

THÜRINGER OBERLANDESGERICHT

Beschluss

in dem Vergabeüberprüfungsverfahren

betreffend das VOF-Verfahren "Objekt- und Fachplanungsleistungen für die Gesamtsanierung/Restaurierung, die Modernisierung, den Umbau und die Erweiterung des Stadttheaters von H.",

an dem beteiligt sind:

1. Stadt H., vertreten durch den Bürgermeister

- Vergabestelle, Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin zu 1. -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Neuenfeld und Gräfin Dohna, Gutenbergstr.1, 99423 Weimar,

2. Architekten, vertreten durch,

- Beigeladene und Beschwerdeführerin zu 2. -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte CMS Hasche, Sigle, Herrn Rechtsanwalt Kuß,
Markgrafenstraße 36, 10117 Berlin

3. Arbeitsgemeinschaft ... Stadttheater H. GbR, vertreten durch

- Antragstellerin und Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Weber, See, Glock, Alfred-Hess-Str. 40, 99094 Erfurt

hat der Vergabesenat des Thüringer Oberlandesgerichts durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Dr. h.c. Bauer sowie die Richter am Oberlandesgericht Kramer und Richter am Amtsgericht als weiteren aufsichtsführenden Richter Giebel

auf die mündliche Verhandlung vom 19.03.2003 am 08.04.2003

b e s c h l o s s e n :

1. Auf die sofortigen Beschwerden der Vergabestelle und der Beigeladenen wird der Beschluss der Vergabekammer des Freistaats Thüringen vom 17.10.2002 abgeändert.

Der Vergabeüberprüfungsantrag der Antragstellerin wird als unzulässig abgewiesen.

2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Sie hat der Vergabestelle und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen im Verfahren vor der Vergabekammer und im Beschwerdeverfahren zu erstatten.
Die Hinzuziehung von Rechtsanwälten im Verfahren vor der Vergabekammer wird für die Vergabestelle und die Beigeladene für notwendig erklärt.

3. Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 53.800,00 EUR festgesetzt.

G r ü n d e :

I.

Gegenstand des vorliegenden Vergabeüberprüfungsverfahrens ist die Gesamtsanierung bzw. Restaurierung, Modernisierung, Umbau und Erweiterung des historischen Stadttheaters H.. Die Stadt H. als Vergabestelle schrieb zur Vorbereitung eines Verhandlungsverfahrens im April 2002 Architekten- und Ingenieurdienstleistungen auf der Grundlage der VOF im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften europaweit sowie im Thüringer Staatsanzeiger aus.

Gem. Nr. 2 der Bekanntmachung sollten Objekt- und Fachplanungsleistungen "auf der Basis der bisher erstellten Bestands- und Zustandserfassungen, Vorplanungen, restauratorischen Befundberichte etc." als Ganzes in Auftrag gegeben werden. Die Bewerber wurden u.a. aufgefordert, ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit durch Angaben zu den in der Ausschreibung detailliert aufgeführten sowie weiteren für die Aufgabenbeschreibung angekündigten Auftragskriterien nachzuweisen. Sodann sollten mindestens drei und höchstens acht Bewerber zu Vergabeverhandlungen aufgefordert werden. In § 2 des für die Auftragsvergabe konzipierten Vertragsentwurfs wurden die vorgenannten Projektunterlagen

ausdrücklich zum Bestandteil des abzuschließenden Vertrages erklärt. Gem. § 3 des Vertragsentwurfs umfasste der Auftrag Architekten- und Ingenieurleistungen der Leistungsphasen 1 bis 4 sowie – optional – der Leistungsphasen 5 bis 9 im Sinne der §§ 15, 64, 73, 78, 81, 86 HOAI.

An der Erstellung der in der Ausschreibung sowie im Vertragsentwurf in Bezug genommenen Projektunterlagen war ein Mitglied der Antragstellerin, der Architekt F. S., in federführender Funktion beteiligt gewesen.

In einer dem Vertragsentwurf der Vergabestelle beigegebenen Anlage 4 wird auf einen Zwischenbericht "Stand Vorplanung vom November 1996 vom Architekturbüro S. + M." verwiesen, der in Fotokopie als Anlage 4/1 angefügt war. In diesem von dem Architekten F.S. unterzeichneten Zwischenbericht sind u.a. die in den Jahren 1995 und 1996 vorgenommenen Maßnahmen zum "Bauvorhaben Stadttheater H." nach Art der Leistung und beteiligten Auftragnehmern aufgelistet. Dabei weist die Aufstellung des Architekturbüro S. + M. als die mit der "Koordinierung Voruntersuchungen", "Koordinierung von Sonderfachleuten" sowie "Vorplanungen, Nutzungskonzepte, Raumbuch, Be- und Zustandserfassung, Kostenschätzung DIN 276" u.a.m. betraute Stelle aus.

