

Teil- und Hinweisbeschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigter: _

wegen

Ausschreibung von Objektüberwachungsleistungen für den Neubau des Klinikums Frankfurt Höchst (Öffentliche Bekanntmachung 2011/S Verhandlungsverfahren nach der VOF

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden RD Uwe Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer ROR Markus Schwarz sowie die ehrenamtliche Beisitzerin RR'in z.A. Tanja Preikschat am 28. August 2012 beschlossen:

- I. Der zulässige Nachprüfungsantrag ist jedenfalls nicht deshalb unbegründet, weil selbst in dem Fall, dass die Antragstellerin in Rechten verletzt wäre, eine Schädigung der Interessen der Antragstellerin im Sinne des § 114 Abs. 1 S. 1 GWB wegen des Vorliegens eines zwingenden Ausschlussgrundes nicht vorliegen kann.
- II. Die Kammer weist darauf hin, dass ernsthafte Zweifel daran bestehen, dass der Entwurf des Architekten- und Ingenieurvertrages als Teil der Beschreibung der Aufgabe in Übereinstimmung mit § 6 Abs. 1 VOF so klar und eindeutig formuliert ist, dass alle Bieter diesen im gleichen Sinne verstehen können.
- III. Die Kostenentscheidung bleibt einem gesonderten Beschluss vorbehalten.
- IV. Die Frist des § 113 Abs. 1 S. 1 GWB wird zur Ermöglichen einer Streitbeilegung außerhalb des Nachprüfungsverfahrens bis zum 20. September 2012 verlängert.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 25. Januar 2011 als Verhandlungsverfahren mit vorangehendem Teilnahmewettbewerb die Erbringung von Objektüberwachungsleistungen für den Neubau des Klinikums

daselbst, europaweit aus (ABl./S / . Bei der Kurzbeschreibung des Auftrags gab sie unter anderem an, dass die Überwachungsleistungen die Objektüberwachung, die Objektbetreuung und Dokumentation gemäß den Leistungsphasen 8 und 9 zu § 33 HOAI umfassen. Zudem stellte sie als Teilnahmebedingung auf, dass etwaige Nachunternehmer zu benennen und deren Verfügbarkeit zu erklären sei.

Die Antragstellerin legte mit ihrem bei der Antragsgegnerin fristgerecht eingereichten Teilnahmeantrag vom 24. Februar 2011 eine Nachunternehmererklärung der Firma vom 14. Februar 2011 in Original vor.

In der Folgezeit forderte die Antragsgegnerin sie mit Schreiben vom 4. September 2011 auf, für das Verhandlungsverfahren ein Angebot abzugeben, wobei sie unter anderem verlangte, für Nachunternehmererklärungen ein „Formblatt 3“ zu verwenden, das bis zum 27. September 2011 bei ihr - nämlich der Antragsgegnerin - einzureichen war. Die Antragstellerin gab mit Schreiben vom 26. September 2011 ihr An-

gebot ab, wobei sie unter anderem eine Nachunternehmer-Erklärung der Fa. vom 14. Februar 2011 in Kopie direkt bei der Antragsgegnerin in A vorlegte.

Mit Schreiben vom 4. Oktober 2011 forderte die Antragsgegnerin sie zur Vervollständigung ihrer Unterlagen auf, indem sie erstmals verlangte, Nachunternehmererklärungen auf dem „Formblatt 3“ in Original abzugeben. Als Abgabefrist wurde der 17. Oktober 2011, als Abgabeort wieder die Anschrift der Antragsgegnerin bestimmt. Die Antragstellerin gab am 17. Oktober 2011 unter Verwendung des „Formblattes 3“ die Nachunternehmererklärung der Fa. vom 22. September 2011 in Original bei dem Projektsteuerer der Antragsgegnerin in München ab, die unmittelbar an die Antragsgegnerin weitergeleitet wurde. Am 19. Oktober 2011 führte die Antragsgegnerin eine Prüfung der ihr vorliegenden Unterlagen durch. Zu einem Ausschluss der Antragstellerin kam es nicht.

