

Ausfertigung

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK-B2-40/21

Diese Ausfertigung stimmt
mit dem Beschluss überein.



Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ... ,

... ,

Köpenicker Straße 125, 10179 Berlin,

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

gegen

das Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung,
Bauen und Wohnen, diese vertreten durch den Senator ... ,
Fehrbelliner Platz 4, 10707 Berlin,

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

unter Beteiligung von

... ,

Beigeladene,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen des Vergabeverfahrens „Konzeptverfahren Alt-Stralau 63-67“

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer ... auf die mündliche Verhandlung vom 2. März 2022 am 14. März 2022 beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Vergabeabsicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in das Stadium vor der Wertung der Angebote zurückzusetzen. Im Übrigen wird der Antrag abgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt 1/3 und der Antragsgegner und die Beigeladene 2/3 der Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) als Gesamtschuldner.
3. Die Verfahrensgebühr wird auf ... ,- EUR festgesetzt. Auslagen werden nicht mehr geltend gemacht. Der Antragsgegner ist von der Gebührentragung befreit. Der Haftungsanteil der Beigeladenen an der Verfahrensgebühr beschränkt sich im Außenverhältnis auf 1/3.
4. Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen jeweils 1/3 der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen zu je 1/3. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre Aufwendungen jeweils selbst.
5. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Mit am 30. April 2021 im Supplement zum EU-Amtsblatt erschienener Bekanntmachung (2021/S 084-213322) veröffentlichte der Antragsgegner das streitgegenständliche „Konzeptverfahren Alt-Stralau 63-67“. Dabei beschrieb er das Vorhaben wie folgt:

„Das Land Berlin beabsichtigt die Bestellung eines Erbbaurechtes an einem ca. 3 100 m² großen Grundstück im Bezirk Friedrichshain-Kreuzberg. Das Grundstück zeichnet sich durch seine gute Anbindung und seine attraktive Lage am Eingang der Halbinsel Stralau aus.

Auf dem Grundstück befindet sich ein denkmalgeschütztes Gebäude. Darüber hinaus ist das Grundstück Teil einer Altlastenverdachtsfläche.

Das Grundstück liegt im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplanes, der anteilig ein Kerngebiet und ein Mischgebiet mit einer bis zu sechsgeschossigen Bebauung festsetzt. Die Wohnnutzung spielt aufgrund der Festsetzungen und der bereits realisierten Vorhaben in der Nachbarschaft eine nachgeordnete Rolle. An die Bauungs- und Nutzungskonzepte werden aufgrund der Lage hohe Anforderungen gestellt. Um einen besonderen Mehrwert für das Quartier zu schaffen, soll ein Teil der Flächen an gemeinwohlorientierte, kleingewerbliche und kulturelle Nutzungen vergeben werden.“

Eine Angabe zum geschätzten Gesamtwert enthielt die Bekanntmachung nicht, allerdings die Angabe, der Auftrag falle unter das Beschaffungsübereinkommen. Der der Vergabekammer vorgelegte Vergabevermerk weist ebenfalls keinen (Auftakt-)Vermerk zu der Verfahrenskonzeption oder dem geschätzten Gesamtwert der Vergabe auf. Ausweislich der Bekanntmachung sollte die Vergabe im offenen Verfahren erfolgen. Der Preis sei nicht das einzige Zuschlagskriterium, alle Kriterien seien nur in den Beschaffungsunterlagen aufgeführt. Ziff. VI.4.1 der Bekanntmachung gab die Vergabekammer des Landes Berlin als zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren an, Ziff. VI.4.3 verwies zudem auf § 160 GWB.

Teil der Vergabeunterlagen war insbesondere ein „Exposé und Aufforderung zur Angebotsabgabe“. Darin hieß es unter anderem:

„4.7 Verkehrswert und Erbbauzins

Die Vergabe des Grundstücks erfolgt in Erbpacht. Der Erbbaurechtsvertrag soll über 90 Jahre abgeschlossen werden.

Aufgrund der Lage des Grundstücks im städtebaulichen Entwicklungsbereich Rummelsburger Bucht ist als Verkehrswert der entwicklungsbedingte Neuordnungswert zu zahlen. [...]

Der entwicklungsbedingte Neuordnungswert wurde durch das Referat III E der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen im Dezember 2020 überschlägig ermittelt und beträgt ca. 14 Mio. €. Grundlage für den Abschluss des Erbbaurechtsvertrages wird jedoch ein Wertgutachten sein, welches durch SenSW III E vor Abschluss des Erbbaupachtvertrages erstellt werden wird. Der finale Neuordnungswert bildet dann zusammen mit der angestrebten Nutzung die Grundlage für die Ermittlung des zu zahlenden Erbbauzinses. [...]

Der entwicklungsbedingte Neuordnungswert wie auch die Höhe des Erbbauzinses sind nicht Gegenstand des Wettbewerbs. [...]

5.3 Anforderungen an das Nutzungskonzept

Wie die baulich-räumlichen und gestalterischen Qualitäten soll auch das Nutzungskonzept einen dem Ort angemessenen Beitrag zu einem attraktiven, belebten und Nutzungsgemischten Eingangsbereich mit Marktplatzcharakter leisten. Von besonderer Bedeutung sind dabei Nutzungen, die auf der Halbinsel Stralau bisher nicht oder nur unzureichend vorhanden sind und die daher einen besonderen Mehrwert für die Einwohner und Besucher der Halbinsel darstellen können.

Defizite bestehen gegenwärtig sowohl im Hinblick auf die Versorgung der Quartiersbevölkerung - etwa mit gesundheitlichen und kleingewerblichen Dienstleistungen - als auch im Hinblick auf Orte und Räumlichkeiten für Begegnungen, Veranstaltungen, ehrenamtliche und nachbarschaftliche Aktivitäten, die Sozialarbeit sowie Freizeitangebote für Kinder und Jugendliche. Bedarf besteht darüber hinaus auch an Räumlichkeiten für Künstler und Kulturschaffende. Gewünscht ist daher die Schaffung eines bezahlbaren Angebots an Räumen für künstlerische Produktion. Angedacht ist in diesem Zusammenhang die Errichtung von Arbeitsräumen zur künstlerischen und/ oder kulturellen Nutzung (z.B. Ateliers, Proberäume für Musik) in einem Umfang von mindestens 400 m² BGF. Die Flächen für diese Nutzungsart müssen über die gesamte Laufzeit des Erbbaurechtsvertrages zur Verfügung gestellt werden. [...]

Insgesamt wird ein Gesamtkonzept gesucht, das sich vor allem mit den konkreten sozialen Bedürfnissen der Nachbarschaft vor Ort auseinandersetzt. Daher ist im Angebot zu erläutern, wie die Anwohner der Halbinsel bei einer Konzeptvertiefung eingebunden werden sollen. Im Angebot ist auch darzustellen, wo die angedachten Nutzungen konkret verordnet werden sollen (Bestandsgebäude vs. Neubau) und in welcher Form das Nutzungskonzept umgesetzt werden soll. [...]

5.4 Ökologische Anforderungen [...]

Positiv bewertet wird darüber hinaus eine Planung, die einen überdurchschnittlichen Beitrag zum schonenden Umgang mit den natürlichen Ressourcen leistet, z.B.:

- in Form einer besonders energieeffizienten Bauweise,
- einer innovativen Haustechnik,
- einer Reduzierung des Trinkwasserverbrauchs sowie
- der Verwendung natürlicher und / oder recycelt Baustoffe.

6 Bewerbungsphase

6.1 Vorbemerkungen

Das Konzeptverfahren wird als öffentliche Ausschreibung gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen [...] durchgeführt.

Ausschreibende Stelle des Verfahrens des Verfahrens ist die Senatsverwaltung [...] In ihrer Funktion als Entwicklungsträger für die städtebauliche Entwicklungsmaßnahme Rummelsburger Bucht. Die Entscheidung über die Vergabe des Erbbaurechts an dem ausgeschriebenen Grundstück wird durch eine für dieses Konzeptverfahren zusammengestellte Jury getroffen.

Diese setzt sich aus Vertretern der beteiligten Senatsverwaltungen, des Bezirks Friedrichshain-Kreuzberg sowie aus externen Fachleuten zusammen. [...]

Nebenangebote sind nicht zugelassen. [...]

7 Prüfung und Wertung der Angebote

7.1 Verfahrensablauf

[...] Im Anschluss werden die Angebote der Bieter, die die formalen Anforderungen erfüllen, durch eine Jury erörtert und auf der Grundlage der Bewertungsmatrix gemäß Abschnitt 7.3 bewertet.

Die Sitzung der Auswahljury findet voraussichtlich Anfang September 2021 statt. Eine Präsentation der Angebote ist nicht vorgesehen. Den Zuschlag erhält das wirtschaftlichste Angebot, d.h. dasjenige, welches die höchste Summe ausgerichteten Punkten auf sich vereinen kann. Bei gleicher Punktzahl entscheidet das Los. [...]

7.3 Zuschlagskriterien

Das Konzept muss mindestens den Festsetzungen des Bebauungsplans entsprechen und hinsichtlich des Zeit- und Maßnahmenplans plausibel sein. Darüber hinaus werden der Bewertung der Angebote die in der nachfolgenden Tabelle aufgeführten Bewertungskriterien zugrunde gelegt. Dabei gehen die Themenbereiche „Städtebau, Architektur, Freiraum“ und „Nutzungen“ zu je 45 Prozent in die Wertung ein. Das entspricht je 45 von 100 maximal möglichen Punkten. Das Thema „Ökologie“ gehe zu 10 Prozent in die Wertung ein. Das entspricht maximal 10 möglichen Punkten.

Themen	Kriterien	Konzeptqualität / Punktzahl
Städtebau Architektur Freiraum	Städtebauliche Qualität	
	- Aufwertung des Eingangs zur Halbinsel Stralau	sehr gut /15 Punkte gut / 11,25 Punkte befriedigend / 7,5 Punkte genügend / 3,75 Punkte ungenügend / 0 Punkte
	- Bezugnahme auf die Umgebung - Raumbildung - Stadtbildverträglichkeit	
Städtebau Architektur Freiraum	Architektonische Qualität	
	- Nutzerfreundlichkeit - Nutzungsflexibilität - Umgang mit dem Denkmalbestand - Fassadengestaltung - Materialität und Farbwahl - Innovationsgehalt	sehr gut /15 Punkte gut / 11,25 Punkte befriedigend / 7,5 Punkte genügend / 3,75 Punkte ungenügend / 0 Punkte
	- Nutzerfreundlichkeit - Nutzungsflexibilität - Umgang mit dem Denkmalbestand - Fassadengestaltung - Materialität und Farbwahl - Innovationsgehalt	
Städtebau Architektur Freiraum	Freiraumqualität	
	- Aufenthaltsqualität - Funktionalität - Möblierung und Bepflanzung - Umgang mit Regenwasser	sehr gut /15 Punkte gut / 11,25 Punkte befriedigend / 7,5 Punkte genügend / 3,75 Punkte ungenügend / 0 Punkte
	- Aufenthaltsqualität - Funktionalität - Möblierung und Bepflanzung - Umgang mit Regenwasser	
Nutzungen	Lokaler Mehrwert	
	- Bedarfsgerechtigkeit der Flächen - Konzept Entwicklung mit lokalen Akteuren	sehr gut /20 Punkte gut / 15 Punkte befriedigend / 10 Punkte genügend / 5 Punkte ungenügend / 0 Punkte
Nutzungen	Nutzungsmischung	
	- Vielfalt und Verteilung der Nutzungen	sehr gut /15 Punkte gut / 11,25 Punkte

	<ul style="list-style-type: none"> - Anteil nicht-kommerzieller Nutzungen - belebte EG-Zonen - Innovationsgehalt - Schlüssigkeit 	befriedigend / 7,5 Punkte genügend / 3,75 Punkte ungenügend / 0 Punkte
	Arbeitsräume für Künstler / Kulturschaffende <ul style="list-style-type: none"> - Art und Umfang der Flächen - Lage und Verteilung - Verträglichkeit der Nutzungen 	sehr gut / 10 Punkte gut / 7,5 Punkte befriedigend / 5 Punkte genügend / 2,5 Punkte ungenügend / 0 Punkte
Ökologie	Mobilität <ul style="list-style-type: none"> - Umfang / Qualität der Fahrradabstellbereiche - Lademöglichkeiten für E-Fahrräder / E-Autos - öffentlich verfügbare Sharing-Angebote - Innovationsgehalt 	sehr gut / 5 Punkte gut / 3,75 Punkte befriedigend / 2,5 Punkte genügend / 1,25 Punkte ungenügend / 0 Punkte
	Ressourceneffizienz <ul style="list-style-type: none"> - Einsatz nachwachsender Rohstoffe - Einsatz wiederverwendbare Rohstoffe - Energieeffizienz - Umgang mit Regenwasser - Innovationsgehalt 	sehr gut / 5 Punkte gut / 3,75 Punkte befriedigend / 2,5 Punkte genügend / 1,25 Punkte ungenügend / 0 Punkte
	Gesamtsumme	max. 100 Punkte

Sehr gute Konzeptqualität: Die Qualität der Konzepte bzw. der Umsetzung der Anforderungen wird bezogen auf das Konzeptkriterium insgesamt mit sehr gut bewertet. Insbesondere im Vergleich zu den übrigen Angeboten lässt das Angebot bezogen auf das Konzeptkriterium eine herausragende Konzeptqualität zur Zielerreichung erwarten.

Gute Konzeptqualität: Die Qualität der Konzepte bzw. der Umsetzung der Anforderungen wird bezogen auf das Konzeptkriterium insgesamt mit gut bewertet. Insbesondere im Vergleich zu den übrigen Angeboten lässt das Angebot bezogen auf das Konzeptkriterium eine überdurchschnittlich hohe Konzeptqualität zur Zielerreichung erwarten.

Befriedigende Konzeptqualität: Die Qualität der Konzepte bzw. der Umsetzung der Anforderungen wird bezogen auf das Konzeptkriterium insgesamt mit befriedigend bewertet. Insbesondere im Vergleich zu den übrigen Angeboten lässt das Angebot bezogen auf das Konzeptkriterium eine durchschnittliche Konzeptqualität zur Zielerreichung erwarten.