In Anlage 2 dieses Vertragsentwurfs wird unter Nr. 1 "Vorbemerkungen" eine Kostenannahme zugrunde gelegt, die ebenfalls vom Architekturbüro S. & M., H. erarbeitet worden war. Hierzu heißt es: "Das Architekturbüro S. & M., H. hat auf Basis seiner Vorplanung vom Oktober 2000 eine 'Grobkostenschätzung' für die Sanierung/Restaurierung des Stadttheaters H. und für die geplanten Neubaumaßnahmen vorgenommen (siehe Anlage 4 des Vertrages)". Die dabei ermittelten Kosten waren in Form einer tabellarischen Übersicht Gegenstand des Vertragsentwurfs.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat haben die Verfahrensbeteiligten übereinstimmend erklärt, dass im Vorfeld der jetzigen Ausschreibung das Architekturbüro S. & M. im Auftrag der Stadt H. bereits Architektenleistungen der Phasen 1 und 2 (Grundlagenermittlung und Vorplanung) im Sinne der HOAI für das Sanierungsvorhaben zu einem Honorar von 47.100,-- DM erbracht hat.

Bis zum festgesetzten Meldetermin am 13.05.2002 gingen bei der Vergabestelle 63 Bewerbungen, darunter die der Beigeladenen und der Antragstellerin, ein. Die Beigeladene nahm als Mitglied einer für den Fall der Auftragserteilung zu gründenden Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bestehend aus ihr und 4 Partnern sowie weiteren Subunternehmen, am Bewerbungsverfahren teil.

Im Bewerbungsschreiben der Antragstellerin wird als Referenzobjekt u.a. ausdrücklich das verfahrensgegenständliche Sanierungsvorhaben benannt. Ferner heißt es in Anlage 2.14.1 ihres Bewerbungskonvoluts:

"Das Architekturbüro S. + M. hat am Denkmalobjekt Stadttheater H., wie aus der Referenz ersichtlich, bereits Architektenleistungen erbracht. Die Bürohhaber und Projektbearbeiter sind mit der Bausubstanz und den besonderen Anforderungen bei Planung, Ausschreibung und Bauüberwachung und Koordinierung der Sonderfachleute detailliert vertraut. Die unmittelbare Objektnähe vom Bürostandort aus und die dargestellte Leistungsfähigkeit des Architekturbüros sollten der Vergabekommission und Auftraggeber u.a. bei der Bewertung der Anträge Argument für die Auswahl sein."

In der daran anschließenden Referenzliste der Antragstellerin findet sich unter der Nr. 30 folgender Eintrag:

"Stadttheater H. 1995/1996/2000Be- und Zustandsaufnahme Gesamtobjekt, umfassende Bauforschung i.V.m. Befundung, Nutzungskonzept mit Erweiterungsbauten – Vorplanung i.V.m. restauratorischer Zielstellung".

Unter den eingegangenen Bewerbungen wählte ein von der Vergabestelle eingesetztes internes Auswahlgremium, gestützt auf Empfehlungen eines externen Sachverständigen, acht Teilnehmer unter Einschluss der Antragstellerin und der Beigeladenen für den Eintritt in Verhandlungsgespräche aus. Mit

Schreiben vom 18.06.2002 informierte der Sachverständige die acht verbliebenen Bewerber über die erfolgreich bestandene Vorqualifikation und kündigte für Anfang August 2002 Einzelverhandlungen an. Am 15.07.2002 übersandte der Sachverständige den o.g. Entwurf eines Architekten- und Ingenieurvertrags nebst Anlagen und lud die Teilnehmer formell zu den Einzelgesprächen ein. Das Anschreiben enthielt u.a. detaillierte Angaben zum Bewertungssystem, mit dem die Vergabestelle die für die Auftragsvergabe maßgeblichen Parameter gewichten werde. Vorgesehen waren danach zwei Wertungsbereiche, die Kriterien aus der Phase des vorangegangenen Auswahlverfahrens einerseits und der Phase der bevorstehenden Bewerbergespräche andererseits kombinierten. Jedes einzelne dieser Kriterien sollte dabei mit einem Faktor zwischen 0 (= keine Angaben), 1 (= schlecht) bis 5 (= sehr gut) multipliziert und in der Summe addiert werden. Der Schwerpunkt der Bewertung lag dabei auf dem bereits absolvierten Auswahlverfahren mit insgesamt 85 Punkten (x Faktor 0 bis 5 = maximal 425), während die Kriterien für die folgende Verhandlungsphase insgesamt höchstens 60 Punkte (x Faktor 0 bis 5 = maximal 300) erzielen konnten.

