
Datum: 28.01.2015
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 31/14
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2015:0128.VII.VERG31.14.00

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 17. September 2014 (VK 1 – 72/14) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der Kosten des Verfahrens nach § 121 Abs. 1 GWB, die der Antragsgegnerin auferlegt werden, trägt die Beigeladene.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 95.000,- € festgesetzt.

G r ü n d e :

1

A. Die Antragsgegnerin schrieb am 19.04.2014 den Bauauftrag „C...“ europaweit im Verfahrhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Nebenangebote waren nicht zugelassen. Zuschlagskriterium war „das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung ... aufgeführt sind“. Weder in der Bekanntmachung noch in den späteren Vergabeunterlagen waren Wertungskriterien aufgeführt. Im Juni 2014 führte die Antragsgegnerin mit Bietern Vorstellungsgespräche. Ausweislich des darüber erstellten schriftlichen Protokolls vom 16.06.2014 informierte sie die Bieter mündlich darüber, dass für den Fall der Aufforderung zur Einreichung eines Angebots Nebenangebote zugelassen seien. Erforderlich sei der Nachweis der Gleichwertigkeit zum Entwurf des Bauherrn. Bei der Herstellung der Trogbaugrube könne die grundsätzliche Konstruktion des Bauwerks aufgrund genehmigungsrechtlicher Randbedingungen insbesondere im Zusammenhang mit dem

2

Strahlenschutz nicht geändert werden. Für die Ausführung der Arbeiten an der Dichtsohle sei es jedoch möglich, die Gleichwertigkeit der Dichtsohle im DSV-Verfahren mit firmenspezifischen Herstellerparametern und daraus folgend anderen Säulendurchmessern als den bauseits geplanten nachzuweisen. Das schriftliche Protokoll vom 16.06.2014 wurde den Bietern nicht übermittelt.

Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin und die Beigeladene neben einem weiteren Bieter zur Angebotsabgabe auf. In den Bewerbungsbedingungen waren Nebenangebote unter Verwendung des Formulars 211 des Vergabehandbuchs des Bundes zugelassen. Ebenso wie ein weiterer Mitbewerber reichten die Antragstellerin und die Beigeladene fristgerecht jeweils ein Haupt- und ein Nebenangebot ein. Unter diesen ist das Hauptangebot der Beigeladenen das preisgünstigste. Mit Schreiben vom 30.07.2014 informierte die Antragsgegnerin darüber, den Zuschlag auf das Hauptangebot der Beigeladenen erteilen zu wollen, weil es das preisgünstigste sei. Nebenangebote seien nicht zugelassen worden und deshalb auszuschließen. Mit Schreiben vom 05.08.2014 rügte die Antragstellerin den Ausschluss ihres Nebenangebots als vergaberechtswidrig. Im Rahmen der Vorstellungsgespräche seien technische Nebenangebote für die Sohle des Trogbaus ebenso wie in den Vergabeunterlagen zugelassen und dementsprechend von allen Bietern eingereicht worden. Ihr, der Antragstellerin, Nebenangebot sei das wirtschaftlich günstigste und müsse deshalb den Zuschlag erhalten. 3

Da die Antragsgegnerin der Rüge mit Schreiben vom 08.08.2014 nicht abhalf, hat die Antragstellerin am 13.08.2014 einen Nachprüfungsantrag bei der 1. Vergabekammer des Bundes eingereicht, den sie unter Wiederholung ihrer vorgebrachten Rüge auf die ausdrückliche Zulassung von Nebenangeboten gestützt hat. Diese seien zu bewerten. Ein Ausschluss ihres, der Antragstellerin, Nebenangebots könne auch nicht auf fehlende Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Entwurf des Bauherrn gegründet werden, weil die Antragsgegnerin die Angabe konkreter Parameter für die Gleichwertigkeit der Angebote versäumt habe. Eine Zuschlagserteilung auf das Hauptangebot der Beigeladenen allein auf der Grundlage des Preises sei darüber hinaus unzulässig, weil als Zuschlagskriterium das wirtschaftlich günstigste Angebot festgelegt worden sei. Auch wenn die Antragsgegnerin entgegen den Angaben in der Bekanntmachung keine Wertungskriterien festgelegt habe, verbiete sich eine Umdeutung in einen reinen Preiswettbewerb. Das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises sei darüber hinaus bei Nebenangeboten unzulässig. Der Wechsel von einem Verhandlungsverfahren in eine beschränkte Ausschreibung sei ebenfalls zu beanstanden. 4

