



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 102/13

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und die ehrenamtliche Beisitzerin Dr. Portz auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 2013 am 21. November 2013 beschlossen:

- 1) Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Bei fortbestehender Vergabeabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren in den Stand vor der Versendung der Vergabeunterlagen zurück zu versetzen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
- 2) Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) zur Hälfte. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens gesamtschuldnerisch zur Hälfte.
- 3) Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zur Hälfte. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin jeweils zu einem Viertel. Im Übrigen tragen die Verfahrensbeteiligten ihre notwendigen Aufwendungen selbst.
- 4) Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Beigeladene war jeweils notwendig

Gründe:

I.

- 1) Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] im Supplement zum Amtsblatt der EU die beabsichtigte Vergabe von Planungsleistungen [...] im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens nach vorangegangenem Teilnahmewettbewerb gemeinschaftsweit bekannt.

[...] betreibt derzeit in und zwischen seinen Liegenschaften in Berlin eine einheitliche Kommunikationsplattform für die Abwicklung der Sprach- und Datenkommunikation, umgesetzt in einer LAN-Plattform und einem Telekommunikations-Anlagen-System. In Ergänzung hierzu soll nunmehr für [...] mit einem mobilen PARLAKOM-Endgerät oder privaten WLAN-fähigen Endgeräten sowie für Dritte (z.B. Journalisten) mit privaten WLAN-fähigen Endgeräten ein Internetzugang zur Verfügung gestellt werden. Aus Gründen der IT-Sicherheit soll das WLAN-Netzwerk keine Verbindung haben zu der bereits vorhandenen LAN-Plattform.

Der Bekanntmachung zufolge soll in insgesamt zehn Liegenschaften des [...] die gesamte WLAN-Systemplanung (aktive WLAN-Technik einschließlich der Access-Points, Access-Switches, Netzwerkmanagement, Zugangsregistrierung, etc.) sowie das aktive und passive LAN (Backbone, Lichtwellenleiter- und Kupferleitungsnetz) und die Anbindung an die Telecom-Carrier geschaffen werden. Für einige Liegenschaften sind darüber hinaus die gesamten Planungsleistungen zur Realisierung der passiven WLAN-Kabelinfrastruktur notwendig. Die erste Liegenschaft soll spätestens Ende 2015, die letzte spätestens Mitte 2017 in Betrieb gehen. Die Planungsleistung beinhaltet die Leistungsphasen 2 für insgesamt drei Liegenschaften, sowie die Leistungsphasen 3, 5 bis 9 für sämtliche Liegenschaften gem. § 53 HOAI (2009). In Ziff. II.1.5) der Bekanntmachung wird ausgeführt:

„Eine im Vorfeld erstellte Konzeptstudie Wireless LAN (WLAN) für den Internetzugang beim [...] stellt die Grundlage für die weitere Planung dar. Die Ergebnisse der Konzeptstudie sind im Hinblick auf die aktuellen Entwicklungen/Technologien zu überprüfen und in der Planung fortzuschreiben.“

Wesentliches Ziel der im Frühjahr 2011 fertiggestellten Konzeptstudie [...], Anlage By 1 (2) zum Schriftsatz der ASt vom 25. Oktober 2013), auf welche die Bekanntmachung Bezug nimmt, war es, die Standorte und Anzahl der erforderlichen Komponenten zur Bereitstellung der Zugriffspunkte gemäß den internationalen Standards IEEE 802.11n sowie IEEE 802.11a/b/g durch eine Simulation (3D-Modell) auf Basis der Gebäudepläne für das [...] zu bestimmen; dabei wurden die [...], die Büroräume und die Verkehrsflächen, nicht aber das Untergeschoss berücksichtigt. Für die anderen Liegenschaften wurde in der Konzeptstudie lediglich eine grobe Raster-Planung zur Bestimmung der Menge der Access-Points auf Basis der Büroflächen erarbeitet. Eine genaue Standort-Bestimmung der Positionen der Access-Points soll erst im Rahmen der späteren Entwurfs- und Ausführungsplanung durch eine Simulation (3D-Modell) erfolgen (vgl. zum Vorstehenden: Konzeptstudie, Zusammenfassung, Kapitel 1 - Voraussetzungen und Ziele).

Verfasser der Konzeptstudie war die „Projektgemeinschaft [...] bilden die zum Nachprüfungsverfahren beigeladene Bietergemeinschaft (Bg).

Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs lud die Ag die erfolgreichen Bieter mit undatiertem Schreiben vom Juli 2013 zum Verhandlungsgespräch am 10. September 2013 ein. In dem Verhandlungsgespräch sollten der Projektleiter und dessen Stellvertreter zu den Zuschlagskriterien Stellung nehmen, die in der in dem Schreiben wiedergegebenen Wertungsmatrix aufgeführt waren. Die Bewertung der Zuschlagskriterien soll je Unterkriterium durch eine vierstufige

Punkte-Verteilung erfolgen (besonders vermittelt; vermittelt; teilweise vermittelt; nicht vermittelt).

Der Wertungsmatrix ist - soweit vorliegend von Interesse - zu entnehmen:

Zuschlagskriterium I.	Bewertung in Pkt.	
Vorstellung des Projektteams	max. 39 Pkt.	
1. Persönliche Vorstellung und Darstellung des beruflichen Werdegangs und der vergleichbaren Projekterfahrungen des/r Projektleiters/in Es werden folgende Eigenschaften während des gesamten Vortrags bewertet a) Auftreten (Pers. Auftreten, Teamfähigkeit, Strukturierter Vortrag, Überzeugungsfähigkeit) b) Kompetenz (Vermittlung von Fachwissen und Erfahrungen)		
2. Persönliche Vorstellung und Darstellung des beruflichen Werdegangs und der vergleichbaren Projekterfahrungen des/r Stellvertreters/in Es werden folgende Eigenschaften während des gesamten Vortrags bewertet a) Auftreten (Pers. Auftreten, Teamfähigkeit, Strukturierter Vortrag, Überzeugungsfähigkeit) b) Kompetenz (Vermittlung von Fachwissen und Erfahrungen) ...		
Zuschlagskriterium II.	max. 39 Pkt.	
Erläuterung der Herangehensweise an das Projekt Darstellung der Ansätze zur Bewältigung des Projektes von der Planung bis zur Ausführung anhand von Beispielen		
a) Planerische Herangehensweise zur Umsetzung der WLAN-Technik bis in denkmalgeschützte/gestalterisch hochw. räume. Beispiele zur Ermittlung der Funkausleuchtung, Kabelführung, Ausführungsdetails.		
b) ...		
c) Darstellung der Planungsqualität im Rahmen der Entwurfsplanung ...		
Zuschlagskriterium III.	max. 39 Pkt.	
Umsetzung der Arbeitsmethoden für das vorliegende Projekt anhand von Beispielen		
a)		
c) Darstellung der Kostenkontrolle von der Entwurfsplanung bis zur Ausführungsphase		
d)...		
Zuschlagskriterium IV.	max. 15 Pkt.	
Umsetzung der örtlichen Präsenz		
Zuschlagskriterium V	max. 40 Pkt.	
Rückfragen zum vorab eingereichten Honorarangebot Angebotspreise für die verhandelbaren Honorarpositionen Bewertet wird das Gesamthonorar brutto. Die volle Punktzahl erhält das Angebot, das 90 % des ermittelten „Mittelhonorars“ beträgt, das sich aus allen für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens abgegebenen Angeboten errechnet. Angebote, die < 60 % (nicht auskömmlich) oder >130 % (überhöht) des Budgets liegen, werden mit 0 Punkten bewertet und bei der Ermittlung zum Mittelhonorar nicht mehr berücksichtigt. Siehe Anlage 3: Honorarbewertungsdiagramm		
Die angegebenen Stundensätze gehen mit einem angenommenen Ansatz von 400 Stunden in folgender Aufteilung mit in die Honorarwertung ein:.....		
Summe Zuschlagskriterien:	172 Punkte	

Dem Schreiben der Ag vom Juli 2013 konnte ferner entnommen werden, dass die Bieter bis zum 22. August 2013 ein Honorarangebot vorlegen sollten. Ebenfalls Bestandteil der Vergabeunterlagen war die Konzeptstudie aus dem Jahr 2011, welche den Bietern zur Verfügung gestellt wurde. Was die Punktvergabe für den Preis anbelangt, so wurde den Bietern als Anlage 3 zum Einladungsschreiben ein „Honorarbewertungsdiagramm“ zur Verfügung gestellt. Auf das Ersuchen eines Bieters hin verlängerte die Ag den Abgabetermin nachträglich bis zum 28. August 2013.

Die Antragstellerin (ASt) und die Bg gaben fristgerecht Angebote ab. Im Rahmen der Präsentation haben die Mitglieder des Bewertungsgremiums die Wertungsmatrix in einer Version herangezogen, die im Vergleich zu der den Bieterinnen bekannt gegebenen Matrix um eine Rubrik „Erwartungen“ ergänzt worden war. In dieser Rubrik wurden für jedes Bewertungskriterium Unterasspekte aufgeführt.

Nach der vorliegenden Wertung ist das Angebot der ASt das zweitplatzierte.

Mit Schreiben vom 16. Oktober 2013 informierte die Ag die ASt gem. § 101a GWB über ihre Absicht, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Zur Begründung führte die Ag aus, das Angebot der Bg habe insbesondere bei der Wertung der Zuschlagskriterien II, III und V eine höhere Punktzahl erreicht als das Angebot der ASt.

Hiergegen wandte sich die ASt mit einem Rügeschreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 22. Oktober 2013. Die ASt machte in dem Schreiben geltend, die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Bg verstoße gegen § 4 Abs. 5 VOF. Darüber hinaus habe die ASt erst aufgrund anwaltlicher Beratung erkannt, dass das Zuschlagskriterium I (Persönliche Vorstellung des Projektleiters/stellvertretenden Projektleiters) mit dem vergaberechtlichen Verbot der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien unvereinbar sei.

2) Mit einem per Fax am 25. Oktober 2013 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer übermittelte der Ag den Nachprüfungsantrag noch am selben Tag.

a) Die ASt meint, das Vorliegen der Antragsbefugnis (§ 107 Abs. 2 GWB) sei zu bejahen. Die Bg sei, indem sie die Konzeptstudie erstellt habe, vorbefasst gewesen. Um eine Verfälschung des Wettbewerbs und eine Diskriminierung der anderen Bieter auszuschließen, sei die Ag nach § 4 Abs. 5 VOF verpflichtet gewesen, den Wissensvorsprung der Bg auszugleichen. Dies sei jedoch unterblieben. Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Bg entstehe der ASt ein Schaden. Mit diesem Vorbringen sei die ASt auch nicht nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert. Denn erst aufgrund der Information nach § 101a GWB habe sie Kenntnis von der Beteiligung der Bg an der Ausschreibung erlangt.

Die Antragbefugnis sei ferner zu bejahen, soweit eine Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien geltend gemacht werde. Da die Frage der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien insbesondere im Geltungsbereich der VOF von der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt sei, könne nicht davon ausgegangen werden, dass ein entsprechender Verstoß für die ASt erkennbar gewesen sei. Vor der rechtlichen Beratung durch ihre Verfahrensbevollmächtigten habe die ASt kein Problembewusstsein gehabt.

Einen Verstoß gegen Vergaberecht stelle es darüber hinaus dar, dass die Ag ihrer Wertungsentscheidung zumindest ab dem Zuschlagskriterien II (Erläuterung der Herangehensweise an das Projekt) mit den „Erwartungen“ Zuschlagskriterien angewandt habe, die sie zuvor nicht bekannt gemacht habe. Kenntnis von diesem Vergaberechtsverstoß habe die ASt erst aufgrund der Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren erlangt, so dass eine diesbezügliche Rüge entbehrlich gewesen sei.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet.

Das Angebot der Bg sei auszuschließen. Durch die Erstellung der Konzeptstudie habe die Bg einen erheblichen Wissensvorsprung vor allen anderen Bietern gehabt. Im Zuge der diesbezüglichen Arbeiten habe die Bg nicht nur vertiefte Kenntnisse über die lokalen baulichen Gegebenheiten und die Anforderungen des Denkmalschutzes erworben, sondern habe sich auch mit den Erwartungen und Wünschen der Ag vertraut machen können. Darüber hinaus habe die Bg einen Terminplan über die weiteren Schritte erstellt. Die Konzeptstudie sei von wesentlicher Bedeutung für die Angebotserstellung gewesen, zumal deren Überprüfung und Weiterentwicklung Bestandteil der zu erbringenden Leistung sei. Richtig sei zwar, dass die aus dem Jahr 2011 stammende Konzeptstudie durch den zukünftigen Auftragnehmer fortgeschrieben werden müsse. Die Bg sei aber - wie kein anderer Bieter - in der Lage gewesen, einzuschätzen, welcher zusätzliche, in der Studie nicht erfasste zeitliche und finanzielle Aufwand für die Fortschreibung der Studie erforderlich werden würde. Zu berücksichtigen sei schließlich, dass einzelne Mitglieder der Bietergemeinschaft bereits andere IT-Projekte für [...] abgewickelt hätten (insbesondere Installation der LAN-Plattform), was der Bg zusätzliche vertiefte Kenntnisse über deren besonderen Anforderungen verschafft habe.

Diesen Wissensvorsprung habe die Ag nicht ausgeglichen. Ausgehend von einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 16. Oktober 2003, VII-Verg 57/03) sei schon frag-

lich, ob ein Wissensvorsprung, der - wie vorliegend - aus der Bearbeitung der Vergabeunterlagen selbst resultiere, überhaupt ausgeglichen werden könne. Jedenfalls habe die Ag keine Maßnahmen ergriffen, die einen fairen, unverfälschten Wettbewerb ermöglicht hätten. Die Ag habe den Bietern keine ausreichende, der Komplexität der Aufgabe Rechnung tragende Zeit eingeräumt, um das Angebot und die Präsentation vorzubereiten. Um den Wissensvorsprung der Bg auszugleichen, wäre eine erschöpfende Leistungsbeschreibung erforderlich gewesen, ergänzt um eine Ortsbesichtigung oder einen Aufklärungsworkshop. Die Leistungsbeschreibung sei jedoch unvollständig gewesen. Die Konzeptstudie thematisiere nicht alle zehn Gebäude [...].

Die Wertungsmatrix begünstige die Bg, weil diese die Anforderungen der Ag genau kenne. Die Ag hätte dies ausgleichen müssen, indem sie in der Wertungsmatrix Unterkriterien vorsieht, die es den anderen Bietern ermöglichen, optimierte Angebote abzugeben. Dies habe die Ag unterlassen.

Die der Wertung der Präsentation dienenden Kriterien „Auftreten“ sowie „Kompetenz“ des Projektleiters bzw. dessen Stellvertreters (Zuschlagskriterium I) seien vergaberechtswidrig. Diese Kriterien seien nicht auftragsbezogen, sondern dienten alleine der Bewertung der Eignung des Projektleiters bzw. dessen Stellvertreters. Somit liege eine unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien vor.

Nach erfolgter Akteneinsicht macht die ASt ergänzend geltend, die Ag habe bei der Wertung zuvor nicht bekannt gemachte Unterkriterien angewandt. Wie sich aus der „Bewertungsmatrix 2. Stufe VOF-Verfahren“ ergebe, habe die Ag die mit Schreiben vom Juli 2013 bekannt gemachten Zuschlagskriterien um die Rubrik „Erwartungen“ ergänzt. So seien bspw. ab dem Zuschlagskriterium II (Erläuterung der Herangehensweise an das Projekt) insgesamt vier „Erwartungen“ formuliert worden (z.B. „wirtschaftliche Planung erkennbar“), die von der Ag zur Grundlage für die Wertung gemacht worden seien. Bei Kenntnis der Unterkriterien hätte die ASt die Präsentation möglicherweise abweichend gestaltet.

Im Übrigen habe die Ag die vergebenen Punktzahlen nicht ausreichend begründet.

Die ASt beantragt,

- 1) ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten,

- 2) festzustellen, dass die ASt durch das bisherige Vorgehen im Vergabeverfahren in ihren Rechten verletzt ist und die Ag aufzufordern, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückzusetzen,
- 3) die Vergabeakte beizuziehen und der ASt unverzüglich Akteneinsicht zu gewähren,
- 4) die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären,
- 5) der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung einschließlich der vorzuzahlenden Anwaltskosten aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Ag meint, die ASt sei mit dem Vorbringen präkludiert, wonach die Leistungsbeschreibung unklar und die Angebotsabgabefrist zu knapp bemessen gewesen sei. Gleiches gelte, soweit die ASt nunmehr geltend mache, die Unterkriterien „Auftreten“ und „Kompetenz“ beim Zuschlagskriterium I (Persönliche Vorstellung des Projektleiters bzw. dessen Stellvertreters) seien vergaberechtswidrig. Die Zuschlagskriterien und Unterkriterien seien der ASt seit der Übersendung des Einladungsschreibens vom Juli 2013 bekannt gewesen. Ein möglicher Rechtsverstoß sei für die ASt auch erkennbar gewesen, zumal das Gebot der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien zwischenzeitlich zum Grundlagenwissen eines durchschnittlichen Bieters gehöre.

Die Ag wendet sich gegen die Auffassung der ASt, ein Bieter sei zwingend auszuschließen, wenn er an der Vorbereitung der Ausschreibung beteiligt gewesen sei. Aus der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 3. März 2005, Rs. C-34/03) ergebe sich, dass der pauschale Ausschluss eines vorbefassten Bieters nicht in Betracht komme. Etwaige Informationsvorsprünge seien durch die Vergabestelle auszugleichen. Sollte ein Informationsvorsprung ausnahmsweise nicht ausgeglichen werden können, komme ein Ausschluss erst nach erfolgter Aufklärung in Betracht. Für eine solche Aufklärung habe vorliegend keine Veranlassung bestanden. Sämtliche Erkenntnisse der Bg, welche diese durch die Erstellung der Konzeptstudie erlangt habe, seien in die Studie eingeflossen. Die Konzeptstudie sei allen Bietern zur Verfügung gestellt worden. Dieser seien bspw. für jede Etage von neun Liegenschaften die Grundrisspläne mit den ausleuchtungsrelevanten Bereichen und den Antennenstandorten zu entnehmen; bei einem weiteren Gebäude sei dies nicht erforderlich

gewesen, weil dieses als Betriebs- und Testzentrum vorgesehen sei. Weitergehende Informationen habe ein Bieter für eine ordnungsgemäße Auftragserfüllung nicht benötigt. Bei der späteren Auftragsausführung zu beachtende Aspekte des Denkmalschutzes seien nicht Gegenstand der Konzeptstudie gewesen. Informationen zum Denkmalschutz seien in der jetzigen Phase für die Bieter ohne Belang. Die in der Konzeptstudie vorgeschlagenen Terminpläne seien gegenstandslos.

Dass eines der Mitglieder der beigeladenen Bietergemeinschaft, [...], mit der Installation der LAN-Plattform [...] befasst gewesen sei, sei für das vorliegende Vorhaben unerheblich. Das streitgegenständliche WLAN-System sei ein in sich geschlossenes System, ohne Anbindung an das vorhandene LAN.

Die Bieter hätten 40 Kalendertage und damit ausreichend Zeit zur Verfügung gehabt, ein Honorarangebot abzugeben. Wäre die ASt der Auffassung gewesen, dass ihr der für die Kalkulation zur Verfügung stehende Zeitraum zu knapp bemessen gewesen sei, hätte sie dies gegenüber der Ag zum Ausdruck bringen mögen. Von dieser Möglichkeit habe die ASt jedoch keinen Gebrauch gemacht.

Insgesamt sei festzustellen, dass die Bg weder bei der Angebotserstellung noch bei der Präsentation über einen Wissensvorsprung verfügt habe, der nicht durch die Konzeptstudie ausgeglichen worden wäre.

Entgegen der Auffassung der ASt seien die Unterkriterien „Auftreten“ und „Kompetenz“ vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Beide Kriterien seien auftragsbezogen. Von dem zukünftigen Auftragnehmer, resp. dem Projektleiter und dessen Stellvertreter, werde ein hohes Maß an sozialer Kompetenz erwartet. Der Projektleiter werde im Rahmen der stattfindenden Ortstermine [...] die Baufortschritte, evtl. erforderlich werdende Änderungen etc. erläutern müssen. Hierfür sei ein sicheres Auftreten, Kommunikationsfähigkeit und Durchsetzungsvermögen erforderlich. Diese rein auftragsbezogenen Aspekte hätten im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs nicht überprüft werden können.

Entgegen der Auffassung der ASt habe die Ag im Rahmen der Wertung keine nicht bekannt gemachten Unterkriterien angewendet. Zweck der in der Rubrik „Erwartungen“ der finalen Wertungsmatrix genannten Aspekte sei es alleine gewesen, dem Bewertungsgremium der Ag Anhaltspunkte an die Hand zu geben, um so eine einheitliche und gerechte Bewertung zu

gewährleisten. Es habe sich in der Praxis bewährt, für die Mitglieder eines Bewertungsgremiums die im Rahmen einer Präsentation zu erwartenden Antworten zu antizipieren und zu strukturieren, um auf diese Weise die spätere Wertung zu erleichtern.

c) Die mit Beschluss vom 28. Oktober 2013 zum Verfahren hinzugezogene Bg beantragt,

- 1) den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
- 2) festzustellen, dass die ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten der Verfahrensbevollmächtigten der Bg zu tragen hat,
- 3) festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Bg notwendig war,
- 4) Akteneinsicht.

Die Bg meint, der Nachprüfungsantrag sei nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB insoweit unzulässig, als die ASt eine unzulässige Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien geltend mache. Die ASt habe über die erforderlichen Rechtskenntnisse verfügt, um den von ihr behaupteten Rechtsverstoß rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB bis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe geltend zu machen. Ein Schwesterunternehmen der ASt, [...], sei Anbieterin von Fortbildungsveranstaltungen, auch solchen zu vergaberechtlichen Themen. Der geschäftsführende Gesellschafter der [...], sei erfahrener Referent für vergaberechtliche Themen.

Jedenfalls liege eine Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht vor. Die von der ASt monierten Unterkriterien „Auftreten“ und „Kompetenz“ seien zulässige Kriterien zur Beurteilung der Qualität im Sinne des § 11 Abs. 5 VOF. Durch die Bewertung der Präsentation habe die Ag sicherstellen wollen, dass eine qualitativ hochwertige Ausführung der Planungsleistung zu erwarten sei.

Die Bg habe keinen Wissensvorsprung gegenüber den anderen Bietern gehabt. Sämtliche Informationen, welche die Bg im Rahmen der Erstellung der Konzeptstudie erlangt habe, habe diese in die Studie einfließen lassen. Seit der Fertigstellung der Studie im Frühjahr 2011 seien rd. zweieinhalb Jahre vergangen. In dieser Zeit sei die technische Entwicklung weiter vorangeschritten, so dass die Ergebnisse der Studie für die streitgegenständliche Ausschreibung nur noch eingeschränkt von Nutzen seien. Während etwa die Konzeptstudie auf Basis des Standards IEEE 802.11n erstellt worden sei, sei bei der Umsetzung des Auftrags der neue Standard IEEE 802.11ac zu berücksichtigen, mit den entsprechenden Kon-

sequenzen für die Kabelführung, die Antennenstandorte und die Anzahl der erforderlichen Access Points.

Unzutreffend sei der Vortrag der ASt, die Bg habe sich besondere Ortskenntnisse bzw. Kenntnisse über die Anforderungen des Denkmalschutzes erwerben können. Der Denkmalschutz sei nicht Gegenstand der Konzeptstudie gewesen.

Auch in Bezug auf die Bewertung der Honorare sei ein Wissensvorsprung der Bg auszuschließen. Für einen wesentlichen Teil des Auftrags sei den Bietern die Honorargestaltung von der Ag vorgegeben worden. Variablen seien in nur geringem Umfang zulässig gewesen. Bei den besonderen Leistungen habe sich ein Wissensvorsprung ebenfalls nicht auswirken können.

Der Vortrag der ASt, die Ag habe bei der Wertung zuvor nicht bekannt gemachte Unterkriterien zugrunde gelegt, vermöge dem Nachprüfungsantrag nicht zum Erfolg zu verhelfen. Denn die „Erwartungen“ seien ihrer Art nach keine Unterkriterien, sondern inhaltsgleiche Fortschreibung der bekannt gemachten Kriterien.

- 3) Die Vergabekammer hat der ASt sowie der Bg antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 13. November 2013 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und zu vertiefen. Die Vergabekammer erläuterte, rechtliche Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums V (Honorar) zu haben. Dem Antrag der Ag, ihr einen diesbezüglichen Schriftsatznachlass zu gewähren, entsprach die Vergabekammer. Die Ag nahm innerhalb der ihr gesetzten Frist ergänzend Stellung. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der ASt vom 19. November 2013 fand hingegen bei der Entscheidung keine Berücksichtigung.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, teilweise begründet.

1) Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig.

a) Die ASt ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB). Ein Unternehmen ist antragsbefugt, wenn es ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften schlüssig darlegt. Durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften muss ihm ein Schaden entstanden sein oder ein Schadenseintritt drohen.

Das erforderliche Interesse am Auftrag hat die ASt durch die Abgabe eines Angebots hinreichend dokumentiert. Den Vortrag der ASt als richtig unterstellt, kann die Beteiligung der Bg am Wettbewerb gegen § 4 Abs. 5 VOF verstoßen und damit den durch diese Norm geschützten Grundsatz eines chancengleichen Wettbewerbs verletzen. Sollte das Angebot der Bg auszuschließen sein, käme die nach der vorliegenden Wertung zweitplatzierte ASt für eine Zuschlagserteilung in Betracht. Gegen Vergaberecht könnte es ebenfalls verstoßen, sollte die Ag ihrer Wertungsentscheidung aufgrund einer Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien unzulässige oder aber nicht bekannt gemachte Unterkriterien („Erwartungen“) zugrunde gelegt haben.

b) Die ASt hat den sich aus § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ergebenden Rügeobliegenheiten überwiegend genügt.

(aa) Nicht zweifelhaft kann dies sein, soweit die ASt geltend macht, das Angebot der Bg sei aufgrund eines von der Ag nicht ausgeglichenen Wissensvorsprungs auszuschließen. Die Kenntnis davon, dass die Bg sich am Wettbewerb beteiligt und als Zuschlagsdestinatärin vorgesehen ist, hat die ASt erst aufgrund des Informationsschreibens der Ag vom 16. Oktober 2013 erlangt. Die Rüge mit anwaltlichem Schreiben vom 22. Oktober 2013 erfolgte demnach rechtzeitig.

(bb) Keine Bedenken bestehen auch hinsichtlich des Vorbringens der ASt im Schriftsatz vom 8. November 2013, die Angebotswertung sei vergaberechtswidrig, weil die Ag der Wertung Unterkriterien („Erwartungen“) zugrunde gelegt habe, die sie zuvor nicht bekannt gemacht habe. Kenntnis von der Angebotswertung erlangte die ASt erst aufgrund der Akteneinsicht im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens. Sinn und Zweck der gesetzlichen Rügeobliegenheiten ist es, der Vergabestelle die Gelegenheit zu geben, den ihr von dem Bieter zur Kenntnis gebrachten Vergabeverstoß zu prüfen und ggf. abzuwehren, um zeitliche Verzögerungen

infolge der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens möglichst zu vermeiden. Dieser Normzweck gebietet es nicht, dass ein Antragsteller, der - wie vorliegend die ASt - erst im Rahmen der Akteneinsicht Kenntnis von einem Vergaberechtsverstoß erlangt hat, diesen erst nach erfolgter Rügeerhebung zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens machen kann.

(cc) Ob der Auffassung der Bg zu folgen ist, die ASt sei mit dem Vorbringen präkludiert, die Ag habe Eignungs- und Zuschlagskriterien vermischt, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Denn der Nachprüfungsantrag ist insoweit unbegründet.

Als einschlägige Präklusionsnorm kommt alleine § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB in Betracht. Danach sind Verstöße, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe zu rügen. Der Rügetatbestand knüpft allerdings an die „Erkennbarkeit“ des Verstoßes gegen Vergabevorschriften an. Erkennbarkeit in diesem Sinne setzt voraus, dass nicht nur der Sachverhalt, sondern daneben auch der Vergabefehler im Rechtssinne erkennbar sein muss. Beim Maßstab der Erkennbarkeit ist in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt, ob ein objektiver, also auf den durchschnittlich verständigen Bieter abstellender, oder ein subjektiver, d.h. auf die individuellen Kenntnisse des Antragstellers rekurrierender Maßstab sachgerecht ist (vgl. hierzu OLG Karlsruhe, Beschl. vom 21. Dezember 2012, NZBau, 2013, 528, 530 m.w.N. zum Streitstand). Erkennbarkeit liegt vor, wenn ein sorgfältig handelndes Unternehmen, das mit den wichtigsten Regeln der öffentlichen Auftragsvergabe vertraut ist, den Vergabeverstoß ohne Hinzuziehung von Rechtsrat erkennen konnte. Der Verstoß muss sich durch bloße Lektüre der einschlägigen Normen und einen Vergleich mit den Vergabeunterlagen ohne Weiteres erkennen lassen. Dabei ist der Bieter nicht verpflichtet, die Vergabeunterlagen auf etwaige Rechtsverstöße rechtlich zu überprüfen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21. Dezember 2012, a.a.O.).

Ausgehend hiervon ist zweifelhaft, ob der Verstoß gegen das Verbot der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien für die ASt erkennbar gewesen ist. § 11 Abs. 5 Satz 2 VOF sieht zwar vor, dass bei der Festlegung der Zuschlagskriterien auf eine klare und nachvollziehbare Abgrenzung zu den Eignungskriterien bei der Auswahl der Bewerber zu achten ist. Aus der Norm ergibt sich jedoch für den rechtlichen Laien nicht unmissverständlich und zweifelsfrei, dass eine Berücksichtigung von Eignungskriterien bei der Wertung generell unzulässig ist (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21. Dezember 2012, a.a.O.). Wie das OLG Karlsruhe in der zitierten Entscheidung erkannt hat, ist dabei auch zu berücksichtigen, dass

durch die Regelungen in § 20 Abs. 1 und 2 VOF der Eindruck erweckt werden könnte, dass bei der Wertung der Angebote von Architekten und Ingenieuren durchaus bieterbezogene Kriterien Berücksichtigung finden können.

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass keiner der Bieter, auch nicht die Bg, die Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien zum Gegenstand einer Rüge gemacht hat. Die Ag selbst hat im Nachprüfungsverfahren die Auffassung vertreten, es liege kein Verstoß gegen Vergaberecht vor, weil es sich vor dem Hintergrund des Auftrags bei dem Kriterien „Auftreten“ und „Kompetenz“ um Zuschlagskriterien handele. Somit bleibt festzuhalten, dass bei Zugrundelegung eines objektiven Maßstabs für die ASt nicht erkennbar gewesen sein dürfte, dass die Wertungsmatrix hinsichtlich des Zuschlagskriteriums I gegen Vergaberecht verstößt.

An diesem Ergebnis dürfte sich nichts ändern, legte man bei der Prüfung der Erkennbarkeit einen subjektiven Maßstab zugrunde. Alleine der Umstand, dass eine Schwestergesellschaft der ASt Anbieter von Fortbildungsveranstaltungen auch zu vergaberechtlichen Themen ist, genügt nicht. Wie bereits ausgeführt, ist ein Bieter nicht gehalten, Nachforschungen anzustellen und bei Fachleuten Rechtsrat zur Aufdeckung von Vergabeverstößen einzuholen. Im Ergebnis kann eine Entscheidung dieser Frage jedoch offen bleiben.

(dd) Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert ist die ASt jedoch mit dem Vorbringen, die Angebotsfristen seien nicht ausreichend lang gewesen. Die von den Bietern einzuhaltenen Fristen ergaben sich aus dem Schreiben der Ag vom Juli 2013. Auf Ersuchen eines Bieters hat die Ag die Angebotsfrist nachträglich um 6 Kalendertage verlängert. Wäre die ASt der Auffassung gewesen, die Angebotsfristen seien immer noch zu knapp bemessen, hätte sie dies rügen oder in sonstiger Weise an die Ag herantreten müssen. Da sie dies unterlassen hat, muss die ASt die von der Ag zulässigerweise gesetzten Fristen gegen sich gelten lassen.

2) Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet, soweit darin die Angebotswertung angegriffen wird. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag daher das Verfahren in den Stand vor der Versendung der Vergabeunterlagen zurück zu versetzen. Hierbei hat die Vergabekammer die Preiswertung von Amts wegen als fehlerhaft aufgegriffen. Hingegen ist der Nachprüfungsantrag unbegründet, soweit die ASt den Ausschluss des Angebots der Bg begehrt.

- a) Die von der Ag durchgeführte Angebotswertung nach den Zuschlagskriterien II (Erläuterung der Herangehensweise an das Projekt) und III (Umsetzung der Arbeitsmethoden) ist mit § 11 Abs. 4 und 5 VOF unvereinbar, weil die ASt nicht bekannt gemachte Unterkriterien angewendet hat.

Nach § 11 Abs. 4 Satz 1 VOF haben Auftraggeber in der Aufgabenbeschreibung, in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe alle Zuschlagskriterien anzugeben, deren Anwendung vorgesehen ist. Dabei haben sie auch anzugeben, wie die einzelnen Kriterien gewichtet werden (§ 11 Abs. 4 Satz 2 VOF). Es ist dem öffentlichen Auftraggeber verwehrt, die Vergabeentscheidung auf nicht bekannt gemachte Kriterien zu stützen (Müller-Wrede, Kommentar zur VOF, 4. Aufl. (2011), § 11 Rn. 33). Allerdings stellt nicht jede einzelne Überlegung, die für den Auftraggeber im Rahmen der Wertung bedeutsam ist, qua definitionem ein Zuschlagskriterium dar, das der Vorabkennzeichnung bedürfte. Denn dem Auftraggeber steht bei jeder Wertung ein von den Nachprüfungsinstanzen nur begrenzt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. In Ausübung dieses Beurteilungsspielraums muss der Auftraggeber die Angebotsinhalte unter die bekannt gemachten Kriterien subsumieren. Der Auftraggeber kann weder verpflichtet sein noch ist er in der Lage, jedes Wertungsdetail, das im Rahmen der Subsumtion des konkreten Angebotsinhalts bedeutsam wird, vorab bekannt zu machen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass eine ausdifferenzierte Konzeptbewertung die Problemlösung, die Gegenstand des ausgeschriebenen Auftrags ist, vorwegnimmt (Müller-Wrede, Vergaberecht, 4. Aufl. (2011), § 11 Rn. 40).

Die „Erwartungen“, die die Ag im Rahmen der Bewertung zugrunde gelegt hat, stellen aber keine solchen Subsumtionsaspekte dar, sondern gleichförmig auf alle Angebote angewandte Wertungsunterkriterien, so dass es nach § 11 Abs. 4 Satz 1 VOF einer Bekanntmachung bedurft hätte. Im Einzelnen:

(aa) Die Ag hat in der mit Schreiben vom Juli 2013 bekannt gemachten Wertungsmatrix unter dem Zuschlagskriterium II (Erläuterung der Herangehensweise an das Projekt) insgesamt vier Unterkriterien vorgesehen, nämlich

- die planerische Herangehensweise zur Umsetzung der WLAN-Technik (lit. a),
- die Herangehensweise bei der Planung und Ausführung von Umbaumaßnahmen im laufenden Betrieb (lit. b),

- die Darstellung der Planungsqualität im Rahmen der Entwurfsplanung (lit. c),
- die Darstellung der Koordination und Abstimmung mit den Planern der einzelnen Liegenschaften (lit. d).

Hinsichtlich des Unterkriteriums lit. a) (planerische Herangehensweise) hat die Ag in der der finalen Wertung zugrunde gelegten Matrix folgende „Erwartungen“ aufgelistet:

- 1) Herangehensweise nachvollziehbar und plausibel
- 2) Ausführungsdetails optisch gut umgesetzt
- 3) Wirtschaftliche Planung erkennbar
- 4) strukturelle Projektabfolge plausibel umgesetzt

Diese „Erwartungen“ hatte die Ag den Bietern vorab nicht bekannt gemacht.

Die Ag hat ausgeführt, mit den in der Rubrik „Erwartungen“ aufgeführten Aspekten habe sie lediglich den Zweck verfolgt, eine einheitliche und gerechte Wertung durch das Wertungsgremium zu gewährleisten. In den „Erwartungen“ kämen die erwartbaren Antworten zum Ausdruck.

Während bei den „Erwartungen“ unter Nrn. 1) bis 2), d.h. „Herangehensweise nachvollziehbar und plausibel“ und „Ausführungsdetails optisch gut umgesetzt“ ohne Weiteres ein Bezug zu dem bekannt gemachten Unterkriterium hergestellt werden kann, ist dies bei der weiteren „Erwartung“ unter Nr. 3) nicht der Fall. Denn weder nach dem allgemeinen Sprachgebrauch noch nach den Umständen des vorliegenden Vergabeverfahrens war für die Bieter erkennbar, dass die Ag bei der Prüfung des Unterkriteriums „planerische Herangehensweise zur Umsetzung der WLAN-Technik“ auch bewerten würde, ob in dem Vortrag des Projektleiters Ansätze für eine „wirtschaftliche“ Planung erkennbar sein würden. Die Bewertung des Aspekts „wirtschaftliche“ Planung steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Unterkriterium unter lit. a) und war für die Bieter überraschend. Da die Ag die Wertung des Angebots der ASt explizit auf die genannte „Erwartung“ bzw. auf deren Nichterfüllung gestützt hat, ist nicht auszuschließen, dass die ASt in ihrer Angebotspräsentation an dieser Stelle Ausführungen zur Wirtschaftlichkeit aufgenommen hätte, wenn sie Kenntnis von der Wertungsrelevanz von Ausführungen zur „wirtschaftlichen Planung“ an dieser Stelle gehabt hätte.

(bb) Ein weiteres Unterkriterium beim Zuschlagskriterium II ist die „Darstellung der Planungsqualität im Rahmen der Entwurfsplanung“ (lit. c). Den „Erwartungen“ ist zu entnehmen, dass darauf abgestellt wurde, ob

- 1) der Erläuterungsbericht dargestellt
- 2) Pläne und Schemen dargestellt
- 3) Berechnungen dargestellt
- 4) Kostenberechnung erläutert wurden.

Auch insoweit war für die Bieter nicht absehbar, dass es zu Punktabzug führen würde, wenn im Rahmen der Präsentation die „Kostenberechnung“ nicht vertieft erläutert wurde. Ein Zusammenhang zwischen der Darstellung der Planungsqualität und der Erläuterung der diesbezüglichen Kostenberechnung musste sich für die Bieter nicht aufdrängen. Wie sich aus der Wertungsmatrix ergibt, hat das Wertungsgremium der Ag bei der Wertung der Präsentation der ASt auf diesen Gesichtspunkt zur Begründung seiner Entscheidung abgestellt.

(cc) Zum Zuschlagskriterium III (Umsetzung der Arbeitsmethoden anhand von Beispielen) sieht die den Bietern bekannt gemachte Wertungsmatrix insgesamt fünf Unterkriterien vor. Eines der bekannt gemachten Unterkriterien stellt ab auf die „Darstellung der Kostenkontrolle von der Entwurfsplanung bis zur Ausführungsphase“ (lit. c).

Der den Bietern nicht bekannt gemachten Rubrik „Erwartungen“ ist hierzu entnehmen, dass die Ag die Darstellung von „Tools und Berichtswesen für das BBR“ erwartet hat. Fehlte diese Darstellung, führte dies - wie im Falle der ASt - zu Punktabzug. Auch hier greift die Erwägung, dass die „Erwartung“ für die Bieter nicht erkennbar war. In der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer wurde im Übrigen deutlich, dass es keine allgemeingültige Definition des Begriffs „Tool“ gibt. Als Tools können nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der ASt bspw. auch einfache Excel-Tabellen in Betracht kommen.

b) Die Wertung auf Grund des bekannt gemachten Zuschlagskriteriums V (Honorar) ist vergaberechtswidrig.

Dieser Punkt ist von der ASt zwar nicht gerügt worden, doch ergibt sich für die Vergabekammer aus § 110 Abs. 1 in Verbindung mit § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB die Aufgabe,

auch unabhängig von den Anträgen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hinzuwirken und den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen. Dies bedeutet zwar nicht, dass die Vergabekammer unaufgefordert von Amts wegen die Vergabeunterlagen auf evtl. Mängel durchsuchen muss. Vielmehr folgt aus § 110 Abs. 1 Satz 2 GWB, dass sich die Vergabekammer bei ihren Ermittlungen auf das beschränken kann, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss. Liegen offensichtliche Anhaltspunkte für Vergabeverstöße vor, auf die die Vergabekammer bei Durchsicht der Akten stößt, muss die Vergabekammer hiervor nicht die Augen verschließen (OLG München, Beschluss vom 29. September 2009, Verg 12/09). Ein solcher offensichtlicher Vergabeverstoß, welcher sich aus den Unterlagen ergibt, ist das Zuschlagskriterium V. Da die Präsentation einschließlich deren Wertung aufgrund der Ausführungen unter a) ohnehin wiederholt werden muss, ist es sachgerecht, auch die Preiswertung von Amts wegen aufzugreifen. Es kommt dadurch nicht zu zusätzlichen Verzögerungen des Vergabeverfahrens.

Wie sich aus dem Schreiben der Ag vom Juli 2013 ergibt (Bewertungstabelle unter Nr. 7.) sowie Anlage 3), ging diese bei der Prüfung der Honorare zweistufig vor:

Zur Feststellung, ob die angebotenen Honorare unauskömmlich oder überhöht waren, setzte die Ag die Angebote in Relation zu dem von ihr vorab geschätzten Budget. Angebote, die < 60% (unauskömmlich) bzw. > 130 % (überhöht) des von der Ag ermittelten Budgets lagen, wurden mit 0 Punkten bewertet und bei der Ermittlung des Mittelhonorars nicht weiter berücksichtigt.

Aus den berücksichtigungsfähigen Honorarangeboten ermittelte die Ag den Mittelwert. Die volle Punktzahl (40 Punkte) konnte ein Honorarangebot nur erhalten, das bei exakt 90 % des ermittelten Mittelhonorars lag, d.h. Abweichungen nach oben führten ebenso zu Punktabzug wie Abweichungen nach unten. Bei der Mittelwertmethode erhält somit nicht zwangsläufig der günstigste Bieter die volle Punktzahl, sondern derjenige Bieter, dessen Angebot am wenigsten vom Mittelhonorar abweicht. Die Mittelwertmethode kann dazu führen, dass ein Angebot, das günstiger ist als der Mittelwert, eine niedrigere Punktzahl erhält als ein Angebot, das über dem Mittelwert liegt. Liegt bspw. der (fiktive) Mittelwert bei 1.000,- €, wird ein Angebotspreis von 900,- € schlechter bewertet als ein Angebotspreis von 1.050,- €. Auch im vorliegenden Verfahren hat kein Bieter bei der Wertung des Angebotspreises die volle Punktzahl erhalten.

Die Ag hat in ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 15. November 2013 darauf hingewiesen, die Mittelwertmethode gehe auf eine Empfehlung der Gütestelle Honorar- und Vergaberecht e.V. zurück. Der Mittelwertmethode liege die Erwägung zugrunde, dass im Bereich von Architekten- und Ingenieurleistungen vom Mittelwert abweichende Honorarangebote abzuwerten seien, weil sowohl bei einem Unterschreiten als auch bei einem Überschreiten des Mittelwerts eine wirtschaftliche Planung nicht zu erwarten sei. Diese Methode sei auch in der Rechtsprechung der Vergabenachprüfungsinstanzen anerkannt. Soweit die Ag insoweit auf die Entscheidung der VK Nordbayern vom 1. Dezember 2010 (Az: 21. VK – 3194-38/10) verweist, ist allerdings festzustellen, dass die VK Nordbayern sich zur generellen Zulässigkeit der Mittelwertmethode nicht abschließend geäußert hat. In ihrer Entscheidung hat die VK Nordbayern vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass die Mittelwertmethode keine allgemein anerkannte und bekannte Methode sei und zumindest im Freistaat Bayern von den zuständigen Dienststellen noch nicht eingeführt worden sei.

Nach Auffassung der erkennenden Vergabekammer ist schon zweifelhaft, ob die Ag hinreichend transparent gemacht hat, welche Berechnungsmethode sie der Wertung der Honorarangebote zugrunde legen wird. Der Grundsatz der Transparenz gebietet, dass für einen Bieter erkennbar sein muss, welche Lösung optimal ist und daher Aussicht auf die Höchstpunktzahl hat. Da die Mittelwertmethode nicht allgemein bekannt ist, hätte die Ag hierauf besonders hinweisen müssen. Ob die dem Schreiben vom Juli 2013 beigefügte Anlage 3 den Anforderungen an die Transparenz genüge, ist insoweit zweifelhaft, als ein System, das einerseits unter dem gängigen Zuschlagskriterium „Preis“ etabliert wird, andererseits aber dazu führt, dass ein preislich günstigeres Angebot unter gewissen Voraussetzungen schlechter bewertet werden kann als ein preislich höher liegendes Angebot, als grundsätzlich überraschend einzustufen ist. Die Frage nach der Vorabtransparenz kann aber angesichts der Berücksichtigung dieses Punktes von Amts wegen dahingestellt bleiben. Folgendes tritt hinzu:

Nach § 11 Abs. 5 Satz 1 VOF ist der Preis / das Honorar ein zulässiges Zuschlagskriterium. Bei der Wertung des Honorars sind dem Auftraggeber Grenzen gesetzt. Zu diesen Grenzen gehören die gesetzlichen Gebühren- und Honorarordnungen (§ 11 Abs. 5 Satz 3 VOF), die, wie auch im vorliegenden Verfahren, für einen ganz erheblichen Teil der ausgeschriebenen Leistungen den Honorarraumen festlegen; darüber hinaus sind ungewöhnlich niedrige oder überhöhte Honorarangebote auszuschließen (Art. 55 RL

2004/18). Innerhalb dieses rechtlich vorgegebenen Rahmens steht es dem Bieter frei, sein Honorar frei zu kalkulieren.

Indem die Ag die Mittelwertmethode zur Grundlage für die Wertung der Honorare machte, schränkte sie zum einen den im Geltungsbereich der HOAI ohnehin stark eingeschränkten Spielraum zur Honorargestaltung weiter ein. Wettbewerbliche und haushalterische Gründe sprechen dafür, den preislichen Restwettbewerb nicht mittelbar weiter einzuschränken. Denn die Mittelwertmethode nimmt einem Bieter faktisch den Anreiz, ein möglichst preisgünstiges Angebot abzugeben.

Zum anderen fließen durch die Mittelwertmethode in die Wertung des Honorars Erwägungen mit ein, die nicht ausschließlich preisbezogen sind, sondern an anderer Stelle der Angebotswertung zu verorten wären: So ist die Auskömmlichkeit eines Honorarangebots ein eigenständiger Prüfungspunkt, der vor bzw. getrennt von der inhaltlichen Angebotswertung zu erfolgen hat. Die Prüfung, ob ein Honorarangebot der Höhe nach eine „wirtschaftliche Planung“ - so die Ag in ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 15. November 2013 - erwarten lässt, führt dazu, dass in die Wertung des Angebotspreises auch qualitative Aspekte mit einfließen. Will ein Auftraggeber qualitative Aspekte bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigen, mag er dies im Rahmen eines der in § 11 Abs. 5 Satz 1 VOF exemplarisch aufgeführten Kriterien tun. Erachtet ein Auftraggeber aufgrund der Besonderheiten der ausgeschriebenen Leistung qualitative Kriterien als wichtiger als den Preis, kann er dies im Wege der Gewichtung der Zuschlagskriterien sicherstellen. Verfehlt ist es jedoch, wenn – wie vorliegend – in die preisliche Wertung auch qualitative Kriterien, d.h. die Sicherstellung einer „wirtschaftlichen Planung“, mit einfließen.

- c) Keine Bedenken bestehen allerdings in Bezug auf den von der ASt geltend gemachten Aspekt einer unzulässigen Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bzw. der nicht auftragsbezogenen Wertungskriterien (Zuschlagskriterium I - Vorstellung des Projektleiters bzw. dessen Stellvertreters).

Nach § 11 Abs. 5 VOF hat die Entscheidung über die Vergabe von Aufträgen ausschließlich nach Kriterien zu erfolgen, die der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dienen. Als Zuschlagskriterium ausgeschlossen sind somit alle Kriterien, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dienen, sondern im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter zusammenhängen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.12.2012, NZBau

2013, 622, 634). Die ASt hat im Rahmen ihres Nachprüfungsantrags vorgetragen, es liege eine unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien vor bzw. es fehle am Auftragsbezug, soweit die Ag bei der Wertung auf die Unterkriterien „Auftreten“ und „Kompetenz“ des Projektleiters sowie seines Stellvertreters abstelle. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer darauf hingewiesen, dass das Auftreten und die Kompetenz des Projektleiters und dessen Stellvertreters deshalb von auftragsbezogener Relevanz sei, weil deren Aufgabe - die so auch im Vertrag ausdrücklich vorgesehen ist - es u.a. sein wird, den [...] gegenüber als Ansprechpartner zur Verfügung stehen. Diese Aufgabe stelle besonders hohe Anforderungen an die Person des Projektleiters bzw. an dessen Stellvertreter. Die Vergabekammer hält diese Ausführungen der Ag für überzeugend. Die Besonderheiten des ausgeschriebenen Auftrages, insbesondere die Aufgabenstellung des Projektleiters, sprechen dafür, dass die genannten Zuschlagskriterien ihrem Wesen nach im vorliegenden Fall als auftragsbezogen zu qualifizieren sind.

- d) Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, soweit er darauf gerichtet ist, das Angebot der Bg nach § 4 Abs. 5 VOF von der Wertung auszuschließen. Das Angebot der Bg ist nicht deshalb von der Wertung auszuschließen, weil diese die Konzeptstudie erstellt hat, die von der Ag zur Grundlage für die Ausschreibung gemacht worden ist.

Hat ein Bieter vor Einleitung des Vergabeverfahrens Auftraggeber beraten oder sonst unterstützt, verpflichtet § 4 Abs. 5 VOF den Auftraggeber, sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Bieters nicht verfälscht wird. Beteiligt sich ein sog. Projektant an einer Ausschreibung, kann er möglicherweise über einen Informationsvorsprung vor allen anderen Bietern verfügen. Es droht eine Beeinträchtigung des Grundsatzes des chancengleichen Wettbewerbs. Der EuGH beurteilt die Beteiligung sog. Projektanten grundsätzlich als Gefährdung eines leistungsfähigen Wettbewerbs (EuGH, Urteil vom 3. März 2005, C-21/03; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 10. Februar 2011, Verg 24/10). Allerdings soll nach der Rechtsprechung der Ausschluss eines Projektanten gerade nicht die zwangsläufige Folge sein. Als ultima ratio kann ein vorbefasster Bieter nur dann ausgeschlossen werden, wenn eine Wettbewerbsverfälschung durch Ausgleich des Informationsvorsprungs des Projektanten nicht erfolgen kann (Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 24. Mai 2012, VK 3-45/12). Gemessen an diesen Maßstäben ist ein Ausschluss der Bg nicht veranlasst:

Die Bg ist zwar als Projektantin für die Ag tätig geworden. Die „Projektgemeinschaft [...]“ hat im Frühjahr 2011 auf Veranlassung der Ag die Konzeptstudie „[...]“ erstellt. An der Projektgemeinschaft [...] waren beteiligt die beiden Mitglieder der beigeladenen Bietergemeinschaft, und zusätzlich [...]. Mit Ausnahme von [...] ist somit eine vollständige Identität zwischen den Autoren der Konzeptstudie und der Bg festzustellen.

Die Ag hat die Konzeptstudie inhaltlich zum Bestandteil der Vergabeunterlagen gemacht. In der Bekanntmachung (Ziff. II.1.5) teilte die Ag mit, dass die Konzeptstudie die „Grundlage für die weitere Planung“ darstellt. Darüber hinaus sollen die Ergebnisse der Konzeptstudie im Hinblick auf aktuelle Entwicklungen/Technologien überprüft und in der Planung fortgeschrieben werden. Eine Angebotsrelevanz der Konzeptstudie ist somit evident.

Ausweislich der Bekanntmachung (Ziff. II.1.5) geht die Ag davon aus, dass für die Realisierung des streitgegenständlichen WLAN-Netzes ca. 2.500 Access-Points bzw. Access-Switches (bei Realisierung des Vorhabens nach dem Standard IEEE 802.11a/b/g/n für die zehn Liegenschaften erforderlich sein werden. Die Konzeptstudie fasst die planerischen Gegebenheiten auf immerhin 283 Seiten zusammen. Bei lebensnaher Betrachtung liegt somit der Schluss nahe, dass die Bg aufgrund der für die Erstellung der Konzeptstudie erforderlichen Befassung mit den Gegebenheiten in den zehn Liegenschaften einen Wissensvorsprung hatte, zumal sie – bei lebensnaher Betrachtung – rascher als andere Bieter einzuschätzen vermochte, in welchem Umfang die von der Ag erwartete Fortschreibung der Ergebnisse der Konzeptstudie im Lichte der aktuellen technischen Entwicklungen erforderlich werden wird.

Nicht zu überzeugen vermag in diesem Zusammenhang der Vortrag der Bg, die Bedeutung der Konzeptstudie sei schon aufgrund der zwischenzeitlich stattgefundenen technischen Entwicklung vernachlässigbar. Nach Auffassung der Bg habe insbesondere der neue Standard IEEE 802.11ac zur Folge, dass die Kabelführung, die Antennenstandorte und die Anzahl der erforderlichen Access Points neu geplant werden müssten. Der von der Bg angeführte Standard IEEE 802.11ac ist erst im November 2013 von den internationalen Standardisierungsgremien verabschiedet worden (<http://www.heise.de/newsticker/meldung/WLAN-Evolution-Abschied-von-802-11b-Ausblick-auf-100-GBit-s-2047191.html>).

Den Vergabeunterlagen lässt sich kein Hinweis entnehmen, dass beabsichtigt ist, die Planung des WLAN auf Basis dieses noch neuen Standards fortzuführen.

Jedenfalls hat aber die Ag einen etwaigen Wissensvorsprung der Bg ausgeglichen, indem sie allen Bietern die Konzeptstudie zur Verfügung gestellt hat. Dieser lassen sich alle für die Angebotserstellung erforderlichen Daten und Informationen entnehmen.

Wie sich aus den Vorbemerkungen zur Konzeptstudie ergibt, wurden die Antennenstandorte für [...] mittels einer 3-D-Simulation ermittelt. Für die anderen Gebäude wurde eine „grobe Raster-Planung“ zur Bestimmung der voraussichtlich benötigten Access-Point-Anzahl auf Basis der Bruttoflächen erstellt wurde (Konzeptstudie, Vorbemerkungen, Rn. 3). Eine genaue Standort-Bestimmung der Positionen der WLAN-Access-Points wird erst im Rahmen der späteren Entwurfs- und Ausführungsplanung erfolgen. Aus der Konzeptstudie geht somit deutlich hervor, dass die endgültige Planung erst im Rahmen der Ausführung des Vertrages erfolgen wird. Dies würde auch für die Bg gelten, sollte sie den Zuschlag erhalten.

Soweit die ASt meint, die Bg habe besondere Kenntnisse im Hinblick auf den Zeitplan, ist dem nicht zu folgen. Aus der „Entscheidungsunterlage Bau“ vom 12. Juli 2012 (Anlage By 1(3) zum Schriftsatz vom 25. Oktober 2013) geht hervor, dass der „Terminplan aus der WLAN-Konzeptstudiekeine Gültigkeit mehr (hat)“ (vgl. ebenda, Seite 10, Fußnote 1).

Nicht zu folgen ist ferner der Auffassung der ASt, die Bg habe besondere Kenntnisse hinsichtlich des Denkmalschutzes erworben, die nicht ausgeglichen worden seien. Der Denkmalschutz war nicht Gegenstand der Konzeptstudie.

Die ASt meint, die Bg habe einen nicht ausgeglichenen Wissensvorsprung hinsichtlich der Kabelführung. Aus dem Vortrag der ASt geht schon nicht hervor, welche tatsächliche Relevanz eine – unterstellte – Kenntnis der Bg von der Kabelführung für die Planung des WLAN haben soll. Ein WLAN ist per definitionem ein „kabelloses“ Netzwerk (Wireless LAN). Jedenfalls geht aus der Entscheidungsunterlage Bau vom 12. Juli 2012 (Anlage By1 (3) zum Schriftsatz vom 25. Oktober 2013) hervor, dass für einen Teil der Liegenschaften bereits die kabeltechnische Infrastruktur fertiggestellt worden ist (vgl. ebenda, Seite. 4).

Dem Vortrag der ASt, die Bg, [...], habe einen nicht ausgeglichen Wissensvorsprung dadurch erhalten, dass sie in die Installation des LAN im [...] involviert war, ist nicht zu folgen. Aus der Konzeptstudie geht klar hervor, dass das streitgegenständliche WLAN und das bereits vorhandene LAN aus Gründen der IT-Sicherheit streng voneinander getrennt sein müssen.

Nach alledem ist der Nachprüfungsantrag insoweit als unbegründet zurückzuweisen.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass die ASt durch die Verwendung unzulässiger Zuschlagskriterien in ihren Rechten verletzt ist. Die Ag hat bei fortbestehender Vergabeabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurück zu versetzen und den Bietern die Gelegenheit zur Abgabe eines Honorarangebots sowie für eine Präsentation zu geben. Die Bg ist berechtigt, sich weiterhin an dem Vergabeverfahren zu beteiligen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 GWB.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens folgt dem Grad des Unterliegens. Der Nachprüfungsantrag ist zum einen darauf gerichtet, den Ausschluss des Angebots der Bg vom Verfahren zu erreichen. Insoweit ist der Antrag zurückzuweisen. Zum anderen verfolgt die ASt das Ziel, die Wertungsentscheidung aufzuheben. Diesbezüglich erreicht die ASt die Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen, wodurch diese eine weitere Zuschlagschance erhält. Unter diesen Umständen ist eine hälftige Kostenquotelung sachgerecht. Ag und Bg haften für die Kosten als Gesamtschuldner (§ 128 Abs. 3 Satz 2 GWB).

Die ASt hat der Ag die Hälfte der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

Die Ag hat der ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu einem Viertel zu erstatten.

Es entspricht darüber hinaus der Billigkeit, der ASt auch die der Bg zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen zur Hälfte aufzuerlegen. Da der Nachprüfungsantrag explizit auf den Ausschluss des Angebots der Bg gerichtet ist, versteht es sich von selbst und bedarf keiner näheren Erläuterung, dass die ASt einen Interessengegensatz zur Bg hergestellt hat. Die Bg ihrerseits hat sich durch schriftsätzlichen und mündlichen Vortrag am Verfahren beteiligt.

Die Bg hat der ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu einem Viertel zu erstatten.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt und die Bg war aufgrund der Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen notwendig.

IV.

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

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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