



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

des ...

Antragsteller,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

das Land Berlin, vertreten durch die
Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen,
Fehrbelliner Platz 2, 10707 Berlin,

Antragsgegner,

wegen des Vergabeverfahrens „Sanierung, Grundinstandsetzung und Erweiterung
der Komischen Oper, Berlin Mitte“,

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vor-
sitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Bei-
sitzer ... am 12. November 2019 beschlossen:

1. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht wird der Antragsgegner verpflichtet,
den Wettbewerb unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Kammer in
das Stadium vor der Wettbewerbsbekanntmachung zurückzusetzen.

2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragstellers.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsteller wird für notwendig erklärt.
4. Die Verfahrensgebühren werden auf 3.032,95 EUR festgesetzt. Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Gebühren befreit.

Gründe

I.

Der Antragsgegner veröffentlichte mit am 7. August 2019 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (2019/S 151-373385) enthaltener Bekanntmachung eine Wettbewerbsaufforderung für einen nichtoffenen Realisierungswettbewerb nach der Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW) in der Fassung 2013. Ausweislich der Bekanntmachung handelt es sich um einen Wettbewerb in zwei Phasen für Architektinnen und Architekten als Generalplanerinnen und Generalplaner mit anschließendem Verhandlungsverfahren mit den Preisträgern nach der Vergabeverordnung (VgV). Gegenstand des Wettbewerbs ist der Entwurf für die Erweiterung und den Umbau der Komischen Oper in Berlin Mitte. In der Bekanntmachung wurde mitgeteilt, dass 15 Teilnehmer bereits ausgewählt wurden. Insgesamt sollen 50 Teilnehmer am Wettbewerb teilnehmen.

Nach der Bekanntmachung sind die Eignungskriterien für die Auswahl der Teilnehmer:

„Fristgerechter Eingang sowie vollständig ausgefülltes und korrekt abgesendetes Online-Bewerbungs-Formular mit folgenden Angaben (weiteres dazu in der Anlage 1 zur EU-Bekanntmachung):

- 1) Angaben zum Bewerber;
- 2) Nachweis der geforderten 4 Referenzen (Erbringung durch den Architekten/die Architektin);
- 3) Nachweis zweier Bilddateien mit Darstellung der in der Referenzliste genannten Projekte des Architekten/der Architektin;
- 4) Nachweis der Eignungskriterien.“

Infolge des Wettbewerbs soll ein Dienstleistungsauftrag an die Gewinner des Wettbewerbs vergeben werden.

Aus der über einen Link in der Bekanntmachung auffindbaren Anlage 1 zur Bekanntmachung ergibt sich – im Detail streitig, ausweislich der Vergabeakte wie folgt – weiter Folgendes:

„Es ist beabsichtigt einen Generalplanervertrag mindestens über Leistungen der Objektplanung, Tragwerksplanung, Planung der Technischen Ausrüstung einschließlich Bühnentechnik, Bauphysik, Brandschutzplanung abzuschließen. [...] Es ist beabsichtigt, die Leistungsphasen 2 bis 9, gemäß HOAI (2013) § 34, die Leistungsphasen 2 bis 9 gemäß HOAI (2013) und die Leistungsphasen 2 bis 6 gemäß HOAI (2013) § 51 und die Leistungsphasen 2 bis 9 gemäß HOAI (2013) § 55 zu beauftragen. [...]

Die Auswahl der Teilnehmenden für das Wettbewerbsverfahren erfolgt aufgrund der im Folgenden genannten formalen und inhaltlichen Kriterien sowie von Eignungskriterien.

Eignungskriterien:

1. Angaben zum /zur Bewerber/in - Vollständig ausgefülltes und korrekt abgesendetes Internet-Bewerbungs-Formular mit folgenden Angaben: [...]

2. Nachweis von Referenzen (durch den/die Architekten/in):

Die Erfahrungen sind durch den/die Architekten/in als Tätigkeit im eigenen Büro oder in einer Arbeitsgemeinschaft mit einem anderen Architekturbüro nachzuweisen

- 2a: Nennung von mindestens einem maximal drei geplanten Gebäuden mit vergleichbaren planerischen Anforderungen, min. Honorarzone IV gemäß HOAI in der Fassung von 2013 (min. Leistungsphase 2 z.B. Wettbewerbsbeitrag) innerhalb der letzten 10 Jahre (Planung spätestens II/2019) mit mindestens 10 Mio. Euro Baukosten (Kostengruppe 300 + 400 netto), mit Nennung von:

- Projekttitel

- Objekttyp

- Ort

- Honorarzone nach HOAI

- Jahr der Planung (spätestens 2. Quartal 2019)

- Erbrachte Leistungsphasen nach HOAI

- Baukosten (Kostengruppe 300 + 400 netto)

- Kurzbeschreibung

- 2b: Nennung von mindestens 1 maximal 3 realisierten Bauvorhaben von min. 10 Mio Euro (Kostengruppe 300 und 400 netto), min. Honorarzone III gemäß HOAI in der Fassung von 2013, Leistungsphase 2 - 8 innerhalb der letzten 10 Jahre (Fertigstellung spätestens II/2019): [...]

