

Vergabekammer Berlin



Vorblatt zum Beschluss

Aktenzeichen	VK B 2 – 22/11
--------------	----------------

Datum des Beschlusses	15. August 2011
-----------------------	-----------------

Bestandskraft	ja
---------------	----

Vergabeart	Verhandlungsverfahren nach VOF
------------	--------------------------------

Rechtsnormen	§§ 101a Abs. 1 Satz 1, 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB
--------------	--

Leitsätze	<ol style="list-style-type: none">1. Eine Rüge, die im Rahmen des Angebots abgegeben wird, erfolgt innerhalb der Frist zur Angebotsabgabe.2. Rügen können nicht vorsorglich ausgesprochen werden.3. Der rügende Bieter ist verpflichtet, das seinerseits Notwendige und Zumutbare zu tun, um die Klärung der vorgeworfenen Rechtsverstöße in jedem Stadium des Vergabeverfahrens effektiv voranzubringen. Hierzu kann es erforderlich sein, dass er zunächst allgemein vorgebrachte Einwände im Laufe eines Verhandlungsverfahrens konkretisiert.4. Eine Rüge kann sich erledigen, wenn der ihr zugrunde liegende Verstoß im Verhandlungsgespräch ausgeräumt wird und der Bieter keine erneuten Einwände vorbringt .5. Zum notwendigen Inhalt eines Informations- und Absageschreibens
-----------	--

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK - B 2 - 22/11

B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

Verfahrensbevollmächtigte:

- Antragstellerin-

gegen

Verfahrensbevollmächtigte:

- Antragsgegnerin-

- Beigeladene -

wegen Vergabe von Planungsleistungen zur Sanierung ...

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin auf die mündliche Verhandlung vom 2. August 2011 durch den Vorsitzenden Schramm, die hauptamtliche Beisitzerin Menger und den ehrenamtlichen Beisitzer Berndt am 15. August 2011 entschieden:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Verfahrensgebühr wird auf 3.200 € festgesetzt.

Gründe

I.

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist die Vergabe von Planungsleistungen zur Sanierung ...

Hierzu leitete die Antragsgegnerin im Februar 2011 ein Verhandlungsverfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb nach der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) ein. Die Antragsgegnerin ist eine privatrechtlich organisierte, im alleinigen Eigentum des Landes Berlin stehende Wohnungsbau- und Wohnungsverwaltungsgesellschaft. Die Antragstellerin ist ein Planungsbüro von Architekten.

Der Auftrag betrifft die komplexe Sanierung von drei in Plattenbauweise errichteten Gebäudekomplexen unter Beachtung aktueller energetischer Anforderungen, die im Zeitraum von 2011 bis 2015 durchgeführt werden soll. Umfasst waren Architekten- und Ingenieurleistungen nach § 33 HOAI (Leistungsphasen 1-9), Freianlagenplanung nach § 38 HOAI (Leistungsphasen 1-9), Tragwerksplanung nach § 49 HOAI (Leistungsphasen 1-6), Technische Ausrüstung nach § 53 HOAI (Leistungsphasen 1-9) sowie Gutachterleistungen (zu Wärmeschutz, Schallschutz, Brandschutz u.a.). Den Zuschlag sollte das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ erhalten.

Die einzelnen Zuschlagskriterien wurden unter Angabe ihrer Gewichtung wie folgt bestimmt:

„	<u>Kriterien</u>	<u>Gewichtung</u>
1.	Gesamteindruck „Studie“	30
2.	Wirtschaftlichkeit, die sich im erwarteten Preis-Leistungsverhältnis des Bauwerks niederschlägt	30
3.	Organisation der Leistungserbringung	15
4.	Gesamteindruck der Präsentation des Angebots	10
5.	Terminplan	5
6.	Honorar	5
7.	Aussagen über die örtliche Präsenz während der Bauphase	5“

Die Beauftragung sollte stufenweise erfolgen.

Die Antragstellerin bewarb sich um den Auftrag und wurde neben zwei weiteren Büros von der Antragsgegnerin ausgewählt, ein Angebot abzugeben. Die Vergabeunterlagen vom ... enthielten unter anderem eine Beschreibung des zeitlichen Verfahrensablaufs, eine Aufgabenbeschreibung sowie eine erneute Auflistung der Zuschlagskriterien (Zuschlagsmatrix), die zu jedem Auswahlkriterium stichpunktartige Bemerkungen und - zusätzlich zur Gewichtung - Punkte auswies:

„	<u>Zuschlagskriterien</u>	<u>Wichtung/Punkte</u>	<u>Bemerkungen</u>
1.	Gesamteindruck „Studie“	30 / 25 Punkte	Gedanken, Skizzen o.ä. zum Leistungsumfang
2.	Wirtschaftlichkeit, die sich im erwarteten Preis-Leistungsverhältnis niederschlägt	30 / 25 Punkte	
3.	Organisation der Leistungserbringung	15 / 20 Punkte	Der Bieter hat seine QM-Systeme vorzustellen. Diese werden im Zuge der Bewertung geprüft. Die volle Punktzahl wird dann erreicht, wenn der Bieter ein einschlägiges

zertifiziertes System
besitzt ...

- | | | | |
|----|---|----------------|--|
| 4. | Gesamteindruck der Präsentation des Angebots | 10 / 10 Punkte | |
| 5. | Terminplan | 5 / 5 Punkte | |
| 6. | Honorar | 5 / 5 Punkte | Im Zusammenhang mit der Angemessenheit des Preises im Rahmen des geltenden Preisrechts |
| 7. | Aussagen über die örtliche Präsenz während der Bauphase | 5 / 5 Punkte“ | |

Die Antragstellerin reichte am 6. Mai 2011 fristgerecht ein Angebot ein. Den Angebotsunterlagen fügte sie am Ende als „7. Bemerkungen zu Vergabeunterlagen und Verfahrensablauf“ zwei Seiten an, auf denen sie Einwände und Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verfahrens äußerte.

Darin führte sie aus, dass die in den Vergabeunterlagen als „Studie“ beschriebene Aufgabenposition unzureichend präzisiert sei. Dadurch werde nicht gewährleistet, dass alle Bieter die Aufgabenstellung in derselben Weise verstünden und vergleichbare Angebotsunterlagen abgäben. Insbesondere sei die Anzahl der einzureichenden Pläne, Zeichnungen und Berechnungen nicht genau festgelegt; dies solle nachgeholt werden. Für das Kriterium „Gesamteindruck Studie“ erwachse die unzureichende Präzisierung ebenfalls zum Problem, zumal auch die Wichtung nicht nachvollziehbar sei.

