



Anlage zum Protokoll vom 08.01.2008

Verkündet am 08.01.2008

...
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Brandenburgisches Oberlandesgericht

Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

betreffend: Vergabe der Planung von zwei Kreuzungsbauwerken der D... AG, Strecken -
Nr. 61.14 und 61.18 im Zuge des Ausbaus der BAB ... "B...", 8-streifig, unter
Verkehr, zwischen AD N... - AD P...

Beteiligte:

1. D... GmbH,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

Auftraggeberin und Beschwerdeführerin,

2. S...gesellschaft mbH,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

Auftraggeberin und Beschwerdegegnerin,

3. Ingenieurbüro G... GmbH,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

Beigeladene,

hat der Vergabesenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts durch

die Richterin am Oberlandesgericht Eberhard als Vorsitzende,
den Richter am Oberlandesgericht Kuhlig und
die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Schwonke

auf die mündliche Verhandlung vom **4. Dezember 2007**

b e s c h l o s s e n :

Die sofortige Beschwerde der Auftraggeberin gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 17.8.2007 - VK 32/07 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Auftraggeberin aufgegeben wird, die Wertung der Angebote unter Einschluss des Angebotes der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Vergabesenates zu wiederholen.

Die Auftraggeberin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

G r ü n d e

I.

Die Auftraggeberin, an deren Stammkapital der Bund zu 50 % und je zu 10 % die Bundesländer Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen beteiligt sind, hat die Aufgabe der Planung und Baudurchführung (Bauvorbereitung und Bauüberwachung) von Bundesfernstraßen oder wesentlichen Teilen davon im Rahmen der Auftragsverwaltung. Das Projekt "Achtstreifiger Ausbau des B... vom AD N... bis zum AD P..." wurde im Dezember 2006 vom Bund und dem Land Brandenburg der Auftraggeberin zur weiteren Bearbeitung und Ausführung übertragen. Innerhalb des auszubauenden Streckenabschnittes

befinden sich zwei Eisenbahnüberführungen, die mit den vorhandenen Konstruktionsparametern einen Ausbau nicht ermöglichen. In Abstimmung mit der DB Netz AG erfolgen Planungen zum Ausbau der Brücken direkt über die Auftraggeberin.

Die Auftraggeberin schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 3. Februar 2007 für zwei Kreuzungsbauwerke der D... AG über die BAB ..., Strecken Nr. 61.14 und 61.18, Leistungen der Objektplanung für Ingenieurbauwerke (Leistungsphasen 1 - 3 und 6, § 55 HOAI) und Leistungen der Tragwerksplanung für Ingenieurbauwerke (Leistungsphasen 2, 3 und 6, § 64 HOAI) bei einem geschätzten Auftragswert von 310.000,00 € brutto im beschleunigten Verhandlungsverfahren europaweit aus. Von diesen Überführungen ist eine fünfgleisig und die andere eingleisig. Alternativangebote waren gemäß Ziffer II.1.9) der Bekanntmachung nicht zulässig. Zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme sollten mindestens drei Bewerber aufgefordert werden. In Ziffer IV.1.2) der Bekanntmachung heißt es, dass unter den Bietern eine Auswahl anhand der Qualität der nachgewiesenen Eignungskriterien vorgenommen werde. Vor Abgabe der Angebote würden Auftragsgespräche mit den ausgewählten Bewerbern geführt, nach Abschluss der Auftragsgespräche würden die Bewerber schriftlich zur Angebotsabgabe aufgefordert.

Bis zum Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge am 21.2.2007 bewarben sich 32 Ingenieurbüros bzw. Ingenieurgemeinschaften um die Teilnahme am Verhandlungsverfahren. Die Auftraggeberin wählte unter diesen Bewerbern vier aus, darunter die Antragstellerin und die Beigeladene. Hierüber fertigte sie unter dem 28.2.2007 einen Vergabevermerk Teil A.

Diese vier Bewerber lud die Auftraggeberin mit Schreiben vom 1. März 2007 (Bl. 31-32 VK 32/07) zum Auftragsgespräch am 7.3.2007 ein. In dem Schreiben heißt es: "Mit Ihnen und den anderen ausgewählten Bewerbern ist vor Angebotsabgabe ein Auftragsgespräch/Präsentation gemäß § 24 (1) VOF vorgesehen." Weiter teilte sie in dem Einladungsschreiben mit, dass nach Abschluss der Gespräche die zur Angebotsabgabe aufzufordernden Bewerber gemäß § 5 Abs. 1 VOF ausgewählt würden. Inhalt des Auftragsgesprächs sollten die Präsentation aktueller Referenzprojekte, die Vorstellung der Konzeption für die Bearbeitung des Projektes (Organisation und zeitlicher Ablauf), Erläuterungen zur Gewährleistung der Qualität der zu erbringenden Leistungen sein, ferner die persönliche Vorstellung des vorgesehenen Projektleiters sowie der maßgeblichen Bearbeiter für die Objektplanung Verkehrsanlage und Ingenieur-

bauwerke und die namentliche Benennung der für die Abwicklung des Projektes vorgesehenen maßgeblichen Personen.

