulden (Anlage 1.0, Ziff. 2.5.1, Seite 7).

Darüber hinaus stellte die Ag mit den Vergabeunterlagen u.a. die Anlagen 16, 20 und 21 zum Vertragsentwurf zur Verfügung. Vertragsanlage 16 enthielt eine detaillierte Projektbeschreibung mit näheren Angaben zu Streckenlängen und Baugrundgutachten sowie Kampfmittelverdachts- und Altlastenverdachtsflächen. Die Vertragsanlagen 20 und 21 enthielten Bohrkonzepte und entsprechende zeitliche Ablaufpläne.

Der für das Los 1 bekannt gemachte „Architekten- und Ingenieurvertrag“ hat nach § 2 Ziff. 2.1 eine Baugrundbeurteilung und die geotechnische Beratung sowie die Erstellung eines 3D-Baugrundmodells zum Gegenstand (Stufe 1 – übertragene Leistungen). § 2 Ziff. 2.2 des Vertrages erfasst als optionale Leistung eine zeitlich nachgelagerte Stufe 2, wo-

nach der Auftragnehmer bei Fortsetzung der Planung und Durchführung der Maßnahme den Auftragnehmer mit weiteren der in § 2.1 erfassten Leistungen beauftragen kann. Der Umfang dieser Leistungen wird in § 2 Ziff. 2.2.1 ff. i.V.m. der funktionalen Leistungsbeschreibung konkretisiert, u.a. für die zu Stufe 2, Titel 7 gehörenden Positionen in der Anlage Nr. 1.3 (Baubegleitende Gutachterleistung).

Die übertragenen Leistungen nach § 2 Ziff. 2.1 ff. sind nach § 5 des Vertrages für Los 1 bis Ende Juni 2021 zu erbringen. Die optionalen Leistungen der Stufe 2 beziehen sich auf die baubegleitenden Gutachterleistungen während der Durchführung bzw. Bauausführung und sollen danach ab Anfang Juli 2021 bis Ende 2035 zu erbringen sein.

Die Vergütung regelt § 9 des Vertragsentwurfs. Zu kalkulieren ist nach § 9 Ziff. 9.3 eine Gesamtvergütung, die neben den nach § 2 Ziff. 2.1 ff. übertragenen Leistungen auch die nach § 2 Ziff. 2.2 ff. optionalen Leistungen umfasst.

Für die Preiskalkulation stellte die Ag die Anlage 2.1 zum Vertragsentwurf für die „Ermittlung der Vergütung“ zur Verfügung. In Titel 7 dieser Anlage 2.1 waren für die „Baubegleitende Gutachterleistung“ u.a. folgende optionale Leistungen enthalten, die von der Ag in die Preiswertung einbezogen werden sollen, für deren Unterpositionen überwiegend Pauschalpreise anzugeben waren:

„Titel 7 Baubegleitende Gutachterleistung

5.1 Sachverständiger Baugrund und Geotechnik

...

5.2 Sachverständiger Wasser, Umwelttechnik, Boden und Altlasten

...

5.3 Monitoring

...“

Lediglich für die Positionen 5.3.3 bis 5.3.6 war für die vorgesehene Teilnahme des Auftragnehmers an Besprechungen und sonstigen Veranstaltungen eine genau Anzahl und ein konkreter Zeitrahmen vorgegeben.

Mit Schreiben vom 26. Juli 2019 rügte die ASt mehrere Vergaberechtsverstöße, darunter das Fehlen von Massen- und Mengenvorgaben für Pauschalen und das Fehlen einer Preisgleitklausel. Die Ag half der Rüge mit Schreiben vom 29. Juli 2019 in bestimmten Punkten ab. Die Ag sagte hier zu, mit Angebotsaufforderung einen Rahmenterminplan

sowie in der Vertragsanlage 2.1 konkrete Angaben zur [...] zu Verfügung zu stellen. Im Übrigen wies sie die Rüge zurück.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 13. August 2019, eingegangen bei der Vergabekammer per Telefax und durch die Vergabekammer an die Ag übermittelt am selben Tag, beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Ihren Nachprüfungsantrag ergänzte bzw. vertiefte die ASt mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 26. August 2019.

a) Zur Begründung ihres Antrags führt die ASt Folgendes aus:

- Die ASt stellt mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 26. August 2019 klar, dass sich ihre Rüge und ihr Nachprüfungsantrag auf die Stufe 2 der Leistungsbeschreibung und der Preisbestandteile beziehe. Titel 7 der Anlage 2.1 „Ermittlung zur Vergütung“ beziehe die optionalen Positionen 5.1 (Sachverständiger Baugrund und Geotechnik), 5.2 (Sachverständiger Wasser, Umwelttechnik, Boden und Altlasten) in die Preiswertung ein, ohne dass aber die Leistungsbeschreibung hinreichend klar beschrieben sei, um eine zumutbare Kalkulation zu ermöglichen. Hinsichtlich der Position 5.3 (Monitoring) hat die ASt in der mündlichen Verhandlung zugestanden, aufgrund der darin enthaltenen aufwandbezogenen Vorgaben in der Anlage 2.1 kalkulieren zu können, so dass sich ihr Vortrag darauf hin nur auf die Pauschalpreiskalkulation für die beiden anderen Positionen 5.1 und 5.2 beziehe.
- Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, insbesondere sei die ASt antragsbefugt. Die Zuschlagschancen der ASt seien durch die nicht hinreichend bestimmte Leistungsbeschreibung geschmälert. Die ASt sei nicht in der Lage, zu zumutbaren Bedingungen einen Preis zu kalkulieren. Durch die mangelhafte Leistungsbeschreibung zur Stufe 2 betreffend Titel 7, Positionen 5.1, 5.2 und 5.3 sei somit nicht zu erwarten, dass die Leistungsbilder vergleichbar seien.
- Die Rüge sei umfassend und rechtzeitig vor Ende der Teilnahmefrist erfolgt. Die bemängelten Punkte seien bereits in der Phase des Teilnahmewettbewerbs zu rügen gewesen, da die entsprechenden Vergabeunterlagen bereits bekannt gegeben seien. Eine spätere Rüge im Verhandlungsverfahren drohe, der Verfristung anheim zu fallen.

- Ihren Nachprüfungsantrag hält die ASt für begründet, weil die Leistungsbeschreibung hinsichtlich der beschriebenen Positionen in Titel 7 zu Stufe 2 entgegen § 121 GWB unklar sei und keine Kalkulationsgrundlage biete, nach der die ASt ihr Angebot zu zumutbaren Bedingungen kalkulieren könne. Es fehlten Massen- und Mengenangaben, ohne die die zu den optionalen Leistungen der Stufe 2, Titel 7, Pos. 5.1-5.3 zu kalkulierenden Fest-/Pauschalpreise nicht zumutbar kalkuliert werden könnten. Außerdem fehlten der von der Ag bis zur Verhandlungsphase zugesagte Rahmenterminplan bzw. die Angaben zur [...] nach wie vor, weshalb auch die Vergabeunterlagen entgegen § 41 SektVO unvollständig seien. Vor diesem Hintergrund fehle die Vergleichbarkeit der zu erwartenden Angebote, das Beschaffungsvorhaben sei schon wegen des fehlenden Rahmenterminplans und fehlender Konkretisierungen zum [...] noch nicht vergabereif. Ferner fehle eine Preisgleitklausel, was einen Verstoß gegen den Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz darstelle. Ohne diese Angaben sei die ASt nicht in der Lage, ein Angebot für die zu kalkulierenden optionalen Leistungen des Titels 7, die über einen Zeitraum von 14 Jahren, von 2021 bis 2035, laufen sollten, zu kalkulieren. Über einen derart langen Zeitraum sei es nicht möglich, entsprechende Preisrisiken zumutbar zu kalkulieren. Das erschließe sich schon daraus, dass die als unklar bemängelten Positionen auf grob 30-40% des Gesamtwertes zu schätzen seien. Ein solcher Wert stehe z.B. auch der Zulässigkeit von Bedarfspositionen entgegen.
- Die ASt bemängelt darüber hinaus einen Verstoß gegen die Dokumentationspflicht der Ag nach § 8 SektVO, da ein die bisherigen Phasen des Vergabeverfahrens dokumentierender Vergabevermerk nicht vorliege.

Die ASt beantragt,

1. ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren gegen die Ag gemäß § 160 Abs. 1 GWB einzuleiten und dieser den vorliegenden Nachprüfungsantrag zuzustellen;
2. der Ag aufzugeben, die Leistungsbeschreibung so zu fassen, dass die ordnungsgemäße Kalkulation von Angeboten möglich ist;
3. hilfsweise der Ag aufzugeben, für die Tätigkeiten der zweiten Stufe eine angemessene Preisgleitung vorzusehen;

4. die Vergabeakte der Ag unverzüglich beizuziehen und zum Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens zu machen;
5. der ASt unverzüglich Akteneinsicht nach § 165 GWB in die Vergabeakte zu gewähren;
6. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären sowie
7. der Ag die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung gemäß § 182 Abs. 4 GWB, § 80 VwVfG aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Vergabenachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag führt hierzu mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 20. und 29. August 2019 folgendermaßen aus:

- Sie ist der Ansicht, die ASt habe ihren Nachprüfungsantrag mit dem Schriftsatz des Verfahrensbevollmächtigten der ASt vom 26. August 2019 teilweise zurückgenommen, indem die ASt sich auf die Leistungen der Stufe 2, Titel 7 bezogen habe. Daher habe die ASt insoweit auch die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen.
- Überdies sei der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis der ASt unzulässig. Derzeit seien keine Zuschlagschancen der ASt gefährdet, da das Verhandlungsverfahren noch gar nicht begonnen und das Vergabeverfahren noch im Stand des Teilnahmewettbewerbs sei. Etwaige von der ASt aufgeworfene Unklarheiten könnten während der Verhandlungen ausgeräumt werden.
- Hinsichtlich der Rüge zur Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung im Hinblick auf die Stufe 2, Titel 7 sei die ASt präkludiert. Dieser Aspekt sei von der ASt während des Teilnahmewettbewerbs nicht erhoben worden, sondern erstmals im Nachprüfungsverfahren. Im Rügeschreiben habe sich die ASt lediglich auf das Fehlen von Massen- und Mengengerüsten bezogen.

