



Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnberg

Beschluss

Az.: VK 11 / 13

Arnberg, den 06.08.2013

In dem Nachprüfungsverfahren

pp.

wegen fehlerhafter Wertung und mangelnder Dokumentation der Auswahl im Verfahren der Ausschreibung der Generalplanungsleistungen für das Bauvorhaben des Kreisfeuerwehrzentrums in Meschede

hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnberg durch die Vorsitzende Frau RD'in Hugenroth, das hauptamtliche Mitglied Herrn Dipl.-Ing. Wiegard und das ehrenamtliche Mitglied Herr Dipl.-Ing. Frank Allmeroth, Zentrale Dienste Bochum, aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 02.08.2013 am 06.08.2013 entschieden:

1. Der Antrag ist zulässig, aber unbegründet.
2. Die Antragstellerin trägt die die Kosten des Verfahrens und die außergerichtlichen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

4. Die Gebühr der Vergabekammer wird auf **xxxx,-- €** festgesetzt. **Sie ist mit Bestandskraft dieser Entscheidung fällig** und unter Angabe des **Aktenzeichens: VK 11 /13, TV-Nr. 03034799, Stichwort: VK.....** auf das Konto der **LANDESBANK HESSEN-THUERINGEN, Kontonummer: 4008017, BLZ: 300 500 00**, einzuzahlen.

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin ist eine Bietergemeinschaft aus einem federführenden Architekturbüro und 2 Ingenieur-GmbH's, die jeweils durch ihre Geschäftsführer vertreten sind. Der Antragsgegner hat die Vergabe der Generalplanerleistungen für das Bauvorhaben Neubau des Xxxx im Amtsblatt der Europäischen Union am 26.1.2013 veröffentlicht. Ausgeschrieben waren die Architekten-/Ingenieurleistungen gem. Honorarordnung der Architekten und Ingenieure für die Planungsleistungen Teil 3.1 (Objektplanung), Teil 4.1 (Tragwerksplanung) und Teil 4.2 (technische Ausrüstung des Neubaus des Xxxxkreis). Bestandteil des Kreisfeuerwehrzentrums sollte die Leitstelle sein, die Kreisschirrmeisterei und die Atemschutzübungsstrecke. Die Gesamtinvestitionssumme war mit 8.040.000,--€ netto projektiert. Zur technischen Leistungsfähigkeit war eine Liste der wesentlichen in den letzten 5 Jahren erbrachten Leistungen für Vorhaben gleicher oder ähnlicher Art mit Angabe des Rechnungswertes, des Lieferzeitpunktes sowie der öffentlichen oder privaten Empfänger (Ansprechpartner) der erbrachten Dienstleistungen gefordert. Die Angaben waren auf 5 Referenzen beschränkt. Ferner war jede Referenz durch eine einseitige Beschreibung der Maßnahme zu erläutern. Eine Bestätigung über die erbrachten Leistungen ist vom Auftraggeber jeweils beizufügen gewesen. Vorgegeben war das Verhandlungsverfahren. Für die Auswahl der Wirtschaftsteilnehmer war unter Ziff. IV.1.2 eine geplante Mindestzahl von 3 und eine Höchstzahl von 5 Bewerbern angegeben. Die Kriterien für die Auswahl waren wie folgt vorgegeben:

- Referenzen gem. Punkt 3.2.3 (Gewichtung 50 %)
- Lebensläufe des Projektleiters und der federführenden Projektmitarbeiter (30 %)
- bewertete Kapazitäten Höchstpunktzahl der Büromindestgröße (20 %).

Gegenstand der Leistungen insbesondere im Bereich der Leistungsphasen 1-4 waren auch die Vorbereitung der Vergabe der Aufträge und die Objektüberwachung. Zuschlagskriterium war das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, " die in den Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung bzw. in der Beschreibung zum wettbewerblichen Dialog aufgeführt sind."

Zur Bewertung der vorgelegten Teilnahmeunterlagen enthält die Akte ein umfangreiches Prüfungsmaterial in Form von Bewertungsbögen. Darüber hinaus hat gem. der Seiten 80-83 eine Beratungskonferenz am 26.3.2013 zu den Bewerbern stattgefunden, in der vereinbart wurde, dass eine Hinterfragung bei den zuständigen Feuerwehrdienststellen bzw. Fachdiensten durchzuführen sei um die erst genannten Referenzen der infrage kommenden Bewerber abschließend bewerten zu können. Ziel dieser direkten Kontaktaufnahme zwischen den Auftraggebern war die Bewertung der Referenzen auf Funktionalität und Gestaltung. Ferner wurde auf diesem direkten Weg auch eine Bewertung des Bewerbers erbeten. Nach den durch die Mitarbeiter des Antragsgegners ermittelten und tabellarisch aufgeführten Informationen wurden vom Bewertungsgremium die Bewertungspunkte für das Kriterium fachliche Qualifikation/ Referenzen vergeben. Bei Abstrichen wurde eine Punktstufung im Viertelpunktschritt gewählt. Dabei erhielten die Beigeladene sowie die Antragstellerin einen vollen Punkt. Gegenstand der Befragung waren folgende Fragen:

