

Leitsätze:

1. Gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 GWB ist das Kartellvergaberecht für Aufträge anwendbar, deren geschätzter Auftragswert den jeweils maßgeblichen Schwellenwert übersteigt. Hierzu ist eine Auftragswertschätzung nach § 3 VgV zu erstellen, bei der vom voraussichtlichen Gesamtwert der zu vergebenden Leistungen auszugehen ist. Denknotwendigerweise ist dabei zunächst von der Vergabestelle festzulegen, welche Leistungen sie überhaupt zu vergeben beabsichtigt. Nur darauf aufbauend kann eine Auftragswertschätzung ordnungsgemäß erfolgen.
2. § 3 VgV legt explizit fest, dass der Gesamtwert des Auftrags, inklusive etwaiger Optionen und Vertragsverlängerungen und ohne Absicht der Vermeidung einer Anwendung des Kartellvergaberechts, maßgeblich sein muss. § 3 VgV verbietet es geradezu, Leistungen nicht schon bei der ursprünglichen Ausschreibung zu berücksichtigen und deren Vergabe über Nachbeauftragungen ins Stadium nach Vertragsschluss zu verlegen.
3. Zur Beurteilung, ob der Schwellenwert erreicht ist, kann eine Vergabekammer grundsätzlich eine fehlerhafte Auftragswertschätzung der Vergabestelle durch eine eigene ersetzen. Es ist jedoch nicht Aufgabe der Vergabekammer, der Vergabestelle vorzugeben, was sie im Rahmen ihres vergaberechtlichen Leistungsbestimmungsrechts als Ausschreibungsgegenstand festzulegen hat.

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

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

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

**Vorhaben:** **Fachtechnische Unterstützung bei der Erneuerung der IuK-  
Technik der .....**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 10.10.2019 durch den Vorsitzenden ....., die hauptamtliche Beisitzerin..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

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

1. Es wird festgestellt, dass der zwischen der Vergabestelle und der Beigeladenen am 13.05.2019/18.07.2019 geschlossene Vertrag „Fachtechnische Unterstützung bei der Erneuerung der IuK-Technik der ....“ unwirksam ist.
2. Bei fortbestehender Vergabeabsicht wird die Vergabestelle verpflichtet, eine ordnungsgemäße Auftragswertschätzung gem. § 3 VgV unter Einbeziehung aller vom zukünftigen Auftragnehmer zu erbringenden Dienstleistungen vorzunehmen. Zudem wird die Vergabestelle bei fortbestehender Vergabeabsicht verpflichtet, eine erschöpfende Leistungsbeschreibung zu erstellen, die alle vorhersehbaren Dienstleistungen, die der zukünftige Auftragnehmer zu erbringen hat, beinhaltet.
3. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
6. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

### **Sachverhalt:**

**1.**

Die Vergabestelle beabsichtigt die IuK-Technik der ..... in ..... zu erneuern. Hierzu benötigt sie fachplanerische Unterstützung.

Sie forderte als Unterschwellenvergabe im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb deshalb verschiedene Firmen, darunter die Antragstellerin auf, sich für den Auftrag für Planungsleistungen für die Leistungsphasen 6 - 8 gemäß § 55 ff. i.V.m. Anlage 15 HOAI zu bewerben. Nach abgeschlossener Eignungsprüfung sollten alle geeigneten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Nach Prüfung der Angebote werde mit dem günstigsten Bieter vor Zuschlag ein Aufklärungsgespräch durchgeführt.

**2.**

Die Antragstellerin bewarb sich entsprechend und wurde mit Schreiben vom 23.04.2019 zur Abgabe eines Angebots bis zum 14.05.2019 aufgefordert.

Gegenstand des Angebots sollte ein Honorarangebot auf Basis der vorgegebenen Parameter sein.

Da die Vergabestelle nur die Leistungsphasen 6 - 8 ausgeschrieben hatte, stellte die Antragstellerin Rückfragen zu den vorausgehenden Leistungsphasen.

Die Vergabestelle antwortete, dass die Inhalte der Leistungsphasen 3 - 5 nur anhand bereits vorhandener Unterlagen zur derzeitigen technischen Ausstattung zur Verfügung gestellt werden könnten.

Zur Frage, durch wen die notwendigen Leistungen für die Leistungsphasen 2 und 3 bzw. 5 erbracht würden, antwortete die Vergabestelle, dass die erforderlichen Angaben ihr mitzuteilen seien und, sofern sie diese Angaben nicht selbst machen könne, eine Nachbeauftragung und Vergütung der zusätzlichen Leistungen gemäß § 10 HOAI erfolgen würde. Ebenfalls würden eventuell erforderliche Leistungen für die Erstellung des Förderantrags nach § 10 HOAI beauftragt.

**3.**

Die Antragstellerin gab ein Angebot für die Leistungsphasen 6 - 8 ab. Mit Schreiben vom 17.07.2019 informierte die Vergabestelle die Antragstellerin darüber, dass der Auftrag anderweitig vergeben worden sei.