- Die Leistungsbeschreibung sei aber jedenfalls vollständig und vergaberechtskonform. Diese enthalte für die bemängelten Positionen in Titel 7 vertiefte Angaben zum Ablauf der Leistungserbringung sowie quantitative Rahmenbedingungen insbesondere in der Anlage 1.3 der Leistungsbeschreibung baubegleitende Gutachterleistung (dort Blatt 2 und 3 ff., 11), was in der Stellungnahme der Ag vom 29. August 2019 näher ausgeführt wird. Soweit die ASt bemängele, die Ag habe weder Bearbeitungstiefe noch Zeitraum der Leistungserbringung hinreichend definiert, sei darauf hinzuweisen, dass die ASt selbst gehalten sei, eine Arbeitskonzeption unter Berücksichtigung der eigenen Fachexpertise vorzunehmen. Für derartige geistig-schöpferische Leistungen sei es nicht unüblich, Pauschalpreise abzufragen.
- Eine Preisgleitklausel sei nicht geboten. Es liege in der Risikosphäre eines jeden Bieters, etwaige Unsicherheiten in der Kalkulation ggf. durch Risikoaufschläge aufzufangen. Eine Parallele zu Bedarfspositionen sei hier nicht ziehen. Schließlich werde die ASt durch das zivilrechtliche Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage geschützt, sollten bei der Vertragsabwicklung unzumutbare Belastungen infolge wirtschaftlicher Veränderungen auftreten.
- Ein Verstoß gegen § 41 SektVO liege zudem nicht vor, da der von der ASt begehrte Rahmenterminplan derzeit noch nicht erforderlich sei, um davon die Entscheidung zur Bewerbung für den Teilnahmewettbewerb abhängig zu machen. Dies folge daraus, dass Art und Umfang der Leistungen aus den bereitgestellten Dokumenten ohne Weiteres ersichtlich seien.
- Die Dokumentation des Vergabeverfahrens sei bislang hinreichend erfolgt, was näher ausgeführt wird.

Mit Schreiben vom 29. August 2019 hat die Ag zur Ergänzung der Vergabeakte noch ihren Vermerk zur Schätzung des Auftragswertes übermittelt (s. Anlage AG1), der in der übermittelten Vergabeakte nicht enthalten war, seitens der Ag jedoch als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gegenüber der ASt eingestuft wurde.

3. Die Vergabekammer hat von einer Erteilung von Akteneinsicht an die ASt abgesehen, da die Vergabeakte nur Vergabeunterlagen enthielt, die der ASt bereits bekannt waren. Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 03. September 2019 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert.

In der mündlichen Verhandlung hat die Ag darauf verwiesen, dass den Beanstandungen der ASt bezüglich der Informationen zum Rahmenterminplan sowie zur [...] bereits auf Rüge der ASt mit Rügeantwort vom 29. Juli 2019 entsprochen worden sei. Die Ag hat zudem ausgeführt, sie sei bereit, wenn die ASt exakte Angaben benenne, welche der ASt noch fehlten, um ein Angebot kalkulieren zu können, diese im Rahmen des Möglichen und soweit die Ag selbst über diese Angaben verfüge, zur Verfügung zu stellen. Die Ag sei bereit, weitere Informationen zu geben, soweit solche angesichts der diskutierten Sachlage vor Abschluss von Stufe 1 verfügbar seien. Die ASt hat daraufhin mitgeteilt, dass sie eine aufwandsbezogene Preisangabe anstatt der derzeit vorgesehenen Pauschalpreise für angemessen halte. Nach Unterbrechung der mündlichen Verhandlung für ca. 15 Minuten hat die Ag mitgeteilt, dass Preisangaben nach exaktem Aufwand weder möglich noch von ihr gewünscht seien. Es handle sich bewusst um eine funktionale Ausschreibung, die Ag wolle mögliche innovative Ideen von Auftragsinteressenten nicht abschneiden, indem sie z.B. die Anzahl zu fertigender Gutachten etc. exakt vorgebe. Es solle den Bietern überlassen bleiben, ob sie z.B. mehrere Kurzgutachten oder ein langes einreichen wollten.

Auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegt wurde, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (1.), aber unbegründet (2.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
 - a) Die Allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag im Sektorenbereich, dessen Auftragswert oberhalb der für die europaweite Vergabe relevanten Auftragschwellenwerte liegt – sind unstrittig und in der Sache gegeben (vgl. zur Auftragswertschätzung und dem daraus abzuleitenden Schwellenwert die Anlage AG1 zum Schriftsatz der Ag vom 29. August 2019), so dass es an dieser Stelle keiner weiteren Darlegungen bedarf.
 - b) Die ASt hat mit Schreiben vom 26. Juli 2019 die ihres Erachtens unzureichenden Vergabeunterlagen gerügt. Diese Vergabeunterlagen waren mit der EU-

Bekanntmachung des streitgegenständlichen Verhandlungsverfahrens am [...] zur Verfügung gestellt worden; Ablauf der Teilnahmefrist war (nach Verlängerung der Frist) der 14. August 2019. Damit ist die Rügefrist des auf die Vergabeunterlagen bezogenen § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB – „...*spätestens bis zum Ablauf der Bewerbung...*“ - auf jeden Fall gewahrt, ohne dass es auf die Frage ankäme, ob im zweistufigen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb eine Rüge in Bezug auf die Vergabeunterlagen schon binnen der Bewerbungsfrist, also noch vor Aufforderung zur Angebotsabgabe gefordert ist, wenn die Vergabeunterlagen bereits entsprechend der Vorgaben von § 41 Abs. 1 SektVO schon mit der Bekanntmachung veröffentlicht wurden. Ob also hier demnach eine Rüge in Bezug auf die bereits mit der Auftragsbekanntmachung veröffentlichten Vergabeunterlagen binnen der Angebots- statt der Bewerbungsfrist ausgereicht hätte – wofür Manches spricht – braucht vorliegend daher nicht entschieden zu werden; die ASt hat die kürzere zeitliche Frist gewahrt, indem sie ihre Beanstandungen bezüglich der Vergabeunterlagen schon binnen der Teilnahmefrist vorgebracht hat. Eine „zu frühe“ Rüge gibt es schon nach Sinn und Zweck der Fristen für die Anbringung von Rügen nicht und wird auch vorliegend nicht seitens der Ag eingewandt; dieser Sinn und Zweck liegt darin, einen Auftraggeber möglichst frühzeitig auf Defizite oder Fehler aufmerksam zu machen.

- c) Entgegen der Auffassung der Ag ist die ASt antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB.

Richtig ist zwar, dass sich im hier vorliegenden Stadium des Teilnahmewettbewerbs eine inhaltliche Beschwer eines Auftragsinteressenten durch die Ausgestaltung von Vergabeunterlagen noch nicht stellt. Es ist nämlich grundsätzlich nicht sicher, ob der Bewerber auch wirklich zur Angebotsabgabe aufgefordert werden wird. Abgesehen von der Relevanz der Vergabeunterlagen für die Entscheidung, sich mit Einreichung eines Teilnahmeantrags überhaupt am Wettbewerb zu beteiligen (zu dieser Problematik vgl. ausführlich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Oktober 2018 – Verg 26/18), erlangen die Vergabeunterlagen erst im Stadium der Angebotserstellung Relevanz.

Es kann aber in Bezug auf das Zulässigkeitsmoment der Antragsbefugnis nicht ausgeblendet werden, dass der Rügetatbestand des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB jedenfalls seinem Wortlaut nach in Bezug auf die Vergabeunterlagen und dort erkennbare Fehler eine Rüge binnen der Bewerbungsfrist verlangt, um eine Präklusion zu vermeiden. Unter b) wurde zwar bereits angedeutet, dass eine Verpflichtung des Auftragsinteressenten auf eine so frühzeitige Rüge möglicherweise nicht sachgerecht sein könnte, denn wenn die Vergabeunterlagen bereits mit der Auftragsbekanntmachung des Teilnahmewettbe-

werbs zur Verfügung gestellt werden, so würde dies bedeuten, dass ein Bewerber sich bereits vor Aufforderung zur Angebotsabgabe intensiv mit den Vergabeunterlagen beschäftigen müsste, um nicht Gefahr zu laufen, bei erkennbaren Fehlern im Nachprüfungsverfahren präkludiert zu sein. Gerade in Fällen, in denen der Auftraggeber nur eine beschränkte Anzahl aus dem Kreis der grundsätzlich geeigneten Bewerber zur Angebotsabgabe auffordert, ist es aber für den Auftragsinteressenten unsicher, ob er zur Angebotsabgabe kommt. Würde man dennoch eine so frühzeitige Rüge verlangen, so würde man den Auftragsinteressenten zu Aufwand in Bezug auf die Vergabeunterlagen zwingen, der sich für den Fall als nutzlos herausstellen würde, in welchem er nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wird.

