



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe des Neubaus des
Bürgerzentrums

VK 2 – 06/09

XXXXX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

gegen

XXXXX

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

und die XXXXX,

Beigeladene

Verfahrensbevollmächtigte

hat die Vergabekammer Westfalen durch den Vorsitzenden Spinzig, die hauptamtliche Beisitzerin Düssler und den ehrenamtlichen Beisitzer Belke auf die mündliche Verhandlung vom 5. April 2019

am 27. Mai 2019 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf den in der Vorinformation XXXXX genannten Auftrag zu erteilen. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Vergabeverfahren mindestens bis in den Stand vor die Wahl der Verfahrensart zurück zu versetzen und bei Fortbestand der Beschaffungsabsicht, die Vergabe der Leistungen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer nach dem 4. Teil des GWB auszuschreiben.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf XXXXX € 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.

Mit Vorinformation XXXXX vom 03.06.2017 gab die Antragsgegnerin bekannt, dass sie den Neubau eines Bürgerzentrums beauftragen wird. Als Leistungsinhalt sind der Abriss des bestehenden Rathauses, die Planung und schlüsselfertige Errichtung eines Verwaltungsneubaus auf Grundstücken der Gemeinde, einschließlich der Zwischenfinanzierung der Planungs- und Baukosten bis zur Übergabe, sowie die Umzugsmaßnahmen vorgesehen. Zusammen mit diesen Leistungen sollten zunächst auch an den zukünftigen Auftragnehmer im Gemeindeeigentum stehende Grundstücksflächen für eine Drittverwertung verkauft werden, auf der dieser in eigener Verantwortung Gewerbe- und Wohnflächen zu planen, zu errichten und zu betreiben hatte. Als Bruttogrundfläche für den Neubau des Verwaltungsgebäudes nannte die Antragsgegnerin ca. 2140 m². Als die für Rechtsbehelfe-/Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle wurde unter VI.4.1) der Vorinformation die Vergabekammer Westfalen aufgeführt. Zudem wies sie darauf hin, dass der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium sei.

Zur gewählten Verfahrensart führte sie unter „VI.3) Zusätzliche Angaben“ und „VI.4.3 Einlegung von Rechtsbehelfen“ wörtlich aus:

„[...] Der vorliegende Auftrag wird im Wege einer freihändigen Vergabe nach VOB/A Abschnitt 1 vergeben. Die Gemeinde XXXXX wird das Verfahren dabei an den Ablauf eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach VOB/A Abschnitt 2 anlehnen; eine Verpflichtung zur europaweiten Bekanntmachung besteht mangels Überschreitung des einschlägigen Schwellenwertes nicht und erfolgt allein freiwillig. Die Angabe eines Verhandlungsverfahrens statt einer freihändigen Vergabe erfolgt lediglich aus dem Grunde, da in dem EU-Formular keine nationalen Vergabeverfahren vorgesehen sind. [...]“

Aus der Vergabedokumentation geht hervor, dass die Antragsgegnerin einem Gesamtauftragswert von minimal 4,6 maximal 5,05 Millionen Euro geschätzt hat. Die Schätzung beruht auf einer Kostenberechnung aus November 2016 nach DIN 276 in Höhe von 4,6 Millionen Euro für die Kostengruppen 200-700, die sie im Mai 2017 und damit kurz vor Veröffentlichung der Vorinformation aktualisierte. Dabei ging sie durch die „Paketvergabe“ der Leistung von einem Wirtschaftlichkeitsvorteil von mehr als 10 % und einer bis zu Beginn des Vergabeverfahrens auftretenden Baukostensteigerung von 350.000 €, sowie einer Erhöhung der Kosten der Zwischenfinanzierung von ca. 80.000 Euro aus. Für die Baukostensteigerung legte sie eine Fortschreibung bis August 2019 und einen Ansatz von 2,9 % zu Grunde, der der Entwicklung der Baupreise vom 1. Quartal 2016 bis zum 1. Quartal 2017 für Bürogebäude in Deutschland aus den vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Konjunkturindikatoren entstammt. Als Bauzeit ging die Antragsgegnerin von maximal 16 Monaten aus.

Die Wahl der Verfahrensart der freihändigen Vergabe begründete sie ausweislich der Vergabeakte damit, dass der zu vergebene Auftrag zu komplex sei, um eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung vorzunehmen. Die Wahl eines Verfahrens, das Verhandlungen über die Angebote und Konzepte zulasse, sei zur Beurteilung deren Wirtschaftlichkeit und um die konkrete Leistung festzulegen notwendig. Die Gesamtvergabe der Leistungen zog die Antragsgegnerin der Losbildung vor und begründete das mit technischen und wirtschaftlichen Gründen, sowie mit der einheitlichen Projektleitung.

Insgesamt 11 Unternehmen meldeten sich auf die Vorinformation bei der Antragsgegnerin um am Vergabeverfahren teilzunehmen. Um ihr Interesse zu bestätigen wurden sie aufgefordert weitere Unterlagen, welche ihr von der Antragsgegnerin zusätzlich zu den Vergabeunterlagen auf einer Website bereitgestellt wurden, auszufüllen und einzureichen. In den bereitgestellten Vergabeunterlagen gab die Antragsgegnerin als Zuschlagskriterien den Preis und die Qualität mit je 50 % Gewichtung an. Als Unterkriterien für den Preis bestimmte sie „Barwert aller Entgeltforderungen“ und „Angebot Drittverwertungsteil“ mit einer Gewichtung von 45 % bzw. 5 %. Die Qualitätsbewertung teilte sich in 5 Kriterien, die wiederum aus mehreren Unterkriterien bestehen, auf. Diese wurden in einer Bewertungsmatrix aufgeführt und erläutert.

Zusätzlich stellte sie auch bereits den Projektvertrag, die funktionale Leistungsbeschreibung und zur Angebotsabgabe auszufüllende Formulare zur Verfügung. Darin wurden Soll-Quadratmeteransätze für die zu planenden Räume angegeben, sowie Flächen, Kubaturen, Fabrikate und Preise abgefragt. Zum Ablauf des Verfahrens wies sie in der Bieterinformation darauf hin, dass die Preise der indikativen Erstangebote ohne entsprechende Anpassung in den Vergabeunterlagen, insbesondere der funktionalen Leistungsbeschreibung oder bei grundlegender Veränderung der Wirtschafts- oder Finanzsituation nicht erhöht werden dürften. Für den Fall der Nichtbefolgung dieser Vorgaben behielt sie sich vor, das Angebot vom weiteren Verfahren auszuschließen.

In der funktionalen Leistungsbeschreibung bestimmte die Antragsgegnerin die von den eingereichten Angeboten zu erfüllenden Vorgaben, erläuterte die Lage und Beschaffenheit des Grundstücks, sowie die zu erwartende Bestandsbebauung.

Danach muss das zu errichtende Gebäude die Anforderungen nach KfW 55 einhalten. Neben zahlreichen durch die Nutzung des Gebäudes bedingten Detailvorgaben gab die Antragsgegnerin auch vor, dass die Grundauleuchtung an den Arbeitsplätzen durch eine Rasterdeckenbeleuchtung, sowie zusätzlich Pendelleuchten oder alternativ dazu Stehleuchten, zu erfolgen habe.

Sechs Unternehmen kündigten nach Kenntnisnahme der Unterlagen an nicht weiter am Verfahren teilzunehmen, drei weitere meldeten sich bis Fristablauf nicht mehr bei der Antragsgegnerin. Lediglich die Antragstellerin und die Beigeladene reichten Teilnahmeanträge bei der Antragsgegnerin ein. Nach deren Prüfung schloss sie beide zunächst wegen inhaltlicher Fehler aus, versetzte jedoch das Verfahren zurück und forderte sie zur erneuten Einreichung der Nachweise und Erklärungen auf.

Nach positiver Prüfung der daraufhin eingegangenen Teilnahmeanträge, gab die Antragsgegnerin die Frist zur Einsendung der Erstantgebote bekannt, die sie auf Anfrage der Antragstellerin und Beigeladenen zweimal verlängerte. Die Erstantgebote von Antragstellerin und Beigeladenen überstiegen beim Preis die Auftragswertschätzung der Antragsgegnerin bereits um mehr als eine Million Euro. Im Anschluss an die Prüfung der Angebote und der Durchführung von Verhandlungsgesprächen überarbeite die Antragsgegnerin ihre Vergabeunterlagen und forderte die Antragstellerin und Beigeladene zur Abgabe eines Folgeangebots auf.

