



## Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 19.11.2008 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und die ehrenamtliche Beisitzerin Meißner

am **28. November 2008** beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer die Bewertung des Teilnahmeantrags der Beigeladenen zu wiederholen und das Vergabeverfahren – bei Fortbestand der Vergabeabsicht- in den Stand vor Aufforderung zur Abgabe der Angebote und vor Versendung der Verdingungsunterlagen zurückzusetzen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

## Gründe

### I.

In Nordrhein-Westfalen wird zurzeit am Aufbau eines kommunalen Städtenetzwerks Innenstadt NRW in der Form einer Arbeitsgemeinschaft gearbeitet. Die Federführung zum Aufbau und zur Umsetzung dieses Vorhabens sowie zur Geschäftsführung bezüglich der Abwicklung von Fördermitteln liegt bei der Antragsgegnerin. Für die Geschäftsführung der Koordinierungs- und Beratungsstelle in den nächsten drei Jahren wird ein Dienstleister gesucht. Die Antragsgegnerin schrieb deshalb diese Leistungen in einem europaweiten Verhandlungsverfahren nach öffentlicher Vergabebekanntmachung aus. Der geschätzte Gesamtauftragswert liegt bei ca. xxxxxx €.

Als Zuschlagskriterien nannte sie das wirtschaftlich günstigste Angebot unter Hinweis auf die Verdingungsunterlagen. Dort nannte sie die Inhaltliche Qualität des Angebotes (35%), die Fachlich-methodische Qualität des Angebotes (20%), den Preis des Angebotes (30%) sowie die Organisation und das Projektmanagement (15%). Zusätzlich gab sie zu diesen Zuschlagskriterien 14 Unterkriterien an, deren Gewichtung den Teilnehmern vor Abgabe der Angebote nicht mitgeteilt wurde.

Als Teilnahmebedingungen forderte die Antragsgegnerin u.a. eine Erklärung über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach § 11 VOF. Diesbezüglich forderte sie die Teilnehmer gemäß Ziffer III. 2.1 Ziffer 2 ihrer Bekanntmachung auf, Auskunft über rechtliche und/oder wirtschaftliche Verknüpfungen zu anderen Unternehmen im

Sinne von § 7 Abs. 2 VOF mitzuteilen. Darüber hinaus forderte sie die Abgabe einer verbindlichen Erklärung, dass der Bieter während der Projektlaufzeit mit seinem Unternehmen nicht in bestimmten Arbeitsfeldern in den Kommunen in NRW tätig sein werde. Die Teilnehmer hatten diese Auskünfte in der Form einer Eigenerklärung abzugeben. Die Antragsgegnerin wollte dadurch Interessenkonflikte vermeiden.

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt vier Teilnahmeanträge, wobei sie einen Teilnahmeantrag wegen möglicher Interessenkollisionen ausschloss. Hinsichtlich der verbliebenen drei Teilnahmeanträge stellte die Antragsgegnerin fest, dass diese die Eignungsvoraussetzungen erfüllten. Dies wurde durch eine Auswahlkommission bestehend aus einem Vertreter aus dem Ministerium für Bauen und Verkehr NRW und 8 Kommunalvertretern unter der Leitung der Moderatorin von Frau xxxxxxxxxxxx in einer Sitzung am 14.08.2008 festgestellt.

Dabei vermerkte sie in ihrem Vergabevermerk zum Teilnahmeantrag der Beigeladenen hinsichtlich der Auskunft gemäß Ziffer 2.1. Ziffer 2: „keine ?“, wobei sie zuvor die Beigeladene aufgefordert hatte, diese Eigenerklärung nochmals mit einem veränderten Text abzugeben. In dieser Erklärung der Beigeladenen heißt es wörtlich: „Ich versichere hiermit, dass zwischen meinem und anderen Unternehmen derselben Branche keine personellen oder gesellschaftsrechtlichen Verbindungen bestehen.“

Anschließend wurden die verbliebenen Teilnehmer zur Abgabe eines Angebots bis zum 09.09.2008 aufgefordert. Als Präsentationstermin für alle Teilnehmer wurde der 22.09.2008 bestimmt.

Nach Abgabe der Angebote erstellte die Antragsgegnerin eine Punkteskala für die 14 Unterkriterien. Für jedes Unterkriterium konnten 1 bis 7 Punkte erzielt werden, aber nicht mehr als insgesamt 9 Punkte pro Kriterium. Sobald ein Bieter also bezogen auf ein Unterkriterium für sein Angebot einen hohen Punktwert erhielt, wie beispielsweise 7 Punkte, konnten die anderen beiden Bieter nur noch jeweils einen Punkt für ihr Angebot erhalten.

Die Antragstellerin und die mit Beschluss vom 21.10.2008 Beigeladene legten Angebote vor und präsentierten ihre Konzepte der Auswahlkommission. Den ersten Teil der Moderation, bestehend aus Vorgesprächen und den Bietergesprächen übernahm Frau xxxxxx, den zweiten Teil - die Bewertung und Auswahl der Angebote - wurde unter der Leitung eines Mitarbeiters der Antragsgegnerin durchgeführt. Frau xxxxxx fertigte einen Sitzungsvermerk über beide Teile. Zum zweiten Teil vermerkte sie dort, dass anhand des Bewertungsrasters sämtliche Einzelpunkte (14 Einzelaspekte) von den Mitgliedern der Auswahlkommission besprochen wurden und die stimmberechtigten Mitglieder die Punktevergabe in einem einstimmigen Verfahren durchgeführt hätten. Anschließend wurde auf ein Bewertungsraster in einer Anlage verwiesen. Im Ergebnis lag die Beigeladene mit insgesamt 3,81 Punkten auf dem ersten Rang, gefolgt von der Antragstellerin mit insgesamt 2,76 Punkten.

Das Bewertungsraster enthält die o.g. Zuschlagskriterien mit der Gewichtung sowie die Unterkriterien (14 Einzelaspekte). Antragstellerin und Beigeladene erhielten bei einigen Unterkriterien unterschiedliche Punktzahlen, die aber nicht näher von der Antragsgegnerin erläutert wurden. So wurden beispielsweise die Unterkriterien „plausible und systematische Darstellung möglicher Ansatzpunkte“ und das „inhaltliche Verständnis für die Aufgaben und Ziele des Städtenetzwerkes“ bei der Antragstellerin

mit 2 bzw. 2,5 Punkten gewertet, während die Beigeladene dort 6 bzw. 5 Punkte erhielt. Die „Effektivität und Nachhaltigkeit des Instrumentariums und der Methodik“ sowie die „Schlüssigkeit des Arbeits- und Zeitplans“ wurden im Angebot der Antragstellerin mit jeweils 2 Punkten bewertet, während die Beigeladene für ihr Angebot 4,5 bzw. 4 Punkte erhielt. Eine Begründung zu diesen Abweichungen gab es im Vergabevermerk nicht. Die anderen Einzelaspekte sind ebenfalls teilweise unterschiedlich bewertet worden, weisen aber nicht derart große Unterschiede bei der Punktevergabe auf.

Die Antragsgegnerin teilte das Ergebnis den beteiligten Bietern am 25.09.2008 mit. Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 29.09.2008 und mit anwaltlichem Schreiben vom 06.10.2008 die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene als unzureichend und nicht nachvollziehbar und beantragte am 09.10.2008 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerin verfolgt die bereits gerügten Beanstandungen weiter und ist der Auffassung, dass ihr Angebot unzulässigerweise ausgeschlossen wurde.

Die Antragstellerin meint, dass das Angebot der Beigeladenen bereits im Teilnahmewettbewerb hätte ausgeschlossen werden müssen. In der Bekanntmachung sei die Angabe von rechtlichen und/oder wirtschaftlichen Verknüpfungen zu anderen Unternehmen gefordert worden. Im Vergabevermerk (formale Wertung) habe die Antragsgegnerin dazu vermerkt: „keine?“, was darauf schließen lasse, dass keine eindeutigen Angaben von der Beigeladenen dazu gemacht worden seien. Die Antragstellerin meint, dass die Beigeladene jedenfalls auf ihre Verknüpfung mit der Firma xxxxxx GmbH hätte hinweisen müssen, weil diese ausweislich der Eintragungen im Handelsregister ebenfalls von Herrn xxxxxx als Geschäftsführer vertreten werde.

