



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 60/19

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

Bietergemeinschaft [...]

1. [...]
2. [...]
3. [...],

vertreten durch die

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Bietergemeinschaft, bestehend aus

1. [...],
2. [...],

vertreten durch die

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Dienstleistungen für die Planung [...]“, hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Frikell auf die mündliche Verhandlung vom 27. August 2019 am 30. August 2019 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, auf Basis der bisherigen Wertung den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer partiell zurückzusetzen und den Bietern insoweit Gelegenheit zur erneuten Angebotsabgabe zu geben. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) tragen die Antragstellerin zu 70%, die Antragsgegnerin sowie die Beigeladene zu jeweils 15% (insgesamt 30%). Alle Verfahrensbeteiligten haften insoweit gesamtschuldnerisch. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin tragen Antragsgegnerin und Beigeladene zu jeweils 15 %. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin jeweils zu 70%.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin und der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) veröffentlichte [...] Bekanntmachung für ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zur Beschaffung von „Dienstleistungen für die Planung [...]“.

Bestandteil des Vertragsentwurfes sind nach § 2 u.a. die Anlagen 5 bis 7 mit Details zur Honorarermittlung für die einzelnen Objekte/Leistungen nach den Maßgaben der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI). Danach ist, wie die Ag in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, etwa 35 % Anteil am Gesamthonorar festgelegt durch die Tafelwerte der HOAI. Im Übrigen ist das Honorar frei kalkulierbar, denn die Leistungen unterfallen insoweit nicht der HOAI.

Detaillierte Vorgaben zu den Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung sowie den Unterkriterien waren in der Anlage „Zuschlagskriterien mit Gewichtung“ (Formblatt 313-F) zur Aufforderung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren enthalten.

Als Zuschlagskriterien bestimmte die Ag den Preis mit 30 Wichtungspunkten, und qualitative Wertungskriterien mit insgesamt 70 Wichtungspunkten. Insgesamt konnte ein Bieter 500 Wertungspunkte erreichen.

Die qualitativen Zuschlagskriterien waren „Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Auftragsausführung betrauten Personals“ (Ziff. 1.2 der Anlage „Zuschlagskriterien und Gewichtung“) (mit drei Unterkriterien, darunter das Kriterium 1.2.1 Personaleinsatzplanung, im Folgenden: Kriterium 1.2.1) sowie „Qualität, einschließlich des technischen Wertes gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 1 VgV“ (aufgeteilt in drei Zuschlagskriterien (Teile 1 bis 3), darunter das Kriterium 1.3 Planungskonzept (Teil 1) (siehe Ziff. 1.3 der Anlage „Zuschlagskriterien und Gewichtung, im Folgenden: Kriterium 1.3). Zu den Zuschlagskriterien gab die Ag detaillierte Aufgabenbeschreibungen vor, die u.a. für das Kriterium 1.3 durch eine Ergänzung konkretisiert wurden:

- Zum Kriterium 1.2.1 Personaleinsatzplanung gab die Ag im Formblatt 313-F vor: *„Darstellung des Personaleinsatzes...einschließlich der Darstellung der Qualifikation und der persönlichen Erfahrung mit vergleichbaren Koordinations- bzw. Planungsleistungen für das eingesetzte Personal (Gesamtprojektleitung, Teilprojektleitung, BIM-Koordination, BIM-Fachkoordination, Architekt/in für Gestaltung, Qualitätssicherung, Fachplaner/in, BIM-Planer/in, BIM-Konstrukteur/in)“.*

In der „Erläuterung zur Punktebewertung“ (Ziff. 3 des Formblattes 313-F) gab die Ag für das Kriterium 1.2.1 vor, dass die Höchstpunktzahl (5 Punkte) unter folgenden Voraussetzungen erreicht wird: *„Die Qualifikationen und persönlichen Erfahrungen des eingesetzten Personals sind vollständig mit den Aufgaben, die jeweils im Projektteam zu den Planungsleistungen für den [...]...wahrgenommen werden, vergleichbar.“*

- Zum Kriterium 1.3 war ein Planungskonzept zu erstellen. Die Erwartungshaltung der Ag an das Planungskonzept konkretisierte die Ag im Formblatt 313-F und in ihrer Ergänzung zu Teil 1 betreffend Aufgabenbeschreibung zum Planungskonzept. Im Formblatt 313-F gab die Ag zum Planungskonzept Folgendes vor: *„...Beschreibung*

der wesentlichen Planungsschritte und –abläufe unter Berücksichtigung des vorgeannten Punktes zur bestmöglichen Erfüllung des Planungszieles. ...“ In der Ergänzung zu diesem Zuschlagskriterium (1. Ergänzung „Aufgabenbeschreibung zum Planungskonzept“) formulierte die Ag folgendermaßen: *„...Es sind verschiedene Bauzustände zu betrachten und Möglichkeiten zur bestmöglichen Erfüllung des Planungszieles aufzuzeigen. ...“*

In der „Erläuterung zur Punktebewertung“ (Ziff. 3 des Formblattes 313-F) gab die Ag zum Kriterium 1.3 Planungskonzept vor, dass die höchste Punktzahl vergeben wird, wenn die Aufgabenstellung „vollständig erfasst und plausibel erläutert“ wurde.

Ziff. 3 der Anlage „Zuschlagskriterien mit Gewichtung“ enthielt detaillierte Erläuterungen der Voraussetzungen, unter denen ein Bieter für die aufgestellten Zuschlagskriterien und Unterkriterien die vorgesehenen Punktestufen von 0 bis 5 Punkten erreichen konnte. Die Unterkriterien sollten nicht gewichtet werden. Hierfür sollte jeweils der Mittelwert aus den Punkten der Unterkriterien gemäß Ziff. 1.6 der Anlage „Zuschlagskriterien mit Gewichtung“ errechnet werden.

Für die Zuschlagskriterien sollte schließlich der Punktwert je Zuschlagskriterium aus dem Interpolations- bzw. Mittelwert multipliziert mit den jeweiligen Wichtungspunkten ermittelt werden. Der Zuschlag sollte auf das Angebot erfolgen, das unter Berücksichtigung der genannten Kriterien und Wichtungen insgesamt den höchsten Punktwert erreicht (Ziff. 2 der Anlage „Zuschlagskriterien mit Gewichtung“).

Die Ag forderte die Antragstellerin (ASt) zur Abgabe eines Angebotes auf und lud diese zu einem zweitägigen Verhandlungsgespräch.

Die ASt gab fristgemäß ein erstes Angebot ab, ebenso wie die Bg und ein weiterer Bieter. Die Preisbestandteile, die nicht frei kalkulierbar waren, sondern für welche nach § 2 des Vertragsentwurfs die Tafelwerte der HOAI vorgegeben waren, waren in allen Angeboten HOAI-konform und damit identisch.

Die Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien dokumentierte die Ag bereits auf die Anfang März 2019 geführten Verhandlungsgespräche mit den einzelnen Bietern. Die Bewertung mit Punktwert und Begründung ist für jeden einzelnen Bieter niedergelegt im Vergabevermerk Teil 3 (Ziff. 3.5), der die Schritte im Vergabeverfahren im Zeitraum vom November 2018 bis Mai 2019 dokumentiert. Die Dokumentation beinhaltet detaillierte

Erwägungen für die Begründung der pro Zuschlagskriterium festgelegten Punktwerte der einzelnen Bieter, auf die hier Bezug genommen wird und die wegen der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bieter hier nicht konkret wiedergegeben werden können. Aus dieser Dokumentation ergibt sich, dass die ASt in allen qualitativen Zuschlagskriterien die volle Punktzahl erhielt. Ferner ergibt sich daraus, dass die anderen Bieter als die ASt bei zwei der qualitativen Wertungskriterien zu einzelnen Unterkriterien nicht die volle Punktzahl erhalten haben.

Schließlich forderte die Ag zur Abgabe endgültiger Angebote mit Angebotsfrist 8. Mai 2019 auf. Im Vergabevermerk Teil 4 vom 22. Mai 2019 fasste die Ag im Zusammenhang mit der Prüfung der Angemessenheit der Preise die mit dem Vertragsentwurf vorgegebenen Grundlagen der Preiskalkulation zusammen und stellte im Hinblick auf die eingegangenen Endangebote folgendes fest:

- Für die Kalkulation der Honorare war zum einen die HOAI relevant betreffend die Leistungen für die Objekt- und Tragwerksplanung, Technische Ausrüstung für die Objekte [...] des Vertrages ergab sich insofern ein vorläufiges Beratungshonorar, das nach den Feststellungen im Vergabevermerk bei allen Bietern gleich war.
- Ferner war die Fortschreibung der Honorartabellen gemäß RfT (Richtlinien für die Beteiligung freiberuflicher Träger der staatlichen Hochbauverwaltung Baden-Württemberg) einschließlich möglicher Zu-/Abschläge anzuwenden, betreffend die Leistungen für die Objekt- und Tragwerksplanung für die Objekte [...]. Auf Basis der vorläufigen Kostenschätzung des Vertrages ergab sich für diese Leistungsteile ein vorläufiges Berechnungshonorar nach RfT, das durch alle Bieter mit einem Zu-/Abschlag als wettbewerblicher Bestandteil angeboten werden konnte.
- Schließlich waren die Vertragsleistungen für das Building-Information-Modeling (alle Objekte), die architektonische Gestaltung (Schleuse/Kanalbrücke), Erstellen des LBP, besondere Leistungen im Rahmen der Vorplanung, Erstellung des Entwurfes-AU, Ausführungsplanung, Vorbereitung der Vergabe frei zu kalkulieren. Insofern stellte die Ag keine preislichen Auffälligkeiten fest.

