

Leitsätze:

1. Bei der Eignungsprüfung hinsichtlich der personellen Kapazitäten des Bewerbers in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren ist das Wort „beschäftigt“ nicht auf arbeitsrechtliche Anstellungsverhältnisse beschränkt. Nach dem objektiven Empfängerhorizont eines verständigen Bieters kann es insoweit nur darauf ankommen, wie viele Architekten/Ingenieure/Techniker/Meister in den letzten 3 Geschäftsjahren bei dem Bewerber tätig waren. Sinn und Zweck der Anforderung sind darauf ausgerichtet, dass ausreichend Fachpersonal für den Auftrag zur Verfügung steht. Es kommt nicht darauf an, ob es sich um den Inhaber handelt oder um einen arbeitsvertraglich Beschäftigten.
2. Gemäß § 127 Abs. 4 GWB müssen Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Soweit erforderlich, ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Zuschlagskriterien inhaltlich auszufüllen und durch sog. Unterkriterien zu konkretisieren. Der Auftraggeber muss die Bieter angemessen über die Kriterien und Modalitäten informieren, anhand derer er die Angebotswertung vollziehen wird. Die Bieter müssen erkennen, worauf es dem Auftraggeber ankommt.

**Nachprüfungsantrag:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
**(Antragstellerin – ASt)**

**Vergabestelle:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
**(Vergabestelle - VSt)**

**Beigeladene:** .....  
**(Beigeladene-BGI)**

**Dienstleistungsauftrag:** *Fachplanungsleistungen für den Neubau ... in ...; in 4 Losen;*  
.....

**Hier:** **Los 3 Tragwerksplanung HOAI- Leistungsphasen 1-6**

**Vergabeverfahren:** **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 17 VgV**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 26.11.2018 durch den Vorsitzenden ....., die hauptamtliche Beisitzerin ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**Beschluss:**

1. Es wird festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.  
Die Vergabestelle wird verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer das Verfahren beginnend mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu wiederholen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €. Auslagen sind nicht angefallen.

**Sachverhalt:**

**1.**

Die Vergabestelle veröffentlichte im EU-Supplement am xx.xx.xxxx im Verhandlungsverfahren die Fachplanungsleistungen für den Neubau ..... in .....; hier Los 3: Tragwerksplanung HOAI- Leistungsphasen 1-6.

**2.**

Unter III.1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ der Bekanntmachung gibt die Vergabestelle folgendes bekannt:

*III.1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit  
Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:  
für alle Lose:*

...

2) Angaben der personellen Kapazitäten des Bewerbers in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren, aufgegliedert nach:

- Gesamtzahl der Mitarbeiter (je Geschäftsjahr),
- Anzahl der Architekten, Ingenieure, Techniker und Meister (je Geschäftsjahr)

...

Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

...

Zu 2: in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren müssen im Durchschnitt mindestens 3 Architekten/ Ingenieure /Techniker / Meister beschäftigt gewesen sein.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe legt die Vergabestelle in Ziffer 8 fest:

#### 8. Zuschlagskriterien

Maximal können 100 Punkte erreicht werden. Die Bewertung setzt sich wie folgt zusammen:

Preis max. 20 Punkte

Reaktionszeitenkonzept max. 40 Punkte

Personaleinsatzkonzept max. 40 Punkte

...

#### 8.2 Reaktionszeitenkonzept

Das Kriterium wird mit maximal 40 Punkten bewertet.

Der Bieter muss mit seinem Angebot ein Reaktionszeitenkonzept einreichen. Dieses Konzept darf einen Umfang von 2 DIN A4 Seiten nicht überschreiten.

Mit dem Reaktionszeitenkonzept hat der Bieter für das konkrete Vorhaben darzulegen, wie er die kurzfristige Verfügbarkeit beim Auftraggeber vor Ort für ad hoc-Besprechungen, Notfallmaßnahmen und ähnliches sicherstellt.

Folgende Aspekte müssen in diesem Reaktionszeitenkonzept zwingend Berücksichtigung finden:

- konkrete Angaben von Reaktionszeiten
- Darlegung der Einhaltung dieser Reaktionszeiten

...

Bewertung:

sehr gute Lösung: 31-40 Punkte

*gute Lösung: 21-30 Punkte*  
*ausreichende Lösung: 11-20 Punkte*  
*schlechte Lösung: 0-10 Punkte*

### *8.3 Personaleinsatzkonzept*

*Das Kriterium wird mit maximal 40 Punkten bewertet.*

*Der Bieter muss mit seinem Angebot ein Personaleinsatzkonzept einreichen. Dieses Konzept darf einen Umfang von 2 DIN A4 Seiten nicht überschreiten.*

*Mit dem Personaleinsatzkonzept hat der Bieter für das konkrete Vorhaben darzulegen, mit welchen Personen er die geschuldete Leistung erbringen wird. Er hat darüber hinaus darzulegen, welche Vertretung er für den Fall von Urlaub oder Krankheit vorsieht und wie dies organisiert wird.*

*...*

*Bewertung:*

*sehr gute Lösung: 31-40 Punkte*  
*gute Lösung: 21-30 Punkte*  
*ausreichende Lösung: 11-20 Punkte*  
*schlechte Lösung: 0-10 Punkte*

### **3.**

Die Antragstellerin wurde im Teilnahmewettbewerb zum Verhandlungsverfahren zugelassen. Sie reichte ein fristgerechtes Angebot ein.