Die Antragsgegnerin ist dem Nachprüfungsantrag entgegen getreten und hat ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei teilweise unzulässig, weil die Antragstellerin weder das Fehlen von Wertungskriterien noch den Wechsel der Verfahrensart rechtzeitig gerügt habe. Im Übrigen sei sie, die Antragsgegnerin, der Auffassung, die unterlassene Mitteilung von Wertungskriterien sei von Bietern nur dahin zu verstehen gewesen, dass ein reiner Preiswettbewerb durchgeführt werde. Aus diesem Grunde seien Nebenangebote, die zudem in der Bekanntmachung ausdrücklich ausgeschlossen worden seien, unzulässig gewesen. Das Nebenangebot der Antragstellerin sei zudem auch deshalb nicht wertbar gewesen, weil kein Nachweis der Gleichwertigkeit mit dem Entwurf des Bauherrn erbracht worden sei, die zudem tatsächlich auch nicht vorgelegen habe. Auch die Beigeladene ist dem Nachprüfungsantrag entgegen getreten und hat ergänzend vorgetragen, Nebenangebote seien auch deshalb unzulässig gewesen, weil weder die Bekanntmachung noch die Vergabeunterlagen Festlegungen zu Mindestanforderungen an Nebenangebote enthalten 5

hätten. Die Antragstellerin sei zudem eine unter Verstoß gegen § 1 GWB gegründete Bietergemeinschaft, der ein Zuschlag nicht erteilt werden dürfe.

Die 1. Vergabekammer des Bundes hat dem Nachprüfungsantrag teilweise stattgegeben und der Antragsgegnerin eine Zuschlagserteilung auf das Hauptangebot der Beigeladenen untersagt. Unter Zurückweisung des auf Wertung der Nebenangebote gerichteten Nachprüfungsantrags hat sie des weiteren die Antragsgegnerin für den Fall fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Übersendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen und diese überarbeitet an die Bieter zu versenden. Auf die Begründung in der angefochtenen Entscheidung wird verwiesen. 6

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Beigeladenen. Sie ist der Auffassung, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht der Antragsgegnerin Anspruch auf den Zuschlag zu haben. Nebenangebote seien ausdrücklich ausgeschlossen worden und darüber hinaus unzulässig. Soweit die Antragstellerin erstmals in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer ausgeführt habe, sie hätte das Hauptangebot anders kalkuliert, wenn sie die Unzulässigkeit von Nebenangeboten gekannt hätte, sei dies verspätet und dürfe bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden. Der diesbezügliche Vortrag der Antragstellerin sei zudem unsubstantiiert. Soweit die Vergabekammer die angefochtene Entscheidung auf eine Verletzung von Transparenzpflichten gestützt habe, sei dies rechtsfehlerhaft, weil die Antragstellerin dies nicht gerügt habe. Das Nebenangebot der Antragstellerin sei darüber hinaus auszuschließen gewesen, weil es nicht den Ausschreibungsbedingungen entspreche und dem Entwurf des Bauherrn nicht gleichwertig sei. 7

Die Beigeladene beantragt, 8

den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 17. September 2014, VK 1 – 72/14, aufzuheben und den Nachprüfungsantrag abzulehnen. 9

Die Antragstellerin beantragt, 10

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen. 11

Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer, vertritt abweichend allerdings die Auffassung, eine Zuschlagserteilung auf das Hauptangebot der Beigeladenen scheitere schon daran, dass die Antragsgegnerin keine Wertungskriterien festgelegt habe. Eine Wertung allein anhand des Preises sei wegen der Festlegung eines Zuschlags auf das wirtschaftlich günstigste Angebot unzulässig. Im Übrigen vertieft sie ihr Vorbringen, das Hauptangebot in der Annahme, Nebenangebote seien zulässig, kalkuliert zu haben. 12

Die Antragsgegnerin schließt sich der sofortigen Beschwerde der Beigeladenen an. Den Antrag, ihr, der Antragsgegnerin, im Wege der Vorabentscheidung gemäß § 121 GWB die Fortsetzung des Vergabeverfahrens und die Erteilung des Zuschlags an das Hauptangebot der Beigeladenen zu gestatten, hat sie mit Schriftsatz vom 31.10.2014 zurückgenommen. 13

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze und Anlagen sowie auf die Verfahrensakten der Vergabekammer und die beigezogenen Vergabeakten Bezug genommen. 14