Die ASt gab auf Aufforderung der Ag auch ein abschließendes Angebot ab. Im Vergabevermerk Teil 4 vom 22. Mai 2019 dokumentierte die Ag hierzu für die ASt beim Wertungskriterium Preis nicht die volle Punktzahl und für das Angebot der ASt insgesamt

492,95 von 500 möglichen Wertungspunkten. Die ASt rangierte danach an zweiter Stelle hinter der Beigeladenen (Bg).

Für die Bg dokumentierte die Ag eine höhere Gesamtpunktzahl als für die ASt. Ausschlaggebend war für diese höhere Gesamtpunktzahl der Bg letztlich der unter dem der ASt liegende Angebotspreis der Bg.

Mit Vermerk vom 22. Juli 2019 stellte die Ag außerdem fest, dass das Urteil des EuGH vom 4. Juli 2019 in der Rechtssache Rs. C-377/17 keine Auswirkungen auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren habe. Mit dem Urteil hatte der EuGH festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen die Maßgaben der EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG verstoßen hat, indem sie in der HOAI geregelte verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat. Die Ag begründete ihre Ansicht in dem Vermerk vom 22. Juli 2019 damit, dass der zu schließende Vertrag *„überwiegend aus frei kalkulierbaren Leistungen [besteht], die nicht unter die Anwendung der HOAI fallen.“* (vgl. Anlage 29 zum Vergabevermerk Teil 5 vom 25. Juli 2019).

Mit Schreiben vom 25. Juli 2019 informierte die Ag die ASt über die erhaltenen gewichteten Gesamtwertungspunkte und teilte mit, sie habe damit nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben. Die Ag teilte der ASt hierzu ferner die gewichteten Wertungspunkte für den Preis und die vier qualitativen Wertungskriterien im Einzelnen mit. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) zu erteilen.

Die ASt erhob mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 29. Juli 2019 eine Rüge und bemängelte eine fehlerhafte Bewertung ihres Angebots.

Die Ag wies die Rüge mit Schreiben vom 31. Juli 2019 zurück.

2. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 1. August 2019 beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, den sie mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 16., 21. und 26. August 2019 vertieft und ergänzt hat.

Mit Verfügung vom 9. August 2019 hat die Vergabekammer den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit gegeben, sich zu etwaigen Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 4. Juli 2019 in der Rs. C-377/17 zu äußern und darzulegen, ob und inwieweit die HOAI für die Angebotskalkulation relevant war.

a) Zur Begründung ihres Nachprüfungsantrags führt die ASt im Wesentlichen aus:

- Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 4. Juli 2019 zur Europarechtswidrigkeit des verbindlichen HOAI-Preisrechts seien nicht zu erwarten. Maßgeblich sei, dass der überwiegende Teil der zu vergebenden Leistungen außerhalb der HOAI-Tafelwerte liege und die HOAI schon deshalb insoweit unanwendbar sei. Das Gesamthonorar habe daher frei kalkuliert werden können. Die ASt weist insofern auf zivilrechtliche Rechtsprechung des BGH zur HOAI hin, wonach bei gemischten Verträgen, bei denen die Kalkulation des Honorars nur teilweise auf den verbindlichen Honorarsätzen der HOAI beruht, eine Preisvereinbarung nicht unwirksam sein könne, wenn der für nicht preisgebundene Leistungen verbleibende Honoraranteil unter dem für den Tafelhöchstwert geltenden Honorarmindestsatz liege. Abzustellen sei für die Mindestsatzkontrolle auf den Gesamtpreis.

- Die Ag habe den ihr bei der Angebotswertung im Hinblick auf die Zuschlagskriterien eingeräumten Beurteilungsspielraum fehlerhaft ausgeübt. Vor dem Hintergrund des mit 493 Wertungspunkten nur knapp unterhalb der Höchstpunktzahl von 500 möglichen Wertungspunkten liegenden Angebots der ASt sei davon auszugehen, dass die Ag die detaillierten qualitativen Zuschlagskriterien nicht angemessen bewertet, sondern „nach dem Gießkannenprinzip“ allen Bietern insofern die Höchstpunktzahlen zuerkannt habe, ohne sich die Mühe einer differenzierten Wertung der Qualitätskriterien zu machen. Im Ergebnis habe die Ag danach faktisch maßgeblich den lediglich mit 30% in die Wertung einfließenden Preis entscheiden lassen. Dadurch seien die qualitativen Zuschlagskriterien nicht richtig angewendet worden und das Angebot der ASt fehlerhaft bewertet worden, weil die detaillierten Angaben der ASt nicht angemessen gewürdigt worden seien. Der Wertung fehle daher, so die ASt in der mündlichen Verhandlung, die gebotene „Qualitätsspreizung“. Es sei nicht nachvollziehbar, dass bei diesen qualitativen Zuschlagskriterien alle Bieter die volle oder doch nahezu die volle Punktzahl erreichen konnten. Denn es sei praktisch auszuschließen, dass alle Bieter bei diesen komplexen Kriterien, maßgeblich beim Planungskonzept, die Aufgabenstellung vollständig erfasst und plausibel haben erläutern können, um die Höchstpunktzahl zu erhalten. Diese Vorgehensweise sei der ASt bereits bei anderen Vergabeverfahren der [...] aufgefallen.

- Die ASt konkretisiert ihr Vorbringen insbesondere zum Kriterium 1.3. Die ASt habe zwar insofern die volle Punktzahl erhalten. Fehlerhaft sei an der Entscheidung der Ag allerdings, dass sie in ihrer Antragserwiderung vom 8. August 2019 davon ausgehe, die ASt habe im Planungskonzept mit den von der ASt aufgezeigten planerischen Optimierungspotentialen überobligatorisch ausgeführt, was für die Bewertung keine Rolle habe spielen sollen. Dem Angebot der ASt sei vielmehr zu entnehmen, dass sie zu den relevanten Punkten vertiefte Erwägungen habe anstellen müssen, um den Maßgaben für die Höchstpunktevergabe entsprechend zu können. Die ASt habe auf diese Weise lediglich die Möglichkeiten zur bestmöglichen Erfüllung des Planungszieles aufgezeigt wie es in der Aufgabenbeschreibung auf Seite 1 gefordert worden sei und somit den Anforderungen an das Konzept vollumfänglich entsprochen. Es komme nicht darauf an, dass die Ag insoweit keine Vergütung im Hinblick auf § 77 VgV ausgelobt habe. Die Vorgaben für das Konzept wiesen hinsichtlich der Tiefe der Bearbeitung keine Beschränkung auf. Soweit der ASt in ihrem Planungskonzept ein von der Ag in ihrer Stellungnahme vom 21. August 2019 bemängelter Fehler unterlaufen sei, sei dies ein Schreibfehler, der unerheblich sei. Daraus folge, dass nur das Angebot der ASt Ausarbeitungen enthalten habe, die anderen Bietern wie der Bg jedoch fehlten. Diese könne daher insofern allenfalls vier Punkte erhalten, da deren Angebot nur überwiegend oder nahezu vollständig sein könne. Vor diesem Hintergrund gehe es also nicht um eine willkürliche Herabwertung des Angebots der Bg, sondern darum, dass sich aus der Vergabeakte selbst ergebe, dass die ASt im Grunde besser zu bewerten sei als die Bg. Dies sei, wie die ASt in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, aber fehlerhaft nicht erfolgt, indem die Ag die nach Ansicht der ASt zum Planungskonzept geforderten Optimierungen und auch deren Fehlen bei anderen Bietern wie der Bg gar nicht berücksichtigt habe. Dies sei beurteilungsfehlerhaft.

- Des Weiteren bemängelt die ASt in ihren Stellungnahme vom 16. und 26. August 2019, die Erfahrung der Bg im Bereich des Baus von [...] sei mit der Erfahrung der ASt nicht vergleichbar. Im Hinblick auf das Zuschlagsunterkriterium 1.2.1 (Personaleinsatzplanung) sei davon auszugehen, dass eine volle Punktzahl nur erreichbar sei, wenn das eingesetzte Personal ausschließlich persönliche und praktische Erfahrung im Bau bedeutender [...] habe. Dies sei erforderlich, um die volle Punktzahl zu erreichen; diese könne nach den Vorgaben der Ag nur vergeben werden, wenn ein Bieter

Erfahrung mit vollständig vergleichbaren Objekten habe. Es sei fraglich, ob die Bg diese Erfahrungen vorweisen könne.

- Schließlich bemängelt die ASt eine unzureichende Dokumentation und Information durch die Ag. Der ASt sei die Punktzahl der Bg als der Zuschlagsprätendentin nicht mitgeteilt worden. Auch habe sie keine Information darüber erhalten, welche Unterkriterien bei den Kriterien 1.2 bis 1.5 gewertet worden seien und auf welchem Rechenweg sich ihre Gesamtpunktzahl ergeben habe.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, die Bewertung der Angebote in dem Vergabeverfahren „Planung [...]“ unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären.

Des Weiteren beantragt die ASt Akteneinsicht.

b) Die Ag beantragt,

die Anträge der ASt als unbegründet zurückzuweisen und ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Mit Schreiben vom 8., 16. und 21. August 2019 führt die Ag Folgendes aus:

- Auch die Ag ist der Meinung, das EuGH-Urteil vom 4. Juli 2019 zur Europarechtswidrigkeit des verbindlichen HOAI-Preisrechts wirke sich nicht auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren aus. Die ausgeschriebenen Leistungen seien bereits überwiegend außerhalb verbindlicher HOAI-Sätze oder aber als Besondere Leistungen frei zu kalkulieren gewesen. Soweit Leistungen nach den Tafelwerten der HOAI zu vergüten gewesen seien, habe kein Bieter eine Anpassung der Vergütungsregelungen verlangt. Jedenfalls habe keiner der Bieter die im Vertrag vorgesehene Gestaltung der Vergütungsregelung oder die Wertung der Preise im Hinblick auf das erst nach Endangebotsabgabe (8. Mai 2019) ergangene EuGH-Urteil gerügt. In der mündlichen Verhandlung hat die Ag hinzugefügt, die Bieter seien im Hinblick auf die

von der Ag vorgegebenen verbindlichen HOAI-Mindestsätze nicht gehindert gewesen, ein günstiges Gesamthonorar zu kalkulieren.

