



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von Planungsleistungen im Zusammenhang mit dem Ausbau eines Breitbandkabelnetzes

VK 1 – 21/20

xxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxx

gegen die

Stadt xxxxxxx

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxx

Beigeladene

xxxxxxx

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 16. September 2020 durch den Vorsitzenden Spinzig, den hauptamtlichen Beisitzer Stodollick und die ehrenamtliche Beisitzerin Ottenströer

am 21. Oktober 2020 entschieden:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren „xxxxxxx“ (EU-Bekanntmachungsnummer: 2019/S 204-49885) bei fortbestehender Beschaffungsabsicht bis zur Wahl des Vergabeverfahrens zurückzusetzen und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben.

2. Die Kosten des Verfahrens werden auf 2.800,00 € festgesetzt.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt die Errichtung einer passiven NGA-Netzinfrastruktur als Grundlage für die flächendeckende Versorgung ihres Stadtgebiets sowie zweier Nachbargemeinden mit einem Breitbandnetz. Die Gesamtkosten für die Netzinfrastruktur belaufen sich auf ca. 12.000.000,00 €, wobei die Planungsleistungen von der Antragsgegnerin laut Bekanntmachung mit 837.500,00 € (netto) geschätzt wurden.

Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens sind allein die im Zusammenhang mit der Errichtung des Netzausbaus stehenden Planungsleistungen. Es geht um die Planung der Infrastruktur für die Netze, also um die konkrete Verlegung von Leerrohren und den dazugehörigen Komponenten einschließlich der Schächte, Verzweiger, Hausanschlüsse und Anschlusseinrichtungen. Nicht erfasst werden aktive Netzkomponenten, wie beispielsweise unbeschaltete Glasfaserkabel. Nach der Errichtung soll das Netz an einen sogenannten Netzbetreiber verpachtet werden. Die Verfahrensbeteiligten streiten darüber, ob diese Planungsleistungen ohne eine vergabekonforme Ausschreibung nach dem 4. Teil des GWB vergeben werden dürfen.

Mit Bekanntmachung vom 22. Oktober 2019 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union informierte die Antragsgegnerin über die beabsichtigte Auftragsvergabe von Ingenieurleistungen zur Planung einer passiven NGA-Netzinfrastruktur. Sie beabsichtigte die Leistungsphasen 4 bis 8 stufenweise zu vergeben.

Hinsichtlich des anwendbaren Rechts wies die Antragsgegnerin unter VI.3) auf Folgendes hin:

„[...] Anwendbar ist im vorliegenden Fall nach Einschätzung der Vergabestelle § 116 Abs. 2 GWB, wonach das förmliche Vergaberecht nicht anwendbar ist auf Aufträge die hauptsächlich dazu dienen, einem öffentlichen Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze [...] zu ermöglichen. Daher sind die EU-Vergaberichtlinien, das GWB-Vergaberecht, die Vergabeverordnung (VgV) und sonstige Rechtsgrundlagen des förmlichen europäischen sowie bundesgesetzlichen Vergaberechts im vorliegenden Verfahren nicht anwendbar. Gleichwohl orientiert sich die vorliegende Ausschreibung an den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung. [...]. Ein Rechtsanspruch auf die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften wird hierdurch indes nicht begründet. [...] Das Verfahren wird in Anlehnung an §§ 74, 17 VgV

als Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb in zwei Stufen durchgeführt. [...]“

Weiter erklärte sie die Rechtsbehelfsfristen und Präklusionsbestimmungen des § 160 Abs. 3 GWB in Bezug auf Rügen bei der Auftragsvergabe für anwendbar, die Erhebung eines Nachprüfungsantrages vor der Kammer bezeichnete sie dagegen als unzulässig.

Ausweislich der Leistungsbeschreibung sollten die Bieter nach erfolgreichem Durchlaufen des Teilnahmewettbewerbs für die jeweiligen Leistungsphasen einen Pauschalpreis anbieten, wobei dieser Preis mit 50% in die Wertung ging. Sie sollten sich dabei am Leistungsbild Ingenieurbauwerke aus §§ 41 ff. HOAI 2013 in Verbindung mit Anlage 12 nebst zusätzlicher und besonderer Leistungen orientieren, wobei zunächst nur die Leistungsphasen 4 bis 9 stufenweise beauftragt werden sollten. In die Leistungsbeschreibung war eine Übersichtskarte für die Grobplanung der Netze eingearbeitet worden, die von der im Nachprüfungsverfahren beigeladenen Firma stammte. Zudem sollen die Vorgaben aus den Förderrichtlinien eingehalten werden.

Unter Ziffer 4.3 der Leistungsbeschreibung erläuterte die Antragsgegnerin ihr Vorgehen in der Verhandlungsphase und bestimmte u.a. dazu:

„Insbesondere behält sich die Vergabestelle vor, auf der Grundlage der Zwischenwertung bei Vorliegen sachlicher Gründe Verhandlungen nur mit einer bestimmten Anzahl von Bietern oder mit nur einem Bieter zu führen. Der Vergabestelle steht es hiernach frei, die Anzahl der an den weiteren Verhandlungen beteiligten Bieter in einem Schritt oder in mehreren Schritten zu reduzieren. [...]

Der Vergabestelle steht es im Rahmen des Preferred-Bidder-Verfahrens frei, einzelne Angebote vorübergehend vom Verhandlungsverfahren auszunehmen und diese – je nach Verlauf des Verhandlungsverfahrens – nachträglich wieder einzubeziehen.“

Neben der Antragstellerin und der Beigeladenen reichten 14 weitere Unternehmen fristgerecht Teilnahmeanträge ein. Davon wurden insgesamt 14 Bieter zur Abgabe eines ersten Angebots aufgefordert.

Die Beigeladene soll den Zuschlag erhalten, wobei allerdings die Antragsgegnerin deren Vorbefassung im Wettbewerb nicht offen legte.

Die Antragstellerin gab fristgerecht ihr finales Angebot mit einem Pauschalpreis ab, wobei sie erläuterte, dass Kalkulationsgrundlage die vom Auftraggeber übergebenen Zahlen seien. Bei erheblichen Abweichungen von diesen Vorgaben könnte dies zu Mehrkosten für den Auftraggeber führen.

Daraufhin schloss die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren aus. Zur Begründung führte sie aus, dass das Angebot nicht die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfülle, da es die Vergabeunterlagen abändere. Es weise keinen garantierten Festpreis hinsichtlich Mengenmehrungen/-minderungen über 10 % hinaus auf.

Die Antragstellerin rügte den Ausschluss ihres Angebots. Auf die Rügezurückweisung der Antragsgegnerin reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Kammer ein, die darauf das Verfahren mit dem Aktenzeichen VK 1- 21/20 einleitete.

Die Antragstellerin hält ihren Nachprüfungsantrag für zulässig, weil die Bereichsausnahme des § 116 Abs. 2 GWB nicht einschlägig sei. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern sei somit – entgegen den Vorgaben in der Bekanntmachung – eröffnet.

