

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Wissensvorsprung eines Projektanten ist auszugleichen!

OLG Düsseldorf

Beschluss

vom 13.05.2024

Verg 33/23

VSVgV § 10 Abs. 2

1. Hat ein Bieter oder Bewerber den öffentlichen Auftraggeber vor der Einleitung des Vergabeverfahrens beraten oder unterstützt, hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters nicht verfälscht wird. Er hat sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme eines vorbefassten Bieters nicht verfälscht wird.

2. Es liegt im pflichtgemäßen Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, welche Maßnahmen er zur Herstellung eines fairen Wettbewerbs ergreift und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bewerten, ob bei einer Beteiligung des Projektanten der Grundsatz des fairen Wettbewerbs gewahrt wird.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.05.2024 - Verg 33/23

vorhergehend:

VK Bund, Beschluss vom 18.09.2023 - **VK 2-68/23****Tenor:**

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes - **VK 2-68/23** - BKartA - vom 18.09.2023 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Beigeladene.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 22.11.2022 im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb einen Auftrag über "Baustellenlogistik - Neuordnung Baufeld Infrastruktur" betreffend die militärische Liegenschaft der Bundeswehr in W. europaweit aus (Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union 2022/S 225-646458). Die Laufzeit des Vertrags beträgt 150 Monate (Ziff. II.3 der Bekanntmachung). Zuschlagskriterien waren neben dem Preis (Honorarangebot) mit 60% die Qualität (Aussagen im Angebot zur Einhaltung von Terminen und Kosten) mit 40%. Das Kriterium der Qualität war in drei weitere Unterkriterien unterteilt, die ausweislich der Wertungsmatrix wie folgt gewichtet waren:

"1. Aussagen im Angebot zur Einhaltung von Terminen und Kosten (40%)

1.1 Darstellung und Struktur der Ablauf- und Aufbauorganisation einschließlich Aussagen zum Personal am Standort Wilhelmshaven (24% der Gesamtgewichtung)

1.2 Erkennen und Vermeiden typischer Fehlerquellen (8% der Gesamtgewichtung)

1.3 Durchdringung des Projektinhaltes/Nennung eigener Lösungsansätze (8% der Gesamtbewertung)

2. Honorarangebot (60%)".

Im Vorfeld der Ausschreibung hatte die Antragsgegnerin die a. GmbH als Projektsteuerer mit der Vorbereitung der Leistungsausführung sowie der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung beauftragt. Die Beigeladene war in der Zeit vom 26.06.2019 bis August 2022 als Nachunternehmerin für den genannten Projektsteuerer tätig, wobei die Beigeladene ursprünglich mit Vertrag vom 26.06.2019 mit der Durchführung der Leistungsphasen 4 bis 8 von dem Projektsteuerer beauftragt worden war, was neben der Vorbereitung der Vergabeunterlagen auch die Beteiligung an der Durchführung des Vergabeverfahrens umfasst hätte. Da sich die Beigeladene als Bieter an dem verfahrensgegenständlichen Ausschreibung beteiligen wollte, beschränkten der Projektsteuerer und die Beigeladene den Vertragsinhalt nachträglich auf die Erstellung des Bauleistungskonzepts (LPH 2-4), die Aufstellung der Ausführungsplanung (LPH 5) sowie eine Mitwirkung bei der Aufstellung des Leistungsverzeichnisses (LPH 6).

Nachdem neben der Antragstellerin und zwei weiteren Bietern auch die Beigeladene einen Teilnahmeantrag abgegeben hatte, hielt die Antragsgegnerin in einem Vergabevermerk vom 27.02.2023 (Anlage B 12, Bl. 72 d. A., wobei die Nummerierung der Anlagen entsprechend den Angaben in der Beschwerdeschrift erfolgt) fest, dass die Beigeladene als Nachunternehmerin des Projektsteuerers Ersteller des Bauleistungskonzepts (LPH 2-4) sowie Aufsteller der Ausführungsplanung (LPH 5) gewesen sei und zudem bei der Aufstellung des Leistungsverzeichnisses (LPH 6) mitgewirkt habe. Dennoch komme die Beigeladene nach Abgabe ihres Teilnahmeantrags auch als ausführende Bieterin in Betracht. Eine mögliche Konfliktsituation sei bereits im Oktober 2020 mit dem Grundsatzreferat abgestimmt worden. Der Projektsteuerer habe der Antragsgegnerin bestätigt, dass die Beigeladene nicht an der Leistungsphase 7 im Rahmen der Projektsteuerungsleistungen und Bauleistungs mitgewirkt habe. Demnach könne die Beigeladene als unabhängiger Baustellenlogistiker die Leistungsphase 8 betreuen, da sie insoweit nicht mehr Nachunternehmerin des Projektsteuerers sei. In Bezug auf die Transparenz seien möglichst alle Unterlagen im Vergabeverfahren bereit zu stellen, welche die Beigeladene kenne, und der Wissensvorsprung der Beigeladenen sei im Rahmen der Gleichbehandlung aller Bieter möglichst auszugleichen.

Mit Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 06.03.2023 (Anlage B 4) wurde den Bietern aufgegeben, mit dem Angebot eine Präsentation der Projektanalyse bis zum 17.04.2023 einzureichen. Zudem wurden den Bietern mit den Vergabeunterlagen sämtliche Unterlagen der LPH 1-6 vollumfänglich zur Verfügung gestellt einschließlich der Planungsunterlagen und Leistungsbeschreibungen, die von der Beigeladenen erstellt worden waren, beziehungsweise an denen sie mitgearbeitet hatte.

Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene gaben neben einem weiteren Bieter ein erstes Angebot ab, zu dem auch die nach den Unterkriterien 1.1 bis 1.3 zu wertende Projektpräsentation gehörte.

Am 05.06.2023 führte die Antragstellerin mit den Bietern Verhandlungsgespräche, wobei die Bieter nacheinander ihre Präsentation vortrugen und auf Rückfragen zu den Angeboten antworteten, Die

Ergebnisse der Verhandlungsgespräche sowie die nach Abschluss der Verhandlung vorgenommene Bewertung der Qualität der Präsentation durch die Antragsgegnerin wurden in dem "Protokoll zu den Verhandlungsgesprächen im Vergabeverfahren" vom 07.06.2023 festgehalten. Die Beigeladene erhielt hinsichtlich der qualitativen Unterkriterien 1.1 bis 1.3 insgesamt die höchsten Wertungspunkte (unter Berücksichtigung der prozentualen Gewichtung: Ziff. 1.1: 68,00 Punkte; Ziff. 1.2.: 22,67 Punkte; Ziff. 1.3: 24,00 Punkte = 114,67 Punkte Qualität Gesamtbewertung). Die Antragstellerin erlangte hinsichtlich der qualitativen Unterkriterien 1.1 bis 1.3 den zweiten Rang (unter Berücksichtigung der prozentualen Gewichtung: Ziff. 1.1: 72,00 Punkte: Ziff. 1.2.: 18,67 Punkte: Ziff. 1.3: 16,00 Punkte = 106,67 Punkte Qualität Gesamtbewertung). Auch in der Gesamtbewertung unter Berücksichtigung der Wertung des Preises lag sie hinter der Beigeladenen auf dem zweiten Rang.

Mit Vorabinformationsschreiben vom 31.07.2023 (Anlage B 8) informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin nach § 134 GWB, dass ihr Angebot nicht das wirtschaftlichste sei und beabsichtigt sei, den Zuschlag an die Beigeladene zu erteilen. Zur Begründung führte die Antragsgegnerin aus, die Beigeladene habe vor allem mit dem eingesetzten und vorgestellten Projektteam hinsichtlich interner Organisation, Qualifikation und Erfahrung überzeugen können. Auch deren vorgestellte Projektanalyse stelle sowohl hinsichtlich der städtebaulichen und gestalterischen Idee, wie auch hinsichtlich der technischen Realisierbarkeit die bestmögliche Erfüllung der Anforderungen an die bevorstehende Aufgabe dar. Das Angebot der Antragstellerin habe demgegenüber vor allem bei den Kriterien 1.2 Erkennen und Vermeiden typischer Risiken und Fehlerquellen und 1.3 Durchdringung des Projektinhaltes / Nennung eigener Lösungsansätze weniger Punkte erreichen können.

Mit Schreiben vom 01.08.2023 (Anlage B 10) rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene - von deren Beteiligung als Bieterin sie erst durch das Vorabinformationsschreiben vom 31.07.2023 erfahren habe, und forderte deren Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB, § 6e Abs. 6 Nr. 6 VS VOB/A. Zur Begründung führte sie aus, die Beigeladene, die als Projektant in die Erstellung der Vergabeunterlagen, nämlich die Ausführungsplanung und die Erstellung des Leistungsverzeichnisses für die hier ausgeschriebene Baustellenlogistik eingebunden gewesen sei, habe in den Wertungskriterien 1.2 Erkennen und Vermeiden typischer Risiken und Fehlerquellen und 1.3 Durchdringung des Projektinhaltes / Nennung eigener Lösungsansätze einen Informationsvorsprung gehabt, weil sie sich über einen längeren Zeitraum vertieft mit dem Vergabegegenstand befasst habe. Sie habe im Rahmen ihrer Planungsleistungen als Nachunternehmerin des Projektsteuerers das Projekt analysieren und durchdringen können, was dann bei der Auswertung Berücksichtigung gefunden habe und zu einem verfälschten Wettbewerb geführt habe. Auch wenn ein vorbefasster Bieter nicht generell auszuschließen sei und ein Informationsvorsprung unter bestimmten Bedingungen ausgeglichen werden könne, sei vorliegend der Wettbewerbsvorteil nicht hinreichend ausgeglichen und angesichts der Wertungskriterien auch nicht zu kompensieren. Soweit die Antragsgegnerin in ihrem Vorabinformationsschreiben auf städtebauliche und gestalterische Ideen sowie die technische Realisierbarkeit abgestellt habe, sei dies den Bietern nicht bekannt gemacht worden.

Die Antragsgegnerin half der Rüge der Antragstellerin mit Schreiben vom 07.08.2023 (Anlage B 11) nicht ab mit der Begründung, sämtliche durch die Beigeladene erstellten Planungsunterlagen und Leistungsbeschreibungen seien allen am Vergabeverfahren beteiligten Bietern vollumfänglich zur Verfügung gestellt worden, wodurch eine Chancengleichheit - auch bezüglich des Wertungskriteriums "Durchdringung des Projektinhalts/Nennung eigener Lösungsansätze" - hergestellt worden und ein Wissensvorsprung der Beigeladenen nicht gegeben sei. Es ließen sich auch keine Anhaltspunkte in den niedergelegten Bewertungsergebnissen für eine höhere Bewertung der Beigeladenen bedingt durch einen eventuellen Wissensvorsprung erkennen. Im Bewertungskriterium 1.1 habe die Antragstellerin die höchste Punktzahl erlangt; im Wertungskriterium 1.2 habe die geringere Bewertung der Antragstellerin im Verhältnis zur Beigeladenen ihren Grund darin, dass die Antragstellerin zum Punkt "Einhaltung der Termine und Kosten" keine Angaben gemacht habe. Im

Bewertungskriterium 1.3 habe die Antragstellerin 2 von 3 Punkten erlangt, weil sie einige Gesichtspunkte der Aufgabenstellung nicht im vollen Umfang erläutert habe.

