

**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]  
[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

gegen

[REDACTED] -  
[REDACTED]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]  
[REDACTED],  
[REDACTED]

weitere Beteiligte:

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

wegen Neugestaltung des [REDACTED],

Verhandlungsverfahren mit vorherigem nicht offenen Wettbewerb nach VgV,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Uwe Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Matthias Möller und den ehrenamtlichen Beisitzer Baudirektor Dr. Andreas Fink aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Dezember 2019 am 21. Januar 2020 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, welche die Antragstellerin zu tragen hat.
- III. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
- IV. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

### Gründe:

#### I.

Die Antragsgegnerin - eine städtische Gesellschaft, bei der die [REDACTED] Alleingesellschafterin ist - schrieb mit Wettbewerbsbekanntmachung vom 19. Dezember 2017 die Vergabe des Dienstleistungsauftrags zur Neugestaltung des [REDACTED] im nichtoffenen Wettbewerb mit nachfolgendem Verhandlungsverfahren nach VgV europaweit aus (EU-ABl. [REDACTED]).

Darin wurden für das Verfahren folgende Vorgaben bestimmt: Es war ein Realisierungswettbewerb vorgesehen, für den erste bis dritte Preise mit entsprechenden Preisgeldern ausgelobt waren; die Verteilung der Preise war einem Preisgericht vorbehalten, das nach der Richtlinie für Planungswettbewerbe i.d.F. vom 31. Januar 2013 (RWP 2013) zu besetzen war (s. Ziff. IV.3.1, IV.3.5 der Bekanntmachung). Im Anschluss an den Wettbewerb war ein Verhandlungsverfahren durchzuführen (s. Ziff. III.1.10.1.1 lit. g, s. Ziff. IV.1.9 der Bekanntmachung).

Es war vorgesehen, den Auftrag in Folge des Wettbewerbs an den daraus hervorgehenden Gewinner zu erteilen (Ziff. IV.3.3 der Bekanntmachung).

Hinsichtlich der Entscheidung des Preisgerichts wurde folgende Vorgabe bekanntgegeben: „Die Entscheidung des Preisgerichts ist für den öffentlichen Auftraggeber bindend: ja“ (Ziff. IV.3.4 der Bekanntmachung).

Ziff. VI.3 der Bekanntmachung lautete wie folgt: „Das Wettbewerbsergebnis bzw. die Empfehlungen des Preisgerichts werden zu 60% berücksichtigt.“

Die Zuschlagskriterien, die den Verhandlungen zu Grunde zu legen waren, waren den Preisträgern mit der Einladung zum Verhandlungsverfahren bekanntzugeben; zugleich waren diesen die Vergabeunterlagen vorzulegen (Ziff. IV.1.9 der Bekanntmachung). Die Wettbewerbsunterlagen wurden Interessenten am 19. April 2018 verfügbar gemacht. Die darin enthaltenen Wettbewerbsbedingungen gaben vor, dass dem Wettbewerb die RPW 2013 zu Grunde liegt.

In der Folgezeit nahmen u.a. die Antragstellerin und die Beigeladene an dem Wettbewerb teil.

Am 31. August 2018 entschied das Preisgericht, den ersten Preis an die Antragstellerin und den zweiten Preis an die Beigeladene zu vergeben; den dritten Preis erhielt ein weiterer Teilnehmer.

Mit Schreiben vom 14. November 2018 forderte die Antragsgegnerin zu Beginn des Verhandlungsverfahrens die drei Preisträger zur Abgabe eines verbindlichen indikativen Angebotes auf. Dabei wurden ihnen folgende Zuschlagskriterien mit Gewichtung bekannt gegeben:

Wettbewerbsergebnis (gesetzt)	60%
Stellungnahme zu den Anmerkungen des Preisgerichts/Konkretisierung	15%
Personaleinsatzkonzept	10%
Projektorganisation	10%
Honorarangebot	5%

Zugleich wurden ihnen die Bewertungsmodalitäten mitgeteilt: Danach waren nach einer Bewertungsskala pro Zuschlagskriterium Punkte zu vergeben, die jeweils von null Punkten für die schlechteste Bewertung bis hin zu fünf Punkten für die beste Bewertung reichte; im Rahmen der Auswertung waren die jeweilig vergebenen Punkte mit der Gewichtung eines einschlägigen Kriteriums zu multiplizieren. Beim Kriterium „Wettbewerbsergebnis (gesetzt)“ waren somit im Rahmen der Auswertung zugunsten des ersten Preisträgers 300 Punkte, zugunsten des zweiten Preisträgers 240 Punkte und zugunsten des dritten Preisträgers 180 Punkte bereits vorgesehen. Die maximal erreichbare Gesamtpunktzahl betrug schlussendlich 500 Punkte.

Außerdem wurden jedem Preisträger zu seinem Wettbewerbsbeitrag einzelne Kritikpunkte des Preisgerichts mitgeteilt und dazu jeweils bestimmte Handlungsanweisungen gegeben, mit denen auf die Kritik reagiert werden konnte.

Als Frist zur Angebotsabgabe wurde der 5. Dezember 2018, 12:00 Uhr, bestimmt.

Der dritte Preisträger sagte seine Teilnahme am Verhandlungsverfahren ab, so dass sich daran nur noch die Antragstellerin und die Beigeladene beteiligten.

Diese reichten fristgerecht die geforderten Angebotsunterlagen ein, die sodann in drei Wertungsrunden bewertet wurden.

Aufgrund des jeweiligen Wertungsergebnisses dieser indikativen Angebote wurden Antragstellerin und Beigeladene zu Verhandlungsgesprächen eingeladen, die am 10. Januar 2019 stattfanden. Diese konnten dabei ihre Angebote jeweils gesondert erläutern. In der Folgezeit entstand zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin ein kontroverser Schriftwechsel über einzelne Aspekte zu Honorar und Architektenvertrag.

Mit Schreiben vom 8. Mai 2019 wurden Antragstellerin und Beigeladene unter Fristsetzung zur Abgabe eines verbindlichen finalen Angebotes aufgefordert.

Deren Angebote gingen je fristgerecht bei der Antragsgegnerin ein.

Die anschließende Bewertung ergab, dass von diesen beiden Angeboten dasjenige der Beigeladenen die höhere Gesamtpunktzahl erzielte. Im Vergabevermerk wurde abschließend notiert, dass das Angebot der Beigeladenen das wirtschaftlichste sei (Bl. 716 der Vergabeakte [VA]).

Mit Schreiben vom 22. Mai 2019 – vorab per Fax und per E-Mail versendet – informierte die Antragsgegnerin über ihre Zuschlagsabsicht. Der Antragstellerin teilte sie den Namen der Beigeladenen als Zubezuschlagende und den frühesten Zeitpunkt des Vertragschlusses – 3. Juni 2019 – sowie die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes mit, indem sie zu jedem Zuschlagskriterium die wesentlichen Erwägungen für die jeweilig getroffene Bewertung darlegte. Dabei wies sie darauf hin, dass die Antragstellerin beim ersten Zuschlagskriterium aufgrund ihres ersten Preises, den sie im vorangegangenen Wettbewerb erhalten hatte, besser als die Beigeladene bewertet wurde; zu den übrigen Zuschlagskriterien führte sie aus, dass die Beigeladene teils gleiche oder teils bessere Bewertungen als die Antragstellerin erreichen konnte.

Mit Schriftsatz vom 23. Mai 2019 rügte sie die Zuschlagskriterien bzw. die Wertungsmatrix vor allem deswegen als vergaberechtswidrig, da sie der Regelbeauftragung des Gewinners eines Wettbewerbes gemäß § 8 Abs. 2 RPW 2013 zuwiderlaufen würden. Danach müsse die Entscheidung des Preisgerichts, die in solch einem Wettbewerb getroffen wurde, maßgeblichen Einfluss auf die spätere Auftragserteilung haben. Dem würden insbesondere das erste, zweite und fünfte Zuschlagskriterium nicht Rechnung tragen, zumal mit dem letztgenannten Kriterium – dem Honorarangebot – die Gesamtangebotssumme bewertet werde, was wiederum der abschließenden Bewertung des Preisgerichts abträglich sei und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße. Auch sei die Wertung selbst fehlerhaft, weil bestimmte Inhalte ihres Angebotes nicht hinreichend berücksichtigt worden seien. Zudem rügte sie die Informationen im Schreiben der Antragsgegnerin vom 22. Mai 2019 als inhaltlich ungenügend, da die Bewertung nicht nachvollziehbar begründet worden sei.

