

69 d · VK - 29/2010

Leitsätze:

Ein Bieter ist verpflichtet, ein Verfahren, welches er als nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechend ansieht, bereits zu dem Zeitpunkt der durch ihn erkannten Abweichung zu rügen, insbesondere dann, wenn sich bei ihm objektiv der Eindruck aufdrängen muss, dass ein Abweichen des Auftraggebers vom Inhalt der Vergabeunterlagen auch ein Abweichen von Vorschriften, welche durch den Inhalt der Vergabeunterlagen konkretisiert worden sind, bedeutet. Ein Bieter darf insbesondere auch im Hinblick auf das zwischen ihm und dem Auftraggeber bestehende vorvertragliche Vertrauensverhältnis und den Beschleunigungsgrundsatz keine Option erhalten, bei Kenntnis der von seiner Vorstellung abweichenden Tatsachen erst dann zu prüfen, wenn der Auftraggeber in mitteilt, den Zuschlag nicht zu erhalten.

Wird das Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren durchgeführt, impliziert bereits dies die Absicht eines Verhandeln. Ein darüber hinausgehende ausdrücklicher Hinweis des Auftraggeber auf die Abgabe eines lediglich indikativen und/oder mehrerer Verhandlungsrunden bedarf es nicht.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

wegen

der Vergabe eines Vertrags für die Installation von Schaltanlagen, Nieder- und Mittelspannungsanlagen mit Nennspannung bis 36 KV, DIN 18382 für die Baumaßnahme *Erweiterungsbau und Sockelgeschoss, Haus 23-6. THU-Bau,*

(Vergabe-Nr. / Maßnahme-Nr. Verhandlungsverfahren nach VOB/A/2)

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium in Darmstadt nach mündlicher Verhandlung vom 30.09.2010 durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, den hauptamtlichen Beisitzer Ltd. VD Pöhlker sowie die ehrenamtliche Beisitzerin TAR' in Denz-Kinzel am 18.10.2010 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zu zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen notwendigen Auslagen trägt die Antragstellerin.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von 14.100,00 Euro festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung eines jeweiligen Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

I.

Sachverhalt

Der Antragsgegner hat nach einer - aufgrund nicht vorhandener wirtschaftlicher Angebote - erfolgten Aufhebung eines Offenen Verfahrens - betreffend die Installation von Schaltanlagen, Nieder- und Mittelspannungsanlagen mit Nennspannung bis 36 KV, DIN 18382, für die Baumaßnahme (Nr. Haus 23-6 THU-Bau-Erweiterungsbau und Sockelgeschosse - mit Datum vom 07.05.2010 die Antragstellerin und die Beigeladene - als einzige Bieter des vorangegangenen Offenen Verfahrens - zur Abgabe eines Angebots im Rahmen eines ausdrücklich als solches bezeichneten Verhandlungsverfahrens aufgefordert. In Ziffer 5.3 der Angebotsaufforderung war als Zuschlagskriterium im Sinne des wirtschaftlich günstigsten Angebots der Preis mit einer Gewichtung von 100 % angegeben. Außerdem war im Hinblick auf die Abwicklung des Verhandlungsverfahrens in Ziffer 5.4 der Angebotsaufforderung darauf hingewiesen worden, dass „die Abwicklung in verschiedenen, aufeinander folgenden Phasen zur Begrenzung der Zahl der Angebote nicht beabsichtigt (sei)“; ein Hinweis auf Rechtsmittel- und / oder Ausschlussfristen war in der Aufforderung nicht vorhanden.

Nachdem der Antragsgegner nach Prüfung der beiden am 27.05.2010 abgegebenen Angebote kein kostendeckendes Ergebnis festgestellt hatte, hat er mit der Antragstellerin und der Beigeladenen am 22.06.2010 jeweils ein Vergabegespräch mit - ausweislich der jeweils von der Antragstellerin und der Beigeladenen unterzeichneten Protokolle - inhaltlich identischen 11 Aufklärungspunkten geführt; an den jeweiligen Vergabegespräch haben neben Vertretern der Antragstellerin beziehungsweise der Beigeladenen auch das mit der Durchführung des Verfahrens seitens der Antragsgegnerin beauftragte Ingenieurbüro sowie ein Vertreter des Antragsgegners teilgenommen. Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene sind in diesem Zusammenhang seitens

dem Antragsgegner aufgefordert worden, ihre Gesamtkalkulation auf mögliche Verbesserungen der Angebotspreise zu überprüfen und ein optimiertes Angebot unter Berücksichtigung des Verhandlungsprotokolls bis zum 25.07.2010 abzugeben, was die Antragstellerin und die Beigeladene ausdrücklich zu bewirken erklärt haben („Der Bieter nimmt dies zur Kenntnis und beabsichtigt ein optimiertes Angebot einzureichen“). Der Antragsgegner hat sich - unter ausdrücklich erklärter Kenntnisnahme seitens der Antragstellerin und der Beigeladenen - vorbehalten, weitere Verhandlungsrunden vorzunehmen oder das Verfahren komplett aufzuheben und - unter ausdrücklicher Zustimmung der Antragstellerin und der Beigeladenen - die Positionen 1.8.5, 3.6.3, 6.1.5 und 6.1.18 nicht zu werten beziehungsweise nicht zu beauftragen.

Sowohl die Antragstellerin - am 29.06.2010 - als auch die Beigeladene - am 28.06.2010 - haben das geforderte Angebot abgegeben. Die Beigeladene hat in diesem Angebot einen Nachlass ohne Bedingung in Höhe von 10,5 % an der von der Antragsgegnerin vorgesehenen Stelle angeboten.

Während der nachfolgenden Prüfung der Angebote hat der Antragsgegner die Antragstellerin und die Beigeladene jeweils um die „Abgabe eines Nebenangebots für den Titel 1.3, Isolierte Schienenverbindung“ ersucht; sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene sind dem rechtzeitig nachgekommen.

Während aufgrund des jeweiligen Angebots vom 27.05.2010 die Antragstellerin mit einer Angebotssumme in Höhe von 17.923.771,68 Euro (Beigeladene: 19.299.665,02 Euro) Erstplatzierte Bieterin war, hat sich die Bieterreihenfolge zu Gunsten der Beigeladenen aufgrund des überarbeiteten Angebots vom 28.06.2010 unter Berücksichtigung ihres Nachlasses in Höhe von 10,5 % und der Reduzierung des Leistungsumfangs im Sinne der Positionen 1.8.5, 3.6.3, 6.1.5 und 6.1.18 verlagert; die anschließend erfolgte Einbeziehung des Nebenangebots der Antragstellerin und der Beigeladenen hat diese Wertungsreihenfolge im Sinne der Erstplatzierung der Beigeladenen nicht mehr verändert.

