



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ...

Antragstellerin,

gegen

die ... Berlin...

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

beigeladen:

...

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen der Vergabe von Leistungen zum Bau von Wohnhäusern (Vergabeverfahren „...“),

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Mauntel, den hauptamtlichen Beisitzer Dr. Lux und den ehrenamtlichen Beisitzer Rehlinger am 3. Februar 2017 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der Nachprüfungsantrag, soweit dieser auf die Gewährung von Primärrechtsschutz gerichtet ist, sich infolge wirksamer Zuschlagserteilung erledigt hat.

2. Die auf Primärrechtsschutz gerichteten sinngemäßen Anträge,
 - a. die Unwirksamkeit des von der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen geschlossenen Vertrags festzustellen,
 - b. der Antragsgegnerin zu untersagen, das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen,
 - c. der Antragsgegnerin aufzugeben, der Antragstellerin eine rechtskonforme Vorabinformation im Sinne des § 101a GWB a.F. zu erteilen,
 - d. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und im Ergebnis der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen, hilfsweise, der Antragsgegnerin aufzugeben, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und
 - e. die Aufhebung des Vergabeverfahrens anzuordnen, hilfsweise das Vergabeverfahren in das Stadium vor Aufforderung zur Abgabe des letztverbindlichen Angebots zurückzusetzen,werden zurückgewiesen.
3. Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens ergeht im Rahmen des abschließenden Beschlusses über den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag.

Gründe

I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Zuschlagserteilung an die Beigeladene im Rahmen eines Bauvergabeverfahrens.

Bei der Antragstellerin und der Beigeladenen handelt es sich um Bauunternehmen, die Antragsgegnerin ist eine städtische Wohnungsbaugesellschaft.

Am ... veröffentlichte die Antragsgegnerin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (...) den streitgegenständlichen Bauauftrag „...“. Gegenstand des Verfahrens war die Vergabe der Die Antragsgegnerin schrieb die Leistung im Verhandlungsverfahren aus und gab an, das Verfahren in aufeinander folgenden Phasen zwecks schrittweiser Verringerung der Zahl der zu verhandelnden Angebote ab-

wickeln zu wollen. Als Zuschlagskriterien benannte sie das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen beziehungsweise der Aufforderung zur Angebotsabgabe aufgeführt seien.

Ausweislich der Schätzung der Antragsgegnerin sollte das Vorhaben einen Gesamtwert von ... EUR brutto haben.

Unabhängig von der Vergabebekanntmachung wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30. Juli 2015 unter Hinweis auf die Vergabebekanntmachung zur Teilnahme am Vergabeverfahren aufgefordert. Nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbs wurde die Antragstellerin in der Folge zur Abgabe eines Angebots unter Verweis auf die ihr übermittelten Vergabeunterlagen aufgefordert.

Die Antragstellerin erstellte daraufhin ein gemäß den Bewerbungsbedingungen gefordertes indikatives Angebot und reichte dies bei der Antragsgegnerin ein. In der Folge nahm die Antragstellerin an verschiedenen Verhandlungsrunden mit der Antragsgegnerin teil und überarbeitete ihr Angebot jeweils entsprechend des Verfahrensstands.

Mit Fax-Schreiben vom 28. November 2016 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Als frühestes Datum der Zuschlagserteilung war in diesem Schreiben der 9. November 2016 angegeben. Die Antragsgegnerin führte zudem aus, dass es in den Unterkriterien 2.2 und 2.3 einen „gewissen Abstand“ zum Bestbieter gegeben habe.

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2016 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin den angekündigten Zeitpunkt der frühesten Zuschlagserteilung. Ferner machte sie unter anderem geltend, das Vorabinformationsschreiben sei inhaltlich nicht hinreichend.

Mit erneutem Fax-Schreiben vom 2. Dezember 2016 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beige-

laden zu erteilen. Frühester Zeitpunkt der Zuschlagserteilung sei der 13. Dezember 2016. Das Angebot der Antragstellerin solle nicht den Zuschlag erhalten, da es aufgrund der Wertung entsprechend der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien und deren Wichtung nicht das wirtschaftlichste Angebot sei. In den Unterkriterien 1.1 und 1.2 habe das Angebot nicht den Status des besten Angebots erreicht. Im Unterkriterium 1.3 habe die Antragstellerin hingegen durch die kürzeste Bauzeit die volle Punktzahl erreichen können. In den Unterkriterien 2.1 und 2.4 habe ihr Angebot gleichauf mit den Wettbewerbern gelegen. Bei der Wertung der Unterkriterien 2.2 und 2.3 habe ihr Angebot die schlechteste Bewertung gegenüber den anderen Wettbewerbern erhalten.