**4.**

Daraufhin erhob die Antragstellerin durch ihre Bevollmächtigte am 14.08.2019 Nachprüfungsantrag und beantragte:

- 1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. § 160 Abs. 1 GWB, die Übermittlung des Antrags an die Antragsgegnerin gem. § 163 Abs. 2 Satz 3 GWB und die Information der Antragsgegnerin in Textform über den Antrag auf Nachprüfung, § 169 Abs. 1 GWB,*
- 2. die Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrages „fachtechnische Unterstützung bei der Erneuerung der IuK-Technik der ....., Vergabe-Nr.: .....,“ der Antragsgegnerin gem. § 135 Abs. 2 GWB festzustellen,*
- 3. der Antragsgegnerin aufzugeben, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht den Auftrag in einem zulässigen Vergabeverfahren nach VgV europaweit auszuschreiben,*
- 4. hilfsweise, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,*
- 5. der Antragstellerin gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,*
- 6. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen und*
- 7. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin notwendig war.*

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, da die Vergabekammer Nordbayern sachlich zuständig sei, weil bei ordnungsgemäßer Schätzung gemäß § 3 VgV der Gesamtauftrag den gültigen Schwellenwert in Höhe von 221.000,00 € netto überschreite. Bei den Leistungsphasen 6 - 8, die vergeben werden sollten, handele es sich lediglich um ein Los eines Gesamtauftrags, der insgesamt zwingend europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen.

Wie die Vergabestelle selbst im Rahmen der Beantwortung der Bieterfragen bereits zu verstehen gegeben habe, würden weitere Planungsleistungen erforderlich werden, damit die Leistungsphasen 6 - 8 überhaupt erbracht werden könnten. Diese sollen gemäß § 10 HOAI nachbeauftragt werden und müssten gemäß § 3 Abs. 7 VgV zum ausschreibungsgegenständlichen Los addiert werden, zumal die Vergabestelle sich die Beauftragung auch ausdrücklich optional vorbehalten habe, § 3 Abs. 1 Satz 2 VgV. Damit sei der maßgebliche Schwellenwert weit überschritten. Eine Rügepflicht der Antragstellerin habe nicht bestanden, da diese den Vergabeverstoß erst nach anwaltlicher Beratung erkannt habe.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, da bei europaweiter Ausschreibung die Antragstellerin ein wesentlich optimaleres Angebot hätte abgeben können, sodass sie durch das Vorgehen der Vergabestelle in ihren Rechten verletzt sei. Der Vertragsschluss sei gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB als unwirksam festzustellen.

**5.**

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 19.08.2019 an die Vergabestelle übermittelt und um Übersendung der Vergabeakten gebeten.

**6.**

In ihrer Erwiderung vom 02.09.2019 beantragte die Vergabestelle,

*den Nachprüfungsantrag vom 14.08.2019 – hier eingegangen am 19.08.2019 – mit den darin gestellten Anträgen 2. bis 4. sowie 6. und 7. kostenpflichtig zurückzuweisen sowie die Fa. .... zum Verfahren beizuladen.*

Vor Einleitung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens habe sie in Abstimmung mit dem Bayerischen Staatsministerium ..... eine Auftragswertschätzung durchgeführt, bei der sie den voraussichtlichen Auftragswert auf brutto 150.000 € bezifferte. Dementsprechend habe sie die Leistungen national als beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben. Gemäß der Leistungsbeschreibung würden nur die Leistungsphasen 6 - 8 benötigt.

Nach Durchführung des Verfahrens sei am 18.07.2019 der Auftrag an die Beigeladene vergeben worden.

Der hiergegen gerichtete Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei unzulässig und unbegründet.

Die Überlegungen der Antragstellerin, in Wahrheit sei beabsichtigt, die Leistungsphasen 1 - 5 als Los eines Gesamtauftrags ebenfalls zu vergeben, aber nicht in die Gesamtauftragswertschätzung miteinzubeziehen, um ein europaweites Vergabeverfahren zu umgehen, träfen nicht zu.

Der Auftragswert sei ordnungsgemäß ermittelt worden. Zunächst sei geplant gewesen, die Leistungsphasen 1 - 9 europaweit auszuschreiben, wobei von einem Auftragsvolumen von 300.000,00 € brutto ausgegangen worden sei. Nach Feststellung der tatsächlich benötigten Leistungen wurde dann die Ausschreibung der Leistungsphasen 6 - 8 für ausreichend erachtet. Es sei davon auszugehen, dass die Vergabe der Leistungsphasen 1 - 5 nicht erforderlich sei, da ein Musterleistungsverzeichnis vorhanden sei. Auch die Ausschreibung der Leistungsphase 9 werde als nicht notwendig erachtet. Somit habe sich die ursprüngliche Kostenschätzung auf 126.050,00 € netto verringert. Der Schwellenwert von 221.000,00 € netto werde dadurch nicht überschritten.

Die Beschränkung auf die Leistungsphasen 6 - 8 sei dadurch möglich, dass ein Musterleistungsverzeichnis vorliege und wesentliche Leistungen der Leistungsphasen 2, 3 und 5 durch die Vergabestelle erstellt würden, wozu diese auch in der Lage sei, insbesondere deshalb, weil die Erstausrüstung der ..... durch die Vergabestelle selbst geplant und umgesetzt worden

sei. Ferner würde selbst die ausgeschriebene Leistungsphase 7 überwiegend durch die Vergabestelle erbracht.