Dem Vorschlag des durch den Antragsgegner eingesetzten Ingenieurbüros, nach Abschluss der Prüfung die Beigeladene zu bezuschlagen, hat sich der Antragsgegner mit einem unterschriebenen Prüfvermerk vom 22.07.2010 zu Eigen gemacht. Darüber hinaus hat der Antragsgegner einen eigenen Vergabevorschlag am 22.07.2010 erstellt und

dort ausgeführt: „Nach Prüfung der Vergabeauswertung, der Vergabeunterlagen und des Vergabeverkehrs des Büros schließe ich mich deren Ausführung vollumfänglich an und schlage ebenfalls vor, der GmbH und Co. KG den Auftrag zu erteilen“.

Mit Schriftsatz vom 27.07.2010 hat der Antragsgegner der Antragstellerin unter Bezugnahme auf § 101a GWB mitgeteilt, dass deren Angebot nicht berücksichtigt werden solle und beabsichtigt sei, den Zuschlag am 10.08.2010 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, da diese ein niedrigeres Hauptangebot abgegeben habe.

Die Antragstellerin hat gegenüber dem Antragsgegner gerügt, dass die Zuschlagserteilungsfrist fehlerhaft berechnet worden sei. Der Antragsgegner hat dies als Verfahrensfehler eingeräumt und darauf hingewiesen, dass das Informationsschreiben mit einer neuen Fristsetzung erneut versandt werde; dies ist am 09.08.2010 erfolgt.

Mit Schriftsatz vom 05.08.2010 hat die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner das Verfahren mit der Behauptung gerügt, es mangle an einer objektiv klaren und transparenten Verfahrensstruktur und -regelung. Der Antragsgegner habe in der Ziffer 5.4 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots angegeben, dass die Abwicklung in verschiedenen, aufeinander folgenden Phasen zur Begrenzung der Anzahl der Angebote nicht beabsichtigt sei. Dies sei aber gleichwohl unter Verstoß gegen das Transparenzgebot geschehen: Die Antragstellerin sei aufgefordert worden, ein Angebot bis zum 28.05.2010 einzureichen. In einem sich daran anschließenden Bietergespräch sei sie - die Antragstellerin - dann aber um Abgabe eines optimierten Angebots ersucht worden, wobei sich der Antragsgegner außerdem vorbehalten habe, noch weitere Verhandlungsrunden vorzunehmen oder das Verfahren komplett aufzuheben, was diametral zur Angebotsaufforderung gestanden habe. Darüber hinaus sei sie - die Antragstellerin - aufgefordert worden, ein Nebenangebot abzugeben, was ebenfalls zu einer Verletzung des Transparenzgebots geführt habe, da der Ablauf des Verfahrens und die Bezuschlagung der Angebote für sie - die Antragstellerin - völlig unvorhersehbar gewesen sei.

Des Weiteren hat die Antragstellerin gerügt, dass der Antragsgegner nicht auf die Ausschlussfristen des § 107 Abs. 3 GWB hingewiesen habe, was dazu geführt habe, dass die Vorschrift nicht angewendet werden dürfe. Auch stelle eine Ausschlussfrist, nach der ein

Nachprüfungsantrags "unverzüglich" zu stellen sei, keine wirksame Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG dar.

Nach Einsichtnahme in die Vergabeakte hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 01.09.2010 ergänzend gerügt, dass der Antragsgegner die Entscheidung über die Art und Weise der Durchführung des Verhandlungsverfahrens einem privaten Dienstleister überlassen und eine unzureichende Dokumentation der Entscheidung und der Art und Weise der Durchführung des Verhandlungsverfahrens sowie die Anzahl der Angebotsrunden erstellt zu haben.

Der Antragsgegner hat die Rügen zurückgewiesen und ausgeführt, dass eine Verletzung des Transparenzgebots nicht gegeben sei:

Soweit die Antragstellerin eine Missachtung des Inhalts der Ziffer 5.4 der Aufforderung zur Angebotsabgabe beanstande, sei dies unzutreffend. Diese Klausel bedeute lediglich, von der Möglichkeit, ein Verhandlungsverfahren mit einer größeren Anzahl von Bietern zu beginnen und dieses dann derart in verschiedene Phasen zu gliedern, dass die Verhandlungen auf immer weniger Bieter beschränkt werden, kein Gebrauch gemacht werden solle. Auch das Verlangen eines optimierten Angebots anlässlich des Bietergesprächs vom 22.06.2010 stelle keinen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar. Diese Vorgehensweise entspreche vielmehr dem typischen Verfahrensablauf eines Verhandlungsverfahrens, in dem über den Gegenstand des Auftrags und über den Preis verhandelt werde. Die Verhandlungen seien auch ausführlich dokumentiert und für die Verfahrensbeteiligten transparent gemacht worden.

Im Übrigen - so der Antragsgegner - seien die Rügen als verspätet zurückzuweisen. Die Antragstellerin habe bereits am 22.06.2010 im Rahmen des Bietergesprächs beziehungsweise nach Eingang des Schreibens mit der Aufforderung zur Abgabe eines Nebenangebots die vermeintlichen Verfahrensverstöße erkannt, wofür ausreichend gewesen sei, dass sie von den tatsächlichen Umständen, auf die sie ihr Vorbringen stütze, Kenntnis gehabt und somit nach laienhafter, vernünftiger Wertung auch gewusst habe, dass die Vergabestelle mit dem betreffenden Verhalten aus der Sicht der Antragstellerin gegen Vergabevorschriften verstoße. Bei der Antragstellerin handele es sich um ein erfahrenes, sachkundiges Unternehmen, welches regelmäßig an vergleichbaren Vergabeverfahren teilnehme und damit über einschlägige Fachkenntnisse verfüge. Die Antrag-

stellerin sei auch nicht ihrer Verpflichtung zur "unverzöglichen" Rüge nachgekommen; die am 05.08.2010 bei der Vergabestelle eingegangene Rüge sei in jedem Falle verspätet gewesen. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin verstoße die Regelung des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB auch nicht gegen europäisches Recht. Der Hinweis auf eine fehlende Rechtsbehelfsbelehrung sei verfehlt. Sämtliche Entscheidungen seien überdies ausweislich des Inhalts des Vergabevorschlags und des Vergabevermerks auf der Grundlage einer eigenverantwortlichen Prüfung im Hause der Antragsgegnerin getroffen worden. Auch sei die Art und Weise der Durchführung sowie die getroffenen Entscheidungen in der Vergabeakte fortlaufend und ausreichend festgestellt und dokumentiert worden.

