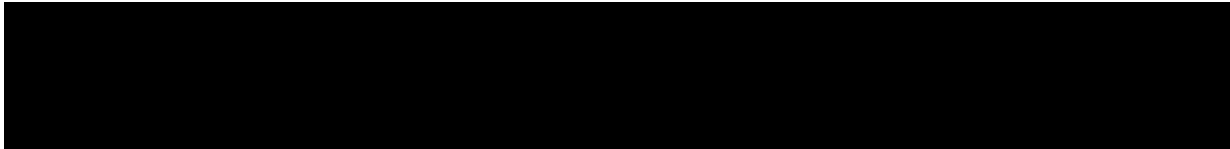


69 d - VK - 50/2016

Stichworte: Zwingender Ausschluss nach § 19 EG Abs. 3 VOL/A a. F. ;
Intransparenz des Bewertungsmaßstabes Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Dezember 2015 - VII Verg 25/15

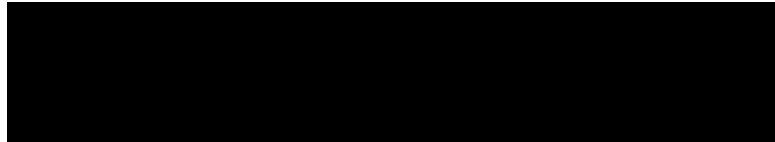
Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

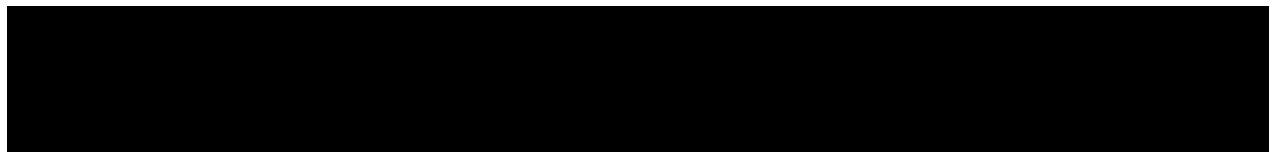


- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

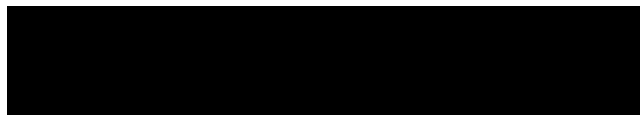


gegen



- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:



weitere Beteiligte:



- Beigeladene-

wegen: Durchführung des Technischen Gebäudemanagements für 11 Liegenschaften im Großraum Hanau

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsärztin Denz-Kinzel am 17. November 2016 beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen vom 27. April 2016 zu erteilen. Er wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht das Vergabeverfahren unter Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen vom 27. April 2016 fortzuführen.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, die der Antragsgegner zu tragen hat. Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Kosten befreit.
3. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 18. März 2016 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer 2016 / S 058-098063 einen Vertrag über die Durchführung von technischem Gebäudemanagement für elf Liegenschaften im Großraum Hanau im offenen Verfahren aus. Der Vertrag wird erstmalig für 3 Jahre und 2 Monate abgeschlossen und kann um jeweils ein Jahr auf maximal 6 Jahre und 2 Monate verlängert werden. Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen, wobei die Zuschlagskriterien „Betriebskonzept“ mit 55 % und „Preis“ mit 45 % gewichtet sind.

Ausweislich der Angebotsaufforderung unter Ziffer 7 können die Angebote schriftlich abgegeben werden. Nach den Ergänzungen zur Angebotsaufforderung (Seite 7 der Ergänzungen) ist das geforderte Betriebskonzept in elektronischer Form einzureichen und nach Ziffer 4 (Seiten 9 bis 11 der Ergänzungen zur Angebotsaufforderung) hat der Bieter mit Abgabe seines Angebotes zwingend ein in deutscher Sprache verfasstes Betriebskonzept in Papierform sowie in elektronischer Form einzureichen. Das spezifische Betriebskonzept ist durch den Bieter in Form einer ausführlichen und schriftlichen Darstellung (keine Standardpräsentation oder Grafiken ohne Erläuterungen) mit der Angebots-

abgabe zu übergeben. Das Betriebskonzept sollte über einen Gesamtumfang von maximal 55 Seiten verfügen. Die folgenden drei Seiten enthalten die in dem Betriebskonzept darzustellenden Mindestinhalte / Mindestangaben sowie die jeweils zu vergebenden Maximalprozentwerte.