Nach Abschluss der Einzelverhandlungen am 05. und 06.08.2002 empfahl das Auswahlgremium in Abänderung der ursprünglich beabsichtigten Wertungsmatrix das Gewicht der aus den Bewerbergesprächen gewonnenen Erkenntnisse – betreffend drei Faktoren "Honorar", "Eindrücke über die für das Projekt vorgesehenen Personen" und "Aussagen zur Organisation der Bauüberwachung in allen Fachdisziplinen" – jeweils von 20 auf 40 Punkte zu verdoppeln. Zur Begründung wurde angeführt, dass "erst der persönliche Kontakt mit dem Bieter und den von ihm für die Projektbearbeitung vorgesehenen Personen die Bildung einer umfassenden Vertrauensbasis" ermögliche. Am 07.08.2002 unterbreitete der Sachverständige der Vergabestelle schriftlich das Ergebnis seiner Vergabeempfehlung. Dabei brachte er das veränderte Wichtungsschema zur Anwendung. Den ersten Rang belegte danach die Firma Baur Consult mit 662 Punkten, auf den nächsten Plätzen folgten die Beigeladene mit 625 Punkten und die Antragstellerin mit 619 Punkten. Am 22.08.2002 beschloss der Stadtrat der Vergabestelle, den Auftrag der Beigeladenen zu erteilen. Aus der Begründung ergibt sich, dass die nach der ermittelten Rangfolge eigentlich Erstplatzierte mangels ausreichender Theaterplanungs- und -bauerfahrung keine Berücksichtigung fand.

Die Vergabestelle hat die Antragstellerin am 22.08.2002 darüber informiert, dass sie unter acht Bewerbern den 3. Rang erreicht habe und die Beigeladene mit dem Sanierungsauftrag betraut werden solle. Die Antragstellerin hat daraufhin mit Schreiben vom 27.08.2002, eingegangen bei der Vergabestelle am 29.08.2002, die Art und Weise des durchgeführten Vergabeverfahrens gerügt. Sie hat sich dabei auf ihr vorliegende Erkenntnisse bezogen, wonach die Wichtung der Kriterien nach Abschluss der Verhandlungsgespräche vergaberechtswidrig geändert worden sei. Nachdem die Vergabestelle der Rüge nicht abgeholfen hatte, hat die Antragstellerin am 06.09.2002 das Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer des Freistaats Thüringen eingeleitet. Ihrer Ansicht nach verstoße die nachträgliche Änderung der Gewichtung der Auswahlkriterien gegen geltendes Vergaberecht.

Die Antragstellerin hat beantragt,

der Vergabestelle zu untersagen, den Zuschlag auf der Grundlage ihrer bisherigen Wertung an den Beigeladenen zu erteilen,

sowie der Vergabestelle aufzugeben, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer die Bewertung der ausgewählten Bewerber auf der Grundlage der zum Auswahlverfahren bekannt gegebenen Bewertungskriterien ohne eine Heraufsetzung der Gewichtung vorzunehmen.

Die Vergabestelle und die Beigeladene haben beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Ihrer Ansicht nach verstößt die nachträgliche Änderung der Gewichtung weder gegen das Gleichbehandlungs- noch gegen das Transparenzgebot. Die Beigeladene hat ferner moniert, dass die Antragstellerin als vorbefasste Projektantin und ihres dadurch bedingten Informationsvorsprungs vom Wettbewerb auszuschließen sei. Hinsichtlich des Sachvortrags im Einzelnen wird auf die Darstellung im

Beschluss der Vergabekammer Bezug genommen.

Die Vergabekammer hat die Vergabestelle mit Beschluss vom 17.10.2002 verpflichtet, die Wertung der Bewerbungen durch die Auswahlkommission mit der Maßgabe und insoweit zu wiederholen, dass die Wichtung der Wertungskriterien für die bereits vorliegenden Ergebnisse der durchgeführten Bietergespräche nicht zu verdoppeln und damit zu verändern ist. Anschließend ist dem Stadtrat für seine Entscheidung über die Zuschlagserteilung die Bewerbung als Beschlussvorschlag zu unterbreiten, die nach dem Ergebnis der Wertung durch die Auswahlkommission die höchste Punktzahl erreicht hat.

Die Vergabekammer hält den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin für zulässig. Sie verneint eine die Bewerbung ausschließende Projektantenstellung bzw. einen darauf beruhenden Informationsvorsprung mit der Erwägung, dass alle zu den Einzelverhandlungen eingeladenen Bewerber über die Ergebnisse der Ausschreibung vorbereitenden Studien, Vorplanungen etc. in Kenntnis gesetzt worden seien. Ihre Sachentscheidung begründet die Vergabekammer mit einem Verstoß gegen das Transparenzgebot, da die nachträgliche Abweichung der Antragsgegnerin von dem bekannt gemachten Wichtungsschema vergaberechtswidrig sei. Auf die Ausführungen der Kammer in ihrem Beschluss vom 17.10.2002 wird im Übrigen Bezug genommen.