Mit Schriftsatz vom 18.08.2010 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Hessen gestellt.

Sie ist der Ansicht, der Antragsgegner habe bei der Durchführung der streitgegenständlichen Ausschreibung gegen tragende Grundsätze des Vergaberechts und insbesondere gegen das Transparenzgebot verstoßen. Da das Verhandlungsverfahren im vorliegenden Fall nur mangels Vorliegens annehmbarer Angebote nach § 3a Nr. 2 lit. a VOB/A möglich gewesen und durchgeführt worden sei, sei die Gewährleistung dieses Gebots in besonderem Maße erforderlich gewesen. Der Verfahrensgang nach Aufhebung des Offenen Verfahrens sei für die Bieter nicht transparent, sondern sogar widersprüchlich gewesen. Darüber hinaus sei es zu jedem Zeitpunkt unklar geblieben, ob die Bieter zunächst lediglich "Indikative Angebote" oder bereits ein „Last-and-final-Offer“ abzugeben gehabt hätten und in welcher Weise das Verhandlungsverfahren durchgeführt und fortgeführt werden sollte. Dafür, dass der Antragsgegner eindeutig zu einem „Last-and-final-Offer“ zum 28.05.2010 aufgefordert habe, spreche aber, dass der Zuschlag bereits Ende Mai erfolgen sollte und jeder vernünftige Dritte die Aufforderung in diesem Sinne habe verstehen müssen. Sie - die Antragstellerin - und die Beigeladene hätten in dem aufgehobenen Offenen Verfahren jeweils ein solches Angebot abgegeben. Statt einer Erteilung des Zuschlags auf dieses Angebot habe der Antragsgegner Verhandlungen über die Inhalte und den Preis des jeweiligen Angebotes in einem Gespräch vom 22.06.2010 geführt. Danach sei sie - die Antragstellerin - noch zweimal zur Legung eines Angebotes in Form eines Hauptangebotes und eines nachfolgenden Nebenangebotes aufgefordert worden. In den Verhandlungsverfahren habe - weil es nicht an einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gemangelt habe - aber keine Notwendigkeit bestanden, über mehrere Runden zu verhandeln. Gleichwohl habe der Antragsgegner wei-

tere Verhandlungen geführt und dabei die Anzahl der Verhandlungsrunden nicht eingeschränkt.

Sie - die Antragstellerin - sei mit ihrem Vorbringen unter Berücksichtigung des § 107 Abs. 3 GWB auch nicht präkludiert: Die Verletzung des Transparenzgebots sei erst aus der Durchführung des Verhandlungsverfahrens ersichtlich gewesen. Darüber hinaus sei das Erfordernis einer unverzüglichen Rügefrist europarechtswidrig: Bei § 107 Abs. 3 GWB handele es sich nämlich um eine Rechtsmittelfrist. Zwar sei sie lediglich als materielle Präklusionsvorschrift ausgestaltet, nach ihrer Konzeption setze aber die Einreichung eines Nachprüfungsantrags regelmäßig eine Rüge voraus, so dass auch die Frist zwischen der Bekanntgabe und der Einreichung des Nachprüfungsantrags als echte Rechtsmittelfrist anzusehen sei. Auch habe der Antragsgegner auf die Fristen des § 107 Abs. 3 GWB weder in ihrer Bekanntmachung noch in der Aufforderung zur Angebotsabgabe hingewiesen und dadurch gegen die ihm obliegende Pflicht zum Hinweis auf eine Ausschluss- und Rechtsmittelfrist verstoßen. Auch habe der Antragsgegner in der Bekanntmachung keine Frist zur Angebotsabgabe benannt.

Schließlich habe der Antragsgegner auch die Art und Weise der Durchführung des Verhandlungsverfahrens im Vergabeprotokoll nicht ausreichend dokumentiert und die Entscheidungen über die Durchführung des Verhandlungsverfahrens einem Dritten überlassen.

Überdies habe der Antragsgegner gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, weil er im Ergebnis ein Angebot bezuschlagt habe, welches um 20 % über dem ursprünglichen Hauptangebot vom 25.02.2010 gelegen habe und dies die Vermutung nahe lege, dass der Antragsgegner die Verhandlungen so lange geführt habe, bis der ihm genehme Bieter an erster Stelle gelegen sei.

Schließlich sei auch die Wertung seitens des Antragsgegners fehlerhaft durchgeführt worden: In Ziffer 4.5 des Vergabevorschlags sei wörtlich wiedergegeben, dass „die Reihenfolge der Bieter (...) sich durch die im Bietergespräch vor der dritten Angebotsabgabe einvernehmlich vereinbarten Reduzierungen (verschieben)“; diese Aussage könne nicht zutreffen. Die geprüfte Angebotssumme der Beigeladenen habe sich am 22.06.2010 auf einen Betrag von 19.299.665,01 Euro belaufen, die der Antragstellerin auf 17.310.500,93 Euro. Die Einsparungen der Antragstellerin seien von dem Antrags-

gegner mit 218.272,39 Euro angegeben worden, so dass nicht vorstellbar sei, dass die Einsparungen bei der Beigeladenen einen bei 2,2 Millionen Euro liegende Betrag ausmachen könnten.

Die **Antragstellerin** beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB einzuleiten, insbesondere den Antragsgegner zu verpflichten, in der mit Bekanntmachung der hessischen Ausschreibungsdatenbank (HAD-Referenz-Nr. _____ und der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vom 07.05.2010 (Vergabe-Nr. _____ eröffneten Ausschreibung eines Vertrages für die Installation von Schaltanlagen, Nieder- und Mittelspannungsanlagen mit Nennspannung bis 36 KV, DIN 18382, für die Baumaßnahme (Nr. _____, Haus 23-6 THU-Bau-Erweiterungsbau und Sockelgeschoss, keine Zuschläge zu erteilen;
2. der Antragstellerin unverzüglich Akteneinsicht nach § 111 GWB in die Vergabeakten zu dem unter 1. genannten Vergabeverfahren zu gewähren;
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären;
4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß der §§ 128 Abs. 4 GWB ,80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Der **Antragsgegner** beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 18.08.2010 als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die notwendige Beiziehung der Prozessbevollmächtigten des Antragsgegners aufzuerlegen.

Er ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, zumindest aber unbegründet.