Auf Seite 11 der Ergänzungen zur Angebotsaufforderung weist der Antragsgegner darauf hin, dass das zu erstellende Betriebskonzept zwingend mit Angebotsabgabe vorzulegen ist. Wird es nicht mit Angebotsabgabe vorgelegt, führe dies zum Ausschluss vom Ausschreibungsverfahren.

Mit Begleitschreiben vom 7. Oktober 2016 übergab der Antragsgegner der Vergabekammer die Vergabeakte einschließlich der Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen (Ld 115 Band 1 und 2; Blatt 1 bis 1.221). Im Angebot der Beigeladenen befand sich jedenfalls zu diesem Zeitpunkt kein schriftliches Betriebskonzept. Das ohne Lücken paginierte Angebot der Beigeladenen enthält lediglich ein über 100 Seiten umfassendes Anlagenkonvolut zum schriftlichen Betriebskonzept (Blatt 478 bis 775). Auch eine CD-ROM mit dem Betriebskonzept der Beigeladenen enthielt die Vergabeakte zu diesem Zeitpunkt nicht. Da dies bei der Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung aufgefallen ist, hat die Vergabekammer am 25. Oktober 2016 vom Antragsgegner die vollständigen Vergabeunterlagen angefordert. Diese sind der Vergabekammer am 26. Oktober 2016 vorgelegt worden (5 Aktenordner, nicht paginiert). Gleichzeitig legte der Antragsgegner auch die fehlende CD-ROM mit dem Betriebskonzept der Beigeladenen als Kopie vor. Die Original CD-ROM liegt den Vergabeunterlagen nach wie vor nicht bei.

In der mündlichen Verhandlung hat der Antragsgegner zwei weitere Angebotsordner sowohl von der Antragstellerin als auch von der Beigeladenen, jeweils in Kopie, vorgelegt. Der Inhalt der Kopie des Angebotsordners der Antragstellerin ist identisch mit dem Inhalt des Angebotes, das der Vergabekammer am 7. Oktober 2016 vorgelegt wurde. Die Kopie des Angebotsordners der Beigeladenen enthält im Gegensatz zu dem am 7. Oktober 2016 als Original vorgelegten Angebotsordner das erforderliche Betriebskonzept in Papierform und auf CD-ROM, die ebenfalls als Kopie gekennzeichnet ist. Das in der ursprünglich übergebenen Vergabeakte ausschließlich auf CD-ROM enthaltene Betriebskonzept der Beigeladenen umfasst 51 Seiten. Das in der mündlichen Verhandlung in Kopie vorgelegte Betriebskonzept der Beigeladenen umfasst 51 Seiten nebst 135 Seiten Anlagen, die teilweise beidseitig bedruckt sind. Das der Vergabekammer am 7. Oktober 2016 als Original vorgelegte Angebot hinsichtlich des Betriebskonzeptes der Beigeladenen umfasst 147 Seiten Anlagen. Hierin befindet sich - anders als in dem als Kopie in der mündlichen Verhandlung übergebenen Angebot der Beigeladenen - die Anlage 13.3 „Projektübernahmeprotokoll“ (12 Seiten).

Der vom Antragsgegner offensichtlich zur wiederkehrenden Verwendung vorgesehene Vordruck für die Niederschrift über die Öffnung der Angebote (Blatt 92 des vorgelegten Ordners Ld 115 Band I) enthält lediglich Angaben dazu, dass am 28. April 2016 um

14:10 Uhr zwei schriftliche Angebote vom Verhandlungsleiter übernommen wurden. Das erste Angebot sei um 14:10 Uhr geöffnet, der Eröffnungstermin um 14:15 Uhr geschlossen worden. Weitere Angaben oder Unterschriften der am Eröffnungstermin Beteiligten finden sich nicht. Gemäß dem Formblatt ist unter anderem vorgesehen, dass die eingereichten schriftlichen Angebote in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet werden.