Gegen diese Entscheidung richten sich die sofortigen Beschwerden der Vergabestelle und der Beigeladenen. Die Beschwerdeführerinnen verneinen einen Verstoß gegen das Transparenzgebot. Dagegen spreche, dass sich die Bewerber selbst bei rechtzeitiger Bekanntgabe nicht auf ein geändertes Bewertungsschema hätten einstellen können. Im übrigen käme es darauf nicht an, da der Stadtrat als zur Vergabeentscheidung berufenes Gremium nicht an den Vorschlag des Auswahlgremiums gebunden gewesen sei.

Die Beigeladene erklärt, ihr sei von den übrigen Mitgliedern der ARGE die Federführung bis zur endgültigen Vergabeentscheidung übertragen worden. Sie hält daran fest, dass die Antragstellerin als Projektantin von Anfang an hätte ausgeschlossen werden müssen. Sie behauptet, dass der Architekt F.S. nicht alle von ihm erarbeiteten Unterlagen der Vergabestelle zur Verfügung gestellt habe und deshalb den anderen Bewerbern bestimmte Informationen nicht zugänglich gewesen seien. So habe die Antragstellerin aufgrund ihres Informationsvorsprungs für die Projektkoordination lediglich 4.000 EUR und die Beigeladene hierfür 33.599 EUR in Ansatz bringen können. Schließlich rügt die Beigeladene, dass die Vergabestelle ursprünglich nachgeforderte Unterlagen nicht bei der Bewertung berücksichtigt habe.

Die Vergabestelle beantragt,

die Anträge der Antragstellerin unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer zurückzuweisen.

Die Beigeladene beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben,
hilfsweise

der Vergabestelle zu gestatten, bei einer Wiederholung der Bewerbung durch die Auswahlkommission die ursprünglich vorgesehenen Bewertungskriterien neu zu definieren und auf der Grundlage dieser den Gesprächsteilnehmern vorher bekannt zu gebenden Wertungskriterien in eine neue Wertung einzutreten.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortigen Beschwerden mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Nachprüfungsantrag begründet ist.

Sie vertritt im wesentlichen ihre bereits im Verfahren vor der Vergabekammer geäußerte Rechtsauffassung. Einen wettbewerbsverzerrenden Vorteil aufgrund ihrer früheren Projektbefassung vermag sie nicht zu erkennen. Sie bestreitet, dass sie Unterlagen, die sie im Rahmen dieser Tätigkeit erstellt hatte, zurückbehalten habe. Sie habe diese lückenlos der Vergabestelle zugeleitet. Die Antragstellerin meint im Übrigen, dass der Beigeladenen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die persönliche Rügebefugnis ermangle, da sie nicht im eigenen Namen, sondern nur als Mitglied einer ARGE am Wettbewerb teilgenommen habe und daher nur diese rügebefugt sei.

II.

Die sofortigen Beschwerden der Vergabestelle und der Beigeladenen sind in formgerechter Weise fristgemäß eingelegt. Die Rechtsmittel sind begründet.

1. Die von der Vergabekammer in den Mittelpunkt ihrer Entscheidung gerückte und - wohl zutreffend - verneinte Frage, ob die Auftraggeberin während des Vergabeverfahrens die in Anwendung des § 16 Abs. 3 VOF bekannt gemachte Gewichtung der Zuschlagskriterien verändern darf, kann letztlich offen bleiben. Diese Frage stellt sich nämlich nur im Rahmen eines zulässigen Vergabeprüfungsbegehrens. Die Vergabekammer ist davon ausgegangen, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zulässig sei, indem sie insbesondere die Antragsbefugnis bejaht hat. Hierin folgt der Senat der Vergabekammer nicht. Der Antragstellerin fehlt für das vorliegende Nachprüfungsverfahren das Rechtsschutzbedürfnis, weil sie keine Chance hat, Auftragnehmer des vorliegenden Beschaffungsvorhabens zu werden (§ 107 Abs. 2 GWB). Diese Chancenlosigkeit folgt daraus, dass das Angebot der Antragstellerin von der Wertung auszuschließen ist. Der Ausschlussgrund liegt in der Vortätigkeit des Mitgesellschafters der Antragstellerin F.S..

