

**Titel:**

**zu Beschluss 24-38**

**Normenkette:**

GWB § 160 Abs. 3 Nr. 1

**Leitsätze:**

1. Wird der Entwurf eines Nachprüfungsantrags kurz vor Einreichung des Nachprüfungsantrags an den öffentlichen Auftraggeber als Rüge übermittelt, so genügt dies der Rügeobliegenheit des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Wird sofort nach der Rüge ein Nachprüfungsantrag gestellt, ohne dem Auftraggeber irgendeine Reaktionszeit einzuräumen, so ist dies über eine Kostentragungspflicht des Antragstellers zu lösen, wenn der Auftraggeber sofort einlenkt.
2. Bei Objektplanungsleistungen kann die Bewertung eines mündlichen Vortrags hinsichtlich der Vortragsfähigkeiten des Referenten den gem. § 127 Abs. 3 GWB geforderten Auftragsbezug eines Zuschlagskriteriums haben, wenn die Tätigkeit der referierenden Personen im zu vergebenden Auftrag gerade auch das Präsentieren bzw. Vortragen beinhaltet.
3. Werden die Vortrags- bzw. Präsentationsfähigkeiten von künftigen Auftragnehmern im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet, so muss der öffentliche Auftraggeber sicherstellen, dass die bewerteten Personen dann bei der Leistungserbringung auch die entsprechenden Vortrags- bzw. Präsentationstätigkeiten übernehmen.

**Schlagwort:**

zu Beschluss 24-38

**Tenor**

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, im vorliegenden Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. Der Antragsgegner wird bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht verpflichtet, das streitgegenständliche Vergabeverfahren in den Stand vor Aufforderung zur Abgabe der Erstangebote zurückzusetzen und die Vergabeunterlagen entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung im Nachprüfungsverfahren selbst.
3. Für das Verfahren wird eine Gebühr in Höhe von...,00 EUR festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen. Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Gebühr befreit.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

**Gründe**

I.

1

Mit Auftragsbekanntmachung vom 11.04.2024, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter Nr. ...-2024, schrieb der Antragsgegner einen Dienstleistungsauftrag über die Objektplanung für Gebäude und Innenräume für den Bau einer Ganztageschule und die Erweiterung eines Schulcampus im Wege eines Verhandlungsverfahrens aus. Zuschlagskriterien waren gemäß Ziffer 5.1.10 der Bekanntmachung mehrere Qualitätskriterien mit einer Gewichtung von 90% und die Kosten mit einer Gewichtung von 10%.

2

Ausweislich der Angabe in Ziffer 5.1.11 der Bekanntmachung standen die Auftragsunterlagen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei unter der dort genannten Internetadresse zur Verfügung.

### 3

Die Auftragsunterlagen enthielten unter anderem folgende Hinweise:

„II. Aufforderung zur Abgabe eines Angebots/Konzepts, Verhandlungsverfahren/Präsentation ... 2. Die Bieter haben neben dem Honorarangebot ein Konzept Darstellung einzureichen, welches inhaltlich auf die Zuschlagskriterien eingehen soll (siehe Wertung Zuschlagskriterien; 1 – 4). Die einzureichenden Konzeptunterlagen werden von einem vom Auftraggeber bestimmten Gremium (Bekanntgabe mit Einladungsschreiben/Angebotsaufforderung) vorab bewertet. Im Nachgang wird den Bietern noch einmal die Gelegenheit gegeben, einzelne Schwerpunkte des Konzepts vor dem Gremium beim AG zu präsentieren. Die Präsentation muss dabei das Konzept nicht voll inhaltlich wiedergeben. Die Auswahl der Schwerpunkte bleibt dem Bieter überlassen und ist Bestandteil der Wertung (siehe Wertung Zuschlagskriterien). Bitte beachten Sie das Gewichtungungsverhältnis von Konzept – Honorarangebot- und Präsentationstermin (gem. Wertung Zuschlagskriterien).

### 4

Den Vergabeunterlagen lag auch ein Bewertungsbogen Konzept/Präsentation bei, in welchem die einzelnen qualitativen Wertungskriterien sowie die Umrechnungsmethode des Honorarangebots in Bewertungspunkte dargestellt war. Zum Kriterium 5. „Präsentation“ war aufgeführt: Im Rahmen der Präsentation der Konzeptschwerpunkte werden ferner folgende Aspekte gewertet:

- a.) Schwerpunktsetzung der Präsentationspunkte
- b.) Zeitmanagement des Bieters im Rahmen der Präsentation
- c.) Antworten auf fachliche Nachfragen des Gremiums.

### 5

Die Vergabeunterlagen enthielten zudem einen Vertragsentwurf für den abzuschließenden Architektenvertrag, der auszugsweise folgende Punkte beinhaltete:

#### 3.1.3 Besprechungen

### 6

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, auf Einladung des Auftraggebers an projektbezogenen Besprechungen teilzunehmen und an Verhandlungen mit Behörden mitzuwirken. Diese Termine sind rechtzeitig abzustimmen. Die Besprechungen sind durch rechtzeitige Übersendung von Unterlagen zu unterstützen. [...]

### 7

8.3. Das Personaleinsatzkonzept des Auftragnehmers gemäß Anlage 6 zu diesem Vertrag ist sowohl hinsichtlich der angegebenen Personen, als auch der angegebenen Kapazitäten verbindlich. Sollte eine der darin genannten Personen in dem für diese angegebenen Bearbeitungszeitraum dauerhaft nicht mehr zur Verfügung stehen, ist der Bauherr hierüber unverzüglich zu informieren. Ferner ist gleichzeitig eine Ersatzperson zu benennen, welche mindestens über eine vergleichbare Qualifikation und Berufserfahrung verfügt.

### 8

Die unter Ziffer 8.3. erwähnte Anlage 6 lag den Vergabeunterlagen nicht bei.

### 9

Gemäß Ziffer 5.1.12 der Bekanntmachung wurde die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge auf den 15.05.2024 festgesetzt. Sowohl Antragstellerin als auch Beigeladene reichten innerhalb der festgesetzten Frist einen Teilnahmeantrag ein. Mit Schreiben vom 28.05.2024 lud der Antragsgegner die erfolgreichen Teilnehmer zum Verhandlungsgespräch am 23.07.2024 ein. Zudem benannte der Antragsgegner in diesem Mitteilungsschreiben die Mitglieder des Wertungsgremiums namentlich und in ihrer Funktion und bat die Teilnehmer unter anderem folgende Informationen, Angaben und Kriterien zu beachten:

„[...]“

1. Die Angaben aus der Veröffentlichung sowie die Unterlagen, welche mit dem Bewerbungsbogen einschließlich der „Wertung Zuschlagskriterien“ zur Verfügung gestellt wurden, sind Grundlage für die Erstellung Ihres Konzepts.