- im Detail hohes Maß an Übereinstimmung von Referenzobjekten mit dem hiesigen Projekt
- hohes Maß an Verwirklichung der Vorstellungen aus dem Feuerwehr- und Katastrophenschutzbereich
- aus der Sicht der Praxis hohe Funktionalität bei Raumaufteilung Material und Gestaltung
- hohes Maß an Einklang zwischen Optik und Funktionalität
- Referenzschreiben mit Höchstbewertungen.

In dem Vermerk (vgl. Vermerk S. 87 ff der Akte) wird zur Auswahl der Beigeladenen folgendes festgehalten:

„Das Büro Xxxx hat bei der Referenz „Rettungszentrum Kreis Xxxx“ die Referenzbereiche unscharf benannt. Nach eigenen Erkenntnissen (Nachbarkreis) sind lt. Frau M. und Herrn B. sehr wohl diese von XXXX hinterfragten

Referenzbereiche umgesetzt worden. Herr Xxxx wird auf Basis dieser Information eine Neubewertung durchführen.“

Die für die Beigeladene direkt vorgelegten Referenzen beziehen sich auf zwei Feuerwachen, die sie im Auftrag der Bauunternehmung Xxxx bzw. der Objektgesellschaft Xxxx beplant hat. Die Bestätigung des Auftraggebers wurde jeweils vom eigenen Gesellschafter F. Xxxx erstellt, der gleichzeitig auch Gesellschafter der beiden beauftragenden Firmen ist.

Der Antragsgegner hatte schließlich zur Angebotsabgabe 4 Büros aufgefordert u.a. die Antragstellerin und die Beigeladene. Beide wurden auch zu einem Präsentationstermin am 10.5.2013 in das Kreishaus geladen. Gegenstand der Präsentation waren die Vorstellungen der Büros und die Qualität und Strukturierung der Lösungsvorschläge im Hinblick auf das zu realisierende Projekt sowie die Darstellung des von den Büros praktizierten Kosten- und Terminmanagement. Das unter dem Vorsitz des Landrats aus insgesamt 9 Mitgliedern bestehende Bewertungsgremium hatte jeweils im Anschluss an die Präsentation Gelegenheit, an die einzelnen Büros Fragen zu stellen. Die Auswahl erfolgte anhand einer zuvor festgelegten Matrix, die der Aufschlüsselung der Zuschlagskriterien entsprach, die diese Bieter mit der Aufforderung zur Abgabe des Angebots erhalten hatten. Eine Rüge zu den dort definierten Zuschlagskriterien ist von keiner Seite erfolgt. Die Zuschlagskriterien waren wie folgt gestaffelt:

1. Qualität und Strukturierung der Lösungsvorschläge mit 50 %
2. Nachweis der Kosten und Terminalsicherheit mit 40 %
3. Der Angebotspreis mit 10 %.

Dazu waren jeweils die Subkriterien in Form von Höchstpunktzahl und Niedrigpunktzahl angegeben sowie die Bewertung der Bewertungspunkte.

Der Bewertungsmodus war ausführlich auf den folgenden Seiten niedergelegt. (Ziff. 1.2 der Anlage 5 der Vergabeunterlagen).

Hinsichtlich des weiteren Verlaufs des Verfahrens hat das Prüfungsingenieurbüro des Antragsgegners zunächst eine formale Prüfung durchgeführt mit Vervollständigung der Unterlagen und eine Prüfung der Angebotspreise, wonach die Antragstellerin an 2. Stelle lag (Bl 196 d.A.). Der Verlauf der Präsentation ist in der Akte auf den Seiten 220-403 niedergelegt einschl. der handschriftlichen Notizen der Jurymitglieder.

Die Antragstellerin hat mit Datum vom 26.4.2013 ihr Angebot vorgelegt. Der Antragsgegner hat mit Schreiben vom 4.6.2013 mitgeteilt, dass auf das Angebot der Antragstellerin der Zuschlag nicht erteilt werden könne, da es nicht das wirtschaftlichste Angebot gewesen sei. Dazu hat der Antragsgegner ausgeführt: „Ihr Hauptangebot war nicht das Wirtschaftlichste, dafür sind im Einzelnen folgende in den Verdingungsunterlagen genannten Wertungszuschlagskriterien maßgeblich...“ und hat im Anschluss dazu bezogen auf die 3 Wertungskriterien die Punktzahl bekanntgegeben. Gleichzeitig benannte er die Beigeladene als bevorzugte Bieterin.