Die Vergabestelle habe nicht die Absicht, durch zusätzliche Beauftragung von Leistungsphasen eine wesentliche Auftragsänderung vorzunehmen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet, da die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen präkludiert sei. Die Antragstellerin habe den angeblichen Vergaberechtsverstoß nicht rechtzeitig gerügt, nachdem sie ihn erkannt habe. Sofern die Antragstellerin vortrage, sie treffe keine Rügepflicht nach § 160 Abs. 3 GWB, weil sie den Vergabeverstoß erst nach Hinzuziehung anwaltlicher Beratung erkannt habe, sei dies unzutreffend.

Das Verfahren sei auch im Übrigen korrekt durchgeführt worden und von Beginn an transparent abgelaufen. Sämtliche Eignungsanforderungen und Zuschlagskriterien sowie die Bieterinformationen seien allen Bietern zur Verfügung gestellt worden.

**7.**

Die Vergabekammer hat am 06.09.2019 der Antragstellerin unter Wahrung des Geheimschutzes gemäß § 165 Abs. 1 und Abs. 2 GWB Akteneinsicht in die Vergabeakte gewährt.

**8.**

Am selben Tag hat die Vergabekammer die Fa. .... zum Verfahren beigelegt.

**9.**

Der Beigeladenen hat die Vergabekammer am 11.09.2019 Akteneinsicht in die Vergabeakte unter Wahrung des Geheimschutzes gemäß § 165 Abs. 1 und Abs. 2 GWB gewährt.

**10.**

Mit Schriftsatz vom 13.09.2019 trägt die Antragstellerin vor, dass die Phase 2 der Erneuerung der .... die komplette Ersetzung der Technik und Einrichtung umfasse. Dafür sei eine entsprechende Planung erforderlich, wofür die Vergabestelle einen Fachplaner sowohl für das Ausschreibungs- und Beschaffungsverfahren sowie die Auftragsabwicklung als auch für die Planung benötige.

Eine Auftragswertschätzung in Abstimmung mit dem Bayerischen Staatsministerium .... sei der Vergabeakte nicht zu entnehmen. Die Summe von 150.000,- € brutto entspräche schon nach Einschätzung der Vergabestelle nicht dem Beschaffungsbedarf.

Die Behauptung, dass nur die Leistungsphasen 6 - 8 benötigt würden, sei unzutreffend. Weder das Schreiben vom 16.07.2018 noch das Musterleistungsverzeichnis enthielten diese Aussage. Das Musterleistungsverzeichnis könne die Planung nicht ersetzen, wie sich an vielen

Beispielen belegen lasse. Für die weiteren Einzelheiten hierzu wird auf den Schriftsatz der Antragstellerin verwiesen.

Die Vergabestelle könne sich auch nicht auf die Auftragswertschätzung berufen, da diese nicht den Anforderungen des § 3 Abs. 1 und Abs. 2 VgV genüge. Hierbei sei insbesondere nicht der gesamte erforderliche Bedarf an Leistungen zugrunde gelegt worden. Das Musterleistungsverzeichnis könne die Leistungsphasen 1 - 5 nicht ersetzen, da es sich nur um die Beschreibung einer generalisierenden Referenzinstallation für alle denkbaren Standorte und Anforderungen handele. Die konkreten Gegebenheiten vor Ort müssten immer planerisch berücksichtigt werden.

Wie sich aus der Vergabeakte ergebe, sei die Vergabestelle sich auch dessen bewusst gewesen. Zudem ergebe sich aus der Vergabeakte auch, dass die Vergabestelle die fehlenden Leistungen selbst nicht habe erbringen wollen. Die Fachplanung für die Erstausrüstung sei nicht von der Vergabestelle selbst, sondern durch das Büro „.....“ durchgeführt worden, welches die ..... als Referenz auf ihrer Homepage angebe und was von der Vergabestelle auf deren Website auch angegeben würde.

Aus der Vergabeakte ergebe sich weiterhin, dass die Vergabestelle in ihrer eigenen Leistungsbeschreibung davon ausgegangen sei, dass Teile der Leistungsphasen 3 und 5 zu erbringen wären.

Die Vergabestelle sei zunächst von einem Beschaffungsbedarf von 300.000,- € brutto ausgegangen. Die anschließende Ermäßigung habe nicht dem erkannten Beschaffungsbedarf entsprochen. Dies sei auch der Grund gewesen, weshalb sie den Bietern mitgeteilt habe, dass sie Zusatzaufträge nach § 10 HOAI vergeben wolle.

Bei ordnungsgemäßer Schätzung des Auftragswerts wäre der Schwellenwert überschritten worden.

Nichts Anderes ergebe sich auch aus den Bieteranfragen, die darauf schließen ließen, dass notwendige planerische Leistungen zu den Leistungsphasen 2, 3 und 5 noch nicht erbracht worden seien.

Der Nachprüfungsantrag sei auch nicht präkludiert, da kein Fall des § 160 Abs. 3 GWB vorliege. Entgegen der Ansicht der Vergabestelle fehle es an der Erkennbarkeit des Vergaberechtsverstößes.

## **11.**

Die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 GWB wurde bis einschließlich 21.10.2019 verlängert.