Ausreichende Konzeptqualität: Die Qualität der Konzepte bzw. der Umsetzung der Anforderungen wird bezogen auf das Konzeptkriterium insgesamt mit ausreichend bewertet. Das Angebot enthält bezogen auf das Konzeptkriterium entweder wesentliche und / oder zahlreiche Schwächen. Insbesondere im Vergleich zu den übrigen Angeboten lässt das Angebot bezogen auf das Konzeptkriterium eine unterdurchschnittliche Konzeptqualität zur Zielerreichung erwarten.

Ungenügende Konzeptqualität: Keine über die Mindestanforderungen hinausgehenden Angaben in den Unterlagen und daher ungenügend.

8 Anhandgabe

Nach Wertung der Angebote erhält der Bieter mit dem nach Maßgabe der Zuschlagskriterien wirtschaftlichsten Angebot (Bestbieter) eine Absichtserklärung seitens des Erbbaurechtsgebers (Exklusivitätserklärung). In dieser Erklärung wird ihm mitgeteilt, dass die ausschreibende Stelle

beabsichtigt, auf Grundlage seines Angebotes den notariellen Erbbaurechtsvertrag mit ihm abzuschließen. Den übrigen Bietern wird mitgeteilt, dass nicht vorgesehen ist, deren Angebote zuzuschlagen. [...]

9 Vertragliche Bedingungen

Anlage zu diesen Ausschreibungsunterlagen ist der Entwurf des Erbbaurechtsvertrages [...]. Der Vertrag wird unter anderem die folgenden Regelungen enthalten, die nicht verhandelbar sind. Mit Abgabe des Angebotes erklärt sich der Bieter mit den Regelungen des Erbbaurechtsvertragsentwurfes grundsätzlich einverstanden.

- Bauverpflichtung: Der Erbbaurechtsnehmer ist verpflichtet, den Bauantrag zu seinem Vorhaben auf Grundlage des eingereichten Bebauungs- und Nutzungskonzeptes spätestens zwei Jahre nach Abschluss des Erbbaupachtvertrages zu stellen. Innerhalb von vier Jahren nach Eintreten der Bestandskraft der Baugenehmigung ist das Bauvorhaben bezugsreif fertig zu stellen. Der Realisierungszeitraum wird im Erbbaurechtsvertrag festgeschrieben. Spätestens mit Ablauf des Realisierungszeitraumes hat die Nutzungsaufnahme des geplanten Vorhabens zu erfolgen. [...]
- Zweck und Dauer des Erbbaurechts: Der Erbbaurechtsnehmer hat das in der Bewerbung beschriebene Nutzungskonzept über die Dauer des Erbbaurechtes umzusetzen. Das Erbbaurecht beginnt mit der Eintragung im Erbbaugrundbuch und endet 90 Jahre nach dem Tag der Beurkundung. [...]
- Nutzungsänderung: Eine Änderung der Nutzung ist nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Erbbaurechtsgebers möglich. Der Erbbaurechtsgeber wird die Zustimmung zur Nutzung nicht versagen, wenn sie wirtschaftlich geboten oder sinnvoll ist und mit den Zielen des Konzeptverfahrens vereinbar ist. [...]
- Weiterveräußerung: Die Weiterveräußerung des Erbbaurechts oder Teilen hiervon ist den Erbbaurechtsnehmer nur unter der Voraussetzung gestattet, dass dessen Erwerber sämtliche Vertragspflichten des Erbbaurechtsnehmer aus dem Erbbaurechtsvertrag übernimmt und aufgrund seiner wirtschaftlichen und finanziellen sowie technischen Leistungsfähigkeit ausreichend Sicherheit für deren Erfüllung bietet. Die Weiterveräußerung steht unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Erbbaurechtsgebers.“

Aus dem Entwurf für den Erbbaurechtsvertrag ergab sich unter anderem folgendes:

„§ 4 Erbbauzins

(1.1.) Der Erbbauzins beträgt jährlich 6,5 v.H. des Verkehrswertes des Grund und Bodens in Höhe von €/ m^2 (Hinweis: hier ist stets der zum Zeitpunkt der Erbbaurechtsvergabe planerisch zulässige unabhängig von der Gemeinbedarfsnutzung geltende Bodenwert einzutragen und für die gesamte Fläche des Erbbaugrundstücks anzusetzen), bei einer Grundstücksgröße von ca. m^2 also jährlich _____ € [...]

(1.2.) Abweichend von dem in 1.1.) vereinbarten Erbbauzinssatz von 6,5 v.H. wird für die zu (hier einfügen: soziale, kulturelle oder sportliche Nutzung) Zwecken genutzten Teilflächen ausschließlich schuldrechtlich ein jährlicher Zahlbetrag von jährlich 3 v.H. des Verkehrswertes des Grund und Bodens in Höhe von €/ m^2 (schuldrechtlicher Erbbauzins) (Hinweis: Hier ist der Verkehrswert unter Berücksichtigung einer etwaigen Gemeinbedarfsnutzung einzusetzen) unter der Voraussetzung vereinbart, dass der Erbbauberechtigte während der gesamten Laufzeit des Erbbaurechts gemeinnützig ist, gemeinnützige Zwecke verfolgt und die Flächen zu den in § 7 Abs. 1 vereinbarten Zwecken genutzt werden. [...]

§ 5 Bauverpflichtung, Rücktrittsrecht, Vertragsstrafe

(1) Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, innerhalb von zwei Jahren ab Stichtag gemäß § 7 einen genehmigungsfähigen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung bei der zuständigen Behörde einzureichen. Gegenstand des Bauantrags sind die denkmalgerechte Sanierung des Bestandsgebäudes und die Errichtung eines Neubaus auf der Grundlage des mit dem Grundstückseigentümer abgestimmten Bebauungs- und Nutzungskonzeptes (vgl. Anlage X).

Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, auf dem Erbbaugrundstücks das beantragte Vorhaben zu errichten [...]

(4) Erfüllt der Erbbauberechtigte die Verpflichtung zur Einreichung des Bauantrags aus Abs. 1 nicht oder beginnt der Erbbauberechtigte nach Bestandskraft der Genehmigung nicht innerhalb der in Abs. 1 genannten Frist mit den Baumaßnahmen [...] ist der Grundstückseigentümer zum Rücktritt von diesem Vertrag berechtigt. [...]

§ 7 Nutzung, Besichtigung, Sanierung

(1) Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, sowohl das auf dem Erbbaugrundstück bereits vorhandene Gebäude als auch die neu zu errichtenden baulichen Anlagen in dem vom abgestimmten Bebauungs- und Nutzungskonzept (vgl. Anlage X) vorgesehenen Umfang für soziale, kulturelle und sportliche Zwecke zu nutzen. Die Nutzung durch Selbstbedienungsläden, Schank und Speisewirtschaften und Vergnügungsstätten ist nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers zulässig. Die Zustimmung für eine Nutzung in der Form von Spielhallen, Spielotheken, Einrichtungen mit Peep-, Sex- oder Lifeshows und Videovorführungen sowie Sektenläden ist ausgeschlossen. [...] Die Herstellung und Nutzung der unbebaut bleibenden Teile des Erbbaugrundstücks richtet sich nach dem abgestimmten Bebauungs- und Nutzungskonzept. [...]

§ 13 Übertragung/ Rückgabe des Erbbaurechts

Der jeweilige Erbbauberechtigte hat das Erbbaurecht auf Verlangen des Grundstückseigentümers auf diesen oder auf einen von diesem bezeichneten Dritten zu übertragen,

1. wenn er seine Verpflichtungen zur Errichtung und Erhaltung der baulichen Anlagen nicht erfüllt oder [...]

3. wenn die vereinbarte Nutzung auf dem Erbbaugrundstück ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Grundstückseigentümers eingestellt, räumlich wesentlich eingeschränkt oder ganz oder teilweise geändert wird oder

4. wenn die baulichen Anlagen im Wesentlichen durch höhere Gewalt zerstört worden sind und sich der Erbbauberechtigte weigert, sie wiederaufzubauen [...]

§ 16 Vertragsstrafe

(1) Verletzt der Erbbauberechtigte schuldhaft eine seiner Verpflichtungen [...] so ist der Grundstückseigentümer berechtigt, [...] von ihm, unbeschadet der Geltendmachung des Heimfallanspruchs, eine Vertragsstrafe [...] zu verlangen.“

Zum Eröffnungstermin am 23. Juli 2021 lagen beim Antragsgegner insgesamt drei Angebote, unter anderem der Antragstellerin und der Beigeladenen vor. Bei der Antragstellerin ergaben sich daraus Investitionskosten laut Kostenermittlung in Höhe von rund ... Mio € insgesamt.

In einem zur Vergabeakte genommenen „Vorprüfbericht“ von September 2021 hielt ... (im Folgenden: ...) unter anderem Folgendes fest:

„3 Ablauf und personelle Zusammensetzung der Vorprüfung

Die Vorprüfung der Arbeiten erfolgte als inhaltliche, rechnerische und funktionale Prüfung durch die Dabei übernahm ... (...) die Überprüfung der städtebaulichen Kennzahlen. In Bezug auf die Einhaltung der Formalitäten [...] sowie auf die Inhalte der eingereichten Konzepte [...] lag die Vorprüfung in den Händen von ... und ... (...). Die Vorprüfung der Arbeiten fand vom 23. Juli bis 03. September 2021 statt. Sachverständige wurden nicht hinzugezogen. Nach Eingang der Angebote wurden diese zunächst auf Einhaltung der Formalitäten geprüft. Im Anschluss wurden im Rahmen der Eignungsprüfung anhand der Eignungskriterien die Leistungsfähigkeit der Bieter sowie das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen geprüft. Bieter, deren Angebote die formelle Prüfung nicht bestehen, wurden über das Ausscheiden aus dem Verfahren informiert. [...]

7 Weiteres Verfahren

Am 14. September 2021 werden die Angebote der Bieter, die die formalen Anforderungen erfüllen, durch ein Auswahlgremium erörtert und auf der Grundlage der Bewertungskriterien gemäß Ausschreibung bewertet.

Den Zuschlag erhält das wirtschaftlichste Angebot, d.h. dasjenige, welches die höchste Summe aus gewichteten Punkten auf sich vereinen kann. [...] Die schriftliche Information der Bieter über das Ergebnis erfolgt im Anschluss durch die Senatsverwaltung [...]"

In dem der Vergabeakte zu entnehmenden „Ergebnisprotokoll zur Sitzung des Auswahlgremiums“ findet sich unter anderem Folgendes:

„Teilnehmer Jury	...	SenStadtWohn ...
 Friedrichshain-Kreuzberg

	...	SenKulturEuropa ...
	...	[...] ...
Sachverständige	[...]	
Vorprüfung

 [...]

3. Konstituierung des Auswahlgremiums

... schlägt ... als Vorsitzende des Auswahlgremiums vor, das eine Woche zuvor die anonymisierten Angebote und Vorprüfungsunterlagen zur Vorbereitung erhalten haben. ... wird einstimmig zur Vorsitzenden gewählt. [...]

4. Bericht der formalen Vorprüfung [...]

5. Informationsrundgang

Im Anschluss an den allgemeinen Bericht der Vorprüfung bittet die Vorsitzende die Vorprüfung, die Arbeiten anhand einer Power-Point-Präsentation vorzustellen. Herr ... und Frau ... erläutern die den Entwürfen zugrundeliegenden Entwurfsansätze anhand der eingereichten Pläne und Konzeptbeschreibungen. Verständnisfragen werden gemeinsam von der Vorprüfung sowie den anwesenden Sachverständigen beantwortet. [...]

6. Diskussion ohne Bewertung

Anschließend versammelt sich das Auswahlgremium für eine erste Diskussion vor den Stelltafeln. Die denkmalpflegerischen Belange werden von Herrn ... und von Frau ... an jedem Entwurf erläutert.

Das Auswahlgremium diskutiert unter Berücksichtigung der wertungsrelevanten Themen und Anforderungen die Bearbeitung der Wettbewerbsaufgabe und die unterschiedlichen konzeptionellen Ansätze der zwei Arbeiten. [...]

7. Bewertung und Bepunktung in Gruppen

Anschließend teilen sich die Jurymitglieder und Sachverständigen in zwei Gruppen auf. Beide Gruppen diskutieren jeweils einen der Entwürfe und nehmen anschließend eine Bepunktung anhand der Bewertungskriterien vor.

8. Abschließende Diskussion / Votum des Auswahlgremiums

Jede Gruppe stellt anschließend die jeweilige Bewertung und Bepunktung vor. Diese wird anschließend diskutiert. Die Bewertung und Bepunktung der beiden Konzepte ist dem Protokoll als Anlage beigefügt.

Die Mitglieder des Auswahlgremiums entscheiden sich einstimmig für das Konzept des Bieters 3.

9. Entlastung der Vorprüfung und Aufhebung der Anonymität“

Als Anlage zu dem Protokoll sind der Vergabeakte die Bewertungen der Arbeiten durch das Auswahlgremium zu entnehmen, in denen es insbesondere heißt:

„Bewertung der Arbeit des Bieters 2 (...) durch das Auswahlgremium

Im Eingang zur Stralauer Halbinsel besteht mit dem nun ausgeschriebenen Grundstück die Chance, durch eine Bebauung, die architektonisch auf den Ort Bezug nimmt und durch seine Programmierung für das Quartier einen Mehrwert bringt, den Quartiersauftakt einladend zu markieren und einen Identifikationsort zu schaffen.

... [...]

Bewertung der Arbeit des Bieters 3 (...) durch das Auswahlgremium

Das Konzept des Bieters 3 mit der Leitidee ... Zusammenfassend spricht sich die Jury für eine Umsetzung des Konzepts an diesem Ort aus. Dabei sind die nachfolgenden Hinweise kritisch beurteilter Einzelaspekte zu überarbeiten, ohne dabei die städtebauliche und architektonische Idee sowie die vorgeschlagene Nutzungsvielfalt zu verlieren.“

Der vom Antragsgegner vorgelegten Vergabeakte ist sodann folgende Übersicht zu entnehmen:

„Themen	Bewertungskriterien	Bieter 2	Bieter 3
Städtebau Architektur Freiraum	Städtebauliche Qualität	9,375	7,5
	Architektonische Qualität	7,5	11,25
	Freiraumqualität	7,5	11,25
		24,375	30
Nutzungen	Lokaler Mehrwert	12,5	20
	Nutzungsmischung	7,5	11,25
	Arbeitsräume für Künstler / Kulturschaffende	2,5	10
		22,5	41,25
Ökologie	Mobilität	2,5	3,75
	Ressourceneffizienz	3,75	5

	6,25	8,75
Gesamt- summe	53,125	80“

In nachfolgend verakteten Bewertungsmatrizen findet sich in den Zellen der Spalte „Begründung“ nach der Spalte „Punktzahl“ stets der Verweis „Siehe Protokoll der Sitzung des Auswahlgremiums vom 14.09.2021 sowie Vergabevermerk vom 05.10.2021“.

