

1. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

69 d · VK - 01/2014



Leitsätze:

1. Zur Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften bei § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB.
2. Zu den Anforderungen an die offensichtliche Unzulässigkeit und an die offensichtliche Unbegründetheit gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB.
3. Der Gleichbehandlungsgrundsatz bedarf keiner weiteren Umsetzung durch konkrete Vergaberegeln. Er umfasst sämtliche Handlungen des Auftraggebers im laufenden Vergabeverfahren.
4. Für die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten sind die allgemeine Komplexität des Vergaberechts, die Bedeutung und das Gewicht des dem Nachprüfungsverfahrens zugrunde liegenden öffentlichen Auftrages für den Auftraggeber sowie die im Nachprüfungsverfahren geltende kurze Entscheidungsfrist und die Herstellung einer „Waffengleichheit“ gegenüber einem ebenfalls anwaltlich vertretenen Beteiligten relevant.

Stichworte: erkennbarer Verstoß gegen Vergabevorschriften, offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit, Gleichbehandlungsgrundsatz, Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten

Normen: §§ 97 Abs. 2, 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB, 110 Abs. 2 Satz 1, 128 Abs. 4 Satz 4 GWB; § 80 H VwVfG

Streitgegenstand: Generalplanerleistungen für den Bau einer Umgehungsstraße und dazugehörige Ingenieurbauwerke, Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach VOL/A

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

fürher Dipl.-Ing. Peter Dörr, Prof. Dipl.-Ing. Günter Ernst u.a., Hilpertstraße 20,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen:

Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach VOF,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsdirektorin Roth und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel

ohne mündliche Verhandlung

am 28. Januar 2014 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von € festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin und Vergabestelle schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 3. Juli 2013 die Vergabe des Auftrags von Generalplanerleistungen für den Bau

im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach VOF europaweit aus (HAD-Referenz-Nr.).

Mit Schreiben vom 7. Oktober 2013 forderte sie die Antragsgegnerin zur Abgabe eines Angebotes auf. In den beigefügten Unterlagen zur Angebotsaufforderung war ein vorformuliertes Angebotsschreiben mit Ausschreibungsunterlagen-/Leistungsbeschreibung enthalten; dem waren neben einer Übersicht (Ziff. 1. dieser Unterlagen) u.a. die Angebotsbedingungen (Ziff. 2. dieser Unterlagen) sowie Erläuterungen der Aufgabenstellung und der Rahmenbedingungen (Ziff. 3. dieser Unterlagen) zu entnehmen.

In der Übersicht wurde in Ziff. 1.1. die Art der Vergabe bezeichnet.

Als Angebotsbedingung bestimmte Ziff. 2.3., Spiegelstrich 2, zum Inhalt des Angebotes u.a. wie folgt: „Das schriftliche Angebot muss folgende Bestandteile enthalten: Präsentationsfolien für die im Bietergespräch zu haltende Präsentation des Bieters (...)“. Als weitere Angebotsbedingung gab Ziff. 2.4., Abs. 2, zur Präsentation Folgendes vor: „(...) Dabei sind die mit den Angebotsunterlagen eingereichten Präsentationsfolien zu verwenden.“ Die daran anschließende Angebotsbedingung zur Präsentation lautete in Ziff. 2.4.,

Abs. 3, folgendermaßen: „In seiner Präsentation soll der Bieter das Projekt analysieren, insbesondere die aus seiner Sicht bestehenden Projektrisiken identifizieren und die spezifischen Problemstellungen erläutern. Außerdem soll er seine beabsichtigte Herangehensweise, d.h. seine Konzepte für die Organisation der Projektabwicklung, im Besonderen die Termin- und Kostensteuerung sowie die Sicherstellung einer angemessenen Präsenz vor Ort darstellen. Das für die Auftragsausführung vorgesehene Projektteam sollte vorgestellt werden.“

Bei den Erläuterungen der Aufgabenstellung und der Rahmenbedingungen bestimmte Ziff. 3.1., Abs. 1, zur Bewertung der Angebote wie folgt: „Die eingereichten Angebotsunterlagen und die Präsentation werden auf der Basis der folgenden Zuschlagskriterien bewertet.“

Am 18. November 2013 gab die Antragstellerin ihr Angebot ab. Dies enthielt auch Präsentationsfolien für das Bietergespräch.

