

**2. Vergabekammer
des Landes Hessen**

69d - VK 2 – 22 /2020



Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

- Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

- Antragsgegnerin und Vergabestelle –

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen:

Ingenieurleistungen für Gebietsentwicklung

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Oberamtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Mai 2020 am 14. Mai 2020 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von € festgesetzt, die die Antragstellerin zu tragen hat.
3. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 20. November 2019 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Ausschreibungsnummer Ingenieurleistungen für die Erschließung im Rahmen der Gebietsentwicklung des Wohnbaugebietes „“ in als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Unter dem 28. November 2019 erfolgte eine Korrekturbekanntmachung, welche die unter dem 20. November 2019 erfolgte Bekanntmachung ersetzte.

Die Erstantgebote nebst den geforderten Anlagen waren bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 24. Februar 2020, 10:00 Uhr elektronisch über eine Vergabepattform einzureichen. Verhandlungsgespräche erfolgten ab dem 10. März 2020, das Ende der Angebotsfrist für letztverbindliche Angebote war der 27. März 2020. Ausweislich zweier Anschreiben vom 19. November 2019 sowie vom 23. Januar 2020 an alle Teilnehmer (Ordner VII, Blatt 4 bis 15 und Ordner I, Blatt 229 bis 239 der Vergabeprotokolle) dienten die Vergabegespräche der Präsentation des Angebotes sowie für Rückfragen der Auftraggeberin.

Zu den unter Ziffer 10 (Ordner I, Blatt 236 der Vergabeakte) aufgeführten Unterpunkten b) 1.1 und 1.2 sollte ein Kurzkonzept erstellt werden, das die Maßnahmen und Qualifikationen hinreichend beschrieb. Das Konzept sollte den Umfang von 5 DIN A4 Seiten zu Punkt 1.1 und 3 DIN A 4 Seiten zu Punkt 1.2 nicht überschreiten.

Im Rahmen der Verhandlungsgespräche wollte die Auftraggeberin sich einen Eindruck über das Projektteam verschaffen. Dazu waren die unter Ziffer 11. „Präsentation von vergleichbaren Projekten“ beschriebenen Vorgaben zu beachten (Ordner I, Blatt 237 bis 239 der Vergabeakte). Im Vordergrund stand dabei die Präsentation der Arbeitsweise und nicht die der Projekte an sich.

Nach Abschluss der Vergabegespräche sollte das wirtschaftlichste Angebot unter Berücksichtigung folgender Wertungskriterien und mit folgender Gewichtung ermittelt werden:

1. Präsentation (Wichtung 20 %),
2. Konzept zur Projektorganisation, etc. (Wichtung 35 %),
3. Qualifikation und Erfahrung des für die Ausführung des Auftrages vorgesehenen Projektleiter sowie persönliche Referenzen (Wichtung 20 %) und
4. Honorar (Wichtung 25 %).

Nähere Einzelheiten zu der Wertung der Unterkriterien waren der den Vergabeunterlagen seit Bekanntmachung des zu vergebenden Auftrages in den Vergabeunterlagen enthaltenen Blankobewertungsmatrix (Ordner V, Blatt 519 der Vergabeakte) zu entnehmen, die den Teilnehmern über die Vergabepattform mit den Vergabeunterlagen zum Download zur Verfügung stand.

Die Wertung der Angebote erfolgt zur Ermittlung des wirtschaftlichen Angebotes nach der gewichteten Richtwertmethode (Median) nach UfAB VI (Ordner I, Blatt 239 der Vergabeakte). Einzelheiten insoweit konnten der den Vergabeunterlagen beigelegten „Wertungsmatrix- Angebote“ entnommen werden. Die Antragsgegnerin wies ebenfalls darauf hin, dass die Wertung von einem Auswahlgremium vorgenommen werde, dessen Zusammensetzung sie erläuterte (Ordner I, Blatt 238 der Vergabeakte).

Darüber hinaus führte die Antragsgegnerin auch aus, anhand welcher Maßstäbe die obengenannten Kriterien 1 bis 4 bewertet werden (Ordner I, Blatt 237-239 der Vergabeakte). Die aufgeführten Unterkriterien sind in der Blanko- Wertungsmatrix enthalten, wobei eine vergleichende Bewertung der Angebote vorgenommen werden sollte (Ordner I, Blatt 237 der Vergabeakte).