Die in der übergebenen Vergabeakte enthaltenen Angebote sind demgegenüber in keiner Weise gekennzeichnet, insbesondere weisen die Angebote keinerlei Prägung, Heftung oder Ähnliches auf. Weder dem am 7. Oktober 2016 übergebenen Original-Angebot noch dem in der mündlichen Verhandlung übergebenen, als Kopie bezeichneten Angebot der Beigeladenen, kann entnommen werden, mit welchem Inhalt beide Dokumente eingereicht worden waren.

Mit Informationsschreiben nach § 101a GWB a. F. vom 17. Juni 2016 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, ihr Angebot könne nicht berücksichtigt werden, da es nicht das wirtschaftlichste sei. Nach den bekanntgegebenen Wertungskriterien habe das Angebot der Antragstellerin einen Wert von insgesamt 87,05 % erhalten, das der Beigeladenen 89,96 %, weshalb beabsichtigt sei, den Zuschlag der Beigeladenen zu erteilen.

Per Einwurf-Einschreiben rügte die Antragstellerin am 22. Juni 2016 durch ihre Bevollmächtigten die beabsichtigte Vergabe dahingehend, dass der Antragsgegner eine fehlerhafte Konzeptbewertung des Betriebskonzeptes der Antragstellerin vorgenommen habe. Darüber hinaus sei das Bewertungssystem als solches intransparent. Des Weiteren rügte die Antragstellerin vorsorglich auch die mangelnde Transparenz des Zuschlagkriteriums „Preis“ und forderte den Antragsgegner auf, der Rüge bis zum 24. Juni 2016, 12:00 Uhr, abzuhelpfen. Nach entsprechender Fristverlängerung teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit Schreiben vom 19. September 2016, eingegangen am 20. September 2016, mit, den Rügen nicht abhelfen zu wollen.

Mit Schriftsatz vom 28. September 2016 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie ist im Wesentlichen der Auffassung, der Antragsgegner habe bei der Bewertung des Betriebskonzeptes den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum in vielfacher Hinsicht überschritten. Die Punktevergabe bei vielen Unterkriterien sei zulasten der Antragstellerin an sachfremden Erwägungen ausgerichtet worden. Darüber hinaus seien die Wertungskriterien in Bezug auf die einzureichenden Betriebskonzepte insgesamt nicht in einer transparenten Weise bekannt gegeben worden. Auch das Zuschlagskriterium „Preis“ sei nicht transparent. Im Übrigen begehre sie Akteneinsicht in das Betriebskonzept der Beigeladenen.

Am 28. Oktober 2016 fand die mündliche Verhandlung statt. Der Antragsgegner bekundete in der mündlichen Verhandlung, das Betriebskonzept der Beigeladenen nebst Anlagen, so wie in der Kopie enthalten, gewertet zu haben, was er auch mit Schriftsatz vom 4. November 2016 bekräftigte. Gleichzeitig erläuterte er in der mündlichen Verhandlung, dass das Originalangebot beim HCC verbleibe, während das LBIH die Kopie der Angebote erhalte.

Darüber hinaus erklärte der zuständige Sachbearbeiter des HCC, er habe die Angebote aus den von den Bietern eingereichten Originalordnern herausgenommen und sie in entsprechende Vergabeordner geheftet, damit diese dann der Vergabekammer vorgelegt werden könnten. Bei diesem Vorgang sei möglicherweise das Original des schriftlichen Betriebskonzeptes auf seinem Schreibtisch unter andere Unterlagen geraten. Der Antragsgegner legte im Laufe des Nachprüfungsverfahrens das schriftliche Originalbetriebskonzept der Beigeladenen nicht mehr vor.