Das Wertungssystem sei bezüglich der Unterscheidung nach „Wichtung“ und „Punkten“ insgesamt unklar.

Das Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit könne nicht objektiv bewertet werden, da die Bieter in einem Stadium, in dem sie nur ganz grobe Informationen über das Projekt hätten, keine belastbaren Aussagen hierüber abgeben könnten. Der Gesichtspunkt sei daher nicht fundiert bewertbar.

Das Kriterium des Gesamteindrucks der Präsentation sei nicht genügend verdeutlicht und zu subjektiv gehalten.

Ferner gehe aus dem Kriterium „Honorar“ nicht hervor, inwieweit die Nichtbindung ausländischer Bieter, sofern sie zum Bieterkreis gehörten, an § 1 HOAI zugunsten der inländischen Bieter Berücksichtigung finde.

Auf Einladung der Antragsgegnerin fanden am 19. Mai und 14. Juni 2011 Verhandlungsgespräche mit der Antragstellerin, der Beigeladenen und einem weiteren Bieter statt.

Während des ersten Gesprächs wurde der Antragstellerin auf deren Nachfrage bezüglich der Studie versichert, dass diese vollständig sei und den Anforderungen der Aufgabenstellung in vollem Umfang entspreche. Auch kam zwischen den Beteiligten die Wertungsmatrix zur Sprache. Das zweite Verhandlungsgespräch zwischen den Beteiligten dauerte nur kurz (etwa 10 Minuten). Einzelheiten des Inhalts sind zwischen den Beteiligten streitig.

Am 21. Juni 2011 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass nach Auswertung der vorgelegten Angebote, der Verhandlungsgespräche, der überarbeiteten Angebote sowie nach Wichtung und Wertung der sieben Zuschlagskriterien die Beigeladene den Zuschlag erhalten solle. Hierauf rügte die Antragstellerin schriftlich gegenüber der Antragsgegnerin am 27. Juni 2011, dass das Informationsschreiben der Antragsgegnerin keine Gründe für die Nichtberücksichtigung der Antragstellerin enthalte und bezog sich im Übrigen auf die beigefügte Kopie eines Nachprüfungsantrags.

Ebenfalls mit Schriftsatz vom 27. Juni 2011, reichte die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag per Telefax bei der Vergabekammer ein.

Sie beanstandet die beabsichtigte Zuschlagserteilung sowie die vorgenommene Angebotswertung im Hinblick auf die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, des Diskriminierungsverbots und Transparenzgebots. Dabei beruft sich Antragstellerin auf die mit ihrem Angebot dargelegten „Bemerkungen zu Vergabeunterlagen und Verfahrensablauf“.

Die vorgetragenen Vergaberechtsverstöße vereitelten ihre Chance auf die Zuschlagserteilung. Ihr drohe damit ein Schaden.

Die Antragsstellerin ist der Ansicht, dass die Angebotsanforderungen unklar, unkonkret und intransparent formuliert sind. Dies habe zur Abgabe von Bieterunterlagen unterschiedlicher Genauigkeit und unterschiedlichen Umfangs geführt, deren Vergleich objektiv nicht möglich sei. Die Zuschlagskriterien der Vergabeunterlagen enthielten ein willkürliches nicht nachvollziehbares Wichtungs- und Punktesystem, welches zudem von den Zuschlagskriterien der EU-Auftragsbekanntmachung abweiche. Ferner habe die Antragsgegnerin zum einen bisher nicht bekannte Unterkriterien angewendet, zum anderen auch bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien neue Maßstäbe eingeführt, ohne diese vorher bekannt zu machen. Beides verstoße gegen § 11 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 VOF. Die Dokumentation des gesamten Verfahrens durch die Antragsgegnerin sei unzureichend und verstoße daher gegen § 12 VOF.

Ferner enthalte das Bieterinformationsschreiben, das sie am 23. Juni 2011 erhalten habe, keine hinreichende Begründung für die Nichtberücksichtigung des Angebots der Antragstellerin. Die Rüge vom 27. Juni 2011 sei unverzüglich erfolgt.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, von der Zuschlagserteilung an die Beigeladene abzusehen,
2. das Vergabeverfahren in das Stadium vor der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots zurückzusetzen und der Antragsgegnerin hierzu aufzugeben, die Vergabeunterlagen einschließlich der Bewertungsmatrix unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für erforderlich zu erklären sowie
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für erforderlich zu erklären,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung einschließlich der Anwaltskosten aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass der Antrag schon nicht zulässig, jedenfalls aber in der Sache unbegründet ist.

Die Antragstellerin habe keinen der geltend gemachten Vergaberechtsverstöße ordnungsgemäß gerügt. Die zeitgleich mit der Abgabe der Angebotsunterlagen am 6. Mai 2011 vorgetragenen Beanstandungen seien inhaltlich nicht als Rüge zu verstehen. Zudem seien der Antragstellerin die Vergabeunterlagen bereits am 19. April 2011 per E-Mail zugegangen. Angesichts der Anfertigung umfangreicher Angebotsunterlagen sei von einer positiven Kenntnisnahme der beanstandeten Vergaberechtsverstöße ab diesem Zeitpunkt auszugehen. Die mit der Angebotsabgabe erfolgte

Rüge sei folglich nicht unverzüglich erfolgt, zumal die Kenntnisnahme einer solchen durch die Antragsgegnerin erst nach Ablauf der Angebotsfrist am 6. Mai 2011 um 10:00 Uhr möglich gewesen sei. Die Rüge sei deshalb insgesamt zu spät erfolgt. Zudem seien die Beanstandungen während der zwei Verhandlungstermine zwischen Antragsgegnerin und Antragstellerin erläutert worden. Die Antragstellerin gab sich hiermit zufrieden und habe zumindest die Rügen konkludent zurückgenommen. Auch die Rüge vom 27. Juni 2011 bezüglich der unzureichenden Begründung des Informationsschreibens hält die Antragsgegnerin für verspätet.

Weiterhin ist sie der Auffassung, der Antragstellerin könne kein Schaden entstehen, da die die beanstandeten vermeintlichen Verstöße keinen Einfluss auf das Auswahlresultat hätten.

Im Übrigen lägen die vorgeworfenen Vergaberechtsverstöße nicht vor. Der Leistungsumfang der von der Antragsgegnerin erwünschten „Studie“ sei in einer für Fachkreise verständlichen Aufgabenstellung („Gedanken/ Skizzen/ Entwürfe“) hinreichend dargelegt worden.

