Bundeskartellamt

1. Vergabekammer des Bundes
VK 1-124/21

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

gegen

[…]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

[…]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

wegen der Vergabe „Lieferung und Montage von Personenaufzügen und Fahrtreppen […]“, Lose 1 und 2, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Siegismund aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Dezember 2021 am 23. Dezember 2021 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin führt derzeit ein europaweites Verfahren zur Vergabe der Lieferung und Montage von Personenaufzügen und Fahrtreppen für […] in zwei Losen durch. Der Zuschlag kann auf ein einzelnes Los oder auf beide Lose gemeinsam erfolgen (Ziffer II.1.6 der EU-Bekanntmachung). Laut Ziffer IV.1.1 der EU-Bekanntmachung handelt es sich hierbei um ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach der SektVO. Zuschlagskriterien waren der Preis (gewichtet mit 85%), das Montagekonzept (10%) und die Energieeffizienzklasse der anzubietenden Aufzüge bzw. Fahrtreppen (5%).

   Mit den Vergabeunterlagen übersandte die Antragsgegnerin den Bietern u.a. das Dokument „Verhandlungsdesign“. Hierin waren drei verschiedene Möglichkeiten genannt, die abschließenden Preisverhandlungen durchzuführen: „bilaterale Verhandlungen“ (per Telefon oder in den Räumlichkeiten der Antragsgegnerin), „zweistufige Verhandlungen“ mit steigenden Preisen (IT-gestützt über eine Verhandlungsplattform) oder „Verhandlungen mit sinkenden Preisen“ (ebenfalls IT-gestützt über eine Verhandlungsplattform). Die Antragsgegnerin kündigte an, den Bietern zwei Wochen vor dem geplanten Verhandlungstermin eine konkrete Information über das weitere Vorgehen zukommen zu lassen.

   Bis zum 7. Juni 2021 gaben die Bieter ihre ersten Angebote ab. Nach der Wertung der Angebote teilte die Antragsgegnerin den Bietern die von ihren Angeboten erreichten sog. „Subtrahenden“ mit. Dieser nach einer bestimmten Rechenformel ermittelte Betrag war ein im weiteren Verfahren unveränderbarer Wert, den das Angebot in den Zuschlagskriterien Montagekonzept und Energieeffizienz erreicht hatte (vgl. auch die Antworten der

Antragsgegnerin auf die Bieterfragen Nr. 224, 239). Der Subtrahend wurde in den anschließenden Preisverhandlungen vom Angebotspreis des Bieters abgezogen und so der jeweilige „Bewertungspreis“ errechnet.

Am 6. Oktober 2021 übersandte die Antragsgegnerin den Bietern das „Basis-Kommunikationspapier“, in dem die Vorgehensweise während der abschließenden Preisverhandlungen beschrieben wurde. Danach hatte sich die Antragsgegnerin für die zweite im Dokument „Verhandlungsdesign“ genannte Variante entschieden, nämlich die Durchführung von zweistufigen Verhandlungen mit steigenden Preisen, IT-gestützt über eine Verhandlungsplattform. In der ersten Stufe, der „Qualifizierungsrunde“, sollten die Bieter innerhalb der Laufzeit von 10 Minuten einmalig ihre Angebote innerhalb eines vorab festgelegten Zielpreiskorridors abgeben (s. Antworten der Antragsgegnerin auf die Bieterfragen Nr. 228, 240). Neben dem Preis konnten die Bieter in der Qualifizierungsrunde einen Kombinationsrabatt für den Fall anbieten, dass beide Lose gemeinsam vergeben werden. Dieser Rabatt wurde nach der Qualifizierungsrunde „eingefroren“, konnte in der anschließenden finalen Verhandlungsrunde also nicht mehr verändert werden (s. Antwort der Antragsgegnerin auf die Bieterfragen Nr. 233, 245). Die besten zwei Bieter sollten sich für die finale Runde des jeweiligen Loses qualifizieren. Das anschließende „Finale“ sollte so durchgeführt werden, dass sich die im elektronischen Tool angezeigten Preise ausgehend von einer von der Antragsgegnerin festgelegten Startsumme schrittweise alle 60 Sekunden erhöhen. Der jeweilige Bieter gibt losweise sein Angebot ab, sobald der von ihm kalkulierte „Bewertungspreis“ (also der Angebotspreis abzüglich des in den übrigen Zuschlagskriterien erreichten Subtrahenden) erreicht wird. Die Verhandlung endet, sobald das beste vorliegende Gebot (Bewertungspreis) erreicht ist. Sollte es in einem Los einen Gleichstand geben, wird in diesem Los so lange eine weitere Runde mit sinkenden Preisen durchgeführt, bis es nur noch ein wirtschaftliches Angebot gibt (vgl. auch die Antwort der Antragsgegnerin auf die Bieterfragen Nr. 230, 232, 250). Des Weiteren war im „Basis-Kommunikationspapier“ unter Ziffer 2.2.2 (S. 4) vorgesehen:

