

Leitsätze:

1. Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist das Vorliegen eines besonderen Feststellungsinteresses. Das notwendige Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes gemäß vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Ein solches Feststellungsinteresse kann gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient, eine hinreichend konkrete, an objektiven Anhaltspunkten festzumachende Wiederholungsgefahr besteht oder die Feststellung zur Rehabilitierung des Bieters erforderlich ist, weil der angegriffenen Entscheidung ein diskriminierender Charakter zukommt. Das Feststellungsinteresse ist mit der Umstellung der ursprünglichen Anträge auf den Feststellungsantrag explizit zu begründen.
2. Dokumentierte sachfremde Erwägungen eines Jurors betreffend die Präsentation eines Bieters stellen eine fehlerhafte Wertung der Präsentation dar und nicht nur eine unzureichende Dokumentation des Wertungsvorgangs.

**Antragstellerin:**

.....

**Bevollmächtigte:**

.....

**(Antragstellerin - ASt)**

**Vergabestelle:**

.....

**Bevollmächtigte:**

.....

**(Vergabestelle - VSt)**

**Beigeladene:**

.....

**(Beigeladene - BGI)**

**Vorhaben:**

**Sanierung und Erweiterung..... , Fachplanung Tragwerksplanung**

**Vergabeverfahren:**

**Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 22.10.2021 durch den Vorsitzenden ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**B e s c h l u s s :**

1. Es wird festgestellt, dass die Vergabestelle gegen Vergabevorschriften verstoßen hat und die Antragstellerin hierdurch in ihren Rechten verletzt ist.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €. Auslagen sind nicht angefallen.

**S a c h v e r h a l t :**

**1.**

Die VSt hat mit EU-Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zur Vergabe von Planungsleistungen (hier: Fachplanung Tragwerksplanung) für ..... eingeleitet. Der ..... soll dabei vollständig saniert und mit einem mehrgeschossigen Anbau erweitert werden.

Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs wurden die ASt, die BGI und drei andere Bewerber zur Abgabe eines Erstangebotes aufgefordert.

Gemäß den Vergabeunterlagen waren folgende Zuschlagskriterien maßgeblich:

<b>1. Fachkunde und Qualifikation</b>				<b>30</b>
- Dargestellt werden soll die zu erwartende fachliche Leistung für den „ <b>Erweiterungsbau und Neustrukturierung Krankenhaus</b> “ (bzw. vergleichbar) aufbauend auf den Kenntnissen und Erfahrungen vergleichbarer Projekte	0-5	2	10	
- welche die Entwurfsqualität / Gestaltung / Funktionalität / Nutzung und Wirtschaftlichkeit / Nachhaltigkeit erkennen lässt.				
- Der Bewerber wird gebeten, aus seiner Sicht der Tragwerksplanung bekannte Besonderheiten oder erwartete Schwierigkeiten der <b>vorliegenden Machbarkeitsstudie</b> aufzuzeigen sowie eigene Lösungsansätze für Planung und Bauausführung zu benennen insb. zu:				
○ Umsetzung bzw. Anforderungen des konstruktiven Brandschutzes im Bestand	0-5	1	5	
○ Besondere Kenntnisse beim Anschluss Neubau an den Bestand	0-5	1	5	
○ Ingenieurtechnische Kontrolle bei der Ausführung / Bewehrungsabnahme	0-5	1	5	
○ Bauabschnitte / Gebäudefugen	0-5	1	5	
<b>2. Projektabwicklung / Organisation / Qualitätssicherung / Dokumentation</b>				<b>20</b>
- Grundsätzliche Herangehensweise und vorgesehene Aktivitäten sowie eingesetzte Hilfsmittel über alle Projektphasen zur eigenen Organisation / Projektabwicklung / Qualitätssicherung sowie Dokumentation der einzelnen Planungsabschnitte.	0-5	1	5	
- Zusammenarbeit / Kommunikation mit Auftraggeber, Nutzer, allen weiteren Projektbeteiligten.	0-5	1	5	
- Im Besonderen ist die Durchführung und Abwicklung der Bauüberwachung darzustellen unter Bezug auf z.B. Leistungsstörungen oder Umgang mit Bauhinderungen, Verzug, sowie Nachtragsmanagement zur Erreichung einer wirtschaftlichen Bauabwicklung.	0-5	1	5	
- Wie werden Qualitäten kontrolliert, insbesondere schon vor der Abnahme?	0-5	1	5	
<b>3. Methoden der Kosten- und Terminsteuerung</b>				<b>20</b>
- Grundsätzliche Herangehensweise bzw. eingesetzte Hilfsmittel oder Kontrollinstrumente zur Ermittlung, Überwachung und Einflussnahme der Kosten über alle Leistungsphasen.	0-5	1	5	
- Gewünscht ist eine Aussage zur Kostenvorgabe der Bekanntmachung.	0-5	1	5	
- Erläuterungen zur Einflussnahme und Überwachung der Termine unter Darstellung eingesetzter Hilfsmittel oder Kontrollinstrumente. Erläuterung wie Planungs- und Bautermine aufgestellt und überwacht werden und wie bei Abweichungen vom Soll reagiert wird.	0-5	1	5	
- Eine Aussage zu den in der Auftragsbekanntmachung genannten Terminvorgaben wird erbeten.	0-5	1	5	