Soweit die Antragstellerin eine Verletzung des Transparenzgebots darauf stütze, dass das durchgeführte Verhandlungsverfahren in Widerspruch zum Inhalt der Ziffer 5.4 der Angebotsaufforderung gestanden habe, sei sie präkludiert. Dies gelte auch für die Behauptung

tung, der Verfahrensablauf sei intransparent gewesen. Die Ansicht der Antragstellerin zur Europarechtswidrigkeit des § 107 Abs. 3 GWB berücksichtige einerseits nicht die unterschiedlichen Präklusionstatbestände dieser Vorschrift - im hier streitigen Verfahren sei § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB relevant - und verkenne andererseits, dass die durch den Europäischen Gerichtshof festgestellte Rechtswidrigkeit einer Ausschlussfrist für das Nachprüfungsverfahren und nicht - wie hier - die Rüge als Zulässigkeitsvoraussetzung für das Nachprüfungsverfahren betreffe; im Übrigen sei der insoweit streitige Begriff der Unverzögerlichkeit im deutschen Recht - im Sinne der Definition in § 121 Abs. 1 S. 1 BGB und durch die Rechtsprechung - weitgehend konkretisiert worden. Da der Inhalt der Ziffer 5.4 der Angebotsaufforderung eindeutig und objektiv erkennbar gewesen sei, habe die Antragstellerin eine Rüge spätestens mit Abgabe des Angebots erheben müssen, spätestens aber im Zusammenhang mit der Aufforderung zur Abgabe eines Nebenangebots. Dies gelte auch im Hinblick auf die Ansicht der Antragstellerin, dass die Durchführung des Verhandlungsverfahrens intransparent gewesen sei und er - der Antragsgegner - einen Zuschlag bereits mit Abgabe des ersten Angebotes zum 27.05.2010 hätte erteilen müssen. Ein solches Vorgehen hätte aber gegen die Grundsätze des Verhandlungsverfahrens verstoßen, wonach zumindest eine Verhandlungsrunde stattzufinden habe. Im Hinblick auf die Aufforderung zur weiteren Legung von Angeboten habe die Antragstellerin im Protokoll über das Bietergespräch vom 22.06.2010 ausdrücklich erklärt, dass im Hinblick auf das bisherige Verfahren keine Einwände vorhanden seien.

Die Anwendung des § 107 Abs. 3 GWB sei entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht aufgrund des Fehlens einer Rechtsbehelfsbelehrung im Sinne eines Hinweises auf die Fristen dieser Vorschrift ausgeschlossen, weil dadurch keine Rechtsmitteleinlegungsfrist im Sinne der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, Anhang VII, Teil A Nr. 24 bestimmt werde.

Er - der Antragsgegner - habe das Verhandlungsverfahren schließlich auch nicht gegen den Inhalt der Ziffer 5.4 der Angebotsaufforderung durchgeführt: Dort sei lediglich darauf hingewiesen worden, dass eine Begrenzung der Auswahl der Bieter nicht beabsichtigt sei, nicht jedoch, dass das Verfahren nicht in verschiedenen, aufeinander folgenden Phasen, also in einem mehrstufigen Verfahren, abgewickelt werde. Dies habe die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt gerügt: Die Antragstellerin habe am 28.05.2010 ihr erstes Angebot abgegeben, am 22.06.2010 habe das Bietergespräche stattgefunden und am 29.06.2010 habe die Antragstellerin aufgrund der Vereinbarungen im Bieterge-

sprach ein überarbeitetes Angebot und anschließend ein Nebenangebot abgegeben. Sie habe über einen Verhandlungszeitraum von mehr als zwei Monaten dieses Vorgehen nicht gerügt, sondern ihre Rüge erst am 05.08.2010 nach der Mitteilung darüber, dass der Zuschlag an die Beigeladene erteilt werden solle, vorgebracht. Soweit die Antragstellerin einwende, dass in der Bekanntmachung keine Frist zur Angebotsabgabe genannt worden sei, sei darauf hinzuweisen, dass in einem Verhandlungsverfahren keine Bekanntmachung und somit auch keine Frist zur Angebotsabgabe vorgesehen sei; gleichwohl müsse die Frist des § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB im Verhandlungsverfahren auch ohne eine in der Bekanntmachung enthaltene Frist zur Angebotsabgabe gelten. Die Antragstellerin gehe auch fehl in der Annahme, dass es zur Erhebung einer Rüge eines Rechtsrats bedürftig sei. Ausreichend für die Annahme positiver Kenntnis sei vielmehr, dass der Bieter von den tatsächlichen Umständen, auf die er einen Vorwurf stütze, volle Kenntnis erlangt habe und somit zumindest nach laienhafter vernünftiger Wertung auch gewusst habe, dass die Vergabestelle mit dem betreffenden Verhalten gegen Vergabevorschriften verstoße. Die Antragstellerin selbst habe eingeräumt, die Ausschreibungsunterlagen so verstanden zu haben, dass nur ein Angebot abgegeben werden sollte und keine weiteren Verhandlungen stattfinden sollten. Aus diesem Grunde habe sie spätestens mit der Aufforderung des Auftraggebers, ein weiteres Angebot abzugeben, Kenntnis davon gehabt, dass – aus ihrer Sicht – gegen die Ausschreibungsunterlagen verstoßen werden sollte. Die weit verbreitete Unsitte von Bieter, vermeintliche Vergabeverstöße erst dann zu rügen, wenn ihnen bekannt gegeben werde, dass ihnen der Zuschlag nicht erteilt werde, sei mit dem Sinn und Zweck des Vergaberechts nicht vereinbar.

Das Verfahren sei auch transparent durchgeführt worden: In den Bietergesprächen seien die Antragstellerin sowie die Beigeladene aufgefordert worden, ein optimiertes Angebot abzugeben. Sie – die Antragsgegnerin – habe sich in diesem Zusammenhang ausdrücklich vorbehalten, weitere Verhandlungen vorzunehmen; dies gelte auch für die nachfolgende Aufforderung zur Abgabe eines Nebenangebots. Mit der Antragstellerin und der Beigeladenen seien gleich lautende Verhandlungen geführt und das letzte Angebot zeitgleich eingeholt worden. Eine Verpflichtung, nach Abgabe des Nebenangebotes weitere Verhandlungen zu führen, habe aber nicht bestanden.