Die Antragsgegnerin half den Rügen mit Schreiben vom 29. Mai 2019 erklärtermaßen nicht ab. Der Rüge gegen die ebengenannte Bieterinformation hielt sie entgegen, dass die gegebenen Hinweise mit den gesetzlichen Anforderungen vereinbar seien. Die Rügen gegen Zuschlagskriterien bzw. Wertungsmatrix seien präkludiert, weil die insoweit geltend gemachten Vergabefehler nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist beanstandet worden seien, obwohl – ihr Vorhandensein unterstellt – sie erkennbar gewesen wären. Unabhängig davon seien die Kriterien bzw. die Matrix vergaberechtskonform. Dies gelte insbesondere für das erste Zuschlagskriterium – dem Wettbewerbsergebnis –; denn zum einen sei § 8 Abs. 2 RPW 2013 nicht dahingehend auszulegen, dass der Gewinner eines Wettbewerbs ein geradezu absolutes Privileg hinsichtlich der Auftragserteilung genießt, zum anderen würde der in dieser Vorschrift vorgesehenen Regelbeauftragung des Gewinners Genüge getan, indem dieses Kriterium mit 60 % zu gewichten war. Dieser Regel entsprechen auch das zweite und fünfte Kriterium mit ihrer weitaus geringeren Gewichtung. Des Weiteren sei die Bewertung nicht zu beanstanden, da diese korrekt durchgeführt worden sei; soweit die von der Antragstellerin angebotenen Lösungen minder bepunktet worden sind, beruhe dies teils auf dortigen Defiziten, teils auf Vergleichen mit konkurrierenden Angeboten der Beigeladenen. Schließlich erklärte sie, dass das Angebot der Antragstellerin wegen Mehrdeutigkeit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird.

Daraufhin stellte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29. Mai 2019 – eingegangen am selben Tag – ihren Nachprüfungsantrag, wobei sie zur Begründung auf ihre Rügen verwies. Im Übrigen sei eine Rügepräklusion nicht gegeben, da Vergaberechtsverstöße bei der vorliegenden Ausgestaltung von Kriterien bzw. Matrix für – wie hier – juristische Laien nicht erkennbar gewesen seien. Der Angebotsausschluss verstoße gegen Vergaberecht, weil ihr Angebot nicht objektiv mehrdeutig sei; vielmehr hätte die Antragsgegnerin bei einer etwaigen Mehrdeutigkeit aufklären müssen, was sie aber nicht getan hatte.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen;
2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist;
3. geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wiederherzustellen und die Rechtsverletzungen zu Lasten der Antragstellerin zu beseitigen;
4. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;
5. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
6. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Am 31. Mai 2019 übermittelte die Vergabekammer unter Hinweis auf das Zuschlagsverbot den Nachprüfungsantrag an die Antragsgegnerin, gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme und forderte von ihr unter Fristsetzung die Vergabeakte an, die sie auch erhielt. Zugleich informierte sie die Antragstellerin über die Übermittlung.

Mit Schriftsatz vom 14. Juni 2019 erwiderte die Antragsgegnerin auf den Nachprüfungsantrag, wobei sie beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären;
3. die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin der Antragstellerin aufzuerlegen.

In der Begründung bekräftigte sie im Kern ihre Rügeantwort. Sie führte außerdem im Wesentlichen aus, dass der Angebotsausschluss nicht vor Erhebung des Nachprüfungsantrags gerügt wurde, obwohl dies trotz des kurzen Zeitraums zwischen Bieterinformation und frühestmöglichem Vertragstermin durchführbar und die Rüge nicht entbehrlich gewesen sei.

Nachfolgend vertiefte sich die Kontroverse. Die Antragstellerin meinte zusammengefasst, mangels Hinweise auf Rechtsschutzmöglichkeiten sei eine Präklusion ihrer Rügen zu verneinen. Einer Rügepräklusion des Angebotsausschlusses trat sie damit entgegen, dass aufgrund der damaligen kalendarischen Konstellation von Werk- und Feiertagen zu befürchten gewesen sei, dass der Nachprüfungsantrag zu spät erhoben worden wäre. Abgesehen davon bedurfte es ihrer Ansicht nach keiner Rüge, weil die Antragsgegnerin eine Abhilfe der Rügen ohnehin verweigert hätte, zumal der Ausschluss willkürlich und rechtsmissbräuchlich erfolgt sei. Ferner trug sie Wertungsfehler zu bestimmten Teilen ihres Angebotes vor. Demgegenüber verteidigte die Antragsgegnerin ihre Ausschlussklärung mit aus ihrer Sicht bestehenden Unklarheiten bei Kalkulation und Angebotsinhalt der Antragstellerin.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 4. Juli 2019 wurden der Antragstellerin auf ihre Bitte hin bestimmte Unterlagen aus der Vergabeakte zugesendet, soweit ihr die Einsichtnahme in diese Schriftstücke aus wichtigen Gründen i.S.v. § 165 Abs. 2 GWB nicht zu versagen war. Die Versagung erfolgte durch Schwärzungen bestimmter Textteile.

Die Antragstellerin machte mit Schriftsatz vom 11. Juli 2019 weitere Vergaberechtsverstöße geltend, die sie erst bei der Einsichtnahme in die zugesendeten Unterlagen aus der Vergabeakte erkannt gehabt hätte. So sei gegen das Gebot eigenständiger Verfahrensführung verstoßen worden, denn hinsichtlich des Angebotsausschlusses lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass dieser auf einer Entscheidung der Antragsgegnerin beruht. Dies begründe auch einen unheilbaren Dokumentationsmangel, der die Nichtigkeit des Ausschlusses bewirke. Überdies sei das Verhandlungsverfahren mangels Zuschlagsreife rechtswidrig durchgeführt worden.

Dies stellte die Antragsgegnerin in Abrede.

Mit Schriftsatz vom 21. August 2019 rügte die Antragstellerin unter Bezugnahme auf den gegnerischen Vortrag ausdrücklich, die Antragsgegnerin hätte der Beigeladenen bei der Aufforderung zur indikativen Angebotsabgabe eine Überarbeitungsempfehlung gegeben, was eine Ungleichbehandlung darstelle.

Am 2. September 2019 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen. Sie erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme zum bisher im Verfahren entstandenen Schriftverkehr.

Mit Schriftsatz vom 3. September 2019 ergänzte die Antragstellerin ihren Vortrag zur Bindungswirkung von § 8 Abs. 2 RPW 2013, indem sie sich auf einschlägige Rechtsprechung berief, insbesondere auf den Beschluss der VK Südbayern vom 3. Juli 2019 - Az.: Z3-3-3194-1-09-03/19 -.

Die Beigeladene erklärte mit Schriftsatz vom 19. September 2019, dass sie auf eine Stellungnahme gegenwärtig verzichtet, und beantragte Akteneinsicht in dem Umfang, wie er der Antragstellerin gewährt worden war; sie bat zudem um Zusendung der zur Antragschrift gehörigen Anlagen.

Die erbetenen Unterlagen erhielt sie mit Verfügung der Vergabekammer vom 9. Oktober 2019, soweit ihr diese aus wichtigen Gründen nicht zu versagen waren; geheimhaltungsbedürftige Angaben waren geschwärzt.

Nachdem die mündliche Verhandlung auf Bitten von Beteiligten mehrmals verschoben wurde, fand sie vor der Vergabekammer schließlich am 16. Dezember 2019 statt. Es waren alle Beteiligten anwesend; die Antragstellerin und die Antragsgegnerin hielten ihre gegensätzlichen Standpunkte und Anträge aufrecht, die Beigeladene äußerte sich nicht und stellte auch keinen Antrag.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags und Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens richten sich nach den §§ 97, 160 ff GWB in der ab 18. April 2016 anwendbaren Fassung, weil das Verfahren über die gegenständliche Auftragsvergabe nach dem 18. April 2016

eingeleitet wurde (§ 186 Abs. 2 GWB i.d.F. des Gesetzes vom 17. Februar 2016 [BGBl. I S. 203]).