Auch die Bewertungsmaßstäbe hätten sich nicht verändert und seien der Antragstellerin während der Verhandlungsphase erläutert und dementsprechend angewendet worden. Das Verhandlungsverfahren gebe dem Auftraggeber einen weiten Spielraum bei der Wertung der Angebote. Daher bestehe eine Veröffentlichungspflicht hinsichtlich der Wertungsunterkriterien nur insoweit, als diese und deren Gewichtung sich auf die Angebotsinhalte auswirken. Dies sei hier nicht der Fall.

Hinsichtlich der Begründung des Informations- und Absageschreibens ist sie der Auffassung, dass die Aussage, der benannte andere Bieter habe unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien das wirtschaftlichste Angebot abgegeben, vergaberechtlich ausreichend sei.

Die Antragsstellerin entgegnet in Bezug auf die Rügeobliegenheiten, sie habe diese sowohl im Hinblick auf die Rechtzeitigkeit als auch inhaltlich erfüllt.

Erst nach Rücksprache mit ihrem Rechtsanwalt habe sie am 5. Mai 2011 positive Kenntnis von den möglichen Vergaberechtsverstößen erhalten, da sie erst zu diesem Zeitpunkt die Rechtswidrigkeit des Handelns der Antragsgegnerin erkannt habe. Die am darauf folgenden Tag gemeinsam mit den Angebotsunterlagen eingegangene Rüge sei folglich unverzüglich erfolgt.

Die mit den Angebotsunterlagen verbundene Rüge vom 6. Mai 2011 sei bei der Antragsgegnerin bis zum Ablauf der Angebotsfrist und damit rechtzeitig zugegangen. Auf die konkrete Kenntnisnahme durch die Antragsgegnerin komme es nicht an, zumal in einem Verhandlungsverfahren bis zu dessen Beendigung einer Rüge abgeholfen werden könne.

Inhaltlich seien die Einwände und Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Festlegungen in den Vergabeunterlagen hinreichend konkret benannt und mit der Formulierung eines deutlichen Abhilfeverlangens versehen worden. Auch während der zwei Verhandlungsgespräche seien die vorgebrachten Verstöße nicht geklärt worden. Die Wiederholung der Rügen sei, angesichts mangelnder schriftlicher Abhilfe seitens der Antragsgegnerin, nicht notwendig gewesen, so dass in dem Verhalten der Antragsstellerin keine Rügerücknahme zu sehen sei.

Nach erfolgter Akteneinsicht macht die Antragstellerin weitere Vergaberechtsverstöße geltend. So konkretisiert sie, dass Bewertungskriterien, die Wirtschaftlichkeit und das Honorar betreffend, nachträglich festgelegt und angewandt worden seien, ohne dass sie vorher bekannt waren. Zusätzlich seien Unterkriterien, wie ein „Kostencheck an Hand von Vergleichsobjekten der Bieter“ eingeführt worden, die aufgrund ihrer Unkonkretheit und fehlender Kenntnis durch die Bieter nicht zu einer objektiven Vergleichbarkeit der Angebote führe. Zudem sei die Einführung einer linearen Punkteverteilung vorab nicht bekannt gemacht worden. Hierdurch hätten selbst minimale Unterschiede in der Bewertung eine massive Verschiebung innerhalb der Bewertungsmatrix zur Folge. Zusätzlich gebe es Widersprüche zwischen dem Kriterium „Wirtschaftlichkeit“ und den vorgesehenen vertraglichen Regelungen. Die Honorare würden außerdem doppelt gewertet, da sie sowohl als alleiniges Kriterium aber auch innerhalb der Gesamtkosten für das Planungsprojekt in die Wertung eingingen.

Die Vergabekammer hat die S GmbH durch Beschluss vom 22. Juli 2011 beigeladen und ihr Gelegenheit gegeben, sich zum Verfahren zu äußern. Die Beigeladene gibt keine Stellungnahme

ab und stellt keine Anträge.

Wegen weiterer Einzelheiten des Vorbringens wird auf die den Inhalt der Vergabeakten sowie die Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist in wesentlichen Teilen unzulässig. Soweit er zulässig ist, ist der Antrag unbegründet.

1. Die Voraussetzungen der §§ 97ff. GWB, die eine Nachprüfung durch die Vergabekammer begründen, liegen vor. Insbesondere handelt es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um einen Dienstleistungsauftrag (§ 99 Abs. 4 GWB), der den Schwellenwert von 193.000 Euro (seit dem 1.1.2010) nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 2 VgV überschreitet.

a) Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Berlin folgt aus § 106a Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 GWB. Die Antragsgegnerin ist als Wohnungsbaugesellschaft, die sich vollständig im Eigentum des Landes B. befindet, öffentlicher Auftraggeber (vgl. hierzu KG Beschl. v. 11.11.04 - 2 Verg 16/04; Beschl. v. 13.11.03 - 2 Verg 4/03; VK Berlin, Beschl. v. 4.5.09 - VK - B 2 - 5/09; VK Schleswig-Holstein Beschl. v. 3.11.2004, VK SH-28/04)

b) Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags ist, dass die sonstigen Bedingungen der §§ 107, 108 GWB erfüllt sind (BGH, Beschl. v. 18.2.03 - X ZB 43/02; OLG Naumburg, Beschl. v. 13.10.06 - 1 Verg 7/06; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.03 - Verg 59/03). Weiterhin ist erforderlich und hinreichend, dass der Bieter schlüssig behauptet, welche Vergaberechtsvorschriften der Auftraggeber im Laufe des Verfahrens verletzt haben soll und dass der Bieter ohne die behauptete Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zuschlags hätte, so dass ein drohender oder eingetretener Schaden auf die vermeintliche Verletzung der Vorschriften zurückzuführen ist (BGH, Beschl. v. 18.5.04 - X ZB 7/04). Die Kausalität zwischen Vergaberechtsverstoß und Schaden ist nicht gesondert darzulegen.

Mit ihrer Vorbringen hat die Antragstellerin Tatsachen vorgetragen, die als Verstöße gegen das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB) sowie zwingende Regeln des Verhandlungsverfahrens nach VOF gewertet werden können. Vorausgesetzt, diese Vergaberechtsverstöße erwiesen sich als zutreffend, wäre Antragstellerin in ihrem Anspruch auf Durchführung eines bestimmungsgemäßen Verfahrens (§ 97 Abs. 7 GWB) verletzt und ihre Chancen auf Erteilung des Zuschlags beeinträchtigt.

c) Rügepflicht

Das Verhalten der Antragstellerin bis zum Abschluss des Verhandlungsverfahrens genügt ganz überwiegend nicht den Anforderungen, die § 107 Abs. 3 GWB an eine ordnungsgemäße Erfüllung der Rügeobliegenheit stellt.

aa) Bemerkungen im Angebotsschreiben

Die im Angebotsschreiben der Antragstellerin unter Ziffer 7 unter dem Titel „Bemerkungen zu Vergabeunterlagen und Verfahrensablauf“ formulierten Einwände und Zweifel an der Rechtmäßigkeit von Festlegungen in den Vergabeunterlagen können im Ergebnis nicht als Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gewertet werden.