Das zu bewertende Konzept (aufgestellt gem. Wertung Zuschlagskriterien) sowie das Honorarangebot einschließlich Angebotserklärung sind bis 04.07.2024, 11:00 Uhr, über die Plattform einzureichen ...

3. Ablauf der Präsentation mit anschließendem Verhandlungsgespräch:

- Kurzvorstellung des Büros (Projektleiter/stellv. Projektleiter) (5 Min)
- Möglichkeit der für Sie besonders relevanten Punkte (Schwerpunktsetzung) aus den Konzeptunterlagen genauer zu erläutern, bzw. weitere Ideen/Anregungen vorzutragen (20 Min)
- Fragen durch AG / Antworten durch Bewerber (10 Min)
- Verhandlung des Honorarangebotes (15 Min) [...]"

**10**

Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene reichten fristgerecht Angebote ein und nahmen am Verhandlungsgespräch teil. Im Anschluss an das Verhandlungsgespräch reichten die Antragstellerin und die Beigeladene fristgerecht bis zum 25.07.2024 ihr finales Angebot ein.

**11**

Mit Informationsschreiben gemäß § 134 GWB vom 02.08.2024 setzte der Antragsgegner die Antragstellerin davon in Kenntnis, dass auf ihr Angebot nicht der Zuschlag erteilt werden könne, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Die Antragstellerin habe nach der Auswertung Rang 5 erreicht. Zudem teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag frühestens am 13.08.2024 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

**12**

Mit Schreiben vom 02.08.2024 beanstandete die Antragstellerin die Vergabeentscheidung des Antragsgegners als vergaberechtswidrig. Die Bewertung sei derart neben der Realität liegend, dass die Antragstellerin überlege hiergegen bei der Vergabekammer Einspruch einzulegen.

**13**

Mit Schreiben vom 06.08.2024 antwortete der Antragsgegner der Antragstellerin, dass ihren Rügen nicht abgeholfen werde. Das Gremium habe das eingereichte Konzept (Wertungskriterien 1 bis 4) aller Bieter bereits vor dem Präsentationstermin einer isolierten Bewertung unterzogen. Entsprechend der Vergabeunterlagen habe diese Bewertung nach der Präsentation auch nicht mehr geändert werden können. Lediglich das Wertungskriterium 5 „Präsentation“ sei in der Präsentation bewertet worden. Leider verbiete die gewählte Bewertungsmethode eine Korrektur der Konzeptwertung aufgrund der Ausführungen im Vortrag, sodass es bei der ursprünglichen Bewertung des Konzepts auch nach einer überzeugenden Präsentation bleiben müsse.

**14**

Mit Schreiben vom 08.08.2024 beanstandete die Antragstellerin die Vergabeentscheidung des Antragsgegners erneut als vergaberechtswidrig. Der Erklärungsversuch des Antragsgegners, alle Kriterien betreffend, gehe komplett an der Realität vorbei, vor allem die Ziffer 4 betreffend.

**15**

Mit Schreiben vom 12.08.2024 – 17:56 Uhr teilte die Antragstellerin dem Antragsgegner mit, dass sie beabsichtige einen Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer Südbayern einzureichen. Zudem enthielt das Schreiben die Begründung des geplanten Nachprüfungsantrags der Antragstellerin.

**16**

Nachdem den Rügen der Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, stellte die Antragstellerin mit Schreiben vom 12.08.2024 – 19:14 Uhr einen Nachprüfungsantrag gem. § 160 Abs. 1 GWB.

**17**

Die Antragstellerin trägt vor, dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei. Insbesondere fehle es den Rügen der Antragstellerin nicht an Substanziertheit. Spätestens mit Schreiben der Antragstellerin vom 12.08.2024 habe diese eine hinreichend begründete Rüge bezüglich der mangelnden Nachvollziehbarkeit der Bewertung der nicht-preislichen Zuschlagskriterien erhoben. Unstreitig sei der Nachprüfungsantrag erst im Nachgang zu den erhobenen Rügen eingereicht worden. In der

Rechtsprechung sei allgemein anerkannt, dass es grundsätzlich keine gesetzliche Wartefrist zwischen Rüge und der Einreichung des Nachprüfungsantrags gebe.

## **18**

Der Nachprüfungsantrag sei zudem auch begründet. Die Antragstellerin erfülle alle Kriterien vollständig, die Punktabzüge seien nicht nachvollziehbar. Die erste Bewertung des Antragsgegners sei nicht im Ansatz hinreichend, widerspruchsfrei und nachvollziehbar begründet worden. Es sei fraglich ob der Antragsgegner diese Mängel in der Angebots- und Konzeptbewertung durch die neue Bewertung noch während des laufenden Nachprüfungsverfahrens heilen könne. Hinzu komme, dass sich der Antragsgegner durch die Neubewertung der Konzepte über seine eigenen Bewertungsmaßstäbe eklatant hinweggesetzt habe. Der Antragsgegner sei an seine eigenen Vorgaben gebunden, und hätte die Konzepte vorab bewerten müssen und erst im Nachgang hierzu die Präsentation. Jedenfalls liege auch kein ordnungsgemäßer Gremienbeschluss für die nachgeholte Wertung vor.

## **19**

Weiter seien die Zuschlagskriterien in Ziffer 5 teilweise vergaberechtswidrig. Die Bewertung dürfe sich nur auf den (sachlichen) Inhalt der Präsentation und nicht auf die (formelle) Art und Weise der Darstellung beziehen. Andernfalls sei der notwendige Leistungsbezug des Zuschlagskriteriums nicht mehr gegeben. In den Unterkriterien in Ziffer 5 a) und b) werde ausschließlich das „Wie“ der mündlichen Präsentation bewertet. Vor diesem Hintergrund seien diese Unterkriterien vergaberechtswidrig. Auch bei weiteren Zuschlagskriterien würden Bedenken bestehen. Beim Kriterium 1 „Angaben zur Arbeitsweise“, soll diese „anhand eines oder mehrerer Referenzprojekte“ dargestellt werden, was auf eine Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien hindeute. Bei den Kriterien 1 b) und 2 c) würde es zu inhaltlichen Überschneidung kommen und auch die Umrechnung der Honorare in Wertungspunkte anhand einer Mittelwertmethode sei vergaberechtlich bedenklich.

## **20**

Schließlich sei die Bewertung von einem durchgehend laienbesetzten Gremium vorgenommen worden. Die Bewertung hätte aber durch ein fachlich befähigtes Gremium erfolgen müssen. Das Bewertungsgremium habe erkennbar keine ausreichende Kompetenz im Bereich Architekturplanung oder Schulbau.

## **21**

Die Antragstellerin beantragt

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen.
2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, das VgV-Verfahren in den Stand der Angebotsaufforderung zurückzusetzen und geeignete Maßnahme zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.
3. Der Antragstellerin wird Einsicht in die Vergabeakten nach § 165 GWB gewährt.
4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.
5. Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) und die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten auferlegt.

## **22**

Der Antragsgegner beantragt

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

## **23**

Zur Begründung trägt der Antragsgegner vor, dass der Nachprüfungsantrag in allen beanstandeten Punkten bereits unzulässig sei, da die Antragstellerin vor Antragstellung keinen dieser Punkte wirksam gerügt habe. Die Schreiben der Antragstellerin vom 02.08.2024 und vom 08.08.2024 seien mangels Substantiiertheit

rechtlich nicht als ordnungsgemäße Rüge gemäß § 160 Abs. 3 GWB einzuordnen. Das Schreiben der Antragstellerin vom 12.08.2024, dem die Begründung des Nachprüfungsantrags wortgleich angehängt gewesen sei, erfülle den Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit nicht. Der vorab übersandte Nachprüfungsantrag habe zwar eine ausführliche Begründung enthalten, sei aber lediglich 78 Minuten vor Antragstellung und nach Geschäftsschluss des Antragsgegners eingegangen.

#### **24**

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Das Konzept der Antragstellerin habe in Punkt 4 derart starke Defizite aufgewiesen, dass dieses nicht besser bewertet werden können. Die Antragstellerin scheine insoweit verkannt zu haben, dass das Konzept zwingend einer isolierten Bewertung ohne Hinzuziehung der Inhalte aus der Präsentation zu unterziehen gewesen sei und somit inhaltlich auch vollständig auf die unter Ziff. 1 bis 4 des Wertungsbogens aufgeworfenen Fragen hätte eingehen müssen, um eine bessere Wertung zu erhalten. Der Antragsgegner habe sich dazu entschlossen, die Wertung der Konzepte zu wiederholen. Durch die Neubewertung sei nicht lediglich die ursprüngliche Wertung nachdokumentiert worden, sondern die Konzepte erneut einzeln gesichtet und einer echten Neubewertung unterzogen worden. Es treffe auch nicht zu, dass die Bewertung der Konzepte unter dem Eindruck der bereits erfolgten Präsentationen anders ausgefallen sei, als ohne vorherige Präsentation. Auch wenn die Antragstellerin den Gremienmitgliedern ohnehin von vornherein jegliche Kompetenz zur Bewertung ihres Konzepts absprechen möchte, seien diese durchaus zur Differenzierung und objektiven Entscheidungsfindung in der Lage. Hätten die Gremienmitglieder Informationen aus der Präsentation in die erneute Konzeptbewertung mit einfließen lassen, hätte gerade die Bewertung des Konzepts der Antragstellerin wesentlich besser ausfallen müssen. Die Antragstellerin liege völlig neben der Sache, wenn sie dem Gremium die erforderliche Qualifikation zur Wertung der Angebote abspreche. Ein erneuter Gemeinderatsbeschluss nach der Wiederholung der Bewertung sei nicht erforderlich gewesen, da die Bewertung keine unmittelbare Außenwirkung entfalte. Überdies sei die erneute Bewertung nach wie vor von dem Gemeinderatsbeschluss vom 18.04.2024 gedeckt, durch welchen das Gremium zur Durchführung der Konzept- und Präsentationswertung bestellt worden sei.

#### **25**

Soweit die Antragstellerin auch die weiteren Zuschlagskriterien als vergaberechtlich beanstande, sei sie mit diesen Einwänden präkludiert.

#### **26**

Mit Beiladungsbeschluss vom 10.09.2024 wurde die Beigeladene beigeladen. Die Beigeladene stellt keine Anträge und äußert sich auch schriftsätzlich nicht zur Sache.

#### **27**

Mit rechtlichem Hinweis vom 18.09.2024 teilte die Vergabekammer dem Antragsgegner mit, dass sie nach eingehender Prüfung zu der vorläufigen Einschätzung gekommen sei, dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei. Die Schreiben der Antragstellerin vom 02.08.2024, 08.08.2024 und 12.08.2024 seien als Rügen zu qualifizieren. Die ersten beiden Schreiben würden zwar noch keine detaillierten Beanstandungen enthalten, teilten jedoch jeweils mit, dass die Bewertung des von der Antragstellerin eingereichten Konzepts angegriffen werde. Spätestens das Schreiben vom 12.08.2024 enthalte eine ausführliche Begründung hinsichtlich der einzelnen Unterkriterien und was genau die Antragstellerin beanstande.

#### **28**

Zudem könne die Vergabekammer aus den eingereichten Unterlagen die Bewertung überhaupt nicht nachvollziehen. Es sei bereits nicht erkennbar, ob und welche Punkte aus dem eingereichten Konzept der Antragstellerin der Antragsgegner überhaupt zur Kenntnis genommen habe und ob damit eine umfassende Auseinandersetzung mit dem eingereichten Konzept überhaupt erfolgt sei. Zudem fehle eine ausreichende Begründung der Bewertung völlig. Die Bewertung der eingereichten Konzepte wäre daher nach der vorläufigen Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen.

#### **29**

Mit rechtlichem Hinweis vom 29.08.2024 teilte die Vergabekammer nach der Übersendung der Unterlagen zur Neubewertung der Konzepte durch den Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Nachprüfungsantrag nun voraussichtlich unbegründet sei. Der Antragsgegner habe mit Schriftsatz vom 28.08.2024 die Dokumentation der erneuten Bewertung aller von den teilnehmenden Bietern eingereichten

Konzepte übersandt. Aus den eingereichten Unterlagen sei insbesondere ersichtlich, dass die Antragstellerin im Kriterium 4 deutlich schlechter als die übrigen Bieter bewertet worden sei. Das Kriterium 4 sei jedoch der Schwerpunkt der Bewertung, was anhand der Vergabeunterlagen unmissverständlich zu erkennen gewesen sei. Die von der Antragstellerin im Rahmen ihres Konzepts eingereichten Unterlagen würden für sich alleine hinsichtlich des Unterkriteriums 4 die Anforderungen an ein selbsterklärendes Konzept nicht erfüllen. Die Vergabekammer habe keine Anhaltspunkte für eine Beanstandung der gegebenen Begründung für die Punktevergabe in diesem Unterkriterium erkennen können. Bei einem derart gravierenden Punkteabstand in diesem entscheidenden Unterkriterium sehe die Vergabekammer nach ihrer vorläufigen Prüfung keine Aussicht auf Erfolg für den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin. Weitere konkrete Anhaltspunkte für Bewertungsfehler des Antragsgegners seien derzeit weder vorgetragen noch offensichtlich.

### **30**

Mit Schreiben vom 09.10.2024 wies die Vergabekammer die Beteiligten auf ihren Beschluss vom 28.10.2021 (Aktenzeichen 3194.Z3-3\_01-21-27) hin.

### **31**

In der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2024 wurde die Sach- und Rechtslage erörtert. Die Verfahrensbeteiligten hatten Gelegenheit zum Vortrag und zur Stellungnahme.

### **32**

Die Vergabekammer erklärte, dass es im Verfahren streitentscheidend auf die Zulässigkeit der Zuschlagskriterien zur Präsentation ankäme. Der Antragsgegner erklärte, dass ein Auftragsbezug für diese Zuschlagskriterien gegeben sei. Die Bewertung der mündlichen Präsentation sei notwendig, weil sich auch das Projektteam im Auftrag einem Dialog stellen müsse, der sich auch entsprechend entwickle. Zudem zeige sich auch das Zusammenspiel des Projektteams. Diese Kriterien seien wichtig für die Auftragsausführung, weil das Projektteam oft in der Situation sei, gerade diese Qualitäten belegen zu müssen. Die Beigeladene führte hierzu aus, dass man in der Praxis seine Planung ständig präsentieren müsse und dies meist in einem sehr engen Zeitrahmen. Präsentationen zu halten, sei eine häufige Aufgabe im Berufsalltag. Die Antragstellerin hielt dem entgegen, dass Präsentationen für viele Berufe zum Alltag gehören würden, sie sehe den konkreten Auftragsbezug als nicht gegeben.

### **33**

Die Vergabekammer wies auf Ziffer 3.1.3 des Vertragsentwurfs hin und fragte nach, wie genau sichergestellt sei, dass die im Rahmen der Präsentation bewertete Person dann auch bei der Auftragsausführung tätig werde. Der Antragsgegner erklärte, dass es sich aus der Sache selber ergebe, dass die Personen, die dann an der Auftragsausführung beteiligt seien, auch die Präsentation halten müssten. Weiter führte der Antragsgegner aus, dass die Präsentation auch ein Kennenlernen der bis dahin für die Gemeinde vollkommen unbekanntem Büros sei und zeigen sollte, dass die Büros grundsätzlich in der Lage seien, eine Präsentation zu halten.

### **34**

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze informiert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, das Protokoll der mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

### **35**

1. Der Nachprüfungsantrag ist weitgehend zulässig.

### **36**

1.1. Die Vergabekammer Südbayern ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

### **37**

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus §§ 155, 156 Abs. 1, 158 Abs. 2 GWB i. V. m. §§ 1 und 2 BayNpV.

### **38**

Gegenstand der Vergabe ist ein Dienstleistungsauftrag i. S. d. § 103 Abs. 4GWB. Der Antragsgegner ist Auftraggeber gemäß §§ 98, 99 Nr. 1 GWB. Der geschätzte Gesamtauftragswert überschreitet den gemäß § 106 GWB maßgeblichen Schwellenwert.

### **39**

1.2. Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es sein Interesse am Auftrag, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB und zumindest einen drohenden Schaden darlegt.

### **40**

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Teilnahmeantrags sowie mehrerer Angebote im Rahmen des Verhandlungsverfahrens nachgewiesen. Es ist nicht erkennbar, dass sie mit diesem Nachprüfungsantrag einen anderen Zweck verfolgt, als den, den strittigen Auftrag zu erhalten. Die Antragstellerin hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB insbesondere durch eine ihrer Ansicht nach vergaberechtswidrige Ausgestaltung der Zuschlagskriterien, die ungeeignete Zusammensetzung des Wertungsgremiums sowie die erneute Durchführung der Angebotswertung geltend gemacht.

### **41**

1.3. Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht weitgehend keine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB entgegen.

### **42**

1.3.1. Die Antragstellerin hat auch vor Einreichung des Nachprüfungsantrags die Bewertung ihres Konzeptes, insbesondere die Ziffer 4. „Auseinandersetzung mit dem konkreten Vorhaben“ innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB rechtzeitig vor Einreichung des Nachprüfungsantrags gegenüber dem Antragsgegner gerügt.

### **43**

Soweit der Antragsgegner in seinem Vergabevermerk unter Ziffer 13.2. festgestellt hat, dass die Schreiben der Antragstellerin vom 02.08.2024, 08.08.2024 und 12.08.2024 nicht als Rügen zu qualifizieren seien, folgt die Vergabekammer dieser Auffassung nicht.

### **44**

Die Schreiben vom 02.08.2024 und vom 08.08.2024 enthalten zwar noch keine detaillierten Beanstandungen, teilen jedoch jeweils mit, dass die Bewertung des von der Antragstellerin eingereichten Konzepts angegriffen wird. In dem Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 02.08.2024 waren keine vertieften Gründe dafür aufgeführt, warum die Antragstellerin die mitgeteilte Punktzahl und damit den letzten Rang erhalten hatte. Die Antragstellerin konnte daher in ihrem Schreiben vom 02.08.2024 auch nur sehr allgemein zum Ausdruck bringen, dass sie mit dieser schlechten Bewertung nicht einverstanden war und um weitere Informationen bitten.

### **45**

Nach Übersendung der Details zur Wertung des Konzepts der Antragstellerin durch den Antragsgegner am 06.08.2024 brachte die Antragstellerin auch mit Schreiben vom 08.08.2024 gegenüber dem Antragsteller unmissverständlich zum Ausdruck, dass sie die Bewertung ihres Konzeptes, insbesondere die Bewertung der Ziffer 4. „Auseinandersetzung mit dem konkreten Vorhaben“ angreife. Eine vertiefte Begründung, warum die Bewertung des Konzeptes falsch sein solle, lies sich dem Schreiben zwar nicht entnehmen, doch lieferte die Antragstellerin mit dem Schreiben vom 12.08.2024 diese Begründungen nach. Dieses Schreiben enthielt den Entwurf des Nachprüfungsantrags und Ausführungen hinsichtlich der konkreten Beanstandungen zu der Bewertung der einzelnen Unterkriterien. Dass der Entwurf eines Nachprüfungsantrags als Rüge vorab beim öffentlichen Auftraggeber eingereicht wird, ist weder ungewöhnlich noch ist es unzulässig, kurzfristig nach Übermittlung der Rüge den Nachprüfungsantrag einzureichen. Das Vergaberecht sieht hinsichtlich der Rügeobliegenheit gerade nicht vor, dass dem öffentlichen Auftraggeber eine angemessene Reaktionszeit auf die Rüge verpflichtend einzuräumen wäre (vgl. OLG Düsseldorf Urt. v. 9.4.2003 – Verg 69/02). Wird sofort nach der Rüge ein Nachprüfungsantrag gestellt, ohne dem Auftraggeber irgendeine Reaktionszeit einzuräumen, so ist dies über eine Kostentragungspflicht des Antragstellers zu lösen, wenn der Auftraggeber sofort einlenkt (vgl. Horn/Hofmann in Burgi/Dreher/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 160 Rn. 80).

### **46**

1.3.2. Nicht präkludiert ist die Antragstellerin ferner mit ihrem Einwand gegen die vergaberechtliche Zulässigkeit und Ausgestaltung des Zuschlagskriteriums Nr. 5 „Präsentation“. Mangels konkreter Anhaltspunkte für eine positive Kenntnis vor der anwaltlichen Beratung kommt es insoweit auf eine Erkennbarkeit i.S.v. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB an. Diese muss sich auf die den Verstoß begründenden Tatsachen sowie auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (OLG München, Beschluss vom 08.07.2019 – Verg 2/19). Aufgrund der Tatsache, dass die vergaberechtliche Zulässigkeit von Bieterpräsentationen als Zuschlagskriterien sowie die hieran zu stellenden vergaberechtlichen Anforderungen hinsichtlich des notwendigen Auftragsbezugs in der vergaberechtlichen Rechtsprechung bislang noch immer unterschiedlich beurteilt wurden, scheidet eine Erkennbarkeit i. S. v. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB aus (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 28.10.2021 – 3194.Z3-3\_01-21-27).

#### 47

1.3.3. Präkludiert ist hingegen nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB die Beanstandung, dass es bei den Kriterien 1b) „Wie gestalten Sie Ihre Zusammenarbeit und Kommunikation mit den anderen Projektbeteiligten und dem Auftraggeber“ und Kriterium 2c) „Wie stellen Sie sich die Organisation und den Ablauf der Jour-Fixe vor?“ zu inhaltlichen Überschneidungen kommen könne. Derartige Aspekte sind für jeden durchschnittlichen Bieter, der sich die Vergabeunterlagen mit der gebotenen Sorgfalt für die Vorbereitung eines individuellen Konzeptes durcharbeitet, um sich mit dem Erwartungshorizont des öffentlichen Auftraggebers vertraut zu machen, erkennbar. Eine etwaige Befürchtung der inhaltlichen Überschneidung, zu der die Antragstellerin zudem im Nachprüfungsverfahren keine konkreten Anhaltspunkte vorgetragen hat, und etwaiger daraus folgender Unklarheiten, wo welche Aspekte aufzuführen sind, wäre daher vor Abgabe des Angebots zu rügen gewesen.

#### 48

1.3.4. Die von der Antragstellerin erstmals mit Schriftsatz vom 11.10.2024 erhobenen Rügen hinsichtlich der Wertungsmethodik des Preises, nämlich dass die Honorarbewertung anhand einer Mittelmethode wegen Fehlens eines objektiven Bezugspunktes unzulässig sei und zudem in der Bewertung erhebliche Punktesprünge angelegt seien, sind nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert, da die Antragstellerin die dazu geltend gemachten Verstöße aus den Vergabeunterlagen hätte erkennen können und spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Abgabe der Angebote hätte rügen müssen.

#### 49

Der Maßstab für die Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstößes i.S.v. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 GWB ist ein objektiver. Es kommt darauf an, was ein fachkundiges Unternehmen des angesprochenen Bieterkreises bei Anwendung der im Vergabeverfahren üblicherweise anzuwendenden Sorgfalt zu erkennen vermochte. Ein Bieter muss, wenn bei der Beschäftigung mit den Ausschreibungsunterlagen Ungereimtheiten oder möglicherweise wettbewerbsverzerrende Effekte ohne weiteres ersichtlich sind, auch laienhaft und für sich selbst eine Beurteilung vornehmen, ob hierin möglicherweise ein Vergaberechtsverstoß liegt. Dabei ist ausreichend, dass der Bieter erkennen kann, dass mit der konkreten Maßnahme des öffentlichen Auftraggebers eine Verschlechterung seiner Zuschlagschance verbunden sein kann, die er für sachlich nicht gerechtfertigt hält (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 01.03.2021 – 7 Verg 1/21).

#### 50

Die Preiswertungsmethode war im Bewertungsbogen Konzept/Präsentation detailliert beschrieben und in den Ausschreibungsunterlagen vollständig transparent gemacht. Für jeden fachkundigen Bieter bestand damit die Möglichkeit, von der Methode Kenntnis zu nehmen und sich ihrer Bedeutung bewusst zu werden. Für einen Bieter, der sich im Rahmen seiner Angebotserstellung mit den möglichen Angebotsstrategien hinsichtlich des Angebotspreises beschäftigt hat, war eindeutig zu erkennen, dass die Bewertung seines Angebotspreises signifikant von den Angebotspreisen abhängt, welche andere Bieter einreichen. Mit einfachen mathematischen Überlegungen konnte ein Bieter zudem aus den Angaben erkennen, dass Cluster gebildet würden, bei denen sich Preisabstände innerhalb eines Clusters nicht auf die zu erreichenden Punkte auswirken und eine Differenzierung innerhalb eines Clusters nicht mehr erfolgt.

#### 51

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

#### 52

Die Ausgestaltung und Wertung des nichtpreislichen Kriteriums Nr. 5 „Präsentation“ hält einer vergaberechtlichen Nachprüfung nicht stand, da es in der konkreten Ausgestaltung am nötigen Auftragsbezug des Zuschlagskriteriums mangelt. Damit ist das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht des Antragsgegners bis in den Stand vor die Aufforderung der Erstangebote zurückzusetzen, so dass es auf die übrigen von der Antragstellerin vorgebrachten Beanstandungen, insbesondere die Frage der korrekten Befassung der kommunalen Gremien und der Wiederholung der Konzeptbewertung durch den Antragsgegner nicht mehr streitentscheidend ankam.

### **53**

2.1. Nach Auffassung der Vergabekammer lässt das nichtpreisliche Zuschlagskriterium „Präsentation“ in der momentanen Ausgestaltung der Vergabeunterlagen, insbesondere des Vertragsentwurfs, den nötigen Auftragsbezug gem. § 127 Abs. 3 GWB vermissen.

### **54**

2.1.1. Wie der Antragsgegner ausführte, sollte mit dem betreffenden Zuschlagskriterium die Qualifikation der maßgeblichen Projektbeteiligten gem. § 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV bewertet werden. Nach dieser Vorschrift können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. In Erwägungsgrund Nr. 94 der RL 2014/24/EU wird hierzu ausgeführt, dass dies beispielsweise bei Aufträgen für geistig-schöpferische Dienstleistungen, wie Beratungstätigkeiten oder Architektenleistungen, der Fall sei.

### **55**

§ 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV ist im Grundsatz zweifellos auf den streitgegenständlichen Auftrag anwendbar. Es erscheint der Vergabekammer schlüssig, dass sich anhand eines beispielhaften Vortrags grundsätzlich die Fähigkeit von Referenten hinsichtlich Schwerpunktsetzung und Zeitmanagement bei einer Präsentation sowie auf Grund des konkreten und am Gesprächspartner orientierten Eingehens auf Rückfragen grundsätzliche Aussagen zur Vorgehensweise des Referenten auch in künftigen Vorträgen und Präsentationen treffen lassen. Auch wenn die Vergabekammer nicht in Zweifel zieht, dass das Abhalten einer Präsentation basierend auf einem strukturierten Vortrag eine geeignete „Teststellung“ für die Bewertung der Qualität des vorgesehenen Personals für einen Objektplanungsauftrag darstellen kann, muss darüber hinaus ein hinreichender Bezug zur konkreten späteren Leistungserbringung der Vortragenden und bewerteten Personen im Rahmen des zu vergebenden Auftrags gegeben sein.

### **56**

Dies folgt aus § 127 Abs. 3 GWB, wonach die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen, wobei diese Verbindung auch dann anzunehmen ist, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht (OLG München, Beschluss vom 24.03.2021 – Verg 12/20). Maßgebend für die Beurteilung des Auftragsbezugs ist der Inhalt des Angebotes bzw. der Auftragsgegenstand, d.h. die Leistung, zu der sich der Bieter verpflichtet (vgl. OLG München, OLG München, Beschluss vom 24.03.2021 – Verg 12/20). Für Zuschlagskriterien i.S.v. § 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV wird der grundsätzlich nötige Auftragsbezug jedoch verschärft um das Erfordernis, dass die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Daher erachtet die Vergabekammer den gem. § 127 Abs. 3 GWB geforderten Auftragsbezug eines Zuschlagskriteriums, mit dem die Qualität des eingesetzten Personals anhand einer Bieterpräsentation basierend auf einem strukturierten Vortrag bewertet werden soll, grundsätzlich nur dann als gegeben, wenn die Tätigkeit der referierenden Personen im zu vergebenden Auftrag gerade auch das Präsentieren bzw. Vortragen beinhaltet. Andernfalls ist bereits kaum vorstellbar, dass die (zu bewertende) Qualität erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.

### **57**

In der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2024 erklärte der Antragsgegner, dass es im zu vergebenden Auftrag auch wesentlich auf die Fähigkeiten des eingesetzten Projektteams ankomme, Präsentationen zu halten oder Unterlagen dafür vorzubereiten. Die Beigeladene erläuterte ausführlich, dass gerade bei einem Schulbauvorhaben mit ganz unterschiedlichen Personengruppen wie dem Gemeinderat, den Nutzern des Gebäudes aus Lehrkörper und Elternschaft aber auch den Fachplanern und Förderstellen in Kontakt zu

treten sei. Eine nutzerspezifische Kommunikation mit Präsentationen, in welchen insbesondere die wichtigsten Punkte für die jeweilige Nutzergruppe knapp und präzise vorgestellt würden, sei damit regelmäßig Teil der zu erbringenden Leistung.

#### **58**

Über diesen schlüssigen Vortrag des Antragsgegners und der Beigeladenen hinaus stützt auch der den Vergabeunterlagen beiliegende Vertragsentwurf diese Auffassung. Dort ist in Ziffer 3.1.3 „Besprechungen“ geregelt, dass ein Auftragnehmer verpflichtet sei, auf Einladung des Auftraggebers an projektbezogenen Besprechungen teilzunehmen und an Verhandlungen mit Behörden mitzuwirken und diese Besprechungen durch rechtzeitige Übersendung von Unterlagen zu unterstützen.

#### **59**

Der Vergabekammer erscheinen damit die gewählten Unterkriterien „Schwerpunktsetzung der Präsentationspunkte“, „Zeitmanagement des Bieters im Rahmen der Präsentation“ sowie „Antworten auf fachliche Nachfragen des Gremiums“ grundsätzlich als taugliche Kriterien dafür, die Qualifikation von konkreten Personen im Hinblick auf künftige Vortragstätigkeiten zu bewerten. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung konnten der Antragsgegner und die Beigeladene die Vergabekammer davon überzeugen, dass die vertraglichen Aufgaben, die dem Auftragnehmer auferlegt werden, auch in hinreichender Weise Präsentations- und Besprechungstätigkeiten umfassen, so dass die Qualität dieser Leistungserbringung durchaus von der Vortrags- bzw. Präsentationsqualifikation des hierfür eingesetzten Personals abhängen kann.

#### **60**

Allerdings ist weder im Vertragsentwurf noch an anderer Stelle der Vergabeunterlagen festgeschrieben, dass auch die Personen, welche die Präsentation halten und deren Präsentationsfähigkeiten bewertet werden, die in Ziffer 3.1.3. des Vertragsentwurfs festgelegten Besprechungstätigkeiten dann auch in der Regel wahrnehmen. Vielmehr ist noch nicht einmal in den Vergabeunterlagen festgelegt, welche Personen den wertungsrelevanten Vortrag überhaupt zu halten haben.

#### **61**

Während bei der Beigeladenen der Projektleiter und die stellvertretende Projektleiterin den Vortrag gehalten haben, hat bei der Antragstellerin der Büroinhaber, der weder als Projektleiter noch stellvertretender Projektleiter benannt war, selbst den Großteil des Vortrags bestritten. Weder aus den Vergabeunterlagen oder dem Vertragsentwurf noch aus dem mit dem einzureichenden Konzept abzugebenden Personaleinsatzplan ergibt sich jedoch, dass gerade (nur) diese Personen künftig auch die Aufgaben nach Ziffer 3.1.3. des Vertragsentwurfs erfüllen. Es ist damit nicht sichergestellt, dass die Person (bzw. die Personen), deren Vortragfähigkeiten im Rahmen des Wertungskriteriums Nr. 5 „Präsentation“ bewertet wird, später auch in der Auftragsausführung diese Tätigkeiten in der Regel übernimmt.

#### **62**

Es wäre aber mit dem Ziel der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nicht zu vereinbaren, wenn im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung qualitative Aspekte bewertet werden, die im Rahmen der späteren Auftragsausführung keine Rolle mehr spielen (vgl. BT-Drs. 18/6281, 112). Aus diesen Gründen ist vorliegend der gem. § 127 Abs. 3 GWB nötige Auftragsbezug des Zuschlagskriteriums „Präsentation“ nach der momentanen Vertragskonzeption zu verneinen.

#### **63**

2.1.2. Durch den mangelnden Auftragsbezug des Zuschlagskriteriums „Präsentation“ ist die Antragstellerin auch in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt, da den Anforderungen an die Bestimmung der Zuschlagskriterien bieterschützender Charakter zukommt (vgl. OLG München, Beschluss vom 24.03.2021 – Verg 12/20). Hält der Antragsgegner an seiner Beschaffungsabsicht fest, muss er diesen Fehler durch geeignete Maßnahmen beheben und sicherstellen, dass die Personen, deren Vortragfähigkeiten er bewertet, später auch die entsprechenden Tätigkeiten ausüben.

#### **64**

Das Vergabeverfahren ist daher bei fortbestehender Beschaffungsabsicht des Antragsgegners bis in den Stand vor die Aufforderung der Erstangebote zurückzusetzen, da sowohl Änderungen an den Vergabeunterlagen, insbesondere dem Vertragsentwurf, als auch bei Einzelheiten der Ausgestaltung von

Zuschlagskriterien notwendig sind. Bei einer Rückversetzung lediglich in den Stand vor Abgabe der finalen Angebote wären diese Änderungen nicht in dem gebotenen Umfang zulässig.

## **65**

Da während des Verhandlungsverfahrens nach § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV nicht über die vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien verhandelt werden darf, muss das Verfahren vor den Beginn der Verhandlungen und damit vor die Einreichung des Erstangebots zurückversetzt werden, wenn Einzelheiten hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung von Zuschlagskriterien aus vergaberechtlichen Gründen geändert werden müssen. Wie sich aus dem Erwägungsgrund 45 der RL 2014/24/EU ergibt, sollen die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung während des gesamten (Verhandlungs-) Verfahrens stabil bleiben und gerade nicht verhandelbar sein, um die Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer zu gewährleisten. Dem Gleichbehandlungsgebot ist somit genüge getan, wenn das Verfahren vor den Beginn der Verhandlungen zurückversetzt wird. Damit erhalten alle Bieter wieder dieselbe Chance und die gleiche Ausgangssituation für die Einreichung von Angeboten. Zudem besteht nicht die Gefahr, dass in Kenntnis der indikativen Angebote Änderungen zu Gunsten eines Bieters vorgenommen werden können.

## **66**

Die Vergabekammer weist darauf hin, dass bei einer Zurückversetzung in den Stand vor Abgabe der Erstangebote die im laufenden Nachprüfungsverfahren präkludierte Rüge der Preisbewertungsmethode erneut vorgebracht werden kann und regt eine Überarbeitung dieses Punktes unter Hinweis auf die Entscheidung der VK Bund vom 06.11.2023 (VK 1-77/23) an.

## **67**

2.1.3. Ohne dass es hierauf noch entscheidungserheblich ankäme, weist die Vergabekammer darauf hin, dass sich die konkret getroffene Wertungsentscheidung hinsichtlich der Präsentation nicht hinreichend nachvollziehen lässt.

## **68**

Insoweit ist zu beachten, dass die Dokumentationspflichten des Auftraggebers mit der Offenheit des Bewertungssystems korrespondieren. Je größere Spielräume sich ein Auftraggeber durch die Gestaltung der Zuschlagskriterien und der verwendeten Bewertungsmethode zu verschaffen versucht, desto höher sind die Anforderungen an die Dokumentation zu setzen, um eine nachvollziehbare Bewertung sicherzustellen (VK Südbayern, Beschluss vom 19.1.2017 – Z3-3-3194-1-47- 11/16). Im vorliegenden Vergabeverfahren hat der Antragsgegner für das infrage stehende Zuschlagskriterium ein verhältnismäßig offenes Bewertungssystem verwendet, indem er zur Differenzierung bei der Punktevergabe lediglich unbestimmte Formulierungen wie beispielsweise „sehr unwahrscheinlich“, „erscheint sicher erreichbar“ oder „erscheint zweifelhaft“ verwendete. Ein solches Vorgehen ist nach der Rechtsprechung des BGH zwar zulässig, führt aber zu höheren Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit der Dokumentation (BGH, Beschluss vom 04.04.2017 – X ZB 3/17). Der Auftraggeber hat danach seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend zu dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind. Dieser Anforderung wird die Begründung der Wertungsergebnisse des Antragsgegners schon allein deswegen nicht gerecht, weil es an einer hinreichenden Dokumentation der Inhalte der Präsentationen mangelt und auch nicht dokumentiert wurde, wer welche Inhalte präsentiert hat.

## **69**

2.2. Die Zusammensetzung des Bewertungsgremiums ist nicht zu beanstanden. Insbesondere hat die Antragstellerin über die pauschale Aussage, dass es sich bei den Gremiumsmitgliedern um Laien handle, hinaus keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte dafür vorgebracht, dass und wo dem Gremium der erforderliche Sachverstand fehle, um die eingereichten Konzepte nach den vorgegebenen Wertungskriterien inhaltlich zutreffend bewerten zu können. Allein aus der Tatsache, dass die vom Gremium vorgenommene Wertung nicht hinreichend dokumentiert wurde, kann nicht darauf geschlossen werden, dass dem Gremium ohne externe Beratung der notwendige Sachverstand fehlen würde, um die einzureichenden Unterlagen anhand der vorgegebenen Wertungskriterien zu beurteilen.

## **70**

2.3. Soweit die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 11.10.2024 die Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bemängelt, da bei dem Wertungskriterium 1 „Angaben zur Arbeitsweise“ Darstellungen

anhand eines oder mehrerer Referenzprojekte gefordert waren, ist bereits anhand des Vortrags der Antragstellerin nicht verständlich, was die Antragstellerin konkret bemängelt. Bei dem von der Antragstellerin diesbezüglich zitierten Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 05.12.2017 (Az. Z3-3-3194-1-47-08/17) wurde darauf abgestellt, dass die „Darstellung von Vorgehensweisen anhand von Referenzprojekten problematisch ist, insbesondere wenn [...] ein ausdrücklicher Hinweis auf Bezüge zur Projektaufgabe fehlt“. Die Überschrift zu den Unterkriterien zum Wertungskriterium 1 lautete jedoch gerade, dass „anhand eines oder mehrerer geeigneter Referenzprojekte [die] Herangehensweise an das Projekt“ dargestellt werden sollte und dabei Ausführungen zu konkret benannten Unterkriterien zu machen waren. Im vorliegenden Fall sollte unter Wertungskriterium 1 gerade nicht die allgemeine Vorgehensweise des Bieters anhand von Referenzprojekten dargestellt werden, sondern die konkreten Fragestellungen in den Unterkriterien waren (gerade) in Hinblick auf das konkret ausgeschriebene Projekt zu beantworten.

#### **71**

2.4. Auf die im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens aufgeworfenen und diskutierten Fragen zum notwendigen Gemeinderatsbeschluss vor Auftragserteilung sowie Zulässigkeit und konkrete Ausgestaltung der am 28.08.2024 durchgeführten Neubewertung der eingereichten Konzepte kommt es nicht mehr entscheidungserheblich an. Es sind auch keine Auswirkungen dieser Fragen auf die dem Antragsgegner bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufzugebende Überarbeitung der Vergabeunterlagen ersichtlich, so dass es einer Entscheidung nicht bedarf.

#### **72**

3. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist. Dies ist vorliegend der Antragsgegner.

#### **73**

3.1. Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 Euro und 50.000 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag von 100.000 Euro erhöht werden kann.

#### **74**

Die konkrete Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat bei der Gebührenfestsetzung eine Gebührentabelle herangezogen, die sie in Anlehnung an die von den Vergabekammern des Bundes entwickelte Gebührentabelle konzipiert hat. Dabei ist vom Wert des streitgegenständlichen Auftrags auszugehen (vgl. Krohn, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 182 GWB, Rn. 19). Der für die Gebührenfestlegung zugrunde zu legende Auftragswert bemisst sich wie der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren entsprechend § 50 Abs. 2 GKG (Krohn, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 182 GWB, Rn. 21). Vorliegend ist die Vergabekammer vom Brutto-Angebotspreis der Beigeladenen für die Leistung ausgegangen, da dieses bezuschlagt werden sollte und somit das wirtschaftliche Interesse des kostentragungspflichtigen Antragsgegners am Auftrag darstellt.

#### **75**

Der Antragsgegner ist als Gemeinde von der Zahlung der Gebühr nach § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG (Bund) vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung befreit.

#### **76**

Von der Antragstellerin wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500 Euro erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird nach Bestandskräften stattet, wenn er bis dahin von der Antragstellerin geleistet wurde.

#### **77**

3.2. Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin beruht auf § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.

#### **78**

Die Zuziehung eines anwaltlichen Vertreters wird als notwendig i. S. v. § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. Art. 80 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2 BayVwVfG angesehen. Die anwaltliche Vertretung war erforderlich, da unter den Umständen des Einzelfalles die Antragstellerin nicht selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, der im Hinblick auf eine mögliche Verletzung von Bieterrechten von Bedeutung ist. Die im Nachprüfungsverfahren aufgeworfenen Fragen zu Dokumentationspflichten bei Wertungsentscheidungen, die Möglichkeit und Grenzen der Heilung einer unzureichenden Dokumentation sowie die Frage des Auftragsbezugs von Wertungskriterien überschreiten regelmäßig das vergaberechtliche Wissen eines durchschnittlich vergabeerfahrenen Planungsbüros.

#### **79**

3.3. Auch wenn die Beigeladene keine Anträge gestellt hat, muss die Vergabekammer von Amts wegen über die Aufwendungen der Beigeladenen entscheiden.

#### **80**

Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen beruht auf § 182 Abs. 4 S. 3, S. 2 GWB. Danach sind Aufwendungen der Beigeladenen nur erstattungsfähig, wenn die Vergabekammer sie als billig erachtet. Dabei setzt die Erstattungsfähigkeit jedenfalls voraus, dass die Beigeladene ihre durch die Beiladung begründete Stellung im Verfahren auch nutzt, indem sie sich an dem Verfahren beteiligt (BGH, Beschluss vom 26.09.2006, Az.: X ZB 14/06). Ist eine solche nicht ersichtlich, handelt es sich bei den entstandenen Aufwendungen der Beigeladenen nicht um solche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 11.02.2010, Az.: 1 VK 76/10).

#### **81**

Die Beigeladene hat sich weder durch schriftsätzlichen Vortrag noch die Stellung von Anträgen aktiv am Verfahren beteiligt. Sie hat zwar in der mündlichen Verhandlung auf konkrete Nachfragen der Vergabekammer geantwortet, hierdurch jedoch das gegenständliche Verfahren nicht wesentlich gefördert und kein Kostenrisiko auf sich genommen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.06.2014, VII-Verg 12/03). Etwaig entstandene Aufwendungen der Beigeladenen zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung sind daher aus Billigkeitsgründen von ihr selbst zu tragen.