

1. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

HESSEN



69d · VK - 25/2012

VK 25/2012

Leitsätze:

1. Zur Unmöglichkeit von vergaberechtlich relevanten Vorgaben.
2. Eine Inhaltskontrolle zivilrechtlicher Verträge ist nicht Gegenstand des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens. Für Verträge ist bei VOF Verfahren allein § 6 Abs. 1 VOF der Maßstab für die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Beschluss

—
Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

Weitere Beteiligte:

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen: Ausschreibung von Objektüberwachungsleistungen für den Neubau des Klinikums
(Öffentliche Bekanntmachung
2011/S 20- 32404), Verhandlungsverfahren nach
der VOF

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden RD Uwe Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer ROR Markus Schwarz sowie die ehrenamtliche Beisitzerin Ass.in Tanja Preikschat Costa am 12. Oktober 2012 beschlossen:

- I. Die Antragsgegnerin wird bei Beibehaltung ihrer Beschaffungsabsicht verpflichtet, die Vergabe- und Vertragsunterlagen in dem Ausschreibungsverfahren über den Abschluss eines Vertrages über Objektüberwachungsleistungen für den Neubau des Klinikums - entsprechend der nachfolgenden Ziffer II. sowie unter Beachtung der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer zu ändern und den Beteiligten die Möglichkeit zu geben, auf die geänderten Vertragsunterlagen ein Angebot abzugeben.
- II. Der Architekten- und Ingenieurvertrag ist so klar und eindeutig zu fassen, dass alle Bieter den Vertrag im gleichen Sinn verstehen können. Dabei ist
 1. in Ziffer 5.2 des Architekten- und Ingenieurvertrages betreffend Leistungen der Objektüberwachung jeweils klarzustellen, ob der Auftragnehmer an dem Vertrags- und Projektziel der Einhaltung der Gesamtkostenobergrenze sowie der Passivhauszertifizierung mitzuwirken hat oder ob er selbst die Einhaltung der Gesamtkostenobergrenze sowie der Passivhauszertifizierung schuldet;
 2. in Ziffer 4.5 des Architekten- und Ingenieurvertrages betreffend Leistungen der Objektüberwachung klarzustellen, ob eine Plausibilitätsprüfung in jedem Fall oder nur dann geschuldet ist, wenn diese gesondert beauftragt wird.
- III. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag verworfen.
- IV. Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.
- V. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von 5.500,- € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 25. Januar 2011 als Verhandlungsverfahren mit vorangehendem Teilnahmewettbewerb die Erbringung von Objektüberwachungsleistungen für den Neubau des
, daselbst, europaweit aus (ABI./S .DE). Bei der Kurzbeschreibung des Auftrags gab sie unter anderem an, dass die Überwachungsleistungen die Objektüberwachung, die Objektbetreuung und Dokumentation gemäß den Leistungsphasen 8 und 9 zu § 33 HOAI umfassen. Zudem stellte sie als Teilnahmebedingung auf, dass etwaige Nachunternehmer zu benennen und deren Verfügbarkeit zu erklären sei.

Die Antragstellerin legte mit ihrem bei der Antragsgegnerin fristgerecht eingereichten Teilnahmeantrag vom 24. Februar 2011 eine Nachunternehmererklärung der Firma vom 14. Februar 2011 in Original vor.

In der Folgezeit forderte die Antragsgegnerin sie mit Schreiben vom 4. September 2011 auf, für das Verhandlungsverfahren ein Angebot abzugeben, wobei sie unter anderem verlangte, für Nachunternehmererklärungen ein „Formblatt 3“ zu verwenden, das bis zum 27. September 2011 bei ihr - nämlich der Antragsgegnerin - einzureichen war. Die Antragstellerin gab mit Schreiben vom 26. September 2011 ihr Angebot ab, wobei sie unter anderem eine Nachunternehmer-Erklärung der Firma vom 22. September 2011 auf Formblatt 3 in Kopie direkt bei der Antragsgegnerin in Frankfurt am Main vorlegte.