Mit Schreiben vom 6.6.2013 hat die Antragstellerin Rüge erhoben. Sie hat die hinreichende Begründung der getroffenen Wertungen und die fehlende Transparenz beanstandet, die Mitteilung der Abstände zu den Wettbewerbern angefordert und den Hinweis gegeben, dass die Vergabe an die Beigeladene nicht den Vergabegrundsätzen für freiberufliche Leistungen entspreche, da hier eine interessenfreie Dienstleistung nicht zu erwarten sei. Es bestünden wirtschaftliche Verknüpfungen, die die Eigenständigkeit und die Unabhängigkeit des Bewerbers infrage stellten. Eine Trennung von freiberuflichen Leistungen von Ausführung und Lieferung sei nicht zu erkennen.

Der Antragsgegner hat diese Rüge mit Schreiben vom 10.6.2013 zurückgewiesen unter Hinweis auf die bekanntgegebenen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung. Die Anforderung der Einzelbegründungen des einzelnen Bewertungsgremiumsmitglieds hat er aus datenschutzrechtlichen Gründen abgelehnt. Hinsichtlich der interessenfreien Dienstleistungen der Beigeladenen hat er darauf verwiesen, dass die Planungsdisziplin von Freiberuflern erbracht würden. Die Antragstellerin hat daraufhin mit Schreiben vom 18.6.2013 den Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt, den diese mit Schreiben vom 19.06.2013 dem Antragsgegner übermittelt hat.

Mit Schreiben vom 1.7.2013 hat die Kammer nach Erhalt der Akten geladen und beigeladen und dabei u.a. den Hinweis gegeben, dass sich aus der Akte der ungerügte Erhalt der Zuschlagskriterien seitens der Antragstellerin ergäbe und nach Auffassung der Kammer und nach ständiger Rechtsprechung der Inhalt des Informationsschreibens nach § 101 GWB als hinreichend zu betrachten sei.

Hinsichtlich der Frage der Eignung der Beigeladenen hat die Kammer darauf hingewiesen, dass für das streitbefangene Verfahren eine Rechtsverletzung der Antragstellerin durch die Beteiligung der Beigeladenen noch nicht erkennbar sei. Diese könne Gegenstand einer Prüfung des § 16 VgV bei der Ausschreibung des Bauauftrags sein. Sie hat ferner darauf hingewiesen, dass für das streitgegenständliche Verfahren nur relevant sein könne, ob die Auswahl in diesem Verfahren aufgrund der Verbindung zwischen den Unternehmen der Xxxx-Gruppe willkürlich oder sachwidrig getroffen worden sei oder nach § 16 VgV unzulässige Verbindungen zwischen den Jurymitgliedern und der bevorzugten Bieterin bestanden hätten.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass der Antrag zulässig und begründet ist. Bezüglich des drohenden Schadens verweist sie auf die anderweitige Zuschlagserteilung. Sie hält die Wertungsentscheidung für vergaberechtswidrig, da die Wertungskriterien „Qualität und Strukturierung der Lösungsvorschläge“, „Nachweis der Kosten und Terminsicherheit“ sowie „Angebotspreis“ nicht hinreichend bestimmt seien. Es fehle an präzisen Unterkriterien. Hinsichtlich des Informationsschreibens beanstandet sie eine fehlende Begründung für die Gewichtung.

Bezogen auf § 1 VOF ist sie der Auffassung, dass die Beigeladene keine freiberufliche Tätigkeit ausübt und damit nicht als Mitbewerberin in einem VOF-Verfahren zugelassen werden könne. Die Beigeladene sei gesellschaftsrechtlich intensiv verbunden mit der Xxxx-Bauunternehmen GmbH & Co KG. Bei der nachweislich engen Verknüpfung der Beigeladenen in der Xxxx-Unternehmensgruppe sei keine eigenständige unabhängige Berufsausübung zu erwarten. Mit der Auswahl der Beigeladenen sei ein deutlicher Schritt im Hinblick auf die Ausschreibung der Bauleistungen erfolgt. Die Fa. Xxxx-Bauunternehmung GmbH & Co KG könne damit möglicherweise über mehr Informationen verfügen, als andere Bauunternehmen, die sich an dem Verfahren beteiligen werden.