- Die Ag hält den Nachprüfungsantrag zwar für zulässig, aber unbegründet. Die Ag habe die von ihr fehlerfrei im Formblatt 313-F aufgestellten Zuschlagskriterien fehlerfrei angewendet. Danach seien die Angebote der Bieter zu werten. Soweit die ASt eine vergleichende Bewertung der Angebote zueinander fordere, sei dies mit den Maßgaben des § 127 GWB und § 58 VgV unvereinbar. Dies bedeute, die Angebote, die die Voraussetzungen für eine Bewertung mit der Höchstpunktzahl erfüllten, willkürlich herabzuwerten, wenn andere Angebote die gestellten Anforderungen überobligatorisch erfüllten. Wenn also das Angebot der ASt stellenweise noch über die Anforderungen hinausgehe, sei das unerheblich und könne nicht zu einer relativen Herabsetzung der Angebote anderer Bieter führen. Bei allen Bietern seien die Zuschlagskriterien daher gleichermaßen angewendet worden. Jeder habe die Möglichkeit erhalten, sich und sein Angebot in einem zweitägigen Verhandlungsgespräch zu präsentieren. Für die Vorstellung der Angebote im Hinblick auf die einzelnen qualitativen Zuschlagskriterien sei dabei ein gesonderter Abschnitt mit insgesamt 3:15 h und damit ausreichend Zeit eingeplant worden. Die Vorbereitung auf die Verhandlung sei mit einer Zeitspanne vom 15. November 2018 bis zur Abgabe des Erstangebots am 19. Februar 2019 angemessen gewesen. Im Ergebnis hätten neben der ASt auch die anderen Bieter überwiegend umfassende Konzepte und Ausarbeitungen zu den einzelnen Qualitätskriterien vorgelegt und präsentiert. Die Bg habe sehr detaillierte Konzepte vorgelegt und kompakt erläutert. Vor diesem Hintergrund sei festzustellen gewesen, dass alle Bieter ihre Angebote auf hohem Niveau erstellt und präsentiert hätten, was entsprechende Bewertungen mit hohen bzw. höchsten Qualitätspunkten gerechtfertigt hätte. Die Wertung anhand der Zuschlagskriterien sei so auch in der Vergabeakte hinsichtlich der einzelnen Bieter transparent dokumentiert. Da somit die Bieter in qualitativer Hinsicht nahezu gleich leistungsstark seien, sei schließlich der Preis als weiteres leistungsorientiertes Zuschlagskriterium ausschlaggebend gewesen. Dies sei vergaberechtlich unbedenklich.
- Das Vorbringen der ASt in ihrer Stellungnahme vom 16. August 2019, insbesondere die Bewertung des qualitativen Zuschlagskriteriums 1.3 (Planungskonzept) sei fehlerhaft, sei ebenso unbegründet. Dort sei eine komplexe Auseinandersetzung mit der Planungsaufgabe anhand der hierzu zur Verfügung gestellten Unterlagen erforder-

lich gewesen. Das Planungskonzept der ASt reiche darüber allerdings hinaus und die ASt sei bei ihrem Planungskonzept zudem einer Fehleinschätzung erlegen. Die ASt habe in ihrem Konzept bereits eine Betrachtung zu bestimmten Aspekten vorgenommen, die in einer Optimierung der Planung gemündet sei, die aber gar nicht gefordert gewesen sei, um das Planungsziel – wie von der ASt vorgetragen – überhaupt erst in Gänze erfassen zu können. Vielmehr seien etwaige Optimierungen im Planungsprozess vorzunehmen, dort dann auch mit der Ag abzustimmen, aber noch nicht – ohne Prüfung durch die Ag – im Vergabeverfahren selbst. Die Ag habe zwar anerkannt, dass das grundsätzliche Aufgabenverständnis der ASt – trotz eines näher bestimmten Fehlers in den Ausführungen zum Planungskonzept hinsichtlich der Abmessungen – nicht durch diese fehlerhafte Annahme in Frage gestellt worden sei, so dass eine negative Auslegung der fehlerhaften Annahme daher nicht in die Bewertung einbezogen worden sei. Daraus folge aber, dass die ASt nicht erkannt habe, dass das Planungskonzept auf die Verknüpfung der vom im Planungsprozess umfassten Problemfeldern angelegt gewesen sei und nicht auf derzeit nicht geforderte Detailbetrachtungen. Das Planungskonzept der Bg beschreibe dagegen die für das Kriterium 1.3 geforderten Aufgabenpunkte vollständig und plausibel. Es berücksichtige alle relevanten Problemfelder. Soweit auch die Konzepte der Bg zu den Kriterien 1.3-1.5 Anforderungen überobligatorisch erfülle, sei dies ebenfalls nicht in die Bewertung eingeflossen.

- Das Vorbringen der ASt, die Bg sei ungeeignet, weist die Ag unter Hinweis auf die im Teilnahmewettbewerb geforderten und geprüften Referenzen der Bg zurück. Für die Eignungsprüfung seien ausweislich der Auftragsbekanntmachung Referenzen zu konstruktiven Wasserbauwerken, Ingenieurbauwerken oder Gebäuden ausreichend gewesen. Diese seien ausweislich der Anlage 4 zum Vergabevermerk von der Bg erbracht worden.
- Die von der ASt geltend gemachten Dokumentationsmängel seien nicht nachvollziehbar, sondern eine Behauptung ins Blaue hinein. Die Vergabeakte enthalte eine dem § 8 VgV entsprechende Dokumentation, die sich auf einen fünfteiligen Vergabevermerk samt detaillierter Anlagen stütze. Die Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien bzw. Unterkriterien entsprechend den Maßgaben des Formblattes 313-F sei in je eigenen Textabschnitten für jeden Bieter ausführlich begründet worden.

- Schließlich habe die Ag jedem Bieter die vergebenen Wertungspunkte für jedes einzelne Zuschlagskriterium sowie die Summe der insgesamt vergebenen Wertungspunkte im Schreiben nach § 134 GWB mitgeteilt. Darin sei auch über den frühesten Zuschlagstermin und die Bg als Zuschlagsdestinatär informiert worden. Diese Informationen seien hinreichend und genügen dem Sinn und Zweck des § 134 GWB. Überdies habe die ASt rechtzeitig um primären Vergaberechtsschutz nachsuchen können und sei nicht infolge des § 134 GWB-Schreibens daran gehindert gewesen.
 - Soweit die ASt schließlich bemängele, die als fehlerhaft gerügte Beurteilung der qualitativen Zuschlagskriterien durch die Ag füge sich in ein System entsprechender Vorgehensweisen auch anderer Vergabestellen der [...] ein, handele es sich um etwaige Vergaberechtsverstöße, die in den entsprechenden Vergabeverfahren zu rügen gewesen wären. Darüber hinaus gebe es die von der ASt bemängelte Wertungsstrategie in der [...] nicht. Die ASt berufe sich zudem nur auf zwei andere Vergabeverfahren, was den Vorwurf einer entsprechenden Strategie, wonach Vergabeentscheidungen bei vergleichbaren Leistungen ausschließlich auf die Wertung des Zuschlagskriteriums Preis zurückzuführen seien, ohne qualitative Kriterien hinreichend zu würdigen, ohnehin nicht plausibel trage.
- c) Die mit Beschluss vom 2. August 2019 förmlich zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Beigeladene (Bg) beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten wird für die Bg für notwendig erklärt.

Ferner beantragt die Bg Akteneinsicht.

Die Bg führt in den Stellungnahmen ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 16. und 22. August 2019 Folgendes aus:

- Die Gültigkeit bzw. Anwendbarkeit des HOAI-Preisrahmenrechts sei für das streitgegenständliche Vergabeverfahren ohne Relevanz. Die Leistungen der Ausschreibung seien zu etwa einem Drittel nach der HOAI und zu zwei Dritteln in statthafter Weise, insbesondere weil außerhalb der HOAI-Honorartafeln liegend, frei kalkuliert. Der Ge-

samtangebotspreis sei von allen Bietern im Rahmen ihrer Kalkulationsfreiheit aus HOAI-Leistungen und frei kalkulierten Leistungen unter gleichen Bedingungen ermittelt worden. Die Einhaltung von HOAI-Mindestsätzen habe für die Bg keine Rolle gespielt. Im Übrigen seien etwaige Einschränkungen der Kalkulationsfreiheit durch zwingende Vorgaben des HOAI-Preisrechts schon vor dem Zeitpunkt der Endangebotsabgabe ersichtlich und rügbar gewesen, da das anhängige Gerichtsverfahren beim EuGH zur Rs. C-377/17 öffentlich bekannt gewesen sei. In der mündlichen Verhandlung hat die Bg außerdem betont, der Vergabekammer fehle ohnehin die Verwerfungskompetenz für die verbindlichen Preisregelungen der HOAI, sie könne diese nicht unangewendet lassen, wenn die Ag sie in das Vergabeverfahren einbezogen habe.