Am 28. November 2013 führten die Beteiligten das Bietergespräch durch. Dabei fand auch eine Präsentation durch die Antragstellerin statt. Für die Präsentation verwendete sie Folien, die - unstreitig - nicht mit dem ihrem Angebot beigefügten Präsentationsfolien vollständig identisch waren.

Mit Schreiben vom 11. Dezember 2013 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot aus formellen Gründen nicht weiter im Vergabeverfahren berücksichtigt werden kann. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die mit dem Angebot eingereichten Präsentationsfolien von denen abgewichen wären, die bei der Präsentation verwendet wurden; zu den Abweichungen wurden nähere Angaben gemacht. Nach Auffassung der Antragsgegnerin hätte sich die Antragstellerin damit gegenüber den anderen Bietern einen Vorteil verschafft, der nicht mehr ausgeglichen werden könne. Ihr Angebot sei deshalb auszuschließen.

Dies rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 13. Dezember 2013. Ihr Angebot sei zu werten, zumindest in seiner ursprünglichen Form.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2013 teilte die Antragsgegnerin ihr mit, dass sie ihrer Rüge nicht abhelfen wird.

Die Antragsgegnerin hinterlegte vorsorglich mit Schriftsatz vom 20. Dezember 2013 eine Schutzschrift bei der Vergabekammer. Die Schutzschrift ging dort am 27. Dezember 2013 ein.

Darin beantragt sie für den Fall eines Nachprüfungsantrages,

1. diesen ohne vorherige Übermittlung als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsgegner notwendig war.

Als Begründung gab sie im Wesentlichen die in ihrem Nichtabhilfeschreiben vorgetragenen Gründe an.

Mit Schriftsatz vom 31. Dezember 2013 stellte die Antragstellerin ihren Antrag, der bei der Vergabekammer am 2. Januar 2014 einging.

Darin beantragte sie u.a., ihr Angebot vom 18. November 2013 im Rahmen der Angebotswertung zu berücksichtigen und nicht auszuschließen sowie sie zum weiteren Verhandlungsverfahren zuzulassen.

Als Begründung gab sie im Wesentlichen die in ihrer Rüge vorgetragenen Gründe an, wobei sie die Rüge darlegte. Zudem bezeichnete sie u.a. die verfügbaren Beweismittel, wobei sie die Aufforderung zur Angebotsabgabe der Antragsgegnerin mit dem vorformulierten Angebotschreiben und den Unterlagen zur Angebotsforderung, namentlich Angebotsbedingungen sowie Erläuterungen der Aufgabenstellung und der Rahmenbedingungen, jeweils in Kopie als Anlagen beifügte.

Mit Verfügung vom 2. Januar 2014 teilte die Vergabekammer der Antragstellerin mit, dass sie auch unter Berücksichtigung der Schutzschrift der Antragsgegnerin beabsichtigt, den Nachprüfungsantrag wegen offensichtlicher Unbegründetheit nicht zu übermitteln. Zugleich gab sie ihr Gelegenheit, zur Schutzschrift binnen einer bestimmten Frist Stellung zu nehmen; die Frist wurde auf Bitte der Antragstellerin in der Folgezeit verlängert.

Die Antragsgegnerin wurde über die Gewährung rechtlichen Gehörs zur Schutzschrift lediglich in Kenntnis gesetzt.

Mit Schreiben vom 8. Januar 2014 erhob die Antragstellerin eine weitere Rüge. Danach sei für das Vergabeverfahren die falsche Verfahrensart gewählt worden, weil statt des Verhandlungsverfahrens das Offene Verfahren hätte ausgeschrieben und durchgeführt werden müssen.

Mit Schriftsatz vom 15. Januar 2014 machte die Antragsgegnerin ergänzende Ausführungen zu ihrer Schutzschrift, mit denen sie der ebengenannten weiteren Rüge entgegentrat.

Auch dazu erhielt die Antragstellerin Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit Schriftsatz vom 17. Januar 2014 - eingegangen am selben Tage - nahm die Antragstellerin zur Schutzschrift und zu den Ergänzungen Stellung; zugleich änderte sie ihren Antrag.