Weil es dem Antragsgegner im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht möglich war, Aufschluss über das Fehlen des verschriftlichten Betriebskonzeptes in dem als Original eingereichten Angebot der Beigeladenen zu geben, hat er Schriftsatznachlass bis zum 7. November 2016, 8:00 Uhr, erhalten, wovon er mit entsprechendem Schriftsatz vom 4. November 2016 Gebrauch gemacht hat. Mit Schreiben vom selben Tag forderte der Antragsgegner die Beigeladene auf, das fehlende schriftliche Betriebskonzept sowohl in Papierform als auch als Datenträger gemäß § 19 EG Abs. 2 VOL/A a. F. bis zum 10. November 2016 einzureichen. Die Beigeladene legte das Betriebskonzept nebst Anlagen sowie die geforderte CD-ROM vor. Am 10. November 2016 reichte der Antragsgegner die von der Beigeladenen vorgelegten Unterlagen zur Vergabeakte. Die Durchsicht der der Vergabekammer nunmehr vorliegenden drei Angebote der Beigeladenen ergibt, dass drei Angebote mit jeweils unterschiedlichen Inhalten vorliegen. Das ursprünglich als Original eingereichte Angebot enthält nicht das schriftlich geforderte Betriebskonzept, sondern nur 147 Seiten Anlagen. Auch fehlt die Original- CD-ROM. Das in der mündlichen Verhandlung in Kopie vorgelegte Betriebskonzept der Beigeladenen umfasst 51 Seiten nebst 135 Seiten Anlagen, nicht jedoch die Anlage 13.3 „Projektübernahmeprotokoll“. Die am 10. November 2016 der Vergabekammer vorgelegte nachgeforderte 2. Ausfertigung des Betriebskonzeptes enthält das schriftlich verfasste Betriebskonzept nebst Anlagen, von denen jedoch die Anlage 13.7 „Muster“ unvollständig ist und nur 3 statt 12 Seiten umfasst.

Der Antragstellerin ist nachgelassen worden, zu dem Schriftsatz des Antragsgegners bis zum 14. November 2016, 8:00 Uhr, Stellung zu nehmen. Sie hat hiervon mit Schriftsatz vom 11. November 2016 Gebrauch gemacht. Sie ist der Auffassung, dass die Beigeladene bereits kein vollständiges Angebot abgegeben habe. Nach § 2 des abzuschließenden Gebäudemanagementvertrages werde auch das Betriebskonzept Vertragsbestandteil. Bei dem Betriebskonzept handele es sich daher bereits nicht um eine bloße Erklärung oder einen Nachweis im Sinne des § 19 EG Abs. 2 VOL/A a. F.. Selbst wenn dies der Fall sei, habe der Antragsgegner sein ihm zustehendes Ermessen abschließend dahingehend gebraucht, dass im Hinblick auf bestimmte Nachweise und Erklärungen keine Nachforderung erfolge. Die Antragstellerin beantragt nunmehr:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen aus der Wertung auszuschließen.
2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, den Zuschlag bei fortbestehender Vergabeabsicht auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

hilfsweise

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotswertung, hilfsweise in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen und die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag abzulehnen.

Das Angebot der Beigeladenen sei nicht wegen des Fehlens des Betriebskonzepts in schriftlicher Form zwingend auszuschließen. Vielmehr habe das Konzept auch noch im laufenden Nachprüfungsverfahren nachgefordert werden dürfen. Den Vergabeunterlagen sei nicht zu entnehmen, dass der Antragsgegner sein Ermessen dahingehend habe ausüben wollen oder dies getan habe, dass fehlende Nachweise und Erklärungen nicht nachgefordert werden dürften. Da zudem lediglich eine Kopie fehle, habe deren Fehlen keinerlei Auswirkungen auf die materielle Wertung des Angebotes. Schließlich hätten auch die dem Betriebskonzept der Beigeladenen beigefügten Anlagen inhaltlich gewertet werden können.