In der Folgezeit fanden zwischen den Beteiligten mehrere Verhandlungsrunden statt, deren Gegenstand unter anderem die Auftrags- bzw. Vertragsbedingungen waren. Die Antragsgegnerin räumte der Antragstellerin mehrmals Fristnachsätze für die Vorlage eines abschließenden Angebotes - sog. „final offer“ - ein, welche diese auch jeweils wahrnahm. Zuletzt teilte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 19. Juni 2012 der Antragstellerin mit, dass sie keine weiteren Verhandlungsrunden mehr durchführen werde.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 21. Juni 2012 die Vorgehensweise der Antragsgegnerin.

Mit Schreiben vom 22. Juni 2012 räumte die Antragsgegnerin eine letzte Fristverlängerung für die Angebotsabgabe („final offer“) ein und bestimmte dafür die Frist zum 2. Juli 2012. Dies galt auch für andere Bieter.

Sodann übersandte sie ihr eine geänderte Vertragsfassung und teilte ihr in einem gesonderten, nachfolgenden Schreiben mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Die Antragstellerin gab zum 2. Juli 2012 kein Angebot ab. Mit Schriftsatz vom selben Tage hat sie die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen vorgetragen, dass es ihr unmöglich sei, die geforderten Vertragsleistungen zu erbringen. Sie beantragt unter anderem:

1. Die Antragsgegnerin wird bei Beibehaltung ihrer Beschaffungsabsicht verpflichtet, die Vergabe- und Vertragsunterlagen in dem Ausschreibungsverfahren über den Abschluss eines Vertrages über Objektüberwachungsleistungen für den Neubau des Klinikums - [...] zu ändern und der Antragstellerin die Möglichkeit zu geben, auf die geänderten Vertragsunterlagen ein Angebot abzugeben. Die Änderungen sind dabei wie folgt vorzunehmen:

- a) Unter Ziffer 5.2 des Architekten- und Ingenieurvertrages betreffend Leistungen der Objektüberwachung ist lediglich vorzusehen, dass der AN an dem Vertrags- und Projektziel der Einhaltung der Gesamtkostenobergrenze mitzuwirken hat.
- b) Unter Ziffer 5.2 des Architekten- und Ingenieurvertrages betreffend Leistungen der Objektüberwachung ist lediglich vorzusehen, dass der AN an dem Vertrags- und Projektziel der Einhaltung der Passivhauszertifizierung mitzuwirken hat.
- c) Unter Ziffer 4.5 Satz 2 des Architekten- und Ingenieurvertrages betreffend Leistungen der Objektüberwachung ist vorzusehen, dass der AN nur dann die Planungsleistungen der fachlich Beteiligten auf deren Plausibilität hin zu überprüfen und Gegenmaßnahmen, Alternativen, Korrekturen und Optimierungen vorschlagen muss, wenn ihm die Plausibilitätsprüfung nach den Bedarfspositionen 1.8.16 und 2.8.13 des Leistungsbildes Objektüberwachung gesondert beauftragt wurde.
- d) In dem Architekten- und Ingenieurvertrag betreffend Leistungen der Objektüberwachung sind die seitens der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 22. Mai 2012 abgefragten Vertragsänderungen
 - Kürzung des Sicherheitseinbehalts (§ 7.4 AVB);
 - Regelungen zur Anpassung des Pauschalpreises bei gravierenden Änderungen im Zuge der Weiterentwicklung des Projektes (§§ 9.1 und 1.4 Architekten- und Ingenieurvertrag);
 - Regelung einer Zusatzvergütung auch bei kürzerer Unterbrechung als 3 Monate (§ 9.14 Architekten- und Ingenieurvertrag);
 - Aufnahme einer Preisgleitklausel;
 - Klausel zur Anpassung des Pauschalhonorars bei Änderung der anrechenbaren Kosten (§ 9.5 Architekten- und Ingenieurvertrag);
 - Festschreibung einer Vorlaufzeit für den Leistungsbeginn bei Beauftragung von Bedarfspositionen (§ 3.2 Architekten- und Ingenieurvertrag);
 - Änderung der Kündigungsregelung in § 9.2 AVBvertraglich in den Vergabeunterlagen zu berücksichtigen.