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2016 rügte die Antragstellerin auch die neuerliche Vorabinformation. Die Begründung sei nicht nachvollziehbar und werde dem Transparenzgebot nicht gerecht. Denn es sei ihr auf dieser Grundlage nicht möglich nachzuvollziehen, aus welchen Gründen konkret ihr Angebot nicht das wirtschaftlich annehmbarste gewesen sein solle. Die jeweils in den Unterkriterien erreichten Punktzahlen müssten vielmehr offen gelegt werden. Offenbar habe die Vergabestelle zudem eine Neubewertung der Angebote vorgenommen, da ihr Angebot nunmehr bezüglich der Unterkriterien 2.2 und 2.3 die „schlechteste Bewertung“ erhalten haben solle, während in dem ersten Vorabinformationsschreiben noch von einem „gewissen Abstand zum Angebot des Bestbieters“ die Rede gewesen sei. Nach intensiver Angebotsbearbeitung sei schließlich schlichtweg auszuschließen, dass ein Konkurrent gerade in den angeführten Unterkriterien eine jeweils in solchem Maße höhere Punktzahl erreicht habe, dass dies die Bezuschlagung des betreffenden Konkurrenzangebots begründen könne. Aus fachlicher Sicht sei insbesondere ausgeschlossen, dass ihr Angebot in den Unterkriterien 2.2 und 2.3 die schlechteste Bewertung erfahren solle. Dies könne nur so erklärt werden, dass der favorisierte Konkurrent ein nicht sämtlichen Vergabebedingungen entsprechendes Angebot unterbreitet habe.

Mit Schreiben vom selben Tag wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass sie keine Neubewertung des Angebots der Antragstellerin vorgenommen habe. Mit dem neuerlichen Vorabinformationsschreiben habe die Vergabestelle vielmehr versucht, dem Wunsch der Antragstellerin nach Konkretisierung der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes nachzukommen.

Mit weiterem Schreiben vom 6. Dezember 2016 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin zudem mit, dass sie von der Rechtmäßigkeit ihrer Vorabinformation ausgehe. Am 7. Dezember 2016 fand sodann ein Gespräch von Vertretern der Antragstellerin und der Antragsgegnerin statt.

Mit Schreiben vom 8. Dezember 2016 wies die Antragsgegnerin die Rügen der Antragstellerin zurück. Insbesondere sei die Vorabinformation hinreichend gewesen. Gleichwohl habe sie im Gespräch am Vortag die Einzelheiten zur Bewertung des Angebots der Antragstellerin erläutert. Ergänzend teile sie zudem nunmehr mit, dass das Angebot der Antragstellerin in der Gesamtwertung auf dem dritten Platz liege. Die Bewertung der Angebote sei ordnungsgemäß erfolgt, insbesondere habe die Beigeladene ein sämtlichen Bedingungen entsprechendes Angebot abgegeben.

Mit Schreiben vom gleichen Tag machte die Antragstellerin weitere beziehungsweise vertiefte Rügen geltend. Unter anderem sei die Antragsgegnerin bei der Bewertung des Unterkriteriums 2.3 grundlegend falsch vorgegangen, weil entgegen der Vergabeunterlagen nur die Gesamtzahl der Wohnungen bewertet worden sei. Bei Zugrundelegung sämtlicher in den Vergabeunterlagen ausgewiesenen Unterkriterien würde ihr Angebot eine Besserbewertung in einem solchen Maß erfahren, dass es zum favorisierten Angebot werden müsse. Auch die Bewertung der Vermietbarkeit der zu bauenden Wohneinheiten sei aus weiter ausgeführten Gründen im Hinblick auf die Souterrainwohnungen und die Laubengänge fehlerhaft erfolgt. Schließlich seien die Konkurrenzangebote und insbesondere das Angebot der Beigeladenen auszuschließen, da sie nach dem Ergebnis des Gesprächs vom Vortag offenbar Abweichungen von zwingenden Vorgaben vorgesehen hätten.

Mit Schreiben vom 9. Dezember wies die Antragsgegnerin auch die weiteren Rügen zurück und erläuterte unter anderem, wie sie die Angebote gewertet habe.

Am 12. Dezember 2016 hat die Antragstellerin bei der Vergabekammer des Landes Berlin einen Nachprüfungsantrag gestellt. Der Nachprüfungsantrag ist gegen 10 Uhr dieses Tages durch Boten in der allgemeinen Poststelle der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe (Frau ...) abgegeben worden. Auf telefonische

Nachfrage der Antragstellerin hat die Geschäftsstelle der Vergabekammer sodann ermitteln können, dass der Antrag dort abgegeben worden ist. Ein Mitarbeiter der Geschäftsstelle hat den Antrag daraufhin in der Poststelle abgeholt und in der Folge mit der Erfassung des Antrags zwecks Übermittlung an die Mitglieder der Vergabekammer begonnen. Die hauptamtlichen Mitglieder der Vergabekammer haben den Antrag gegen 11:30 Uhr erhalten und damit begonnen, diesen zu prüfen. Gegen 12:00 Uhr haben die hauptamtlichen Mitglieder ferner eine Schutzschrift der Vertreter der Antragsgegnerin in dieser Sache erhalten und weiter geprüft.