- 2c: Nennung von mindestens einem maximal drei realisierten Bauvorhaben von min. 10 Mio Euro (Kostengruppe 300 und 400 netto), Leistungsphase 2 – 8, innerhalb der letzten 10 Jahre (Fertigstellung spätestens II/2019) im Kontext denkmalgeschützter Bausubstanz und/oder Bauen im denkmalgeschützten Bestand. [...]

- 2d: Nennung von mindestens einem und maximal drei Wettbewerbserfolgen (Preis/Anerkennungen) oder Auszeichnungen innerhalb der letzten 10 Jahre mit Nennung von: [...]

Hinweis: Die Nennung von mehr als einer Referenz führt nicht automatisch zu einer besseren Bewertung. Ausschließlich schriftlich genannte Referenzen können in ihrer Gestaltqualität nicht beurteilt werden. Mehrfachnennungen von Projekten in 2a, 2b, 2c und 2d sind zulässig, falls zutreffend

3. Upload von zwei Bilddateien mit Darstellung der in der Referenzliste unter 2a, 2b und 2c genannten Projekte des/der Architekten/in.

Dabei ist Folgendes unbedingt zu beachten:

Auf den beiden Bilddateien muss jeweils der Büroname oben rechts im Bild zu finden und gut lesbar sein. Die einzelnen Abbildungen in den Bilddateien sind mit dem Projektnamen zu beschriften und der jeweiligen Referenz zuzuordnen.

Die beiden Bilddateien werden dem Auswahlgremium synchron mit zwei Beamern vorgeführt. Es wird aufgrund der besseren Lesbarkeit empfohlen pro Bilddatei nicht mehr als zwei Projekte darzustellen. [...]

Eignungskriterien

Die eingereichten Bewerbungen werden hinsichtlich der Eignungskriterien geprüft. Abweichungen von den formalen Anforderungen und Mehrfachbewerbungen führen zum Ausschluss vom Auswahlverfahren.

Bewertung der inhaltlichen Kriterien (Referenzprojekte gemäß 2)

Zur Prüfung der Gestaltqualität wird ein vom Auslober berufenes Beratungsgremium gebildet, bestehend aus drei Vertretern des Auslobers bzw. der Verwaltung und zwei freischaffenden Architekten/innen. Die endgültige Entscheidung über die Auswahl der Teilnehmer bleibt dem Auftraggeber vorbehalten. Die Bewerbungsunterlagen verbleiben beim Auslober. Ein Anspruch auf Kostenerstattung besteht nicht.

Inhaltliche Kriterien (mit Darstellung ihrer Wichtung):

- Gestaltqualität von unter 2a genannten Planungen von Gebäuden mit vergleichbaren Anforderungen (hochgeladene Bilder), maximal 4 Punkte mit einfacher Wertung.
- Gestaltqualität von unter 2b genannten realisierten Bauvorhaben (hochgeladene Bilder), maximal 4 Punkte mit einfacher Wertung.
- Gestaltqualität von unter 2c genannten realisierten Bauvorhaben mit denkmalgeschützter Bausubstanz und Bauen im denkmalgeschützten Bestand (hochgeladene Bilder), maximal 4 Punkte mit einfacher Wertung.

Die Wichtung der Kriterien erfolgt wie vorab angeführt. Jedes Mitglied des Auswahlgremiums kann pro Bewerbung maximal neun Punkte vergeben. Die maximal erreichbare Punktzahl einer Bewerbung beträgt 60 Punkte. Die Punkte werden in einer Matrix erfasst und sind Bestandteil des Ergebnisprotokolls. Ausgewählt werden bis zu 35 Bewerbungen mit den höchsten Punktzahlen. Der Auslober behält sich vor, bei gleicher Punktzahl zu losen. [...]“

Der Antragsteller gab fristgerecht eine Bewerbung ab. Am 9. September 2019 fand eine Sitzung des vom Antragsgegner berufenen Auswahlgremiums statt. Ausweislich des darüber gefertigten Protokolls erhielten dabei die Mitglieder des Gremiums jeweils einen Bewerberkatalog. Das Protokoll führt weiter aus:

„2.2.3 Bewertung der inhaltlichen Kriterien (Referenzprojekte gemäß 2)

Das Beratungsgremium prüft die Gestaltqualität. Die endgültige Entscheidung über die Auswahl der Teilnehmer bleibt dem Auftraggeber vorbehalten. [...]