Die Vorwürfe der Antragstellerin im Hinblick auf eine fehlerhafte Dokumentation des Verfahrens seien nicht gerechtfertigt: In dem Vergabevorschlag seien der Verlauf des

Verhandlungsverfahrens detailliert dargestellt und die Gründe für die weiteren Verhandlungsrunden benannt worden. So sei beispielsweise in Ziffer 1 des Vergabevorschlags ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass nach Auswertung der Angebote vom 28.05.2010 festgestellt worden sei, dass keine kostendeckende Ergebnisse erzielt werden konnten, so dass beide Bieter in den Gesprächen am 22.06.2010 zur Modifizierung ihrer Angebote aufgefordert worden seien. In Ziffer 5.4 des Vergabevorschlags sei nachvollziehbar dargestellt, dass die Reihenfolge der Bieter sich durch die im Bietergespräch avisierte einvernehmlich akzeptierte Herausnahme von 4 Positionen und des seitens der Beigeladenen eingeräumten Nachlasses von 10,5% verschiebe. Aus dem Vergabevorschlag ergebe sich auch, dass nach der letzten Verhandlungsrunde ein wirtschaftliches Ergebnis im Rahmen der verfügbaren Mittel vorgelegen habe, so dass weitergehende Bearbeitungen und/oder Optimierungen der Angebote keine wesentlichen Verbesserungen mehr erwarten ließen. Sämtliche maßgeblichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens und auch die Vergabeentscheidung seien auf der Grundlage einer eigenverantwortlichen Prüfung der Antragsgegnerin getroffen worden. Dabei genüge es, wenn der Auftraggeber die Prüfung und Wertung der Angebote durch einen Dritten prüfe, genehmige und dessen Zuschlagsvorschlag durch einen billigenden Vermerk bestätige. Dies sei seitens durch den gegengezeichneten Stempel im Vergabevermerk des Ingenieurbüros durch die Antragsgegnerin sowie durch den eigenen Vergabevorschlag vom 22.07.2010 geschehen.

Die mit Beschluss vom 24.08.2020 **Beigeladene** beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 18.08.2010 als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die notwendige Beiziehung der Prozessbevollmächtigten der Beigeladenen aufzuerlegen.

Sie ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig: die Antragstellerin sei mit ihrem Vorbringen gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB, der mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sei, präkludiert, da sie die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist beziehungsweise zur Abgabe des Nebenangebots hätte rügen müssen. Dies sei aber nicht geschehen: Erst als sich die Spekulation der Antragstellerin auf den Zuschlag nicht erfüllen sollte, habe sie die entsprechenden Rügen erhoben. Die seitens der Antragstellerin vertretene Ansicht, die Durchführung des

Verhandlungsverfahrens sei abhängig von der dafür gesetzten Ursache, sei falsch, der Antragsgegner habe vielmehr zu Recht ein Verhandlungsverfahren in mehreren Verhandlungsrunden und in einem dynamischen Prozessen durchgeführt, was die Antragstellerin überdies zu keinem Zeitpunkt beanstandet habe. Die Aufforderung des Antragsgegners zur Abgabe eines Angebotes sei objektiv auch nicht als Aufforderung zur Abgabe eines "Last-and-final-Offer" zu verstehen gewesen. Ein solches Vorgehen hätte bedeutet, dass ein Verhandlungsverfahren ohne Verhandlung auch nur mit einem Bieter hätte durchgeführt werden sollen mit der Folge, dass es sich in diesem Falle nicht mehr um ein Verhandlungsverfahren gehandelt hätte. Die Benennung der Zuschlagsfrist bis zum 12.07.2010 sei insoweit nicht von Bedeutung; die Annahme der Antragstellerin, dass mit einer Zuschlagserteilung noch im Mai 2010 zu rechnen gewesen sein könnte, sei abwegig, wenn man bedenke, dass der Antragsgegner die am 28.05.2010 eingereichten Angebote mit einem erheblichen Leistungsumfang über das Wochenende hätte auswerten und prüfen müssen, um am 31.05.2010 den Zuschlag zu erteilen.

Am 30.09.2010 fand die mündliche Verhandlung statt, in welcher die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert wurde. Die Antragstellerin sowie deren Verfahrensbevollmächtigter sind trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen.

II. Gründe

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

Die Vergabekammer konnte trotz Ausbleibens der Antragstellerin und des Verfahrensbevollmächtigten gemäß § 112 Abs. 2 GWB in der Sache verhandeln und entscheiden. Als Ausprägung des Beschleunigungsgrundsatzes lässt § 112 Abs. 2 GWB zu, dass die Vergabekammer ihre Entscheidung auf der Grundlage des mündlich Verhandelten der im Termin Anwesenden und des schriftlich Vorgetragenen der nicht erschienenen oder nicht ordnungsgemäß vertretenen Beteiligten trifft. Die Antragsstellerin und deren Verfahrensbevollmächtigter sind trotz ordnungsgemäßer Ladung vom 25.08.2010, deren Zugang durch die Antragstellerin am 27.08.2010 bestätigt wurde, zum Termin der mündlichen Verhandlung am 30.09.2010 nicht erschienen.

1. Der Antrag ist zulässig.

1.1 Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB ist eröffnet. Bei dem Antragsgegner handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB. Der zu vergebende Auftrag stellt einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB dar. Die Vergabekammer ist für das Verfahren unter Berücksichtigung des Auftragswertes sachlich sowie auch örtlich zuständig.

1.2 Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt: Sie hat durch die Beteiligung am Vergabeverfahren und die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am Auftrag bekundet. Auch hat sie durch die Behauptung der Verletzung des Transparenzgebots durch den Antragsgegner eine Verletzung in eigenen Rechten nach § 97 Abs. 1 GWB und einen drohenden finanziellen Schaden durch die Nichterteilung des Zuschlags in ausreichender Weise dargelegt.

1.3 Die Vergabekammer sieht im Hinblick auf die Rüge der Antragstellerin vom 05.08.2010 im Zusammenhang mit der Behauptung der Verletzung des Transparenzgebots kein Erfordernis, den Antrag aufgrund einer verspäteten Rüge mit der Folge der Präklusion zu verwerfen.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 05.08.2010 gegenüber dem Antragsgegner das zu diesem Zeitpunkt im Hinblick auf den Rügeinhalt beendete Verfahren mit der - im Sinne einer für eine inhaltlich ordnungsgemäße Rüge ausreichenden - Behauptung gerügt, diesem habe eine objektiv klare und transparente Verfahrensstruktur und -regelung gefehlt: Der Antragsgegner habe in der Ziffer 5.4 Aufforderung zur Abgabe eines Angebots angegeben, dass die Abwicklung in verschiedenen, aufeinander folgenden Phasen zur Begrenzung der Anzahl der Angebote nicht beabsichtigt sei, sich daran in der Folgezeit durch die konkrete Verfahrensabwicklung mit der Durchführung eines Bietergesprächs und der Aufforderung der Angebotsmodifizierung unter Abgabe eines Nebenangebots aber nicht gehalten. Des Weiteren hat die Antragstellerin gerügt, dass der Antragsgegner nicht auf die Ausschlussfristen des § 107 Abs. 3 GWB hingewiesen habe. Die Rüge erfasst damit Sachverhalte, die der Antragstellerin bereits während der Durchführung des Verhandlungsverfahrens bekannt geworden sind und deren Rüge - bezogen auf die Kenntnis der Sachverhalte - am 05.08.2010 nach Abschluss des Verhandlungsverfahrens in jedem Fall verspätet gewesen wäre.

