



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 83/19

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Grundinstandsetzung [...], Projektsteuerung und TGA-Koordination, Projektstufen 1 bis 5“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Barth auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 2019 am 22. November 2019 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückzusetzen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) werden zu einem Viertel der Antragstellerin sowie zu drei Vierteln der Antragsgegnerin und der Beigeladenen als Gesamtschuldner auferlegt.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen jeweils zu einem Viertel zu tragen. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu jeweils drei Achteln. Im Übrigen tragen die Verfahrensbeteiligten ihre notwendigen Aufwendungen selbst.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites Verhandlungsverfahren zur Vergabe „Grundinstandsetzung [...], Projektsteuerung und TGA-Koordination, Projektstufen 1 bis 5“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], durch. Ausgeschrieben sind Projektsteuerungsleistungen in Stabsfunktion in Anlehnung an § 205 der Leistungs- und Honorarordnung Projektmanagement in der Bau- und Immobilienwirtschaft (AHO-Schriftenreihe Nr. 9 Stand 2014) in fünf Projekt- und Auftragsstufen. Der Projektabschluss wird für Ende 2039 erwartet. In Ziffer IV.1.5) (Angaben zur Verhandlung) der EU-Bekanntmachung teilte die Ag mit: „Der öffentliche Auftraggeber behält sich das Recht vor, den Auftrag auf der Grundlage der ursprünglichen Angebote zu vergeben, ohne Verhandlungen durchzuführen.“  
  
Die Antragstellerin (ASt) bewarb sich und wurde zu einem Verhandlungsgespräch am 11. September 2019 eingeladen. In der Einladung, der eine detaillierte Wertungsmatrix für die Auswahlentscheidung in der Stufe 2 beigelegt war, hieß es:

„Als Vorstellungs- bzw. Präsentationsunterlage zu dem Gespräch kann eine Tischvorlage max. DIN A3 mitgebracht werden (für das [...] in 3-facher Ausfertigung). Bewertet wird allein der Vortrag. Beamerpräsentationen sind nicht erwünscht.

Das Gespräch soll insgesamt 70 Minuten dauern und ist wie folgt strukturiert:

**Ablauf Verhandlungsgespräch:**

1. Begrüßung und Vorstellung des Auftraggebergremiums
2. Vorstellung des Unternehmens (kurzer Gesamtüberblick)
3. Persönliche Vorstellung des Projektteams: Vorstellung der Projektleiters, Vorstellung des stellv. Projektleiters, Vorstellung des Mitarbeiters Hochbau, Vorstellung des Mitarbeiters Technische Ausrüstung
4. Zuschlagskriterien I:  
Personalorganisatorische Aufgabenumsetzung
5. Zuschlagskriterien II:  
Qualität der Herangehensweise an das Projekt
6. Zuschlagskriterien III:  
Sonstige aufgabenspezifische Zuschlagskriterien
7. Zuschlagskriterien IV:  
Honorarangebot

Die zeitliche Aufteilung ist der Auswertungsmatrix Stufe 2 zu entnehmen.

Im Vorfeld zu diesem Gespräch bitte ich Sie, unter Verwendung des beiliegenden Vertragsentwurfs, ein Angebot zu erstellen.“

Die ASt reichte ein Honorarangebot ein und nahm an dem Präsentationstermin mit dem Projektteam und ihrem Geschäftsführer teil. Es wurde bei dem Termin eine Tischvorlage verwendet. Auch die Beigeladene (Bg) verwendete bei ihrem Präsentationstermin eine Tischvorlage.

Mit Schreiben vom 10. Oktober 2019 informierte die Ag die ASt darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es im Rahmen der Bewertung schlechter als die Bewertung der Bg ausgefallen sei. Der Zuschlag solle daher auf das Angebot der Bg erteilt werden.

Mit Schreiben vom 16. Oktober 2019 rügte die ASt gegenüber der Ag die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig in Bezug auf die Bewertung ihres Angebots und die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg. Die Ag half der Rüge nicht ab.

2. Mit Schreiben vom 18. Oktober 2019 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

- a) Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet. Aufgrund der von ihr vorgetragenen Vergaberechtsfehler sei sie in ihren Rechten verletzt.

Das Informationsschreiben nach § 134 GWB sei unzureichend. Die von der ASt erreichte Bepunktung ihrer Präsentation in den weiteren Unterkriterien sei nicht mitgeteilt worden. Es sei ihr nicht möglich nachzuvollziehen, wie es zu den zum Teil erheblichen Punktabzügen gekommen sei. So könne sie nicht nachvollziehen, wieso Punktabzüge bei der Präsentation und der Beantwortung der Fragen im Bietergespräch vorgenommen worden seien. Sie müsse davon ausgehen, dass die Punktabzüge nicht gerechtfertigt seien. Zudem habe die Ag ihre Mitteilungspflicht nach § 62 Abs. 2 VgV verletzt.