Die Wichtung der Kriterien erfolgt wie vorab angeführt. Jedes Mitglied des Auswahlgremiums kann pro Bewerbung maximal 12 Punkte vergeben. Die maximal erreichbare Punktzahl einer Bewerbung beträgt 60 Punkte. [...]

Zur ersten Information der 47 Bewerbungen werden die in den Bewerbungsunterlagen geforderten Bilddateien mit zwei Beamern parallel ohne Wertung gezeigt. Begleitend dazu verliest ... (SenSW) die Namen und Herkunftsorte der entsprechenden Büros.

3. Bewertungsdurchgang

Im Bewertungsdurchgang scheiden folgende Bewerber aus formalen Gründen aus:

[...]

Zuzüglich zu den 15, bereits im Vorfeld ausgewählten Teilnehmern werden weitere 35 Bewerber zur Teilnahme ermittelt:

[Übersicht der ausgewählten Bewerbe-Nr.]

Darüber hinaus werden folgende Nachrücker festgelegt:

[...]

4. Ende der Auswahl Sitzung

Um 14:00 Uhr endet die Sitzung des Auswahlgremiums. Die Anonymität der Wettbewerbsteilnehmer ist bis zum Abschluss des Wettbewerbsverfahrens zu wahren. Die Bewerbungsunterlagen verbleiben beim Auslober. [...]“

Zu dem Protokoll wurde eine „Anlage 1 Punktematrix“ erstellt. Diese wies in der dem Antragsteller übermittelten Fassung unter anderem folgende Eintragungen auf:

„Bewerber-Nr.	Gestaltqualität von unter 2a genannten Plannungen [...]	Gestaltqualität von unter 2b genannten Plannungen [...]	Gestaltqualität von unter 2c genannten realisierten Bauvorhaben [...]	Gesamtpunktzahl	
040	18	18	20	56	ausgewählt
071	18	36	17	53	ausgewählt
069	15	32	17	48	ausgewählt
059	17	30	13	45	ausgewählt [...]
051	0	26	14	27	1. Nachrücker [...]
077	6	14	7	20	aufgrund der Punktebewertung ausgeschlossen [...]
020	0	0	0	0	aus formalen Gründen ausgeschlossen [...]"

Der Antragsteller, dem die Bewerber-Nr. 77 zugewiesen worden war, gehörte nicht zu den ausgewählten Bewerbern.

Am 10. September 2019 teilte die ... dem Antragsteller mit, dass sein Büro nicht zur Teilnahme am Wettbewerbsverfahren ausgewählt worden sei und dankte ihm im Namen des Auslobers für seine Bewerbung.

Unter dem 11. September 2019 rügten die jetzigen Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers für diesen gegenüber dem Antragsgegner die Mitteilung über die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung. Die Mitteilung erfülle nicht die Anforderungen des § 134 GWB.

Mit Schreiben vom 12. September 2019 erwiderte der Antragsgegner, § 134 GWB sei im derzeitigen Verfahrensstadium noch nicht anwendbar. Zur Erfüllung des Informationsanspruchs des Antragstellers werde ihm jedoch mit einer Anlage das Protokoll der Sitzung des Auswahlgremiums sowie eine Liste der Namen der ausgewählten Büros übermittelt. Aus dem Protokoll könne keine Begründung entnommen werden, warum das Auswahlgremium einem Büro jeweils eine bestimmte Gesamtpunktzahl zugewiesen habe. Dies müsse jedoch auch nicht erfolgen, da das Gremium einen breiten Ermessensspielraum habe und auch subjektive Erwägungen in die Punktevergabe einfließen.

Unter dem 17. September 2019 rügte der Antragsteller daraufhin weiter, dass nach der Anlage 1 zur Ausschreibung maximal 9 Punkte pro Bewerber vergeben werden

dürften, sodass jeder Bewerber bei 5 Mitgliedern des Auswahlgremiums maximal 45 Punkte erhalten könne. Einige Teilnehmer hätten aber über 45 Punkte erhalten. Ferner sei die Matrix fehlerhaft, da die Summe der bei dem Antragsteller eingetragenen Werte 27 und nicht 20 Punkte betrage. Aus der Matrix werde nicht klar, welche der vom Antragsteller benannten Bauvorhaben vom Auswahlgremium herangezogen worden und welche Gründe dafür ausschlaggebend gewesen seien. Die Auswertung der eingereichten Bewerbungen erfüllte nicht die Anforderungen an ein objektives, transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren, sodass das Verfahren aufzuheben und neu auszuschreiben sei.