Mit Schreiben vom 4. Oktober 2011 forderte die Antragsgegnerin sie zur Vervollständigung ihrer Unterlagen auf, indem sie erstmals verlangte, Nachunternehmererklärungen auf dem „Formblatt 3“ in Original abzugeben. Als Abgabefrist wurde der 17. Oktober 2011, als Abgabeort wieder die Anschrift der Antragsgegnerin bestimmt. Die Antragstellerin gab am 17. Oktober 2011 unter Verwendung des „Formblattes 3“ die Nachunternehmererklärung der Fa. vom 22. September 2011 in Original bei dem Projektsteuerer der Antragsgegnerin in München ab, die unmittelbar an die Antragsgegnerin weitergeleitet wurde. Am 19. Oktober 2011 führte die Antragsgegnerin eine Prüfung der ihr vorliegenden Unterlagen durch. Zu einem Ausschluss der Antragstellerin kam es nicht.

In der Folgezeit fanden zwischen den Beteiligten mehrere Verhandlungsrunden statt, deren Gegenstand unter anderem die Auftrags- bzw. Vertragsbedingungen waren. Die Antragsgegnerin räumte der Antragstellerin mehrmals Fristnachlässe für die Vorlage eines abschließenden Angebotes - sog. „final offer“ - ein, welche diese auch jeweils wahrnahm. Zuletzt teilte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 19. Juni 2012

der Antragstellerin mit, dass sie keine weiteren Verhandlungsrunden mehr durchführen werde.

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 21. Juni 2012 die Vorgehensweise der Antragsgegnerin.

Mit Schreiben vom 22. Juni 2012 räumte die Antragsgegnerin eine letzte Fristverlängerung für die Angebotsabgabe („final offer“) ein und bestimmte dafür die Frist zum 2. Juli 2012. Dies galt auch für andere Bieter.

Sodann übersandte sie ihr eine geänderte Vertragsfassung und teilte ihr in einem gesonderten, nachfolgenden Schreiben mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Die Antragstellerin gab zum 2. Juli 2012 kein Angebot ab. Mit Schriftsatz vom selben Tage hat sie die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen vorgetragen, dass es ihr unmöglich sei, die geforderten Vertragsleistungen zu erbringen. Sie beantragt in der Sache:

1. Die Antragsgegnerin wird bei Beibehaltung ihrer Beschaffungsabsicht verpflichtet, die Vergabe- und Vertragsunterlagen in dem Ausschreibungsverfahren über den Abschluss eines Vertrages über Objektüberwachungsleistungen für den Neubau des Klinikums - [...] zu ändern und der Antragstellerin die Möglichkeit zu geben, auf die geänderten Vertragsunterlagen ein Angebot abzugeben. Die Änderungen sind dabei wie folgt vorzunehmen:
 - a) Unter Ziffer 5.2 des Architekten- und Ingenieurvertrages betreffend Leistungen der Objektüberwachung ist lediglich vorzusehen, dass der AN an dem Vertrags- und Projektziel der Einhaltung der Gesamtkostenobergrenze mitzuwirken hat.
 - b) Unter Ziffer 5.2 des Architekten- und Ingenieurvertrages betreffend Leistungen der Objektüberwachung ist lediglich vorzusehen, dass der AN an dem Vertrags- und Projektziel der Einhaltung der Passivhauszertifizierung mitzuwirken hat.
 - c) Unter Ziffer 4.5 Satz 2 des Architekten- und Ingenieurvertrages betreffend Leistungen der Objektüberwachung ist vorzusehen, dass der AN nur dann die Planungsleistungen der fachlich Beteiligten auf deren Plausibilität hin zu überprüfen und Gegenmaßnahmen, Alternativen, Korrekturen und Optimierungen vorschlagen muss, wenn ihm die Plausibilitätsprüfung nach den Bedarfspositionen 1.8.16 und 2.8.13 des Leistungsbildes Objektüberwachung gesondert beauftragt wurde.
 - d) In dem Architekten- und Ingenieurvertrag betreffend Leistungen der Objektüberwachung sind die seitens der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 22. Mai 2012 abgefragten Vertragsänderungen
 - Kürzung des Sicherheitseinhalts (§ 7.4 AVB);