2. Hilfsweise [...]

Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 9. Juli 2012 unter anderem beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Bei ihrer Begründung ist sie dem Vortrag der Antragstellerin entgegen getreten. Insbesondere sieht sie in der Abgabe der Nachunternehmererklärung beim Projektsteuerer am 17. Oktober 2011 einen Ausschlussgrund; zudem beruft sie sich hinsichtlich der Frage der Unmöglichkeit der Leistungsforderung auf die Unzuständigkeit der Vergabekammer und auf ihr Leistungsbestimmungsrecht.

Am 12. Juli 2012 führte die Antragstellerin eine Akteneinsicht durch, soweit ihr diese nicht gemäß § 111 Abs. 2 GWB zu versagen war.

Am 2. August 2012 fand mit den Beteiligten die mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer statt, in der die Sach- und Rechtslage erörtert wurde. Die Antragstellerin hielt ihren Antrag aufrecht, den sie mit Schriftsatz vom 2. Juli 2012 gestellt hat. Die Antragsgegnerin tat unter Bezugnahme auf ihren Antrag vom 9. Juli 2012 gleichermaßen. Die Beteiligten erklärten sich mit einer geräumigen Verlängerung der Verfahrensfrist einverstanden; damit sollen sie die Gelegenheit erhalten, außerhalb des Nachprüfungsverfahrens ihre Vertragsverhandlungen fortzusetzen. Zudem stimmten sie zu, dass zunächst ein Teilbeschluss über das Bestehen eines Schades der Antragstellerin für den Fall einer Rechtsverletzung ergeht. Auch kam man überein, dass die Beteiligten sich gegenüber der Vergabekammer bis zum 20. August 2012 über den Fortgang des Verfahrens erklären.

II.

Die Antragstellerin ist wegen der Nichtvorlage des Originals der auf dem Formblatt 3 abgegebenen Nachunternehmererklärung nicht vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen (dazu A.). Es bestehen ernsthafte Zweifel daran, dass der Entwurf des Architekten- und Ingenieurvertrages als Teil der Beschreibung der Aufgabe in Übereinstimmung mit § 6 Abs. 1 VOF so klar und eindeutig formuliert ist, dass alle Bieter diesen im gleichen Sinne verstehen können (dazu B.).

- A. Rechtsgrundlage für den Ausschluss eines Bieters vom weiteren Verhandlungsverfahren nach der VOF stellt - in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung in der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen - § 97 Abs. 2 GWB dar (dazu I.). Vor einem Ausschluss eines Bieters steht der Vergabestelle ein Ermessen im Hinblick auf die Frage zu, ob fehlende Unterlagen innerhalb einer angemessenen Frist nachgefordert werden, § 11 Abs. 3 VOF (dazu II.). Eine fehlende Erklärung im Sinne des § 11 Abs. 3 VOF liegt nicht nur dann vor, wenn diese mit einem indikativen oder finalen Angebot einzureichen war; § 11 Abs. 3 VOF findet auch auf solche Erklärungen Anwendung, die die Vergabestelle während des Verhandlungsverfahrens von den Bietern fordert (dazu III.). Die Antragstellerin hat eine geforderte Erklärung nicht bzw. nicht rechtzeitig im Original vorgelegt (dazu IV.). Das OLG Frankfurt am Main hat entschieden (Beschluss vom 4. Juni 2010 - 11 Verg 4/10 - zitiert nach Juris, RdNr. 60), dass bei auf den ersten Blick unklaren oder unvollständigen Erklärungen einem Ausschluss die Prüfung vorangehen muss, ob nicht im Wege der Auslegung ein eindeutiger oder vollständiger Inhalt ermittelt werden kann. Es spricht nach Auffassung der Kammer nichts dagegen, die zitierte Rechtsprechung auf den vorliegenden Sachverhalt (erweiternd) anzuwenden (dazu V.).