Zwar sind die Beanstandungen rechtzeitig eingegangen. Zugunsten der Antragstellerin mag unterstellt werden, dass sie die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße erst mit Abschluss der Angebotsbearbeitung vollständig erkannt hat, so dass eine unverzügliche Rüge (§ 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB) erst zu diesem Zeitpunkt erforderlich war. Ihre Äußerungen erfolgten im Zuge der Abgabe des Angebotsschreibens daher unverzüglich.

Darüber hinaus fordert § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GWB, dass Verstöße, die aus den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gerügt werden müssen. Auch diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Die in Ziffer 7 des Angebots geltend gemachten Verstöße waren eindeutig aus den Vergabeunterlagen erkennbar und daher mit Ablauf der genannten Frist zu rügen. Dazu reicht es, entgegen der Auffassung des Antragsgegners aus, dass die Rüge mit dem Angebot eingereicht wird. Denn der Auftraggeber hat dann im Rahmen der Angebotsprüfung hinreichend Gelegenheit, auf die Rüge zu reagieren. Ob diese dabei in einem gesonderten Anschreiben oder an anderer Stelle des Angebots erfolgt, ist unerheblich. In beiden Fällen nimmt der Auftraggeber die Rüge erst mit Angebotsöffnung zur Kenntnis. Maßgebend im Sinn einer zügigen Abwicklung des Vergabeverfahrens ist allein, dass der Bieter nicht nach Angebotsabgabe Umstände anspricht, die er vorher bereits erkennen konnte, und dass der Auftraggeber Gelegenheit bekommt, vor dem Einstieg in die Prüfung der Angebote eventuelle Verfahrensfehler zu korrigieren. Letzteres ist jedenfalls im Verhandlungsverfahren wegen der nachträglichen Änderungsoptionen aufgrund der Verhandlungsgespräche auch bei Angebotsabgabe noch möglich.

Das als Ziff. 7 des Angebots der Antragsstellerin verfasste Schreiben ist nur hinsichtlich eines Teils der vorgebrachten Einwände für den Zeitpunkt der Abgabe als Rüge aufzufassen.

Im Sinne der Gewährung effektiven Rechtsschutzes sind an den Inhalt der Rüge keine hohen Anforderungen zu stellen. Das Wort „Rüge“ muss nicht ausdrücklich Erwähnung finden und auch ausführliche Rechtsauffassungen oder gar die Androhung eines Nachprüfungsverfahrens sind entbehrlich. Selbst unter der Annahme, die Rüge müsse dem Auftraggeber nicht unbedingt eine letzte Chance zur Fehlerkorrektur vor Beschreitung des Rechtswegs zur Vergabekammer geben (KG Beschl. v. 22.08.2001 – KartVerg 3/01), ist jedoch unabdingbar, dass die Rüge hinreichend deutlich macht, welches konkrete Tun oder Unterlassen der Vergabestelle für rechtswidrig erachtet wird und inwieweit dieses Verhalten den Verdacht hervorgerufen hat, dass es zu Vergaberechtsverstößen gekommen ist, deren Berichtigung unmissverständlich eingefordert wird. Zweck der Rügepflicht ist demnach, der Vergabestelle Anlass und Gelegenheit zu geben, einen Verstoß gegen Vergaberechtsvorschriften nach nochmaliger Überprüfung ihres Handelns im Vergabeverfahren zu erkennen und zu korrigieren, ohne dass es des regelmäßig mit erheblichen Verzögerungen verbundenen Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer bedarf.

Hieraus ergibt sich zum einen eine erhöhte Anforderung an die inhaltliche Aussagekraft der Beanstandungen in Bezug auf die zu rügenden Verstöße. Zum anderen ist der rügende Bieter verpflichtet, das seinerseits Notwendige und Zumutbare zu tun, um die Klärung der vorgeworfenen Rechtsverstöße in jedem Stadium des Vergabeverfahrens effektiv voranzubringen (Beschleunigungsgrundsatz).

Pauschale Kritik an der Fehlerhaftigkeit des Verfahrens oder Vorwürfe an die Vergabestelle genügen nicht. Auch die bloße Erläuterung einer gegenteiligen Rechtsauffassung, das Stellen von Fragen, Hinweise oder der Ausdruck generellen Unverständnisses genügen den inhaltlichen Anforderungen an die Rüge nicht (Hattig in: Hattig-Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 1. Aufl. 2010, § 107 Rn. 68). Ebenso wenig ausreichend ist es, wenn der Bieter nur die abstrakte Möglichkeit einer Rechtsverletzung in den Raum stellt (OLG Frankfurt, Beschl. v. 9.7.10 – 11 Verg 5/10; OLG Koblenz, Beschl. v. 10.8.00 – 1 Verg 2/00). Denn wenn der Bieter Vergabeverstöße lediglich pauschal ins Blaue hinein behauptet, geht es ihm in Wirklichkeit nicht um die Beseitigung konkreter Mängel, sondern darum, dass im Zuge des Verfahrens erst konkrete Anhaltspunkte für den Verstoß erweisen. Eine solche Rüge auf Vorrat oder Verdachtsrüge ist deshalb unzulässig (VK Hessen, Beschl. v. 1.10.08 - 69d-VK-45/2008; OLG Frankfurt, Beschl. v. 7.8.07 - 11 Verg 3/07, 4/07; VK Brandenburg, Beschl. v. 19.1.04 - VK 76/03).

Unter Zugrundelegung dieser Maßgaben schätzt die Kammer die von der Antragstellerin unter Ziffer 7 ihres Angebots vorgebrachten Bedenken wie folgt ein:

(1) Der Hinweis, der Umfang der unter dem Zuschlagskriterium „Studie“ einzureichenden

Unterlagen sei weder ausreichend präzisiert noch könne der Bieter genau wissen, was unter „Gedanken, Skizzen o.ä.“ zu verstehen sei, wird den Anforderungen an eine substantiierte Rüge nicht gerecht.