§ 116 Abs.2 GWB stelle eine Ausnahme von der Anwendung des Vergaberechts dar, die grundsätzlich eng ausgelegt werden müsste. Die hier zu vergebenden Planungsleistungen seien derart weit vorgelagert, dass diese nicht mehr in deren Anwendungsbereich fallen könnten. Lediglich die Netzerrichtung oder der Netzbetrieb mit dem Zweck, diese später der Öffentlichkeit anzubieten, seien von der Ausnahme nach § 116 Abs. 2 GWB erfasst. Der Auftrag müsste deshalb unmittelbar auf die Bereitstellung und den Betrieb von Kommunikationsnetzen oder die Bereitstellung von Kommunikationsdiensten gerichtet sein.

Die Antragstellerin verweist diesbezüglich auf die Entscheidung der VK Bund vom 2. September 2011, VK 1-108/11, wonach für die Netzbereitstellung entscheidend sei, dass ein unmittelbarer Zugriff auf den Kommunikationsdienst erfolge. Dass der Auftraggeber rechtliche Vorgaben mache, genüge nicht. Eine solche unmittelbare Zugriffsmöglichkeit hätte nur der zukünftige Netzbetreiber, nicht aber die Netzplaner. Zudem unterschieden sich die hier zu vergebenden Planungsleistungen von anderen Planungsleistungen nur unwesentlich, sodass nicht nachvollziehbar sei, warum diese – genauso wenig wie Tiefbauleistungen – aus dem Anwendungsbereich des GWB herauszunehmen seien. Die Vergabe betreffe nicht das projektgegenständliche Netz selbst. Auch sei die Zielrichtung des § 116 Abs. 2 GWB auf die eigentliche Betriebsleistung ausgerichtet.

Die gegenständlichen Ingenieurleistungen ermöglichten der Antragsgegnerin, entgegen ihren eigenen Ausführungen, eben nicht den Zugriff und damit ein Bereitstellen eines öffentlichen Kommunikationsnetzes. Der von der Antragsgegnerin angeführten Entscheidung des OLG München vom 22. Juli 2019, Verg 14/18 liege ein anderer Sachverhalt zu Grunde. Dort sei die Antragsgegnerin als Betreiberin eines bestehenden UKW-Netzes anzusehen gewesen und habe damit auch Zugriff auf dieses.

Da es sich hier um reine Planungsleistungen und nicht um eine Konzession zur Errichtung und zum Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze handele, finde auch § 149 Nr. 8 GWB keine Anwendung. Aktuelle Rechtsprechung, die diese Sichtweise der Antragsgegnerin unterstütze, existiere nicht. Die hierzu angeführten Entscheidungen seien vor der Umsetzung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes ergangen und damit auch vor der Schaffung des Rechtsweges für Dienstleistungskonzessionen.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin könnten die Beschaffungen im Gesamtpaket im Rahmen des Wirtschaftlichkeitslückenmodells auch nicht mit den hier geplanten Ausschreibungen gleichgesetzt werden. Soweit eine Vergabe einzelner Leistungen im Gesamtpaket erfolge, wobei öffentliche Aufträge und Konzessionen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand hätten, miteinander kombiniert würden, käme es gemäß § 110 GWB auf den Schwerpunkt des Auftrags an. Der Schwerpunkt läge in der Regel im dauerhaften Netzbetrieb. Sofern aber eine Kette von unterschiedlichen Aufträgen vergeben würde, sei § 111 Abs. 2 GWB anzuwenden, so dass jeder einzelne Auftrag nach den Vorschriften vergeben wird, der auf seine Merkmale anzuwenden sei.

Darüber hinaus meint die Antragstellerin, dass der Hinweis der Antragsgegnerin zu den Privilegierungen im Sektorenbereich nicht überzeugend sei. Denn zutreffend sei, dass die Telekommunikationsleistungen aus dem Bereich der Sektorentätigkeiten ausgenommen wurden, wobei die hier diskutierten Ausnahmetatbestände geschaffen worden seien. Allerdings bedeute das nicht, dass auch andere Leistungen, die nicht mit der Sektorentätigkeit in Verbindung stehen, wie die Planungsleistungen oder Bauleistungen, vom Vergaberecht ausgenommen werden sollten.

Gleiches gelte in Bezug auf die Ausführungen der Antragsgegnerin hinsichtlich der Begriffe „Telekommunikationsnetz“ und „Kommunikationsnetz“. Es gehe nicht um die Technik auf den Märkten und darum, einen Betreiber zu verpflichten, die aktive Technik zu beschaffen und einzubauen. Vielmehr gehe es vorliegend um die Planungsleistungen.

Der Vergleich der Antragsgegnerin zur Systematik im Vergleich zur Normstruktur von § 116 Abs. 1 und 2 GWB gehe ins Leere, so die Antragstellerin, weil § 116 Abs. 2 GWB nicht nur den Fall regelt, dass der Staat als Anbieter auftrete. Vielmehr trete der Staat im Falle des § 116 Abs. 2 GWB ebenfalls als Nachfrager am Markt auf, weil er seine Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge, nämlich die Versorgung der Bevölkerung mit einem Breitbandnetz, erfüllen wolle und dafür Betreiber finden müsste.

Ihre Einwände gegen die Verfahrensführung und den Angebotsausschluss hält die Antragstellerin für nicht präkludiert. Die für die Präklusion entscheidende Kenntnis von Vergabeverstößen habe sie erst nach Erhalt des Angebotsausschlusses und der anschließenden rechtlichen Prüfung durch ihre Prozessbevollmächtigten erhalten. Die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme nach § 116 Abs. 2 GWB sei eine komplizierte und nicht abschließend geklärte Rechtsfrage und deshalb für die Antragstellerin nicht erkennbar gewesen. Gleiches gelte für die Rüge zur Verfahrensgestaltung und der ungebührlichen Risikoverlagerung. Sie habe erst am 10. bzw. 24. Juni Kenntnis von Vergabeverstößen erlangt und diese innerhalb der 10-Tages-Frist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB fristgerecht und zwar am 19. bzw. 29. Juni 2020 gerügt.

Die Antragstellerin trägt vor, dass ihr durch diese Vorgehensweise der Antragsgegnerin auch ein Schaden entstehe, so dass sie antragsbefugt sei. An die Antragsbefugnis dürften keine überzogenen Anforderungen gestellt werden, sondern regelmäßig würde auch dann ein Schaden entstehen, wenn das eingeleitete Vergabeverfahren aufgrund der Wahl der falschen Verfahrensart nicht durch Zuschlag beendet werden dürfe und somit zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung erforderlich sei.

Der zulässige Antrag sei auch begründet. Denn die Verfahrensführung der Antragsgegnerin sei insgesamt intransparent und entspreche nicht den Grundsätzen des § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB. Die Antragsgegnerin verstoße gegen Vorgaben aus § 17 VgV, an die sie sich wegen der Anwendbarkeit des 4. Teils des GWB umfassend halten müsse. Dies habe die Antragstellerin jedoch nicht getan. Beispielsweise sei das Abschichtungsmodell zur Begrenzung der am weiteren Verfahren teilnehmenden Bieter davon geprägt, dass sich die Antragsgegnerin maximale Flexibilität erhalten wolle. Es fehle an zahlenmäßigen Vorgaben für die Abschichtung der weiteren am Verfahren teilnehmenden Bieter. Der bloße Verweis auf die Zuschlagskriterien sei willkürlich. Die Bieter könnten auf dieser Grundlage nicht nachvollziehen, mit wie viel Konkurrenz und damit Wettbewerb noch zu rechnen sei.