Der Zuschlag solle entgegen § 17 Abs. 11 VgV auf das Erstangebot ergehen, obwohl die Ag ausdrücklich zu Verhandlungsgesprächen eingeladen habe. Sie habe damit signalisiert, von dem Vorbehalt nach § 17 Abs. 11 VgV keinen Gebrauch zu machen.

Das dem Verfahren zu Grunde liegende Wertungssystem sei unzulässig. Die Bewertung einer mündlichen Präsentation ohne textliche Grundlage stelle eine unzulässige mündliche Kommunikation über das Angebot dar. Dies sei nach § 9 Abs. 2 VgV rechtswidrig, selbst wenn eine ausreichende Dokumentation vorliege. Die Wertung rein mündlicher Angebotsbestandteile komme einer Akzeptanz mündlicher Angebote gleich. Dies sei nach § 53 Abs. 1 VgV unzulässig. Ferner sei darin auch ein Verstoß gegen § 127 Abs. 4 GWB zu sehen. Danach müssten die Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden könne und eine wirksame Überprüfung möglich sei. Der fünf-stufigen Punkteverteilung sei keine weitere Beschreibung beigefügt, der man entnehmen könne, wie man für seine Darstellung eine gute Bewertung erhalten könne. Es gebe keine Anhaltspunkte, auf welche objektiven Aspekte der Auftraggeber Wert lege.

Die ASt bemängelt nach Akteneinsicht ihre Bewertung im Einzelnen. Der mündliche Vortrag sei im Zusammenhang mit der vorgelegten Präsentation („Tischvorlage“) zu bewerten, da der mündliche Vortrag mit direktem Bezug bzw. Verweis auf die Tischvorlage erfolgt sei. So seien die Qualitäten/Erfahrungen des Projektteams/ Zusammenwirken des Teams, die Herangehensweise an das Projekt und sonstige aufgabenspezifische Fragestellungen (Bauzeitenverlängerung etc.) unzutreffend und damit sachwidrig bewertet worden. Sie führt dies mit Verweisen auf die Tischvorlage sowie unter Hinweis auf den engen Zeitrahmen in der Präsentation näher aus.

Die ASt beantragt:

Es wird festgestellt, dass die Ag gegen Vergabevorschriften verstoßen hat und die ASt hierdurch in ihren Rechten verletzt ist.

Die Ag wird verpflichtet, das Vergabeverfahren entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer entweder zurückzusetzen oder zu beenden und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die nach Rechtsauffassung der Vergabekammer geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Vergabeverstöße zu treffen.

Hilfsweise für den Fall, dass die Vergabekammer eine Rückversetzung oder Aufhebung des Verfahrens ausschließt, wird beantragt: Die Ag wird verpflichtet, die Wertung der vorliegenden Angebote zu wiederholen und insbesondere eine transparente und nachvollziehbare Bewertung der Bieterpräsentation durchzuführen.

Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens.

Die ASt beantragt ferner, ihr Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren.

- b) Die Ag beantragt, die Anträge der ASt zurückzuweisen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag nicht begründet. Das Absageschreiben nach § 134 GWB habe alle notwendigen Informationen enthalten.

Soweit die ASt vortrage, ein Verhandlungsgespräch dürfe nicht mündlich erfolgen, so lasse sich dies nicht aus § 9 VgV herleiten. Es bleibe offen, wie ein nicht-mündliches Verhandlungsgespräch stattfinden solle.

Im Rahmen der Bewertung der Präsentation sei nur der mündliche Vortrag bewertet worden. Hierauf sei im Einladungsschreiben hingewiesen worden. Ein Verhandlungsgespräch sei ohne Weiteres vergaberechtlich zulässig. Im Rahmen der Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen sei die Persönlichkeit und insbesondere die persönliche berufliche Erfahrung von erheblicher Bedeutung für die Qualität der Leistungserbringung. Im Einladungsschreiben habe man darauf hingewiesen, dass eine Tischvorlage nicht bewertet werde. Die Berufung auf eingereichte Folien sei daher nicht zulässig und stelle im Hinblick auf die Verhandlungsteilnehmer, deren Tischvorlage nicht bewertet wurde, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung dar.

Bei der Bewertung der Zuschlagskriterien sei festgestellt worden, dass zu einzelnen Fragestellungen wenig konkrete und detaillierte Aussagen gemacht worden seien. In

einigen Punkten sei der Vortrag oberflächlich geblieben und nur geringfügig über die Wiederholung der in der Fragestellung genannten Schlagwörter hinausgegangen. Der Ag stehe bei der Entscheidung eine Einschätzungsprärogative zu. Die Ag habe z.B. bei dem Punkt der Verfügbarkeit berücksichtigt, dass sich die ASt derzeit auch bei anderen Verfahren der Ag beworben habe und bei der Benennung der Mitglieder des Projektteams zahlreiche Doppelnennungen vorgekommen seien. Sollte dort der Zuschlag auf die ASt ergehen, könnten zumindest die hier benannten Teammitglieder, dazu gehöre auch der Projektleiter, nicht wie angegeben, zur Verfügung stehen.