2. Architekt S. war von der Auftraggeberin im Vorfeld der hier fraglichen Ausschreibung mit umfangreichen Architektenleistungen beauftragt gewesen. Er hat so zunächst den Gebäudebefund aufgenommen und ihn in einem Zwischenbericht betreffend den Stand der Vorplanung verarbeitet. In diesen Zwischenbericht sind auch die Ergebnisse der zukunftsgerichteten Arbeiten des Architekten eingegangen. Diese hat Herr S., orientiert an der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Wiederherstellung des historischen Theaters in H. möglich ist, dahingehend erbracht, dass er die einzelnen Instandsetzungsmaßnahmen festgehalten, sie gewerkmäßig zugeordnet und kostenmäßig veranschlagt hat. Insgesamt hat Architekt S. - so er selbst in der mündlichen Verhandlung - damit den Umfang der HOAI-Phasen 1 und 2 (Grundlagenermittlung und Vorplanung) ausgeschöpft. Herrn S. war damit das später ausgeschriebene Beschaffungsvorhaben nicht nur abstrakt in seinen verbalen bzw. zeichnerischen Grundlagen bekannt. Er war wie kein anderer der Bewerber mit dem Gebäude und mit den ihm innewohnenden baulichen Möglichkeiten vertraut. Diesen "Vorsprung" hat die Antragstellerin nicht verschwiegen. Sie hat ihn in ihrer Bewerbung vielmehr herausgestellt, indem sie in Punkt 2.14.1 der Angebotsanlage unterstreicht, mit der "Bausubstanz und den besonderen Anforderungen bei Planung, Ausschreibung und Bauüberwachung und Koordinierung der Sonderfachleute detailliert vertraut" zu sein. Hierauf weist sie die Auftraggeberin hin mit Blick auf "die Bewertung der Aufträge" im Sinne eines "Arguments für die Auswahl".

3. Diese Vorbefassung begründet ein Bewertungsverbot zum Nachteil der Antragstellerin.

a) Der Bewerberausschluss ergibt sich nicht aus § 16 VgV. Diese Bestimmung statuiert ein Mitwirkungsverbot an Vergabeentscheidungen zu Ungunsten derjenigen Personen, welche als Bieter oder für einen Bieter am Vergabeverfahren beteiligt sind. Ist eine solche "als voreingenommen geltende natürliche Person" (§ 16 Abs. 1 VgV) an einer der im Vergabeverfahren zu treffenden Entscheidungen

beteiligt, ist diese Entscheidung fehlerhaft zustande gekommen mit der Folge, dass ihr Bestand nicht gewährleistet ist. Da nach dem Wortlaut das Mitwirkungsverbot Bieter oder Personen betrifft, welche Bieter nach Maßgabe eines der in § 16 VgV näher bestimmten Verhältnisses unterstützen, setzt § 16 VgV die Existenz von Bietern voraus. Diese ist erst dann möglich, wenn das Vergabeverfahren durch Ausschreibungsbekanntmachung eingeleitet ist. Die Entscheidung, ein Beschaffungsprojekt in ein Vergabeverfahren überzuleiten, also die Ausschreibung nicht nur zu konzipieren, sondern sie nach außen zu veröffentlichen (vgl. §§ 17 VOL/A, 5 Abs. 1 VOF), mag eine "Entscheidung in einem Vergabeverfahren" sein. Sie fällt indessen nicht in den Geltungsbereich des § 16 VgV, weil es an Bietern fehlt, welche an dieser Entscheidung mitgewirkt haben können (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 10.08.200, 1 Verg 2/00, NZBau 2000, 534). Dies verkennt das Hanseatische OLG Hamburg in seinem Beschluss v. 04.11.2002, (Verg 3/02, VergabeR 2003, 40 = ZfBR 2003, 186). Da das OLG Hamburg jedoch aus § 16 VgV kein Bewerbungsverbot ableitet, sondern der Bestimmung ein zur Ausschreibungsaufhebung nötiges Mitwirkungsverbot entnimmt, bedarf es nicht der Vorlage an den Bundesgerichtshof. Die Divergenz ist nicht entscheidungserheblich, weil es hier nicht um den Bestand der Ausschreibung wegen einer Verletzung eines Mitwirkungsverbots geht, sondern um den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin aufgrund eines vergaberechtlichen Bewerbungsverbots.