Mit Schreiben vom 20. September 2019 entgegnete der Antragsgegner, die Wettbewerbsbekanntmachung habe einen redaktionellen Fehler enthalten. Richtig habe es lauten müssen, dass jedes Mitglied des Gremiums maximal 12 Punkte pro Bewerbung vergeben könne, sodass die richtige maximale Gesamtpunktzahl 60 Punkte betrage. Jene Gesamtpunktzahl sei in der Bekanntmachung auch richtig angegeben worden, sodass kein Verstoß gegen das Transparenzgebot bestehe. Die dahingehende Rüge sei im Übrigen präkludiert, da dieser Fehler bereits aus den Vergabeunterlagen hervorgegangen sei. Die Eintragung von 14 Punkten in der Bewertung der Referenz 2b beim Antragsteller beruhe auf einem technischen Fehler in der genutzten Excel-Tabelle, die zu einer Verdoppelung der eigentlich vergebenen Punkte zu dieser Referenz geführt habe. Tatsächlich habe der Antragsteller von den Mitgliedern des Bewertungsgremiums zu dieser Referenz insgesamt 7 Punkte erhalten. Zu 2a seien 3 Referenzprojekte vom Antragsteller eingereicht worden, die ordnungsgemäß hätten bewertet werden können. Zu 2c habe der Antragsteller zwar 3 Referenzprojekte eingereicht. Das Referenzprojekt „...“ sei aus formalen Gründen ausgeschieden, da nicht die geforderten Leistungsphasen 2 – 8 nachgewiesen worden seien. Das Referenzprojekt „...“ sei ebenfalls aus formalen Gründen ausgeschieden, da die geforderte Bausumme nicht nachgewiesen worden sei. Es habe daher nur das Referenzprojekt „...“ berücksichtigt werden können, dessen Gesamtgestaltqualität von der Jury anhand der eingereichten Bilddatei bewertet worden sei.

Am 24. September 2019 hat der Antragsteller Nachprüfungsantrag stellen lassen, den die Kammer dem Antragsgegner am nächsten Tag übermittelt hat.

Der Antragsteller macht über seine Rüge vom 17. September hinaus geltend, seine Nichtberücksichtigung im Wettbewerb verletze ihn in seinen Rechten. Die Erklärung in der Anlage 1 zur Wettbewerbsbekanntmachung sei eindeutig so zu verstehen gewesen, dass die Gremienmitglieder zwar maximal vier Punkte je Referenz, insgesamt aber nicht mehr als neun Punkte vergeben dürften. Zudem seien nach der ihm vom Antragsgegner übermittelten Anlage 1 maximal vier Punkte nur bei Referenz 2a, bei Referenz 2b und 2c hingegen nur maximal drei Punkte zu vergeben gewesen. Die Angabe von maximal 60 Punkten habe aus seiner Sicht folglich einen offenbaren Rechenfehler enthalten. Es habe daher auch keinen Anlass zu einer Rüge gegeben. Weiter sei nicht erkennbar, dass der Antragsgegner beziehungsweise das Auswahlgremium sein Ermessen bei der Bewertung der Referenzen richtig ausgeübt habe. Denn dazu gehöre auch, dass es in nachvollziehbarer Weise ausgeübt werde. Es sei aber nicht erkennbar, dass sich die Juroren inhaltlich mit den Referenzen auseinander gesetzt hätten. Das Protokoll enthalte kein Kriterium, aufgrund dessen Entscheidungen getroffen worden seien. Die Bewerbung 0036 hätte zudem offensichtlich nicht bewertet werden dürfen. Schließlich sei auch nicht nachvollziehbar, dass bei ihm die Referenz 2b, die als emblematisch in jedem Buch über Berliner Architektur aufgeführt sei, nur mit einer derart geringen Punktzahl bewertet worden sei. Dies könne nur darauf zurückzuführen sein, dass er vom Wettbewerb ausgeschlossen werden sollen. Es werde bestritten, dass die mit Datum vom 20. September 2019 versehene Tabelle die richtigen Punktzahlen der Bewertung des Auswahlgremiums enthalte. Aus dem Protokoll werde ersichtlich, dass die Anonymität der eingereichten Bewerbungen nicht gewahrt worden sei.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

dem Antragsgegner aufzugeben, das Ergebnis des Realisierungswettbewerbs aufzuheben und die vorgesehenen Preise nicht zu vergeben,

dem Antragsgegner ferner aufzugeben, das Verfahren auf den Stand der Bekanntmachung zurückzusetzen,

die Hinzuziehung seines Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären und

festzustellen, dass er in seinen Rechten verletzt ist.