Sie beantragt nunmehr,

1. gegen die Antragsgegnerin das Vergabenachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB einzuleiten und den Nachprüfungsantrag zu übermitteln,
2. der Antragstellerin gemäß § 111 Abs. 1 GWB die Einsichtnahme in die Vergabeakte zu gestatten,
3. die Ausschlussentscheidung der Antragsgegnerin aufzuheben,

4. das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsprüfung zurück zu versetzen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot der Antragstellerin unter Maßgabe der Rechtsauffassung der erkennenden Vergabekammer zu werten,
5. hilfsweise das Vergabeverfahren aufzuheben,
6. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,
7. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Zur Begründung trug sie im Wesentlichen wie folgt vor: Zum einen sei ihre Rüge hinsichtlich der Verfahrensart unverzüglich erfolgt, weil die Erkennbarkeit des Rechtsverstoßes wegen intransparenter und unpräziser Vergabeunterlagen erst nach Einholung eines spezialisierten anwaltlichen Rats gegeben gewesen sei. Zudem sei die Antragsgegnerin nicht berechtigt gewesen, das Verhandlungsverfahren nach Maßgabe der VOF für das vorliegende Vergabeverfahren zu wählen. Zum zweiten sei der Nachprüfungsantrag, soweit er ihre Rüge hinsichtlich des Angebotsausschlusses zum Gegenstand hat, begründet, da der Ausschluss vergaberechtswidrig sei. Insbesondere sollte nicht die Präsentation, sondern allein der Inhalt des Konzeptes bewertet werden; auch seien die Abweichungen bei den beanstandeten Präsentationsfolien nur als geringfügig anzusehen. Zum dritten ergebe sich weder aus dem Nachprüfungsantrag noch aus der Schutzschrift eine offensichtliche Unbegründetheit des Antrages, da aufgrund des widersprüchlichen Vortrages der Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen vom 20. Dezember 2013 und vom 15. Januar 2014 nicht von einer gesicherten Sachverhaltslage ausgegangen werden könne; dies sei aber erforderlich.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 20. Januar 2014 erhielt die Antragsgegnerin Gelegenheit, auch dazu Stellung zu nehmen.

Mit Schriftsätzen vom 23. Januar 2014 erwiderte sie auf den letzten Vortrag der Antragstellerin.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom selben Tage wurden diese Schriftsätze der Antragstellerin zur Kenntnisnahme zugesendet. Gleichmaßen wurden die Beteiligten darauf hingewiesen, dass die Vergabekammer beabsichtigt, den Antrag weiterhin nicht zu übermitteln, und dass ein rechtsmittelfähiger Beschluss ergehen wird.

II.

Der Nachprüfungsantrag wird nicht übermittelt, weil er teilweise offensichtlich unzulässig, im Übrigen offensichtlich unbegründet ist (§ 110 Abs. 2 Satz 3 GWB).

1. Der Antrag ist offensichtlich unzulässig, soweit die Antragstellerin einen Rechtsverstoß aufgrund Wahl der falschen Verfahrensart bzw. Vergabeart geltend macht.

Sie ist damit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Danach ist ein Antrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Be-

kanntmachung benannten Frist oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

Das ist hier der Fall.

Denn für die Erkennbarkeit müssen sich die Tatsachengrundlagen der Rechtsverstöße allein aus den konkreten Vergabeunterlagen ergeben (Kulartz/Kus/Portz-Wiese, *GWB-Vergaberecht*, 3. Aufl. 2014, § 107 Rn. 122; vgl. Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Steiff, *Vergaberecht*, 1. Aufl. 2013, § 107 Rn. 126 [a.E.]).

Der Antragstellerin war zumindest anhand der Vergabeunterlagen, die ihr mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 7. Oktober 2013 zugesendet worden waren, die getroffene Wahl der Vergabeart ersichtlich. So wurde in dem vorformulierten Angebotsschreiben im dortigen Bereich des Briefkopfes neben dem Anschriftsfeld des Bieters bzw. der Antragstellerin die gewählte Verfahrensart angegeben, indem vor dem Schriftzug „Verhandlungsverfahren“ ein Kreuz angebracht worden war. Zudem wurde in der Übersicht der Unterlagen zur Angebotsaufforderung (Ziff. 1. dieser Unterlagen) zu den Angebotsangaben bei Ziff. 1.1. die Art der Vergabe mit folgendem Wortlaut benannt: „Verhandlungsverfahren mit vorheriger Öffentlicher Vergabebekanntmachung nach VOF“.