<b>4. Verfügbarkeit / Kapazitäten / Präsenz</b>				<b>25</b>
- Kurzfristige Verfügbarkeit des vorgestellten Projektteams für einen umgehenden Planungsbeginn (Kapazitäten).	0-5	2	10	
- Grundsätzl. Verfügbarkeit während der Planungs- und Ausführungsphase sowie speziell zur Präsenz vor Ort während der gesamten Bauphase.	0-5	3	15	
<b>5. Gesamteindruck der Präsentation / Eindruck der verantwortl. Personen</b>				<b>25</b>
Qualitativer Gesamteindruck der Präsentation (z.B. Inhalt, Struktur, Herangehensweise) um Rückschlüsse auf eine spätere Projektarbeit zu ziehen.	0-5	2	10	
Aufgabenbezogen, persönlicher Eindruck der anwesenden Personen:				
- Projektleiter/in	0-5	2	10	
- Stellvertreter/in	0-5	1	5	
<b>6. Honorar</b>				<b>30</b>
Honorarangebot ( <i>Vergleich nach Vorprüfung / Bewertung nach Verhandlung</i> )				
<b>Summe max.</b>				<b>150</b>

Dargestellt werden soll jeweils die zu erwartende fachliche Leistung und Arbeitsweise - aufbauend auf der eigenen Fachkunde, Kenntnissen und Erfahrungen – welche die Qualität der eigenen Leistung bezogen auf die anstehende Bauaufgabe erkennen lässt.

Die Bewältigung der Aufgabenstellung kann zusätzlich durch Präsentation von Leistungen bei vergleichbaren Referenzprojekten dargestellt werden.  
Es werden keine Details oder ausgearbeitete Lösungsvorschläge gefordert.

Es wird bewertet ob mit der jeweils dargestellten Methodik der Herangehensweise und den geplanten Aktivitäten die wirtschaftliche Umsetzung und Lösung der gestellten Bauaufgabe unter Einhaltung der Projektziel über alle Projektphasen sicher erreichbar scheint.

Die Bewertung erfolgt für jedes Kriterium (mit Ausnahme des Honorars) anhand eines Punkteschlüssels von 0 bis 5 Punkten, multipliziert mit dem angegebenen Wertungsfaktor.

- 0 Punkte erhält ein Bewerber, wenn er das jeweilige Kriterium nur ungenügend erfüllt
- 1 Punkt erhält ein Bewerber, wenn er das jeweilige Kriterium mangelhaft erfüllt
- 2 Punkte erhält ein Bewerber, wenn er das jeweilige Kriterium ausreichend erfüllt
- 3 Punkte erhält ein Bewerber, wenn er das jeweilige Kriterium befriedigend erfüllt
- 4 Punkte erhält ein Bewerber, wenn er das jeweilige Kriterium gut erfüllt
- 5 Punkte erhält ein Bewerber, wenn er das jeweilige Kriterium sehr gut erfüllt

Maßgebend für die Entscheidung, mit wem die Vertragsverhandlungen aufgenommen werden, ist die Platzierung in der Auswertung der Juroren, die sich aus der vom Juror ermittelten Punktzahl zzgl. der Punktzahl für das in der Verhandlung besprochene Honorarangebot ergibt.

## 2.

Alle aufgeforderten Bieter reichten fristgerecht ein erstes Angebot ein. Für den xx.xx.xxxx lud die VSt alle Bieter zum Verhandlungsgespräch. Für jeden Bieter war eine Stunde für das Verhandlungsgespräch angesetzt. Die Jury setzte sich aus drei Juroren zusammen, die jeweils getrennt die Zuschlagskriterien 1 bis 5 auf einem Bewertungsbogen beurteilten. Entsprechend des Punkteschlüssels vergab jeder Juror die Punkte für jedes Leistungskriterium. Der rechnerische Durchschnittswert wurde anschließend bei der Bewertung zugrunde gelegt. Auf die Bewertungsbögen der Juroren wird Bezug genommen.

Bis zum xx.xx.xxxx gaben die fünf Bieter in Bezug auf das Honorar ein finales Angebot ab.

**3.**

Mit Bieterinformationsschreiben vom 10.05.2021 gemäß § 134 GWB teilte die VSt der ASt mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der BGI frühestens am 21.05.2021 zu erteilen. Der ASt wurden die von ihr erzielten Punkte und die Punktergebnisse der BGI aufgeschlüsselt für alle Zuschlagskriterien und die Ausführungen zur Bewertung der Präsentation übermittelt. Auf das Bieterinformationsschreiben wird Bezug genommen.

