



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 101/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Neubau eines Bundes-, Kompetenz-, Schulungs- und Dokumentationszentrums mit den dazugehörigen Freiflächen für den [...]“, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch die stellvertretende Vorsitzende Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Schlaghoff nach Lage der Akten am 9. November 2018 beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, im Vergabeverfahren „Neubau eines Bundes-, Kompetenz-, Schulungs- und Dokumentationszentrums mit den dazugehörigen Freiflächen für den [...]“ einen Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückzusetzen.

2. Der Antragsgegner trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Der Antragsgegner (Ag) führt derzeit ein Verhandlungsverfahren nach der VgV zur Vergabe bestimmter Planungsleistungen durch.

Der Ag, ein eingetragener Verein, ist die Dachorganisation der ihm angeschlossenen Landesverbände für [...] in der Bundesrepublik Deutschland (§ 1 Abs. 1 der Satzung des Ag). Sein Zweck besteht u.a. in der Förderung [...] und der Schaffung von Rahmenbedingungen, „die eine sinnvolle, ideelle [...] Betätigung von Bürgern aller Bevölkerungsschichten ermöglichen“, in der Förderung sozialer Gemeinschaften sowie in der Förderung des Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutzes (vgl. § 2 Abs. 1 der Satzung des Ag). Hierzu berät und betreut er seine Mitglieder fachlich und rechtlich insbesondere in Fragen des Umweltschutzes und der ökologischen [...]bewirtschaftung und sensibilisiert die Bevölkerung „für die Bedeutung [...] als Teil des öffentlichen Grüns, um den Menschen die enge Verbindung zur Natur zu erhalten“ (§ 2 Abs. 2 der Satzung des Ag). Der Ag finanziert sich durch Mitgliedsbeiträge und Umlagen (s. § 4 Abs. 2, § 6 Abs. 1 der Satzung des Ag). Diese Beiträge und Umlagen werden durch vereinseigene und ausschließlich aus Vereinsmitgliedern bestehende Gremien festgelegt (Verbandstag, Gesamtvorstand; s. §§ 14 Abs. 2 lit. d), § 19 Abs. 1 lit. h) i.V.m. § 13 Abs. 1, § 17 der Satzung des Ag). Die Genehmigung der Jahresabschlüsse sowie die Verabschiedung des Haushaltsplans und der Beschluss über den Kassen- und den Revisionsbericht erfolgt ebenfalls durch diese Vereinsgremien (§ 14 Abs. 2 lit. b), § 19 Abs. 1 lit. c) bis e) der Satzung des Ag). Der Verbandstag ist außerdem für die Entlastung des vereinseigenen Präsidiums zuständig (§ 14 Abs. 2 lit. c), Abs. 3 der Satzung des Ag). Verantwortlich für die Buchhaltung und Kassenführung ist ein Mitglied des ebenfalls

vereinseigenen und ausschließlich aus Vereinsmitgliedern bestehenden Präsidiums (§ 27 Abs. 1 i.V.m. §§ 20, 21 der Satzung des Ag). Die Prüfung der Verbandsgeschäfte (Kassenführung, Buchhaltung und Jahresabschluss) erfolgt durch vom Verbandstag selbst gewählte Revisoren (§ 28 der Satzung des Ag), im Einzelfall kann nach entsprechendem Beschluss des Gesamtvorstands die Prüfung der Buchhaltung und des Jahresabschlusses auch durch unabhängige Dritte erfolgen (Buchprüfer, Sachverständige; vgl. § 19 Abs. 1 lit. f) der Satzung des Ag).

Der verfahrensgegenständliche Auftrag beinhaltet die Objekt-, Tragwerks- und Freianlagenplanung eines Bundes-, Kompetenz-, Schulungs- und Dokumentationszentrums sowie der dazugehörigen Freiflächen für den Ag. Außerdem sollen Büroflächen für die Geschäftsstellen des Ag und des [...], dem Dachverband eines dem Ag nahe stehenden Jugendverbands, sowie diesen Verbänden und der Öffentlichkeit zugängliche Ausstellungs-, Veranstaltungs-, Weiterbildungs- und Tagungsräume samt Gastronomiebereich eingeplant werden (s. „Auslobung Realisierungswettbewerb“, Bl. 42 ff. der Vergabeakte, im Folgenden: „Auslobungsbedingungen“). Die Ausstellungen, Veranstaltungen und Tagungen sollen u.a. eine dauerhafte Plattform „für die Bekanntmachung und Weiterentwicklung der mit Grün in der Stadt verknüpften Themen bieten“ und sich daher insbesondere mit der Förderung der Biodiversität und des Bodenschutzes, der Rolle der Natur in der Stadtplanung, dem naturnahen Gärtnern und der naturpädagogischen Arbeit befassen (s. Ziffer 2.1, 2.6, 2.7 der Auslobungsbedingungen).

Für das Bauvorhaben stehen insgesamt [...] € zur Verfügung, wovon auf die Kostengruppen 300 bis 500 rund [...] € (jeweils brutto inklusive USt.) entfallen. Das Vorhaben wird zu über 90% aus Zuwendungsmitteln des Bundes finanziert. Laut dem Zuwendungsbescheid vom 14. Dezember 2017 des [...] ist

„die Zuwendung zweckgebunden und entsprechend dem (...) Antrag [der ASt] für die Baumaßnahme „Integriertes Schulungs- und Dokumentationszentrum des [...]“, Pilotprojekt zur Errichtung eines multifunktionalen Gebäudes in Holzbauweise, zu verwenden.“ (S. 2 des Zuwendungsbescheids, vgl. auch Ziffer 2.8 der Auslobungsbedingungen).

In den „Bedingungen und Auflagen“ dieses Zuwendungsbescheids ist u.a. Folgendes vorgesehen:

„7. Zweckbindungsfrist

Die Nutzung des geförderten Gebäudes ist für 25 Jahre an den benannten Verwendungszweck gebunden (...). Von der festgelegten Nutzung darf nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des [...] abgewichen werden. (...) Bei zweckwidriger Nutzung ist das [...] berechtigt, seine Zuwendung ganz oder teilweise zurückzufordern.“

„9. Erfolgskontrolle (...)“

Um die Zielerreichung, Wirksamkeit und Effizienz der Maßnahmen feststellen zu können, wird drei Jahre nach Vorlage des Verwendungsnachweises (...) eine Erfolgskontrolle durchgeführt. Hier soll überprüft werden, ob bzw. in welchem Umfang die im Antrag dargelegten Holzbau-Innovationen umgesetzt und einen Beitrag zur breiten Anwendung des nachwachsenden Rohstoffs Holz leisten konnten. (...)“

Auf die Verpflichtung des Zuwendungsempfängers (des Ag) als Auftraggeber gemäß dem Vierten Teil des GWB wird in den ANBest-P (Ziffer 3.2) und den NBest-Bau (Ziffer 1.1), die dem Zuwendungsbescheid anliegen, hingewiesen.

Zunächst führte der Ag einen offenen, interdisziplinären Realisierungswettbewerb nach den Richtlinien für Planungswettbewerbe (RPW 2013) und der VgV durch, der am 7. März 2018 im Amtsblatt der EU bekannt gemacht wurde (EU-Bekanntmachung Nr.: [...], im Folgenden: „Wettbewerbsbekanntmachung“). An diesem Wettbewerb durften sich nur Bergergemeinschaften aus Architekten, Landschaftsarchitekten und beratenden Ingenieuren für Tragwerksplanung beteiligen (Ziffer III.2.1 der Wettbewerbsbekanntmachung). Anschließend sollen unter Würdigung der Empfehlung des Preisgerichts die Planungsleistungen „Objektplanung Gebäude gemäß § 34 HOAI, Leistungsphasen 2 bis 9“, „Objektplanung Freianlagen gemäß § 39 HOAI, Leistungsphasen 2 bis 9“ und „Tragwerksplanung gemäß § 51 HOAI, Leistungsphasen 2 bis 4“ im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens nach der VgV vergeben werden. Gemäß Ziffer VI.3 der Wettbewerbsbekanntmachung ist vorgesehen, dass hierbei zuerst die berufliche Qualifikation und die Eignung der Preisträger geprüft werden (vgl. auch Ziffer 1.15 der Auslobungsbedingungen). Als Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit ist gemäß Ziffer VI.3 der Wettbewerbsbekanntmachung Folgendes gefordert:

„(...) vom Architekten als Referenzobjekt mindestens ein realisiertes Projekt (Lph 2-8) oder ein Wettbewerbsbeitrag, der die Preisgruppe erreicht hat (...). Werden ausschließlich Wettbewerbsbeiträge eingereicht, ist zusätzlich der Nachweis der Realisierungserfahrung Lph 5-8 – ggf. durch Eignungsleihe gem. § 47 VgV – nachzuweisen. Das bzw. die Referenzobjekte müssen mindestens 2 Mio. Euro Baukosten (Kostengruppe 300 + 400 netto) umfassen. (...)“ (vgl. auch Ziffer 1.15 der Auslobungsbedingungen).

Als zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren ist in Ziffer VI.4.1 der Wettbewerbsbekanntmachung die Vergabekammer des Bundes angegeben.

In dem Realisierungswettbewerb erzielte die Bietergemeinschaft der Antragstellerin (ASt) den ersten Preis, der zweite Preis wurde nicht vergeben, zwei weitere Bewerbergemeinschaften erhielten den dritten Platz. Dieses Ergebnis soll im anschließenden Verhandlungsverfahren mit 150 Punkten zugunsten der Bietergemeinschaft der ASt und bei den beiden Drittplatzierten mit jeweils 50 Punkten in die Angebotswertung einfließen (vgl. Bewertungsmatrix, Bl. 56, 458, 672 der Vergabeakte).

Im Rahmen der anschließenden Eignungsprüfung forderte das vom Ag beauftragte Architekturbüro S. die ASt, die von ihrer Bietergemeinschaft dazu ermächtigt worden ist, am 18. Juli 2018 zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit wie folgt zur Vorlage von Unterlagen auf:

„Hier ist insbesondere die Realisierungserfahrung (LP 1-8 bzw. 5-8) nachzuweisen. Bitte reichen Sie ein entsprechendes Referenzprojekt ein mit folgenden Angaben: Art der Nutzung, Adresse, Bauherr mit Ansprechpartner (...), BGF, Baukosten unterteilt nach DIN 276 1. Ebene, Dokumentation der Fertigstellung (...), Zeitpunkt und Umfang der von Ihnen erbrachten Leistungen. (...“

Die ASt legte hieraufhin am 25. Juli 2018 folgende Referenzen über zwei Kindertagesstätten in [...] vor:

- Die „Kita J“ umfasste hiernach „Gebäudeplanung + Innenausbau + Freianlagen“ mit den Leistungsphasen 1 bis 9 und wurde 2013 fertig gestellt, die Baukosten betragen 1,4 Mio. € (netto),
- die „Kita Q“ umfasste den „Innenausbau“ mit den Leistungsphasen 1, 2, 3, 5, 6 und 7 mit dem Zusatz „Erstellung der erforderlichen Leistungsverzeichnisse“ und 50% der Bauüberwachung im Rahmen der Leistungsphase 8 mit dem Zusatz „gemeinsam mit [Vermieter/Bauträger] überwachen“ sowie bei den Freianlagen die Leistungsphasen 1 bis 8. Die „Übergabe Innen“ bzw. die Fertigstellung der Freiflächen erfolgten bei der „Kita Q“ im Juli bzw. August 2018, die Baukosten betragen 1 Mio. € (netto).

Am 28. Juli 2018 teilte das vom Ag beauftragte Architekturbüro S. der ASt mit, dass es aufgrund der vorgelegten Unterlagen die Eignung der ASt festgestellt habe, und forderte die ASt zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren auf.

Am 15. August 2018 informierte das vom Ag beauftragte Architekturbüro S. die ASt darüber, dass

„im Zuge einer nochmaligen Prüfung Ihrer Referenzen für die Eignungsprüfung durch das [...] (...) nochmals Fragen aufgetaucht“

seien, die Baukosten des Projekts „Kita Q“ seien nicht plausibel und die ASt solle diese näher erläutern. Die ASt antwortete hierauf am selben Tag, dass sich die Planung dieses Projekts nicht nur auf den einfachen Innenausbau, sondern auch auf sämtliche tragenden und nichttragenden Bauteile im Kitabereich bezogen habe und die gesamte Ausführung einschließlich des Rohbaus gemäß ihrer Planung umgesetzt worden sei. Außerdem legte die ASt mit dem Schreiben vom 15. August 2018 zwei weitere Referenzen vor:

- Die eine dieser beiden weiteren Referenzen betrifft ein Doppelhaus [...]. Die Leistung umfasste beim Gebäude und den Freianlagen jeweils die Leistungsphasen 1 bis 8, das Vorhaben wurde im Februar 2018 fertiggestellt und die Baukosten betragen 0,65 Mio. € (netto).
- Das zweite Referenzvorhaben sind Bürohäuser mit einer Wohnung in [...]. Die Leistung umfasste beim Gebäude und den Freianlagen jeweils die Leistungsphasen 1 bis 9, das Vorhaben wurde im September 2015 fertiggestellt und die Baukosten betragen 0,74 Mio. € (netto).

Nach Übersendung eines indikativen Angebots fand das erste Verhandlungsgespräch zwischen dem Ag und der Bietergemeinschaft der ASt am 5. September 2018 statt.

Am 19. September 2018 informierte der Ag die ASt darüber, dass er sich mit anwaltlicher Begleitung noch einmal die Eignungsnachweise der ASt und die durchgeführte Eignungsprüfung angesehen habe und dass es zu den Referenzen der ASt noch Aufklärungsbedarf gebe. Außerdem wies der Ag die ASt in diesem Schreiben auf die bekannt gemachten Eignungsanforderungen sowie darauf hin, dass sich aus § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV ergebe, dass nur Referenzen aus den letzten drei Jahren berücksichtigt werden dürften, also keine Referenzaufträge, die vor 2015 abgeschlossen wurden. Der Ag fragte die ASt, wann die Leistungen im Rahmen der Referenz „Kita J“ abgeschlossen worden seien.

Die ASt antwortete hierauf am 21. September 2018, dass die „Kita J“ im April 2013 abschließend fertiggestellt worden sei und verwies noch einmal auf die beiden weiteren, dem Ag am 15. August 2018 (bei dem in ihrem Schreiben genannten Datum „18.05.2018“ handelt es sich unstreitig um einen Zahlendreher) vorgelegten Referenzen (Doppelhaus in [...] und Bürohäuser mit einer Wohnung in [...]).

Am 27. September 2018 teilte der Ag der ASt mit, dass das Büro der ASt auch mit den am 21. September 2018 übersandten Informationen ihre Eignung nicht habe nachweisen können und dass die ASt mangels Eignung vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werde. Zur Begründung führte der Ag aus, dass die von der ASt fristgemäß im Juli 2018 eingereichten Referenzen nicht die aufgestellten Anforderungen erfüllten (mindestens ein realisiertes Projekt mit den Leistungsphasen 2 bis 8, mindestens 2 Mio. € Baukosten je Referenz und Erbringung der wesentlichen Leistungen in den Referenzaufträgen in den letzten drei Jahren).

Die ASt schrieb dem Ag hieraufhin am 28. September 2018, dass sie der „Schock“ auf das Schreiben des Ag „wirklich unvorbereitet“ getroffen habe, nachdem ihr zunächst am 28. Juli 2018 mitgeteilt worden sei, dass sie die Eignungsprüfung aufgrund der vorgelegten Unterlagen bestanden habe und anschließend ein Verhandlungsgespräch mit ihrer Bietergemeinschaft geführt worden sei. Wenn sie vom Ag auf die Drei-Jahres-Frist hingewiesen worden wäre, hätte sie darauf während der Prüfungen der Ag reagiert. Ziffer 1.15 des Auslobungstexts verstehe die ASt so, dass das Verhandlungsverfahren erst nach der erfolgreichen Eignungsprüfung stattfinden solle und der Ag die Verantwortung habe, die vorgelegten Unterlagen auf Vollständigkeit und Unbedenklichkeit zu prüfen und der ASt gegebenenfalls eine weitere Frist zu setzen, erforderliche Unterlagen nachzureichen. Außerdem wies die ASt den Ag auf ihre langjährige Erfahrung als Architekt hin und fragte, ob die bisher investierten Kräfte in dieses Verfahren umsonst gewesen sein sollten.

Der Ag antwortete der ASt am 1. Oktober 2018, dass er deren Ausführungen vom 28. September 2018 so verstehe, dass sie das Wiederaufgreifen der Eignungsprüfung zum jetzigen Zeitpunkt beanstande und der Ag an die Eignungsbejahung des von ihm beauftragten Architekturbüros S. gebunden sei. Er halte jedoch an seiner Ausschlussentscheidung fest.

Am 12. Oktober 2018 wandte sich die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigte an den Ag. Die Eignung der ASt sei gegeben und der Ausschluss sei vergaberechtlich fehlerhaft. Die Verfahrensbevollmächtigten des Ag wiesen diese Rügen am 15. Oktober 2018 zurück.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 16. Oktober 2018 beantragte die [...] (im Folgenden: C) bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an den Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, die von ihr vertretene Bietergemeinschaft sei zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden.

Zur Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes trägt die ASt vor, dass diese Vergabekammer in Ziffer VI.4.1 der Bekanntmachung als die für Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle angegeben worden sei. Bedenken hiergegen hätten sich für die ASt nicht ergeben, da ihr Angebot den Schwellenwert von 221.000 € netto übersteige.

Des Weiteren führt die ASt zur Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags aus, dass der Ag öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB sei. Denn der streitgegenständliche Auftrag stelle einen Bauauftrag bzw. eine damit in Verbindung stehende Dienstleistung oder einen Wettbewerb dar und beim ausgeschriebenen „Neubau eines Bundes-, Kompetenz-Schulungs- und Dokumentationszentrums“ handele es sich um ein Schul- und Verwaltungsgebäude. Dass es dem Zuwendungsgeber darauf ankomme, dass ein „multifunktionales Gebäude in Holzbauweise“ errichtet werde, sei für § 99 Nr. 4 GWB unerheblich, denn es käme dem Wortlaut dieser Vorschrift nach nur darauf an, ob es sich um ein Schul- oder Verwaltungsgebäude handele; anderenfalls werde § 99 Nr. 4 GWB „ausgehoben“.

Zur Frage der Vergabekammer, ob die ASt als einzelnes Mitglied der am Vergabeverfahren beteiligten Bietergemeinschaft antragsbefugt sei, legte die ASt eine Bietergemeinschaftserklärung aller drei Mitglieder der Bietergemeinschaft vor, wonach die C u.a. rechtsverbindlich bevollmächtigter Vertreter gegenüber dem Ag sowie „prozessführungsbefugt“ ist. Ergänzend führte die ASt hierzu aus, dass die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens sowohl im Interesse der Bietergemeinschaft liege, die die Zuschlagserteilung gemeinsam erwirken wolle, als auch im individuellen Interesse der C, deren Eignung vom Ag angezweifelt werde.

Die ASt meint weiter, sie sei mit ihrem Vorbringen nicht präkludiert. Denn aus ihrer Sicht seien die Eignungsanforderungen des Ag bei der Einreichung ihrer Referenzobjekte nicht unklar gewesen.

Zur Begründetheit des Nachprüfungsantrags trägt die ASt vor, dass sie die Eignungsanforderungen des Ag erfülle. So habe sie mit dem Referenzauftrag „Kita J“ ein realisiertes Projekt mit den Leistungsphasen 2 bis 8 nachgewiesen und ihre Referenzobjekte umfassten Baukosten in Höhe von mindestens 2 Mio. €. Erst nach dem Verhandlungsgespräch habe der Ag die Eignungsanforderungen so ausgelegt und erhöht, dass jedes Referenzobjekt für sich einen Wert von 2 Mio. € aufweisen müsse. Dies sei der Bekanntmachung nicht zu entnehmen und von der ASt auch nicht so verstanden worden. Des Weiteren ergebe sich aus der Bekanntmachung und den Ausschreibungsunterlagen des Ag nicht, dass die wesentlichen Leistungen der Referenzaufträge in den letzten drei Jahren erbracht worden sein müssten. § 46 VgV, auf den der Ag diesbezüglich im Nachhinein verweise, könne die Verpflichtung des Ag, Eignungsanforderungen bekannt zu machen, nicht ersetzen.

Zudem habe die ASt mit der Referenz „Kita J“ nachgewiesen, dass sie bereits Hochbauarbeiten durchgeführt habe. Entgegen der Auffassung des Ag habe die ASt auch beim Referenzobjekt „Kita Q“ nicht nur den Innenausbau geplant und betreut. Wie sie dem Ag bereits am 15. August 2018 erläutert habe, habe ihre Planung vielmehr die gesamten tragenden und nicht tragenden Bauteile und sogar die Elektrotechnik umfasst. Auf entsprechende Nachfrage der Vergabekammer trägt die ASt hierzu ergänzend vor, dass der Bauantrag für die „Kita Q“ von der ASt erstellt, jedoch für den gesamten Gebäudekomplex vom betreffenden Vermieter eingereicht worden sei. Somit habe sie bei diesem Referenzobjekt die Leistungsphase 4 erbracht. Darüber hinaus habe die ASt in den vergangenen Jahren zahlreiche Bauanträge gestellt und Baugenehmigungen erwirkt.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Überprüfung des Ausschreibungsverfahrens offener Realisierungswettbewerb,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt für notwendig zu erklären,
3. der Ag hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen,
4. die Akteneinsicht gemäß § 111 GWB in die Vergabeakten des Ag.

Zum Einwand des Ag, der ASt fehle die Antragsbefugnis, weil diese nicht die bestbietende sei, trägt die ASt vor, dass sie dieses Wertungsergebnis anzweifele. Aufgrund der Erstplatzierung als Wettbewerbssiegerin stehe ihr bereits ein Punktevorsprung zu. Die ASt beantragt diesbezüglich

Akteneinsicht gemäß § 111 GWB in die Vergabeakten des Ag.

b) Der Ag beantragt über seine Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen des Ag.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Ag wird für notwendig erklärt.

Der Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits aus mehreren Gründen unzulässig. So sei die angerufene Vergabekammer nicht für die Nachprüfung zuständig, weil der Ag kein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 GWB sei. Der Ag unterliege als eingetragener Verein i.S.d. § 21 BGB keiner staatlichen Aufsicht oder sonstiger organisatorischer oder finanzieller Kontrolle und erfülle keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, so dass er kein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB sei. Auch die Voraussetzungen des § 99 Nr. 4 GWB seien vorliegend nicht erfüllt, weil der streitgegenständliche Auftrag keines der dort abschließend genannten Bauwerke oder damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungen oder Wettbewerbe betreffe. Denn über ein Drittel der neu zu bauenden Gebäudeflächen sollten Büroflächen des Ag und des [...] sein. Die ebenfalls zu errichtenden Schulungsräume sollten vor allem der Weiterbildung der Mitglieder der Gemeinde- und der Landesverbände des Ag dienen. Es handele sich bei dem Bauvorhaben somit nicht um eine Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtung oder ein Schul- oder Verwaltungsgebäude. Die Ausstattung mit einem Café und einem begrünten Außenbereich mache das Vorhaben auch noch nicht zu einer Freizeiteinrichtung. Des Weiteren sei dieses Vorhaben nach Sinn und Zweck des § 99 Nr. 4 GWB nicht unter diese Vorschrift zu fassen. Denn die Zuwendung von Fördermitteln sei vorliegend nicht daran geknüpft, dass mit diesem Bau Freizeit- und Erholungszwecke verfolgt werden würden. Vielmehr komme es dem Zuwendungsgeber darauf an, dass ein „multifunktionales Gebäude in Holzbauweise“ errichtet werde, um die Öffentlichkeit für alternative Bauweisen zu begeistern.

Darüber hinaus sei die ASt nicht antragsbefugt, weil ihr kein Schaden drohe. Nach derzeitigem Stand habe ein anderer Bewerber ein deutlich besseres Angebot abgegeben, so dass das indikative Angebot der ASt trotz des gewonnenen Wettbewerbs „nach vorläufiger Auswertung“ nicht an erster Stelle stehe.

Des Weiteren sei die ASt präkludiert, soweit sie sich auf eine unzureichend klare Beschreibung der Eignungsanforderungen berufe. Da diese Anforderungen bereits aus der Bekanntmachung erkennbar gewesen seien, hätte die ASt diese gemäß § 160 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 3 GWB bis zum Ablauf der Frist zur Einreichung der Projekte am 31. Mai 2018 rügen müssen.

Ferner sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil die ASt mangels Erfüllung der Eignungsanforderungen des Ag zu Recht ausgeschlossen worden sei.

Das vom Ag beauftragte Architekturbüro S. habe trotz der beim Ag im August 2018 aufgetretenen Zweifel an der Eignung der ASt die Auffassung vertreten, dass ein Bewerber auch mit solchen Referenzen seine Eignung nachweisen könne, deren Aufträge zwar nicht jeweils Baukosten in Höhe von 2 Mio. € aufwiesen, jedoch in der Summe diesen Wert erreichten. Daher sei die ASt zunächst zum Verhandlungsverfahren eingeladen worden. Da der Ag im Verhandlungsgespräch große Zweifel gehabt hätte, dass die ASt in der Lage sein würde, ihren eigenen Entwurf praktisch umzusetzen, habe er seine Verfahrensbevollmächtigten gebeten, die bisherige Eignungsprüfung noch einmal rechtlich zu bewerten. Im Ergebnis sei man hieraufhin gemeinsam zu dem Schluss gekommen, dass die ASt ihre Eignung nicht den Anforderungen entsprechend nachgewiesen habe. So erreichten die eingereichten Referenzobjekte für die „Kita J“ und die „Kita Q“ nicht die geforderte Mindestsumme an Baukosten von jeweils 2 Mio. €. Der Plural in der Bekanntmachung „das bzw. die“ Referenzobjekte müssten mindestens 2 Mio. € Baukosten umfassen, sei nur verwendet worden, um klarzustellen, dass auch mehr als eine geforderte Mindest-Referenz angegeben werden könne. Der Ag habe mit dieser Formulierung jedoch nicht zum Ausdruck bringen wollen, dass die 2-Millionen-Grenze auch durch mehrere Einzelreferenzen nachgewiesen werden könne. Dies würde Sinn und Zweck der Mindest-Referenzanforderung widersprechen, denn da für das Bauvorhaben insgesamt [...] Mio. € zur Verfügung stünden, davon [...] Mio. € für die Kostengruppen 300 bis 500, habe der Ag Eignungsanforderungen formuliert, die sicherstellen sollten, dass die Planer bereits

Erfahrungen mit Bauvorhaben vergleichbarer Größenordnung hätten. Eine Addition mehrerer kleinerer Referenzen könne diese Anforderungen nicht erfüllen. Der ASt wäre es im Übrigen möglich gewesen, geeignete Referenzen im Wege der Eignungslleihe gemäß § 47 VgV vorzulegen.

Des Weiteren komme die Zusammenrechnung der beiden von der ASt vorgelegten Referenzen auch deshalb nicht in Betracht, weil das Referenzprojekt „Kita J“ älter als drei Jahre sei. Wenn man der Auffassung der ASt folge, dass diese zeitliche Begrenzung in der Bekanntmachung hätte genannt werden müssen, würde der fehlende Hinweis auf § 46 VgV dazu führen, dass das Alter der Referenzen in der Eignungsprüfung gar keine Rolle spielen dürfte. Dies wäre jedoch rechtswidrig, weil gemäß § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV nur Referenzen hinsichtlich der letzten drei Jahre berücksichtigt werden dürften. Hiervon könne ein Auftraggeber zwar gemäß § 46 Abs. 3 Nr. 1, 2. HS VgV unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausnahme zulassen. Dies setze jedoch voraus, dass er auf die Verlängerung des Referenzzeitraums vorab hinweise und diesen auch genau benenne. Wenn ein solcher Hinweis wie im vorliegenden Fall fehle, verbleibe es beim Regel-Referenzzeitraum von drei Jahren.

Ferner sei die Referenz „Kita Q“ nicht i.S.d. §§ 46, 75 VgV geeignet. Denn auch nach dem Vortrag der ASt, dass sie bei diesem Projekt zumindest den Bauantrag erstellt habe, fehle hier ein Nachweis, dass die ASt auch die weiteren Grundleistungen, die gemäß Anlage 10 zur HOAI 2013 zur Leistungsphase 4 gehörten, erbracht habe (u.a. die Verhandlung mit den Behörden sowie das Ergänzen und Anpassen der Planungsunterlagen, Beschreibungen und Berechnungen). Außerdem bezweifelt der Ag, dass die ASt alle Leistungen i.S.d. Anlage 10 zur HOAI 2013 der Leistungsphase 7 in diesem Projekt vollständig ausgeführt habe, weil der Referenzgeber der „Kita Q“ nur das „Erstellen der Leistungsverzeichnisse“, jedoch z.B. nicht das Einholen, Prüfen und Werten von Angeboten, das Führen von Bietergesprächen oder das Erstellen der Vergabevorschläge bestätigt habe. Auch die Bauüberwachung im Rahmen der Leistungsphase 8 habe die ASt ausweislich dieser Referenz nur teilweise selbst erbracht. Unabhängig davon seien die betreffenden Leistungen der ASt in diesem Projekt auch inhaltlich nicht der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar. Zwar habe der Ag vorliegend nicht verlangt, dass der Wettbewerber bereits Objekte derselben Nutzungsart geplant oder realisiert habe. Die Vergleichbarkeit der Referenz der ASt sei jedoch deshalb in Zweifel gezogen worden, weil sich die Planungsleistungen bei der Referenz „Kita Q“ im Wesentlichen auf

Innenausbauleistungen und nicht auf den Hochbau bezogen hätten. Der Ag habe daher berechtigterweise Bedenken, ob diese Referenzleistung einen tragfähigen Rückschluss auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der ASt für die ausgeschriebene Leistung zulasse.

Schließlich könnten auch die von der ASt am 15. August 2018 unaufgefordert nachgereichten Referenzen nicht berücksichtigt werden. Denn auch diese Referenzen erfüllten jeweils einzeln nicht die maßgeblichen Mindest-Baukosten. Ungeachtet dessen hätten sie auch nicht gemäß § 56 Abs. 2 VgV nachgefordert werden dürfen, weil es hier nicht darum gehe, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Referenzunterlagen nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, sondern darum, eine zeitlich veraltete Referenz durch mehrere aktuelle Referenzen zu ersetzen. Ein solcher Austausch von Referenzen verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und sei unzulässig.

Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit es um deren Ausschluss mangels Eignung ging und keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

Nachdem alle Verfahrensbeteiligten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet haben, ergeht die Entscheidung nach Lage der Akten (§ 166 Abs. 1 S. 3, 1. Alt. GWB).

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

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet, weil die ASt zu Unrecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Die Vergabekammer des Bundes ist für die Nachprüfung des Antrags der ASt zuständig (dazu unter a)), die ASt ist antragsbefugt (dazu unter b)) und ihre Rügen sind rechtzeitig erfolgt (dazu unter c)). Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB wurde ebenfalls eingehalten (dazu unter d)).

a) Die Vergabekammer des Bundes ist zuständig, weil der Ag ein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB ist (dazu unter aa)) und das verfahrensgegenständliche Vorhaben überwiegend vom Bund finanziert wird (dazu unter bb)).

aa) Der Ag ist als eingetragener Verein bürgerlichen Rechts eine juristische Person des privaten Rechts, der nicht unter § 99 Nr. 2 GWB fällt. Zwar könnte man entgegen der eigenen Auffassung des Ag vertreten, dass er zu einem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, indem er satzungsgemäß u.a. die [...] Betätigung aller Bürger, soziale Gemeinschaften und den Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutz fördert (§ 2 der Satzung des Ag). Jedoch wird er nicht von Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB überwiegend finanziert i.S.d. § 99 Nr. 1 lit. a) GWB, sondern ausschließlich durch Beiträge und Umlagen seiner Mitglieder, die von seinen vereinseigenen und nur aus Vereinsmitgliedern bestehenden Gremien festgelegt werden (§§ 4, 6, 13, 14, 17, 19 der Satzung des Ag). Auch sonst ist der Ag organisatorisch und haushalterisch autonom, so dass insoweit die erforderliche „Staatsnähe“ fehlt. Denn er darf seinen Haushaltsplan selbst festlegen und seine Finanzen (Kassen, Bücher etc.) selbst oder allenfalls dann mithilfe externer Dritter führen bzw. prüfen, wenn vereinseigene Gremien dies so beschließen (§ 19 der Satzung des Ag) (vgl. zu diesen Voraussetzungen EuGH, Urteil vom 12. September 2013, Rs. C-526/11, Rz. 25 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2015, VII-Verg 35/14 (beide zu den deutschen Ärztekammern); 1. VK Bund, Beschluss vom 22. Dezember 2017, VK 1 - 141/17, VK Sachsen, Beschluss vom 12. November 2015, 1/SVK/033-15 (zu Industrie- und Handelskammern)). Des Weiteren unterliegt die Leitung des Ag nicht der Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB i.S.d. § 99 Nr. 2 lit. b) GWB, denn es gibt keine Kontrolle oder sonstige staatliche

Beeinflussungsmöglichkeit der laufenden Tätigkeiten der Ag, insbesondere deren konkreter Beschaffungsentscheidungen. Daher besteht nicht die Gefahr, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge durch den Ag staatlicherseits beeinflusst werden kann (vgl. zum Gesetzeszweck dieser Regelung EuGH, aaO., Rz. 20, 29; EuGH, Urteil vom 27. Februar 2003, Rs. C-373/00, Rz. 70 ff.; 1. VK Bund und VK Sachsen, aaO., Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 99 GWB, Rz. 74, 96 m.w.N.). Schließlich sind auch die Voraussetzungen des § 99 Nr. 2 lit. c) GWB nicht erfüllt, weil die zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe des Ag nicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB bestimmt worden sind.

Auch die weitere Voraussetzung des § 99 Nr. 4 GWB liegt hier vor, da das verfahrensgegenständliche Vorhaben Dienstleistungen betrifft, die mit der Errichtung eines der dort genannten besonderen Bauvorhaben in Verbindung stehen. Die in § 99 Nr. 4 GWB genannten Auftragsgegenstände sind zwar abschließend aufgelistet worden, aber inhaltlich weit auszulegen (Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 99 GWB, Rz. 124 ff. m.w.N.). Danach erfüllt das gegenständliche Bauvorhaben mehrere Tatbestandsalternativen dieser Vorschrift. Denn als „Schulgebäude“ sind auch solche Gebäude zu verstehen, in denen Personen [...], u.a. in den Themen Biodiversität und Bodenschutz, der Rolle der Natur in der Stadtplanung sowie in umwelt- und naturpädagogischen Grundlagen aus- und fortgebildet werden, so wie es hier bei dem neu zu errichtenden Schulungs- und Dokumentationszentrum des Ag der Fall sein wird. Darüber hinaus handelt es sich vorliegend ebenfalls um ein „Verwaltungsgebäude“ i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB, da ca. ein Viertel der neu zu bauenden Räume von den Geschäftsstellen des Ag und des ihm nahestehenden [...] als Büroräume genutzt werden sollen (vgl. Flächenangaben im Raumprogramm, Ziffer 2.5 der Auslobungsbedingungen). Schließlich sollen in dem Dokumentationszentrum Ausstellungen zu den o.g. Themen insbesondere für [...]interessierte aus der gesamten Bundesrepublik stattfinden, ebenfalls ist in dem Gebäudekomplex ein öffentlich zugängliches Café vorgesehen. Solche Orte, die von der überwiegenden Mehrzahl der Besucher während der Freizeit aufgesucht werden, fallen unter den Begriff „Freizeiteinrichtung“ i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB (Eschenbruch in: Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., zu § 99 GWB, Rz. 332 m.w.N.).

Drittens erhält der Ag ausweislich des der Vergabekammer vorliegenden Fördermittelbescheids für den verfahrensgegenständlichen Auftrag vom Bund, also

von einer Stelle, die unter § 99 Nr. 1 GWB fällt, finanzielle Mittel, mit denen dieses Vorhaben zu mehr als 50% subventioniert wird. Dass der Zuwendungszweck darin besteht, dass ein multifunktionales Gebäude in Holzbauweise errichtet wird, „um einen Beitrag zur breiten Anwendung des nachwachsenden Rohstoffs Holz“ zu leisten, steht dem nicht entgegen. Denn der Zuwendungsbescheid steht ebenfalls unter der Bedingung/Auflage (Nr. 7), dass das Gebäude so wie im Fördermittelantrag des Ag angegeben, also als „Integriertes Schulungs- und Dokumentationszentrum“, genutzt wird, bei zweckwidriger Nutzung kann die gewährte Zuwendung sogar zurückgefordert werden. Der Zuwendungszweck besteht hier mithin nicht nur in der Vorgabe „(Holz-) Bauweise“, sondern auch in der vorgesehenen Nutzungsart. Darüber hinaus ergibt sich aus dem Wortlaut des § 99 Nr. 4 GWB nicht, dass nicht nur auf die Tatsache der Subventionierung eines Vorhabens durch Stellen, die öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB sind, abzustellen ist, sondern auch auf den konkreten Förderungszweck. Letzteres würde zudem dem Schutzzweck des § 99 Nr. 4 GWB widersprechen, dass ein öffentlicher Auftraggeber seine vergaberechtlichen Pflichten nicht dadurch umgehen können soll, dass er bestimmte Aufträge von Einrichtungen vergeben lässt, die selbst nicht dem Vergaberecht unterfallen, obwohl diese Aufträge aufgrund ihrer überwiegenden Finanzierung dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen sind (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 26. September 2013, Rs. C-115/12 P, Rz. 104; Eschenbruch in: Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., zu § 99 GWB, Rz. 324 m.w.N.).

bb) Da kein Bundesland, sondern der Bund mehr als 50% der Mittel für das streitgegenständliche Vorhaben bewilligt hat, ist der vorliegende Auftrag dem Bund zuzurechnen, so dass gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 4 GWB die Vergabekammern des Bundes für die Nachprüfung dieses Vergabeverfahrens zuständig sind.

b) Die ASt ist antragsbefugt i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB.

Das hierzu zunächst erforderliche Auftragsinteresse eines Antragstellers wird regelmäßig durch die Abgabe eines Angebots dokumentiert. Die Angebotsabgabe erfolgte vorliegend zwar durch eine Bietergemeinschaft, bestehend aus der C, der „[...]“ und der „[...]“, eingereicht wurde der Nachprüfungsantrag jedoch lediglich von der C und damit nur von einem einzelnen Mitglied dieser Bietergemeinschaft. Dies steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nicht entgegen. Denn vorliegend sind die auch im

Nachprüfungsverfahren analog anwendbaren Voraussetzungen einer gewillkürten Prozessstandschaft erfüllt. Denn die C wurde von den übrigen Mitgliedern der Bietergemeinschaft u.a. zur „Prozessführung“ ermächtigt und hat ein schutzwürdiges Eigeninteresse an der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens, weil ihr der Erfolg des Nachprüfungsantrags in gleicher Weise zugute kommt wie den übrigen Mitgliedern der Bietergemeinschaft (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. November 2013, VII-Verg 20/13 m.w.N.; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 23. Januar 2007, 11 Verg 11/06). Darüber hinaus hat die ASt auf Nachfrage der Vergabekammer hinreichend deutlich gemacht, dass sie mit dem Nachprüfungsantrag keine eigenen Rechte verfolgt, sondern als Prozessstandschafterin auftritt (vgl. OLG München, Beschluss vom 14. Januar 2015, Verg 15/14).

Des Weiteren macht die ASt, indem sie sich gegen den Ausschluss der Bietergemeinschaft aus dem Vergabeverfahren wendet, schlüssig und nachvollziehbar geltend, dass diese Bietergemeinschaft durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften (hier: über die Prüfung der Eignung der Bieter) in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist. Die ASt hat ebenfalls dargelegt, dass der Bietergemeinschaft infolgedessen ein Schaden zu entstehen droht, nämlich der Verlust jeglicher Zuschlagschancen, weil sie am weiteren Verhandlungsverfahren nicht mehr beteiligt werden soll. Ob der Ausschluss zu Recht erfolgt ist, ist erst im Rahmen der Begründetheit des Nachprüfungsantrags zu prüfen (vgl. nur BayObLG, Beschluss vom 27. Juli 2004, Verg 14/04; Dicks in: Ziekow/Völlink „Vergaberecht“, 3. Aufl., zu § 160 GWB, Rz. 30, 32 m.w.N.); für die Bejahung der Antragsbefugnis reicht es nach § 160 Abs. 2 GWB aus, dass der Antragsteller eine Verletzung von Vergabevorschriften „behauptet“ und schlüssig darlegt, dass er ohne den Rechtsverstoß eine Chance auf den Zuschlag hätte (hier: weil nach Auffassung der ASt der Ausschluss zu Unrecht erfolgte). Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags kommt es auch nicht darauf an, dass das Angebot der Bietergemeinschaft der ASt nach der Aussage des Ag nicht den ersten Rang belegt. Dies ist nämlich das Wertungsergebnis nach der ersten Verhandlungsrunde, an die sich weitere Runden anschließen, in denen das zu bezuschlagende Angebot vom Ag ermittelt wird (vgl. § 17 Abs. 10, 11 VgV). In einem solchen Verhandlungsverfahren ist es daher nicht ausgeschlossen, dass sich die Wertungsreihenfolge der Bieter in den weiteren Verhandlungsrunden verschiebt. Dies gilt vorliegend erst recht für die Bietergemeinschaft der ASt. Denn sollte entsprechend dem Vorbringen der ASt der Ausschluss dieser Bietergemeinschaft zu Unrecht erfolgt und die Bietergemeinschaft daher an den weiteren Verhandlungsgesprächen zu beteiligen sein, ist

es durchaus denkbar, dass diese auf den ersten Platz vorrückt. Denn aufgrund ihres ersten Platzes im vorangegangenen Realisierungswettbewerb hat sie bereits 150 (von insgesamt 300 möglichen) Punkten erreicht, wohingegen die übrigen Preisträger insoweit lediglich 50 Punkte in die endgültige Wertung einbringen. Nicht zuletzt betont der Ag selbst, dass die Auswertung der Angebote derzeit nur „vorläufig“ sei.

c) Die ASt hat die Vergaberechtsverstöße am 28. September 2018 rechtzeitig gerügt.

Bei diesem Schreiben der (auch diesbezüglich vertretungsberechtigten) ASt handelt es sich um eine Rüge i.S.d. § 160 Abs. 3 GWB, auch wenn sie dieses nicht ausdrücklich als „Rüge“ bezeichnet und hierin u.a. Fragen an den Ag gestellt hat. Dennoch geht hieraus mit hinreichender Deutlichkeit hervor, dass die ASt einen konkreten Vergaberechtsverstoß geltend macht und dessen Beseitigung durch den Ag verlangt (vgl. zu den Voraussetzungen einer Rüge nur: OLG Brandenburg, Beschluss vom 13. September 2011, Verg W 10/11; Thüringer OLG, Beschluss vom 31. August 2009, 9 Verg 6/09). Denn indem die ASt davon spricht, dass sie von dem Ausschlusschreiben des Ag schockiert gewesen sei, macht sie deutlich, dass sie die Wertungsentscheidung des Ag für fehlerhaft hält. Zusätzlich weist die ASt auf die ihrer Meinung nach richtige Vorgehensweise hin, dass der Ag die bisherige Eignungsprüfung nicht erneut aufgreifen dürfe und die ASt auf die Referenzanforderung „Drei-Jahres-Frist“ hätte hinweisen müssen. Wie sein Antwortschreiben vom 1. Oktober 2018 bestätigt, hat auch der Ag das Schreiben der ASt vom 28. Oktober 2018 als „Beanstandung“, also als Rüge verstanden.

Die Rüge erfolgte auch rechtzeitig. Zwar waren die Eignungsanforderungen des Ag bereits aus der Wettbewerbsbekanntmachung vom 7. März 2018 erkennbar. Damit entstand jedoch noch keine Rügeobliegenheit i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 oder 3 GWB, weil jedenfalls nicht erkennbar war, dass diese Anforderungen vergaberechtsfehlerhaft waren (vgl. zu dieser weiteren Voraussetzung: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018, VII-Verg 54/17). Denn diese Anforderungen waren aus Sicht der ASt nicht mehrdeutig und damit vergaberechtswidrig, sondern eindeutig so zu verstehen, dass nicht jede einzelne vorgelegte Referenz Baukosten von mindestens 2 Mio. € umfassen müsse, sondern dass die Auftragswerte mehrerer Referenzen zur Erreichung dieses Wertes zusammengerechnet werden dürften. Dass der Ag eine andere Auffassung vertritt und daher die bekannt gemachten Anforderungen jedenfalls mehrdeutig waren, hat die ASt erst aus dem Ausschlusschreiben des Ag vom 27. September 2018 erfahren und bereits einen

Tag später und damit rechtzeitig innerhalb von zehn Kalendertagen gerügt (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB). Vor diesem Hintergrund braucht nicht entschieden zu werden, ob die Präklusionsregeln der § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 oder 3 GWB überhaupt auf ein Verhandlungsverfahren, in dem – wie hier – die Bekanntmachung oder die Vergabeunterlagen keine Fristen für die Abgabe eines Angebots oder einer Bewerbung enthalten, anwendbar sind (vgl. dazu, dass der Wortlaut des § 160 Abs. 3 GWB abschließend ist: 1. VK Bund, Beschluss vom 5. März 2010, VK 1 - 16/10).

- d) Nach dem Schreiben des Ag vom 1. Oktober 2018, an seiner Ausschlussentscheidung festzuhalten, hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag innerhalb von 15 Kalendertagen, nämlich am 16. Oktober 2018, angebracht. Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ist damit gewahrt.
2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, weil die Bietergemeinschaft der ASt zu Unrecht von der weiteren Wertung ausgeschlossen wurde (dazu unter a)). Durch diesen Vergaberechtsverstoß ist diese Bietergemeinschaft auch in ihren Rechten verletzt (dazu unter b)).
- a) Die Bietergemeinschaft der ASt wurde zu Unrecht mangels Eignung von der Wertung ausgeschlossen, weil die Eignungsvorgaben des Ag hinsichtlich der Auftragssumme der vorzulegenden Referenzen von 2 Mio. € nicht eindeutig waren (dazu unter aa)) und die Anforderung, dass die Referenzen nicht älter als drei Jahre sein dürfen, nicht bekannt gemacht wurde (dazu unter bb)). Der Ag hatte insoweit also keine wirksamen Anforderungen an die vorzulegenden Referenzen aufgestellt, die er den Bietern hätte entgegengehalten dürfen. Auf die Frage, ob der Ag bzgl. der vorgelegten Referenzen überhaupt noch einmal in die bereits abgeschlossene Eignungsprüfung eintreten durfte (vgl. § 42 Abs. 2 S. 1 VgV), kommt es daher ebenso wenig an wie auf die Frage, ob die von der ASt am 15. August 2018 nachgereichten Referenzen hätten gewertet werden dürfen.
- aa) Wenn ein öffentlicher Auftraggeber verlangt, dass die Bieter bestimmte Eignungsanforderungen erfüllen, müssen diese eindeutig formuliert werden. Etwaige Zweifel oder Widersprüchlichkeiten gehen zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers, denn es wäre unbillig, ein Unternehmen mit der harten Sanktion „zwingender Ausschluss des Angebots“ zu belasten, wenn es gar nicht genau wusste, was von ihm verlangt wird (BGH, Urteile vom 15. Januar 2013, X ZR 155/10, und vom 3. April 2012,

X ZR 130/10). Die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers sind gegebenenfalls aus der objektiven Sicht eines verständigen, fachkundigen und mit der betreffenden Ausschreibung vertrauten Unternehmens auszulegen (BGH, Urteile vom 15. Januar 2013 und vom 3. April 2012, jeweils a.a.O.); es kommt also vorliegend nicht darauf an, wie der Ag seine Vorgaben verstanden wissen wollte.

Die Anforderung des Ag hinsichtlich der von den Referenzen zu erreichenden Baukosten waren mehrdeutig. Der Ag hatte diese in Ziffer VI.3 der Wettbewerbsbekanntmachung so formuliert, dass „mindestens ein realisiertes Projekt“ vorzulegen ist und dass „das bzw. die Referenzobjekte (...) mindestens 2 Mio. Euro Baukosten (...) umfassen“ müssen. Dass sich die hier genannten Baukosten auf jedes einzelne der vorgelegten Referenzobjekte beziehen, ergibt sich hieraus nicht. Im Gegenteil spricht der Plural „das oder die Referenzobjekte“ eher für das Verständnis der ASt, dass der geforderte Wert sich auch aus der Summe der einzelnen Objekte ergeben kann. Anders macht es für einen Bieter kaum einen nachvollziehbaren Sinn, die Vorlagemöglichkeit mehrerer Referenzen überhaupt ausdrücklich zu erwähnen. Es braucht daher nicht entschieden zu werden, ob die Vorgaben des Ag aus maßgeblicher Bietersicht so verstehen sind, wie es bei der ASt der Fall war. Nach dem oben Gesagten wirken sich auch solche Formulierungen zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers aus, aus denen das von ihm Gewollte jedenfalls nicht eindeutig hervorgeht.

- bb) Die weitere Vorgabe, die der Ag an die vorzulegenden Referenzen stellen wollte, nämlich dass die wesentlichen Leistungen im Referenzprojekt nicht länger als drei Jahre zurückliegen sollten, wurde aus einem anderen Grund nicht wirksam aufgestellt. Gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB müssen Eignungsanforderungen bekannt gemacht werden. Bei an Planungswettbewerben anschließenden Verhandlungsverfahren wie hier muss dies bereits in der Wettbewerbsbekanntmachung geschehen (s. § 80 Abs. 1, § 70 Abs. 2 VgV).

Diesen Voraussetzungen werden die Referenzanforderungen des Ag nicht gerecht. Denn Ziffer VI.3 der Wettbewerbsbekanntmachungen enthält überhaupt keine Angaben hinsichtlich etwaiger zeitlicher Begrenzungen der vorzulegenden Referenzprojekte. Wie der Ag ausführt, ergibt sich die von ihm gewünschte Eingrenzung auf Referenzleistungen der letzten drei Jahre aus § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV.

Zwar trifft es zu, dass diese Vorschrift eine solche Einschränkung enthält. Dies genügt jedoch nicht den o.g. Anforderungen an die Bekanntmachungspflicht von Eignungskriterien. Der Zweck, diese Kriterien bereits in der Bekanntmachung nennen zu müssen, besteht darin, dass nur in diesem Fall die potentiellen Bieter bereits aus der Bekanntmachung, also vor der Veranlassung weiterer Aufwendungen, erkennen können, ob eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren für sie überhaupt in Betracht kommt (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2011, VII-Verg 60/11; Thüringer OLG, Beschluss vom 21. September 2009, 9 Verg 7/09). Dies ist jedoch nicht einmal dann der Fall, wenn der Auftraggeber in der Bekanntmachung lediglich auf die Vergabeunterlagen oder ein in der Bekanntmachung nicht unmittelbar verlinktes Formblatt verweist (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18 m.z.N.), auch der pauschale Verweis in der Bekanntmachung auf die Vergabeverordnungen oder gesetzliche Eignungsanforderungen reicht nicht aus (vgl. Thüringer OLG, Beschluss vom 21. September 2009, 9 Verg 7/09). Damit wird dem o.g. Zweck der Bekanntmachungspflichten erst recht nicht genügt, wenn – wie hier – in der Bekanntmachung nicht einmal ausdrücklich die Vorschrift erwähnt wird, aus der sich nach Auffassung des Ag weitergehende Eignungsanforderungen ergeben sollen. Erforderlich ist vielmehr, dass sich die Eignungsanforderungen allein aus der Bekanntmachung ergeben. Vom Bieter darf nicht verlangt werden, dass er z.B. den einschlägigen Gesetzestext zum weiteren Verständnis hinzuzieht, um sich die Anforderungen des Auftraggebers selbst zusammensuchen. Hinzu kommt vorliegend, dass für einen Bieter die konkreten Eignungsvorgaben des Ag auch dann nicht hinreichend eindeutig gewesen wären, wenn er den Wortlaut des § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV „dazugelesen“ hätte (vgl. dazu, dass mehrdeutige Eignungsanforderungen einem Bieter nicht entgegengehalten werden dürfen, oben unter 2a)aa)). Denn laut dieser Vorschrift darf ein Auftraggeber nicht nur Referenzen aus den letzten drei Jahren fordern, so dass der Ag aus diesem Grund nur dies hätte meinen können; vielmehr darf ein Auftraggeber ausnahmsweise auch ältere Referenzen berücksichtigen. Mangels entsprechenden Erfahrungssatzes und aufgrund des einem durchschnittlichen Bieter zukommenden Erkenntnishorizonts in vergaberechtlicher Hinsicht kann ein Bieter zudem nicht unterstellen, dass der öffentliche Auftraggeber stets rechtmäßig handelt und nur das als Eignungsnachweis verlangt, was ihm (z.B. gemäß § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV) erlaubt ist. Bei dieser Sach- und Rechtslage war aus objektiver Bietersicht nicht eindeutig erkennbar, was der Ag hinsichtlich des Alters der vorzulegenden Referenzen konkret verlangen wollte.

- b) Durch ihren vergabefehlerhaften Ausschluss vom Vergabeverfahren ist die Bietergemeinschaft der ASt auch in ihren Rechten verletzt, denn es ist nicht auszuschließen, dass durch diesen Vergaberechtsverstoß die Zuschlagschancen dieser Bietergemeinschaft beeinträchtigt worden sind (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2018, VII-Verg 39/17 m.z.N.).

Zwar würde die Bietergemeinschaft der ASt auch ohne den Ausschluss ihres Angebots derzeit nicht den Zuschlag erhalten. Jedoch handelt es sich hierbei lediglich um die vorläufige Wertung der Angebote nach der ersten Verhandlungsrunde. Allein schon wegen ihres Punktevorsprungs aus dem vorangegangenen Wettbewerb könnte diese Bietergemeinschaft in den weiteren Runden durchaus noch auf den ersten Platz vorrücken (vgl. hierzu bereits oben unter 1b)).

Auch sonst steht nicht mit der gebotenen Gewissheit i.S.d. oben genannten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf fest, dass die Bietergemeinschaft der ASt die Eignungsanforderungen des Ag nicht erfüllen könnte, auch wenn diese von vornherein wirksam, vor allem eindeutig, bekannt gemacht worden wären. Denn auch wenn die von der ASt bisher vorgelegten Referenzen keine Aufträge betrafen, die Baukosten in Höhe von jeweils mindestens 2 Mio. € umfassten und möglicherweise auch inhaltlich nicht vergleichbar waren (Kita Q), weiß man nicht, welche Referenzen die ASt bei entsprechend eindeutiger Formulierung eingereicht hätte. Hierbei kämen nicht nur die Referenzen der ASt selbst in Betracht, der Ag hat diesbezüglich zu Recht darauf hingewiesen, dass sich ein Bieter fehlende Leistungsfähigkeiten ggf. von anderen Unternehmen i.S.d. § 47 VgV leihen kann.

Vorliegend kommt ein weiteres hinzu: Es steht noch nicht einmal hinreichend gesichert fest, dass der Ag bei einer Zurückversetzung seines Vergabeverfahrens dieselben Eignungsanforderungen aufstellt, die er bereits jetzt hatte vorgeben wollen. Denn Eignungskriterien müssen nicht nur eindeutig und transparent bekannt gemacht werden, sondern u.a. zum Auftragsgegenstand in einem angemessenen Verhältnis stehen (§ 122 Abs. 4 S. 1 GWB, § 75 Abs. 4 S. 1 VgV). Ob dies bei den Vorgaben des Ag „Einzelreferenz mit Baukosten von mindestens 2 Mio. €“ und „Referenzauftrag nicht älter als drei Jahre“ der Fall ist, müsste vom Ag erst noch geprüft und in der Vergabeakte hinreichend dokumentiert werden. Sein bisheriger pauschaler Vortrag, er habe auf diese Weise sicherstellen wollen,

dass die zu beauftragenden Planer bereits Erfahrungen mit Bauvorhaben vergleichbarer Größenordnung hätten, reicht hierzu möglicherweise nicht aus. Denn der Ag muss bei seinen Erwägungen u.a. berücksichtigen, inwieweit seine Anforderungen kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger, darunter möglicherweise auch die ASt, von der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren fernhalten (vgl. § 75 Abs. 4 S. 2 VgV). Daher sind entsprechend nachvollzieh- und überprüfbare Begründungen des Ag erforderlich, warum diese möglicherweise hohen Auftragswerte in Referenzaufträgen erforderlich sind, um die Eignung eines Bieters zur Erbringung des ausgeschriebenen Auftrags zu belegen. Darüber hinaus schreibt § 75 Abs. 5 S. 2 VgV vor, dass solche Referenzobjekte vom Auftraggeber zuzulassen sind, deren Planungsanforderungen mit denen der zu vergebenden Planungsleistung vergleichbar sind. Daher wäre bei der Festlegung der Eignungsanforderungen vom Ag ebenfalls darauf einzugehen, ob und inwieweit die Höhe der Baukosten hinreichende Rückschlüsse auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit eines Bieters erlauben, der – wie hier – ausschließlich Planungsleistungen erbringen soll. Dass der Wert von Planungsleistungen und der von Bauleistungen getrennt zu beurteilen sind, legt die Regelung zu den Schwellenwerten in § 3 Abs. 7 S. 2 VgV nahe und wird ebenfalls durch die bereits vorliegenden Honorarangebote der Bieter bestätigt. Schließlich könnten in die Erwägungen des Ag, welche Eignungsanforderungen er stellt, auch seine Erfahrungen aus den bisher vorliegenden Unterlagen und die Frage einfließen, ob und inwieweit der potentielle Bieterkreis diese erfüllen kann. So bestehen aus Sicht der Vergabekammer nach dem aus der Vergabeakte erkennbaren bisherigen Aufklärungsstand des Ag Zweifel daran, ob anstelle der Bietergemeinschaft der ASt jedenfalls andere Bieter die Anforderung, dass die Referenzleistungen nicht älter als drei Jahre sein dürfen, erfüllen können, jedenfalls sofern dies für alle von den Referenzaufträgen abzudeckenden Leistungsphasen 2 bis 8 gelten soll.

3. Da der Ag hinsichtlich des Auftragswerts und des Alters der vorzulegenden Referenzen keine wirksamen Eignungsanforderungen aufgestellt und die Bietergemeinschaft der ASt zu Unrecht mangels Eignung ausgeschlossen wurde, ist anzuordnen, dass auf der Grundlage der derzeitigen Angebotswertung kein Zuschlag ergehen darf. Es obliegt dem Ag zu entscheiden, wie er weiter verfährt. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren zurückzusetzen. Will er auf die geplanten, aber bisher nicht wirksam bekannt gemachten Vorgaben an die vorzulegenden Referenzen nicht verzichten, muss er diese den Bietern klar und eindeutig mitteilen und diesen Gelegenheit geben, neue Referenzen vorzulegen (vgl.

BGH, Urteil vom 15. Januar 2013, X ZR 155/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18). Auf § 122 Abs. 4 GWB, § 75 Abs. 4, § 80 Abs. 1, § 70 Abs. 2 VgV wird hingewiesen (vgl. hierzu z.T. bereits oben unter 2b)).

4. Der Antrag der ASt auf Akteneinsicht (nicht nach § 111 GWB (wohl a.F.), sondern § 165 GWB) in die bisherige Angebotswertung des Ag nach der ersten Verhandlungsrunde war abzulehnen, da dies nicht entscheidungserheblich ist (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juni 2017, VII-Verg 7/17). Denn für den Erfolg des Nachprüfungsantrags ist dieses vorläufige Wertungsergebnis irrelevant. Gegen die Gewährung der Akteneinsicht spricht darüber hinaus, dass die hierbei gewonnenen Erkenntnisse der ASt über die Bewertung des ersten Verhandlungsgesprächs den Fortgang des – möglicherweise unter Beteiligung ihrer Bietergemeinschaft fortgeführten – Bieterwettbewerbs beeinflussen könnten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Rechtsfragen zur Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens und zur Wertbarkeit von Referenzen aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

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.

Dr. Dittmann

Brauer