Ob eine Rüge im vorliegenden Fall bereits deshalb entbehrlich war und insoweit keine Präklusion zu Lasten der Antragstellerin festzustellen wäre, weil - wie die Antragstellerin meint - § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB keine Anwendung findet (zur Feststellung, dass Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge der Anwendbarkeit von § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB nicht entgegensteht unter ausführlicher Darstellung und Abwägung der Rechtsprechung und Begriffsauslegung: VK Hessen, Beschluss von 29.07.2010, Az.: 69 d VK 15/2010) bzw. mangels einer Bekanntmachung im Verhandlungsverfahren § 107 Abs. 3 Nr. 2 und insbesondere Nr. 3 GWB nicht einschlägig sei, muss in dem hier streitigen Fall nicht abschließend entschieden werden, weil der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf die insoweit gerügten Vergaberechtsverstöße jedenfalls - in Ermangelung entsprechender Vergaberechtsverstöße - als unbegründet zurückzuweisen ist. Aus diesem Grunde bedarf es auch keiner weiteren inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Ansicht der Antragstellerin, dass der Antragsgegner auf die Fristen des § 107 Abs. 3 GWB weder in einer Bekanntmachung noch in der Aufforderung zur Angebotsabgabe hingewiesen

und dadurch gegen die ihr obliegende Pflicht zum Hinweis auf eine Ausschluss- und Rechtsmittelfrist verstoßen habe.

Dies gilt auch für die hier streitige Frage, ob für die Rügepflicht und die Rechtzeitigkeit der Rüge es als ausreichend angesehen werden kann, dass der Bieter diejenigen Sachverhalte kennt, welche Verstöße gegen Vergabevorschriften beinhalten oder ob er aus der Sachverhaltskenntnis zudem den eindeutigen Schluss ziehen muss, dass der ihm bekannte Sachverhalt einen konkreten Verstoß gegen Vergabevorschriften darstellt und in welchem Umfang er dies als erfahrener, sachkundiger und regelmäßig an vergleichbaren Vergabeverfahren teilnehmender und über einschlägige Fachkenntnisse verfügender Bieter erkennen und schlussfolgern muss beziehungsweise ob es ausreicht, dass der Vergabeverstoß unter Zugrundelegung der Kenntnis der Sachverhalte nach laienhafter, vernünftiger Wertung hätte schlussgefolgert werden können oder müssen. Insbesondere in einem Fall wie dem vorliegenden kann das Rekurrieren auf das Erfordernis des Erkennenmüssens oder Erkennens eines rechtlich relevanten Verstoßes gegen Vergabevorschriften aufgrund eines bekannten und von der eigenen Vorstellung abweichenden Verhaltens des Auftraggebers nämlich - wie auch der Antragsgegner ausführt - dazu führen, dass ein Bieter sich einem Verfahren in Kenntnis der von seiner Vorstellung abweichenden Tatsachen - hier die aus seiner Sicht vom Auftraggeber für die Durchführung des Vergabeverfahrens initiierten Vorgaben, unterstellt, dieses aber in der Hoffnung, den Auftrag zu erhalten, nicht unmittelbar, sondern erst dann rügt, nachdem der Auftraggeber ihm mitgeteilt hat, dass er den Zuschlag nicht erhalten werde. Im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Rügeverfahrens und insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Beachtung des Beschleunigungsgrundsatzes in einem Vergabeverfahren sowie im Hinblick darauf, dass zwischen dem Bieter und dem Auftraggeber bereits zu diesem Zeitpunkt ein beiderseits verpflichtendes vorvertragliches Vertrauensverhältnis besteht, welches auch einen Bieter verpflichtet, interessengerecht mit den Interessen des Auftraggebers zu verfahren, erscheint ein solches Zurückgreifen auf die Kenntnis des Vergabeverstoßes nicht unproblematisch. Auf Seiten des Bieters ließe sich einem solchen Fall nämlich durchaus die Verpflichtung annehmen, dass dieser ein Verfahren, welches er als nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechend ansieht, bereits mit dem Zeitpunkt des durch ihn erkannten Abweichung zu rügen, zumal dann, wenn sich bei dem Bieter - objektiv - der Eindruck aufdrängen muss, dass ein Abweichen des Auftraggebers vom Inhalt der Vergabeunterlagen auch ein Abweichen von Vergabevorschriften, welche gerade durch den Inhalt der Vergabeunterlagen konkretisiert worden sind, bedeutet.

Soweit die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 01.09.2010 nach Einsichtnahme in die Vergabeakten ergänzend gerügt hat, dass der Antragsgegner die Entscheidung über die Art und Weise der Durchführung des Verhandlungsverfahrens einem privaten Dienstleister überlassen und eine unzureichende Dokumentation der Entscheidung und der Art und Weise der Durchführung des Verhandlungsverfahrens sowie die Anzahl der Angebotsrunden erstellt habe, bestehen gegen die Rechtzeitigkeit der Rüge keine Bedenken.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Der Antrag der Antragstellerin auf Versagung der Zuschlagserteilung ist unbegründet.

Weder gelegentlich der Durchführung des Verhandlungsverfahrens noch der Wertung der Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen hat die Antragsgegnerin Bestimmungen über das Vergabeverfahren und insbesondere nicht das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot verletzt, so dass weder ein Verstoß gegen § 97 Abs. 1 GWB noch gegen § 97 Abs. 2 GWB oder § 97 Abs. 3 GWB vorliegt. Die Antragsgegnerin beabsichtigt deshalb zu Recht, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Soweit die Antragstellerin bei der Durchführung der streitgegenständlichen Ausschreibung einen Verstoß gegen das Transparenzgebot behauptet, ist ein solcher nicht feststellbar. Richtig ist, dass ein Auftraggeber im Zusammenhang mit der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens - sei es im Sinne § 3a Nr. 2 lit. a VOB/A oder einer anderen in § 3a Nr. 2 VOB/A benannten Voraussetzung - neben dem Gleichbehandlungs- das Transparenzgebot zu beachten hat; dies ergibt sich unmittelbar aus § 97 Abs. 1 GWB. Aus dem Transparenzgebot resultiert die Verpflichtung zur umfassenden Information der Bieter sowie die nachvollziehbare Gestaltung und Durchführung des Verfahrens. Gegen die vorstehend angeführten Grundsätze hat der Antragsgegner in keiner Phase des Verfahrens verstoßen.