B. Die Beschwerde der Beigeladenen hat in der Sache keinen Erfolg. Der zulässige Nachprüfungsantrag ist begründet. 15

I. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. 16

1. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist ein öffentlicher Bauauftrag (§§ 99 Abs. 1 und Abs. 3, 100 Abs. 1 GWB), der den ab dem 01.01.2014 maßgeblichen Schwellenwert von 5.186.000,- € überschreitet (Art. 4 lit. a, 93 RL 2014/24/EU). 17
2. Die Antragstellerin ist antragsbefugt, § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat ein Interesse an dem ausgeschriebenen Auftrag, eine Verletzung in Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften sowie einen drohenden Schaden vorgetragen. Zur Vermeidung bloßer Wiederholungen wird auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer in der angefochtenen Entscheidung verwiesen. 18
3. Die Antragstellerin hat der Rügeobliegenheit genügt, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Soweit sie mit anwaltlichem Schreiben vom 05.08.2014 den Ausschluss ihres Nebenangebots gerügt hat, war dies rechtzeitig, weil die zunächst anwaltlich nicht vertretene Antragstellerin nach Zugang des Informationsschreibens vom 30.07.2014, einem Mittwoch, binnen weniger Arbeitstage umgehend auf die behauptete Rechtsverletzung durch die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe und das darauf hin verfasste anwaltliche Rügeschreiben vom 05.08.2014, einem Dienstag, reagiert hat. Auch die im weiteren Verlauf der Auseinandersetzung und des Nachprüfungsverfahrens erhobenen Rügen waren rechtzeitig, weil sie sich erst aus einer späteren rechtlichen Bewertung der Zulässigkeit von Nebenangeboten ergaben. Zu einer rechtlichen Prüfung behaupteter Vergaberechtsverstöße ist der Antragsteller vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ebenso wenig verpflichtet, wie zu einem darauf gerichteten Auftrag gegenüber einem in Anspruch genommenen Rechtsanwalt. 19
- II. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Antragsgegnerin hat Vergaberecht in mehrfacher Weise verletzt. 20
1. Sowohl die nachträgliche Zulassung von Nebenangeboten als auch das erneute Abrücken von dieser Entscheidung im Rahmen der Angebotswertung verletzt das Transparenzgebot und verstößt gegen Vergaberecht. 21
- a) Von der nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A EG (Art. 24 Abs. 2, 1. Halbsatz Richtlinie 2004/18/EG, Art. 45 Abs. 1 Satz 2, 91 Satz 1 Richtlinie 2014/24/EU) eröffneten Möglichkeit, in der Bekanntmachung Nebenangebote zuzulassen, hat die Antragsgegnerin zunächst in der Weise Gebrauch gemacht, dass Nebenangebote nach Ziffern II.1.9) der Bekanntmachung ausgeschlossen sein sollten. Grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, dass sich die Antragsgegnerin später entschlossen hat, von der zunächst getroffenen Festlegung abzuweichen und Nebenangebote nachträglich zu erlauben. Ebenso wenig ist zu kritisieren, dass sie hiervon später wieder Abstand nehmen wollte in der Annahme, bei der Zulassung von Nebenangeboten gegen Vergaberecht verstoßen zu haben und den begangenen Fehler korrigieren zu müssen. In beiden Fällen handelte es sich um eine teilweise Zurückversetzung des Vergabeverfahrens, die zulässig ist, wenn das Gebot der Gleichbehandlung der Bieter und die sich daraus ergebende Verpflichtung zur Transparenz beachtet werden (vgl. für den ebenso zu behandelnden Fall der Fehlerkorrektur BGH, Beschl. v. 26.09.2006, X ZB 14/06, juris Rn. 23, Polzeianzüge; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.01.2014, VII-Verg 29/14, BA 9; Beschl. v. 27.11.2013, VII Verg 20/13 - juris Rn. 34; OLG München, Beschl. v. 04.04.2013, Verg 4/13 – juris Rn. 54; vgl. auch OLG Dresden, Beschl. v. 23.07.2013 – juris Rn. 60). Nur durch die Aufrechterhaltung eines transparenten Wettbewerbs kann der Gefahr von Manipulationen begegnet werden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.01.2015, VII-Verg 29/14, BA 9; Beschl. v. 05.01.2011, VII-Verg 46/10, juris Rn. 10). 22

b) Das Transparenzgebot verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens den Bietern so bekannt gemacht werden, dass sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und in gleicher Weise auslegen können und der Auftraggeber prüfen kann, ob die Angebote der Bieter die geltenden Kriterien erfüllen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.01.2011, VII-Verg 46/10 – juris Rn. 29).

Aus dem Gebot von Gleichbehandlung und Transparenz folgt, dass Vergabeunterlagen Bietern in schriftlicher Form zur Verfügung zu stellen sind. Nur wenn alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sind, ist gewährleistet, dass die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben und bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und in gleicher Weise auslegen können (EuGH, Urt. v. 29.04.2004, C-496/99, Rn. 110 und 111, CAS Succhi di Frutta). Mündliche Mitteilungen von Ausschreibungsbedingungen durch öffentliche Auftraggeber gegenüber Bietern genügen dem nicht. Dies ergibt sich auch aus § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/A EG, wonach Vergabeunterlagen den Bietern (schriftlich) zu übersenden sind, wenn sie nicht elektronisch zur Verfügung gestellt werden. § 2 Abs. 8 BArchG definiert Unterlagen im Übrigen als Akten, Schriftstücke, Karten, Pläne sowie als Träger von unter anderem Datenaufzeichnungen. Folgerichtig hat die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung (dort Ziffern II.2.1) und der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vom 18.06.2014 festgelegt, dass die Vergabeunterlagen Bietern schriftlich und in elektronischer Form zum Download im Internet zur Verfügung gestellt werden sollen. An diese Formvorgabe war sie auch bei einer Änderung der Ausschreibungsbedingungen gebunden (§ 11 Abs. 1 VOB/A EG). Auch die selbst gegebene Regel, Ausschreibungsbedingungen schriftlich festzulegen, hat die Antragsgegnerin gegenüber den Bietern durch die mündliche Mitteilung im Rahmen der Vorstellungsgespräche, Nebenangebote seien in Abweichung der Bekanntmachung zugelassen, missachtet und hierdurch gegen Vergaberecht verstoßen. 24