Die ursprünglich vorgesehene voraussichtliche Dauer der Präsentation von etwa 45 Minuten, wovon ca. 30 Minuten auf die Präsentation und ca. 15 Minuten auf Rückfragen der Auftraggeberin entfallen sollten (Ordner I, Blatt 258 der Vergabeakte), änderte die Antragstellerin für alle Bieter, die an der Präsentation teilnehmen sollten, mit Einladungsschreiben vom 23. Januar 2020 (Ordner VI, Blatt 121 der Vergabeakte) auf eine 20-minütige Präsentation und 25-minütige Klärung von Fragen seitens der Antragsgegnerin. Die Antragstellerin bestätigte ihre Teilnahme an der Präsentation mit Schreiben vom 24. Januar 2020, das die Mitgeschäftsführerin der Antragstellerin, _____, unterschrieb und am 27. Januar 2020 über die Vergabepattform der Antragsgegnerin hochlud (Ordner VI, Blatt 145 bis 147 der Vergabeakte). Vor Beginn der Präsentation am 10. März 2020 wies die nicht stimmberechtigte teilnehmende Vertreterin der Bevollmächtigten der Antragsgegnerin alle Bieter nochmals auf die mit der Einladung verschickten Zeitvorgaben hinsichtlich der Präsentation und Beantwortung für Fragen hin. Die Geschäftsführerin der Antragstellerin ging jedoch zu diesem Zeitpunkt weiterhin davon aus, dass die in dem Anschreiben (Stand 23. Januar 2020) angegebene Zeitvorgabe für die Präsentation von ca. 30 Minuten zur Verfügung stehe, was die Vertreterin der Bevollmächtigten der Antragsgegnerin jedoch verneinte und auf die reine Präsentationszeit von 20 Minuten hinwies. Die Präsentation der Antragstellerin betrug ca. 37 Minuten, sodass ca. acht Minuten für Rückfragen der Antragsgegnerin verblieben.

Ihr finales Angebot gab die Antragstellerin bis zum 30. März 2020 fristgerecht ab. Mit Vorabinformationsschreiben vom 8. April 2020 teilte der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, der Zuschlag solle auf das Angebot der Firma _____, erfolgen. Sie führte aus, weshalb das Angebot der Antragstellerin, das das niedrigste Honorar aufwies, auf Rang zwei liege (Blatt 216 bis 218 der Vergabeakte).

Parallel durch die Vergabeplattform erhielten die Bieter, so auch die Antragstellerin, die durch die Plattform AE Vergabemanager (e HAD) automatisch generierte Information, die Zuschlagserteilung erfolge an die „
“.

Letztere ist Mitgesellschafterin der

n. Die ist Inhaberin der Lizenz bzw. des Accounts, mit dem Bieter auf der von der Antragsgegnerin verwandten Vergabeplattform Angebote und Teilnahmeanträge einstellen können. Diesen Account nutzte die

, um sowohl den auf sie lautenden Teilnahmeantrag als auch das auf sie lautende Angebot über die Plattform einzureichen. Aus diesem Grund hat die Software der Vergabeplattform den Namen des Überermittlers des Angebotes), fälschlicherweise als Absender des Angebotes

erfasst. Aus den Vergabeunterlagen ergibt sich, dass die

sowohl den Teilnahmeantrag als auch ein bzw. das finale Angebot eingereicht hat. Die genannten Schriftstücke sowie die eingereichten Unterlagen weisen den Briefkopf bzw. in der jeweiligen Unterschriftenzeile den Stempel der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie die Unterschrift eines Mitgeschäftsführers der Gesellschaft auf. Die Gesellschafter der GbR bestehen nach Kenntnis der Antragsgegnerin aus der und der

. Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes legte die bevorzugte Bieterin Referenzen ihrer jeweiligen Gesellschafter vor, die den Vorgaben der Antragsgegnerin entsprachen (Ordner II Blatt 276 bis 317 der Vergabeakte).

Mit anwaltlichen Schreiben vom 15. April 2020 rügte die Antragstellerin die ihr zugeleiteten Vorabmitteilungen als fehlerhaft. Die Vorabinformationen seien unvollständig und grob fehlerhaft. Die in beiden Vorabinformationsschreiben benannten besten Bieter seien auszuschließen. Im Übrigen habe eine unzutreffende Wertung im Hinblick auf die Organisation ihres eigenen Planungsbüros stattgefunden. Es liege eine unververtretbare Unterbewertung vor. Die Wertung lasse unberücksichtigt, dass eine im Detail differenzierte Struktur der Projektbeteiligten in Form eines projektbezogenen organisieren vorliege und hierauf auch in der Präsentation verwiesen worden sei. Zweifelsfrei sei die dezidierte Darstellung übersehen und deswegen statt mit „fünf“ mit „vier“ bewertet worden.

Darüber hinaus liege auch eine unzutreffende Wertung im Hinblick auf die Kommunikation vor. Wegen der abweichenden Vorabinformationen nach § 134 GWB liege zweifelsfrei auch in Bezug auf sie, die Antragstellerin, eine Personenverwechslung vor. Auch hier sei der Mitgeschäftsführer, _____, besser zu bewerten.