Mit Beschluss vom 14. Oktober 2016 ist die Beigeladene zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogen worden. Sie hat Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, wovon sie zunächst keinen Gebrauch machte. Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 4. November 2016 erklärte die Beigeladene, am 28. April 2016 fristgerecht die Angebotsunterlagen zweifach eingereicht zu haben. Vor Angebotsabgabe sei die Vollständigkeit der Angebote durch mehrere, mit dieser Ausschreibung befasste Mitarbeiter überprüft worden. Die Mitarbeiterin Frau Anja Vogtmann könne bestätigen, dass das Betriebskonzept in beiden Angeboten der Beigeladenen auch in Papierform enthalten gewesen sei. Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

Mit Zustimmung der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung hat die Vergabekammer nach Aktenlage entschieden, § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB a. F.. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte, den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 28. Oktober 2016 sowie auf die Vergabeakten (9 Aktenordner, paginiert sind nur die Aktenordner Ld 115 Bd. I und II (Blatt 1 bis 1.221)) Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist bereits im Hauptantrag zulässig (dazu A.) und begründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
- I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB a. F. ist eröffnet. Bei dem Antragsgegner handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB a. F.. Der verfahrensgegenständliche Beschaffungsvorgang ist ein öffentlicher Auftrag nach § 99 Abs. 4 GWB a. F., der den gemäß § 100 Abs. 1 GWB a. F. maßgeblichen Schwellenwert ohne weiteres überschreitet.
- II. Die Antragstellerin ist auch nach § 107 Abs. 2 GWB a. F. antragsbefugt, denn durch den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Beigeladene kann die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB a. F. verletzt sein. Die Antragstellerin hat schlüssig dargetan, dass sie durch einen möglichen zwingenden Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen und die möglicherweise fehlerhafte Bewertung ihres Betriebskonzeptes aufgrund von sachfremden Erwägungen in ihrem Recht auf Gleichbehandlung im Vergabeverfahren verletzt sein könnte. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist es auch nicht von vorneherein auszuschließen, dass sie durch ein eventuell vergaberechtswidriges Verhalten des Antragsgegners einen Schaden erleidet. Ausweislich der Vergabeakte liegt die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle der Wertung.
- III. Die Antragstellerin ist mit ihrem Vortrag auch nicht präkludiert. Die Antragstellerin hat den beabsichtigten Zuschlag an die Beigeladene unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB a. F. gerügt.
- B. Der Nachprüfungsantrag ist auch im Hauptantrag begründet. Die Antragstellerin ist durch die vom Antragsgegner beabsichtigte Bezuschlagung auf das Angebot der Beigeladenen in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB a. F. verletzt, denn das Angebot der Beigeladenen vom 27. April 2016 ist zwingend auszuschließen. Dabei kann dahinstehen, ob sich der zwingende Ausschlussgrund aus § 19 EG Abs. 3 lit. e) VOL/A a. F. (dazu I.) oder aus § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A a. F. (dazu II.) ergibt. Obwohl es hierauf nicht mehr ankommt, sieht sich die erkennende Vergabekammer zu dem nachfolgenden obiter dictum (unter III.) veranlasst.
- I. Es spricht einiges dafür, dass der zwingende Ausschluss vorliegend auf § 19 EG Abs. 3 lit. e) VOL/A a. F. zu stützen ist. So dürfte es sich bei dem Betriebskonzept nicht um einen Nachweis oder eine Erklärung im Sinne des § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A a. F. handeln (dazu 1.). Dies vorausgesetzt, hat die Beigeladene nach Lage der Akten kein formgerechtes Angebot eingereicht (dazu 2.).