Dennoch kann von einem Auftragsinteressenten, hier der ASt, angesichts des Wortlauts von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB nicht verlangt werden, sich darauf zu verlassen, dass so zu seinen Gunsten entschieden würde. Wie ausgeführt, ist eine Rüge binnen der Bewerbungsfrist möglicherweise zwar nicht geschuldet, jedoch stets zulässig, s.o. sub b). Dann müssen die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Rüge und Antragsbefugnis aber harmonisiert und auch die Antragsbefugnis des Bewerbers bejaht werden, der sich mit seinem Nachprüfungsantrag gegen die Vergabeunterlagen wendet, obwohl er noch nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde. Ansonsten entstünde infolge Inkompatibilität von Zulässigkeitsvoraussetzungen eine Rechtsschutzlücke, denn wenn eine ablehnende Rügeantwort ergeht, so löst die Frist des §160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB einen zeitlichen Zwang zur Einlegung des Nachprüfungsantrags aus. Die Antragsbefugnis kann nicht verneint werden, wenn der Auftragsinteressent zulässigerweise rügt und in der Folge aufgrund gesetzlicher Fristen gehalten ist, den Nachprüfungsantrag zu stellen.

- d) Die Ag hat am 29. Juli 2019 eine Antwort auf ihre Rüge erhalten. Die Ag hat danach in einigen Punkten dem Begehre der ASt entsprochen, in anderen jedoch nicht. Die Stellung des Nachprüfungsantrags am 13. August 2019 liegt noch innerhalb der 15-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB.
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung ihre Rügen maßgeblich auf die Stufe 2, Titel 7, Positionen 5.1 und 5.2 bezogen. Die Vorgaben der Position 5.3 erfüllen ihren Wunsch nach aufwandbezogenen Vorgaben, wie sie in der mündlichen Verhandlung zugestanden hat, im Wesentlichen. Die Vorgaben der Ag zu den von der ASt im Nachprüfungsverfahren somit zuletzt bemängelten Positi-

onen 5.1 und 5.2 zu komplexen Sachverständigengutachten in der Stufe 2, Titel 7 beeinträchtigen die Kalkulationsfreiheit der ASt nicht unzumutbar.

- a) Die Vorgaben der Ag müssen in jeder Phase des Vergabeverfahrens den Maßgaben des vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gemäß § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB entsprechen. Das erstreckt sich auch auf die Bestandteile der Leistungsbeschreibung, die für die Kalkulation relevant sind und die somit auch die Kalkulationsmöglichkeiten der Bieter nicht unangemessen bzw. unzumutbar beschränken dürfen. Ansonsten wäre die Leistungsbeschreibung entgegen § 121 GWB unklar. Die Vergabeunterlagen müssen demnach im Hinblick auf den zu erreichenden Zweck, der Auftragsvergabe im transparenten und chancengleichen Vergabewettbewerb, eine angemessene Risikoverteilung zwischen Bieter und Auftraggeber ermöglichen.
- b) Eine derartige Unklarheit beinhalten die Vergabeunterlagen der Ag nicht. Auszugehen ist vom Ansatz der Ag, den Auftrag in zwei Stufen durchzuführen. Zwar wäre auch insoweit eine Aufteilung in nachgelagerte Vergabeverfahren möglich gewesen und ein separat zu bezuschlagender Auftragnehmer der Stufe 2 hätte sich auf konkret ermittelte Massen- und Mengenangaben zur Stufe 1 stützen und insofern möglicherweise mit mehr Sicherheit kalkulieren können. Die Verfahrensbeteiligten waren sich in der mündlichen Verhandlung im Ergebnis aber einig darin, dass durch den in der Auftragsbekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen eingeschlagenen Weg die Synergien aus der Stufe 1 bestmöglich genutzt werden können. Dagegen ist schon deshalb nichts zu erinnern, weil die ASt diese Konzeption, Stufe 1 und Stufe 2 nicht in gesonderten Vergabeverfahren aufzuteilen, rügelos akzeptiert hat.

Vor diesem somit feststehenden Hintergrund sind die von Ag in der Anlage 1.3 gemachten Vorgaben für die Durchführung der optionalen Stufe 2, Titel 7, die von den Bietern bei der Kalkulation der Pauschalpreise der Positionen 5.1 und 5.2 zu berücksichtigen sind, zugrunde zu legen.

- c) Diese Vorgaben ermöglichen eine Kalkulation zu noch zumutbaren Bedingungen.
 - (1) Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Ag bereits in ihrer Rügeantwort an die ASt vom 29. Juli 2019 zugesagt hat, die Vertragsanlage 2.1 zur Ermittlung der Vergütung um die von der ASt in der Rüge begehrten Festlegungen zur [...] zum Angebotslauf zu überarbeiten. Die Ag hat zudem zugesagt, den von der ASt

begehrten Rahmenterminplan mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Verfügung zu stellen. Damit werden den Bietern mit der bevorstehenden Aufforderung zur Angebotsabgabe zwei Teile zur Verfügung gestellt, die die ASt selbst in der mündlichen Verhandlung als wesentlich für die Kalkulation der Vergütung für die Stufe 2, Titel 7 benannt hat.

Der Vorwurf der ASt, die Ausschreibung sei insofern nicht vergabereif, weil sie vor der erst noch kommenden Aufforderung zur Angebotsabgabe noch nicht vorlägen, geht fehl. Einen Anspruch, dass der Rahmenterminplan nicht erst mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe, sondern bereits zum Teilnahmewettbewerb zur Verfügung gestellt wird, steht der ASt nicht zu.

