



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ...

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

das Land Berlin, vertreten durch das Bezirksamt
... Berlin...

Antragsgegner,

wegen der Vergabe von Architektenleistungen (Vergabeverfahren „...“),

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Bobinski am 19. März 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners.

3. Die Verfahrensgebühren werden auf 2.500 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit Bekanntmachung 2017/S ... vom 18. Oktober 2017 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union Architektenleistungen zum Umbau des Gebäudes ... im Bezirk Treptow-Köpenick europaweit im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus.

Ausweislich der Bekanntmachung wird ein geeignetes Architekturbüro gesucht, welches auf der Grundlage der Aufgabenstellung Entwürfe entwickelt, die eine Qualifizierung des identitätsstiftenden Kulturstandorts ermöglichen. Der Auftrag beinhalte Architektenleistungen entsprechend der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) Teil 3 Objektplanung Abschnitt 1 Gebäude und Innenräume. Es sei beabsichtigt, die Leistungsphasen 2 bis 9 gemäß § 34 HOAI ganz oder teilweise sowie ggf. besondere Leistungen zu vergeben. Die Beauftragung erfolge stufenweise, zunächst bis zur Leistungsphase 3. Die Umbaukosten seien brutto einschließlich Baunebenkosten mit ca. 5 Mio. EUR veranschlagt. Grundlage dieser Kostenschätzung seien Gutachten zur Bausubstanz und eine Machbarkeitsstudie des bezirklichen Facility Managements. Als Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 35% wird das Qualitätskriterium „Ideenskizze“ angegeben. Der Auftraggeber beabsichtige, im Rahmen des Verhandlungsverfahrens Ideenskizzen anfertigen und bewerten zu lassen. Diese würden mit 2.100 EUR netto honoriert.

Die unter anderem von der Antragstellerin abgerufenen Vergabeunterlagen enthalten folgende „Aufgabenbeschreibung für die Ideenskizze und Kriterien für die Wertung der Beiträge“:

„3.1 Geforderte Leistungen

Inhalte der zu erbringenden Ideenskizzen sind

- Aufstockung Neubau
- Verbindung Neubau-Altbau
- Barrierefreie Erschließung Altbau.

Die räumliche Verortung der Nutzung ist nicht Gegenstand des Auswahlverfahrens.

Von den Teilnehmern werden folgende Leistungen erwartet:

- a) Darstellung des Planungsbereiches im Maßstab 1:200 (gesamt max. 1 Blatt, Format DIN A0, Querformat)
 - b) Erläuternde Darstellung zur planerischen Leitidee wie Details, Schnitte, Ansichten (gesamt max. 1 Blatt, Format DIN A0 Querformat mit ausgewählten Details)
 - c) Darstellung der planerischen Leitidee mit Hinweisen zu den vorgeschlagenen Materialien für die Verbindung und Aufstockung ist in einem Erläuterungstext (max. 1 Seite A 4).
 - d) Flächenberechnung
 - e) Plausibilisierung, dass die Skizze innerhalb des vorgegebenen Kostenrahmens umzusetzen ist (Kostenschätzung nach DIN 276 mindestens gegliedert in die erste Ebene der Kostengliederung unter Verwendung von ABau Formblatt III 1322.H F, abrufbar unter [...])
 - f) Öffentliche Präsentation des Entwurfs
 - g) Präsentation des Entwurfs in der Jurysitzung
- [...]

3.3 Kriterien für die Auswahl des Bieters, der den Zuschlag erhalten soll

[...] Die Wertung der Lösungsvorschläge ergibt sich aus der Umsetzung der Anforderungen an die Planungsaufgabe, der Beurteilung durch das Beurteilungsgremium aus Vertretern des Auslobers und der Vorstellung im Rahmen des Verhandlungsgesprächs.

	Kriterium	Pkt. von / bis	Wicht- ung	Max. Pkt.
A	<p>Ideenskizzen und Lösungsvorschläge gemäß Ziff. 3.1 Nr. 1 – 8</p> <ul style="list-style-type: none"> • Architektonische Gestaltung (Baukörpergestaltung, Konstruktion, Material) • Funktionalen Anforderungen (Erschließung, funktionale Zuordnung, räumliche Qualitäten, Raumzuschnitte, Barrierefreiheit) • Umsetzung der Anforderungen an das nachhaltige Bauen (ABau II 100.H) • Einhaltung der geplanten Baukostenobergrenze unter Berücksichtigung der Baukosten, Betriebs- und Instandhaltungskosten <p>Die Reihenfolge der Kriterien stellt keine Gewichtung dar.</p>	1 – 5	35%	175
	<ul style="list-style-type: none"> • Vorstellung der Ideenskizze unter Berücksichtigung der besonderen Anforderungen an die Planungsaufgabe im Rahmen des Verhandlungsgesprächs 			

[...]

