



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtliche Leitsätze

- 1. Auch im Falle von Ingenieurleistungen und bei Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb hat der öffentliche Auftraggeber aus Gründen der Chancengleichheit der Bieter sowie zur Sicherung der Transparenz des Vergabeverfahrens in der Leistungsbeschreibung möglichst vollständig anzugeben, welche Leistungen er erwartet.**
- 2. Sofern der öffentliche Auftraggeber beim jeweiligen Leistungsbild nicht nur Grundleistungen, sondern auch Besondere Leistungen erwartet, sind diese den Bietern neben den Grundleistungen grundsätzlich im Einzelnen bekanntzugeben. Anders ist nicht zu gewährleisten, dass die Bieter ohne weiteres miteinander vergleichbare Angebote einreichen.**
- 3. Zwar kann die Leistungsbeschreibung im Verhandlungsverfahren grundsätzlich flexibler ausgestaltet werden, da über einzelne Leistungsteile ohnehin noch verhandelt wird. Der Auftraggeber muss aber auch im Verhandlungsverfahren klare Vorstellungen über Funktionen und Ziele der nachgefragten Leistung haben.**
- 4. Für den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber vom Bieter erstmalig im Verhandlungsgespräch eine neue Leistungsvariante vorgetragen bekommt, hat er sich wegen des Transparenzgrundsatzes klar gegenüber dem Bieter zu äußern, ob diese Planungsvariante weiter verfolgt werden soll oder nicht. Der Auftraggeber kann dies nicht offen lassen. Andernfalls liegt ein Verstoß gegen § 97 Abs. 1 GWB vor.**

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von Planungsleistungen im Bereich der Sektorenverordnung

VK 1 - 1/17

der XXXX-GmbH

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen die XXXX GmbH

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte:



Beigeladene:

Bietergemeinschaft XXXX

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 14.02.2017 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Gaidies und den ehrenamtlichen Beisitzer Belke

am 28. Februar 2017 beschlossen:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei Fortbestand ihrer Vergabeabsicht das Vergabeverfahren auf den Zeitpunkt vor Versand der Vergabeunterlagen bzw. Aufforderung der Bieter zur Angebotsabgabe zurückzusetzen und es unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf XXXX,- € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin betreibt in XXXX ein Wasserwerk zur Gewinnung von Trinkwasser. Um die Aufbereitungsanlagen am Wasserwerk im Hinblick auf neue Anforderungen an die Wasseraufbereitungstechnik anzupassen, sollen Teile der im Wasserwerk vorhandenen technischen Einrichtungen modernisiert und erweitert werden. Ziel dieser Maßnahme ist es, den dauerhaften wirtschaftlichen Betrieb des bestehenden Wasserwerks zu sichern und die Wasseraufbereitungsanlagen zu optimieren. Die Maßnahme muss bei laufendem Betrieb durchgeführt werden sowie in Gebäuden, die im Rahmen dieses Auftrages neu geplant und errichtet werden müssen. Die anrechenbaren Herstellungskosten ohne Baunebenkosten betragen nach Schätzung der Antragsgegnerin ca. XXXX EUR.

Die Antragsgegnerin schrieb diesbezüglich Ingenieurdienstleistungen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach den Bestimmungen der SektVO aus. Die Bekanntmachung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 13.08.2016. In der Bekanntmachung erläuterte die Antragsgegnerin die Planungsleistungen und bestimmte, dass *alle hierfür erforderlichen Grund- und besonderen Leistungen der Leistungsphasen 1-9 sowie als besondere Leistung die örtl. Bauüberwachung und die Inbetriebsetzungsphase gem. HOAI umfasst werden sollten*. Die Antragsgegnerin forderte



- Planungsleistungen für Ingenieurbauwerke gem. § 44 HOAI,
- Planungsleistungen für Tragwerksplanung gem. § 52 HOAI
- Planungsleistungen für Technische Ausrüstung gem. § 56 HOAI, untergliedert in die Anlagengruppe 4 (Starkstromanlagen), Anlagengruppe 5 (Fernmelde- und informationstechnische Anlagen) und Anlagengruppe 7 (Nutzungsspezifische und verfahrenstechnische Anlagen).

Hinsichtlich der "Technischen Ausrüstung" ging die Antragsgegnerin von einem Wert von XXXX € aus, womit der höchste Tafelwert zu § 56 HOAI überschritten wurde. Das Honorar sollte somit frei vereinbar sein. Alternativangebote wurden nicht zugelassen und Honorarzonen wurden nicht vorgegeben.

In den Vergabeunterlagen bestimmte die Antragsgegnerin als Zuschlagskriterien:

- *Zusammensetzung und Qualifikation der Projektteams sowie Fremdvergabe; 50%*
- *Projektkonzept/-organisation; 30%*
- *Honorar; 20%.*

Die Antragsgegnerin wies hinsichtlich des Honorars auf folgendes hin:

"Das Honorarangebot ist vom Bieter unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben der HOAI zu kalkulieren, soweit diese einschlägig ist. Die Bieter sind aufgefordert, die Honorarzonen auf Richtigkeit bezogen auf die Aufgabenstellung unter Berücksichtigung der bereits vom Auftraggeber im Vorwege erbrachten Leistungen (siehe Ergebnisse der IWW Studie in Auszügen) zu prüfen und etwaige Abweichungen/entfallene Teilleistungen nach HOAI Bewertung in Anlehnung an die Simmendinger Teilleistungstabellen zur HOAI 2013 im Honorarangebot ausdrücklich ergänzend kenntlich zu machen, zu erläutern und zu begründen.

Bei der Honorarkalkulation sind die für die einzelnen Leistungsbilder kalkulierten Honorarbestandteile offenzulegen. Zuschläge für Besondere Leistungen, die sich aus der Funktion des Auftragnehmers als Generalplaner ergeben, sind als solche in der Honorarkalkulation offen auszuweisen. Abweichungen des Bieters in der Honorarkalkulation von den prozentualen Bewertungen der einzelnen Leistungsphasen gem. HOAI sind zu begründen (s.o.), sofern sie zu einer Mindestsatzunterschreitung für die jeweiligen Leistungsteile führen.