In dem ebenfalls verakteten Vermerk zur Vergabeentscheidung vom 5. Oktober 2021 führt der Antragsgegner unter anderem Folgendes aus:

„3. Entscheidung Auswahlgremium am 14. September 2021

Das Auswahlgremium hat sich in seiner Sitzung am 14. September 2021 einstimmig für das Konzept der ... ausgesprochen.

Die größten Unterschiede in der Bewertung ergeben sich im Nutzungskonzept, bei welchem 45 von 100 Punkten [...] erreicht werden konnten. Hier erhielt die ... 41,25 Punkte, die ... 22,50 Punkte - vergleiche Übersicht Bewertungsmatrix in der Anlage.

Beim Konzept der ... wurden vor allem die Vielfalt und Mischung der Nutzungen sowie der hohe Anteil an soziokulturellen Einrichtungen (über Arbeitsräume für Kunst- und Kulturschaffende hinaus) und der damit zu erwartende Mehrwert für das Stadtquartier positiv hervorgehoben. Beim Konzept der ... wurde dagegen bemängelt, dass der für den Neubau vorgesehene Nutzungsmix aus ... ein Eingehen auf den lokalen Bedarf und ein größeres Angebot an kleinteilig gewerblichen, kulturellen und sozialen Nutzungen vermissen lässt. Zudem befinden sich die Flächen für gemeinwohlorientierte bzw. nicht-kommerzielle Angebote bis auf Kritisiert wurde auch die Dies führte – unabhängig davon, dass das Nutzungskonzept der ... nach Darstellung des Bieters unter Einbeziehung lokaler Akteure entwickelt worden ist – in der Gesamtbetrachtung insgesamt auch zu einer negativeren Bewertung in den Unterkriterien „Lokaler Mehrwert“ und „Arbeitsräume für Kunst- und Kulturschaffende“, die im

Nicht ganz so große Unterschiede ergaben sich bei der Bewertung der beiden architektonisch-städtebaulichen Konzepte (... : 30 Punkte / ... : 24,375 Punkte), die ebenfalls mit 45 von 100 Punkten in die Bewertung eingegangen sind, zu der auch das Unterkriterium Freiraumqualität gehörte. In diesem Unterkriterium wurde die Freiraumplanung der beiden Bieter verglichen und entsprechend bewertet.

Beim Konzept der ... würdigte das Auswahlgremium unter anderem die eigenständige architektonische Anmutung des Entwurfes, seine Bezugnahme auf den Ort, die Idee eines ... und den zu erwartenden Beitrag zu einem identifikationsstiftenden Eingang zur Halbinsel Stralau. Demgegenüber wurden beim Konzept der ... insbesondere die ... kritisiert.

Beim Ökologisches Konzept, das lediglich mit 10 von 100 Punkten bewertet worden ist, gab es zwischen beiden Bietern nur geringfügige Unterschiede. Das Konzept der ... erhielt hier 8,75 Punkte; das Konzept der ... wurde im Gegensatz dazu mit 6,75 vom 100 Punkten bewertet. Beim Konzept der ... wurde vom Auswahlgremium besonders positiv bewertet, dass der Neubau in ... errichtet werden soll.

Im Einzelnen wurden beide Konzepte durch das Auswahlgremium, wie folgt, bewertet.

[... s.o., Anlagen Bewertung, Anm. der Kammer]

Vom Auswahlgremium wurde entsprechend dieser beiden Bewertungen sowie einer vergleichenden Betrachtung einstimmig entschieden, den Zuschlag dem Bieter 3 zu erteilen.

4. Weiteres Vorgehen

Gemäß der Empfehlung des Auswahlgremiums soll der Zuschlag der ... erteilt werden. Die Zuschlagserteilung soll nach dem aktuellen Zeitplan am 18. Oktober 2021 erfolgen, so dass ab diesem Zeitpunkt dann die dreimonatige Anhandgabe-Phase beginnen kann. Am 5. Oktober sollen vorab entsprechend des 19 VOB/A-EU die Bieterinformation an den unterlegenen Bieter ... sowie [...] versandt werden.“

Mit Schreiben vom 5. Oktober 2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin insbesondere Folgendes mit.

„In seiner Sitzung am 14.09.2021 hat sich das Auswahlgremium einstimmig für das Konzept der ... entschieden. Das Auswahlgremium hat neben der eigenständigen architektonischen Idee vor allem die Vielfalt und Mischung der Nutzungen des Konzeptes positiv bewertet, welche in der Gesamtbetrachtung die Schaffung eines Identifikations- und Anziehungspunktes im Eingangsbereich der Halbinsel Stralau erwarten lassen. Wir beabsichtigen daher, der ... nach Ablauf der Wartefrist [...] den Zuschlag zu erteilen. [...]

Das Konzept der ... wurde durch das Auswahlgremium wegen der ... zwar ebenfalls positiv bewertet. Die Absicht, einen Neubau gemäß ... zu errichten, wurde sogar begrüßt. Kritisch wurde bei dem geplanten Neubau dagegen die folgenden Punkte bewertet:

-

Die Anforderung der Ausschreibung zur Unterbringung von Ateliers für Kunst- und Kulturschaffende wurde aus Sicht des Gremiums gar nicht erfüllt. In Bezug auf das Bestandsgebäude wurde zudem ... , kritisch bewertet.“

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2021 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Vergabe und führte unter anderem aus, bereits die Zuschlagsmatrix als solche verstoße insbesondere wegen einer reinen Qualitätswertung ohne Preiselement gegen Vergaberecht. Das Informations- und Absageschreiben erfülle zudem nicht die Anforderungen des § 134 GWB. Vor allem aber verstoße die inhaltliche Bewertung – soweit man sie dem Absageschreiben entnehmen könne – evident gegen die vom Antragsgegner selbst definierten Zuschlagskriterien. Ein Großteil ihres Angebotes sei nach dem ihr vorliegenden Schreiben gar nicht bewertet worden.

Mit Schreiben vom 19. Oktober 2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin über ihre Verfahrensbevollmächtigten unter anderem Folgendes mit.

„Sofern ihre Mandantin die Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagskriterien rügt mit der Begründung, dass vorliegend ein reiner Qualitätswettbewerb stattgefunden habe, obwohl die

VOB/A vorsähe, dass der Preis zwingend bei der Angebotswertung zu berücksichtigen sei, weisen wir zunächst darauf hin, dass ein diesbezüglicher Nachprüfungsantrag bereits deshalb unzulässig sein dürfte, weil der von Ihrer Mandantin gerügte Verstoß sich auf Verstöße gegen Vergabevorschriften bezieht, die schon zur Zeit der Bekanntmachung erkennbar waren [...]

Unabhängig davon erscheint die in Ihrem Rügeschreiben vertretene Auffassung [...] im vorliegenden Fall fragwürdig [...] Der Grundstückspreis (= entwicklungsbeeinflusster Neuordnungswert) steht gemäß den Vorgaben des besonderen Städtebaurechts (§§ 165 ff. BauGB) fest und ist nicht verhandelbar. [...]

Das Informations- und Absageschreiben vom 05.10.2021 erfüllt die Vorgaben des § 19 EU Abs. 2 VOB/A und ist daher ausreichend. [...] Eine - wie mit dem Rügeschreiben verlangte - detaillierte vergleichende Analyse ist somit nicht erforderlich [...]

Als Ergänzung zu unserem Informations- und Absageschreiben vom 05.10.2021 teilen wir Ihnen nachfolgend das Ergebnis der Bewertung und Bepunktung des Konzeptes der ... und des Konzeptes des Bestbieters (...) mit. Wie Sie der Anlage 1 entnehmen können, hat das Auswahlgremium das Konzept der ... mit insgesamt 53,125 und das Konzept der ... mit insgesamt 80 von 100 möglichen Punkten bewertet.

Die größten Unterschiede in der Bewertung beziehen sich auf das Nutzungskonzept, welches zu 45% in die Bewertung eingegangen ist und damit maßgeblich zur Rangfolge der Bieter beigetragen hat. Beim Konzept der ... wurden die Vielfalt und Mischung der Nutzungen sowie der hohe Anteil an soziokulturellen Einrichtungen (über Arbeitsräume für Kunst- und Kulturschaffende hinaus) und der damit zu erwartende Mehrwert für das Stadtquartier positiv hervorgehoben. Beim Konzept der ... wurde diesbezüglich bemängelt, dass der für den-Neubau vorgesehene Nutzungsmix aus ... ein Eingehen auf den lokalen Bedarf und ein größeres Angebot an kleinteilig gewerblichen, kulturellen und sozialen Nutzungen vermissen lässt. Kritisiert wurde auch

Größere Unterschiede ergaben sich auch bei der Bewertung der architektonisch-städtebaulichen Konzepte, die ebenfalls zu 45% in die Bewertung eingegangen sind. Beim Konzept der ... würdigte das Auswahlgremium unter anderem die eigenständige architektonische Anmutung des Entwurfes, seine Bezugnahme auf den Ort, die Idee eines ... und den zu erwartenden Beitrag zu einem identifikationsstiftenden Eingang zur Halbinsel Stralau. Demgegenüber wurden beim Konzept der ... die ... kritisiert.

Die Bewertung der beiden Konzepte in Bezug auf die Themenfelder Mobilität und Ressourceneffizienz weicht dagegen nur unwesentlich voneinander ab. In Verbindung mit der Gewichtung von lediglich 10% ergaben sich hier nur geringe Auswirkungen auf die Rangfolge der Bieter. [...]

In diesem Punkt wird dem öffentlichen Auftraggeber vorgeworfen, keine vollständige Bewertung aller Zuschlagskriterien vorgenommen zu haben. Dieser Vorwurf trifft nicht zu. [...] Alle maßgeblichen (d.h. ausgeschriebenen) Punkte sind in die Gesamtbewertung aller Angebote eingeflossen. Die Behauptung, dass ein Großteil des Angebotes gar nicht bewertet worden ist, ist daher falsch.“

Am 25. Oktober 2021 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Berlin eingereicht, der dem Antragsgegner am 26. Oktober 2021 übermittelt worden ist. Mit Beschluss vom gleichen Tag hat die Kammer auch das für die Vergabe vorgesehene Unternehmen dem Verfahren beigeladen.

Mit Verfügung vom 26. November 2021 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 28. Januar 2022 verlängert und darauf hingewiesen, dass bei vorläufiger Würdigung der Anwendungsbereich des Vierten Teil des GWB eröffnet sein und die dokumentierte Auswahlentscheidung den vergaberechtlichen Anforderungen nicht genügen dürfte. Mit weiterer Verfügung vom 2. Dezember 2021 hat der Vorsitzende zudem darauf hingewiesen, dass mit dem Hinweis vom 26. November lediglich zum Ausdruck gebracht worden sei, dass die Auswahlentscheidung so wie dokumentiert nicht rechtmäßig sein dürfte. Ob eine bloße Nachdokumentation insbesondere im Fall einer Qualitätswertung durch ein Auswahlgremium hinreichend wäre, um den geltend gemachten Anspruch der Antragstellerin zu erfüllen und rechtmäßige Zustände herzustellen, sei hingegen nicht Gegenstand des Hinweises gewesen und zumindest zweifelhaft.

Mit Beschluss vom 13. Dezember 2021 hat die Kammer der Antragstellerin und der Beigeladenen jeweils teilweise Einsicht in die Vergabeakte des Antragsgegners gewährt.

Der Antragsgegner informierte sodann unter anderem die Mitglieder des Auswahlgremiums per E-Mail vom 14. Dezember 2021 auszugsweise wie folgt:

„die ... als unterlegener Bieter in unserem Konzeptverfahren, hat sich, wie die ... Ihnen schon mitgeteilt hat, nachdem sie zunächst eine Verfahrensrüge eingereicht hat, an die Vergabekammer gewandt und ein Nachprüfungsverfahren beantragt. Vom Anwalt der ... werden im Nachprüfungsantrag verschiedene Punkt bemängelt, die wir zusammen mit der Rechtsabteilung unseres Hauses größtenteils schon ausräumen konnten. Strittig ist nur noch die Frage, ob die Entscheidung des Auswahlgremiums ausreichend begründet worden ist oder nicht. Nach einer ersten Einschätzung der Vergabekammer scheint dies wohl nicht der Fall zu sein.

Es besteht jetzt die Möglichkeit - zusammen mit Ihnen als Mitglieder des Auswahlgremiums - die bisherige Bewertung der beiden Angebote entsprechend den Diskussionen im Rahmen der Auswahl Sitzung am 14. September 2021 noch einmal inhaltlich zu ergänzen und zu vertiefen. Diese Nachdokumentation muss jedoch schon Anfang Februar 2022 vorliegen und an die Vergabekammer übersandt werden.

In einem ersten Schritt möchten wir Sie in einem ‚Sternverfahren‘ daher bitten,

- die ‚Begründungsspalte‘ der Bewertungsmatrix für die beiden Angebote (siehe Anlage 1, Blatt 2 und 3) gemäß Ihrer Erinnerung auszufüllen,
- die textliche Erläuterung zu den beiden Angeboten (Anlage 2 und 3) zu ergänzen, soweit dies möglich ist,
- das Protokoll der Sitzung des Auswahlgremiums in den Punkten 7.1 und 7.2 sowie im Punkt 8 aus Ihrer Sicht zu ergänzen und
- uns Ihre Ergänzungen bis zum 14. Januar 2022 zukommen zu lassen.

In einem zweiten Schritt soll dann, vermutlich am 25. oder 26. Januar 2022, eine erneute Sitzung des Auswahlgremiums als Videokonferenz stattfinden, in der dann noch einmal gemeinsam für jedes der beiden Angebote die ergänzenden Bewertungen (Bewertungsmatrix, Begründung, Protokoll) diskutiert und dann beschlossen werden. [...]