3.4 Weiterbeauftragung

[...] Die Entwurfsplanung sowie die auf dem Entwurf basierende Kostenberechnung gem. DIN 276 bilden die Grundlage für die Honorarberechnung der Leistungsphasen 2 bis 9 HOAI wobei die Aufwandsentschädigung auf das Bearbeitungshonorar angerechnet wird.

[...]

3.5 Vergütung

Für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erhalten die Teilnehmer, die eine vollständige Ideenskizze gemäß Ziff. 3.1 abgeben und präsentieren, eine Aufwandsentschädigung in Höhe von 2.000,00 EUR (brutto inkl, NK, pauschal).

Entsprechend § 8 Abs. 2 der Richtlinie für Planungswettbewerbe werden im Vergabeverfahren bereits erbrachte Leistungen nicht erneut vergütet und somit in Höhe von 2.000,00 EUR vom Honorar Architekt abgezogen.“

In dem ebenfalls als Teil der Vergabeunterlagen abgegebenen Angebotsformular des Antragsgegners werden Gesamtkosten von 5 Mio. EUR brutto einschließlich Baunebenkosten und vorläufig anrechenbare Kosten in Höhe von ca. 2,5 Mio. EUR angegeben. Weiter wird mitgeteilt, dass 95,45% der Leistungen des Leistungsbildes Objektplanung für Gebäude und Innenräume Gegenstand der Vergabe und diese Leistungen nach Einschätzung des Auftraggebers der Honorarzone III (von-Satz) zuzuordnen seien.

Mit Schreiben vom 11. November 2017 bemängelte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner die Höhe der vorgesehenen Vergütung für die geforderten Lösungsvorschläge. Sie machte geltend, nach Abgleich mit den einschlägigen HOAI-Teilleistungstabellen ergäbe sich ein Leistungsanteil von 3 bis 3,5% des Gesamthonorars, sodass insoweit ein Mindesthonorar von 8.000 bis 10.000 EUR ohne Berücksichtigung mitzuverarbeitender Bausubstanz und etwaiger weiterer Honorarzuschläge anzusetzen sei. Das vorgesehene Honorar von 2.100 EUR sei dementsprechend nicht angemessen und stelle einen Verstoß gegen § 77 Abs. 2 VgV dar.

Am 14. November 2017 reichte die Antragstellerin einen Teilnahmeantrag bestehend aus einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) nebst Zusatzerklärung auf Basis der vom Antragsgegner gestellten Formulare ein.

Mit Schreiben vom 17. November 2017 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, der Rüge nicht abzuweichen. Auf der Grundlage der Vorgaben aus der Bekanntmachung und den Angebotsunterlagen sei die Honorarermittlung wie folgt vorge-

nommen worden: Die Gesamtbausumme inkl. Baunebenkosten sei mit 5 Mio. EUR angegeben, die vorläufigen anrechenbaren Kosten seien mit 2,5 Mio. EUR geschätzt worden. Unter im Einzelnen erfolgender Aufschlüsselung der Teilleistungen legte der Antragsgegner ferner dar, dass 2% der Grundleistungen für die Ideenskizzen vergütet würden. Da das Gesamthonorar für 100% der Leistungen bei Zugrundelegung der Mindestsätze der Honorarzone III 260.135 EUR betrage, liege das Honorar danach bei 5.202,70 EUR. Die Ideenskizze solle zudem auf drei Teilbereiche der Planung, nämlich Aufstockung Neubau, Verbindung Neubau-Altbau und barrierefreie Erschließung beschränkt werden, wobei es sich etwa um ein Drittel der zu vergebenden Gesamtleistung handele, sodass ein Drittel des vorgenannten Honorarwertes in Höhe von 1.734,24 EUR angesetzt werde. Hinzu komme ein anteiliger Umbauszuschlag von 10%, sodass die Honorierung mit 1.907,66 EUR erfolge. Aufgrund der zusätzlich erwünschten Präsentation der Ideenskizze werde die Gesamtleistung mit 2.100 EUR vergütet, was dementsprechend HOAI-konform, angemessen und vergaberechtskonform sei.