Nach Durchführung dieser Gespräche forderte die Auftraggeberin mit Schreiben vom 9. März 2007 (Bl. 33-38 VK 32/07) alle vier von ihr ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe auf. Darin heißt es:

Sie werden gebeten, Ihr Honorar unter Berücksichtigung des Auftragsgespräches gemäß § 24 (1) VOF nach HOAI zu ermitteln und die anliegende Heftung "Angebot" vollständig auszufüllen.

...

Bei Leistungen für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen wird empfohlen, das Angebot insbesondere unter Beachtung des § 4 (2), des § 52 (8) und des § 66 der HOAI einzureichen.

Ergänzend wird auf § 16 (2) VOF in Verbindung mit § 4 (2) HOAI hingewiesen. Soweit in Ihrem Angebot Abschläge (Nachlässe o. ä.) auf die nach den Honorartabellen der HOAI ermittelten Honorar-Mindestsätze enthalten sind, bedarf es einer ausführlichen, nachvollziehbaren und rechtlich vertretbaren Begründung, dass ein die Unterschreitung der Mindestsätze rechtfertigender Ausnahmetatbestand im konkreten Einzelfall vorliegt. Auf Angebote, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, kann der Auftrag nicht erteilt werden.

Die Anlage 1 zum von der Auftraggeberin übersandten Vertragsentwurf (Objekt- und Tragwerksplanung Ingenieurbauwerke, nachfolgend: Anlage FB 4) enthält auf S. 6, 7 die drei den Bietern von der Auftraggeberin vorgegebenen Berechnungsparameter zur objektspezifischen Honorarermittlung. So gab die Auftraggeberin die von ihr geschätzten anrechenbaren Kosten für Objekt- und Tragwerksplanung, die Honorarzonen und die Bewertungen der Grundleistungen vor. Auf S. 8 der Anlage FB 4 waren die ermittelten Beträge zusammenzustellen und u. a. etwaige Abminderungsbeträge einzutragen. Diese waren besonders zu begründen. Die Begründung für Abminderungen sollte bei ggf. unterschiedlichen Abminderungen getrennt angegeben werden.

Alle vier Bieter reichten fristgerecht ihre Angebote ein. Das nach den vorgegebenen Parametern auf der Grundlage der HOAI-Honorartabellen errechnete Honorar wurde von allen Bietern in jeweils unterschiedlicher Weise gemindert. Die geforderten besonderen Begründungen wurden jeweils beigelegt. Die Antragstellerin bot das mit Abstand preisgünstigste Honorar an. Auch die zweitgünstigste Bieterin forderte ein Honorar, das deutlich unter dem von der Bei-

geladenen berechneten Honorar lag. Die Auftraggeberin korrigierte jedoch von sich aus dieses Angebot preislich, weil sie die von der Bieterin für die zur Begründung für die Abminderung ermittelte Reduzierung der anrechenbaren Kosten für unrichtig hielt. Durch die Korrektur lag das Angebot dieser Bieterin ähnlich hoch wie dasjenige der Beigeladenen und der vierten Bieterin. Die Beigeladene bot einen als "Nebenangebot" bezeichneten 5%igen Nachlass für den Fall an, dass im vorliegenden Vergabeverfahren sie und in einem weiteren von der Auftraggeberin durchgeführten Vergabeverfahren ein Ingenieurbüro, für das sie als Nachauftragnehmerin tätig werden sollte, den Zuschlag erhalten sollte.

Mit Schreiben vom 26. Juni 2007 (Bl. 72-73 VK 32/07) teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass ihr Honorarangebot die Mindestsätze der HOAI unterschreite und ein Ausnahmefall gemäß § 4 Abs. 2 HOAI nicht vorliege. Ihr Angebot sei zwingend von der Wertung auszuschließen. Die Auftraggeberin gab der Antragstellerin Gelegenheit zur Aufklärung.

Mit Schreiben vom 27. Juni 2007 (Bl. 74-75 VK 32/07) erläuterte die Antragstellerin ihre Honorarberechnung. Die darin von der Antragstellerin vorgenommene Berechnungsweise entspricht der Vergabepaxis der D... AG bei vergleichbaren Überführungsbauwerken.

Die Auftraggeberin erstellte unter dem 5.7.2007 den Vergabevermerk Teil B und sah darin das Angebot der Beigeladenen als das beste an. Das Angebot der Antragstellerin wertete sie nicht, weil es zwingend auszuschließen sei. Das Nebenangebot der Beigeladenen wertete sie nicht, es soll aber bei einer Beauftragung angenommen werden. Die drei in der Wertung verbliebenen Angebote erhielten in Bezug auf das mit 30 % in die Wertung einfließende Kriterium Preis/Honorar wegen der äußerst geringen Abstände die gleiche Punktzahl.