**4.**

Mit Schreiben vom 12.05.2021 rügte die ASt die Wertung. Im Einzelnen trägt sie vor:

Zu Punkt 3.2 und 3.4: Gemäß der Zuschlagskriterien sei eine Aussage zur Kosten- und Terminvorgabe gewünscht gewesen. Die entsprechenden Vorgaben habe die ASt vollumfänglich getätigt. Es sei nicht nachvollziehbar, welche Aussagen letztlich für eine volle Punktzahl gefehlt haben könnten.

Zu Punkt 4.1: Die ASt habe die kurzfristige Verfügbarkeit des Projektteams für einen umgehenden Planungsstart mit vollkommen ausreichenden Kapazitäten dargelegt. Deshalb sei dieses Kriterium mit der vollen Punktzahl zu bewerten.

Zu Punkt 4.2: Die ASt habe in der Planungs- und Ausführungsphase Reaktionszeiten von 2 bis 3 Stunden einschließlich der über die einzelnen Projektphasen gemittelten Häufigkeiten angegeben und zugesichert. Die Reaktionszeiten und Häufigkeiten seien für eine derartige Baumaßnahme angemessen und vollkommen ausreichend und deshalb mit voller Punktzahl zu bewerten. Die schlechte Bewertung nicht ortsansässiger Büros bei einer angemessenen und ausreichenden Verfügbarkeit stelle eine unzulässige Diskriminierung dar. Dass eine Reaktionszeit von 2 bis 3 Stunden derart stark abgewertet werden könnte, könne den Vergabeunterlagen auch nicht entnommen werden.

Zu Punkt 5.1 bis 5.3: Die Bewertung des Gesamteindrucks der Präsentation sowie die Bewertung des Eindrucks des Projektleiters und dessen Stellvertreters im Rahmen der Präsentation würden auf nicht nachvollziehbaren und nicht belegbaren Kriterien beruhen und seien daher unzulässig.

Die tatsächliche Bewertung sei nicht schlüssig. Nach der Erläuterung im Bieterinformationsschreiben konnte ein „sehr guter Eindruck“ vermittelt werden. Daher hätten nicht nur 4, sondern 5 Punkte vergeben werden müssen. Die Wertung des Projektleiters mit gut bis befriedigend und insbesondere die Wertung des stellvertretenden Projektleiters mit ausreichend bis

mangelhaft stehe im Widerspruch zu der sehr guten Bewertung der zu erwartenden fachlichen Leistung, basierend auf den Erkenntnissen und Erfahrungen (1.1 der Zuschlagskriterien). Dies zeige die Willkürlichkeit der vorgenommenen Bewertung. Nachdem die Vergabestelle offensichtlich die „persönliche Erfahrung und deren aktive Einbringung in die planerische und bautechnische Projektarbeit“ bewertet habe, stelle dies einen Vergabeverstoß dar, weil dieses Unterkriterium nicht bekannt gegeben worden sei.

Außerdem werde gerügt, dass für die Punkteverteilung das mathematische Mittel aller Juroren herangezogen worden sei. Vielmehr hätten sich die Juroren auf eine einheitliche Bewertung verständigen müssen. Auch das widerspreche den Vergabeunterlagen und sei deshalb unzulässig.

## **5.**

Mit Schreiben vom 19.05.2021 wies die VSt die Rüge zurück. Die Wertung der Stufe 2 im Verhandlungsverfahren sei grundsätzlich vom subjektiven Eindruck aus der persönlichen Vorstellung geprägt, welcher bei den Juroren entstehe, im Vergleich aller teilnehmenden Bieter. Die Juroren hätten sich an die vorab mitgeteilten und jedem Teilnehmer bekanntgegebenen Zuschlagskriterien und den jeweils geltenden Punkteschlüssel gehalten. Die Vergabe einer vollen Punktzahl sei nicht zwingend vorgegeben. Zusätzliche Unterkriterien seien nicht angewendet worden. Mit der zusätzlichen textlichen Erläuterung im Bieterinformationsschreiben wollte die VSt lediglich eine Erklärung über den subjektiven Eindruck geben. Auch bei der Einzelauswertung aller 3 Juroren sei die ASt dreimal auf Rang 3 platziert.

## **6.**

Am 20.05.2021 stellte die ASt einen Antrag auf Nachprüfung und beantragte, dass der VSt verboten werde, den Zuschlag am 21.05.2021 zu erteilen. Weiter wurde beantragt, dass die Bewertung nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer wiederholt werde. Schließlich wurde beantragt, dass die VSt die Kosten des Verfahrens zu tragen habe. Auf die beigefügten Anlagen des Antrages wird verwiesen.

## **7.**

Mit Schreiben vom 25.05.2021 beantragte die VSt, die Rüge zurückzuweisen. Die Übernahme von Unkosten für den Nachprüfungsantrag wurde abgelehnt.