Vertreten durch ihre jetzigen Verfahrensbevollmächtigten hat die Antragstellerin am 1. Dezember 2017 einen Antrag auf Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer des Landes Berlin gestellt, der dem Antragsgegner durch die Kammer am 5. Dezember 2017 übermittelt worden ist. Die Antragstellerin hat mit dem Nachprüfungsantrag ihre Argumentation aus der Rüge vertieft vortragen lassen und die Angemessenheit der vorgesehenen Vergütung in Abrede gestellt.

Die Antragstellerin hat ursprünglich angekündigt zu beantragen, den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen, und festzustellen, dass die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten notwendig war.

Der Antragsgegner ist dem Nachprüfungsantrag zunächst entgegen getreten.

Mit Beschluss vom 15. Dezember 2017 hat die Kammer der Antragstellerin Akteneinsicht in die für die Streitentscheidung wesentlichen Teile der Vergabeakte gewährt. Mit Verfügung vom 29. Dezember hat die Kammer zudem den Antragsgegner darauf hingewiesen, dass erhebliche Zweifel an der Vergaberechtskonformität des Verfah-

rens sich daraus ergeben hätten, dass die Ideenskizzen ausweislich der Bekanntmachung mit „2 100 EUR netto“ und laut den Vergabeunterlagen mit „2.000,00 EUR (brutto inkl, NK, pauschal)“ vergütet werden sollten.

Mit Schreiben vom 4. Januar 2018 teilte der Antragsgegner daraufhin mit, dass das Vergabeverfahren aus schwerwiegendem Grund aufgehoben werde. Am 12. Januar 2018 sandte der Antragsgegner eine Bekanntmachung an das Amtsblatt der Europäischen Union ab, mit dem er das Verfahren neu bekannt machte. Die Erarbeitung von Lösungsvorschlägen ist darin nicht mehr vorgesehen.

Die Antragstellerin trägt vor, die vom Antragsgegner festgesetzte Vergütung sei unangemessen gewesen. Dies sei auch von der Vergabekammer im Rahmen eines Feststellungsantrags zu tenorieren, da unabhängig von den voneinander abweichenden Beträgen jedenfalls klar sei, dass selbst bei Zugrundelegung des höheren Wertes dieser unangemessen sei. Es bestehe insoweit auch ein Feststellungsinteresse. Diesbezüglich komme es zunächst nur auf den Zeitpunkt der Erledigung beziehungsweise der Mitteilung durch den Antragsgegner an, die spätere Neubekanntmachung könne nicht berücksichtigt werden. Selbst wenn man auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung abstellen wolle, bestehe eine Wiederholungsgefahr. Zum einen sei die Neubekanntmachung durch den Antragsgegner ersichtlich unter dem aktuellen Eindruck des Nachprüfungsverfahrens und zudem mit Zeitdruck wegen andernfalls verfallender Fördermittel erfolgt. Die anhaltende Verteidigung des bisherigen Vorgehens belege aber gerade, dass der Antragsgegner nicht von seiner Rechtsauffassung abgerückt sei, sodass bei weiteren Vergaben durch diesen Auftraggeber wiederum mit einer rechtswidrigen Vorgehensweise zu rechnen sei. Zum anderen bestehe eine Wiederholungsgefahr jedoch auch insoweit, als zu besorgen sei, dass es bei anderen Auftraggebern zu ihrer Art nach gleichartigen Wiederholungen der geltend gemachten Rechtsverletzung kommen könne. Die Vergabekammer sei auch verpflichtet, über die Rechtsverletzung durch die unangemessene Festsetzung der Vergütung zu entscheiden. Denn die von der Kammer aufgegriffenen widersprüchlichen Betragsangaben stellten eine objektivrechtliche Verletzung insbesondere des Transparenzgebots dar, während sie im subjektivrechtlich geprägten Nachprüfungsverfahren Anspruch darauf habe, dass über die von ihr konkret geltend gemachten Rechtsverstöße entschieden werde. Die Unangemessenheit der Vergü-

tung ergebe sich daraus, dass vorliegend die HOAI unmittelbar anwendbar sei und sich danach eine höhere Vergütung ergebe. Selbst wenn die HOAI nicht anwendbar sei, müsste die Festlegung einer angemessenen Vergütung bei Zugrundelegung von moderaten Stundensätzen und einem moderaten Zeitansatz zu einer Vergütung von 8.750 EUR führen.