Um Ihnen die ‚nachträgliche‘ Bewertung der Angebote zu erleichtern, haben wir Ihnen die wesentlichen Angebotsbestandteile der beiden Bieter ebenfalls beigefügt – siehe Anlagen 4-7.“

Die Mitglieder des Auswahlgremiums reichten daraufhin – teilweise – ausgefüllte Bewertungsmatrizen zu dem Angebot der Antragstellerin und der Beigeladenen ein. Die ... bereitete diese auf und sandte die damit erstellte Synopse mit einer Zusammenfassung den Mitgliedern des Auswahlgremiums gemeinsam mit einem Entwurf einer Ergänzung des Vergabeverkehrs per E-Mail am 26. Januar 2022 mit folgender Mitteilung zu:

„im Zusammenhang mit dem Konzeptverfahren Alt-Stralau 63-67 und zur Vorbereitung auf die morgige Sitzung des Auswahlgremiums erhalten Sie beiliegend einen Vorschlag für die Zusammenführung der von Ihnen übermittelten Einzelbewertungen der Konzepte der ... und der ... und einen darauf abgestimmten Entwurf für die Ergänzung des Vergabeverkehrs vom 05.10.2021. Wir möchten Sie bitten, diese Entwürfe zu prüfen, uns in der Sitzung Ihre Änderungs- oder Ergänzungsvorschläge zu übermitteln, damit es möglich ist, morgen gemeinsam eine schriftliche Begründung der Entscheidung vom 14.09.2021 zu erarbeiten und zu beschließen. Zur besseren Vorbereitung haben wir darüber hinaus für beide Konzepte die jeweilige Übersicht der Einzelbewertungen beigefügt.

Hintergrund der morgigen Sitzung ist das laufende Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer Berlin. Diese sieht gemäß ihres Schreibens vom 26.11.2021 die bisherige Dokumentation der Vergabeentscheidung vom 14.09.2021 auf der Grundlage Ihrer Wertungsentscheidung als nicht ausreichend an. Daher ist es erforderlich, eine schriftliche ‚Nachdokumentation‘ durchzuführen, d.h. die Gründe der Entscheidung des Auswahlgremiums vom 14.09.2021 noch konkreter schriftlich darzustellen. Hierzu hatte Herr ... , SenSBW, Sie am 14.12.2021 mit Fristsetzung zum 14.01.2022 gebeten, ihm die damaligen Erwägungen der Jury schriftlich darzulegen. Aus den eingegangenen Stellungnahmen hat die ... in Abstimmung mit SenSBW und Herrn ... einen Vorschlag für eine entsprechende Nachdokumentation in Form der beigefügten Unterlagen erarbeitet.“

Am 27. und 28. Januar 2022 fanden Videokonferenzen statt, an denen insbesondere die Mitglieder des Auswahlgremiums teilnahmen. Das dazu verfasste Protokoll vom 28. Januar 2022 enthält unter anderem Folgendes:

„2. Einführung / Ziel der Besprechung

Herr ... erläutert kurz den Hintergrund und das Ziel der Sitzung. Das laufende Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer Berlin sieht die bisherige Dokumentation der Vergabeentscheidung [...] als nicht ausreichend an. Daher ist es erforderlich, eine ergänzende schriftliche Nachdokumentation durchzuführen, d.h. die Gründe der Entscheidung des Auswahlgremiums vom 14.09.2021 nochmals darzustellen. [...]

3. Nachdokumentation

Die Mitglieder des Auswahlgremiums diskutieren und ergänzen die schriftliche Bewertung für Bieter 2. Die Bewertung jedes Kriteriums wird gesondert durchgesprochen und dokumentiert. Die textliche Umsetzung erfolgt durch Herrn ... direkt in das eingeblendete Dokument.

Nach einer kurzen Pause [...] diskutieren und ergänzen die Mitglieder des Auswahlgremiums die schriftliche Dokumentation der Bewertung für Bieter 3. [...]

Die Mitglieder des Auswahlgremiums besprechen noch einmal die [...] gemeinsam ergänzte Dokumentation der Bewertungen für Bieter 2 und 3 und nehmen weitere Ergänzungen vor. Die ergänzte Dokumentation wird [...] einstimmig beschlossen.“

In einem Vermerk vom 28. Januar 2022 hat der Antragsgegner unter anderem festgehalten:

„Aufgrund der Hinweise der Vergabekammer Berlin gem. Beschluss vom 26.11.2021 sollen die Begründung und die durch das Auswahlgremium am 14.09.2021 angestellten Erwägungen vertiefend ausführt und dokumentiert werden. Hierzu wurden durch Herrn ... am 14.12.2021 vorab schriftliche Stellungnahmen der Gremiumsmitglieder mit Fristsetzung zum 14.01.2021 eingeholt, die vorbereitend von ... zusammengefasst und den Mitgliedern des Auswahlgremiums am 26.01.2022 durch Herrn ... zur Verfügung gestellt wurden. Auf dieser Grundlage wurde am 27.01.2022 mit den gem. Sitzungsprotokoll zugeschalteten Mitgliedern eine Videokonferenz durchgeführt. Hierbei wurde nachfolgende schriftliche Dokumentation der Wertungsentscheidung vom 14.09.2021 gemeinsam als zutreffend festgestellt (siehe Protokoll vom 27.01. / 28.01.2022).

II. Bewertung durch das Auswahlgremium

Zu der Bewertung der Bewerbungskonzepte entsprechend der Zuschlagskriterien im Einzelnen:

1. Bewerber 2 (...)

a) Städtebauliche Qualität

Aufwertung des Eingangs zur Halbinsel Stralau

... (gut = 11,25 Pkt).

Bezugnahme auf die Umgebung

... (befriedigend = 7,5 Pkt).

Raumbildung

... (gut = 11,25 Pkt).

Stadtbildverträglichkeit

... (befriedigend = 7,5 Pkt).

Insgesamt ergeben sich für das Kriterium Städtebauliche Qualität 9,375 Punkte. [...]

d) Lokaler Mehrwert

Bedarfsgerechtigkeit der Flächen

Der angebotene Nutzungsmix geht aufgrund des ... nicht in ausreichendem Maß auf den lokalen Bedarf der örtlichen Kreativwirtschaft sowie der kulturellen und sozialen Träger ein. Die EG-Flächen im Neubau sind überwiegend dem ... vorbehalten. Die soziokulturellen Nutzungen belegen einen vergleichsweise kleinen Flächenanteil und beschränken sich im Wesentlichen auf das Aufgrund ... bieten diese Flächen nur eine geringe Flexibilität in der Planung, die für die Realisierung von gemeinwohlorientierten Nutzungen jedoch notwendig wäre. ... sind nicht vorgesehen (befriedigend = 10 Pkt).

Konzeptentwicklung mit lokalen Akteuren

Eine vorherige Abstimmung mit namentlich genannten Vereinen hat stattgefunden (gut = 15 Pkt).

Für den Lokalen Mehrwert ergibt sich ein Wert von 12,5 Punkten. [...]

h) Ressourceneffizienz

Einsatz nachwachsender und wiederverwendbarer Rohstoffe

... (befriedigend = 2,5 Pkt).

Energieeffizienz

... (sehr gut = 5 Pkt).

Umgang mit Regenwasser

... (gut = 3,75 Pkt).

Innovationsgehalt

... (gut = 3,75 Pkt).

Insgesamt ist das Kriterium Ressourceneffizienz somit mit 3,75 Punkten zu bewerten.

2. Bewerber 3 (...)

a) Städtebauliche Qualität

Aufwertung des Eingangs zur Halbinsel Stralau

... (gut = 11,25 Pkt).

Bezugnahme auf die Umgebung

... (befriedigend = 7,5 Pkt).

Raumbildung

... (genügend = 3,75 Pkt.).

Stadtbildverträglichkeit

... (befriedigend = 7,5 Pkt).

Daraus ergibt sich für das Kriterium Städtebauliche Qualität ein Wert von 7,5 Punkten. [...]

d) Lokaler Mehrwert

Bedarfsgerechtigkeit der Flächen

Der Entwurf weist sowohl im Bestandsgebäude als auch im Neubau eine sehr gute ...), was hinsichtlich der Bedarfsgerechtigkeit der Flächen sehr positiv zu werten ist. Das Konzept erlaubt vom Umfang her die ... und bietet die für die Planung notwendige Flexibilität auch für nicht öffentlich geförderte Angebote. Dazu trägt auch die ... bei. Hinzu kommen u.a. ... , die auch den Anwohner:innen offen stehen (sehr gut = 20 Pkt).

Konzeptentwicklung mit lokalen Akteuren

Der Entwurf bietet strukturell hervorragende Voraussetzungen, um bedarfsgerecht auf differenzierte Anforderungen reagieren zu können. Es ist ablesbar, dass konkret dargelegte umfangreiche Erfahrungen mit der Vermietung an soziokulturelle Nutzungen (Kunst, Kultur, Soziales) vorliegen, die als plausibel und sehr gut umsetzbar eingeschätzt werden (sehr gut = 20 Pkt).

Insgesamt wird das Kriterium Lokale Mehrwert somit als sehr gut (= 20 Pkt) bewertet. [...]

h) Ressourceneffizienz

Einsatz nachwachsender Rohstoffe

... (sehr gut = 5 Pkt).

Einsatz wiederverwendbarer Rohstoffe

... (sehr gut = 5 Pkt).

Energieeffizienz

... (sehr gut = 5 Pkt).

Umgang mit Regenwasser

... (sehr gut = 5 Pkt).

Innovationsgehalt

... (sehr gut = 5 Pkt).

Die Ressourceneffizienz ist mit sehr gut (5 Punkte) zu bewerten.“

Mit Verfügung vom 24. Januar 2022 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 28. Februar 2022 verlängert und die Beteiligten zum Termin zur mündlichen Verhandlung am 16. Februar 2022 geladen. Mit bei der Kammer am 3. Februar 2022 eingegangenem Schriftsatz hat der Antragsgegner einen Vermerk vom 28. Januar 2022 „Nachdokumentation Vergabeentscheidung“ sowie E-Mails und ein „Ergebnisprotokoll zur Sitzung der Nachdokumentation der Vergabeentscheidung des Auswahlgremiums“ überreicht. Der Vorsitzende hat mit Verfügung vom 4. Februar 2022 darauf hingewiesen, dass in dem übersandten Vermerk auf Unterlagen verwiesen werde, die vom Antragsgegner nicht vorgelegt worden seien. Mit Schriftsatz vom 11. Februar 2022 hat der Antragsgegner weiter in der Sache vorgetragen und zudem mehrere - zunächst teils nicht lesbare - E-Mails, Bewertungsmatrizen, Protokolle, Konzeptauszüge und einen Ergänzungsvermerk vorgelegt. Der Vorsitzende hat daraufhin den Termin zur mündlichen Verhandlung am 16. Februar 2022 aufgehoben, die Vorlage der vorgenannten Unterlagen in lesbarer Fassung erbeten und nach deren Eingang - und Anhörung der jeweils anderen Beteiligten - diese Unterlagen der Antragstellerin und Beigeladenen zur Stellungnahme übermittelt.

Die Antragstellerin trägt unter anderem vor, der Anwendungsbereich des Kartellvergabe-rechts sei eröffnet, der Antragsgegner habe das Konzeptverfahren ausdrücklich in Form eines offenen Verfahrens nach den vergaberechtlichen Vorschriften durchgeführt und sich insoweit selbst gebunden. Es handele sich auch um einen öffentlichen Auftrag. Denn der Abschluss des Erbbaurechtsvertrages weise einen Beschaffungsbezug auf. Nach Ablauf des Erbbaurechts werde beziehungsweise bleibe der Antragsgegner Eigentümer der Gebäude. Mit dem Projekt verfolge der Antragsgegner zudem die öffentliche Zweckbestimmung, die Versorgung der Quartiersbevölkerung mit gesundheitlichen und kleingewerblichen Dienstleistungen zu sichern und Räumlichkeiten für Begegnungen, Veranstaltungen, Sozialarbeit und künstlerische Nutzungen zu schaffen. Der Vertrag enthalte eine Bauverpflichtung, die auch die Errichtung des Neubaus auf der Grundlage des mit dem Antragsgegner abgestimmten Bebauungs- und Nutzungskonzepts vorsehe. Der Antragsgegner beschränke sich nicht auf eine rahmenmäßige

Festlegung der Projektgestaltung, sondern treffe sogar detaillierte Regelungen über Grundrisse, verwendete Materialien und Raumhöhen bis hin zur Haustechnik. Zudem sei die Nutzung nach § 7 des Erbbaurechtsvertrages begrenzt und durch vertragliche Sanktionen abgesichert. Schließlich sei in der Reduzierung der Erbbauzinssätze für die vom Antragsgegner gewünschten Nutzungen eine finanzielle Projektbeteiligung zu sehen. Der Schwellenwert sei überschritten, da der jährliche Erbbauzins bei mindestens ... EUR liegen werde.

Der Antrag sei auch im Übrigen zulässig. Insbesondere seien die geltend gemachten Verstöße von ihr rechtzeitig gerügt worden. Dies gelte auch hinsichtlich der Zuschlagskriterien. Der dahingehende Verstoß sei nicht erkennbar gewesen, insbesondere da es sich nicht um eine klassische Bauausschreibung handele.

Der Antrag sei auch begründet. Der Antragsgegner habe schon nicht auf die Festlegung eines Preis- beziehungsweise Kostenkriteriums verzichten dürfen. Hinzu komme, dass die vom Antragsgegner vorgegebenen Qualitätskriterien mangels Bestimmtheit gegen das Vergaberecht verstießen. Der Antragsgegner hätte die jeweiligen Kriterien noch näher erläutern müssen. Dem sei nur durch eine Zurückversetzung und Neugestaltung der Zuschlagskriterien abzuhelpfen. Das Absageschreiben genüge nicht den Anforderungen an eine Begründung nach § 134 GWB.

Die Bewertung der Angebote sei fehlerhaft erfolgt. Wenn ein Bieter zu einem qualitativen Zuschlagskriterium umfangreiche Angaben gemacht habe, dann sei schon deshalb eine niedrige Punktbewertung nicht gerechtfertigt. Es überspanne den Beurteilungsspielraum, wenn ein neuer Beurteilungsmaßstab angelegt werde, indem der Antragsgegner nun im Verfahren erkläre, die Höhe der Punktzahl nur davon abhängig zu machen, inwieweit das Ergebnis überzeuge beziehungsweise verwertbar sei. Nach objektivem Empfängerhorizont werde ein Bieter hingegen naturgemäß die Themen der mitgeteilten Zuschlagsmatrix aufgreifen und abarbeiten, um die Maximalpunktzahlen zu erhalten.