Der Antragsgegner beantragt sinngemäß,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Antragsgegner trägt über seine Rügeerwiderungen hinaus vor, der Kammer sei die vollständige Vergabeakte übergeben worden. Die maximal von einem Bewerber zu erreichende Punktzahl von 60 Punkten sei maßgeblich und in der Anlage 1 zur Wettbewerbsbekanntmachung zutreffend angegeben gewesen, sodass dem Antragsteller kein Nachteil habe entstehen können. Die Angabe in der dem Antragsteller übersandten Anlage mit maximal 3 Punkten bei den Referenzen 2b und 2c sei ein Versehen gewesen, die für das Wettbewerbsverfahren unerheblich sei, da in der veröffentlichten Anlage 1 für die Kriterien von 2a bis 2c jeweils maximal 4 Punkte angegeben gewesen seien. Beim Antragsteller seien alle drei von ihm bei 2a genannten Referenzen von den Mitgliedern des Auswahlgremiums gewertet worden. Insoweit habe eine Gesamtbewertung stattgefunden, die Gestaltqualität aller drei Referenzen sei zusammen als Einheit bewertet worden. Die vom Antragsteller zu 2b vorgelegte Referenz habe nicht gewertet werden können, da die vorgelegte Referenz nicht wie gefordert durchgehend die Leistungsphasen 2 bis 8 aufzuweisen gehabt habe. Es habe jedoch die Referenz zu 2c auch bei 2b gewertet werden können, da diese auch die Anforderungen zu 2b erfüllt habe. Es sei nicht erforderlich, dass das einzelne Mitglied des Auswahlgremiums zu Protokoll gebe, warum dem jeweiligen Bewerber eine bestimmte Punktzahl gegeben worden sei. Weder müsse die Ausübung des Ermessens der einzelnen Gremienmitglieder weiter dokumentiert werden, noch müssten den Mitgliedern Vorgaben bezüglich ihrer Ermessensausübung von Seiten des Ausschreibenden gemacht werden. Die Belassung des Bewerbers Nr. 0036 im Wettbewerb sei zulässig, da dieser von sich aus darauf hingewiesen habe, dass bezüglich der angegebenen Referenz die Leistungsphasen 1 bis 8 erbracht worden seien, sodass die Referenz habe gewertet werden können. Einen Anonymitätsgrundsatz kenne das Vergaberecht nicht.

Mit Verfügung vom 15. Oktober 2019 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 12. November 2019 verlängert und dies den Beteiligten mitgeteilt. Mit Beschluss vom 23. Oktober 2019 hat die Kammer dem Antragsteller Akteneinsicht in die Verfahrensakte sowie in die für die Streitentscheidung wesentlichen Teile der vom Antragsgegner vorgelegten Vergabeakten gewährt. Im Termin zur mündlichen Verhandlung

vom 6. November 2019 haben die Beteiligten Gelegenheit erhalten Stellung zu nehmen. Die Vergabeakten des Antragsgegners lagen der Kammer vor und sind Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte sowie die beigezogenen Vergabeakten verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag hat Erfolg, denn er ist insgesamt zulässig und begründet.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Die Vergabekammer des Landes Berlin ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Verfahrens zuständig. Der Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist eröffnet. Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB. Bei dem vorliegenden nichtoffenen Realisierungswettbewerb gemäß §§ 78 ff. der Vergabeverordnung (VgV) handelt es sich um einen Wettbewerb im Sinne des § 103 Abs. 6 GWB, der – trotz des insoweit unglücklichen Wortlauts der §§ 155 f. GWB – zulässiger Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens sein kann (vgl. *Mestwerdt/Sauer*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, 2. Auflage 2018, § 69 VgV, Rn. 14 m.w.N.; *Schneider*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, 3. Auflage 2019, § 80 VgV, Rn. 80). Wenngleich den Vergabeakten des Antragsgegners eine entsprechende Auftragswertschätzung nicht zu entnehmen ist, muss die Kammer angesichts der Wettbewerbsaufgabe auch von dem Erreichen der Schwellenwerte im Sinne des § 106 GWB ausgehen.