Eine Verhandlung fand nicht statt.

### **4.**

Mit Vorabinformationsschreiben vom 20.9.2018 teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, ihr Angebot nicht zu berücksichtigen und stattdessen den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Zur Begründung führte sie aus:

*Der für den Zuschlag vorgesehene Bieter konnte bei der Angebotswertung in den folgenden Wertungskriterien ein besseres Ergebnis erzielen als ihr Unternehmen:*

- Reaktionszeitenkonzept
- Personaleinsatzkonzept

**5.**

Mit E-Mail vom 21.9.2018 rügte die Antragstellerin, dass aus der Vorabmitteilung nicht hervorginge, welcher Bewertungsmaßstab angelegt wurde und wie der erfolgreiche Bieter sich von ihrer Bewerbung unterscheidet.

**6.**

Mit Schreiben vom 25.9.2018 teilte die Vergabestelle mit, dass sie der Rüge nicht abhilft. Sie sehe sich vergaberechtlich gehindert, die Bewertungsmatrix unter konkreter Darstellung der Bewertungspunkte mitzuteilen.

**7.**

Mit Schreiben vom 25.9.2018 rügte die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin erneut die Vorabinformation und einen Verstoß gegen § 62 Abs. 2 VgV. Die Angebotsbewertung sei nicht transparent und diskriminierend durchgeführt worden. Weiterhin rügte diese die Wertung des Angebots der Beigeladenen. Diese erfülle nicht die personellen Mindestanforderungen an die Eignung. Es sei nicht ersichtlich, wie die beiden Konzepte der Beigeladenen angesichts deren begrenzter personellen Kapazitäten (vgl. Internetauftritt) besser bewertet werden konnten als die Konzepte der Antragstellerin.

**8.**

Mit Schreiben vom 28.9.2018 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag und beantragte:

- I.a. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Bieterrechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist.
- I.b. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf der Grundlage des bisherigen Vergabeverfahrens zu erteilen.
- I.c. Die Antragsgegnerin wird für den Fall der fortgesetzten Vergabeabsicht verpflichtet, die Prüfung der Teilnahmeanträge und die Wertung der (noch im Wettbewerb verbliebenen) Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
- II. Der Antragstellerin wird Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 165 Abs. 1 GWB gewährt.
- III. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird gem. § 182 Abs. 4 GWB i. V. m. Art. 80 Abs. 3 Satz 2 BayVwVfG für notwendig erklärt.

IV. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen außergerichtlichen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin.

Der Antrag sei zulässig und begründet.

Die Antragstellerin sei in ihren Bieterrechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

Die Information der Antragstellerin und die Wertung des Angebots der Beigeladenen sei vergaberechtsfehlerhaft erfolgt.

Die Vergabestelle müsse die maßgeblichen Gründe für eine bessere Bewertung der Konzepte der Beigeladenen angeben. Die Bieterinformation genüge nicht den Anforderungen gemäß § 134 Abs. 1 GWB. Die Vergabestelle müsse die Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots darlegen.

Die Vorabinformation sei nicht ausreichend erfolgt und § 62 Abs. 2 VgV sei verletzt.

Die Vergabestelle müsse der Antragstellerin die Bewertungsmatrix übersenden mit klarer Benennung der Bewertungspunkte und Darstellung der Unterschiede zwischen dem Angebot des Beigeladenen und der Antragstellerin.

Die Wertung verletze die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung.

Die Beigeladene sei bereits auffällig oft für die Vergabestelle tätig gewesen. Die Vergabestelle halte Informationen zurück. Die Beigeladene verfüge lediglich über einen Ingenieur (Inhaber) und einen Bautechniker. Sie erfülle daher nicht die Mindestanforderungen aus der Auftragsbekanntmachung (3 beschäftigte Mitarbeiter). Weder das Personaleinsatzkonzept noch das Reaktionszeitenkonzept der Beigeladenen könnten mit dieser Personalausstattung besser sein als die Konzepte der Antragstellerin. Die Beigeladene könne ad hoc-Besprechungen, Notfallmaßnahmen und Urlaubsvertretungen ohne eine ausreichende Personaldecke nicht durchführen.

Die Wertung sei zu wiederholen.

## **9.**

Mit Schreiben vom 28.9.2018 wies die Vergabestelle die Rügen der Antragstellerin zurück.

## **10.**

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 28.9.2018 an die VSt übermittelt und um Übersendung der Akten gebeten.