Die Auftraggeberin schloss mit einem Schreiben vom 5.7.2007 (Bl. 76-77 VK 32/07), das bei der Antragstellerin am 9. Juli 2007 eingegangen ist, die Antragstellerin wegen Unterschreitens der Mindestsätze der HOAI vom Vergabeverfahren aus.

Die Information gemäß § 13 VgV, der Beigeladenen den Auftrag zu erteilen, ging den Bietern per Telefax am 10. Juli 2007 zu. Gegenüber der Antragstellerin wurde die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes mit dem zwingenden Ausschluss gemäß Schreiben vom 5. Juli 2007 begründet.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 10. Juli 2007 (Bl. 78-80 VK 32/07) rügte die Antragstellerin, dass ihr Angebot ohne mit ihr geführte Verhandlungen ausgeschlossen worden sei. Ob sie tatsächlich die Mindestsätze unterschritten habe, sei streitig. Nach gefestigter Rechtsprechung könne ein darauf gestützter Ausschluss erst nach Scheitern von Nachverhandlungen erfolgen. Derartige Verhandlungen hätten bisher nicht stattgefunden. Der bisherige Briefwechsel erfülle die Bedingungen einer Verhandlung nach den §§ 5 Abs. 1 und 24 Abs. 1 VOF nicht. Ungeachtet ihrer Überzeugung, die Mindestsätze beachtet zu haben, sei sie, die Antragstellerin, bereit, den Auftrag auf der Grundlage der von der Auftraggeberin durchgeführten Mindestsatzberechnung durchzuführen. Im Übrigen sei allgemein bekannt, dass die HOAI mannigfaltige Auslegungen zur Ermittlung des Mindestsatzes enthalte, so dass die Abgabe eines Honorarangebotes, welches sich nach sachverständiger Prüfung als Unterschreitung des Mindestsatzes herausstelle, nicht per se einen vorsätzlich herbeigeführten Verstoß gegen das Preisrecht darstelle. Nach der Rechtsprechung sei es nicht zu beanstanden, dass der Auftraggeber das Honorarangebot auf die Mindestsätze anhebe, um eine Wettbewerbswidrigkeit zu verhindern und die Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen.

Mit bei der Antragstellerin am 16. Juli 2007 eingegangenen Schreiben vom 12. Juli 2007 lehnte die Auftraggeberin Nachverhandlungen aus Gründen der Gleichbehandlung und des zwingenden Angebotsausschlusses sowie unter Hinweis auf das gemäß Vergabebekanntmachung bereits geführte Auftragsgespräch vom 7. März 2007 ab.

Mit Schriftsatz vom 18. Juli 2007 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer des Landes Brandenburg.

Die Antragstellerin hat gemeint, die Auftraggeberin habe zwingend zu beachtende Bestimmungen der VOF nicht berücksichtigt. Die Auswahl der Bewerber im Teilnahmewettbewerb richte sich nach § 10 VOF und sei vorliegend nach Präsentation und Auftragsgespräch vor Angebotsabgabe vorgenommen worden. Die Vorgehensweise gemäß dem Einladungsschreiben, es handle sich dabei um das Auftragsgespräch nach § 24 Abs. 1 VOF, erfülle nicht die Voraussetzungen eines Verhandlungsverfahrens, denn Auftragsverhandlungen seien mit den nach § 10 Abs. 1 VOF ausgewählten Bewerbern durchzuführen.

Im Übrigen wiederholt sie ihr Vorbringen aus ihrem Rügeschreiben vom 10.7.2007.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. der Auftraggeberin zu untersagen, im Vergabeverfahren für die Planung von zwei Kreuzungsbauwerken der D... AG Strecken Nr. 6114 und 6118 im Zuge des Ausbaus der Bundesautobahn (BAB) ... "B...", 8-streifig, unter Verkehr, zwischen Autobahn Dreieck N... - Autobahn Dreieck P..., VKE 1141 den Auftrag an die Beigeladene zu vergeben,
2. der Auftraggeberin aufzugeben, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Die Auftraggeberin hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Auftraggeberin hat gemeint, die Antragstellerin sei mit ihrer die Verfahrensbedingungen betreffenden Rüge und dem darauf beruhenden Vorwurf fehlender Transparenz gemäß § 107 Abs. 3 GWB präkludiert. Die Verfahrensbedingungen bzw. -abläufe seien mit der Bekanntmachung bzw. der Übersendung der Vergabeunterlagen mitgeteilt worden und sähen den zwingenden Ausschluss von Angeboten vor, die gegen das Honorarrecht verstoßen. Hiergegen sei keine Rüge erhoben worden, sodass etwaig entgegenstehende Rechtsprechung irrelevant sei.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bestehe keine gesetzliche oder sich aus den Vergabungsunterlagen ergebende Pflicht der Auftraggeberin für eine Mitteilung über die richtige Anwendung der "Honorarminderungsvorschriften". Deren korrekte Anwendung obliege den Bietern. Insoweit fehle es, sollte es der Antragstellerin bei Angebotserstellung auf einen derartigen Anwendungshinweis angekommen sein, an einer unverzüglichen Rüge i. S. d. § 107 Abs. 3 GWB. Daher könne auch die Vorgehensweise bei der Abfrage des Honorarangebotes nicht Teil der Begründetheitsprüfung dieses Nachprüfungsantrages sein.