- Der zulässige Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Die Ag habe ordnungsgemäße Zuschlagskriterien verwendet und diese auch fehlerfrei nach § 127 GWB und § 58 VgV in concreto angewendet, was durch die Dokumentation der qualitativen Wertung schlüssig, transparent und sachgemäß belegt sei. Daraus ergäben sich hohe qualitative Angebotswertungen, so dass es bei der Zuschlagserteilung im Ergebnis auf den Preis ankomme. Dies sei vergaberechtlich nach den Maßgaben des § 127 Abs. 1 GWB geboten. Eine vergleichende Bewertung der Angebote scheidet danach aus. Insbesondere zum qualitativen Zuschlagskriterium 1.3 (Planungskonzept) seien keine Planungsleistungen erforderlich gewesen; sofern die ASt solche tatsächlich im Konzept vorgenommen habe, seien sie überflüssig und entweder nicht oder allenfalls nachteilig zu bewerten.
- Soweit die ASt die Eignung der Bg in Frage stellen wolle, sei die ASt mit diesem Vorbringen bereits in jedem Fall präkludiert. Dies habe die ASt zum Teilnahmewettbewerb rügen müssen, was nicht erfolgt sei. In jedem Fall habe die Bg die geforderten Referenzen erbracht, wozu die Bg auf die Ausführungen der Ag in ihrer Stellungnahme vom 21. August 2019 verweist.
- Mängel der Dokumentation seien ausweislich jedenfalls der Bg erteilten Akteneinsicht in die Dokumentation der Angebotswertung nicht ersichtlich; die ASt rüge diesen Punkt lediglich „ins Blaue hinein“.
- Auch sei das Informationsschreiben an die ASt gemäß Anlage AST10 fehlerfrei und dem Zweck des § 134 GWB entsprechend gewesen. Angaben zu den Angeboten

der Bg bzw. weiterer Bieter habe die Ag zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht machen dürfen. Daher seien die mitgeteilten Punktwerte der ASt zur Begründung der Nichtberücksichtigung ihres Angebotes ausreichend gewesen.

3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, der ASt und der Bg auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren. Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 27. August 2019 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert. Alle Verfahrensbeteiligten erklären in der mündlichen Verhandlung, dass sich das Urteil des EuGH vom 4. Juli 2019 zur Rs. C-377/17 ihrer Ansicht nach nicht auf die Kalkulation ihres Honorars ausgewirkt hat.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung – mit Zustimmung der ASt zunächst in Abwesenheit der Vertreter der ASt – mit der Ag und der Bg erörtert, ob die Bg tatsächlich Mitarbeiter in ihrem Konzept benannt hat, die im Sinne des Erhalts der Höchstpunktzahl (5 Punkte) Erfahrungen mit „vollständig“ vergleichbaren Planungsaufgaben haben. Die Vergabekammer hat dies zudem anhand des Konzepts der Bg zum Kriterium 1.2.1 nachvollzogen. Nach Rückkehr der Vertreter der ASt hat die Vergabekammer diese nach vorheriger Rücksprache mit der Bg informiert, dass die Bg eine Reihe von [...] geplant hat und das Personal, das mit der [...] betraut gewesen sei, ausweislich des Konzepts der Bg und der dort vorgestellten Mitarbeiter auch für die Erbringung des ausgeschriebenen Auftrags eingebunden werde.

Auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegt wurde, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
 - a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Er betrifft die Vergabe eines Planungs- bzw. Dienstleistungsauftrags nach § 103 Abs. 4 GWB durch den Bund als öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB. Der für die Vergabe von dem Bund zuzurechnenden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen relevante Schwellenwert von 221.000,- Euro ist hier deutlich überschritten (vgl. zur Schätzung der Ag: Vergabe-

vermerk Teil 1 vom 5. Juli 2018, Ziff. 1.3, Seite 5 mit Anlage 2), der Zuschlag noch nicht erteilt. Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes folgt danach aus § 159 Abs. 1 Nr. 1 GWB.

- b) Die ASt ist antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Das erforderliche Interesse am Auftrag ist durch ihr Angebot hinreichend belegt. Die von ihr gerügten Vergaberechtsverstöße gegen die vergaberechtlichen Grundsätze des § 97 Abs. 1, 2 GWB betreffen bieterschützende Vorschriften nach § 97 Abs. 6 GWB. Den ihr drohenden Schaden hat die zweitplatzierte ASt schlüssig dargelegt. Die ASt hat zwar in qualitativer Hinsicht die Höchstpunktzahl erhalten, ihr zweiter Platz hinter der Bg ist allein durch preisliche Unterschiede begründet. Die Antragsbefugnis der ASt folgt hier daraus, dass sich die Rangfolge auch dadurch ändern kann, dass die Bg in qualitativer Hinsicht fehlerhaft zu gut bewertet worden ist, so dass sie im Range abfallen könnte. Auf der Stufe der Antragsbefugnis ist dies nach dem nicht un schlüssigen Vortrag der ASt jedenfalls von vornherein nicht auszuschließen.
 - c) Bedenken im Hinblick auf die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB bestehen nicht. Die ASt hat die von ihr behaupteten Wertungsfehler infolge des § 134-Informationsschreibens der Ag vom 25. Juli 2019 erkannt und innerhalb der gesetzlichen Frist von 10 Kalendertagen mit Schreiben vom 29. Juli 2019 gerügt. Auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 31. Juli 2019 hat die ASt schließlich auch den Nachprüfungsantrag vom 1. August 2019 fristgemäß nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB bei der Vergabekammer eingereicht.
2. Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet in Bezug auf die von der ASt eingeforderte Abwertung des Angebots der Bg. Dennoch leidet das Vergabeverfahren an dem Mangel, dass die Ag der Entscheidung des EuGH vom 4. Juli 2019, wonach die festen Honorarvorgaben der HOAI als Verstoß gegen die Richtlinie 2006/123/EG europarechtswidrig sind, nicht durch Anpassung der Vergabeunterlagen Rechnung getragen hat.
- a) Das streitgegenständliche Vergabeverfahren leidet an dem hier von Amts wegen aufzugreifenden Mangel, dass für das Zuschlagskriterium des Preises und die hierfür erforderliche Honorarkalkulation durch die Bieter zumindest teilweise das verbindliche Preisrecht der HOAI anzuwenden und von der Ag vorgegeben war, § 127 Abs. 2 GWB, § 76 Abs. 1 Satz 2 VgV (hierzu im Folgenden aa)). Zu den Vorgaben der HOAI, verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren vorzuschreiben, hat allerdings der EuGH vom 4. Juli 2019 zur Rs. C-377/17 fest-

gestellt, dass das Beibehalten dieser Regelungen gegen sekundäres Unionsrecht verstößt (hierzu im Folgenden bb)). Daher sind diese Vorgaben für die hier erforderliche Honorarkalkulation zum Zuschlagskriterium Preis nicht mehr anzuwenden und das Vergabeverfahren im gebotenen Umfang zurückzusetzen, um den Bietern eine neue Kalkulation unter Beachtung der Maßgaben des o.g. EuGH-Urteils zu ermöglichen (s. im Folgenden cc)).

aa) Die Bieter hatten für die Kalkulation ihrer Honorare die Regelungen über die verbindlichen Honorare zugrunde zu legen. Die Ag hat in ihrer Stellungnahme vom 16. August 2019 (Seite 2, 2. Absatz der Stellungnahme) klargestellt, dass die Angebotspreise der Bieter nur zu einem dort näher konkretisierten prozentualen Korridor überwiegend frei bzw. außerhalb der HOAI kalkuliert worden sind bzw. werden konnten. In der mündlichen Verhandlung hat die Ag ausgeführt, dies betreffe rd. 65% der Leistungen. Aus diesen Ausführungen folgt, dass das Honorar für die abgegebenen Endangebote zu einem deutlich zweistelligen Prozentsatz nach der HOAI zu kalkulieren war und auch kalkuliert worden ist. Die Ag hat in ihrem Vergabevermerk Teil 4 vom 22. Mai 2019 (zur Prüfung der Wertungsstufe 2 – Angemessenheit der Preise) hierzu festgestellt, dass die Leistungen für die Objekt- und Tragwerksplanung, die technische Ausrüstung für die Objekte [...] auf der Grundlage der HOAI kalkuliert worden sind und die Bieter die HOAI eingehalten haben und insoweit die angebotenen Preispositionen bei allen Bietern gleich sind. Die Ag hatte hierzu in den Vergabeunterlagen detaillierte Vorgaben für die Kalkulation im Hinblick auf die HOAI gemacht. Dies folgt aus dem Vertragsentwurf der Ag, der für die Honorarermittlung auf die verbindlichen Honorarsätze der HOAI zurückgreift (Anlagen 5 bis 7 des Vertragsentwurfes, die gem. § 2 des Vertrages dessen Bestandteil sind). Die Ag hat den zur Abgabe von Endangeboten aufgeforderten Bietern dementsprechend für den nach der HOAI zu kalkulierenden Honoraranteil nach § 7 Abs. 1 HOAI die verbindlichen Preissätze im Hinblick auf die §§ 44, 48, 52, 56 HOAI vorgegeben. Dies hat die Ag in der mündlichen Verhandlung auf mehrfache Nachfrage der Vergabekammer ausdrücklich bestätigt. Danach war das zu kalkulierende Honorar nur eingeschränkt, nämlich zu rd. 65%, frei vereinbar, für den Rest habe die Ag im Vertragsentwurf die verbindlichen Mindestsätze der HOAI vorgegeben. Auch die übrigen Verfahrensbeteiligten haben dies nicht in Abrede gestellt.