Insofern habe die Beigeladene bei der Erteilung von geforderten Auskünften nach § 7 VOF falsche Erklärungen abgegeben, was zum Ausschluss des Teilnehmers gemäß § 11 Abs. 4 lit. e VOF führen müsse. Denn aus den Fragen der Antragsgegnerin zu Verknüpfungen mit anderen Unternehmen und nach anderen Projekten im gleichen Aufgabenbereich lasse sich schließen, dass dies zur Vermeidung von Interessenkonflikten besonders bedeutsam für die Antragsgegnerin gewesen sei. Da die Teilnehmer dazu ausdrücklich eine Eigenerklärung abzugeben hatten, sei die Antragsgegnerin nunmehr im Wege der Selbstbindung zum Ausschluss der Beigeladenen zwingend verpflichtet.

Darüber hinaus trägt die Antragstellerin vor, dass die Beigeladene seit mehreren Jahren den Landeswettbewerb „Ab in die Mitte NRW“ koordiniert habe und auch im Jahre 2009 diesbezüglich wieder Projektaktivitäten entfalten werde. Eine Auseinandersetzung vor dem Hintergrund möglicher Interessenkollisionen habe aber ausweislich der Aktenlage nicht stattgefunden.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass die fehlende Bekanntgabe der Gewichtung der Unterkriterien sowie des Punktesystems durchaus Auswirkungen auf den Angebotsinhalt haben könnten, so dass die Antragsgegnerin diese zuvor hätte mitteilen müssen. Erstmals aus dem Schreiben der Antragsgegnerin als Antwort auf ihre Rüge habe sie entnommen, dass die Bewertung in einem relativen Verfahren anhand eines Punktesystems von 1 bis 7 Punkten erfolgt sei. Aus der im Rahmen der Akteneinsicht offen gelegten Tabelle ließe sich demgegenüber entnehmen, dass je Kriteri-

um 1 bis 6 Punkte und auch Bruchteile von Punkten vergeben wurden. Aus der gesamten Vergabeakte ergebe sich hingegen nicht, wann und von wem die Festlegung der Gewichtung der Unterkriterien erfolgt sei. Jedenfalls hätte das Punktesystem den Bietern vorab bekannt gegeben werden müssen.

Dass entgegen den Anforderungen der Rechtsprechung die Gewichtung der Unterkriterien nicht vorab bekannt gegeben worden sei, habe sie erst nach anwaltlicher Beratung als Vergabeverstoß erkannt und rügen können.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass allein aus dem Bewertungsraster nicht nachvollzogen werden könne, wie die Entscheidung für einen bestimmten Punktwert zustande gekommen sei. Diesbezüglich meint die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin keinen ordnungsgemäßen Vergabevermerk gefertigt habe, weil die erforderlichen Begründungen fehlen würden. Aus dem Vergabevermerk müssten alle bewertungserheblichen Umstände hervorgehen, was hier nicht der Fall sei. Zu einer transparenten Dokumentation gehöre insbesondere, dass nicht nur Punktzahlen als Ergebnis festgehalten werden, sondern außerdem verbale Begründungen geliefert werden, aus denen sich schließen lasse, warum ein Bieter für ein Kriterium mehr Punkte erhalten habe als sein Mitbieter. Im Vergabevermerk seien nicht nur die Ergebnisse festzuhalten, sondern insbesondere dann, wenn Kriterien in Bezug auf die Bieter unterschiedlich bewertet worden sind, sei eine Begründung für die konkrete Punktevergabe erforderlich. Diese Intransparenz zeige sich insbesondere bei den Unterkriterien, bei der die beiden Angebote deutlich unterschiedliche Punkte erhielten. In diesen Fällen sei eine textliche Begründung der Wertungsentscheidung zwingend erforderlich gewesen.

Die Antragstellerin meint, dass die nicht nachvollziehbare Dokumentation der Wertungsentscheidung hier auch Auswirkungen auf ihre Rechtsstellung habe. Denn hier bestehe zumindest die Möglichkeit, dass der Auftrag nicht an den Bewerber vergeben werde, der gemessen an den bekannt gegebenen Auftragskriterien die bestmögliche Leistung erwarten lasse.

Eine Ergänzung oder Konkretisierung dieser Wertungsentscheidung im Nachprüfungsverfahren sei auch nicht zulässig, weil damit dem öffentlichen Auftraggeber Manipulationsmöglichkeiten eröffnet würden, die einem transparenten Vergabeverfahren entgegenstehen.

Außerdem mutmaßt die Antragstellerin, dass die beiden Vermerke der Antragsgegnerin vom 14.08. und 22.09.2008 nicht zeitnah erfolgten und laufend fortgeschrieben wurden. Beide Vermerke tragen kein Datum und weisen am Ende nur den gedruckten Namenszug von Frau xxxxxx auf, wurden aber nicht unterschrieben. Auch aus einem handschriftlichen Vermerk auf dem Rügeschreiben lasse sich entnehmen, dass möglicherweise der Vermerk vom 22.09.2008 erst nach Eingang der Rüge gefertigt worden sei, was auch hinsichtlich der Tabelle nicht ausgeschlossen werden könnte.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, dass eine Vergabestelle sich zwar von externen Beratern unterstützen lassen könne, aber die Entscheidungen im Vergabeverfahren müssten eindeutig von der Vergabestelle selbst getroffen werden. Aus dem Vermerk vom 22.09.2008 lasse sich aber entnehmen, dass dieser offensichtlich von Frau xxxxxx gefertigt wurde und nicht von der Vergabestelle. Soweit die Vergabe-

stelle sich den Vergabevorschlag eines Dritten zueigen machen wolle, müsse dies in der Form eines schriftlichen Zustimmungsvermerks erfolgen, was hier nicht geschehen sei.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass aus der Vergabeakte nicht ersichtlich werde, inwieweit sich die Vergabestelle selbst inhaltlich mit der Vergabeentscheidung auseinandergesetzt habe. Die Unterlagen der Auswahlkommission befänden sich nicht in der Vergabeakte und auch aus dem festgehaltenen Zeitrahmen von 2.15 h lasse sich schließen, dass es kaum möglich erscheine, für drei Bewerber jeweils 14 Unterkriterien zu beraten und zu bewerten. Die Antragstellerin mutmaßt, dass möglicherweise deshalb eine -unter Beteiligung der externen Fachberatung entstandene- Bewertungsvorlage der Auswahlkommission einfach zugeleitet worden sei, die diese dann, ohne umfangreiche Diskussion und inhaltlicher Auseinandersetzung, angenommen habe.

Die Antragstellerin meint zudem, dass durch die Hinzuziehung von Frau xxxxxx als Moderatorin gegen das Mitwirkungsverbot aus § 16 VgV verstoßen worden sei. Denn seit vielen Jahren würde Frau xxxxxx bei Projekten zum Thema Innenstadt eng mit der Beigeladenen zusammenarbeiten, wie sich aus zahlreichen Projekten ergebe. Die Zusammenarbeit der beiden Büros bestehe darin, dass die Beigeladene die Veranstaltung organisiere und Frau xxxxxx die Moderation übernehme. Insbesondere die Projekte in Gelsenkirchen und Ahlen sowie die gemeinsame Bewerbung für den Landeswettbewerb „StandortInnenstadt NRW“ zeige, dass es – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin- nicht nur um gemeinsam besuchte Veranstaltungen ginge, sondern um eine längerfristig angelegte Kooperation zwischen Frau xxxxxx und der Beigeladenen, also um geschäftliche Beziehungen. Außerdem hätten beide Unternehmen ihren Sitz unter der gleichen Adresse.