Nach Akteneinsicht ergänzt die Antragstellerin ihren Vortrag dahingehend, dass sie die Transparenz der Vergabeakte beanstandet. Sie weist nach ihrer Auffassung schwerwiegende Dokumentationsmängel auf. Der Akte sei zu entnehmen, dass in

der Präqualifikationsstufe die Referenzen der Beigeladenen offenbar bei den von ihr angegebenen Referenzobjekt Rettungszentrum Xxxx nach Auffassung des Bewertenden unscharf benannt worden sei, so dass schon der Bewertende dieses Referenzobjekt nicht berücksichtigt habe. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass dieses Referenzprojekt ein sog. PPP-Modell gewesen sei, bei dem das Planungsbüro nicht als Architekt oder Generalplaner im Auftrag der ausschreibenden Stelle tätig gewesen sei. Der Dokumentation sei nicht zu entnehmen, aufgrund welcher Information sodann eine Neubewertung in der Nachfolge vorgenommen worden sei. Die Antragstellerin sieht hierin einen Verstoß gegen § 12 Abs. 2 lit b und c VOF. Ferner ermangele es der Dokumentation an einer Begründung für die getroffenen Entscheidungen in der Präqualifikationsstufe. Es sei lediglich tabellarisch festgehalten worden, welche Anbieter über die Präqualifikationsstufe hinausgekommen sind und welche diese Stufe nicht genommen hätten. Eine Begründung sei dazu nicht gegeben. Die Antragstellerin beanstandet dann im weiteren die zunächst nicht zur Akteneinsicht freigegebenen stichpunktartigen Begründungen der Jurymitglieder und die mangelnde Erkennbarkeit aus welchem Grunde gerade die Bewertung des Kreisoberbrandmeisters im Gremium keine Berücksichtigung gefunden habe. Damit sei der Entscheidungsvorgang so lückenhaft, dass er für den nicht im Verfahren beteiligten sachkundigen Dritten nicht mehr nachvollziehbar sei. Die notwendigen Einzelbegründungen seien auch in dem Vergabevermerk nicht enthalten, so dass die Antragstellerin durch diese mangelhafte Dokumentation in ihrem subjektiven Recht verletzt sei. Die Antragstellerin könne aufgrund der lückenhaften Dokumentation die Bewertung des Gremiums nicht nachvollzieht.

Die aufgrund der datenschutzrechtlichen Bedenken des Antragsgegners nicht zur Akteneinsicht freigegebenen stichwortartigen Begründungen der Jurymitglieder wurden nach Abstimmung mit dem Antragsgegner der Antragstellerin mit Schreiben vom 17.7.2013 zur Kenntnis gegeben.

Hinsichtlich der Eignung der Beigeladenen behauptet die Antragstellerin, dass die Beigeladene über keinerlei ernsthafte Erfahrungen bei der Planung und Durchführung von Feuerwachen haben könne, da sie bislang überhaupt nur im Zuge

von PPP-Modellen an solchen Vorhaben beteiligt gewesen sei. Sie könne damit eine verlässliche Kostenkontrolle nicht gewährleisten.

Die Antragstellerin beantragt daher,

1.
ein Vergabenachprüfungsverfahren einzuleiten,
2.
dem Antragsgegner aufzugeben, unter Ausschluss der beizuladenden Fa. Xxxx GmbH & Co KG Dortmund den Zuschlag an die Antragstellerin zu erteilen,
3.
(hilfsweise) den Antragsgegner anzuweisen, das Vergabeverfahren in den Stand vor die Entscheidungsfindung durch den Antragsgegner zurückzusetzen und die Zuschlagserteilung unter ermessensfehlerfreier Verwendung der zuvor bekannt gemachten Zuschlagskriterien und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu treffen,
4.
hilfsweise, den Antragsgegner anzuweisen, die Ausschreibung aufzuheben,
5.
hilfsweise, einen ggf. bereits erteilten Zuschlag für nichtig zu erklären, und wiederum hilfsweise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung der Antragsgegnerin stattgefunden hat,

alternativ zu den Antragspunkten 1. Bis 5.:
ein Vergabenachprüfungsverfahren einzuleiten, und das bezeichnete Vergabeverfahren in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen,
6.
der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners zu gewähren,
7.
dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschl. der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen,
8.
festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin notwendig gewesen sind,
9.
äußerst hilfsweise, das Nachprüfungsverfahren im Falle des Unterliegens als für den Antragsgegner kostenpflichtig, weil mangels ausreichender Bieterinformation provoziert, zurückzuweisen.

Der Antragsgegner, beantragt den Nachprüfungsantrag kostenpflichtig zurückzuweisen und den Antrag, die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären, abzulehnen.