- c) Mit Beschluss vom 24. Oktober 2019 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg nimmt wie folgt Stellung. Der Nachprüfungsantrag sei in Teilen unzulässig. Dies gelte im Hinblick auf den erstmals im Schriftsatz vom 5. November 2019 im laufenden Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstoß gegen § 17 Abs. 11 VgV. Die ASt habe nach eigener Auskunft vergaberechtliche Beratung nach Erhalt des Informationsschreibens gesucht. Damit habe auch dieser Punkt gerügt werden müssen. Auch auf eine unzureichende Begründung der Vergabeentscheidung könne sich die ASt, nachdem sie entsprechende Informationen erhalten habe, nicht mehr berufen. Die Bewertungsmatrix habe angesichts der vergaberechtlichen Kenntnisse der ASt gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB früher gerügt werden müssen.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Der Zuschlag könne gem. § 17 Abs. 11 VgV auf das Erstangebot ergehen. Der kommunizierte Präsentationstermin habe keine inhaltlichen Verhandlungen im Sinne von Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgesehen. Für die Bieter habe kein Anlass für die Annahme bestanden, dass noch ein überarbeitetes Angebot eingereicht werden dürfe. Auch die erste Angebotsphase eines Verhandlungsverfahrens dürfe mehrstufig aufgebaut werden. Ein mündlicher Vortrag dürfe bewertet werden. Das Formerfordernis nach § 53 VgV könne nicht auf Präsentationen oder Teststellungen angewendet werden.

Im Hinblick auf die konkrete Bewertung ihres Angebots seien Beurteilungsfehler nicht erkennbar. Die genutzte Wertungsmatrix sei nicht intransparent, sie lasse erkennen, auf welche Belange es dem Auftraggeber ankomme. Es sei statthaft, wenn der Auftraggeber für die Erfüllung qualitativer Wertungskriterien Noten mit zugeordneten Punktwerten vergebe, ohne dass die Vergabeunterlagen weitere konkretisierende Angaben dazu enthielten. Bei der Bewertung stehe ihm ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Ein

Verweis auf Ausführungen in der Tischvorlage sei nicht möglich. Es könne nur bewertet werden, was in der zu dem jeweiligen Punkt zur Verfügung stehenden Redezeit ausgeführt worden sei.

Die Vergabekammer hat der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit diese keine Geschäftsgeheimnisse enthielten.

In der mündlichen Verhandlung vom 13. November 2019 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Die ASt hat auf Aufforderung der Vergabekammer nach der mündlichen Verhandlung mitgeteilt, dass sie am 10. Oktober 2019 externen anwaltlichen Rechtsrat eingeholt habe. Sie hat ferner den Namen des Rechtsberaters genannt.

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 teilweise zulässig und begründet.

### 1. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig.

Die ASt ist antragsbefugt i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch Abgabe eines Angebots dokumentiert. Sie hat Vergaberechtsverstöße geltend gemacht, die bei Vorliegen ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt haben können. Nicht antragsbefugt ist die ASt hingegen, soweit sie die Verletzung von Mitteilungspflichten der Ag gem. § 134 GWB und § 62 Abs. 2 VgV geltend macht. Unabhängig von der Frage, ob die vorgenannten Pflichten hier verletzt wurden, ist der ASt – eine Verletzung dieser Pflichten einmal unterstellt – hierdurch weder ein Schaden entstanden, noch droht ihr ein solcher (§ 160 Abs. 2 S. 2 GWB). Denn die ASt hat durch die rechtzeitige Einreichung ihres Nachprüfungsantrags ihre Chancen auf einen Erhalt des Zuschlags im streitgegenständlichen Vergabeverfahren vollumfänglich gewahrt.

Die erstmals mit der Rüge vom 16. Oktober 2019 geltend gemachten Vergabeverstöße im Hinblick auf den verwendeten Wertungsmaßstab sowie auf die Wertung mündlicher