Die Antragstellerin schließt daraus die widerlegbare Vermutung der Voreingenommenheit von Frau xxxxxx, weil sie zugleich geschäftliche Beziehungen zu einem Bieter, hier der Beigeladenen, und zum Auftraggeber unterhalte. Dabei müsse Frau xxxxxx nicht unmittelbar an der Vergabeentscheidung beteiligt gewesen sein. Allerdings – so trägt die Antragstellerin vor- gehe sie davon aus, dass Frau xxxxxx hier nicht nur die Moderation übernommen habe, sondern sie auch als Beraterin an der Vergabeentscheidung mitgewirkt habe, indem sie die umfangreiche inhaltliche Auswertung für die Auswahlkommission erstellt habe. Dies lasse sich auch daraus schließen, dass die beiden Vergabevermerke von Frau xxxxxx erstellt wurden.

Zudem meint die Antragstellerin, dass auch die Antragsgegnerin die mögliche Voreingenommenheit von Frau xxxxxx nicht hinreichend widerlegt habe. Allein eine Eigenklärung sowie der Hinweis auf die Verschwiegenheitspflicht reichten dafür jedenfalls nicht aus. Und auch der Hinweis auf eine fein gestrickte, also eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung, seien keine Umstände, die dies widerlegen könnten. Denn in einem Verhandlungsverfahren nach der VOF gebe es einen ausreichenden Beurteilungsspielraum.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass sie in ihren Rechten auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzt ist,

2. die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die entsprechende Rechtsverletzung zu beseitigen,
3. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären,
4. die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,  
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet und die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt.

Die Antragsgegnerin trägt vor, die Geschäftsführertätigkeit der Beigeladenen bei der Firma xxxxxl GmbH sei im Angebot unter der Darstellung der Leistungsfähigkeit angegeben worden. Insofern fehle diese Erklärung nicht. Auch sei sie nicht gezwungen, die Beigeladene auszuschließen, nur weil diese im Rahmen der Eigenerklärung auf dem vorzulegenden Formblatt (Ziffer III. 2.1) diese Erklärung nicht abgegeben habe. Dies ergebe sich insbesondere nicht aus der Formulierung der Eigenerklärung, weil dort ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass ein Ausschluss nur aus wichtigem Grund in Frage komme. Die Frage der unternehmerischen Verknüpfung der Beigeladenen mit der Firma xxxxxx GmbH sei aber für sie nicht von besonderer Bedeutung gewesen.

Zudem meint die Antragsgegnerin, auch das Projekt „Ab in die Mitte NRW“, das von der Beigeladenen koordiniert werde, könne keine Interessenkollisionen auslösen und habe deshalb nicht angegeben werden müssen, weil Vertragspartner der Beigeladenen nicht einzelne Kommunen sein werden.

Hinsichtlich des Hinweises „keine?“ im Vergabevermerk trägt die Antragsgegnerin erstmalig zwei Tage vor der mündlichen Verhandlung vor, dass dieser Hinweis sich nicht auf diexxxxxx GmbH bezog – so wie die Antragstellerin mutmaßte-, sondern auf die Verbindungen zwischen der Beigeladenen und dem Büro von Frau xxxxxx. Man habe deshalb die Beigeladene mit Blick auf das Büro xxxxxxxxgefragt, ob die in der Eigenerklärung erwähnte, für den Fall der wirtschaftlichen Verknüpfung beizufügende Anlage vergessen worden sei. Daraufhin habe die Beigeladene die Eigenerklärung ohne Verweis auf die Anlage nochmals übersandt und damit bestätigt, dass jedenfalls keine personellen oder wirtschaftlichen Verbindungen zum Büro xxxxxx unterhalten werden.

Weiterhin behauptet die Antragsgegnerin, dass alle Unterkriterien im Verhältnis zueinander mit gleicher Gewichtung berücksichtigt worden seien, was für die Bewerber auch transparent gewesen sei. So habe man bei einer Hauptkriteriengruppe mit vier Unterkriterien die Summe der erreichten Punkte in den Unterkriterien durch vier geteilt und mit der zuvor genannten Gewichtung des Hauptkriteriums in den Endwert eingestellt. Insofern hätte sich auch die Kenntnis über die von ihr nach Angebotsabgabe erstellte Punkteskala überhaupt nicht auf die Angebote auswirken können. Die Unterkriterien seien immer gleich berücksichtigt worden. Insofern liege kein Verstoß gegen § 16 Abs. 2 VOF vor.

Die Antragsgegnerin meint zudem, dass es nicht erforderlich sei, jede einzelne Punktvergabe gesondert im Vergabevermerk zu begründen. Das würde in der derzei-

tigen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auch nicht verlangt. Entscheidend sei es vielmehr, die Ergebnisse der Bewertung zu dokumentieren, so wie dies in der Bewertungsmatrix, die als Anlage zum Vermerk vom 22.09.2008 genommen wurde, erfolgt sei. Im Übrigen hätte auch eine umfassendere Dokumentation die Rechtsstellung der Antragstellerin im Vergabeverfahren nicht verbessert. Diesbezüglich verweist die Antragsgegnerin auf eine Kosten- und Leistungsmatrix, die der Auswahlkommission im Präsentationstermin vorgelegen haben soll und von der Antragsgegnerin mit ihrem letzten Schriftsatz vor der mündlichen Verhandlung als Anlage übersandt wurde, mit dem Hinweis, dass sich diese Matrix auch im Vergabevorgang befinden müsste, was aber eindeutig nicht der Fall war.

Die Antragsgegnerin konkretisiert dann im Laufe des Nachprüfungsverfahrens ihre Beurteilungsentscheidung zu den Unterkriterien „Zusammensetzung des Teams und der Aufgabenteilung“ und „Schlüssigkeit des Arbeits- und Zeitplans“ und erläutert anhand der Kosten- und Leistungsmatrix, die nicht Bestandteil der Vergabeakte war, ihre Entscheidungen.

Die Antragsgegnerin ist zudem der Auffassung, dass ein Mitwirkungsverbot für Frau xxxxxx im Rahmen dieses Vergabeverfahrens nicht bestanden habe. Anlässlich der Rüge sei Frau xxxxxx ausdrücklich befragt worden und habe abgestritten, dass es geschäftliche Beziehungen zwischen ihr und der Beigeladenen gebe. Allein das ehemalige Projekt „Standort Innenstadt“ habe sie gemeinsam mit der Beigeladenen und einem weiteren Unternehmen als Mitglied einer Bietergemeinschaft bearbeitet. Dieses Projekt sei aber bereits im Jahre 2006 abgeschlossen worden. Irgendwelche aktuellen geschäftlichen Beziehungen zur Beigeladenen gebe es nicht. Dies sei aber nach dem Wortlaut der Regelung entscheidend. Denn mit dem Begriff „zugleich“ werde eine Zeitgleichheit der geschäftlichen Beziehungen mit dem Vergabeverfahren verlangt. Allein aus der Tatsache, dass beide Unternehmen die gleiche Adresse haben, könne kein ernsthafter Aussagegehalt hinsichtlich einer möglichen Voreingenommenheit entnommen werden.

Die Antragsgegnerin meint, dass auch allein die gemeinsame Teilnahme an verschiedenen Veranstaltungen oder Kongressen, so wie von der Antragstellerin anhand der Internetrecherche vorgetragen, nicht ausreichen, um geschäftliche Beziehungen anzunehmen. Im Übrigen habe die Tätigkeit von Frau xxxxxxxsich nicht auf die Vergabeentscheidung ausgewirkt, weil diese lediglich die Präsentationsrunde geleitet habe, aber nicht die Auswertungsrunde, die von einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin geleitet wurde. Die Moderation von Frau xxxxxxxsei völlig neutral gewesen; dies könnten die Mitglieder der Auswahlkommission bestätigen. Im Übrigen seien die Bewertungskriterien derart fein gestrickt gewesen, dass eine Einflussnahme nicht möglich gewesen sei. Auch die Antragstellerin könne nicht behaupten, dass ihr gegenüber anlässlich der Moderation eine solche Einflussnahme auch nur ansatzweise stattgefunden habe.