**11.**

Mit Schriftsatz vom 5.10.2018 beantragte die Vergabestelle:

1. den Nachprüfungsantrag auf Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB zurückzuweisen;
2. den Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zurückzuweisen;
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen;
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung des Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Der Antrag sei unbegründet.

Das Vorabinformationsschreiben erfülle alle gesetzlichen Anforderungen. Die Antragstellerin sei ausreichend über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung informiert worden. Ihr sei mitgeteilt worden, dass sie ein schlechteres Ergebnis bei den Kriterien Reaktionszeitenkonzept und Personaleinsatzkonzept erzielt hat. Die Vergabestelle dürfe weder Inhalte des erfolgreichen Angebotes preisgeben noch die konkrete Punktzahl der anderen Bieter.

Ein Verstoß gegen § 62 Absatz 2 sei nicht gegeben. Die Vergabestelle sei nicht zur Angabe von Begründungen verpflichtet. Es genüge die Angabe, in welchen Kriterien der Bieter unterlegen ist. Rückschlüsse auf vertrauliche Angebotsinhalte der Beigeladenen seien nicht zu ermöglichen.

Die Angebotswertung sei vergaberechtskonform erfolgt.

Die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung seien eingehalten. Es sei kein Prüfungsmaßstab, dass die Beigeladene bereits für die Vergabestelle tätig war in der Vergangenheit. Prüfungsmaßstab sei auch nicht, ob die Antragstellerin der Meinung sei, dass ihr Angebot besser bewertet hätte werden müssen als das der Beigeladenen. Vielmehr handele sich bei der vorliegenden qualitativen Bewertung um eine Ermessensausübung der Vergabestelle, alle Angebote seien ermessensfehlerfrei bewertet worden. Dies sei der Vergabedokumentation zu entnehmen, eine weitergehende Prüfung dieser Wertung sei ausgeschlossen. Die Vergabestelle habe einen weiten Beurteilungsspielraum. Die Vergabekammer könne die Wertung der Vergabestelle lediglich auf eine Verletzung des Beurteilungsspielraums hin überprüfen. Ein solcher Beurteilungsfehler liege nicht vor.

Die Eignung der Beigeladenen sei im Teilnahmewettbewerb ordnungsgemäß geprüft worden.

**12.**

Mit Schreiben vom 10.10.2018 hat die Vergabekammer die ..... zum Verfahren beigeladen.

**13.**

Soweit kein Geheimschutz gegeben war, wurden der Antragstellerin am 10.10.2018 Auszüge aus der Vergabeakte übermittelt.

**14.**

Mit Schriftsatz vom 22.10.2018 teilte die Antragstellerin mit, dass die Wertung der Konzepte der Antragstellerin fehlerhaft erfolgt sei. Es sei davon auszugehen dass auch die Wertung des Angebots der Beigeladenen fehlerhaft erfolgt sei. Die Vergabestelle nehme nicht dazu Stellung, dass die Beigeladene die Mindestanforderungen an die berufliche Leistungsfähigkeit nicht erfüllt hat.

Die Vergabestelle habe § 134 GWB verletzt. Sie habe nicht mitgeteilt, in welchem Verhältnis die Wertung zum Angebot der Beigeladenen steht. Die Vergabestelle habe auch § 62 Absatz 2 GWB verletzt.

Das Vergabeverfahren enthalte Dokumentationsmängel. Die für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen müssten laut BGH (Urteil vom 4.4.2017,-X ZB 3/17-) in allen Schritten so eingehend dokumentiert sein, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind.

Die Dokumentation müsse dahingehend überprüfbar sein, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden. Dies sei vorliegend nicht gegeben. Aus der Dokumentation sei nicht ersichtlich, welche konkreten qualitativen Eigenschaften des Konzeptes der Antragstellerin mit welchem Gewicht in die Bepunktung eingegangen sind.

Aus der Dokumentation werde die angewendete Bewertungsmethode nicht ersichtlich. Es sei nicht nachvollziehbar, wie der jeweilige Punktwert zustande kommt.

Die Plausibilität der vergebenen Punktwerte sei nicht prüfbar.

Ein versehentlicher Fehler bei der Eintragung der Punktezahl wäre nicht erkennbar.

Der BGH stellte hohe Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit der Bewertungsmethode. Diese sei nicht erfüllt.

Die textlichen Erläuterungen der Konzeptbewertung seien nicht prüfbar. Es fehle ein nachvollziehbarer Zusammenhang zu den vergebenen Punktzahlen. Es handle sich meist um neutrale Festhaltungen. Es sei nicht feststellbar, welche Aspekte positiv oder negativ bewertet worden sind. Dies gelte sowohl hinsichtlich der Fahrzeit als auch hinsichtlich der Anzahl von Projektmitarbeitern. Es sei nicht ersichtlich ob die Vergabestelle bei allen Bietern denselben Erwartungshorizont angelegt hat. Auch die Gewichtung der einzelnen Aspekte sei nicht nachvollziehbar.