Soweit die ASt in ihrer Stellungnahme vom 26. August 2019 unter Bezugnahme auf die amtliche Begründung zu § 41 Abs.1 SektVO ausführt, es seien sämtliche Vergabeunterlagen zur Verfügung zu stellen, die erforderlich sind, um interessierten Unternehmen eine Entscheidung über die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen, ist dem nicht zu folgen. Die Vorschrift regelt den Modus der Bereitstellung der Vergabeunterlagen. Die Vorschrift unterscheidet dabei zwar nicht zwischen Teilnahmewettbewerb und Verhandlungsverfahren und grenzt auch den Umfang der Vergabeunterlagen nicht ein. Hieraus folgert das OLG München für § 41 Abs. 1 SektVO, dass ein öffentlicher Auftraggeber auch im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach der SektVO bereits mit der Auftragsbekanntmachung die Vergabeunterlagen zur Verfügung zu stellen hat, die bei Auftragsbekanntmachung in einer finalisierten Fassung vorliegen können (Beschluss vom 13. März 2017, Verg 15/16, Ziff. 2.1 des Beschlusses). Allerdings folgt daraus hier kein Verstoß gegen § 41 Abs. 1 SektVO.

§ 41 Abs. 1 SektVO bezieht sich zunächst auf alle Vergabeverfahren, die nach § 13 Abs. 1 SektVO zur Wahl eines Sektorenauftraggebers stehen. Seinem Wortlaut nach erfasst die Vorschrift daher konsequenterweise die Situation des offenen Verfahrens, für das die Bieter mit Auftragsbekanntmachung zweifelsohne alle Vergabeunterlagen benötigen, um entscheiden zu können, ob sie am Vergabeverfahren teilnehmen. Eine solche Herangehensweise widerspricht allerdings dem hier von der Ag gewählten zweistufigen Verfahren des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb. Zweck dieser Aufteilung ist es, die Verhandlungen nur mit den Unternehmen zu führen, die sich als geeignet erweisen. Nur die-

se erhalten die Aufforderung zur Angebotsabgabe und benötigen dementsprechend die Vergabeunterlagen, um ein Angebot kalkulieren zu können. Vor diesem Hintergrund ist § 41 Abs. 1 SektVO bei einem – wie hier gegebenen - Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb dahin zu verstehen, dass allenfalls die Vergabeunterlagen mit der Bekanntmachung vorzulegen sind, die in dieser Phase des Verfahrens vor allem mit Blick auf die Teilnahmebedingungen benötigt werden, um entscheiden zu können, ob ein Interesse besteht, sich zu bewerben. Vergabeunterlagen, die noch nicht in einer finalisierten Fassung vorliegen, weil sie erst für die Verhandlungsphase, insbesondere die vertiefte Angebotskalkulation relevant sind, sind zum Zeitpunkt der Angebotsaufforderung somit noch nicht im Sinne von § 41 Abs. 1 SektVO zwingend bekannt zu machen (in diesem Sinne zu einem – wie hier – zweistufigen Vergabeverfahren nach Maßgaben der VgV: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Oktober 2018, VII-Verg 26/18, Ziff. II.2.a.bb. des Beschlusses; ferner Horn, in: Müller-Wrede (Hrsg.), SektVO Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 41 SektVO Rn. 12). Dies wird durch folgende Kontrollüberlegung bestätigt: Ein zur Angebotsabgabe aufgeforderter Bieter kann von einer Angebotsabgabe auch absehen. Diese Entscheidung wird ihm gerade durch die kalkulationsrelevanten Angaben ermöglicht. Vor diesem Hintergrund ist es nicht geboten, ihm speziell die kalkulationsrelevanten Vergabeunterlagen schon zum Teilnahmewettbewerb zu übermitteln.

Die Ag war somit – entgegen der Meinung der ASt – nicht nach § 41 Abs. 1 SektVO gehalten, bereits mit dem Start des Teilnahmewettbewerbs ausnahmslos alle Vergabeunterlagen zur Verfügung zu stellen. Hinsichtlich der Konkretisierungen für die [...] sowie des Rahmenterminplans hat die mündliche Verhandlung ergeben, dass diese Informationen erst für die Kalkulation bzw. die Angebotsabgabe von Bedeutung sind. Nichts Anderes trägt auch die ASt in ihrem Nachprüfungsantrag vor. Sie benötige den Rahmenterminplan und die Angaben in den Preisblättern zur [...], um die Dauer der einzelnen Phasen zu kennen und somit den Aufwand der ausgeschriebenen Leistung einschätzen und eine valide Kalkulation vornehmen zu können, weshalb die Ausschreibung derzeit nicht vergabereif sei (Antragsschreiben vom 13. August 2019, S. 11/12; Stellungnahme der ASt vom 26. August 2019, S. 10, Ziff. 3.1.2). Für die Entscheidung, sich am Teilnahmewettbewerb zu beteiligen, ist eine Angebotskalkulation allerdings nicht erforderlich. Die Ag hat in der Auftragsbekanntmachung, maßgeblich unter Ab-