1. Die Zulässigkeit beruht auf folgenden Erwägungen:

- a.) Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB sowie der Rechtsweg zur Vergabekammer ist gemäß §§ 155, 156 Abs. 1 und 2 GWB sind eröffnet. Denn die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber (§ 99 Nr. 2 GWB). Sie ist eine juristische Person des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse einen Teil der [REDACTED] wiederaufzubauen, was insbesondere wegen des historischen und städtebaulichen Bezugs eine Aufgabe nichtgewerblicher Art darstellt; das hier zu Grunde liegende Vergabeverfahren hat sie veranlasst und zu verantworten (Bl. 723 VA). Außerdem erfüllt die Antragsgegnerin als hundertprozentige Tochtergesellschaft der [REDACTED] - [REDACTED] - unstreitig - die Finanzierungs-, Leitungs- und Beherrschungs Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 lit. a bis c GWB. Dem Rechtsstreit liegt ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 103 Abs. 4 GWB zu Grunde. Auch wurde der für das vorliegende Nachprüfungsverfahren geltende Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge von 221.000,- € (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. c Richtlinie 2014/24/EU i.d.F. der Delegierten Verordnung [EU] 2015/2365 der Kommission vom 18. Dezember 2017 [EU-ABl. L 337/19]) ausweislich der Schätzung des Auftragswerts, wie sie sich aus dem Vergabevermerk vom 5. Juni 2019 ergibt (Bl. 723 VA), überschritten.
- b.) Die Antragstellerin hat ihre Rügeobliegenheiten erfüllt, soweit dies die Rügen zur Ausgestaltung von Zuschlagskriterien bzw. Wertungsmatrix unter Berücksichtigung vom § 8 Abs. 2 RPW 2013, zur Wertung, zum Verhandlungsverfahren und dessen Dokumentation sowie zur Bieterinformation vom 22. Mai 2019 betrifft.
- aa.)

Insbesondere sind die Rügen zu Zuschlagskriterien bzw. Wertungsmatrix und des geltend gemachten Verstoßes gegen § 8 Abs. 2 RPW 2013 nicht präkludiert, weil für die Antragstellerin ein möglicher Vergaberechtsverstoß insoweit nicht erkennbar i.S.v. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB war.

Für die Erkennbarkeit des Vergaberechtsverstoßes genügt es, wenn die dem behaupteten Verstoß zu Grunde liegenden Tatsachen sich aus den Vergabeunterlagen ergeben und von einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter, der die übliche Sorgfalt anwendet, als Verstoß gegen die Bestimmungen des Vergabeverfahrens erkannt werden können (Müller-Wrede-Hofmann, *GWB-Vergaberecht*, 2016, § 160 Rn. 69, 70; Heiermann/Zeiss/Summarders., *jurisPK*, 5. Aufl. 2016, Stand: 8. April 2018, § 160 GWB, Rn. 267, 268; s. Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, *GWB-Vergaberecht*, 4. Aufl. 2016, § 160 Rn. 157). Neben der den Verstoß begründenden Tatsachen muss sich die Erkennbarkeit auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (Willenbruch/Wiedekind-Kadenbach, *Vergaberecht Kompaktcommentar*, 4. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rn. 73, 77; s. Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 71, 72). Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung ist auf die üblichen Kenntnisse eines durchschnittlichen Bieters abzustellen (Willenbruch/Wiedekind-Kadenbach, a.a.O., § 160 GWB Rn. 77). Dazu werden vertiefte vergaberechtliche Rechtskenntnisse nicht ohne Weiteres vorausgesetzt (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, a.a.O., § 160 Rn. 158), insbesondere muss er die Rechtsprechung der Vergabekammern und -senate nicht kennen (OLG Frankfurt, *Beschl. v. 21. März*

2017 - Az.: 11 Verg 4/17 -); auch bedarf es keines anwaltlichen Rates (OLG Frankfurt, Beschl. v. 9. Mai 2017 - Az.: 11 Verg 5/17 -). Allerdings darf davon ausgegangen werden, dass ein durchschnittlicher Bieter, der sich nicht zum ersten Mal an einer öffentlichen Auftragsvergabe beteiligt, schon über eine gewisse Erfahrung in Vergabeverfahren verfügt (s. Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 72) und ihm somit - wie erforderlich (OLG Frankfurt, wie vor) - bewusst ist, dass aus den ihm vorliegenden Tatsachen ein Vergaberechtsverstoß resultieren könnte. Damit reicht die Möglichkeit des Erkennens aus (s. Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB, 3. Aufl. 2017, § 160 Rn. 54).

Gleichwohl die Antragstellerin branchenangehörig sowie ausweislich der einschlägigen Angaben auf ihrer Homepage wettbewerbs- und vergabeerfahren ist, mithin schon im zu Grunde liegenden Vergabeverfahren mit den wesentlichen Regelungen der RPW 2013 vertraut gewesen sein dürfte, spricht dies nicht zwingend dafür, dass sie die nach ihrer Ansicht fehlerhafte Ausgestaltung von Kriterien und Matrix bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe rügen musste. Denn sie musste in der Laiensphäre nicht davon ausgehen, dass darin ein Vergabeverstoß enthalten sein könnte. Es ist aus den besagten Regelungen - insbesondere aus § 8 Abs. 2 RPW 2013 - nicht zu entnehmen, in welcher Weise die dort geforderte Regelbeauftragung des Gewinners eines Wettbewerbes in dem anschließenden Verhandlungsverfahren umzusetzen ist sowie dass und wie sich daraus Vorgaben für die Ausgestaltung von Kriterien und Matrix im Verhandlungsverfahren ergeben (OLG Frankfurt, Beschl. v. 21. März 2017 - Az.: 11 Verg 4/17 -). Dies ergibt sich auch nicht aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis, das aus einer Regelbeauftragung folgt, zumal § 8 Abs. 2 RPW 2018 Bestimmungen, die einen Ausnahmefall konkretisieren, nicht aufweist.

Die einschlägige Rechtsprechung von vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen musste sie wegen des anzuwendenden Maßstabes eines Durchschnittsbieters, der nicht vergaberechtskundig sein muss, nicht kennen. Dass sie sich im vorliegenden Nachprüfungsverfahren auf bestimmte Entscheidungen von Nachprüfungsinstanzen berufen hat, ändert daran nichts; denn dies beruht augenscheinlich auf anwaltlichen Rechtsrat, den sie sich - unstreitig und mangels entgegenstehender Anhaltspunkte - erst nach Angebotsabgabe eingeholt hat. Hinzu kommt, dass der von ihr zitierte Beschluss der VK Südbayern dem dazugehörigen Entscheidungsdatum zufolge zeitlich nach Angebotsabgabe gefasst und veröffentlicht wurde.

Demnach musste die Antragstellerin namentlich den - hier streitgegenständlichen - Umfang der Bindungswirkung von § 8 Abs. 2 RPW 2013 nicht erkennen können.

Die Angaben in der Wettbewerbsbekanntmachung, wonach die Entscheidung des Preisgerichts bindend war (Ziff. IV.3.3 der Bekanntmachung) und das Wettbewerbsergebnis zu 60 % zu berücksichtigen war (Ziff. VI.3 der Bekanntmachung), stehen dem nicht entgegen, weil sie sich nicht widersprechen. Da die erstere Angabe - im Gegensatz zur zweiten - keine Bezifferung nennt, wird mit ihr die Bindungswirkung nur dem Grunde nach geregelt, während die zweite Angabe diese Wirkung der Höhe nach festlegt; die zweite Angabe ist konform zum Transparentgebot, weil zuvor hinsichtlich der



Zuschlagskriterien auf die Vergabeunterlagen verwiesen worden war, worin sie alle bekannt gegeben wurden (Ziff. VI.3 der Bekanntmachung).

bb.)

Hingegen sind diejenigen Rügen, welche die übrige Ausgestaltung von Zuschlagskriterien bzw. Wertungsmatrix zum Gegenstand haben, verspätet.

Soweit damit beim zweiten Kriterium („Stellungnahme zu den Anmerkungen des Preisgerichts/Konkretisierung“) eine Ungleichbehandlung beanstandet wurde, ist diese Rüge wegen Erkennbarkeit des geltend gemachten Vergabeverstößes gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert.

Soweit bei der Rüge zu diesem Kriterium auf die Anmerkung des Preisgerichts Bezug genommen und deren ungleichen Bearbeitungsmöglichkeiten durch die Bieter beanstandet wurde, ist eine Präklusion gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gegeben, da die Antragstellerin - wie vorausgesetzt (s. nur Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 57) - positive Kenntnis vom geltend gemachten Verstoß hatte, ohne ihn innerhalb der erforderlichen Zehn-Tages-Frist zu rügen; die Anmerkungen des Preisgerichts wurden ihr mit dem Schreiben zur Angebotsaufforderung vom 14. November 2018 zur Kenntnis gegeben, eine gegen Bearbeitungsmöglichkeiten gerichtete Rüge wurde nicht binnen zehn Tagen erhoben.