Der Antragsteller ist auch antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB und hat den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften gemäß § 160 Abs. 3 GWB rechtzeitig gerügt. Damit kann die Frage, ob das Vorliegen dieser Voraussetzungen bei Planungswettbewerben überhaupt zu fordern ist (vgl. dazu *Mestwerdt/Sauer*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, 2. Auflage 2018, § 69 VgV, Rn. 15), im Ergebnis offen bleiben.

Der Antragsteller ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Denn er hat ein Interesse an der zu realisierenden Wettbewerbsaufgabe und eine Verletzung in seinen

Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht, die zu einem drohenden Schaden bei ihm führt. Sein Interesse an der Wettbewerbsaufgabe hat der Antragsteller durch seine Bewerbung manifestiert. Er hat ferner geltend gemacht, durch seine Nichtbeachtung im Vergabeverfahren infolge der Auswahlentscheidung sei er jedenfalls in seinem Recht auf Gleichbehandlung verletzt worden. Schließlich hat der Antragsteller auch dargelegt, dass ihm dadurch ein Schaden zu entstehen droht. Dem steht nicht entgegen, dass seine Bewerbung unter Umständen vom Antragsgegner nicht hätte gewertet werden dürfen, weil sie keine den Anforderungen entsprechende Referenz zur Kategorie 2b enthielt. Zwar fehlt es einem Antragsteller insofern an der Antragsbefugnis, wenn die Chance, den Zuschlag zu erhalten, gänzlich ausgeschlossen ist (vgl. *Horn/Hofmann*, in: *Burgi/Dreher*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 160 GWB, Rn. 34). Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Zum einen besteht schon keine Gewissheit über einen vorzunehmenden Ausschluss des Antragstellers, die im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung erforderlich wäre. Denn ob ein Ausschlussgrund tatsächlich vorliegt, ist in der Regel eine Frage der Begründetheit eines Antrags (vgl. *Byok*, in: *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 160, Rn. 57 m.w.N.). Zum anderen ist ein Erfolg des Antragstellers im Wettbewerb auch deshalb nicht ausgeschlossen, weil sich bei einer Überprüfung der Auswahlentscheidung des Antragsgegners anhand der geltend gemachten Vergabeverstöße zeigen kann, dass das Auswahlverfahren insgesamt an einem schwerwiegenden Mangel leidet und daher zu wiederholen ist, so dass auch der Antragsteller eine erneute Bewerbungschance erhielte (vgl. dazu etwa OLG Koblenz, Beschluss vom 16. März 2016 – 1 Verg 8/13, BeckRS 2016, 7917; *Reidt*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 37).

Schließlich hat der Antragsteller den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß einer fehlerhaften Auswahlentscheidung unmittelbar nach Mitteilung seiner Nichtberücksichtigung beziehungsweise der dafür herangezogenen Bewertung des Auswahlgremium im Sinne von § 160 Abs. 3 GWB gerügt und in der Folge seinen Nachprüfungsantrag eingelegt. Welche Maßstäbe der Antragsgegner an die Bewertung der eingereichten Bewerbungen anlegen würde, konnte der Antragsteller abschließend erst nach Mitteilung der Auswahlentscheidung und Übermittlung weiterer Informationen erkennen. An einer die Rügeverpflichtung auslösenden und gegebenenfalls zur Präklusion des dahingehenden Vortrags führenden früheren Kenntnis oder Erkennbarkeit fehlt es insoweit.

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die Entscheidung des Antragsgegners, den Antragsteller im weiteren Verfahren nicht zu berücksichtigen, ist vergaberechtswidrig und verletzt den Antragsteller in seinen Rechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB. Denn die Auswahlentscheidung des Antragsgegners in ihrer dokumentierten Gestalt verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Nach § 97 Abs. 2 GWB sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln. Nach diesem Grundsatz, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den Unternehmen, die sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben, fördern soll, müssen die Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein. Der Gleichbehandlungsgrundsatz schließt dabei eine Verpflichtung zur Transparenz (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) ein, um seine Einhaltung überprüfen zu können. Damit soll im Wesentlichen die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen des Auftraggebers ausgeschlossen werden (vgl. schon EuGH, Urteil vom 29. April 2014 – Rs. C-496/99 P [CAS Succhi di Frutta], Rn. 109 ff. m.w.N; *Lux*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2016, § 97, Rn. 22 ff.).