- I. Rechtsgrundlage für den (zwingenden) Ausschluss eines unvollständigen Angebotes ist im Bereich der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen § 97 Abs. 2 GWB. Würde der Zuschlag auf ein unvollständiges Angebot erteilt, läge hierin nicht nur ein Verstoß gegen § 11 Abs. 6 UA 1 VOF, ein entsprechendes Vorgehen verstieße zugleich gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Voppel / Osenbrück / Bubert, Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen - Kommentar, 3. Auflage 2012, § 11 RdNr. 12 m.w.N.). Die Tatsache, dass im Verhandlungsverfahren nach der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen - anders als im Anwendungsbereich des § 15 VOB/A bzw. des § 18 EG VOL/A - auch über Angebotsinhalte verhandelt werden darf, steht dem Erfordernis eines zwingenden Ausschlussgrundes nicht entgegen, da der Gleichbehandlungsgrundsatz gerade auch hier gilt.

- II. Gemäß § 11 Abs. 3 VOF hat die Vergabestelle bei der Frage, ob sie fehlende oder unvollständige Nachweise und Erklärungen nachfordert, ein Ermessen. Die Vergabestelle muss dabei mit der Ausübung dieses Ermessens nicht abwarten, bis tatsächlich Nachweise oder Erklärungen fehlen bzw. unvollständig eingehen. Sie kann ihr Ermessen auch in der Weise ausüben, dass sie - wie vorliegend - bereits mit der (erstmaligen) Anforderung erklärt, fehlende Erklärungen oder Nachweise würden nicht nachgefordert sondern führten unmittelbar zum Ausschluss des betreffenden Angebotes vom weiteren Verhandlungsverfahren. Das auszuübende Ermessen bezieht sich dabei lediglich auf allgemeine, das Vergabeverfahren betreffende Erwägungen (mit der Nachforderung verbundener Aufwand, zeitlicher Ablauf des Vergabeverfahrens, Komplexität des konkreten Vergabeverfahrens, ...). Ausgeschlossen sind hingegen Erwägungen im Hinblick auf die konkret fehlende Erklärung (Wichtigkeit, Wettbewerbsrelevanz, keine Verzögerung des Vergabeverfahrens bei verspäteter Einreichung der betreffenden Erklärung, ...). Die strenge Förmlichkeit des Vergabeverfahrens verhindert von vornherein, dass durch einen nachträglichen Verzicht auf ursprünglich zu einem bestimmten Termin geforderte Erklärungen oder Nachweise verzichtet und dadurch unter Inkaufnahme einer Ungleichbehandlung einzelner Bieter das Wettbewerbsergebnis manipuliert werden kann.

- III. Der Anwendungsbereich des § 11 Abs. 3 VOF ist nicht auf solche Nachweise und Erklärungen beschränkt, die mit der Aufforderung zu Verhandlungen oder zur Abgabe eines indikativen oder finalen Angebots gefordert werden. Zwar legt die systematische Auslegung des § 11 Abs. 3 VOF im Zusammenhang mit § 11 Abs. 2 VOF einen solchen Schluss nahe, der Wortlaut sowie die Ratio der Vorschrift zwingen jedoch keinesfalls, den Anwendungsbereich des § 11 Abs. 3 VOF in dieser Weise zu beschränken. Gerade weil sich im Verhandlungsverfahren die angebotene Leistung ändern kann, kann sich für die Vergabestelle die Notwendigkeit ergeben, auch zwischen einzelnen Verhandlungsrunden Erklärungen und Nachweise zu bestimmten Terminen zu fordern.

- IV. Es ist vorliegend auch unstreitig, dass die Nachunternehmererklärung des Ingenieurbüros [redacted] auf dem Formblatt 3 zum maßgeblichen Zeitpunkt am 17. Oktober 2011 lediglich als Kopie und nicht im Original vorlag. Ebenso unstreitig ist, dass das Original dieser Erklärung bei der Antragsgegnerin erst nach dem 17. Oktober 2011 über deren Projektsteuerer einging. Damit lag eine geforderte Erklärung nicht bzw. nicht in der geforderten Form vor.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - dass bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs eine Nachunternehmererklärung des Büros [redacted] im Original vorgelegt worden war: Zum Einen hat die Antragstellerin die Aufforderung der Antragsgegnerin zur erneuten Vorlage einer bereits vorgelegten Erklärung nicht gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt. Selbst wenn eine Überprüfung der (Nach-)Forderung der Antragsgegnerin durch die Kammer vorliegend möglich wäre, wären zum Anderen keine Anhaltspunkte ersichtlich, die diese als ermessensfehlerhaft erscheinen ließen. Insbesondere ist die Aufforderung zur (erneuten) Vorlage der Nachunternehmererklärung nach der nicht vorhergesehenen Verzögerung des Vergabeverfahrens weder willkürlich noch für die Bieter unzumutbar.