Bestandteile eines Angebots (in Form einer Präsentation) sind nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Voraussetzung für die Präklusion ist, dass die erst vor Einreichung des Nachprüfungsantrags gerügten Verstöße in den Vergabeunterlagen für die ASt erkennbar waren und damit bis spätestens zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber hätten gerügt werden müssen. Maßstab für die Erkennbarkeit ist die Erkenntnismöglichkeit für das Unternehmen bei Anwendung üblicher Sorgfalt. Die ASt verfügt als großes Ingenieurbüro zwar über einen Inhouse-Juristen (so auch ihr Internet-Auftritt). Allerdings hat sie dargelegt, dass die für diesen konkreten Fall notwendige vergaberechtliche Fachkenntnis im Unternehmen nicht vorhanden gewesen sei; es habe deshalb zusätzlich externer anwaltlicher Rechtsrat eingeholt werden müssen. Die Einholung von vergaberechtlichen Rechtsrat fand erst nach Abgabe des Angebots und nach Erhalt des § 134 GWB-Schreibens am 10. Oktober 2019 statt. Aus Sicht der Vergabekammer überschreitet hier die vergaberechtliche Bewertung der Zulässigkeit des konkreten Wertungssystems und der Wertung mündlicher Kommunikation die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlich fachkundigen Ingenieurbüros mit angeschlossenen Inhouse-Juristen. Denn hierzu bedarf es der speziellen Kenntnis aktueller Rechtsprechung. Insbesondere die vergaberechtliche Einordnung mündlicher Präsentationen erschließt sich dem hier angesprochenen Bieterkreis nicht ohne Weiteres, da solche Präsentationen nach wie vor gängige Praxis vieler Vergabestellen sind und sich ihre mögliche Unzulässigkeit lediglich aus einer aktuellen vergaberechtlichen Entscheidung der Vergabekammer Südbayern ergibt (hierzu unten II.2.).

Der weiter geltend gemachte Vergabeverstoß des Verzichts auf Einholung eines überarbeiteten Angebots im Verhandlungsverfahren und dem damit verbundenen Zuschlag auf das Erstangebot hätte von der ASt frühestens zum Zeitpunkt des Erhalts des Mitteilungsschreibens gem. § 134 GWB überhaupt erkannt werden können. Denn erst mit dem Erhalt dieses Schreibens stand für die ASt fest, dass die Ag offenbar nicht gedenkt, in weitere Verhandlungen mit den Bietern einzutreten. Für eine Verletzung der Rügeobliegenheit bedarf es somit einer positiven Kenntnis der ASt im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Diese kann der ASt hier indes nicht unterstellt werden. Hierfür wäre erforderlich, dass sich dieser Vergabeverstoß dem von der ASt am 10. Oktober 2019 kurzfristig hinzugezogenen Rechtsberater geradezu aufgedrängt hätte. Insbesondere vor dem Hintergrund der sehr kurzfristigen Hinzuziehung des anwaltlichen Beraters, der zudem auch nicht mit der Führung des Nachprüfungsverfahrens betraut wurde, bestehen hierfür keine Anhaltspunkte.



Die Frist ist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet.

Die Ast ist im Hinblick auf etwaige Fehler hinsichtlich der Informationspflicht nach § 134 Abs. 1 GWB nicht in ihren Rechten verletzt (unter lit. a). Die Ag darf vorliegend den Zuschlag grundsätzlich auf das Erstangebot erteilen, ohne in eine weitere Verhandlung eintreten zu müssen (b). Das von der Ag verwendete Wertungssystem ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Die Vergabeentscheidung darf auf der Basis einer mündlichen Präsentation getroffen werden. Auch die Verwendung der „Wertungsmatrix Stufe 2“ begegnet keinen Bedenken. (c). Allerdings ist nach der vorliegenden Dokumentation die Bewertung der Präsentationen der Bieter und die damit einhergehende Vergabeentscheidung zugunsten der Bg fehlerhaft.

a) Die Entscheidung der Ag, den Zuschlag auf das Erstangebot der Bg zu erteilen, ohne in eine (weitere) Verhandlung einzutreten, stellt keinen Verstoß gegen Grundsätze des Verhandlungsverfahrens nach § 119 Abs. 5 GWB, § 17 VgV dar. Zwar verhandelt der öffentliche Auftraggeber in einem Verhandlungsverfahren grundsätzlich mit den Bietern gemäß § 17 Abs. 10 VgV über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote. Allerdings kann er den Auftrag gemäß § 17 Abs. 11 VgV auf der Grundlage der Erstangebote vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung diese Möglichkeit vorbehalten hat. Dies ist vorliegend geschehen. Die Ag hat in Ziffer IV.1.5) der EU-Bekanntmachung mitgeteilt, dass sie sich das Recht vorbehält, den Auftrag auf der Grundlage der ursprünglichen Angebote zu vergeben, ohne Verhandlungen durchzuführen. Sie hat damit die notwendige Transparenz für die Bieter hergestellt. Diese waren darüber informiert, dass gegebenenfalls auf das zuerst abgegebene Angebot der Zuschlag erteilt werden konnte. Soweit die ASt ihre Rechtsauffassung daraus abzuleiten scheint, dass die Durchführung der Präsentation seitens der Ag als „Verhandlungsgespräch“ bezeichnet wurde, widerspricht dies dem tatsächlichen Lauf der Dinge. Denn faktisch wurde hier gerade nicht verhandelt. Die Präsentation stellt sich vielmehr als Teil des Erstangebots dar, dessen Wertung sich aus den Honorarangeboten der Bieter sowie der Bewertung der „Verhandlungsgespräche“

(= Präsentationen) zusammensetzt. Es handelt sich somit um einen einheitlichen Vorgang, der insgesamt die Erstangebote der Bieter darstellt.

b) Eine Zuschlagsentscheidung auf der Basis des von der Ag verwendeten Wertungssystems ist grundsätzlich zulässig.