Allesamt sind die Verfahrensbeteiligten allerdings der Ansicht, dass diese Vorgabe für einen Teil der Honorarkalkulation sich auf den zu bildenden Gesamtpreis nicht ausgewirkt hat, die von der Vergabekammer von Amts wegen zum EuGH-Urteil vom 4. Juli 2019 aufgegriffene HOAI-Problematik daher im Grunde unbeachtlich sei. Aus diesen Ausführungen folgt allerdings nicht, dass es auf die von der Ag gemäß § 127 Abs. 2 GWB, § 76 Abs. 1 Satz 2 VgV vorgegebenen verbindlichen Mindestsätze nach der HOAI nicht ankommt. Die mündliche Verhandlung hat vielmehr ergeben, dass diese von der Ag vorgegebenen Regelungen in jedem Fall kalkulationserheblich waren. Zwar haben alle Verfahrensbeteiligten erklärt, das EuGH-Urteil habe keine Auswirkungen auf das Vergabeverfahren gehabt, weil die verbindlichen Kalkulationsvorgaben irrelevant gewesen sein sollen. Es sei auf das Gesamthonorar angekommen. Ob sich aus dieser Argumentation unter Umständen Anhaltspunkte für eine Prüfung unzulässiger Mischkalkulationen hätten ergeben haben können, mag hier dahinstehen. Ausschlaggebend ist, dass die Ag in ihren Vergabeunterlagen die verbindlichen HOAI-Mindestsätze vorgegeben hat, an denen sich die Bieter auch orientiert haben, so dass diese Teile ihres Honorars sämtlich identisch sind. Die Ag hat dies in ihrer Preisprüfung im Vergabevermerk Teil 4 vom 22. Mai 2019 auch bestätigt. Es ist danach keineswegs auszuschließen, dass die Kalkulation des Honorars anders ausgefallen wäre, wenn die verbindlichen Honorarregeln der HOAI von Anfang an nicht zugrunde zu legen gewesen wären. Dies hätte sich auf die Kalkulation des Gesamthonorars sehr wohl auswirken können. Allein der Umstand, dass die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung nachträglich ausgeführt haben, sie hätten ihr Angebot nicht anders kalkuliert, denn es sei ihnen auf das kalkulierte Gesamthonorar angekommen, führt nicht weiter. Denn bei welchem Gesamthonorar sie im Ergebnis gelegen hätten, wenn sie hinsichtlich des gesamten Leistungspaketes frei in ihrer Kalkulation gewesen wären, lässt sich gerade nicht mit absoluter Bestimmtheit annehmen. Den Bieter wäre insofern nämlich eine uneingeschränkt wettbewerbliche Kalkulation ohne verbindliche Vorgaben möglich gewesen.

Soweit die ASt in der mündlichen Verhandlung, sekundiert von den beiden anderen Verfahrensbeteiligten, auf zivilrechtliche Rechtsprechung des BGH zur Mindestsatzkontrolle bei gemischten Verträgen, die z.T. frei und z.T. nach den verbindlichen Honorarregeln der HOAI kalkuliert worden sind, verwiesen hat, wonach für die Mindestsatzkontrolle immer nur das Gesamthonorar ausschlaggebend sein soll, führt das schon deshalb nicht weiter, weil die verbindlichen Honorarregeln der HOAI aus den

ausgeführten Gründen nicht mehr anzuwenden sind, die von den Verfahrensbeteiligten bemühte (ältere) Rechtsprechung davon allerdings ausgeht. Die Ag hat im Hinblick auf § 127 Abs. 2 GWB, § 76 Abs. 1 Satz 2 VgV die verbindlichen Vorgaben, die für die Honorarkalkulation der Bieter relevant waren, im Vertragsentwurf festgelegt. Die Ausführungen der Ag in der mündlichen Verhandlung haben ergeben, dass sie mit dem Vertragsentwurf für Teile der Leistungen die verbindlichen Honorarsätze der HOAI vorgegeben hat und diese mithin nicht einfach nur einen bloß orientierenden Charakter hatten. Die Bieter haben dies auch genau so aufgefasst, da sie für diese Leistungsteile – wie die Ag im Vergabevermerk festgestellt hat – sämtlich HOAI-konform und identisch kalkuliert haben. Vor diesem Hintergrund waren die verbindlichen Honorarregeln der HOAI auch für die Kalkulation des Gesamthonorars der Bieter eben keinesfalls unerheblich.

bb) Nachdem der EuGH in seinem Urteil vom 4. Juli 2019 (Rs. C. 377/17) festgestellt hat, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 lit. g und Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG verstoßen hat, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren in der HOAI beibehalten hat, ergibt sich für den Bund das Verbot, die EU-rechtswidrigen Vorschriften über die verbindlichen Honorare nach der HOAI weiter anzuwenden und die Pflicht, dem Urteil des EuGH innerstaatlich Geltung zu verschaffen. Dies folgt aus Art. 260 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit den Grundsätzen über den Anwendungsvorrang des EU-Rechts. Stellt danach der EuGH fest, dass ein Mitgliedstaat gegen Verpflichtungen aus den Verträgen verstoßen hat, hat der Mitgliedstaat die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des EuGH ergeben. Dementsprechend haben auch die nationalen Gerichte aufgrund der verbindlichen Wirkung des feststellenden Urteils des EuGH den Maßgaben des Urteils Rechnung zu tragen (vgl. EuGH, Urteil vom 27. April 1988, Rs. 225/86 Rn. 9 f.; Urteil vom 14. Dezember 1982, Rs. 314 bis 316/81 und 83/82 Rn. 13-15; ferner: Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 483 (488 f.)). Dementsprechend gilt dies auch für die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen.

Der EuGH hat im o.g. Urteil festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch die Beibehaltung der Regelungen der HOAI über die verbindlichen Honorarsätze gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie verstoßen hat. Daraus folgt, dass die Bundesrepublik Deutschland diese Richtlinie insoweit nicht gemäß den Maßgaben des Art.

288 Abs. 3 AEUV in deutsches Recht umgesetzt hat. Zur Beseitigung dieses Verstoßes gegen die Maßgaben des primären und sekundären EU-Rechts ist es daher geboten, die entsprechenden Maßgaben der Richtlinie unmittelbar anzuwenden, um das EuGH-Urteil durchzusetzen. Hiervon geht schließlich auch die in der Vergabeakte im Zusammenhang mit dem Vermerk der Ag vom 22. Juli 2019 dokumentierte Mitteilung [...] mit E-Mail vom 4. Juli 2019 aus, gerichtet an [...], welche diese Mitteilung auch an die Vergabestelle mit E-Mail vom 5. Juli 2019 weitergeleitet hat (siehe zu diesem Vorgang die Anlage 29 zum Vergabevermerk Teil 5 vom 25. Juli 2019).

- (1) Die unmittelbare Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie ist im Verhältnis zwischen Bürgern und staatlichen Stellen zulässig und daher auch im hiesigen Nachprüfungsverfahren geboten (sog. vertikale Wirkung, vgl. hierzu prägnant Streinz, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 490/491 m.w.N. aus der Rspr.) Hier betrifft dies das Verhältnis zwischen der ASt und der Ag als öffentlicher Auftraggeberin. Die Berufung durch einen Bieter in einem Vergabeverfahren auf die Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie sind nach Art. 288 Abs. 3 AEUV gegenüber dem jeweiligen Mitgliedstaat möglich, an den sie gerichtet ist. Das ist hier bei der Ag, mithin dem Bund selbst, der Fall, ohne dass es auf die Form des staatlichen Handelns ankommt (vgl. EuGH, Urteil vom 12. Juli 1990, Rs C-188/89 Rn. 19 f. – Foster/British Gas Corp; EuGH, Urteil vom 26. Februar 1986, a.a.O., Rn. 49). Es liegt hier somit kein Fall einer bloß richtlinienkonformen Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie in einem privatrechtlichen Verhältnis vor, wie sie im Nachgang zum Urteil des EuGH vom 4. Juli 2019 durch verschiedene Obergerichte mit unterschiedlichem Ergebnis für zivilrechtliche Streitigkeiten in Honorarprozessen nach der HOAI entschieden wurde (vgl. insoweit die zeitlich wohl ersten Entscheidungen nach Ergehen des EuGH-Urteils vom 4. Juli 2019: Einerseits OLG Celle, Urteil vom 17. Juli 2019, 14 U 188/18 und andererseits OLG Hamm, Urteil vom 23. Juli 2019, 21 U 24/18).

Unerheblich ist es, dass sich die ASt im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer nicht auf eine unmittelbare Anwendung des Art. 15 Abs. 1, Abs.2 lit g), Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie berufen hat, da diese Maßgaben im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen als vorrangiges Unionsrecht von Amts wegen zu beachten sind und nicht von individuellen Einwänden Betroffener abhängen und daher auch nicht, etwa zugunsten des Grundsatzes der Rechtssi-

cherheit oder eines ordnungsgemäßen Verfahrensablaufs, disponibel sind (EuGH, Urteil vom 14. Dezember 1995, Rs. C-312/93 Rn. 20 – Peterbroeck/Belgien; hierzu bestätigend Streinz, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 491).