Das vom Bieter im Honorarformular angegebene Gesamthonorar [...] wird wie in der Bewertungsmatrix beschrieben bewertet [...]."

Des Weiteren gab sie in einer Bewertungsmatrix Unterkriterien und deren Gewichtung zu den einzelnen Zuschlagskriterien an, wobei der Bieter mit dem höchsten Gesamtpunktwert den Zuschlag erhalten sollte. Hinsichtlich des Honorars verfügte die Antragsgegnerin eine Gewichtung von 30% für die Ingenieurbauwerke, 10% für die Tragwerksplanung und 60% für die Technische Ausrüstung. Die Punktevergabe sollte durch lineare Interpolation erfolgen, wobei das niedrigste Angebot mit 60 (Ingenieurbauwerke), bzw. mit 20 (Tragwerksplanung) oder mit 120 Punkten (Technische Ausrüstung) bewertet werden sollte und ein um 50% höheres Angebot 0 Punkte erhielt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Bewertungsmatrix sowie der beigefügten Erläuterung der Bewertungsmethode Bezug genommen, und nur soweit es vorliegend darauf ankommt im Folgenden zitiert.

Die Antragstellerin und die Beigeladene nahmen erfolgreich am Teilnahmewettbewerb teil und legten als einzige Bieter Angebote vor. Die Antragsgegnerin führte eine



Verhandlungsrunde durch, wobei sie im Anschluss keine Honorarzonen mehr vorgab.

Aus dem Protokoll vom 2.11.2016 über das Verhandlungsgespräch mit der Antragstellerin ergibt sich, dass über den Einsatz von [Produkt] und die Möglichkeit einer freien Honorarvereinbarung im Bereich der technischen Ausrüstung gesprochen wurde.

Die Auswertung in der letzten Verhandlungsrunde führte dazu, dass die Beigeladene mit insgesamt ca. 775 Punkten auf dem ersten Rang lag, gefolgt von der Antragstellerin mit ca. 745 Punkten. Dabei lag die Antragstellerin bei den ersten beiden Zuschlagskriterien (insgesamt 80%) mit ca. 650 Punkten noch auf dem ersten Rang, während die Beigeladene ca. 600 Punkte erzielte. Diese Rangverschiebung fand somit allein aufgrund der Wertung des Honorarangebots statt, die allerdings lediglich mit 20% in die Gesamtwertung einfließt.

Aus der Gegenüberstellung der Honorarangebote ergibt sich, dass die Beteiligten unterschiedliche Honorarzonen zugrunde gelegt haben, dass die Beigeladene bei den Leistungen zur Tragwerksplanung (§ 52) und zur Technischen Ausrüstung (§ 56) die Leistungsphasen 1 nicht ausgewiesen und teilweise zu geringe %Sätze bei den Leistungsphasen angesetzt hat. Darüber hinaus gab die Antragstellerin für die Tragwerksplanung (§ 52) auch noch die Honorarzone V an, während die Beigeladene dort von der Honorarzone III ausging. Die größten Differenzen in den Honorarangeboten der Bieter lassen sich im Bereich der "Tragwerksplanung" (§ 52 HOAI) und der "Technischen Ausrüstung" (§ 56) feststellen.

Der Vergabevermerk der Antragsgegnerin sagt in diesem Zusammenhang folgendes:

"Um die Vergleichbarkeit der Honorarangebote aufgrund von abweichenden Angaben der Bieter zu den Honorarzonen und zu den Prozentsätzen bei der Bewertung der einzelnen Leistungsphasen sicherzustellen, hat die [Antragsgegnerin] eine weitere alternative Angebotsbewertung durchgeführt, mit der bei allen Bietern die dem Anwendungsbereich der HOAI unterliegenden Honorarteile (also ohne die Anlagengruppe 7 des Leistungsbildes Technische Ausrüstung gem. § 56 HOAI) mit den gleichen Honorarzonen und den gleichen Prozentsätzen bei der Bewertung der einzelnen Leistungsphasen bewertet wurden. Lediglich im Leistungsbild Tragwerksplanung gem. § 52 HOAI ist die von allen Bietern gewählte Honorarzoneneinordnung beibehalten worden, da [die Antragstellerin] aufgrund eigener Angaben und einer geplanten anders gearteten baulichen Realisierung (Verwendung von [Produkt]) nachvollziehbar von der Einordnung in eine höhere Honorarzone ausgegangen ist. Unter Berücksichtigung dieses Bewertungsmaßstabes ergibt sich anhand der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien punktemäßig die folgende Rangfolge der eingegangenen Angebote: Die Beigeladene liegt auch hier vor der Antragstellerin mit insgesamt ca. 800 Punkten zu ca. 790 Punkten.

Weiter heißt es: *"Angesichts der im Ergebnis identischen Reihenfolge hat die [Antragsgegnerin] zunächst auf eine nähere Prüfung der Frage verzichtet, ob die Anmerkung [der Antragstellerin] zum Vorschlag des Einsatzes von [Produkt] eine Änderung an den Vergabeunterlagen darstellt oder nicht."*

Mit Schreiben vom 23.12.2016 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen – frühestens



am 03.01.2017 – zu erteilen. Zur Begründung gab die Antragsgegnerin an, dass die Beigeladene das Angebot mit der höchsten Gesamtpunktzahl abgegeben habe. Das Angebot der Antragstellerin käme *"aufgrund der niedrigeren Gesamtpunktzahl für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht"*.