Gerade bei offenen Zuschlagskriterien wie der städtebaulichen oder architektonischen Qualität bedürfe es einer besonders eingehenden Begründung, weshalb diese Kriterien von der

Beigeladenen besser erfüllt worden sein sollten. Die Begründung erschöpfe sich aber in floskelhaften Formulierungen.

Die Kritik, der von ihr vorgesehene Nutzungsmix lasse ein Eingehen auf den lokalen Bedarf vermissen, sei nicht nachvollziehbar und ermessensfehlerhaft. Sie habe im Zuge der Konzeptentwicklung einen Workshop mit allen auf der Insel aktiven Vereinen durchgeführt und die Bedürfnisse und Wünsche der Menschen ins Haus geholt und in die Ideen einfließen lassen, was im Nutzungskonzept auch so erläutert worden sei. Beispielsweise sei von der Nachbarschaft ganz besonders defizitär die ... bewertet worden, was sie aufgegriffen habe. Nach ihrer Recherche habe die Beigeladene, die in dem Kriterium deutlich besser bewertet worden sei, weder einen Dialog geführt noch Workshopangebote oder gemeinsame Ideen- und Konzeptentwicklungen angestoßen. Es dränge sich die Frage auf, ob ihr Nutzungskonzept überhaupt gelesen und rezipiert worden sei. Genügten ihre Ideen und Konzepte nicht, so müssten diese defizitär befriedigten Bedarfe offensichtlich klar bekannt und benennbar sein. Es sei fraglich, wer diese festgelegt habe und warum diese dann nicht im Verfahren mitgeteilt worden seien.

Auch der Einschätzung des Antragsgegners zu ihrem Angebot an kleinteiliger gewerblicher, kultureller und sozialer Nutzung sei entgegen zu treten. Während dort festgestellt werde, die Anforderungen zur Unterbringung von Ateliers für Kunst- und Kulturschaffende sowie Proberäumen für Musik werde gar nicht erfüllt, liefere sie auf über ... m² BGF beides.

Zum architektonisch-städtebaulichen Konzept stelle sich erneut die Frage, ob ihr Konzept - auch im Vergleich zur Beigeladenen - überhaupt gelesen worden oder gar verwechselt worden sei. Da keine der von ihr vorgesehenen ökologischen Maßnahmen im Rahmen der Angebotsbewertung erwähnt werde, müsse davon ausgegangen werden, dass ihr Konzept auch an dieser Stelle nicht berücksichtigt worden sei. Zudem habe sie im Hinblick auf das Erdgeschoss im Prinzip genau das geplant, was sich aus den Fachgutachten zum Denkmalschutz in den Vergabeunterlagen ergeben habe, gleichwohl werde der ... als problematisch bewertet.

Die der Vergabeakte zu entnehmende „Bewertung“ ihrer Arbeit sei keine systematische inhaltliche Auswertung gemäß der mitgeteilten Zuschlagsmatrix. Folglich gebe es keine vergaberechtskonforme Auswertung. Ein derartiger Vergabeverstoß lasse sich auch nicht mehr in einem laufenden Vergabenachprüfungsverfahren heilen. Es sei vielmehr offensichtlich, dass lediglich versucht werden solle, das vormalige Ergebnis zu rechtfertigen, sich aber nicht inhaltlich vollständig und ergebnisoffen mit den Angeboten gemäß der Zuschlagskriterien auseinanderzusetzen. In der nun vorgelegten Bewertung fänden sich Einzelauswertungen, um die vergebenen Punkte zu rechtfertigen. Allerdings würden hierbei die im September getätigten kritischen Aussagen zum Angebot der Beigeladenen teilweise – etwa zum lokalen Mehrwert und der Nutzungsmischung – gar nicht mehr beziehungsweise nur abgeschwächt übernommen, um die hohen Punktzahlen überhaupt rechtfertigen zu können. So würden etwa die kritischen Äußerungen zur fehlenden Abstimmung mit den Anwohnenden plötzlich keine Erwähnung mehr finden. Auch die Ausführungen zum Denkmalschutz seien plötzlich erkennbar abgeschwächt worden. Es habe also nachträglich und nicht ergebnisoffen eine Legitimation für die hohen Punktzahlen geschaffen werden sollen, die nicht zu der ursprünglichen Kritik gepasst habe. Insgesamt handele es sich um eine weitreichende, inhaltliche Ergänzung der Bewertung, die über eine reine Dokumentationsergänzung hinausgehe. Zudem ziehe sich der Antragsgegner weiterhin auf Schlagworte zurück.

Auch eine etwaige Neuwertung der Angebote sei unzulässig gewesen. Dies folge aus den vorstehenden Gründen, insbesondere, weil sie nicht ergebnisoffen erfolgte.

Die Nachdokumentation sei auch für sich genommen vergaberechtswidrig. Dies folge schon aus einem veränderten Teilnehmerkreis. Während bei der Vergabeentscheidung am 14. September 2021 insgesamt zwölf Personen mitgewirkt hätten, hätten bei der Nachdokumentation die Sachverständigen gefehlt. Zudem genüge die Nachbesserung der Dokumentation auch weiterhin nicht den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Begründung. Die Detailauswertung der Konzepte sei vielmehr selektiv mit erkennbarem Ungleichgewicht zugunsten der Beigeladenen erfolgt. Dies zeige sich insbesondere daran, dass lediglich Herr ... eine Begründung der Einzelbewertung vornahm, die auf alle oder zumindest die meisten Aspekte ihres

Angebots eingegangen sei. Die übrigen Akteure der Nachdokumentation hätten sich hingegen lediglich auf einzelne Anmerkungen beschränkt. Bei der Beigeladenen habe auch Herr ... nur eine deutlich kürzere Auswertung vorgenommen und sich teilweise auf allgemeine Aussagen ohne nähere Begründungen beschränkt. Frau ... habe bei der Beigeladenen sogar gänzlich auf eine Begründung verzichtet. Auf diese Weise sei eine objektive Überprüfung der Zuschlagsentscheidung nicht möglich. Es sei unklar, inwieweit die Punktevergabe des Antragsgegners durch tatsächliche Eigenschaften der vorgelegten Konzepte untermauert sei. Die Begründung eröffne vielmehr einer tendenziösen Bewertung Tür und Tor. Während behauptete Mängel ihres Konzepts akribisch aufgeführt würden, würden tatsächlich negative Aspekte des Konzepts der Beigeladenen gar nicht oder nur knapp behandelt.

Es liege in der Beteiligung der ... auch eine unzulässige Einflussnahme Dritter vor, indem sie den Mitgliedern des Auswahlgremiums einen Vorschlag unterbreite habe, wie die Begründung der Zuschlagsentscheidung nachträglich zu dokumentieren sei. Damit habe diese Dritte inhaltlich Einfluss auf die Entscheidung selbst genommen. Zudem seien die versandten Unterlagen nicht mehr anonym gewesen.

Das Angebot der Beigeladenen sei schließlich nicht zuschlagsfähig. Die Planung der Beigeladenen sei schon aus denkmalschutzrechtlichen Gründen nicht genehmigungsfähig, da deren Entwurf das denkmalgeschützte Bestandsgebäude gewissermaßen Dies habe das Auswahlgremium selber festgehalten, der Antragsgegner habe es in seiner Dokumentation ebenfalls angeführt. Damit habe die Beigeladene die Mindestanforderungen der Vergabeunterlagen nicht erfüllt und hätte ausgeschlossen werden müssen. Es könne nicht schlicht vorausgesetzt werden, dass die Beigeladene umplane und im Zuge dessen ein genehmigungsfähiges Vorhaben entstehen werde. Zudem führe eine Umplanung notwendigerweise zu einer Reduzierung der überbauten Fläche und damit der BGF, was auch den Vergleich der beiden Konzepte ad absurdum führe. Eine Umplanung werfe zudem zahlreiche Folgefragen auf, die sich auch auf Wertungskriterien auswirken könnten. So wirkten die Faktoren Brutto-Grundfläche und Nutzungsaufteilung, die bei einer Umplanung mitbetroffen wären, maßgeblich auf insge-

samt 90% der Gesamtwertung ein. Es handele sich danach nicht um eine unter einer Identitätswahrung mögliche Überarbeitung des Konzepts. Im Gegensatz zu einem RPW-Verfahren werde hier der Zuschlag zudem bereits auf der Grundlage des Konzepts, nicht eines sich noch anschließenden Vergabeverfahrens erteilt, sodass nur diese Konzepte Gegenstand des Wertungsvergleichs sein könnten. Allenfalls belegten die wettbewerbsähnlichen Hinweise an die Beigeladene ihre Schlechterstellung, da entsprechende Hinweise zu ihrem Konzept nicht erfolgt seien. Während bei der Beigeladenen grundlegender Umplanungsbedarf toleriert worden sei, habe selbst sachlich-notwendiger späterer Konkretisierungsbedarf bei ihr - etwa hinsichtlich der angestrebten ... - zu Wertungsabzügen geführt.

Zudem sehe das Angebot der Beigeladenen keine ... vor, was nach ... aber zwingend vorgeschrieben sei. Auch unter diesem Gesichtspunkt sei das Angebot der Beigeladenen nicht zuschlagsfähig.

Es sei auch zweifelhaft, dass das Angebot der Beigeladenen wirtschaftlich tragfähig sei, was auch vom Antragsgegner erkannt worden sei. Etwaige Umplanungen stellten die Tragfähigkeit noch weiter in Frage. Ein fairer Wertungsvergleich der Angebote sei auf diese Weise nicht möglich und offenbar auch nicht gewünscht.

Im Ergebnis lasse sich eine systematische und gezielte Bewertung zu ihren Lasten erkennen. Die vom Auswahlgremium erkannten Mängel am Umsetzungskonzept der Beigeladenen fänden keine Entsprechung in der Wertung, während ihr Angebot vielfach zu Unrecht abgewertet worden sei. Für ihre nicht genehmigungsfähigen Vorschläge erhalte die Beigeladene beispielsweise insgesamt 30, sie hingegen nur 24,375 Punkte. Obwohl das Auswahlgremium ferner erkannt habe, dass bei der Beigeladenen noch „der vorgeschlagene Bedarf mit den lokalen Anwohnern nachvollziehbar abgestimmt werden“ müsse, erhalte jene auch beim lokalen Mehrwert und der Nutzungsmischung deutlich mehr Punkte als sie. Es müsse im Sinne von sachfremden Erwägungen davon ausgegangen werden, dass hier gezielt ein Bieter aus der privaten Bauwirtschaft gegenüber einer landeseigenen Gesellschaft diskriminiert werden solle.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren erneut durchzuführen, hilfsweise, das Verfahren in den Stand vor der Angebotsabgabe zurückzusetzen, und die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Antragsgegner macht insbesondere geltend, sich hinsichtlich der Zuständigkeit der Vergabekammer jedenfalls durch die Bekanntmachung gebunden zu haben. Der Antrag sei aber bezüglich der Zuschlagsmatrix, der Transparenz der Vergabeunterlagen und der Bestimmtheit der Zuschlagskriterien präkludiert und damit unzulässig.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Die Zuschlagskriterien seien zwar nur stichpunktartig erläutert worden. Es sei aber gerade Sinn und Zweck des Wettbewerbs zum Erstellen eines Bieterkonzepts, dass keine komplette Leistungsbeschreibung erfolge. Anderenfalls würde sich die Durchführung eines Konzeptverfahrens erübrigen. Es sei unschädlich, dass die Angebotswertung kein Preiselement enthalte, auch Festpreisvergaben seien zulässig. Zudem sei es das Wesen des Konzeptverfahrens, dass der Preis keine Rolle spiele. Die Erbbauzinssätze seien nicht verhandelbar. Das Vorabinformationsschreiben sei hinreichend.

Es sei unzutreffend, aus der textlichen Bewertung des Konzepts der Beigeladenen den Schluss zu ziehen, deren vorgestelltes Konzept sei denkmalschutzrechtlich nicht genehmigungsfähig. Es erschließe sich nicht, dass für eine genehmigungsfähige Planung eine so umfassende Überarbeitung nötig sei, dass eine Identitätswahrung nicht mehr gegeben sei. Bereits der Begriff des Konzepts lege nahe, dass weitere Änderungen und Anpassungen vorhersehbar seien. Allerdings begrenze der Erbbaurechtsvertrag die noch vornehmbaren Änderungen insoweit, als der Bauantrag zu dem Vorhaben „auf Grundlage des eingereichten Bebauungs- und Nutzungskonzepts“ zu stellen sei. Die prägenden Elemente des Konzepts seien danach zu wahren.

Die Bewertung der Konzepte sei rechtmäßig. Alle maßgeblichen Punkte seien in die Gesamtbewertung aller Angebote eingeflossen. Aus dem Vergabevermerk nebst Ergebnisprotokoll und Bewertungsmatrix gehe hervor, dass sich das Auswahlgremium mit allen Rubriken beschäftigt habe. Das Auswahlgremium habe eine Entscheidung getroffen, die nicht der gerichtlichen Überprüfung unterliege und die von ihm auch nicht weiter zu begründen oder zu kommentieren sei. Die Höhe der Punktzahl sei nicht davon abhängig, ob und wie intensiv sich ein Bieter mit den einzelnen Punkten beschäftigt habe, sondern inwieweit das Ergebnis überzeuge beziehungsweise verwertbar sei. Der Vorwurf, die Beigeladene habe anders als die Antragstellerin bewerbenspezifische Hinweise erhalten, sei nicht nachvollziehbar. Das Verfahren werde mit der Zuschlagsentscheidung abgeschlossen, somit werde es keine weiteren Anforderungen der Vergabestelle geben. Auch im Übrigen sei der Vorwurf, es sei einseitig zulasten der Antragstellerin gewertet worden, nicht nachvollziehbar.