Die Antragstellerin beantragt nunmehr sinngemäß,

festzustellen, dass sie durch die Festsetzung einer unangemessenen Vergütung für die im Rahmen des Verhandlungsverfahrens zu erarbeitenden Lösungsvorschläge durch den Antragsgegner in ihren Rechten verletzt wurde und

festzustellen, dass die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten notwendig war.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Er macht geltend, der Fortsetzungsfeststellungsantrag sei bereits unzulässig. Weder bestehe eine konkrete Wiederholungsgefahr noch weise der Fall eine grundsätzliche Bedeutung auf, da auch der Antragsgegner der Auffassung sei, die HOAI sei vorliegend anwendbar. Angesichts dieses Umstandes könne es nicht Aufgabe der Vergabekammer sein, die konkrete Bemessung der Honorarhöhe, die regelmäßig unter Heranziehung gerichtlich bestellter Gutachter in Zivilprozessen ausgefochten werde, zu überprüfen.

In der mündlichen Verhandlung vom 12. Januar 2018 sind die Beteiligten zu ihrem jeweiligen Vorbringen angehört worden. Hinsichtlich des wesentlichen Ergebnisses der mündlichen Verhandlung wird auf das zu den Akten genommene Protokoll verwiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Streitakte und die Vergabeakte des Antragsgegners verwiesen, die vorgelegen haben und Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen sind.

II.

Der Nachprüfungsantrag in Gestalt des Fortsetzungsfeststellungsantrags nach § 168 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bleibt ohne Erfolg.

Der Antrag ist bereits unzulässig. Zwar ist der Antragsgegner öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB. Bei dem Streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich zudem um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 103 Abs. 1, Abs. 4 GWB. Die Vergabekammer des Landes Berlin ist zuständig, der maßgebliche Schwellenwert des § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. c 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 ist erreicht.

Es fehlt der Antragstellerin jedoch an einem Feststellungsinteresse. Hat sich das Nachprüfungsverfahren erledigt, stellt die Vergabekammer nach § 168 Abs. 2 S. 2 GWB auf Antrag eines Beteiligten fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. Das Nachprüfungsverfahren hat sich vorliegend durch Aufhebung zweifelsohne erledigt. Die Feststellung einer etwaigen Rechtsverletzung kann die Antragstellerin jedoch nur verlangen, soweit sie sich auf ein anerkanntes Feststellungsinteresse beruft. Dies ist dem Wortlaut des § 168 Abs. 2 S. 2 GWB zwar nicht ausdrücklich zu entnehmen, entspringt aber dem allgemeinen prozessualen Grundsatz, wonach jede Inanspruchnahme von Rechtsschutz von einem berechtigten Interesse gedeckt sein muss (vgl. etwa OLG Dresden, Beschluss vom 30.12.2010 – WVerg 7/09, IBRRS 2011, 0898; VK Südbayern, Beschluss vom 22.5.2015 – Z3-3-3194-1-63-12/14, ZfBR 2016, 75, 76; *Prell*, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 5. Edition, Stand: 31.01.2017, § 168 GWB, Rn. 53). Die an das Feststellungsinteresse als Sachentscheidungsvoraussetzung zu stellenden Anforderungen können dem Verwaltungsprozessrecht, dem das Fortsetzungsfeststellungsverfahren nachgebildet ist, entlehnt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.3.2005 – Verg 77/04, IBRRS 2005, 1255; VK Sachsen, Beschluss vom 27.6.2014 – 1/SVK/020-13,

BeckRS 2014, 19916; *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 123 GWB, Rn. 13).

Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich danach durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (vgl. OLG München, Beschluss vom 19.7.2012 – Verg 8/12, ZfBR 2012, 715, 718; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.3.2005 – Verg 77/04, IBRRS 2005, 1255). Dabei muss die beantragte Feststellung geeignet sein, die Rechtsposition der Antragstellerin in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung ihrer Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.2.2017 – VII-Verg 29/16, NZBau 2017, 628; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.5.2014 – 15 Verg 4/13, BeckRS 2015, 08088). Als Fallgruppen sind insoweit insbesondere die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches, Wiederholungsgefahr und ein Rehabilitationsinteresse anerkannt (vgl. VK Lüneburg, Beschluss vom 8.8.2014 – VgK-22/2014, BeckRS 2014, 20959; *Kadenbach*, in: Müller-Wrede, GWB-Kommentar, 2016, § 168, Rn. 49; *Thiele*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Kapitel 28, Rn. 84). Das Feststellungsinteresse ist vom antragstellenden Beteiligten zu begründen (vgl. OLG München, Beschluss vom 19.7.2012 – Verg 8/12, ZfBR 2012, 715, 718).