> „Nach Abschluss der Verhandlungen (Los 1, Los 2 und Kombinationsrabatte) erhalten alle Bieter, die mitgeboten haben, ihre finale Platzierung.“

Im „Basis-Kommunikationspapier“ verwendete die Antragsgegnerin vereinzelt den Begriff „Auktion“ (in Ziffer 2 (S. 2), in Ziffer 2.2.2 (S. 3) sowie in Ziffer 2.3 (S. 5)).

So wie im „Basis-Kommunikationspapier“ beschrieben, fand zunächst ein Testlauf („dryrun“) statt, in dem sich die Bieter mit den Funktionalitäten des von der Antragsgegnerin verwendeten elektronischen Tools vertraut machen konnten (vgl. auch Bieterfrage Nr. 248). Im ersten Testlauf vom 19. Oktober 2021 konnten die Antragstellerin und die Beigeladene in der Qualifizierungsrunde und der sich anschließenden Finalrunde für Los 1 und für Los 2 jeweils nur ein einziges, fiktives Gebot abgeben. Am 20. Oktober 2021 fand ein weiterer Testlauf statt, um auf eine Bieterfrage hin die Auflösung eines etwaigen Gleichstands zu üben (vgl. auch die Antwort auf die Bieterfrage Nr. 246). Auch in diesem zweiten Testlauf konnte jeweils nur ein Gebot pro Runde abgegeben werden.

Am 21. Oktober 2021 fanden die Qualifizierungs- und die Finalrunde („liverun“) statt. Am Ende der Qualifizierungsrunde wurden der Antragstellerin und der Beigeladenen der jeweils erreichte Angebotsrang mitgeteilt. Im „Basis-Kommunikationspapier“ vom 6. Oktober 2021 hatte die Antragsgegnerin diesbezüglich darauf hingewiesen, dass der angezeigte Rang „rein informativ“ sei, „da erst nach Ende der Verhandlungen feststeht, ob die Einzellose oder die Pakete vergeben werden“ (Ziffer 2.2.2, S. 4 oben). Die Antragstellerin erreichte hier mit ihrem Angebot auf Los 1 den ersten Platz und für das Los 2 den zweiten Platz. Auch die finale Verhandlungsrunde wurde losweise und so wie im „Basis-Kommunikationspapier“ vom 6. Oktober 2021 beschrieben durchgeführt. Am Ende der Finalrunde bekam die Antragstellerin von der Verhandlungsplattform zunächst die Nachricht angezeigt:

„Verhandlung beendet. Nicht gewonnen“.

Einige Stunden später am selben Tag erhielt die Antragstellerin die Mitteilung, dass es bei den Bewertungspreisen im Los 2 einen Gleichstand gegeben habe, der noch aufgelöst werden müsse. Zur Auflösung des Gleichstands mussten die Bieter für das Los 2 einen neuen Bewertungspreis auf der elektronischen Verhandlungsplattform abgeben. Anschließend wurde der Antragstellerin angezeigt, dass die Verhandlung beendet sei und sie kein Los gewonnen habe.

Auf das Schreiben der Antragstellerin vom 22. Oktober 2021 hin, die Antragsgegnerin hätte ihr zu Unrecht bei, nach oder bei der Auflösung des Gleichstands nicht angezeigt, an welcher Rangfolge das jeweilige Angebot in den einzelnen Losen und bei Berücksichtigung des Gesamtvergaberabatts gelegen habe, antwortete die Antragsgegnerin am 25. Oktober 2021, „die finale Platzierung sei aufgrund einer fehlenden Systemfreigabe nicht sichtbar“ gewesen, sei „inzwischen aber eingeblendet“ worden und auf der Vergabeplattform zu finden.

Ausweislich dieser Übersicht lagen die Angebote der Antragstellerin in Los 1 und in Los 2 auf dem ersten Platz und erst bei Berücksichtigung des Kombinationsrabatts bei der gemeinsamen Vergabe beider Lose auf Platz zwei.

Am 26. Oktober 2021 rügte die Antragstellerin, dass ihr die Platzierung ihrer Angebote in den Finalrunden und bei der Auflösung des Gleichstands nicht mitgeteilt worden sei. Die Antragsgegnerin half der Rüge nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 9. November 2021 beantragte die Antragstellerin bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der Antrag wurde am 10. November 2021 an die Antragsgegnerin übermittelt.

   a) Die Antragstellerin meint, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet, weil ihre Rüge rechtzeitig erfolgt und das Vergabeverfahren (nach Auffassung der Antragstellerin handelt es sich um eine elektronische Auktion) von der Antragsgegnerin fehlerhaft durchgeführt worden sei.