Er ist der Auffassung, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens rechtmäßig gewesen sei und dabei nicht gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoßen worden sei. Die Kriterien seien in Ziff. 1.2 der Anlage 5 der Vergabeunterlagen hinreichend präzise umschrieben und zu keinem Zeitpunkt gerügt worden. Der Vorwurf der Intransparenz des Absageschreibens nach § 101 a GWB sei ebenfalls nicht begründet, da dieses den Anforderungen der Vorschrift entsprochen habe. Zu der Bewertung weist er darauf hin, dass sich hinsichtlich der Qualität und Strukturierung der Lösungsvorschläge sowie der Kosten- und Terminalsicherheit das Büro Xxxx nach einhelliger Auffassung des Bewertungsgremiums sich deutlich von den übrigen Bewerbern abgehoben habe. Das Büro habe sich in der Präsentation durch eine äußerst strukturierte und durchdachte Darstellung seiner Ideen hinsichtlich der bislang vorliegenden Vorplanungen ausgezeichnet. Die technischen und architektonischen Überlegungen seien aufeinander und auf die örtlichen Gegebenheiten abgestimmt. Insbesondere hinsichtlich der fachlichen und technischen Erfordernisse eines Feuerwehrzentrums mit integrierter Leitstelle habe das Büro eine besondere über denen der Mitbewerber liegende Kompetenz nachgewiesen. Durch die schlüssig dargelegten, relativ detaillierten Kontrollmechanismen biete das Büro darüber hinaus unter allen Bewerbern die größere Sicherheit im Hinblick auf die einzuhaltenden Kosten und Termine. Zur Frage des durch § 1 VOF möglicherweise determinierten Teilnahmekreis verweist der Antragsgegner darauf, die Teilnahme am Verfahren durch § 4 VOF geregelt ist, wonach lediglich festgelegt sei, dass es sich um eine natürliche oder juristische Person handeln müsse, die Leistungen nach § 1 ausführe. Dass die Beigeladene Leistungen wie hier abgefragten ausführen könne, sei nicht ernsthaft in Zweifel zu ziehen, da die Fa. durch Referenzen nachgewiesen habe, dass sie dazu in der Lage sei und sie habe darüber hinaus durch die persönliche Vorstellungen der vorgesehenen Projektverantwortlichen in dem Präsentationstermin dargelegt, dass sie auch für dieses Projekt entsprechend qualifizierte Mitarbeiter u.a. einen Architekten und Fachingenieure vorhält. Bezogen auf die möglicherweise durch die

Beigeladene vorgegebene Auswahl des Bauunternehmens verweist der Antragsgegner darauf, dass im hier vorliegenden Verfahren jedenfalls ein Ausschluss der Beigeladenen aufgrund der Verflechtungen und Unternehmensstrukturen nicht möglich sei. Im Übrigen ergäbe sich aus der Regelung des § 6 Abs. 7 VOB/A EG, dass eine vorherige Beratung und Unterstützungsleistung sogar durch dasselbe Unternehmen zulässig sei, das sich im Rahmen der Bauausschreibung um den Auftrag bewerbe. Ob ein diskriminierender Wettbewerbsvorteil für die Antragstellerin durch die Wahl der Beigeladenen gegeben sei, könne in dem Verfahren geklärt werden.

Die Bewertung der vorgelegten Referenzen der Beigeladenen erfolge aufgrund eigener Sachkunde. Dass der Kreis Xxxx ein ppp-modell zur Finanzierung seiner Wache gewählt habe könne die fachliche Qualifikation des Planers nicht berühren.

Die in der Akte vorliegende Dokumentation entspreche allen rechtlichen Anforderungen. Die Nichtberücksichtigung des Kreisbrandmeisters Xxxx bei der Präsentationsbewertung beruhe auf der Tatsache, dass dieser vorzeitig habe aus dienstlichen Gründen die Sitzung verlassen müssen.

Die Verwendung der Präqualifikationsergebnisse bei der Präsentationswertung widerspreche der Vorgabe der Trennung von Eignung und Zuschlagskriterien.

Sofern letztere beanstandet würden so sei auf die beispielhafte Aufzählung in § 11 Abs. 5 VOF verwiesen.

Die Beigeladene schließt sich dem Antrag und den Ausführungen des Antragsgegners an und verweist darauf, dass die - ungerügten - Zuschlagskriterien auf immerhin 7 Seiten erläutert worden seien. Fragen der Transparenz oder inhaltliche Unklarheiten hätten von der Antragstellerin vor Angebotsabgabe beanstandet werden müssen. Das Informationsschreiben habe seinen gesetzlichen Zweck erfüllt. Eine gesellschaftsrechtliche Verknüpfung zu der Fa. Xxxx Bauunternehmung bestünde nicht. Diese habe auch nicht vor, sich an der Ausschreibung zu beteiligen.