c) Allerdings hat die Antragsgegnerin den im Internet abrufbaren Vergabeunterlagen das Formblatt 211 des Vergabehandbuchs des Bundes beigelegt, in dem sie Nebenangebote durch eine Kennzeichnung der Ziffern 5.2 im Formblatt (Anbringung eines Kreuzes) und damit unter Wahrung der Schriftform zugelassen hat. Für eine vergaberechtskonforme nachträgliche Zulassung von Nebenangebote hat dies gleichwohl nicht ausgereicht, weil weder im Formblatt 211, noch in dem darin in Bezug genommenen Formblatt 212 (dort Ziffer 5), noch an anderer Stelle der Vergabeunterlagen an Nebenangebote gestellte Mindestanforderungen festgelegt worden sind. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 lit. b VOB/A EG, Art. 24 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG, Art. 45 Abs. 2 Satz 1 Richtlinie 2014/24/EU hat der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen die Mindestanforderungen zu nennen, die zugelassene Nebenangebote (Varianten) erfüllen müssen. Nur eine Erläuterung in den Vergabeunterlagen ermöglicht Bietern in gleicher Weise eine Kenntnisnahme von den Mindestanforderungen, die Nebenangebote erfüllen müssen, um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können (EuGH, Urt. v. 16.10.2003, C-421/01, juris Rn 29; BGH, Beschl. v. 07.01.2014, X ZB 15/13, juris Rn. 15, 16). 25

d) Eine vergaberechtskonforme Festlegung von Mindestanforderungen an Nebenangebote ist auch nicht durch Niederlegung des Inhalts der Vorstellungsgespräche im schriftlichen Protokoll der hiermit von der Antragsgegnerin beauftragten H. (H. GmbH) vom 16.06.2014 erfolgt. Die darin wiedergegebenen und in den Bietergesprächen gemachten mündlichen Angaben der Antragsgegnerin genügten zwar möglicherweise inhaltlich den an Mindestanforderungen zu stellenden Anforderungen. Ausweislich des Protokolls hat die Antragsgegnerin aufgrund genehmigungsrechtlicher Besonderheiten im Zusammenhang mit Strahlenschutz vorgegeben, dass die grundsätzliche Konstruktion des Bauwerks nicht 26

geändert werden dürfe. Änderungen an dem Durchmesser der für die Herstellung der Dichtsohle zu errichtenden Säulen hat sie allerdings zugelassen, aber von den Bietern insoweit einen Nachweis der Gleichwertigkeit zum Amtsentwurf verlangt, der für die Ausführung der Arbeiten an der Dichtsohle im DSV-Verfahren mit firmenspezifischen Herstellparametern und daraus folgend anderen Säulendurchmessern als den bauseits geplanten möglich erschien und nach Ziffern 5.1 der Bewerbungsbedingungen gemäß Formblatt 212 mit dem Angebot einzureichen war. Ob in diesen Angaben zulässige Mindestanforderungen zu sehen sind (vgl. dazu BGH, Urt. v. 07.01.2014, X ZB 15/13, juris Rn. 18 und 22), kann freilich dahin stehen, weil das schriftliche Protokoll vom 16.06.2014 den Bietern nicht übersandt worden und damit weder Bestandteil der Vergabeunterlagen geworden noch den Bietern sonst in transparenter Form bekannt gegeben worden ist. Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, ob das von der Antragstellerin eingereichte Nebenangebot dem Amtsentwurf gleichwertig war.

e) Auch die bloße Nichtberücksichtigung eingereichter Nebenangebote im Rahmen der Wertung ohne vorherige und rechtzeitige Mitteilung gegenüber den Bietern, die Zulassung von Nebenangeboten werde nicht aufrecht erhalten, war intransparent und vergaberechtswidrig. Die Antragsgegnerin hatte zwar zutreffend erkannt, dass Nebenangebote unter Verstoß gegen Vergaberecht zugelassen worden und deshalb nicht wertbar waren. Diesen Fehler hat sie aber unter erneuter Verletzung erforderlicher Transparenz korrigiert. Denn sie hat die Bieter weder in transparenter Form davon in Kenntnis gesetzt, dass Nebenangebote unzulässig und nicht wertbar seien, noch hat sie ihnen eine Anpassung der Hauptangebote an die veränderten Ausschreibungsbedingungen in angemessener Frist ermöglicht.