- Regelungen zur Anpassung des Pauschalpreises bei gravierenden Änderungen im Zuge der Weiterentwicklung des Projektes (§§ 9.1 und 1.4 Architekten- und Ingenieurvertrag);
- Regelung einer Zusatzvergütung auch bei kürzerer Unterbrechung als 3 Monate (§ 9.14 Architekten- und Ingenieurvertrag);
- Aufnahme einer Preisgleitklausel;
- Klausel zur Anpassung des Pauschalhonorars bei Änderung der anrechenbaren Kosten (§ 9.5 Architekten- und Ingenieurvertrag);
- Festschreibung einer Vorlaufzeit für den Leistungsbeginn bei Beauftragung von Bedarfspositionen (§ 3.2 Architekten- und Ingenieurvertrag);
- Änderung der Kündigungsregelung in § 9.2 AVB

vertraglich in den Vergabeunterlagen zu berücksichtigen.

2. Hilfsweise, der Antragsgegnerin aufzugeben, die Vertrags- und Ausschreibungsunterlagen entsprechend den Vorgaben der Vergabekammer zu ändern.

Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 9. Juli 2012 unter anderem beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Bei ihrer Begründung ist sie dem Vortrag der Antragstellerin entgegen getreten. Insbesondere sieht sie in der Abgabe der Nachunternehmererklärung beim Projektsteuerer am 17. Oktober 2011 einen Ausschlussgrund; zudem beruft sie sich hinsichtlich der Frage der Unmöglichkeit der Leistungsforderung auf die Unzuständigkeit der Vergabekammer und auf ihr Leistungsbestimmungsrecht.

Am 12. Juli 2012 führte die Antragstellerin eine Akteneinsicht durch, soweit ihr diese nicht gemäß § 111 Abs. 2 GWB zu versagen war.

Am 2. August 2012 fand mit der Antragsgegnerin und der Antragstellerin die mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer statt, in der die Sach- und Rechtslage erörtert wurde. Die Antragstellerin hielt ihren Antrag aufrecht, den sie mit Schriftsatz vom 2. Juli 2012 gestellt hat. Die Antragsgegnerin tat unter Bezugnahme auf ihren Antrag vom 9. Juli 2012 gleichermaßen. Die anwesenden Beteiligten erklärten sich mit einer geräumigen Verlängerung der Verfahrensfrist einverstanden. Damit sollten sie die Gelegenheit erhalten, außerhalb des Nachprüfungsverfahrens ihre Vertragsverhandlungen fortzusetzen. Zudem stimmten sie zu, dass zunächst ein Teilbeschluss über das Bestehen eines Schades der Antragstellerin für den Fall einer Rechtsverletzung ergeht.

Mit Beschluss vom 5. September 2012 - 69d VK 25/2012 - hat die erkennende Kammer entschieden, dass zulasten der Antragstellerin kein zwingender Ausschlussgrund vorliege. Der Tenor des Beschlusses lautet:

- I. Der zulässige Nachprüfungsantrag ist jedenfalls nicht deshalb unbegründet, weil eine Schädigung der Interessen der Antragstellerin im Sinne des § 114 Abs. 1 S. 1 GWB nicht vorliegen kann. Ein solcher Fall läge nur dann vor, wenn die Antragstellerin zwingend auszuschließen war. Dies ist hier nicht anzunehmen.
- II. Die Kammer weist darauf hin, dass ernsthafte Zweifel daran bestehen, dass der Entwurf des Architekten- und Ingenieurvertrages als Teil der Beschreibung der Aufgabe in Übereinstimmung mit § 6 Abs. 1 VOF so klar und eindeutig formuliert ist, dass alle Bieter diesen im gleichen Sinne verstehen können.
- III. Die Kostenentscheidung bleibt einem gesonderten Beschluss vorbehalten.
- IV. [...]