Die Antragstellerin hat sich ausschließlich auf eine Wiederholungsgefahr berufen. Eine ein anzuerkennendes Feststellungsinteresse begründende Wiederholungsgefahr ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Die Antragstellerin hat zur Begründung der Wiederholungsgefahr geltend gemacht, der Antragsgegner habe die Höhe der Vergütung für die Lösungsvorschläge und die Ermittlung des Honorars im Nachprüfungsverfahren verteidigt und das Verfahren lediglich aufgrund des Hinweises der Kammer aus anderen Gründen aufgehoben. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsgegner an der von ihr beanstandeten Rechtsauffassung festhalte. Zudem gehe die Wiederholungsgefahr auch nicht allein vom Antragsgegner aus. Die Antragstellerin beteilige sich vielmehr regelmäßig an vergleichbaren Vergabeverfahren anderer Auftraggeber. Da das für die Honorarermittlung im vorliegenden Verfahren verantwortliche Planungsbüro auch für andere öffentliche Auftraggeber außer dem Antragsgegner tätig sei, müsse sie befürchten, dass auch bei künftigen Vergabeverfahren vergleichbarer Art die von ihr beanstandeten Grundsätze der

Honorarermittlung zur Anwendung kämen und eine unangemessene Vergütung festgelegt werde.

Eine Wiederholungsgefahr liegt jedoch nur vor, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Wiederholung konkret zu besorgen ist (vgl. etwa VK Brandenburg, Beschluss vom 9.9.2005 – 1 VK 33/05, IBRRS 2006, 0686; *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 168 GWB, Rn. 147; *Steck*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 168, Rn. 41). Die abstrakte Wiederholungsgefahr in einem anderen, zukünftigen Verfahren kann ein Feststellungsinteresse hingegen nicht begründen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 30.10.2014 – 13 Verg 8/14, NZBau 2014, 780, 782; VK Lüneburg, Beschluss vom 31.5.2011 – VgK-14/2011, IBRRS 2011, 2674; *Vavra*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 178 GWB, Rn. 14).

Im vorliegenden Verfahren hat der Antragsgegner mit der Neubekanntmachung ohne das Verlangen von Lösungsvorschlägen die etwaige Gefahr einer Wiederholung der gerügten Umstände bezüglich des streitbefangenen Auftrags beseitigt. Ein anderes, konkretes Vergabeverfahren, in dem eine vergleichbare Problematik auftreten könnte, hat die Antragstellerin nicht dargelegt. Nach den vorstehenden Maßstäben fehlt es damit an einer konkreten Wiederholungsgefahr.

Entgegen der von der Antragstellerin vorgetragenen Auffassung der VK Südbayern (Beschluss vom 29.6.2017 – Z3-3-3194-1-13-04/17, BeckRS 2017, 121877) kann es für die Annahme einer Wiederholungsgefahr nicht genügen, dass eine Wiederholung der geltend gemachten Rechtsverletzungen in irgendeinem Vergabeverfahren irgendeines Auftraggebers droht, an dem sich das betroffene Unternehmen möglicherweise beteiligen würde. Denn dies liefe im Ergebnis auf eine vom subjektiven Rechtsschutz losgelöste Klärung abstrakter Rechtsfragen hinaus, die dem deutschen Rechtssystem von normierten Ausnahmefällen abgesehen fremd ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2005 – Verg 70/04, IBRRS 2005, 1208; VK Bund, Beschluss vom 14.2.2017 – VK 1 - 140/16, VERIS; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 25.1.2012 – VK-SH 24/11, IBRRS 2012, 3151; *Damaske*, in: GWB-Kommentar, 2016, § 178, Rn. 43). Eine „Musterfeststellungsklage“ kennt das Vergaberecht nicht. Auch das OLG München hat diesen Umstand im Beschwerdeverfahren

zu der Entscheidung der VK Südbayern ausweislich der von der Antragstellerin zum Verfahren gereichten Verfügung des dortigen Vergabesenats vom 19.12.2017 als problematisch erachtet. Warum es gleichwohl dazu tendiert hat, ein Feststellungsinteresse zu bejahen, bleibt für die Kammer unerklärlich.