- V. Gleichwohl war die Antragstellerin vorliegend nicht zwingend vom weiteren Verfahren auszuschließen.
1. Der Rechtsprechung des OLG Frankfurt am Main (a.a.O.) ist zu entnehmen, dass sich die Prüfung, ob ein Bieter zwingend auszuschließen ist, nicht auf ein bloßes Abstellen auf das Vorliegen einer vollständigen Erklärung im Sinne einer verkörperten Gedankenerklärung beschränken darf. Die Vergabestelle hat beim Vorliegen einer unvollständigen Erklärung vielmehr zu prüfen, ob sich der Erklärungsinhalt - wenn schon nicht aus der geforderten Urkunde selbst - so doch aus einer Gesamtschau der vom Bieter eingereichten Nachweise und Erklärungen ergibt. Es geht dabei nicht um eine (erneute oder geänderte) Ermessensausübung im Hinblick auf die konkrete, unvollständige Erklärung, sondern um eine Subsumption des konkreten Sachverhalts unter das Tatbestandsmerkmal der „fehlenden Erklärung“ im Sinne eines fehlenden Erklärungsinhalts. Im Lichte des § 97 Abs. 2 GWB bedeutet dies, dass die Pflicht zur Ungleichbehandlung (Ausschluss bzw. Nichtausschluss) auslösende ungleiche Sachverhalte (Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer geforderten Erklärung) dann nicht vorliegen, wenn sich bei beiden Sachverhalten bei einer Gesamtschau der jeweils vorgelegten Nachweisen und Erklärungen derselbe, von der Vergabestelle mit der Forderung der betreffenden Erklärung gewünschte Erklärungsinhalt vorliegt.
2. Nach Auffassung der erkennenden Kammer kann für die Prüfung, ob ein Bieter aufgrund einer prima facie nicht der geforderten Form genügenden Erklärung auszuschließen ist, nichts anderes gelten. Danach kann eine nicht der geforder-

ten Form entsprechende Erklärung dann nicht als fehlend angesehen werden, wenn der mit der Forderung eines Originals verbundene Zweck - aufgrund einer Gesamtschau der vorgelegten Nachweise und Erklärungen - auch mit der Vorlage der nicht der geforderten Form entsprechenden Kopie einer Erklärung erfüllt wird.

- a) Die Forderung von Nachunternehmererklärungen im Original verfolgt in erster Linie den Zweck, den vorgesehenen Nachunternehmer zweifelsfrei als Aussteller der Nachunternehmererklärung identifizieren zu können. Insbesondere soll nach Auskunft der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung Manipulationen verhindert werden. Mögliche Manipulationen bestehen darin, dass eine Unterschrift in eine vom Bieter gefertigte Erklärung hineinkopiert oder eine in einem anderen Vergabeverfahren abgegebene Nachunternehmererklärung für den vorliegenden Auftrag abgeändert wird.
- b) Bei der nach der Rechtsprechung des OLG Frankfurt am Main geforderten Prüfung, ob die lediglich als Kopie vorliegende Nachunternehmererklärung des Büros im Sinne eines zwingenden Ausschlussgrundes gemäß § 97 Abs. 2 GWB fehlt, ist zu prüfen, ob der mit der Forderung eines Originals von der Vergabestelle verfolgte Zweck unter Berücksichtigung der Gesamtumstände auch ohne die Vorlage eines Originals erfüllt ist.