Der im Verfahren eingereichten Nachdokumentation liege eine Tagung der Mitglieder des Auswahlgremiums im Rahmen einer Videokonferenz zugrunde. Dabei seien die in der Sitzung vom 14. September 2021 eingebrachten Erwägungen und Bewertungen eingehender erläutert und vertiefter dokumentiert worden. Eine Neubewertung der dem Auswahlgremium vorgelegten Konzepte sei hiermit nicht verbunden oder beabsichtigt gewesen. Eine Nachdokumentation sei vorliegend nicht ausgeschlossen, da keine Manipulationsgefahr bestehe. Die Sitzung im September habe erst 4 Monate zurückgelegen, sodass bei den Mitgliedern des Gremiums die Konzepte und die Bewertung durch das Gremium noch präsent gewesen seien. Entscheidend sei vorliegend, dass lediglich die bereits getroffenen und in der ursprünglichen Dokumentation festgehaltenen Überlegungen des Auswahlgremiums ergänzt und erläutert würden. Entsprechend habe die Nachdokumentation auch nicht „ergebnisoffen“ sein können. Jedenfalls durch die vorgelegte Nachdokumentation sei der Vorwurf ausgeräumt, die Angebotswertung sei unplausibel und nicht nachvollziehbar. Das Auswahlgremium habe über den ursprünglichen Ansatz, besonders die positiven beziehungsweise negative Aspekte der Konzepte darzustellen, nunmehr sämtliche ursprünglich diskutierten Erwägungen zu sämtlichen

Stichpunkten der Auswahlkriterien ausformuliert und festgehalten. Da bei der Vergabeentscheidung vom 14. September 2021 ausschließlich die Mitglieder der Jury und nicht die Sachverständigen stimmberechtigt gewesen seien, wären die Sachverständigen für die Nachdokumentation nicht benötigt worden. Die Stellungnahmen der einzelnen Mitglieder des Auswahlgremiums hätten lediglich der Vorbereitung der gemeinsamen Besprechung der Nachdokumentation gedient. Insoweit seien sie auch völlig unabhängig und unbeeinflusst von der Vorarbeit der ... gewesen.

Widersprüche zwischen der ursprünglichen und der jetzigen Dokumentation bestünden nicht. Zum lokalen Mehrwert etwa habe die erkennbare Möglichkeit, weitere Anforderungen lokaler Nutzer umsetzen zu können, das Auswahlgremium offensichtlich dazu bewogen, die von der Beigeladenen noch nicht durchgeführte Abstimmung mit diesen als weniger bedeutend anzusehen.

Die Beigeladene hat zunächst einen eigenen Antrag angekündigt, in der mündlichen Verhandlung dann allerdings mitgeteilt, keinen Antrag zu stellen.

Die Beigeladene trägt insbesondere vor, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig. Es liege schon kein öffentlicher Bauauftrag vor. Denn es fehle insbesondere an einem entscheidenden Einfluss des Antragsgegners auf Art und Planung der Bauleistung. Das konzeptbasiert zu errichtende Bauwerk werde hier gerade nicht entscheidend nach den vom Antragsgegner im Konzeptverfahren beziehungsweise Erbbaurechtsvertrag genannten Erfordernissen errichtet. Vielmehr habe der erfolgreiche Bieter entscheidenden Einfluss auf die Art und Planung des von ihm zu errichtenden Bauwerks hinsichtlich der konkreten architektonischen Struktur, der Größe, der Außenwände und tragenden Wände sowie seiner konkreten städtebaulichen Einbindung. Der Antragsgegner stelle nur Mindestanforderungen auf, um den allgemeinen planerischen Rahmen abzusichern. „Überschießendes“ sei nur auf Basis der Zuschlagskriterien relevant, darin sei aber kein entscheidender Einfluss auf die Bauleistung zu sehen. Es sei auch fraglich, ob der Schwellenwert vorliegend erreicht sei. Die Zahlung des Erbbauzinses gehe rechtlich jedenfalls in die „falsche Richtung“.

Zumindest der Vorwurf eines vermeintlich unzulässigen Wertungssystems sei zudem mangels rechtzeitiger Rüge präkludiert und der Nachprüfungsantrag insoweit unzulässig.

Eine reine Qualitätswertung sei in der Sache zulässig, die Zuschlagsmatrix auch nicht zu unbestimmt. Die Vorabinformation sei zudem hinreichend.

Ihr eigenes Angebot sei zuschlagsfähig. In den Vergabeunterlagen sei ein Nachweis der öffentlich-rechtlichen Genehmigungsfähigkeit schon des eingereichten Konzeptes als Mindestanforderung nicht ausdrücklich gefordert. Ein Wettbewerbsteilnehmer müsse lediglich dartun, dass das Konzept – gegebenenfalls in seiner Weiterentwicklung – genehmigungsrechtlich umsetzbar sein kann. Entsprechend der Vorgaben bei RPW-Planungswettbewerben sei dementsprechend zu differenzieren zwischen identitätswahrenden Weiterentwicklungen und nicht mehr identitätswahrenden, maßgeblichen Veränderungen des Entwurfs. Die erfahrenen Jury-Mitglieder seien sich dieser Unterscheidung bewusst gewesen und hätten mit ihrer Bewertung zum Ausdruck gebracht, dass die denkmalpflegerischen und verkehrstechnischen Kritikpunkte innerhalb ihres Konzeptes ohne eine den Entwurf maßgeblich verändernde Überarbeitung ausgeräumt werden könnten. Ihr Konzept sei demzufolge mit den notwendigen und jedem Planungsprozess immanenten Abstimmungen, Modifizierungen und Präzisierungen genehmigungs- und damit zuschlagsfähig. So sei die denkmalpflegerische Kritik, die nur einen einzelnen Aspekt des Entwurfs betreffe, nicht genehmigungskritisch, da auch nach der zutreffenden Auffassung des Gremiums dieser Punkt in Abstimmung mit den zuständigen Behörden geändert werden könne.

Ihr Konzept sei auch wirtschaftlich tragfähig, wengleich der Antragsgegner ohnehin insoweit nicht zur Preisaufklärung verpflichtet sei. Ihre Gesamtinvestition stelle sich über den Betrachtungszeitraum von 25 Jahren wirtschaftlich dar, sie könne positive Cashflows generieren und angemessene Renditen erwirtschaften.

Schließlich sei auch die Angebotswertung rechtskonform erfolgt. Der Antragsgegner habe in nicht zu beanstandender Weise von seinem Beurteilungsspielraum Gebrauch gemacht. Hinsichtlich des Prozesses der Prüfung und Wertung der Angebote habe sich der Antragsgegner

durch die Vergabeunterlagen selbst gebunden. Die Antragstellerin gehe fehl, wenn sie ihre Wertung anstelle der Wertung des Antragsgegners setze. Die Wertungen des Auswahlgremiums seien in der dokumentierten Form ausreichend, um die getroffene Vergabeentscheidung zu begründen. Es gebe keine Hinweise, dass die Anonymität vor der Entscheidung über die Entwürfe aufgehoben worden wäre und sich das Gremium in der einstimmigen Entscheidung von sachfremden Erwägungen hätte leiten lassen.

Die Ergebnisse ließen sich in einer Gesamtschau der Bewertungsunterlagen problemlos nachvollziehen. Beispielhaft hebe bereits der Vorprüfbericht in Ziff. 5. 2.4 beim Unterkriterium der Arbeitsräume für Künstler und Kulturschaffende diverse Vorteile, etwa den ... hervor. Das Auswahlgremium greife diesen Aspekt auf und ergänze ihn dadurch, dass der hohe Anteil an soziokulturellen Einrichtungen über Arbeitsräume für Künstler:innen und Kulturschaffende hinaus besonders positiv bewertet werde. Zusammengefasst werde die Bewertung im Vermerk des Antragsgegners vom 5. Oktober 2021. Dort stelle jener die beiden Konzepte noch einmal gegenüber und mache deutlich, aus welchen Gründen ihr Konzept das Konzept der Antragstellerin deutlich überwiege. Bei dem Konzept der Antragstellerin werde insbesondere kritisiert, dass sich die Flächen für gemeinwohlorientierte und nicht-kommerzielle Angebote auf ... befänden. Kritisiert werde weiterhin, dass die ... positioniert würden. Insgesamt finde danach die Entscheidung des Auswahlgremiums, ihr Konzept gegenüber dem Konzept der Antragstellerin (deutlich) besser zu bewerten, in der Vergabeakte, namentlich in den entsprechenden Protokollen und Vergabevermerken eine in jeder Hinsicht nachvollziehbare Begründung.

Es genüge, wenn der Dokumentation zu entnehmen sei, welche konkreten Eigenschaften der Konzepte mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen seien, die Vergabestelle müsse das Wertungsergebnis nur plausibel machen. Dann sei ein Detaillierungsgrad der Dokumentation entbehrlich, wonach die konkrete Punktevergabe für ein bestimmtes Kriterium sich der Dokumentation im Detail entnehmen lasse. Vorliegend ließen sich ohne weiteres alle Erwägungen finden, die nachvollziehbar machten, warum ihr Angebot in den allermeisten Kriterien besser abgeschnitten habe. Selbst bei unzureichender Dokumentation dürfe die Vergabekammer nicht in das Verfahren eingreifen, da die Entscheidung des Gremiums so eindeutig und

„haushoch“ zu ihren Gunsten sei. Denn es stehe damit fest, dass sich ein etwaiger Vergabeverstoß nicht auf die Auftragschancen der Antragstellerin auswirke. Zudem bleibe eine Heilung etwaiger Dokumentationsmängel bis zur letzten mündlichen Verhandlung möglich.

Die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten sei notwendig und geboten, um komplexe sowie zum Teil auch ungeklärte Rechtsfragen um die vergaberechtlich atypischen Konzeptverfahren klären zu können. Über eine entsprechend geschulte Rechtsabteilung verfüge sie nicht.

Mit Verfügungen vom 18. Februar 2022 hat der Vorsitzende Termin zur mündlichen Verhandlung für den 2. März 2022 anberaumt und die Entscheidungsfrist schließlich bis zum 11. März 2022 verlängert. In der mündlichen Verhandlung erhielten die Beteiligten Gelegenheit, Stellung zu nehmen.

Die Vergabeakte des Antragsgegners lag der Kammer vor und ist Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte sowie die beigezogene Vergabeakte verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag hat Erfolg.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig.

Der Anwendungsbereich des Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist vorliegend eröffnet. Dies beruht allerdings nicht bereits auf einer Selbstbindung des Antragsgegners durch die Bekanntmachung. Die Vergabekammer ist vielmehr verpflichtet, die Eröffnung des Anwendungsbereichs und ihre Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen (vgl. auch *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, § 155 GWB, Rn. 19 m.w.N.). Der Antragsgegner ist unzweifelhaft öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB beziehungsweise Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB.

Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich zudem um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1, 3 GWB beziehungsweise um eine Baukonzession im Sinne von § 105 GWB. Insbesondere handelt es sich hier nicht um ein bloßes Erbpachtgeschäft ohne eingekapselte Beschaffung. Der Antragsgegner nimmt vielmehr durch die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens sowie die vorgesehenen vertraglichen Vereinbarungen entscheidenden Einfluss auf die Art und Planung des zu errichtenden Bauwerks. So sieht Ziff. 5.3 des „Exposé“ unter anderem Folgendes vor: „Angedacht ist in diesem Zusammenhang die Errichtung von Arbeitsräumen zur künstlerischen und/ oder kulturellen Nutzung (z.B. Ateliers, Proberäume für Musik) in einem Umfang von mindestens 400 m² BGF. Die Flächen für diese Nutzungsart müssen über die gesamte Laufzeit des Erbbaurechtsvertrages zur Verfügung gestellt werden“. Abgesichert wird diese Einwirkung des Antragsgegners auf die Art und Planung des Bauwerks durch entsprechende vertragliche Abreden im Erbbaurechtsvertrag, insbesondere durch die Verpflichtungen zum Bau und zur Nutzung entsprechend des vorgelegten Konzepts in §§ 5, 7 Abs. 1 des Vertrages, die wiederum im Fall der Missachtung mit Vertragsstrafen sanktioniert und mit Rücktrittsmöglichkeiten belegt werden. Damit handelt es sich im Ergebnis um eine

eindeutig einklagbare Bauverpflichtung (dazu etwa EuGH, Urteil vom 25. März 2010 - C-451/08, NZBau 2010, 321, 325) entsprechend der Vorgaben des Antragsgegners. Die Zielerreichung der vom Antragsgegner definierten Planungsziele ist zudem Gegenstand der Wertungsentscheidung. Die Errichtung des geplanten Bauwerks und dessen Nutzung kommen dem Antragsgegner auch unmittelbar zugute (zur Auslegung dieses Merkmals vgl. etwa *Mädler*, in: Säcker/Ganske/Knauff, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VergabeR I, 4. Auflage 2022, § 103 GWB, Rn. 147 ff. m.w.N.). Abgesehen von dem Umstand, dass das Bauwerk nach Ablauf der Erbbaupacht in das Eigentum des Antragsgegners übergeht, befreit es ihn insbesondere davon, der von ihm im Rahmen der Daseinsvorsorge wahrgenommenen Aufgabe der Stellung von Räumen für Kunst und Kulturschaffende selbst nachkommen zu müssen. Damit geht die Einwirkung des Antragsgegners deutlich über diejenige im Rahmen bloßer städtebaulicher Vorgaben hinaus.

Angesichts der vorliegend nur beschränkten Erkenntnisse der Vergabekammer insbesondere zur Refinanzierung des Erbbaurechtsnehmers, des wirtschaftlichen Wertes des Erbbaurechts etc. bleibt im Ergebnis offen, um welche Art von Auftragsverhältnis - öffentlicher Auftrag oder Konzession - es sich hier konkret handelt. Dies ist aber unschädlich, da dies für die weitere rechtliche Bewertung nicht Streitentscheidend ist. Dies gilt auch für die notwendige Gegenleistung des Antragsgegners. Diese kann etwa sowohl in der Überlassung des Grundstücks und der Einräumung des Nutzungsrechts, gegebenenfalls im Hinblick auf die Regelungen zum Erbbauzins auch zu einem verminderten Satz, als auch in der Ermöglichung der Refinanzierung des Vertragspartners durch Mieteinnahmen auf dem angespannten Berliner Immobilienmarkt gesehen werden.

Sowohl der für Bauaufträge maßgebliche Schwellenwert des § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG als auch der für Konzessionen nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB i.V.m. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar

2014 über die Konzessionsvergabe werden erreicht. So hat etwa die Antragstellerin mit Investitionskosten in Höhe von rund ... Mio. EUR kalkuliert. Der Wert der Bauleistung beziehungsweise Konzession überschreitet damit die relevanten Schwellenwerte bei Weitem. Die angerufene Vergabekammer des Landes Berlin ist danach zuständig.