Mit Schreiben vom 09.08.2023 (Anlage B 14) hat die Antragstellerin darauf die Einleitung eines Vergabenaachprüfungsverfahrens beantragt.

Zu dessen Begründung hat sie ihre bereits mit Rügeschreiben vom 01.08.2023 vorgebrachten Rügen wiederholt und vertieft. Die vorgelegten Unterlagen seien nicht geeignet gewesen, den Wissensvorsprung auszugleichen, denn der Ausschreibung hätten ausschließlich Dokumente beigelegt, welche durch die Beigeladene erarbeitet worden seien, nicht vorgelegen hätten hingegen diejenigen Unterlagen, die der Beigeladenen zur Erstellung der Planung und Ausschreibung zur Verfügung gestanden hätten. Zu diesen Unterlagen gehörten Grundlagen wie etwa Baukosten KG 300 / 400, Bruttogeschossflächen der Teilprojekte, Bauweisen, Protokolle zu Planungsterminen/Abstimmungen und Entscheidungsvorlagen sowie Protokolle zu Anforderungen aus dem laufenden Betrieb des Areals und den sicherheitsrelevanten Aspekten. So könnte beispielhaft die in den Dokumenten "Detailplanungen Container Wachbereich der Tore 4 und 7" dargestellte Anzahl an benötigten Containern je Teilprojekt nur durch Kenntnis und Verarbeitung weiterer Informationen anderer Planungsbeteiligter im Projekt berechnet werden. Auch könnten andere Planinhalte, wie etwa die den Baumaßnahmen zur Verfügung stehenden Flächen innerhalb und außerhalb des Areals nur durch weitere Zuarbeiten und Abstimmungen mit anderen Planungsbeteiligten oder Dritten erfolgt sein, wie etwa die Entscheidung der Nutzung der Tore 4 und 7 für die Zu- und Ausfahrt sowie die Positionierung der Logistikzentrale, die nicht in einem der unmittelbaren Zufahrtsbereiche liege.

Eine infolge des Wissensvorsprungs erfolgte Besserbewertung des Angebots habe sich entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin auch in der Wertung niedergeschlagen, denn ihr Angebot dürfe nicht deshalb schlechter bewertet werden, weil es keine Angaben zum Kriterium "Termine und Kosten" enthalte, da dies unzutreffend sei und auf Seite 9 ihrer Präsentation die erkannten Risiken der Mehrkosten und Verzögerungen im Bauablauf mit den entsprechenden Lösungsansätzen erwähnt seien. Da das Kriterium "Aussagen im Angebot zur Einhaltung der Termine und Kosten" gemäß Wertungsmatrix der übergeordnete Titel der Unterkriterien 1.1 bis 1.3 sei, dürfe dieser Punkt auch nicht ausschließlich bei der Wertung des Unterkriteriums 1.2 berücksichtigt werden.

Zudem stelle es eine unzulässige Einflussnahme auf die Wertungsentscheidung dar, dass der Projektsteuerer, dessen Unterauftragnehmer die Beigeladene gewesen sei, die Angebote gewertet, den Vergabevorschlag erstellt und die Vergabe an seinen eigenen Nachunternehmer empfohlen habe.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 31.07.2023 über die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene und damit den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin vom 22.06.2023 aufzuheben;
2. die Beigeladene vom Vergabeverfahren auszuschließen;
3. den Zuschlag unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin zu erteilen;
4. bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren ein Zuschlagsverbot zu verhängen;
5. Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren.

Die Antragsgegnerin und die mit Beschluss vom 11.08.2023 zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Beigeladene haben beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Beigeladene hat zudem beantragt,

die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die zugunsten der Beigeladenen getroffene Vergabeentscheidung verteidigt. Sie haben die Ansicht vertreten, es sei zu keiner Wettbewerbsverzerrung im Sinne der § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB, § 6e Abs. 6 Nr. 6 VS VOB/A gekommen. Es fehle bereits an einem einen Wettbewerbsvorteil begründenden Wissensvorsprung der Beigeladenen. Jedenfalls sei ein durch die Vorbefassung möglicher Wissensvorsprung durch die bewusste Bekanntgabe aller Unterlagen an die Bieter ausgeglichen.

Die bei den Verhandlungsgesprächen anwesenden drei Vertreter des Projektsteuerers, Herr S., Frau M. und Herr L., hätten Fragen gestellt und beantwortet, seien aber nicht Teil des Auswahlremiums gewesen.

Der Hinweis im Vorabinformationsschreiben, das Angebot der Beigeladenen stelle "sowohl hinsichtlich der städtebaulichen und gestalterische Idee, wie auch hinsichtlich der technischen Realisierbarkeit die bestmögliche Erfüllung der Anforderungen an die bevorstehende Aufgabe dar" sei ein versehentlich dort aufgenommenen Textbaustein, der nicht Gegenstand der Wertung gewesen sei.