Mit Beschluss vom 27. September 2012 wurde nach Interessen- und Betroffenheitsbeurteilung ein weiterer Bieter zum Verfahren beigelegt und erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 5. Oktober 2012. Die Beigeladene hat daraufhin mitgeteilt, dass sie sich in der Sache nicht äußern werde.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig (dazu A.). Soweit zulässig, ist er in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise unzulässig. Insbesondere ist im Hinblick auf die im Antrag unter Ziffer I.d) beantragten, konkreten Änderungen des Architekten- und Ingenieurvertrages entweder das Nachprüfungsverfahren nicht eröffnet (§ 104 Abs. 2 GWB) oder der Antragstellerin fehlt die erforderliche Antragsbefugnis, §§ 107 Abs. 2 S. 1, 97 Abs. 7 GWB. Die Kammer lässt dabei das Verhältnis zwischen den §§ 104 Abs. 2 und 107 Abs. 2 S. 1 GWB offen (dazu I.). Die Antragstellerin macht - auch nicht mittelbar - im Hinblick auf den Antrag I.d) keine Verletzung von Vorschriften des Vergaberechts im Sinne der §§ 107 Abs. 2 S. 1, 97 Abs. 7 GWB geltend (dazu II.). Anders verhält es sich im Hinblick auf die Anträge I.a) bis I.c) (dazu III.).
 - I. Gemäß der den Rechtsweg in Vergabesachen begründenden Bestimmung des § 104 Abs. 2 S. 1 GWB können Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden. Nach § 107 Abs. 2 S. 1 GWB ist in einem Vergabenachprüfungsverfahren jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Die durch einen Vergleich des § 104 Abs. 2 GWB mit

§ 107 Abs. 2 S. 1 GWB aufgeworfene Rechtsfrage, ob damit der Rechtsweg zu den Vergabekammern und den Oberlandesgerichten als Beschwerdegerichten weiter gehende Ansprüche (nämlich auch die „sonstigen Ansprüche“) umfasst als die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 S. 1 GWB (die in einem engeren Sinn auf eine Verletzung in den Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB zu beziehen ist), kann unbeantwortet bleiben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Mai 2002 - Verg 6/02 - Juris, RdNr. 9).

Zum Einen macht es - insbesondere im Hinblick auf eine fehlende Möglichkeit der Vergabekammern, den „Rechtsstreit“ entsprechend § 17a Abs. 2 S. 1 GVG an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen - keinen Unterschied, ob das Nachprüfungsverfahren gemäß § 104 Abs. 2 GWB oder § 107 Abs. 2 GWB unzulässig ist.

- II. Zum Anderen macht die Antragstellerin - jedenfalls nicht hinreichend substantiiert - keine Verletzung von Vorschriften des Vergaberechts im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB geltend. Sie beruft sich zwar darauf, dass die ausgeschriebene Leistung (jedenfalls teilweise) unmöglich sei. Damit versucht die Antragstellerin, eine Verletzung von § 97 Abs. 5 und 7 GWB in Verbindung mit § 242 BGB geltend zu machen (dazu 1.). Allerdings gelingt es der Antragstellerin nicht, das Vorliegen einer objektiven Unmöglichkeit der ausgeschriebenen Leistung in einer Weise darzulegen, die einen Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts im Sinne der §§ 104 Abs. 2, 107 Abs. 2 S. 1 GWB als möglich erscheinen lässt (dazu 2.).
1. Eine Verletzung von Vorschriften des Vergaberechts liegt sowohl dann vor, wenn die Vorlage vom Auftraggeber geforderter Nachweise und Erklärungen objektiv unmöglich ist, als auch dann, wenn die ausgeschriebene Leistung selbst (ganz oder teilweise) unmöglich ist. Der Bundesgerichtshof führt in seinem Beschluss vom 26. September 2006 (X ZB 14/06 - Juris - RdNr. 23) hierzu aus:

„Zwar ordnet § 25 Nr. 1 Abs. 2 a VOL/A [alter Fassung, jetzt § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A] an, dass Angebote ausgeschlossen werden [...], die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten. Hierzu gehören auch Erklärungen Dritter, die als Nachweis für die Qualität der angebotenen Leistung im Hinblick darauf gefordert werden, dass nach § 97 Abs. 5 GWB der öffentliche Auftraggeber die Wirtschaftlichkeit eines Angebots zu prüfen und festzustellen hat. § 25 Nr. 1 Abs. 2 a VOL/A [alter Fassung] geht aber davon aus, dass die geforderten Angaben und Erklärungen Vorgaben betreffen, die erfüllt werden können. Denn etwas, was für jedermann unmöglich ist, kann schlechterdings nicht durchgesetzt werden. Das verbietet, aus der Nichterfüllung eines hierauf gerichteten Verlangens nachteilige Folgen für die Bieter herzuleiten. Bei einer unerfüllbaren Anforderung leidet das Vergabeverfahren vielmehr an einem grundlegenden