Die Vergabestelle stellt fest, dass im Konzept der Antragstellerin „keine Aussage über die Urlaubsplanung der nicht verantwortlichen Mitarbeiter“ enthalten ist.

Es sei nicht ersichtlich welche Ausführungen die Vergabestelle hierzu im Konzept erwartet hat. Auch die Höhe der Abzüge für diese Feststellung sei nicht ersichtlich.

Die fehlerhafte Dokumentation könne nicht nachgeschoben werden. Die Angebotswertung müsse wiederholt werden.

Die Vergabestelle habe bei der Bewertung auf Bewertungsmaßstäbe abgestellt, die sie den Bietern vorab nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht hat.

Dies sei ein Verstoß gemäß § 58 Absatz 3 VgV. Der EuGH habe festgelegt, dass die Vergabestelle hinsichtlich der Zuschlagskriterien keine Unterkriterien anwenden darf, die er dem Bieter nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat (EuGH, Entscheidung vom 14.7.2016, Rs. C-6/15, TNS Dimarso, Rn 23).

Die Vergabestelle habe vorliegend bemängelt, dass das Konzept der Antragstellerin die Fahrzeit zu den Projektbesprechungen am Standort des AG in ..... nicht angegeben hat. Diese Anforderung sei zuvor jedoch nicht gestellt worden. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe sei die kurzfristige Verfügbarkeit beim Auftraggeber vor Ort für ad hoc-Besprechungen, Notfallmaßnahmen o. ä. thematisiert. Mit der Verfügbarkeit vor Ort könne nur die Verfügbarkeit am Ort der Baustelle in ..... gemeint sein. Zu Notfällen könne es nur dort kommen. Auf planbare Termine und Besprechungen am Standort des Auftraggebers in ..... komme es nach den Anforderungen nicht an. Hierin liege ein Wertungsfehler. Dieser Wertungsfehler sei auch bei der Wertung des Konzepts der Beigeladenen erfolgt.

Die Vergabestelle habe weiterhin bemängelt, dass sich die von der Antragstellerin zugesicherte Eintreffzeit vor Ort von 90 Minuten auf die Bürozeiten bezieht. Eine 24-Stunden Planungsbereitschaft sei jedoch nicht vorab bekannt gemacht worden. In den Nachtstunden werde nicht gearbeitet, sodass auch eine Planung nicht notwendig sei.

Die Vergabestelle habe weiterhin bemängelt, dass keine Aussage über Urlaubsplanungen der nicht verantwortlichen Mitarbeiter im Konzept enthalten ist.

Die Vergabestelle habe vorab nicht bekannt gegeben, dass Urlaubsplanungen hinsichtlich Mitarbeitern einzureichen sind, die für das hier gegenständliche Projekt gar nicht vorgesehen sind.

Schließlich habe die Vergabestelle bemängelt, dass keine Aussage über regelmäßige interne Projektbesprechungen getroffen ist im Konzept. Auch diese Erwartung habe die Vergabestelle nicht vorab bekannt gemacht. Die Arbeitsorganisation innerhalb des Projektteams sei im Personaleinsatzkonzept nicht abgefragt worden.

Bemängelt habe die Vergabestelle auch, wie das Konzept der Antragstellerin den zusätzlichen Aspekt eines „längeren Ausfalls eines Projektmitarbeiters und Stellvertreters“ beschreibt. Eine solche Anforderung habe die Vergabestelle jedoch vorab nicht aufgestellt. Es handle sich um eine Übererfüllung der aufgestellten Konzeptanforderung. Eine negative Bewertung dürfe daher nicht erfolgen.

Die Bewertung mache deutlich, dass die Vergabestelle mit zweierlei Maß gemessen und bei der Bewertung unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe angesetzt hat.

Die Vergabestelle habe bei der Sachverhaltsermittlung Fehler begangen.

Sie bemängelt, dass das Konzept der Antragstellerin keine Ausführungen zu unvorhergesehenen Notfallmaßnahmen außerhalb der baubegleitenden Planung beinhalte. Es sei jedoch nicht ersichtlich, welche unvorhergesehenen Notfallmaßnahmen außerhalb der baubegleitenden Planung hier gemeint sind. Solche Notfallmaßnahmen gebe es gerade nicht. Die Ausführungen der Vergabestelle seien daher unzutreffend.

Die Vergabestelle habe weiterhin bemängelt, dass das Konzept der Antragstellerin keine Aussage enthalte, inwieweit die Verfügbarkeit des Projektleiters und des Stellvertreters vor Ort durch ständige Erreichbarkeit über Handy sichergestellt ist. Diese Aussage sei unzutreffend. Eine mobile Erreichbarkeit stelle eine schnelle Verfügbarkeit vor Ort sicher. Die Vergabestelle bemängelt weiterhin, dass die Antragstellerin in ihrem Konzept auf das QM-System verweist, aber den konkreten Bezug zum Projekt vermissen lässt. Die Ausführungen der Vergabestelle seien unzutreffend. Ein QM-System enthalte immer eindeutige Standards. Die Antragstellerin habe darüber hinaus sehr wohl konkret dargelegt, wie sie die Reaktionszeiten in Bezug auf das konkrete Projekt sicherstellen wird.