Der Verfahrensablauf mit Hinweis auf den Inhalt des Auftragsgespräches nach § 24 VOF sei der Antragstellerin im Einladungsschreiben vom 1. März 2007 sowie in der Aufforderung zur Angebotsabgabe mitgeteilt worden; vermeintlich unzureichende Auftragsgespräche habe diese ebenfalls nicht bis zur Angebotsabgabe gerügt.

Werde - hilfsweise - auf das spätere Aufklärungsschreiben vom 26. Juni 2007 abgestellt, ergebe sich keine anderweitige rechtliche Beurteilung, denn die Antragstellerin habe in ihrem Antwortschreiben vom 27. Juni 2007 die Verfahrensgestaltung nicht gerügt.

In jedem Fall sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, denn die Antragstellerin sei wegen Verstoßes gegen honorarrechtliche Vorschriften vergaberechtskonform zwingend auszu-schließen gewesen. Dies ergebe sich aus den Bedingungen des Verfahrens, die Nachverhandlungen nicht vorgesehen hätten. Laut Verfahrensbedingungen sollte bereits das Angebot sämtliche zur einwandfreien Beurteilung erforderlichen Angaben enthalten. Aber auch einer etwaigen Verpflichtung zur Aufklärung zugunsten des jeweiligen Bieters sei die Auftraggeberin nachgekommen, ohne dass hierauf ein Anspruch bestanden habe.

Im Hinblick auf die strikte Bindung an die HOAI könne der Zuschlag auf ein sich außerhalb dieses Honorarrahmens bewegendes Angebot keineswegs erteilt werden. Anderenfalls könnten Bieter sanktions- und risikolos unter den Mindestgrenzen der HOAI bieten und müssten allenfalls damit rechnen, auf den Mindestsatz angehoben zu werden. Gerade dies solle § 16 Abs. 3 Satz 2 VOF verhindern.

Im Verhandlungsverfahren bestehe auch keine generelle Pflicht zu Verhandlungen, auch nicht in Bezug auf die Mindestsätze der HOAI. Darin würde die Aushöhlung der fundamentalen Regelung des § 16 Abs. 3 Satz 2 VOF liegen. Jeder Bieter sei für die Abgabe eines rechtskonformen Angebotes selbst verantwortlich. Alles andere würde das Gleichbehandlungsgebot und den Wettbewerbsgrundsatz verletzen.

Im Ergebnis der Honorarprüfung sei die Mindestsatzunterschreitung im Angebot der Antragstellerin nicht begründet, sodass der Ausschluss zwingend vorzunehmen gewesen sei.

Die Beigeladene hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Beigeladene hat gemeint, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil die Antragstellerin die behaupteten Vergaberechtsverstöße weder rechtzeitig i. S. d. § 107 Abs. 3 GWB gerügt habe, noch sei dargetan oder ersichtlich, dass ihr ein Schaden drohe, § 107 Abs. 2 GWB. Der Nachprüfungsantrag sei aber auch unbegründet, da Architekten/Ingenieure eigenverantwortlich HOAI-konforme Angebote zu unterbreiten hätten und vor diesem Hintergrund die Auftraggeberin zur Vorgabe der richtigen Anwendung der Abminderungsvorschriften nicht verpflichtet sei. Da sich das Antragstellerangebot nicht innerhalb des Rahmens des § 16 Abs. 2 Satz 2 HOAI halte, sei es zwingend auszuschließen gewesen.

Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin die Möglichkeit eingeräumt, ihr Angebot zu erläutern bzw. zu korrigieren. Davon habe die Antragstellerin keinen Gebrauch gemacht. Ein Rechtsanspruch, an Auftragsverhandlungen gemäß § 24 Abs. 1 VOF teilzunehmen, bestehe nicht für sämtliche Bieter.

