

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.09.2017, VII - Verg 12 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.3.2018

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Düsseldorf > 2017 > 27.09.2017 - VII - Verg 12 / 17

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.09.2017, VII - Verg 12 / 17

(Bieter unterliegt)

Normen:

§ 107 GWB; § 18 EG Satz 2 VOL/A

Stichworte:

Prüfungspflichten der Bieter, Rüge, Nachverhandlungsverbot

Leitsatz (redaktionell):

1. Bei dem für die Gebührenfestsetzung maßgeblichen Bruttoauftragswert sind Verlängerungsoptionen regelmäßig nur mit der Hälfte des jährlichen Auftragswertes zu berücksichtigen.
2. Von einem sachkundigen Bieter ist zu erwarten, dass er die Vergabeunterlagen auf Verständlichkeit und Vollständigkeit geprüft. Er ist jedoch nicht verpflichtet, jeden Passus auf alternative Auslegungsmöglichkeiten zu prüfen, um eventuelle Mehrdeutigkeiten auszuräumen. Eine Rügepflicht entsteht nicht, wenn sich eine Interpretationsmöglichkeit nur aus einer ganzen Reihe von Erwägungen ergibt und nicht offen erkennbar ist.
3. Der Auftraggeber kann für im Leistungsverzeichnis enthaltene Leistungen gleichwertige Alternativen zulassen. Bietet ein Unternehmen solche gleichwertigen Alternativen an, handelt es sich nicht um Nebenangebote, sondern um Hauptangebote.
4. Ein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot liegt nicht vor, wenn der Bieter durch die Übermittlung eines Kataloges den Nachweis erbringen, bestimmte Anforderungen des Auftraggebers einzuhalten.
5. Werden in einem solchen Katalog die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bieters abgedruckt, so ist es nicht der Wille des Unternehmens, diese nachträglich zum Inhalt seines Angebotes zu machen.

Entscheidungstext:

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 13. September 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dicks, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Maimann und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Anger beschlossen:

- I. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland Spruchkörper Düsseldorf vom 10.02.2017 (VK D 34/2015) wird der für die Gebührenfestsetzung durch die Vergabekammer gemäß § 128 Abs. 2 GWB a.F. maßgebliche Bruttoauftragswert auf 1.350.000 € festgesetzt.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.09.2017, VII - Verg 12 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.3.2018

II. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer tragen die Antragstellerin zu 80 % und die Antragsgegnerin zu 20 %.

Von den notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin in dem Verfahren vor der Vergabekammer trägt die Antragsgegnerin 20 % und die Antragstellerin von den notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin 80 %.

Die Antragstellerin trägt zudem die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen im Beschwerdeverfahren zu 80 %.

III. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf XXX € festgesetzt.

Gründe:

1. Nachdem die Verfahrensbeteiligten das Nachprüfungsverfahren in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, war allein über die ebenfalls mit der Beschwerde angefochtene Gebührenfestsetzung durch die Vergabekammer, mithin über den Antrag der Antragstellerin zu entscheiden, den Auftragswert auf XXX € festzusetzen. Die Beschwerde hat insoweit Erfolg.

Die Vergabekammer hat die Gebühr gemäß § 128 Abs. 2 GWB a.F. nach pflichtgemäßem Ermessen innerhalb des ausgewiesenen Gebührenrahmens festzusetzen. Es bestehen insoweit keine Bedenken, wenn die Vergabekammer im Ausgangspunkt auf eine Gebührentabelle zurückgreift, die von einem durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwand ausgeht. Anknüpfungspunkt für die jeweilige Gebühr ist der sog. Bruttoauftragswert, der in gleicher Weise wie im Rahmen des § 50 Abs. 2 GKG zu bestimmen ist. Danach ist auf die Summe des Angebots abzustellen, das der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren eingereicht hat, weil er mit dem Nachprüfungsantrag seine Chance auf den Zuschlag wahren will (BGH, Beschluss vom 18.03.2014, Az.: X ZB 12/13, juris Rn. 7). Liegt ein Angebot des Antragstellers nicht vor, ist auf den objektiven Wert des Auftrages, dessen Vergabe beabsichtigt ist, abzustellen (OLG Celle, ZfBR 2014, 820, juris Rn. 16 ff. m.w.Nachw.; OLG Sachsen-Anhalt WuW/E Verg 1142, juris Rn. 15).