27

3. Ein Zuschlag auf ein eingereichtes Hauptangebot darf nicht erteilt werden.

28

a) Die vergaberechtswidrige Zulassung von Nebenangeboten hat vielmehr zur Folge, dass das Vergabeverfahren zurückzusetzen ist. Werden Hauptangebote in der Annahme erstellt, Nebenangebote seien zugelassen, kann im Allgemeinen davon ausgegangen werden, dass die Zulassung eines Nebenangebots auf die Erstellung des Hauptangebotes Einfluss ausgeübt hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.11.2011, VII-Verg 22/11, BA 16; Thüringer OLG, Beschl. 16.09.2013, 9 Verg 3/13, juris Rn. 49). Durch die ausdrückliche Zulassung von vergaberechtlich unzulässigen Nebenangeboten hat die Antragsgegnerin bei den Bietern den Eindruck erweckt, Nebenangebote seien mit Blick auf die zu erstellende Dichtsohle unter Änderung des Säulendurchmessers, die - wie die Vergabekammer zutreffend in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat – zu einer Kosteneinsparung führt, erwünscht. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass Bieter, so auch die Antragstellerin, das Hauptangebot mit Blick auf das vermeintlich zulässige Nebenangebot ausgearbeitet und kalkuliert haben. Entgegen der Rechtsauffassung der Beigeladenen bedurfte es dazu keiner vertieften Darlegung der Antragstellerin. Von einer gegenseitigen Beeinflussung beider Angebote ist vielmehr bereits aus grundsätzlichen Erwägungen auszugehen, weil die Möglichkeit, Nebenangebote einzureichen, Bietern einen auf mehrere Angebote gestützten Wettbewerbsbeitrag eröffnet, der typischerweise aufeinander abgestimmt wird.

29

b) Ein Zuschlag auf das Hauptangebot der Beigeladenen allein auf der Grundlage des Preises, ist zudem unzulässig, weil die Antragsgegnerin die Absicht, in Abweichung von den Festlegungen in der Bekanntmachung eine reine Preiswertung durchzuführen, ebenfalls nicht transparent bekannt gemacht und Bietern keine Gelegenheit gegeben hat, darauf durch Unterbreiten modifizierter Hauptangebote zu reagieren. In Ziffern IV.2.1) der

30

Bekanntmachung hat sie als Zuschlagskriterium das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf Kriterien festgelegt, die in den Ausschreibungsunterlagen oder der Aufforderung zur Angebotsabgabe aufgeführt sind. Allerdings enthielten weder die Vergabeunterlagen noch die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 18.06.2014 derartige Kriterien. Die Wertung der Hauptangebote unter Außerachtlassung des Wirtschaftlichkeitskriteriums in Form einer reinen Preiswertung verstieß gegen die vergaberechtlichen Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung. Die Beachtung dieser Grundsätze erfordert, dass potenziellen Bietern zum Zeitpunkt der Vorbereitung der Angebote alle Kriterien, die vom öffentlichen Auftraggeber bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden, und deren relative Bedeutung bekannt sind (vgl. EuGH, Urteil v. 25. 04. 1996, C87/94, Kommission/Belgien; v. 12. 12. 2002, C470/99, Universale Bau, NZBau 2003, 162; v. 24.11.2005, C-331/04, ATI EAC, VergabeR 2006, 201; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.05.2011, VII-Verg 64/11; Beschl. v. 23.01.2008, VII-Verg 31/07). Diesem Erfordernis ist nicht Genüge getan, wenn der Auftraggeber nach Eingang der Angebote das mitgeteilte Wertungskonzept grundlegend ändert und sich, ohne die Bieter hiervon in transparenter Form zu unterrichten und in angemessener Frist eine Anpassung der Angebote zu ermöglichen, entschließt, die Zuschlagsentscheidung ausschließlich am Preis zu orientieren. Ein solches Vorgehen kommt auch dann nicht in Betracht, wenn der Auftraggeber das ausfüllungsbedürftige Kriterium der Wirtschaftlichkeit gewählt hat, ohne dieses inhaltlich auszufüllen. In einem solchen Fall muss der Bieter nicht damit rechnen, dass mangels Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitskriteriums die Zuschlagsentscheidung ausschließlich anhand des Preises erfolgt, weil dieser als allein sinnvoller und damit maßgeblicher Gesichtspunkt verbleibt. Auch ohne dass der Auftraggeber angekündigte Unterkriterien mitteilt, darf der Bieter bei seiner Angebotskalkulation davon ausgehen, dass über den Preis hinausgehende Aspekte für die Wertung seines Angebots maßgeblich sein werden. Ist ausweislich der Bekanntmachung davon auszugehen, dass die Zuschlagsentscheidung maßgeblich von anderen Umständen als dem Preis abhängt, kann eine Angebotswertung in Form einer reinen Preiswertung, ohne dass den Bietern Gelegenheit gegeben wird, darauf durch die Unterbreitung modifizierter Angebote zu reagieren, nicht erfolgen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.05.2011, VII-Verg 64/10, juris Rn. 47).