**Die Beigeladene** vertritt die Auffassung, dass die Rügen hinsichtlich der fehlenden Gewichtung der Unterkriterien und der Verwendung eines Punktesystems verfristet seien, jedenfalls aber unbegründet.

Die Vorgehensweise der Antragsgegnerin sei entsprechend der Entscheidung des EuGH vom 24.11.2005 erfolgt. Die Unterkriterien seien gleichrangig gewertet worden. Dies sei zulässig, soweit keine Anhaltspunkte erkennbar seien, die die Vorberei-

tung der Angebote hätten beeinflussen können. Genau dies könnte hier ausgeschlossen werden. Auch die Antragstellerin habe nicht dargetan, inwieweit sie ihr Angebot anders abgefasst hätte, wenn ihr die Gleichwertigkeit der Unterkriterien oder das Punktesystem vorab mitgeteilt worden wären. Dabei unterfalle es allein dem Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin, wie sie die Unterkriterien auf die einzelnen Angebote anwende. Die Gleichbehandlung sei hier gewahrt, weil für jedes Unterkriterium 1 bis 7 Punkte vergeben werden konnten und der Durchschnitt daraus den Wert des Hauptkriteriums ergab.

Die Beigeladene meint weiterhin, dass es zwar zutreffe, dass sie die geforderte Eigenerklärung zu Ziffer III. 2.1 Ziffer 2 hinsichtlich anderer gesellschaftsrechtlicher Verbindungen in Bezug auf die xxxxxxxx GmbH nicht mit dem Teilnahmeantrag vorgelegt habe, aber für den zu vergebenden Auftrag sei diese Auskunft überhaupt nicht relevant gewesen. Denn derartige Auskünfte seien nur zu erteilen, wenn Verbindungen zu Unternehmen betroffen seien, die mit dem Vergabeverfahren in Verbindung gebracht werden könnten. Dies sei bei der xxxxxxxx GmbH nicht der Fall, weil diese jedenfalls als potentielle Bewerberin hier nicht in Frage komme, sondern lediglich eine ruhende Gesellschaft sei, die keinerlei Umsätze erziele. Darüber hinaus trägt die Beigeladene vor, dass sie jedenfalls in ihrem beruflichen Werdegang diese Verbindung zur xxxxxx GmbH angegeben habe.

Zudem behauptet die Beigeladene, dass die geforderte Eigenerklärung zu Vertragsverhältnissen mit anderen NRW-Kommunen von ihr abgegeben worden sei und diese Auskunft auch den Tatsachen entspreche. Sie unterhalte zurzeit kein Vertragsverhältnis zu einer Kommune in NRW. Dies beziehe sich auch auf das Projekt „Ab in die Mitte NRW“, weil dieses Projekt von der Landesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels in NRW getragen werde, nicht aber von kommunalen Gebietskörperschaften in NRW. Vielmehr habe die Antragstellerin eine diesbezügliche Eigenerklärung nicht abgegeben, was zum Ausschluss ihres Angebots führen müsse.

Ein Verstoß gegen § 16 VgV, so trägt die Beigeladene vor, sei ebenfalls nicht erkennbar, weil sie einerseits im relevanten Zeitraum keine geschäftlichen Beziehungen zu Frau xxxxxx unterhalten habe und andererseits die Antragstellerin keine konkreten Maßnahmen vorgetragen habe, die auf eine Voreingenommenheit von Frau xxxxxx schließen lassen. Die Mitwirkung von Frau xxxxxx sei völlig neutral gewesen.

Die Beigeladene meint, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift erst mit der Einleitung des Vergabeverfahrens beginne und Handlungen, die zeitlich davor liegen, nicht relevant sein könnten. Anderenfalls würde man den Kreis potentieller Bieter grundlos einschränken, was nicht im Sinne des Wettbewerbs sei. Dies gelte insbesondere auch für die Ausführungen der Antragstellerin hinsichtlich der Veranstaltung „Masterplan Ahlener Innenstadt“. Auch dort habe es keine Geschäftsbeziehungen zwischen ihr und Frau xxxxxxxx gegeben. Allein aus der Tatsache der gemeinsamen Büro-Anschrift könne man ebenfalls keine Rückschlüsse ziehen.

Die Beigeladene ist zudem der Auffassung, dass die Antragsgegnerin im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes ihr Angebot zu Recht als das wirtschaftlichste Angebot gewertet habe. Außerdem meint die Beigeladene, dass der Antragsgegnerin auch nicht vorgehalten werden könne, dass sie ihre Bewertungsentscheidung nicht ausreichend in einem Vergabebericht dokumentiert habe. Insbesondere müsse eine Ver-

gabestelle keinen zusammenhängenden Vergabevermerk erstellen und in einer Bewertungsmatrix keine zusätzlichen Bemerkungen in Textform aufnehmen. Im Übrigen könne die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag auf eine unzureichende Dokumentation im vorliegenden Fall nicht stützen, weil sich etwaige diesbezügliche Mängel jedenfalls nicht auf ihre Rechtsstellung als Bieterin im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt hätten.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 19.12.2008 verlängert. Am 19.11.2008 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung verwiesen.

## II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 04.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 206.000 €.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB und sie hat insbesondere auch die von der Antragsgegnerin geforderte Eigenerklärung mit ihrem Schreiben vom 25.08.2008 abgegeben. Dort hat sie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie zurzeit kein Vertragsverhältnis mit einer anderen NRW-Kommune hat und auch für den Zeitraum der Vertragsabwicklung nicht eingehen wird. Den Hinweis auf das Projekt „Wettbewerb StandortInnenstadt NRW“ hat nach Beurteilung durch die Antragsgegnerin jedenfalls nicht zum Ausschluss der Antragstellerin geführt.

b) Die Antragstellerin hat die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße auch unverzüglich nach § 107 Abs. 3 GWB innerhalb von vier Tagen gerügt und nach anwaltlicher Beratung eine weitere Rüge hinsichtlich der fehlenden Gewichtung der Unterkriterien und der Anwendung eines nicht zuvor bekanntgegebenen Punkteverfahrens angebracht. Dies ist ausreichend, zumal hier nicht nachweisbar ist, dass die Antragstellerin bereits vor anwaltlicher Beratung positive Kenntnis von den Vergaberechtsverstößen im Zusammenhang mit dem Punktesystem gehabt hat. Allein der Umstand, dass sie zunächst selbst rügte, aber die Ergänzung erst durch einen Anwalt erfolgte, spricht dafür, dass die Antragstellerin diese vermeintlichen Vergaberechtsverstöße nicht ohne anwaltliche Hilfe erkannt hat.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, soweit Verstöße gegen § 16 Abs. 2 VOF und § 18 VOF geltend gemacht wurden.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

a) Die Antragsgegnerin hat wegen der fehlenden Bekanntgabe der Bewertungsskala zu den Unterkriterien gegen § 16 Abs. 2 VOF verstoßen.

Gemäß § 16 Abs. 2 VOF haben die Auftraggeber in der Aufgabenbeschreibung oder der Vergabebekanntmachung alle Auftragskriterien anzugeben, deren Anwendung vorgesehen ist. Sie haben auch anzugeben, wie die einzelnen *Kriterien* gewichtet werden. Die Gewichtung kann mittels einer Marge angegeben werden.

aa) Die Antragsgegnerin hat hier zwar sämtliche Zuschlagskriterien und Unterkriterien den Bewerbern mitgeteilt, aber lediglich die Gewichtung der Zuschlagskriterien bekannt gegeben. Dies ist nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht ausreichend. § 16 Abs. 2 VOF erfordert, dass alle Auftragskriterien zu gewichten sind und dies den Bewerbern bekannt zugeben ist. Eine Differenzierung nach Haupt- und Unterschlagskriterien lässt sich der Vorschrift nicht entnehmen. Wenn somit eine Vergabestelle Unterkriterien nennt und dafür eine Bewertungsmatrix herangezogen werden soll, dann gibt es überhaupt keinen Grund, warum diese Bewertungsmatrix nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 Satz 1 und 2 VOF den Bewerbern nicht genauso mitgeteilt werden muss, wie dies bei den Hauptzuschlagskriterien der Fall ist.