schnitt III, auch keine Teilnahmebedingungen aufgestellt, nach denen ein Bieter hätte davon ausgehen können, bereits in eine vertiefte Angebotskalkulation einsteigen zu müssen, um die Eignungsanforderungen zu erfüllen – unabhängig davon, dass entsprechende Eignungskriterien mit Blick auf § 122 Abs. 2 Satz 2, § 119 Abs. 5 GWB für die im Teilnahmewettbewerb durchzuführende Eignungsprüfung ohnehin nicht statthaft gewesen wären. Dementsprechend ist auch die Vorlage der von der ASt begehrten Unterlagen als Kalkulationsgrundlage zum Teilnahmewettbewerb nicht erforderlich gewesen. Es genügt, den von der Ag für die Stufe 2 insgesamt veranschlagten Zeitraum zu kennen, um sich entscheiden zu können, ob für ein derartiges Projekt Interesse besteht oder nicht. Denn daraus werden die Komplexität des Auftrags und die hierfür abzuarbeitenden Anforderungen so hinreichend ersichtlich, dass eine Einschätzung des Aufwandes zumindest überschlägig ermessen werden kann. Diese Information ergibt sich aus der Auftragsbekanntmachung bzw. dem mit der Auftragsbekanntmachung vorgelegten Vertragsentwurf.

- (2) Auch die übrigen in den Vertragsanlagen 1.3 und 2.1 vorgegebenen Informationen zur Stufe 2, Titel 7 verlagern die Kalkulationsrisiken nicht in unzumutbarer Weise auf die ASt. Dies erschließt sich aus einer Auslegung der vorhandenen Vergabeunterlagen aus der Perspektive eines objektiven Empfängerhorizonts eines sachkundigen Bieters, der mit den Unterlagen befasst ist. Daraus folgt, dass die relevanten Vergabeunterlagen hinreichende Informationen zur Verfügung stellen, um auf dieser Grundlage die o.g. Leistungen kalkulieren zu können, ohne Risiken unangemessen auf die ASt zu verlagern.

Die Ag hat in der Vertragsanlage für die Sachverständigentätigkeiten der Positionen 5.1 und 5.2 die erforderlichen Leistungen in funktionaler Weise konkretisiert, ohne – wie z.B. in Position 5.3 für das Monitoring – konkrete Angaben zum Stundenaufwand zu machen oder ein Mengen- bzw. Massengerüst oder eine Preisgleitklausel vorzugeben. Statt dessen sollen die Leistungen für den zu erfassenden vierzehnjährigen Zeitraum der Stufe 2 pauschal kalkuliert werden. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Ag in der Vertragsanlage 16 die betriebliche Aufgabenstellung umfangreich erläutert. Darin hat die Ag den „Sollzustand“ des Projekts auf der Basis des Istzustands der Anlagen und ihrer Nutzung vorgestellt (vgl. Seite 2 der Vertragsanlage 16). Ziff. 3 dieser Anlage enthält „Erläuterungen zum Ist-Zustand“, so u.a. Nutzlängen der [...] (Ziff.

3.2.3.1) sowie Hinweise zu vorhandenen 45 Baugrundgutachten (Ziff. 3.2.4.1), auf die das Anlagenverzeichnis (Seite 92 der Vertragsanlage 16) verweist. Darüber hinaus benennt dieses Anlagenverzeichnis weitere Anlagen, u.a. zu Kampfmittelverdachtsflächen und Altlastenverdachtsflächen (siehe auch Seite 88 der Vertragsanlage 16). Ferner sind Angaben zu Erdbauwerken wie Dämmen (Ziff. 3.2.4.2 der Vertragsanlage 16) sowie zu Durchlässen und sonstigen Leitungsquerungen mit Relevanz für den Erdbau vorhanden (Ziff. 3.2.4.3). Des Weiteren hat die Ag mit der Vertragsanlage 20 und 21 Bohrkonzeppte bzw. zeitliche Ablaufpläne vorgelegt, in denen die Ag konkrete Planungen im Hinblick auf die vorzunehmenden Bohrungen festgelegt hat.

