

2. VERGABEKAMMER  
des Landes Hessen  
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

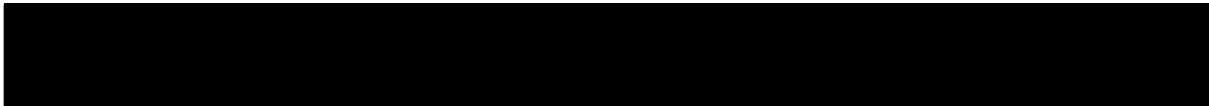
69 d - VK - 08/2016

84



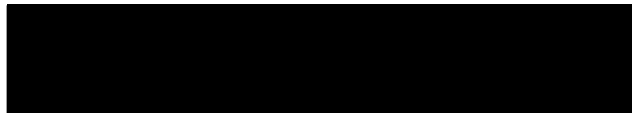
Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

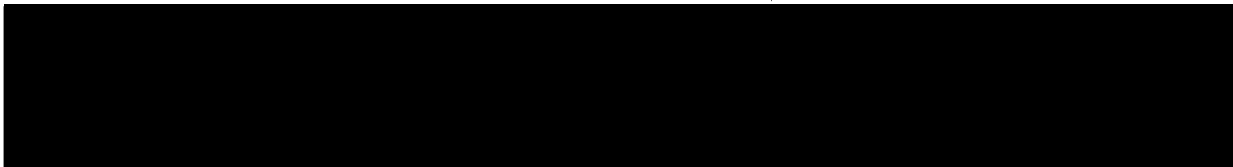


- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:



gegen



- Antragsgegnerin -

wegen:

VOF Verfahren: Tragwerksplanung, Berufsschulzentrum

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Leiter der Verwaltungsdirektor Pöhlker und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel am 4. Februar 2016 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt. Der Nachprüfungsantrag wird nicht übermittelt.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von € festgesetzt.

## Gründe

### I.

Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 14. August 2015 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer 2015 / S 159-292642 die Sanierung des Berufsschulzentrums [REDACTED] Leistungen der Tragwerksplanung gemäß § § 49 ff. HOAI LPH 1-6 mit vorangegangenen Teilnahmewettbewerb aus. Schlusstermin für die Abgabe der Teilnahmeanträge war der 14. September 2015. Nach Ziffer IV.2.1) ergeht der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung bzw. in der Beschreibung zum wettbewerblichen Dialog aufgeführt sind. Die Antragstellerin wurde am 20. Oktober 2015 zur Angebotsabgabe und Präsentation, die am 19. November 2015 stattfand, aufgefordert. Zu den Vergabeverhandlungen sollte sowohl das Honorarangebot im Original unterschrieben mitgebracht werden sowie auf die Präsentation in Form einer Tischvorlage. Das Honorarangebot und die Präsentation waren bereits vorab bis zum 18.11.2015 abzugeben. Die Angebotsunterlagen enthalten weiterhin die Zuschlagskriterien, deren Beschreibung und deren Gewichtung. Gleichfalls enthalten waren die Grundlagen zur Berechnung eines Honorarangebotes. Den Angebotsunterlagen waren darüber hinaus folgende weitere Anlagen beigelegt:

- Formblatt Honorarangebot (Anlage 1)
- Einzelbewertung Matrix-Zuschlagskriterien (Anlage 2)
- Projektstudie (Anlage 3)
- Raumprogramm (Anlage 4)
- überschlägige Kostenaufstellung (Anlage 5)
- Bestandspläne (Anlage 6)

Die Antragstellerin reichte, nach ihrem Vortrag fristgerecht, ein Angebot ein und beteiligte sich an den Vergabegesprächen zur Präsentation ihres Angebotes. Mit Vorabinformationsschreiben vom 9. Dezember 2015, per Mail vorab am 10. Dezember 2015 versandt, teilte die Antragsgegnerin mit, dass die Antragsgegnerin nach der Bewertung Platz 3 erreicht habe und der Zuschlag an den Bieter gehe, der die höchste Punktzahl erreicht habe. Die Antragstellerin erhielt mit diesem Schreiben auch die Einzelbewertungsmatrix sowie die Bewertungsübersicht mit den vorgenommenen Platzierungen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 14. Dezember 2015 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung als vergaberechtswidrig. Bereits das Wertungssystem sei derart intransparent. Daneben verstoße die Wertung der angebotenen Honorare offenkundig gegen das Vergaberecht, weil die beabsichtigte Honorarvereinbarung mit dem zum Zuschlag vorgesehenen Bieter unwirksam sei. Aufgrund der Rüge setzte Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung zunächst aus und erklärte den Zuschlag nicht vor Ablauf von 5 Arbeitstagen nach Zugang einer abschließenden Entscheidung über die Rüge zu ertei-