(2) Die Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendung der maßgebenden Vorschriften der Richtlinie 2066/123/EG liegen im Hinblick auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren vor. Eine Richtlinie im Sinne von Art. 288 Abs. 3 AEUV ist danach unmittelbar anzuwenden, wenn aus ihr unmittelbar und ohne einen Umsetzungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber Rechte abzuleiten sind (self executing), die Umsetzungsfrist abgelaufen ist und die unmittelbare Anwendung nicht zu einer Verpflichtung eines Bürgers gegen den Staat oder einem anderen Einzelnen führt (vgl. grundlegend: EuGH, Urteil vom 19. Januar 1982, Rs. 8/81 Rn. 17 ff. (25); hierzu bestätigend: BVerfG, Beschluss vom 8. April 1987, 2 BvR 687/85, insbesondere Rn. 45-58 (zit. nach juris); Streinz, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 498 f. m.w.N.). Im Einzelnen:

- Aus der Vorschrift des Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 lit. g, Abs. 3 3 der Dienstleistungsrichtlinie ergeben sich unmittelbar Rechte zugunsten der Bieter im streitgegenständlichen Vergabeverfahren, ohne dass insoweit ein Umsetzungsspielraum des deutschen Gesetz- und Verordnungsgebers besteht: Aus dieser Vorschrift der Richtlinie ergibt sich, dass nationale Vorschriften, nach denen ein Dienstleistungserbringer festgesetzte Mindest- und/oder Höchstpreise zu beachten hat, zu ändern sind, wenn sie nicht den Maßgaben des Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie entsprechen, insbesondere also unverhältnismäßig sind. Ein Umsetzungsspielraum verblieb/verbleibt damit nicht für den deutschen Gesetz- und Verordnungsgeber; vielmehr waren danach die verbindlichen Honorarregeln der HOAI in der bislang geltenden Fassung abzuschaffen. Der EuGH hat in seinem o.g. Urteil im Hinblick auf die verbindlichen Honorarregeln der HOAI auch ausdrücklich deklaratorisch festgestellt, dass sie den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nach Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie nicht entsprechen.
- Die Umsetzungsfrist der Dienstleistungsrichtlinie ist abgelaufen. Nach Art. 44 Abs. 1 der Dienstleistungsrichtlinie war diese bis zum 28. Dezember 2009 umzusetzen.

- Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 lit. g), Abs. 3 begründen keine unmittelbaren Pflichten für einen Bieter im streitgegenständlichen Vergabeverfahren gegenüber dem Staat bzw. öffentlichen Auftraggeber oder einem einzelnen anderen Bieter im streitgegenständlichen Vergabeverfahren der Ag. Vielmehr ermöglicht der Wegfall der nach § 127 Abs. 2 GWB, § 76 Abs. 1 Satz 1 VgV ursprünglich anzuwendenden HOAI-Regelungen für verbindliche Mindest- bzw. Höchstätze für die Honorare eine umfassend freie Kalkulation, was die Honorarkalkulation der Bieter im streitgegenständlichen Vergabeverfahren vollumfänglich dem Wettbewerb öffnet und flexibler macht und somit zu Gunsten der ASt wirkt.

Danach sind die verbindlichen Honorarregelungen der HOAI auch im streitgegenständlichen Vergabeverfahren nicht mehr anzuwenden.

- (3) (a) Die Vergabekammer sieht sich gehalten, den Rechtsverstoß durch die europarechtswidrige Vorgabe der verbindlichen Preisregelungen der HOAI zu berücksichtigen. Sie kann sich zwar grundsätzlich auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss, § 163 Abs. 1, § 168 Abs. 1 GWB. Vorliegend geht es jedoch nicht um einen üblichen Vergabefehler eines öffentlichen Auftraggebers, sondern darum, dass das Vergabeverfahren auf der Basis des geltenden Rechts durchgeführt werden muss. Hierzu gehören, wie der EuGH deklaratorisch festgestellt hat, die verbindlichen Honorarvorgaben der HOAI nicht. Es steht auch nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten, sich die Entscheidung des EuGH als nicht relevant zu qualifizieren. ES handelt sich mithin nicht um einen klassischen Fall der Amtsermittlung, in welchem die Vergabekammer eigeninitiativ Vergabefehler aufgreift, sondern um die Beurteilung des Vergabeverfahrens anhand der geltenden, wirksamen Rechtsordnung. Schon danach ist die Vergabekammer gehalten, das EuGH-Urteil vom 4. Juli 2019 zu beachten. Zusätzlich handelt es sich auch um einen Umstand im Sinne von § 163 Abs. 1 Satz 2 GWB, der der Vergabekammer „sonst bekannt sein muss“ und der von Rechts wegen nicht ignoriert werden kann. Zwar ist die Vergabekammer nicht zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet, § 163 Abs. 1 Satz 3 GWB. Allerdings ist sie zum Aufgreifen auch nicht geltend gemachter, sich aufdrängender Rechtsverstöße von Amts wegen befugt, sofern der Nachprüfungsantrag zulässig ist und es insbe-

sondere um nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludierte Verstöße geht, und der Antragsteller durch den Verstoß in seinen Rechten verletzt ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Mai 2019, VII-Verg 47/18; Beschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18). Dies ist hier der Fall.

Soweit die Bg meint, die Europarechtswidrigkeit der verbindlichen Honorarregelungen der HOAI sei unbeachtlich, weil sie von der ASt nicht gerügt worden sei, geht diese Ansicht ersichtlich fehl. Denn die Frage der Vereinbarkeit der anzuwendenden Rechtsvorschriften und die daraus resultierende Nicht-Anwendbarkeit ist keine Frage der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB, sondern eine zwingende Folge des Anwendungsvorrangs des insoweit einschlägigen EU-Rechts. Gleiches gilt aus den dargelegten Gründen für den Einwand der Bg, der Vergabekammer fehle die Verwerfungskompetenz im Hinblick auf die vom EuGH-Urteil betroffenen HOAI-Regelungen.

(b) Schließlich wird die ASt auch durch die seitens der Ag vorgegebenen verbindlichen Honorarsätze der HOAI in ihren Rechten verletzt. Dies wird hier besonders vor dem Hintergrund deutlich, dass alle zu wertenden Angebote in qualitativer Hinsicht nahezu gleich hoch zu bewerten waren und die Zuschlagsentscheidung somit maßgeblich vom Preis abhängt, der hier buchstäblich das „Zünglein an der Waage“ ist.

cc) Für die Anwendung des Zuschlagskriteriums Preis folgt daraus, dass nach § 76 Abs. 1 Satz 2 VgV die Maßgaben der HOAI für verbindliche Mindest- oder Höchstsätze durch die Ag nicht verbindlich vorgegeben werden durften. Das Festhalten an der HOAI und damit auch an den verbindlichen Mindest-/Höchstsätzen gemäß der Entscheidung der Ag, die sie in ihrem Vermerk der Ag vom 22. Juli 2019 dokumentiert hat, war somit fehlerhaft; das Argument der Ag, nur ein kleiner Prozentsatz des Honorars sei HOAI-dominiert, ist schon in der Sache bei ca. 35 % Honoraranteil nicht zutreffend und kann in rechtlicher Hinsicht nicht die Anwendung von europarechtswidrigen Vorgaben legitimieren. Dies erfordert nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Zurückversetzung im gebotenen Umfang, nämlich in den Stand vor Abgabe der Endangebote. Bei gegebener Beschaffungsabsicht der Ag erfordert dies mithin eine entsprechende Anpassung der Vergabeunterlagen, also lediglich für die Leistungsteile, in denen in § 2

des Vertragsentwurfs verbindliche Honorarsätze der HOAI vorgesehen sind, und deren Bekanntgabe an die im Ergebnis der Verhandlungsgespräche zur Abgabe von Endangeboten aufgeforderten Bieter, die daraufhin ihre Angebote lediglich in Bezug auf den HOAI-vorgegebenen Bestandteil insoweit binnen angemessener Frist neu kalkulieren können. Die ASt erhält somit in diesem Rahmen eine zweite Chance, auch wenn – worauf sogleich unter b) einzugehen ist – ihr eigentliches Rügevorbringen unbegründet ist.

Eine Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens unter Zurückversetzung vor den Teilnahmewettbewerb würde das Vergabeverfahren dagegen in unangemessener und dem in § 168 Abs. 1 S. 1 GWB normierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechenden Weise zurück. Dies ist nicht erforderlich. Zwar ermöglichte eine entsprechende Zurückversetzung einen von vornherein unbeschränkten Vergabewettbewerb und somit auch die Bewerbung von Unternehmen, die sich möglicherweise durch die verbindlichen Honorarregeln der HOAI schon an einer Bewerbung gehindert gesehen haben könnten. Allerdings hat die Ag in der Auftragsbekanntmachung für den Teilnahmewettbewerb noch keinen einschränkenden Hinweis auf die Geltung der verbindlichen Honorarregeln für Teile der auszuführenden Planungsleistungen benannt. Diese ergab sich ausdrücklich erst für die zur Abgabe von Erst- bzw. Endangeboten aufgeforderten Unternehmen über die zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen, maßgeblich den Vertragsentwurf samt Anlagen, der diese aufgeforderten Bieter erstmals mit den konkreten Maßgaben konfrontierte. Vor diesem Hintergrund ist es ausreichend, diesen konkret betroffenen Bieterkreis erneut zur Kalkulation der Leistungsteile aufzufordern, für die die Ag die verbindlichen Honorarsätze der HOAI vorgegeben hat.

- b) Die von der ASt bemängelten Beurteilungsfehler bei der Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien, insbesondere des Kriteriums 1.3 (Planungskonzept), liegen nicht vor, so dass die qualitative Bewertung fortbesteht.

Ein öffentlicher Auftraggeber wie die Ag hat bei der Wertung der von ihm definierten Zuschlagskriterien anerkanntermaßen einen Beurteilungsspielraum, der durch die Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt daraufhin überprüfbar ist, ob der Auftraggeber diesen Wertungsspielraum fehlerhaft ausgeübt hat. Die Nachprüfungsinstanzen sind insbesondere darauf beschränkt zu überprüfen, ob die vom Auftraggeber

gesetzten Maßstäbe eingehalten worden sind (vgl. zu den überprüfbaren Beurteilungsfehlern im Zuge der Angebotswertung: Wiedemann, in: Kulartz (Hrsg.), Kommentar zur VgV, 2017, § 58 Rn. 83).