Am 13. Dezember 2016 teilte die Antragsgegnerin der Beigeladenen per Fax um 8:40 Uhr mit, dass ihr auf Basis ihres Angebots der Zuschlag erteilt werde. Mit Fax vom gleichen Tag bestätigte die Beigeladene um 8:56 Uhr, das Zuschlagsschreiben erhalten zu haben.

Nach Beratung der Sache am 13. Dezember 2016 haben die Mitglieder der Vergabekammer die Geschäftsstelle um 13:10 Uhr gebeten, den Antrag schnellstmöglich der Antragsgegnerin zu übermitteln. In der Folge ist der Nachprüfungsantrag noch am 13. Dezember 2016 übermittelt worden. Nach Eingang einer entsprechenden Mitteilung der Antragsgegnerin hat die Vergabekammer mit Verfügung vom 15. Dezember 2016 die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass sich das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung erledigt habe.

Die Antragstellerin hat an ihrem Nachprüfungsantrag festgehalten. Sie macht insbesondere geltend, das Nachprüfungsverfahren habe sich nicht durch Zuschlagserteilung erledigt, da der Zuschlag nicht wirksam erteilt worden sei. Die Vorabinformation genüge nicht den rechtlichen Vorgaben, weshalb der Zuschlag schon unter diesem Gesichtspunkt nichtig sei. Zudem sei der Vertragsschluss auch zivilrechtlich unwirksam. Hinzu komme, dass durch die Zuschlagserteilung nach Einreichung ihres Nachprüfungsantrags ihr Recht auf effektiven Rechtsschutz verletzt worden sei. Die Antragsgegnerin habe schließlich in der Sache zu Unrecht nicht ihr Angebot ausgewählt, sondern der Beigeladenen den Vorzug gegeben.

Die Antragstellerin hat auf Grundlage eines entsprechenden Beschlusses der Vergabekammer vom 18. Januar 2017 Akteneinsicht genommen.

Die Antragstellerin beantragt schriftsätzlich sinngemäß,

- a. die Unwirksamkeit des von der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen geschlossenen Vertrags festzustellen,
- b. der Antragsgegnerin zu untersagen, das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen,
- c. der Antragsgegnerin aufzugeben, der Antragstellerin eine rechtskonforme Vorabinformation im Sinne des § 101a GWB a.F. zu erteilen,
- d. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und im Ergebnis der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen, hilfsweise, der Antragsgegnerin aufzugeben, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
- e. die Aufhebung des Vergabeverfahrens anzuordnen, hilfsweise das Vergabeverfahren in das Stadium vor Aufforderung zur Abgabe des letztverbindlichen Angebots zurückzusetzen und
- f. hilfsweise festzustellen, dass sie durch die Gestaltung des Vergabeverfahrens und die Auswahl der Beigeladenen in ihren Rechten verletzt worden ist.

Die Antragsgegnerin beantragt schriftsätzlich,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen

und

festzustellen, dass die Hinzuziehung einer Verfahrensbevollmächtigten für sie notwendig gewesen ist.

Die Antragsgegnerin ist dem Nachprüfungsantrag unter Vertiefung ihrer Ausführungen aus der Schutzschrift entgegen getreten und macht insbesondere geltend, dass der Zuschlag wirksam erteilt worden sei.

Mit Beschluss vom 3. Januar 2017 hat die Vergabekammer die Beiladung des bezuschlagten Unternehmens ausgesprochen.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Die Beteiligten haben schriftlich übereinstimmend ihren Verzicht auf eine mündliche Verhandlung im Hinblick auf die hier zu treffende Zwischenentscheidung erklärt. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Akte der Vergabekammer nebst den gewechselten Schriftsätzen sowie die beigezogenen Vergabeakten verwiesen.

II.

Gemäß § 186 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Februar 2016 findet für das vorliegende Verfahren das GWB in der bis zum 17. April 2016 geltenden Fassung (GWB a.F.) Anwendung, da das Vergabeverfahren mit der Veröffentlichung der Bekanntmachung am 1. August 2015 bereits vor dem insoweit maßgeblichen 18. April 2016 begonnen hat.

Aufgrund des schriftlich erklärten Einverständnisses der Beteiligten kann die Vergabekammer gemäß § 112 Abs. 1 S. 3 GWB a.F. ohne mündliche Verhandlung entscheiden.

Der auf Primärrechtsschutz gerichtete Nachprüfungsantrag bleibt insgesamt ohne Erfolg, über den hilfsweise gestellten Fortsetzungsfeststellungsantrag wird gesondert entschieden.

1. Der auf Primärrechtsschutz gerichtete Nachprüfungsantrag ist unzulässig. Er hat sich durch Zuschlagserteilung erledigt.

Zwar sind die Eingangsvoraussetzungen für das Vergabenachprüfungsverfahren gegeben. So ist die Antragsgegnerin öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 GWB a.F., bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich zudem um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 1, Abs. 3 GWB a.F. Die Vergabekammer des Landes Berlin ist zuständig, der maßgebliche Schwellenwert des § 100 Abs. 1 GWB ist erreicht.