Darüber hinaus sei die Leistungsbeschreibung nicht vergaberechtskonform, sondern enthalte unverhältnismäßige Vorgaben, die zu ungebührlichen Risikoverlagerungen auf die Bieter führe. Die Antragsgegnerin habe das Risiko des nicht vorhersehbaren Leistungsumfangs vollständig auf die Bieter verlagert, was unzumutbar sei. Die Antragstellerin meint, dass die Vergabeunterlagen keine sichere Kalkulationsgrundlage liefern würden.

Einerseits verweise die Antragsgegnerin als Quelle für die Vergabeunterlagen auf die Homepage der xxxxxx, wobei dort ständig unterschiedliche Vergabeunterlagen ohne Zutun der Antragsgegnerin eingestellt würden.

Aber auch die Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin und deren Antworten im Rahmen der Bieteranfragen würden belegen, dass Risiken auf die Bieter ohne Korrekturmöglichkeit abgewälzt würden. Allein auf Grundlage von Erfahrungswerten ließe sich nicht von den Markterkundungen während der Grobnetzplanung auf den Leistungsumfang der tatsächlich erforderlichen Feinnetzplanung schließen. Die Trassenlängen und Hausanschlüsse könnten sich deshalb wesentlich ändern, wobei zugleich aber von den Bietern ein Pauschalpreis gefordert werde. Damit verlagere die Antragsgegnerin das Mengenänderungsrisiko vollständig auf die Bieter, gebe ihnen aber keine Möglichkeit, dies zumutbar und kaufmännisch vernünftig zu kalkulieren, da sie an den Pauschalpreis gebunden seien. Soweit die Antragsgegnerin selbst keine entsprechenden Erfahrungswerte besitze, sei sie verpflichtet, sich die entsprechende Expertise durch Dritte zu beschaffen.

Überdies erachtet die Antragstellerin ihren Ausschluss vom Wettbewerb als ermessensfehlerhaft. Die Antragsgegnerin habe entgegen ihren Vorgaben ihr Ermessen nicht ausgeübt, sondern die Erklärungen der Antragstellerin durch ihre eigene Bewertung ersetzt, die aber so nicht zutrefte. Denn die Erklärungen der Antragstellerin in ihrem Angebot seien eindeutig gewesen. Sie habe einen Pauschalpreis angeboten und lediglich darüber hinaus ihre Kalkulationsgrundlage offen gelegt, wozu sie aber nicht verpflichtet gewesen wäre. Kalkulationsangaben seien keine Preisbestandteile, sondern würden lediglich u.a. dazu dienen, Spekulationsmöglichkeiten des Bieters zu begrenzen. Insofern könne ihre Aussage über ihre Kalkulation nicht zu einer Änderung der Vergabeunterlagen führen und würde damit auch nicht ihren Ausschluss vom Wettbewerb rechtfertigen. Vielmehr habe sie deutlich machen wollen, dass es gerade beim Aushandeln von Festpreisen darauf ankomme, dass die Vorgaben des nicht an der Kalkulation Beteiligten entscheidend seien, weil allein auf dieser Grundlage die Kalkulation des Bieters erfolge.

Die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene hält die Antragstellerin für vergaberechtswidrig, weil diese bereits in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen gewesen sei, sodass diese einen Informationsvorsprung vor den übrigen Bietern gehabt habe, der nicht offen gelegt wurde, wodurch eine Wettbewerbsverzerrung eingetreten sei.

Zusätzlich hält die Antragstellerin die Dokumentation für unzureichend. Dies zeige sich insbesondere darin, dass die Vergabeunterlagen Verweise auf andere Verfahren enthielten und Entscheidungen nicht begründet seien. Außerdem vermutet die Antragstel-

lerin, dass die Antragsgegnerin wesentliche Entscheidungen ihren Beratern überlassen habe, was unzulässig sei, da der öffentliche Auftraggeber im Vergabeverfahren sämtliche Entscheidungen selbst treffen müsse.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht Dienstleistungen in dem o. g. Bereich nur nach einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben,
2. hilfsweise, dass die Kammer unabhängig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hinwirkt (vgl. § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB).
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.
4. Die Antragsgegnerin zur Tragung der Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu verpflichten.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig verworfen, hilfsweise als unbegründet zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird nicht für notwendig erklärt.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin zu tragen.

Die Antragsgegnerin meint, dass der Antrag bereits unzulässig sei, da die Bereichsausnahme des § 116 Abs. 2 GWB Anwendung finde. Die Planungsleistung diene ausschließlich dazu, dem öffentlichen Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer öffentlicher Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen. Mit Blick auf die Definition des elektronischen Kommunikationsnetzes nach der Richtlinie 2002/21/EG seien elektronische Kommunikationsnetze Übertragungssysteme und ggf. Vermittlungs- und Leitweegeinrichtungen sowie andere Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen. Der Anwendungsbereich erfasse dabei nicht nur das bloße Bereitstellen passiver Infrastruktur, sondern auch solche Aufträge, deren Hauptzweck die Bereitstellung solcher Netze sei. Hierunter fielen neben der baulichen Errichtung insbesondere auch die erforderlichen Planungsleistungen. Es bestünde für die Antragstellerin

damit keine rechtliche Grundlage auf der sie die Vergabekammer mittels eines Nachprüfungsantrages anrufen könne.

Soweit die Antragstellerin auf das Urteil des OLG München, Beschluss vom 22. Juli 2019, Verg 14/18 Bezug nimmt, finde dieses auf die streitgegenständliche Ausschreibung keine Anwendung. Das OLG München habe eine zu enge Auslegung des Ausnahmetatbestandes abgelehnt. Ausreichend sei, dass der Auftrag hauptsächlich dem Zweck diene, die Bereitstellung oder den Betrieb eines Netzes zu ermöglichen. Die streitgegenständliche Planungsleistung sei konkret auf die geplante Errichtung der zur Bereitstellung und den Betrieb des Netzes erforderlichen Infrastrukturen gerichtet und damit zwingend für die Errichtung der Infrastrukturen erforderlich. Zwischen der Planung und der Errichtung des Netzes bestehe ein unmittelbarer sachlicher und zeitlicher Zusammenhang. Diese Zweckbestimmung der zu erbringenden Leistung sei ausreichend, um die Voraussetzungen des § 116 Abs. 2 GWB hier zu erfüllen.

Die von der Antragstellerin angeführte Entscheidung der VK Bund aus dem Jahre 2011 könne ebenfalls keine Anwendung finden. Damals sei der öffentliche Auftraggeber in dem seinerzeitigen Verfahren nicht „Betreiber“ der Infrastruktur gewesen. Die Vorgaben des Beschlusses seien jedoch erfüllt. Die Antragsgegnerin habe unmittelbaren Zugriff auf das zu erstellende Kommunikationsnetz, da sie Eigentümerin werde. Die Planungsleistung stehe in einem hinreichenden Zusammenhang zur späteren Bereitstellung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes durch die Antragsgegnerin.

Entscheidend für die Einordnung des Auftrages sei nicht die Art der Leistung, sondern alleine der Zweck, dem er diene, bzw. der Sektor, in dem er erbracht werde. Schließlich solle der öffentliche Auftraggeber gegenüber privatwirtschaftlichen Unternehmen im Nachgang an die Liberalisierung des Telekommunikationssektors nicht durch die „*Beschränkungen des Vergaberechts*“ benachteiligt werden.