Der Nachprüfungsantrag unterliegt allerdings teilweise der Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 GWB. Während die Antragstellerin ihre Einwände gegen die Angebotswertung des Antragsgegners rechtzeitig geltend gemacht hat und die Denkmalschutzgesichtspunkte bezüglich des Angebots der Beigeladenen ihr erst im Lauf des Nachprüfungsverfahrens teilweise offenbart worden sind, sodass insoweit das Vorbringen nicht präkludiert ist, gilt dies im Übrigen nicht. Denn die von der Antragstellerin bemängelten Zuschlagskriterien waren bereits mit den Vergabeunterlagen erkennbar, sodass nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB eine dahingehende Rüge bis zum Ablauf der Angebotsfrist hätte erfolgen müssen. Erkennbar sind Vergaberechtsverstöße, die von einem Durchschnittsbietler bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen erkannt werden (vgl. *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, Stand: 21.06.2021, § 160 GWB, Rn. 267 m.w.N.). Von einem durchschnittlichen Bieter ist zu erwarten, dass er insbesondere die Zuschlagskriterien, die über die Erfolgsaussichten seines Angebots entscheiden, intensiv betrachtet. Dementsprechend ist für einen solchen Bieter auch erkennbar, wenn diese Kriterien zu unbestimmt, also unklar formuliert sind. Ebenso wird ein durchschnittlicher Bieter für die Ausarbeitung und Kalkulation seines Angebotes prüfen, inwieweit preisliche Aspekte in die Wertung einfließen und dementsprechend ein etwaiges Fehlen davon bemerken. Geht man davon aus, dass ohne ausdrückliche preisliche Zuschlagskriterien eine Vergabe kein wirtschaftliches Ergebnis haben kann, wie die Antragstellerin vorträgt, so ist dies auch für einen durchschnittlichen Bieter ohne besondere Vergabekennntnisse ohne Weiteres ersichtlich. Die Aspekte der Unbestimmtheit beziehungsweise des Fehlens von preislichen Zuschlagskriterien waren daher erkennbar und hätten – was hier nicht erfolgt ist – bis zur Angebotsabgabe gerügt werden müssen. Die Rüge einer mangelhaften Vorabinformation hat sich wiederum spätestens mit dem Gang des Nachprüfungsverfahrens und insbesondere der gewährten Akteneinsicht ohnehin erledigt.

Die Antragstellerin ist hinsichtlich der danach verbleibenden Aspekte der Angebotswertung und der Wertbarkeit des Angebots der Beigeladenen antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat neben ihrem durch Angebotsabgabe manifestierten Interesse am Auftrag insbesondere geltend gemacht, durch die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene in ihrem Recht beispielsweise auf ein diskriminierungsfreies Vergabeverfahren verletzt zu sein. Indem sie weiter ausgeführt hat, ihr sei dadurch die Chance auf Zuschlagserteilung genommen worden, hat sie auch einen drohenden Schaden dargelegt. Dem steht entgegen der Auffassung der Beigeladenen nicht entgegen, dass die Entscheidung des Auswahlgremiums derart eindeutig ausgefallen sei, dass die Antragstellerin ohnehin keine Chance auf Zuschlagserteilung habe. Denn die angegriffene Wertung leidet unter so grundlegenden Mängeln, dass sie insgesamt und nicht nur in einzelnen, nicht ins Gewicht fallenden Aspekten keinen Bestand haben kann. Dann besteht aber wiederum eine Aussicht der Antragstellerin auf Erhalt des Zuschlags.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, im Wesentlichen begründet. Die Antragstellerin ist durch die Auswahlentscheidung des Antragsgegners, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, in ihren Rechten verletzt, § 168 Abs. 1 S. 1 GWB. Die dokumentierte Angebotswertung verletzt die Antragstellerin in ihrem Recht auf ein transparentes, willkürfreies Verfahren.

Nach § 127 Abs. 1 S. 1 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste beziehungsweise nach § 152 Abs. 3 S. 1 GWB auf ein wirtschaftlich vorteilhaftes Angebot erteilt. Grundlage dafür ist nach § 127 Abs. 1 S. 2 GWB und § 152 Abs. 3 S. 4 GWB eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers beziehungsweise Konzessionsgebers (im Folgenden nur: Auftraggeber), ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Der Auftraggeber ist verpflichtet, bei der Wertung der Angebote diskriminierungsfrei nach den Regeln des Gesetzes und der von ihm selbst aufgestellten Vorgaben zu handeln und dies entsprechend nach-

vollziehbar zu dokumentieren (vgl. etwa *Knauff*, in: Säcker/Ganske/Knauff, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VergabeR I, 4. Auflage 2022, § 97 GWB, Rn. 28). Selbstverständlich gilt deshalb insbesondere im Rahmen einer Qualitätswertung von Konzepten, dass der Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren muss, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Bewertung eingegangen sind (vgl. schon VK Berlin, Beschlüsse vom 13. März 2020 - VK - B 1 - 36/19; vom 22. Februar 2019 - VK - B 1 - 33/18). Auch wenn dem Auftraggeber bei der Bewertung ein Beurteilungsspielraum zusteht, sind seine diesbezüglichen Bewertungsentscheidungen in diesem Rahmen insbesondere auch darauf hin überprüfbar, ob diese im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben sind (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017 - X ZB 3/17, ZfBR 2017, 607, 612). Die Angebotswertung ist von den Nachprüfungsinstanzen nämlich nach den allgemeinen Maßstäben zur Überprüfung von Beurteilungsspielräumen dahingehend zu kontrollieren, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wurde, keine sachwidrigen Erwägungen für die Entscheidung verantwortlich waren und nicht gegen allgemein gültige Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (vgl. etwa *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Auflage 2017, § 127 GWB, Rn. 88 m.w.N.).

Diesen Maßstäben wird die Wertung des Antragsgegners nicht gerecht.

Zum einen ist schon zweifelhaft, inwieweit der Antragsgegner hier überhaupt eine eigene Wertungsentscheidung getroffen hat.

Der Antragsgegner ist zwar nicht gehindert, sich bei der Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens ganz oder teilweise der Hilfe Dritter zu bedienen, die über einen qualifizierten Sachverstand verfügen. Nicht zulässig ist es dagegen, die Verantwortung für die Vergabe an Dritte vollständig zu übertragen. Die Regelungen des Vergaberechts verpflichten unmissverständlich den Antragsgegner selbst zu einer Wertungsentscheidung (§ 127 Abs. 1

S. 2 GWB: „eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers“; § 31 Abs. 3 KonzVgV: „Der Konzessionsgeber überprüft“). Die Vergabeakte muss dementsprechend erkennen lassen, dass die zu treffenden Entscheidungen von dem Auftraggeber selbst getroffen wurden und nicht etwa von einem mit der Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens beauftragten Ingenieurbüro oder sonstigen Sachverständigen oder Dritten (vgl. dazu insgesamt VK Lüneburg, Beschluss vom 2. November 2018 - VgK-40/2018, IBRRS 2019, 0228 m.w.N.).

Nach diesen Maßstäben ist sehr fraglich, ob der Antragsgegner vorliegend die erforderliche eigene Wertungsentscheidung getroffen hat. So hat er sich etwa im Absageschreiben vom 5. Oktober 2021 darauf bezogen, dass „sich das Auswahlgremium einstimmig [...] entschieden“ habe. Auch der im Verfahren vorgelegte Vermerk des Antragsgegners vom 28. Januar 2022 führt zu der Bewertung der Arbeiten nur unter der Überschrift „Bewertung durch das Auswahlgremium“ aus. Besonders prägnant sind insofern allerdings die Ausführungen des Antragsgegners im Nachprüfungsverfahren selbst, in dem er mit Schriftsatz vom 12. November 2021 ausgeführt hat „Das Auswahlgremium hat eine Ermessensentscheidung getroffen, die nicht der gerichtlichen Überprüfung unterliegt und die von der Antragsgegnerin auch nicht weiter zu begründen oder zu kommentieren ist“. Dies deutet im besonderen Maße darauf hin, dass sich der Antragsgegner vorliegend möglicherweise überhaupt nicht bewusst gewesen ist, eine eigene Wertungsentscheidung treffen zu müssen. Bereits dies könnte die Vergaberechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung begründen. Die Kammer braucht dies allerdings nicht abschließend zu entscheiden.

Denn zum anderen fehlt es auch bei der (nach-)dokumentierten Entscheidung des Auswahlgremiums an einer transparenten und willkürfreien Bewertung der Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen. Die Kammer legt insoweit die zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vorliegende Dokumentation, d.h. einschließlich der vom Antragsgegner im Lauf des Verfahrens nachgereichten Dokumente, insbesondere des Vergabevermerks vom 28. Januar 2022 zugrunde.

Neben dem mit 45% gewichteten Kriterium „Städtebau, Architektur, Freiraum“ hat der Antragsgegner im „Exposé“ die ebenfalls mit 45% gewichteten „Nutzungen“ und zu 10% die „Ökologie“ der zu erbringenden Leistung als Zuschlagskriterium festgelegt. Der Bewertung der Angebote zu diesen Zuschlagskriterien („Themen“) sollten im „Exposé“ weiter genannte Unterkriterien („Kriterien“) zugrunde gelegt werden. Aus dem „Exposé“ ergaben sich zudem in einer Aufzählung jeweils konkretisierende Stichpunkte zu den jeweiligen Unterkriterien. Aus der entsprechenden Tabelle ergab, dass die jeweilige Konzeptqualität mit einer Schulnote beziehungsweise einer der Wichtung entsprechenden Punktzahl beurteilt werden sollten. Im Anschluss an die Tabelle erläuterte das Exposé, was unter den benannten Konzeptqualitäten zu verstehen ist. Danach sollte beispielsweise eine „gute“ Konzeptqualität vorliegen, wenn die „Qualität der Konzepte bzw. der Umsetzung der Anforderungen [...] bezogen auf das Konzeptkriterium insgesamt mit gut bewertet [wird]. Insbesondere im Vergleich zu den übrigen Angeboten lässt das Angebot bezogen auf das Konzeptkriterium eine überdurchschnittlich hohe Konzeptqualität zur Zielerreichung erwarten.“ Diese Vorgaben sind aus Sicht der Kammer vor dem Hintergrund der sog. Schulnotenrechtsprechung zur Qualitätswertung (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017 - X ZB 3/17, NZBau 2017, 366; *Stein/Wolters*, NZBau 2020, 339) weder grundsätzlich zu kritisieren, noch von der Antragstellerin rechtzeitig gerügt worden.

Die Kammer kann jedoch weder aus den vom Antragsgegner zum Verfahren gereichten und der Vergabeakte zu entnehmenden Vermerken noch aus den übrigen Teilen der Vergabeakte oder den Einlassungen des Antragsgegners im Nachprüfungsverfahren ersehen, dass eine diskriminierungsfreie Wertung anhand dieser Vorgaben durchgeführt worden ist. Dem für die Beurteilung insbesondere maßgeblichen Vermerk vom 28. Januar 2021 kann zwar entnommen werden, dass das Auswahlgremium den Angeboten der Verfahrensbeteiligten sowohl zu den jeweiligen Stichpunkten als auch sodann zu den Unterkriterien Schulnoten und damit einhergehende Punkte zugeschrieben und im Ergebnis die Angebote anhand der Zusammenrechnung der Unterkriterien verglichen und das Angebot der Beigeladenen auf dieser Grundlage

für den Zuschlag ausgewählt hat. Es fehlt jedoch an einer hinreichend dokumentierten Rückkoppelung zwischen den für die Stichpunkte und Unterkriterien im Ergebnis vergebenen Werten mit den vom Antragsgegner aufgestellten Bewertungsvorgaben.

Dies lässt sich an zwei beispielhaften Punkten veranschaulichen:

Erstens ist nach dem Vermerk vom 28. Januar 2022 das Konzept der Antragstellerin zum Stichpunkt „Aufwertung des Eingangs zur Halbinsel Stralau“ mit gut = 11,25 Punkten und zum Unterkriterium „Städtebauliche Qualität“ insgesamt mit 9,375 Punkten bewertet worden. Zur Begründung führt der Vermerk lediglich an, die Eingangssituation zur Halbinsel Stralau werde durch eine ... aufgewertet. Das Konzept der Beigeladenen erhält in diesem Punkt die gleiche Benotung versehen mit der Begründung, das

Damit ist keine an den Wertungsvorgaben des Antragsgegners oder §§ 127 Abs. 1, 152 Abs. 3 GWB orientierte Begründung erfolgt. So kann daraus schon nicht ersehen werden, wie das Auswahlgremium zu der konkreten Benotung der Konzepte in diesem Punkt gekommen ist. Denn weder werden Erwartungen formuliert, die die als „gut“ („überdurchschnittlich hohe Konzeptqualität“) bewerteten Konzepte hätten erfüllen müssen, um eine sehr gute Bewertung („herausragende Konzeptqualität“) zu erreichen, noch wird dargestellt, inwieweit sich die Konzepte an dieser Stelle beispielsweise von einem als „befriedigend“ („durchschnittliche Konzeptqualität“) zu bewertenden Konzept unterscheiden. Aus den Begründungen ist auch nicht ersichtlich, dass der nach den Bewertungsvorgaben des Antragsgegners vorgesehene „Vergleich zu den übrigen Angeboten“ bezogen auf dieses Kriterium erfolgt wäre. Beide Begründungen enthalten zwar mit der Feststellung, der Eingangsbereich / die Eingangssituation würde aufgewertet, vergleichbare Formulierungen. Dem kann aber nicht entnommen werden, dass die Angebote tatsächlich einander gegenübergestellt worden wären und ein direkter Vergleich der erwarteten Zielerreichung erfolgt wäre. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerte Auffassung des Antragsgegners kann es insofern auch nicht genügen, dass das Auswahlgremium sich beide Konzepte angesehen hat, weil daraus quasi zwangsläufig eine vergleichende Bewertung folge. Der Antragsgegner hat vielmehr den Vergleich zu

dokumentieren und zwar nicht nur als generelle Feststellung, sondern konkret bezogen auf die einzelnen Kriterien, Unterkriterien und Stichpunkte.