Danach kommt es für die Frage der Wiederholungsgefahr nicht mehr darauf an, dass die Vertreter des Antragsgegners in der mündlichen Verhandlung auch erklärt haben, künftig von der Einholung von Lösungsvorschlägen ganz absehen zu wollen, um sich keinen Rechtsrisiken auszusetzen. Es sei insofern gleichwohl darauf hingewiesen, dass es nach einer vielfach vertretenen Auffassung zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr ausreicht, wenn die Vergabestelle – wie hier – erklärt, dass sie künftig keine vergleichbaren Leistungen in einem vergleichbaren Verfahren vergeben werde (OLG Celle, Beschluss vom 30.10.2014 – 13 Verg 8/14, NZBau 2014, 780, 782; VK Bund, Beschluss vom 2.7.2012 – VK 3-66/12, ZfBR 2012, 822, 824; *Reidt*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 168 GWB, Rn. 60; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 3.3.2004 – 1 BvR 461/03, NJW 2004, 2510, 2512; zweifelnd hingegen *Nowak*, in: *Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 114 GWB, Rn. 38).

Es ist auch unbeachtlich, dass der Antragsgegner sein Vorgehen hinsichtlich der von der Antragstellerin gerügten Umstände bis zum Schluss verteidigt hat. Die insoweit von der Antragstellerin ins Feld geführte Rechtsprechung begründet anhand der Verteidigung eines Vorgehens zwar eine Vermutung für eine wiederholte vergleichbare Handhabung (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.2011 – Verg 2/11, IBRRS 2011, 3862: „ist ... davon auszugehen, dass sie auch bei künftigen Ausschreibungen an der Grundkonzeption festhalten werden“) und kann daher insbesondere in Verfahren, in denen noch keine neuerliche Bekanntmachung erfolgt ist, herangezogen werden. Dem Wesen der Vermutung wohnt jedoch ihre Widerlegbarkeit inne. Indem der Antragsgegner das Vergabeverfahren ohne Abforderung von Lösungsvorschlägen bekannt gemacht und zudem die vorstehende Erklärung in der mündlichen Verhandlung abgegeben hat, ist eine etwaige Vermutung vorliegend jedenfalls durch die tatsächlichen Umstände widerlegt (vgl. auch VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 25.1.2012 – VK-SH 24/11, IBRRS 2012, 3151).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist hinsichtlich des Feststellungsinteresses auch nicht auf einen früheren Zeitpunkt, zu dem möglicherweise noch eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr anzunehmen gewesen sein mag, abzustellen. Das Feststellungsinteresse muss als Sachentscheidungsvoraussetzung vielmehr am Schluss der letzten mündlichen Verhandlung beziehungsweise im Zeitpunkt der Entscheidung der Vergabekammer vorliegen (vgl. KG, Beschluss vom 20.12.2000 – KartVerg 14/00, VERIS; VK Sachsen, Beschluss vom 27.6.2014 – 1/SVK/020-13, BeckRS 2014, 19916; VK Bund, Beschluss vom 21.5.2008 – VK 2 – 40/08; *Reidt*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 168 GWB, Rn. 59; *Hölzl*, in: *Montag/Säcker*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht [Kartellrecht], 2011, § 114, Rn. 39; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 27.3.1998 – 4 C 14/96, NVwZ 1998, 1295, 1296). Dies stellt auch keine unbillige Belastung der Antragstellerin dar. Denn dieser hätte es freigestanden, den Fortsetzungsfeststellungsantrag jedenfalls mit der Mitteilung des Antragsgegners über die Neubekanntmachung des Vergabeverfahrens für erledigt zu erklären oder zurückzunehmen. Indem die anwaltlich vertretene Antragstellerin von dieser prozessualen Möglichkeit weder zu einem früheren Zeitpunkt noch im Nachgang zu der Erklärung des Antragsgegners Gebrauch gemacht hat, hat sie sich selbst dem nunmehr verwirklichten Kostenrisiko ausgesetzt.