Es wird nicht deutlich, worin der Vergaberechtsverstoß liegt. Die Festlegung einer bestimmten Anzahl von Skizzen oder Plänen obliegt dem Ermessen des Auftraggebers. Es ist nicht ersichtlich, dass die Nichtfestlegung zwangsweise einen Einfluss auf die Bewertung haben und damit zu einer Überschreitung des Ermessensspielraums führen muss. Aus welchen Ungenauigkeiten der Vergabeunterlagen sich die Antragsstellerin konkret außer Stande sah, die Aufgabenstellung zu bearbeiten, ergibt sich nicht. Denn durch die Schwerpunktsetzung innerhalb der Studie war die zu beachtende Aufgabenstellung eingegrenzt. Letztlich hat die Antragstellerin auch ein vollständiges Angebot abgegeben. Welche konkreten Hindernisse sie dennoch sah, macht sie mit ihrer „Bemerkung“ zu diesem Punkt nicht deutlich.

(2) Die Kritik hinsichtlich des Kriteriums „Gesamteindruck Studie“ und der Präsentation genügt den Anforderungen der Rügepflicht ebenfalls nicht. Die Antragsstellerin weist nicht auf konkrete Vergaberechtsverstöße hin, sondern äußert lediglich die Befürchtung, dass durch eine ungenau definierte „Studie“ und ein für sie nicht nachvollziehbares Bewertungssystem ihr Angebot gegenüber denen der Mitbieter ungerecht, weil zu subjektiv, behandelt werden könnte. Konkrete Anhaltspunkte für eine (drohende) Fehlbewertung ihres Angebots im Vergleich zu anderen Bietern liefert die Antragstellerin nicht. Dies ist jedoch nach dem oben Gesagten nicht Sinn und Zweck der Rügepflicht. Vielmehr handelt es sich dabei lediglich um einen vorsorglichen Hinweis. Eine vorsorgliche Rüge im Hinblick auf einen nur möglichen künftigen Verstoß kommt dagegen nicht in Betracht. Sie ist im Vergaberecht nicht vorgesehen (VK Hessen, Beschl. v. 5.11.09 – 69d-VK-39/2009; VK Südbayern, Beschl. v. 21.4.90 – Z3-3-3194-1-09-02/09)

(3) Hinsichtlich der Einwände zur Bewertungsmatrix genügt das Vorbringen der Antragstellerin den Anforderungen an eine Rüge. Die Matrix bezeichnet sie insgesamt als unklar und begründet dies mit unverständlichen Unterschieden zwischen Wichtung und Punktzahlen. Damit beschreibt sie einen vermeintlichen Verfahrensfehler so, wie sie ihn aufgrund ihres nur begrenzten Einblicks in die Vorgaben der Vergabestelle, wahrnehmen konnte.

Der Bieter darf behaupten, was er auf Grundlage seines oft nur beschränkten Informationsstandes redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es hier um Vergaberechtsverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen. Um zu vermeiden, dass lediglich Rügen ohne Substanz, erhoben werden, muss der Bieter aber zumindest tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen Verstoß begründen (OLG Frankfurt, Beschl. v. 9.7.10 - 11 Verg 5/10, bezogen auf das Nachprüfungsverfahren). Dies hat die Antragstellerin getan. Die Diskrepanz zwischen der zunächst bekannt gemachten Wichtung und den mit Angebotsaufforderung hinzukommenden Punktzahlen war aus sich heraus nicht verständlich und daher intransparent und erklärungs- sowie gegebenenfalls korrekturbedürftig. Mit der vorangestellten Bitte um „Überprüfung und ggf. Veränderung/Anpassung“ äußert die Antragstellerin auch ein Abhilfeverlangen.

(4) Hinsichtlich des Kriteriums „Wirtschaftlichkeit“ kritisierte die Antragstellerin mit ihrer Bemerkung, dass nicht genau definiert sei, was unter Wirtschaftlichkeit zu verstehen sei, und dass konkrete Angaben über die Kosten der Planungsleistungen nicht gemacht werden könnten. An welchen Punkten genau die Unklarheiten oder Widersprüche bestehen, ist dem Vorbringen zwar nicht zu entnehmen. Die Antragsstellerin macht in ihren Bemerkungen aber deutlich, dass sie durch fehlende Informationen über das Projekt, keine abschließende Wirtschaftlichkeitsberechnung anstellen konnte und Nachbesserung erforderlich sei. Damit erklärt sie, dass ohne Konkretisierung dieses Kriteriums eine fehlerhafte Wertung des Angebots von vornherein angelegt sei. Mit der vorangestellten Bitte um „Überprüfung und ggf. Veränderung/Anpassung“ äußert die Antragstellerin auch ein Abhilfeverlangen. Eine diesbezügliche Rüge ist somit gegeben.

bb) Erledigung der Rügen

Die Rügen der Antragstellerin haben sich, soweit sie inhaltlich den Anforderungen des § 107 Abs. 3 GWB entsprachen (vgl. oben (3) und (4)), im Verhandlungsverfahren erledigt.

Die Kammer vermag in diesem Punkt nicht allerdings nicht der Argumentation der Antragsgegnerin zu folgen, die einen Rügeverzicht oder eine Rücknahme der Rüge als gegeben ansieht.

Zwar wird in der Rechtsprechung das widersprüchliche Verhalten eines Bieters als rechtsmissbräuchlich angesehen, wenn die Vergabestelle aufgrund besonderer Umstände auf einen entsprechenden Rügeverzicht des Bieters vertrauen durfte (OLG Dresden, Beschl. v. 3.12.03 - WVerG 15/03; VK Sachsen, Beschl. v. 13.8.09 - 1/SVK/034-09).

Nach Auffassung der Kammer bedürfen jedoch die Rücknahme oder der Verzicht auf eine Rüge ebenso wie die Erklärung einer Rüge einer eindeutigen bewussten Äußerung des Bieters. Eine solche Erklärung ist den Verhandlungsprotokollen unter Berücksichtigung der Einlassungen der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung nicht zu entnehmen. Die Antragstellerin verhielt sich vielmehr zum Teil indifferent, teilweise bat sie um Erläuterung unklarer Punkte, die ihr erteilt wurden. Im Zusammenhang mit dem weiteren Verlauf des Verfahrens entstand damit, aus Sicht des Auftraggebers, der Eindruck, die Einwände und Fragen der Antragstellerin seien hinreichend geklärt worden. Die Sachlage nach Abschluss des zweiten Verhandlungsgesprächs am 21. Juni 2011 kann deshalb, auch aus Sicht eines unbeteiligten Dritten, nur als Erledigung der offenen Rügen angesehen werden.