(1) Die Bewertung einer Präsentation bei der Zuschlagsentscheidung verstößt nicht gegen die Formvorschriften des § 53 i.V.m. § 9 Abs. 2 VgV. Es liegt keine vergaberechtlich unzulässige mündliche Kommunikation über ein Angebot vor. Grundsätzlich kann die fachlich-inhaltliche Vorstellung des Angebots sowie des einzusetzenden Personals in Form einer mündlichen Präsentation vorgenommen und entsprechend bewertet werden (vgl. OLG München, Beschluss vom 2. November 2011, Verg 26/12). Entgegen der Auffassung der ASt ergibt sich eine Unzulässigkeit der Wertung einer mündlichen Präsentation nicht aus der gesetzlich geregelten Textform eines Angebots oder den Vorgaben für die Kommunikation im Vergabeverfahren.

(a) Die notwendige Textform des Angebots gemäß § 53 Abs. 1 VgV ist hier durch die schriftliche Bewerbung samt Eignungsnachweisen, Vorlage des Honorarangebots einschließlich des von der Ag geforderten Vertragstextes seitens der Bieter gewährleistet.

(b) Die Wertung einer Präsentation bei der Zuschlagsentscheidung verstößt nicht gegen den in § 9 Abs. 2 VgV niedergelegten Grundsatz, wonach die Kommunikation (nur) mündlich erfolgen kann, solange sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnahmeanträge, die Interessensbestätigungen oder die Angebote betrifft (so aber VK Südbayern, Beschluss vom 13. März 2019, Az: Z3-3-3194-1-43-11/18).

Vorliegend betrifft zwar die mündliche Präsentation neben dem Honorarangebot die beabsichtigte Vertragsdurchführung durch die Bieter und damit letztlich auch die Qualität der Angebote. Die Ag durfte aber die

mündlichen Präsentationen ihrer Angebotswertung zugrunde legen. Ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 VgV liegt nicht vor.

Dies ergibt sich aus einer Auslegung der Norm. Bei einer Gesetzesauslegung ist über den Wortlaut hinaus neben Systematik sowie Sinn und Zweck der Norm gerade auch der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen. Nach der Gesetzesbegründung der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts ist nach § 9 Abs. 2 VgV eine mündliche Kommunikation über die Angebote gerade nicht ausgeschlossen (vgl. BT-Drucksache 18/7318 vom 20. Januar 2016, zu § 9 Abs. 2, S. 153). So setzt die Regelung ausdrücklich Artikel 22 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe vom 26. Februar 2014 um. In Art. 22 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU heißt es ausdrücklich, dass „die mündliche Kommunikation mit Bieter, die einen wesentlichen Einfluss auf den Inhalt und die Bewertung des Angebots haben könnte, in hinreichendem Umfang und in geeigneter Weise dokumentiert werden“ muss. Hieraus ergibt sich, dass der EU-Richtlinienggeber die Berücksichtigung eines mündlichen Vortrags auch im Rahmen der Angebotswertung als zulässig erachtet. Diese Zulässigkeit wird vom innerstaatlichen Gesetzgeber in der Begründung zur VgV ohne Einschränkung aufgegriffen, indem es dort in der Begründung zu § 9 Abs. 2 heißt: „Bei der Dokumentation der mündlichen Kommunikation mit Bieter, die einen Einfluss auf Inhalt und Bewertung von deren Angebot haben könnte, ist in besonderem Maße darauf zu achten, dass in hinreichendem Umfang und in geeigneter Weise dokumentiert wird.“ Damit hat sich auch der innerstaatliche Gesetzgeber für die Zulässigkeit der Berücksichtigung mündlichen Vortrags im Rahmen der Bewertung von Angeboten entschieden, vorausgesetzt es hat eine entsprechende Dokumentation stattgefunden. Die ausreichende Dokumentation wird als notwendig angesehen, um dem Gebot der Transparenz angemessen zu entsprechen und überprüfen zu können, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Unternehmen gewahrt wurde. Damit ist in allen Verfahrensarten eine mündliche Kommunikation durchaus möglich. Eine Wertungsentscheidung darf hierauf gründen, wenn sie hinreichend dokumentiert wird. Die Ag hat vorliegend zum Zwecke der Dokumentation eine Zusammenfassung der wichtigsten Inhalte der mündlichen Kommunikation in Textform vorgenommen. Dies stellt eine statthafte Form der Dokumentation dar.