Mit dieser Auffassung weicht der Senat entgegen der Rechtsauffassung der Beigeladenen nicht von höchstrichterlicher Rechtsprechung ab. Soweit der Bundesgerichtshof im Urteil vom 15.04.2008 ausgeführt hat, der Angebotspreis sei für die Zuschlagsentscheidung dann maßgeblich, wenn keine zulässigen Wirtschaftlichkeitskriterien bestimmt worden seien (BGH, Urt. v. 15.04.2008, X ZR 129/06, juris Rn. 20; siehe auch BGH, Urt. v. 15.01.2013, X ZR 155/10, juris Rn. 11), handelte es sich um einen Schadensersatzprozess, dem ein durch Zuschlag bereits abgeschlossenes Vergabeverfahren, nicht aber – wie hier – ein noch laufendes und ein ebenso korrekturbedürftiges, wie korrekturfähiges Vergabeverfahren zugrunde lag. Der dem Urteil des Bundesgerichtshofs zugrunde liegende Sachverhalt eröffnete eine Rechtsprüfung – anders als im Streitfall - ausschließlich unter dem Gesichtspunkt schadensersatzrechtlicher Relevanz.

31

4. Die Rüge der Antragstellerin, die Antragsgegnerin sei vergaberechtswidrig im laufenden Vergabeverfahren von einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zu einer öffentlichen Ausschreibung übergegangen, ist unbegründet. Denn es kann ausgeschlossen werden, dass sich hierdurch ihre Chancen auf den Zuschlag verschlechtert haben. Sie ist vielmehr nach wie vor und gleichberechtigt mit den übrigen Mitbewerbern am Vergabeverfahren beteiligt worden. Auch ist ihr ein Wechsel der Verfahrensart in der schriftlichen Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 18.06.2014 bekannt gemacht worden ist. Konkrete Nachteile, die der Antragstellerin durch einen Übergang vom

32

Verhandlungsverfahren zu einer öffentlichen Ausschreibung erwachsen sein könnten, sind weder ersichtlich noch dargetan. Sie können ausgeschlossen werden.

Anders als bei Vortrag zur Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags, bei dem im Rahmen der Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB ein drohender Schaden bereits dargetan ist, wenn der Vorbringen des Antragstellers ergibt, dass er im Fall eines ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren (BGH, Beschl. v. 10.11.2009, X ZB 8/09, BGHZ 183, 95-112; BGHZ 169, 131, 141; BVerfG NZBau 2004, 564, 565), bedarf die Kausalität zwischen dem Rechtsverstoß und dem behaupteten Schaden im Rahmen der Prüfung der Begründetheit des Nachprüfungsantrags der Feststellung (§ 114 Abs. 1 GWB). Für die Bejahung eines Kausalzusammenhangs reicht freilich die Annahme aus, dass vergaberechtskonformes Verhalten des Auftraggebers die Angebote beeinflussen und die Aussicht auf den Zuschlag beeinträchtigen könnte (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.1.2008, VII-Verg 31/07, juris Rn. 46). Nichtsdestoweniger ist der Nachprüfungsantrag unbegründet, wenn durch den Vergaberechtsverstoß die Zuschlagschancen des Antragstellers nicht feststellbar geschmälert worden sind, sondern dies – wie hier – ausgeschlossen werden kann. Droht wegen einer Rechtsverletzung kein Schaden, sind die Vergabenachprüfungsinstanzen nicht berechtigt, in das Vergabeverfahren einzugreifen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2010 – VII-Verg 10/10, juris Rn. 21).

5. Der Nachprüfungsantrag scheitert nicht daran, dass sich die Mitglieder der Antragstellerin unter Verstoß gegen § 1 GWB zu einer unzulässigen Bietergemeinschaft zusammen geschlossen haben. Es fehlt bereits an substantiiertem Vortrag der Beigeladenen, die ohne greifbare Anhaltspunkte einen solchen Rechtsverstoß der Antragstellerin ins Blaue hinein behauptet hat. Nach Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung hat die Antragsgegnerin für die Rechtsform von Bietergemeinschaften keine Vorgaben gemacht und Bietergemeinschaften damit grundsätzlich zugelassen. Auch § 6 Abs. 1 S. 1 VOB/A EG (ebenso § 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) sieht Bietergemeinschaften vor.