(1) Die Bewertungsmatrix bezeichnete die Antragsstellerin zunächst als unklar. Sie machte das zu Recht an dem nicht erläuterten Verhältnis von „Punkten“ und „Wichtigungen“ fest. Ihr wurde jedoch hierzu im ersten Verhandlungsgespräch, also noch vor der Wertung, im Einzelnen dargelegt, was damit gemeint sein sollte. Tatsächlich führte dies dazu, dass mit der Einführung der Punkte die ursprünglich bekanntgemachte Gewichtung verlassen wurde. Dies hat die Antragstellerin nicht weiter beanstandet, sondern sich weiterhin allgemein auf die Unverständlichkeit der Wichtung zurückgezogen, ohne sich weiterhin auf einen konkreten Verstoß zu berufen.

(2) Das Gleiche gilt in Bezug auf das Kriterium „Gesamteindruck Studie“. Die Antragsstellerin weist nicht auf konkrete Vergaberechtsverstöße hin, sondern äußert lediglich die Befürchtung, dass durch eine ungenau definierte „Studie“ und ein für sie nicht nachvollziehbares Bewertungssystem ihr Angebot gegenüber denen der Mitbieter ungerecht behandelt werden könnte.

Auch wenn man davon ausgeht, dass die Antragsstellerin sich nicht mit den Erklärungen der Antragsgegnerin zufrieden gab und dies zum Ausdruck brachte, so lässt sich aus ihrem Verhalten nicht der Schluss ziehen, dass sie ihre ursprünglich vorsorglich geltend gemachten Bemerkungen nun als Rüge mit der Aufforderung der Verfahrensfehlerbehebung verstanden wissen wollte.

Nach den Gesprächen sah die Antragsgegnerin keine Veranlassung mehr, sich weiterhin mit dem in Frage stehenden Vergaberechtsverstoß auseinander zu setzen oder diesen gar zu bereinigen. Vielmehr konnte sie davon ausgehen, dass die Antragstellerin die Erklärungen akzeptiert oder, im gegenteiligen Fall, sich die Antragstellerin erneut an sie wendet, um ihre anderweitige Auffassung durchzusetzen (siehe dazu BKartA VK 2 26/99).

Dies ist vorliegend seitens der Antragstellerin nicht geschehen. Über ihre Bemerkungen im Angebotsschreiben hinaus hat sich die Antragstellerin nicht mehr im Sinne einer Rüge an die Vergabestelle gewandt, obwohl sie im Laufe des Verhandlungsverfahrens mehrere über die Pauschalkritik ihres Angebotsschreibens hinausgehende Umstände erkennen konnte, die möglicherweise Vergaberechtsverstöße darstellten.

cc) Das Verhalten der Antragstellerin während der Verhandlungsgespräche am 19. Mai und 14. Juni 2011 lässt auch keine neuen Rügen erkennen.

Eine Rüge kann grundsätzlich auch mündlich erfolgen. Sie muss allerdings den inhaltlichen Anforderungen an eine solche genügen und ab Kenntnis des Bieters von einem Vergaberechtsverstoß unverzüglich der Vergabestelle angezeigt werden. Sie muss insbesondere

zum Ausdruck bringen, dass der Bieter die vorgebrachten Vergaberechtsverstöße bereinigt sehen möchte. Im vorliegenden Fall haben die Beteiligten während des ersten Verhandlungsgesprächs am 19. Mai 2011 die im Angebotsschreiben verfassten Bemerkungen bezüglich der Bewertungsmatrix und der Studie erneut angesprochen und diesbezüglich auch Antworten seitens der Antragsgegnerin erhalten. In dem zweiten Gespräch am 14. Juni 2011 wurde auf Fragen zur Wirtschaftlichkeit nur sehr kurz und ungenau eingegangen.

Auch wenn davon ausgeht, dass die Antragsstellerin sich nicht mit den Erklärungen der Antragsgegnerin einverstanden erklärte, so lässt sich aus ihrem Verhalten nicht erkennen, dass sie ihre ursprünglich vorsorglich geltend gemachten Bemerkungen nunmehr als Rüge mit der Aufforderung der Verfahrensfehlerbehebung mündlich präzisierete. Vielmehr geht aus den Vergabeakten und dem Vorbringen der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung hervor, dass sich die Antragsstellerin auch weiterhin - trotz gewisser Bedenken - am Vergabeverfahren beteiligte und weiterhin auf den Zuschlag hoffte. Eine solche Doppelstrategie widerspricht dem Sinn der Rügeobliegenheit. Denn diese soll gewährleisten, dass Vergabeverstöße dem Auftraggeber zum frühesten Zeitpunkt im Vergabeverfahren benannt werden, damit diese von ihm rechtzeitig behoben werden können. Lässt der Bieter hingegen seine Vorwürfe im Vagen, sind sie einer schnellen und effizienten Fehlerbehebung nicht zugänglich und bleiben unbeachtlich.

cc) Rügen im Nachprüfungsantrag

Soweit die Antragstellerin sich im Nachprüfungsantrag auf ihre bisherigen Rügen beruft, ist der Antrag nach den obigen Ausführungen unzulässig.

(1) Der Nachprüfungsantrag selbst kann nicht als neue Rüge gewertet werden. Zwar ist die Einlegung einer Rüge bei gleichzeitiger Antragstellung unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Jedoch beinhaltet die Begründungsschrift des Antrags auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, mit Ausnahme der Berufung auf § 101a GWB, keine neuen Vergaberechtsverstöße und bezieht sich ausdrücklich auf die Bemerkungen der Antragsstellerin in ihrem Angebot. Zwar kann sich ein Bieter auf ein Informationsdefizit berufen, wenn er Verstöße kritisiert, die ausschließlich in die Sphäre der Vergabestelle fallen und deren Einzelheiten ihm deshalb nicht bekannt sein konnten. Die Antragsstellerin wiederholt vorliegend jedoch, mit Ausnahme der Berufung auf § 101a GWB, lediglich ihre Beanstandungen aus Ziffer 7 des Angebotsschreibens, ohne die aus den beiden Verhandlungsgesprächen sowie den Wertungsergebnissen sich ergebenden konkreten Gesichtspunkte, die sie benachteiligen, zu benennen.

Die Antragstellerin hätte nach Abschluss des Auswahlverfahrens unter Berufung auf bisher nicht bekannte Tatsachen erneut Vergabeverstöße rügen können. Hierzu hätte sie allerdings neue Gesichtspunkte ansprechen müssen, die über die pauschale Beanstandung der angesprochenen Verfahrensschritte hinausgehen. Sie hätte sich insbesondere mit den Ergebnissen der Wertung auseinandersetzen und vortragen können, inwieweit sie sich aufgrund der behaupteten Vergaberechtsverstöße in ihren Rechten verletzt sah. Es stand der Antragstellerin frei, von der Antragsgegnerin Aufklärung zu verlangen (§ 14 Abs. 5 VOF). Von dieser Möglichkeit hat sie keinen Gebrauch gemacht.

(2) Die Rüge der unzureichenden Mitteilung nach § 101a Abs. 1 Satz 1 GWB konnte nicht erfolgreich geltend gemacht werden.

Die Information muss den nicht berücksichtigten Bieter in die Lage versetzen, die Frage der Gültigkeit der Zuschlagsentscheidungen rechtzeitig prüfen zu lassen (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht* 2009, Stand 18.3.2010, § 97 GWB, Rn 2159)

Allein der Hinweis, sein Angebot werde zurückgewiesen, genügt daher nicht, um gegebenenfalls einen anfechtbaren Rechtsverstoß erkennen zu können. Ein betroffener Bieter kann sich erst dann darüber klar werden, ob etwa ein Verstoß gegen die anwendbaren Vorschriften vorliegt und die Sinnhaftigkeit eines Nachprüfungsverfahrens hinreichend zu ermessen ist, nachdem er von den Gründen in Kenntnis gesetzt worden ist, aus denen seine Bewerbung oder sein Angebot in dem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags abgelehnt wurde (EuGH, Urt. v. 28.1.10 - C-

406/08 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.8.08 - 15 Verg 8/08; 1. VK Bund, Beschl. v. 14.11.03 - VK 1 - 109/03; 3. VK Bund, B. v. 28.9. 09 - VK 3 - 169/09; 1. VK Saarland, Beschl. v. 27.4.04 - 1 VK 02/2004; VK Südbayern, Beschl. v. 26.6.08 - Z3-3-3194-1-16-04/08).

Im Übrigen sind keine zu hohen Anforderungen an die Erfüllung der Informationspflicht zu stellen, damit die Einhaltung der Vorschrift für den Auftraggeber auch bei einer großen Anzahl zu informierender Bieter noch praktikabel bleibt. Allgemeingültige, für alle denkbaren Fälle erschöpfende Aussagen über den notwendigen Inhalt der (schriftlichen) Information an die Bieter, die nach der Vorentscheidung des Auftraggebers nicht zum Zuge kommen sollen, gibt es nicht. Die Anforderungen an den notwendigen Inhalt eines Informationsschreibens hängen im Wesentlichen von den Umständen des Einzelfalls ab (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.8.01 - Verg 28/01; VK Südbayern, Beschl. v. 19.1.09 - Z3-3-3194-1-41-11-08; VK Thüringen, Beschl. v. 30.8.02 - 216-4003.20-045/02-EF-S; VK Bremen, Beschl. v. 16.7.03 - VK 12/03).

Die ausdrückliche Aufnahme des Plurals („Gründe“) im Zuge der Einführung des § 101a GWB spricht zwar eher dafür, dass die eher moderate Rechtsprechung zu § 13 VgV - Kurzfassung und Formularschreiben - der neuen Regelung nicht mehr gerecht wird (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht 2009*, § 101a GWB, Rn 2247). Dennoch geht die Kammer auch nach der Neuregelung davon aus, dass § 101a Abs. 1 GWB ebenso wie die Vorschrift des § 13 VgV nicht fordert, dass die erforderlichen Angaben in einem Schreiben zu erfolgen haben (VK Hamburg, Beschl. v. 18.12.01 - VgK FB 8/01) und dass der Auftraggeber Mängel eines Vorinformationsschreibens weiterhin noch vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens heilen kann. Die Vorabinformation dient keinem eigenständigen vergaberechtlichen Selbstzweck (1. VK Sachsen, Beschl. v. 27.1.03 - 1/SVK/123-02, 1/SVK/123-02G; VK Südbayern, Beschl. v. 26.6.08 - Z3-3-3194-1-16-04/08), sondern soll den Bieter in die Lage versetzen, einem möglichen Vergaberechtsverstoß nachgehen zu können sowie diesen durch eine Rüge und gegebenenfalls ein Nachprüfungsverfahren auszuräumen.

Dabei reicht es im Verhandlungsverfahren nach VOF grundsätzlich für aus, wenn die Wertung dahingehend zusammenfassend mitgeteilt wird, dass der Bieter, der den Auftrag erhalten soll, aufgrund der Bewertungsmatrix und der hierzu durchgeführten Präsentation die höchste Punktzahl erhalten hat und infolgedessen der Empfänger des Schreibens niedriger bewertet wurde (VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 7.10.02 - 1 VK 48/02). Dem unterlegenen Bieter muss dann auf seinen Wunsch innerhalb der Wartefrist die Möglichkeit gegeben werden, nähere Einzelheiten des Wertungsvorgangs zu recherchieren (vgl. § 17 Abs. 4 Satz 1 VOF). Erst wenn dies nicht erfolgt ist, muss die Information als unzureichend angesehen werden. Andererseits obliegt es dem Bieter, wenn er einen Vergaberechtsmangel vermutet und diesen geltend machen will, hierzu die wesentlichen Umstände, auf die er sich stützt, zu konkretisieren und vorzutragen.

Dem wird die Antragstellerin nicht gerecht. Sie beließ es vielmehr dabei, trotz differenzierter Erkenntnisse sich auf die zu Beginn des Verhandlungsverfahrens geäußerten allgemeinen Bedenken zu beziehen, und unterließ, auch nachdem ihr das Wertungsergebnis und die zugrunde gelegten allgemeinen Gesichtspunkte mitgeteilt worden waren, jeglichen Versuch, Einzelheiten des Wertungsvorgangs in Erfahrung zu bringen.

Unter diesen Umständen greift die Rüge unzureichender Information nicht.

dd) Rüge nach Akteneinsicht

Lediglich, soweit die Antragstellerin nach erfolgter Akteneinsicht rügt, dass Berechnungsmodalitäten für die Punktabstände innerhalb der einzelnen Kriterien den Bietern nicht vorab mitgeteilt wurden, obwohl sie bei Einholung der Angebote feststanden, entspricht ihr Vorbringen den Voraussetzungen des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Sie hat hiervon erst während des Nachprüfungsverfahrens Kenntnis erlangt, und den Verstoß unverzüglich geltend gemacht. Eine solche Rüge ist zulässig (BGH, Beschl. v. 26.9. 06 - X ZB 14/06; KG Berlin, Beschl. v. 21.12.09 – 2 Verg 11/09; Beschl. v. 13.3.08 - 2 Verg 18/07; OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.3.07 - Verg W 12/06; OLG Celle, Beschl. v. 10.1.08 - 13 Verg 11/07; Beschl. v. 8.3.07 - 13 Verg 2/07; Beschl. v. 12.5.05 - 13 Verg 5/05; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.11.2009 - VII-Verg 12/09; Beschl.

v. 14.10.2009 - VII-Verg 9/09; u.v.a.). Einer gesonderten Erklärung gegenüber dem Auftraggeber bedarf es in diesem Fall nicht. (OLG Düsseldorf, B. v. 21.5.08 - VII-Verg 19/08; VK Düsseldorf, Beschl. v. 11.8. 06 - VK-30/2006-L; Beschl. v. 30.9.02 - VK-26/2002-L).

2. Der Antrag erweist sich, soweit er zulässig ist, als unbegründet.

Hinsichtlich des im Nachprüfungsverfahren vorgetragenen zusätzlichen Vergaberechtsverstößes ist der Antrag nicht begründet. Der offensichtliche Verstoß konnte keinen Einfluss auf das Ergebnis der Vergabeentscheidung haben. Die Antragstellerin wurde dadurch nicht in ihren Rechten verletzt. Voraussetzung für die Feststellung einer Rechtsverletzung im Sinn des § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB ist zum einen die Verletzung von Vergabevorschriften, zum anderen die Feststellung, dass hierdurch der antragstellende Bieter tatsächlich in seinen Chancen auf Erhalt des Zuschlags beeinträchtigt wurde (OLG Saarbrücken, Beschl. v. 6.4.05 – 1 Verg 1/05; VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 7.7.09 – VK-SH 5/09)

Aus den Vergabeunterlagen ergibt sich in der Bewertung der Angebote der Beigeladenen und der Antragstellerin lediglich ein Unterschied in den Kriterien „Wirtschaftlichkeit“ und „Honorar“. Als letztlich ausschlaggebendes Kriterium war der Preis der vorgelegten Planungen entscheidend, die aufgrund der Verhandlungsgespräche von den drei Bietern in gleicher Weise konkretisiert wurden. Die Vergleichbarkeit der Angebote wurde spätestens in dieser Phase hergestellt.

Dabei kann offen bleiben, inwieweit die Wertung darauf achtete, dass die Mindestsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) in den Angeboten korrekt eingehalten wurden. Denn abgesehen davon, dass dieser Aspekt nicht gerügt wurde, hat die Antragstellerin (wie die Beigeladene) nicht nachvollziehbare Quoten mit Eigenleistungen eingesetzt, die auf eine indirekte Unterschreitung der Mindestsätze hindeuten, ohne dass die Antragsgegnerin dies bei der Wertung berücksichtigte.

Unabhängig davon erzielte die Antragstellerin laut Wertungstabelle zu allen Kriterien entweder genauso viele Punkte wie die Beigeladene oder weniger Punkte als diese. Damit war der Punktabstand zwischen den beiden besten Bietern unerheblich. Die Antragstellerin konnte bei jeder denkbaren Berechnungsmethode kein besseres Ergebnis als die Beigeladene erzielen. Auch ist nicht ersichtlich inwieweit die Änderung der vorgebrachten Vergabemängel einen Einfluss auf das Vergabeverhalten und folglich das Angebot der Antragstellerin hätten haben können. Eine Verletzung der Rechte der Antragstellerin aus den § 97 Abs. 7 GWB lässt sich jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt nicht erkennen.

III.

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 128 GWB.

1. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren unterlegen ist. Im Verfahren ist die Antragstellerin unterlegen. Sie hat damit die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Für die Amtshandlungen der Vergabekammer werden gemäß § 128 Abs.1 GWB Kosten erhoben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs.2 Satz 2 GWB. Danach beträgt die Mindestgebühr 2.500 EUR. Die Gebühr hat die Kammer nach dem Auftragswert (unter 1.500.000 EUR) unter Berücksichtigung ihres personellen und sachlichen Aufwandes bemessen. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes orientiert sich die Kammer an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (Stand: Dezember 2009). Danach ermittelt sich ein Betrag von 3.475 Euro. Da eine mündliche Verhandlung stattfand, bewegt sich der Aufwand im durchschnittlichen Bereich. Die Kammer hält eine Gebühr von 3.200 EUR (interpoliert) für angemessen. Billigkeitsgründe für eine weitere Ermäßigung (§ 128 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GWB) bestehen nicht.

2. Die Antragstellerin ist verpflichtet, die entstandenen Auslagen der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin zu tragen. Die Auslagen waren gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB notwendig.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein

beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschl. v. 9.2.11 - 13 Verg 17/10). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner in den konkreten Umständen des Falles selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169, 131).

Grundsätzlich muss der Auftraggeber in einem Fall, in dem sich die Streitpunkte auf auftragsbezogene Fragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentrieren, die erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse in seinem Aufgabenkreis organisieren und bedarf auch im Nachprüfungsverfahren keines anwaltlichen Bevollmächtigten (OLG Brandenburg, Beschl. v. 11.12.07, Verg W 6/07). Treten dagegen weitere, nicht einfach gelagerte Rechtsfragen hinzu, kann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig sein (OLG Celle, Beschl. v. 9.2.11 - 13 Verg 17/10). Hier hat sich die Auseinandersetzung vor allem auf nicht alltägliche Fragen der Zulässigkeit und erst in zweiter Linie auf Einzelheiten der konkreten Auftragsdurchführung konzentriert. Hierbei handelte es sich zum größten Teil um komplexe verfahrensrechtliche Problemstellungen, die gerade nicht den Auftragsgegenstand selbst betreffen. Um zu diesen besonderen Gesichtspunkten, die nicht zum Alltagsgeschäft der zuständigen Vergabestelle gehören, differenziert Stellung zu nehmen, muss der Auftraggeber auch unter Berücksichtigung der Beschäftigtenzahl und des Umfangs der zu erteilenden öffentlichen Aufträge kein zusätzliches Personal vorhalten. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts war daher notwendig.

Die Beigeladene hat weder Aufwendungen geltend gemacht noch sich sonst verfahrensfördernd beteiligt. Eine Kostenerstattung kommt damit nicht in Betracht.

IV. Rechtsmittelbelehrung

Vorsitzender