Mangel, dessentwegen es nicht in Betracht kommt, überhaupt auf dieser Grundlage einen Auftrag für die nachgefragte Leistung zu erteilen. Das gilt nicht nur für den vom Senat bereits entschiedenen Fall (Urteil vom 1. August 2006 - X ZR 115/04, [- Juris -]), dass die Erbringung der nachgefragten Leistung selbst ganz oder teilweise objektiv unmöglich ist, sondern gleichermaßen, wenn - wie hier - bestimmte Nachweise über die Beschaffenheit der angebotenen Leistung verlangt werden, aber nicht rechtzeitig beigebracht werden können. Denn auch dann fehlt eine vom öffentlichen Auftraggeber für wesentlich gehaltene Grundlage für den Vergleich der abgegebenen Angebote und damit für die sachgerechte Entscheidung, der das eingeleitete Vergabeverfahren dienen soll. In einem unter anderem durch eine unmöglich zu erfüllende Vorgabe gekennzeichneten Vergabeverfahren darf deshalb auch in einem solchen Fall kein Auftrag vergeben werden. Kann der grundlegende Mangel des eingeleiteten Vergabeverfahrens nicht durch transparente und diskriminierungsfreie Änderung der betreffenden Vorgabe behoben werden und / oder macht der öffentliche Auftraggeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, ist er deshalb gehalten, die Ausschreibung wegen des ihr anhaftenden Mangels aufzuheben."

2. Das Vorliegen einer objektiven Unmöglichkeit legt die Antragstellerin nicht dar. Zwar nennt sie das entsprechende Stichwort wiederholt sowohl im Text als auch in Überschriften ihres Nachprüfungsantrags. Anschließend legt die Antragstellerin aber lediglich dar, warum die von ihr beanstandeten Vertragsinhalte unwirtschaftlich, mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, nicht versicherbar oder Ähnliches seien. Die Antragstellerin versucht hier, die Kammer unter Umgehung der §§ 104 Abs. 2, 107 Abs. 2 GWB zu einer Inhaltskontrolle des zu schließenden Architekten- und Ingenieurvertrages zu veranlassen. Sie macht jedoch an keiner Stelle deutlich, inwieweit die von ihr behaupteten Vertragsdefizite auf Vorschriften des Vergaberechts „durchschlagen“ bzw. gerade wegen einer Verletzung von Vorschriften des Vergaberechts zu beanstanden sein sollen.
- III. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch - auch im Hinblick auf die §§ 104 Abs. 2, 107 Abs. 2 GWB - zulässig, soweit die Antragstellerin vorträgt, der abzuschließende Vertrag sei unklar und in sich sowie im Hinblick auf anderweitige Zusagen der Antragsgegnerin während des Verhandlungsverfahrens widersprüchlich. Insofern beanstandet die Antragstellerin im Ergebnis, der Architekten- und Ingenieurvertrag verstoße gegen § 97 Abs. 7 GWB in Verbindung mit § 6 Abs. 1 VOF.
- B. Der Nachprüfungsantrag ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. In Ziffer 5.2 des Entwurfs des Architekten- und Ingenieurvertrags ist unter Verstoß gegen § 6 Abs. 1 VOF nicht klar, ob die Mitwirkung an oder die Einhaltung der Projektziele der Einhaltung der Kostenobergrenze sowie der Einhaltung des Passivhausstandards schuldet. In Ziffer 4.5 des Entwurfs ist -

wiederum unter Verstoß gegen § 6 Abs. 1 VOF unklar, ob eine Plausibilitätsprüfung in jedem Fall oder nur dann geschuldet ist, wenn die entsprechenden Zusatzleistungen beauftragt sind. Der von der Antragsgegnerin vorgelegte Entwurf eines Architekten- und Ingenieurvertrages ist Teil der Beschreibung im Sinne des § 6 Abs. 1 VOF (dazu I.). Der Anwendung von § 6 Abs. 1 VOF nicht nur auf die eigentliche Beschreibung der Aufgabe, sondern auch auf den Vertragsentwurf, steht § 11 Abs. 2, 2. Spiegelstrich VOF nicht entgegen (dazu II.). Bei der Frage der hinreichenden Bestimmtheit des Entwurfs des Architekten- und Ingenieurvertrages ist vorliegend auf die Sicht eines durchschnittlichen, mit dem Projektmanagement sowie dem Vertragsrecht nach der HOAI vertrauten Bieters abzustellen (dazu III.). Gemessen an diesem Maßstab ist der von der Antragsgegnerin vorgelegte Entwurf jedenfalls mehrdeutig (dazu IV.).