Die Bildung einer Bietergemeinschaft und die Abgabe eines gemeinsamen Angebots kann freilich gegen § 1 GWB verstoßen, wenn sie eine spürbare Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Die als Bieter auftretende Bietergemeinschaft muss daher grundsätzlich darlegen, dass ihre Bildung und Angebotsabgabe nicht gegen § 1 GWB verstößt. Diese Darlegung muss jedoch nicht schon mit der Abgabe des Angebots erfolgen, weil gemäß § 1 GWB nicht vermutet wird, dass eine Bietergemeinschaft eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Die Bietergemeinschaft muss derartige Angaben vielmehr erst auf eine entsprechende Aufforderung des Auftraggebers machen und die Gründe für die Bildung der Bietergemeinschaft dartun und erläutern. Dies ergibt sich auch aus § 13 Abs. 5 VOB/A EG, der den notwendigen Inhalt von Angeboten im Hinblick auf Bietergemeinschaften festlegt. Die danach notwendigen Angaben beschränken sich auf die Benennung der Mitglieder der Bietergemeinschaft und des im Vergabeverfahren bevollmächtigten Vertreters. Darlegungen zur Widerlegung eines Kartellrechtsverstoßes gemäß § 1 GWB werden darin nicht verlangt. Als wettbewerbswidrige Abrede stellt ein Verstoß gegen § 1 GWB nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d VOB/A EG vielmehr einen Ausschlussgrund dar, dessen Grundlagen vom öffentlichen Auftraggeber vorher zu klären und zu prüfen sind. Eine dahin gehende Aufforderung durch den Auftraggeber muss erfolgen, wenn es zureichende Anhaltspunkte dafür gibt, dass es sich bei dem Bieter um eine unzulässige Bietergemeinschaft handelt, beispielsweise wenn die beteiligten Unternehmen gleichartige und auf demselben Markt tätige Wettbewerber sind und nichts dafür spricht, dass sie mangels Leistungsfähigkeit

objektiv nicht in der Lage gewesen wären, unabhängig voneinander ein Angebot zu unterbreiten, so dass die Entscheidung zur Zusammenarbeit auf einer wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftigen Unternehmensentscheidung beruht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014, VII-Verg 22/14, BA 8 m.w.N.; vgl. dazu Verfürth in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A, § 16 VOB/A, Rn. 100 ff.). Im Streitfall hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin bisher nicht zu einer entsprechenden Erläuterung aufgefordert, so dass ein Ausschluss des Angebots nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d VOB/A EG ausscheidet.

III. Das Vergabeverfahren ist in den Stand vor Übersendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin die am Verhandlungsverfahren beteiligten Bieter unter Bekanntgabe überarbeiteter Vergabeunterlagen erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern und die Angebotswertung zu wiederholen. 36

Für den Fall, dass sie dabei Nebenangebote zulassen möchte, sieht sich der Senat zu folgenden ergänzenden Ausführungen veranlasst: 37

1. Bis zur Umsetzung der am 17.04.2014 in Kraft getretenen Richtlinie 2014/24/EU (Gleiches gilt für die Richtlinie 2014/25/EU) können öffentliche Auftraggeber für Ausschreibungen grundsätzlich das alleinige Zuschlagskriterium des Preises nach der geltenden nationalen und anhand der bis zum 17.04.2016 geltenden Richtlinie 2004/18/EG (Art. 53 Abs. 1, lit. b, 91 Richtlinie 2004/18/EG) richtlinienkonform auszulegenden Vorschrift des § 97 Abs. 5 GWB bestimmen. Ob der nationale Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung der neuen Richtlinie von der ihm in Art. 67 Abs. 2, UA 2 Richtlinie 2014/24/EU eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen wird, den Preis oder die Kosten als alleiniges Zuschlagskriterium zu verbieten, bleibt abzuwarten. Eine Festlegung, dass eine Bewertung auf der Grundlage allein des Preises zulässig ist, enthalten die neuen Richtlinien infolge der Bestimmungsermächtigung für die Mitgliedstaaten in Art. 67 Abs. 2 UA 2 Richtlinie 2014/24/EU anders als in Art. 53 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2004/18/EG nicht. Der Richtlinie 2014/24/EU kommt deshalb insoweit keine sich aus dem *effet utile* und dem sogenannten Frustrationsverbot ergebende Vorwirkung zu (vgl. BGH, Urt. v. 05.02.1998, I ZR 211/95, juris Rn 40-50, Testpreisangebot; vgl. auch EuGH, Urt. v. 04.07.2006, C-212/04, Adelener, juris Rn. 121, 123; Urt. v. 22.11.2005, C-144/04, Mangold, juris Rn. 77; Urt. v. 18.12.1997, C-129/96, Wallonie, juris Rn. 40). 38