Wegen des weiteren Vortrags wird auf die ausgetauschten Schriftsätze verwiesen.

II. Gründe

Der Antrag ist zulässig, aber unbegründet.

Die Beteiligten streiten um die Bewertung der Referenzen der Antragstellerin als hinreichend und die insoweit möglicherweise lückenhafte Dokumentation.

Darüber hinaus sieht die Antragstellerin Lücken in der Dokumentation der Juryentscheidung.

Die Antragstellerin ist durch die Wertung der im Verfahren zur Vergabe des Auftrages über Generalplanungsleistungen für das Bauvorhaben des Xxxx eingereichten Referenzen und die darauf beruhende Entscheidung, das Angebot der Beigeladenen zu berücksichtigen, nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs.2, 4 und 7 GWB iVm § 5 Abs.5 lit. b VOF verletzt, denn die Bewertung der Referenzen erfolgte letztlich ermessensfehlerfrei. Aus der Dokumentation lassen sich keine Mängel erkennen, die Rechtsverletzungen der Antragstellerin nahelegen.

1. Zulässigkeit

1.1 Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Vergabekammer in Arnsberg ist für die Entscheidung über den Antrag gem. § 2 Abs. 2 u. 3 der Zuständigkeitsverordnung in Nachprüfungsverfahren des Landes Nordrhein-Westfalen (ZuStVONpV NRW vom 23.02.1999, SGV. NW. Nr. 630) zuständig, weil der Antragsgegner als öffentliche Auftragsgeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB seinen Sitz im Zuständigkeitsbereich der Kammer – Regierungsbezirk Arnsberg – hat.

1.2 Öffentlicher Auftrag und Schwellenwert

Mit der Ausschreibung zur Vergabe des Auftrages“ Ausschreibung der Generalplanungsleistungen für das Bauvorhaben des Kreisfeuerwehrzentrums in Meschede“ hat die Antragsgegnerin am 28.1.2013 einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB ausgeschrieben, der die Schwellenwerte nach § 1 Abs.2 VOF iVm §2 Nr. 5 VgV von 200.000,--€ überschritt.

1.3 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt.

Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in bieterschützenden Rechten und zumindest einen

drohenden Schaden darlegt. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse bekundet.

Der drohende Schaden liegt in der Beeinträchtigung der Zuschlagschance. Dabei genügt der schlüssige Vortrag vergaberechtlicher Beanstandungen. Dem ebenfalls erforderlichen Vortrag eines drohenden Schadens ist in der Regel genügt, wenn dieser ebenfalls schlüssig vorgetragen wird. Die Feststellung dieser Voraussetzung ist dann Sache der Begründetheitsprüfung (BGH vom 18.5.2004, Az. X ZB 7/04).

Die Antragstellerin hat dargelegt, dass ihrer Ansicht die Entscheidung für das Angebot der Beigeladenen auf einer vergaberechtswidrigen, weil verfälschenden Beurteilung der von ihr vorgelegten Referenzen beruht die Dokumentation so lückenhaft sei, dass die Entscheidung des Auftraggebers daraus nicht abgeleitet werden könne.

1.4 Rüge

Der beabsichtigte Zuschlag an die Beigeladene, der mit Schreiben vom 4.6.2013 mitgeteilt wurde, ist mit dem Schreiben vom 6.6.2013 rechtzeitig gerügt worden. Die Zuschlagskriterien wurden nicht fristgerecht, d.h. vor Abgabe des Angebots gerügt (§107 Abs.3 S.1 Ziff. 3 GWB).

Der Antrag vom 18.6.2013 genügt den Anforderungen des § 108 GWB.

2.Begründung

Gemäß § 97, Abs.4 GWB sind Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen zu vergeben.

Diese Voraussetzungen sind im Rahmen der Eignungsprüfung nach §10 Abs.1 VOF zunächst und anhand der vorgelegten Nachweise nach §4 und 5 VOF zu prüfen.

Ziel der Prüfung ist die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendige Eignung festzustellen.

Die formale Prüfung umfasst die Prüfung der Vollständigkeit der geforderten Nachweise, die hier erfolgt und dokumentiert wurde.

Materiell ist die Prüfung der Eignung eines Unternehmens wertender Vorgang, in den zahlreiche Einzelumstände einfließen, die einem Öffentlichen Auftraggeber einen Bewertungsspielraum einräumen, der zudem nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist (OLG Düsseldorf, Beschl. v.