Vor diesem Hintergrund erschließt sich aus der gebotenen Perspektive eines verobjektivierten Empfängerhorizonts eines mit den Unterlagen konfrontierten sachkundigen Interessenten bzw. Bieters, dass Informationen vorhanden sind, mit denen ein Bieter den sachlichen und zeitlichen Aufwand für die Sachverständigenaufgaben der Positionen 5.1 und 5.2 in der Stufe 2, Titel 7 durchaus bewältigen kann. Etwaige verbleibende Unsicherheiten kann ein Bieter im Rahmen des vorgegebenen funktionalen Ansatzes durch etwaige Zu- oder Abschläge auffangen, wie sie auch von der Ag im Nachprüfungsverfahren empfohlen worden sind. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass für diese Aufgabe eine Preisgleitklausel geboten ist. Näher konkretisiert hat die ASt diesen Punkt in ihrem Vortrag überdies nicht. Vielmehr hat die mündliche Verhandlung ergeben, dass dieser Aspekt des Vorbringens der ASt von doch eher untergeordneter Bedeutung ist und es der ASt vielmehr auf die begehrten aufwandsbezogenen Informationen ankommt.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich die Ag in der mündlichen Verhandlung bereit erklärt hat, ihr derzeit mögliche Informationen vorzulegen, sofern die ASt entsprechende Wünsche habe. Nach der zu diesem Zweck durchgeführten Unterbrechung der mündlichen Verhandlung hat die ASt allerdings lediglich ihren Wunsch nach einer Aufwandvorgabe für die Positionen 5.1 und 5.2 sowie einem Mengen- bzw. Massengerüst, ggf. in Gestalt einer relevanten Bandbreite, wiederholt. Hierzu hat die Ag allerdings nachvollziehbar erläutert, dass ihr dies derzeit nicht möglich ist, weil sie dafür die in der Stufe 1 vom Auftragnehmer gerade zu ermittelnden Angaben benötigt. Die von der ASt gewünschten Angaben eines exakten Aufwands, in etwa so wie für die Position 5.3 (Monitoring), sei ihr weder

möglich noch von ihr gewünscht, da dies dem auch für Stufe 2, Titel 7 gewählten funktionalen Ausschreibungsansatz gerade zuwiderlaufe und mögliche innovative Ideen von Auftragsinteressenten von vornherein abschneide. Insbesondere habe die Ag damit gerade nicht die gutachterlichen Einzelschritte des Auftragnehmers konkret vorgeben wollen, um somit den erforderlichen Raum für die zu beschaffende geistig-schöpferische Leistung zu ermöglichen.

Alles in allem ist danach nicht ersichtlich, dass die Ag der ASt in einer den vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzenden Art und Weise Kalkulationsrisiken aufbürdet.

- d) Die von der ASt gerügte Verletzung der Dokumentationspflicht liegt vor dem Hintergrund der vorangegangenen Ausführungen nicht vor. Selbst wenn man mit Blick auf die erst im Nachprüfungsverfahren vorgelegte Anlage AG 1 einen Dokumentationsmangel annehmen würde, so wurde dieser durch den entsprechenden Vortrag der Ag im Nachprüfungsverfahren geheilt (vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – Verg 28/14).

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 Abs. 1 und 2, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Sätze 1 und 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2, 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

1. Die ASt trägt als Unterlegene die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen), § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB, sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Ag, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag wird für notwendig erklärt, § 182 Abs. 4 Satz 4, § 80 Abs. 1, 2, 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

Ob die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den öffentlichen Auftraggeber notwendig ist, kann nicht schematisch, sondern stets nur auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles entschieden werden. Dabei ist insbesondere darauf abzustellen, ob sich das Nachprüfungsverfahren hauptsächlich auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentriert hat. Ist dies der Fall, besteht im Allgemeinen seitens des öffentlichen Auftraggebers keine Notwendigkeit, einen Rechtsanwalt einzuschalten. Denn in seinem

originären Aufgabenbereich muss der öffentliche Auftraggeber sich selbst die notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse verschaffen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13, mit Anm. Wild, VergabeR 2015, 484 ff.).

Zu Gunsten der Ag im Sinne einer notwendigen Hinzuziehung ist hier zu berücksichtigen, dass sich ihre Rechtsverteidigung im Nachprüfungsverfahren nicht allein zu auftragsbezogenen Sach- und Rechtsfragen bezogen hat. Vielmehr waren von ihr in Reaktion auf den Nachprüfungsantrag spezifische Fragen mit verfahrensrechtlicher Relevanz für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags, maßgeblich der Antragsbefugnis der ASt, aufgeworfen. Es ging darum, ob die von der ASt bereits im Stadium des Teilnahmewettbewerbs bemängelten, auf die Vergabeunterlagen bezogenen Punkte hier aus Sicht der Ag gewissermaßen verfrüht angebracht worden sind. Zudem hat der Nachprüfungsantrag komplexe vergaberechtliche Fragen aufgeworfen, für die die Ag sich im Hinblick auf den gerügten Verstoß mangelnder Vergabereife bzw. des Verstoßes gegen § 41 Abs.1 SektVO mit der vergaberechtlichen Rechtsprechung vertieft auseinanderzusetzen hatte. Des Weiteren zu berücksichtigen ist zu Gunsten der Ag der Aspekt der Waffengleichheit, da auch die ASt anwaltlich vertreten war. Nach allem ist es somit gerechtfertigt, dass die Ag vernünftigerweise anwaltlichen Beistand in Anspruch genommen hat.

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

Dr. Brauser-Jung