      Zur Rechtzeitigkeit ihrer Rügen trägt die Antragstellerin vor, dass die im Rahmen des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB maßgebliche Angebotsfrist, bis zu deren Ablauf erkennbare Vergabefehler gerügt werden müssten, zum Zeitpunkt der finalen Verhandlungsrunden im Oktober 2021 bereits abgelaufen gewesen sei (Anfang Juni 2021). Diese Rügefrist sei daher für etwaige Rechtsverstöße im Rahmen der von der Antragsgegnerin im Oktober 2021 durchgeführten elektronischen Auktion nicht einschlägig. Darüber hinaus enthielten die Vergabeunterlagen keine Aussage dazu, dass die Antragsgegnerin den Bietern nach den einzelnen Verhandlungsrunden die Rangfolge ihrer Angebote nicht mitteilen würde. Im Gegenteil musste die Antragstellerin die unpräzisen Mitteilungen der Antragsgegnerin in Ziffer 2.2.2 des Basis-Kommunikationspapiers (S. 4), nach Abschluss der Verhandlungen über Los 1, Los 2 und Kombinationsrabatte werde den Bietern die finale Platzierung mitgeteilt, so auslegen, dass den Bietern zumindest vor der Auflösung des Gleichstands die jeweilige Platzierung in Bezug auf die beiden Lose und in Bezug auf eine Gesamtvergabe mitgeteilt werde. Auch aus diesem Grund habe für die Antragstellerin daher kein Anlass bestanden, die Vorgehensweise der Antragsgegnerin bereits aufgrund der Vergabeunterlagen zu rügen. Des Weiteren sei es der Antragstellerin auch nach Treu und Glauben nicht verwehrt, das Verfahren wegen der Vergaberechtsverstöße anzugreifen,

auch wenn sie zur Auflösung des Gleichstands im Los 2 ein Angebot abgab, ohne die fehlende Mitteilung der Platzierung durch die Antragsgegnerin beanstandet zu haben. Bei diesen Vergabefehlern der Antragsgegnerin handele es sich um gravierende Mängel. Eine Ausschlusswirkung wie in § 160 Abs. 3 GWB könne nach der Rechtsprechung des EuGH nicht für Entscheidungen des Auftraggebers gelten, zu denen es erst in späteren Stadien des Vergabeverfahrens gekommen sei.

Zur Begründetheit ihres Nachprüfungsantrags trägt die Antragstellerin vor, die Antragsgegnerin hätte ihr gemäß bei der Durchführung der finalen Verhandlungsrunde und bei der Auflösung des Gleichstands in Los 2 die jeweilige Rangfolge für jedes Los sowie den Angebotsrang für den Fall einer Gesamtvergabe mitteilen müssen. Ein solcher Anspruch ergebe sich aus § 24 Abs. 5 S. 1 SektVO, weil die Antragsgegnerin eine elektronische Auktion durchgeführt habe. Wann eine solche elektronische Auktion vorliege, sei kaum definiert. § 142 i.V.m. § 120 Abs. 2 GWB lasse sich jedoch entnehmen, dass eine elektronische Auktion ein schrittweise sich wiederholendes elektronisches Verfahren sei, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln. Genau so sei auch die Antragsgegnerin hier vorgegangen, indem sie mithilfe einer IT-gestützten Bieterplattform in der Finalrunde schrittweise Preise aufgerufen habe. Dass eine elektronische Auktion nur mit steigenden Preisen durchgeführt werden dürfe, sei kein Tatbestandsmerkmal des § 120 GWB. In den Vergabeunterlagen habe die Antragsgegnerin ihre Vorgehensweise zudem selbst mehrfach als „Auktion“ bezeichnet.

Der Vergaberechtsverstoß der Antragsgegnerin habe sich auch auf das Bieterverhalten der Antragstellerin ausgewirkt. Denn wenn die Antragstellerin gewusst hätte, dass ihre Angebote bei beiden Losen auf dem ersten Platz lagen, im Rahmen der Gesamtvergabe aber nur auf Platz zwei, hätte sie gewusst, dass der Mitbieter einen erheblich höheren Nachlass im Falle einer Gesamtvergabe angeboten haben müsse. In der letzten Verhandlungsrunde hätte die Antragstellerin dann zwar nicht mehr den von ihr angebotenen Gesamtvergabenachlass nachbessern können, sie hätte aber einen höheren Preisnachlass für das Los 2 bei der Auflösung des Gleichstands gewähren können, was sie intern auch durchaus erwogen habe.