Eine Anhebung des Angebotes der Antragstellerin könne letztlich nur auf den nach den vorgegebenen Parametern errechenbaren Honorarsatz erfolgen, anderenfalls käme die Antragstellerin in den unvertretbaren Genuss, dass ihr die Auftraggeberin die ihr obliegende richtige Anwendung der Abminderungsvorschriften abnehme. Hierdurch würde der im gesetzlich zulässigen Rahmen der HOAI bewegende Preiswettbewerb vereitelt werden.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 17.8.2007 dem Nachprüfungsantrag stattgegeben und der Auftraggeberin aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Einschluss des Angebotes der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei zulässig, insbesondere habe die Antragstellerin ihre Rügen allesamt rechtzeitig erhoben. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die Auftraggeberin habe die Bestimmungen für das Vergabeverfahren nicht eingehalten. Sie habe keine nach § 24 VOF vorgesehenen Auftragsgespräche geführt. Die von

der Auftraggeberin vor Angebotsabgabe geführten Gespräche stellten keine Auftragsgespräche dar, weil ihnen kein Angebot der Bieter vorausgegangen sei. Dabei sei es vor allem um die Eignung des Bewerbers für das konkrete Projekt gegangen. Insbesondere habe noch kein Angebotspreis vorgelegen, der wesentliches Wertungskriterium sei. Es sei auch nicht ersichtlich, warum die Auftraggeberin das Angebot eines anderen Bewerbers von sich aus korrigiert habe, aber beim Angebot der Antragstellerin anders vorgegangen sei. Zugunsten der Antragstellerin spreche auch, dass die Auftraggeberin das Nebenangebot der Beigeladenen in Form eines Nachlasses von 5 % berücksichtigen wolle, obwohl Nebenangebote nicht zugelassen waren. Die Auftraggeberin müsse in die noch ausstehenden Auftragsverhandlung eintreten, die ausstehenden Fragen klären und sodann die Neuwertung der Angebote vornehmen.

Gegen diesen Beschluss, ihr zugestellt am 22.8.2007, richtet sich die am 5.9.2007 bei Gericht eingegangene sofortige Beschwerde der Auftraggeberin.

Die Auftraggeberin meint, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin bereits unzulässig sei. Sie habe nicht dargelegt, dass ihr durch den Ausschluss ein Schaden drohe. Deshalb fehle ihr die Antragsbefugnis. Im übrigen habe sie nicht rechtzeitig gerügt, dass die Auftraggeberin das einzige Auftragsgespräch vor der Angebotsabgabe führen wollte. Dies habe sich schon aus der Ausschreibung ergeben.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil das Angebot der Antragstellerin zwingend wegen einer Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI auszuschließen gewesen sei. Das Verhalten der Antragstellerin stelle sich als wettbewerbswidrig dar und belege ihre fehlende Zuverlässigkeit.

Die Beigeladene, die selbst keine Beschwerde eingelegt hat, schließt sich den Ausführungen der Auftraggeberin an. Auch sie hält den Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis und rechtzeitiger Rüge für unzulässig. Das Verlangen der Antragstellerin, ihren Angebotspreis auf die HOAI-Mindestsätze anzuheben, sei widersprüchlich. Da die Antragstellerin auf das Aufklärungsverlangen der Auftraggeberin auf ihrem Angebotspreis beharrt habe, sei der Auftraggeberin keine Alternative zum Ausschluss der Antragstellerin geblieben.

Die Auftraggeberin und die Beigeladene beantragen,

die Entscheidung der Vergabekammer Brandenburg vom 17.8.2007 - VK 32/07 - aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragstellerin hält die Entscheidung der Vergabekammer für richtig.

Sie meint, bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Auftraggeber und Bieter über die Ermittlung des Mindestsatzes der HOAI sei es nicht sachgerecht, den Bieter auszuschließen, der das Honorar nicht so ermittle wie der Auftraggeber. Es müsse ausreichen, wenn der Bieter erkläre, dass er sich mit den Mindestsätzen der HOAI zufrieden gebe.

Die Antragstellerin, die an dem weiteren vor dem Senat geführten Nachprüfungsverfahren (Verg W 9/07) beteiligt ist, rügt im Beschwerdeverfahren erstmals die ihr aus dem Parallelverfahren bekannt gewordene Vergabepaxis, dass die Auftraggeberin die Auftragskriterien, die der Punktwertung zugrunde liegen, nach erfolgter Submission aber vor Angebotswertung auf den Vergabefall bezogen konkretisiert habe. Dies verstoße gegen § 16 Abs. 2 VOF, wonach der Auftraggeber verpflichtet sei, spätestens mit der Aufforderung zur Teilnahme an den Verhandlungen alle Auftragskriterien einschließlich ihrer Wichtung anzugeben. Dies sei nicht geschehen.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vorbringen der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze und auf die Vergabeakten Bezug genommen.

II.