Die Beigeladene hat behauptet, im Rahmen ihrer Leistungen für den Projektsteuerer keine weitergehenden Informationen - als die, die in den Vergabeunterlagen veröffentlicht seien - erhalten zu haben. Sie habe zudem bei ihrer Tätigkeit für den Projektsteuerer von den im Vergabeverfahren beabsichtigten Zuschlagskriterien und der letztlich bekannt gemachten Wertungsmatrix beziehungsweise deren Vorstufen keine Kenntnis erlangt.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 18.09.2023 - der Beschwerdeführerin am 25.09.2023 zugestellt - hat die Vergabekammer der Antragsgegnerin untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen und der Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufzugeben, unter geänderten Bewertungskriterien (Streichung des Unterkriteriums 1.3) eine neue Präsentationsrunde durchzuführen und erneut über den Zuschlag zu entscheiden. Zur Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sei eine Streichung des qualitativen Unterkriteriums 1.3 das ausreichende aber auch gebotene Mittel um die sich aus der Vorbefasstheit der Beigeladenen ergebende Wettbewerbsverzerrung zu beseitigen. Ein Ausschluss der Beigeladenen nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB ginge zu weit, weil mit der Streichung des Unterkriteriums 1.3 ein weniger einschneidendes Mittel zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Vergabewettbewerbs gegeben sei.

Die Beigeladene habe als Nachunternehmerin des von der Antragsgegnerin mit der Vorbereitung und Durchführung des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens betrauten Projektsteuerers einen relevanten Informationsvorsprung gegenüber den anderen Bietern erlangt. Zwar habe die Antragsgegnerin den Informationsvorsprung in gewissem Maße durch die umfassende Offenlegung der seitens der Beigeladenen erarbeiteten Unterlagen sowie durch eine lange Angebotsfrist ausgeglichen. Dieser Informationsausgleich reiche aber nicht aus, um den im Hinblick auf die Beigeladene bestehenden Wettbewerbsvorteil in gebotenem Maß auszugleichen. Es sei nämlich davon auszugehen, dass die Beigeladene durch die Erstellung der Vergabeunterlagen, durch

Gespräche mit dem Auftraggeber oder mit in die Vorbereitung des Projekts eingebundenen Stellen sowie durch ihre Befassung mit den zur Vorbereitung der Vergabeunterlagen zu nutzenden Informationen und Unterlagen einen strukturellen Informations- und Wettbewerbsvorteil erlangt habe. Die Beigeladene habe sich zwangsläufig aus dem mit der Erstellung der Vergabeunterlagen einhergehenden Erkenntnisprozess eine detailliertere Kenntnis der erforderlichen Bau- und Verfahrensabläufe sowie des bauphysikalisch zu betreuenden Projekts erschlossen. Dieser Erkenntnisprozess sei die Grundlage der Beigeladenen für die Erstellung der Vergabeunterlagen gewesen. Einem solchen Prozess sei es wesenseigen, dass die zu diesem Zweck verwerteten beziehungsweise verarbeiteten Informationen zwar in ein konkretes dokumentarisches Ergebnis, die Vergabeunterlagen, umgesetzt werden müssten, ohne dabei allerdings vollumfänglich tatsächlich Eingang in die Vergabeunterlagen gefunden haben zu können und zu müssen.

Darüber hinaus wies die Vergabekammer darauf hin, dass die neuerlich durchzuführende Bewertung den Maßstäben einer ordnungsgemäßen und transparenten Dokumentation zu genügen habe. Die bisherige Wertung sei in den Unterkriterien 1.2 und 1.3 nicht nachvollziehbar und damit beurteilungsfehlerhaft. Der - in dem Protokoll zu den Verhandlungsgesprächen - dokumentierten Bewertung zu dem Unterkriterium 1.3 sei nicht zu entnehmen, aus welchen konkreten Gründen die beiden Angebote im Quervergleich gegenüber dem jeweils anderen Bieter besser beziehungsweise schlechter bewertet worden seien. Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin im Unterkriterium 1.2 vergaberechtsfehlerhaft das Fehlen von Angaben zum Punkt "Einhaltung der Termine und Kosten" bemängelt und negativ berücksichtigt, obwohl in der Präsentation der Antragstellerin auf Seite 9 hierzu Angaben enthalten seien. Hinzu komme, dass auch die Präsentation der Beigeladenen unter dem Punkt 1,2 "Erkennen und Vermeiden typischer Fehlerquellen" keine ausdrückliche Darlegung zu dem bemängelten Punkt "Einhaltung der Termine und Kosten" enthalte, sondern an anderer Stelle. Insoweit fehle auch hier ein nachvollziehbarer Quervergleich zwischen dem Angebot der Antragstellerin und dem der Beigeladenen. Die Antragsgegnerin habe als qualitatives Hauptkriterium das Kriterium "Aussagen im Angebot zur Einhaltung von Terminen und Kosten" gefordert und dieses dann durch die Unterkriterien 1.1 bis 1.3 konkretisiert. Damit möge zwar für die Bieter erkennbar gewesen sein, dass sie in der Präsentation des Angebots Angaben dazu zu machen haben, wie sie eine Einhaltung von Terminen und Kosten gewährleisten wollen. Nicht zu entnehmen sei der Wertungsmatrix allerdings, dass dies unter dem Unterkriterium 1.2 zu erfolgen habe.