- I. Die Hauptleistungspflichten des künftigen Auftragnehmers sollen nach dem Willen der Antragsgegnerin nicht lediglich in der Erbringung der Leistungsphasen 8 und 9 zu § 33 HOAI bestehen. Vielmehr werden die dort geregelten Leistungsbilder durch den Entwurf des Architekten- und Ingenieurvertrag nicht nur um (untergeordnete) Vertragsbedingungen (Anzahl der Besprechungen, Kopien, Behördentermine, etc., die mit der Vergütung abgeholt sind) ergänzt, sondern es werden zudem über die Leistungsbilder der HOAI hinausgehende Hauptleistungspflichten geregelt. Da sich aber wesentliche Bestandteile der zu erbringenden Leistung auch aus dem Entwurf des Architekten- und Ingenieurvertrages ergeben, ist dieser Teil der Beschreibung der Aufgabe im Sinne des § 6 Abs. 1 VOF.
- II. Diese Sichtweise stellt auch keinen Widerspruch zu § 11 Abs. 2, 2. Spiegelstrich VOF dar. Zwar wird dort zunächst ausdrücklich zwischen der Aufgabenbeschreibung einerseits und dem Entwurf eines Vertrages andererseits differenziert. Dies legt zunächst den Schluss nahe, § 6 Abs. 1 VOF sei ausschließlich auf die Beschreibung der Aufgabe, nicht aber auf ein beigefügten Vertragsentwurf anzuwenden. Allerdings zeigt der nachfolgende Relativsatz, dass auch ein Vertragsentwurf zur Bestimmung der konkreten Leistung dienen kann. Die Beschreibung der Aufgabe im Sinne des § 6 Abs. 1 VOF stellt somit den Oberbegriff für die Aufgabenbeschreibung als solche und die sich aus einem beigefügten Vertragsentwurf ergebende Beschreibung der Leistung dar.
- III. Bei den Verdingungsunterlagen handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die nach den §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auszulegen ist. Danach sind empfangsbedürftige Willenserklärungen so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Bei der Auslegung dürfen nur solche Umstände berücksichtigt werden, die bei Zugang der Erklärung für den Empfänger erkennbar waren. Auf

dessen Horizont und Verständnismöglichkeit ist die Auslegung abzustellen. Dies gilt auch dann, wenn der Erklärende die Erklärung anders verstanden hat und auch verstehen durfte. Entscheidend ist im Ergebnis nicht der empirische Wille des Erklärenden, sondern der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert seines Verhaltens. Maßgeblich ist danach die objektive Bietersicht. Es kommt also nicht darauf an, wie einzelne Bieter die Beschreibung der Aufgabe verstehen oder verstehen müssen, sondern auf die objektive Sicht eines „Durchschnittsbieters“ ohne Sonderwissen. Dies leitet sich aus den Regelungen der verschiedenen Vergabe- und Vertragsordnungen ab, die auf ein möglichst einheitliches Verständnis der Leistungsbeschreibung ausgerichtet sind. Daraus folgt, dass dem Wortlaut eine besondere Bedeutung zukommt. Umstände, die nur auf einzelne Bieter zutreffen, sind für die Auslegung grundsätzlich unbeachtlich (VK Südbayern, Beschluss vom 10. Mai 2005 - 120.3-3194-1-14-03/05 - Juris, Leitsatz 2.).

Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, dass der Entwurf des Architekten- und Ingenieurvertrages bei Zugrundelegung juristischer Fachkenntnisse und bei Anwendung des einschlägigen allgemeinen Schuld- und Werkvertragsrechts sowie der HOAI nur in einem bestimmten - und damit in einem gemäß § 6 Abs. 1 VOF eindeutigen - Sinn ausgelegt werden könnte. Zwar war die Antragstellerin bereits während des Verhandlungsverfahrens anwaltlich vertreten, dies repräsentiert jedoch selbst in einem komplexen Verhandlungsverfahren wie dem Vorliegenden, nicht den objektiven Empfängerhorizont.