Gemessen an diesem Rechtsrahmen lässt die Auswertung der Ag keine Beurteilungsfehler erkennen.

aa) Der Maßstab der Ag für die Bewertung der Angebote zum Kriterium 1.3 ist im Formblatt 313-F sowie in der entsprechenden Ergänzung zur „Aufgabenbeschreibung zum Planungskonzept“ inhaltlich vorgegeben. Auch die Voraussetzungen für die Bepunktung ist im Formblatt 313-F unmissverständlich vorgegeben. Zwar ist dieser Maßstab, anhand dessen die Planungskonzepte bewertet werden, im Sinne einer schulnotenmäßigen Bewertung eher offen gehalten. Die Abstufungen für die Vergabe der Punktzahlen orientieren sich lediglich daran, ob die vorab definierte Aufgabenstellung „vollständig erfasst und plausibel erläutert“ wurde (so für die Höchstpunktzahl von 5 Punkten) bzw. nur „überwiegend“ (so für 4 Punkte) usw, ohne dass aber noch weiter konkretisiert wird, wann ein Konzept genau „vollständig“ oder nur „überwiegend“ erfasst bzw. dementsprechend erläutert worden ist. Der Erwartungshorizont des Auftraggebers, wann ein (Planungs-)Konzept z.B. also vollständig oder nur überwiegend usw. erfasst worden ist, bedarf allerdings nicht nochmals einer gesonderten Konkretisierung, sofern für den fachkundigen Bieter in einer Gesamtschau aller Vorgaben deutlich wird, worauf es dem Auftraggeber ankommt (grundlegend im Nachgang zur „Dimarso“-Entscheidung des EuGH Urteil vom 14.07.2016 – Rs. C-6/15, OLG Düsseldorf vom 2.11.2016 – VII-Verg 25/16: arbeitsmarktpolitische Dienstleistungen; OLG Düsseldorf vom 8.3.2017 – VII-Verg 39/16: Gerätekraftwagen für das THW; OLG Brandenburg 28.3.2017 – 6 Verg 5/16: Beschaffung medizinischer Geräte (Beatmungsgeräte); BGH vom 4.4.2017 – X ZB 3/17 auf Vorlage des OLG Dresden: Postdienstleistungen; zuletzt zu diesen Zusammenhängen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. August 2019 – VII-Verg 56/18).

bb) Die inhaltlichen Vorgaben der Ag aus dem Formblatt 313-F sowie der entsprechenden Ergänzung zur „Aufgabenbeschreibung zum Planungskonzept“ sind, gemessen an diesen Grundsätzen, vergaberechtlich unbedenklich. Diese lauten dahin, dass das Planungskonzept eine „...*Beschreibung der wesentlichen Pla-*

nungsschritte und -abläufe unter Berücksichtigung des vorgenannten Punktes zur bestmöglichen Erfüllung des Planungszieles. ...“ enthalten soll. In der Ergänzung „Aufgabenbeschreibung zum Planungskonzept“ formulierte die Ag folgendermaßen: „...Es sind verschiedene Bauzustände zu betrachten und Möglichkeiten zur bestmöglichen Erfüllung des Planungszieles aufzuzeigen. ...“. Daraus folgt im Hinblick auf den maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont eines fachkundigen Bieters lediglich das Erfordernis einer Beschreibung, die auch Optimierungsmöglichkeiten aufzeigen soll. Letztlich diene das Konzept vor dem Hintergrund der Vorgaben dem Zweck zu ermitteln, ob bzw. inwieweit die Bieter die Komplexität der auf den Auftragnehmer zukommenden Planungsaufgaben erfasst haben. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass das Planungskonzept nicht Vertragsbestandteil wird. § 2 des Vertragsentwurfes, der diverse Anlagen einbezieht, enthält keinen Verweis auf das Planungskonzept (Vergabeakte Ordner „Vertragsentwürfe“, Ordner 3 von 15, Fach „Vertragsentwurf Endangebot Angebotsaufforderung“). Diese Gesamtschau ergibt, dass das Ausarbeiten von Lösungen oder Lösungsansätzen im Zusammenhang mit aufzuzeigenden Optimierungspotentialen für das Planungskonzept nicht erforderlich war. Die Anforderung spezifischer Maßnahmen, die schon Ansätze für Lösungsvorschläge ausarbeiten, geht also aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts aus der geforderten Beschreibung/Betrachtung von Optimierungsmöglichkeiten noch nicht hervor, zumal – worauf die Ag zutreffend hingewiesen hat – für eine derartige Anforderung nach § 77 Abs. 2 VgV eine angemessene Vergütung festzusetzen gewesen wäre, die gerade nicht ausgelobt worden ist.

Gleichwohl mag die Vorgabe, die „bestmögliche Erfüllung des Planungszieles“ im Konzept zu berücksichtigen und in der Beschreibung entsprechende Möglichkeiten aufzuzeigen, je nach Herangehensweise des einzelnen Bieters, auch zu vertieften Erwägungen führen, wie sie die ASt in ihrem Planungskonzept – zwischen ihr und der Ag unstreitig – vorgenommen hat (vgl. das Planungskonzept der ASt: Vergabeakte Ordner 12 von 15 „Konzepte Zuschlagskriterien“, Fach „Planungskonzept“, Ziff. 1.1.2.6, das hier aber aus Rücksicht auf die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der ASt nicht näher zu konkretisieren ist). Sie waren aber mit Blick auf das geforderte beschreibende Aufzeigen von Optimierungsmöglichkeiten im Planungskonzept gerade nicht gefordert. Eine derartige Herangehensweise im Planungskonzept wäre damit also kein Verfehlen der Anforderungen an

das Planungskonzept, sondern sie gingen schon darüber hinaus. Die Ag hätte entsprechende Anforderungen gleichwohl in der Bewertung zu betrachten gehabt, zumal es darum ging, anhand der Ausführungen im Konzept zu ermitteln, ob ein Bieter die Dimension der Planungsaufgabe zutreffend erfasst hat und auch Ausführungen, die über die Anforderungen hinausgehen, Rückschlüsse auf das (Fehl-)Verständnis der Planungsaufgabe ermöglichen. Ergäben solche Darlegungen keinen Anlass, an einer vollständigen Erfassung der Planungsaufgabe und somit an einer Vergabe der Höchstpunktzahl zu zweifeln, wären solche Darlegungen bei der Bepunktung des Planungskonzepts aber nicht im Sinne von zusätzlichen Sonderpunkten zu berücksichtigen, weil dies mit der vorgegebenen Punkteskala nicht vereinbar wäre.

Die Ag hat dies ausweislich der dokumentierten Erwägungen für die Bewertung des Planungskonzepts im Vergabevermerk Teil 3 (ebd., S. 3), der der ASt im Rahmen der Akteneinsicht auch offengelegt wurde, auch getan und der ASt für das Kriterium 1.3 somit auch unter Betrachtung dieser Aspekte die Höchstpunktzahl von 5 Punkten gegeben, weil aus ihrer Sicht die Anforderungen vollständig erfüllt waren und eben keine Anhaltspunkte ersichtlich, die eine derartige Bewertung verhindert hätten. Hieran ist nichts Fehlerhaftes im Sinne eines Abweichens vom Maßstab für die Bewertung des Kriteriums 1.3 zu erkennen. In ihrer Antragserwiderung vom 8. August 2019 (Seite 5, zu Ziff. I. am Ende) hat die Ag zwar ausgeführt, die Ausführungen der ASt gingen über die Anforderungen für das Konzept hinaus und spielten für die Bewertung des Konzepts der ASt keine Rolle. Dies ist freilich ausweislich der weiteren Ausführungen der Ag auf Seite 6 f. (Ziff. II.2.1) (auf die die Ag in ihren Ausführungen auf Seite 5 zu Ziff. I. a.E. der Antragserwiderung vom 8. August 2019 Bezug nimmt), so zu verstehen, dass die ASt für ihr Konzept von der Ag mit der Höchstpunktzahl ausgezeichnet worden ist – und dies schließt auf Basis der dokumentierten Erwägungen in der Vergabeakte die Betrachtung sämtlicher Ausführungen im Planungskonzept der ASt ein. Daraus folgt aber auch, dass der ASt aufgrund ihrer diesbezüglichen Ausführungen im Planungskonzept nicht mehr Punkte zu geben waren, als nach der Skala im Formblatt 313-F für die der ASt bereits zugeordneten Höchstpunktzahl möglich.

cc) Ein Beurteilungsfehler ist aber auch insoweit nicht festzustellen, weil die Ag – wie die ASt meint – im Vergleich mit anderen Planungskonzepten wie dem der Bg das Fehlen von konkreten Optimierungsansätzen gar nicht berücksichtigt habe. Die Auslegung der inhaltlichen Vorgaben zum Kriterium 1.3 nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont hat ergeben, dass vertiefte Optimierungsleistungen nicht im Konzept gefordert waren, sondern ein beschreibendes Aufzeigen entsprechender Möglichkeiten und Ansätze ausreichte. Dementsprechend war es nicht geboten, dass die Ag die Konzepte der Bieter an einem solchen Maßstab zu messen hatte. Im Übrigen enthält das Planungskonzept der Bg tatsächlich Ausführungen zu bestimmten Optimierungspotentialen, die beschreibend aufgezeigt werden (vgl. zum Planungskonzept der Bg die Vergabeakte „Konzepte Zuschlagskriterien“, Ordner 11 von 15, s. dort Anlage 3, Ziff. 4.2.3), zudem auch Darlegungen, die – ähnlich wie beim Planungskonzept der ASt – über die Anforderungen an das Planungskonzept hinausgehen dürften (Vergabeakte „Konzepte Zuschlagskriterien“, Ordner 11 von 15, s. dort Anlage 3, Ziff. 4.2.9), was die Ag in den dokumentierten Erwägungen zur Bewertung des Kriteriums 1.3 bei der Bg ebenso berücksichtigt hat, worauf es hier im Einzelnen aber nicht ankommt und was überdies aus Gründen der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg nicht weiter zu konkretisieren ist. Der dokumentierten Bewertung des umfassenden Planungskonzepts der Bg durch die Ag im Vergabevermerk Teil 3 (dort Seite 3) ist auch zu entnehmen, dass die Ag sämtliche Aspekte des Konzepts bei ihrer Prüfung betrachtet hat, augenscheinlich ohne Anlass zu haben, von einem Fehlverständnis der Bg auszugehen, so dass auch insofern keine fehlerhafte Vorgehensweise ersichtlich ist. Die Bewertung des Planungskonzepts der Bg ist vollständig beurteilungsfehlerfrei.