An der Auswahlentscheidung werde festgehalten. Die Stufe 2 im Verhandlungsverfahren sei grundsätzlich vom subjektiven Eindruck aus der persönlichen Vorstellung der Bieter geprägt, welcher bei den Juroren entstehe, im Vergleich aller teilnehmenden Bieter. Bei der Bewertung hätten sich die anwesenden 3 Juroren an die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien

und den Punkteschlüssel gehalten. Jeder Juror habe im Vergleich nach eigenem Ermessen entschieden. Die Vergabe einer vollen Punktzahl sei nicht zwingend vorgegeben. Der Vorwurf der Willkürlichkeit werde zurückgewiesen. Zusätzliche Unterkriterien seien nicht angewendet worden. Das Honorar sei nach Auswertung der finalen Angebote in die Wertung eingeflossen.

**8.**

Am 27.05.2021 wurde die ..... aus ..... zum Verfahren beigeladen.

**9.**

Mit Schriftsatz vom 02.06.2021 wiederholte die ASt ihr Rügevorbringen vom 12.05.2021.

**10.**

Im Schreiben vom 11.06.2021 nimmt die VSt zu den gerügten Punkten wie folgt Stellung:

Zu Punkt 3.2 und 3.4: Der Vergleich ASt zu den Mitbietern habe gezeigt, dass sich Mitbewerber teilweise noch detaillierter mit der Kostenvorgabe auseinandergesetzt haben und tiefer greifende Analysen aufgezeigt haben. Dies sei anhand einer aktuellen Referenz aus dem Krankenhausbau belegt worden. Wegen dem höheren Detailgrad der Angaben anderer Bieter habe je ein Juror die ASt in den Punkten 3.2 und 3.4 mit jeweils 4 Punkten bewertet.

Zu Punkt 4.1: Die ASt habe anhand eines Planes die personellen Kapazitäten für das Projekt aufgezeigt. Die Auflistung zeige, dass das vorgesehene Personal weitreichend in Parallelprojekte eingebunden sei. Die anderen Bieter haben mit vollumfänglichen kurzfristigen Verfügbarkeit aller vorgesehene Mitarbeiter ohne Paralleleinbindung in andere Projekte besser überzeugt und dies sei in der Punktevergabe entsprechend berücksichtigt worden.

Zu Punkt 4.2: Die ASt habe Präsenzzeiten im Abstand von 2 Wochen fix zugesagt. Weitere Präsenzzeiten seien nur im Konjunktiv „könnten ermöglicht werden“ vage zugesagt worden. Andere Bieter hätten die vor Ort Präsenz klar in den Fokus ihrer Aktivitäten gestellt und sicherten in der Rohbauphase eine Präsenz abhängig von der Notwendigkeit der Baustelle bis hin zur täglichen Anwesenheit vor Ort zu. Insofern sei die Qualität der Aussagen zu Präsenz das entscheidende Bewertungskriterium für die Punktebewertung der Juroren gewesen.

Zu Punkt 5.1 und 5.3: Der qualitative Gesamteindruck der Präsentation sei anhand der veröffentlichten Kriterien Inhalt, Struktur, Herangehensweise bewertet worden.

Die subjektive Bewertung des persönlichen Eindrucks von Projektleitung und Stellvertretung hatte einen erheblichen Einfluss auf die Bepunktung. Der Projektleiter konnte fachlich überzeugen, dennoch war der persönliche Eindruck im Vergleich zu den Mitbewerbern weniger überzeugend.

Vor allem bei der stellvertretenden Projektleitung habe der Eindruck einer geringeren Verbindlichkeit bestanden. Ferner habe man eine geringere Erfahrung bei der Projektabwicklung festgestellt. Auch sei sein unmotiviertes Auftreten negativ aufgefallen.

Der persönliche Eindruck der Personen wurde mit einem Punktabzug gewertet. Aufgrund der subjektiv unterschiedlichen Gewichtung bei den Juroren und der teilweise vorgegebenen Faktorierung ergebe sich die Abweichung von der Vollpunktzahl.

Die VSt weist darauf hin, dass die Bewertung der Bieter auf Basis des mündlichen Verhandlungsgesprächs keiner Willkür oder sonstige Befangenheiten unterlegen sei. Die fachlich inhaltliche Vorstellung des Angebots sowie des einzusetzenden Personals sei nach einer mündlichen Präsentation vorgenommen worden. Dabei habe die mündliche Kommunikation der Konkretisierung und Präzisierung gedient. Die inhaltlichen Aspekte dieser Darstellung sowie der von den Vortragenden gewonnene persönliche Eindruck hätten die Bewertung und somit die vergleichbare Bepunktung der Bieter beeinflusst.

#### **11.**

Am 07.06.2021 (Aktenvermerk vom 14.06.2021) teilt die Vergabekammer der VSt mit, dass nach vorläufiger Einschätzung bestimmte Anmerkungen auf den Bewertungsbögen der Juroren kritisch sein könnten. Seitens der Vergabekammer wurde angefragt, ob die VSt im Rahmen einer Abhilfe eine Neubewertung vornehmen möchte. Auf den Aktenvermerk vom 14.06.2021 wird Bezug genommen.

#### **12.**

Am 21.06.2021 zeigen sich die Verfahrensbevollmächtigten der VSt an.

#### **13.**

Am 22.06.2021 zeigen sich die Verfahrensbevollmächtigten der ASt an und beantragen:

1. Es wird festgestellt, dass der Antragsgegner bei der Ausschreibung des oben genannten Vergabeverfahrens gegen Vergabevorschriften verstoßen hat und die Antragstellerin hierdurch in ihren Rechten verletzt ist.
2. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, die Präsentation der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu bewerten.



3. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Zudem beantragt die ASt Akteneinsicht und eine Verlängerung der Schriftsatzfrist.

**14.**

Mit Schriftsatz vom 23.06.2021 teilen die Bevollmächtigten der VSt mit, dass die VSt nach erneuter Prüfung und Bewertung der Rechtslage entschieden habe, das Vergabeverfahren in den Stand nach Eingang der Teilnahmeanträge und vor Aufforderung der Abgabe des Erstangebotes zurückzusetzen (Teilaufhebung). Es wurde daraufhin hingewiesen, dass die unzureichende Dokumentation nicht darauf zurückzuführen sei, dass die VSt falsch gewertet habe. Unzureichend und fehlerhaft sei einzig die Dokumentation des Wertungsvorgangs.

**15.**

Am 24.06.2021 teilt die Vergabekammer der ASt mit, dass keine Akteneinsicht mehr erteilt wird.

**16.**

Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 01.07.2021 beantragt die ASt zuletzt:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin im o.g. Vergabeverfahren gegen Vergabevorschriften verstoßen hat und die Antragstellerin hierdurch in ihren Rechten verletzt ist.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Vergabeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Durch die Teilaufhebung habe sich das Vergabenachprüfungsverfahren erledigt, weshalb die ASt ihren Antrag auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB umstelle. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag sei zulässig und begründet, insbesondere bestehe ein Feststellungsinteresse wegen Vorbereitung von Schadensersatzforderungen, Wiederholungsgefahr sowie Rehabilitationsinteresse.

Die ASt behalte sich vor, wegen der Teilaufhebung Schadensersatz von der VSt zu verlangen. Dabei stehe ihr jedenfalls ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses in Höhe der Aufwendungen zu, die sie für die Erstellung ihres Angebots und die Teilnahme am Präsentationstermin gehabt habe. Je nach den Feststellungen der Vergabekammer zum Umfang der Verstöße gegen Vergabevorschriften erscheine auch ein auf das positive Interesse gerichteter Anspruch nicht ausgeschlossen. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die Wertung der Präsentation und deren Dokumentation rechtswidrig gewesen sei und dass die Teilaufhebung nicht durch § 63 VgV gerechtfertigt gewesen sei, weil die Gründe für die Teilaufhebung aus der Sphäre der VSt stammen würden.

Es liege auch eine Wiederholungsgefahr vor, da die VSt in ihrem Schriftsatz vom 23.06.2021 die Auffassung vertrete, dass lediglich die Dokumentation, nicht hingegen die Wertung der Präsentation der ASt rechtswidrig gewesen sei. Zur Vermeidung einer erneut rechtswidrigen Wertung sei daher die Rechtswidrigkeit der Wertung der Präsentation festzustellen.

Auch bestehe ein Rehabilitationsinteresse aufgrund von Angriffen auf die Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals. Aus der Aktennotiz der Vergabekammer vom 14.06.2021 sei ersichtlich, dass die VSt die ASt ohne sachliche Begründung und damit willkürlich herabgewürdigt habe. Die VSt habe die Verfügbarkeit während der Planungs- und Ausführungsphase, die Präsenz vor Ort sowie den Einsatz qualifizierten Personals bei der Auftragsausführung angezweifelt. Der Stellvertreter des Projektleiters werde sogar persönlich angegriffen und diffamiert, in dem man ihm häufige Jobwechsel vorwerfe und er als wenig motiviert beschrieben werde.

## 17.

Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 29.07.2021 beantragt die VSt zuletzt:

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

Der Fortsetzungsfeststellungsantrag sei mangels Feststellungsinteresses unzulässig.

Die ASt habe die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs, insbesondere potentielle Schäden, nicht schlüssig dargelegt. Weshalb ein vermeintlicher Schaden ersatzfähig sein sollte, der chronologisch vor der vermeintlichen Pflichtverletzung entstanden sei, erschließe

sich vor dem Hintergrund allgemeiner Kausalitätslehre nicht. Die Aufwendungen für die Teilnahme am Präsentationstermin wären aber unabhängig von dem vermeintlichen Vergabeverstoß der fehlerhaften Wertung und Dokumentation entstanden. Auch ein Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses sei ausgeschlossen. Ein derartiger Anspruch komme grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn das Vergabeverfahren mit einem Zuschlag abgeschlossen werde, der Zuschlag jedoch nicht demjenigen Bieter erteilt werde, auf dessen Angebot bei Beachtung der maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften allein ein Zuschlag hätte erteilt werden dürfen. Vorliegend sei aber der betreffende Auftrag bis dato nicht vergeben worden.

Es bestehe auch keine Wiederholungsgefahr. Die ASt unterstelle ohne ersichtlichen Grund, dass die VSt nach Teilaufhebung und Rückversetzung im laufenden Vergabeverfahren bewusst und vorsätzlich denselben Vergabeverstoß begehen werde. Diese Diffamierung werde zurückgewiesen, zumal die VSt selbstverständlich kein Interesse daran habe, erneut in ein Nachprüfungsverfahren gedrängt zu werden.

Es liege auch kein Rehabilitationsinteresse vor, da keine schwerwiegende Verletzung grundlegender Rechte der ASt mit Wirkung nach außen vorliege. Der betroffene Mitarbeiter bzw. dessen hypothetisches Rehabilitationsinteresse sei hier nicht relevant, da derselbe nicht Beteiligter des Verfahrens sei. Unabhängig davon, werde dieser auch nicht herabgewürdigt oder diffamiert. Er habe im Termin schlichtweg nicht besonders motiviert gewirkt. Schließlich sei sowohl das Nachprüfungsverfahren als auch der Wertungsvermerk nicht öffentlich.

Der Fortsetzungsfeststellungsantrag sei zudem unbegründet, da der ursprüngliche Nachprüfungsantrag an mehreren Zulässigkeitsmängeln gelitten habe. Die ASt habe mit Antrag vom 20.05.2021 keine Rechtsverletzung gemäß § 97 Abs. 6 GWB geltend gemacht, da nicht ersichtlich werde, welches Recht der ASt verletzt worden sein soll. § 161 Abs. 2 GWB statuiere, dass eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung in der Begründung des Antrags enthalten sein müsse. Weiterhin enthalte der Antrag auch keine Darlegung zu einem vermeintlichen Schaden, ein solcher sei jedoch nach § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB zwingend vorzutragen. Zudem sei der Nachprüfungsantrag in weiten Teilen unbegründet gewesen.

## **18.**

Mit Schreiben vom 06.08.2021 erwiderten die Bevollmächtigten der ASt.

Die ASt habe ihre Schadensersatzforderung hinreichend substantiiert dargelegt.

Eine Wiederholungsgefahr liege auf der Hand, da die VSt in ihrem Schriftsatz vom 23.06.2021 die Auffassung vertrete, dass die Wertung der Präsentation nicht rechtswidrig gewesen sei. Im Übrigen bestehe selbstverständlich auch die Gefahr einer erneuten rechtswidrigen Dokumentation der Angebotswertung.

Durch die Herabwürdigung ihres Mitarbeiters werde nicht nur dieser, sondern auch die ASt als Bieter herabgewürdigt.

Zur Zulässigkeit und Begründetheit des Nachprüfungsantrags habe die ASt bereits selbst ausreichend vorgetragen. Im Vermerk vom 14.06.2021 sei die Vergabekammer offenbar auch der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet gewesen sei. Schließlich trage die VSt in ihrem Schriftsatz vom 23.06.2021 selbst vor, dass die Dokumentation des Wertungsvorgangs unzureichend und fehlerhaft sei. Damit habe die VSt das Vorliegen eines Vergabeverstößes bereits zugestanden; ihr neuer Vortrag sei widersprüchlich.

## **19.**

Mit Schreiben vom 27.08.2021 erwiderten die Bevollmächtigten der VSt.

Die ASt lege weiterhin die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch mithin die Voraussetzungen für ein Präjudizinteresse nicht schlüssig dar. Sie habe den Einwänden gegen die Kausalität nichts entgegengehalten. Es fehle weiterhin an einer schlüssigen Behauptung, weshalb die vermeintlichen Kosten nicht entstanden wären, wenn der Vergabeverstoß (fehlerhafte Dokumentation) nicht eingetreten wäre. Hinsichtlich der Aufwendungen im Rahmen der Angebotserstellung könne es sich insoweit ohnehin nicht um einen ersatzfähigen Schaden handeln, weil die ASt ihre Angebotsunterlagen im Rahmen der Fortsetzung des Vergabeverfahrens nach der Rückversetzung weiterverwendet habe.

Es bestehe auch weiterhin keine Wiederholungsgefahr. Soweit sich diese auf den Dokumentationsmangel beziehe, unterstelle die ASt der VSt weiterhin ohne Begründung vorsätzlichen Rechtsbruch. Soweit die Wiederholungsgefahr eine vermeintlich rechtswidrige Wertung der Präsentation betreffe, könne in diesem Verfahren aufgrund des Dokumentationsmangels gerade nicht festgestellt werden, ob die Wertung rechtskonform oder rechtswidrig durchgeführt worden sei.

Bezüglich der Einwände gegen die Annahme eines Rehabilitationsinteresses wurde auf den Schriftsatz vom 29.06.2021 verwiesen.

Zu den Einwänden gegen die ursprüngliche Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages werde lediglich pauschal vorgetragen, dass ausreichend vorgetragen sei. Ein entsprechender Vortrag existiere jedoch nicht. Im Vermerk der Vergabekammer vom 14.06.2021 werde die Frage der Zulässigkeit des Antrags nicht thematisiert.

Die VSt verhalte sich nicht widersprüchlich, wenn sie einen Vergabeverstoß (Dokumentationsmangel) einräume und gleichzeitig die Zulässigkeit oder die Begründetheit des Nachprüfungsantrags widerlege. Nachprüfungsanträge könnten auch dann unzulässig oder unbegründet sein, wenn Vergabeverstöße eingetreten sind, etwa wenn der ASt kein Schaden droht, weil ohnehin keine Zuschlagschance bestanden habe.

**20.**

Die Verfahrensbeteiligten haben mit Schreiben vom 30.08.2021 (ASt), vom 21.09.2021 (VSt) und vom 30.09.2021 (BGI) ihr Einverständnis zu einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB erklärt.

**21.**

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf die im Nachprüfungsverfahren gewechselten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer und auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, Bezug genommen.

**B e g r ü n d u n g:**

Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist zulässig und begründet.

**1.**

Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist zulässig. Die Voraussetzungen für die Durchführung eines Fortsetzungsfeststellungsverfahrens nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB liegen vor.

**a)**

Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist statthaft. Das Nachprüfungsverfahren hat sich durch (Teil-) Aufhebung des Vergabeverfahrens gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB erledigt und die ASt hat ihren ursprünglichen Nachprüfungsantrag entsprechend umgestellt.

**b)**

Weitere ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung für den Fortsetzungsfeststellungsantrag ist das Vorliegen eines besonderen Feststellungsinteresses. Das notwendige Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes gemäß vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Ein solches Feststellungsinteresse kann gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient, eine hinreichend konkrete, an objektiven Anhaltspunkten festzumachende Wiederholungsgefahr besteht oder die Feststellung zur Rehabilitation des Bieters erforderlich ist, weil der angegriffenen Entscheidung ein diskriminierender Charakter zukommt. Das Feststellungsinteresse ist mit der Umstellung der ursprünglichen Anträge auf den Feststellungsantrag explizit zu begründen (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 30.06.2021 – Verg 43/20).

Die ASt hat ihr Feststellungsinteresse mit der Vorbereitung von Schadensersatzforderungen, Wiederholungsgefahr und Rehabilitationsinteresse begründet. Ob vorliegend ein Feststellungsinteresse im Hinblick auf eine konkrete Wiederholungsgefahr oder ein Rehabilitationsinteresse besteht, kann letztlich dahinstehen. Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitung von Schadensersatzforderungen liegt ein berechtigtes Feststellungsinteresse der ASt vor.

Voraussetzung ist die nicht von vornherein auszuschließende Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches des Bieters gegen den Auftraggeber (vgl. Nowak in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 37 m.w.N), es sei denn ein Schadensersatzanspruch ist offensichtlich nicht gegeben und eine auf Durchsetzung gerichtete Klage aussichtslos (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 07.08.2019, Verg 9/19).

Indem die ASt geltend macht, wegen der rechtswidrigen (da nicht von § 63 VgV gerechtfertigten) Teilaufhebung Schadensersatz von der VSt ggf. zu verlangen, da ihr ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses in Höhe der Aufwendungen zustehe, die sie für die Erstellung ihres Angebots und die Teilnahme am Präsentationstermin gehabt habe, hat sie ihr Feststellungsinteresse ausreichend dargetan.

Die (Teil-) Aufhebung ist zwar wirksam, aber rechtswidrig. Die Voraussetzungen des § 63 Abs. 1 VgV sind vorliegend nicht erfüllt. Im Übrigen ist der zur (Teil-) Aufhebung führende Aufhebungsgrund der Sphäre der VSt zuzurechnen.

Ob die Behauptung der VSt, die ASt habe ihre Angebotsunterlagen im Rahmen der Fortsetzung des Vergabeverfahrens nach der Rückversetzung weiterverwendet und es deshalb an einem ersatzfähigen Schaden fehle, zutreffend ist, kann hier dahinstehen. Jedenfalls ist der ASt kausal durch die – nicht von § 63 Abs. 1 VgV gerechtfertigte – Rückversetzung und Wiederholung eines Teils des Vergabeverfahrens ein zeitlicher Mehraufwand zweifellos entstanden. Der von der ASt behauptete Schadensersatzanspruch wegen nutzloser Aufwendungen ist somit nicht von vornherein völlig aussichtslos. Die abschließenden Erfolgsaussichten eines möglichen Schadensersatzbegehrens sind im Nachprüfungsverfahren von der Vergabekammer aber nicht zu prüfen. Ob und inwieweit dem Bieter durch die Pflichtverletzung konkret ein Schaden entstanden ist, haben die ordentlichen Gerichte zu entscheiden (OLG München, B.v. 19.07.2012, Verg 8/12).

**c)**

Unabhängig von der Frage, ob die Zulässigkeit des Feststellungsantrages auch die Zulässigkeit des ursprünglichen Nachprüfungsantrages voraussetzt (vgl. Nowak in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 36 m.w.N.; Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 168 GWB, Rn. 136; a.A. Beck VergabeR/Antweiler, 3. Aufl. 2017, § 168 GWB, Rn. 63 m.w.N), war der ursprüngliche Nachprüfungsantrag ebenfalls zulässig.

**aa)**

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfungsverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 S. 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

**bb)**

Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.

**cc)**

Bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB.

**dd)**

Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

**ee)**

Die ASt ist antragsbefugt. Antragsbefugt ist nach § 160 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, eine Verletzung in eigenen, bieterschützenden Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend macht und einen dadurch entstandenen oder drohenden Schaden darlegt. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes, der durch das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren sichergestellt werden soll, kann die Antragsbefugnis allerdings nur dem Antragsteller abgesprochen werden, bei dem eine Rechtsbeeinträchtigung offensichtlich nicht gegeben ist. Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist insoweit die schlüssige Behauptung der Rechtsverletzung erforderlich, aber regelmäßig auch ausreichend (BGH, B.v. 26.09.2006 – X ZB 14/06). Durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und der Erhebung der Rüge sowie des Nachprüfungsantrages hat die ASt ihr Interesse an dem öffentlichen Auftrag ausreichend dargelegt. Sie hat zudem eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch eine fehlerhafte Wertung ihres Angebots und einen dadurch drohenden Schaden geltend gemacht. Ein Schaden droht bereits dann, wenn die Aussichten des Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (vgl. BGH, Beschluss v. 10.11.2009, X ZB 8/09).

**ff)**

Die ASt hat die Bewertung und Ablehnung ihres Angebots nach Erhalt der Information gemäß § 134 GWB am 11.05.2021 mit Schreiben vom 12.05.2021 rechtzeitig gerügt, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB.

**gg)**

Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 20.05.2021 war die 15-Tages-Frist gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom 19.05.2021 zur Verfügung stand.

**hh)**

Der Zuschlag war noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

**2.**

Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist begründet.

Nach § 168 Abs. 2 S. 2 GWB stellt die Vergabekammer fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. Durch die fehlerhafte Wertung der Präsentation der ASt hat die VSt die ASt in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt.



Die Wertung durch die VSt auf Grundlage der Präsentation am xx.xx.xxxx weist Mängel auf. Auf einem Bewertungsbogen eines Jurors wurde in Bezug auf die ASt unter Ziffer 4 im Unterpunkt „Grundsätzliche Verfügbarkeit während der Planungs- und Ausführungsphase sowie speziell zur Präsenz vor Ort während der gesamten Bauphase“ die Anmerkung gemacht: „wie soll das bei dem Honorar und der Entfernung funktionieren“. Unter Ziffer 5 findet sich im Unterpunkt „Qualitativer Gesamteindruck der Präsentation (z.B. Inhalt, Struktur, Herangehensweise) um Rückschlüsse auf eine spätere Projektarbeit zu ziehen“ die Anmerkung „großes Büro -> wer macht die Arbeit“ und im Unterpunkt Eindruck „Stellvertreter/in“ die Anmerkung „häufige Jobwechsel“ sowie „wirkt wenig motiviert“. In den genannten Unterpunkten erfolgten dementsprechend Punktabzüge.

Dies stellt aufgrund der ausdrücklich dokumentierten sachfremden Erwägungen des Jurors eine fehlerhafte Wertung der Präsentation selbst dar und - entgegen der Ansicht der VSt - nicht nur eine unzureichende Dokumentation des Wertungsvorgangs.

### **3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

#### **a)**

Die VSt hat die Verfahrenskosten zu tragen, weil sie im Verfahren unterlegen ist, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.

#### **b)**

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB. Danach hat die unterlegene VSt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu erstatten.

#### **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 ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Die VSt war zudem ebenfalls fachanwaltlich vertreten, so dass im Rahmen der Gleichbehandlung eine anwaltliche Vertretung der ASt ebenfalls gerechtfertigt ist.

**d)**

Die BGI trägt ihre Kosten selbst. Sie hat sich am Verfahren nicht beteiligt und keine Anträge gestellt oder sonst am Verfahren mitgewirkt. Sie hat daher das Risiko des Unterliegens nicht getragen und bekommt im Umkehrschluss dazu auch keine Aufwendungen erstattet.

**e)**

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen. Unter Berücksichtigung der Angebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

Da keine mündliche Verhandlung erforderlich war, wird die Gebühr um xxx,- € auf x.xxx,- € ermäßigt.

Da die VSt dem Nachprüfungsantrag abgeholfen und sich dadurch in die Rolle der Unterlegenen begeben hat, ist der Vergabekammer die Entscheidungsfindung erleichtert worden, weshalb die Vergabekammer eine weitere Gebührenreduktion um xxx,- € auf x.xxx,- € als sachgerecht erachtet.

Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....