Hier ist zu berücksichtigen, dass der Antragsgegnerin bereits das Original einer im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs vorgelegten Nachunternehmererklärung des Ingenieurbüros vorlag. Insofern konnte bereits bei Fristende am 17. Oktober 2011 durch einen Vergleich des Originals mit der der Antragsgegnerin vorliegenden Kopie ohne weiteres festgestellt werden, dass die der Kopie zugrundeliegende Originalerklärung von dem vorgesehenen Nachunternehmer stammte. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Originalerklärung am 17. Oktober 2011 beim Projektsteuerer der Antragsgegnerin vorlag. Zwar führt dies - wie dargelegt - zu keinem fristwahrenden Eingang bei der Antragsgegnerin. Jedoch trägt auch dieser Umstand dazu bei, dass die Antragsgegnerin bereits mit Fristende in der Lage gewesen wäre, ohne Weiteres, insbesondere ohne eine „Beweiserhebung“ die Identität des Ausstellers der von der Antragstellerin übersandten Nachunternehmererklärung festzustellen. Im Übrigen ergeben sich auch aus der der Antragsgegnerin vorliegenden Kopie der Nachunternehmererklärung keine Anhaltspunkte, die ein zweifelsfreies Feststellen der Identität des Ausstellers in Frage stellen würden. Weder ist die übersandte Kopie schlecht lesbar noch sind sonst Anhaltspunkte für Manipulationen ersichtlich.

- B. Es bestehen ernsthafte Zweifel daran, dass der Entwurf des Architekten- und Ingenieurvertrages als Teil der Beschreibung der Aufgabe im Sinne des § 6 Abs. 1 VOF hinreichend bestimmt ist. Diese Zweifel basieren auf den folgenden Erwägungen: Der von der Antragsgegnerin vorgelegte Entwurf eines Architekten- und Ingenieurvertrages ist Teil der Beschreibung im Sinne des § 6 Abs. 1 VOF (dazu I.). Der Anwendung von § 6 Abs. 1 VOF nicht nur auf die eigentliche Beschreibung der Aufgabe sondern auch auf den Vertragsentwurf steht § 11 Abs. 2, 2. Spiegelstrich VOF nicht entgegen (dazu II.). Bei der Frage der hinreichenden Bestimmtheit des Entwurfs des Architekten- und Ingenieurvertrages ist vorliegend auf die Sicht eines durchschnittlichen, mit dem Projektmanagement sowie dem Vertragsrecht nach der HOAI vertrauten Bieters abzustellen (dazu III.). Gemessen an diesem Maßstab ist der von der Antragsgegnerin vorgelegte Entwurf jedenfalls mehrdeutig (dazu IV.). Käme es zu einer Entscheidung über das Vorliegen einer Rechtsverletzung, stünde die Fassung der Anträge der Antragstellerin einer entsprechenden Entscheidung durch die Vergabekammer nicht entgegen (dazu V.).
- I. Die Hauptleistungspflichten des künftigen Auftragnehmers sollen nach dem Willen der Antragsgegnerin nicht lediglich in der Erbringung der Leistungsphasen 8 und 9 zu § 33 HOAI sein. Vielmehr werden die dort geregelten Leistungsbilder durch den Architekten- und Ingenieurvertrag nicht nur um (untergeordnete) Vertragsbedingungen (Anzahl der Besprechungen, Kopien, Behördentermine, etc., die mit der Vergütung abgeholt sind) sondern über die Leistungsbilder der HOAI hinausgehende Hauptleistungspflichten geregelt. Da sich aber wesentliche Bestandteile der zu erbringenden Leistung auch aus dem Entwurf des Architekten- und Ingenieurvertrages ergeben, ist dieser Teil der Beschreibung der Aufgabe im Sinne des § 6 Abs. 1 VOF:
- II. Diese Sichtweise stellt auch keinen Widerspruch zu § 11 Abs. 2, 2. Spiegelstrich VOF dar. Zwar wird dort zunächst ausdrücklich zwischen der Aufgabenbeschreibung einerseits und dem Entwurf eines Vertrages andererseits differenziert. Dies legt zunächst den Schluss nahe, § 6 Abs. 1 VOF sei ausschließlich auf die Beschreibung der Aufgabe, nicht aber auf ein beigefügten Vertragsentwurf anzuwenden. Allerdings zeigt der nachfolgende Relativsatz, dass selbstverständlich auch ein Vertragsentwurf zur Bestimmung der konkreten Leistung dienen kann. Die Beschreibung der Aufgabe im Sinne des § 6 Abs. 1 VOF stellt somit den Oberbegriff für die Aufgabenbeschreibung als solche und die sich aus einem beigefügten Vertragsentwurf ergebende Beschreibung der Leistung dar.
- III. Bei der Auslegung des Vertragsentwurfs kommt es auf den objektiven Empfängerhorizont an, §§ 133, 157 BGB. Dieser ist anhand des Wissens- und Kenntnisstandes eines durchschnittlichen, für den jeweils vorliegenden Auftrag geeigneten