Zweitens hat die Antragstellerin unstreitig eine Abstimmung mit lokalen Akteuren vor Angebotsabgabe durchgeführt, was auch in der Bewertung zum Stichpunkt „Konzeptentwicklung mit lokalen Akteuren“ im Vermerk vom 28. Januar 2022 Erwähnung findet. Die Begründung für die Bewertung des Angebots der Antragstellerin, die in diesem Punkt mit gut = 15 Punkten vermerkt ist, erschöpft sich allerdings in der genannten Feststellung. Bei der Beigeladenen, deren Entwurf in diesem Stichpunkt mit sehr gut = 20 Punkten bewertet wird, heißt es hingegen, der Entwurf biete strukturell hervorragende Voraussetzungen, um bedarfsgerecht auf differenzierte Anforderungen reagieren zu können. Es sei ablesbar, dass konkret dargelegte umfangreiche Erfahrungen mit der Vermietung an soziokulturelle Nutzungen (Kunst, Kultur, Soziales) vorlägen, die als plausibel und sehr gut umsetzbar eingeschätzt würden.

Abgesehen davon, dass auch in diesem Stichpunkt wiederum nicht ersichtlich ist, warum die Konzepte mit „sehr gut“ und „gut“ und nicht beispielsweise „befriedigend“ bewertet werden, und es zudem an dem gebotenen Vergleich der Angebote fehlt, dürfte die Bewertung in diesem Punkt auch deshalb beurteilungsfehlerhaft sein, weil sie eine willkürfreie Berücksichtigung des Umstands, dass die Beigeladene keine vorherige Abstimmung durchgeführt hat, nicht erkennen lassen.

Fehlt es an einer hinreichenden Dokumentation im Vergabevermerk, so geht dies zulasten des Antragsgegners (vgl. nur *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Auflage 2017, § 127 GWB, Rn. 165 m.w.N.). Denn die als Ausfluss des Transparenzprinzips niedergelegten Dokumentationspflichten dienen gerade der Überprüfbarkeit des diskriminierungsfreien Vorgehens des Auftraggebers (vgl. schon EuGH, Urteil v. 29. April 2004 - Rs. C-496/99, BeckRS 2004, 77487, Rn. 109 m.w.N.). Bei fehlender oder unzureichender Dokumentation kann daher die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung nicht festgestellt werden (vgl. auch OLG Celle, Beschluss v. 12. Mai 2016 - 13 Verg 10/15, NZBau 2016, 711, 716 f.).

Der Antragsgegner hat es auch nicht vermocht, noch im Nachprüfungsverfahren darzulegen, dass seine Wertung vergaberechtlich erfolgt ist. Die nachgereichte Vergabedokumentation genügt dem eben nicht. Da auch seinen Schriftsätzen oder seinem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung keine hinreichende Begründung für die konkreten Punktvergaben entnommen werden kann, geht dies zu seinen Lasten.

Kann danach im Ergebnis eine vergaberechtskonforme Angebotswertung nicht festgestellt werden, verletzt dies die Antragstellerin in ihrem dahingehenden Anspruch aus § 97 Abs. 6 GWB.

3.

Aufgrund der festgestellten Vergaberechtswidrigkeit der Angebotswertung des Antragsgegners hat die Vergabekammer nach § 168 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GWB die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB trifft die Kammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Nach § 168 Abs. 1 S. 2 GWB ist sie dabei an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Die Einwirkungsbefugnis findet ihre Grenze allerdings im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach die Vergabekammer stets nur mit Maßnahmen in ein Vergabeverfahren eingreifen darf, die zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens geeignet, erforderlich und angemessen sind.

Der Antragsgegner ist danach zu verpflichten, die Angebotswertung zu wiederholen. Dabei wird der Antragsgegner zu beachten haben, eine an den eigenen Maßgaben und den vorstehenden Maßstäben ausgerichtete, unvoreingenommene Bewertung vorzunehmen, die die wesentlichen Aspekte in transparenter Weise dokumentiert.

Eine von der Antragstellerin begehrte weitergehende Verpflichtung des Antragsgegners, etwa

zu einer vollständigen Rückversetzung des Vergabeverfahrens, ist vorliegend – auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht geboten. Insbesondere ist trotz der Anwürfe der Antragstellerin nicht erkennbar, dass eine neuerliche Angebotswertung durch den Antragsgegner vorliegend zwangsläufig zu einer Diskriminierung der Antragstellerin führte.

Die Kammer hat dem Antragsgegner entgegen des Vortrags der Antragstellerin auch nicht aufzugeben, die Neuwertung der Angebote nur unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen im Hinblick auf Aspekte des Denkmalschutzes vorzunehmen. Insbesondere kann die Kammer auf der Grundlage des vorliegenden Sach- und Streitstands nicht feststellen, dass das Angebot der Beigeladenen entweder wegen Abweichung von den Vergabeunterlagen nicht zuschlagsfähig wäre oder jedenfalls eine Beurteilung des von ihr eingereichten Konzeptes wegen bereits jetzt absehbar umfangreicher Änderungsnotwendigkeiten zu einer vergaberechtswidrigen Wertung führte. Es liegt in der Natur des Konzeptverfahrens, dass Nachschärfungen des Konzeptes bei der Auftragsabwicklung vorgenommen werden. Dem sind vergaberechtlich etwa dort Grenzen gesetzt, wo der Auftragsgegenstand eine wesentliche Änderung im Sinne von § 132 GWB erführe, indem der vom Konzept gesteckte Rahmen klar verlassen würde. Dass dies hier der Fall ist, kann die Kammer derzeit nicht erkennen. Es wird allerdings an dem Antragsgegner sein, dies im Rahmen der angeordneten Neuwertung einer erneuten Prüfung, gegebenenfalls unter Einbeziehung der zuständigen Denkmalbehörden zu unterziehen und daraus die notwendigen Schlüsse für das Vergabeverfahren zu ziehen.

4.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vorliegend sind sämtliche Beteiligte im Verfahren zu unterschiedlichen Teilen unterlegen. Zweifelsohne ist der Antragsgegner unterlegen, soweit die Kammer die Verpflichtung zur Neuwertung ausspricht. Im gleichen Umfang unterliegt auch die Beigeladene. Wenngleich jene im Termin zur mündlichen Verhandlung darauf verzichtet hat, ihre bereits schriftsätzlich angekündigten Anträge zu stellen, so hat

sie sich dem Nachprüfungsbegehren inhaltlich sowohl ausführlich schriftsätzlich als auch weiterhin im Termin entgegengestellt. Damit ist sie ebenfalls in die Kostentragung einzubeziehen (vgl. nur OLG Rostock, Beschluss vom 21. Juli 2017 - 17 Verg 2/17, NZBau 2018, 318, 319).

Schließlich ist auch die Antragstellerin in etwas geringerem Umfang unterlegen. Dabei verkennt die Vergabekammer nicht, dass sie gemäß § 168 Abs. 1 S. 2 GWB nicht an die Anträge gebunden ist und sich die Beurteilung des Verfahrenserfolges damit nicht schematisch an den im Verfahren gestellten Anträgen zu orientieren hat (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 1. Februar 2006 - 11 Verg 18/05, BeckRS 2006, 11550). Abzustellen ist vielmehr auf den materiellen Ausgang des Verfahrens, also darauf, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Beteiligten das mit ihrem jeweiligen Antrag verfolgte Verfahrensziel erreicht haben (vgl. KG, Beschluss v. 16. September 2013 - Verg 4/13; NZBau 2014, 62, 64; OLG Jena, Beschluss v. 30. Januar 2002 - 6 Verg 9/01, BeckRS 2002, 160909). Dabei gebietet aber nicht zuletzt die Rechtsmittelfähigkeit der Entscheidungen der Vergabekammern eine hinreichende Konturierung des mit den Anträgen jeweils verfolgten Verfahrensziels (vgl. schon VK Berlin, Beschluss vom 8. Februar 2021 - VK - B 2 - 17/20).

Ausweislich ihrer Anträge und ihres schriftätzlichen Vortrags auch zu den Vergabebedingungen bestand das primäre Verfahrensziel der Antragstellerin demnach darin, durch eine vollständige Rückversetzung des Vergabeverfahrens eine neue Möglichkeit zur Angebotsabgabe zu erhalten. Für den Fall der Fortsetzung des Vergabeverfahrens ohne derart weitreichende Zurückversetzung hat die Antragstellerin zudem darauf gedrungen, durch den Ausschluss des erstplatzierten Angebots der Beigeladenen an die erste Stelle der Wertung zu rücken oder hierdurch zumindest ihre Zuschlagsaussichten zu erhöhen.

Mit der nun angeordneten Rückversetzung des Verfahrens lediglich in das Stadium vor Angebotswertung ist die Antragstellerin mithin hinter dem angestrebten Verfahrensziel zurückgeblieben. Diese Abstriche vom Verfahrensziel rechtfertigen die Annahme eines Teilunterliegens der Antragstellerin (vgl. *Krohn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 23). Die Kammer bewertet dieses im Verhältnis zu ihrem Erfolg mit

einem Anteil von einem Drittel.

Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB haben die Beteiligten im entsprechenden Umfang die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung beziehungsweise -verteidigung notwendigen Aufwendungen der jeweiligen Gegenseite zu tragen. Dies gilt im gleichen Maße nach § 182 Abs. 4 S. 2 GWB hinsichtlich der Beigeladenen. Denn jene ist dem Nachprüfungsantrag entgegengetreten und hat das Verfahren durch entsprechende Schriftsätze aktiv gefördert, sodass sie auch zur Kostentragung heranzuziehen ist. Umgekehrt sind ihre Aufwendungen daher auch der Antragstellerin im Umfang ihres Unterliegens aus Billigkeit aufzuerlegen (zu diesen Maßstäben vgl. auch OLG Rostock, Beschluss v. 5. Februar 2020 - 17 Verg 4/19, NZBau 2021, 70, 74; OLG München, Beschluss v. 21. Oktober 2019 - Verg 13/19, NZBau 2020, 263, 266).

Anders als für die Kosten der Vergabekammer nach § 182 Abs. 3 S. 2 GWB ordnet § 182 Abs. 4 S. 1 GWB bezüglich der Aufwendungen der Beteiligten allerdings keine gesamtschuldnerische Haftung an, sodass die Beteiligten entsprechend ihres Unterliegensanteils heranzuziehen sind (vgl. schon BGH, Beschluss v. 26. September 2006 - X ZB 14/06, NVwZ 2007, 240, 246). Dementsprechend haben der Antragsgegner (1/3) und die Beigeladene (1/3) der Antragstellerin insgesamt 2/3 ihrer Aufwendungen zu erstatten, während die Antragstellerin den beiden jeweils 1/3 ihrer Aufwendungen zu erstatten hat.

Auf den Antrag der Antragstellerin stellt die Vergabekammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten fest. Die Hinzuziehung von Rechtsanwälten ist vorliegend für die Antragstellerin jedenfalls wegen der schwierigen materiellen Rechtsfragen zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts, der Dokumentation des Verfahrens und des Wertungsprozesses und der prozessualen Aspekte etwa der Gewährung von Akteneinsicht notwendig gewesen.

Einer Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners sowie der Beigeladenen bedarf es nicht. Der Antragsgegner hat einen entsprechenden Antrag nie angekündigt und in der mündlichen Verhandlungen auch nicht

gestellt. Die Beigeladene hat hingegen trotz entsprechender Ankündigung eines dahingehenden Antrags von dessen Stellung in der mündlichen Verhandlung abgesehen.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (derzeit abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien_node.html) heran. Dabei legt die Kammer in der Regel zwar den Bruttoangebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 - 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragsteller zugrunde, weil dieser ihr Interesse am Auftrag manifestiert. Im vorliegenden Fall scheidet dies mangels Angebotspreises allerdings aus. Das Interesse am Auftrag ist hier dementsprechend an dem Wert der Bauleistung zu orientieren, der mit den von der Antragstellerin kalkulierten Investitionskosten von rund ... Mio. EUR beschrieben werden kann. Aus der Gebührentabelle ergibt sich danach eine Gebühr in Höhe ... ,- EUR. Dieser Wert entspricht auch dem Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren, welches insgesamt durchschnittlich umfangreich war. Zwar war die vom Antragsgegner vorgelegte Vergabeakte zunächst unterdurchschnittlich umfangreich, was den Aufwand etwas reduziert hat. Allerdings musste über die Frage der Akteneinsicht wiederholt in Zwischenverfahren mit Anhörungen der Beteiligten entschieden werden. Hinzu kam, dass der Verhandlungstermin und dessen Vorbereitung aufgrund der nachgereichten Unterlagen des Antragsgegners verschoben werden mussten. Schließlich war die Anzahl der in den - ebenfalls recht umfangreichen - Schriftsätzen aufgeworfenen Rechts- und Tatsachenfragen eher überdurchschnittlich.

Der Antragsgegner ist gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG von der Zahlung der Gebühren allerdings befreit. Im Ergebnis werden daher nur die Antragstellerin und die Beigeladene zur Entrichtung der Gebühren herangezogen. Bei einer derartigen sogenannten gestörten Gesamtschuld ist dann allerdings nach allgemeiner, sich nur in Details unterscheidender Rechtsprechung und Literatur ein Ausgleich durch eine Beschränkung der Gebührenschild derjenigen Gebührenschildner vorzunehmen, zu deren Lasten dies anderenfalls

ginge (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. September 2009 - Verg 20/09, BeckRS 2009, 28982; VK Rheinland, Beschluss vom 28. Mai 2019 - VK K 55 / 17 L, Datenbank VergabePortal; VK Westfalen, Beschluss vom 7. April 2017 - VK 1 - 07/17, BeckRS 2017, 111393 Rn. 75; *Krohn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 25; *Glahs*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 182 GWB, Rn. 18). Die Kammer wird daher im Ergebnis nur ... ,- EUR eintreiben und tenoriert entsprechend, dass sich der Haftungsanteil der Beigeladenen im Außenverhältnis auf ein Drittel der Gesamtgebühr (= ... ,- EUR) beschränkt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 - Verg 35/15, BeckRS 2015, 18388 Rn. 31; VK Rheinland, Beschluss vom 15. November 2017 - VK VOL 11/17, BeckRS 2017, 137491).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich oder als elektronisches Dokument gemäß den Vorschriften über den elektronischen Rechtsverkehr bei dem Kammergericht, Elßholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vorsitzender

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer

Dr. Lux

Sauer

...