Der zuletzt gestellte Antrag, eine Rechtsverletzung der Antragstellerin durch die Festsetzung einer unangemessenen Vergütung für die im Rahmen des Verhandlungsverfahrens zu erarbeitenden Lösungsvorschläge durch den Antragsgegner festzustellen, ist daneben auch deshalb unzulässig, als die Vergabekammer damit über eine konkret nicht festgesetzte Vergütung zu befinden hätte.

Dabei kann offen bleiben, ob die Antragstellerin, die ihren Antrag trotz des entgegenstehenden Hinweises der Kammer ausdrücklich aufrechterhalten hat, überhaupt wie begehrt Anspruch auf die Tenorierung einer konkreten Rechtsverletzung hätte. Denn in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass mit einem Fortsetzungsfeststellungsantrag nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit, nicht jedoch die Feststellung eines bestimmten Rechtswidrigkeitsgrundes begehrt werden kann (vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 11.11.2009 – 6 B 22/09, NVwZ-RR 2010, 154, 155 m.w.N.; *Decker*, in: *Posser/ Wolff*, BeckOK VwGO, 44. Edition, Stand:

01.01.2018, § 113, Rn. 88.1). Übertragen auf das Vergabenachprüfungsverfahren bedeutete dies, dass die Antragstellerin allenfalls einen Anspruch auf die Feststellung einer Rechtsverletzung durch den Antragsgegner hätte, nicht jedoch auf Feststellung eines konkreten Rechtswidrigkeitsgrundes (in diese Richtung tenoriert bei KG, Beschluss vom 13.5.2013 - Verg 10/12; a.A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.3.2005 – Verg 77/04, IBRRS 2005, 1255; OLG Rostock, Beschluss vom 16.5.2001 – 17 W 1/01 u. 17 W 2/01, NZBau 2002, 170, 172; Vavra, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 178 GWB, Rn. 16).

Jedenfalls fehlt es an der sachlichen Grundlage für den Antrag der Antragstellerin auf Feststellung einer unangemessenen Vergütung. Die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens ergab sich vielmehr bereits aus dem mit der Unklarheit über die Höhe der versprochenen Vergütung einhergehenden Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz aus § 97 Abs. 1 S. 1 GWB. Die Ideenskizzen sollten ausweislich der Auftragsbekanntmachung mit „2 100 EUR netto honoriert“ werden, während sich aus den Vergabeunterlagen ergab, dass die Teilnehmer „eine Aufwandsentschädigung in Höhe von 2.000,00 EUR (brutto inkl, NK, pauschal)“ erhalten. Eine den Anforderungen des Transparenzgrundsatzes und der Gleichbehandlung der interessierten Unternehmen genügende eindeutige Festsetzung einer Vergütung lag damit nicht vor, so dass das Vergabeverfahren aufzuheben war.

Bei einer Sachentscheidung ohne die das Vergabenachprüfungsverfahren erledigende Aufhebung des Vergabeverfahrens hätte die Vergabekammer nur über diesen Umstand einer fehlenden eindeutigen Vergütungsfestsetzung befunden. Einer weitergehenden Entscheidung im Hinblick auf die Vergütungshöhe hätte es somit schon mangels Entscheidungserheblichkeit nicht bedurft, sodass auch keine dahingehende Feststellung erfolgen kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.5.2011 – VII - Verg 64/10, VERIS; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.5.2009 – VII-Verg 68/08, BeckRS 2009, 24305). Denn das Feststellungsverfahren hat allenfalls ein gegenüber dem ursprünglichen Nachprüfungsverfahren eingeschränktes, nicht hingegen ein ausgeweitetes Prüfungsprogramm (vgl. etwa *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 168 GWB, Rn. 136).