(2) Die von der Ag verwendeten Zuschlagskriterien entsprechen den Anforderungen an Zuschlagskriterien nach § 58 Abs. 2 Satz 2 VgV. Insbesondere können neben der Qualität gemäß § 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV auch die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals berücksichtigt werden, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Unzweifelhaft hat die Qualität des eingesetzten Personals hier im Rahmen der Vergabe einer langjährigen Projektsteuerung einschließlich Koordination der Technischen Gebäudeausrüstung erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung.

(3) Eine genauere Unter-Differenzierung der in Ziffer III. (Sonstige aufgabenspezifische Zuschlagskriterien) vorab angekündigten Fragen in der „Auswertungsmatrix Stufe 2“ zu den Themenbereichen Bauzeitverlängerung, zusätzliche Kosten und Qualitätsmanagement im TGA-Bereich war vergaberechtlich nicht geboten.

Die Ag hat zu diesen drei Themenkomplexen bis zu zwei Fragen gestellt, die in einem fachlichen Kontext hiermit stehen und konkret auf den Auftragsgegenstand bezogen sind. Grundsätzlich verfügt ein Bewertungsausschuss bei der Erfüllung seiner Aufgabe über einen gewissen Freiraum und darf, ohne die in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung festgelegten Zuschlagskriterien zu verändern, seine Tätigkeit der Prüfung und Bewertung der eingereichten Angebote strukturieren. Dieser Freiraum ist auch aus praktischen Erwägungen gerechtfertigt. Der öffentliche Auftraggeber muss in der Lage sein, die Bewertungsmethode, die er zur Bewertung und Einstufung der Angebote anwenden wird, an die Umstände des Einzelfalls anzupassen (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2016, C 6/15, Rn. 29 f.). Aus Sicht der Vergabekammer ist mit der Bekanntgabe der drei Themenbereiche in den Zuschlagskriterien Ziffer III. für einen durchschnittlichen Bieter hinreichend transparent gemacht worden, dass Fragen zu den Bereichen Bauzeitverlängerung, zusätzliche Kosten und Qualitätsmanagement im TGA-Bereich gestellt würden. Die Ag hat hier die zuvor bekanntgemachten Wertungskriterien nicht geändert, sondern in Form von bis zu zwei Fragen überprüft. Die Bewerber waren damit gleichermaßen in der Lage, sich auf die von der Ag in Ziffer III. vorgegebenen Themen inhaltlich vorzubereiten und auszurichten. Eine

Bekanntgabe der konkreten Fragen war nicht geboten. Insoweit sollte gerade durch das Stellen nicht bekannter Fragen zu vorgegebenen Themenkomplexen die Qualifikation und die Erfahrung des mit der Auftragsausführung betrauten Personals bewertet werden, was angesichts der Regelung in § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV auf keine Bedenken stößt. Die gewählte Vorgehensweise genügt den Anforderungen an die vergaberechtliche Transparenz gemäß § 58 Abs. 3 Satz 1 VgV.

- (4) Die Bewertung mit einer Notenskala, wie sie die Ag zugrunde gelegt hat, war statthaft. Die Ag hat den Bietern mit der Vorlage der Auswertungsmatrix Stufe 2 mitgeteilt, dass sie mit einer fünfstufigen Punkteverteilung, die auf den Erfüllungsgraden 100% (hervorragende Darstellung), 80% (gute/vollständige Darstellung), 60% (zufriedenstellende Darstellung), 30% (ausreichende Darstellung) und 0% (keine/falsche Darstellung) beruht, bewerten würde. Die Unterlegung der erzielbaren Erfüllungsgrade bzw. Punkte in einem Bewertungssystem mit weiteren Informationen zu den mit der Erfüllung der Unterkriterien verbundenen Erwartungen der Ag war hier nicht erforderlich. Grundsätzlich gilt, dass solche detaillierten Vorgaben den Bietern sonst direkt oder mittelbar Lösungskomponenten vorgeben würden (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17). Das aber kann – je nach Vergabeverfahren – gerade zu den Aufgaben gehören, deren Lösung der öffentliche Auftraggeber auf die Bieter delegieren will. In dem hier gewählten Verhandlungsverfahren für Ingenieurleistungen mit einer Präsentation der Bewerberteams erscheint es aus Sicht der Vergabekammer angemessen, wenn die Ag Lösungskomponenten für den Grad der Leistungserfüllung nicht spezifisch beschreibt. Nur wenn außergewöhnliche Umstände (Komplexität des Auftragsgegenstands mit besonders vielschichtigen Wertungskriterien) vorliegen, hat der öffentliche Auftraggeber Vorstellungen zum denkbaren Zielerreichungsgrad zu erläutern (vgl. BGH, aaO). Anhaltspunkte dafür, dass hier solche außergewöhnlichen Umstände vorliegen, sind nicht erkennbar.
- c) Die von der Ag dokumentierte Wertung der Präsentationen sowohl der ASt als auch der Bg beinhaltet Vergabefehler. Der Vergabestelle steht bei der Prüfung und Wertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote grundsätzlich ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der vergaberechtlich nur eingeschränkt der Nachprüfung unterliegt. Der

Beurteilungsspielraum kann im Nachprüfungsverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18).