Diese Angaben sind hinreichend deutlich und konkret. Auf die Frage, ob für die Erkennbarkeit des Rechtsverstoßes eine auf den jeweiligen Bieter bezogene individuelle Betrachtung oder das Normalverständnis eines fachkundigen, verständigen Bieters maßgebend ist (s. zum Ganzen: Ziekow/Völlink-Dicks, *Vergaberecht*, 1. Aufl. 2011, § 107 *GWB* Rn. 50, Fn. 194, Fn. 195, jew. m.w.N.), kommt es daher nicht an, zumal selbst beim letztgenannten objektiven Maßstab vergaberechtliche Spezialkenntnisse oder sonstiges fachmännisches Spezialwissen nicht vorausgesetzt wird (Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Steiff, a.a.O., § 107 Rn. 124 [Fn. 240] i.V.m. Rn 120 [a.E.] m.w.N.).

Demzufolge ist ihr Vortrag, der Rechtsverstoß sei erst nach Einholung eines spezialisierten anwaltlichen Rats erkennbar gewesen, ohne Belang. Denn eine anwaltliche Spezialisierung ist aus vorgenannten Gründen unerheblich.

Damit konnte die Antragsgegnerin – die besagte Unterlagen unstreitig erhalten hatte und für die Abgabe ihres Angebotes verwendete – auch ohne rechtskundigen Rat erkennen, nach welcher Vergabeart verfahren wird.

Demnach war der geltend gemachte Rechtsverstoß bis spätestens bis zur Angebotsabgabe – hier am 18. November 2013, 12:00 Uhr – zu rügen.

Demgegenüber erfolgte die diesbezügliche Rüge der Antragstellerin erstmals mit ihrem Schreiben vom 8. Januar 2014, also erst nach Ablauf der Angebotsfrist.

Der besagte Rechtsverstoß wurde demzufolge zu spät gerügt.

Daran ändert auch ihr Rügevortrag, es hätte die vermeintlich richtige Verfahrensart durchgeführt werden müssen, nichts. Denn selbst wenn man dem entnehmen würde, dass besagter Rechtsverstoß ihr erst bei Durchführung des Vergabeverfahrens erkennbar gewesen wäre, dann hätte sie dies noch während ihrer Teilnahme an diesem Verfahren rügen müssen. Dies wäre ihr insbesondere bei oder nach dem Bietergespräch vom 28. November 2013 möglich gewesen, zumal sie erst mit Schreiben vom 11. Dezember 2013 von ihrem Ausschluss erfuhr.

Die Antragstellerin ist mit diesem Vortrag folglich präkludiert, der Antrag mithin insoweit unzulässig.

Die Unzulässigkeit ist hier auch offensichtlich.

Offensichtlichkeit i.S.d. § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB kann nur dann angenommen werden, wenn die fehlenden Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages ohne nähere Prüfung feststellbar sind. Die Unzulässigkeit muss gleichsam „auf den ersten Blick“ erkennbar sein (Müller-Wrede-Schneevogel, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2014, § 110 Rn. 9). In tatsächlicher Hinsicht bedeutet dies, dass die Unzulässigkeit des Antrages nach Lage der Akten ohne weitere Tatsachenaufklärung feststellbar sein muss; Grundlage für die Prüfung ist dementsprechend der Nachprüfungsantrag und – wie hier – eine dazu vorliegende Schutzschrift (Kulartz/Kus/Portz-Ohlerich, a.a.O., § 110 Rn. 41; Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 110 GWB Rn. 12).

Hier sind die relevanten Umstände schon der Antragschrift vom 31. Dezember 2013 und dem dazugehörigen Anlagenkonvolut entnehmbar. Diese Unterlagen sind – neben der Schutzschrift – gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB Gegenstand der Vorabprüfung durch die Vergabekammer. Die vorstehenden Erwägungen zur Unzulässigkeit beruhen vor allem auf dem einschlägigen Vortrag in der Antragschrift sowie auf den relevanten Angaben in der Anlage „Ast 1“. Diese Erkenntnismittel waren der Vergabekammer ohne Weiteres verfügbar; deren Inhalt und die dort benannten Umstände waren ihr auf Anhieb ersichtlich und verständlich. Es bedurfte also keiner weiteren Tatsachenaufklärung.