## **12.**

Mit Schriftsatz vom 27.09.2019 trägt die Vergabestelle vor, dass die Technik der ..... alle 120 Monate komplett und alle störanfälligen Teile nach 60 Monaten ausgetauscht werden müssten.

Anlässlich des letzten Austauschs im Jahr 2012 habe man intensiv geprüft, ob es sich bei diesen Leistungen um Leistungen nach HOAI handele. Damals habe man nach VOL/A ausgeschrieben und den Auftrag an die jetzige Antragstellerin vergeben.

Soweit die Antragstellerin die Auffassung vertrete, die Vergabestelle habe den Auftragswert zu niedrig geschätzt und deshalb das falsche Vergabeverfahren gewählt, stimme das nicht. Der Vergabestelle stehe ein Leistungsbestimmungsrecht zu, sie könne entscheiden, welche Leistungen beschafft werden sollen oder müssen. Der gegenständliche Auftrag könne sinnvollerweise auch ohne Ausschreibung und Vergabe aller Leistungsphasen durchgeführt werden. Die Vergabestelle wolle und brauche die nicht ausgeschriebenen Leistungsteile nicht beschaffen. Innerhalb der Verwaltung der Vergabestelle stehe für nahezu jede Fachkompetenz ein hochspezialisiertes Team aus dem jeweiligen Fachamt zur Verfügung, wie an dem Beispiel „.....“ erläutert werde.

Die von der Antragstellerin angeführten Auszüge aus der Vergabeakte ergäben nichts Anderes. Sofern auf die E-Mail vom 21.03.2019 Bezug genommen werde, seien die dort angeführten zusätzlichen Leistungen Teile der Leistungsphase 6 und damit ohnehin bereits im Ausschreibungsumfang enthalten und die interne Kommunikation zur Vorbereitung der Beantwortung von Bieterfragen nicht abschließend als finales Ergebnis zu werten.

Sofern die Antragstellerin Bezug auf die Leistungsbeschreibung zur Erneuerung der ..... nehme, sei diese von der Vergabestelle nur als Arbeitsgrundlage herangezogen worden, habe aber im Vergabeverfahren keine Verwendung gefunden.

Die Vergabestelle habe eine Vorgabe für ein Angebot erstellt, bei dem ohnehin nur Teile der ausgeschriebenen Leistungsphasen zu erbringen seien. Auch habe man die Honorarzone III, nicht II zugrunde gelegt.

Bei einem Musterleistungsverzeichnis handele es sich auch nicht um den kleinsten gemeinsamen Nenner, sondern regelmäßig um die Abbildung aller möglichen und erdenklichen Leistungen.

Ferner sei die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen präkludiert. Egal, ob man einen subjektiven oder objektiven Maßstab zugrunde lege, in jedem Fall sei von Erkennbarkeit des vermeintlichen Vergabeverstößes auszugehen.

### **13.**

Die Vergabekammer hat am 02.10.2019 der Antragstellerin und der Beigeladenen und am 04.10.2019 nochmals der Antragstellerin ergänzend Akteneinsicht jeweils unter Wahrung des Geheimschutzes gemäß § 165 Abs. 1 und Abs. 2 GWB gewährt.

### **14.**

Mit Schriftsatz vom 08.10.2019 trägt die Antragstellerin ergänzend vor, dass die Hinweise der Vergabestelle zur Vergabe aus dem Jahr 2012 nicht nachvollziehbar seien. Sowohl nach den



Unterlagen des Bayerischen .....ministeriums als auch der Vergabepaxis aller anderen Träger einer ..... in Bayern handele es sich zweifellos um eine HOAI-Leistung. Die Vergabestelle habe ja auch eine HOAI-Leistung ausgeschrieben.

Die Vergabestelle habe sich gerade die Vergabe von Leistungen aus den Leistungsphasen 1 - 5 vorbehalten, wenn auch nicht in transparenter Art und Weise, sondern unter anderem versteckt in der Antwort auf die Bieterfrage 8.

Aus dem im Rahmen der ergänzenden Akteneinsicht erhaltenen Fragenkatalog, der an die Beigeladene vor endgültiger Zuschlagserteilung übermittelt worden sei, bestätige sich dies. Die Vergabestelle habe der Beigeladenen einen mehrseitigen Fragenkatalog übermittelt, der sich ausschließlich auf spezifische Planungsleistungen der Leistungsphasen 1 - 5 der HOAI beziehe. Diese Planungsleistungen seien also offenbar nach Ansicht der Vergabestelle zu erbringen und illustrierten die Notwendigkeit von individuellen Planungsleistungen.

Bezüglich der einzelnen Beispiele hierzu wird auf den Schriftsatz verwiesen.

Die offenbar geforderten Leistungen seien Planungsleistungen und auch nicht durch das Musterleistungsverzeichnis abgedeckt.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Vergabestelle sich die Vergabe weiterer Leistungen vorbehalten habe, was als Optionen nach § 3 Abs. 1 Satz 2 VgV in den Auftragswert mit einzuberechnen gewesen sei und dass bereits durch den umfassenden Fragenkatalog an die Beigeladene zum Ausdruck gebracht worden sei, dass umfangreiche, individuelle Planungsleistungen zu erbringen seien, die nicht durch die Leistungsphasen 6 - 8 abgedeckt würden.

Der Verweis der Vergabestelle auf ihr Leistungsbestimmungsrecht gehe daher fehl, weil sie dieses Recht dahingehend ausgeübt habe, dass sämtliche erforderlichen Planungsleistungen abgerufen werden sollen. Es verstoße gegen § 3 Abs. 2 VgV, der Auftragswertschätzung dann nur die Leistungsphasen 6 - 8 zugrunde zu legen. Die Auftragswertschätzung sei daher nicht geeignet, das Unterschreiten des Schwellenwertes zu rechtfertigen.

Die Vergabestelle habe selbst zum Ausdruck gebracht, dass der Auftragnehmer umfassende Planungsleistungen zu erbringen habe.

Die Vergabestelle sei daher auch in ihren Ausführungen widerlegt, sie könne die Fachplanungsleistungen selbst erbringen. Die unvoreingenommene Lektüre der E-Mail vom 21.03.2019 ergebe sehr wohl, dass es sich dabei nicht nur um einen Teil des Abstimmungsprozesses handele. Die Entwurfsplanung inklusive Förderantrag und die Ausführungsplanung werde in dieser E-Mail eindeutig bei den Bietern verortet.

Dass das Leistungsverzeichnis für die ..... von der Vergabestelle herangezogen worden sei, belege, dass wesentliche Teile der Leistungsphasen 1 - 5 zu erbringen seien. Es komme nicht darauf an, wo im Vergabeakt diese Unterlagen abgeheftet würden.

Ferner ergebe sich aus den Vergabeunterlagen, dass auch das Bayerische .....ministerium regelmäßig von der Notwendigkeit eines VgV-Verfahrens ausgehe.

Präklusion sei entgegen den Ausführungen der Vergabestelle nicht eingetreten, da der Vergaberechtsverstoß nicht erkennbar gewesen sei. Wenn schon die Vergabestelle bestreite, dass ein Rechtsverstoß überhaupt vorliege, könne von der Antragstellerin nicht erwartet werden, dass sie die Rechtswidrigkeit des Vorgehens hätte erkennen können und müssen.

**15.**

In der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2019 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zum Nachprüfungsverfahren zu äußern. Auf das Protokoll wird verwiesen.

Die Antragstellerin stellt ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 14.08.2019.

Die Vergabestelle stellt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 02.09.2019.

Die Beigeladene stellt keine Anträge.

**Begründung:**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

Wesentlicher Streitpunkt ist vorliegend die Frage, ob der Schwellenwert des § 106 GWB überschritten wurde und somit eine europaweite Ausschreibung hätte vorgenommen werden müssen.

Die Vergabestelle hat indes bereits nicht nachvollziehbar festgelegt und dokumentiert, welche Leistungen sie überhaupt benötigt und demzufolge ausschreiben will und muss. Sie hat darauf aufbauend keine nachvollziehbare Auftragswertschätzung im Sinne des § 3 VgV vorgenommen, aus der sich ergeben könnte, ob der Schwellenwert des § 106 GWB erreicht ist oder nicht. Sie hat sich jedoch vorbehalten, eventuell erforderlich werdende Leistungen nachzubeauftragen, entweder nach § 10 HOAI oder auch anderweitig.

Unter Zugrundelegung der im Vergabeverfahren plötzlich auftretenden und ebenfalls nicht nachvollziehbar dokumentierten Annahme, nunmehr nur die Leistungsphasen 6 - 8 gemäß § 55 ff. i.V.m. Anlage 15 HOAI zu benötigen, und einer rudimentär und pauschal erfolgten Auftragswertberechnung hat die Vergabestelle sich dann entschieden, das Kartellvergaberecht mangels Überschreiten des Schwellenwerts nicht anzuwenden, ein Vergabeverfahren nach der UVgO durchzuführen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen und mit der Vertragsdurchführung zu beginnen.

Dieses Vorgehen der Vergabestelle hält einer Überprüfung nicht stand. Das Vergabeverfahren war entsprechend zurückzusetzen, der Vertrag mit der Beigeladenen für unwirksam zu erklären gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

**1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

**a)**

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

**b)**

Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.

**c)**

Bei dem ausgeschriebenen Auftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne eines Dienstleistungsauftrags gemäß § 103 Abs. 4 GWB.

**d)**

Es ist davon auszugehen, dass der zu schätzende Auftragswert bei Berücksichtigung aller Leistungen, die die Vergabestelle zu vergeben beabsichtigte, den maßgeblichen Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB) übersteigt. Die Berechnung der Vergabestelle, nach der lediglich die Leistungsphasen 6 - 8 zugrunde gelegt wurden, entsprach nicht den Anforderungen des § 3 VgV.

**aa)**

Gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 GWB ist das Kartellvergaberecht für Aufträge anwendbar, deren geschätzter Auftragswert den jeweils maßgeblichen Schwellenwert übersteigt. Hierzu ist eine Auftragswertschätzung nach § 3 VgV zu erstellen, bei der vom voraussichtlichen Gesamtwert der zu vergebenden Leistungen auszugehen ist.

Denknotwendigerweise ist dabei zunächst von der Vergabestelle festzulegen, welche Leistungen sie überhaupt zu vergeben beabsichtigt. Nur darauf aufbauend kann eine Auftragswertschätzung ordnungsgemäß erfolgen.

Dies ist vorliegend jedoch bereits nicht geschehen. In der Vergabeakte ist an keiner Stelle abschließend und eindeutig dokumentiert, welche konkreten Planungsleistungen als erforderlich angesehen werden und deshalb vergeben werden sollen. Die Vergabestelle hat zwar einerseits im Verlauf des Vergabe- und Nachprüfungsverfahrens wiederholt behauptet, sie habe dezidiert nur Planungsleistungen der Leistungsphasen 6 - 8 vergeben wollen und benötige keine anderen Leistungen. Andererseits aber sind im Vergabeverfahren an einer Vielzahl von Stellen Indizien zu erkennen, die darauf hinweisen, dass die Vergabestelle selbst schon bei Erstellung der Ausschreibung davon ausging, dass auch weitere Leistungen notwendig sein werden oder zumindest werden könnten.

Die Heranziehung der Beantwortung der Bieterfrage 8, bei der die Vergabestelle ausdrücklich auf eine eventuelle Nachbeauftragung von Leistungen verweist, die Übermittlung eines umfangreichen Fragenkatalogs an die Beigeladene vor Zuschlagserteilung, in dem Details zu Planungsleistungen abgefragt werden, die Zugrundelegung des Musterleistungsverzeichnisses, das ausdrücklich nur eine „typische Referenzinstallation“ beinhaltet und in dem an mehreren Stellen auf eine bei Durchführung erfolgende Fachplanung verwiesen wird, und letztlich auch die interne Kommunikation der Vergabestelle, innerhalb derer erkennbar von einer Notwendigkeit der externen Beauftragung weiterer (Planungs-)Leistungen ausgegangen wurde, zwingen nach Ansicht der erkennenden Vergabekammer zu der Schlussfolgerung, dass die Vergabestelle gerade nicht nur Teile der Leistungsphasen 6 - 8 benötigte.

Der Verweis der Vergabestelle auf das Vorliegen eines Musterleistungsverzeichnisses und die damit entfallende Notwendigkeit von Planungsleistungen ist nicht nachvollziehbar. Dass ein

Musterleistungsverzeichnis nicht identisch auf jede ..... in Bayern angewendet werden kann, räumt die Vergabestelle bereits selbst ein, wenn sie vorträgt, dass die Voraussetzungen in der ..... im Vergleich zu ihrer eigenen unterschiedlich sind und deshalb unterschiedliche Planungsleistungen benötigt werden.

Soweit die Vergabestelle vorträgt, sie könne sämtliche zusätzlichen Leistungen selbst erbringen, vermag sie damit die Indizien aus dem Vergabeverfahren nicht zu widerlegen. Die Vergabestelle ist erkennbar bei Beginn des Vergabeverfahrens davon ausgegangen, dass sie eine Ausschreibung der Leistungsphasen 1 - 9 vornehmen und damit der Schwellenwert weit überschritten würde. Im weiteren Verlauf nahm sie dann eine Reduzierung des Ausschreibungsgegenstands vor, ohne dass aus der Vergabeakte ersichtlich wird, aus welchen Gründen dies geschah und warum die Reduzierung auf genau die Leistungsphasen 6 - 8 erfolgte. Es mag sein, dass die Vergabestelle selbst über enorme fachplanerische Kompetenz verfügt und alle weiteren Leistungen problemlos selbst erbringen kann, wobei selbst dies nach Ansicht der erkennenden Vergabekammer nicht substantiiert vorgetragen wurde und sich die Vergabestelle durch andere Aussagen zum Teil selbst widerspricht. Es wird jedoch ohnehin nirgendwo konkret und abschließend zum Ausdruck gebracht, dass deshalb unter keinen Umständen andere als die ausgeschriebenen Leistungen benötigt werden. Es wird im Gegenteil – wie bereits dargestellt – die Möglichkeit von Nachbeauftragungen an vielerlei Stellen explizit offengehalten.

Ebenso geht die Ansicht der Vergabestelle fehl, wenn sie sich auf ihr Leistungsbestimmungsrecht beruft und argumentiert, sie könne selbst entscheiden, welche Leistungen sie ausschreibe. Es ist in der Tat richtig, dass die Vergabestelle entscheiden kann, welche Leistungen vergeben werden sollen. Jedoch hat sie hier vorliegend eben gerade in Ausübung des ihr zustehenden Leistungsbestimmungsrechts nicht festgelegt, dass nur die Leistungsphasen 6 - 8 benötigt würden, sondern dieses Recht dahingehend ausgeübt, dass eben unter Umständen auch weitere Leistungen beauftragt werden können. Diese sind dann aber eben auch entsprechend auszuschreiben und bei einer Auftragswertschätzung zugrunde zu legen. Die Vergabestelle hat insoweit nach § 121 GWB ausdrücklich die Pflicht, den Auftragsgegenstand basierend auf dem, was sie im Rahmen ihres Leistungsbestimmungsrechts als für die Umsetzung des Vorhabens notwendig erachtet, eindeutig und erschöpfend zu definieren.

Der Einwand, der Fragenkatalog an die Beigeladene sei lediglich zu einer Eignungsprüfung im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs benutzt worden, ist als Schutzbehauptung zu qualifizieren und vermag insofern nicht zu überzeugen. Eine Eignungsprüfung mit nur einem Bieter nach Begutachtung der Angebote entspricht nicht den vergaberechtlichen Normen, auch nicht in Verfahren nach der UVgO. Außerdem hatte die Vergabestelle im Vergabeverfahren bereits

die Eignung der Bewerber vor Aufforderung zur Angebotsabgabe überprüft, sodass nicht ersichtlich ist, welchen Mehrwert eine Wiederholung in diesem Verfahrensstadium mit sich bringen sollte.

**bb)**

Dementsprechend hat die Vergabestelle auch keine ordnungsgemäße Auftragswertschätzung, die den Voraussetzungen des § 3 VgV entspricht, vorgenommen. Dort wird explizit festgelegt, dass der Gesamtwert des Auftrags, inklusive etwaiger Optionen und Vertragsverlängerungen und ohne Absicht der Vermeidung einer Anwendung des Kartellvergaberechts, maßgeblich sein muss. § 3 VgV verbietet es geradezu, Leistungen nicht schon bei der ursprünglichen Ausschreibung zu berücksichtigen und deren Vergabe über Nachbeauftragungen ins Stadium nach Vertragsschluss zu verlegen, also „sehenden Auges“ eine Nachbeauftragung zu avisieren. Genau dies hat die Vergabestelle hier aber getan, wie sie in der mündlichen Verhandlung in Bezug auf „geringfügige Teilleistungen anderer Leistungsphasen“ sogar selbst eingeräumt hat. Sie hat also explizit nicht alle erforderlich werdenden Leistungen bei der Berechnung berücksichtigt.

Eine Auftragswertschätzung ist ferner auch nicht vollumfassend in der Vergabeakte dokumentiert. Welche Prozentsätze welcher Leistungsphasen warum wie berechnet wurden, ist darum auch von der erkennenden Vergabekammer nicht nachzuvollziehen. Ob die in der Antwort auf Bieterfrage 8 angedachte Nachbeauftragung von Leistungen nach § 10 HOAI – dessen Anwendbarkeit überdies fraglich ist – als echte „Option“ im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 2 VgV zu verstehen ist, kann dahinstehen, da jedenfalls klar zum Ausdruck kommt, dass eine wie auch immer geartete Nachbeauftragung erfolgen soll.

**cc)**

Zur Beurteilung, ob der Schwellenwert erreicht ist, kann eine Vergabekammer grundsätzlich eine fehlerhafte Auftragswertschätzung der Vergabestelle durch eine eigene ersetzen (vgl. nur Alexander, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 3 VgV Rn. 7 m.w.N.). Vorliegend ist dies jedoch deshalb der Vergabekammer insoweit verwehrt, als dass die Vergabestelle bereits nicht abschließend festgelegt hat, welche Leistungen zu vergeben sind. Es ist der erkennenden Vergabekammer nicht möglich, zu ermitteln, welche Leistungen die Vergabestelle bei ordnungsgemäßer Beurteilung als notwendig auszuschreiben zu erachten hat. Es ist nicht Aufgabe der Vergabekammer, der Vergabestelle vorzugeben, was sie im Rahmen ihres vergaberechtlichen Leistungsbestimmungsrechts als Ausschreibungsgegenstand festzulegen hat.

Der erkennenden Vergabekammer ist bewusst, dass bei jeder ..... die spezifischen Gegebenheiten berücksichtigt werden müssen. Dennoch kann die Ausschreibung zur Erneuerung der

..... zumindest indizielle Wirkung dafür haben, welche Leistungen ungefähr benötigt werden. Bei Zugrundelegung dessen, was für die Erneuerung der ..... ausgeschrieben wurde, und unter der Annahme, dass die aufgrund des Urteils des EuGH (vgl. EuGH (4. Kammer), Urt. v. 4.7.2019 – C-377/17) nicht mehr anzuwendenden Mindestsätze der HOAI dennoch immer noch einen Anhaltspunkt für ein zumindest auskömmliches Honorarangebot darstellen können, ist davon auszugehen, dass für die erforderlichen Leistungen für die streitgegenständliche ... der Schwellenwert von 221.000,- € netto weit überschritten wird. Aus diesem Grund hält die erkennende Vergabekammer bei Zugrundelegung aller von der Vergabestelle benötigten Leistungsbestandteile den Schwellenwert für überschritten, wenn auch nicht sicher festgelegt werden kann, welche Leistungen dies im Ergebnis sind und um welchen Betrag der Schwellenwert überschritten würde.

**e)**

Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Sie hat im Sinne des § 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 vorgetragen, dass sie bei Einhaltung der Vorschriften des Kartellvergaberechts ein optimaleres Angebot abgeben hätte können. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.

**f)**

Eine Rüge war gemäß § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB entbehrlich.

**g)**

Der bereits auf das Angebot der Beigeladenen erteilte Zuschlag vom 18.07.2019 steht dem Nachprüfungsverfahren nicht entgegen im Sinne von § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

Der Zuschlag der Vergabestelle auf das Angebot der Beigeladenen und der dadurch zustande gekommene Vertrag sind unwirksam, § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Die Vergabestelle hätte eine europaweite Ausschreibung vornehmen müssen, da bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens der Schwellenwert zum Kartellvergaberecht überschritten worden wäre. Dies hat sie nicht getan, sodass der Vertrag aufgrund der fehlenden Bekanntmachung im EU-Amtsblatt für unwirksam zu erklären ist.

**2.**

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Das Vergabeverfahren wurde fehlerhaft durchgeführt, da keine europaweite Ausschreibung, die bei Überschreiten des Schwellenwerts erforderlich

ist und im streitgegenständlichen Nachprüfungsverfahren nach Überzeugung der erkennenden Vergabekammer notwendig gewesen wäre, vorgenommen wurde. Der an die Beigeladene erteilte Zuschlag ist unwirksam und die Vergabestelle gemäß § 168 Abs. 1 GWB zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht im Wege eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens zunächst festzustellen, welche Leistungen sie überhaupt benötigt und darauf aufbauend eine ordnungsgemäße Auftragswertschätzung nach § 3 VgV vorzunehmen.

Die Antragstellerin ist durch die unterbliebene europaweite Ausschreibung in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

Zwar konnte sich die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligen. Ein Nachteil ist jedoch auch dadurch für die Antragstellerin möglich, dass nicht alle Vorgaben des Kartellvergaberichts eingehalten wurden, sodass die bloße Möglichkeit ausreichend ist, dass die Antragstellerin in einem neuen, ordnungsgemäßen Vergabeverfahren eine bessere Zuschlagschance hätte (vgl. nur zuletzt VK Südbayern, Beschluss vom 18.07.2019, Az.: Z3-3-3194-1-14-05/19 m.w.N.).

Vorliegend hat die Vergabestelle kein ansonsten fehlerfreies Vergabeverfahren nach den Voraussetzungen des Kartellvergaberichts durchgeführt.

Bereits die Tatsache, dass nicht alle zu erbringenden Leistungen gemäß § 121 Abs. 1 GWB in der Leistungsbeschreibung aufgeführt waren, begründet eine Rechtsverletzung der Antragstellerin, da insofern keine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet war. Der Vorbehalt der Nachbeauftragung hat zwangsläufig zur Folge, dass die nach Vertragsschluss vom Vertragspartner erbrachten Leistungen von diesem der Vergabestelle in Rechnung gestellt werden. Ein Wettbewerb findet diesbezüglich nicht mehr statt, sodass nicht gewährleistet ist, dass auf das insgesamt preisgünstigste Angebot der Zuschlag tatsächlich erteilt wurde. Es ist insofern nicht auszuschließen, dass die Antragstellerin bei Abfrage aller benötigten Leistungen eine bessere Zuschlagschance hat.

Auch die Zuschlagskriterien als solche wurden nicht ordnungsgemäß in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen bekannt gemacht, §§ 127 GWB, 58 VgV. Die mit der Einladung zur Angebotsabgabe mitgeteilte Information, mit dem „günstigsten Bieter“ werde vor Zuschlag ein Aufklärungsgespräch durchgeführt, ist die einzige Information, aus der den Bietern die Kriterien für den Zuschlag zumindest ansatzweise mitgeteilt wurden. Allein dies reicht jedoch nicht aus, um das Vorliegen transparenter und diskriminierungsfreier Zuschlagskriterien anzunehmen. Es wurden keine Zuschlagskriterien von der Vergabestelle ausdrücklich benannt. Aus der Formulierung „günstigster Bieter“ im Bieteranschreiben lässt sich nicht eindeutig erkennen, ob hierbei der niedrigste Angebotspreis oder aber das wirtschaftlichste Angebot, angelehnt an § 127 Abs. 1 GWB, gemeint ist. Während der Wortlaut eher für erste Variante



spricht, ist – insbesondere im Hinblick auf §§ 73 ff. VgV – auch die zweite Variante nicht ausgeschlossen. Eine eindeutige Bekanntmachung von Zuschlagskriterien ist jedenfalls nicht erfolgt, sodass bereits aus diesem Grund das Vergabeverfahren nicht den Vorschriften des Kartellvergaberechts entsprechend durchgeführt wurde.

Die Antragstellerin hat vorgetragen, dass sie bei Einhaltung der europarechtlichen Vorgaben ein optimaleres Angebot hätte abgeben können, was von den anderen Beteiligten nicht bestritten wurde. Wenn die Vergabestelle unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ein neues Vergabeverfahren mit europaweiter Ausschreibung durchführt, ist es möglich, dass die Antragstellerin aufgrund der Verpflichtung zur Einhaltung der Vorschriften des Kartellvergaberechts eine bessere Zuschlagschance hat.

### **3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

#### **a)**

Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

#### **b)**

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der Antragstellerin ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

#### **c)**

Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst. Sie hat keine Anträge gestellt und am Verfahren nicht in maßgeblicher Weise mitgewirkt. Somit hätte sie im Fall des Obsiegens keine Aufwendungen erstattet bekommen und trägt im Umkehrschluss dazu nunmehr auch kein Kostenrisiko.

#### **d)**

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die Antragstellerin 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, sodass es der Antragstellerin nicht zuzumuten war, dass sie das Verfahren vor der Vergabekammer selbst führt.

#### **e)**

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Gesamtauftragssumme 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,- €.

f)

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

Die Vergabestelle ist gemäß § 182 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....