Die Antragsgegnerin meint, dass weder der Wortlaut, noch die Systematik und auch nicht die Historie des § 116 Abs. 2 GWB es zulassen, dass vorliegend die Bereichsausnahme nicht zur Anwendung kommt.

Der Wortlaut sei bewusst weit gefasst und erfasse auch die Planungsleistungen. Sie diene nicht nur hauptsächlich, sondern ausschließlich dem Zweck der Bereitstellung des Breitbandnetzes. Es sei unerheblich, ob die Planung im Zusammenhang mit der Errichtung beschafft werde oder im Rahmen einer eigenen Ausschreibung, da diese unerlässliche Voraussetzung sei. Die Planungsleistungen seien als notwendiger Zwischenschritt für die Errichtung eines Netzes erforderlich.

Der Begriff „hauptsächlich“ sei mit Blick auf die Sektorenrichtlinie auszulegen. Im Bereich des Sektorenvergaberechts seien Sektorenhilfstätigkeiten (wie PC/Tablet für die Mitarbeiter) regelmäßig von den Erleichterungen miterfasst, solange diese einen funktionalen Bezug zur Sektorentätigkeit aufwiesen und solange es dabei nicht um abtrennbare und selbständige Teile gehe. Der Vergleich mit Sektorentätigkeiten sei sinnvoll, da im Bereich eines Sektors öffentliche Auftraggeber dadurch privilegiert würden, dass öffentliche Aufträge erst bei Erreichen eines höheren Schwellenwertes ausgeschrieben werden müssten.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, dass die Planungsleistungen sehr wohl mit in den Bereich des § 116 Abs. 2 GWB einzubeziehen seien. Für die Inbetriebnahme des

Netzes seien sehr unterschiedliche Schritte bzw. Aufträge erforderlich, wozu beispielsweise auch die Ermittlung des zukünftigen Betreibers gehöre. Aus dem Gesetz lasse sich nicht entnehmen, dass zwischen diesen verschiedenen Beschaffungen und Aufträgen differenziert werden müsste. Vielmehr würden sämtliche Aufträge vom Gesetz erfasst, mithin also auch die Planungsleistungen, aber auch die Tiefbauleistungen.

Unerheblich sei auch, dass nach Abschluss der Planungsleistungen noch kein Kommunikationsnetz vorhanden sei. Der Begriff des Kommunikationsnetzes nach § 116 Abs. 2 GWB n.F. sei weiter zu verstehen als der in § 3 Nr. 16 a, 27 TKG. Insbesondere fielen hierunter auch passive Breitbandnetze. Das weite Verständnis sei durch die unterschiedlichen Zielrichtungen der beiden Regelungsregime begründet. Das TKG verfolge einen regulatorischen Zweck, um teils noch bestehende Monopolstrukturen zu brechen. § 116 Abs. 2 GWB solle der weitgehenden Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes Rechnung tragen; die öffentliche Hand solle nicht an das Vergaberecht gebunden sein, wenn sie sich in Wettbewerb zu anderen Marktteilnehmern stelle.

Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass der Telekommunikationsmarkt in der Praxis sehr differenziert sei; es gäbe die klassischen Vollanbieter, die sowohl die Infrastruktur als auch die Technik liefern, aber auch Investoren, die nur die Infrastruktur errichten, diese aber nicht betreiben. Vor diesem Hintergrund sei die bewusst weite Formulierung des § 116 Abs. 2 GWB zu verstehen, so dass der Begriff „Kommunikationsnetze“ nicht nur die Ausstattung mit der Technik, sondern insbesondere auch die Herstellung der passiven Netze erfasse. Im Übrigen beachte die Ausschreibung der Antragsgegnerin auch die grundgesetzlichen Vorgaben des Art. 87 f GG.

Zudem trägt die Antragsgegnerin vor, dass sich auch aus der Gesamtbetrachtung der Leistungen ergebe, dass die Beschaffungen hier nicht getrennt voneinander erfolgen. Denn die Ausschreibung der Planungsleistungen umfasse auch die Bauleitung (Leistungsphase 8) sowie die Objektbetreuung (Leistungsphase 9), so dass die Planungsleistungen in ihrer Gesamtheit betrachtet, den letzten Akt der Bereitstellung des Netzes darstellten.

Dass § 116 Abs. 2 GWB anwendbar sei, ergebe sich auch aus seiner Systematik. Abs. 1 und Abs. 2 hätten unterschiedliche Zielrichtungen. In den in Absatz 1 genannten Fällen sei der Staat als Nachfrager am Markt tätig und beschaffe Leistungen für sich selbst. Nach Absatz 2 sei der Staat allerdings Anbieter und beschaffe Leistungen, die er zur Ausübung seiner Tätigkeit am Markt gegenüber Dritten benötige. Insofern sei der öffentliche Auftraggeber nur nach Absatz 2 der Konkurrenz und dem Wettbewerb ausgesetzt. Daher sei der Anwendungsbereich des Absatzes 2 weiter zu fassen als Absatz 1. Dies spiegele sich im Wortlaut wieder. Absatz 2 erfasse nicht nur eine Tätigkeit, sondern einen Tätigkeitsbereich. Dies verdeutliche der Blick auf § 149 Nr. 8 GWB. Bei der Vergabe einer Konzession sei der öffentliche Auftraggeber stets in derselben Rolle.

Dass § 116 Abs. 2 GWB weit gefasst sei, ergebe sich außerdem aus der historischen Genese. Als der Telekommunikationsmarkt noch monopolisiert war, seien Beschaffungen der öffentlichen Hand als Nachfrager vom Vergaberecht ausgenommen. Es be-

stehe nach einer vollständigen Liberalisierung kein Bedarf mehr, den öffentlichen Auftraggeber an die Zwänge des Vergaberechts zu binden. Denn dann stünde der öffentliche Auftraggeber, der im Vergleich mit privatwirtschaftlichen Unternehmen tätig werde, schlechter dar, obwohl er eine Leistung anbiete. Er habe einen Wettbewerbsnachteil. Diese Ungleichbehandlung sei nicht gerechtfertigt, zumal ein öffentlicher Auftraggeber sich in der Regel selbst an vergaberechtliche Grundsätze binde. Dem entsprechend seien früher der Sektorenrichtlinie unterfallende Tätigkeiten nicht vom Vergaberecht erfasst. Dies ergebe sich auch aus der Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/10117, Seite 17.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Antragstellerin nicht antragsbefugt sei, weil hier keine Rechtsverletzung vorliege, die einen Schaden bei der Antragstellerin verursache. Allein die Rechtsauffassung zu § 116 Abs. 2 GWB wirke sich nicht auf die Rechtsposition der Antragstellerin aus. Aber auch die Wahl des Vergabeverfahrens beeinträchtige sie nicht, weil man entsprechend den Vorgaben des § 17 VgV ein ordnungsgemäßes Verhandlungsverfahren durchgeführt habe, an dem auch die Antragstellerin teilgenommen habe. Die Antragstellerin sei allerdings auszuschließen, weil sie kein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben habe. Denn mit ihrem finalen Angebot sei sie von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen abgewichen, weil sie den geforderten Pauschalpreis eingeschränkt habe.

Darüber hinaus sei die Antragstellerin mit den vorgebrachten Rügen und Einwendungen präkludiert. Es fehle an einer unverzüglichen Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 116 Abs. 2 GWB und der intransparenten Verfahrensführung und -gestaltung hätte die Rüge innerhalb der Teilnahmefrist erfolgen müssen. Die vermeintlichen Mängel seien bereits aus der Auftragsbekanntmachung erkennbar gewesen.