Das Nachprüfungsverfahren hat sich allerdings durch wirksame Zuschlagserteilung gemäß § 114 Abs. 2 S. 1 GWB a.F. erledigt. Da die Zuschlagserteilung und damit die Erledigung vorliegend streitig sind, spricht die Vergabekammer dies mit der vorliegenden, isoliert rechtsbehelfsfähigen Entscheidung aus, um Rechtsklarheit zu schaffen (vgl. OLG Jena, Beschluss v. 16.7.2003 – 6 Verg 3/03; OLG Jena, Beschluss v. 9.9.2002 – 6 Verg 4/02; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 12.5.2005 – VK 17/05; VK Südbayern, Beschluss v. 28.9.2001 – 30 - 08/01; *Summa* in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 168 GWB, Rn. 129 ff.; in diese Richtung auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.12.2007 – Verg 40/07, BeckRS 2008, 00742).

Der Zuschlag ist wirksam erteilt worden. Die Antragsgegnerin hat der Beigeladenen auf der Grundlage ihres Angebots am 13. Dezember 2016 mit Faxschreiben wirksam den Zuschlag erteilt. Dem stehen weder § 101b GWB a.F. noch europarechtliche Vorgaben entgegen.

Nach § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. ist ein Vertrag von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber gegen § 101a GWB a.F. verstoßen hat und dies in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Nach § 101a Abs. 1 S. 4 GWB a.F. darf ein Vertrag erst 10 Kalendertage nach Absendung dieser Vorabinformation per Fax geschlossen werden. Unzweifelhaft hat die Antragsgegnerin den Vertrag mit der Beigeladenen am 13. Dezember 2016 erst 10 Kalendertage nach der Absendung des Vorabinformationsschreibens per Fax am 2. Dezember 2016 geschlossen.

§ 101a Abs. 1 S. 1 GWB a.F. wiederum verlangt vom Auftraggeber, die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich zu informieren. Die Antragsgegnerin hat mit dem Schreiben vom 2. Dezember 2016 auch diese inhaltlichen Anforderungen an eine Vorabinformation nach § 101a Abs. 1 S. 1 GWB a.F. erfüllt. Die Antragstellerin ist als betroffene Bieterin über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses informiert worden. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin darüber hinaus den Namen der ausgewählten Bieterin mitgeteilt.

Ferner hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots benannt. Sinn und Zweck der Vorabinformation ist es, den erfolglosen Bietern zu ermöglichen, die Wertungsentscheidung der Vergabestelle zumindest ansatzweise nachzuvollziehen, um die Erfolgsaussichten etwaigen Rechtsschutzes abschätzen zu können. § 101a Abs. 1 S. 1 GWB liegt zu diesem Zweck ein negativer Ansatz zugrunde, indem die Vorschrift zur Mitteilung der Gründe verpflichtet, weshalb das vom Adressaten abgegebene Angebot nicht angenommen wurde. Dies muss nachvollziehbar und einzelfallbezogen geschehen. Einem Bieter, der erst auf der letzten Wertungsstufe gescheitert ist, ist daher deutlich zu machen, inwieweit sein Angebot in Bezug auf die zuvor bekannt gemachte Bewertungsmatrix nicht konkurrenzfähig war. Die Darstellung der Ablehnungsgründe kann kurz ausfallen und sich insoweit am Vergabevermerk orientieren; sie muss jedoch inhaltlich umfassend und hinreichend aussagekräftig sein, um als Entscheidungsgrundlage bezüglich der Inanspruchnahme von Rechtsschutz zu dienen (*Knauff*, in: Müller-Wrede: Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2014, Kap. 24, Rn. 33a).

Diesen Anforderungen genügt das Vorabinformationsschreiben der Antragsgegnerin. Sie hat der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht das wirtschaftlichste gewesen sei. Sodann hat sie die einzelnen Wertungs- und Unterkriterien aufgeführt und der Antragstellerin jeweils dargelegt, dass ihr Angebot zu 1.1 und 1.2 nicht das beste Angebot gewesen sei, zu 1.3. durch die kürzeste Bauzeit die volle Punktzahl erhalten habe, zu 2.1 und 2.4 mit den Wettbewerbern gleichauf gelegen habe und zu 2.2 und 2.3 die schlechteste Bewertung gegenüber den anderen Wettbewerbern erhalten habe. Die Antragsgegnerin hat mithin sämtliche Wertungs- und Unterkriterien genannt und das Wettbewerbsergebnis des Angebots der Antragstellerin in den jeweiligen Kriterien verbalisiert. Die Informationen dienen der Antragstellerin somit als Darstellung, inwiefern ihr Angebot in Bezug auf die bekannt gemachten Kriterien nicht konkurrenzfähig war. Zu einer weiter ins Detail gehenden Begründung der Wertungsentscheidung ist die Antragsgegnerin nicht gehalten (vgl. OLG Dresden, Beschluss v. 7.5.2010 – WVerG 6/10, NZBau 2010, 526, 547; *Gnittke/Hattig*, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, 2016, § 134, Rn. 72).