Die sofortige Beschwerde der Auftraggeberin hat keinen Erfolg. Sie ist zwar gemäß den §§ 116, 117 GWB zulässig, weil sie fristgerecht eingelegt und begründet worden ist. Die so-

fortige Beschwerde ist jedoch unbegründet. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

I. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.) Die Auftraggeberin ist öffentlicher Auftraggeber i. S. von § 98 GWB. Die Vergabekammer ist allerdings zu Unrecht davon ausgegangen, dass sie eine Gebietskörperschaft ist, die gemäß § 98 Nr. 1 GWB als öffentlicher Auftraggeber qualifiziert wird. Der Bund und das Land Brandenburg, die Gesellschafter der Auftraggeberin sind, sind Gebietskörperschaften, nicht jedoch die Auftraggeberin selbst. Die Auftraggeberin ist aber jedenfalls öffentliche Auftraggeberin gemäß § 98 Nr. 2 GWB.

2.) Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt, § 107 Abs. 2 GWB. Vergeblich ziehen dies Auftraggeberin und Beigeladene in Zweifel. Angesichts der konkreten Umstände des Falles ist es nicht erforderlich, dass die Antragstellerin etwas zu ihrer Antragsbefugnis vorzutragen hat. Der Antragstellerin droht durch von ihr im Einzelnen beanstandete Vergabefehler ein Schaden.

Der Schaden i. S. von § 107 Abs. 2 GWB besteht darin, dass die Aussichten auf den Zuschlag zumindest verschlechtert worden sein können. Es wird dabei als ausreichend angesehen, dass ein Schadenseintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (so auch BVerfG VergabeR 2004, 597).

Die Antragstellerin ist als eine von vier Bietern nach einem Teilnahmewettbewerb von der Auftraggeberin ausgewählt und zu einer Angebotsabgabe aufgefordert worden. Sie hat ein Angebot abgeben, das die Auftraggeberin von der Wertung ausgeschlossen hat. Bei dieser Sachlage liegt es auf der Hand, dass der von ihr gerügte Ausschluss ihre Chancen auf den Zuschlag zunichte macht. Diese offensichtliche Tatsache muss die Antragstellerin nicht noch einmal ausdrücklich vortragen, um ihren Nachprüfungsantrag zulässig zu machen.

3.) Ohne Bedeutung für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages ist die Antwort auf die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin wegen Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI zwingend auszuschließen ist.

Diese Frage ist Gegenstand des Nachprüfungsantrages. Diese Frage muss bei der Prüfung der Begründetheit des Nachprüfungsantrages beantwortet werden. Es würde dem Vergaberechtschutz zuwider laufen, wenn in der Zulässigkeitsprüfung die Begründetheit vorweggenommen und dem Bieter der Zugang zum Verfahren mit der fehlenden Begründetheit seines Rechtschutzbegehrens verweigert würde.

4.) Die von der Antragstellerin mit anwaltlichem Schreiben vom 10.7.2007 erhobenen Rügen sind unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 GWB erhoben.

Soweit die Antragstellerin beanstandet, dass ihr Angebot wegen Unterschreitens der Mindestsätze der HOAI ausgeschlossen worden ist, ist diese Rüge rechtzeitig, denn der Ausschluss erfolgte mit Schreiben vom 5.7.2007, der Antragstellerin zugegangen am 9.7.2007.

Rechtzeitig rügt die Antragstellerin auch, dass ihr keine Gelegenheit gegeben wurde, hierüber Nachverhandlungen zu führen. Dass es keine Nachverhandlungen über ihr Angebot geben soll, hat die Antragstellerin erst mit der Ausschlussentscheidung erfahren.

Dass die Auftragsgespräche vor Angebotsabgabe stattgefunden haben, hat die Antragstellerin im Rügeschreiben nicht beanstandet. Sie hat diese Vorgehensweise in ihrem Nachprüfungsantrag zwar als VOF-widrig angesehen. Darin liegt jedoch keine Rüge mit einer neuen Zielrichtung. Die entsprechende Beanstandung erfolgte ersichtlich mit dem Ziel, die Auftraggeberin anzuhalten, ihr, der Antragstellerin, Gelegenheit zu geben, ihr Angebot in preislicher Hinsicht zu verändern. Der Sache nach handelt es sich damit um eine Wiederholung der rechtzeitig erhobenen Rüge, dass ihr Angebot ohne Nachverhandlung über den Preis ausgeschlossen worden ist.

II. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Rügen der Antragstellerin greifen durch. Die Auftraggeberin durfte das Angebot der Antragstellerin nicht ohne Nachverhandlungen über das von der Antragstellerin geforderte Honorar ausschließen.

Derartige Nachverhandlungen haben noch mit dem Ziel stattzufinden, dass die Antragstellerin ihr Angebot in preislicher Hinsicht anpasst.

1.) Grundsätzlich ist der Ausschluss eines Bieters wegen Unterschreitens der Mindestsätze der HOAI möglich.

Zum einen ist das Preisrecht der HOAI zwingend. Nach § 16 Abs. 3 Satz 3 VOF kann deshalb bei der Vergabe einer Leistung, die nach einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung zu vergüten ist, der Preis nur im dort vorgeschriebenen Rahmen berücksichtigt werden.