Dies ist zwar in der Rechtsprechung und Literatur nicht abschließend geklärt. Übereinstimmung besteht jedenfalls insoweit, als Unterkriterien und deren Gewichtung dann mitzuteilen sind, wenn sie vor Angebotsabgabe aufgestellt worden sind, OLG München, 17.01.2008, Verg 15/07. Bereits der EuGH, 12.12.2002, Rs. C-470/99 hat geurteilt, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der im Rahmen eines nichtoffenen Verfahrens im Voraus Regeln für die Gewichtung der Kriterien für die Auswahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, aufgestellt hat, verpflichtet ist, diese Regeln in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben.

bb) Darüber hinaus kommt es aber nach zutreffender Auffassung des OLG Düsseldorf, 23.01.2008, Verg 31/07, nicht darauf an, ob diese Punkteskala vor Veröffentlichung der Bekanntmachung und Übersendung der Angebotsunterlagen oder danach aufgestellt wurde. Denn eine Festlegung der Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung sowie der Unterkriterien und ihrer Gewichtung nach Ablauf der Angebotsfrist und in Kenntnis der eingereichten Angebote ist dem Auftraggeber ohne dies verwehrt, da dies dem Auftraggeber Raum für Manipulationen eröffnen würde, so das OLG Düsseldorf, a.a.O. Einem Bieter müssen somit alle Kriterien und deren relative Bedeutung, die bei der Wertung der Angebote berücksichtigt werden, im Zeitpunkt der Vorbereitung der Angebote bekannt sein, OLG Düsseldorf, 05.05.2008, Verg 5/08.

Dabei werden an dem Kausalzusammenhang zwischen der Bekanntgabe der Gewichtung und dem Inhalt der Angebote in der Rechtsprechung sehr geringe Anforderungen gestellt. Ausgehend von der Entscheidung des EuGH, 24.11.2005, Rs.-C-331/04 wird zunächst verlangt, dass die Vergabestelle im Rahmen einer Entscheidung, welcher Wertungsmodus für die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien oder deren Unterkriterien maßgebend sein soll, nicht die Zuschlagskriterien selbst abändern darf. Zum zweiten unterliegt es der Kontrolle durch die Vergabenachprüfungsinstanzen, ob die nachträglich zum Wertungsmodus getroffene Entscheidung der Vergabestelle Gesichtspunkte enthält, die, wenn sie zum Zeitpunkt der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wären, diese Vorbereitung hätten beeinflussen können. Schließlich ist zu prüfen, ob der Auftraggeber die Festlegung der Wertungsmatrix unter Berücksichtigung von Umständen erlassen hat, die einen der Bieter diskriminieren könnten. Der EuGH hat diese Rechtsauffassung in seinem Urteil vom

24.01.2008, Rs. C-532/06, nochmals bestätigt, wobei er ausdrücklich auf die Pflicht der Vergabestellen zur Publizität der Zuschlagskriterien, etwaiger Unterkriterien sowie deren Gewichtung hingewiesen hat.

Vorliegend kommt es nur auf das zweite vom EuGH genannte Kriterium an; die anderen Regeln sind nicht tangiert. Dabei geht das OLG Düsseldorf, 23.01.2008, Verg 31/07 davon aus, dass nicht der Antragsteller des Nachprüfungsantrages darzulegen hat, welches konkrete chancenreichere Angebot er eingereicht hätte, wenn ihm die Gewichtung der Unterkriterien – hier die Kenntnis über die Punkteskala – bekannt gewesen wäre. Der Antragsteller ist zu einer solchen Darlegung nicht verpflichtet, da der öffentliche Auftraggeber die ihm obliegende Bekanntmachungspflicht schon dann verletzt, wenn es nur möglich ist, dass die Kenntnis von der Gewichtung von Unterkriterien der Angebotswertung einen Einfluss auf den Inhalt der Angebote ausgeübt hat, so auch OLG Düsseldorf, 09.04.2008, Verg 2/08; OLG Düsseldorf, 14.11.2007, Verg 23/07.

Ausgehend von diesen Grundsätzen, die im Sinne der Gleichbehandlung und Transparenz gemäß § 97 Abs. 1 und 2 GWB von den öffentlichen Auftraggebern zu beachten sind, kann jedenfalls dann, wenn eine Binnendifferenzierung und Abstufung der Angebote anhand einer Punkteskala erfolgt und die Angaben der Bieter in deren Angeboten damit bei der Wertung in Relation zueinander gesetzt werden, davon ausgegangen werden, dass dies Einfluss auf den Inhalt der Angebote gehabt hätte. Allein die Festlegung dieser Relationen und die Handhabung der Abstufungen sind von entscheidender Bedeutung.

Wird hingegen jedes Unterkriterium ohne Punkteskala oder Gewichtung berücksichtigt, indem beispielsweise festgestellt wird, dass ein Bieter das Unterkriterium mit seinem Angebot „optimal“ oder „durchschnittlich“ erfüllt hat, und ohne dass damit im Verhältnis zu den Angeboten anderer Bieter die Erfüllung dieses Kriteriums eine relative Bedeutung erhält, so mag der Kausalzusammenhang fraglich sein. Dies war vorliegend aber nicht der Fall.

Erstmals in der mündlichen Verhandlung teilte die Antragsgegnerin mit, dass insgesamt 9 Punkte für ein Unterkriterium und für alle drei Angebote vergeben wurden, wobei dann, wenn ein Bieter sehr wenig Punkte für ein Unterkriterium erhielt, die anderen Bieter die verbliebenen Punkte (1 bis 7 Punkte) erhalten mussten. Erhielten beispielsweise von den drei Bietern zwei Bieter lediglich 1 Punkt hinsichtlich des konkreten Unterkriteriums, dann musste der verbliebene Bieter 7 Punkte erhalten, weil insgesamt 9 Punkte verteilt wurden. Ob das im Verhältnis zu den anderen Bietern gerechtfertigt war oder nicht, spielte keine Rolle. Auch bei unwesentlichen Abweichungen in der Binnendifferenzierung erhielt derjenige Bieter, der nur geringfügig besser abschnitt, in Relation zu den anderen beiden Bietern unverhältnismäßig mehr Punkte, damit die Gesamtpunktzahl erreicht wurde.

Allein die Kenntnis über diese Zusammenhänge kann Bieter veranlassen, sich bei der Angebotsfertigung auf bestimmte Unterkriterien zu konzentrieren, um dort die Maximalpunktzahl zu bekommen, weil man genau weiß, dass man möglicherweise bezüglich eines anderen Unterkriteriums nicht so gut ist. Zum Beispiel hätte ein Bieter bei dem Unterkriterium „Kreativität in der Herangehensweise“ besonders umfangreiche und aussagekräftige Aussagen machen können, um dort möglichst 7 Punkte zu erzielen, wenn er weiß, dass er bei der „Plausibilität der vorgeschlagenen Vorge-

hensweise“ möglicherweise nicht so gute Punktwerte erhalten würde. Da aber ein Bieter durch die Nichtbekanntgabe dieser Punkteskala davon ausgehen musste, dass alle Unterkriterien zu gleichen Anteilen eingehen werden, konnte er sich diese Binnendifferenzierung bei der Fertigung seines Angebotes ersparen. Er wusste überhaupt nicht, dass diese Differenzierung in dieser Form im Verhältnis zu den Angeboten der anderen Bieter durchgeführt wurde. Ein Bieter wusste lediglich, welche „Gewichtung“ ein Unterkriterium in Bezug auf das Hauptzuschlagskriterium hatte.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin hat die Aussage, dass alle Unterkriterien im Verhältnis zum Hauptkriterium gleich beurteilt wurden, nicht zur Folge, dass man deshalb die Punkteskala nicht hätte bekannt geben müssen. Richtig ist, dass die Unterkriterien zu gleichen Teilen in ein Hauptkriterium eingehen sollten. Beim Zuschlagskriterium Preis (30%) waren es insgesamt 3 Unterkriterien, die zu je 10% zu berücksichtigen waren. Dass die Unterkriterien im Verhältnis zueinander mit gleicher Gewichtung berücksichtigt wurden, ist aber nur ein Teilaspekt der von der Antragsgegnerin durchgeführten Wertung. Ein weiterer Teilaspekt war die Abstufung der Angebote der Bieter im Verhältnis zueinander. Zu diesen Abstufungen gab es keine Aussage der Antragsgegnerin, weder gegenüber den Bietern noch in den Vergabeakten.