2. Beabsichtigt der öffentliche Auftraggeber, Nebenangebote zuzulassen, ist er ebenfalls bis zur Umsetzung der neuen Richtlinie in nationales Recht an das sich aus § 97 Abs. 5 GWB (Art. 53 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2004/18/EG) ergebende Rechtsregime gebunden. Im Rahmen der Wertung von Haupt- und Nebenangeboten hat er aber Besonderheiten zu beachten, um eine wettbewerbskonforme Wertung von Nebenangeboten zu ermöglichen (BGH, Urt. v. 07.01.2014, X ZR 15/13, juris Rn. 18 ff.). Um dem Sinn und Zweck von Nebenangeboten gerecht zu werden, der für öffentliche Auftraggeber darin besteht, Alternativlösungen vorgeschlagen zu bekommen, die er auf Grund seiner gegenüber Bieter geringeren Erfahrung und Fachkunde nicht selbst ausarbeiten kann, muss er einen weiteren, zusätzlichen Wertungsschritt durchführen, der einen Qualitätsvergleich von Haupt- und Nebenangeboten, ermöglicht. Ein solcher Qualitätsvergleich wird nur durch Festlegung aussagekräftiger, auf den jeweiligen Auftragsgegenstand und den mit ihm zu deckenden Bedarf zugeschnittener Zuschlagskriterien gewährleistet. Sie müssen ermöglichen, das Qualitätsniveau von Nebenangeboten und ihren technisch-funktionellen und sonstigen sachlichen Wert über die Mindestanforderungen hinaus nachvollziehbar und überprüfbar mit dem für die Hauptangebote nach dem Amtsvorschlag vorausgesetzten Standard zu 39

vergleichen, so dass das wirtschaftlichste Angebot auf dieser Basis ermittelt und dabei gegebenenfalls auch eingeschätzt werden kann, ob ein preislich günstigeres Nebenangebot mit einem solchen Abstand hinter der Qualität eines dem Amtsvorschlag entsprechenden Hauptangebots zurückbleibt, dass es nicht als das wirtschaftlichste Angebot bewertet werden kann (BGH, Urt. v. 07.01.2014, X ZB 15/13, juris Rn. 24). Von öffentlichen Auftraggebern anhand bestimmter Parameter gestellte Gleichwertigkeitsanforderungen können dem ebenfalls genügen, wenn sie geeignet sind, die geforderte Vergleichbarkeit der Qualität von Haupt- und Nebenangeboten herzustellen. Erfolgt eine Wertung der Nebenangebote anhand aussagekräftiger und einen Qualitätsvergleich ermöglichender Zuschlagskriterien oder anhand geeigneter, spezifischer Gleichwertigkeitsanforderungen, ist eine Wertung von Haupt- und Nebenangeboten anhand des Preises weder nach nationalem, noch nach Unionsrecht ausgeschlossen. Art. 45 Richtlinie 2014/24/EU beschränkt Nebenangebote (Varianten) anders als Art. 24 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG nicht auf Aufträge, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden. Jedoch sind die Mitgliedstaaten nach Art. 67 Abs. 2 UA 3 Richtlinie 2014/24/EU berechtigt, Auftraggebern eine Verwendung des Preises (oder der Kosten) allein als einzigem Zuschlagskriterium zu untersagen oder zu beschränken. Die Richtlinie 2014/24/EU gewährt den Mitgliedstaaten insoweit einen Umsetzungsspielraum (Wahlfreiheit), der eine Vorwirkung der Richtlinie ausschließt (vgl. BGH, Urt. v. 05.02.2008, I ZR 211/95, juris Rn. 40-50, Testpreis-Angebot; von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 190 f.). Eine Berechtigung des Auftraggebers, beim Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises Nebenangebote zuzulassen, kann bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist für die neue EU-Richtlinie nur nach Art. 24 Richtlinie 2004/18/EG bestehen.

3. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin im Rahmen überarbeiteter Vergabeunterlagen Nebenangebote zulässt, ist sie gehalten, über die Festlegung von Mindestanforderungen, denen Nebenangebote genügen müssen, hinaus eine dem Qualitätsvergleich von Haupt- und Nebenangeboten dienende Wertungsmatrix anhand aussagekräftiger Zuschlagskriterien zu erstellen, die Bietern rechtzeitig und transparent bekannt zu geben ist und anhand derer sie eine Wertung der Nebenangebote durchführt. Dem können nach bestimmten und spezifischen Parametern gestellte Gleichwertigkeitsanforderungen ebenfalls genügen. 40

C. Die Entscheidungen über die Kosten beruht auf §§ 120 Abs. 2, 78 GWB. Die Festsetzung des Beschwerdewerts folgt aus § 50 Abs. 2 GKG. 41