Die Antragstellerin beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten,

2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Verhandlungen über den Vergabegegenstand ab dem Verfahrensschritt Finale Verhandlung zu wiederholen, hilfsweise
   eine andere geeignete Maßnahme im Sinne des § 168 Abs. 1 GWB zu treffen, um ein vergaberechtskonformes Verfahren sicherzustellen,
3. der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabeakte zu gewähren,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären und der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.

b) Die Antragsgegnerin beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin werden der Antragstellerin auferlegt.

Die Antragsgegnerin meint, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil die Antragstellerin die Vorgehensweise der Antragsgegnerin im finalen Verhandlungsprozess gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB bereits spätestens bis zum Ablauf der Teilnahme- oder der Angebotsfrist hätte rügen müssen. Da die Antragsgegnerin den Ablauf des finalen Verhandlungsprozesses im Dokument „Verhandlungsdesign“, das Inhalt der Vergabeunterlagen gewesen sei, detailliert beschrieben habe, hätte die mit Verhandlungsverfahren und elektronischen Auktionen vertraute Antragstellerin die Unterschiede zwischen einem reinen Verhandlungsverfahren und einer elektronischen Auktion frühzeitig erkennen können. Am 6. Oktober 2021 habe die Antragsgegnerin den Bietern das konkrete Verhandlungsdesign mitgeteilt und hier in Ziffer 2.2.2 darauf hingewiesen, dass die Bieter ihre finale Platzierung erst nach Abschluss der Verhandlungen erfahren würden. Trotzdem habe die Antragstellerin an den dryruns und anschließend am liverun teilgenommen. Da sich die Antragstellerin mit Wissen über die Ausgestaltung des finalen Verhandlungsprozesses an diesem Verhandlungsprozess beteiligt habe, sei sie außerdem nach Treu und Glauben gehindert, sich erst dann auf Vergabeverstöße zu berufen, nachdem sie erfahren habe, dass sie nicht für den Zuschlag vorgesehen sei. Die Antragstellerin handele widersprüchlich, wenn sie einerseits die Bedingungen durch ihre Teilnahme an der zusätzlichen Runde zur Auflösung des Gleichstands im Los 2 akzeptiere

und andererseits das von ihr abgegebene Gebot nicht gelten lassen wolle, weil ihr vor Abgabe dieses Gebotes die Platzierung bei Los 2 und bei Berücksichtigung des Kombinationsrabatts nicht mitgeteilt worden sei.

Jedenfalls habe der Nachprüfungsantrag nach Auffassung der Antragsgegnerin in der Sache keinen Erfolg. Die Antragsgegnerin führt im Einzelnen näher aus, dass sie keine elektronische Auktion, sondern ein Verhandlungsverfahren mittels Einsatz elektronischer Mittel durchgeführt habe und dass eine solche Auktion für die hier losweise zu vergebenden Leistungen nicht geeignet sei. Sie habe den Ablauf der Verhandlungen verständlich, nachvollziehbar und transparent in den Vergabeunterlagen beschrieben und bei der Ausgestaltung des Verhandlungsverfahrens mit einer finalen Verhandlungsrunde von den ihr hierbei zustehenden Freiheiten und Spielräumen Gebrauch gemacht, ohne die vergaberechtlichen Grenzen zu überschreiten. Die Antragstellerin habe vergaberechtlich keinen Anspruch darauf, dass ihr der Rang ihres Gebotes für Los 1 und ihrer Gebote für Los 1 und Los 2 für den Fall der Gesamtvergabe unter Berücksichtigung eines eventuellen Kombinationsrabatts vor Abgabe des den Gleichstand auflösenden Gebotes für Los 2 mitgeteilt werde. In sämtlichen den Bietern bekanntgegebenen Vorgaben und Regeln über den Ablauf der Verhandlungen sei dies auch nicht vorgesehen. Auch aus den Grundsätzen von Treu und Glauben könne die Antragstellerin keine weitergehenden Informationen verlangen. Denn zwar sei den Bietern in der Qualifizierungsrunde der bisher erzielte Rang mitgeteilt worden, doch dies sei im Basiskommunikationspapier vom 6. Oktober 2021 für die Finalrunde gerade anders vorgesehen gewesen (Ziffer 2.2.2, S. 4 oben).