Betreffend den Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch ungebührliche Risikoverlagerungen habe die Antragsgegnerin zusätzlich unter anderem in den Bietergesprächen und in der darauffolgenden Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebots darauf hingewiesen, dass ein Pauschalpreis erforderlich sei. Die Rügen hierzu seien allerdings erst am 19. Juni 2020, also nach Ablauf der Teilnahme- und Angebotsfrist (30. April 2020) erfolgt.

Der Nachprüfungsantrag sei überdies auch unbegründet.

Die Verfahrensführung sei nicht intransparent, ein Verstoß gegen § 17 VgV liege nicht vor. Dies ergebe sich bereits aus den Ausschreibungsunterlagen, welche formfrei und lediglich in Anlehnung an die Vorgaben des GWB und der VgV ausgestaltet worden seien. Abweichungen seien insoweit möglich. Eine Selbstbindung der Verwaltung begründe dies nicht.

Die Abschtung sei grundsätzlich zulässig und ordnungsgemäß erfolgt, da bis zuletzt zumindest zwei Bieter um den Zuschlag konkurriert hätten. Im Übrigen bedürfe es keiner zahlenmäßigen Vorgabe für die Abschtung. Dies sei der Antragsgegnerin im Vorfeld nicht möglich gewesen und liefe § 17 Abs. 12 VgV zuwider, der dem Auftraggeber die nötige Flexibilität einräumen wolle, auf den Verlauf des Verhandlungsverfahrens reagieren zu können. Jedenfalls fehle es hier an einer möglichen Rechtsverletzung der Antragstellerin, da eine Abschtung tatsächlich nicht stattgefunden habe.

Die Antragsgegnerin habe vielmehr das Angebot der Antragstellerin nicht abgeschichtet, sondern ausgeschlossen, da dieses von den Vergabeunterlagen abwich. Dass den Bietern mangels Hinweises zur Ausgestaltung der Abschichtung die Möglichkeit genommen werde, eine eigene Angebotsstrategie zu entwickeln, überzeuge nicht. Die Bieter hätten keinen Anspruch auf Offenlegung der Konkurrenz, was dem Wettbewerbsgrundsatz zuwiderliefe.

Ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch ungebührliche Risikoverlagerungen liege nicht vor. Eine unzumutbare Benachteiligung nach § 307 BGB scheide aus. Die Antragsgegnerin habe von Anfang an darauf hingewiesen, dass der genaue Leistungsumfang unklar und ein Pauschalangebot gefordert sei. Dies müssten die Bieter mit einkalkulieren, was die Antragstellerin im Bietergespräch bestätigt habe. Deshalb sei die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschließen, nicht ermessensfehlerhaft. Das Angebot der Antragstellerin verletze zwingende formale Anforderungen. Da die Antragstellerin keinen Pauschalpreis angeboten habe und die Antragsgegnerin erfolglos versucht habe, das Angebot aufzuklären, sei das Angebot nicht zuschlagsfähig und auszuschließen gewesen. Durch den nur bedingt geltenden Pauschalpreis seien die Angebote der Bieter untereinander nicht miteinander vergleichbar gewesen. Die Antragsgegnerin habe der Erklärung der Antragstellerin keinen anderen Erklärungswert zumessen können. Die Antragstellerin habe eine gemeinsame vertragliche Grundlage angegeben, was eine unzulässige Abweichung von den Vergabeunterlagen darstelle.

Die Dokumentation sei ordnungsgemäß erfolgt. Eine unzulässige Verlagerung der Entscheidung auf Berater habe nicht stattgefunden. Insoweit sei die Rüge unsubstantiiert und erfolgte ins Blaue hinein.

Obwohl die Beigeladene ein vorbefasstes Unternehmen nach § 7 VgV sei, fehle es an einer für den Ausschluss erforderlichen Wettbewerbsverzerrung. Die Antragsgegnerin habe den Wissensvorsprung ausgeglichen, indem sie den beteiligten Bietern sämtliche relevanten Arbeitsergebnisse und Informationen zur Verfügung gestellt habe.

Die Beigeladene trägt vor, dass die planungsrelevanten Unterlagen allen Bietern im selben Umfang und auf gleiche Weise über eine Homepage eines anderen Unternehmens zur Verfügung gestellt worden seien, so dass der Verweis auf diese nicht gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße. In vergleichbaren Verfahren sei dieses Vorgehen mit Blick auf die nur vorläufige Genehmigung der Förderung üblich. Die beihilfe- und förderrechtlichen Bedingungen ergaben sich im Übrigen aus den Vergabeunterlagen. Schließlich hat die Antragstellerin ein Angebot abgegeben, ohne einen etwaigen Verstoß vorab zu rügen, sodass keine Schwierigkeiten bei der Angebotserstellung vorgelegen haben dürften.

Ergänzend zum Vortrag der Antragsgegnerin führt die Beigeladene zur Thematik der Projektantenstellung aus, dass sie nicht vorbefasst gewesen sei. Ihre Tätigkeit beschränkte sich auf die Unterstützung und Begleitung der Antragsgegnerin im Förderantragsverfahren. Mit der Vorbereitung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens sei sie nicht beauftragt gewesen. Ein etwaiger Informationsvorsprung habe die Antragsgegnerin ausgeglichen, da die Unterlagen aus der Vorplanung vollständig Eingang in die Vergabeunterlagen gefunden hätten. Ein Ausschluss der Beigeladenen sei europarechtswidrig, da es nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung gekommen sei. Die

Beigeladene habe – wie die übrigen Bieter – ein Angebot unabhängig von Bestandsdaten erstellt. Die Beigeladene habe die Bereiche betreffend die vorangegangene Tätigkeit für die Antragsgegnerin und die Teilnahme an diesem Vergabeverfahren außerdem personell getrennt.

Der Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 167 Abs. 1 GWB bis zum 30.11.2020 verlängert. Am 16.09.2020 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeakten und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist erfolgreich, da er zulässig und begründet ist.

A) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1. Die Vergabekammer Westfalen ist für die Nachprüfung der Vergabe sachlich und örtlich zuständig.

1.1 Bei den zu vergebenden Planungsleistungen handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag, der nach Ziffer II.1.5) der Auftragsbekanntmachung den Schwellenwert von 214.000 Euro gemäß §§ 159 Abs. 3 Satz 1, 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU in Verbindung mit Art. 1 Nr. 1 lit. c) der delegierten Verordnung (EU) 2019/1828 übersteigt.

1.2 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist der 4. Teil des GWB bei der Vergabe der Planungsleistungen anwendbar. Die zu beschaffenden Planungsleistungen fallen nicht unter die Bereichsausnahme des § 116 Abs. 2 GWB, so dass das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer statthaft ist.

a) § 116 Abs. 2 GWB bestimmt, dass dieser Teil (des GWB) nicht auf öffentliche Aufträge und Wettbewerbe anzuwenden ist, die hauptsächlich den Zweck haben, dem öffentlichen Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen.