Noch vor dem Eingang dieser, nahm die Antragsgegnerin von der Drittverwertung aufgrund von Hinweisen der Antragstellerin und der Beigeladenen, die erhebliche planerische und wirtschaftliche Schwierigkeiten mit der Forderung verbanden, Abstand, weil sie befürchtete keine ihren Vorstellungen entsprechenden Angebote zu erhalten. Dies teilte sie ausschließlich der Antragstellerin und der Beigeladenen mit und verlängerte zweimalig die Abgabefrist. Eine erneute Bekanntmachung und die Anpassung der Zuschlagskriterien nahm die Antragsgegnerin dagegen nicht vor.

Anschließend führte sie auf Grundlage der Folgeangebote, die erneut eine Steigerung des Preises um mehrere hunderttausend Euro aufwiesen, zunächst zu den architektonischen Entwürfen und dann zu den technischen und wirtschaftlichen Inhalten der Angebote jeweils ein Verhandlungsgespräch. Auf Grundlage der Verhandlungsergebnisse wurden die Vergabeunterlagen erneut überarbeitet und ein Termin für die Abgabe des finalen Angebots bestimmt, welcher auf Bitten der Beigeladenen um einen Monat verlängert wurde.

Die eingereichten finalen Angebote, die eine erneute Preissteigerung von 0,5 – 1 Million Euro aufwiesen und damit die Auftragswertschätzung nunmehr um mehr als 2 Millionen Euro überstiegen und als Bauzeit 24 bzw. 25,5 Monate vorsahen, waren nicht vollständig, weshalb die Bieter aufgefordert wurden, Unterlagen innerhalb von sechs Kalendertagen nachzureichen. Währenddessen ließ die Antragsgegnerin die Angebote vom einem eigens hierfür gebildeten Gremium mit insgesamt 8 Mitgliedern, hinsichtlich der Qualitätskriterien Städtebau und Architektur bewerten, wobei der Entwurf der Beigeladenen die meisten Punkte erzielte. Die Antragsgegnerin teilte den Bieter mit, dass auch unter Berücksichtigung der erfolgten Nachlieferungen ihre Angebote auszuschließen seien. Unter anderem wies die Antragsgegnerin die Antragstellerin darauf hin, dass ihrer Ansicht nach die KfW 55 Voraussetzungen durch ihr Angebot nicht erfüllt würden. Sie teilte dem Bieter mit, dass sie das Verfahren in den Zustand vor Abgabe der finalen Angebote versetzt habe und legte mit dem

03.12.2018 einen neuen Termin für deren vollständigen Eingang fest. Dem kamen die Antragstellerin und die Beigeladene nach.

Für die Bewertung der 2. finalen Angebote zog die Antragsgegnerin die Wertung des Gremiums zur Beurteilung der städtebaulichen und architektonischen Qualität für das 1. finale Angebot heran. Dazu ließ sich die Antragsgegnerin unter Hinweis darauf, dass keine Änderungen am Entwurf zwischen dem 1. und 2. finalen Angebot eingeholt wurden, bestätigen, dass die Mitglieder des Bewertungsgremiums an den von ihnen vergebenen Punkten und damit der Bewertung der Entwürfe festhalten.

Die wirtschaftliche Auswertung der Angebote kommt zu dem Schluss, dass die Preissteigerungen der Angebote mit der Erhöhung der Gesamtnutzungsflächen und Bruttogrundflächen zu den Soll-Vorgaben beziehungsweise den Angeboten der 2. Stufe einhergehen. Die Preise selbst werden als marktgerecht bewertet. Aufgrund der niedrigsten Angebotssumme erhielt die Antragstellerin die Maximalpunktzahl bei dem Zuschlagskriterium Preis. Aufgrund der unterbliebenen Anpassung der Zuschlagskriterien zur Drittverwertung entschied sich die Antragsgegnerin dazu, an alle Bieter die volle Punktzahl für das Zuschlagskriterium der Drittverwertung mit einer Gewichtung von 5 % zu vergeben.

Bei der Bewertung der Qualität des Entwurfs erzielte die Beigeladene erheblich mehr Punkte als die Antragstellerin. Infolge der technischen Wertung schloss die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin aus. In einem als Informationsschreiben nach § 134 GWB bezeichneten Dokument teilte sie der Antragstellerin mit, dass sie die als Mindestanforderung zu bewertende KfW 55 Vorgaben in ihrem Angebot nicht darlege und dies somit als nicht erfüllt bewertet werden müsste.

Die Antragstellerin verwies dagegen darauf, dass der von ihr geplante Neubau die Anforderungen erfülle und reichte den Energiesparnachweis für das Angebot bei der Antragsgegnerin ein. Diese versandte anschließend eine Bieterinformation nach § 134 GWB. Darin teilte sie der Antragstellerin erneut den Ausschluss ihres Angebotes mit und dass die Beigeladene ein höher bewertetes und damit wirtschaftlicheres Angebot abgegeben habe, welches für die Zuschlagserteilung vorgesehen sei.

Auf die Ankündigung der Antragstellerin, sich ggfs. an die Vergabekammer zu wenden, hinterlegte die Antragsgegnerin bei dieser eine Schutzschrift. In einem Gespräch mit der Antragstellerin und einem daraufhin übersandten Schreiben erläuterte die Antragsgegnerin ihre Wertungsentscheidung nochmals und bekräftigte, dass das Angebot ihrer Ansicht nach wegen dem Fehlen des Energiesparnachweises auszuschließen war. Der genaue Inhalt dieses Gesprächs, sowie der daneben zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin geführten Telefonate, ist für beide Seiten streitig.

Anschließend rügte die Antragstellerin das Vorgehen der Antragsgegnerin und reichte am Tag darauf ihren Nachprüfungsantrag bei der Kammer ein, die ein Verfahren unter dem Aktenzeichen VK 2 – 06/19 einleitete.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass die Antragsgegnerin ihre Auftragswertschätzung dergestalt vorgenommen habe, um den zu der Zeit gültigen Schwellenwert von 5,225 Millionen Euro zu unterschreiten, jedoch davon ausging,

dass der tatsächliche Auftragswert darüber liegen wird. Zudem habe sie auch methodische Fehler bei der Auftragswertschätzung begangen und vorhersehbare Kostenentwicklungen nicht berücksichtigt. Die Antragsgegnerin hätte bei der Kostenschätzung den Drittverwertungsanteil einrechnen müsse. Aufgrund der nachträglich gestrichenen vertraglichen Regelungen § 47 - § 49 des Projektvertrages werde deutlich, dass die Antragsgegnerin eine Bebauungsverpflichtung zu ihren Gunsten durch das den Zuschlag erhaltende Unternehmen anstrebte. Zudem ergebe sich aus Seite 6 der Bewerberinformationen, dass für den Drittverwertungsanteil eine Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen war. Dass im Vertrag ausdrücklich eine Bauverpflichtung ausgeschlossen war, ändere nichts daran. Zudem wollte die Antragsgegnerin ausweislich der Bewerberinformation auf Blatt 4 Büroräume in dem zu errichtenden Gebäude anmieten, weshalb es eine sachliche und funktionale Verknüpfung mit dem Gemeindezentrum aufweise. Deshalb seien die Baukosten hierfür zur Gesamtmaßnahme hinzu zuaddieren.

Allein aufgrund der eingegangenen Angebotssummen, die den Schwellenwert um bis zu 50 % überschritten hätten, dränge sich nach Auffassung der Antragstellerin auf, dass die Antragsgegnerin eine missbräuchlich niedrige Auftragswertschätzung vorgenommen habe um den Schwellenwert zu unterschreiten. Dies gelte insbesondere, wenn wie hier zwei regionale und erfahrene Architektur- und Ingenieurbüros bei ihren Angebotspreisen durchaus eng beieinanderliegen. Dies stelle bereits ein Indiz für die Fehlerhaftigkeit der Auftragswertschätzung dar.

Zudem habe die Antragsgegnerin bei der Auftragswertschätzung, die auf Kostenrichtwerten BKI Stand 1. Quartal 2016 für Verwaltungsgebäude mittlerer Standard basierte, die Besonderheiten des konkreten Auftrags, wie ortsübliche Preise, Erreichbarkeit der Baustelle, konjunkturelle Einflüsse nicht ausreichend berücksichtigt. Dazu fehle eine Markterkundung im regionalen Umfeld, ohne die die von der Antragsgegnerin verwendeten Kostenrichtwerte der BKI allenfalls als Anhaltspunkte für die durchschnittlich zu erwartende Kostensteigerung herangezogen werden könnten. Bei Durchführung der Markterkundung wäre für die Antragsgegnerin erkennbar gewesen, dass sie ihre Auftragswertschätzung deutlich zu niedrig angesetzt hatte.

Darüber hinaus sei die Kostenberechnung auf Grundlage der Entwurfsplanung teilweise inkompatibel mit der funktionalen Leistungsbeschreibung. So sei das geforderte großzügige Foyer in der Architekturplanung nicht berücksichtigt. Die Schwellenwertermittlung insgesamt hätte von der Antragsgegnerin auch nicht auf dem Stand einer Entwurfsplanung, also Leistungsphase 3 der HOAI erfolgen dürfen, sondern vielmehr auf den nach § 3 Absätzen 3, 6 und 7 VgV maßgeblichen Leistungsphasen 5, 6 und 7 der HOAI. Die Leistungsphase 3 weise nur eine Kostengenauigkeit von +/- 20 % auf und sei deshalb nicht geeignet für eine ordnungsgemäße Auftragswertschätzung im Sinne des § 3 VgV.

Als widersprüchlich anzusehen sei, dass die Antragsgegnerin einmal bei der Kostenschätzung aus November 2016 eine Kostensteigerung von 5 % bis zum angenommenen Baubeginn im 2. Quartal 2018 ausgehe, dann aber bei der Aktualisierung dieser Kostenschätzung im Mai 2017 eine jährliche Kostensteigerung von 3 % annehme und danach auf Auftragswerte von minimal 4,6 Mio. Euro und maximal 5 Mio. Euro komme. Diese Erhöhung basiere auf Konjunkturdaten für Bürogebäude, die keine verlässliche Grundlage für zu schätzende Marktpreise

darstellten. Auch müsse wegen der unterschiedlichen Verwendung des Bürgerzentrums, insbesondere als kulturelle Begegnungsstätte, daran gezweifelt werden, ob die Einordnung als Bürogebäude zutreffend sei.

Zudem habe die Antragsgegnerin in Anbetracht der Länge des Verfahrens und der Baumaßnahme keinen den projektspezifischen Unwägbarkeiten angemessenen Aufschlag auf ihre Schätzung vorgenommen. Da die Antragsgegnerin hier eine funktionale Leistungsbeschreibung gewählt habe, die erhebliche Planungsspielräume eröffne, und das Vorhaben als Komplex einstufte zeige, dass ein hoher Sicherheitsaufschlag erforderlich gewesen wäre.

Den von der Antragsgegnerin aufgeführten Wirtschaftlichkeitsvorteil von 10 % für die Gesamtvergabe gegenüber der Eigenrealisation hält die Antragstellerin für überhöht, so dass die Auftragswertschätzung bereits deshalb fehlerhaft gewesen sei.

Die Antragstellerin ist entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin der Ansicht, dass sie antragsbefugt ist. Einerseits wende sie sich gegen die fehlerhafte Vorinformation bzw. unterlassene Auftragsbekanntmachung und rüge damit den Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Darüber hinaus verletze der Ausschluss ihres Angebots die Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB. Sie bekräftigt, dass sie weiterhin Interesse an der Auftragserteilung habe und nicht wie von der Antragsgegnerin vorgetragen, zwischenzeitlich davon abgerückt sei.

Vorliegend könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Schaden, der Antragstellerin, durch die Beteiligung mit einem Angebot am Vergabeverfahren entfalle, da die Antragsgegnerin nur bei korrekter Durchführung des Vergabeverfahrens einen wirksamen Auftrag hätte erteilen dürfen. Für die Annahme einer Verwirkung sei vorliegend kein Raum, da die Antragstellerin den Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB innerhalb der Fristen aus § 135 Abs. 2 GWB geltend gemacht habe.

Die Antragstellerin tritt dem Vorbringen der Antragsgegnerin entgegen, dass sie ihre Rüge telefonisch zurückgenommen habe und verweist darauf, dass nach dem fehlerfreien Informationsschreiben vom 06.02.2019 erstmalig die Rügefrist zu laufen begann, weshalb ihre Rüge vom 14.02.2019 fristgemäß erhoben worden sei. Darüber hinaus wäre eine Rüge zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nicht erforderlich gewesen, da sie sich gegen einen Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB wendet.

Selbst wenn man von der Notwendigkeit einer Rüge ausgehe, wäre diese inhaltlich nicht nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB präkludiert, da der Vergabeverstoß in der Bekanntmachung ohne Rechtsberatung nicht erkennbar gewesen sei. Die Widersprüchlichkeit der Angaben aus der Vorinformation zu erkennen und richtig rechtlich zu beurteilen erfordere Kenntnisse, die über das von einem verständigen Bieter zu erwartende Maß hinausgingen und deshalb nicht von der Antragstellerin erwartet werden dürften.

Die Begründetheit ihres Nachprüfungsantrages ergebe sich nach Auffassung der Antragstellerin aus dem Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Die Antragsgegnerin hätte bei ordnungsgemäßer Auftragswertschätzung eine Bekanntmachung für einen Oberschwellenauftrag in der Vergabeart des Verhandlungsverfahrens oder einem nicht offenen Verfahren vornehmen müssen. Die Angabe der Durchführung einer

freihändigen Vergabe angelehnt an ein Verhandlungsverfahren mit Teilnehmerwettbewerb sei mit den Vorgaben an eine Vorinformation nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A nicht vereinbar. Die sich widersprechenden Angaben, so z. B. die Nennung der Vergabekammer Westfalen als zur Einlegung von Rechtsbehelfen zuständigen Stelle und die Ankündigung der freihändigen Vergabe als Verfahrensart, unterliefern den Sinn und Zweck, dass Vergabeverfahren transparent und im Wettbewerb entsprechend § 97 Abs. 1 GWB auszugestalten sind.

Aus ihrer Ankündigung, sich an einem Verhandlungsverfahren mit Teilnehmerwettbewerb anzulehnen, führe nicht zu einer Selbstbindung in der Weise, alle damit zusammenhängenden rechtlichen Voraussetzungen zu erfüllen. Daraus könne allenfalls geschlossen werden, dass das Verfahren der Freihändigen Vergabe modifiziert werde, aber nicht, dass ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb tatsächlich durchgeführt werde.

Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin gegen die grundsätzlichen Vorgaben für Verhandlungsverfahren verstoßen, indem sie eine Veränderung des Preises nach Abgabe des ersten indikativen Angebots grundsätzlich nicht mehr zu lies. Aufgrund der Bewertung des Preises mit einer Gewichtung von 50 %, berge dies in der frühen Verhandlungsphase die Gefahr einer Beeinträchtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Gebotes der Nichtdiskriminierung. Gerade bei Bietern, die ihr Angebot auf einen günstigen Preis ausrichten, verschlechtere dies deren Zuschlagschancen.

Zudem liege ein Verstoß gegen § 10 c Abs. 1 VOB/A EU vor, da die Antragsgegnerin ausweislich der Vergabedokumentation auf Bitten der Beigeladenen die Angebotsfrist um einen Monat verlängerte. Dies sei nur zulässig bei Hinderungsgründen auf Seiten der Antragsgegnerin, weshalb darin ein Verstoß gegen den Gleichheits- und Wettbewerbsgrundsatz aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB zu sehen sei. Dass die Verlängerung auch der Antragstellerin zu Gute kam ändere hieran nichts. Ohne Verlängerung wäre die Antragstellerin möglicherweise bereits die einzige im Wettbewerb verbliebene Bieterin gewesen, weshalb hierdurch ihre Chancen auf den Zuschlag geschmälert wurden. Damit lägen, selbst wenn man hier eine Bindung der Antragsgegnerin an die Vorgaben des § 3 Abs. 3 VOB/A EU annähme, weitere gravierende Verfahrensfehler vor.

Die Antragstellerin beantragt

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Wahl der Verfahrensart zurückzusetzen und den Auftrag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht erst nach Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben
hilfsweise
2. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der XXXXX zu erteilen und die Antragsgegnerin anzuweisen, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Angebotswertung zurückzusetzen und die Angebotswertung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Berücksichtigung des Angebots der

- Antragstellerin und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer erneut vorzunehmen.
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären und
 4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt (Schriftsatz vom 26.02.2019)

1. den Nachprüfungsantrag und die weiteren Anträge zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären und
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass die Zuständigkeit der Vergabekammer nicht eröffnet ist. Die Auftragswertschätzung sei ordnungsgemäß erstellt und berücksichtige alle Aspekte der späteren ausgeschriebenen Leistungen, so auch die Vorgaben aus der funktionalen Leistungsbeschreibung. Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass mit günstigen Einfachfenstern aus Kunststoff geplant worden wäre, diese aber nach der funktionalen Leistungsbeschreibung ausgeschlossen sind, hält die Antragsgegnerin entgegen, dass nur reine Kunststofffenster ausgeschlossen waren jedoch keine Mischformen. Selbst wenn dies so von Bietern verstanden worden wäre, würde dies zu einer Kostenerhöhung von lediglich 1 % führen, welche für die Auftragswertschätzung nicht relevant wäre. Zudem habe die Antragsgegnerin einen Risikoaufschlag von 6,75 % für Abweichungen und Toleranzen, die im Bereich einer Entwurfsplanung vom Soll zum späteren Ist vorkommen, gewählt, der solche Abweichungen auffangen könne.

Der zur Beurteilung der Kammer entscheidende Zeitpunkt für die Auftragswertschätzung sei Mai 2017, an dem die Aktualisierung der Kostenberechnung von November 2016 durch die Antragsgegnerin vorgenommen wurde und damit entsprechend den Vorgaben nach § 3 Abs. 3 VgV zeitnah zum Beginn des Vergabeverfahrens erfolgte. Mithin handele es sich um eine aktuelle Auftragswertschätzung.

Da es sich um eine in die Zukunft gerichtete Prognose handele, könne die Summe der Angebote gerade nicht geeignet sein, um im Nachhinein die Ordnungsgemäßheit der Auftragswertschätzung in Zweifel zu ziehen. Dass diese ex ante Betrachtung nicht eingetreten ist, lasse keinen Schluss über die Ordnungsgemäßheit der Schätzung zu. Die im Laufe des Vergabeverfahrens gewonnenen Erkenntnisse, insbesondere auch aus den abgegebenen Angeboten, seien dabei unbeachtlich. Die die Auftragswertschätzung übersteigenden Angebotspreise dürften damit die Ordnungsgemäßheit der Auftragswertschätzung nicht in Frage stellen. Bei Berücksichtigung der Werte der eingegangenen Angebote unterlaufe der Vergabekammer ein Rückschaufehler und sie überschätze die Vorhersehbarkeit einer derartigen Kostensteigerung.

Davon abgesehen habe sich die Antragsgegnerin durch verschiedene Maßnahmen bemüht die Angebote auf das technische und wirtschaftliche Maß zurückzuführen, welches durch die Vergabeunterlagen als Beschaffungsgegenstand vorgegeben war. Als konkrete Maßnahmen nennt sie,

- die Verhandlungen zur Reduzierung der angebotenen Zusatzflächen,
- den Verzicht auf geforderte elektrische Betätigung der beweglichen Trennwände,
- den Entfall der Anforderung abgehängte Decken in Waschräumen vorzugsweise als Aluminium-Paneeldecke für Nassräume auszustatten,
- das Zulassen von Flächenheizungen,
- die Reduzierung von inneren Kühllasten (z. B. Serverräumen) und den Anforderungen an das Automations-BUS-System sowie
- den Entfall der Vorgabe Gas als Primärenergieträger zu nutzen.

Die Mehrkosten der Angebote seien darauf zurückzuführen, dass die Antragstellerin und die Beigeladene ein Mehr an Nutzungsflächen angeboten hätten und die tatsächlichen Baukostensteigerungen über den Annahmen der Antragsgegnerin von Ende Mai 2017 lagen. Diese nicht vorhersehbaren Umstände ließen die Auftragswertschätzung jedoch nicht nachträglich unzutreffend werden.

Die Antragsgegnerin meint, dass sie nach alledem von einem Auftragswert von minimal 4.647.000 Euro und maximal 5.059.000 Euro ausgehen durfte und damit der Schwellenwert nach der zutreffenden Prognose um wenigstens 166.000 Euro unterschritten war. Mithin sei sie frei darin gewesen, ein Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte, nämlich eine freihändige Vergabe in Anlehnung an ein Verhandlungsverfahren, und ohne Anwendung der Bestimmungen des 4. Teil des GWB durchzuführen.

Aus der Fördermittelbeantragung kann im Gegensatz zum Vortrag der Antragstellerin nicht geschlossen werden, dass eine Auftragswertsumme oberhalb des Schwellenwertes zu Grunde gelegt wurde, da es sich dabei um eine Bruttosumme handele und diese nach Abzug der Mehrwertsteuer den Schwellenwert unterschreiten. Für die Ordnungsgemäßheit der Kostenberechnung spreche zudem, dass im Rahmen der Prüfung der Fördermittelbewilligung, der die Kostenberechnung aus November 2016 zu Grunde lag, das angesetzte Investitionsvolumen nicht als zu knapp oder unauskömmlich eingestuft wurde.

Die europaweite Bekanntmachung der Vorabinformation und die Benennung der Vergabekammer könne nicht als Indiz für die Anwendbarkeit des 4. Teil des GWB herangezogen werden. Nach § 106 GWB sei allein das Erreichen oder Überschreiten des Schwellenwertes durch den geschätzten Auftragswert maßgeblich.

Zusätzlich fehle der Antragstellerin die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB. Da das Angebot der Antragstellerin wegen der Nichterfüllung technischer Vorgaben ausgeschlossen wurde, habe sie keine Chance auf einen Zuschlag. Auch könne die Antragstellerin keinen Schaden durch eine fehlerhafte Ausschreibung erlitten haben, da sie sich ja schließlich mit einem Angebot am Verfahren beteiligt habe. Zudem könne die Antragstellerin kein Nachprüfungsverfahren nunmehr 1,5 Jahre später auf eine fehlerhafte Bekanntmachung stützen, denn bei einem so langen Zeitraum sei davon

auszugehen, dass das der vermeintliche Fehler nicht mehr aufgegriffen werde und somit das Recht der Antragstellerin verwirkt sei.

Zum Rügevorbringen der Antragstellerin meint die Antragsgegnerin, dass dieses aus mehreren Gründen nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB präkludiert sein müsse. Einerseits habe die Antragstellerin telefonisch mitgeteilt, dass sie keinen Nachprüfungsantrag mehr stellen wolle und damit unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, ihre bereits erhobenen Rügen zurückzunehmen. Daneben müsse das Vorbringen inhaltlich als präkludiert angesehen werden, da die von der Antragstellerin behauptete Fehlerhaftigkeit der Vorinformation und die Wahl der falschen Verfahrensart bereits ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung erkennbar gewesen sei. Folglich hätte eine Rüge bis zur Bewerbungs- oder Angebotsfrist erfolgen müssen, was vorliegend nicht erfolgt sei.

Die Antragsgegnerin ist zudem der Auffassung, dass über die Unzulässigkeit hinaus der Nachprüfungsantrag auch unbegründet ist. Ausgehend von dem geschätzten Auftragswert liege ein Verstoß gegen die Veröffentlichungspflicht aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht vor. Aber auch beim Überschreiten des Schwellenwertes fehle es nicht an einer ordnungsgemäßen Auftragsbekanntmachung. Die im EU-Amtsblatt unter 2017/S 106-211428 veröffentlichte Vorinformation nach § 12 Abs. 2 VOB/A EU ersetze eine ggfs. notwendige Bekanntmachung gemäß § 12 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A EU. Alle notwendigen Angaben, wie die Aufforderung zur Einreichung einer Interessensbekundung bis zu einer bestimmten Frist, die Durchführung einer freihändigen Vergabe angelehnt an den Ablauf eines Verhandlungsverfahrens und der Hinweis darauf, dass die Vergabe ohne weiteren Aufruf zum Wettbewerb erfolge, enthalte die Vorinformation. Mit der Mitteilung der Verfahrensart wüssten die Bieter, welcher Ablauf sie im Verfahren erwarte. Zudem habe dies zu einer Selbstbindung der Antragsgegnerin an dieses Verfahren geführt. Damit entspreche die Vorinformation dem Sinn und Zweck einer europaweiten Ausschreibung. Da die Antragstellerin einen Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften des Verhandlungsverfahren nicht vorgetragen habe, sei auch sonst keine Rechtsverletzung zu erkennen, auf den sich die Antragstellerin berufen könne.

Auch für den hilfsweisen Antrag der Antragstellerin sei Unbegründetheit anzunehmen, da ihr Angebot nach § 16c Abs. 1 VOB/A EU ausgeschlossen werden müsse. Der Nachweis der Einhaltung der Vorgaben für Gebäude nach dem KfW 55 Vorgaben sei nicht erfüllt worden und eine Pflicht zur Nachforderung eines neuen Energiesparnachweises habe nicht bestanden. Auch seien durch die Antragstellerin lediglich Stehleuchten angeboten worden und nicht wie gefordert Rasterdeckeneinbauleuchten, was ebenso zum Ausschluss führe.

Zudem sei die Angebotswertung rechtmäßig erfolgt. Danach habe die Beigeladene das wirtschaftlichste Angebot abgegeben auf das der Zuschlag nach § 127 GWB i. V. m. § 16 d VOB/A EU zu erteilen sei. Das Angebot der Antragstellerin weise zwar den niedrigsten Preis auf und erzielte damit die Maximalpunktzahl für dieses Wertungskriterium, die Beigeladene erhielt jedoch eine bessere Bewertung beim Kriterium der Qualität der Entwürfe und erreichte dadurch insgesamt eine höhere Punktzahl.

Den von der Antragstellerin geäußerten Vorwurf der Befangenheit der Berater der Antragsgegnerin sei unhaltbar. Ein vergaberechtlich relevanter Interessenskonflikt

durch ein wirtschaftliches, finanzielles oder persönliches Interesse der Berater bestehe nicht.

Die Beiladung erfolgte mit Beschluss vom 27.02.2019. Auf die Entscheidung des Vorsitzenden wurde die Frist nach § 167 Abs. 1 GWB zunächst bis zum 10.05.2019 und anschließend nochmals bis zum 31.05.2019 verlängert. Am 05.04.2019 fand die mündliche Verhandlung statt. Die Antragsgegnerin reichte am 10.04.2019 einen nicht nachgelassenen Schriftsatz bei der Kammer ein.

II.

1. Der von der Antragstellerin am 14.02.2019 eingereichte Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus §159 Abs. 2 GWB i. V. m. § 2 Abs. 2 VK ZuStV NRW. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist die Kammer auch sachlich zuständig nach § 156 Abs. 1 GWB. Bei dem von ihr zur vergebenden Leistungen handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag nach § 103 Abs. 3 GWB, für den ein Gesamtauftragswert anzunehmen war, der den Schwellenwert nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB überschritt.

Ausgangspunkt für die Ermittlung des maßgeblichen Schwellenwerts ist die vom Auftraggeber vorgenommene Auftragswertschätzung zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens, soweit diese ordnungsgemäß erfolgt ist (vgl. VK Bund 1 – 47/17, Beschluss vom 01.06.2007; OLG Düsseldorf Verg 34/10, Beschluss vom 22.07.2010). Sie ist ordnungsgemäß, wenn der öffentliche Auftraggeber Methoden angewendet hat, die ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft erwarten lassen (vgl. BGH X ZR 122/14, Urteil vom 29.11.2016).

a) Maßgeblicher Zeitpunkt zur Ermittlung des Auftragswertes und damit der Feststellung ob der Schwellenwert überschritten wird ist, wie die Antragsgegnerin dies korrekt ausführt, nach § 3 Abs. 3 VgV der Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung. Zu diesem Zeitpunkt betrug der Schwellenwert für Baumaßnahmen nach der delegierten Verordnung (EU) 2015/2170 5,225 Millionen Euro.

b) Die Schätzung nach § 3 Abs. 1 VgV soll die Gesamtvergütung für alle vorgesehenen Leistungen ermitteln (vgl. Marx § 3 VgV 5 ff, Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß Kommentar zur VgV).

Vorliegend ist von der Antragsgegnerin für ein Gebäude mit dem Mengengerüst, wie es sich aus der den Vergabeunterlagen beigefügten Raumliste, die auch schon Gegenstand der Fördermittelbeantragung war, ergibt, nach DIN 276 eine Kostenberechnung im November 2016 erfolgt. Ob darin für den Auftragswert wesentliche Aspekte der funktionalen Leistungsbeschreibung berücksichtigt wurden, wie von der Antragsgegnerin behauptet oder nicht, kann mangels Dokumentation hierzu nicht nachvollzogen werden.

Die Kostenberechnung wurde von der Antragsgegnerin im Mai 2017 unter Einbeziehung einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung und von Preissteigerungen für die Baukosten in Höhe von 3 % pro Jahr bis zum August 2019 fortgeschrieben. Als

Ergebnis dessen kommt die Antragsgegnerin auf einen geschätzten Auftragswert von wenigstens 4,6 Millionen Euro bis 5,05 Millionen Euro und stellt fest, dass auch bei zusätzlicher Berücksichtigung der Entschädigungen von 4 Bietern für die Teilnahme am Wettbewerb von jeweils ca. 19.000 € der Schwellenwert nicht überschritten wäre.

Die von der Antragsgegnerin bei der Auftragswertschätzung gewählte Herangehensweise weist jedoch mehrere methodische Fehler auf. Dass die Antragsgegnerin beispielsweise den Bietern einen Planungsspielraum zugesteht, wird darin allerdings nicht in ausreichendem Maße berücksichtigt. So rechnet die Antragstellerin zwar mit einer Gesamtnutzungsfläche von 1420 m² und einer Bruttogrundfläche von 2235 m², lässt zugunsten der Planungsfreiheit der Bieter zu, dass dieser Ansatz überschritten wird. Der Vortrag der Antragsgegnerin aus ihrem Schriftsatz vom 10.04.2019, dass sie für die Investitionskosten einen Risikoaufschlag von 6,75 % vorgenommen habe, der auch Abweichungen und Toleranzen aus dem Bereich der Entwurfsplanung vom Soll zum Ist abdecke, wird gerade nicht durch die Dokumentation in der Vergabeakte gestützt. Aus der Wirtschaftlichkeitsberechnung aus Mai 2017 ergibt sich vielmehr, dass für den geschätzten Auftragswert von 4,6 Millionen Euro ein Risikoaufschlag von 2,03 % vorgenommen wurde. Der maximal geschätzte Auftragswert von 5,05 Millionen Euro, der eine Eigenrealisierung durch die Antragsgegnerin darstellt, enthält laut Vergabedokumentation keinerlei Risikoaufschlag.

Vor dem Hintergrund der Gestaltung des Vergabeverfahrens, also der Bewertung des Preises von 50 %, der Qualität mit 50 % und damit der Einräumung eines nicht unbeträchtlichen Maßes an Planungsfreiheit für einen ansprechenden Entwurf, hält die Kammer die Prognose der Antragsgegnerin eines maximal zu erwartenden Gesamtauftragswert, der knapp den Schwellenwert unterschreitet, für praxisfremd. Ausreichend ist nicht, wie die Antragsgegnerin anführt, dass ihre Kostenberechnung und Planung zeigt, dass man das Bauvorhaben irgendwie innerhalb dieses Kostenrahmens errichten kann. Ein solcher Entwurf wird dann zwar die Höchstpunktzahl beim Kriterium Preis erreichen, dafür aber bei der Qualität stark abfallen und damit wohl keine Chance auf den Zuschlag haben. Vielmehr muss die Antragsgegnerin entsprechend § 3 Abs. 1 VgV die vorgesehenen Leistungen in der gewünschten Qualität für die Schätzung zu Grunde legen, gerade wenn letztere für den Zuschlag eine derart bedeutende Rolle spielt. Die Antragsgegnerin stellt heraus, dass sie besonderen Wert auf die städtebauliche, architektonische und funktionale Qualität legt. Dann muss sie dies jedoch auch in ihrer Schätzung ausreichend berücksichtigen. Zuzugeben ist der Antragsgegnerin, dass im Zeitraum der Auftragswertschätzung für sie nicht vorhersehbar ist, welche Lösungen die Bieter ihr präsentieren werden. Dass sie aber genau festzulegen vermag, welcher Auftragswert voraussichtlich nicht überschritten wird, erscheint der Kammer nicht nachvollziehbar, zumal gerade keine konkrete und detaillierte Leistungsbeschreibung existierte.

Der von der Antragsgegnerin gewählte Aufschlag von 2 % auf den zu erwartenden Gesamtauftragswert ist als deutlich zu gering zu bewerten. Nach Auffassung der Kammer sollte dieser, gerade aufgrund der Gestaltung des Verfahrens, wenigstens 10 % betragen, was noch im üblichen Rahmen liegt (vgl. vgl. VK Bund 1 – 47/17, Beschluss vom 01.06.2007; OLG Düsseldorf Verg 34/10, Beschluss vom 22.07.2010). Angesichts der von der Antragsgegnerin angestrebten gestalterischen Qualität könnte dieser aber durchaus noch höher anzusetzen sein.

In der Auftragswertschätzung nicht nachvollziehbar dargelegt ist zudem der für die Paketvergabe angenommene Effizienzvorteil von mehr als 10 % im Vergleich zur Eigenrealisierung. Die hierzu angeführten „wissenschaftlichen Ergebnisse“ stammen aus Vergleichen einer Eigenrealisierung mit einer Umsetzung als ÖPP/PPP und dürfen deshalb wohl kaum als Richtwert herangezogen werden. In der Ergebnisgegenüberstellung auf Seite 28 der Wirtschaftlichkeitsberechnung, wird dann auch das PPP als Umsetzungsart genannt, obwohl vorliegend die Eigenrealisierung mit einer Paketvergabe verglichen wird. Hierbei kann es sich um eine Falschbezeichnung handeln, dennoch wirft dies die Frage auf, ob hier nicht ein falscher Maßstab angelegt wurde. Zudem gibt es mehr als deutliche Anzeichen, dass bei ÖPP/PPP kein Effizienzvorteil in zweistelligen Prozentbereich erzielt werden kann, was z. B. eine gemeinsame Untersuchung der Rechnungshöhe mehrerer Länder zeigt.¹ Vor diesem Hintergrund ist der hier durch die angestrebte Paketvergabe allein während der Planungs- und Bauphase, denn der Betrieb ist anders als bei einem ÖPP vorliegend nicht vorgesehen, zu erzielende Effizienzvorteil von mehr als 10 % als überzogen und nicht schlüssig anzusehen. Der Kammer erscheint es darüber hinaus fraglich, ob vorliegend überhaupt ein Effizienzvorteil durch eine Paketvergabe erzielt werden kann.

Auch die von der Antragstellerin vorgenommene Einordnung des Vorhabens als Bürogebäude wirft Zweifel an der Ordnungsgemäßheit der Schätzung des Auftragswertes auf. So betont die Antragsgegnerin mehrfach die besonderen Anforderungen an das Gebäude, wie die getrennte Nutzbarkeit der kulturellen Begegnungsstätte, die Integration einer besonders gesicherten Räumlichkeit für die Polizei und nicht zuletzt den Wunsch nach einer ansprechenden architektonischen Gestaltung des neuen Bürgerzentrums in Mitten der Gemeinde, orientiert sich aber lediglich an der durchschnittlichen Baukostensteigerung von Bürogebäuden. Letztlich kommt es hierauf jedoch nicht mehr an, denn bereits bei einem hoch gegriffenen Effizienzvorteil einer Paketvergabe von 5 % und dem oben genannten noch moderaten Aufschlag von 10 % zuzüglich der in der Schätzung zu Grunde gelegten Baukostensteigerung in Höhe von 3 % pro Jahr und der nur einem Bieter zu gewährenden Entschädigung ergibt sich ein geschätzter Auftragswert von 5,257 Millionen Euro und damit das Überschreiten des damals einschlägigen Schwellenwertes.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob sich der Antragsgegnerin nicht schon aufdrängen musste, dass ihre Auftragswertschätzung für das vorliegende Verfahren nicht mehr zutreffend ist und deshalb deren Überarbeitung sowie ein Neustart des Verfahrens angezeigt war. Bereits bei den Angeboten auf der ersten Stufe, die nah beieinander lagen, aber die Auftragswertschätzung schon um mehr als eine Million Euro überstiegen, hätte sich bei der Antragsgegnerin, wenn sie von einer ordnungsgemäßen Auftragswertschätzung ausgeht, Zweifel zur Wirtschaftlichkeit der Angebote auf tun müssen. Schon durch diese ersten indikativen Angebote ist die Schwelle der Abweichung von der Auftragswertschätzung zum günstigsten Angebot von 20 %, die nach der jüngeren Rechtsprechung als Indikator für die Möglichkeit die Aufhebung einer Ausschreibung vorzunehmen gilt, weit überschritten (vgl. Portz § 63 VgV Rn. 51 in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß Kommentar zur VgV).

1

https://lrh.nrw.de/LRHNRW_documents/Unterrichtung/LRH_NRW_Gemeinsamer_Erfahrungsbericht_zur_Wirtschaftlichkeit_von_OePP-Projekten.pdf

Dies gilt umso mehr für die nächsten Verhandlungsstufen, bei denen der Abstand des günstigsten Angebots zur Auftragswertschätzung auf ca. 2,5 Millionen Euro und bei der Beigeladenen auf fast 3 Millionen anwächst, obwohl die Antragstellerin, wie sie in ihrem Schriftsatz aufführte, im Verfahren auf ursprünglich geforderte Leistungen aus dem funktionalen Leistungsverzeichnis verzichtet hatte. Für die Kammer ist nicht nachvollziehbar, wie die Antragsgegnerin bei derartiger Kürzung des Leistungsumfangs, dem Verzicht auf die Drittverwertung und von ihr unterstellter ordnungsgemäßer Schätzung noch zum Urteil kommen kann, dass ein wirtschaftliches Angebot vorliegt.

In der wirtschaftlichen Auswertung stellt die Antragsgegnerin hierzu dar, dass die ursprüngliche Nutzungsfläche um mehr als 130 m² überschritten wird und dass trotz mehrerer Verhandlungsrunden, in denen sie auf eine Reduzierung der Flächen auf das ursprünglich geplante Maß hätte hinwirken können. Dabei handelt es sich nicht um ein von der Antragstellerin und der Beigeladenen der Antragsgegnerin aufgedrängtes „Mehr an Fläche“, denn auch zwischen der 2. und der 4. Angebotsstufe tritt, wie es die Antragsgegnerin veranschaulicht eine Steigerung bei der angebotenen Gesamtnutzungsfläche ein. Dies kann, vor dem Hintergrund der Vorgaben zum Vergabeverfahren, die eine Möglichkeit des Ausschlusses von Angeboten bei Preissteigerungen ohne entsprechende Veränderung der Vergabeunterlagen vorsehen, durch die Kammer letztlich nur als gewollte und bewusste Ausweitung der ursprünglich geplanten Leistung bewertet werden. Bestätigt wird dieser Befund dadurch, dass die finalen Angebote bei der Gesamtnutzungsfläche lediglich wenige Quadratmeter Abstand zueinander aufweisen, wohingegen dieser bei den vorherigen Angebotsstufen noch deutlicher ausfällt.

Ausweislich der wirtschaftlichen Auswertung der Angebote stellt die Antragsgegnerin selbst fest, dass die Preissteigerungen im Wesentlichen darauf zurückzuführen sind, dass das Flächen-Soll insgesamt überschritten wird. Indem sie solche Schwankungen aber nicht in ausreichendem und wohl auch gewünschten Maße in ihre Auftragswertschätzung miteinbezogen hat, enthält diese gerade nicht den gesamten vorgesehenen Leistungsumfang des Auftrages im Sinne von § 3 Abs. 1 VgV. Hätte die Antragsgegnerin dieses Mehr an Nutzungsfläche in ihrer Schätzung inkludiert, wäre allein deshalb der Schwellenwert unter Zugrundelegung der sich aus der Kostenberechnung von November 2016 ergebenden Ansätze und einer Baukostensteigerung von 3 % pro Jahr überschritten gewesen.

Darüber hinaus hätte die Antragsgegnerin, als sie auf die Drittverwertung und damit auf einen nicht unwesentlichen Teil der von den Bietern zu berücksichtigenden Anforderungen verzichtete, ihre Auftragswertschätzung kritisch hinterfragen müssen. Durch die Hinweise der Antragstellerin und der Beigeladenen wurde deutlich, dass die Drittverwertung einen deutlichen Zusatzaufwand für die Bieter bedeutete und folglich nicht wie ursprünglich angenommen als wirtschaftliche Chance bewertet werden konnte.

Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Schätzung ist folglich nicht ordnungsgemäß erfolgt. Nach den von der Kammer beispielhaft vorgenommenen Berechnungen hätte die Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Absendung der Vorabinformation von einem geschätzten Gesamtauftragswert von mehr als 5,225 Millionen Euro ausgehen müssen. Mithin ist die Kammer zur Überprüfung des durchgeführten Vergabeverfahrens nach § 156 Abs. 1 GWB sachlich zuständig.

1.2 Die Antragstellerin ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. An die Antragsbefugnis sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Sie besitzt vielmehr eine grobe Filterfunktion, um von vorneherein eindeutig unzulässige Anträge auszusondern (vgl. OLG Düsseldorf, 17.2.2016, Verg 37/14). Antragsbefugt ist ein Unternehmen, wenn es am Auftrag interessiert ist und durch das Vorbringen eine Verletzung in bieterschützenden Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend macht und hierdurch einen Schaden zu erleiden droht.

Das Interesse am Auftrag hat die Antragstellerin durch die Beteiligung am Vergabeverfahren und die Abgabe eines Angebotes ausreichend belegt (vgl. OLG Düsseldorf, 11.5.2016, Verg 2/16) und in ihrem Nachprüfungsantrag mögliche Verstöße gegen Bieterrechte aus § 97 Abs. 6 GWB dargelegt. Die Antragstellerin hat sich in ihrem Antrag gerade darauf bezogen, dass die Wahl der Verfahrensart einer Überprüfung unterzogen wird und wendet sich sogleich hilfsweise gegen ihren Ausschluss vom bislang durch die Antragsgegnerin durchgeführten Vergabeverfahren.

Dass der Antragstellerin die Beteiligung am Vergabeverfahren mit einem Angebot möglich war, bedeutet nicht sogleich, dass die Antragstellerin auch keinen Schaden durch die behauptete Rechtsverletzung nach § 97 Abs. 6 GWB erleiden kann. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH und des OLG Düsseldorf (z. B. Verg 49/15 Beschluss vom 15.06.2016), droht einem „[...] Bieter, der sich an dem beanstandeten Vergabeverfahren durch die Abgabe eines Gebots beteiligt hat, [...] regelmäßig dann ein Schaden durch eine Verletzung von Vergabevorschriften, wenn das eingeleitete Vergabeverfahren aufgrund der Wahl der falschen Verfahrensart nicht durch Zuschlag beendet werden darf und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt. Ein drohender Schaden [...] ist bereits dargetan, wenn der Vortrag des Antragstellers ergibt, dass er im Fall eines ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren. [...]“ Mithin ist die Antragstellerin als antragsbefugt anzusehen.

Die Antragsbefugnis entfällt nicht dadurch, dass wie die Antragsgegnerin meint, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen werden müsste. Das der Angebotsausschluss rechtmäßig war, wird von der Antragstellerin gerade bestritten und hilfsweise mit ihrem Antrag zur Überprüfung gestellt. Die Rechtmäßigkeit eines Angebotsausschlusses zu beurteilen ist der Prüfung der Begründetheit eines Nachprüfungsantrages vorbehalten.

Gemäß dem Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB ist „[...] ein Recht verwirkt, wenn der Berechtigte es über längere Zeit nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen wird. [...]“ Dieser allgemeine, aus § 242 BGB abgeleitete Grundsatz gilt auch im Vergaberecht. Es entspricht der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur, dass eine späte Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegen Treu und Glauben verstoßen kann, wenn der Rechtsschutz Begehrende erst dann Rechtsmittel einlegt, wenn der Gegner und die sonstigen Beteiligten nicht mehr mit einem Verfahren rechnen. [...]“ (so OLG Karlsruhe 15 Verg 03/08, Beschluss vom 13.06.2008). Hier musste die Antragsgegnerin bis zum Ablauf der von ihr genannten Frist aus der

Bieterinformation nach § 134 GWB damit rechnen, dass ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet wird.

Ob die Antragstellerin tatsächlich telefonisch erklärt hat, keinen Nachprüfungsantrag zu stellen, ist zwischen den Parteien streitig und kann damit nicht als objektiver Anknüpfungspunkt für eine mögliche Verwirkung angenommen werden. Selbst wenn das Vorbringen der Antragsgegnerin als zutreffend unterstellt wird, ist für die Kammer zweifelhaft, ob ein Verzicht auf die Erhebung eines Nachprüfungsantrages, insbesondere im Rahmen der Mindestfrist des § 134 Abs. 2 GWB, überhaupt erfolgen kann und wenn ja wie dieser dann rechtskonform ausgestaltet sein muss.

Mithin gab es keinen objektiven Anknüpfungspunkt für die Antragstellerin, um davon auszugehen die Antragstellerin werde auf ihr Recht, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, verzichten. Die Frage, ob sie im Hinblick auf den Inhalt ihres Vorbringens früher eine Nachprüfung hätte anstreben müssen, ist dagegen noch im Rahmen der Präklusion nach § 160 Abs. 3 GWB zu behandeln.

1.3 Die Antragstellerin ist ihrer Obliegenheit zur Rüge nach § 160 Abs. 3 GWB nachgekommen. Auf die nach § 134 GWB korrekte Bieterinformation vom 06.02.2019 folgte ihr Rügeschreiben vom 14.02.2019 und damit innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Die Präklusion des Rügevorbringens, welches die Antragsgegnerin und Beigeladene anführen, ist vorliegend nicht gegeben.

Die Rügepräklusion setzt nach der ständigen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (z. B. OLG Düsseldorf, 11.7.2018, Verg 24/18) voraus, dass diese nur bei ins Auge fallenden Rechtsverstößen in Betracht kommt, die einem durchschnittlich erfahrenen Bieter auch ohne dahingehende Überprüfung der Vergabeunterlagen auffallen müssen. Maßgeblich ist, ob der Bieter, wenn man den Maßstab eines durchschnittlich fachkundigen Bieters anlegt, den Verstoß hätte erkennen müssen. Die Erkennbarkeit bezieht sich dabei sowohl auf die den Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umstände als auch auf die Vergaberechtswidrigkeit als solche.

Legt man diese Voraussetzungen zu Grunde war für die Antragstellerin nicht eindeutig erkennbar, dass vorliegend ein falsches Vergabeverfahren gewählt wurde. Zwar wies die Vorabinformation Widersprüchlichkeiten auf. Doch kann die Vorinformation auch als Wettbewerbsaufruf erfolgen, sofern die Voraussetzungen nach § 12 Abs. 2 VOB/A EU vorliegen. Erst nach deren Prüfung konnte die Antragstellerin wissen, ob hier ein Vergabeverstoß vorliegt. Derartiges Wissen kann von einem durchschnittlichen Bieter nicht verlangt werden. Die korrekte vergaberechtliche Einordnung war ihr erst nach Konsultation ihres Prozessbevollmächtigten möglich. Folglich konnte die Antragstellerin die Wahl der Verfahrensart rügen und diesen Verstoß zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens machen.

Der Vorhalt, dass die Antragstellerin aufgrund ihrer Angebotshöhe selbst hätte erkennen müssen, dass es sich um ein Verfahren oberhalb der Schwellenwerte handelt, verkennt den Umstand, dass ihr zu dem Zeitpunkt weder die Auftragswertschätzung noch die von anderen offerierten Summen bekannt sind. Zudem ist gerade die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber in der Pflicht Vergaberecht rechtssicher anzuwenden und insoweit hierüber Kenntnisse aufzuweisen. Selbiges kann nicht von einem durchschnittlichen Bieter verlangt werden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Das Vergabeverfahren leidet an schwerwiegenden Vergabeverstößen, insbesondere gegen § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB, die einen Abschluss des Verfahrens durch Zuschlagserteilung ausschließen (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 15.06.2016 - Verg 49/15). Das Verfahren ist bis zum Zeitpunkt vor der Wahl des Vergabeverfahrens zurückzusetzen.

2.1 Die Wahl der freihändigen Vergabe als Verfahrensart ist vorliegend unstatthaft. Mit der Überschreitung des damals gültigen Schwellenwertes von 5,225 Millionen Euro hätte der 4. Teil des GWB, die VgV und die VOB/A EU durch die Antragsgegnerin Anwendung finden müssen. Danach ist die Durchführung einer freihändigen Vergabe oberhalb des Schwellenwerts nicht geregelt und deshalb schlichtweg als Verfahren unzulässig.

Die freihändige Vergabe, deren Durchführung die Antragsgegnerin mehrfach in der Vorinformation z. B. VI.3) und VI.4.3) betont, ist nicht mit den Transparenz- und Wettbewerbserfordernis aus § 97 Abs. 1 GWB in Einklang zu bringen. So erfolgt bei der freihändigen Vergabe grundsätzlich keine Information über die Auftragsvergabe für potentiell am Zuschlag interessierte Unternehmen, wie viele davon und nach welchen Kriterien diese zur Angebotsabgabe ausgewählt werden, muss nicht veröffentlicht werden. Vorgaben zum Verfahrensablauf sind kaum existent, z. B. eine Dokumentationspflicht zu den Verhandlungen über den Angebotsinhalt ist nicht vorgesehen.

2.2 Eine Heilung des Vergabeverstößes, der mit der Wahl der falschen Vergabeart eintrat, ist nicht durch das Fortsetzen des Verfahrens als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb eingetreten, da darüber hinaus schwerwiegende Fehler im Verfahrensablauf vorliegen. So hat die Antragsgegnerin auch gegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB verstoßen. Der bestehenden Verpflichtung zur Veröffentlichung einer europaweiten Bekanntmachung des Auftrages nach § 12 Abs. 3 VOB/A EU hat die Antragsgegnerin nicht entsprochen.

a) Die von der Antragsgegnerin veröffentlichte Vorinformation erfüllt auch nicht die Voraussetzungen von § 12 Abs. 2 VOB/A EU, die eine Auftragsbekanntmachung nach § 12 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A EU entfallen ließe.

Danach sind in der Vorinformation der Gegenstand des zu vergebenden Auftrags sowie die Vergabeart, entweder das nicht offene oder das Verhandlungsverfahren, zu nennen. Bereits diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Zwar hat die Antragsgegnerin in iV.1.1) als Vergabeverfahren das Verhandlungsverfahren benannt, revidiert dies aber mehrfach (vgl. VI.3) sowie VI.4.3)) und deutlich indem sie darauf hinweist, dass diese Angabe nur aus dem Grund erfolgte, weil im EU-Formular keine nationalen Vergabeverfahren vorgesehen sind. Selbst wenn man die Erklärung als widersprüchliche bewerten würde, kann eine danach gebotene Auslegung nach §§ 133,157 BGB zu keinem anderen Ergebnis kommen, als dass die Antragsgegnerin hier eine freihändige Vergabe durchführen wollte.

Auch eine Auslegung der Erklärung, dass das Verfahren sich an den Ablauf eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb anlehnt, ist nicht der Inhalt beizumessen, dass vorliegend ein solches auch durchgeführt ist. Selbst

wenn die Antragsgegnerin danach einen allen gesetzlichen Vorgaben entsprechendes Verhandlungsverfahren mit Teilnehmerwettbewerb durchführt, ist dies unzulässig. Durch die Formulierung „Anleihen“ ist für interessierte Unternehmen im Vorhinein nicht deutlich inwieweit die Vorgaben für Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bei der Verfahrensdurchführung eingehalten werden. Dies ist mit dem Transparenzgrundsatz aus § 97 Abs. 1 GWB nicht vereinbar.

2.3 Selbst wenn die Vorinformation die Anforderungen des § 12 Abs. 2 VOB/A EU erfüllen und damit der Wettbewerbsaufruf nach § 12 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A EU obsolet gewesen wäre, würden weitere Fehler im Vergabeverfahren dazu führen, dass eine erneute Bekanntmachung des Auftrages hätte erfolgen müssen.

a) Dadurch, dass die Antragsgegnerin den Verzicht auf die Drittverwertung nicht bekannt gemacht hatte, hat sie gegen die Grundsätze der Transparenz und des Wettbewerbs nach § 97 Abs. 1 GWB verstoßen. Die vorgenommene Änderung führt dazu, dass nicht auszuschließen ist, dass zusätzliche Unternehmen Interesse an der Erbringung der Leistung gehabt hätten.

So hat die Antragsgegnerin, ausweislich der Darstellung aus dem Vergabevermerk, auf Vorschlag der „Teilnehmer“ auf die Drittverwertung verzichtet. Eine notwendige Bekanntmachung dieser Änderung des Vergabeverfahrens erfolgte jedoch nicht.

Zwar sind grundsätzlich Änderungen, auch solche die wesentlich sind, an den Vergabeunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung und damit dem Umfang möglich. Doch dürfen die vorgenommenen Änderungen nicht dazu führen, dass ein anderer Bieterkreis bzw. das Interesse zusätzlicher Teilnehmer Interesse an dem Verfahren geweckt worden wäre. (vgl. Beckschen Vergaberechtskommentar, GWB, 4. Teil, § 121, Rn. 144 ff. Burgi/Dreher; Erwägungsgrund 81 Richtlinie 24/EU/2014). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Änderungen dazu führen, dass sich der Auftrag von der Art her substantiell von dem unterscheidet was ursprünglich in den Auftragsunterlagen festgelegt war.

Der Auffassung der Antragsgegnerin, dass mit und ohne Drittverwertung kein anderer Bieterkreis angesprochen werde, kann sich die Kammer nicht anschließen. Auch die Ansicht, dass hiernach kein anderer Beschaffungsvorgang gegeben ist, der eine Aufhebung und Neudurchführung des Verfahrens indiziert, kann nicht gefolgt werden. Bereits in der Vorinformation war die Drittverwertung und damit für alle potentiellen Interessenten ausdrücklich aufgeführt. Für Bauunternehmen, die nicht darauf eingerichtet sind ein Grundstück anzukaufen und darauf Wohn- oder Gewerberäume zu entwickeln und zu vermarkten, war damit die Teilnahme allenfalls mit einem Nachunternehmer zu bewerkstelligen.

Dass die Drittverwertung ein Zuschlagskriterium in Höhe von 5 % war, zeigt die nicht nur untergeordnete Bedeutung, die die Antragsgegnerin der Leistung zugemessen hat. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Antragsgegnerin in ihrer Kostenschätzung davon ausgeht, dass die Bebauung zirka eine Million Euro in Anspruch nimmt und damit nur einen Bruchteil der Bauleistungen darstellt, die für das gesamte Bürgerzentrum anfallen. Aufgrund der gemeinsamen Vorgaben an den Neubau des Gemeindezentrums und die Drittverwertung sowie deren Umsetzung, war deren Errichtung eine zusätzlich vom Unternehmen zu leistender Aufwand, der als Investition zudem erst zukünftig Erträge generieren wird. Dies schränkt den Kreis der

Unternehmen auf solche ein, die betrieblich auf den Betrieb von Liegenschaften eingerichtet und dazu noch bereit sind, ein finanzielles Risiko auf jahrelange Sicht einzugehen. Nach Verzicht auf die Drittverwertung ist deshalb davon auszugehen, dass sich mehr Unternehmen als Teilnehmer in den Wettbewerb begeben hätten.

b) Zusätzlich besteht ein Verstoß gegen § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB, da die Antragsgegnerin mit dem Verzicht auf die Drittverwertung Änderungen an den Zuschlagskriterien und deren Bewertung vornahm, diese jedoch weder europaweit bekannt machte noch den Unternehmen mitteilte, die ihr Interesse zuvor bereits am Auftrag bekundet hatten, sondern lediglich den einzigen zwei Teilnehmern am Wettbewerb offenbarte.

Gemäß § 127 Abs. 5 GWB müssen die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden. Der Gesetzgeber gibt zwar keine Hinweise dazu, welche konkreten Maßnahmen zu erfolgen haben, wenn während eines laufenden Vergabeverfahrens der Auftraggeber seine Zuschlagskriterien ändert. In der Rechtsprechung (vgl. u.a. EuGH, 24.01.2008, C-532/06 – Lianakis), ist allgemein anerkannt, dass die Änderung von Zuschlagskriterien an sehr enge Voraussetzungen gebunden ist, weil dadurch die allgemeinen Wettbewerbsgrundsätze auf Transparenz und Gleichbehandlung im Sinne von § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB beeinträchtigt sein können. Das gilt zumindest für die Unternehmen, die bereits einen Teilnahmeantrag abgegeben haben und somit dem Auftraggeber bekannt sind.

Die Kammer ist der Auffassung, dass bei solchen Änderungen im Vergabeverfahren, die erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, nicht nur die teilnehmenden Bieter zu informieren sind, sondern durch eine erneute Auftragsbekanntmachung auch andere interessierte Unternehmen. Ansonsten könnten in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen beispielsweise hohe Anforderungen an die Teilnahme am Verfahren oder die Zuschlagskriterien gestellt werden, die dann im weiteren Verlauf zugunsten von wenigen verbleibenden Bieter einfach heruntergesetzt werden. Damit könnte ein Auftraggeber den Wettbewerb in erheblichen Maße einschränken, wenn nicht sogar manipulieren, ohne dass er eine Nachprüfung zu befürchten hat.

Eine Fortführung des Vergabeverfahrens als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb scheidet aufgrund der oben dargestellten Vergabeverstöße aus. Auf die Rechtmäßigkeit des Angebotsausschlusses und der hilfsweise gestellten Anträge kommt es somit nicht mehr an.

III.

Die Antragstellerin ist durch die von der Antragsgegnerin vorgenommene Wahl der falschen Verfahrensart in ihren Bieterrechten aus § 97 Abs. 6 GWB, insbesondere in Bezug auf die Transparenz und den Wettbewerb aus § 97 Abs. 1 GWB, verletzt worden. Als zur Behebung der Rechtsverletzung geeigneten Maßnahme, ist bei Aufrechterhalten der Beschaffungsabsicht, die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Wahl der Vergabeart von der Kammer auszusprechen. Zugleich stellt die Kammer klar, dass jedenfalls ein Zuschlag aufgrund der im Streit stehenden Vorinformation nicht erfolgen darf.

IV.

Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz vom 23. Juni 1970 (BGBl. I. S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung ist anzuwenden.

Die Gebühr beträgt gemäß § 182 Abs. 2 GWB mindestens 2500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Die Gebühr soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten; sie kann im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch ist, bis zu einem Betrag von 100.000 Euro erhöht werden.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 3 GWB die Kosten zu tragen. Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner. Kosten, die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, können diesem auferlegt werden. Hat sich der Antrag vor Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme oder anderweitig erledigt, ist die Hälfte der Gebühr zu entrichten. Die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, erfolgt nach billigem Ermessen. Aus Gründen der Billigkeit kann von der Erhebung von Gebühren ganz oder teilweise abgesehen werden.

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von XXXX Millionen Euro beträgt die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder XXXXX €.

Diese Gebühr ist der Antragsgegnerin aufzuerlegen, die aber als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß § 182 Abs. 1 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes von den Gebühren befreit ist.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 4 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war notwendig gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz w VwVfG. Vorliegend kam es auf vertiefte Kenntnisse des Vergaberechts an, die bis zu den Erwägungsgründen der EU-Richtlinie reichten, welche auch von regelmäßig an Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter nicht erwartet werden können. Zudem weist die Antragstellerin auch kein Personal auf, welches diese Kenntnisse besitzt. Deshalb war sie zur Wahrung ihrer Rechte auf die Beratung durch ihre Verfahrensbevollmächtigte angewiesen. Deren Hinzuziehung wird somit durch die Kammer für notwendig erklärt.

Die hierfür angefallenen Aufwendungen werden der Antragsgegnerin als unterliegende Partei gemäß § 182 Abs. 4 GWB auferlegt.

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.

Spinzig

Düssler