Ein Bieter wusste somit lediglich, dass ein Unterkriterium entweder zu 1/3 oder zu einem 1/5 usw. in die Wertung des Hauptkriteriums eingehen sollte. Welche Abstufungen (1 bis 7 Punkte, aber nicht mehr als 9 Gesamtpunkte) im Verhältnis zu den anderen Angeboten hinsichtlich dieser Unterkriterien erfolgen sollten, war den Bietern nicht bekannt. Den Bietern fehlte die Übersicht darüber, mit welcher relativen Bedeutung im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern diese Unterkriterien von der Antragsgegnerin bewertet werden sollten. Dass damit Manipulationsmöglichkeiten eröffnet werden, liegt auf der Hand.

Im Ergebnis sind allein nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 VOF bekannte Unterkriterien auch mit ihrer Gewichtung oder mit der dafür vorgesehenen Bewertungsmatrix anzugeben, und zwar erst recht, wenn diese Gewichtung vom Auftraggeber vor Abgabe der Angebote schon vorgenommen wurde oder er sicher weiß, dass er eine Punkteskala anwenden wird. Aber im vorliegenden Fall kann auch die Möglichkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen der Kenntnis der Bewertungsmatrix und der Einflussnahme auf den Inhalt des Angebots, nicht sicher ausgeschlossen werden.

b) Die Antragsgegnerin hat auch gegen § 18 VOF verstoßen, weil sie ihre Beurteilungsentscheidung hinsichtlich der Angebote nicht ordnungsgemäß im Vergabevermerk vom 22.09.2008 dokumentierte.

Gemäß § 18 VOF ist über die Vergabe ein Vermerk zu fertigen, der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die Maßnahmen, die Feststellung sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthält.

aa) Die Dokumentation dient dem Ziel, die Entscheidungen der Vergabestellen transparent und sowohl für die Nachprüfungsinstanzen als auch für die Bieter überprüfbar zu machen. Dabei muss ein festgestellter Dokumentationsmangel sich gerade auch auf die Rechtsstellung des Antragstellers in einem Nachprüfungsverfahren nachteilig auswirken, OLG Düsseldorf, 17.03.2004, Verg 1/04.

Im vorliegenden Fall hat die Antragsgegnerin über ihre Vergabeentscheidung vom 22.09.2008 einen Vermerk durch Frau xxxxxx erstellen lassen. Dort wird allerdings nur darauf hingewiesen, dass sämtliche Einzelpunkte innerhalb von ca. 2 Stunden von den Mitgliedern der Auswahlkommission besprochen wurden und die stimmberechtigten Mitglieder die Punktevergabe in einem einstimmigen Verfahren durchgeführt hätten. Diesbezüglich wurde dann wieder auf das als Anlage beigefügte Bewertungsraster verwiesen. Inhaltliche Aussagen zur Höhe der abgegebenen Punktwerte finden sich dort nicht.

Dies reicht so nicht. Allein der Umstand, dass eine Auswahlkommission, bestehend aus insgesamt 8 Mitgliedern, über 14 Einzelkriterien in Bezug auf drei Angebote keine Diskussionen geführt haben soll und möglicherweise unterschiedliche Punkte vergeben wurden, entbehrt jeglicher Erfahrung im Beurteilungsbereich. Darüber hinaus erscheint es sehr fraglich, wenn alle diese Entscheidungen innerhalb des Gremiums ohne jegliche schriftliche Vorlage oder Unterlage getroffen worden sein sollten.

Jedenfalls hätte die Antragsgegnerin die für die Wertungsentscheidung tragenden Gründe, insbesondere die im Bereich des Bewertungsrasters zu den einzelnen Unterkriterien vergebenen Punkte, in den Bereichen, in denen gravierende Abweichungen bei den Angeboten der Antragstellerin und der Beigeladenen festgestellt werden können, in Textform im Vergabevermerk erläutern müssen. Nur so kann nachvollzogen werden, warum diese Unterschiede in der Bewertung der Angebote zustande kamen. Eine ausführlichere Begründung, ein höherer Detaillierungsgrad sowie die Darstellung von Einzelheiten sind immer dann erforderlich, wenn es um wesentliche Entscheidungen geht, die Auswirkungen auf die Rangfolge der Bieter haben. Diesbezüglich müssen die Tatsachenumstände und Überlegungen, welche die in Aussicht genommene Zuschlagsentscheidung tragen, vollständig, wahrheitsgemäß und verständlich mitgeteilt werden.

Ein Vergabevermerk muss nicht sämtliche relevanten Vorgänge und Entscheidungen des Vergabeverfahrens ausführlich und in einem textlichen Zusammenhang dokumentiert. Aber die maßgeblichen Feststellungen sowie die Begründungen für die getroffenen Entscheidungen müssen nachvollziehbar wiedergegeben werden, in diesem Sinne auch OLG Koblenz, 06.11.2008, 1 Verg 3/08.

Genau dies war hier nicht der Fall. Die entscheidungsrelevanten Gründe lassen sich aus dem Vergabevermerk nicht nachvollziehen und auch die Entscheidung der Antragsgegnerin, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, rechtfertigt sich nicht aus dem Vergabevermerk.

Die nachträglich vorgelegte, im Vergabevorgang nicht enthaltene Kosten- und Leistungsmatrix verdeutlicht ganz besonders, dass hier offensichtlich keine ausreichende und nachvollziehbare Dokumentation stattgefunden hat. Diese Entscheidungsgrundlage ist erst einen Tag vor der mündlichen Verhandlung von der Antragsgegnerin vorgelegt worden, obwohl sie wesentliche Teilaspekte der Beurteilung enthält. Auch die Erläuterungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung zur Gewichtung der Unterkriterien anhand einer Punkteskala lässt sich den Vergabeunterlagen nicht entnehmen.

Auch die Nachfrage bei der Beigeladenen hinsichtlich der Verknüpfung zum Büro xxxxxx, die jedenfalls nach Angaben der Antragsgegnerin bereits bei der formalen

Prüfung der Teilnahmewettbewerbe erfolgt sein soll und lediglich zu diesem Hinweis „keine ?“ im Vergabevermerk führte, belegt im Nachhinein ganz deutlich die unzureichende Dokumentation. Wenn eine Vergabestelle Aufklärungsgespräche mit einem Bieter führt, dann ist dies in der Regel eine Besonderheit, die kurz im Vergabevermerk wiedergegeben werden sollte. Es gibt im gesamten Vergabevorgang keine Erklärung dafür, warum die Beigeladene ihren Teilnahmeantrag nach Abgabe nochmals ergänzen durfte.