Für ein Bereitstellen muss der öffentliche Auftraggeber unmittelbaren Zugriff auf den elektronischen Kommunikationsdienst bzw. das öffentliche Kommunikationsnetz, ggfs. vermittelt durch einen Dritten, der als Betreiber fungiert, innehaben (vgl. OLG München, Beschluss vom 22.07.2019, Verg 14/18; VK Bund, Beschluss vom 02.09.2011, VK 1 – 108/11). § 116 Abs. 2 GWB soll nach der zitierten Rechtsprechung und nach Ansicht der Kammer nur solche Aufträge erfassen, die den öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen, das öffentliche Kommunikationsnetz nach Erledigung des Auftrags zu betreiben. Typisches Beispiel ist dabei nach dem OLG München die Auswahl eines Betreibers für das öffentliche Kommunikationsnetz.

Die zu vergebenden Planungsleistungen als vorbereitende Maßnahme zur Errichtung einer passiven NGA-Netzinfrastruktur sind noch deutlich von diesem Ziel entfernt. Bis überhaupt ein öffentliches Kommunikationsnetz entsteht, sind selbst nach den Ausführungen der Antragsgegnerin in ihrer Antragserwiderung noch zahlreiche Aufträge zu

vergeben bzw. Leistungen zu erbringen. Leistungsgegenstand ist die Planung einer noch zu errichtenden passiven NGA Netzinfrastruktur. Passive Netzinfrastrukturen sind solche Einrichtungen, die andere Netzkomponenten, wie z. B. Leer- und Leitungsrohre, Kabelkanäle, Kontrollkammern, Einstiegsschächte und Verteilerkästen, aufnehmen. Nicht dazu zählen jedoch Kabel, einschließlich unbeschalteter Glasfaserkabel (vgl. § 3 Nr. 17 b TKG). Ein öffentliches Kommunikationsnetz setzt in Anlehnung an Art. 1 Abs. 15 lit. a) der Richtlinie 2004/18/EG jedoch eine öffentliche Telekommunikationsinfrastruktur voraus, mit der bereits Signale zwischen definierten Netzabschlusspunkten übertragen werden können.

Der Antragsgegnerin kann zwar zugegeben werden, dass der Wortlaut und insbesondere die Formulierungen „hauptsächlich den Zweck“ und „ermöglichen“ den Eindruck entstehen lassen können, der Anwendungsbereich des § 116 Abs. 2 GWB erfasse jedwede Leistung, die im Zusammenhang mit der Errichtung eines öffentlichen Kommunikationsnetzes steht. Dieses Verständnis überstrapaziert jedoch den Anwendungsbereich des § 116 Abs. 2 GWB und lässt damit auch die grundsätzliche Linie des EuGH unberücksichtigt, dass Bereichsausnahmen von der Anwendung des 4. Teil des GWB grundsätzlich eng auszulegen sind (EuGH, Urteil vom 07.06.2012, C-615/10).

Dass § 116 Abs. 2 GWB nicht die Anschaffung und – wie die Antragsgegnerin meint – sämtliche zur Herstellung eines Netzes erforderlichen Aufträge und Wettbewerbe erfassen kann, ergibt sich schließlich aus dem historisch zu ermittelnden Sinn und Zweck der Vorschrift. Die Planungsleistung ist kein öffentlicher Auftrag, der der Sektorenrichtlinie 93/38/EG unterfiele. Nach historischer Betrachtung erfasst deren Anwendungsbereich nur noch öffentliche Aufträge auf denjenigen (Telekommunikations-)Märkten, auf denen nach der Überleitung von monopolistischen zu wettbewerblichen Strukturen noch kein wirksamer Wettbewerb stattfindet.

Ursprünglich ergab eine Ausschreibung im gesamten Sektor Telekommunikation keinen Sinn, vgl. BT-Drucks. 16/10117, Seite 20. Der Markt für Telekommunikationsleistungen war monopolistisch geprägt, um im Interesse des Gemeinwohls die staatsweise Versorgung mit Telekommunikationsdiensten zu einheitlichen Preisen sicherzustellen, vgl. Bromen, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage 2019, § 31 Rn. 2.

In Folge der Entscheidung der Europäischen Kommission, den Telekommunikationssektor vollständig zu liberalisieren und europaweite offene Normen zu fördern, um allen Anbietern und Nutzern am Markt gleiche Chancen zu bieten (vgl. Grünbuch über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte - Umsetzung der vorgeschlagenen Maßnahmen, KOM [87] 290 vom 30. Juni 1987, Seite 6), hob die Bereichsausnahme des § 100 Abs. 2 lit. k) GWB a.F. diese Ausnahme für Telekommunikationsleistungen – in Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG – auf, vgl. BT-Drucks. 16/10117, Seite 20. Öffentliche Auftraggeber sollten nunmehr nur noch bei solchen Beschaffungen begünstigt sein, die dieser für die Ausübung von bisher der Richtlinie 93/38/EG unterfallenden Tätigkeiten benötigte, vgl. BKartA, Beschluss vom 2. September 2011, VK 1 – 108/11. Dies waren die Leistungen der Deutschen Bundespost und der Telekom, die teils dem öffentlichen, teils dem Privatrecht unterlagen, vgl. Erwägungsgrund 8 in Verbindung mit Anhang X der Richtlinie 93/38/EG. Mit anderen Worten erfasste die Be-

reichsausnahme bereits seinerzeit nur noch den regulierten Teil des Telekommunikationsmarktes, auf dem von sich aus kein wirksamer Wettbewerb stattfand. Denn auf Märkten mit strukturellen Wettbewerbshindernissen ist eine Ausschreibung obsolet, da nur die sektorspezifische Marktregulierung Wettbewerb durch Regulierung schaffen kann, BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2009, Az.: 6 C 39.07, Rn. 19. Diese Wertung findet sich in der nunmehr geltenden Bereichsausnahme des § 116 Abs. 2 GWB, der Art. 8 der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt, wieder.

Die Planung einer passiven NGA-Netzinfrastruktur unterfällt nicht der Sektorenrichtlinie 93/38/EG. Der Markt für Planungsleistungen enthält keine strukturellen Wettbewerbshindernisse, wie z.B. Marktzutrittsschranken, und bedarf für einen wirksamen Wettbewerb keiner Regulierung. Dafür spricht, dass in diesem Verfahren 16 Bieter miteinander um den Auftrag konkurriert haben.

b) Die vorgesehenen Planungsleistungen werden auch nicht gemäß § 149 Nr. 8 GWB aus dem Anwendungsbereich des GWB genommen.

Denn eine Konzessionsvergabe kommt bereits auf Tatbestandsseite nicht in Betracht. Bei der Ausschreibung von Planungsleistungen geht es noch nicht um die entgeltliche Netzüberlassung, sondern um die Planung eines Netzwerkes, welches im Anschluss daran baulich umgesetzt (Tiefbauarbeiten) werden kann.

1.3 Die Vergabekammer ist örtlich zuständig, da die Antragsgegnerin ihren Sitz im Regierungsbezirk xxxxxxxx hat, für den die Vergabekammer Westfalen nach §§ 159 Abs. 3 Satz 1 GWB, 2 Abs. 1 und 2 VK ZuStVO NRW zuständig ist.