Ganz offenkundig genügten die Angaben der Antragstellerin auch, um eine inhaltliche Rüge der Vergabeentscheidung bereits mit Schreiben vom 1. Dezember 2016 auf die zunächst fehlerhafte, im wesentlichen Punkt aber vergleichbare Information vom 28. November anzubringen. Dann gilt aber, dass der vorstehend genannte Sinn und Zweck der Vorabinformation offenbar erfüllt ist (vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 6.6.2013 – 11 Verg 8/13, BeckRS 2013, 13101).

Selbst wenn man weiter fordern sollte, dass die Rangstelle des jeweiligen Bieters mitzuteilen ist (a.A. etwa *Dreher*, in: *Dreher/Motzke*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 101a GWB, Rn. 57), so hat die Antragsgegnerin dies mit Schreiben vom 8. Dezember 2016 nachgeholt. Dies ist zulässig und bei der Beurteilung der Vorabinformation zu berücksichtigen (vgl. VK Südbayern, Beschluss v. 31.5.2011 – Z 3-3-3194-11 - 03/11). Denn die Vorabinformation dient keinem eigenständigen vergaberechtlichen Selbstzweck, sondern soll den Bieter in die Lage versetzen, einem möglichen Vergaberechtsverstoß nachgehen zu können sowie diesen durch eine Rüge und gegebenenfalls ein Nachprüfungsverfahren auszuräumen (vgl. schon VK Berlin, Beschluss v. 15.8.2011 – VK - B 2 – 22/11; ebenso OLG Celle, Beschl. v. 12.5.2016 – 13 Verg 10/15, NZBau 2016, 711, 713).

Berücksichtigt man zudem, dass die Antragstellerin vor Zuschlagserteilung in der Lage gewesen ist, einen umfangreich begründeten Nachprüfungsantrag einzureichen, spricht auch dies dafür, dass die Vorabinformation ihren Zweck erfüllt hat und eine Rechtsverletzung der Antragstellerin nicht zu erkennen ist (vgl. auch OLG Brandenburg, Beschluss v. 16.2.2012 – Verg W 1/12, BeckRS 2012, 05195; VK Sachsen, Beschluss v. 24.8.2016 – 1/SVK/017-16, BeckRS 2016, 19035).

Gegen die Wirksamkeit der Vorabinformation spricht entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch nicht, dass nach Art. 41 Abs. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) 2004/18/EG (entspricht dem jetzigen Art. 55 Abs. 2 RL 2014/24/EU) der Auftraggeber auf Verlangen jeden Bieter, der ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht hat, über die Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots unterrichtet. Zwar hat die Antragsgegnerin vorliegend die Antragstellerin nicht über die Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots der Beigeladenen unterrichtet, sondern sich vielmehr entsprechend der vorstehenden Maßgaben auf eine negative Begrün-

derung, warum das Angebot der Antragstellerin nicht den Zuschlag erhalten wird, beschränkt. Dies ist gleichwohl zulässig (a.A. *Dreher*, in: *Dreher/Motzke*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 101a GWB, Rn. 58), begründet jedenfalls keine Nichtigkeit des Vertrages. Im nationalen Vergaberecht des GWB ist eine derartige Rechtsfolge – anders als beispielsweise im österreichischen Recht mit § 131 Abs. 1 S. 2 Bundesvergabegesetz, auf das die Antragstellerin verweist – schon nicht vorgesehen.

Aber auch das europäische Recht kann eine Vertragsnichtigkeit nicht begründen. Denn eine solche könnte – gegebenenfalls in Gestalt einer richtlinienkonformen Auslegung von § 101a GWB a.F. oder einer unmittelbaren Anwendbarkeit des Richtlinienrechts aufgrund mangelnder Umsetzung – allenfalls aus Art. 2d Abs. 1 lit. b der Rechtsmittelrichtlinie (RMR) 89/665/EWG in der aktuellen Fassung abgeleitet werden. Danach tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass ein Vertrag für unwirksam erklärt wird bei einem Verstoß gegen Art. 2a Abs. 2 RMR, falls dieser Verstoß dazu führt, dass der Bieter, der eine Nachprüfung beantragt, nicht mehr die Möglichkeit hat, vor Abschluss des Vertrags Rechtsschutz zu erlangen. Art. 2a Abs. 2 UAbs. 3 dieser Richtlinie sieht wiederum vor, dass der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an jeden betroffenen Bieter eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Art. 41 Abs. 2 VKR beigelegt wird. Ein Verstoß gegen diese europarechtlichen Vorgaben ist daher nicht erkennbar. Zum einen war es der Antragstellerin – wie bereits vorstehend dargelegt – möglich, vor Abschluss des Vertrags Rechtsschutz zu erlangen. Zum anderen liegt kein Verstoß gegen Art. 2a Abs. 2 UAbs. 3 RMR vor, da jener lediglich verlangt, eine Zusammenfassung der in der VKR genannten einschlägigen Gründe mitzuteilen. Eine solche „Zusammenfassung“ erfordert jedoch schon nach dem Wortlaut nicht, dass über jeden dort genannten Umstand unterrichtet werden muss. Durch die Einschränkung auf die „einschlägigen“ Gründe wird dem Auftraggeber zudem ermöglicht, sich auf die konkret zutreffenden, wesentlichen Gründe zu beschränken (vgl. VK Bund, Beschluss v. 24.6.2014 – VK 2-39/14, BeckRS 2014, 21187). Dies hat die Antragsgegnerin vorliegend getan, indem sie nicht über die Vorteile des Angebots der Beigeladenen, sondern vielmehr über die dem gegenüber stehenden Nachteile des Angebots der Antragstellerin in der Wertung unterrichtet hat. Schließlich könnte noch bezweifelt werden, ob einschlägige „Gründe“ im Sinne von Art. 2a Abs. 2 UAbs. 3 RMR überhaupt auf die Vorteile und Merkmale nach