Einer Entscheidung über die Vergütungshöhe hätte es nicht nur nicht bedurft, eine solche wäre zudem auch nicht zulässig gewesen. Es steht der Vergabekammer nicht zu, sich insoweit an die Stelle des Antragsgegners zu setzen und zur Prüfung der Angemessenheit einer Vergütungshöhe einen Wert zu unterstellen, der so vom Antragsgegner nie eindeutig festgesetzt worden ist. Dem steht nicht entgegen, dass sich die Beteiligten vorliegend offenbar einig sind, dass nur der höhere aus der Bekanntmachung ersichtliche Wert vom Antragsgegner als Vergütung gewollt war. Vor der Vergabekammer kann dieses nur zwischen den Beteiligten des anhängigen Nachprüfungsverfahrens herrschende Verständnis nicht zugrunde gelegt werden. Denn der Antragsgegner hat es gerade versäumt, diesen Wert eindeutig und insbesondere transparent gegenüber sämtlichen möglicherweise am Auftrag interessierten Unternehmen festzusetzen. Ob er dieses Verständnis auch gegenüber Dritten vertrat, steht außerhalb des Einflusses der Kammer und kann daher zwangsläufig nicht zugrunde gelegt werden. Im gleichen Sinne kann nicht durch die Kammer – vergleichbar einer im Strafprozess mitunter zulässigen Wahlfeststellung – unterstellt werden, dass der Antragsgegner bei der gebotenen eindeutigen Festsetzung der Vergütungshöhe entweder den Wert von 2.000 EUR brutto oder 2.100 EUR netto angegeben hätte. Dem steht im Übrigen auch entgegen, dass die Kammer nach überschlägiger Würdigung des Sachverhalts nicht gänzlich ausschließen kann, dass die Rechtmäßigkeit der entsprechenden Vergütungsfestsetzungen jeweils unterschiedlich zu beurteilen wäre – insbesondere, wenn mit guten Argumenten vertretbar ist, eine unmittelbare Anwendbarkeit der HOAI vorliegend zu verneinen und bei der Angemessenheit im Sinne von § 77 Abs. 2 VgV daher deutliche Abschlüsse gegenüber einer HOAI-Vergütung für zulässig zu halten, die zudem einem Beurteilungsspielraum des Auftraggebers unterlägen (vgl. zu dem Vorstehenden insgesamt *Mestwerdt/Sauer*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3: Vergaberecht I, 2. Auflage, 2018, § 77 VgV, Rn. 31 i.E.).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat die Antragstellerin die Kosten des Verfahrens zu tragen. Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB umfasst dies auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners. Entsprechend der Tenorierung dieses Beschlusses handelt es sich nicht um ein nur teilweises Unterliegen im Hinblick auf den Feststellungsantrag. Von einer vereinzelt gebliebenen Literaturmeinung (*Hölzl*,

in: Montag/Säcker, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht [Kartellrecht], 2011, § 114, Rn. 41) abgesehen, wird soweit ersichtlich nicht vertreten, dass die Kostenentscheidung im Hinblick auf den Umfang des Unterliegens sowohl den ursprünglichen Antrag als auch den späteren Fortsetzungsfeststellungsantrag abzubilden hat (vgl. auch *Summa* in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 182 GWB, Rn. 41). Denn dies würde dazu führen, dass die Kammer nur wegen der Kosten die Erfolgsaussichten des ursprünglichen Antrags doch prüfen müsste, obgleich der Fortsetzungsfeststellungsantrag unzulässig ist. Quasi durch die Hintertür bekämen Antragsteller dann eine Entscheidung, die ihnen gerade mangels Feststellungsinteresses verwehrt ist.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Zwar zieht die Vergabekammer insofern als Ausgangspunkt regelmäßig die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (derzeit abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien_node.html) heran. Eine Orientierung an dem Auftragswert erscheint hier jedoch verfehlt, da Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens nicht die Auftragsvergabe selbst, sondern eine Vergabebedingung ist. Das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin bestand daher in Höhe der von ihr als angemessen erachteten Vergütung für die Lösungsvorschläge und blieb damit – auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Antragstellerin mit ihrem Feststellungsantrag auch auf andere Vergabeverfahren abzielte – unterhalb des in der Gebührentabelle ausgewiesenen Mindestwerts, sodass sich vorliegend die Mindestgebühr von 2.500 EUR ergibt. Dieser Wert spiegelt auch den Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren, welches insbesondere wegen der von den Beteiligten eingereichten Schriftsätze ansehnlichen Umfangs nebst zahlreicher Anlagen, der Notwendigkeit eines ausführlichen Akteneinsichtsbeschlusses, der Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der im Rahmen des Fortsetzungsfeststellungsantrags zu klärenden, mitunter schwierigen Sach- und Rechtsfragen durchaus umfangreich war. Anlass für eine weitere Reduzierung aus Gründen der Billigkeit besteht daher nicht. § 182 Abs. 3 S. 4 GWB findet bei einem Fortsetzungsfeststellungsantrag keine Anwendung (*Krohn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 19).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Elßholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzu legen. 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

Bobinski