17.08.11 — Verg 55/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.05.11 — Verg 26/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.06.10 — Verg 14/10; VIK Münster, Beschl. v. 16.12.10 — VK 09/10). Die Feststellung, dass ein Bieter die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit besitzt, um einen Auftrag zufriedenstellend auszuführen, ist Ergebnis einer fachlich-tatsächlichen Prognose (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.04.12 — Verg 61/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.08.11 — Verg 55/11; OLG Celle, Beschl. v. 08.09.11 — 13 Verg 4/11), die zum einen — ähnlich einer Bewertungsentscheidung in Prüfungsverfahren — auf einer Vielzahl von Detailerwägungen beruht für welche die Verwaltungsbehörde in aller Regel fachlich besser geeignet und erfahrener ist als die Nachprüfungsinstanz (OLG Koblenz, Beschl. v. 15.10.09 — 1 Verg 9/09; 2. VK Bund, Beschl. v. 30.10.09 — VK 2-118/09) und zum anderen eine subjektive Komponente in der Einschätzung des Auftraggebers hinsichtlich zu erwartenden Auftragserfüllung beinhaltet.

Die Entscheidung des Auftraggebers ist nur insoweit überprüfbar, als sie ermessensfehlerfrei ergehen muss.

Das bedeutet, dass sie willkürfrei, im Rahmen der vorgegebenen Regelungen und auf der Basis eines hinreichend ermittelten Sachverhalts ergehen muss. Die weitergehendere inhaltliche Bewertung entzieht sich der Überprüfung durch die Kammer. Es reicht insoweit, wenn sie nachvollziehbar ist.

Die Überprüfung von Referenzen ist das übliche und bewährte Mittel dazu.

Sie müssen vergleichbare Leistungen zum Gegenstand haben (OLG Düsseldorf v. 26.11.2008, Az.: Verg 54/08).

Die von der Antragstellerin hier vorgelegten Referenzen sind von der Antragsgegnerin als vergleichbar angesehen worden, auch bezogen auf die Rettungswache Xxxx, nachdem sie sich beim Empfänger der Leistung, dem Kreis Xxxx, dazu ausdrücklich informiert hat.

Es besteht kein Anlass, daran zu zweifeln, dass die Beigeladene die erforderlichen Planungsleistungen für dieses Objekt im Auftrag des Generalunternehmens Xxxx für den Auftraggeber Kreis Xxxx erbracht hat.

Darüber hinaus hat die Beigeladene eine zweite Referenz beigebracht, deren Gehalt insoweit keine Fragen aufwarf. Da nur eine Referenz hinreichend gewesen wäre, ist eine ermessensfehlerhafte Bewertung der Leistungsfähigkeit nicht erkennbar.

Aus der gesellschaftsrechtlichen Verknüpfung – Personenidentität der Gesellschafter - zu der Muttergesellschaft Xxx Bauunternehmen kann die Kammer ebenfalls nicht ableiten, dass die Beigeladene planerischen Leistungen der geforderten Art nicht erbringen könnte. Die Tatsache, dass sie solche immerhin seit 1998 im Auftrag für Xxx Bauunternehmen als Generalunternehmer für eine Vielzahl von Auftraggebern erbringt, spricht nicht dagegen, dass sie diese auch im Wettbewerb mit anderen freiberuflichen Unternehmen erbringt.

Die vorgelegten Referenzen entsprechen auch insoweit den Anforderungen, als sie sich auf vergleichbare Leistungen beziehen.

Vergleichbar ist eine Referenzleistung mit der ausgeschriebenen Leistung, wenn sie dieser soweit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit der Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet. (OLG München vom 12.11.2012, Az.: Verg 23/12, ähnlich OLG D' dorf schon 2008: v.26.11.2008, Verg 54/08). Die Leistungen müssen nicht identisch sein. Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, inwieweit sich die planerischen Leistungen für ein ppp-Modell von denen eines freifinanzierten unterscheiden sollen.

Soweit die Antragstellerin ihre Rechte auf eine hinreichende Dokumentation verletzt sieht, ist zunächst festzustellen, dass der Vergabevermerk den Anforderungen des §12 VOF entspricht. Die Antragstellerin bestreitet nicht, dass die geforderten Angaben nach §12 Abs.2 lit. a bis c VOF enthalten sind. Für § 12 Abs.2 lit d VOF – ungewöhnlich niedriges Angebot -liegen keine Anhaltspunkte vor. Die Gründe für die Auswahl des Angebots (§12Abs.2 lit. e VOF) ergeben sich aus dem im Vermerk wieder gegebenen Punktergebnis und der Dokumentation der Präsentation und dem dort niedergelegten Votum der Jury, auf das sich der Auftraggeber stützt.

Gerade bezogen auf den Punkt „Nachweis der Kosten und Terminsicherheit“ ergibt sich ein sehr weitgehend übereinstimmendes Ergebnis der Juryvoten.