b) Dieses Bewerbungsverbot folgt aus § 6 Abs. 2 VOF. Danach dürfen Sachverständige, wenn sie vom Auftraggeber bei der Beschreibung der Aufgabenstellung (§ 8 VOF) hinzugezogen worden sind, weder unmittelbar noch mittelbar an der betreffenden Vergabe beteiligt sein und auch nicht beteiligt werden. Dieses Verbot setzt die in § 4 VOF enthaltenen Grundsätze um. Danach gilt das Gebot der ausschließlich an objektiven Kriterien anknüpfenden Auftragsvergabe. Das heißt nicht, dass personenbezogene Merkmale im Rahmen der Bewertung von Eignung, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit - wobei im VOF-Bereich auch und gerade die Kreativität und die Führungsfähigkeit eines Bewerbers ins Gewicht fallen - nicht zugelassen wären, denn auch sie sind objektive Elemente der Angebotsbewertung. Ausgeschlossen sind durch § 4 Abs. 1 VOF Vergabekriterien, die unabhängig von diesen objektivierbaren personenbezogenen Elementen auf eine bestimmte (natürliche oder juristische) Person hin formuliert sind oder angewandt werden, damit diese Person die Kriterien erfülle und den Auftrag erhalte. Damit wäre der Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 4 Abs. 2 VOF) verletzt und zugleich der Tatbestand des § 4 Abs. 3 VOF (Unzulässigkeit unlauterer und wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen) berührt.

§ 6 Abs. 2 VOF führt deswegen die in § 4 Abs. 1 bis 3 VOF festgelegten, dem gesamten Vergaberecht innewohnenden Prinzipien (vgl. § 97 Abs. 2, 5 GWB) fort, weil der Sachverständige einen gerade im Geltungsbereich der VOF wettbewerbswirksamen Wissensvorsprung hat. Diesen Wettbewerbsvorteil, der sich nicht aus besserer Eignung, größerer Zuverlässigkeit und höherer Leistungsfähigkeit, sondern aus dem Zufall der Vorbefassung mit dem Auftrag der Vergabestelle ergibt, will § 6 Abs. 2 VOF eliminieren, indem er eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an der Vergabe untersagt. Dieses Verbot kann nur auf die Bewerbung um den Auftrag gerichtet sein. Ein Mitwirkungsverbot an einer der im Vergabeverfahren zu treffenden Entscheidungen (vgl. § 16 Abs. 1 VgV) meint § 6 Abs. 2 VOF nicht, denn § 6 Abs. 1 VOF gestattet diese Mitwirkung ausdrücklich.

c) Der Architekt S. war von der Auftraggeberin als Sachverständiger i.S.d. § 6 Abs. 2 VOF "bei der Beschreibung der Aufgabenstellung" herangezogen worden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er die der Ausschreibung zugrunde liegende Aufgabenbeschreibung i.S.d. § 8 VOF erstellt hat. Den von §§ 4 Abs. 1 bis 3, 6 Abs. 2 VOF verfolgten Zwecken entsprechend muss der Begriff des "Sachverständigen" weit verstanden werden. Gleiches gilt für das Beschreiben der Aufgabenstellung. Ob diese Begriffe sich mit hinreichender Bestimmtheit allgemein definieren lassen, kann offen bleiben. Jedenfalls erfassen sie die von Architekt S. im unmittelbaren Vorfeld der Projektrealisierung erbrachten, die Entscheidung der Stadt H. für das Vorhaben "Sanierung des historischen Theateraltbaus" maßgeblich mitbestimmenden Vorleistungen. Diese liegen aufgrund von Herrn S.s Fachkunde erstellt der Ausschreibung zugrunde, so dass das Bewerbungsverbot für den Architekten S. eingreift.

d) Dieses die Person des Architekten S. betreffende Verbot erstreckt sich auf die Antragstellerin. Diese ist als Arbeitsgemeinschaft gesellschaftsrechtlich gesehen eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts i.S.d. §§ 705 ff. BGB. F.S. ist als Gesellschafter dieser BGB-Gesellschaft gem. §§ 709, 714 BGB geschäftsführungs- und vertretungsbefugt. Fachlich hat er - wie die Antragstellerin in ihrer Bewerbung hervorhebt - in der Arbeitsgemeinschaft Generalplaner Stadttheater H. eine wichtige Funktion. Das bedeutet, dass die Antragstellerin die angebotene Leistung nur unter Mitwirkung von Herrn S. erbringen will, so dass ein auf

die Person des Gesellschafters F.S. beschränkter Ausschluss ebenso den Inhalt des Angebots verfälschte wie in den Gesellschaftsvertrag eingriffe.