Danach sind vertiefte Kenntnisse über die (schuldrechtlichen) Rechtsfolgen bestimmter Klauseln nicht zugrunde zu legen. Das bedeutet, dass der wiederholte Vortrag der Antragsgegnerin, die von der Antragstellerin beanstandeten Klauseln seien vor dem Hintergrund der Leistungspflichten des Auftragnehmers (selbstverständlich begrenzend) auszulegen, unbeachtlich ist. Nach dem objektiven Empfängerhorizont muss ein durchschnittlicher Bieter beispielsweise nicht antizipieren, dass er die Einhaltung der Kostenobergrenze entgegen einer anderslautenden Bestimmung im Vertragsentwurf nur im Rahmen seiner sich aus den Leistungsphasen 8 (und 9) zu § 33 HOAI ergebenden Leistungspflichten schuldet. Dies gilt umso mehr, wenn sich - wie vorliegend - die Antragsgegnerin weigert, dies (beispielsweise) durch eine Streichung einer Pflicht zur Einhaltung der Kostenobergrenze in Ziffer 5.2 des Entwurfs des Architekten- und Ingenieurvertrages entsprechend klarzustellen.

- IV. Dies zugrundelegend lassen es die im Tenor zu II. genannten Regelungen an der gemäß § 6 Abs. 1 VOF erforderlich Klarheit fehlen. Nach dem Wortlaut des Vertragsentwurfes sowie dem Verhalten der Antragsgegnerin während der Vertragsverhandlungen geht aus dem Vertrag aus Sicht eines durchschnittlichen Bieters nicht hervor, ob nun die Einhaltung oder lediglich die Mitwirkung bei der

Einhaltung der Kostenobergrenze und der Zertifizierung nach dem Passivhausstandard geschuldet sind. Die genannten Klauseln wird die Antragsgegnerin klarzustellen haben. Dabei wird es nicht darauf ankommen, dass der Vertragsentwurf in jedem Punkt unbedingt selbst geändert wird. Soweit Formulierungen, die auch für juristische Laien verständlich sind, das Gesamtgefüge des Vertrages stören oder aus rechtlichen Gründen nicht vertretbar erscheinen, kann vor dem Hintergrund des § 6 Abs. 1 VOF im Einzelfall auch eine einvernehmliche und verbindliche „Auslegungshilfe“ (im Sinne einer tarifvertraglichen Protokollnotiz) ausreichend sein.

- V. Die Kammer hat bereits in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen nicht die Inhaltskontrolle zivilrechtlicher Verträge obliegt. Aus vergaberechtlicher Sicht kommt es unter keinem Gesichtspunkt darauf an, ob die von der Antragsgegnerin vorgesehenen Klauseln subjektiv erfüllbar, zumutbar, versicherbar oder Ähnliches sind. Maßstab ist - wie dargelegt - allein § 6 Abs. 1 VOF.
- C. Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:
 - I. Gemäß § 128 Abs.1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Gebühren erhoben. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Im vorliegenden Fall ist von einem geschätzten Honorar für die hier ausgeschriebene Leistung von zwischen 7.000.000,- und 9.000.000,- € netto auszugehen. Unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erarbeiteten Tabelle, die auch die erkennende Kammer zugrunde legt, ergibt sich eine Gebühr von zwischen 5.072,80 € und 5.815,20 €. Angesichts der langen Verfahrensdauer sowie dem Versuch der erkennenden Kammer, das Nachprüfungsverfahren durch die Zwischenentscheidung vom 5. September 2012, deren Kosten hiermit abgegolten sind, zu einem einvernehmlichen Abschluss zu bringen, erscheint die festgesetzte Gebühr in Höhe von 5.500,- € angemessen.
 - II. Nach § 128 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 S. 1 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vorliegend lässt sich das Obsiegen bzw. Unterliegen der Beteiligten nicht beziffern, sodass die Kosten nach billigem Ermessen gegeneinander aufzuheben waren.
 - III. Da die Beteiligten die Kosten für die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten jeweils selbst tragen, war eine Entscheidung nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB in Verbindung mit § 80 HVwVfG nicht zu treffen.