Die Vergabestelle bemängelt schließlich, dass das Konzept der Antragstellerin keine Aussage über Urlaubsplanung nicht verantwortlicher Mitarbeiter enthält. Gleichzeitig stelle sie aber fest, dass es überzeugend wirkt, dass jedem Mitarbeiter in einer Grafik Stellvertreter zugeordnet sind. Dies stelle einen Widerspruch dar. Auf sonstige Mitarbeiter im Unternehmen komme es nicht an.

Im Übrigen könne das Personalkonzept der Beigeladenen nicht besser sein, da die Beigeladene nur 3 Mitarbeiter hat, während die Antragstellerin 7 Mitarbeiter in ihrem Projektteam hat. Die Vergabestelle habe mit zweierlei Maß gemessen.

Es sei nicht ausgeschlossen, dass eine Neubewertung die Reihenfolge der Platzierung verändert.

Die Wertungsfehler bezüglich des Angebots der Antragstellerin ließen darauf schließen, dass die Vergabestelle ebenso fehlerhaft bei der Wertung des Angebots der Beigeladenen vorgegangen ist. Dies sei durch die Vergabekammer zu prüfen.

Die langjährige Zusammenarbeit zwischen der Vergabestelle und Beigeladenen sei ein erheblicher Anhaltspunkt dafür, dass die Beigeladene bevorzugt wurde.

Die Vergabestelle habe dies nicht entkräftet.

Die Beigeladene erfülle nicht die Mindestanforderungen an die berufliche Leistungsfähigkeit, da sie nur einen Ingenieur und einen Bautechniker beschäftigt. Der Büroinhaber sei nicht „beschäftigt“. Auch dies habe die Vergabestelle nicht entkräftet.

Die Antragstellerin beantragt in ihrem Schreiben ergänzende Akteneinsicht.

Die Akteneinsicht sei das Ergebnis einer Abwägung mit den entgegenstehenden Offenlegungsinteressen und Geheimhaltungsinteressen. Die Antragstellerin müsse vorliegend Einsicht erhalten in die Eignungsprüfung und Angebotswertung zum Angebot der Beigeladenen. Es bestehe hier kein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse.

#### **15.**

Am 29.10.2018 hat der Vorsitzende die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB gemäß § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB aufgrund besonderer tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten bis einschließlich 7.12.2018 verlängert.

#### **16.**

Mit Schreiben vom 5.11.2018 teilte die Vergabestelle mit, dass die Eignungsprüfung und die Angebotswertung vergaberechtsfehlerfrei durchgeführt worden sind.

Maßstab der qualitativen Angebotswertung seien die festgelegten Zuschlagskriterien im Rahmen der Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Es sei nicht zutreffend, dass die Vergabestelle bei der Bewertung auf Maßstäbe abgestellt habe, die vorab nicht mitgeteilt worden sind.

Die Vergabestelle habe jedoch nicht vorab mitzuteilen, welche Aspekte eines Konzepts sie wie bewerten wird. Die Konzepte dienen gerade dazu, unterschiedliche Lösungen

und Herangehensweisen der Bieter zu vergleichen und zu bewerten. Die Vergabestelle müsse weder direkt noch mittelbar Lösungskomponenten vorgeben.

Der Vergabestelle stehe bei der Bewertung der Angebote ein weites Ermessen zu. Überprüfbar seien nur Ermessensfehler. Auf die eigenen Ermessenserwägungen der Antragstellerin käme es nicht an.

Die Antragstellerin versuche in ihrem Schriftsatz, ihr Konzept im Nachhinein zu ergänzen. Dies sei nicht möglich.

Der Prüfungsumfang der Vergabekammer sei vorliegend eingeschränkt. Es erfolge lediglich die Prüfung der Angebotswertung auf Beurteilungsfehler. Der Begründung zur Angebotswertung sei zu entnehmen, dass eine willkürliche Bewertung der Angebote vorliegend nicht stattgefunden hat.

Die Prüfung der Eignung der Beigeladenen und die Wertung des Angebots der Beigeladenen sei vergaberechtsfehlerfrei erfolgt. Auf die Häufigkeit der Zusammenarbeit zwischen der Vergabestelle und der Beigeladenen komme es nicht an. Maßgeblich sei das konkrete Verfahren. Die Beigeladene habe alle Mindestanforderungen erfüllt. Dies ergebe sich alles aus der Vergabedokumentation.