- (1) Vorliegend bestehen ernsthafte und begründete Zweifel daran, ob die Ag nach der in der Vergabeakte befindlichen Dokumentation der Wertungsentscheidung bei der Bg nicht allein – so wie vorgesehen – den mündlichen Vortrag bewertet hat. In der Einladung zum „Verhandlungsgespräch“ hatte die Ag mitgeteilt, dass als Vorstellungs- bzw. Präsentationsunterlage zu dem Gespräch eine Tischvorlage mitgebracht werden könne. Es werde aber allein der Vortrag bewertet.

In der der Vergabekammer vorliegenden schriftlichen Dokumentation des mündlichen Präsentationstermins wird allerdings an sechs Stellen auf die Tischvorlage der Bg verwiesen. Dies ist der Fall in:

- Ziffer I. Personalorganisatorische Aufgabenumsetzung/Qualitäten/Organisation des Projektteams/Teamaufbau, interne Aufgabenverteilung: Verweise auf S. 12/13 sowie S. 14 der Tischvorlage.
- Ziffer I. Personalorganisatorische Aufgabenumsetzung/Qualitäten/Organisation des Projektteams/Personaleinsatz bei Lastspitzen: Verweis auf S. 19 der Tischvorlage.
- Ziffer II. Herangehensweise an das Projekt/Einschätzung der projektspezifischen Rahmenbedingungen und Risiken/Rahmenbedingungen, die für die Bauaufgabe prägend und relevant sind: Verweis auf S. 22 der Tischvorlage.
- Ziffer II. Herangehensweise an das Projekt/Einschätzung der projektspezifischen Rahmenbedingungen und Risiken/Risiken, die bei dieser Bauaufgabe auftreten können: Verweis auf S. 24 der Tischvorlage.

- Ziffer II. Herangehensweise an das Projekt/Einschätzung der projektspezifischen Rahmenbedingungen und Risiken/Folgen der aufgezeigten Risiken: Verweis auf S. 27 der Tischvorlage.
- Ziffer II. Herangehensweise an das Projekt/Einschätzung der projektspezifischen Rahmenbedingungen und Risiken/Vorschläge zum Umgang mit den aufgezeigten Risiken: Verweis auf S. 32/33 der Tischvorlage.

Durch die Verweise auf die Tischvorlage der Bg ist für die Vergabekammer nicht nachzuvollziehen, ob die Ag sich an die von ihr selbst aufgestellte Bewertungsvorgabe gehalten und tatsächlich nur den mündlichen Vortrag berücksichtigt hat. Im Unterschied dazu gibt es in der Dokumentation der Präsentation der ASt keine Verweise auf die von dieser verwendeten Tischvorlage. In der mündlichen Verhandlung hat die Ag ausgeführt, dass die Mitglieder der Bewertungskommission beide Tischvorlagen jeweils vor sich liegen hatten. Ob die in der Dokumentation enthaltenen Verweise auf die Tischvorlage der Bg nur aus dem mündlichen Vortrag gefolgt sind oder aber diesen ersetzt haben, ist für die Vergabekammer letztlich nicht aufklärbar. Angesichts der Wichtigkeit der Dokumentation der mündlichen Kommunikation nach § 9 Abs. 2 VgV (siehe dazu oben unter b) (2)) kann diese aber wegen Fehler- bzw. Lückenhaftigkeit der Überprüfung durch die Vergabekammer nicht zugrunde gelegt werden: Ob der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist, ist hier nicht vollständig überprüfbar. Die Dokumentation des Wertungsvorgangs leidet somit an einem schwerwiegenden Mangel.

(2) Auch die Subsumtion der Wertungsergebnisse in der Dokumentation der Präsentationen ist lückenhaft. Damit ist die Punktevergabe an diesen Stellen nicht nachvollziehbar. Eine fehlende Subsumtion der Wertung findet sich bei der Bg an mehreren Stellen. Dies ist der Fall in:

- Ziffer I. Personalorganisatorische Aufgabenumsetzung/Qualitäten/Organisation des Projektteams/Zusammenwirken des Teams in anderen Projekten.