Doch selbst wenn es sich hier um eine elektronische Auktion handeln sollte, bestehe der von der Antragstellerin begehrte Informationsanspruch nicht. Denn wenn die Qualifizierungsrunde und die Finalrunde als Phasen i.S.d. § 24 Abs. 5 S. 1 SektVO zu begreifen seien, hätte die Antragstellerin die von ihr für erforderlich gehaltenen Informationen von der Antragsgegnerin bereits erhalten. Denn nach Abschluss der Qualifizierungsrunde sei den Bieter die Angebotsränge mitgeteilt wurden und in der Finalrunde für das Los 1 habe es nur eine Phase gegeben. Eine weitere Phase, bei der die Kenntnis des Ranges im Los 1 von Bedeutung hätte sein können, gab es in diesem Los also nicht. Für das Los 2 gab es zwar eine weitere Phase zur Auflösung des Gleichstands. Hier sei den Bietern jedoch zuvor ihr Angebotsrang, nämlich „Gleichstand“, i.S.d. § 24 Abs. 5 S. 1 SektVO mitgeteilt worden.

c) Durch Beschluss vom 17. November 2021 hat die Vergabekammer die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen.

Diese hat über ihre Verfahrensbevollmächtigten vorgetragen, dass die Bieter nur zu Beginn der Qualifizierungsrunde, nach Abschluss der Qualifizierungsrunde und nach Abschluss der Finalrunde einschließlich der Auflösung des Gleichstands in Los 2 über die erzielte Rangfolge informiert worden seien. Eine Zwischeninformation für den Fall der Gleichstandsauflösung inmitten der Finalrunde sei weder in den dryruns noch im liverun vorgesehen gewesen und sei von der Antragsgegnerin auch nicht gegeben worden.

Die Antragstellerin habe auch keinen Anspruch auf eine solche Zwischeninformation. Denn eine solche Information würde dem jeweils anderen Bieter einen deutlichen Eindruck von der Zusammensetzung der übrigen Angebotspreise geben. Diese seien jedoch Geschäftsgeheimnisse und dürften anderen Bietern wegen des Geheimwettbewerbs nicht zugänglich gemacht werden. Schließlich habe die Antragsgegnerin keine elektronische Auktion mit absteigenden Preisen i.S.d. §§ 23, 24 SektVO durchgeführt, so dass die Antragsgegnerin auch gesetzlich nicht verpflichtet gewesen sei, den Bietern mehr als die bereits erteilten Informationen zu geben. Abgesehen davon sei fraglich, welche Relevanz die begehrten Informationen für die Antragstellerin gehabt hätten. Denn es habe je Los nur eine Verhandlungsrunde gegeben bzw. in Los 2 zusätzlich eine Auflösung des Gleichstands. Die tatsächlich bereits erhaltenen Informationen seien für die Antragstellerin ausreichend gewesen, denn bei der Gleichstandsauflösung habe sie entsprechend reagiert und ihren Angebotspreis ein weiteres Mal gesenkt.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin nach vorheriger Zustimmung der Antragsgegnerin Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.
In der mündlichen Verhandlung am 7. Dezember 2021 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 14. Dezember 2021 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 28. Dezember 2021 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.

Es bestehen bereits erhebliche Zweifel daran, dass der Nachprüfungsantrag zulässig ist (dazu unter 1.), jedenfalls aber ist er unbegründet (dazu unter 2.). Der Hilfsantrag der Antragstellerin, andere geeignete Maßnahmen i.S.d. § 168 Abs. 1 GWB zu treffen, ist ebenfalls zurückzuweisen (dazu unter 3.).

1. Es spricht viel dafür, dass der Nachprüfungsantrag bereits als unzulässig zu verwerfen ist, weil die Rüge der Antragstellerin erst nach Abgabe ihrer Angebote und damit nicht rechtzeitig erfolgt sein dürfte. Denn dass die Antragsgegnerin den Bietern vor der Abgabe der finalen Angebote nicht den in den bisherigen Verhandlungen erzielten Rang ihres Angebots mitteilen würde, ergab sich so bereits aus den Vergabeunterlagen (den Papieren „Verhandlungsdesign“ und „Basis-Kommunikationspapier“). Anders als die Antragstellerin meint, waren diese insoweit eindeutig. Denn in Ziffer 2.2.2 des „Basis-Kommunikationspapiers“ vom 6. Oktober 2021, S. 4, hat die Antragsgegnerin ausdrücklich gesagt, die „finale Platzierung“ den Bietern erst „nach Abschluss der Verhandlungen“ mitzuteilen. Bereits aus den Begriffen „finale“ Platzierung und „nach Abschluss“ ist unzweifelhaft zu entnehmen, dass es sich hierbei nicht um die Mitteilung von Zwischenständen während der noch laufenden Verhandlungen geht, sondern um die Vorgehensweise erst am endgültigen („finalen“) Ende aller Verhandlungsrunden. Des Weiteren besteht auch kein Widerspruch zu der Vorgehensweise der Antragsgegnerin am Ende der Qualifizierungsrunde. Hier hatte die Antragsgegnerin beiden Bietern zwar ihre bisherige Rangfolge mitgeteilt. Anders als bei der Finalrunde war dies den Bietern so aber auch im Basis-Kommunikationspapier auf Seite 4 oben in der Beschreibung des Ablaufs der Qualifizierungsrunde mitgeteilt worden.

   Gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB hätte die Antragstellerin diesen aus den Vergabeunterlagen erkennbaren Vergaberechtsverstoß spätestens bis zur Abgabe ihres letzten Angebots auf Los 2 im Rahmen der Auflösung des bisherigen Gleichstands beider Angebote in diesem Los rügen müssen. Denn wie bereits ein Vergleich des Wortlauts von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB einerseits und Nr. 3 andererseits zeigt, kommt es in einem

solchen Fall – anders als die Antragstellerin meint – nicht auf den Ablauf der „in der Bekanntmachung“ benannten Angebotsfrist an, sondern auf den Ablauf der tatsächlichen, ggf. den Bietern auch erst später mitgeteilten Angebotsfrist an, in Verhandlungsverfahren also auf die Frist für die Abgabe der endgültigen (finalen) Angebote. Gerade um zu gewährleisten, dass auch in Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb wie hier eine Rügeobliegenheit der ausgewählten Teilnehmer in Bezug auf in den Vergabeunterlagen erkennbare Vergabeverstöße bis zum Ablauf der in solchen Fällen regelmäßig nicht in der Bekanntmachung benannten Angebotsfrist besteht, wurde der Wortlaut dieser Norm im Vergleich zur Vorgängervorschrift des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB a.F. mit der Vergaberechtsnovelle 2016 geändert (Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des § 160 GWB im Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016, BT-Drs. 18/6281, S. 134 f.).

Dem dürfte auch nicht die von der Antragstellerin zitierte EuGH-Entscheidung entgegenstehen. Im Gegenteil hat der EuGH hier zwar darauf hingewiesen, dass eine nationale Ausschlussregelung wie § 107 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. (jetzt: § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB) gegen das EU-rechtliche Effektivitätsgebot verstoßen kann. Ein solcher EU-Rechtsverstoß liegt nach dem EuGH aber nur dann vor, wenn ein Antragsteller Vergaberechtsverstöße aufgrund einer nationalen Ausschlussfrist nicht mehr geltend machen darf, die erst nach Ablauf der Angebots- oder Bewerbungsfrist überhaupt erst auftreten können. Für den hier vorliegenden Fall, dass ein Vergaberechtsverstoß schon vor Ablauf der Angebotsfrist feststellbar ist, hat der EuGH jedoch in derselben Entscheidung ausdrücklich bestätigt, dass eine nationale Rechtslage, nach der einem Antragsteller die Vergabenachprüfung eines Rechtsverstoßes allein aufgrund seiner verspäteten Rüge verwehrt ist, EU-rechtlich nicht zu beanstanden ist (s. EuGH, Urteil vom 11. Oktober 2007, Rs. C-241/06, Rn. 56 ff.).

Ob die Antragstellerin die fehlende Mitteilung des Rangs ihrer Angebote während der noch laufenden Preisverhandlungen zu spät gerügt hat, kann hier letztendlich dahingestellt bleiben, weil der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet ist.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, denn die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf die von ihr begehrten Informationen. Bei dem von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergabeverfahren handelt es sich nämlich nicht um eine elektronische Auktion, sondern um ein Verhandlungsverfahren (dazu unter a)). Jedenfalls im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens besteht kein solcher Informationsanspruch (dazu unter b)).

a) Bei dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um ein Verhandlungsverfahren (das mithilfe elektronischer Mittel durchgeführt wurde), jedoch nicht um eine elektronische Auktion i.S.d. §§ 142, 120 Abs. 2 GWB, §§ 23, 24 SektVO.