Eine ausformulierte Begründung war von den Jurymitgliedern nicht gefordert.

Die Lücken, die die Antragstellerin hier noch sieht, erschließen sich für die Kammer nicht.

Die Bewertung über ein Punktsystem ist in der Rechtsprechung anerkannt und auch stichwortartige Begründungen im Rahmen einer Jurybewertung (Vgl Portz in Müller-Wrede, Komm. zur VOF, 3. Auflage, Werner Verlag 2008, § 18 Rdnr. 23).

Auch die zitierte Rechtsprechung soweit sie denn zeitlich der VOF zugeordnet werden könnte – also seit 2004 – ergibt keine weiter gehenden Anforderungen. Die Entscheidung der Bundeskammer vom 14.11.2007 betraf einen Fall, in dem auf die Wiedergabe von Bewertungsergebnissen völlig verzichtet worden war:

„Dem (Anm VK: den Anforderungen zum Vergabebericht) werden die vorliegende Vergabeakte und die hierin enthaltenen Entscheidungsvorlagen der Ag´innen nicht gerecht, weil hierin lediglich die zu bezuschlagenden Bieter aufgezählt werden und ausgeführt wird, dass die Auswahl anhand der in den „Rahmenbedingungen“ genannten Kriterien stattgefunden haben soll. Eine Begründung, anhand der nachvollzogen und überprüft werden könnte, ob und aufgrund welcher Erwägungen die einzelnen Kriterien im Einzelfall tatsächlich angewendet wurden, enthält die Vergabeakte jedoch nicht.“

Da der Preis mit nur 10 % in die Gesamtwertung einfließt, konnte das preislich günstigere Angebot der Antragstellerin hier nicht ausschlaggebend sein. Eine Rüge der Zuschlagskriterien ist nicht erfolgt. Diesbezügliche Einwände sind mithin präkludiert.

III. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht auf §128 GWB.

Gem. § 128 Abs. 1 sind für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwands zu erheben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 GWB nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Dieser wiederum ergibt sich grundsätzlich aus dem Angebot(brutto) der Antragstellerin.

Der Gebührenrahmen wurde vom Gesetzgeber auf eine Mindestgebühr von 2.500,00 € und eine Höchstgebühr von 50.000,00 € festgesetzt, wobei im Einzelfall bei außergewöhnlich hohem Aufwand oder entsprechend hoher wirtschaftlicher Bedeutung eine Erhöhung auf 100.000,00 € möglich ist.

Die Tabelle des Bundeskartellamtes zur Gebührenhöhe in Abhängigkeit vom Ausschreibungswert, d.h. im Regelfall dem geschätzten Auftragswert bzw. dem Angebotspreis der Antragstellerin als Basis für den wirtschaftlichen Wert endet bei einem Auftragsvolumen von 70 Mio. € und sieht dafür eine Gebühr von 25.000 € vor.

Für den hier in Rede stehende Auftrag auf der Basis des von der Antragsgegnerin angebotenen Auftragswertes sieht diese Tabelle eine Gebühr von xxxx,-- € vor.

Damit war die Gebühr auf xxxx,--- € festzusetzen.

Gem. § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB hat der Antragsteller, der vor einer Vergabekammer unterliegt, die Kosten zu tragen. Mithin hat die Antragstellerin die Gebühr zu tragen. Sie hat gemäß § 128 Abs.4 GWB auch die Kosten des Antragsgegners zu tragen.

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind nur erstattungsfähig, wenn sie von der Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt werden (§128 Abs. 4 S. 3 GWB).

Es entspricht billigem Ermessen, die Erstattung der außergerichtlichen Kosten eines Beigeladenen anzuordnen, wenn sich die unterliegende Partei ausdrücklich in einen Interessengegensatz zum Beigeladenen gestellt und dieser eigenen Anträge gestellt hat.

Hier hat die Beigeladene Anträge gestellt und sich schriftsätzlich – allerdings im wesentlichen unter Anlehnung an die Schriftsätze der Antragsgegnerin - beteiligt.

Die Antragstellerin hat auch primär gegen die Interessen der Beigeladenen gestellt, indem sie ihren Ausschluss aus dem Verfahren erstrebt hat.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war aus Gründen der Waffengleichheit geboten.

IV.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist gem. § 116 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig. Sie kann binnen einer Notfrist von 2 Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt (§ 117 Abs. 1 GWB), schriftlich beim Beschwerdegericht eingelegt werden. Beschwerdegericht für die Vergabekammer ist das Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt

wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Sie muss durch einen zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben 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 2 Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

gez. Hugeroth
(Vorsitzende)

gez. Wiegard
(hauptamtl. Mitglied)