Die Antragstellerin rügte schließlich mit Schreiben vom 28.12.2016 die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Diese Rüge wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.12.2016 und vom 02.01.2017 zurück. Mit Schreiben vom 02.01.2017 hat die Antragstellerin den vorliegenden Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer eingereicht, mit dem sie ihr Vorbringen weiter verfolgt.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, sie habe die geltend gemachten Vergabeverstöße rechtzeitig gerügt. Zwar habe sie zur Kenntnis genommen, dass die Antragsgegnerin bei der Abfrage finaler Honorarangebote anders als bei der Abfrage der Erstangebote davon abgesehen habe, für die verschiedenen Leistungsbilder Honorarzonen anzugeben. Sie habe aber nicht erkennen können, dass die Antragsgegnerin beabsichtigte, auch solche Honorarangebote vergleichend zu bewerten, die auf Basis unterschiedlicher Honorarzonen berechnet worden seien. Die Freigabe des Honorars bei der "Technischen Ausrüstung" habe sie im Übrigen erst in der ganzen Tragweite im Nachprüfungsverfahren durch die Einbeziehung eines Sachverständigen erkannt.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, aus dem Umstand, dass die Beigeladene eine höhere Gesamtpunktzahl erzielt habe, sei abzuleiten, dass diese ein Honorarangebot eingereicht haben müsse, das das eigene Honorarangebot sehr deutlich unterschreite. Die Antragstellerin könne sich das deutlich niedrigere Honorarangebot der Beigeladenen nur damit erklären, dass das für Leistungen der "Technischen Ausrüstung" angebotene Honorar den Mindestsatz für den höchsten Tafelwert deutlich unterschreite, bei der Berechnung des Honorars für die preisgebundenen Leistungen in den Leistungsbildern "Tragwerksplanung" und "Ingenieurbauwerke" Honorarzonen angesetzt worden seien, welche den tatsächlichen Schwierigkeitsgrad nicht zutreffend wiedergäben und aufgrund der von der Antragsgegnerin bereits anderweitig beauftragten Vorleistungen das Honorar in den Leistungsphasen 1 und 2 in einem sachlich nicht gerechtfertigten Umfang gekürzt worden seien. Ein solches Vorgehen verstoße gegen die HOAI, verfälsche den Wettbewerb und hätte daher von der Antragsgegnerin unterbunden werden müssen.

Die Antragstellerin meint, um vergleichbare Angebote zu gewährleisten, sei es bei preisgebundenen Leistungen notwendig, die aus Sicht des Auftraggebers einschlägigen Honorarzonen mitzuteilen und den Bietern vorzugeben. Dies gelte zumindest dann, wenn keine ausreichenden Informationen zur Komplexität der Planungsanforderungen zur Verfügung stünden, die eine zuverlässige Einschätzung der Honorarzone ermöglichen. Aber auch wenn das Honorar frei vereinbart werden könne, müsse es sich immer noch in einem der Aufgabenstellung angemessenen und üblichen Rahmen halten. Da dies nicht geschehen sei, seien die Honorarangebote zumindest in Teilen auch nicht vergleichbar.

Die Beigeladene habe beispielsweise bei der Honorarberechnung für die Leistungen in den Leistungsbildern "Tragwerksplanung" und "Technische Ausrüstung" (Anlagengruppen 4, 5 und 7) in verschiedenen Leistungsphasen zum Teil deutliche Kürzun-



gen der Prozentsätze der Honorare vorgenommen, die objektiv nicht gerechtfertigt seien, weil die Antragsgegnerin alle Grundleistungen beauftragen wolle.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass die Vorgaben in Bezug auf den Schwierigkeitsgrad der Leistungen nicht eindeutig genug gewesen seien. Die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin wäre erst auf einen Hinweis durch die Antragstellerin hin weiter untergliedert worden. Dann habe man im Verhandlungsgespräch eine aufwendige Planung mit [Produkt] mit der Antragsgegnerin erörtert, die dazu geführt hätte, dass bei der Realisierung der Maßnahme ein Pumpwerk hätte eingespart werden können. Allerdings sei diese Planungsvariante erheblich teurer gewesen. Da die Antragsgegnerin im Verhandlungsgespräch sich sehr interessiert gezeigt habe und auch nicht signalisiert habe, dass man diese Planungsvariante nicht wünsche, habe sie ihr Angebot entsprechend gestaltet, wobei aber im Vergleich zur Beigeladenen das Honorar diesbezüglich erheblich höher lag.

Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Alternativbetrachtung sei methodisch fehlerhaft, weil gerade in Bezug auf diese Planungsvariante eine Nivellierung nicht vorgenommen worden sei.

Die Antragstellerin trägt weiter vor, dass bezüglich der Anlagengruppe 7 - entgegen den Vorgaben der Antragsgegnerin - eine verbindliche Bindung an die HOAI vorliege. Sie verweist auf eine Stellungnahme von Herrn XXXX vom 21.1.2017, die sie mit Schriftsatz vom 3.2.2017 während des Nachprüfungsverfahrens vorlegt. Danach dürften bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten nur funktional gleichartige Anlagen zusammengefasst werden. Bei einer Wasseraufbereitungsanlage wie vorliegend sei mindestens von folgenden unterschiedlichen Funktionen innerhalb der Anlagengruppe 7 auszugehen: Rohwasserdruckerhöhungsanlage, Trinkwasseraufbereitung, Trinkwasserspeicherung, Spülwasseraufbereitung. Bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten seien weiter Kosten der Maschinenteknik auszuklammern. Dies betreffe bei einer Wasseraufbereitung der ausgeschriebenen Art zum Beispiel folgende Bauteile: Aktivkohlefiltereinheiten (wenn fertig gelieferte Filterkessel), Belüftereinheiten, UF-Blöcke inkl. Membranen. Nach Einschätzung der Antragstellerin lägen die relevanten Abrechnungseinheiten bei korrekter Unterteilung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unterhalb des Tafelwertes von 4 Mio. € und unterlägen damit den zwingenden preisrechtlichen Regelungen der HOAI.

Selbst wenn die anrechenbaren Kosten für die nutzungsspezifischen Anlagen außerhalb der Honorartafel lägen, könne zwar grundsätzlich gemäß § 7 Abs. 2 HOAI das Honorar frei vereinbart werden, es sei allerdings mindestens der Mindestsatz des höchsten Tafelwerts anzusetzen.

Die Antragsgegnerin habe den Bietern in den Vergabeunterlagen auch eindeutig signalisiert bzw. gefordert, dass größter Wert auf die Qualifikation des Projektteams und eine hochwertige Planung zu legen sei. Das Kriterium Honorar sei im Vergleich dazu lediglich mit 20 % bewertet worden. Diesbezüglich beanstandet die Antragstellerin, dass die konkreten Bewertungen ihres Angebots durch die Antragsgegnerin ausweislich der Bewertungstabelle nicht nachvollziehbar seien.

Zudem mutmaßt die Antragstellerin, dass die Leistungen der örtlichen Bauüberwachung durch die Beigeladene entweder überhaupt nicht angeboten worden seien o-



der für 0 €. In beiden Fällen sei das Angebot der Beigeladene wegen der fehlenden Vergleichbarkeit auszuschließen gewesen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Auftrag in der derzeit vorgesehenen Weise zu vergeben, und diese zur Neubewertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu verpflichten,
2. hilfsweise die Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, das Vergabeverfahren ab Versand der Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin erforderlich war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen und
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, die Antragstellerin sei mit ihrem Vortrag präkludiert, dass die Antragsgegnerin verbindliche Honorarzonen habe vorgeben müssen. Die diesbezügliche Rüge sei ihr erst am 28.12.2016, also gut eine Woche nach Ablauf der Angebotsfrist und damit zeitlich deutlich nach der in § 160 Abs. 3 GWB genannten Frist, zugegangen. Der vermeintliche Vergaberechtsverstoß sei für die Antragstellerin auch erkennbar gewesen, insbesondere weil diese nach eigenen Angaben im Bereich Ingenieurdienstleistungen seit vielen Jahren tätig sei. Darüber hinaus habe gerade die Antragstellerin im Leistungsbild "Ingenieurbauwerke" von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, eine von den ursprünglich verbindlich vorgegebenen Honorarzonen abweichende Honorarzone anzugeben. Ihr müsse also bewusst gewesen sein, dass sie von der nachträglichen Freigabe der Honorarzoneneinordnung profitieren und sich in diesem Leistungsbild gegenüber den Angeboten der anderen Bieter durch die Angabe einer niedrigeren Honorarzone möglicherweise einen Vorteil verschaffen könne. Gleiches gelte auch für das Vorbringen der Antragstellerin in Bezug auf die fehlerhafte Einordnung der Anlagengruppe 7, die erst während des Nachprüfungsverfahrens gerügt worden sei.

Die Antragsgegnerin meint, dass die vergaberechtliche Rechtsprechung von der Unzulässigkeit einer Vorgabe der Honorarzone bei der HOAI unterliegenden Planungsleistungen ausgehe, so dass sie zulässigerweise hier keine Vorgabe von Honorarzonen vor Abgabe der finalen Angebote gemacht habe. Die richtige Anwendung der HOAI sei vielmehr dem Auftragnehmer zugewiesen.



Die Antragsgegnerin trägt weiterhin vor, dass zwar die Bieter sämtliche Leistungsphasen der jeweils anzubietenden Planungsleistungen hätten kalkulieren und anbieten müssen. Eine Unterschreibung der Mindestsätze durch die Beigeladene läge hier aber nicht vor. Zudem habe sie zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote eine Alternativberechnung für alle den Vorgaben der HOAI unterliegenden und von den Bietern zu kalkulierenden Honorarbestandteile der Leistungsphasen 1 - 9 jeweils mit dem gleichen Prozentsatz gemacht. Aber selbst bei der alternativen Betrachtungsweise sei der Vorsprung der Beigeladenen so groß, dass es bei der gleichen Rangfolge geblieben sei.

Lediglich bei den anzubietenden Planungsleistungen für die "Technische Ausrüstung" der Anlagengruppe 7 gemäß §§ 53, 56 HOAI habe sie ihrer Alternativbetrachtung eine Übersicht zur Kalkulation der Angebote beider Anbieter in diesem Honorarbestandteil beigefügt, bei der sich die prozentualen Ansätze in den Leistungsphasen unterschieden. Diesbezüglich sei den Bietern aber eine freie Honorarkalkulation möglich gewesen, weil gemäß § 7 Abs. 2 HOAI in diesem Bereich wegen des Überschreitens des Tafelwertes für die anrechenbaren Kosten die Honorare für diese konkrete Planungsleistung frei vereinbart hätten werden können. Deshalb sei die Antragsgegnerin auch nicht gezwungen gewesen, zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit beider Angebote die prozentualen Ansätze innerhalb der verschiedenen Leistungsphasen zu vereinheitlichen.

Demgegenüber habe man im Leistungsbild "Tragwerksplanung" die von den Bietern gewählte Honorarzoneneinordnung beibehalten, da die Antragstellerin aufgrund einer anders gearteten baulichen Realisierung (Verwendung von [Produkt]) nachvollziehbar von der Einordnung der höheren Honorarzone ausgegangen sei.

In der mündlichen Verhandlung führte die Antragsgegnerin ergänzend dazu aus, dass man als Bieter eigentlich wüsste, dass man dann, wenn man etwas teureres anbieten würde, im Vergleich bei den Honoraren eben auch schlechter abschneiden würde.

Die Antragsgegnerin gesteht auch zu, dass sie mit der Antragstellerin im Rahmen des Verhandlungsgesprächs über die Verwendung von [Produkt] und die deswegen nach Auffassung der Antragstellerin vorzunehmende Einordnung in eine höhere Honorarzone im Leistungsbild "Tragwerksplanung" gesprochen habe. Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass sie eine solche Planungsvariante weder in den Vergabeunterlagen gefordert noch im Verhandlungsgespräch von vornherein ausgeschlossen habe. Da aus technischer Sicht eine bauliche Realisierung mit [Produkt] durchaus denkbar sei, habe sie diese Planungsvariante bei der Angebotswertung auch entsprechend berücksichtigt.

Wenn einem Bieter bewusst sei, dass er eine höhere Honorarzoneneinordnung vorgenommen habe als eigentlich geboten, sei es gerechtfertigt, diesen Unterschied bei der Angebotswertung zu berücksichtigen. Sie, die Antragsgegnerin, gehe nach wie vor von einer Einordnung in die Honorarzone III aus. Sie habe lediglich toleriert, dass die Antragstellerin ein deutlich komplexeres Bauwerk planen wolle, um so der Antragsgegnerin im Rahmen der Bauausführung Kosten zu ersparen. Damit liege aber letztlich ein Sonderfall vor, der eine grundlegend andere Planungsleistung begründe,



als dies ursprünglich von der Antragsgegnerin angedacht gewesen sei. Im Übrigen habe sie auch im Verhandlungsgespräch noch keine klaren Vorstellungen diesbezüglich gehabt, so dass sie auch nicht auf die Darstellungen der Antragstellerin entsprechend reagiert habe.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin auch nicht gegen § 127 Abs. 2 GWB verstoßen und verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes missachtet.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass gemäß § 54 Abs. 1 HOAI 2013 die anrechenbaren Kosten der Anlagen einer Anlagengruppe zusammen zu fassen seien. Die von der Antragstellerin benannten Anlagen bildeten funktional eine Einheit, nämlich diejenige der Anlagengruppe 7 "nutzungsspezifische oder verfahrenstechnische Anlagen" der Wasseraufbereitungsanlage.

In diesem Zusammenhang habe die Antragstellerin bei der Anlagengruppe 7 (nutzungsspezifische und verfahrenstechnische Anlagen) in ihrem Angebot selbst zutreffender Weise darauf hingewiesen, dass die anrechenbaren Kosten oberhalb des maximalen Tafelwertes der Tabelle gem. § 56 HOAI lägen und das Honorar für diese Planungsleistung daher gem. § 7 Abs. 2 HOAI frei vereinbart werden könne. Die Tabelle gem. § 56 Abs. 1 HOAI ende bei anrechenbaren Kosten in Höhe von 4 Mio. €, die von der Antragsgegnerin zwingend vorgegebenen anrechenbaren Kosten von XXXX € lägen erkennbar oberhalb dieses Tafelendwertes. Das Honorar sei daher zumindest in Bezug auf die Anlagengruppe 7 des Leistungsbildes Technische Ausrüstung frei vereinbar gewesen. Auch nach Erörterung dieses Gesichtspunkts in der mündlichen Verhandlung hält die Antragsgegnerin eine weitere Differenzierung in der Anlagengruppe 7 nicht für erforderlich.

Weiter meint die Antragsgegnerin, die Antragstellerin sei bereits mit ihrem Vorbringen präkludiert, die Projektsteuerungsleistungen seien bei der Angebotswertung nicht ausreichend berücksichtigt worden. Die Antragstellerin hätte dies bereits in den Vergabeunterlagen erkennen können und daher spätestens mit Ablauf der Angebotsfrist rügen müssen. Darüber hinaus sei nicht ersichtlich, wie die Antragsgegnerin die Projektsteuerungsleistungen bei der Angebotswertung hätte berücksichtigen können, wenn die Vorgabe zur Erbringung dieser Leistungen für alle Bieter gleich gewesen sei. Richtig sei vielmehr, dass dieser Aspekt im Rahmen der Bewertung des Projektkonzepts und der Projektorganisation mit eingeflossen sei.

Die Beigeladene erhielt Gelegenheit zum Vortrag, hat sich aber weder schriftlich noch in der mündlichen Verhandlung umfassend geäußert.

Die Vorsitzende hat die Frist gem. § 167 Abs. 1 GWB bis zum 03.03.2017 verlängert. Am 14.02.2017 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.



Die Vergabekammer Westfalen ist zuständig gemäß § 106 GWB, § 2 Abs. 2 ZuStVO NpV NRW. Der geschätzte Auftragswert beträgt ca. XXXX Mio. Euro netto und übersteigt damit den festgelegten Schwellenwert für Dienstleistungen im Sektorenbereich – auch Planungsdienstleistungen – von 418.000,- Euro. Des Weiteren hat die Antragsgegnerin ihren Sitz in Hamm und damit im räumlichen Bezirk der Vergabekammer Westfalen.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Die Antragstellerin ist antragsbefugt und hat die Vergaberechtsverstöße rechtzeitig gerügt.

1.1 Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Absatz 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, § 160 Abs. 2 S. 1 GWB. Unternehmen haben nämlich grundsätzlich Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden, § 97 Abs. 6 GWB. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, § 160 Abs. 2 S. 2 GWB.

Die Antragstellerin hat ihr Auftragsinteresse durch Abgabe eines Angebotes ausreichend dokumentiert. Darüber hinaus droht ihr möglicherweise durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen ein Schaden zu entstehen. In diesem Zusammenhang macht die Antragstellerin geltend, dass wegen der von ihr behaupteten Vergaberechtsverstöße der Antragsgegnerin ein Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen nicht erteilt werden dürfe und deshalb ihre eigenen Aussichten auf den Zuschlag verschlechtert seien.

1.2 Des Weiteren hat die Antragstellerin die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen u. a. mit Schreiben vom 28.12.2016 gerügt.

a) Die Antragstellerin ist mit ihrer Rüge – zumindest im Hinblick auf den hier streitentscheidenden Vergaberechtsverstoß der Antragsgegnerin – auch nicht präkludiert.

Eine Rügepräklusion kommt in der Regel nur bei auf allgemeiner Überzeugung der Vergabep Praxis beruhenden und ins Auge fallenden Rechtsverstößen in Betracht. Der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots bzw. seiner Bewerbung auffallen muss (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.08.2011, Verg 16/11).

Die Antragsgegnerin hat weder im Verhandlungsgespräch mit der Antragstellerin, noch in den Vergabeunterlagen zweifelsfrei und gegenüber allen Bietern hinreichend deutlich gemacht, wie sie sich bezüglich der Forderung des (von der Antragstellerin angebotenen) Einsatzes von [Produkt] entschieden hat. Diese Unklarheit, ob diese Planungsvariante ausdrücklich gefordert ist oder nicht zugelassen wird, führte letztendlich zu der Nichtvergleichbarkeit der Angebote der Beteiligten, weil die Beigela-



dene den Einsatz von [Produkt] in ihrem Angebot im Gegensatz zur Antragstellerin nicht vorsah. Die Beigeladene hat deshalb in Bezug auf die Planungsleistungen zur Technischen Ausrüstung, ein erheblich günstigeres Honorar eingefordert als die Antragstellerin.

Die Antragstellerin hat diesbezüglich in ihrer Rüge gemutmaßt, dass eine Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI durch die Beigeladene vorliegen könnte.

b) Die Kammer geht auch davon aus, dass die Rüge der Antragstellerin in Bezug auf die freie Vereinbarkeit eines Honorars hinsichtlich der "Technischen Ausrüstung" noch rechtzeitig erfolgte.

Die Antragstellerin hat erstmalig im Nachprüfungsverfahren unter Bezugnahme auf einen sachverständigen Beistand geltend gemacht, dass die freie Vereinbarung eines Honorars für die "Technische Ausrüstung" dem § 7 Abs. 2 HOAI widersprach. Denn die Kosten für diese Planungsleistungen seien falsch ermittelt worden, so dass sie sehr wohl unterhalb der in der HOAI vorgesehenen Tafelwerte liegen würden.

Da die Vorgaben der Antragsgegnerin in Bezug auf die zu erbringenden "Planungsleistungen" - so wie in der Verhandlung auch erörtert - tatsächlich sehr lückenhaft waren und den Bietern weder mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe noch im Verhandlungsgespräch klar gemacht wurde, welche konkreten Anforderungen erwartet werden, trifft dem Bieter nicht die Obliegenheit, hier weiter und intensiv nachzuforschen und schon vor Abgabe der Angebote die Verfahrensweise der Antragsgegnerin zu hinterfragen.

1.3 Die Antragsgegnerin ist öffentliche Sektorenauftraggeberin iSv § 100 Abs. 1 GWB und als solche zur Anwendung des GWB und der SektVO verpflichtet.

2. Begründetheit

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Es liegt ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen vor und die Antragstellerin ist dadurch in ihren Rechten verletzt, vgl. §§ 97 Abs. 6, 168 Abs. 1 GWB.

2.1 Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot i. S. d. § 97 Abs. 1 S. 1 GWB liegt in dem Umstand, dass die Antragsgegnerin gegenüber den Bietern – und damit insbesondere auch der Antragstellerin – nicht mit der notwendigen Klarheit im Verhandlungsgespräch zu erkennen gegeben bzw. bei der späteren Abfrage der finalen Angebote in der Leistungsbeschreibung nicht vorgegeben hat, ob und inwieweit der Einsatz von [Produkt] gewollt und zulässig ist oder ausgeschlossen wird.

2.1.1 Gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 GWB werden öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben, wobei der Grundsatz der Transparenz auch für die Vergabe von Aufträgen im Sinne der Sektorenverordnung gilt.

Konkretisiert und ergänzt wird der Grundsatz der Transparenz durch die Vorschriften zur Leistungsbeschreibung, vgl. § 28 SektVO bzw. § 121 GWB, wonach insbesondere in der Leistungsbeschreibung der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben ist, so dass die Beschreibung für alle Unternehmen



im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Die Leistungsbeschreibung enthält die Funktions- oder Leistungsanforderungen oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich ist, sowie die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung.

Auch im Falle von Ingenieurleistungen und bei Durchführung eines Verhandlungsverfahrens hat ein Auftraggeber aus Gründen der Chancengleichheit der Bieter sowie zur Sicherung der Transparenz des Vergabeverfahrens in einer Leistungsbeschreibung möglichst vollständig anzugeben, welche Leistungen erwartet werden. Sofern er beim jeweiligen Leistungsbild nicht nur Grundleistungen, sondern auch besondere Leistungen erwartet, sind diese den Bietern neben den Grundleistungen grundsätzlich im Einzelnen bekanntzugeben. Anders ist nicht zu gewährleisten, dass ohne weiteres miteinander vergleichbare Angebote eingereicht werden, idS OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.05.2008, Verg 19/08.

Die Leistungsbeschreibung kann zwar im Verhandlungsverfahren flexibler ausgestaltet werden, da über einzelne Leistungsteile ohnehin noch verhandelt wird. Der Auftraggeber muss aber auch im Verhandlungsverfahren klare Vorstellungen über Funktionen und Ziele der nachgefragten Leistung haben.

Darüber hinaus hat der Auftraggeber in einem Verhandlungsverfahren ganz besonders darauf zu achten, dass der Grundsatz der Transparenz gewahrt bleibt. Das OLG Celle (vgl. Beschl. v. 12.05.2016, 13 Verg 10/15) hat beispielsweise darauf hingewiesen, dass die streitgegenständliche – und nach Darstellung der Auftraggeberin verbindliche – Vorgabe, die nicht in die schriftliche Leistungsbeschreibung mit aufgenommen, sondern erstmalig bei dem Verhandlungsgespräch angesprochen wurde, habe dokumentiert werden müssen.

Denn bei einer solchen Konstellation müsse der Auftraggeber im Ergebnis sicher sein, ob die Vorgabe die Empfänger gleichermaßen erreicht und von diesen auch so verstanden worden sei. Wenn dies nicht ausgeschlossen werden kann und auch die schriftliche Dokumentation mangelhaft ist, könne ein Angebotsausschluss sich darauf nicht stützen. Denn die Kehrseite eines jeden auf die Diskrepanz zwischen Vergabeunterlagen – bzw. hier dem Inhalt des Verhandlungsgesprächs – und Angebot gestützten Angebotsausschlusses sei das Erfordernis einer eindeutigen und unmissverständlichen Vorgabe des Auftraggebers. Andernfalls werde wegen eines Mangels der Vergleichbarkeit der Angebote der Grundsatz der Chancengleichheit gefährdet.

2.1.2 Ausgehend von diesen Vorgaben, war weder die Leistungsbeschreibung eindeutig genug, noch war das Verhalten der Antragsgegnerin gegenüber den Bietern geeignet, vergleichbare Angebote zu erhalten.

a) Die Leistungsbeschreibung enthielt keine Hinweise darauf, welche Angebote und Konzepte in welchem Detaillierungsgrad die Antragsgegnerin tatsächlich von den Bietern erwartet hat. Für die ersten Angebote wurden lediglich 2 Ingenieurleistungen abgefragt; erst danach erfolgte auf Anregung der Antragstellerin eine weitere Aufteilung in zusätzliche Leistungsbilder. Zudem waren die Vorgaben der Antragsgegnerin für die Bieter nicht derart konkret, dass eine vergleichbare Planungsleistung bzw. vergleichbare Angebote, insbesondere auch bezogen auf die Honorarzonen,



möglich waren. Vielmehr hat die Antragsgegnerin teilweise selbst zunächst den Schein dafür gesetzt, dass eine anspruchsvolle Leistung erwartet wird, da sie bei der Aufforderung zum ersten Angebot für die Ingenieurbauwerke die Honorarzone V vorgegab.

Die Vorgaben für Planungsleistungen in einer Leistungsbeschreibung sind in der Regel auch nicht so eindeutig und vergleichbar mit einer Leistungsbeschreibung im Bereich der Liefer- und Dienstleistungen oder Bauleistungen. Dennoch muss ein Auftraggeber zumindest die einzelnen Leistungsbilder nach der HOAI ordnungsgemäß vorgegeben, damit die Bieter sich daran orientieren können. Ein Auftraggeber, so auch das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.5.2008, Verg 19/08, hat die geforderten Ingenieurleistungen aus Gründen der Chancengleichheit der Bieter sowie zur Sicherung der Transparenz des Vergabeverfahrens in einer Leistungsbeschreibung vollständig anzugeben. Sofern bei einem Leistungsbild nicht nur Grundleistungen, sondern auch besondere Leistungen erwartet werden, vgl. § 3 HOAI, sind diese den Bietern grundsätzlich im Einzelnen bekannt zu geben. Daran fehlte es hier, so dass nicht mehr gewährleistet war, dass miteinander vergleichbare Angebote eingereicht wurden.

Auch nachdem die Antragsgegnerin die weiteren Leistungsbilder (Tragwerksplanung und Untergliederung der Technischen Ausrüstung in Anlagengruppen) bekannt gegeben hatte, hat sie sich nicht dazu geäußert, ob lediglich eine Grundleistung oder auch besondere Leistungen, die einer höheren Honorarzone entsprechen würden, gefordert sind. Denn bei der Aufforderung zur Vorlage der finalen Angebote, hat sie zulässigerweise die Honorarzonen nicht mehr vorgegeben. Daraus hat zumindest die Antragstellerin geschlossen, dass weiterhin ein hoher Schwierigkeitsgrad gefordert wurde.

b) Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin auch im Verlauf des Verhandlungsverfahrens sich nicht dazu geäußert, mit welchem Detaillierungsgrad denn die Planungsleistungen angeboten werden sollten. In einem Verhandlungsverfahren hat aber ein Auftraggeber ganz besonders darauf zu achten, dass er die Grundsätze der Transparenz und des Wettbewerbs einhält.

Die Antragstellerin hat hier mit ihrem Angebot [Produkt] angeboten, was die Planungsleistungen erheblich verteuerte, aber letztlich darauf hinauslief, dass die Antragsgegnerin bei den Bauleistungen ein Pumpwerk hätte einsparen können. Über diese "[Produkt]" ist ausweislich des Protokolls vom 2.11.2016 auch im Verhandlungsgespräch gesprochen worden. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin dazu vorgetragen, dass diese "[Produkt]" ausführlich und anhand von Zeichnungen im Verhandlungsgespräch mit der Antragsgegnerin erörtert worden seien. Die Antragsgegnerin habe sich sehr interessiert daran gezeigt und ihr letztlich kein Signal gegeben, wonach diese Planungsleistungen in diesem Umfang und mit diesem Schwierigkeitsgrad gar nicht erwartet würden. Die Antragstellerin ist offensichtlich aus diesem Verhandlungsgespräch gegangen und war der Auffassung, dass die Antragsgegnerin diese Planungsvariante akzeptieren würde.

Die Antragsgegnerin bestätigt diese Ausführungen der Antragstellerin, und meint, dass man eine solche Planungsvariante weder in den Vergabeunterlagen noch im



Verhandlungsgespräch von vornherein ausgeschlossen habe. Aus technischer Sicht habe auch sie angenommen, dass eine bauliche Realisierung mit [Produkt] nach wie vor durchaus denkbar sei. Auch die Einordnung in eine höhere Honorarzone war ausweislich des Vergabevermerks für die Antragsgegnerin nachvollziehbar. Die Antragsgegnerin hat sich aber zu dieser Planungsvariante nicht ausdrücklich gegenüber der Antragstellerin geäußert. Auch in der mündlichen Verhandlung trägt die Antragsgegnerin lediglich dazu vor, dass man zu dem Zeitpunkt, als man das Verhandlungsgespräch geführt habe, man sich selbst als Vergabestelle noch nicht im Klaren darüber gewesen sei, wie man das letztlich hätte machen wollen. Das sei der Grund dafür gewesen, diese Vorschläge der Antragstellerin nicht einfach zurückzuweisen. Letztlich meint die Antragsgegnerin aber, dass ein Bieter, der eine weniger preisgünstige Planungsvariante anbieten würde, auch damit rechnen müsste, bei der Preiswertung schlechter abzuschneiden.

Die Antragsgegnerin kann aber in einem Verhandlungsverfahren aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung aller Bieter eine solche Frage nicht unbeantwortet lassen. Ihre Annahme, dass die Entscheidung über den Einsatz von [Produkt] ausschließlich in die Risikosphäre der Antragstellerin fällt, ist nicht zutreffend. Denn die Antragsgegnerin hätte sich als Auftraggeberin eindeutig positionieren müssen, nachdem im Verhandlungsgespräch darüber gesprochen wurde. Diese Unklarheit, ob diese Planungsvariante ausdrücklich gewollt und vorgegeben ist oder nicht zugelassen wird, führte letztendlich zu der Nichtvergleichbarkeit der Angebote der Beteiligten im Bereich der Honorarangebote und damit zu einer Beeinträchtigung der Chancen der Antragstellerin auf den Zuschlag.

c) Hinzu kam, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Vergleichsberechnung diesbezüglich keine Korrekturen vorgenommen hat; sie hat somit das Honorar so eingestellt, wie von der Antragstellerin gefordert. Auch das führte zu einer weiteren Verzerrung des Wettbewerbs. Grundsätzlich kann aber auch eine Vergleichsberechnung nicht dazu dienen, solche gravierenden Unterschiede bei den Honorarangeboten der Bieter zu korrigieren.

Im Ergebnis ist es Aufgabe des Auftraggebers sich in Bezug auf die geforderten Leistungen klar zu positionieren und für den Fall, dass man erstmalig in einem Verhandlungsgespräch eine andere und neue Variante bezüglich der Leistungen vorgetragen bekommt, hat eine Vergabestelle aufgrund des Transparenzgrundsatzes klar gegenüber dem Bieter zu äußern, ob diese Planungsvariante weiter verfolgt werden soll oder nicht. Der Auftraggeber kann dies nicht offen lassen. Demzufolge hat die Antragsgegnerin vorliegend gegen § 97 Abs. 1 GWB verstoßen.

2.2 Gemäß § 52 SektVO wird der Zuschlag nach Maßgabe des § 127 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Gemäß § 127 Abs. 2 GWB sind verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zu beachten. Verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung enthält u.a. die HOAI. § 76 Abs. 1 Satz 2 VgV bestimmt für Architekten- und Planungsleistungen ausdrücklich, dass der Preis im Rahmen der HOAI zu berücksichtigen ist.

Die Antragstellerin macht geltend, dass die Leistungen im Bereich der "Technischen Ausrüstung" nicht hätten frei vereinbart werden dürfen. Denn die Anlagen, die man



für die Nutzung des Wasserwerks braucht, wie beispielsweise Trinkwasseraufbereitung und Trinkwasserspeicherung usw., seien unterschiedliche Anlagen.

Nur unter der Voraussetzung, dass die ermittelten anrechenbaren Kosten außerhalb der in den Honorartafeln dieser Verordnung festgelegten Honorarsätze liegen, sind die Honorare gem. § 7 Abs. 2 HOAI frei vereinbar. Andernfalls richtet sich das Honorar für Grundleistungen bei der Technischen Ausrüstung gem. § 54 Abs. 1 HOAI für das jeweilige Objekt im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 nach der Summe der anrechenbaren Kosten der Anlagen jeder Anlagengruppe. Dies gilt jedoch für nutzungsspezifische Anlagen nur, wenn die Anlagen funktional gleichartig sind.

Die Antragstellerin hat im Schriftsatz vom 3.2.2017 und in der mündlichen Verhandlung im Beistand von Herrn XXXX vorgetragen, dass in Bezug auf die Planungsleistungen in der Anlagengruppe 7 (nutzungsspezifische Anlagen und verfahrenstechnische Anlagen, §§ 53 Abs. 2 und 54 HOAI) mit hoher Wahrscheinlichkeit die freie Honorarvereinbarung nicht zulässig gewesen sei, sondern die Antragsgegnerin hätte sich hier - da der Tafelwert von 4 Mio. € unterschritten werde - an § 7 Abs. 1 HOAI halten müssen. Demzufolge würde hier ein Verstoß gegen § 127 Abs. 2 GWB vorliegen, wenn ein Auftraggeber verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung, wie beispielsweise die HOAI, nicht einhält.

Die Kammer lässt dies vorliegend aber ausdrücklich offen, weil bereits der Verstoß gegen § 97 Abs. 1 GWB zu einer weitgehenden Zurückversetzung der Vergabe führt. Es wird somit lediglich angeregt, den diesbezüglichen Vortrag der Antragstellerin bei der Fortsetzung der Vergabe selbständig zu bewerten.

2.3 Weiterhin macht die Antragstellerin geltend, dass die Beigeladene mit ihrem Angebot in einigen Bereichen die Mindestsätze der HOAI unterschritten habe. Da die Vergabe aber wegen § 97 Abs. 1 GWB zurückversetzt wird, kommt es hierauf auch nicht mehr an.

2.4 Gemäß § 7 Abs. 1 HOAI ist zu bestimmen, ob sich ein Angebot im gesetzlich vorgeschriebenen Rahmen bewegt oder davon abweicht. Soweit die Antragstellerin hier geltend macht, dass die Antragsgegnerin die Honorarzonen hätte verbindlich vorgeben müssen, muss sie sich entgegen halten lassen, dass dies nach der Rechtsprechung (vgl. dazu OLG Koblenz, Beschluss vom 29.1.2014, 1 Verg 14/13; VK Hessen, Beschluss vom 27.7.2015, 69d - VK - 24/2015) mittlerweile nicht mehr erforderlich ist.

Im Ergebnis führt somit der Verstoß gegen § 97 Abs. 1 GWB zu einer Zurückversetzung der Vergabe.

III.

Gemäß § 168 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Durch den Verstoß der Antragsgegnerin gegen § 97 Abs. 1 GWB ist der Antragstellerin die Möglichkeit genommen worden, ein Angebot abzugeben, das den Vorstel-



lungen der Antragsgegnerin inhaltlich entsprach und zudem sich auch im Rahmen der Honorarvorstellungen für die Planungsleistungen bewegte.

Der Antragsgegnerin wird deshalb untersagt, den Auftrag an die Beigeladene zu erteilen. Sie wird verpflichtet, die Vergabe zurückzusetzen und die Bieter zur Vorlage neuer Angebote aufzufordern. Zuvor sollte die Antragsgegnerin die Vorgaben für die Bieter einheitlich und klar strukturieren und sich auch hinsichtlich des Schwierigkeitsgrades abschließend positionieren. Darüber hinaus regt die Vergabekammer an, auch die Hinweise zur Aufgliederung der Anlagengruppe 7 einzubeziehen. Ob die Antragsgegnerin diesbezüglich nochmals Verhandlungsgespräche führen will, wird von der Vergabekammer nicht ausdrücklich angeordnet, sondern bleibt der Antragsgegnerin überlassen.

IV.

Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben (§ 182 Abs. 1 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen (§ 182 Abs. 3 GWB). Die Gebühr beträgt mindestens 2.500 Euro und soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten (§ 182 Abs. 2 GWB).

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. XXXX Mio. Euro netto beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder XXXX,- Euro. Diese Gebühr ist der Antragsgegnerin aufzuerlegen, die gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG i.d.F. vom 15.8.2013 als juristische Person des Privatrechts nicht von den Gebühren befreit ist.

Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners gemäß § 182 Abs. 4 GWB zu tragen. Hier war die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Verteidigung wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig. Die Antragsgegnerin hat als unterliegende Partei, diese Kosten zu tragen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die sofortige Beschwerde entscheidet ausschließlich das Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.



Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Gaidies