2. Die Antragstellerin ist nach § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

a) Mit Abgabe des finalen Angebots hat sie ihr unmittelbares Interesse am öffentlichen Auftrag bekundet, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.05.2016, Verg 2/16. Einem Bieter, der sich an einem beanstandeten Vergabeverfahren durch die Abgabe eines Gebots beteiligt hat, droht regelmäßig dann ein Schaden durch eine Verletzung von Vergabevorschriften, wenn das eingeleitete Vergabeverfahren nicht durch Zuschlag beendet werden darf und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt, vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2009, X ZB 8/09. Insofern ist ein drohender Schaden nach § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB bereits dargetan, wenn der Vortrag der Antragstellerin ergibt, dass diese im Fall eines ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2016, Verg 49/15.

Indem die Antragsgegnerin ein nur an §§ 74, 17 VgV angelehntes Verfahren durchgeführt hat, hat sie keine Möglichkeit, das Verfahren in Übereinstimmung mit den vergaberechtlichen Vorgaben zu beenden und den Anspruch der Bieter auf Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens aus § 97 Abs. 6 GWB zu erfüllen. Bei Beendigung dieses fehlerhaften Verfahrens droht der Antragstellerin ein Schaden, weil ihr die Chance genommen wird, sich überhaupt an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren zu beteiligen, KG, Beschluss vom 15.04.2004, 2 Verg 22/03.

b) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass sich die Antragstellerin zunächst an dem Vergabeverfahren beteiligt hat. Denn mit der Entscheidung

des BGH aus dem Jahr 2009 ist klargestellt worden, dass einem Bieter, der sich zunächst an der nicht ordnungsgemäßen Ausschreibung mit einem Angebot beteiligt hat, nicht die Antragsbefugnis abgesprochen werden kann. Denn ein solches nicht ordnungsgemäßes Vergabeverfahren kann nicht durch Zuschlag beendet werden. Das führt dazu, dass bei Fortbestand der Beschaffungsabsicht eine erneute Ausschreibung erforderlich wird, an der sich dann auch der Antragsteller wieder beteiligen kann.

c) Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich zudem daraus, dass sie den Ausschluss ihres Angebots für vergaberechtswidrig hält. Denn die Vergabeunterlagen würden eine unzumutbare Verlagerung von Vertragsrisiken beinhalten, so dass keine sichere Kalkulationsgrundlage vorhanden gewesen sei.

Wenn diese Auffassung zutreffend sein sollte, ist die Antragsgegnerin verpflichtet – unabhängig von der gewählten Vergabeart – die Antragstellerin erneut zum Wettbewerb zuzulassen bzw. gegebenenfalls auch die Vergabeunterlagen zu überarbeiten.

3. Die Antragstellerin ist mit ihren Einwendungen nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert.

a) Der Antrag der Antragstellerin ist nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unzulässig, da die Antragstellerin – trotz des eindeutigen Hinweises in der Bekanntmachung und ihrer Geschäftserfahrung im streitgegenständlichen Bereich – keine positive Kenntnis des Vergaberechtsverstoßes hatte. Positive Kenntnis erfordert sowohl Kenntnis der den Rechtsverstoß begründenden Tatsachen als auch die wenigstens laienhafte und durch vernünftige Beurteilung hervorgebrachte rechtliche Wertung und Vorstellung, dass der Vergabevorgang zu beanstanden sei, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juli 2006, Verg 27/06. Bloße Vermutungen oder ein Verdacht lösen hingegen ebenso wenig wie grob fahrlässige Unkenntnis eine Rügeobliegenheit aus, vgl. aaO. Eine Rügepräklusion kommt aus diesem Grund nur in Betracht, wenn sich der Verstoß geradezu aufdrängt, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.05.2019, Verg 47/18. Ein Verstoß drängt sich noch nicht auf, wenn dem Bieter die Literatur oder vergaberechtliche Rechtsprechung zu den Vergabeordnungen und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht bekannt sind oder er die Vergabeunterlagen nicht routinemäßig auf etwaige Rechtsverstöße überprüft oder nicht vorsorglich durch Einholung externen Rechtsrats auf das Vorliegen von Vergabebefehlen prüfen lässt, vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 16.03.2017, Z3-3-3194-1-54-12/16 m.w.N..

Dies vorausgeschickt musste sich der Antragstellerin jedenfalls bis zur Einschaltung ihres Verfahrensbevollmächtigten nicht aufdrängen, dass die Bereichsausnahme des § 116 Abs. 2 GWB bei der Ausschreibung einer passiven NGA-Netzinfrastruktur nicht zur Anwendung kommt. Für einen verständigen Bieter lässt sich – ohne Kenntnis der einschlägigen Rechtsprechung und der historischen Genese – nicht erkennen, dass die Vergabeunterlagen insoweit fehlerhaft sind.

b) Der Antrag ist auch nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB unzulässig. Es fehlt aus vorgenannten Gründen an der Erkennbarkeit, unabhängig davon, ob man auf die subjektive Sicht der Antragstellerin oder die objektive Sicht eines durchschnittlichen, verständigen Bieters abstellt, vgl. vgl. Horn/Hoffmann, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, 2017, § 160 GWB, Rn. 53.

c) Im Ergebnis war die Rüge der Antragstellerin vom 19.06.2020 somit nicht präkludiert.

4. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 99 Nr. 1 GWB.

B) Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

1. Die Antragsgegnerin hat gegen § 97 Abs. 6 GWB verstoßen, indem sie Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht eingehalten hat. Denn die Antragsgegnerin war verpflichtet, ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB durchzuführen, weil die Bereichsausnahme des § 116 Abs. 2 GWB hier nicht zur Anwendung kam.

1.1 Werden gemäß § 111 Abs. 2 GWB getrennte Aufträge vergeben, so wird jeder einzelne Auftrag nach den Vorschriften vergeben, die auf seine Merkmale anzuwenden sind. § 111 GWB befasst sich mit der Vergabe von sogenannten Mischaufträgen, d.h. ein Auftrag besteht aus unterschiedlichen Tätigkeiten, die entweder gemeinsam vergeben werden oder getrennt. Liegt eine Gesamtvergabe vor, so muss auf den Hauptgegenstand des Auftrags abgestellt werden. Vorliegend hat die Antragsgegnerin sich aber entschieden – was nicht zu beanstanden ist – einzelne Aufträge zu vergeben, und zwar u.a. die Planungsleistungen für die Entwicklung eines Breitbandnetzes in ihrem Gemeindegebiet. Für diesen Fall gilt, dass dann die für diesen Auftrag maßgeblichen Vorschriften anzuwenden sind, hier also die §§ 74, 17 VgV.

Architekten- und Ingenieurleistungen werden in der Regel im Verhandlungsverfahren vergeben, so dass die Voraussetzungen des § 17 VgV zu beachten waren.

1.2 Die Antragsgegnerin hat sich lediglich – so wie mehrfach betont – an die Vorschriften der §§ 74, 17 VgV angelehnt, aber diese nicht eingehalten. Eine solche Vorgehensweise ist schlichtweg vergaberechtlich unzulässig, weil die VgV, aber auch das GWB, Gesetze sind, die gehalten werden müssen. Die Anwendung dieser Gesetze steht nicht in der Disposition der öffentlichen Auftraggeber. Sobald die Voraussetzungen vorliegen, muss ein öffentlicher Auftraggeber entsprechend dem Vergaberechtsregime ausschreiben. Das ist durchaus mit der Anwendung des VwVfG vergleichbar. Soweit ein Verwaltungsverfahren durchgeführt wird, ist die Behörde verpflichtet nach diesen Regelungen vorzugehen. Eine „Anlehnung“ an ein solches Verfahren gibt es nicht.

1.3 Die Antragsgegnerin war somit verpflichtet, ein Verfahren nach § 17 VgV anstatt einer „freihändigen Vergabe“ durchzuführen.

a) Eine Vergabe, bei der der öffentliche Auftraggeber Regelungen zugrunde legt, die er für zutreffend hält, aber andere Vorschriften unbeachtet lässt, die ebenfalls nach dem Gesetz zu befolgen wären, ist unstatthaft. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2016, Verg 49/15; VK Westfalen, Beschluss vom 27.05.2019, VK 2- 6/19, leidet ein solches Vergabeverfahren an schwerwiegenden Vergabeverstößen, die eine Zuschlagserteilung in diesem Verfahren ausschließen. Bei schwerwiegenden Vergabeverstößen, wie beispielsweise der Wahl der falschen Vergabeart (statt Verhandlung, freihändige Vergabe) darf der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht durch Zuschlag beenden, sondern er muss gegebenenfalls eine Neuausschreibung vornehmen, BGH, Beschluss vom 10.11.2009, X ZB 8/09.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, a.a.O., handelt es sich bei dem Verhandlungsverfahren um ein geregeltes Vergabeverfahren, bei dem der Auftraggeber die wesentlichen Prinzipien des Vergaberechts, namentlich die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung einzuhalten hat, §§ 97 Abs. 1 und 2 GWB.

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass die Teilnehmer einen Anspruch darauf haben, dass grundsätzlich mit mehreren Bietern Verhandlungen geführt werden (Wettbewerbsgrundsatz), die Teilnehmer gleich behandelt werden und alle Teilnehmer die dieselben Informationen erhalten.

b) Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung, die die Vergabekammer für zutreffend hält, kann die Vorgehensweise der Antragsgegnerin nur als Verstoß gegen § 97 Abs. 1 und 2 GWB eingeordnet werden.

Zunächst wird ein Rechtsanspruch auf Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften komplett ausgeschlossen. Rechtsschutz durch ein Nachprüfungsverfahren wird nicht zugelassen.

Dann teilt die Antragsgegnerin mit, dass man beim Vorliegen sachlicher Gründe Verhandlungen nur mit einer bestimmten Anzahl von Bietern oder nur mit einem Bieter führen werde. Das verstößt gegen den Wettbewerbsgrundsatz und ist intransparent, weil die „sachlichen Gründe“ nicht mitgeteilt werden.

Ob ein Bieter im Verfahren bleibt oder nicht oder gegebenenfalls nach Ausschluss wieder mit in das Verfahren einbezogen wird, behält sich die Antragsgegnerin einfach vor. Anstatt die Auswahl der Bieter nach den zuvor in der Bekanntmachung/ Vergabeunterlagen genannten Vorgaben zu machen.

Auch die Verhandlung mit nur einem Bieter verstößt gegen § 17 Abs. 12 VgV.

Letztlich bewegt sich die Antragsgegnerin mit ihrer Ausschreibung außerhalb der gesetzlichen Vorschriften. Es gibt über die o.g. Anforderungen hinaus noch eine Reihe anderer formaler Anforderungen an die Verfahrensgestaltung, die grundsätzlich, weil gesetzlich vorgesehen, zu beachten sind.

c) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist eine Umdeutung bzw. Heilung des von ihr durchgeführten Verfahrens in ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach §§ 74, 17 VgV nicht möglich. Eine Umdeutung bzw. Heilung kann – entsprechend der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2016, Verg 49/15, Rn. 23 ff. – nur in Betracht kommen, wenn die öffentliche Auftraggeberin überhaupt ein fehlerfreies Verfahren durchgeführt hat, welches an die Stelle des eigentlich durchgeführten, fehlerhaften Verfahrens treten kann.

Selbst wenn sich das Verfahren als förmliches Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb darstellte, wäre dieses nicht fehlerfrei. Es litte weiterhin an gravierenden Mängeln, die eine Beendigung durch Zuschlagserteilung ausschließen und eine Zurückversetzung bis zur Wahl des Vergabeverfahrens erforderten.

Denn die Vergaberechtsverstöße sind hier grundlegend und beginnen schon mit der Bekanntmachung. Die Antragsgegnerin müsste die rechtlich irreführenden Hinweise in der Bekanntmachung zum Rechtsschutz korrigieren. Im Anschluss daran muss die Antragsgegnerin sich entscheiden, welche Verfahrensart (Verhandlungsverfahren mit

oder ohne Teilnehmerwettbewerb) sie nimmt. Entsprechend dieser Entscheidung ist bereits in der Bekanntmachung § 51 VgV zu beachten. Diese Aufzählung kann ohne weiteres fortgesetzt werden und zeigt, dass eine nachträgliche Korrektur/Umdeutung oder Heilung nicht möglich ist. Eine Heilung beispielsweise ist zugelassen worden, wenn einzelne, weniger gravierende Verstöße vorliegen, die korrigiert werden können, ohne dass Bieterrechte verletzt werden. Dabei hat der BGH, Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10, für den Fall von Dokumentationsmängeln eine Heilung zugelassen, solange keine Manipulationsgefahr ersichtlich ist. Eine vergleichbare Fallkonstellation liegt hier nicht vor, so dass eben die Wiederholung der gesamten Ausschreibung, beginnend mit der Wahl des Vergabeverfahrens erforderlich ist.

Im Ergebnis ist somit die Wiederholung des Vergabeverfahrens erforderlich, weil vorliegend gegen § 97 Abs. 1 und 2 GWB verstoßen wurde und die Antragstellerin gemäß § 168 Abs. 1 GWB dadurch auch in ihren Rechten verletzt ist.

2. Demzufolge können die anderen von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtsverstöße dahingestellt bleiben. Die Antragsgegnerin hat sich aber zu überlegen, in welchem Maße aufgrund der Vorbefassung der Beigeladenen, dies gemäß § 7 Abs. 1 VgV offen zu legen ist oder ob gemäß § 121 Abs. 1 GWB eine unzumutbare Übertragung von vertraglichen Risiken auf die Bieter erfolgt.

III.

Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz vom 23. Juni 1970 (BGBl. I. S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung ist anzuwenden.

Die Gebühr beträgt gemäß § 182 Abs. 2 GWB mindestens 2.500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden.

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von 550.000,00 € beträgt die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder 2.800,00 €. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 3 GWB die Kosten zu tragen. Diese Gebühr ist der Antragsgegnerin aufzuerlegen, die aber als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß § 182 Abs. 1 Satz 2 GWB in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz des Bundes von den Gebühren befreit ist.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 4 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung war wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig.

Das Vergaberecht ist eine überdurchschnittlich komplexe Materie, die durch komplizierte EU-rechtliche Fragen überlagert ist. Daneben ist das Nachprüfungsverfahren

gerichtsähnlich konzipiert, so dass auch prozessuale Kenntnisse erforderlich sind, um eigene Rechte wirksam wahren zu können.

Diese Aufwendungen werden der Antragsgegnerin als unterliegende Partei gemäß § 182 Abs. 4 GWB auferlegt.

Die Beigeladene hat keine Anträge gestellt und wird somit bei der Kostenverteilung nicht berücksichtigt.

Rechtsmittelbelehrung

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

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser 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.

Spinzig

Stodollick