Das Schreiben der Antragstellerin vom 8. Januar 2014 ist aus den vorgenannten Gründen insoweit ohne Belang.

Demnach ist der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Rüge zur Vergabeart offensichtlich unzulässig, im Übrigen aber zulässig.

2. Der Nachprüfungsantrag hat jedoch auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg, da er im Übrigen offensichtlich unbegründet ist.

Der Ausschluss der Antragstellerin wegen Verstoßes gegen die Angebotsbedingungen war aus Gründen der Gleichbehandlung rechtmäßig.

Gemäß § 97 Abs. 2 GWB sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren - vorbehaltlich abweichender Regelungen - gleich zu behandeln.

Der damit normierte Gleichbehandlungsgrundsatz ist als elementares Grundprinzip des öffentlichen Vergaberechts von zentraler Bedeutung (Kulartz/Kus/Portz-Kus, a.a.O., § 97 Rn. 28; Ziekow/Völlink-Ziekow, a.a.O., § 97 GWB Rn. 10). Da dieser Grundsatz als konkrete Ge- und Verbotsnorm ausgestaltet ist, bedarf er keiner weiteren Umsetzung durch konkrete Vergaberegeln (Müller-Wrede-ders., a.a.O., § 97 Rn. 4). Er umfasst sämtliche Handlungen des Auftraggebers im laufenden Vergabeverfahren (Müller-Wrede-ders., a.a.O., § 97 Rn. 5). An ihm sind daher - neben Leistungsbeschreibung und Auswahl der Unternehmen für die Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren (Müller-Wrede-ders., a.a.O., § 97 Rn. 5) - auch Angebotsbedingungen und deren Einhaltung zu messen.

Daher kommt es nicht darauf an, dass die hier einschlägigen Regelungen der VOF keine Vorschriften über die Einhaltung von Angebotsbedingungen und die Rechtsfolgen bei deren Nichteinhaltung enthalten. Nicht relevant sind hier die Ausschlussregelungen in § 4 Abs. 6 bis 9 VOF, da sie die mangelnde Leistungsfähigkeit bzw. Zuverlässigkeit von Bewerbern und Bietern zum Gegenstand haben; diese Regelungen sind abschließend (Voppel/Osenbrück/Bubert, VOF, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn. 84, 85). Deren abschließender Regelungscharakter steht nicht dagegen, die Einhaltung von Angebotsbedingungen durch gerade alle Bieter am Gleichbehandlungsgrundsatz zu messen; dies läuft nicht dem Grundsatz der weitgehend freien Verhandelbarkeit von Angeboten freiberuflicher Leistungen zuwider, zumal er die Aufstellung von Angebotsbedingungen nicht untersagt. Sind sie - wie hier - aufgestellt, sind im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes gleichgelagerte Sachverhalte gemäß den Angebotsbedingungen gleich zu behandeln.

Auch kommt es aus demselben o.a. Grunde nicht darauf an, dass die hier aufgestellten Angebotsbedingungen weitgehend nicht regeln, wie bei deren Nichteinhaltung zu verfahren ist. Aus der Bestimmung in Ziff. 2.4., Abs. 2 Satz 2, der Ausschreibungsunterlagen/Leistungsbeschreibung, wonach bei Zeitüberschreitung die Präsentation aus Gründen der Gleichbehandlung abubrechen ist, kann nicht geschlossen werden, dass die Nichteinhaltung der übrigen Angebotsbedingungen gerade ohne Konsequenzen bliebe. Denn dies wäre sinnwidrig, weil mit den Angebotsbedingungen im Rahmen des Leistungsbestimmungsrechtes der Antragsgegnerin u.a. der Ablauf des Vergabeverfahrens und die Formerfordernisse der Angebote vorgegeben waren. Vielmehr folgt daraus, dass die Antragsgegnerin in der Nichteinhaltung von Angebotsbedingungen einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sah und Wettbewerbsvorteile einzelner Bieter vermeiden wollte, indem sie auf einen Verstoß mit bestimmten Maßnahmen reagieren wird.