Indem der Antragsgegner eine Bewertung der Bewerbung des Antragstellers sowie sämtlicher anderer Bewerbungen vorgenommen hat, ohne eine einheitliche Bewertung bei Vorliegen mehrerer Referenzen zu einer Kategorie sicherzustellen (beim Antragsteller also zur Referenzkategorie 2a) und dies entsprechend zu dokumentieren, hat er gegen die vorstehenden Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz verstoßen. So hat der Antragsgegner in der Wettbewerbsbekanntmachung und der Anlage 1 keine entsprechenden Bewertungsmaßstäbe aufgestellt. Zwar findet sich in der Anlage 1 der Hinweis, die Nennung von mehr als einer Referenz führe nicht automatisch zu einer besseren Bewertung. Damit wird jedoch nur negativ erläutert, wie nicht – jedenfalls „automatisch“ – gewertet werden sollte. Es bleibt jedoch völlig offen, wie – positiv gewendet – das Vorliegen mehrerer Referenzen in die Wertung einfließt. Schriftsätzlich hat der Antragsgegner im Nachprüfungsverfahren dazu vorgetragen, es habe eine Gesamtbewertung stattgefunden, die Gestaltqualität aller drei Referenzen sei zusammen als Einheit bewertet worden. Unabhängig von der Frage, ob eine derartige nachträgliche Erklärung überhaupt hinreichend wäre, um ein vergaberechtmäßiges Vorgehen des Antragsgegners feststellen zu können, bleibt jedenfalls auch damit im Dunkeln, wie das Vorliegen mehrerer Referenzen zu einer

Kategorie konkret beurteilt worden ist. So wäre beispielsweise denkbar, dass die Mitglieder des Auswahlgremiums jede Referenz für sich bewertet und aus den dabei erzielten Beurteilungen den Mittelwert gebildet haben. Gleichmaßen denkbar wäre allerdings auch, dass die Mitglieder die aus ihrer Sicht jeweils beste Referenz zum Maßstab genommen und anhand der übrigen Referenzen nur gewisse Korrekturen ihrer Bewertung nach oben beziehungsweise unten vorgenommen haben. In der mündlichen Verhandlung haben die Vertreterinnen des Antragsgegners mitgeteilt, dass auch in der Sitzung des Auswahlgremiums keine einheitlichen Maßstäbe vereinbart worden sind. Die Kammer kann danach nicht feststellen, dass die Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen waren. Dies verletzt den Antragsteller in seinen über § 97 Abs. 6 GWB gewährleisteten Rechten.

Dabei kann offen bleiben, ob der Antragsgegner die Bewerbung des Antragstellers im Hinblick auf die Referenzkategorie 2b überhaupt werten konnte. Selbst wenn der Antragsgegner die Bewerbung des Antragstellers nach erneuter Prüfung mangels wertbarer Referenz zu der Kategorie hätte ausschließen können oder müssen, hätte der Antragsteller gleichwohl unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten Anspruch auf eine einheitliche Bewertung sämtlicher Bewerbungen. Da der Antragsgegner es jedoch versäumt hat, einheitliche Maßstäbe bei der Bewertung der Bewerbungen anzuwenden, ist die Auswahlentscheidung insgesamt vergaberechtswidrig und verletzt den Antragsteller über die Bewertung seiner eigenen Bewerbung hinaus in seinen Rechten.

Infolge der festgestellten Vergaberechtswidrigkeit des Vorgehens des Antragsgegners hat die Kammer nach § 168 Abs. 1 GWB die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung des Antragstellers zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Dabei kann sie auch unabhängig von den gestellten Anträgen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Die Kammer hat allerdings nur so weit in das Vergabeverfahren einzugreifen, wie es notwendig ist, um rechtmäßige Zustände herzustellen.

Wenngleich vorliegend die Nichtberücksichtigung der Bewerbung des Antragstellers streitgegenständlich ist, genügt nach dem Vorstehenden die bloße Verpflichtung des Antragsgegners zu einer Neuwertung dieser Bewerbung nicht, um vergaberechtmäßige Zustände herzustellen. Ebenso kann eine Rückversetzung in das Stadium vor

der Sitzung des Auswahlgremiums oder in das Stadium vor Abgabe der Bewerbungen nicht zu einem vergaberechtskonformen Verfahren führen. Denn das Wettbewerbsverfahren leidet insbesondere unter dem schwerwiegenden Mangel, dass der Antragsgegner nicht dokumentiert hat, wie er zu der Vorauswahl der 15 von ihm gesetzten Teilnehmer gekommen ist und ob auch diese die von ihm aufgestellten Anforderungen erfüllen, § 3 Abs. 3 UAbs. 2 RPW 2013 a.E. Da sich das Setzen von Teilnehmern bei gleichzeitiger Beschränkung der Gesamtzahl der Wettbewerbsteilnehmer unmittelbar auf die Wettbewerbsstellung sämtlicher übriger Bewerber auswirkt, muss bereits bei der Auswahl der gesetzten Bewerber eine entsprechende Prüfung erfolgen und das Ergebnis im Vorfeld der Wettbewerbsbekanntmachung dokumentiert sein. Eine nachträgliche Prüfung genügt demnach nicht. Es bedarf daher einer Rückversetzung des Verfahrens in das Stadium der Vorauswahl, das heißt in das Stadium vor Bekanntmachung. Der Antragsgegner hat bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die vorgenannten Mängel vor, bei und nach einer erneuten Bekanntmachung zu beheben.