Art. 41 Abs. 2 Spiegelstrich 3 VKR verweist, da diese – anders als die Spiegelstriche 1 und 2 – gerade nicht als „Gründe“ bezeichnet werden. Nicht entscheidend ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin jedenfalls, wie die Vorabinformation in anderen den Vergaberichtlinien unterliegenden Rechtskreisen, etwa im österreichischen Recht ausgestaltet ist. Denn es steht den nationalen Gesetzgebern frei, über die Mitteilungspflichten und Nichtigkeitssanktionen der Vergaberichtlinien hinausgehende, strengere nationale Vorgaben zu schaffen. Der Umstand, dass die Bundesrepublik Deutschland mit §§ 101a, 101b GWB a.F. insoweit nur die Mindestvorgaben der Vergaberichtlinien umgesetzt hat, rechtfertigt hingegen nicht eine überschießende, vermeintlich europarechtskonforme Auslegung.

Auch der von der Antragstellerin in den Raum gestellte Vorwurf eines Verstoßes gegen § 101a GWB a.F. gegenüber weiteren am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen bewirkte unabhängig von seiner Berechtigung keine Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages zwischen Antragsgegnerin und Beigeladener. Eine solche Nichtigkeit könnte nur aus § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. folgen. Dies setzte allerdings voraus, dass der behauptete Verstoß gegen § 101a GWB a.F. in einem Nachprüfungsverfahren nach § 101b Abs. 2 GWB a.F. festgestellt worden wäre. § 101b Abs. 2 GWB erfordert wiederum, dass der Verstoß binnen 30 Kalendertagen nach Veröffentlichung einer Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union im Wege eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht wird. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Die Auftragsvergabe ist am 20. Dezember 2016 im Amtsblatt veröffentlicht worden. Bis dato hat aber außer der Antragstellerin kein anderes am Vergabeverfahren beteiligtes Unternehmen einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Berlin gestellt. Die Geltendmachungsfrist des § 101b GWB a.F. ist somit verstrichen. Der zunächst schwebend wirksame Vertrag ist damit endgültig wirksam geworden.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Antragstellerin die Unwirksamkeit des Vertrages in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht hat. Denn der behauptete Verstoß gegen die Vorabinformations- und Stillhaltefrist gegenüber Dritten begründete nur in deren Verhältnis zur Antragsgegnerin subjektive Rechte und eine etwaige (relative) Nichtigkeit (vgl. VK Bund, Beschluss v. 1.12.2009 – VK 3-205/09; vgl. auch OLG München, Beschluss v. 31.1.2013 – Verg 31/12; VK Bund, Beschluss v.

14.7.2015 – VK 2-57/15) . Die Antragstellerin kann sich mithin als nicht vom dem behaupteten Verstoß betroffenes, sondern vielmehr selbst informiertes Unternehmen nicht auf die Nichtigkeitsfolge berufen (vgl. OLG Jena, Beschluss v. 16.7.2003 – 6 Verg 3/03; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 5. Aufl. 2014, § 101b, Rn. 41).

Schließlich kann eine Unwirksamkeit des Vertragsschlusses auch nicht aus dem Umstand abgeleitet werden, dass die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag zwar noch vor Zuschlagserteilung bei der Vergabekammer eingereicht, die Antragsgegnerin aber vor Übermittlung des Antrags den Zuschlag erteilt hat. Die insoweit vorgebrachte Argumentation der Antragstellerin liefe nämlich darauf hinaus, die Regelung in § 110 Abs. 2 *GWB* a.F. im Hinblick auf die Rechtsmittelrichtlinie für europarechtswidrig zu erklären. Dies ist jedoch mitnichten der Fall und wird – soweit ersichtlich – auch nicht ernsthaft vertreten.