Die Antragstellerin hat hier die Angebotsbedingungen gemäß Ziff. 2.3., Spiegelstrich 2, und gemäß Ziff. 2.4., Abs. 2 Satz 3, der Ausschreibungsunterlagen/Leistungsbeschreibung nicht eingehalten. Danach waren die Präsentationsfolien Bestandteil des Angebotes und die mit dem Angebot eingereichten Folien waren bei der Präsentation zu verwenden.

Folglich war vorgegeben, dass eingereichte und präsentierte Folien identisch sein mussten. Da eine Ausnahme nicht geregelt war, war eine vollumfängliche Identität bestimmt.

Demgegenüber hat die Antragstellerin zur Präsentation mehrere Folien geändert und neue hinzugefügt.

Die Änderungen betrafen Inhalt, Text und Illustration mehrerer Folien sowie teilweise deren Reihenfolge und Ordnungsziffer; geändert wurde auch die Anzahl der Folien, indem bestimmte Folien zusammengefasst wurden. Die neu hinzugefügten Folien ersetzen eine bestimmte Folie.

Dies ist bereits im Wesentlichen der von der Antragstellerin vorgelegten Aufstellung „Vergleich der Präsentationsunterlagen“ zu entnehmen, der als Anlage „Ast 4“ ihrer Antragschrift beigelegt war. Zudem ergibt sich das aus einem Vergleich der mit diesem Angebot eingereichten und der bei der Präsentation von der Antragstellerin verwendeten Folien; diese Unterlagen lagen als Anlage „Ast 2“ und „Ast 3“ ebenfalls der Antragschrift anbei.

Diese Abweichungen der Identität sind nicht geringfügig.

Das beruht schon auf dem zahlenmäßigen Umfang der Abweichungen. Ausweislich der Aufstellung in der Anlage „Ast 4“ wurden Folien mit dem Angebot eingereicht, wurden präsentiert. Davon wurden geändert; bei Berücksichtigung von Reihenfolge und Ordnungsziffer sowie Hinzufügungen waren Folien von Abweichungen betroffen, mithin waren nur präsentierte Folien mit den eingereichten identisch.

Auch zeigt ein direkter Vergleich der Folien in den Anlagen „Ast 2“ und „Ast 3“, dass mehrere Folien erheblich voneinander abweichen. Bereits bei gebotener summarischer Prüfung im Rahmen von § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB ist u.a. Folgendes festzustellen:

- Die eingereichten Folien Nr. wurden um weitere, - ergänzt; dies ergibt sich aus den korrespondierenden präsentierten Folien, die nun als Nr. bezeichnet wurden. Diese Ergänzungen - insbesondere bei den präsentierten Folien Nr. (ursprünglich Nr.) - gehen über rein redaktionelle Korrekturen hinaus, da sie neue Angaben enthalten. Sie sind darum von inhaltlicher Bedeutung und verändern den ursprünglichen Inhalt.
- Die eingereichten Folien Nr. wurden zusammengefasst und als neu bezeichnete Folie Nr. präsentiert; die eingereichte Folie Nr. wurde

ersetzt durch drei Folien mit den neuen Bezeichnungen Nr. Auch diese zum einen Zusammenfassung, zum anderen Aufgliederung ist nicht mehr nur von redaktioneller Bedeutung, da schon bei der Präsentation eine unmittelbare Nachvollziehbarkeit von Ordnung und Reihenfolge zumindest erschwert, wenn nicht gar verhindert wird. Zudem ist in der Anlage „Ast 4“ bei Folie Nr. bzw. bei den Folien Nr. vermerkt, dass die neuen Folien mit neuen Inhalten versehen wurden - mithin hat die Antragstellerin selbst eine inhaltliche Änderung eingeräumt.

- Die eingereichte Folie Nr. weist die Überschrift „ sowie den Vermerk und eine dementsprechende technische Zeichnung auf. Demgegenüber wurden die präsentierten Folien Nr. mit den Worten überschrieben; sie enthalten die Vermerke „1. Bauphase“, „2. Bauphase“ und „3. Bauphase“ sowie dementsprechende Skizzen. Selbst wenn sich Folie Nr. und Folie Nr. im fachtechnischen Aussagekern gleichen würden, weil mit ihnen ein bestimmter Zustand illustriert werden sollte, enthalten sie jedoch unterschiedliche Darstellungen. Die neuen Folien Nr. sind also ein aliud zur ursprünglichen Folie Nr.