Des Weiteren liege eine unzutreffende Wertung im Hinblick auf die „Vorstellung eines vergleichbaren Projekts“ vor. Auch hier verweist die Antragstellerin auf § 134 GWB. Die Präsentation des als vergleichbar identifizierten Projektes sei detailliert gewesen, weshalb auch an dieser Stelle die beste Bewertung geboten sei. Auch im Hinblick auf die persönlichen Referenzen sei eine unzutreffende Wertung vorgenommen worden. Die Herabwertung beruhe darauf, dass in der Präsentation nur die Referenzen eines Projektleiters verbalisiert worden seien, obschon dies gerade nicht in die Wertung mit einzuschließen sei, weil dies im Rahmen der unterbreiteten Bewertungsmatrix so nicht ausgewiesen sei.

Die Antragsgegnerin nahm beide erfolgten Vorabinformationen zurück und ersetzte diese durch ein Vorabinformationsschreiben vom 17. April 2020.

Mit Schriftsatz vom 16. April 2020 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie bezieht sich im Wesentlichen auf die Rügen in ihrem Schreiben vom 15. April 2020. Darüber hinaus sei die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin nicht geeignet, denn diese verfüge nicht über die erforderlichen Ressourcen, das erforderliche Personal und die erforderlichen Referenzen. Die _____ habe seit dem Jahre 2011 keine weiteren Abschlüsse getätigt, wie sich aus dem Bundesanzeiger vom 12. Mai 2020 ergebe. Die in Rede stehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts habe keine Mitarbeiter und sei nicht werbend tätig, wenn sie in dieser von der Antragsgegnerin behaupteten Konstellation überhaupt bestehe. Sämtliche Eignungs- und Leistungsaspekte bezögen sich auf die in dem zweiten Vorabinformationsschreiben genannte _____. Für die bevorzugte Bieterin, die _____ habe die Vergabestelle in Unkenntnis nicht offenbarer umfassender Eignungsleihe Referenzen und Berufserfahrungen gutgebracht, die ihr nicht zuzurechnen seien. Auf das Schreiben der Antragstellerin vom 15. April 2020 als auch auf deren Schriftsätze vom 16. April 2020, 27. April 2020 und 5. Mai 2020 wird ergänzend Bezug genommen.

Die Antragstellerin hält an ihren Rügen weiterhin fest. Erstmals mit Schriftsatz vom 5. Mai 2020 rügt sie die Intransparenz der gewählten Bewertungsmethode „gewichtete Richtwertmethode (Median) nach UfAB VI“. Gerade wegen dieser Intransparenz begehrt sie auch Akteneinsicht hinsichtlich der angebotenen Preise.

Die Antragstellerin beantragt nunmehr,

1. das bezeichnete Vergabeverfahren in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen,
2. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der
zu erteilen,
3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Bewertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
4. der Antragsgegnerin zu untersagen, das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen,
5. der Antragstellerin uneingeschränkt Akteneinsicht zu gewähren.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag sowie alle weiteren am 12. Mai 2020 gestellten Anträge zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, durch die vorgenommene Abhilfe hinsichtlich der Versendung der erneuten Vorabinformation nach § 134 GWB fehle der Antragstellerin die Antragsbefugnis. Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die Vorabinformation vom 17. April 2020 sei nicht fehlerhaft. Weitere Auskünfte, als die, die in der Vorinformation enthalten seien, könne sie nicht erteilen, denn wenn sie die von den Mitbietern erzielten Punktzahlen mitteile, könne die Antragstellerin ohne weiteres Rückschlüsse auf die angebotenen Honorare ziehen, sodass direkt Geschäftsgeheimnisse der Mitbieter verletzt würden. Dies liege an der gewählten Bewertungsmethode.

Die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin sei auch geeignet. Der Hinweis der Antragstellerin, diese verfüge nicht über die erforderlichen Ressourcen und das erforderliche Personal sei eine Vermutung ins Blaue hinein, da die Antragstellerin keine tatsächlichen Anknüpfungspunkte vortrage. Im Übrigen habe die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin die erforderlichen Referenzen erbracht und sei sehr gut geeignet.

Hinsichtlich der Wertung des Konzeptes zur Projektorganisation habe die Antragsgegnerin sich an den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum gehalten. Auch hinsichtlich der Einschätzung der Kommunikationsfähigkeit habe das Wertungsgremium umfangreich begründet, weshalb die Antragstellerin hier nur drei von fünf Punkten erreicht habe. Was die Vorstellung des vergleichbaren Projektes betreffe, gehe es hierbei auch um die Zeiteinteilung der Präsentation. Auch hier sei die erfolgte Wertung im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes fehlerfrei erfolgt. Hinsichtlich der Wertung der persönlichen Referenzen habe die Antragsgegnerin auch nicht ermessensfehlerhaft gehandelt. Hinsichtlich der gerügten Intransparenz der Bewertungsmethode sei die Antragstellerin präkludiert.