Zunächst ist klarzustellen, dass es sich bei der elektronischen Auktion nicht um eine eigenständige Verfahrensart handelt, sondern um eine besonderen Vorgehensweise z.B. im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens (oder auch eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens), vgl. § 23 Abs. 1 SektVO, Art. 53 Abs. 2 RL 2014/25/EU. Dass die Antragsgegnerin im Rahmen ihres Verhandlungsverfahrens von den ihr in §§ 23, 24 SektVO eingeräumten besonderen Mitteln Gebrauch machen wird, hat sie den Bietern nicht in den Vergabeunterlagen mitgeteilt. So ist sie auch tatsächlich hier nicht vorgegangen, sondern im Gegenteil so wie in den Vergabeunterlagen vorher beschrieben. Abgesehen davon, dass (entgegen § 24 Abs. 1 SektVO, Art. 53 Abs. 4 RL 2014/25/EU) in der EU-Bekanntmachung keine elektronische Auktion angekündigt wurde, deuten die detaillierten Beschreibungen der Antragsgegnerin der Vorgehensweise im Rahmen der Verhandlungen nicht auf eine elektronische Auktion hin: Mehrere Varianten, wie die Antragsgegnerin sie noch in der Vergabeunterlage „Verhandlungsdesign“ dargestellt hat (bilaterale Verhandlungen, zweistufige Verhandlung mit steigenden bzw. sinkenden Preisen) gäbe es bei einer elektronischen Auktion gemäß §§ 23, 24 SektVO gar nicht; eine elektronische Auktion mit steigenden Preisen, wie sie hier in der Finalrunde durchgeführt wurde, ist in § 23 Abs. 2 SektVO ebenfalls nicht vorgesehen (und widerspräche wegen Art. 53 Abs. 1 RL 2014/25/EU auch den dort genannten Vorgaben).

Des Weiteren regeln die Vorschriften über die elektronische Auktion eine Teilnahme aller „Bieter, die zulässige Angebote unterbreitet haben“ (§ 24 Abs. 3 S. 1 SektVO, Art. 53 Abs. 5 UAbs. 5 RL 2014/24/EU). Dies hatte die Antragsgegnerin hier aber gerade nicht vorgesehen, sondern sich stattdessen für eine „abgeschichtete“ Verhandlung mit einzelnen Unternehmen entschieden. Ebenfalls im Widerspruch zu den vorgenannten Grundsätzen einer elektronischen Auktion steht es, dass der Zuschlag an einen Bieter erteilt werden kann, der an einzelnen Phasen der Auktion nicht mehr teilnimmt. Genau dies war hier jedoch möglich, denn in ihrer Antwort auf die Bieterfrage Nr. 241 hatte die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass auch ein nicht an der Finalrunde teilnehmender Bieter noch den Zuschlag erhalten könne, falls sich nach der Finalrunde herausstellen solle, dass dieser Bieter unter Berücksichtigung seines Gesamtrabatts das günstigste Angebot abgegeben hat.

Ein „sich schrittweise wiederholendes“ Vorgehen mit Angeboten, wie es §§ 142, 120 Abs. 2 GWB als Merkmal einer elektronischen Auktion beschreiben und auf das die Antragstellerin ihre gegenteilige Auffassung stützt, war hier ebenfalls nicht vorgesehen und fand tatsächlich auch nicht statt. Denn zwar wurden den Bietern in der Qualifizierungsrunde mehrere unterschiedliche Zielpreiskorridore und in der Finalrunde mehrere (sich „schrittweise“ erhöhende) Preisstufen angezeigt. Jedoch konnten die Bieter nicht auf unterschiedliche Korridore oder Preisstufen Angebote abgeben, sondern (je Los) nur auf einen einzigen Preiskorridor und eine einzige Preisstufe, danach war der betreffende Bieter für diese Runde gesperrt (s. hierzu insbesondere auch die Antwort der Antragsgegnerin auf die Bieterfrage Nr. 240).

Vor dem Hintergrund der Beschreibung der Durchführung des Vergabeverfahrens und der auf dieser Grundlage erfolgten Durchführung des Verfahrens durch die Antragsgegnerin vermag auch die vereinzelte Erwähnung des Begriffs „Auktion“ im „Basis-Kommunikationspapier“ vom 6. Oktober 2021 das von der Antragsgegnerin tatsächlich gewollte und mithilfe elektronischer Mittel durchgeführte Verhandlungsverfahren nicht in eine elektronische Auktion im Sinne der §§ 23, 24 SektVO umzuwandeln. Zudem wurde seitens der Antragsgegnerin auch nicht der vergaberechtliche Fachbegriff „elektronische Auktion“, sondern lediglich „Auktion“ verwendet. Damit handelt es sich hier offensichtlich um eine sog. falsa demonstratio, die für die rechtliche Einordnung des Handelns der Antragsgegnerin unschädlich ist.

b) In einem Verhandlungsverfahren hat die Antragstellerin keinen Anspruch auf die von ihr begehrten Informationen über den Zwischenstand der von ihr bisher abgegebenen Angebote.