Schon diese Feststellungen bei Anzahl und Darstellungen reichen aus, die Abweichungen nicht als geringfügig anzusehen.

Eine Gleichbehandlung mit anderen Bietern ist nicht mehr gegeben, weil sich die Antragstellerin dadurch einen Wettbewerbsvorteil verschafft hat. Denn neben der Vorgabe, bei der Präsentation nur die eingereichten Folien zu verwenden (Ziff. 2.4., Abs. 2 Satz 3, der Ausschreibungsunterlagen/Leistungsbeschreibung), wurden nach den Angebotsbedingungen bei der Präsentation bestimmte Handlungen von den Bietern erwartet: Sie sollen dabei u.a. erläutern, darstellen, vorstellen (Ziff. 2.4., Abs. 3, der Ausschreibungsunterlagen/Leistungsbeschreibung). Das ist durch mündlichen Vortrag während der Präsentation ihrer eingereichten Folien möglich. Diese verbalen Handlungen werden durch - wie hier - abweichende Folien als illustrative Präsentationsmittel zumindest begünstigt, da diese neben einer pointierten Darstellung auch neue Angaben enthalten. Die Antragstellerin hat die Vermittlung ihrer Lösung der Aufgabenstellung allein durch die Abweichungen nachträglich erleichtert.

Dieser Vorteil zu Gunsten der Antragstellerin war nicht ausgleichbar, denn er konnte seine Wirkung ausschließlich in der Präsentation entfalten. Die Ausgleichsmöglichkeit wäre nur bei der Einreichung der Folien, mithin vor der Präsentation, gegeben, um gemäß den Angebotsbedingungen die Identität von eingereichten und präsentierten Folien zu gewährleisten. Dieser Zeitpunkt ist hier aber mit Durchführung der Präsentation, bei der frühestens die Abweichungen offenbar werden konnten, verstrichen.

Die auf den festgestellten Gleichbehandlungsverstoß getroffene Rechtsfolge, die Antragstellerin vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen, ist sachgerecht und angemessen. Denn nur mit einem Abbruch der Präsentation - wie es die Angebotsbedingungen bei einer Zeitüberschreitung bestimmt haben - wäre der Wettbewerbsvorteil nicht beseitigt worden. Dieser manifestiert sich in der nach-

träglichen Änderung von Angebotsunterlagen, da die Präsentationsfolien Bestandteil des Angebotes waren (Ziff. 2.3., Siegelstrich 2, der Ausschreibungsunterlagen/Leistungsbeschreibung) und ihre Identität während des Vergabeverfahrens bis zur Angebotswertung zu wahren war (Ziff. 2.4., Abs. 2 Satz 3, i.V.m. Ziff. 3.1., Abs. 1, der Ausschreibungsunterlagen/Leistungsbeschreibung). Zudem folgt aus der Wertungsbestimmung, dass eingereichte Angebotsunterlagen und Präsentation zu bewerten sind (Ziff. 3.1., Abs. 1, der Ausschreibungsunterlagen/Leistungsbeschreibung), dass diese beiden Leistungen für die Wertung bedeutend waren; auf den Inhalt des Konzeptes kommt es daher - entgegen der Antragstellerin - nicht an. Demnach war die Identität der Folien wettbewerbsrelevant. Einem Wettbewerbsvorteil aufgrund - wie hier - deren fehlender Identität konnte nur durch Ausschluss vom Vergabeverfahren begegnet werden, um eine etwaige Wertungsfehler zu vermeiden.

Der Nachprüfungsantrag ist folglich unbegründet.

Auch die Unbegründetheit ist offensichtlich.