Die mündliche Verhandlung hat am 12. Mai 2020 stattgefunden. Mit nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 17. Mai 2015 teilte die Antragstellerin mit, weitere Verfahrensrügen gegenüber der Antragsgegnerin erhoben zu haben. Auf den Schriftsatz vom 17. Mai 2020 wird insoweit Bezug genommen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie auf die von der Antragsgegnerin vorgelegte Vergabeakte, bestehend aus Ordner I (Blatt 1 bis 566), Ordner II (Blatt 1 bis 603), Ordner III (Blatt 1 bis 84), Ordner IV (Blatt 1 bis 403), Ordner V (Blatt 1 bis 557), Ordner VI (Blatt 1 bis 545) und Ordner VII (Blatt 1 bis 127), Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig (dazu A.). Soweit zulässig, ist er unbegründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten ist eröffnet (dazu I.). Der Antragstellerin fehlt jedoch teilweise die Antragsbefugnis (dazu II.). Sie hat die von ihr geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechtes auch nur teilweise rechtzeitig gerügt (dazu III.).
- I. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten ist eröffnet.
1. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl I S. 1750, berichtigt S. 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Juli 2018 (BGBl I, S. 1151), ist eröffnet, weil die hier verfahrensgegenständliche europaweite Ausschreibung nach dem 18. April 2016 erfolgte, § 186 Abs. 2 GWB.
2. Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag nach § 103 Abs. 4 GWB.
3. Der maßgebliche Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Art. 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU, der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren geändert wurde, von 214.000,- € ist überschritten.
- II. Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB jedoch nur teilweise antragsbefugt.
1. Soweit die Antragstellerin der Auffassung ist, das Bieterinformationsschreiben vom 17. Mai 2020 sei fehlerhaft und genüge nicht vollständig den gesetzlichen Vorgaben des § 134 GWB, ist hierdurch für die Antragstellerin ein Schaden weder eingetreten noch denkbar.

Sinn und Zweck der Informationspflicht nach § 134 GWB ist ausschließlich, die Bieter durch einen Vertragsschluss nicht vor vollendete Tatsachen zu stellen, sondern ihnen die Möglichkeit zu geben, die Zuschlagsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers mit dem Ziel, Primärrechtsschutz zu erhalten, überprüfen zu lassen (vgl. nur BGH, Urteil vom 22. Februar 2005 – KZR 36/03 - juris). Durch die Einlegung des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin hat sich der Zweck des Vorabinformationsschreibens realisiert. Einen weitergehenden selbstständigen Zweck erfüllt das Bieterinformationsschreiben nicht. Wie das vorliegende Verfahren zeigt, war die Antragstellerin in der Lage, rechtzeitig vor Zuschlagserteilung ihre Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB wahrzunehmen und das Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB zu veranlassen. Der Anspruch der Antragstellerin auf effektiven Rechtsschutz wurde nicht beeinträchtigt.

2. Der Antragstellerin fehlt auch die Antragsbefugnis im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB, soweit sie die fehlende Eignung der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin geltend macht.
 - a) Zwar kann die fehlende Eignung des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters als eigene Rechtsverletzung im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB geltend gemacht werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie vorliegend – der antragstellende Bieter den zweiten Rang in der Wertung des öffentlichen Auftraggebers belegt. Voraussetzung ist aber ein schlüssiger Vortrag, der eine Rechtsverletzung sowie einen daraus resultierenden Schaden jedenfalls möglich erscheinen lässt.
 - b) An einem solchen schlüssigen Vortrag der Antragstellerin fehlt es. Die Antragstellerin stellt insoweit lediglich Spekulationen an. Sowohl der schriftsätzliche Vortrag als auch der Vortrag in der mündlichen Verhandlung, die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin zeige keine Präsenz im Internet, eine der Mitgesellschafterinnen der Bieterin habe seit dem Jahre 2011 keine weiteren Abschlüsse getätigt und im Übrigen sei der Gesellschaftsvertrag sowie die dort geregelten Vertretungsbefugnisse der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht bekannt, ist nicht von vergaberechtlicher Relevanz hinsichtlich der Eignung.

Weder die Vertretungsbefugnisse noch der Gesellschaftsvertrag an sich, noch die fehlende Registerpflicht für eine GbR sind im Hinblick auf die Eignung der Antragstellerin als GbR von vergaberechtlicher Relevanz, denn sie geben keinerlei Auskunft über die Erfüllung der Eignungskriterien, die der Gesetzgeber in § 122 Abs. 2 GWB formuliert hat. Gleiches gilt für eine fehlende Internetpräsenz, die in keinem Zusammenhang mit einer (vermeintlich) fehlenden Eignung eines Bieters steht. Auch diese gibt keinerlei Auskunft über das Vorliegen der Eignungskriterien eines Bieters. Andere Unternehmen dürften selbst im Rahmen des heutigen Internetzeitalters keinen Internetauftritt haben und können dennoch für die Ausführung eines Auftrages geeignet sein.