1. Sowohl die Tatsache, dass das Betriebskonzept mit 55% in die Wertung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes einfließt, als auch die Tatsache, dass es Inhalt des abzuschließenden Managementvertrages werden soll, spricht dafür, dass es sich bei dem Betriebskonzept nicht um einen bloßen Nachweis oder eine Erklärung im Sinne des § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A a. F., sondern um einen wesentlichen - vorliegend wohl nicht formgerecht eingereichten - Bestandteil des Angebotes handelt. Die Regelung des § 19 EG Abs. 2 Satz 2 VOL/A zeigt, dass sich die Regelungen über das Nachfordern fehlender Nachweise oder Erklärungen grundsätzlich nicht auf solche Angaben der Bieter erstrecken, die als „essentialia negotii“ dem zwingenden Angebotsinhalt zuzurechnen sind.
 2. Gemäß Ziffer 4 der Ergänzung zur Aufforderung zur Angebotsabgabe waren die Angebote zwingend im Original und als Kopie, jeweils in Papierform und in digitaler Form einzureichen. Damit hat der Antragsgegner in Übereinstimmung mit § 16 EG Abs. 1 Satz 1 VOL/A a. F. eine bestimmte Form der einzureichenden Angebote festgelegt. Anders als der Antragsgegner neigt die Kammer dazu davon auszugehen, dass die Beigeladene dieser Form nicht bereits durch die Einreichung eines Originalangebotes genügt hat, sodass die Tatsache, dass die Kopie des Angebotes kein Betriebskonzept in schriftlicher Form enthält, unerheblich wäre. Der Antragsgegner hat in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass er die gewählte Form bewusst gewählt habe, um jeder mit der Wertung der Angebote betrauten Stelle (LBIH und HCC) ein Angebot zur Verfügung stellen zu können. Für die Vergabestelle ist es daher essentiell, dass die Originalangebote und die Kopien einen identischen Inhalt aufweisen, mithin ein formgerechtes Angebot nur dann vorliegt, wenn dieses mit identischen Kopien jeweils in schriftlicher, das heißt in (Papier-)Form, und in digitaler Form vollständig eingereicht wird. Es ist nicht feststellbar, dass das Angebot der Beigeladenen dieser vom Antragsgegner vorgegebenen Form genügt hat.
- II. Darauf kommt es vorliegend jedoch nicht an, denn jedenfalls liegt - nach der der Vergabekammer vorliegenden Vergabeakte - auch der zwingende Ausschlussgrund des § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A a. F. vor. Insoweit brauchte ebenfalls nicht entschieden zu werden, ob der Antragsgegner (noch) berechtigt war, fehlende Nachweise und Erklärungen gemäß § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A a. F. nachzufordern (dazu 1.). Selbst wenn er zu der entsprechenden Nachforderung vom 4. November 2016 berechtigt war, hat die Beigeladene der entsprechenden Nachforderung nicht genügt (dazu 2.).

1. Es kommt vorliegend nicht darauf an, ob der Antragsgegner mit der Formulierung in Ziffer 4 der Ergänzung zur Aufforderung zur Angebotsabgabe das ihm nach § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A a. F. zustehende Ermessen bereits dahingehend gebraucht hat, dass er - jedenfalls im Hinblick auf das Betriebskonzept - von einer Nachforderung absieht oder ob - wie der Antragsgegner unter Verweis auf die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 2. Mai 2012 - VII-Verg 68/11 - NZBau 2012, 596) meint - ein solcher Ermessensgebrauch nicht generell-abstrakt, sondern lediglich in Ansehung der jeweils fehlenden Erklärung gebraucht werden kann. Angesichts der Bedeutung des Betriebskonzeptes sowohl für die Angebotswertung als auch für das spätere Vertragsverhältnis erscheint es der erkennenden Kammer nicht ermessensfehlerhaft, generell-abstrakt von der Nachforderung des Betriebskonzeptes abzusehen.
2. Selbst wenn es sich bei dem Betriebskonzept um einen Nachweis oder eine Erklärung im Sinne des § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A a. F. handelt und der Antragsgegner sein Ermessen nicht bereits abschließend gegen eine Nachforderung gebraucht hatte, liegt nach Aktenlage ein zwingender Ausschlussgrund vor. Denn das von der Beigeladenen auf die Nachforderung des Antragsgegners vom 4. November 2016 vorgelegte Betriebskonzept nebst Anlagen stimmt erneut weder mit dem(teilweise) als Original vorgelegtem Angebot noch mit dem in der Kopie enthaltenen Angebot überein.
- III. Im Übrigen sieht sich die Vergabekammer veranlasst, im Hinblick auf die Dokumentation des Antragsgegners (dazu 1.) sowie die Transparenz der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien (dazu 2.) noch auf folgendes hinzuweisen:
 1. Aufgrund der Einlassungen des Antragsgegners in der mündlichen Verhandlung ist es plausibel und daher nicht unwahrscheinlich, dass der Inhalt des Originalangebotes durch Um- und Ausheftungen verändert wurde, sodass heute nicht mehr nachvollziehbar ist, welchen Inhalt das ursprünglich von der Beigeladenen eingereichte Originalangebot hatte. Dies liegt an der völlig unzureichenden Dokumentation des Eröffnungstermins, die nicht einmal den gesetzlichen Voraussetzungen des § 17 EG Abs. 2 VOL/A a. F. entspricht. Dem Protokoll des Eröffnungstermins ist unter anderem nicht zu entnehmen, ob die Vollständigkeit - und wenn ja mit welchem Ergebnis - der Angebote geprüft wurde. Zwar schreibt § 17 EG VOL/A a. F. anders als die VOL/A 2006 - keine Prägung der Angebote mehr vor, aber der Antragsgegner hat sich insoweit selbst gebunden, indem er ausweislich der Niederschrift (Ziffer 7 des Formblattes 313) die schriftlichen Angebote in allen wesentlichen Teilen kennzeichnet, was er aber nicht getan hat. Unabhängig davon ist es - jedenfalls im Rahmen der allgemeinen Dokumentationspflicht nach § 24 EG Abs.1 VOL/A a. F. - zur Gewährleistung eines dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz genügenden Verfahrens unabdingbar, dass in irgendeiner Weise jedenfalls dokumentiert wird, aus welchen Bestandteilen ein Angebot besteht.

-
2. Soweit die Antragstellerin die Intransparenz des vorliegenden Bewertungsmaßstabes bezüglich des Betriebskonzeptes unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf (Beschluss vom 16. Dezember 2015 - VII Verg 25/15 - NZBau 2016, 232) rügt, hat die Vergabekammer bereits in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gebracht, dass sie die Rechtsauffassung der Antragstellerin derzeit nicht teilt. Vielmehr wirft die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf nach derzeitiger Auffassung der erkennenden Vergabekammer zahlreiche Rechtsfragen auf.
- a) Für die Vergabekammer erschließt sich zum einen die Vereinbarkeit der vom Oberlandesgericht Düsseldorf formulierten Anforderungen an den Bewertungsmaßstab mit der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Bewertungsmatrix (Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 14. Juli 2016 - Rs. C-6/15 „TNS Dimarso“ - BeckEuRS 2016, 483044) nicht. Dort führt der Gerichtshof ausdrücklich aus, Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge sei im Licht des Grundsatzes der Gleichbehandlung und der daraus hervorgehenden Transparenzpflicht dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber, wenn ein Dienstleistungsauftrag nach dem Kriterium des aus seiner Sicht wirtschaftlichsten Angebots vergeben werden solle, nicht verpflichtet sei, den potenziellen Bietern in der Auftragsbekanntmachung oder in den entsprechenden Verdingungsunterlagen die Bewertungsmethode, die er zur konkreten Bewertung und Einstufung der Angebote anwenden wird, zur Kenntnis zu bringen. Die Beurteilung dürfe lediglich zu keiner Veränderung der Zuschlagskriterien führen.
- b) Zum anderen führen die vom Oberlandesgericht formulierten Anforderungen an den Bewertungsmaßstab dazu, dass dem öffentlichen Auftraggeber letztendlich überhaupt kein Beurteilungsspielraum mehr zugestanden wird und dadurch die Grundsätze des § 21 EG Abs. 1 VOL/A a. F. und des § 97 Abs. 5 GWB a. F. obsolet würden. Die danach vorzunehmende Bewertung, welches Angebot die im Verhältnis zum Preis die beste Leistung erwarten lässt, unterläge damit einer vollen gerichtlichen Kontrolle, obwohl der öffentliche Auftraggeber als Teil der Exekutive zu einer abschließenden Bewertung normativ ermächtigt ist. Eine weitere Konsequenz wäre, dass sich der Auftraggeber zukünftig nicht mehr des Know-hows der Bieter bedienen könnte, sondern zwingend schon in der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Angebotsabgabe den perfekten, alles umfassenden bis ins kleinste Detail definierten Auftrag ausschreiben müsste. Es mag dem öffentlichen Auftraggeber sicherlich schmeicheln, dass ihm Allwissen unterstellt wird, doch dürfte dies an der Realität vorbeigehen. Der öffentliche Auftraggeber müsste sich im Endeffekt mangels eigener Sachkenntnis eines Sachverständigen bedienen, der für ihn die „perfekte Leistung“ aus seiner Sicht beschreibt.

Eine solche Vorgehensweise wäre nicht nur kostenintensiv und umständlich, sondern würde überdies einen massiven Eingriff in die Beschaffungshoheit und das weite Organisationsermessen des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich der Bestimmung des Auftragsgegenstandes darstellen. Letztendlich würde auch - nicht nur zulasten des öffentlichen Auftraggebers - das Maximalprinzip ausgehebelt. Es käme einerseits zur Konformität der Angebote (auch in qualitativer Hinsicht) und andererseits zu keinem Wettbewerb mehr, denn Innovation, Kreativität und Flexibilität wären im Vorhinein ausgeschlossen. Dies würde auch eine unzulässige Beeinträchtigung des Wettbewerbes darstellen, die aber dem öffentlichen Auftraggeber nach § 97 Abs. 1 GWB nicht erlaubt ist. Der fehlende Wettbewerb führt im Weiteren dazu, dass es dem öffentlichen Auftraggeber nicht mehr möglich ist, zu den besten Konditionen einzukaufen, weil es zwischen den Angeboten keine inhaltlichen und qualitativen Unterschiede mehr gäbe.

Schließlich dürfte die vom Oberlandesgericht Düsseldorf (a.a.O.) geforderte Transparenz dazu führen, dass an die Stelle einer relativen, die abgegebenen Angebote vergleichenden Wertung eine absolute Wertung tritt. Insofern verweist die erkennende Kammer auf ihren Beschluss vom 7. Oktober 2011 - 69d VK 34/2011 - juris), in dem die Vergabekammer ausgeführt hat, § 20 Abs.1 VOF sehe vor, dass die Vergabestelle wegen der besten zu erwartenden Leistung eine Prognoseentscheidung treffe, deren Voraussetzung unter anderem die Bildung einer Reihenfolge der teilnehmenden Bieter sei. Die Formulierung „am ehesten“ in § 20 Abs. 1 S. 1 VOF beziehe sich auf dasjenige Angebot, welches im Vergleich zu den anderen Angeboten eine sachgerechte und qualitätsvolle Leistung mit der höchsten Wahrscheinlichkeit erwarten lasse. Diese Ausführungen lassen sich auf § 21 EG VOL/A a. F. und § 97 Abs. 5 GWB a. F. übertragen. Die Entscheidung wurde zwar aufgehoben (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. Oktober 2012 - 11 Verg 9/11 - juris), im hier interessierenden Punkt wurde die Entscheidung der erkennenden Kammer jedoch bestätigt (wie vor, RdNr. 51).

- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB a. F.
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB a. F. werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da der Antragsgegner im Verfahren unterlegen ist, trägt er die Kosten, § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB a. F.. Die Beigeladene ist an den Kosten nicht zu beteiligen, weil sie keine Anträge gestellt oder sich sonst durch Schriftsätze aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat. Der Antragsgegner ist jedoch gemäß § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB a. F. in Verbindung mit § 8 Abs. 2 BGeG von der Kostentragung befreit.

- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB a. F.. Aus dem Auftragswert des Angebotes der Antragstellerin einschließlich der zu 50% berücksichtigten Optionen ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von [REDACTED] €.
- III. Da der Antragsgegnerin im Verfahren unterlegen ist, hat er gemäß § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB a. F. die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu ersetzen.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin ist angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB a. F. in Verbindung mit § 80 Abs. 2 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.

Roth
Vorsitzende

Denz- Kinzel
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Langsdorf
Hauptamtlicher Beisitzer