Die VOF ist hier auch anwendbar. Dabei kann offen bleiben, ob die Auftraggeberin hier einen Auftrag im Sektorenbereich vergeben will, in dem die VOF nicht gilt. Die Auftraggeberin hat sich in der Ausschreibung und in den Verdingungsunterlagen in vielfacher Weise auf die VOF bezogen. In einem derartigen Fall ist von einer Selbstbindung der Auftraggeberseite an die VOF auszugehen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.2.2006, Verg 16/05, zitiert nach Juris Rn 71)

Im Übrigen hat die Auftraggeberin mehrfach ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie die Unterschreitung des Mindestsatzes als Ausschlussgrund ansehen will. Dies ist ein sachgerechter Grund für einen Bieterausschluss. Zwar führt die Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI nicht dazu, dass der gesamte Vertrag zwischen Auftraggeber und Architekt bzw. Planer unwirksam ist. Unwirksam ist aber die Preisabrede. Dies führt im Regelfall dazu, dass der Architekt bzw. Planer das Honorar bis zur Höhe des Mindestsatzes nachfordern kann. Im Hinblick darauf kann es dem Auftraggeber schon aus Gründen der Planungssicherheit nicht zugemutet werden, dass er sich auf eine nichtige Preisabrede einlässt.

2.) Wenn der Auftraggeber in einem Vergabeverfahren ein Unterschreiten der Mindestsätze der HOAI vermutet, kann er das Angebot des betroffenen Bieters jedoch nicht sofort ausschließen, sondern muss dem Bieter Gelegenheit zu Nachverhandlungen geben. Erst nach deren Scheitern ist er berechtigt, den betroffenen Bieter von der Vergabe auszuschließen (so auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.11.2002, 2 Verg 14/02, zitiert nach Juris Rn 52).

Dies folgt aus dem Sinn und Zweck des Vergabeverfahrens. Ziel eines Vergabeverfahrens ist es jedenfalls auch, für die öffentliche Hand eine qualitativ hochwertige Leistung zu günstigen Preisen zu erzielen. Fordert ein Bieter Preise, die der öffentliche Auftraggeber für mindestenssatzunterschreitend hält, hat dies zur Konsequenz, dass er sich die zu vergebende Leistung teurer beschaffen muss. Hat er wie hier den betroffenen Bieter nach einem Teilnahmewettbewerb aus einer Vielzahl von Bewerbern ausgewählt und ihn zur Angebotsabgabe aufgefordert, erscheint es nicht sachgerecht, dessen Angebot ohne weiteres und ohne von der VOF nicht ausgeschlossene Nachverhandlungen über das Honorar von der Vergabe auszuschließen (OLG Stuttgart, a. a. O.). Schließlich beraubt der Auftraggeber sich dadurch der Möglichkeit, unter einer größeren Anzahl von Angeboten auszuwählen.

Von der Notwendigkeit von Nachverhandlungen ist die Auftraggeberin nicht deshalb entbunden, weil sie die Bieter darauf hingewiesen hat, dass es Auftragsgespräche nur vor Angebotsabgabe geben soll. Das mag dazu führen, dass die Bieter keinen Anspruch auf Durchführung eines - weiteren - Auftragsgesprächs haben. Nachverhandlungen sind jedoch möglich, wenn der Auftraggeber wie hier das Verhandlungsverfahren gewählt hat. Sie sind darüber hinaus vor der Entscheidung über den Ausschluss eines Angebotes wegen Unterschreitens der Mindestsätze der HOAI zwingend erforderlich.

3.) Die notwendigen Nachverhandlungen über das von der Antragstellerin geforderte Honorar haben noch nicht stattgefunden und sind von der Auftraggeberin noch nachzuholen.

Dass die Auftraggeberin der Antragstellerin mit Schreiben vom 26.6.2007 unter Hinweis auf die von ihr angenommene Unzulässigkeit der Honorarberechnung "Gelegenheit zur Aufklärung ihres Angebotes" gegeben hat, ist keine Nachverhandlung. "Aufklärung" bedeutet im Vergaberecht, wie sich aus § 24 VOB/A und § 24 VOL/A ergibt, lediglich eine Erläuterung eines Angebotes und schließt gerade eine Änderung des Angebotes aus.

So hat die Antragstellerin auch ersichtlich das Schreiben der Auftraggeberin vom 26.6.2007 verstanden. Denn sie hat ihre Berechnungsweise erläutert und - offenbar mit Blick auf die §§ 24 VOB/A und VOL/A - Ausführungen zur Auskömmlichkeit der von ihr geforderten Preise gemacht. Deshalb kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin sich mit ihrem Antwortschreiben auf das Aufklärungsverlangen der Auftraggeberin einer Ab-

änderung ihres Angebotes verschlossen hätte. Davon kann auch deshalb nicht die Rede sein, weil unbestritten geblieben ist, dass die Deutsche Bahn der Antragstellerin Honorare für Aufträge der hier vorliegenden Art gezahlt hat, die so wie im Angebot der Antragstellerin berechnet wurden.