- c) Auch aus dem Vortrag der Antragstellerin, die von der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin vorgelegten Referenzen seien dieser nicht zuzurechnen, ergibt sich nicht die Möglichkeit einer Rechtsverletzung im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB. Die Antragstellerin äußert insoweit lediglich Rechtsansichten, trägt aber keine konkreten Tatsachen oder Indizien vor. Die Antragstellerin geht vielmehr rechtsirrig davon aus, dass der die von ihr vorgelegten Referenzen nicht als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zugerechnet werden könnten. Dies ist allerdings unzutreffend.
- (1) Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs teilrechtsfähig, das heißt Trägerin von Rechten und Pflichten, sofern sie als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts auftritt. Die Gesellschaft selbst hat damit Verpflichtungsfähigkeit, ohne juristische Person zu sein (grundlegend: BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00 - jruis). Als abstraktes Denkgebilde ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbst nicht handlungsfähig, sodass Ansprüche rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Natur nur durch die für die Gesellschaft handelnden Personen begründet werden können. Rechtlich gesehen sind die Ansprüche indes der Gesellschaft zugeordnet, sodass in erster Linie nicht die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, sondern die Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbst Gläubigerin bzw. Schuldnerin ist.

Daneben haften die Gesellschafter auch persönlich, und zwar als Gesamtschuldner nach den Grundsätzen der akzessorischen Haftung der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, § 128 Satz 1 HGB (BGH, a.a.O., Leitsatz 3).

- (2) Vertragspartner und damit Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts können nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen, Personenhandelsgesellschaften und andere Gesellschaften bürgerlichen Rechts sein. Vorliegend besteht die Bieterin, die den Zuschlag erhalten soll, aus zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Aus dem Auftreten der bevorzugten Bieterin als Gesellschaft bürgerlichen Rechts, insbesondere durch Verwendung des entsprechenden Namenszusatzes „GbR“, das Handeln der bevorzugten Bieterin innerhalb ihres ausgewiesenen Geschäftsfeldes sowie die Unterzeichnung jeglicher Korrespondenz mit der Antragsgegnerin durch den „Geschäftsführer“ in Vertretung wird deutlich, dass es im Auftragsfall zu einer Verpflichtung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommt. Entgegen der vom Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung ist es unerheblich, dass die Zuschlagsprätendentin auf ihrem Briefkopf ihre Geschäftsführer ausweist. Zum einen hat die Geschäftsführungsbefugnis nichts mit der Vertretungsbefugnis zu tun und im Übrigen hat auch eine GbR Geschäftsführer (§§ 709, 710 BGB Gesamt- oder Einzelgeschäftsführung). Vielmehr ist zum anderen entscheidend, dass der Wille, im fremden Namen, nämlich im Namen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu handeln, erkennbar hervortritt, § 164 Abs. 2 BGB direkt oder zumindest analog. Dies ist vorliegend geschehen, denn alle Schriftstücke (Teilnahmeantrag, Angebote etc.) weisen und beziehen sich auf die GbR als Bieterin. Nach Überzeugung der Kammer hatte die Antragsgegnerin keinerlei Anlass, an der Vertretungsberechtigung des Geschäftsführers der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu zweifeln.
- (3) Die vorstehend dargestellte Rechtslage bewirkt, dass Schuldnerin der Antragsgegnerin im Auftragsfall zwar die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wäre, sie – die Antragsgegnerin – gleichzeitig aber auch gesamtschuldnerisch auf jede der beiden Gesellschafterinnen zurückgreifen könnte.

Anders als bei der Bieter- bzw. (nach Zuschlagserteilung) Arbeitsgemeinschaft tritt die gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter entsprechend § 128 Satz 1 HGB kraft Gesetzes ein. Einer entsprechenden Erklärung bedarf es – anders als bei der Bietergemeinschaft – nicht.

Zwar stellt auch die Bietergemeinschaft in der Regel eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts dar, deren Gesellschaftszweck ist jedoch nicht auf die dauerhafte Erbringung der ausgeschriebenen Leistung gerichtet, sondern auf die Teilnahme an einem konkreten Vergabeverfahren mit dem Ziel, den Zuschlag zu erhalten, beschränkt. Daher liegt es regelmäßig im Interesse des öffentlichen Auftraggebers, für den Auftragsfall gemäß § 43 Abs. 3 VgV eine bestimmte Rechtsform bzw. – als milderer Mittel – die gesamtschuldnerische Haftung der beteiligten Partner zu verlangen.

- (4) Weil kraft Gesetzes ein akzessorischer Rückgriff des öffentlichen Auftraggebers auf die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts möglich ist, bedarf der öffentliche Auftraggeber auch keiner Absicherung dergestalt, dass er im Auftragsfall auf die Mittel, das Personal, die Kenntnisse, etc. der Gesellschafter zugreifen kann. Ebenso wie bei der Bietergemeinschaft ist bei der materiellen Eignungsprüfung nicht auf ihre einzelnen Mitglieder, sondern auf die Gesellschaft als Rechtssubjekt, hier die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, insgesamt abzustellen. Subjekt der Eignungsprüfung ist also die Gesellschaft, die sich die Eignungsnachweise ihrer Mitglieder zurechnen lassen kann. Die Antragsgegnerin musste daher von der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin auch keine „Bietergemeinschaftserklärung“ nach Formblatt 4.2 EU verlangen, denn vorliegend handelt es sich nicht um die typische Kooperationsform von Unternehmen zur Bündelung ihrer Leistungskraft zwecks Teilnahme an der vorliegenden Ausschreibung. Die Situation stellt sich letztlich nicht anders dar, als wenn eine juristische Person Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers wird. So, wie eine juristische Person kraft der bestehenden Arbeitsverträge zu ihren Mitarbeitenden auf deren Ressourcen „zurückgreift“, greift die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages auf die Ressourcen ihrer Gesellschafter zurück.

Durch das Auftreten als Gesellschaft bürgerlichen Rechts erklärt die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin, dass sie – und infolgedessen der öffentliche Auftraggeber – im Auftragsfall auf sämtliche Ressourcen der beteiligten Gesellschafter zugreifen kann.

- (5) Ausweislich der Vergabeakte erfüllt die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin die von der Antragsgegnerin formulierten Eignungsanforderungen sehr wohl. Die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin hat (vergleichbare) Referenzen ihrer Gesellschafter vorgelegt, sodass diese der Zuschlagsprätendentin – der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – zugerechnet werden können. Im Übrigen trägt die Antragstellerin selber vor, dass die vorgelegten Referenzen solche der Gesellschafterinnen der bevorzugten Bieterin sind. Dass die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin nicht über das erforderliche Personal bzw. Mitarbeiter verfüge, behauptet die Antragstellerin lediglich ins Blaue hinein, ohne dass hierfür Anhaltspunkte ersichtlich oder von ihr vorgetragen worden sind.

Auch ergeben sich aus dem Vortrag der Antragstellerin keinerlei Tatsachen und/oder Indizien, die an der Gültigkeit und inhaltlichen Richtigkeit der Referenzen der Antragstellerin Zweifel aufkommen lassen. Ein Mindestmaß an Tatsachenvortrag ist aber auch dann erforderlich, wenn der Antragsteller naturgemäß nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, denn sonst wäre dem Missbrauch von Rügen und den damit einhergehenden Verzögerungen von Vergabeverfahren Tür und Tor geöffnet (so auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. August 2019 – Verg 56/18 – juris, RdNr. 56). Der öffentliche Auftraggeber darf und muss sich grundsätzlich auf die Leistungsversprechen der Bieter verlassen können, solange ihm – was vorliegend der Fall ist (siehe oben A.II.2.c) (2) – keine konkreten und nachvollziehbaren Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an dem Leistungsversprechen des Bieters aufkommen lassen.

3. Soweit die Antragstellerin eine fehlerhafte Wertung ihrer Präsentation geltend macht ist sie nach § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Das danach erforderliche Interesse am öffentlichen Auftrag wird hinreichend durch das von der Antragstellerin abgegebene Angebot sowie den vorliegenden Nachprüfungsantrag dokumentiert. Die vermeintlich fehlerhafte Wertung ist hinreichend schlüssig dargelegt. Insoweit hat die Antragstellerin auch nachvollziehbar dargelegt, dass ihr durch die behaupteten Vergaberechtsverstöße ein Schaden droht, indem ihr eine realistische Chance auf den Zuschlag zu entgehen droht.
- III. Die Antragstellerin ist mit ihrer Rüge hinsichtlich der Intransparenz der Bewertungsmethode jedenfalls nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Die Vergabekammer lässt es dahingestellt, ob die Antragstellerin nicht bereits spätestens mit Abgabe des Teilnahmeantrages die vermeintliche Intransparenz der Bewertungsmethode gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB hätte rügen müssen, wofür einiges spricht. Jedenfalls hätte dieser vermeintliche Vergaberechtsverstoß durch den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin spätestens bis zum 25. April 2020 gerügt werden müssen, weil die ersten Verfahrensrügen unter Einbeziehung der Wertungsmatrix des Bevollmächtigten der Antragstellerin vom 15. April 2020 datieren.

Die Rüge hinsichtlich der Intransparenz der Bewertungsmethode vom 5. Mai 2020 des Bevollmächtigten hätte dieser auch inhaltlich unverändert bis spätestens 25. April 2020 vortragen können, denn die tatsächlichen Grundlagen hierfür lagen zu diesem Zeitpunkt bereits vor.
- B. Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, unbegründet. Die Antragstellerin ist nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Die Antragsgegnerin hat bei der Wertung der Präsentation den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten.
 - I. Bei der Wertung von Konzepten und deren Präsentation steht dem öffentlichen Auftraggeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbar ist.

Die Prüfung bezieht sich darauf, ob der öffentliche Auftraggeber der Wertung einen unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt zugrunde gelegt hat, sachfremde Erwägungen für die Wertung angestellt oder sich nicht an den von ihm aufgestellten Bewertungsmaßstab gehalten hat. Darüber hinaus hat der öffentliche Auftraggeber allgemeingültige Wertmaßstäbe zu beachten.

- II. Des Weiteren ist bei der Wertung von Angeboten nicht davon auszugehen, dass beginnend von der Maximalpunktzahl Abzüge für nicht optimale Aspekte oder Umstände erfolgen. Vielmehr ist zunächst von 0 Punkten und einer Addition von Punkten nach dem jeweiligen Angebotsinhalt auszugehen (VK Nordbayern, Beschluss vom 19. September 2019 – RMF-SG21-3194-4-42 – juris, RdNr. 119).
- III. Gleichfalls anerkannt ist es, dass bei Bewertungsgremien durchaus unterschiedliche Wertungsurteile zustande kommen können. Es ist nicht zu beanstanden, wenn zwei unterschiedliche Beurteiler eingereichte Konzepte zunächst unabhängig voneinander bewerten und sodann aus deren Bewertungen ein rechnerischer oder sonstiger Mittelwert gebildet wird (zuletzt VK Sachsen, Beschluss vom 28. März 2019 – 1/SVK/044-18 – juris). Der Bewertung von Konzepten, auch im Rahmen einer Präsentation, wohnt naturgemäß ein subjektives Moment inne.

Im Übrigen wäre die Antragstellerin insoweit gehalten gewesen, diesen Umstand vor Abgabe ihres Teilnahmeantrages zu rügen, was sie jedoch nicht getan hat.

- IV. Unter Zugrundelegung dieses oben aufgeführten Prüfungsmaßstabes ist die Wertung der Antragsgegnerin hinsichtlich der Präsentation der Antragstellerin nicht zu beanstanden.
 1. Für den Wertungspunkt „Konzept zur Projektorganisation“ und dessen Unterkriterium „Organisation des Planungsbüros“ ist die Punktebewertung des Konzeptes der Antragstellerin beurteilungsfehlerfrei erfolgt. Die Antragsgegnerin hat den hier von ihr formulierten Maßstab (Ziffer 11.2 des Anschreibens an alle Teilnehmer, Stand 23. Januar 2020 und die Wertungskriterien aus der Bewertungsmatrix) beachtet. Sie hat alle vorgelegten Unterlagen insoweit zur Kenntnis genommen und auch im Rahmen der Präsentation gewürdigt.

Dass die Antragstellerin nicht die volle Punktzahl erhalten hat, weil sich aus der Vorlage nicht ohne weiteres auf interne Strukturen, Aufteilung der Aufgaben, Zuarbeit, etc. schließen lässt, und nicht eindeutig zu erkennen sei, wer während der Planungs- und Bauphase konkret der Ansprechpartner der Antragsgegnerin sein soll, während die Bestbieterin einen konkreten Ansprechpartner benannt habe, ist durchaus vertretbar und von dem Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin gedeckt. Gleiches gilt für die von der Antragsgegnerin wahrgenommene Harmonie des von der bevorzugten Bieterin vorgestellte Projektteams.

Diesen Eindruck in die Bewertung miteinzubeziehen, zumal dieses subjektive Element in der Wertungsmatrix und dem Anschreiben an die Teilnehmer unter Ziffer 11.1 aufgeführt ist, ist nicht sachfremd oder willkürlich und unterliegt als Vorgang des Verhandlungsgesprächs wegen seiner Einmaligkeit und des subjektiven Meinungsstandes nicht der Wiederholung und kann damit von der Nachprüfungsinstanz nicht durch eine eigene Wertung ersetzt oder korrigiert werden.

2. Die Wertung des Kriteriums „Präsentation eines vergleichbaren Projektes“ insgesamt ist ebenfalls beurteilungsfehlerfrei durch die Antragsgegnerin vorgenommen worden.
 - a) Hinsichtlich des Unterkriteriums „Einschätzung der Kommunikationsfähigkeit, Kooperationsbereitschaft und des Durchsetzungsvermögens der Projektverantwortlichen“ hat die Antragsgegnerin entgegen der Auffassung der Antragstellerin ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten. Zum einen bewegt sich die Antragsgegnerin in dem von ihr selbst aufgestellten Bewertungsmaßstab (siehe Bewertungsmatrix und Anschreiben an die Teilnehmer Stand: 23. Januar 2020). Zum anderen handelt es sich hierbei um eine subjektive Einschätzung, die das Bewertungsgremium im Rahmen des Verhandlungsgesprächs gewonnen hat. Die Situation ähnelt einer mündlichen Prüfung und kann wegen ihrer Einmaligkeit nicht wiederholt werden und ist folglich – wie dargelegt – auch durch die Vergabekammer nicht zu ersetzen.