Soweit die Antragstellerin zur Begründung der behaupteten Verstöße darauf abstellt, der Antragsgegner habe in der Ziffer 5.4 Aufforderung zur Abgabe eines Angebots angegeben, dass die Abwicklung in verschiedenen, aufeinander folgenden Phasen zur Begrenzung der Anzahl der Angebote nicht beabsichtigt sei, sich daran in der Folgezeit aber durch die konkrete Verfahrensabwicklung mit der Durchführung eines Bieterge-

sprächs und der Aufforderung der Angebotsmodifizierung sowie der Abgabe eines Nebenangebots aber nicht gehalten hat, ist darin weder ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz im Sinne einer nachvollziehbare Einleitung, Gestaltung und Durchführung des Verfahrens noch gegen - wie die Antragstellerin es formuliert - andere tragende Grundsätze des Vergaberechts zu sehen. Unter Ziffer 5.4 hat die Antragsgegnerin im Hinblick auf die Abwicklung des Verhandlungsverfahrens darauf hingewiesen, dass „die Abwicklung in verschiedenen, aufeinander folgenden Phasen zur Begrenzung der Zahl der Angebote nicht beabsichtigt (sei)“. Dieser Wortlaut ist im Hinblick auf dessen Inhalt und Zweck objektiv eindeutig. Zwar führt der Antragsgegner aus, dass er nicht beabsichtige, die Abwicklung des Verfahrens in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchzuführen. Dieser Hinweis wird aber in unmittelbarem Anschluss an diese Worte eindeutig dahingehend konkretisiert, dass die verschiedenen, aufeinanderfolgenden Phasen ausschließlich auf den nicht beabsichtigten Zweck der Begrenzung der Zahl der Angebote bezogen werden. Der Antragsgegner hat damit eindeutig, klar und für jeden Dritten objektiv erkennbar ausgeführt, dass er nicht beabsichtigte, „zur Begrenzung der Zahl der Angebote“ - also nur in diesem Sinne Final - die Abwicklung des Verfahrens in verschiedenen, aufeinander folgenden Phasen durchzuführen. Der Antragsgegner hat durch den Inhalt der Ziffer 5.4 aber nicht kundgetan, dass er nach Abgabe der ersten Angebote aufgrund der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten in einem ausdrücklich als solche bezeichneten Verhandlungsverfahren ausschließlich diese werten und daraufhin den Zuschlag erteilen wollte. Dies hätte - wie der Antragsgegner zu Recht ausführt - dem Sinn und Zweck des eindeutig avisierten Verhandlungsverfahrens nicht entsprochen und denjenigen Bieter benachteiligt, der den Wortlaut der Ziffer 5.4 objektiv richtig beurteilt hatte und davon ausgehen musste, dass zumindest noch eine weitere Verhandlungsrunde erfolgen würde. Insoweit ist auch objektiv entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht unklar geblieben, ob die Bieter zunächst lediglich "Indikative Angebote" oder bereits ein „Last-and-final-Offer“ abzugeben hatten und in welcher Weise das Verhandlungsverfahren durchgeführt und fortgeführt werden sollte. Soweit die Antragstellerin der Ansicht ist, der Antragsgegner hätte in diesem Zusammenhang ausdrücklich verdeutlichen müssen, ob ein abschließendes Angebot abzugeben war oder weitere Verhandlungsrunden durchgeführt werden sollten, ist dies durch nichts gerechtfertigt. Im Hinblick auf den Verfahrensablauf, war es für die Bieter damit auch für die Antragstellerin ausreichend, dass sie wussten, dass ein Verhandlungsverfahren durchgeführt werden sollte. Bereits dieses impliziert ein Verhandeln, und damit mangels anderweitiger ausdrücklicher Hinweise des Antragsgegners, nicht die For-

derung nach Abgabe eines abschließenden - endgültigen - Angebots. Ein darüber hinausgehender ausdrücklicher Hinweis des Antragsgegners auf die - wie es die Antragstellerin formuliert - Abgabe eines lediglich „Indikativen Angebots“ und/oder mehrerer Verhandlungsrunden, war in keiner Hinsicht erforderlich. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin spricht auch die erklärte Absicht des Antragsgegners, den Zuschlag bereits Ende Mai erteilen zu wollen, nicht dafür, dass der Antragsgegner die Antragstellerin und die Beigeladene eindeutig zu einem „Last-and-final-Offer“ aufgefordert habe. Aus dieser Absichtserklärung lässt sich - abgesehen davon, dass der Antragsgegner - wie die Beigeladene ausgeführt hat - die eingereichten Angebote über das Wochenende hätte prüfen und abschließend werten müssen - keine Schlussfolgerung im Hinblick auf den Ablauf des nachfolgenden Verfahrens in dem Sinne ziehen, dass ein als solches gekennzeichnetes Verhandlungsverfahren ohne einen ausdrücklichen Hinweis nicht als Verhandlungsverfahren - im Sinne eines Verhandels - durchgeführt werden soll. Dass jeder vernünftige Dritte die Aufforderung in Sinne eines „Last-and-final-Offer“ - Angebots habe verstehen müssen, war aus Sicht der Antragstellerin zwar subjektiv nachvollziehbar sein, widerspricht aber den objektiven Gegebenheiten.

Dass der Antragsgegner bei der Durchführung des Verhandlungsverfahrens gegen andere tragende Grundsätze des Vergaberechts verstoßen haben könnte, ist nicht ersichtlich.

Aus diesem Grunde hat der Antragsgegner zu Recht anstelle der Erteilung des Zuschlags auf das Erstangebot Verhandlungen über den Angebotsinhalt und -preis in den Gesprächen vom 20.06.2010 geführt und die Antragstellerin sowie die Beigeladene noch zweimal zu Legung eines nachfolgenden Angebots aufgefordert.

Soweit die Antragstellerin behauptet, der Antragsgegner habe auch die Art und Weise der Durchführung des Verhandlungsverfahrens im Vergabeprotokoll nicht ausreichend dokumentiert, führt dies ebenfalls nicht zu einer Verletzung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Das Vergabeprotokoll enthält eine ausführliche und nachvollziehbare Darstellung der einzelnen Verfahrensschritte des Verhandlungsverfahrens, an denen der Antragsgegner jeweils unmittelbar beteiligt war.