Nach alledem bleibt der Kammer daher nur, den Antragsgegner bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, die notwendigen Verfahrensschritte unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Kammer zu wiederholen.

Dabei wird der Antragsgegner – anders als bislang geschehen – über das Vorstehende hinaus zu bedenken haben, dass in der Bekanntmachung gemäß § 70 Abs. 2 VgV auch die Eignungskriterien und die zum Nachweis der Eignung erforderlichen Unterlagen für das spätere Vergabeverfahren zur Realisierung der Wettbewerbsaufgabe anzugeben und nachvollziehbar von den Auswahlkriterien im Rahmen des zweiphasigen Realisierungswettbewerbs abzugrenzen sind. Weiter werden die widersprüchlichen Angaben zu den zu vergebenden Punkten zur Bewertung der eingereichten Bewerbungen zu bereinigen sein. Schließlich hat der Antragsgegner in einem künftigen Verfahren in Einklang mit § 3 Abs. 3 UAbs. 2 RPW 2013 sowie dem vergaberechtlichen Eigenverantwortlichkeitsgebot (und gegebenenfalls – bei insoweit unverändertem Inhalt – auch nach Anlage 1 der Wettbewerbsbekanntmachung) eine eigene Entscheidung über die Auswahl der Teilnehmer zu treffen und dies zu dokumentieren.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat der Antragsgegner die Kosten des Verfahrens zu tragen. Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB umfasst dies auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragstellers.

Auf den Antrag des Antragstellers hat die Kammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG zudem die Notwendigkeit der Hinzuziehung seiner Verfahrensbevollmächtigten festzustellen. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen. Entscheidend ist dabei, ob der Antragsteller unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverfolgung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (vgl. schon VK Berlin, Beschluss v. 26.8.2014 – VK – B 1 – 10/14 m.w.N.). Danach ist die Hinzuziehung vorliegend notwendig gewesen. Denn neben wettbewerbsbezogenen Fragen sind vorliegend insbesondere auch prozessuale Fragen etwa der Rügepräklusion sowie zum Teil schwierigere Fragen des materiellen Vergaberechts unter Berücksichtigung der Besonderheiten von Planungswettbewerben streitgegenständlich.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (derzeit abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien_node.html) heran. Dabei legt die Kammer in der Regel den Bruttoangebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 – 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragsteller zugrunde, der ihr Interesse am Auftrag manifestiert. Da es sich vorliegend allerdings um einen Planungswettbewerb handelt, der im Vorfeld des eigentlichen Vergabeverfahrens durchgeführt wird und bei dem noch keine Angebote vorliegen, kann die Kammer nicht auf einen Angebotspreis rekurrieren. Der Antragsgegner hat nach der Bekanntmachung jedoch für Preise und Anerkennungen insgesamt 864.500,- EUR zur Verfügung gestellt. Mangels anderer Anhaltspunkte für die wirtschaftliche Bedeutung der Sache legt die Kammer diesen Wert zugrunde. Bei linea-

rer Interpolation (vgl. etwa OLG München, Beschluss v. 15.10.2012 – Verg 18/12, IBRRS 2012, 3900; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.4.2004 – VII – Verg 9/04, VPRRS 2013, 0551; *Krohn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 14) dieses von der Gebührentabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwertes ergibt sich eine Gebühr in Höhe von $2.500\text{€} + \frac{50.000\text{€} - 2.500\text{€}}{70.000.000\text{€} - 80.000\text{€}} * (864.500\text{€} - 80.000\text{€}) = 3.032,95\text{ EUR}$. Dieser Wert entspricht auch dem Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren, welches in jeder Hinsicht durchschnittlich umfangreich war. Insbesondere musste die Kammer einen umfangreicheren Akteneinsichtsbeschluss fertigen, die Vergabeakten des Antragsgegners durcharbeiten und eine ausführliche mündliche Verhandlung mit den Beteiligten vorbereiten und durchführen.

Der Antragsgegner ist gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG allerdings von der Zahlung der Gebühren befreit.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzu legen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vorsitzender

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer

Dr. Lux

Sauer

...