Eine Unwirksamkeit des Vertragsschlusses könnte sich diesbezüglich nur aus Art. 2d Abs. 1 lit. b RMR wegen eines Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 3 S. 1 RMR ergeben. Nach Art. 2 Abs. 3 S. 1 RMR darf der Zuschlag nicht vor einer vorläufigen Entscheidung oder einer Hauptsacheentscheidung der Nachprüfungsinstanz, hier also der Vergabekammer, erteilt werden. Nach Art. 2 Abs. 3 S. 2 RMR endet diese „Aussetzung“ jedoch frühestens mit Ablauf der Stillhaltefrist, d.h. der nach deutschem Recht sog. Vorabinformationsfrist des § 101a Abs. 1 *GWB*. Diese war vorliegend jedoch bei Zuschlagserteilung abgelaufen. Die RMR selbst sieht also eine Rückausnahme für eine Zuschlagserteilung während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens für den Ablauf der Stillhaltefrist vor, sodass eine europarechtswidrige Rechtsverkürzung der Antragstellerin hier gerade nicht gegeben ist. Da die Vorabinformationsfrist im deutschen Recht durch die Nichtigkeitsfolge des § 101b *GWB* a.F. hinreichend abgesichert ist, stehen der Regelung in § 110 Abs. 2 *GWB* a.F. somit keine europarechtlichen Bedenken entgegen. Gilt die Regelung wiederum uneingeschränkt, gibt es – selbst bei hier unzutreffend unterstellt fehlerhafter Sachbehandlung durch die Vergabekammer – schon aus Rechtssicherheitsgründen keinen Grund für eine Vertragsnichtigkeit im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Eine falsche Sachbehandlung begründet allenfalls ein Rechtsverhältnis zwischen rechtsschutzsuchendem Bieter und Vergabekammer.

Im Übrigen ist vorliegend eine falsche Sachbehandlung der Vergabekammer nicht zu erkennen. Der Nachprüfungsantrag erreichte die hauptamtlichen Mitglieder gegen Mittag des 12. Dezember 2016 und wurde sodann unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich eingegangenen Schutzschrift umgehend intensiv im Sinne des gesetzlichen Auftrags des § 110 Abs. 2 GWB a.F. auf offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit geprüft. Im Ergebnis dieser Prüfung und nach Abstimmung der Kammermitglieder wurde am Mittag des 13. Dezember 2016 die Übermittlung des Antrags verfügt, die sodann unverzüglich erfolgte. Zusammengefasst hat die Vergabekammer somit den Antrag innerhalb von rund einem Tag geprüft und übermittelt. Dies ist angesichts des Umfangs und der Komplexität des Antrags nebst Anlagen sowie der Schutzschrift angemessen (vgl. auch VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 12.5.2005 – VK 17/05; *Gaus*, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, 2016, § 163, Rn. 37). Dass zwischenzeitlich der Zuschlag erteilt werden konnte, ist eine Folge des vom GWB in Umsetzung der RMR vorgesehenen Nachprüfungsregimes. Da der vergaberechtlich bewanderten Antragstellerin diese mögliche Schutzlücke zwischen Stellung des Antrags und Übermittlung bewusst war, hätte sie den Antrag bei der Vergabekammer gegebenenfalls früher stellen müssen, zumal ihr die wesentlichen Punkte ihres Antrags schon zum Teil lange zuvor durch die Vorabinformationsschreiben bekannt waren. Entgegen ihres Vortrags war die Antragstellerin daran nicht aus Rechtsgründen gehindert. Insbesondere sieht das GWB eine Wartefrist zwischen Rüge und Stellung eines Nachprüfungsantrags nicht vor (vgl. nur KG, Beschluss v. 15.4.2002 – Kart Verg 3/02; *Weyand*, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 14.9.2015, § 107 GWB, Rn. 430 m.w.N.).

Der Vertragsschluss ist auch zivilrechtlich wirksam zustande gekommen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin liegen kongruente Willenserklärungen ohne Auslassung für den Vertragsschluss wesentlicher Punkte (sog. *essentialia negotii*) vor. Die Beigeladene hat ausweislich der Vergabeakten insbesondere zu beiden von der Antragstellerin angeführten Punkte eine Einigung mit der Antragsgegnerin erzielt.

Nach § 10.1 Absatz 3 des Vertragsentwurfs war noch ein Preis zur Reduzierung des Gesamtpreises einzutragen. Die Beigeladene hat im abschließenden Verhandlungsgespräch am 10. November 2016 erklärt, wie sich der Preis bei Flächenreduzierung errechnet. Die Antragsgegnerin erteilte den Zuschlag schließlich „auf Basis“ des An-

gebots der Beigeladenen vom 14. Oktober 2016 sowie der Verhandlungsergebnisse vom 10. November 2016. Mithin sind die im Verhandlungsgespräch getroffenen Absprachen Vertragsgegenstand geworden, der von der Antragstellerin insoweit bemängelte Einigungsmangel besteht tatsächlich nicht.