Soweit die Antragstellerin behauptet, der Antragsgegner habe die Entscheidungen über die Durchführung des Verhandlungsverfahrens einem Dritten überlassen, lassen sich daraus ebenfalls keine - verletzten - Rechte für sich herleiten. Dem Antragsgegner ist es

unbenommen, sich im Zusammenhang der Durchführung des Verhandlungsverfahrens, der Hilfe eines Dritten zu bedienen. Dies hat der Antragsgegner im Verhandlungsprotokoll dokumentiert. Der Antragsgegner hat darüber hinaus das Verfahren sowohl im Hinblick auf die Durchführung desselben, als auch die insoweit erforderlichen Entscheidungsschritte eigenverantwortlich und selbstständig gestaltet, entschieden und durchgeführt. Der Antragsgegner hat sich darüber hinaus auch den Vorschlag des durch ihn eingesetzten Ingenieurbüros, nach Abschluss der Prüfung die Beigeladene zu bezuschlagen, zu Eigen gemacht. Er hat einerseits einen unterschriebenen Prüfvermerk vom 22.07.2010 beigefügt und andererseits darüber hinaus einen eigenen Vergabevorschlag am 22.07.2010 erstellt und dort ausgeführt: „Nach Prüfung der Vergabeauswertung, der Vergabeunterlagen und des Vergabevermerks des Büros schließe ich mich deren Ausführung von umfänglich an und schlage ebenfalls vor, der GmbH und Co. KG den Auftrag zu erteilen“.

Soweit die Antragstellerin der Ansicht ist, der Antragsgegner habe gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, weil er im Ergebnis ein Angebot bezuschlagt habe, welches um 20 % über dem ursprünglichen - im aufgehobenen Offenen Verfahren vorgelegten - Hauptangebot vom 25.02.2010 gelegen habe und dies die Vermutung nahe lege, dass der Antragsgegner die Verhandlungen so lange geführt habe, bis der ihm genehme Bieter an erster Stelle gelegen sei und soweit sie eine Verletzung des Transparenzgebots darauf stützt, dass - neben dem Ablauf des Verfahrens - auch die Bezuschlagung der Angebote für sie völlig unvorhersehbar gewesen sei, geht dies ebenfalls fehl. Die Antragstellerin stellt selber dar, dass es sich dabei um eine Vermutung im Sinne einer spekulativen Annahme handelt. Diese Vermutung ist im Zusammenhang mit der Behauptung zu sehen, die Wertung der Angebote im Verhandlungsverfahren seien seitens des Antragsgegners fehlerhaft durchgeführt worden. In Ziffer 4.5 des Vergabevorschlags sei wörtlich wiedergegeben, dass „die Reihenfolge der Bieter (...) sich durch die im Bietergespräche vor der dritten Angebotsabgabe einvernehmlich vereinbarten Reduzierungen (verschieben)“; diese Aussage könne nicht zutreffen. Die geprüfte Angebotssumme der Beigeladenen habe sich am 22.06.2010 auf einen Betrag von 19.299.665,01 Euro belaufen, die der Antragstellerin auf 17.310.500,93 Euro. Die Einsparungen der Antragstellerin seien von dem Antragsgegner mit 218.272,39 Euro angegeben worden, so dass nicht vorstellbar sei, dass die Einsparungen bei der Beigeladenen einen bei 2,2 Millionen Euro liegenden Betrag ausmachen könnten. Die Vermutungen der Antragstellerin sind unter Zugrundelegung der Darstellung im Vergabeprotokoll nicht gerechtfertigt.

Nachdem der Antragsgegner nach Prüfung der beiden von der Antragstellerin und der Beigeladenen eingereichten Angebote kein kostendeckendes Ergebnis festgestellt hatte, hat er mit der Antragstellerin und der Beigeladenen am 22.06.2010 jeweils ein Vergabegespräch mit - ausweislich der jeweils von der Antragstellerin und der Beigeladenen unterzeichneten Protokolle - inhaltlich identische 11 Aufklärungsinhalte geführt. Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene sind in diesem Zusammenhang seitens des Antragsgegners aufgefordert worden, ihre Gesamtkalkulation auf mögliche Verbesserungen der Angebotspreise zu überprüfen und ein optimiertes Angebot unter Berücksichtigung des Verhandlungsprotokolls bis zum 25.07.2010 abzugeben. Der Antragsgegner hat sich desweiteren - unter ausdrücklich erklärter Kenntnisnahme seitens der Antragstellerin und der Beigeladenen - vorbehalten, die Positionen 1.8.5, 3.6.3, 6.1.5 und 6.1.18 nicht zu werten beziehungsweise nicht zu beauftragen. Die Beigeladene hat in ihrem abgegebenen Angebot einen Nachlass ohne Bedingung in Höhe von 10,5 % an der von dem Antragsgegner vorgesehenen Stelle angeboten. Anschließend haben die Antragstellerin und die Beigeladene noch ein Nebenangebot für den Titel 1.3, „Isolierte Schienenverbindung“ abgegeben. Während aufgrund des jeweiligen Angebots vom 27.05.2010 die Antragstellerin mit einer Angebotssumme in Höhe von 17.923.771,68 Euro (Beigeladene: 19.299.665,02 Euro) die Antragstellerin Erstplatzierte Bieterin war, hat sich die Bieterreihenfolge zu Gunsten der Beigeladenen aufgrund des überarbeiteten Angebots vom 28.06.2010 unter Berücksichtigung ihres Nachlasses in Höhe von 10,5 % und der Reduzierung des Leistungsumfangs im Sinne der Positionen 1.8.5, 3.6.3, 6.1.5 und 6.1.18 verlagert, mit der Folge, dass das Angebot der Beigeladenen das wirtschaftlichste Angebot im Sinne der Ziffer 5.3 der Angebotsaufforderung wurde. Die anschließend erfolgte Einbeziehung des Nebenangebots der Antragstellerin und der Beigeladenen hat diese Wertungsreihenfolge im Sinne der Erstplatzierung der Beigeladenen nicht mehr verändert.

Vorstehendes zugrundegelegt, sind die Bedenken der Antragstellerin nicht berechtigt. Der Nachprüfungsantrag war daher zurückzuweisen.

III.

Kostenentscheidung

- A. Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:
 - I. Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt.
 - II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus dem Auftragswert gem. dem Angebot der Antragstellerin ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer angewandt wird, eine Gebühr von 14.100,00 Euro.
 - III. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen (§ 128 Abs. Satz 2 GWB).
 - IV. Die Antragstellerin hat auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Beigeladenen, welche Anträge gestellt und sich am Verfahren aktiv beteiligt hat, zu tragen.
 - V. Die Zuziehung je eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der des Antragsgegners und der Beigeladenen war im Hinblick auf die rechtlichen Schwierigkeiten des streitgegenständlichen Falls notwendig (§ 128 Abs. 4 GWB, § 80 HVwVfG).