- Ziffer I. Personalorganisatorische Aufgabenumsetzung/Qualitäten/Projektleiter/Darstellung persönlicher Referenzen.
- Ziffer II. Herangehensweise an das Projekt/Einschätzung der projektspezifischen Rahmenbedingungen und Risiken/Rahmenbedingungen, die für die Bauaufgabe prägend und relevant sind.
- Ziffer II. Herangehensweise an das Projekt/Einschätzung der projektspezifischen Rahmenbedingungen und Risiken/Risiken, die bei dieser Bauaufgabe auftreten können.
- Ziffer II. Herangehensweise an das Projekt/Einschätzung der projektspezifischen Rahmenbedingungen und Risiken/Folgen der aufgezeigten Risiken.
- Ziffer II. Herangehensweise an das Projekt/Einschätzung der projektspezifischen Rahmenbedingungen und Risiken/Vorschläge zum Umgang.
- Ziffer III. Sonstige aufgabenspezifische Zuschlagskriterien/Sonstiges/Frage 1a.
- Ziffer III. Sonstige aufgabenspezifische Zuschlagskriterien/Sonstiges/Frage 3a.

Bei der ASt fehlt die Subsumtion des Wertungsergebnisses in Ziffer III. Sonstige aufgabenspezifische Zuschlagskriterien/Sonstiges/Frage 3a.

Aufgrund der fehlenden Subsumtion kann die Vergabekammer nicht überprüfen, ob bei der Bewertung des Sachverhalts sachwidrige Erwägungen angestellt worden und ob gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist. Auch insoweit leidet die Dokumentation an einem schwerwiegenden Mangel.

(3) In verschiedenen Wertungspunkten hat die Vergabekammer aufgrund der dokumentierten Feststellungen darüber hinaus eine unterschiedliche Bewertung der Präsentationen von Bg und ASt bemerkt, die nicht vollständig konsistent erscheint. Dies betrifft die Bewertungen in:

- Ziffer II. Herangehensweise an das Projekt/Einschätzung der projektspezifischen Rahmenbedingungen und Risiken/Risiken, die bei dieser Bauaufgabe auftreten können,



- Ziffer II. Herangehensweise an das Projekt/Einschätzung der projektspezifischen Rahmenbedingungen und Risiken/Folgen der aufgezeigten Risiken,
- Ziffer III. Sonstige aufgabenspezifische Zuschlagskriterien/Sonstiges/ Frage 1a) und
- Ziffer III. Sonstige aufgabenspezifische Zuschlagskriterien/Sonstiges/Frage 3a).

Allerdings kann angesichts der Wiederholung der Präsentationen und einer damit einhergehenden neuen Bewertung, an dieser Stelle offen bleiben, ob und inwieweit die Bewertung der Präsentationen inkonsistent ist, wodurch unter Umständen der vergaberechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt wäre.

3. Als geeignete Maßnahme im Sinne des § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB ist der Ag – ihre weiterhin bestehende Beschaffungsabsicht vorausgesetzt – aufzugeben, das Vergabeverfahren mindestens in den Stand vor Durchführung der Präsentationen zurückzusetzen. Eine Neubewertung der bereits gehaltenen Präsentationen auf der Grundlage der in der Vergabeakte enthaltenen Dokumentation kommt nicht in Betracht, da diese Dokumentation – wie oben bereits ausgeführt – fehlerhaft ist und damit keine geeignete Grundlage für eine Wertungswiederholung darstellt. Ebenso wenig kommt eine Nachholung (Ergänzung oder Berichtigung) der bereits durchgeführten Dokumentation in Betracht, da die Präsentationen mehr als zwei Monate zurückliegen und es damit bereits an der zeitlichen Nähe zum zu dokumentierenden Vorgang fehlt. Durch das Zulassen einer Nachholung wäre eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung ernsthaft gefährdet (s. hierzu BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10).

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 VwVfG und folgt dem Maß des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten. Bei der Kostenverteilung hat die Vergabekammer berücksichtigt, dass die ASt mit ihrem Begehren der vollständigen Wiederholung des Vergabeverfahrens wegen grundlegender Mängel nicht in vollem Umfang durchgedrungen ist. Die Ag muss allerdings das

Vergabeverfahren zurückversetzen. Insoweit hat die ASt obsiegt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 25. Juni 2008, VII-Verg 22/08 und vom 16. November 2005, VII-Verg 59/05).

Die Bg ist als zum Teil mit der Ag unterlegene Partei an den Kosten des Verfahrens und der Erstattung der außergerichtlichen Aufwendungen der ASt zu beteiligen, da der Nachprüfungsantrag zwischen ihr und der ASt einen Interessengegensatz erzeugt hat und die Bg das Verfahren durch schriftsätzlichen und mündlichen Vortrag gefördert hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13, und vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Da § 182 Abs. 4 GWB anders als § 182 Abs. 3 S. 1 und 2 GWB keine gesamtschuldnerische Haftung der unterliegenden Beteiligten vorsieht, haften die Ag und die Bg insoweit nach Kopfteilen, also je zur Hälfte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. September 2007, VII-Verg 28/07).

Soweit sie obsiegt, sind der Bg aus denselben Gründen ihre außergerichtlichen Aufwendungen gemäß § 182 Abs. 4 S. 2 GWB zu erstatten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, aaO.).

#### 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.

Behrens

Brauer