Das Begleitschreiben der Beigeladenen vom 11.08.2008, womit sie die bereits zuvor geforderte Erklärung zu Ziffer III. 2.1 Ziffer 2 nochmals, und zwar in verkürzter Form abgab, war nicht Inhalt der Vergabeakte. Zugunsten der Beigeladenen geht die Kammer aber davon aus, dass ihr Teilnahmeantrag am 29.07.2008 dennoch vollständig und ordnungsgemäß war und die Ergänzung vom 11.08.2008 keine unzulässige Änderung ihres Teilnahmeantrages darstellte. Auch dadurch wäre die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.

bb) Da sich die Unterschiede bei der Vergabe der Punkte zu den einzelnen Unterkriterien aus dem Vergabevermerk nicht nachvollziehen lassen, dies aber kausal zum Ausschluss des Angebots der Antragstellerin führte, ist sie in diesem Fall durch die unzureichende Dokumentation auch in ihrer Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig betroffen.

cc) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist die Nachholung der wesentlichen Gründe, die zur Vergabe der Punktzahlen bei den Unterkriterien geführt haben, im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens nicht zulässig.

Nach zutreffender Auffassung des OLG Düsseldorf, 17.03.2004, Verg 1/04; OLG Düsseldorf, 14.08.2003, Verg 46/03 würden die Bedeutung und die Funktion des Vergabevermerks entwertet, wenn man dem öffentlichen Auftraggeber gestattet, den von ihm geschuldeten zeitnahen Vergabevermerk im Nachhinein zu erstellen. Dadurch würde nicht nur die Transparenz des Vergabeverfahrens beeinträchtigt, sondern überdies würde die Möglichkeit einer ergebnisorientierten und mit den tatsächlichen Erwägungen und Entscheidungen nicht übereinstimmenden Darstellung der jeweiligen Vorgänge eröffnet. Um ein in jeder Hinsicht transparentes Vergabeverfahren zu gewährleisten und zugleich etwaigen Manipulationsmöglichkeiten so weit wie möglich vorzubeugen, ist es deshalb geboten, dem öffentlichen Auftraggeber eine Heilung von Dokumentationsmängel zu versagen.

dd) Lediglich klarstellend weist die Kammer darauf hin, dass die Beurteilung und Bewertung der Angebote durch die Antragsgegnerin zu erfolgen hat, und dass gegebenenfalls eingeschaltete Berater, wie beispielsweise Frau xxxxxx, diese Entscheidungen nicht treffen können. Ein Vergabevermerk sollte deshalb auch erkennen lassen, welche konkreten Personen, die der Vergabestelle zuzurechnen sind, die Entscheidungen getroffen haben.

Im Ergebnis führen die Vergaberechtsverstöße der Antragsgegnerin gegen § 16 Abs. 2 und § 18 VOF zur Stattgabe des Nachprüfungsantrages, zumal die Antragstellerin, wie bereits festgestellt, auch gemäß § 114 Abs. 1 GWB dadurch in ihren Rechten verletzt wird.

3. Für die Wiederholung der Wertung werden folgende Hinweise gegeben:

a) Die Entscheidung im Teilnahmewettbewerb, auch die Beigeladene als Bieterin zuzulassen, ist vor dem Hintergrund der Regelung in § 11 Abs. 4 lit. e VOF von der Antragsgegnerin zu überprüfen.

aa) Dazu weist die Kammer auf folgendes hin: Gemäß § 11 Abs. 4 lit. e VOF können Bewerber von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn sie sich bei der Erteilung von Auskünften, die gemäß § 7, 10, 12 und 13 VOF eingeholt werden können, in erheblichem Maß falscher Erklärungen schuldig gemacht haben.

Gemäß § 7 Abs. 2, 1. Spiegelstrich VOF sind Bewerber verpflichtet, Auskünfte darüber zu geben, ob und auf welche Art sie wirtschaftlich mit Unternehmen verknüpft sind, wozu auch gesellschaftsrechtliche Verbindungen gehören. Die Beigeladene hätte möglicherweise ihre Verbindung zur xxxxxx GmbH hier nennen müssen.

Ausweislich der Vergabeakte hat die Beigeladene jedenfalls an der dafür vorgesehenen Stelle keine Auskunft darüber erteilt, ob und auf welche Weise sie wirtschaftlich mit anderen Unternehmen verknüpft ist (§ 7 Abs. 2 VOF). Lediglich im beruflichen Werdegang hat sie die gesellschaftsrechtliche Verbindung zur xxxxxx GmbH offengelegt.

Diesbezüglich wird die Antragsgegnerin zu prüfen haben, ob dies ausreichend ist. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, 12.10.2007, Verg 28/07, sind unzureichende Erklärungen eines Bewerbers in einem Formblatt jedenfalls dann ohne vergaberechtliche Relevanz, wenn an anderer Stelle im Angebot dazu deutliche Angaben zu finden sind.

Darüber hinaus unterliegt die Bewertung dieser gesellschaftsrechtlichen Verknüpfung der Beigeladenen mit der xxxxxx GmbH dem Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin, den sie jedenfalls insoweit selbst mit entsprechender Bindung eingeschränkt hat, als dazu Angaben von den Teilnehmern zu machen waren. Die inhaltliche Auswertung dieser Angaben ist unter Berücksichtigung der Regelung in § 11 Abs. 4 lit. e VOF zu prüfen, wobei allein die Unrichtigkeit einer Erklärung nicht den Ausschluss vom Vergabeverfahren bewirkt. Vielmehr ist der von der Antragsgegnerin im Formblatt zu Ziffer 2 vorgegebene Hinweis (Unrichtigkeit einer Erklärung kann zum Ausschluss führen) im Lichte des § 11 Abs. 4 lit. e VOF auszulegen. Dabei können von vornherein diejenigen Bewerber, die schuldhaft, also bewusst und gewollt falsche Angaben gemacht haben, kein Vertrauen genießen. Das ist bei der Beigeladenen wohl nicht der Fall, weil sie ja diese Verbindung in ihrem beruflichen Werdegang im Teilnahmewettbewerb offen gelegt hat.

Allerdings muss ein Bewerber darüber hinaus sich in erheblichem Maß falscher Erklärungen schuldig gemacht haben. Dies ist dann der Fall, wenn die fehlerhaften Angaben von wesentlicher Bedeutung für den Auftraggeber waren und es sich nicht etwa nur um untergeordnete Erklärungen oder Auskünfte handelte, so Voppel, in Voppel/Osenbrück/Bubert, Kommentar zur VOF, § 11 Rn. 31, 34.

Ob das bei der fehlenden Erklärung zur xxxxxx GmbH vorliegend der Fall war, hat die Antragsgegnerin zu ermitteln und zu bewerten, wobei diese inhaltliche Bewertung ihrem Beurteilungsspielraum unterliegt. Da es sich bei der xxxxxx GmbH lediglich um

eine GmbH handeln soll, die jedenfalls gegenwärtig nicht aktiv am Wirtschaftsleben und schon gar nicht in der Branche tätig sein soll, können eigentlich die durch § 7 Abs. 2 VOF geschützten Ziele, eine Zusammenarbeit mit anderen Freiberuflern, die offen gelegt werden soll, überhaupt nicht tangiert sein. Diese Entscheidung hat aber letztlich die Antragsgegnerin zu treffen.

bb) Klarstellend weist die Kammer darauf hin, dass auch im Teilnahmewettbewerb ein Bewerber seinen Teilnahmeantrag nur bis zum Schlusstermin für dessen Eingang fixieren kann. Auch die Angebotsaufklärung darf nur Inhalte des Teilnehmerantrags betreffen, die dieser bereits hatte, nicht aber nachträglich fehlende Angaben ergänzen, in diesem Sinne OLG Schleswig, 19.02. 2007, 1 Verg 14/06.