Ausgehend hiervon beträgt der Bruttoauftragswert nicht – so wie die Vergabekammer angenommen hat – XXX € vielmehr ist er auf XXX € herabzusetzen. Maßgeblich hierfür ist, dass die in Ziff. 5 „Vertragsdauer“ vorgesehenen Verlängerungsoptionen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung im Grundsatz nur mit der Hälfte des jährlichen Auftragswerts zu berücksichtigen sind (BGH, Beschluss v. 18.03.2014, X ZB 12/13, juris Rn. 13). Gründe von diesem Regelfall abzuweichen, bestehen vorliegend nicht, so dass sich die Bruttoauftragssumme wie folgt berechnet:

Jährlicher Auftragswert gem. Ziff. 4 der Leistungsbeschreibung 01.01.2016 – 31.12.2016	600.000€ x 1	600.000 €
Verlängerungsoption 101.01.2017 – 31.12.2017	600.000 x ½	300.000€
Verlängerungsoption 201.01.2018 – 31.12.2018	600.000 x ½	300.000 €
Verlängerungsoption 301.01.2019 – 31.07.2019	600.000 x ¼	150.000 €
		1.350.000 €

2. Soweit die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist, ist nach § 120 Abs. 2 i.V.m. § 78 GWB a.F., §§ 91a Abs. 1 S. 1, 92 ZPO über die Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie nach § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB a.F. über die notwendigen Auslagen der Verfahrensbeteiligten nach billigem Ermessen zu entscheiden. Dabei genügt eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.09.2017, VII - Verg 12 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.3.2018

a. Hiernach sind die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren, nach billigem Ermessen der Antragstellerin zu 80 % und der Antragsgegnerin zu 20 % aufzuerlegen.

Das Rechtsmittel der Antragstellerin hätte mit Ausnahme der erfolgten Herabsetzung des Bruttoauftragswerts aller Voraussicht nach keinen Erfolg gehabt.

aa. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war entgegen den Ausführungen der Vergabekammer zulässig. Nach Ansicht des Senats hat die Antragstellerin ihre aus § 107 Abs. 3 GWB a.F. folgende Rügeobliegenheit nicht verletzt. Die Antragstellerin konnte erst durch die Ausführungen in der Vorabinformation erkennen, dass die Antragsgegnerin ein anderes Verständnis von Ziff. 9 der Leistungsbeschreibung hatte und als Zuschlagskriterium ausschließlich den Angebotspreis für das „Best-of- Essen“ gewertet hat.

Von einem sachkundigen Bieter ist zu erwarten, dass er die ihm zur Erstellung seines Angebots übersandten Vergabeunterlagen auf Verständlichkeit und Vollständigkeit prüft. Er ist jedoch nicht verpflichtet, jeden Passus auf alternative Auslegungsmöglichkeiten zu prüfen, um eventuelle Mehrdeutigkeiten auszuräumen. Etwas anderes gilt nur für offensichtlich missverständliche Vorgaben. Um eine solche handelt es sich bei Ziff. 9 der Leistungsbeschreibung jedoch nicht, denn die hier in Rede stehenden Interpretationsmöglichkeiten ergeben sich erst aus einer ganzen Reihe von Erwägungen, und liegen nicht offen erkennbar vor. Auch ist von einer unverzüglichen Rüge im Sinne von § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB a.F. auszugehen. Zwischen dem Zugang der Vorabinformation und der Rüge der Antragstellerin vom 08.12.2015 liegen fünf Tage. Mit Rücksicht auf eine angemessene Überlegungszeit, Prüfung und rechtliche Bewertung der erkannten Mehrdeutigkeit der Vergabeunterlagen ist gegen eine Frist von fünf Tagen nichts zu erinnern.

bb. Der somit zulässige Nachprüfungsantrag hätte jedoch aller Voraussicht nach keinen Erfolg gehabt.

(1) Vieles spricht dafür, dass die Antragsgegnerin mit der Fassung der Vergabeunterlagen den Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB a.F.) genügt.

Wesentliche Ausprägung des Transparenzgebots ist die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, klare und eindeutige Angaben zu allen Wertungs- und Zuschlagskriterien zu machen. Er kann eine rechtmäßige Zuschlagsentscheidung nur dann treffen, wenn die maßgeblichen Anforderungen von allen beteiligten fachkundigen Bietern im gleichen Sinn verstanden und ihren Angeboten zugrunde gelegt werden können (OLG Frankfurt, Beschluss v. 24.07.2012, 11 Verg 6/12, juris Rn. 49; OLG Schleswig, Beschluss v. 15.04.2011, 1 Verg 10/10, juris Rn. 60).

Die von der Antragsgegnerin gewählte Formulierung in Ziff. 9, Los 1 der Leistungsbeschreibung lässt im Ergebnis eindeutig und zweifelsfrei erkennen, dass für den Zuschlag allein der niedrigste Angebotspreis für das „Best-of-Essen“ gewertet wird und der abgefragte Rabattsatz auf die Standard-Preisliste (sonstige Katalogleistungen) sowie der ebenfalls abgefragte prozentuale Sonderbonus für die Folgejahre bei Überschreiten eines bestimmten Auftragsvolumens unberücksichtigt bleiben sollen. Zu diesem Ergebnis führt eine Auslegung der Vergabeunterlagen gemäß §§ 133, 157 BGB, bei der auf den objektiven Empfängerhorizont eines verständigen und mit Leistungen der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters abzustellen ist (BGH, Urteil v. 28.02.2002, VII ZR 376/00, juris Rn. 18). Hierfür sprechen im Wesentlichen folgende Erwägungen:

Nach dem Wortlaut der Vergabeunterlagen ist ausschließliches Zuschlagskriterium der Preis (Ziff. 9 Los 1 Unterpunkt 1 der Leistungsbeschreibung – LB) bzw. nach Abschnitt IV. 2.1 der Bekanntmachung der „niedrigste Preis“. Dieser Preis ist der Angebotsendpreis für das „Best-of-Essen“. Weitere preisliche Unterkriterien zur

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.09.2017, VII - Verg 12 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.3.2018

Ermittlung des niedrigsten Preises hat die Antragsgegnerin nicht definiert. Dies gilt für den abgefragten Rabattsatz ebenso wie für den im Bonusblatt von den Bietern einzutragenden prozentualen Sonderbonus (Anlage 3). Der Rabattsatz, der im Leistungsverzeichnis unter Los 1, Fragetitel 1.1 einzutragen ist, bezieht sich nicht auf die Gesamtangebotssumme für das „Best-of-Essen“, sondern auf die sonstigen Katalogleistungen. Für diese sonstigen Leistungen hat die Antragsgegnerin jedoch kein Mengengerüst vorgegeben und keinen Preis oder Preiskategorien o.ä. abgefragt. Auch der Sonderbonus ist offensichtlich nicht bei der Ermittlung des niedrigsten Angebotspreises für das „Best-of-Essen“ zu berücksichtigen. Der Bieter kann gemäß Ziff. 9 Los 1, Unterpunkt 3 der LB, wenn das Auftragsvolumen von 625.000 € netto im ersten Vertragsjahr überschritten wird, einen Sonderbonus auf den übersteigenden Umsatz im Falle einer Vertragsverlängerung im Folgejahr gewähren. Ein prozentualer Preisnachlass oder eine Gutschrift auf den Angebotspreis für das „Best-of-Essen“ stellt der Sonderbonus damit gerade nicht dar.

Die Überschrift von Ziff. 9 Los 1 der LB (Bewertungsverfahren/Zuschlag) und die Tatsache, dass unter dieser Überschrift auch der Rabatt (Unterpunkt 3) und der Sonderbonus (Unterpunkt 4) aufgeführt und erläutert wird, lässt aus der Sicht eines verständigen und mit der Ausschreibung von Mittagsverpflegungen für Kindertagesstätten vertrauten Bieter nicht das Verständnis zu, dass abweichend vom Wortlaut nicht der niedrigste Preis das maßgebliche Zuschlagskriterium sein soll, sondern das wirtschaftlichste Angebot, bei dem auch die Höhe des angebotenen Rabattes auf das sonstige Sortiment und der prozentuale Sonderbonus gewertet wird.

In das vom Bieter auszufüllende Angebotsschreiben (VA Bl. 102-104) ist für Los 1 allein die Angebotssumme für das gemäß Leistungsverzeichnis abgefragte „Best-of-Essen“ einzutragen. Überdies hat die Antragsgegnerin keine Angaben dazu gemacht, mit welcher Gewichtung der Preis für das „Best-of-Essen“ im Verhältnis zum Rabattsatz und dem Sonderbonus gewichtet werden sollen. Hierzu wäre sie aber verpflichtet gewesen, wenn der Preis nicht das alleinige, sondern nur eins von mehreren Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots sein sollen.

Es stellt auch keinen Widerspruch dar, dass die Antragsgegnerin einerseits die Angabe sonstiger Preisnachlässe (Rabatt und Sonderbonus) verlangt, andererseits diese Angaben bei der Wertung der Angebote unberücksichtigt lässt. Im Falle des Zuschlags, also des zivilrechtlichen Vertragsschlusses, hat der Auftraggeber nur dann Anspruch auf einen Preisnachlass, wenn er auch vereinbart ist, also im Angebot des Bieters enthalten ist (für Skontoabzüge BayObLG, Beschluss v. 09.09.2004, Verg 18/04, juris Rn. 16).

(2) Soweit die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Bieterfragen der Beigeladenen und ihre Antworten auf diese Fragen nicht vor Angebotsabgabe zur Kenntnis gebracht hat, liegt zwar ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB a.F.) vor. Allerdings sind die Auftragschancen der Antragstellerin hierdurch nicht beeinträchtigt worden.

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist die Feststellung einer mindestens nicht ausschließbaren Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers neben einer Rechtsverletzung für den Erfolg des Nachprüfungsantrags unerlässlich (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.06.2010, VII – Verg 10/10, juris Rn. 20 u. 21). Droht wegen einer Rechtsverletzung kein Schaden, mithin keine Beeinträchtigung der Aussichten auf den Erhalt des Zuschlags, sind die Vergabenachprüfungsinstanzen nicht berechtigt, in das Vergabeverfahren einzugreifen.

Ausgehend hiervon kann nicht festgestellt werden, dass die Aussichten der Antragstellerin auf Erhalt des Zuschlags durch das Informationsdefizit beeinträchtigt worden sind. Sie wäre selbst dann mit ihrem Angebot unterlegen, wenn sie über die Bieterfragen der Beigeladenen und die Antworten der Antragsgegnerin vor Angebotsabgabe unterrichtet worden wäre.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.09.2017, VII - Verg 12 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.3.2018

Die Beigeladene hat bezüglich der nachfolgend aufgelisteten Positionen der Leistungsbeschreibung angefragt, ob die von ihr hierzu vorgeschlagenen Alternativen als gleichwertig angesehen werden, und die Antragsgeberin hat dies im Ergebnis bejaht.

Leistungsverzeichnis	Gleichwertige Alternative
1. Pos.1.1.5 Möhren-Steckrübeneintopf	Möhreneintopf mit Rindswurst
2. Pos. 1.2.6 Röstkartoffeln	Bratkartoffeln
3. Pos1.3.17 Nudel-Gratin mit Käse	Vollkorn Nudelgericht mit Käse
4. Pos.1.3.18 Makkaroni-Schinken-Gratin	Nudeln mit Putenschinken
5. Pos. 1.6.3 Seelachs in Kräutersauce	Limandaröllchen in feiner Sahnesoße
6. Pos. 1.7.14 Geflügelfrikadelle oder -bällchen	Puten Cevapcici
7. Pos. 1.7.15 Hähnchenschenkel	Hähnchenkeule
8. Pos. 1.3.16 Nudel-Gemüse mit Fleischbällchen	Mini-Hacklfeischklößchen Italiano
9. Pos.1.9.8 BIO Blattspinat	BIO Rahmspinat

Die Antragstellerin hat die ausgeschriebene Mittagsverpflegung – so wie sie im Leistungsverzeichnis bezeichnet und aufgelistet ist – angeboten. Hierzu war sie in der Lage, weil sie die Kindertagesstätten der Antragsgegnerin seit vielen Jahren beliefert und auch zum Zeitpunkt der Ausschreibung aktuelle Vertragspartnerin der Antragsgegnerin war. Das an den tatsächlichen Verbrauchsmengen des Jahres 2014 orientiert „Best-of-Essen“ beruht daher letztlich auf dem Leistungsangebot der Antragstellerin. Die Antragstellerin sah sich offensichtlich auch nicht aus kalkulatorischen Gründen veranlasst, eine gleichwertige aber kostengünstigere Alternative anzubieten. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich und von der Antragstellerin auch nicht geltend gemacht worden, dass sie die Preise für die unter den Positionen 1.1.5, 1.2.6, 1.3.17, 1.3.18, 1.6.3., 1.7.14, 1.7.15, 1.3.16 und 1.9.8 angebotenen Produkte mit einem niedrigeren Preis angeboten hätte, wenn sie über die als gleichwertig anerkannten Alternativen der Beigeladenen informiert worden wäre. Die Antragstellerin trägt lediglich pauschal vor, die ihr vorenthaltenen Informationen seien kalkulationsrelevant, ohne dies weiter auszuführen (GA Bl. 130). Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die als gleichwertig anerkannten Alternativen in jedem Fall preisgünstiger sind als die ausgeschriebenen Positionen, so dass die Antragstellerin in Kenntnis der Auskünfte der Antragsgegnerin gegenüber der Beigeladenen ebenfalls die als gleichwertig anerkannten Alternativen angeboten oder ihre Einzelpreise für die in Rede stehenden Positionen herabgesetzt hätte.

Die einzelnen Komponenten (Nudeln, Fleisch, Fisch, Kartoffeln, Spinat etc.) sind im Wesentlichen gleich. Ein Vergleich der Angebotspreise der Antragstellerin und der Beigeladenen für diese neun Positionen bestätigt dies. Der Vergleich hat ergeben, dass die Mehrzahl der alternativ angebotenen Positionen im Gegenteil deutlich teurer ist und nur eine der verbleibenden Position wesentlich preisgünstiger als die angebotene Einzelposition der Antragstellerin ist.

Aber selbst wenn die Antragstellerin bei entsprechender Information durch die Antragsgegnerin die hiervon betroffenen Positionen in ihrem Angebot mit einem niedrigeren Preis kalkuliert hätte, wäre ihr Angebot nicht

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.09.2017, VII - Verg 12 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.3.2018

das preisgünstigste gewesen und hätte keine Chancen auf den Zuschlag gehabt. Das Leistungsverzeichnis zu Los 1 Mittagsverpflegung setzt sich aus insgesamt 155 Einzelpositionen zusammen. Ausgehend vom Angebotspreis der Antragstellerin im Vergleich zum Angebotspreis der Beigeladenen hätte die Antragstellerin selbst dann keine Chancen auf Zuschlagserteilung gehabt, wenn sie die von den gleichwertigen Alternativvorschlägen der Beigeladenen betroffenen Positionen mit 0 € kalkuliert hätte. Das Angebot der Beigeladenen wäre immer noch preisgünstiger gewesen als das der Antragstellerin.

(3) Ohne Erfolg beanstandet die Antragstellerin als vergaberechtswidrig, dass die Antragsgegnerin in Ziff. 9 Los 1, Unterpunkt 2 in Bezug auf die im Leistungsverzeichnis aufgelisteten „Best-of-Essen“ gleichwertige Alternativen zu den dort genannten Produkten zugelassen hat.

Die Zulassung gleichwertiger Alternativen zu den im Leistungsverzeichnis genannten Produkten ist keine Zulassung von Nebenangeboten, die dann vergaberechtlich nicht zulässig ist, wenn – wie hier – der Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist (BGH, Urteil v. 07.01.2014, X ZB 15/13, juris Rn. 14). Vielmehr handelt es sich bei Angeboten, die von dem vom Auftraggeber angebrachten Zusatz „oder gleichwertig“ Gebrauch machen, nicht um Nebenangebote, sondern um Hauptangebote, weil sie der Leistungsbeschreibung entsprechen und nicht von ihr abweichen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.06.2010, VII – Verg 10/10, juris Rn. 19; Prieß in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, 3. Aufl., § 8 EG Rn. 79).

Ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz liegt nicht darin begründet, dass die Antragsgegnerin – so der Vortrag der Antragstellerin – für den Begriff der (Produkt-) Gleichwertigkeit keine detaillierten, transparenten und widerspruchsfreien Mindestanforderungen aufgestellt hat (GA BI. 135).

Da Gleichwertigkeit nicht Gleichheit, also Identität in allen Beschaffungsmerkmalen, voraussetzt, ist von entscheidender Bedeutung, hinsichtlich welcher Leistungsmerkmale Gleichwertigkeit gefordert und nach welchen Parametern diese zu bestimmen ist (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013, VII – Verg 33/12, juris Rn. 38). Vorliegend ergibt sich aus den Vergabeunterlagen hinreichend klar und deutlich für den fachkundigen Bieter, nach welchen Kriterien Gleichwertigkeit zwischen den im Leistungsverzeichnis aufgeführten Produkten mit den stattdessen angebotenen Produkten bestehen muss. Die Zahl und Art der jeweiligen Produkt-Komponenten (z.B. Nudeln u. Sauce; Hähnchenfilet mit Gemüse, Eintopf mit Fleischbeilage) ist gering, so dass offensichtlich ist, worauf sich die Gleichwertigkeit bezieht.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die von der Beigeladenen alternativ angebotenen neun Produkte als gleichwertig mit den ausgeschriebenen zu werten, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Die Beurteilung der Gleichwertigkeit unterliegt einem von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur begrenzt kontrollierbaren Wertungsspielraum des Auftraggebers. Es kommt allein darauf an, ob die Wertung vertretbar ist (BGH, Beschluss v. 23.03.2011, X ZR 92/09, juris Rn. 8). Dies ist vorliegend der Fall.

(4) Ein Verstoß gegen § 18 Satz 2 VOL/A –EG (Verhandlungsverbot) liegt nicht vor.

Die an die Beigeladene adressierte Bitte der Antragsgegnerin vom 22.10.2015, geeignete Nachweise zur kleinteiligen Portionierbarkeit und zur gläsernen Rezeptur vorzulegen, stellt keine Verhandeln im Sinne der genannten Vorschrift dar. Weder hatte die Antragsgegnerin die Absicht, durch ihre Bitte eine Änderung des Angebots der Beigeladenen herbeizuführen, noch ist eine solche Änderung erfolgt. Durch die Übermittlung des Katalogs hat die Beigeladene lediglich Auskunft darüber erteilt, dass die Anforderungen „gläserne Rezeptur“ und „kleinteilige Portionierbarkeit“ durch das von ihr eingereichte Angebot eingehalten werden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.09.2017, VII - Verg 12 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.3.2018

Auch soweit in dem nachträglich übermittelten Katalog Liefer- und Zahlungsbedingungen der Beigeladenen abgedruckt sind, liegt darin kein unzulässiges Nachverhandeln über ihr Angebot. Die Beigeladene hat den Katalog auf Bitten der Antragsgegnerin übersandt, um ergänzende Angaben zur kleinteiligen Portionierbarkeit und zur gläsernen Rezeptur zu machen. Es war nicht der Wille der Beigeladenen, die auf der letzten Seite des 83-seitigen Katalogs abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nachträglich zum Inhalt ihres Angebots zu machen.

(5) Das Angebot der Beigeladenen war nicht gemäß § 19 Abs. 3 a) VOL/A – EG auszuschließen.

Das Angebot der Beigeladenen enthielt alle geforderten Erklärungen und Nachweise.