Nichts Anderes gilt für den beim fünften Kriterium („Honorarangebot“) geltend gemachten den Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, denn die diesbezüglichen Vorgaben erkannte die Antragstellerin ebenfalls in Angebotsaufforderung und dazugehöriger einschlägiger Anlagen, ohne sie bis zum Ende der Rügefrist zu beanstanden.

cc.)

Die Rügeobliegenheit ist auch nicht erfüllt, soweit die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebotes rügte. Sie ist damit gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert, weil sie die diesbezügliche Rüge erst mit dem Nachprüfungsantrag erhoben hat.

Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ist die Rüge vor Einreichen des Nachprüfungsantrages zu erheben; dies ergibt sich aus dem gleichlautendem Normentext, wonach der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß vor Einreichung des Antrags erkannt und gerügt haben muss (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 1. HS GWB). Damit ist die Rüge bereits im Vergabeverfahren und nicht erst nach Beginn des Nachprüfungsverfahrens zu erheben (Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O., § 160 GWB Rn. 76; Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 40; Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 163), das mit Übermittlung des Antrags gemäß § 163 Abs. 2 Satz 3 GWB eingeleitet wird (Reidt-Stickler-Glahs-Reidt, Vergaberecht, 4. Auflg. 2018, § 160 Rn. 11). Dies ist auch mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar, der ausweislich seiner Begründung zur Vorschrift statuiert hat, dass nach Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannte Vergaberechtsverstöße keiner Rügeobliegenheit unterliegen (BT-Drs. 18/6281, S. 135 [zu § 160]). Gleichfalls entspricht es Sinn und Zweck der Rüge, die dem Auftraggeber ermöglichen soll, in einem ihm

bekanntem Vergabeverfahren durch eigene Prüfung einen möglichen Vergaberechtsverstoß zu erforschen und ggf. zu beheben (Ziekow/Völlink-Dicks, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 160 GWB Rn. 53; Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 36; Gabriel/Krohn/Neunders., Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 41 Rn. 65). Damit wird ihm die Gelegenheit zur Selbstkorrektur noch vor einem Nachprüfungsverfahren gegeben (s. Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O., § 160 GWB Rn. 41; BT-Drs. 18/6281, S. 134 [zu § 160] i.V.m. BT-Drs. 16/10117, S. 22 [zu Nummer 13]).

Dem wurde hier nicht Genüge getan, weil die Rüge hinsichtlich des Angebotsausschlusses nicht schon vor Beginn des Nachprüfungsverfahrens erhoben wurde, sondern erst mit Einreichung des Nachprüfungsantrags, indem sie in der Antragschrift dargelegt wurde. Dadurch konnte die Antragsgegnerin keine Selbstkorrektur mehr wahrnehmen, zumal sie mit dieser Rüge lediglich nach Übermittlung des Antrags konfrontiert wurde.

Zwar wird ausnahmsweise konzidiert, dass ein unter Zeitdruck stehendes Unternehmen nahezu zeitgleich die Rüge erheben und einen Nachprüfungsantrag stellen darf, selbst wenn dies der Korrekturfunktion einer Rüge abträglich wäre (Heiermann/Zeiss/Summarders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 163; Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 160 GWB Rn. 5). Jedoch wird zum einen dafür ein unmittelbar bevorstehender Vertragsschluss vorausgesetzt (Ziekow/Völlink-Dicks, wie vor), zum anderen wird aufgrund der Korrektur- und der Streitvermeidungsfunktion einer Rüge die Einhaltung der Reihenfolge – nämlich zuerst die Rüge beim Auftraggeber anzubringen und sodann zeitlich später den Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer zu stellen – als grundsätzlich nötig angesehen (Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O., § 160 GWB Rn. 76; Heiermann/Zeiss/Summarders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 163, s. Rn. 163.1).

Hier stand aber schon der Vertragsschluss nicht unmittelbar bevor, weil zwischen Ausschlussrüge und zeitgleichem Nachprüfungsantrag vom 29. Mai 2019 sowie dem 3. Juni 2019 als vorgesehenen frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Zeitraum von fünf Kalendertagen gegeben war. Der Begriff „Kalendertage“ schließt Samstage, Sonntage und Feiertage ein (s. Heiermann/Zeiss/Summarders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 307), so dass die damalige kalendarische Konstellation von Werk- und Feiertagen für die Annahme eines unmittelbaren Vertragsschlusses ohne Belang ist, zumal Feiertage den Fristenlauf von § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht beeinflussen. Die Gelegenheit zur Selbstkorrektur bestand für die Antragsgegnerin auf jeden Fall am Freitag, den 31. Mai 2019, da es sich hierbei um einen regulären Werktag handelte, an dem auch der vorangegangene gesetzliche Feiertag und das nachfolgende Wochenende nichts änderten. Ob die Antragsgegnerin diese Gelegenheit wahrnehmen würde, enthub die Antragstellerin nicht von ihrer Rügepflicht gerade vor Antragstellung. Umgekehrt lag es in der Sphäre der Antragstellerin, die Rügepflicht wahrzunehmen und sich entsprechend zeitlich zu disponieren; etwaige objektive Hinderungsgründe waren von der Antragsgegnerin nicht gesetzt. Da die Antragstellerin sich am Vergabeverfahren beteiligte und über den frühestmöglichen Zuschlagstermin informiert war, musste sie sich darauf im eigenen Interesse – nämlich zur Wahrung ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten – einrichten.

Der Präklusion steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin weder in der Wettbewerbsbekanntmachung noch in den Wettbewerbsunterlagen noch in der Aufforderung zur Abgabe final verbindlicher Angebote auf entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten hinwies; gleiches gilt für die Hinweise auf veraltete einschlägige Vorschriften, die sie in ihrer Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote machte. Denn sie war nicht verpflichtet, auf die Rügeobliegenheiten oder die Folgen einer Rügepräklusion hinzuweisen (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 160 GWB Rn. 36 [a.E.]; Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 198). Die Regelungen in §§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3 GWB enthalten nicht Rechtsmitteleinlegungsfristen, zumal ihnen – anders als bei § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB (Reidt-Stickler-Glahs-Reidt, a.a.O., § 160 Rn. 88; Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 160 GWB Rn. 57; Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O., § 160 GWB Rn. 60) – eine dementsprechende Belehrungspflicht nicht entnehmbar ist (Reidt-Stickler-Glahs-Reidt, a.a.O., § 160 Rn. 88, 89; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, a.a.O., § 160 Rn. 199 [a.E.]).

Ferner ist eine Entbehrlichkeit der Rüge zu verneinen.

Solch eine Ausnahme von der grundsätzlichen Rügeobliegenheit wird u.a. bei Verweigerung der Fehlerkorrektur durch den Auftraggeber angenommen (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, a.a.O., § 160 Rn. 185; Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 63 f - jew. m.w.N.).

Ein dergestalt fehlender Abhilfewille könnte der Behauptung der Antragstellerin entnommen werden, die Verweigerung der Antragsgegnerin sei bereits anhand des Rechtsmissbrauches und der Willkür des Angebotsausschlusses ersichtlich.

Allerdings ist dafür ein eindeutiges und unmissverständliches Verhalten des Auftraggebers erforderlich, seine beanstandete Entscheidung nicht ändern und trotz Rüge davon unter keinen Umständen abrücken zu wollen (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, wie vor; Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O., § 160 GWB Rn. 63; Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 87; Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 160 GWB Rn. 54 [a.E.]). Dagegen reicht die allein aus Sicht des Unternehmens vermeinte Offensichtlichkeit des Vergabeverstößes nicht aus, eine Rüge entbehrlich zu machen (Reidt-Stickler-Glahs-Reidt, a.a.O., § 160 Rn. 70 [a.E.]). Ebenso wenig genügt für die Entbehrlichkeit der Umstand, dass der Auftraggeber sein beanstandetes Verhalten im Nachprüfungsverfahren verteidigt, zumal dies zu einem unergiebigem Zirkelschluss führen würde (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, wie vor [a.E.]; Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 192).

So verhält es sich auch hier. Die von der Antragstellerin vertretene Meinung, der Angebotsausschluss sei rechtsmissbräuchlich und willkürlich erfolgt, begründet noch keinen fehlenden Abhilfewillen; etwaige gegenteilige Anhaltspunkte, die doch auf eine Verweigerung schließen lassen würden, liegen nicht vor. Diese sind auch nicht mit den im Vergabe- und Nachprüfungsverfahren gemachten einschlägigen Äußerungen der Antragsgegnerin gegeben, weil sie damit allein ihren Rechtsstandpunkt zu ihrer Ausschlussklärung dargetan hat.

Auch der Entbehrlichkeitsgrund einer faktischen Verkürzung der Frist für den Vergaberechtsschutz, indem der Auftraggeber den Zeitpunkt für die Bieterinformation i.S.v. § 134 GWB unter Berücksichtigung besonders vieler Sonn- und Feiertage auswählt (s. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.11.2014 - Az.: VII-Verg 20/14 -; Gabriel/Krohn/Neun-ders., a.a.O., § 41 Rn. 89), ist hier nicht gegeben, weil der Gegenstand der vorliegenden Rüge – nämlich die Ausschlussklärung – erst

während der bereits begonnenen zehntägigen Wartefrist gemäß § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB entstanden war und somit dadurch auf Fristsetzung und -lauf kein Einfluss mehr genommen werden konnte.

- c.) Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Denn zum einen - wie es in der Regel bejaht wird (s. nur Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 18; Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 60) - hat sie vor Stellung des Nachprüfungsantrages am Vergabeverfahren durch Abgabe eines eigenen Angebotes teilgenommen und die geltend gemachten Vergabeverstöße - soweit nicht verspätet - ordnungsgemäß gerügt. Zum zweiten hat sie die Verletzung in eigenen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht, zu denen auch § 8 Abs. 2 RPW 2013 zählt und Rechte der Antragstellerin normiert (s. OLG Frankfurt, Beschl. v. 21. März 2017 - Az.: 11 Verg 4/17 -), mithin bieterschützend ist. Zum dritten folgt aus den Darlegungen in ihrer Antragschrift, dass ihr durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden zu entstehen droht (§ 160 Abs. 2 Satz 2 GWB).

Im Übrigen entspricht die Antragschrift den Form- und Inhaltserfordernissen von § 161 GWB.

2. Der Antrag hat in der Sache allerdings keinen Erfolg.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB nicht verletzt, da die Antragsgegnerin die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten hat.

Der Antragsgegnerin ist beim zu Grunde liegenden Vergabeverfahren kein Vergaberechtsverstoß unterlaufen.

- a.) Die Antragsgegnerin hat die gemäß § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB erforderlichen Informationen erteilt. Danach hat sie diejenigen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und über den vorgesehenen frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu informieren. Diesen inhaltlichen Erfordernissen wurde hier Genüge getan.

Mit ihrem Schreiben vom 22. Mai 2019 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass - unter Nennung des Namens - die Beigeladene auf ihr Angebot frühestens am 3. Juni 2016 den Zuschlag erhalten soll. Zudem hat sie gegenüber der Antragstellerin die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes hinreichend berücksichtigt.

Dafür reicht die Angabe der konkret dem Angebot zuzuordnenden tragenden Gründe aus (Burgi/Dreher-ders./Hofmann, a.a.O., § 134 GWB Rn. 59). Das Informationsschreiben muss nicht die vollständigen Gründe des Vergabevermerks enthalten, insbesondere muss es in seiner Tiefe nicht der Begründung eines Verwaltungsaktes entsprechen (Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, a.a.O., § 134 Rn. 61), zumal gemeinhin keine allzu hohen Anforderungen an die Informationspflicht zu stellen sind (Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 134 GWB Rn. 32; Reidt/Stickler/Glahs-Gnittke/Hattig, a.a.O., § 134 Rn. 61). Dies folgt aus dem Sinn und Zweck der Informationspflicht, wonach der betroffene Bieter in die Lage versetzt werden soll, Primärrechtsschutz in Anspruch nehmen zu können, was gemeinhin bereits eine knappe Information ermöglicht (Reidt/Stickler/Glahs-Gnittke/Hattig, wie vor; Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 134 GWB Rn. 30,

32). So soll er anhand der Angabe in dem Informationsschreiben seine Position im Vergabeverfahren erkennen (Burgi/Dreher-ders./Hofmann, a.a.O., § 134 GWB Rn. 64) und muss die Sinnhaftigkeit eines Nachprüfungsverfahrens prüfen können (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, a.a.O., § 160 Rn. 26 [a.E.]; Ziekow/Völlink-Braun, a.a.O., § 134 GWB Rn. 85). Es wird als rechtmäßig angesehen, wenn das Informationsschreiben dazu die angekündigten Wertungskriterien im Einzelnen aufgreift und im Weiteren darauf hingewiesen wird, dass der unterlegene Bieter mit seinem Angebot in allen Punkten schlechtere Wertungsergebnisse als die des vermeintlichen Bestbieters, der den Auftrag erhalten soll, erzielt habe (Ziekow/Völlink-Braun, a.a.O., § 134 GWB Rn. 87 [a.E.] m.w.N.; Willenbruch/Wiedekind-Stumpf, a.a.O., § 134 GWB Rn. 22 Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, a.a.O., § 160 Rn. 28 [a.E.]). Zu einer weiter ins Detail gehenden Begründung der Wertungsentscheidung ist der Auftraggeber nicht gehalten (Müller-Wrede-Gnitke/Hattig, a.a.O., § 134 Rn. 72).

Dem trug das Schreiben der Antragsgegnerin vom 22. Mai 2019 Rechnung. Darin wurde zu jedem Kriterium das Angebot der Antragstellerin mit dem der Beigeladenen verglichen und jeweils das wesentliche Ergebnis dieser vergleichenden Wertung mitgeteilt. Damit griff die Bieterinformation das bekanntgegebene einzelne Zuschlagskriterium auf und unterrichtete über das unter dessen Verwendung jeweilig erreichte Wertungsergebnis. Ohne Belang ist hier auch, dass die Bieterinformation nicht die Platzierung der Antragstellerin nach der Wertung angab. Denn schon anhand der zusätzlichen Angaben in der Wettbewerbsbekanntmachung, wonach in dem am Wettbewerb anschließenden Verhandlungsverfahren nur die drei Preisträger zu Verhandlungen aufgefordert werden (Ziff. VI.3 der Bekanntmachung), und den bei Angebotsaufforderung mitgeteilten Bewertungsmodalitäten konnte sie mittels der Angaben in der Bieterinformation ihre Position im Vergabeverfahren ermitteln. Dies wurde durch den im Informationsschreiben gezogenen Vergleich mit dem Angebot der Beigeladenen unterstützt. Aufgrund der dortigen Ausführungen zum ersten Kriterium und zu den übrigen Kriterien, wonach bei diesen die Beigeladene teils gleiche oder teils bessere Bewertungen als die Antragstellerin erreichen konnte, waren für die Antragstellerin die Erfolgsaussichten eines Rechtsschutzverfahrens abschätzbar.

b.) Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Ausgestaltung von Zuschlagskriterien bzw. Wertungsmatrix ist vergaberechtskonform; sie verletzt nicht die Rechte der Antragstellerin aus § 8 Abs. 2 RPW 2013.

aa.)

Insbesondere ist das erste Kriterium („Wettbewerbsergebnis [gesetzt]“) nicht rechtswidrig.

Gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 RPW 2013 ist bei der Umsetzung des Projekts - d.h. der Wettbewerbsaufgabe - einer der Preisträger, in der Regel der Gewinner, unter Berücksichtigung der Empfehlung des Preisgerichts mit den weiteren Planungsleistungen zu beauftragen, sofern kein gewichtiger Grund entgegensteht.

Danach besteht bei einem – wie hier – Wettbewerb mit nachfolgendem Verhandlungsverfahren für den Auslober die Verpflichtung, aus dem Kreis der Preisträger regelmäßig den Gewinner des Wettbewerbs zu beauftragen.

Gleichwohl diese Vorschrift eine Regelbeauftragung des ersten Preisträgers vorsieht, bedeutet dies nicht, dass er gerade zwingend zu beauftragen ist.

Gegen solch eine Zwangswirkung spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift, wonach der Beauftragung kein wichtiger Grund entgegenstehen darf. Damit wird ein Regel-Ausnahme-Verhältnis begründet.

Einer zwingenden Beauftragung widerspricht auch der Erlass des Hessischen Ministeriums der Finanzen vom 11. Juli 2013 – Az.: B 1046A-101-IV8b –, mit dem die RPW 2013 eingeführt wurde. Danach ist eine Vorfestlegung auf den ersten Preisträger grundsätzlich unzulässig (achter Spiegelstrich des Erlasses). Obwohl der Erlass auf die nicht mehr gültige Vergabeverordnung für Freiberufliche Leistungen – VOF – Bezug nimmt, hat sein Sinngehalt weiterhin Geltung. Er stellt klar, dass trotz des vorgeschalteten Wettbewerbs ein Verhandlungsverfahren durchzuführen ist und der erste Preisträger nicht von vornherein als Auftragnehmer feststehen darf (OLG Frankfurt, Beschl. v. 11. April 2017 – Az.: 11 Verg 4/17 –).

Aus der Regelbeauftragung folgt allein, dass das Wettbewerbsergebnis sich im Verhandlungsverfahren niederschlagen muss (OLG Frankfurt, wie vor; Stolz, VergabeR 2014, 295, 298).

Dieser Umstand ist im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens, das – wie hier – mit allen Preisträgern durchzuführen ist, bei der Gewichtung der Kriterien in geeigneter Weise zu berücksichtigen (OLG Frankfurt, wie vor; Stolz, wie vor). Der früher von der erkennenden Vergabekammer vertretene Rechtsstandpunkt, § 8 Abs. 2 Satz 1 RPW 2013 wirkt sich im Vergabeverfahren nach Beendigung des Wettbewerbs dahingehend aus, dass zunächst nur mit dem ersten Preisträger bzw. Sieger über die Auftragsbedingungen zu verhandeln sei (VK Hessen, Beschl. v. 19. Januar 2017 – Az.: 69d VK-19/2016 –), wird im Anschluss an die ebengenannte nächstinstanzliche rechtskräftige Entscheidung (OLG Frankfurt, wie vor) daher insoweit nicht mehr aufrechterhalten.

Die das Wettbewerbsergebnis berücksichtigende Gewichtung von Zuschlagskriterien kann dergestalt geschehen, dass der erste Preisträger bei der Gewichtung in besonderem Maße privilegiert wird (OLG Frankfurt, wie vor), indem das Wettbewerbsergebnis als eines von mehreren Kriterien vorgegeben wird und eine relativ hohe Gewichtung erhält (Stolz, wie vor). Denn die Gewichtung gibt den Grad der Bedeutung an, d.h. die Maßzahl, die das Zuschlagskriterium im Rahmen der Angebotswertung zur Ermittlung des für den Zuschlag vorgesehenen Angebots hat (Reidt/Stickler/Glahs-Hövelberndt, a.a.O., § 127 Rn. 71, 78).

Diese kann im Vergleich zu den übrigen Kriterien etwa 50 % oder mehr betragen (Stolz, wie vor). Nähere Bestimmungen zur Bemessung der Gewichtung – insbesondere eine Obergrenze – sind zwar nicht vorgeschrieben, doch wird vertreten, dass gegen eine Gewichtung von 80 % spricht, dass der erste Preisträger damit

Honorar und Vertragsbedingungen letztlich ohne Wettbewerbsdruck bestimmen könnte (Stolz, wie vor [Fn. 11]).

Hier war der nach § 8 Abs. 2 Satz 1 RPW 2013 gebotenen Privilegierung des ersten gegenüber weiteren Preisträgern hinreichend Rechnung getragen, indem das Wettbewerbsergebnis mit 60 % gewichtet und mit der Bestpunktzahl von fünf Punkten zu multiplizieren war, so dass bei der Auswertung schon 300 Punkte gesetzt waren. Damit kamen zwei Drittel der maximal erreichbaren Gesamtpunktzahl dem ersten Preisträger allein wegen seines Wettbewerbsergebnisses zu Gute.

Dass der Punkteabstand beim Zuschlagskriterium „Wettbewerbsergebnis (gesetzt)“ zwischen dem ersten und zweiten Preisträger mit 60 Punkten genauso hoch war, wie der Punkteabstand zwischen dem zweiten und dritten Preisträger, war der besagten Privilegierung nicht abträglich. Denn trotz dieses Abstandes erzielte der erste Preisträger insoweit bereits zwei Drittel der Gesamtpunktzahl, was ihm einen deutlichen Vorsprung gegenüber den übrigen Preisträgern verschaffte.

Aus diesem Grund war auch die Bemessung des Punkteabstands selbst, die hier mit 60 Punkten eine Differenzierungsmöglichkeit zwischen den einzelnen Preisträgern in Höhe von 12 % der Gesamtpunktzahl zuließ, unschädlich. Soweit die Antragstellerin unter Berufung auf den Beschluss der VK Südbayern vom 3. Juli 2019 - Az.: Z3-3-3194-1-09-03/19 - eine Differenzierungsmöglichkeit von schon 10% problematisiert hat, kann ihr nicht gefolgt werden. Zum einen wurde durch obergerichtliche Entscheidung eine Differenzierungsmöglichkeit von gerade weniger als 10% der Gesamtpunktzahl als Anhaltspunkt für die Annahme einer unzureichenden Gewichtung der Kriterien angesehen (OLG Frankfurt, wie vor). Hier wurde aber mit 12 % eine größere Differenzierungsmöglichkeit eingeräumt, als von beiden Nachprüfungsinstanzen gefordert. Zum anderen erhielt das Wettbewerbsergebnis mittels der 60 %-tigen Gewichtung die nötige hervorgehobene Bedeutung; dessen - und das ist entscheidend - Kombination mit dem Faktor aus der Bestpunktzahl verhinderte, dass es konterkariert wurde. Demnach wurde das Gebot zur Regelbeauftragung i.S.v. § 8 Abs. 2 Satz 1 RPW 2013 bei der hier getroffenen Gewichtung einzelner Kriterien und Bemessung des Punkteabstands bzw. Differenzierungsmöglichkeit ausreichend umgesetzt.

Dem steht nicht entgegen, dass im vorliegenden Fall der Vorsprung des ersten Preisträgers aus dem Wettbewerbsergebnis in der weiteren Wertung bei den übrigen Kriterien eingebüßt werden konnte.

Denn nicht nur das Regel-Ausnahme-Verhältnis in § 8 Abs. 2 Satz 1 RPW 2013 verwehrt eine Privilegierung des ersten Preisträgers dergestalt, dass er eine absolute Vorrangstellung innehaben könnte, kraft der er allein wegen des Wettbewerbsergebnisses den Auftrag erhält, so dass es der übrigen Kriterien nicht bedarf.

Vielmehr ist die Ausgestaltung der Zuschlagskriterien bzw. der Wertungsmatrix im Lichte von § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB zu beurteilen. Demgemäß müssen diese

so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird.

Da unter Wettbewerb das Streben von mindestens zwei Akteuren nach einem wirtschaftlichen Ziel verstanden wird, darf die Ausgestaltung eines Zuschlagskriteriums die Konkurrenz mehrerer Bieter prinzipiell nicht verhindern, so dass nur noch einzelne Unternehmen als Bieter in Betracht kommen würden (Reidt/Stickler/Glahs-Hövelberndt, a.a.O., § 127 Rn. 87; Ziekow/Völlink-Ziekow, a.a.O., § 127 GWB Rn. 22). Eine ausnahmsweise Einschränkung dahingehend, dass der Bieterkreis auf einen oder wenige Bieter verengt wird, ist lediglich durch sachliche Gründe gerechtfertigt (Müller-Wrede-ders., a.a.O., § 127 Rn. 156; Reidt/Stickler/Glahs-Hövelberndt, wie vor). Selbst wenn eine Rechtfertigung vorliegt, ist des Weiteren zu prüfen, ob der Wettbewerb auf andere Weise hergestellt werden kann (Reidt/Stickler/Glahs-Hövelberndt, wie vor). Die Kriterien müssen jedenfalls so vorgegeben werden, dass sie einen effektiven Wettbewerb der konkurrierenden Angebote zulassen (s. Willenbruch/Wieddekind-Werner, a.a.O., § 127 GWB Rn 5). Entscheidend für die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs ist also, dass mit ihnen ein ausreichender Wettbewerbsdruck für den oder die als potenzielle Bieter verbleibenden Unternehmen erzeugt wird (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiedemann, a.a.O., § 127 Rn. 67).

Solch ein Wettbewerbsdruck würde bei der ebengenannten absoluten Vorrangstellung des ersten Preisträgers entfallen, weil es auf weitere Kriterien nicht mehr ankäme. Unter diesen Umständen würden sie sich weder einzeln noch zusammen auf die Bewertung auswirken, so dass der Wettbewerb ausschließlich durch die Entscheidung über den ersten Preisträger ausgetragen würde.

Bei einem - wie hier - nachgeschaltetem Verhandlungsverfahren, dessen Ausgang durch eine Wertung gerade anhand mehrerer Kriterien bestimmt werden soll, ist mittels Wertungsmodalitäten ein wirksamer Wettbewerb herbeizuführen, indem sich gerade nicht nur ein einziges Kriterium allein auf das Wertungsergebnis auswirkt. Vielmehr müssen alle Kriterien gemäß der Vorgabe zum Zuge kommen.

Das ist bei den vorliegenden Bewertungsmodalitäten der Fall. Die Kombination von Gewichtung und aufgrund Wertung vergebener Punkte eröffnet die Möglichkeit, dass der Vorsprung der Bestwertung des gesetzten Wettbewerbsergebnisses, welcher dem ersten Preisträger zu Gute kommt, bei den übrigen Kriterien zumindest ausgeglichen, sogar eingebüßt werden kann.

Letzteres ist hier geschehen. Denn die Beigeladene wurde bei der Bewertung ihres Angebotes nach ihrem Wettbewerbsergebnis zwar zunächst hinter die Antragstellerin platziert, im Weiteren zog sie bei den übrigen Kriterien gleich und setzte sich schließlich in der Rangfolge vor die Antragstellerin. Damit gelang es ihr, den Vorsprung der Antragstellerin in der weiteren Wertung zu überholen. Das Wettbewerbsergebnis hat somit das Ergebnis der Wertung sämtlicher Kriterien nicht vorweggenommen.

Demzufolge wurde ebenso dem Wettbewerbserfordernis Genüge getan.



Die Zuschlagskriterien bzw. die Wertungsmatrix sind daher nicht zu beanstanden. Dies gilt – entgegen der Antragstellerin – neben dem o.a. ersten Kriterium insbesondere auch für das zweite und fünfte Kriterium.

bb.)

Soweit beim zweiten Kriterium („Stellungnahme zu den Anmerkungen des Preisgerichts/Konkretisierung“) die Antragstellerin meint, die Gewichtung dieses Kriteriums mit 15 % sei schon geeignet, das Wettbewerbsergebnis zu entwerten und somit gegen § 8 Abs. 2 Satz 1 RPW 2013 zu verstoßen, kann ihr nicht gefolgt werden. Gegen ihre Meinung spricht schon die Höhe dieser Gewichtung, die weit unter derjenigen des ersten Kriteriums liegt, wo dem ersten Preisträger aufgrund 60 %-tiger Gewichtung in Verbindung mit Bestpunktzahl ein Vorsprung in der Wertung eingeräumt wird. Dies tut – wie vorstehend ausgeführt – § 8 Abs. 2 Satz 1 RPW 2013 Genüge.

cc.)

Soweit beim fünften Kriterium („Honorarangebot“) ebenfalls eine Entwertung des Wettbewerbsergebnisses beanstandet wird, gilt wegen dessen Gewichtung von 5 % nichts Anderes.

Der Umstand, dass das Angebot der Beigeladenen ausweislich des Vergabeverkehrs als das wirtschaftlichste angesehen wurde, belegt nicht die vermeintliche Entwertung des ersten Kriteriums und indiziert keineswegs einen angeblichen Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 1 RPW 2013; daraus folgt vielmehr, dass das Wettbewerbserfordernis bei allen Kriterien – mithin auch beim nun Rede stehenden – erfüllt wurde. So war ebenso das fünfte Kriterium mit der in der Auswertung erzielten Punktzahl zu multiplizieren, was auch geschah.

c.) Auch die Bewertung selbst unterliegt – soweit nachprüfbar – keinen Bedenken.

Dem Auftraggeber steht bei der Wertung der Angebote gemeinhin ein Beurteilungsspielraum zu, den die Nachprüfungsinstanzen nur darauf überprüfen dürfen, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtete, der zu Grunde liegende Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt wurde, keine sachwidrigen und diskriminierenden Erwägungen angestellt wurden und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen wurde (s. nur Müller-Wrede-ders., a.a.O., § 127 Rn. 17, 250, s. § 178 Rn. 28; s. Ziekow/Völlink-Ziekow, a.a.O., § 127 Rn. 48 – jew. m.w.N.).

Diesen Anforderungen wurde die Antragsgegnerin bei der Wertung des Angebotes der Antragstellerin gerecht.

Insbesondere ging sie von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt aus. Ausweislich der Bewertungen sowohl vor und nach den Verhandlungsgesprächen (Bl. 515, 557 VA) als auch nach den finalen Angeboten (Bl. 652 VA) setzte sie sich zu jedem einzelnen Zuschlagskriterium eingehend mit ihren im Vergabeverfahren aufgestellten Vorgaben und den jeweiligen angebotenen Leis-

tungen der Antragstellerin auseinander. Dabei legte sie die einschlägigen wertungsrelevanten Fakten korrekt zu Grunde. Die daraus gezogenen Schlussfolgerungen unterliegen keinen Zweifeln; sie sind schlüssig und frei von Widersprüchen. Soweit diese ein Werturteil beinhalten – insbesondere sich mit der Höhe der Bepunktungen befassen –, sind sie nicht nachprüfbar. Denn sie betreffen den Kernbereich der vorzunehmenden Wertung, der ausschließlich dem Auftraggeber vorbehalten ist; andernfalls liefen Nachprüfungsinstanzen Gefahr, dessen Wertung zu ersetzen, was ihnen jedoch verwehrt ist. Die Grenzen der Wertung, deren Einhaltung allein einer Nachprüfung zugänglich sind, wurden gewahrt. Hier hielt die Antragstellerin das vorgegebene Punktespektrum jeweils ein und begründete die Punktevergabe mit je sachgerechten Erwägungen. Diese verstoßen nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot und allgemeine Bewertungsgrundsätze.

Vor allem die bei der indikativen Angebotsaufforderung gemachten Äußerungen der Antragsgegnerin, die sie gegenüber allen drei Preisträgern anhand eines Auszugs aus dem Preisgerichtsprotokoll kundtat, geschahen ohne Diskriminierung. Die von der Antragstellerin gerügte Ungleichbehandlung durch Überarbeitungsempfehlung geht fehl. Denn es wurde ausweislich der Vergabeakte – entgegen der Behauptung der Antragstellerin – allein nur ihr, der Antragstellerin, eine ausdrückliche Überarbeitungsempfehlung gegeben (Bl. 339 VA); demgegenüber erhielten die übrigen Preisträger keine solche ausdrückliche Empfehlung (Bl. 335, 331 VA). Dies ist schon deswegen unschädlich, weil sowohl diese Empfehlung als auch die besagten – an alle Preisträger gerichteten – Äußerungen inhaltlich Handlungsanweisungen darstellen, die es jedem Preisträger gleichermaßen ermöglichen, sein Angebot unter Berücksichtigung eines konkreten Votums des Preisgerichts zu verbessern. Der Umstand, dass die Empfehlung lediglich an die Antragstellerin erging, kommt ihr zwar zu Gute, da diese zusätzlich zu den Äußerungen erfolgte; aufgrund ihres Inhalts und Zwecks vermochte sie jedoch nicht den Gleichlauf des Vergabeverfahrens ändern. Denn im Kern stellt jene gleichfalls eine Handlungsanweisungen zur Angebotsverbesserung dar, die keine inhaltlich abweichende Information enthielt, welche die Erfolgchancen eines Preisträgers im Verhandlungsverfahren aus sachfremden Überlegungen beeinflusst hätte. Dass an einen Preisträger zahlenmäßig mehr Anweisungen gerichteten waren als an einen anderen, beruht auf den von der Antragsgegnerin erachteten Verbesserungsbedarf, was wegen der seinerzeit noch ausstehenden abschließenden Bewertung das Gesamtergebnis der Wertung aber nicht vorwegnahm. Davon ausgehend konnten Antragstellerin und Beigeladene mit Hilfe ihrer finalen Angebote sich jeweils auf die gleiche Weise verbessern. Eine Übervorteilung eines Preisträgers – namentlich zum Nachteil der Antragstellerin als erste Preisträgerin – war folglich nicht gegeben.

- d.) Zudem fehlt es nicht an einer eigenständigen Vergabeentscheidung, da die Wertung von der Antragsgegnerin getroffen wurde.

Grundsätzlich darf sich ein öffentlicher Auftraggeber zur Vorbereitung der Vergabe eines Unternehmens bedienen, das ihn selbst berät oder unterstützt. Das geht bei der Vergabe von – wie hier – Dienstleistungsaufträgen aus § 7 Abs. 1 VgV hervor; durch die darin getroffene Regelung wird deutlich, dass auch vorbefasste Bieter oder Bewerber grundsätzlich am Vergabewettbewerb teilnehmen

können sollen, sofern der Wettbewerb dadurch nicht verfälscht wird (Kurlartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Röwekamp, VgV, 2017, § 7 Rn. 6; s. Ziekow/Völlinkders., a.a.O., § 7 VgV Rn. 3 ff; s. Heiermann/Zeiss/Summa-Baumann/Mutschler-Siebert, a.a.O., § 7 VgV Rn. 3, 5, 8 ff).

Der Einsatz dieses Unternehmens darf aber nur zur Beratung oder Unterstützung des Auftraggebers erfolgen; es kann also den dem Vergabeverfahren zu Grunde liegenden Sachverhalt kaufmännisch, technisch oder juristisch aufbereiten (s. OLG München, Beschl. v. 21. August 2008 - Az.: Verg 13/08 -). Dies umfasst auch jede Tätigkeit im Vorfeld eines Vergabeverfahrens wie etwa eine Machbarkeitsstudie, einen Vorentwurf oder eine Aufgabenbeschreibung, bis hin zu einer konkreten Handlungsempfehlung und Information für die Realisierung des Beschaffungsvorgangs (Ziekow/Völlinkders., a.a.O., § 7 VgV Rn. 5; s. Kurlartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Röwekamp, a.a.O., § 7 Rn. 5).

Die Kernkompetenz der Entscheidung muss jedoch beim Auftraggeber verbleiben (OLG München, wie vor).

Demnach bleibt es ausschließlich ihm vorbehalten, das Ergebnis einer Wertung festzulegen.

Dem ist hier so. Den vorgenannten Bewertungen, die vor und nach Verhandlungsgesprächen sowie nach finalen Angeboten durchgeführt wurden (Bl. 515, 557, 652 VA), ist jeweils zum Abschluss die Unterschrift einer Vertreterin der Antragsgegnerin nebst Firmenstempel der Letzteren zu entnehmen. Zwar wurden die Bewertungen ausweislich des Firmenlogos von einem Unternehmen erstellt, das laut dem Vergabevermerk vom 5. Juni 2019 von der Antragsgegnerin als deren Berater mit der fachlichen Begleitung des vorliegenden Wettbewerbs und Verhandlungsverfahrens beauftragt wurde (Bl. 723 VA). Jedoch verdeutlichen die abschließenden Unterschriften der Antragsgegnerin, dass sie sich deren Ausführungen jeweils zu eigen gemacht hat. Dies gilt auch für den Vergabevermerk, der den Ablauf des gesamten Vergabeverfahrens einschließlich der Wertungen zusammenfasst und das Wertungsergebnis wiedergibt (Bl. 714-724 VA); dort wurde genauso verfahren.

Anhaltspunkte, die gegen eine eigenständige Entscheidung der Antragsgegnerin sprechen, sich der Tätigkeit des von ihr beauftragten Unternehmens anzunehmen und zu eigen zu machen, sind nicht gegeben.

Über die Vergabe entschied also die Antragsgegnerin.

- e.) Aus diesem Grunde ist für den geltenden gemachten Dokumentationsmangel, der eine vermeintliche - aber letztlich zu verneinende - uneigenständige Verfahrensführung betraf, kein Raum.
- f.) Schließlich ist auch die Durchführung des Verhandlungsverfahrens, in welchem die Antragsgegnerin ihre Vergabeentscheidung traf, nicht zu beanstanden.

Die Annahme der Antragstellerin, es hätte die Zuschlagsreife gefehlt, steht dem nicht entgegen.

Zwar setzt der Abschluss eines Vergabeverfahrens voraus, dass die Angebote zuschlagsfähig und somit annahmefähig sind (vgl. Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dieckmann, VgV, 2. Auflg. 2019, § 17 Rn. 16, Rn. 17 [a.E.]). Doch handelt es sich bei einem Verhandlungsverfahren um einen dynamischen Prozess mit dem Ziel, gemäß § 17 Abs. 10 Satz 1 VgV eine Verbesserung des Angebots zu erreichen (Heiermann/Zeiss/Summa-Ortner, a.a.O., § 17 Rn. 28; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dieckmann, wie vor; Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Kulartz, a.a.O., § 17 Rn. 18). Dazu dienen die Verhandlungs- und Angebotsrunden, deren Anzahl im Gestaltungsermessen des Auftraggebers liegen und die zuvor - wie hier geschehen - bekanntzumachen sind (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dieckmann, a.a.O., § 17 Rn. 17; s. Heiermann/Zeiss/Summa-Ortner, a.a.O., § 17 Rn. 40). Entscheidend ist, dass der Auftraggeber den Bietern mit der jeweiligen Aufforderung zur Abgabe weiterer Angebote hinreichend transparent macht, ob er sich bezüglich dieser weiteren Angebote noch Verhandlungen vorbehält oder ob es sich um endgültige, mithin finale Angebote handeln soll (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dieckmann, wie vor).

Dies ist hier der Fall. Die mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 8. Mai 2018 gegenüber den Beteiligten abgegebene Aufforderung zur Abgabe finaler Angebote erfüllt das Transparenzgebot, weil die Beteiligten damit - wie erforderlich (s. Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Kulartz, a.a.O., § 17 Rn. 27) - gebührend über den nächsten Verfahrensschritt informiert wurden und die genaue Bedeutung dieser Information verstehen konnten. Anhand dessen machte die Antragsgegnerin deutlich, dass keine Verhandlungen mehr durchgeführt, sondern endgültige Angebote abgeben werden sollen. Dass - wie die Antragstellerin mit ihrem Schriftsatz vom 11. Juli 2019 eingeräumt hat - seinerzeit noch unterschiedliche Ansichten der Beteiligten zu Honorarparametern und Vertragsbedingungen im Raum standen, ist ohne Belang. Denn zum einen war es der Antragstellerin noch möglich, nach der letzten Erörterung mit der Antragsgegnerin ihr Angebot zu verbessern; zum anderen eröffnete erst die finale Angebotsrunde - zu der die Antragstellerin ihr Angebot noch ausrichten konnte - die Zuschlagsfähigkeit.

Zuschlagsfähigkeit bedeutet, dass das Angebot uneingeschränkt mittels der festgelegten Zuschlagskriterien bewertet und durch Annahmeerklärung des Auftraggebers im zivilrechtlichen Sinne ohne Weiteres beauftragt werden kann (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dieckmann, wie vor [a.E.]).

Dem ist hier so. Das Angebot der Antragstellerin war wertbar und wäre im Falle einer Bestplatzierung in der abschließenden Gesamtwertung auch zuschlagbar, mithin annehmbar gewesen.

Nach alledem war dem Nachprüfungsantrag nicht stattzugeben.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 182 Rn. 13,14; s. Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 4) - Gebühren

auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben, die zu dessen Übermittlung führte.

Da die Antragstellerin – was vorherrschend nötig ist (Heiermann/Zeiss/Summarders, a.a.O., § 182 GWB Rn. 15: „Begehren [...] zurückweist“; vgl. Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 16: „wirtschaftliches Begehren“; vgl. insges. Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 18) – ihr Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 182 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,- € . Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 9; vgl. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 21, 23). Dabei ist sich am Bruttoauftragswert des Angebots der Antragstellerin zu orientieren (OLG Frankfurt, Beschl. v. 29. August 2014 – Az.: 11 Verg 3/14 –; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 7). Aus diesem ergibt sich hier unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von ████████ €.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen (§ 182 Abs. 4 Satz 1 GWB).

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig. Die Beigeladene hat sich nicht – wie für die Erstattung vorausgesetzt wird (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 37; Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 100 f) – mit eigenen Sach- und Rechtsüberlegungen sowie Antragstellung am Nachprüfungsverfahren aktiv beteiligt. Damit ist hier ein ausdrücklicher, bewusster und gewollter Interessengegensatz zwischen Beigeladener und Antragstellerin, der für die Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen von Beigeladenen gemeinhin erforderlich ist (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 38; s. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 101), nicht gegeben. Sie hat daher ihre notwendigen Aufwendungen im Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts – wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 – Az.: 11 Verg 10/13 –; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 31; s. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 153, 156 ff) – der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 HVwVfG). Für die Notwendigkeit spricht nicht zuletzt auch der hier streitgegenständliche Umfang der Bindungswirkung von § 8 Abs. 2 Satz 1 RPW 2013, dessen Tragweite bei der Rechtsverteidigung im vorliegenden Verfahren ohne anwaltliche Hilfe nicht erkennbar war.

Es wird darauf hingewiesen, dass ein Kostenfestsetzungsverfahren hinsichtlich der Aufwendungen der Beteiligten vor der Vergabekammer gemäß § 182 Abs. 4 Satz 5 GWB nicht stattfindet (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 42; Burgi/Dreher-Krohn, a.a.O., § 182 Rn. 40).

---

## 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,

einulegen. 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.

Harnisch  
Vorsitzender

Möller  
Hauptamtlicher Beisitzer