Nach Auffassung des OLG Schleswig, 20.03.2008, 1 Verg 6/07, kann auch die in einem vorgezogenen Teilnahmewettbewerb erfolgte Auswahl einzelner Teilnehmer zum Angebotsverfahren im nachfolgenden Angebotsverfahren noch angegriffen werden, wenn den teilnehmenden Bietern die Namen der anderen Teilnehmer nicht bekannt waren und sie auch keine Kenntnis darüber erhielten, ob bereits eine Eignungsprüfung durchgeführt wurde. Dies ist aus Gründen des Geheimwettbewerbs eigentlich immer der Fall, so dass auch nach Abgabe der Angebote die Auswahlentscheidung im Teilnahmewettbewerb – wie dies vorliegend der Fall war- zur Überprüfung gestellt werden kann.

b) Demgegenüber liegt kein Verstoß gegen § 11 Abs. 4 lit. e VOF vor, soweit die Beigeladene auch im Jahre 2009 den Wettbewerb „Ab in die Mitte NRW“ betreuen sollte. Zutreffend weist die Antragstellerin darauf hin, dass die Teilnahme der Beigeladenen jedenfalls nach Aktenlage im Vergabeverfahren nicht thematisiert wurde. Allerdings steht fest, dass die Antragsgegnerin damit Verknüpfungen zu Kommunen NRW erfassen und ausschließen wollte. Der Wettbewerb „Ab in die Mitte NRW“ ist ein Projekt u.a. des Ministeriums für Bauen und Verkehr und des Städtetages NRW; Vertragsverhältnisse zu einzelnen NRW-Kommunen werden nicht eingegangen. Insofern wurde dieses Projekt nicht von der geforderten Auskunft erfasst.

c) Die Antragsgegnerin hat mit der Beauftragung von Frau xxxxxx auch nicht gegen § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. b VgV verstoßen.

Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 lit. b VgV sind bestimmte Personen von der Mitwirkung in einem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen tätig sind und dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter oder Bewerber hat. Derartige Doppelberatungen legen eine – widerlegbare- Vermutung der Voreingenommenheit nahe. Damit soll verhindert werden, dass innerhalb eines Vergabeverfahrens, ein von der Vergabestelle eingeschaltetes Unternehmen die Möglichkeit hat, konkrete das Vergabeverfahren betreffende Interna auszutauschen, die dem Bieter, der ebenfalls geschäftliche Beziehungen zu dem von der Vergabestelle beauftragten Unternehmen unterhält, zu einem Informationsvorsprung und damit Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten verhelfen könnten.

aa) Frau xxxxxx ist von der Antragsgegnerin mit der Moderation in diesem Vergabeverfahren beauftragt und ausweislich der Vergabeakte auch bei der Präsentation am 22.09.2008 tätig geworden.

bb) Allerdings sind die geschäftlichen Verbindungen, die möglicherweise zwischen der Beigeladenen und dem Büro von Frau xxxxxx abgelaufen sind, nicht ausreichend, um dadurch eine Voreingenommenheit zu begründen. Geschäftliche Beziehungen sind in der Regel auf vertraglicher Basis beruhende geschäftliche Kooperationen, wobei es unerheblich ist, ob das Unternehmen für den Bieter oder Bewerber tätig wird oder umgekehrt. Nicht entscheidend ist, ob das Unternehmen für den Bieter oder Bewerber in dem konkreten Vergabeverfahren tätig ist; es reicht vielmehr auch die Unterhaltung von geschäftlichen Beziehungen außerhalb des Vergabeverfahrens aus, wobei allerdings eine gewisse Kontinuität der Zusammenarbeit feststellbar sein muss, Reidt, in Reidt/Stickler/Glahs, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, § 16 VgV Rn. 26; Müller, in Byok/Jäger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, § 16 VgV Rn. 1677.

Ausweislich der im Internet veröffentlichten Handlungskonzepte Standort Gelsenkirchen, Kongress Innenstadt auf dem Prüfstand am 17.01.2008 in Dortmund und das gemeinsame Agieren in Ahlen (Pressebericht) ergibt sich zunächst ohne weiteres, dass das Unternehmen xxxxxx und die Beigeladene einige gemeinsame Projekte in der Kombination Moderation und Veranstaltungsorganisation durchgeführt haben. Das geht auch ganz eindeutig über die gemeinsame Teilnahme an Veranstaltungen oder Kongressen hinaus. Allerdings handelt es sich dabei nicht um geschäftliche Beziehungen mit einer gewissen Kontinuität oder Intensität, die aber sicher festgestellt werden müssten, um die Vorgaben des § 16 VgV zu erfüllen.

Dabei lässt es die Kammer dahingestellt, ob die konkreten geschäftlichen Beziehungen tatsächlich zeitgleich mit dem Vergabeverfahren feststellbar sein müssen. Entscheidend ist vielmehr, dass § 16 VgV die Vermeidung von Interessenkonflikten bezweckt, die man sicher dann annehmen kann, wenn die betroffenen Unternehmen umfassend und über eine längere Zeit geschäftliche Beziehungen zueinander haben und nicht nur gelegentlich gemeinsame Projekte durchführen. Dies war vorliegend eher nicht der Fall, weil lediglich die gemeinsame Durchführung von definitiv zwei Veranstaltungen in Gelsenkirchen und Dortmund dafür nicht ausreichend ist. Bereits bei dem Projekt in Ahlen ist nicht sicher feststellbar, ob dort auch eine geschäftliche Zusammenarbeit erfolgte.

Darüber hinaus folgt die Kammer auch den Ausführungen der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung, wonach jedenfalls die Entscheidung über eine Zusammenarbeit hinsichtlich der beiden Projekte in Gelsenkirchen und Dortmund, nicht allein bei den hier Beteiligten lag. Auch dies deutet darauf hin, dass es sich um branchenübliche Verknüpfungen handelt, die nie ganz ausgeschlossen werden können, die aber andererseits nicht die Intensität und Kontinuität haben, die im Rahmen des § 16 VgV feststellbar sein muss.

Im Übrigen hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung selbst zu erkennen gegeben, dass bei einer Wiederholung der Wertung eine erneute Moderation durch das Büro xxxxxx nicht erfolgen soll.

Im Ergebnis liegt ein Verstoß gegen § 16 VgV nicht vor.

4. Nach § 114 Abs. 1 GWB hält die Kammer folgende Maßnahmen für die Behebung der Vergaberechtsverstöße für geeignet:

- a) Der Teilnahmeantrag der Beigeladenen ist bezüglich der Angabe von rechtlichen und/oder wirtschaftlichen Verknüpfungen zu anderen Unternehmen (xxxxxx GmbH), erneut unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Kammer zu bewerten.
- b) Den Bewerbern sind sodann die Zuschlagskriterien und die Unterkriterien mit der entsprechenden Gewichtung und der Bewertungsskala bekannt zu geben. Anschließend ist den Bewerbern Gelegenheit zu einer Änderung und Anpassung der Angebote zu geben.
- c) Die Bewertung der Angebote ist zu wiederholen, wobei die entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte in einem verständlichen Vergabevermerk zu dokumentieren sind, so dass die Wertung der Antragsgegnerin für alle Bieter nachvollziehbar wird.

Außerhalb der nach § 114 Abs. 1 GWB anzuordnenden Maßnahmen weist die Kammer darauf hin, dass den Ausführungen der Antragstellerin am Schluss der mündlichen Verhandlung nachzugehen ist. Die Prüfung der Angebote hat anhand der Leistungsbeschreibung zu erfolgen. Es können nicht andere Gesichtspunkte, die nicht Schwerpunkt der Leistungsbeschreibung waren, bei der Wertung in den Vordergrund treten. Sollte dies tatsächlich so zu treffen, wie von der Antragstellerin ausgeführt wurde, sollte die Antragsgegnerin bei der Wiederholung der Wertung diese Gesichtspunkte berücksichtigen. Die Kammer ordnet dies nicht als Maßnahme an, weil diese Beanstandungen nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens waren, sondern lediglich von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wurden.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 1 GWB, wonach die Antragsgegnerin als unterliegende Partei die Kosten für das Nachprüfungsverfahren vor der Kammer zu tragen hat. Gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG des Bundes ist sie als Kommune von den Gebühren befreit. Entsprechend der bundesweit einheitlich verwandten Gebührenstaffel ist eine Gebühr in Höhe von xxxx € ausgehend von einem Auftragswert basierend auf dem Angebot der Antragstellerin anzusetzen.

### IV.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen, § 128 Abs. 4 GWB. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Vergaberecht hier maßgeblich berücksichtigt werden mussten.

Die für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin.

## **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, 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.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Stolz

---

Meißner