**17.**

Mit Schreiben vom 15.11.2018 und 16.11.2018 teilten die Antragstellerin, die Vergabestelle und die Beigeladene mit, dass sie mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden sind. Die Antragstellerin beantragte zudem weitere Akteneinsicht.

**18.**

Die Vergabekammer hat am 26.11.2018 ohne mündliche Verhandlung entschieden.

**Begründung:**

**1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.

- c) Bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag Fachplanungsleistungen für den Neubau ..... in .....; in 4 Losen; hier Los 3 Tragwerksplanung HOAI- Leistungsphasen 1-6; handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB.
- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat geltend gemacht, dass ihr durch die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene ein Schaden zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.
- f) Der Verfahrensbevollmächtigte der ASt hat mit Schreiben vom 21.9.2018 und 25.9.2018 rechtzeitig nach Erhalt des Informationsschreibens gemäß § 134 GWB vom 20.9.2018 den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen gerügt.
- g) Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 28.9.2018 war auch die 15-Tages-Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom 25.9.2018 zur Verfügung steht.
- h) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

## 2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe ist im Hinblick auf das Zuschlagskriterium Reaktionszeitenkonzept nicht vergaberechtskonform. Die eingereichten Angebote sind auf Basis der Vorgaben nicht vergleichbar. Eine Bewertung i.S.d. § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB ist nicht möglich. Das Verfahren ist in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen.

**a)**

Die Eignungsprüfung der Beigeladenen hinsichtlich der personellen Kapazitäten des Bewerbers in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren ist nicht zu beanstanden.

Die Vergabestelle fordert in der Bekanntmachung unter III.1.3):

*Möglicherweise geforderte Mindeststandards:*

*.. in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren müssen im Durchschnitt mindestens 3 Architekten/ Ingenieure /Techniker / Meister beschäftigt gewesen sein.*

Aus der Dokumentation ist ersichtlich, dass die Vergabestelle das Angebot der Beigeladenen diesbezüglich überprüft hat. Die Voraussetzung ist als erfüllt dokumentiert.

Aus dem Angebot der Beigeladenen ist nichts Gegenteiliges ersichtlich. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist das Wort „beschäftigt“ nicht auf arbeitsrechtliche Anstellungsverhältnisse beschränkt. Nach dem objektiven Empfängerhorizont eines verständigen Bieters kann es insoweit nur darauf ankommen, wie viele Architekten/Ingenieure/Techniker/Meister in den letzten 3 Geschäftsjahren bei der Beigeladenen tätig waren. Sinn und Zweck der Anforderung sind darauf ausgerichtet, dass ausreichend Fachpersonal für den Auftrag zur Verfügung steht. Es kommt nicht darauf an, ob es sich um den Inhaber handelt oder um einen arbeitsvertraglich Beschäftigten.

**b)**

Die Vorgaben zum Reaktionszeitenkonzept sind nicht bestimmt genug.

**aa)** Gemäß § 127 Abs. 4 GWB müssen Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

Die Vergabestelle gibt in der Aufforderung zur Angebotsabgabe in Ziffer 8.2 folgende Vorgaben bekannt:

*8.2 Reaktionszeitenkonzept*

*Das Kriterium wird mit maximal 40 Punkten bewertet.*

*Der Bieter muss mit seinem Angebot ein Reaktionszeitenkonzept einreichen. Dieses Konzept darf einen Umfang von 2 DIN A4 Seiten nicht überschreiten.*

*Mit dem Reaktionszeitenkonzept hat der Bieter für das konkrete Vorhaben darzulegen, wie er die kurzfristige Verfügbarkeit beim Auftraggeber vor Ort für ad hoc-Besprechungen, Notfallmaßnahmen und ähnliches sicherstellt.*

*Folgende Aspekte müssen in diesem Reaktionszeitenkonzept zwingend Berücksichtigung finden:*

- *konkrete Angaben von Reaktionszeiten*
- *Darlegung der Einhaltung dieser Reaktionszeiten*

...

*Bewertung:*

*sehr gute Lösung: 31-40 Punkte*

*gute Lösung: 21-30 Punkte*

*ausreichende Lösung: 11-20 Punkte*

*schlechte Lösung: 0-10 Punkte*

Der Auftraggeber muss die Zuschlagskriterien mit Regelungen verknüpfen, die eine wirksame Überprüfung ermöglichen, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Die Zuschlagskriterien müssen mit „Spezifikationen einhergehen, [...], damit überprüft werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen“ (vgl. Art. 67 Abs. 4 Satz 2 der RL 2014/24/EU).

Soweit erforderlich, ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Zuschlagskriterien inhaltlich auszufüllen und durch sog. Unterkriterien zu konkretisieren. Der Auftraggeber muss die Bieter angemessen über die Kriterien und Modalitäten informieren, anhand derer er die Angebotsbewertung vollziehen wird. Die Bieter müssen erkennen, worauf es dem Auftraggeber ankommt (Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 127 GWB, Rn 62 ff).

Diese Maßgaben sind vorliegend nicht erfüllt.

Die Vorgaben der Vergabestelle zum Reaktionszeitenkonzept lassen nicht eindeutig erkennen, worauf es der Vergabestelle ankommt. Es ist nicht ersichtlich, welche Umstände „die kurzfristige Verfügbarkeit beim Auftraggeber vor Ort für ad hoc-Besprechungen, Notfallmaßnahmen und ähnliches“ erfordern, denn ausgeschrieben ist die Tragwerksplanung HOAI - Leistungsphasen 1-6. Es muss in den Vergabeunterlagen nachvollziehbar dokumentiert und auch für die Bieter erkennbar sein, unter welchen Umständen an welchem Ort (.... oder .....) in der Leistungsphase 1 bis 6 eine sofortige Verfügbarkeit erforderlich ist. Die Bieter konnten in Ermangelung der nicht eindeutigen Vorgabe der Vergabestelle hier keine geeigneten Konzepte erstellen, die vergleichbar sind. Die Angabe „beim Auftraggeber vor Ort“ ist mit der Angabe „für ad hoc-Besprechungen, Notfallmaßnahmen und ähnliches“ insoweit nicht eindeutig, da in der Auftragsbekanntmachung als Erfüllungsort ..... angegeben wurde.

Ausgeschrieben ist die Tragwerksplanung HOAI -Leistungsphasen 1-6. Es ist nicht ersichtlich, und wird von der Vergabestelle auch nicht vorgetragen, inwiefern in diesen Leistungsphasen bei der ausgeschriebenen Tragwerksplanung Notfallmaßnahmen am Leistungsort

oder gar am Sitz der Vergabestelle erforderlich werden. Gleiches gilt für ad hoc Besprechungen oder ähnliches.

Der Bewertung der Bieterkonzepte ist indirekt zu entnehmen, dass eine kurze Anfahrtszeit zum Ort der Vergabestelle sehr positiv bewertet worden ist. Der Vergabekammer erschließt sich jedoch nicht, wie die Bieter aus den Vorgaben zum Zuschlagskriterium Reaktionszeitenkonzept erkennen konnten, worauf es der Vergabestelle bei den Reaktionszeiten tatsächlich ankam. Die Vergabestelle hat auch hierzu nichts vorgetragen.

Eine transparente und willkürfreie Wertung konnte auf dieser Grundlage nicht erfolgen.

Eine wirksame Überprüfung der Angebote setzt im Einzelfall voraus, dass der öffentliche Auftraggeber den Zuschlagskriterien ein Wertungssystem zugrunde legt, welches einen wirksamen sowie fairen Wettbewerb gewährleistet und eine willkürliche Angebotswertung ausschließt. Mit Blick auf das Wettbewerbs-Transparenzprinzip besteht diese Verpflichtung unabhängig davon, ob die den Zuschlagskriterien zugrunde liegenden Wertungssysteme den Bietern in ihrer Gänze im Vorfeld der Angebotserstellung bekannt gemacht werden müssen oder nicht. Während die Frage nach der Bekanntmachungspflicht des Wertungssystems die ex-ante-Transparenz betrifft, geht es bei der verpflichtenden Erstellung eines die Zuschlagskriterien flankierenden Wertungssystems um die Gewähr eines fairen Wettbewerbs und die ex-post-Transparenz im Sinne der Nachvollziehbarkeit der Wertungsentscheidung (Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 127 GWB, Rn 65 ff).

Die Wertungsentscheidung ist vorliegend nicht nachvollziehbar.

Zwar ist die Vergabestelle nicht verpflichtet, ihre Erwartungen an die Konzepte im Einzelnen vorab darzustellen (BGH, 4.4.2017 – X ZB 3/17). Sie muss jedoch Zuschlagskriterien bekannt geben, welche im Nachhinein die Wertungsentscheidung überprüfbar machen. Da eine solche Klarheit des Zuschlagskriteriums Reaktionszeitenkonzept vorliegend nicht gegeben ist, ist auch die Wertung nicht mehr nachvollziehbar. Die Dokumentation zu Wertung des Reaktionszeitenkonzepts lässt eine einheitliche Wertung insgesamt nicht erkennen.

In einigen Aspekten stellt die Dokumentation zudem nicht klar, ob es sich um eine positive oder um eine negative Bewertung handelt. Auch der Vergleich der Bewertungen zwischen den einzelnen Bietern ist unklar. Der Antragstellerin wurden zum Beispiel auch Aspekte negativ angerechnet, zu denen die anderen Bieter sich gar nicht geäußert haben. Auch kommt hier – entsprechend dem unklaren Zuschlagskriterium - nicht klar hervor, inwiefern die Vergabestelle zwischen der baubegleitenden Planung und der sonstigen Planung unterscheidet.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe ist zu wiederholen. Die Zuschlagskriterien sind entsprechend § 127 Abs. 4 GWB zu fassen. Eine bloße Neubewertung ist mangels ausreichender Klarheit des Zuschlagskriteriums Reaktionszeitenkonzept nicht zielführend. Sollte die Vergabestelle weiterhin am Reaktionszeitenkonzept als Zuschlagskriterium festhalten wollen,

muss für die Bieter erkennbar sein, was von ihnen erwartet wird. Der Umstand, dass hier die Leistungsphasen 1 bis 6 (Planungsphase) ausgeschrieben werden, muss bei diesen Überlegungen ausreichend berücksichtigt werden. Die Zuschlagskriterien müssen sachgerecht und diskriminierungsfrei sein.

**bb)**

Eine Rüge der Zuschlagskriterien ist vorliegend entbehrlich. Leidet das Vergabeverfahren unter einem schwerwiegenden Mangel, darf die Vergabekammer ausnahmsweise diesen Mangel berücksichtigen (OLG München, 22.1. 2016-Verg 13/15). Die Vergabekammer hat für die Rechtmäßigkeit des Ausschreibungsverfahrens zu sorgen. Sie erforscht den Sachverhalt von Amts wegen, § 163 Abs. 1 GWB.

Bei dem vorliegend vergaberechtswidrigen Zuschlagskriterium Reaktionszeitenkonzept liegt ein schwerwiegender Mangel des Vergabeverfahrens vor. Die eingereichten Angebote sind aufgrund der bekannt gemachten Zuschlagskriterien nicht vergleichbar, bzw. nicht wertbar (vgl. 2.b)aa)). Es kommt somit für die Überprüfung durch die Vergabekammer nicht mehr auf eine Rüge durch die Antragstellerin an.

**c)**

Ob die Bewertung des Personalkonzepts vergaberechtskonform ist, kann vorliegend im Ergebnis offenbleiben. Die Ausschreibung ist bereits aus anderen Gründen zurückzusetzen (vgl. 2.b)).

Für eine fehlende Transparenz in der Bewertung des Personalkonzepts spricht zum Teil die Dokumentation in den Vergabeunterlagen. Auch hierzu hat die Vergabestelle im Verfahren nichts vorgetragen.

Auch hinsichtlich der Wertung des Personalkonzeptes war nicht erforderlich, dass die Vergabestelle ihre konkreten Erwartungen vorab bekannt gibt. Es muss jedoch aus der Dokumentation des Wertungsprozesses nachvollziehbar werden, welche konkreten Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind. Die Benotung des Angebots der Antragstellerin als solche und in Relation zu den übrigen Angeboten muss plausibel und nachvollziehbar sein (BGH 4.4.2017, – X ZB 3/17).

Unklar bleibt, weshalb die Vergabestelle die Urlaubsplanung der nicht verantwortlichen Mitarbeiter scheinbar negativ bewertet, bzw. um welche Mitarbeiter es sich hierbei genau handelt und warum diese konkret wertungsrelevant sind. Auch hinsichtlich der Bewertung von längeren Ausfällen eines Mitarbeiters ist die Begründung für die negative Bewertung nicht in Gänze aus der Dokumentation nachvollziehbar.

Hinsichtlich der Punktwerte fällt auf, dass die Vergabestelle bei den einzelnen Notenstufen einen Spielraum von 10 Punkten lässt. In der dokumentierten Begründung ist auf den Spielraum jedoch nicht eingegangen worden.

Eine abschließende Beurteilung dieser Wertungsentscheidung und der Dokumentation ist vorliegend durch die Vergabekammer nicht mehr durchzuführen.

**d)**

Die weitere beantragte Akteneinsicht in die Konzepte und in die Wertung des Angebots der Beigeladenen kann nicht erfolgen. Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf weitergehende Informationen, wie beispielsweise eine Überlassung der Wertungsmatrix, aus der das Abschneiden aller Bieter in der Wertung ersichtlich ist. Der öffentliche Auftraggeber ist nicht verpflichtet, die Platzierung der Bieter offenzulegen (Braun in Ziekow/Völlink, Kommentar, 2.Auflage, § 101 a, Rn 64 unter Verweis auf die BT-Drucks. 16/10117 vom 13.8.2008, Seite 31). Die Inhalte des Angebots der Beigeladenen sind geheimhaltungsbedürftig.

Die Versagung der Akteneinsicht kann nur im Zusammenhang mit der sofortigen Beschwerde in der Hauptsache angegriffen werden, § 165 Abs. 4 GWB.

**3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a)** Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).
- b)** Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c)** Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der Antragstellerin nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.
- d)** Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keine Sachanträge gestellt und damit kein Kostenrisiko auf sich genommen. Eine Kostenerstattung durch andere Beteiligte kommt daher im Umkehrschluss ebenfalls nicht in Betracht.

- e) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.  
Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die Antragstellerin zurücküberwiesen.  
Die Vergabestelle erhält eine Kostenrechnung in Höhe von x.xxx,- €.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....