Ein solcher Anspruch der Antragstellerin scheitert bereits daran, dass die Antragsgegnerin dies so nicht in den Vergabeunterlagen vorgesehen hatte. Wie bereits oben unter II.1 dargelegt, ergab sich aus Ziffer 2.2.2 des „Basis-Kommunikationspapiers“ vom 6. Oktober 2021 (S. 4) eindeutig und auch im Vergleich zur Vorgehensweise der Antragsgegnerin in der Qualifizierungsrunde widerspruchsfrei, dass den Bietern die Rangfolge ihrer Angebote erst nach Abschluss der Verhandlungen, jedoch nicht während der noch laufenden Verhandlungen mitgeteilt wird.

Hinzu kommt, dass die die Weitergabe der von der Antragstellerin begehrten Informationen in einem laufenden Verhandlungsverfahren die Grundsätze des Geheimwettbewerbs verletzen würde. Festzustellen ist nämlich zunächst, dass die Antragstellerin vor Abgabe ihres finalen Angebots auf das Los 2 (Angebot nach Mitteilung des Gleichstands) bereits wesentliche Informationen über den Stand des Verhandlungsverfahrens erhalten hat: Sie wusste zu diesem Zeitpunkt, dass es im Los 2 einen Gleichstand gegeben hatte (beide Angebote also denselben Bewertungspreis hatten) und dass es im Los 1 jedenfalls keinen Gleichstand gab. Damit war für die Antragstellerin zumindest klar, dass sie den Zuschlag in Los 2 (und vielleicht auch im Rahmen der von der Antragsgegnerin erst noch am Ende zu beurteilenden Gesamtvergabe) nur würde erhalten können, wenn sie ihren Preis ein weiteres Mal reduzieren würde – genau solche Erwägungen hat die Antragstellerin vor ihrem finalen Angebot auf das Los 2 auch angestellt. Gefehlt hat der Antragstellerin „nur“ die Information über ihre Platzierung im Los 1 und darüber, wie ihre Angebote unter Berücksichtigung des Kombinationsrabatts, also im Falle einer Gesamtvergabe beider Lose an einen Bieter, platziert waren. Wenn die Antragsgegnerin der Antragstellerin vor der Abgabe ihres finalen Angebots auf Los 2 auch diese Informationen noch gegeben hätte, hätte die Antragstellerin Auskunft über wesentliche, im Rahmen der Verhandlungen feststehende Wettbewerbsparameter des Konkurrenzangebotes erhalten. Dies verstieße gegen den auch in Verhandlungsverfahren zu wahrenden Grundsatz des Geheimwettbewerbs.

Ob die Informationen zu beiden Losen, die die Antragsgegnerin der Antragstellerin – wohl irrtümlich – schon vor Abgabe der Gleichstandsauflösung gegeben hat, bereits zu weitgehend waren, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn selbst wenn dies vergaberechtswidrig gewesen sein sollte, hat sich dieser Vergaberechtsverstoß nicht zu Lasten der Zuschlagschancen der Antragstellerin ausgewirkt und sie damit nicht in ihren Rechten verletzt. Im Gegenteil haben es ihr diese Informationen ermöglicht zu erkennen, dass sie ihren Preis im finalen Angebot auf das Los 2 weiter reduzieren muss. Dass diese Preisreduzierung im Ergebnis nicht ausreichte, um auf den ersten Wertungsplatz zu gelangen, beruht nicht auf dem – hier unterstellten – Vergaberechtsverstoß der Antragsgegnerin, sondern dem Angebotsverhalten der Antragstellerin selbst.

3. Da das Verfahren der Antragsgegnerin nicht vergaberechtswidrig war oder sich etwaige Fehler jedenfalls nicht zu Lasten der Antragstellerin ausgewirkt haben, ist der Hilfsantrag der

Antragstellerin, andere Maßnahmen anzuordnen, um ein vergaberechtskonformes Verfahren sicherzustellen, ebenfalls zurückzuweisen.

III.

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

Die Antragstellerin hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Beigeladenen gestellt, da sie ihren Antrag darauf stützt, dass die Beigeladene zu Unrecht für den Zuschlag vorgesehen sei. In einem solchen Fall entspricht es der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen, weil sich diese aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Sach- und Rechtsfragen zur Abgrenzung besondere Arten von Vergabeverfahren aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Zudem wurde so die erforderliche „Waffengleichheit“ gegenüber der anwaltlich vertretenen Antragstellerin hergestellt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2019, VII-Verg 55/18).

IV.

Soweit eine sofortige Beschwerde bis zum 31. Dezember 2021 eingelegt wird, gilt Folgendes:

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.

Soweit eine sofortige Beschwerde nach dem 31. Dezember 2021 eingelegt wird, gilt Folgendes:

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

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigefügt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 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 Dr. Dittmann