Offensichtlich unbegründet ist ein Antrag, wenn erkennbar aus tatsächlichen oder materiell-rechtlichen Gründen die geltend gemachte Vergaberechtsverstöße oder eine Rechtsverletzung des Antragstellers nicht vorliegen können und auch andere Verstöße nicht auf der Hand liegen (Kulartz/Kus/Portz-Ohlerich, a.a.O., § 110 Rn. 44; Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Steiff, a.a.O., § 110 Rn. 23 [a.E.]). Dies ist schon denkbar, wenn der Sachverhalt eindeutig feststeht und die maßgebliche Rechtsfrage in ständiger Rechtsprechung der Nachprüfungsinstanzen zweifelsfrei zu Lasten des Antragstellers geklärt ist (Müller-Wrede-Schneevogel, a.a.O., § 110 Rn. 9).

Das ist hier der Fall.

Der zu Grunde liegende Sachverhalt ergibt sich bereits aus der Antragschrift vom 31. Dezember 2013 und dem dazugehörigen Anlagenkonvolut, namentlich den Anlagen „Ast 1“ bis „Ast 4“. Insbesondere aus den ebengenannten Anlagen ist - wie vorstehend dargelegt - ein Rechtsverstoß nicht entnehmbar. Auch diese Erkenntnismittel waren der Vergabekammer verfügbar und verständlich, so dass hier ebenso wenig weitere Tatsachenaufklärung nötig war.

Demzufolge ist die Frage, ob die Antragsgegnerin einen widersprüchlichen Sachvortrag erbracht hat, - entgegen der Antragstellerin - ohne Belang. Denn die für die - summarische - Prüfung der Antragsbegründetheit relevanten Tatsachenumstände werden schon durch die in Rede stehenden Anlagen zur Antragschrift ausgewiesen. Die gemäß § 110 Abs. 1 Satz 2 GWB zu berücksichtigende Schutzschrift weist mit ihren Anlagen „Ag 3“ bis „Ag 5“ keine gegenteiligen Beweismittel auf. Vielmehr sind diese mit den Anlagen „Ast 1“ bis „Ast 3“, welche die Antragstellerin vorgelegt hat, deckungsgleich und bestätigen diese. Der Aussagegehalt dieser Anlagen der Beteiligten ist somit eindeutig.

Damit liegen der Vergabekammer bereits bei Eingang des Nachprüfungsantrages vom 31. Dezember 2014 widerspruchs- und zweifelsfreie Erkenntnismittel vor, anhand derer ihr für die Ermittlung des Sachverhalts eine hinreichende Grundlage gegeben war, zumal diese Mittel aus vorstehenden Gründen entscheidungserheblich sind. Allein daraus konnte sie schon in diesem Stadium des Nachprüfungsverfahrens schlüssige und zutreffende Tatsachenerkenntnisse gewinnen.

Danach war ein Verstoß gegen Angebotsbedingungen offenkundig.

Auch die maßgebliche Rechtsfrage, nämlich ob dies gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt, wies keinen weiteren Klärungsbedarf auf. Der zu beachtende rechtliche Maßstab war und ist in Rechtsprechung und Literatur unumstritten, die Rechtslage ist gesichert. Ebenso ist die Rechtsfolge zu Lasten der Antragstellerin geklärt.

Demnach ist der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet.

Nach alledem ist dem Antrag nicht stattzugeben, mithin der Nachprüfungsantrag nicht zu übermitteln.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 4; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 2) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier mit der Prüfung des Nachprüfungsantrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben.

Da die Antragstellerin - was vorherrschend erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, GWB, 3. Auflg. 2014, § 128 Rn. 16) - ihr Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,00 €. Zwar ist bei der Bemessung der Gebührenhöhe auch grundsätzlich die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen (Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 7), doch sind den von den Beteiligten vorgelegten Unterlagen keine Anhaltspunkte zum konkreten Wert des zur Vergabe stehenden öffentlichen Auftrages zu entnehmen, zumal mangels Übermittlung des Antrags auch nicht die Vergabeakte der Vergabekammer zur Verfügung stand. Es war daher die Mindestgebühr zu Grunde zu legen, so dass eine Gebühr in dieser Höhe festzusetzen war (§ 128 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 GWB).

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 1 GWB). Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013, Az.: 11 Verg 10/13) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Antragsgegnerin sowie der im Vergabenachprüfungsverfahren geltenden kurzen Frist und der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 HVwVfG).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Harnisch
Vorsitzender

Roth
Hauptamtliche Beisitzerin