Gegen diesen Beschluss hat die Beigeladene mit Schriftsatz vom 09.10.2023 - eingegangen am selben Tag - sofortige Beschwerde eingelegt. Die Beigeladene ist der Ansicht, die Vergabekammer habe rechtsfehlerhaft nach § 10 Abs. 2 VSVgV beziehungsweise § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB einen strukturellen Informations- und Wissensvorsprung der Beigeladenen angenommen, der nur durch eine Anpassung der Wertungsmatrix ausgeglichen werden könne. Die Annahme der Vergabekammer, die Vorbefassung der Beigeladenen bei der Vorbereitung der Vergabeunterlagen begründe bereits einen "strukturellen Informations- und Wettbewerbsvorteil" sei vergaberechtsfehlerhaft. Ein solcher Informations- und Wettbewerbsvorteil könne nicht ganz allgemein daraus hergeleitet werden, dass die Beigeladene Teile der Vergabeunterlagen erstellt und im Rahmen dieser Planungsleistungen Projektinformationen vom Auftraggeber erhalten, diese verarbeitet und sich zudem mit dem Auftraggeber und anderen Projektstellen ausgetauscht habe, denn es seien keine konkreten Informationen benannt worden, die der Beigeladenen einen echten Vorteil bei der Angebotserstellung verschafft, den übrigen Bietern aber nicht zur Verfügung gestanden hätten. Nichts anderes ergebe sich aus den Ausführungen der Antragstellerin zur Containerzahl oder den zu nutzenden Toren. Zwar habe die Beigeladene im Auftrag des Projektsteuerers die Anzahl der zu errichtenden Containeranlagen kalkuliert sowie die zu nutzenden Ein- und Ausfahrtstore nach den Vorgaben des Auftraggebers geplant. Die für die Planungsleistungen erforderlichen Informationen sowie die grundlegenden Einblicke in den Projektablauf führten jedoch nicht zu einem konkreten Wissensvorsprung der Beigeladenen. Im Zeitpunkt der Planungsleistungen der Beigeladenen habe es keine detaillierte Planung, etwa in Form einer Ausführungsplanung, für die durchzuführenden

Maßnahmen gegeben. Selbst wenn man jedoch einen Informationsvorsprung annehmen wollte - woran es nach Ansicht der Beigeladenen bereits fehle - sei dieser jedenfalls durch die Vergabestelle hinreichend im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB bzw. § 10 Abs. 2 VSVgV ausgeglichen worden, indem die Antragsgegnerin auch den übrigen Bietern die für die wettbewerbliche Angebotserstellung wesentlichen Planungsunterlagen mit den Vergabeunterlagen offengelegt habe. Zudem habe die Antragsgegnerin allen Bietern eine ausreichende Angebotsfrist von sechs Wochen eingeräumt, damit sie sämtliche Unterlagen eingehend prüfen und ein wettbewerbliches Angebot abgeben zu können. Schließlich habe - sollte ein "struktureller Wissensvorsprung" tatsächlich einen Wissensvorsprung im Sinne des § 10 Abs. 2 VSVgV bzw. § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB begründet haben - dies jedenfalls nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung geführt. Bei der ausgeschriebenen Leistung habe es sich um standardisierte Bauleistungen zur übergeordneten Baustelleinrichtung gehandelt. Keine der Darstellungen oder Angaben in der Angebotspräsentation der Beigeladenen hätten detaillierte Projektinformationen enthalten, die nicht in den Vergabeunterlagen zu finden oder einem Fachunternehmen für Bauleistungen offenkundig gewesen wären. Auch der Antragstellerin wäre es anhand der Vergabeunterlagen sowie der Branchenkenntnisse möglich gewesen, ein vergleichbares Angebot zu erstellen.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 18.09.2023 (VK-2-68/23) aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin beantragen,

die sofortige Beschwerde der Beigeladenen gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 18.09.2023 (**VK 2-68/23**) zurückzuweisen.

Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer. Die Antragsgegnerin ist zudem der Ansicht, die sofortige Beschwerde der Beigeladenen sei bereits unzulässig, weil ihr durch die Entscheidung der Vergabekammer kein Schaden entstanden sei.

II.

Die nach §§ 171, 172 GWB zulässige sofortige Beschwerde der Beigeladenen ist nicht begründet.

1. Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen ist zulässig. Insbesondere fehlt der Beigeladenen nicht die Beschwerdebefugnis oder das Rechtsschutzbedürfnis. Sie ist sowohl formell als auch materiell beschwert. Die formelle Beschwer der Beigeladenen ergibt sich bereits daraus, dass ihr Antrag vor der Vergabekammer, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen, nur teilweise Erfolg gehabt hat. Die Beigeladene ist auch materiell beschwert, weil die Vergabekammer eine für die Beigeladene als Zuschlagsprätendentin nachteilige Entscheidung getroffen hat, indem sie eine Neubewertung der Angebote bei geänderten Zuschlagskriterien verlangt hat (vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 05.01.2001 - **WVerg 11/00** und 12/00, **NZBau 2001, 459**: Vavra/Willner, in: Burgi/Dreher /Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 171 Rn. 37).

2. Die sofortige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 09.08.2023 zu Recht teilweise für begründet erachtet und einen Verstoß der Antragsgegnerin gegen § 10 Abs. 2 VSVgV bejaht. Die hiergegen von der Beigeladenen vorgebrachten Beschwerdeangriffe haben keinen Erfolg.

a. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

aa. Die Antragstellerin ist antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB). Sie hat durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse an dem Auftrag dokumentiert. Sie macht zudem geltend, durch einen vergaberechtswidrig unterlassenen Ausschluss der Beigeladenen wegen Wettbewerbsverzerrung unter Verstoß gegen § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB, § 6e Abs. 6 Nr. 6 VS VOB/A sowie durch eine dadurch begründete vergäbe rechtswidrige Wettbewerbsverzerrende Wertung in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt worden zu sein, wodurch ihr als zweitplatzierte Bieterin ein Schaden aufgrund der nicht bestehenden Zuschlagschance entstanden sei.

bb. Der Nachprüfungsantrag ist - soweit er Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist - nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB unzulässig.

(1) Die Antragstellerin ist mit der Rüge, die Antragsgegnerin habe es vergaberechtswidrig unterlassen, das Angebot der Beigeladenen von der Wertung nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB, § 6e Abs. 6 Nr. 6 VS VOB/A auszuschließen, nicht präkludiert. Sie hat dies vielmehr rechtzeitig mit Rügeschreiben vom 01.08.2023 innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB nach Erhalt der Vorabinformation am 31.07.2023 (§ 134 GWB) gerügt, denn sie hat erst aufgrund des Vorabinformationsschreibens Kenntnis von der Beteiligung der Beigeladenen als Bieterin an dem Vergabeverfahren erhalten.

(2) Soweit sich Rügen der Antragstellerin auf die Wertung bezogen haben (Beteiligung des Projektsteuerers an der Wertungsentscheidung, Berücksichtigung städtebaulicher und gestalterischer Ideen sowie technische Realisierbarkeit oder fehlende Angaben im Angebot der Antragstellerin zu dem Kriterium "Termine und Kosten") und die Vergabekammer auf eine nicht nachvollziehbare und beurteilungsfehlerhafte Bewertung verweist, ist dies weder im Beschwerdeverfahren von den Verfahrensbeteiligten angegriffen worden noch sind die Rügen zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gemacht worden.

b. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die Vergabekammer hat im Ergebnis zutreffend einen Verstoß der Antragsgegnerin gegen § 10 Abs. 2 VSVgV bejaht und ihr untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Hat nach § 10 Abs. 2 VSVgV ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens beraten oder unterstützt, so hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters nicht verfälscht wird. Gegen diese Vorschrift hat die Antragsgegnerin verstoßen, denn sie hat, obwohl die Beigeladene an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt war, nicht ausreichend sichergestellt, dass der Wettbewerb um den zu vergebenden Auftrag hierdurch nicht verfälscht wird.

Die Teilnahme eines Unternehmens am Vergabeverfahren, das den Auftraggeber bereits in dessen Vorfeld beraten oder unterstützt hat, kann grundsätzlich als Gefährdung eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs angesehen werden, da ein solcher Projektant entweder bei der Abgabe seines Angebots aufgrund seines Informationsvorsprungs begünstigt sein könnte, oder er bei der Vorbereitung des Ausschreibungsverfahrens die Bedingungen für die Erteilung des Auftrags in einem für ihn günstigen Sinn beeinflussen könnte (EuGH, Urt. v. 03. 03. 2005 - C-21/03 und C-34/03,

"Fabricom"; OLG Celle, Beschl. v. 14.04.2016 - **13 Verg 11/15**; OLG München, Beschl. v. 25.07.2012 - **Verg 7/13**; OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2011 - **Verg W 17/11**). Trotz dieser Gefahren ist die Teilnahme vorbefasster Unternehmen an dem Vergabeverfahren grundsätzlich zulässig. Nach der Rechtsprechung Gerichtshofs der Europäischen Union wäre ein genereller Ausschluss unverhältnismäßig und gemeinschaftswidrig (EuGH, Urt. v. 03.03.2005 - **021/03** und **034/03**, "Fabricom"). So ist ein Unternehmen, wenn es mit Forschungs-, Erprobungs-, Planungs- oder Entwicklungsarbeiten hinsichtlich eines öffentlichen Auftrages durch den Auftraggeber betraut war, zur Einreichung eines Teilnahmeantrages beziehungsweise eines Angebots nur dann nicht zuzulassen, wenn es ihm nicht gelingt zu beweisen, dass nach den Umständen des Einzelfalles die von ihm erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht verfälschen können (EuGH, Urt. v. 03.03.2005 - **C-21/03** und **C-34/03**, "Fabricom"; OLG München, Beschl. v. 19.12.2013 - **Verg 12/13**; OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2011 - **Verg W 17/11**; OLG Brandenburg, Beschl. v. 22.05.2007 - **Verg W 13/06**; Senat, Beschl. v. 25.10.2005 - **Verg 67/05**). Dem Auftraggeber obliegt dabei die Verpflichtung, den Wissensvorsprung des einen Bieters durch Information aller anderen Bieter auszugleichen. Er hat sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme eines vorbefassten Bieters nicht verfälscht wird (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2011 - **Verg W 17/11**, **ZfBR 2012, 182**; OLG Koblenz, Beschl. v. 06.11.2008 - **1 Verg 3/08**; OLG Brandenburg, Beschl. v. 22.05.2007 - **Verg W 13/06**). Dabei liegt es grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, welche Maßnahmen er zur Herstellung eines fairen Wettbewerbs ergreift (OLG Celle, Beschl. v. 14.04.2016 - **13 Verg 11/15**; OLG München, Beschl. v. 19.12.2013 - **Verg 12/13**; OLG München, Beschl. v. 25.07.2013 - **Verg 7/13**; Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § **124** GWB Rn. 89) und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bewerten, ob bei einer Beteiligung des Projektanten der Grundsatz des fairen Wettbewerbs gewahrt wird (OLG Celle, Beschl. v. 14.04.2016 - **13 Verg 11/15**).

aa. Die Beigeladene hat die Antragsgegnerin vor der Einleitung des Vergabeverfahrens mittelbar beraten und sonst unterstützt. Sie war Unterauftragnehmerin des Unternehmens, das von der Antragsgegnerin als Projektsteuerer mit der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beauftragt worden war. In dieser Funktion hat die Beigeladene wesentliche Teile der Vergabeunterlagen bearbeitet, so unter anderem den Generalablaufplan, das Leistungsverzeichnis und diverse Planungsunterlagen.

bb. Die Antragsgegnerin hat keine ausreichenden Maßnahmen ergriffen, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, den die Beigeladene aufgrund ihrer Tätigkeit für den Projektsteuerer erlangt hat.

(1) Sie hat allerdings die Informations- und Wissensvorsprünge ausgeglichen, die sich aus den Unterlagen ergaben, die dem Projektanten und damit auch der Beigeladenen zur Vorbereitung der Vergabeunterlagen in Bezug auf die LPH 2-4, 5 und 6 zur Verfügung gestellt worden sind. Alle Bieter haben diese Unterlagen zusammen mit den Vergabeunterlagen erhalten. Soweit die Antragstellerin vorgetragen hat, der Beigeladenen müssten zur Erstellung der Planung und Ausschreibung noch weitere Unterlagen zur Verfügung gestanden haben, genügt ihr Vorbringen nicht den Anforderungen. Die Antragstellerin als diejenige Bieterin, die eine unzureichende Mitteilung gesammelter Informationen durch vorbefasste Personen geltend macht, hat darzulegen, welche Informationen nicht öffentlich gemacht worden sind und jedenfalls im Ansatz darzutun, dass diese Informationen wettbewerbsrelevant sind (OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2011 - **Verg W 17/11**; Senat, Beschl. v. 13.08.2008 - **Verg 28/08**; OLG Brandenburg, Beschl. v. 22.05.2007 - **Verg W 13/06**). Daran fehlt es vorliegend. Zwar macht sie geltend, Grundlagen wie Baukosten KG 300/400, Bruttogeschossflächen der Teilprojekte, Bauweisen, Protokolle zu Planungsterminen/Abstimmungen und Entscheidungsvorlagen sowie Protokolle zu Anforderungen aus dem laufenden Betrieb des Areals und den sicherheitsrelevanten Aspekten, müssten der Beigeladenen zur Verfügung gestanden haben. So könnte beispielhaft die in den Dokumenten "Detailplanungen Container Wachbereich der Tore 4 und 7" dargestellte Anzahl an benötigten Containern je Teilprojekt nur durch Kenntnis und Verarbeitung weiterer Informationen anderer Planungsbeteiligter im Projekt berechnet werden. Auch

könnten andere Planinhalte, wie etwa die den Baumaßnahmen zur Verfügung stehenden Flächen innerhalb und außerhalb des Areals nur durch weitere Zuarbeiten und Abstimmungen mit anderen Planungsbeteiligten oder Dritten erfolgt sein, wie etwa die Entscheidung der Nutzung der Tore 4 und 7 für die Zu- und Ausfahrt sowie die Positionierung der Logistikzentrale nicht in einem der unmittelbaren Zufahrtsbereiche. Die für einen Verstoß gegen § 10 Abs. 2 VSVgV darlegungsbelastete Antragstellerin hat aber weder die Wettbewerbsrelevanz dieser Informationen dargetan, noch ist erkennbar, ob und inwieweit dieser Informationen Eingang in die Vergabeunterlagen gefunden haben. Dies gilt umso mehr, als die Beigeladene selbst erklärt hat, dass ihr darüber hinaus keine weiteren Unterlagen zur Verfügung gestanden haben. Gleiches gilt für etwaige mündliche Informationen.

(2) Ungeachtet der Ausführungen unter (1) genügen die von der Antragsgegnerin ergriffenen Ausgleichsmaßnahmen nicht, um den durch die Vorbefassung erlangten Informations- und Wissensvorsprung auszugleichen, Ursächlich hierfür ist das Wertungskriterium 1.3 (Durchdringung des Projektinhalts und Nennung eigener Lösungsansätze).

Da der öffentliche Auftraggeber dafür Sorge zu tragen hat, dass dem Projektanten im Vergleich zu seinen Wettbewerbern kein überlegenes Angebot ermöglicht wird, hat er Eignungs- und Zuschlagskriterien erforderlichenfalls so neutral zu fassen, dass aus einem etwaigen Wissensvorsprung des Projektanten keine Wertungsvorteile entstehen (Völlink in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. VgV § 7 Rn. 10; Voigt in Müller-Wrede, VgV/UVgV, VgV § 7 Rn. 49). Das Wertungskriterium 1.3 (Durchdringung des Projektinhalts und Nennung eigener Lösungsansätze) weist diese Neutralität nicht auf. Es ermöglicht vielmehr, dass das Angebot der Beigeladenen in diesem Punkt besser bewertet wird als das der anderen. Die Beigeladene konnte aufgrund ihrer dreijährigen Beschäftigung mit diesem Projekt als Nachunternehmerin des von der Antragsgegnerin beauftragten Projektsteuerers im Vorfeld der Ausschreibung die an sie gestellten Anforderungen in dem Unterkriterium 1.3 besser beurteilen und ihr Angebot leichter an die Bedürfnisse des Auftraggebers anpassen als andere, vorher unbeteiligte Bieter (vgl. auch OLG Celle, Beschl. v. 14.04.2016 - 13 Verg 11/15). Zwar mag es sich - wie die Beigeladene vorträgt - bei den ausgeschriebenen Leistungen um standardisierte Baulogistikleistungen zur übergeordneten Baustelleneinrichtung gehandelt haben, welche zum Kerngeschäft beider Unternehmen, der Antragstellerin und der Beigeladenen, gehören, wie Zugangskontrollen für den Zeitraum der durchzuführenden Bauleistungen, Herstellung und Bewirtschaftung der Baustelleneinrichtung sowie Gewährleistung eines geordneten Bauablaufs. Es ist auch vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass alle Bieter als erfahrene Unternehmen in diesem Bereich in der Lage sind anhand der vorgelegten Unterlagen diese Leistungen anzubieten. Mit dem qualitativen Unterkriterium 1.3 Durchdringung des Projektinhalts/Nennung eigener Lösungsansätze hat die Antragsgegnerin jedoch ein Wertungskriterium geschaffen, mit welchem individuelle und projektbezogene Erfahrungen wertungserhöhend berücksichtigt werden können, die bei der Beigeladenen allein aufgrund der langen (dreijährigen) Beschäftigung im Vorfeld der Ausschreibung für die Antragsgegnerin größer sind und ihr eine intensivere Durchdringung des Projekts ermöglichen, als erstmals mit diesem Projekt befassten Bewerbern. Die Beigeladene kennt aufgrund ihrer im Vorfeld erbrachten Planungsleistungen das Projekt besser als jeder andere und kann sich bei der Präsentation und etwaigen Rückfragen der Antragsgegnerin positiv von den anderen Bietern abgrenzen. Auch die Entwicklung eigener Lösungsansätze wird durch die intensive zeitliche Vorbefassung mit dem Projekt erleichtert. Tatsächlich haben sich die dargestellten Vorteile für die Beigeladene bei der Wertung positiv ausgewirkt. Ausweislich des Wertungsprotokolls hat die Antragsgegnerin in dem Unterkriterium 1.3 "die Darstellung und Durchdringung einer zielführenden Herangehensweise an die Planungsaufgaben und die Auseinandersetzung mit den zur Verfügung gestellten Unterlagen" bewertet. Hierbei kommt der mit der Vergabe vorbefassten Beigeladenen ein unvermeidbarer Wettbewerbsvorteil bezüglich der Durchdringung und Erarbeitung von Lösungsansätzen zu, der sich auch in der Bewertung niedergeschlagen hat, wenn es dort heißt:

"... Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den zur Verfügung gestellten Unterlagen war für das Gremium anhand der detaillierten Aussagen des Bieters zum vorliegenden Projekt erkennbar. Besonders hervorzuheben ist insgesamt die Präsentation der Projektanalyse, welche auf die Kriterien des Auftragnehmers abgestimmt worden ist."

cc. Die von der Beigeladenen - zitierte Entscheidung des Senats aus dem Jahr 2005 (Beschl. v. 25.10.2005 - **Verg 67/05**) rechtfertigt keine andere Beurteilung. Der vorliegend zu entscheidenden Fall unterscheidet sich grundlegend von dem Sachverhalt, der der zitierten Entscheidung zu Grunde lag. In dem dort zu entscheidenden Fall war die (mit der Sache vorbefasste) Zuschlagsprätendentin - anders als vorliegend - zu keinem Zeitpunkt weder mittelbar noch unmittelbar an der Vorbereitung der Ausschreibung (Auslobungsverfahren) beteiligt gewesen. Sie hatte weder bei der Beschreibung der Aufgabenstellung, bei der Prüfung der Eignung von Bewerbern noch bei der Bewertung der Bewerbungen mitgewirkt, sondern war lediglich als Bewerberin aufgetreten und hatte im Vorfeld der Ausschreibung für einen von vier Kaufinteressenten eine Studie erstellt. Die dortige Zuschlagsprätendentin hatte - anders als im vorliegenden Verfahren - ihren Informationsvorsprung nicht aufgrund einer bevorzugten Stellung und der Vorbereitung des Vergabeverfahrens erlangt (vgl. auch Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 124 Rn. 84 ff.).

c. Soweit die Vergabekammer erkannt hat, dass vorliegend - als milderer Mittel im Verhältnis zu dem seitens der Antragstellerin mit dem Nachprüfungsantrag beantragten Ausschluss nach § **124** Abs. 1 Nr. 6 GWB, § 6e Abs. 6 Nr. b VS VOB/A - eine neue Präsentationsrunde unter geänderten Bewertungskriterien zur Qualitätsbewertung (Streichung des Unterkriteriums 1.3) durchzuführen ist, ist dies nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Weder die hierdurch beschwerte Antragstellerin noch die Antragsgegnerin haben sich gegen die Entscheidung gewandt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § **175** Abs. 2 i.V.m. § **71** GWB. Demnach trägt die Beigeladene die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels.