

Leitsätze:

1. Es obliegt dem Auftraggeber, im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb die konkreten Kriterien für die Begrenzung der Teilnehmer für den zu vergebenden Auftrag festzulegen. Solange die Festlegung der Kriterien nicht willkürlich oder mit dem erklärten Ziel vorgenommen wird, bestimmte Marktteilnehmer vom Vergabeverfahren von vornherein auszuschließen, ist der Auftraggeber bei der Definition der ihm wichtig erscheinenden Kriterien frei und hat hierbei einen grundsätzlich weiten Ermessensspielraum.
2. Die Kriterien für die Begrenzung der Teilnehmer hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung anzugeben.

Nachprüfungsantrag:
(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:
(Vergabestelle - VSt)

Vorhaben: **Neubau einer Kindertagesstätte in,
Dienstleistungen von Architekturbüros
Leistungen der Objektplanung
Leistungsphasen 3-9 gem. § 33 ff HOAI**

Vergabeverfahren: **Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 01.10.2020 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb die Planung für den Neubau einer Kindertagesstätte in als Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb aus. Das Verfahren wurde am xx.xx.xxxx im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekanntgemacht.

Nach Ziffer II.2.9 der Bekanntmachung werden 3-5 Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Auswahl der Teilnehmer erfolgt u.a. anhand folgender Kriterien:

- „ 3. *Darstellung von maximal 3 Referenzprojekten aus den letzten 3 Jahren von 2017 bis zum Zeitpunkt des Schlusstermins für den Eingang der Teilnahmeanträge gemäß IV.2.2) dieser Bekanntmachung, aus der die Erfahrung des Bewerbers bei Projekten mit vergleichbaren Anforderungen hervorgeht (§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV). Die Vergabestelle weist darauf hin, dass ausnahmsweise auch länger zurückreichende Referenzen (ab 1.1.2016 bis zum Zeitpunkt des Schlusstermins für den Eingang der Teilnahmeanträge gemäß IV.2.2) dieser Bekanntmachung) berücksichtigt werden – Wichtung 90 %.*

Referenzprojekte die vor 2016 in Betrieb genommen wurden, werden bei der Wertung nicht berücksichtigt.

Für die Maximalpunktzahl sollten folgende Anforderungen durch die Referenzprojekte erfüllt sein:

- *Bei dem Referenzprojekt handelt es sich um eine Neubaumaßnahme (max. 6 Punkte);*
- *bei dem Referenzprojekt handelt es sich um öffentlich geförderte Maßnahme (max. 6 Punkte);*
- *das Referenzprojekt ist hinsichtlich der Größenordnung vergleichbar (Kosten (Kgr. 300+400) \geq 3,0 Mio. EUR brutto) (max. 6 Punkte);*
- *durch den Bewerber wurden mindestens die Leistungsphasen 3-8 (gem. § 34 HOAI) erbracht (max. 6 Punkte);*
- *derzeitiger Projektstand des Referenzprojektes ist mindestens die Leistungsphase 8 oder das Projekt ist abgeschlossen (max. 6 Punkte).*

Es können 30 Punkte je Referenzprojekt erreicht werden.

Die maximal zu erreichende Punktzahl im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs sind 100 Punkte (max. 5 Punkte für Gesamtumsatz + max. 5 Punkte für Mitarbeiterzahl + 3 x max. 30 Punkte für Referenzprojekte).

Die teilweise Erfüllung der vorgenannten Kriterien führt nicht zum Ausschluss, sondern zu einer entsprechend geringeren Bewertung.

Eine Übersicht ist der „Anlage C – Kriterienkatalog“ zu entnehmen. “

2.

Zum Schlusstermin am xx.xx.xxxx reichten 7 Bieter einen Teilnahmeantrag ein.

Auf den Bewerbungsbogen hat die ASt folgende Angaben gemacht:

„ 12.b) Referenzprojekt (ab 01.01.2016)

Projektbezeichnung: **Erweiterung und Neubau**

..... in

verantwortlicher Projektleiter (.....)

...

<i>Zeitraum</i>	<i>Beginn Planung</i>	01/14
	<i>Baufertigstellung</i>	08/15
	<i>Inbetriebnahme</i>	08/15 “

3.

Mit Schreiben vom 28.07.2020 teilte die VSt der ASt mit, dass sie im Teilnahmewettbewerb 70 Punkte bei einer möglichen Gesamtpunktzahl von 100 Punkten erreicht habe. Zur Abgabe eines Angebotes hätten mindestens 97,88 Punkte erreicht werden müssen. Daher könne die ASt an der zweiten Runde des Verfahrens nicht berücksichtigt werden.

4.

Mit E-Mail vom 05.08.2020 rügte die ASt ihre Nichtberücksichtigung am weiteren Verfahren. Die Referenz „Erweiterung und Neubau in“ sei zu Unrecht nicht gewertet worden. Die Nutzungsaufnahme sei am 09.06.2016 erfolgt, die Schlussrechnung trage das Datum 17.03.2017. Deshalb entspreche diese Referenz den Vorgaben der Ausschreibung.

5.

Die VSt hat die Rüge am 05.08.2020 zurückgewiesen. Der Teilnahmeantrag der ASt sei entsprechend Punkt II.2.9 der Bekanntmachung korrekt bewertet worden. Die ASt habe im Bewerbungsformular die Baufertigstellung und Inbetriebnahme in mit 08/15 angegeben, weshalb die Referenz nicht gewertet werden konnte. Die VSt könne nur das werten, was die Bewerber angegeben haben.

6.

Am 20.08.2020 beantragt die ASt,
eine Überprüfung des Vergabeverfahrens.

Die Referenz der ASt sei entspreche nicht § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV. Die Baufertigstellung und Inbetriebnahme allein sei nicht ausschlaggebend für eine vollständig erbrachte Dienstleistung. In der vorliegenden Ausschreibung durfte die Referenz nicht älter als 01.01.2016 sein. Hierzu sei ausschließlich der Beginn der Planung, die Baufertigstellung sowie die Inbetriebnahme abgefragt worden. Die ASt habe für die Referenz in den Planungsbeginn 01/14, die Baufertigstellung mit 08/15 und die Inbetriebnahme mit 08/15 angegeben. Wann die Architektenleistung vollständig erbracht worden sei, sei nicht abgefragt worden.

Eine Nutzungsaufnahme sei am 09.06.2016 erfolgt und die Referenz sei am 17.03.2017 schlussgerechnet worden, bis zum Jahr 2022 laufe noch die Objektüberwachung. Damit falle die Referenz in den festgelegten Zeitraum ab 01.01.2016, da die Architektenleistung nicht vor dem Jahr 2016 vollständig erbracht worden sei.

7.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 21.08.2020 an die VSt übermittelt und um Vorlage der Vergabeakten gebeten.

8.

Die VSt beantragt am 27.08.2020

1. Der Vergabenachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich etwaiger Kosten der Rechtsverfolgung der VSt trägt die ASt.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Die ASt trage vor, die Wertung sei nicht vergaberechtskonform im Sinne des § 46 Abs. 3 Nummer 1 VgV erfolgt.

Die VSt habe die Wertung des Teilnahmeantrags exakt nach den veröffentlichten Wertungskriterien vollzogen. Die Inbetriebnahme sei, wie von der ASt angegeben, mit Datum 08/15 in die Wertung eingegangen.

Nunmehr trage die ASt vor, für das Vergabeverfahren sei die vollständige erbrachte Leistung entscheidend. Die Abfrage der Baufertigstellung und der Inbetriebnahme reiche hierfür nicht aus. Somit richten sich die Ausführungen der ASt nicht gegen die Wertung an sich, sondern gegen die zugrunde gelegten Wertungskriterien.

Ein Verfahrensverstoß gegen die bekannt gegebenen Wertungskriterien hätte spätestens bis zum Schlusstermin des Teilnahmewettbewerbs gerügt werden müssen. Die ASt sei deshalb in ihren Einwendungen insgesamt präkludiert.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet.

Die ASt habe selbst die Inbetriebnahme des Referenzprojektes „Erweiterung und Neubau in“ mit 08/15 angegeben. Die VSt hatte keinen Grund an der Richtigkeit dieser Angabe zu zweifeln. Der Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Referenzprojektes lag nach den eigenen Angaben der ASt vor dem 1. Januar 2016, deshalb war dieses Referenzprojekt nicht wertbar.

9.

Mit Schreiben vom 07.09.2020 nimmt die ASt Stellung:

Die Wertung in diesem Vergabeverfahren sei nicht vergaberechtskonform erfolgt. Die ASt sei ihre Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen, eine Unzulässigkeit des Antrags liege deshalb nicht vor.

Der Antrag sei auch begründet. Die VSt habe bei der Wertung nicht allein auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme abstellen dürfen, sondern darauf, wann die Architektenleistung vollständig erbracht worden sei. Die vollständige Erbringung der Dienstleistung „Erweiterung und Neubau in“ habe erst nach dem 1. Januar 2016 gelegen und hätte deshalb bei der Wertung entsprechend berücksichtigt werden müssen.

Mit der Inbetriebnahme würde bei Architektenleistungen aber eine vollständig erbrachte Dienstleistung im Sinne von § 46 Abs. 3 Nummer 1 VgV nicht vorliegen. Die Architektenleistung sei nicht vor dem 01.01.2016 vollständig erbracht worden. Bei der strittigen Referenz war der Zeitpunkt der Schlussrechnungsstellung am 17.03.2017. Die Objektüberwachung (Leistungsphase 9) laufe sogar noch. Deswegen sei die ASt zu Unrecht nicht berücksichtigt worden.

10.

Auf die Stellungnahmen der VSt vom 17.09.2020 und der ASt vom 24.09.2020 wird verwiesen.

11.

In der mündlichen Verhandlung am 01.10.2020 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Äußerung. Auf die Niederschrift zur Verhandlung wird verwiesen.

Die ASt beantragt die Überprüfung des Vergabeverfahrens auf die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße gemäß ihrem Nachprüfungsantrag vom 20.08.2020.

Die VSt bleibt bei ihren Anträgen aus dem Schriftsatz vom 27.08.2020.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.
- c) Bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag gemäß § 103 Abs. 4 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den für Dienstleistungsaufträge maßgeblichen Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).
- e) Die ASt 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.
- f) Die ASt hat am 05.08.2020 ordnungsgemäß gerügt, nachdem sie am 28.7.2020 erfahren hatte, dass sie am Verhandlungsverfahren nicht beteiligt werden würde.
- g) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.
- h) Die ASt hat nach Erhalt des Nichtabhilfeschreibens vom 05.08.2020 den Nachprüfungsantrag am 20.08.2020 innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB gestellt.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die ASt wird durch die Nichtberücksichtigung am Verhandlungsverfahren nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

Die Bewertung des Teilnahmeantrags der ASt erfolgte ordnungsgemäß.

- a) Die VSt hat die Referenz „Erweiterung und Neubau in“ zurecht nicht berücksichtigt. Die VSt hat unter Ziffer II.2.9 der Bekanntmachung klar darauf hingewiesen, dass Referenzprojekte, die vor 2016 in Betrieb genommen wurden bei der Wertung nicht berücksichtigt werden. Im Bewerbungsbogen erklärt die ASt selbst, dass die Inbetriebnahme 08/15 war. Damit liegt nach den Angaben der ASt, die Inbetriebnahme des Kindergartens

vor 2016 und musste nach den Festlegungen in der Bekanntmachung unberücksichtigt bleiben.

- b) Die ASt kann mit ihrem Einwand nicht durchdringen, eine Berücksichtigung der Referenzprojekte lediglich anhand einer Inbetriebnahme widerspreche § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV. Nach § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber, zum Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bewerbers, die Vorlage geeigneter Referenzen über früher ausgeführte Dienstleistungen verlangen. Vom Begriff „erbrachter Dienstleistungen“ leitet die ASt ab, dass bei Architektenleistungen es nicht ausreicht, auf die Baufertigstellung oder der Inbetriebnahme abzustellen. So seien beim Referenzprojekt „Erweiterung und Neubau in“ Architektenleistungen nach dem 01.01.2016 zu erbringen gewesen, deshalb hätte die Referenz bei der Wertung berücksichtigt werden müssen. Die Vergabekammer ist der Auffassung, dass die VSt den maßgeblichen Zeitpunkt (hier: Inbetriebnahme der Referenzprojekte ab dem 01.01.2016) für die Wertung der Referenzen in vergaberechtlich nicht zu beanstandender Weise festgelegt hat. Der Vergabestelle ist zuzustimmen, dass die Inbetriebnahme zeitlich genauer einzugrenzen ist als die vollständige Erbringung der Leistungsphase 8 der HOAI, auf den die ASt abstellen möchte. Zudem muss berücksichtigt werden, dass der Wortlaut des § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV hier gar nicht maßgeblich ist, denn verfahrensgegenständlich ist nicht die Eignung der ASt, sondern die Begrenzung der Bewerber nach § 51 VgV. Schon aus diesem Grund muss der VSt ein größerer Gestaltungsspielraum zugestanden werden. Den maßgeblichen Zeitpunkt für die Wertung der Referenzen zur Begrenzung der Teilnehmer ist sachgerecht von der VSt festgelegt worden. In diesem Nachprüfungsverfahren kann lediglich die Bewertung des Teilnahmeantrags der ASt und nicht die Kriterien als solche auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden. Eine Rüge gegen die Kriterien ist nach Abgabe des Teilnahmeantrags nicht mehr zu berücksichtigen, § 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB.
- Es kann letztlich dahinstehen, ob die ASt mit diesem Einwand präkludiert ist, da der Einwand der ASt unbegründet ist. Es obliegt dem Auftraggeber, die konkreten Kriterien für die Begrenzung der Teilnehmer für den zu vergebenden Auftrag festzulegen. Solange die Festlegung der Kriterien nicht willkürlich oder mit dem erklärten Ziel vorgenommen wird, bestimmte Marktteilnehmer vom Vergabeverfahren von vornherein auszuschließen, ist der Auftraggeber bei der Definition der ihm wichtig erscheinenden Kriterien frei und hat hierbei einen grundsätzlich weiten Ermessensspielraum.
- Regelmäßig verschafft sich der Auftraggeber durch den Nachweis einer bestimmten Anzahl vergleichbarer Referenzprojekte, die der Bewerber abgewickelt haben muss, einen Eindruck von der Eignung des Bewerbers. Dabei obliegt es dem Auftraggeber, den Ab-

wicklungsstand der Referenzprojekte festzulegen und zu definieren. Die einzelnen Kriterien für die Begrenzung der Teilnehmer hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung der Ausschreibung anzugeben, § 51 Abs. 1 Satz 2 VgV.

In der Bekanntmachung hat die VSt festgelegt, dass Referenzprojekte, die vor 2016 in Betrieb genommen wurden, nicht bei der Wertung berücksichtigt werden. Diese Festlegung ist eindeutig und die VSt ist daran gebunden.

- c) Der VSt ist auch zuzustimmen, dass die Angaben der ASt im Teilnahmeantrag eindeutig waren und deshalb kein Anlass bestand, die ASt zur Korrektur ihrer unternehmensbezogenen Unterlagen aufzufordern. Unter Beachtung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bewerber wäre eine Korrektur dieser Referenz gem § 56 Abs. 2 VgV aufgrund der eindeutigen Erklärung der ASt nicht zulässig gewesen, zumal die VSt auch bei anderen Bewerbern keine Unterlagen nachgefordert hat.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1, 3 u. 5 GWB).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 GWB.
- c) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf den geschätzten Auftragswert in Ziffer II.2.6 der Bekanntmachung 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,- €. Nachdem keine Beiladung erforderlich war, war die Gebühr um 500,- € auf x.xxx,- € zu reduzieren.
Diese Gebühr wird mit der geleisteten Vorschusszahlung in Höhe von 2.500,- € verrechnet. Der übersteigende Betrag von xxx,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....