- c) Soweit die ASt zum qualitativen Wertungskriterium 1.2.1 Wertungsfehler bemängelt hat, weil die Bg nicht über Personal verfügen könne, das über Erfahrungen im [...]bau verfüge und daher nicht für eine etwaige Höchstpunktevergabe in Betracht zu ziehen sei, trifft dieser Einwand nicht zu.

Die Ag hat den für das Kriterium 1.2.1 definierten Maßstab bei der Bewertung des Personalkonzepts der Bg fehlerfrei eingehalten.

aa) Für das Kriterium 1.2.1 hat die Ag im Formblatt 313-F vorgegeben, dass die Personaleinsatzplanung eine „*Darstellung der Qualifikation und der persönlichen Erfahrung mit vergleichbaren Koordinations- bzw. Planungsleistungen für das eingesetzte Personal (Gesamtprojektleitung, Teilprojektleitung, BIM-Koordination, BIM-Fachkoordination, Architekt/in für Gestaltung, Qualitätssicherung, Fachplaner/in, BIM-Planer/in, BIM-Konstrukteur/in)*“ enthalten muss. Die Höchstpunktzahl erhalten Darstellungen, die belegen, dass „*die ... persönlichen Erfahrungen des eingesetzten Personals ... vollständig mit den Aufgaben, die jeweils im Projektteam zu den Planungsleistungen für [...]...wahrgenommen werden, vergleichbar*“ sind. Soweit die Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung davon ausgegangen sind, dass „vollständig vergleichbar“ in jedem Fall Erfahrungen im [...] sind, ist dies mit Blick auf die Vorgaben für das Kriterium 1.2.1 plausibel.

bb) An diese Maßstäbe hat sich die Ag bei ihrer Bewertung des Angebots der Bg gehalten. Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung – mit Zustimmung der ASt zunächst unter Abwesenheit der Vertreter der ASt – mit der Ag und der Bg erörtert, ob die Bg tatsächlich Mitarbeiter in ihrem Konzept benannt hat, die im Sinne des Erhalts der Höchstpunktzahl (5 Punkte) Erfahrungen mit „vollständig“ vergleichbaren Planungsaufgaben haben. Die Vergabekammer hat dies zudem anhand des Konzepts der Bg zum Kriterium 1.2.1 nachvollzogen. Daraus hat sich ergeben, dass das dort benannte Personal der Bg Erfahrungen im [...] (vgl. im Einzelnen dazu das Konzept der Bg: Vergabeakte „Konzepte Zuschlagskriterien“, Ordner 11 von 15, s. dort Anlage 2, Fach „Personaleinsatzplanung“, S. 11 ff.) aufweist und für die Erbringung des Planungsauftrags der Ag eingebunden werden soll, was hier mit Rücksicht auf die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg nicht näher konkretisiert werden kann. Vor diesem Hintergrund weist die im Vergabevermerk Teil 3 für die Bg dokumentierte Bewertung des Kriteriums 1.2.1 keine beurteilungsfehlerhafte Abweichung vom definierten Maßstab auf.

cc) Schließlich sind auch keine Anhaltspunkte feststellbar, dass die Ag die mit 70% gewichteten qualitativen Zuschlagskriterien fehlerhaft angewendet hat, indem sie – wie die ASt meint – diese Kriterien bei allen Bietern nach dem „Gießkannenprinzip“ undifferenziert gewertet hat, um so das nur mit 30% gewichtete Preiskriterium fehlerhaft zum entscheidenden Kriterium zu machen. Die sich aus dem

Vergabevermerk Teil 3 ergebende Dokumentation der Wertung der Qualitätskriterien belegt eine detaillierte Begründung und umfassende Auseinandersetzung der Ag mit den vorgelegten wertungsrelevanten Unterlagen der Bieter. Diese Dokumentation belegt, wie von der Ag bereits im Nichtabhilfeschreiben an die ASt vom 31. Jul 2019 mitgeteilt, dass die Bieter insgesamt hohe bzw. höchste Qualitätspunktzahlen aufweisen, wenn auch zu einzelnen Kriterien durchaus Unterschiede zu verzeichnen sind. Dies ist nachvollziehbar, da die unstreitig anspruchsvolle und komplexe Planungsaufgabe nur von hochkompetenten Bietern erfüllt werden kann. Indiz dafür ist auch die geringe Anzahl der Büros, die sich schon im Teilnahmewettbewerb überhaupt beteiligt haben, sowie auch der Umstand, dass es sich bei allen um Bietergemeinschaften handelt. Vor diesem Hintergrund ist es plausibel, dass qualitativ nah beieinander liegende Angebote eingereicht wurden, die sich im Ergebnis vornehmlich über den Preis differenzieren. Daraus kann aber nicht die von der ASt gezogene Schlussfolgerung abgeleitet werden, die Ag habe eine inhaltlich nicht korrekte, weil nicht differenzierende Wertung durchgeführt. Die von der ASt in der mündlichen Verhandlung bemängelte fehlende Qualitätsspreizung liegt danach nicht vor. Denn letztlich sorgt die vorgegebene Gewichtung der Kriterien für einen entsprechenden Einfluss der jeweiligen Zuschlagskriterien. Danach entspricht auch die Handhabung der von der Ag definierten Zuschlagskriterien den Maßgaben des § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB, § 76 Abs. 1 Satz 1 VgV. Anhaltspunkte dafür, dass die Ag bei der Punktevergabe willkürlich undifferenziert vorgegangen ist und diese Maßgaben damit ausgehöhlt hätte, gibt es nicht.

dd) Da keine Fehler bei der qualitativen Wertung festzustellen und abzustellen sind, hat die Ag somit bei der oben festgestellten gebotenen Zurückversetzung ins Stadium der Aufforderung zur Abgabe der Endangebote die qualitative Wertung nicht zu wiederholen, § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB.

ee) Die Rüge der unzureichenden Vergabedokumentation und Vorabinformation ist unbegründet.

(1) Der mehrteilige Vergabevermerk, der der ASt im Zuge der Akteneinsicht auch teilweise offengelegt wurde, belegt, dass die Ag sich detailliert mit den rele-

vanten Aspekten befasst hat. Anhaltspunkte dafür, dass die Maßgaben des § 8 Abs. 1 und Abs. 2 VgV verletzt worden sind, gibt es nicht.

- (2) Die der ASt erteilte Vorabinformation im Schreiben vom 25. Juli 2019 (vgl. Anlage AST 10) entspricht den Maßgaben des § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB ersichtlich. Die erforderlichen Informationen wurden der ASt darin im Einzelnen mitgeteilt, so dass sie in der Lage war zu prüfen, ob aus ihrer Sicht Vergaberechtsverstöße vorlagen und ihren Nachprüfungsantrag rechtzeitig bei der Vergabekammer einzureichen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus 182 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 Sätze 1 und 2, Abs. 4 Sätze 1, 2 und 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

Das Maß des Obsiegens und des Unterliegens ist zugunsten der Ag mit 70 % zu 30 % anzusetzen. Denn die mit 70% gewichtete qualitative Wertung hat die Ag rechtsfehlerfrei vorgenommen, eine Wiederholung hat nicht stattzufinden. Die ASt ist folglich mit ihrem eigentlichen Vorbringen nicht durchgedrungen. Der ASt kommt lediglich eine auf die HOAI-dominierten Honorarbestandteile begrenzte zweite Chance zur Abgabe eines insoweit neuen Honorarangebots zu. Der Preis ist vorliegend aber mit 30 % Gewichtung in der Wertung der nachrangige Wertungsaspekt. Die Ag hat ihr Vergabeverfahren grundsätzlich vergaberechtskonform ausgestaltet, es lediglich verabsäumt, die nach Ablauf der Frist für die Einreichung der finalen Angebote (8. Mai 2019) ergehende Entscheidung des EuGH vom 4. Juli 2019 für das noch nicht abgeschlossene Vergabeverfahren umzusetzen.

Die Bg hat sich am Vergabenachprüfungsverfahren beteiligt und wurde mit dem Nachprüfungsantrag auch direkt angegriffen. Es entspricht daher der Billigkeit, sie auf der Seite der Ag mit an der Kostenentscheidung zu beteiligen.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt und die Bg war notwendig, § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2, 3 Satz 2 VwVfG (Bund). Beide sind als Bietergemeinschaft aus vornehmlich kleinen und mittelständischen Unternehmen nicht gehalten, die für das Nachprüfungsverfahren erforderliche Vergaberechtsexpertise aus eigenen personellen Kapazitäten heraus vorzuhalten. Die hier gerügten Aspekte erforderten eine Aufbereitung komplexer vergaberechtlicher Fragestellungen zur Ausübung vergaberechtlicher Wertungsspielräume, so dass die Einschaltung von Rechtsanwälten vor diesem Hintergrund geboten war.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung 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 unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung