



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 11/19

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Neubau eines Bundes-, Kompetenz-, Schulungs- und Dokumentationszentrums mit den dazugehörigen Freiflächen für den [...] e.V. ([...])“, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Schlaghoff aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. März 2019 am 12. April 2019 beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, im Vergabeverfahren „Neubau eines Bundes-, Kompetenz-, Schulungs- und Dokumentationszentrums mit den dazugehörigen Freiflächen für [...] e.V. ([...])“ 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 mehrerer Planungsleistungen für den Neubau eines Bundes-, Kompetenz-, Schulungs- und Dokumentationszentrums sowie der dazugehörigen Freiflächen durch. Im Einzelnen handelt es sich um die Objektplanung Gebäude gemäß § 34 HOAI, Leistungsphasen 2 bis 9, um die Objektplanung Freianlagen gemäß § 39 HOAI, Leistungsphasen 2 bis 9, sowie um die Tragwerksplanung gemäß § 51 HOAI, Leistungsphasen 2 bis 4 (vgl. Ziffer VI.3 der EU-Bekanntmachung vom [...], Bl. 36 ff. der Vergabeakte; im Folgenden: „Wettbewerbsbekanntmachung“). Für das Bauvorhaben stehen insgesamt 6,49 Mio. € zur Verfügung, wovon auf die Kostengruppen 300 bis 500 rund 3,54 Mio. € (jeweils brutto) entfallen; zu rund 90% wird es aus Zuwendungsmitteln des Bundes finanziert (s. Ziffer II.2.4 der Wettbewerbsbekanntmachung).

Zunächst führte der Ag einen offenen, interdisziplinären Realisierungswettbewerb nach den Richtlinien für Planungswettbewerbe (RPW 2013) und der VgV durch. In diesem Wettbewerb erzielte die antragstellende Bietergemeinschaft (ASt) den ersten Preis, der zweite Preis wurde nicht vergeben, zwei weitere Bergergemeinschaften, darunter die Beigeladene (Bg), erhielten den dritten Platz. Dieses Ergebnis wurde im anschließenden Verhandlungsverfahren mit 150 Punkten zugunsten der ASt und bei den beiden Drittplatzierten mit jeweils 50 Punkten berücksichtigt (vgl. Zuschlagskriterium 1 „Wettbewerbsergebnis“ der Bewertungsmatrix, S. 15 der Auslobungsbedingungen, Bl. 56, 672 der Vergabeakte).

Anschließend wurde die berufliche Qualifikation und die Eignung der Preisträger geprüft (vgl. auch Ziffer 1.15 der Auslobungsbedingungen). Daraufhin wurden die ASt und die Bg am

28. Juli 2018 zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren aufgefordert (Bl. 445 ff. der Vergabeakte). Die Bieter sollten hierzu u.a. ein Organigramm sowie ein Honorarangebot vorlegen und am 5. September 2018 im Rahmen eines Verhandlungsgesprächs ihr Angebot präsentieren. Mit dem Aufforderungsschreiben übersandte der Ag die Bewertungsmatrix mit den Zuschlagskriterien. Diese Kriterien lauteten:

- 1 „Wertungsergebnis“ (= im Realisierungswettbewerb erzielte Punktzahl),
- 2 „Vorstellung des Projektteams in Bezug auf die konkrete Auftragsabwicklung“ (mit drei Unterkriterien),
- 3 „Angaben zur Arbeitsweise im Hinblick auf die zu vergebende Leistung und Konzeptionelle Vorgehensweise, vertiefende Angaben des Bewerbers zu technischen Belangen bei der Umsetzung der geplanten Maßnahme insbesondere im Hinblick auf innovative Ansätze, Vortrag der Mitglieder des Projektteams“ (mit sieben Unterkriterien),
- 4 „Qualität der Präsentation“ (mit zwei Unterkriterien) und
- 5 „Honorar“.

In den Kriterien 2 bis 4 konnten je Unterkriterium 0 bis drei Punkte erreicht werden, die mit unterschiedlicher Gewichtung (im Kriterium 3.1: siebenfach, in den übrigen Kriterien: dreifach) in die Gesamtwertung einfließen sollten. Die Punktzahl für das jeweils geforderte Honorar wurde aufgrund seines Verhältnisses zum günstigsten Honorarangebot berechnet; das günstigste Honorarangebot erhielt die Höchstpunktzahl 10 (gewichtet: 30 Punkte). Insgesamt konnten 300 Punkte erzielt werden (s. Bl. 458 der Vergabeakte). Die Kriterien 2 bis 4 waren zusätzlich mit weiteren Erläuterungen versehen, unter welchen Voraussetzungen die jeweils zu erzielenden 0 bis 3 Punkte vergeben werden sollten. Hieraus ergab sich z.B. für das Kriterium 3.1 „Weiterentwicklung des Wettbewerbsergebnisses - Angaben des Bieters zur Berücksichtigung der Hinweise und Empfehlungen des Preisgerichts“:

- „Durchgängig hohe Qualität der Darstellung vertiefender Aussagen des Bieters zur Weiterentwicklung der Entwurfslösung“: 3 Punkte,
- „In weiten Teilen hohe Qualität der Darstellung vertiefender Aussagen des Bieters zur Weiterentwicklung der Entwurfslösung“: 2 Punkte,
- „In geringen Teilen hohe Qualität der Darstellung vertiefender Aussagen des Bieters zur Weiterentwicklung der Entwurfslösung“: 1 Punkt,
- „Geringe Qualität der Darstellung vertiefender Aussagen des Bieters zur Weiterentwicklung der Entwurfslösung“: 0 Punkte.

Die ASt und die Bg reichten fristgerecht die geforderten Unterlagen ein. Auf Seite 5 der Präsentationsunterlagen der ASt hatte ihr Mitglied [...] zu seiner eigenen Organisationsstruktur angegeben, dass ein lokales Baubüro u.a. die Aufgaben „Vorbereitung der Vergabe“, „Mitwirkung bei der Vergabe“ und „Objektüberwachung (Bauüberwachung)“ erledigen sollte (Bl. 576 der Vergabeakte).

Über die Präsentations-/Verhandlungsgespräche mit der ASt und der Bg am 5. September 2018 fertigte der Ag ein Protokoll (Bl. 464 ff. der Vergabeakte). Zur Bewertung der ASt im Kriterium 2.3 „Darstellung des geplanten Personaleinsatzes während der Projektlaufzeit“ mit 0 Punkten führte der Ag hier aus,

dass die „Gesamtdarstellung trotz Nachfragen nicht nachvollziehbar gewesen“ sei, weil die ASt bestimmte Grundleistungen der HOAI „offensichtlich beim Auftraggeber verortet“ habe „(insbesondere bei der Genehmigungsplanung; Mitwirkung bei der Vergabe und Objektüberwachung)“.

Die Bewertung der ASt mit 0 Punkten im Kriterium 3.1 „Weiterentwicklung des Wettbewerbsergebnisses (...)“ begründete der Ag wie folgt:

„Hinsichtlich der Weiterentwicklung des Wettbewerbsergebnisses ist dem potentiellen Auftragnehmer die Verlagerung der Außensitzplätze des Gastronomiebereichs auf die andere Gebäudeseite gut gelungen. Leider wurde der unmissverständlichen Forderung des Preisgerichts, die Fassadengestaltung weiterzuentwickeln, keine große Beachtung geschenkt (...).

Die Bewertung erfolgte einstimmig durch das Gremium aufgrund einer in wesentlichen Teilen sehr geringen Qualität der Darstellung vertiefender Aussagen des Bieters zur Weiterentwicklung der Entwurfslösung.“

Nach erneuter Überprüfung der Eignung schloss der Ag die ASt aus dem Vergabeverfahren aus. Dem hiergegen gerichteten Nachprüfungsantrag der ASt gab die Vergabekammer am 9. November 2018 statt (Az. VK 1-101/18). Daraufhin forderte der Ag die ASt und die Bg am 19. Dezember 2018 zur Abgabe finaler Preisangebote auf (Bl. 703 ff. der Vergabeakte). Der Ag teilte den Bietern in diesem Schreiben u.a. mit, dass es „kein weiteres Verhandlungsgespräch geben“ werde und hinsichtlich der Wertung in den Kriterien 2, 3, und 4 der Wertungsmatrix „die Inhalte des Verhandlungsgesprächs vom 05.09.2018 und die von Ihnen für dieses Gespräch eingereichten Unterlagen zugrunde gelegt“ würden. Mit diesem Aufforderungsschreiben übersandte der Ag den Bietern erstmals die drei abzuschließenden Verträge für „Objektplanung (Gebäude und Innenräume)“, „Fachplanung – Tragwerksplanung“ und „Objektplanung – Freianlagen“ (Bl. 878 ff. der Vergabeakte).

Nach Auswertung der Angebote kam der Ag zu dem Ergebnis, dass das Angebot der Bg insgesamt (um wenige Punkte) höher zu bepunkteten sei als das der ASt, so dass der Bg der Zuschlag zu erteilen sei. Der Ag teilte dies der ASt am 30. Januar 2019 mit und übersandte ihr auf deren Bitte hin am 5. Februar 2019 eine Bewertungsmatrix, in der die von der ASt in den

einzelnen Zuschlagskriterien erzielten Punkte angegeben waren. Der Rüge der ASt vom 8. Februar 2019, dass ihre Präsentation fehlerhaft gewertet worden sei, half der Ag nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 8. Februar 2019 beantragte die ASt 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, der Ag habe ihr Angebot in den Kriterien 2 bis 4 fehlerhaft bewertet. Zu jedem Unterkriterium trägt die ASt knapp vor, warum die Wertung des Ag fehlerhaft bzw. jedenfalls nicht nachvollziehbar sei.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Überprüfung der Zuschlagswertung 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.

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 unbegründet, er habe bei der Angebotswertung den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten. In Ergänzung seiner Niederschrift der Präsentation vom 5. September 2018 begründet der Ag seine Wertungsentscheidung ausführlicher. In der mündlichen Verhandlung trug der Ag zudem vor, seine Niederschrift hätte nicht ausführlicher sein können, da er in der Präsentation den Eindruck gehabt habe, die ASt ihrerseits habe nicht mehr als das Protokollierte zu den einzelnen Kriterien ausgeführt.

Nachdem sich der Ag und die ASt nach der mündlichen Verhandlung trotz mehrerer Versuche nicht bilateral einigen konnten, das Nachprüfungsverfahren einvernehmlich zu beenden, bat der Ag angesichts der bisherigen Einschätzung der Vergabekammer, dass das Vergabeverfahren fehlerhaft sei, „zur Vermeidung weiterer rechtlicher Auseinandersetzungen“ um eine möglichst genaue Benennung des aus Sicht der Vergabekammer richtigen Zeitpunkts, auf den das Vergabeverfahren zurückzusetzen sei. Der Ag meint, eine bloße Wiederholung des Präsentationstermins würde der ASt einen nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschaffen, da sie aufgrund des Nachprüfungsverfahrens einen erheblichen Wissensvorsprung hinsichtlich der Erwartungshaltung und der Wertungsüberlegungen des Ag habe. Zudem seien maßgebliche Veränderungen bei den Präsentationsanforderungen aufgrund der bereits mit den Auslobungsbedingungen im Planungswettbewerb bekannt gegebenen Matrix „rechtlich schwierig“. Eine bloße Wiederholung der Präsentation mit derselben Aufgabenstellung brächte keinen wirklichen Gewinn für ein wettbewerbliches Verfahren und wäre eher eine „Fömelei“.

- c) Durch Beschluss vom 18. Februar 2019 hat die Vergabekammer die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese hat keine Stellungnahme abgegeben und auch nicht an der mündlichen Verhandlung teilgenommen.

Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 11. März 2019 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Durch Verfügungen des Vorsitzenden vom 11. und 29. März 2019 wurde die Entscheidungsfrist zuletzt bis zum 12. April 2019 einschließlich verlängert, weil der Ag und die ASt versuchen wollten, das Nachprüfungsverfahren einvernehmlich beizulegen. Wie der Ag am 4. April 2019 mitteilte, sind diese Einigungsversuche gescheitert.

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 Wertung des Ag aus mehreren Gründen fehlerhaft ist.

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) Wie die Vergabekammer bereits zum selben Vergabeverfahren bestandskräftig entschieden hat, ist sie für die Nachprüfung 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)) (s. hierzu ausführlich 1. VK Bund, Beschluss vom 9. November 2018, VK 1-101/18).

aa) Die Voraussetzungen des § 99 Nr. 4 GWB sind vorliegend erfüllt. Denn der Ag ist als eingetragener Verein bürgerlichen Rechts eine juristische Person des privaten Rechts, der nicht unter § 99 Nr. 2 GWB fällt. Er wird nämlich nicht überwiegend von Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB finanziert i.S.d. § 99 Nr. 2 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). Des Weiteren unterliegt die Leitung des Ag mangels Kontrolle oder sonstiger staatlicher Beeinflussungsmöglichkeit seiner laufenden Tätigkeiten (insbesondere seiner konkreten Beschaffungsentscheidungen) nicht der Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB i.S.d. § 99 Nr. 2 lit. b) GWB. 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 zweite Voraussetzung des § 99 Nr. 4 GWB liegt hier vor, da das verfahrensgegenständliche Vorhaben Planungs- und damit Dienstleistungen betrifft, die mit der Errichtung eines „Schulgebäudes“ in Verbindung stehen (es handelt sich um ein Schulungs- und Dokumentationszentrum). Gleichmaßen betrifft dieses

Bauvorhaben aufgrund des vorgesehenen hohen Anteils an Büroräumen ein „Verwaltungsgebäude“ und ebenfalls eine „Freizeiteinrichtung“ jeweils i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB, da die hierin stattfindenden Ausstellungen und das öffentlich zugängliche Café von der überwiegenden Mehrzahl der Besucher während der Freizeit aufgesucht werden.

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.

- 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. Ihr hierfür erforderliches Interesse am Auftrag hat sie hinreichend durch die Abgabe eines Angebots dokumentiert. Des Weiteren macht sie, indem sie sich gegen die Wertung ihres Angebots wendet, schlüssig und nachvollziehbar geltend, in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein. Durch die behauptete Rechtsverletzung droht ihr auch ein Schaden zu entstehen, da ihre Zuschlagschancen durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß verschlechtert werden. Denn da der Punkteabstand zu dem Angebot der für den Zuschlag vorgesehenen Bg nur gering ist, ist es nach ihrem Vortrag nicht ausgeschlossen, dass die ASt bei einer besseren Bewertung den Punktwert der Bg überholt und somit zu bezuschlagen wäre.
- c) Die ASt hat die Wertungsfehler des Ag am 8. Februar 2019 rechtzeitig, nämlich innerhalb von zehn Kalendertagen gerügt, nachdem sie am 30. Januar 2019 bzw. mit weiteren Begründungen seitens des Ag am 5. Februar 2019 von ihrem Wertungsergebnis erfahren hat.

Auch wenn die ASt bereits aus dem ersten Nachprüfungsverfahren in dieser Sache (als sie vom Ag zu Unrecht mangels Eignung ausgeschlossen worden war) im Herbst 2018 wusste, dass sie nach der Wertung der Präsentation nicht auf dem ersten Platz lag, hätte sie die Wertungsentscheidung des Ag nicht früher rügen müssen. Eine Rügeobliegenheit entsteht



nämlich erst, wenn – jedenfalls aus Sicht des Antragstellers – ein Vergaberechtsverstoß vorliegt, der ihn beschwert. Eine Rüge der Angebotswertung war hier daher frühestens nach vollständigem Abschluss der Wertungsentscheidung, also erst nach Auswertung der finalen Honorarangebote, erforderlich, deren Ergebnis der ASt am 30. Januar 2019 mitgeteilt und am 5. Februar 2019 näher begründet wurde. Bis dahin gab es lediglich einen Zwischenstand in der Bewertung, der sich nach Abgabe der Honorarangebote noch zugunsten der ASt hätte verschieben können.

- d) Am selben Tag, an dem sie gerügt hat, hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag eingereicht (am 8. Februar 2019). Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ist damit gewahrt.
2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, weil die Angebotswertung des Ag aus mehreren Gründen vergabefehlerhaft ist (dazu unter a)). Durch diesen Vergaberechtsverstoß ist die ASt auch in ihren Rechten verletzt (dazu unter b)).
- a) Die Wertung ist vergabefehlerhaft erfolgt. So hat der Ag seine Wertungsentscheidung nicht ordnungsgemäß dokumentiert (dazu unter aa)) und selbst soweit man seine Dokumentation der Nachprüfung zugrunde legt, ist die Wertung fehlerhaft erfolgt, weil der Ag den ihm zustehenden Wertungsspielraum überschritten hat (dazu unter bb)).
    - aa) Die Wertung des Ag ist mangels hinreichender Dokumentation nicht nachvollziehbar und damit bereits aus diesem Grund nicht auf ihre Richtigkeit hin nachprüfbar.

Einem öffentlichen Auftraggeber steht bei der Wertung der Angebote zwar ein Spielraum zu, der nur eingeschränkt insbesondere daraufhin überprüfbar ist, dass der wertungsrelevante Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und gewürdigt wurde, keine sachfremden Erwägungen angestellt wurden und der vorher festgelegte Bewertungsmaßstab eingehalten wurde (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. März 2013, VII-Verg 53/12). Anders noch als früher vertreten braucht ein Auftraggeber den Bietern vor der Angebotserstellung auch nicht im Einzelnen mitzuteilen, von welchen konkreten Erfüllungsgraden die jeweils zu erreichende Punktzahl abhängen soll („Schulnoten“), vielmehr wird ihm auch hier inzwischen ein größerer Freiraum zuerkannt, die Qualität der einzelnen Angebote zu würdigen (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16 m.w.N.). Daher ist es vergaberechtlich grundsätzlich auch

nicht zu beanstanden, dass der Ag die Abstufung, unter welchen Voraussetzungen er in einem Zuschlagskriterium 0, 1, 2 oder 3 Punkte vergibt, nach sehr abstrakten und offenen Vorgaben vornimmt, z.B. wie hier: „Darstellung nachvollziehbar“ – „Darstellung in weiten Teilen nachvollziehbar“ – „Darstellung in geringerem Maße nachvollziehbar“ – „Darstellung nicht nachvollziehbar oder keine Angaben“ (vgl. Kriterien 2.1 bis 2.3, 3.2 bis 3.7 sowie 4.1; s. zur aktuellen Rechtslage nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, a.a.O.). Um die Transparenz der Wertungsentscheidung sowie die Gleichbehandlung der Bieter und damit die Nachprüfbarkeit des Wertungsprozesses, ob die o.g. Grenzen des Wertungsspielraums eingehalten wurden, zu gewährleisten, kommt der ordnungsgemäßen Dokumentation der Wertung durch den öffentlichen Auftraggeber nunmehr jedoch umso größeres Gewicht zu. Diese muss hinsichtlich der für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so umfänglich und detailliert sein, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften eines Angebots mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017, a.a.O.).

Diesen Anforderungen wird die Dokumentation des Ag über die Wertung der Angebote in den qualitativen Zuschlagskriterien 2 bis 4 nicht gerecht. Seine Anmerkungen zum einzigen Verhandlungsgespräch, das als Präsentation der Bieter am 5. September 2018 durchgeführt wurde, sind sehr kurz und teilweise floskelhaft und mit nur wenigen konkreten Belegen aus der Präsentation oder den Präsentationsunterlagen der ASt versehen, anhand derer man die Vertretbarkeit seiner konkreten Wertungsentscheidung nachprüfen könnte. So führt der Ag in seiner Niederschrift z.B. zum Kriterium 2.2 „Darstellung Redundanzen im Projektteam“, in dem die ASt mit 1 Punkt bewertet wurde, lediglich aus:

„Die Darstellung der Redundanzen im Projektteam war – nicht zuletzt wegen der trotz Nachfragen bis zum Schluss unklaren Aufstellung des Projektteams – nur in geringem Maße nachvollziehbar.“

oder zum Kriterium 3.4 „Anwendung von Methoden zur Kostenverfolgung und Kostensicherheit“:

„Die allgemeinen Angaben zum Kostenmanagement wirken worthülsenhaft und wenig überzeugend. Es fehlen konkrete Angaben (S. 27 "Software:") oder die Angaben sind nicht überzeugend und nicht nachvollziehbar („erfahrende Projektbeteiligte“, S. 27).“  
(Die ASt wurde hier mit 0 Punkten bewertet.)

oder zum Kriterium 3.5 „Vertiefende Angaben in Bezug auf den vorgesehenen Kostenrahmen“:

„Die auf Nachfrage im Anschluss gebrachten Vorschläge bleiben vage (Hinweis auf „Betrachtung der einzelnen Bauteile (Konstruktion/Hersteller) soll die Einhaltung des Budgets gewährleisten“ bzw. „Raster soll hinsichtlich Vorfertigung optimiert werden“). Weitere Vorschläge fehlen also ebenso wie Aussagen zur Kostengruppe 500 komplett fehlen.“  
(Die ASt hat hier 1 Punkt erhalten.)

Hieraus ergeben sich für die Vergabekammer, die zur Überprüfung der Wertungsentscheidung gehalten ist, Probleme in zweifacher Hinsicht. Zum einen ist der Inhalt der Präsentation, abgesehen von den eingereichten Präsentationsunterlagen, so gut wie nicht dokumentiert. Es ist mithin – bis auf sehr rudimentäre Aussagen im Bewertungsprotokoll – für die Vergabekammer nicht erkennbar, was über die eingereichten Unterlagen hinaus mündlich vorgetragen wurde (siehe hierzu auch die Ausführungen weiter unten). Zum anderen ist auch die Wertungsentscheidung selbst nur sehr vage dokumentiert, so dass anhand der Vergabeakte nicht nachvollzogen werden kann, welche konkreten Defizite der Präsentation zu einer Abwertung der ASt geführt haben. Dieses Dokumentationsdefizit macht es der Vergabekammer unmöglich, die Wertungsentscheidung des Ag auf Wertungsfehler zu überprüfen, die die ASt möglicherweise in seinen Rechten verletzen.

Aus den o.g. Beispielen wird ein weiterer Dokumentationsfehler des Ag deutlich. Denn um nachvollziehen zu können, ob der Ag bei der konkreten Punktevergabe seinen Wertungsspielraum nicht überschritten hat, hätte sich der Ag außerdem mehr mit den Anforderungen und seiner Erwartungshaltung im Rahmen des konkreten Zuschlagskriteriums auseinandersetzen müssen. Z.B. also im Kriterium 3.4 damit, inwieweit die Präsentation der ASt dem wertungsrelevanten Aspekt der Anwendung von Methoden zur Kostenverfolgung und Kostensicherheit gerecht wird. Da die Bewertungsmaßstäbe des Ag – zu Recht, s.o. – sehr abstrakt und offen sind, hätte er sich darüber hinaus in der Dokumentation seiner Wertungsentscheidung deutlicher damit befassen müssen, inwieweit die Präsentation der ASt seinen eigenen Anforderungen an die Vergabe der einzelnen Punktwerte (0 – 1 – 2 – 3) entspricht. Hierzu hätte er etwa im Kriterium 3.5 darlegen müssen, warum die angeblich vagen oder teilweise angeblich sogar fehlenden Vorschläge der ASt einer „in geringerem

Maße“ nachvollziehbaren Darstellung entsprachen und daher wie geschehen mit 1 Punkt bewertet werden mussten, aber nicht „in weitem Maße nachvollziehbar“ (= 2 Punkte) oder sogar „nicht nachvollziehbar“ i.S. einer Bewertung mit 0 Punkten waren.

Zwar ist die Rechtmäßigkeit der Wertungsentscheidung des Ag nicht allein anhand seiner Niederschrift des Präsentationstermins zu beurteilen. Vielmehr sind die Präsentationsunterlagen der ASt „dazuzulesen“, da gerade diese der Gegenstand der Bewertung waren. Dies reicht im vorliegenden Fall allerdings nicht aus, um die Richtigkeit der Wertungsentscheidung des Ag hinreichend nachprüfen zu können. Denn anders als z.B. bei einer Bewertung von schriftlichen Angebotskonzepten von Bieter waren vorliegend nicht nur die von der ASt vorgelegten Präsentationsunterlagen wertungsrelevant, sondern gerade auch deren mündliche Präsentation. Dem Ag ist zwar zuzugeben, dass eine schriftliche Dokumentation schwierig ist, wenn der Betreffende – so wie hier angeblich die ASt am 5. September 2018 – nichts oder nur wenig sagt. Da es sonst kein Protokoll dessen gibt, was die ASt tatsächlich mündlich ausgeführt hat, kann sich die Dokumentation eines öffentlichen Auftraggebers jedoch nicht darauf beschränken, dass der Vortrag eines Bieters „auch auf Nachfragen hin (...) unklar“ oder „(...) vage“ blieb (so z.B. Niederschrift des Ag zu den Kriterien 2.1 und 3.5). Denn hiermit hat der Ag immerhin dokumentiert, dass die ASt irgend etwas (angeblich Unklares bzw. Vages) gesagt hat, ohne dass die Vergabekammer nachprüfen kann, ob die Schlussfolgerung des Ag, dass das Gesagte unklar oder vage war, vertretbar ist. Gerade wenn ein öffentlicher Auftraggeber seine Wertungsentscheidung wie hier maßgeblich auch auf mündliche Ausführungen eines Bieters stützt, muss seiner Dokumentation eine noch größere Bedeutung zukommen also sonst. Denn anderenfalls hätte es der öffentliche Auftraggeber durch seine Dokumentation selbst in der Hand, den Ausgang der Wertung so zu steuern, dass die wertungsrelevanten Ausführungen der Bieter zu seinem Wertungsergebnis „passen“ – ohne dass dies im Nachhinein vom Bieter oder ggf. einer objektiven Nachprüfungsinstanz nachvollzogen werden könnte. Im Nachprüfungsverfahren steht dann regelmäßig – so wie auch hier geschehen – „Aussage gegen Aussage“ des Auftraggebers einerseits und des den Feststellungen des Auftraggebers widersprechenden Bieters andererseits.

Zwar hat der Ag im Nachprüfungsverfahren seine Wertungsentscheidung sehr viel ausführlicher als in der Niederschrift des Präsentationstermins begründet. Doch auch

wenn häufig nichts dagegen spricht, dass ein öffentlicher Auftraggeber seine Dokumentation nachträglich ergänzt oder nachholt, gilt dies im vorliegenden Fall nicht. Denn diese Schriftsätze stammen aus dem späten Februar 2019 und wurden damit mehr als fünf Monate nach dem wertungsrelevanten Präsentationstermin am 5. September 2018 erstellt. Da die Wertung nicht nur auf den schriftlichen Unterlagen der ASt, sondern auch auf deren mündlichem Vortrag und dem unmittelbaren persönlichen Eindruck, den sie im Präsentationstermin gemacht hat, beruht, und es in den Vergabekaten keinen Beleg (etwa Gesprächsaufzeichnungen des Wertungsgremiums) dafür gibt, dass diese Erwägungen bereits damals angestellt oder die entsprechenden Feststellungen bereits damals so getroffen wurden, ist jedoch nach so einem langen Zeitraum nicht mehr gewährleistet, dass die nachgeholtten Ausführungen des Ag auch seinen damaligen Eindrücken und Feststellungen entsprechen und damit den wertungsrelevanten Sachverhalt zutreffend widerspiegeln. In diesen Fällen besteht vielmehr das Risiko, dass ein Auftraggeber seine einmal getroffene Wertungsentscheidung durch ergänzende Erwägungen verteidigt, ohne dass für die Vergabekammer nachprüfbar ist, ob diese Erwägungen auf der Grundlage eines zutreffenden Sachverhalts – hier der unzureichend dokumentierten Präsentation – ergangen sind. Um die Transparenz des Vergabeverfahrens zu schützen, Manipulationsmöglichkeiten eines öffentlichen Auftraggebers entgegenzuwirken und so eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleisten, ist daher jedenfalls in einem solchen Fall eine zeitnahe Dokumentation erforderlich (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10).

bb) Doch selbst wenn man auf die schriftliche Dokumentation des Ag abstellt, ist seine Wertung fehlerhaft, weil er die oben unter 2a)aa) genannten Grenzen seines Wertungsspielraums überschritten hat.

(1) So hat der Ag bei der Wertung des Kriteriums 3.1 „Weiterentwicklung des Wettbewerbsergebnisses - Angaben des Bieters zur Berücksichtigung der Hinweise und Empfehlungen des Preisgerichts“ seine eigenen Wertungsmaßstäbe nicht eingehalten. Denn hiernach sollte ein Bieter so wie die ASt 0 Punkte bei „Geringe[r] Qualität der Darstellung vertiefender Aussagen (...) zur Weiterentwicklung der Entwurfslösung“ erhalten. Der Ag hatte der ASt in diesem Zuschlagskriterium jedoch in seiner Niederschrift des Präsentationstermins bescheinigt, dass ihr hinsichtlich der Weiterentwicklung des Wettbewerbsergebnisses die Verlagerung

der Außensitzplätze des Gastronomiebereichs auf die andere Gebäudeseite „gut gelungen“ sei, die ASt einer anderen Forderung des Preisgerichts aber „keine große Beachtung geschenkt“ habe. Diese Formulierungen entsprechen eher dem Erfüllungsgrad „In geringen Teilen hohe Qualität der Darstellung vertiefender Aussagen des Bieters zur Weiterentwicklung der Entwurflösung“, so dass die ASt nicht 0, sondern 1 Punkt hätte erhalten müssen. Da dieses Einzelergebnis mit dem Faktor 7 gewichtet wird, hätte die ASt bereits aus diesem Grund mehr Gesamtpunkte erzielt als die Bg.

- (2) Im Zuschlagskriterium 2.3 hat die ASt 0 Punkte erhalten, weil sie die Mitwirkung bei der Vergabe und Objektüberwachung angeblich beim Ag verortet habe. Wie jedoch das Organigramm auf Seite 5 der Präsentationsunterlagen der ASt belegt, trifft diese Auffassung des Ag nicht zu. Dort ordnet die ASt diese Aufgaben dem von ihr einzurichtenden lokalen Bauleitungsbüro zu.
  - (3) Angesichts der vorgenannten Wertungsfehler, die bereits eine Rechtsbeeinträchtigung der ASt begründen, kann dahingestellt bleiben, ob der Ag auch die „Qualität der Präsentation“ (Wertungskriterium 4) werten durfte, weil die Qualität der Präsentation möglicherweise bereits in die Wertung der übrigen Wertungskriterien eingeflossen ist. Keine Bedenken gegen die Wertungsmethode bestünden jedenfalls dann, wenn eine Bewertung der Kriterien 2 und 3 sich auf die Qualität der geschuldeten Leistung bezöge und im Kriterium 4 die Qualität des Vortrags bewertet würde.
- b) Durch die oben unter 2a) festgestellten Vergaberechtsverstöße des Ag ist die ASt in ihren Rechten verletzt. Die Wertungsentscheidung kann bereits mangels hinreichender Dokumentation nicht nachvollzogen werden. Die Wertung ist damit nicht ordnungsgemäß erfolgt. Dieser Vergaberechtsverstoß beeinträchtigt die Zuschlagschancen der ASt. Denn allein schon wegen ihres großen Punktevorsprungs aus dem vorangegangenen Wettbewerb könnte die ASt bereits bei einer unzutreffenden Wertung in wenigen Kriterien (vorliegend genügt bereits die festgestellte fehlerhafte Wertung im Kriterium 3.1) durchaus auf den ersten Platz vorrücken – die ASt hatte aufgrund des Realisierungswettbewerbs bereits 150 von 300 möglichen Punkten erreicht, die Bg nur 50 Punkte.

3. Da die Wertung der Präsentation nicht hinreichend dokumentiert wurde, darf diese nicht der Gesamtwertung der Angebote zugrunde gelegt werden. Es ist daher 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 mindestens in den Stand vor Durchführung der Präsentation zurückzusetzen. Da der persönliche Eindruck, den die ASt im Präsentationstermin gemacht hat und ihre mündlichen Äußerungen inzwischen zu lang (mehr als fünf Monate) zurückliegen und der Ag ausweislich der Vergabeakte über keine weiteren Aufzeichnungen über den Präsentationstermin verfügt, reicht es hierbei jedenfalls nicht aus, die Dokumentation nachträglich zu ergänzen (s. hierzu bereits oben unter 2a)aa) – die unzureichende Dokumentation konnte schon nicht durch die Schriftsätze im Nachprüfungsverfahren vergaberechtskonform nachgeholt werden).

Zu weiteren Anordnungen ist die Vergabekammer nicht berufen, da sie nur über die Beseitigung der festgestellten Rechtsverstöße zu entscheiden hat (§ 168 Abs. 1 GWB). Streitgegenstand ist jedoch nicht die rechtliche Bewertung der zukünftigen Handlungsalternativen des Ag. Insoweit verkennt die Vergabekammer nicht, dass die ASt durch das Nachprüfungsverfahren allein durch die Akteneinsicht in die sie betreffende Wertungsentscheidung Wettbewerbsvorteile erlangt hat, die sie bei einer Wiederholung der Präsentation zu ihren Gunsten nutzen kann. Dennoch obliegt es der alleinigen Entscheidungskompetenz des Ag darüber zu befinden, wie er weiter verfahren wird. Vor diesem Hintergrund hat die vom Ag begehrte Beantwortung der Frage, ob das Vergabeverfahren möglicherweise noch weiter zurückversetzt werden darf und gegebenenfalls auch die Zuschlagskriterien geändert werden dürfen, zu unterbleiben.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2, 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 Wertung der Angebote aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen. Darüber hinaus war die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts aus Gründen der „Waffengleichheit“

gegenüber dem ebenfalls anwaltlich vertretenen Ag geboten (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Da die Bg keine Anträge gestellt, nicht an der mündlichen Verhandlung teilgenommen und das Verfahren auch sonst nicht wesentlich gefördert hat, hat sie kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und somit kein Prozesskostenrisiko auf sich genommen. Sie ist daher nicht als unterliegende Partei anzusehen und nicht an den Kosten des Verfahrens oder den Aufwendungen der ASt zu beteiligen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

#### 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.