e) Es kann dahinstehen, ob § 6 Abs. 2 VOF ausnahmslos gilt oder ob das Wettbewerbsverbot dort nicht eingreift, wo die Vorbefassung erwiesenermaßen den Wettbewerb nicht beeinträchtigt (vgl. § 16 Abs. 1 letzter Halbsatz VgV). Sollte eine derartige Einschränkung über den Wortlaut des § 6 Abs. 2 VOF geboten sein, so wären ihre Voraussetzungen jedenfalls von demjenigen Bewerber vorzutragen und nachzuweisen, den das Wettbewerbsverbot betrifft. § 6 Abs. 2 VOF geht wie § 16 Abs. 1 VgV davon aus, dass ein bestimmter Sachverhalt generell einen Interessenkonflikt auslöst, "es sei denn", diese Möglichkeit ist im Einzelfall widerlegt. Aus diesem Sprachgebrauch in § 16 Abs. 1 letzter Halbsatz VgV ergibt sich die Zuordnung der Darlegungs- und Beweislast in die Sphäre dessen, der sich auf den Ausnahmefall beruft. Das ist beim Mitwirkungsverbot des § 16 VgV der Auftraggeber, dessen Vergabeentscheidung Bestand haben soll. Beim Wettbewerbsverbot des § 6 Abs. 2 VOF wäre es der Bewerber, der sich nicht vom Verbot betroffen sieht und an der Vergabe teilnehmen will.

In vorliegender Sache hat die Antragstellerin keine Gründe vorgetragen, die geeignet sein könnten darzutun, dass der dem Wissensvorsprung des "Sachverständigen" S. generell entsprechende Wettbewerbsvorteil sich im konkreten Bieterwettbewerb nicht auswirken konnte. Der Umstand, dass der deutlich geringere Kostenansatz für die allgemeine Projektkalkulation (4.000.-€ im Angebot der Antragstellerin gegen 33.599.-€ im Konkurrenzangebot) bei der Angebotsbewertung insgesamt sich nicht ausgewirkt haben mag, ändert nichts an den strukturellen Wettbewerbsvorteilen der Antragstellerin durch die Vortätigkeit ihre Mitglieds S..

f) Mit diesem Wettbewerbsverbot verliert das Angebot der Antragstellerin jegliche Zuschlagschance. Damit entfällt für sie die Antragsbefugnis. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

4. Die Antragstellerin trägt als unterliegender Teil die Kosten des Vergabeverfahrens. Dies ergibt sich für das Vergabekammerverfahren aus § 128 Abs. 3, 4 GWB, für das Beschwerdeverfahren aus § 91 ZPO. Zu erstatten sind danach auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen. Diese hat sich im Interesse ihrer Zuschlagschance aktiv am gesamten Vergabeprüfungsverfahren beteiligt. Für sie war die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts erforderlich. Dies gilt auch für die Vergabestelle. Zwar ist diese als Körperschaft des öffentlichen Rechts zunächst auf ihren auch rechtskundigen Mitarbeiterstab verwiesen. Mögen die Rechtskenntnisse des Mitarbeiterstabs sich auf das Verwaltungsverfahrensrecht, das Kommunalrecht und auf die zur Wahrnehmung der Gemeindezuständigkeiten einschlägigen Gebiete des besonderen Verwaltungsrechts erstrecken, so sind die zur Durchführung eines Vergabeprüfungsverfahrens erforderlichen Kenntnisse bei der Antragsgegnerin nicht vorauszusetzen, so dass die in §§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB; 80 Abs. 2 ThürVwVfG vorgesehene Feststellung auch zugunsten der Vergabestelle geboten ist.

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens ist gem. § 12a GKG festgesetzt; an ihm orientieren sich die nach der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung entstehenden Gebühren (Senat, Beschluss v. 13.09.2001, 6 Verg 1/01, VergabeR 2002, 202; OLG Naumburg, Beschluss v. 31.12.2002, 1 Verg 11/02)

Rechtliche Grundlage: VOF § 4; VOF § 6 Abs. 2; VgV § 16;

1. § 16 VgV statuiert ein Mitwirkungsverbot an Vergabeentscheidungen zu Ungunsten derjenigen Personen, welche als Bieter oder für einen Bieter am Vergabeverfahren beteiligt sind. Ist eine solche "als voreingenommen geltende natürliche Person" (§ 16 Abs. 1 VgV) an einer der im Vergabeverfahren zu treffenden Entscheidungen beteiligt, ist diese Entscheidung fehlerhaft zustande gekommen mit der Folge, dass ihr Bestand nicht gewährleistet ist. (Umdruck S. 7)
2. Da § 16 VgV das Mitwirkungsverbot Bieter oder Personen betrifft, welche Bieter nach Maßgabe eines der in § 16 VgV näher bestimmten Verhältnisses unterstützen, setzt § 16 VgV die Existenz von Bietern voraus. Diese ist erst möglich, wenn das Vergabeverfahren formell eingeleitet ist. Die Entscheidung, ein Beschaffungsprojekt in ein Vergabeverfahren überzuleiten, also die Ausschreibung nicht nur zu konzipieren, sondern sie nach außen zu veröffentlichen (vgl. §§ 17 VOL/A, 5 Abs. 1 VOF), mag eine "Entscheidung in einem Vergabeverfahren" sein. Sie fällt indessen nicht in den Geltungsbereich des § 16 VgV, weil es an Bietern fehlt, welche an dieser Entscheidung mitgewirkt haben können (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 10.08.2000, 1 Verg 2/00, NZBau 2000, 534). Dies erkennt das Hanseatische OLG Hamburg in seinem Beschluss v. 04.11.2002, (Verg 3/02, VergabeR 2003, 40 = ZfBR 2003, 186). (Umdruck S. 7)
3. Ein Bewerbungsverbot ergibt sich aus § 16 VgV nicht. (Umdruck S. 7)
4. § 4 Abs. 1 VOF untersagt Vergabekriterien, die unabhängig von objektivierbaren personenbezogenen Elementen auf eine bestimmte (natürliche oder juristische) Person hin formuliert sind oder angewandt werden, damit diese Person die Kriterien erfülle und den Auftrag erhalte. (Umdruck S. 8)
5. Das Gebot der ausschließlich an objektiven Kriterien anknüpfenden Auftragsvergabe bedeutet nicht, dass personenbezogene Merkmale im Rahmen der Bewertung von Eignung, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit, Kreativität und die Führungsfähigkeit ausgeschlossen wären, denn auch sie sind objektive Elemente der Angebotsbewertung. (Umdruck S. 8)
6. § 6 Abs. 2 VOF begründet in Umsetzung der Prinzipien des § 4 VOF für Sachverständige ein Bewerbungsverbot, weil der Sachverständige einen gerade im Geltungsbereich der VOF wettbewerbswirksamen Wissensvorsprung hat. Diesen Wettbewerbsvorteil, der sich nicht aus besserer Eignung, größerer Zuverlässigkeit und höherer Leistungsfähigkeit, sondern aus dem Zufall der Vorbefassung mit dem Auftrag der Vergabestelle ergibt, will § 6 Abs. 2 VOF eliminieren, indem er eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an der Vergabe untersagt. (Umdruck S. 8)
7. Ein Architekt, der im Vorfeld einer später im VOF-Verfahren ausgeschriebenen Altbausanierung mit umfangreichen Architektenleistungen beauftragt war und dabei den Gebäudebefund aufgenommen und ihn in einem Zwischenbericht betreffend den Stand der Vorplanung zukunftsgerichtet dahin verarbeitet hat, dass er die einzelnen Instandsetzungsmaßnahmen festgehalten, sie gewerksmäßig zugeordnet und kostenmäßig veranschlagt hat, war als Sachverständiger i.S.d. § 6 Abs. 2 VOF bei der Beschreibung der Aufgabenstellung tätig. (Umdruck S. 8)
8. § 6 Abs. 2 VOF begründet kein Mitwirkungsverbot an einer der im Vergabeverfahren zu treffenden Entscheidungen (vgl. § 16 Abs. 1 VgV), denn § 6 Abs. 1 VOF gestattet diese Mitwirkung ausdrücklich. (Umdruck S. 8)
9. Es kommt nicht darauf an, ob der im Vorfeld tätige Architekt die der Ausschreibung zugrunde liegende Aufgabenbeschreibung i.S.d. § 8 VOF erstellt hat. Den von §§ 4 Abs. 1 bis 3, 6 Abs. 2 VOF verfolgten Zwecken entsprechend muss der Begriff des "Sachverständigen" weit verstanden werden. Gleiches gilt für das „Beschreiben der Aufgabenstellung“. (Umdruck S. 8)
10. Es bleibt offen, ob das Bewerbungsverbot nach § 6 Abs. 2 VOF dort nicht eingreift, wo die

Vorbefassung erwiesenermaßen den Wettbewerb nicht beeinträchtigt (vgl. § 16 Abs. 1 letzter Halbsatz VgV). Sollte eine derartige Einschränkung über den Wortlaut des § 6 Abs. 2 VOF gelten, so wären ihre Voraussetzungen jedenfalls von demjenigen Bewerber vorzutragen und nachzuweisen, den das Wettbewerbsverbot betrifft. (Umdruck S. 9)

11. Ein hinsichtlich eines ARGE-Mitglieds bestehendes Wettbewerbsverbot erstreckt sich auf die ARGE, so dass deren Angebot zwingend dem Ausschluss unterliegt. (Umdruck S. 9)
12. Auch wenn die Vergabestelle als Körperschaft des öffentlichen Rechts zunächst auf ihren rechtskundigen Mitarbeiterstab verwiesen ist, erscheint die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für sie dann erforderlich, wenn dort die zur Durchführung eines Vergabepflichtverfahrens erforderlichen Kenntnisse nicht vorauszusetzen sind. (Umdruck S. 9)

Thüringer Oberlandesgericht, Vergabesenat,
Beschluss vom 08.04.2003 – 6 Verg 9/02