Das Angebot enthielt insbesondere die geforderten Erklärungen und Nachweise bezüglich der kleinteiligen Portionierbarkeit und der gläsernen Rezeptur. Der Begriff der Erklärungen und Nachweise ist weit auszulegen. Nachgefordert werden können nur solche Unterlagen, die fehlen, also entweder vollständig nicht vorliegen oder den formellen Anforderungen nicht genügen und die bis zur Angebotsabgabe einzureichen waren. Andernfalls handelt es sich um eine Erstanforderung, die § 15 VOL/A unterfällt. Welche Erklärungen und Nachweise mit dem Angebot abzugeben sind bestimmt sich nach der Bekanntmachung. (Vavra in Ziekow/Völlink, 2. Auflage 2013, § 16 VOL/A Rn. 4). Nach den Vergabeunterlagen waren die gläserne Rezeptur und die kleinteilige Portionierbarkeit alleine durch Anlage 4 „Eigenerklärung Qualitätsstandard“ zu belegen. Weitere Nachweise oder Erklärungen zu diesen Anforderungen sind in den Vergabeunterlagen nicht gefordert worden.

b. Da gemäß § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und –verteidigung notwendigen Aufwendungen gleichermaßen nach billigem Ermessen zu entscheiden ist, kommt auch insoweit eine Kostenverteilung von 80 % zu Lasten der Antragstellerin und zu 20 % zu Lasten der Antragsgegnerin in Betracht.

c. Es entspricht zudem der Billigkeit gemäß § 78 GWB i.V.m. § 162 Abs. 3 VwGO, dass die Antragstellerin die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 80 % erstattet, da die erst im Beschwerdeverfahren Beigeladene das Verfahren mit Schriftsätzen vom 23.05.2017 und 06.09.2017 gefördert und als Zuschlagsprätendentin ein besonderes Interesse am Ausgang des Verfahrens hat.

3. Der nach Schluss der mündlichen Verhandlung bei Gericht eingegangene Schriftsatz der Antragstellerin vom 25. September 2017 gibt zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung entsprechend § 156 ZPO keinen Anlass. Eine Pflicht zur Wiedereröffnung (§ 156 Abs. 2 ZPO) besteht nicht, da die dort genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Auch ist eine Wiedereröffnung gemäß § 156 Abs. 1 ZPO nicht geboten, da das Vorbringen der Antragstellerin keine abweichende Entscheidung rechtfertigt. So ist der Antragsgegnerin bei der zu treffenden Kostenentscheidung nicht anzulasten, dass erst in der mündlichen Verhandlung das Hauptsacheverfahren übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist. Es wäre allein Sache der Antragstellerin und Beschwerdeführerin gewesen, das Verfahren für erledigt zu erklären; die Antragsgegnerin, gegen die sich das Vergabennachprüfungsverfahren richtet, ist hierzu nicht befugt. Soweit die Antragstellerin in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz ferner geltend macht, die Antragstellerin hätte bei entsprechender Information durch die Antragsgegnerin unter Umständen nicht nur in den konkret betroffenen Positionen des Leistungsverzeichnisses, sondern in viel größerem Umfang ihr Angebot angepasst und infolgedessen in größerem Umfang zu geringeren Preisen angeboten, entbehrt dieses pauschale Vorbringen jeglicher Substanz und ist daher unbeachtlich.

4. Soweit die Vergabekammer die Beiziehung eines Rechtsanwalts für die Antragsgegnerin nicht für notwendig gehalten hat (Ziff. 4 Beschlusstenor), ist eine Überprüfung dieser Entscheidung nicht veranlasst, da die Antragsgegnerin insoweit keine Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer eingelegt hat.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.09.2017, VII - Verg 12 / 17, Datenbank VERIS, Zugriff am 19.3.2018

Dicks Vors.Richter am OLG

Dr. Maimann Richterin am OLG

Dr. Anger Richter am OLG

Redaktionelle Anmerkung 1

Auf das vorliegende Vergabenaachprüfungsverfahren findet nach der Übergangsvorschrift des Art. 1 § 186 Abs. 2 VergRModG nicht altes Vergaberecht, sondern die am 18. April 2016 in Kraft getretene Neuregelung Anwendung.

Redaktionelle Anmerkung 1