Nach § 7.8 des Vertragsentwurfs sollte der Auftragnehmer die Planungsunterlagen in Abstimmung mit dem Auftraggeber weiter entwickeln, um seinen Entwurf zu optimieren: „Die Parteien gehen davon aus, dass eine solche Fortentwicklung insbesondere zu den in Anlage [...] aufgeführten Sachverhalten erforderlich ist. Dazu hat der Auftragnehmer seine Planungen nach den Vorgaben des Auftraggebers zu überarbeiten.“ Zwar lag bis zur Auftragserteilung keine entsprechende Anlage vor. Dies begründet jedoch keinen Einigungsmangel. Zum einen lautet es im Vertragstext ausdrücklich „insbesondere“. Dies bedeutet, dass die Anlage ohnehin nicht abschließend sein, die Antragsgegnerin hier vielmehr eine Art Weisungsrecht haben sollte. Dann kann es sich aber nicht um einen wesentlichen Vertragsbestandteil handeln, dessen Nichtangabe die Wirksamkeit des Vertragsschlusses in Frage stellte. Zum anderen hat die Beigeladene in dem Verhandlungsgespräch vom 10. November 2016 auch insoweit etwas erklärt, nämlich dass im Auftragsfall eine Weiterentwicklung und Optimierung der bereits vorliegenden Planung im Sinne der HOAI erfolge, eine Optimierung der vorliegenden Gebäudegrundrisse sei insbesondere hinsichtlich des Hauses 9 notwendig. Es fehlt folglich auch diesbezüglich nicht an einer Einigung. Dass der Beigeladenen angesichts der Vereinbarung in diesem Vertragsdetail gewisse Kalkulationsrisiken drohen, wie die Antragstellerin geltend macht, hindert die Wirksamkeit des Vertragsschlusses jedenfalls nicht.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, der Vertragsschluss sei möglicherweise zivilrechtlich unwirksam, weil Gremienvorbehalte, etwa eine vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats, nicht beachtet worden seien, so greift auch dies nicht durch. Denn es ist der Kammer nicht ersichtlich, dass vorliegend eine nach außen erkennbare Beschränkung der Vertretungsmacht der auf Seiten der Antragsgegnerin tätigen Personen bestand. Dann hinderten jedoch auch intern bestehende Vertretungsregelungen das Zustandekommen des Vertrages mit der Beigeladenen – jedenfalls unter Rechtsscheingesichtspunkten (vgl. auch *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl. 2016, § 54, Rn. 1 – 5) – nicht.

2. Eine Vorlage des Nachprüfungsverfahrens zur Vorabentscheidung an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gemäß Art. 267 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist trotz des dahingehenden Antrags der Antragstellerin nicht veranlasst. Zum einen besteht für die Vergabekammer schon keine Vorlagepflicht, da ihre Entscheidung noch mit der sofortigen Beschwerde angegriffen werden kann. Eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV könnte daher allenfalls die vergaberechtliche Beschwerdeinstanz treffen. Zum anderen ist eine Vorlage jedoch auch materiell nicht geboten. Hinsichtlich der von der Antragstellerin angeregten Vorlage des Verfahrens im Hinblick auf die im deutschen Recht vorgesehene Pflicht zur unverzüglichen Rüge kommt eine Vorlage schon deshalb nicht in Betracht, weil dies im vorliegenden Verfahren nicht entscheidungserheblich ist. Aber auch bezüglich der von der Antragstellerin aufgeworfenen Fragen, welche Anforderungen das europäische Recht an den Inhalt der Vorabinformation und die einzuhaltende Wartefrist beziehungsweise die Sicherstellung effektiven Rechtsschutzes stellt, sieht die Vergabekammer die Notwendigkeit einer Vorlage nicht. Die vorstehend vorgenommene Auslegung des Unionsrechts stellt sich hier vielmehr – auch in Anbetracht einzelner abweichender Auffassungen in der Literatur (vgl. *Dreher*, in: *Dreher/Motzke*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 101a GWB, Rn. 58) – als so eindeutig dar, dass es einer Befassung des EuGH nicht bedarf.

3. Der vom Tenor dieser Zwischenentscheidung nicht umfasste Fortsetzungsfeststellungsantrag wird im Rahmen einer abschließenden Entscheidung der Vergabekammer zu bescheiden sein. Insofern gilt gemäß § 114 Abs. 2 S. 3 GWB a.F. die Entscheidungsfrist des § 113 Abs. 1 GWB a.F. nicht. Die Entscheidung soll nach Bestandskraft dieser Zwischenentscheidung und abschließender Gewährung rechtlichen Gehörs für die Beteiligten ergehen.

4. Die Kostenentscheidung ergeht – entsprechend des allgemeinen prozessualen Grundsatzes der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung – im Rahmen der abschließenden Entscheidung.

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, Eißholzstr. 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. Mauntel

Dr. Lux

Rehlinger