- b) Vor diesem Hintergrund greift auch nicht der Vortrag der Antragstellerin, dass die zu beurteilende Person im Vorfeld bereits ausreichend Erfahrung gemacht hat. Es handelt sich vielmehr um einen persönlichen Eindruck, um eine „Momentaufnahme“. Anhaltspunkte für eine Verwechslung von Personen auf Seiten der Antragstellerin sind weder aus dem Vortrag der Antragstellerin noch aus der Erörterung in der mündlichen Verhandlung zu Tage getreten, zumal der Geschäftsführer der Antragstellerin, _____, in der mündlichen Verhandlung erklärte, schon seit Jahrzehnten Geschäftsbeziehungen zu der Antragsgegnerin zu unterhalten, sodass von einer Verwechslung nicht auszugehen ist.

Der Eindruck der Antragsgegnerin dürfte auch auf dem Umstand basieren, dass die Antragstellerin, wie die Mitgeschäftsführerin _____ in der mündlichen Verhandlung ausführte, bis zu Beginn der Präsentation davon ausging, für die reine Präsentation 30 Minuten zur Verfügung zu haben. Ohne dass es darauf ankommt, kann sich die erkennende Kammer gut vorstellen, dass die unmittelbar vor der Präsentation erlangte Erkenntnis, dass die vorbereitete Präsentation zehn Minuten zu lang ist, durchaus dazu beiträgt, dass der Vortrag weniger souverän wahrgenommen wird, als dies üblicherweise der Fall wäre.

- c) Auch bei dem Unterkriterium „Vorstellung eines vergleichbaren Projektes“ hat die Antragsgegnerin eine beurteilungsfehlerfreie Wertung vorgenommen.

Zum einen hat die Antragsgegnerin einen Zeitrahmen für die reine Präsentation, nämlich 20 Minuten, mit Einladungsschreiben vom 23. Januar 2020 vorgegeben, zum anderen war der Zeitfaktor (siehe Bewertungsmatrix) durchaus ein Wertungsfaktor. Wie bereits dargestellt, hat die Antragstellerin eingeräumt, erst kurz vor dem Präsentationstermin wahrgenommen zu haben, dass ihr nur 20 Minuten für die Präsentation zur Verfügung stehen. Zum anderen hat die Antragstellerin tatsächlich mindestens 37 Minuten für die Präsentation benötigt. Insoweit ist es weder sachfremd noch willkürlich, dass die Antragsgegnerin insoweit dies als unangemessene Überschreitung bewertet hat, zumal sie gehalten ist, alle Bieter gleich zu behandeln. Die Antragstellerin war auch die einzige Bieterin, die den Zeitrahmen der Präsentation überschritt.

3. Hinsichtlich der Wertung des Kriteriums „Qualifikation und Erfahrung des Projektleiters“ und dem dazugehörigen Unterkriterium „persönliche Referenzen“ hat die Antragsgegnerin den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum ebenfalls eingehalten. Vielmehr ist hier noch eine „Besserstellung“ der Antragstellerin im Vergleich zu den übrigen Bietern zu verzeichnen, denn neben den 4 Referenzen von dem Mitgeschäftsführer, _____, wurden auch die von _____ als Projektleiterin einer Teilleistung vorgelegte Referenzen gewertet, wobei nur letztere in der Präsentation vorgestellt wurden.

Allerdings wäre es erforderlich gewesen, dass die Antragstellerin hier die Referenzen aller „Projektleiter“ präsentiert, denn sie hatte ja ausweislich ihres Angebotes mehrere Projektleiter benannt. Sachfremde oder gar willkürliche Erwägungen auf Seiten der Antragsgegnerin kann die Vergabekammer daher nicht feststellen.

- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- I. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin unterlegen ist, hat sie die Kosten zu tragen.

- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes sowie dem mit dem Nachprüfungsverfahren verbundenen Verwaltungsaufwand, § 182 Abs. 2 GWB.

Diese bestimmt sich nach dem Bruttoangebotswert des Angebotes der Antragstellerin. Unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrunde gelegt wird, ergibt sich eine Gebühr von _____ €. Billigkeitsgründe, die dafür sprechen, dass von der Erhebung von Gebühren ganz oder teilweise abgesehen werden kann, sind weder ersichtlich noch sind sie vorgetragen worden, § 182 Abs. 3 Satz 6 GWB.

- III. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war schon vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Waffengleichheit geboten, denn die Antragstellerin hat sich bereits im Vorfeld des Nachprüfungsverfahrens einer unter anderem auf Vergaberecht spezialisierten Anwaltskanzlei bedient.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat – Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main**

einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Roth
Vorsitzende

Markus Langsdorf
Hauptamtlicher Beisitzer
Der hauptamtliche Beisitzer befindet sich bei Fertigstellung des Beschlusses im Homeoffice und ist daher an der eigenhändigen Unterschrift gehindert.