Die Auftraggeberin hat deshalb in Nachverhandlungen mit der Antragstellerin über den ihrer Ansicht nach HOAI-widrigen Angebotsteil einzutreten, die es der Antragstellerin - anders als eine Aufklärung - ermöglichen, ihr Angebot abzuändern.

Wenn die Antragstellerin ein in preislicher Hinsicht geändertes Angebot abgegeben hat, wird die Auftraggeberin erneut in die Wertung eintreten müssen. Davon, dass die Antragstellerin ein solches Angebot abgeben wird, geht der Senat aus. Kein Bieter wird sich vergeblich aufordern lassen, sein Honorar zu erhöhen, um in die Wertung zu gelangen.

4.) Entgegen der Auffassung der Vergabekammer haben allerdings über Nachverhandlungen mit der Antragstellerin in der oben dargestellten Art hinaus keine - weiteren - Auftragsgespräche (§ 24 Abs. 1 S. 2 VOF) stattzufinden. Die Antragstellerin wusste schon aus der Ausschreibung, dass Auftragsgespräche vor Angebotsabgabe stattfinden würden und musste auch davon ausgehen, dass es danach keine Auftragsgespräche mehr geben würde.

Allerdings waren die Vorgaben der Auftraggeberin zur Verfahrensgestaltung, insbesondere zum Zeitpunkt der Führung von Auftragsgesprächen, ungewöhnlich. Jedoch ist dies von der Antragstellerin ungerügt geblieben.

Ungewöhnlich war auch das Vorgehen der Auftraggeberin nach Auswahl der Bieter. Denn sie hat die Bieter im Unklaren darüber gelassen, in welchem Stadium sich das Vergabeverfahren befindet. Die Auftraggeberin hat eine Auswahl der Bieter schon vor den Auftragsgesprächen vorgenommen und dies in ihrem Vergabevermerk Teil A dokumentiert. Dann hat sie die ausgewählten Bieter eingeladen und ihnen mitgeteilt, dass die Gespräche die Grundlage für die Auswahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Bieter sein würden. Dabei hat sie sie nicht darüber aufgeklärt, dass die Auswahl bereits getroffen war. Da die Auftraggeberin jedoch mit allen ausgewählten Bietern Auftragsgespräche geführt und alle zur Angebotsabgabe aufgefor-

dert, ist keiner dieser ausgewählten Bieter - auch nicht die Antragstellerin – durch diese Vorgehensweise benachteiligt.

5.) Für die Beschwerdeentscheidung sind die von der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren neu erhobenen Beanstandungen des Vergabeverfahrens nicht erheblich. Im Beschwerdeverfahren ist über die sofortige Beschwerde der Auftraggeberin gegen den dem Nachprüfungsantrag stattgebenden Vergabekammerbeschluss zu befinden. Das Rechtsmittel scheitert aus den vorstehenden Erwägungen. Auf weitere Vergaberechtsverstöße kommt es nicht an.

Die Antragstellerin hätte, wenn sie auch eine Überprüfung der unterbliebenen Bekanntgabe aller Auftragskriterien bis zur Aufforderung zur Teilnahme an den Verhandlungen zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens hätte machen wollen, ihr Rechtsschutzziel ändern müssen. Sie hat mit ihrem Nachprüfungsantrag die Einbeziehung ihres nach ihrer Auffassung zu Unrecht ausgeschlossenen Angebotes in die Wertung begehrt. Die Beseitigung des nunmehr beanstandeten Vergaberechtsverstößes wäre aber nicht durch eine Neuwertung der Angebote, sondern nur durch eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in ein früheres Stadium, nämlich das Stadium vor Aufforderung zur Teilnahme an den Verhandlungen, möglich. Dies hätte einen entsprechenden geänderten Antrag der Antragstellerin erfordert, den sie im laufenden Beschwerdeverfahren jedoch nicht gestellt hat. Sie hat lediglich die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde beantragt.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Kosten waren der Auftraggeberin in vollem Umfang aufzuerlegen, auch wenn ihr Rechtsmittel dazu führt, dass das ihr vom Vergabesenat aufgegebene weitere Vorgehen geringfügig anders ausgestaltet ist als dasjenige, welches ihr die Vergabekammer auferlegen wollte. In der Sache hat die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag in vollem Umfang Erfolg. Es wird ihr die Möglichkeit eingeräumt, ihr Angebot mit dem Ziel preislich anzupassen, dass es in die Wertung gelangt. Dass die Vergabekammer und der Vergabesenat geringfügig unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten haben, wie das Vergabeverfahren rechtmäßig zu Ende zu führen ist, kann ihr kostenmäßig nicht zum Nachteil gereichen.

Eberhard

Kuhlig

Dr. Schwonke