ten Bieters zu bestimmen. Danach sind vertiefte Kenntnisse über die (schuldrechtlichen) Rechtsfolgen bestimmter Klauseln nicht zugrunde zu legen. Das bedeutet, dass der wiederholte Vortrag der Antragsgegnerin, die von der Antragstellerin beanstandeten Klauseln seien vor dem Hintergrund der Leistungspflichten des Auftragnehmers (selbstverständlich begrenzend) auszulegen, unbeachtlich. Nach dem objektiven Empfängerhorizont muss ein durchschnittlicher Bieter beispielsweise nicht antizipieren, dass er die Einhaltung der Kostenobergrenze entgegen einer anderslautenden Bestimmung im Vertragsentwurf nur im Rahmen seiner sich aus den Leistungsphasen 8 (und 9) zu § 33 HOAI ergebenden Leistungspflichten schuldet. Dies gilt umso mehr, wenn sich - wie vorliegend - die Antragsgegnerin weigert, dies (beispielsweise) durch eine Streichung einer Pflicht zur Einhaltung der Kostenobergrenze in § 5.2 des Entwurfs des Architekten- und Ingenieurvertrages entsprechend klarzustellen.

- IV. Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass es jedenfalls einige der von der Antragstellerin in ihrem Antrag genannten Regelungen an der gemäß § 6 Abs. 1 VOF erforderlichen Klarheit fehlen lassen. Nach dem Wortlaut des Vertragsentwurfes sowie dem Verhalten der Antragsgegnerin während der Vertragsverhandlungen geht aus dem Vertrag aus Sicht eines durchschnittlichen Bieters nicht hervor, ob nun die Einhaltung oder lediglich die Mitwirkung bei der Einhaltung der Kostenobergrenze, der Zertifizierung nach dem Passivhausstandard, etc. geschuldet sind. Diese (sowie weitere Klauseln) wird die Antragsgegnerin, sollte es zu erneuten Verhandlungen kommen, klarzustellen haben. Dabei wird es nicht darauf ankommen, dass der Vertragsentwurf in jedem Punkt unbedingt selbst geändert wird. Soweit Formulierungen, die auch für juristische Laien verständlich sind, das Gesamtgefüge des Vertrages stören oder aus rechtlichen Gründen nicht vertretbar erscheinen, kann vor dem Hintergrund des § 6 Abs. 1 VOF im Einzelfall auch eine einvernehmliche und verbindliche „Auslegungshilfe“ (im Sinne einer tarifvertraglichen Protokollnotiz) ausreichend sein.
- V. Die Kammer hat bereits in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen nicht die Inhaltskontrolle zivilrechtlicher Verträge obliegt. Aus vergaberechtlicher Sicht kommt es unter keinem Gesichtspunkt darauf an, ob die von der Antragsgegnerin vorgesehenen Klauseln erfüllbar, zumutbar, versicherbar oder Ähnliches sind. Maßstab ist - wie dargelegt - allein § 6 Abs. 1 VOF. Sollte es diesbezüglich zu einer Entscheidung der Vergabekammer kommen, wäre diese im Hinblick auf § 114 Abs. 1 S. 2 GWB nicht gehindert, die Anträge der Antragstellerin entsprechend auszulegen.