len. Mit Schreiben vom 20. Januar 2016 teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie den Rügen nicht abhelfen werde. Mit Schreiben vom 2. Februar 2016 teilte die Antragstellerin der Antragsgegnerin nochmals mit, dass sie nach wie vor an ihrer Auffassung des Vorliegens der gerügten Vergabeverstöße festhalte. Mit Schriftsatz vom 2. Februar 2016, eingegangen bei der Vergabekammer um 17.52 Uhr, beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zur Begründung bezieht sie sich im Wesentlichen auf die bereits erfolgten Rügeschreiben. Am 3. Februar 2016 bat die Vorsitzende die Antragstellerin telefonisch um Vorlage der Anlagen 1 und 5 der Angebotsunterlagen. Die Antragstellerin legte diese per Telefax am 3.2.2016 um 12.09 Uhr der Vergabekammer vor. Mit E-Mail vom 3. Februar 2016 (14.56 Uhr) teilte die Vergabekammer der Antragstellerin mit, dass sie den Nachprüfungsantrag wegen offensichtlicher Unzulässigkeit und offensichtlicher Unbegründetheit nicht übermittelt werde und gab Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon die Antragstellerin mit E-Mail vom gleichen Tag um 22.41 Uhr Gebrauch machte. Die Stellungnahme bezieht sich auf den Vortrag im Nachprüfungsantrag sowie auf die Rügeschreiben. Die Antragstellerin besteht nach wie vor auf einer Übermittlung des Nachprüfungsantrages.

Die Antragstellerin beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB einzuleiten und die Antragsgegnerin gemäß § 115 Absatz 1 GWB unverzüglich wegen der drohenden Zuschlagserteilung am 5. Februar 2016 in Textform spätestens am 4. Februar 2016 darüber zu informieren (Faxnummer: 06151134569 und 06151132670 und E-Mail: bernd.neis@ darmstadt.de),
2. der Antragsgegnerin die vorgesehene Zuschlagserteilung zu untersagen und ihr bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor Übersendung der letzten dienstlichen Vergaben Unterlagen zurück zu versetzen, diese nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer abzuändern, den Bietern auf dieser Grundlage die Gelegenheit zur Einreichung Verhandlung überarbeiteter Angebot zu geben;
3. hilfsweise geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen der Antragstellerin zu beseitigen .

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Antragstellerin wird auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen und den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

## II.

Der Nachprüfungsantrag wird nicht übermittelt, weil er sowohl offensichtlich unzulässig als auch offensichtlich unbegründet ist, § 110 Abs. 2 Satz 3 GWB.

Die offensichtliche Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages hinsichtlich der Rügen in Bezug auf die Wertungskriterien und die Höhe der vom Auftraggeber vorgegebenen anrechenbaren Kosten ergibt sich aus § 107 Abs. 3 GWB. Danach hat der Unternehmer eine Rügeobliegenheit, das heißt behauptete Verstöße gegen vergaberechtlichen Vorschriften hat er rechtzeitig zu rügen, um mit seinem Vorbringen in einem Nachprüfungsverfahren nicht präkludiert zu sein. Dieser Obliegenheit ist die Antragstellerin schon nach ihrem eigenen Vortrag nicht nachgekommen. Die von der Antragstellerin behaupteten Vergaberechtsverstöße hinsichtlich der Wertungskriterien hätte die Antragstellerin entweder nach Erhalt der Angebotsunterlagen oder vor Abgabe eines entsprechenden Angebotes rügen müssen, § 107 Abs.3 Nr.3 GWB. Die Antragstellerin erhielt die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die entsprechenden Angebotsunterlagen am 20. Oktober 2015. Beigefügt war den Angebotsunterlagen auch die Einzelbewertungsmatrix Anlage 4. Für die Antragstellerin war damit unter Zugrundelegung einer laienhaften Wertung erkennbar, welche Wertungskriterien die Antragstellerin zu Grunde legt, was die Wertungskriterien beinhalten und wie sie gewichtet werden. Im Übrigen war auch erkennbar, dass hiernach eine Interpolation erfolgt. Der Antragstellerin war es auch möglich, unter Zugrundelegung der in den Angebotsunterlagen niedergelegten Wertungskriterien ein entsprechendes Angebot abzugeben. Ihre Rüge hinsichtlich der vermeintlichen vergaberechtswidriger Bewertungskriterien nach Erhalt der Vorabinformation hätte die Antragstellerin auch schon inhaltsgleich nach Erhalt der Angebotsunterlagen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber formulieren können und müssen, denn an den Umständen hat sich nichts geändert. Im Übrigen weist die Vergabekammer darauf hin, dass sie gegen die einzelnen Wertungskriterien und das Wertungssystem des öffentlichen Auftraggebers nichts zu erinnern hat.

Auch hinsichtlich der Höhe der vom Auftraggeber vorgegebenen anrechenbaren Kosten ist die Antragstellerin mit ihrer Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert. In den Unterlagen zur Aufforderung der Angebotsabgabe befand sich das Formblatt „Honorarangebot“ (Anlage 1 der Angebotsunterlagen). Aus diesem Formblatt sind die anrechenbaren Kosten erkennbar, denn der öffentliche Auftraggeber hat diese, wenn auch vorläufig, mit 15.327.692 € angegeben. Zum einen war für die Antragstellerin erkennbar, dass es sich um ein Honorar nach § 52 Absatz 1 HOAI handelt und zum anderen war für die Antragstellerin auch schon zu diesem Zeitpunkt beurteilbar, ob nach ihrem Dafürhalten die anrechenbaren Kosten ordnungsgemäß berechnet worden sind. Insbesondere wusste die Antragstellerin, dass es sich um einen Umbau handelt. Darüber hinaus ist für die Antragstellerin die HOAI das „tägliche Brot“, was die Berechnung der Honorare und der anrechenbaren Kosten betrifft. Was die Antragstellerin hierzu erst nach dem Vorabinformationsschreiben vorgetragen bzw. gerügt hat, hätte sie auch vor Angebotsabgabe rügen müssen. Auch insoweit hat sich an den Gegebenheiten ist geändert.

Hinsichtlich des Vortrages der fehlenden Ortsüblichkeit der Vergütung ist der Antrag offensichtlich unbegründet. Da die HOAI vorliegend keine Anwendung findet, dieser Auffassung ist auch die Antragstellerin, ist gemäß § 7 Absatz 2 HOAI die Höhe des Honorares frei vereinbar. § 632 Absatz 3 BGB ist vorliegend aber nicht einschlägig, weil der öffentliche Auftraggeber hier das Honorar/die Honorare abgefragt hat und somit eine freie Honorarvereinbarung erfolgen sollte (Formblatt Anlage 1 der Angebotsunterlagen). Insoweit ist hier § 632 Absatz 1 BGB anwendbar. Aus den oben dargelegten Gründen ist der Nachprüfungsantrag offensichtlich unzulässig und offensichtlich unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin im Verfahren unterlegen ist, trägt sie die Kosten (§ 128 Abs. 3 GWB). Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB unter Berücksichtigung des mit dem Verfahren verbundenen Verwaltungsaufwand. Aus dem von der Antragstellerin abgegebenen BruttoHonorarangebot in Höhe von [REDACTED] € ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von [REDACTED] €, sodass eine Gebühr in dieser Höhe festzusetzen war, § 128 Abs. 2 S. 1 GWB. Gründe für eine Ermäßigung gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz GWB sind nicht ersichtlich. Wegen der Nichtübermittlung des Nachprüfungsantrages erübrigt sich eine Entscheidung über einen Kostenerstattungsanspruch eines möglichen weiteren Beteiligten und über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten, § 128 Abs. 4 GWB.



89

### 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.

Roth  
Vorsitzende

Denz-Kinzel  
Ehrenamtliche Beisitzerin

Pöhler  
Hauptamtlicher Beisitzer