

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

VII-Verg 15/04

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf am 07.07.2004

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

I.

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 22. März 2004 - VK 2-140/03 - aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch das Verfahren der Antragsgegnerin von den Bietern die Angabe eines Pauschalhonorars für die ausgeschriebenen Leistungen zu fordern und eine Baukostenobergrenze anzugeben, ohne dass eine den Vorgaben der HOAI entsprechende Kostenberechnung zur Verfügung gestellt wird, in ihren Rechten verletzt ist.

Im Übrigen wird die Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die erstinstanzlichen, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen ihre Aufwendungen selbst.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben. Von den notwendigen Auslagen der Beigeladenen hat die Antragstellerin 50 % zu tragen; 50 % trägt die Beigeladene selbst.

II.

1. Die Beschwerde der Beigeladenen gegen die Kostenentscheidung in dem Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 22. März 2004 - VK2-140/03 - wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin fallen der Beigeladenen zur Last.

III.

Der Streitwert für die Beschwerde der Antragstellerin wird auf 64.632,61 EUR und der Streitwert für die Beschwerde der Beigeladenen auf 2.630 EUR festgesetzt.

Gründe

A.

Die Antragsgegnerin schrieb für den Neubau einer S-Bahn Werkstatt in F. im Verhandlungsverfahren europaweit Planungsleistungen für Gebäude und Verkehrsanlagen (Leistungsphasen 5-8 nach § 15 HOAI u. Leistungsphasen 5-7 nach § 55 HOAI), Tragwerksplanung (Leistungsphasen 3-6 nach § 64 HOAI), Technische Ausrüstung (Leistungsphasen 5-8 nach § 73 HOAI) sowie die örtliche Bauüberwachung gemäß § 57 HOAI aus.

In § 3 Ziff. 3 des den Vergabeunterlagen beigefügten Textes des abzuschließenden Architekten-/Ingenieurvertrages war die verbindliche Vereinbarung einer Baukostenobergrenze vorgesehen. Nach § 9 des Vertrages sollte für die ausgeschriebenen Leistungen mit Ausnahme der Bauüberwachung, für die ein frei vereinbartes Honorar als Nachweishonorar vorgesehen war, ein Festbetragshonorar vereinbart werden. Des Weiteren enthielt § 9 Ziff. 6 eine sog. Bonus-Malus-Regelung, wonach bei Unterschreitung der Baukostenobergrenze eine zusätzliche Vergütung abhängig von der Höhe der eingesparten Baukosten anfallen sollte. Sofern die Baukostenobergrenze dagegen überschritten wird, sollte sich das vereinbarte Honorar entsprechend reduzieren. Den Vergabeunterlagen war in der Anlage 2.0 eine vom Bieter auszufüllende Honorarzusammenstellung beigefügt. Darin waren bereits von der Antragsgegnerin unterteilt nach den einzelnen Leistungen anrechenbare Kosten eingetragen, die der Honorarermittlung endgültig zugrunde gelegt werden sollten. So war entsprechend der Auflistung in der Anlage 3.0 für die Objektplanung 8.535.500 EUR, die Verkehrsanlagenplanung 5.486.100 EUR, die Tragwerksplanung 405.000 EUR sowie für die Technische Ausrüstung 2.969.000 EUR und die Bauüberwachung 7.086.500 EUR vorgesehen. Ferner waren den Vergabeunterlagen Entwurfshefte und ein Erläuterungsbericht zu dem geplanten Bauvorhaben beigefügt.

Mit Schreiben vom 9.10.2003 wandte sich die Antragstellerin an die Antragsgegnerin und machte geltend, dass den Verdingungsunterlagen keine Kostenberechnung gemäß DIN 276 beigelegt sei und die in der Anlage 3.0 aufgelisteten Baukosten nicht nach den Anlageklassen gemäß §§ 68 ff. HOAI differenzierten. Außerdem könne die Ermittlung der anrechenbaren Kosten für Gebäudeplanung und Tragwerksplanung resultierend aus den Baukosten mit Teilanrechnung der Technikgewerke nicht geprüft und nachvollzogen werden. Die Antragsgegnerin reagierte hierauf, indem sie sämtlichen Bewerbern mitteilte, dass ihnen Einblick in die ihr vorliegende Kostenermittlung ermöglicht werde.

Anschließend stellte sie allen Bewerbern die für die Baumaßnahme erstellten Teilkostenanschläge zur Verfügung.

Die Antragstellerin gab am 17.10.2003 ein Angebot auf der Grundlage der von der Antragsgegnerin vorgegebenen Kostensummen ab, das bezüglich der Kostenobergrenze und des Festhonorar jedoch nur vorläufige Angaben enthielt.

Gleichzeitig machte sie geltend, dass die überlassenen Teilkostenanschläge nicht gesamtheitlich, schlüssig und verifizierbar vorlägen und begründete dies im einzelnen für die Komplexe Gebäude und Tragwerk, Technische Gebäudeausrüstung und Verkehrsanlagen. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf das Schreiben der Antragstellerin vom 17.10.2003 Bezug genommen.

Am 10.11.2003 fand ein Bietergespräch mit der Antragstellerin statt. Gemäß Ziff. 8 des hierüber gefertigten Protokolls vereinbarten die Parteien, dass die Antragstellerin bis zum 17.11.2003 ein modifiziertes, einen Festpreis enthaltendes Angebot einreicht. In der Anlage zu Ziff. 3 "Technische Erläuterungen" ist u.a. festgehalten, dass allen Bietern eine Aufstellung der anrechenbaren Kosten zugesandt und dem modifizierten Angebot eine Kostenobergrenze beigelegt wird.

Die von der Antragsgegnerin angekündigte Aufstellung erhielt die Antragstellerin in der Folge indes nicht. Mit Schreiben vom 11.11.2003 teilte ihr die Antragsgegnerin vielmehr mit, dass in dem modifizierten Angebot die vom Bieter ermittelte Kostenobergrenze anzugeben sei und unter Zugrundelegung dieser Kostenobergrenze und den sich daraus ergebenden anrechenbaren Kosten das Honorar unter Beachtung der HOAI zu ermitteln und anzubieten sei.

Die Antragstellerin reichte am 17.11.2003 ein überarbeitetes aber gleichfalls nur vorläufiges Honorar-Angebot ein. Eine Kostenobergrenze war darin nicht enthalten. Gleichzeitig rügte sie mit Schreiben vom selben Tag einen Verstoß gegen § 4 a HOAI und damit gegen bindendes öffentliches Preisrecht, weil nicht eine vom Bieter zu ermittelnde Kostenobergrenze Maßstab der anrechenbaren Kosten und damit des Honorars sein könne, sondern lediglich eine nachprüfbare Ermittlung der voraussichtlichen Herstellungskosten nach Kostenberechnung oder nach Kostenanschlag.

Mit Schreiben vom 5.12.2003 teilte die Antragsgegnerin ihr mit, dass die Beigeladene den Zuschlag auf ihr Angebot erhalten soll.

Bei der Wertung der insgesamt acht Angebote lag die Antragstellerin auf Platz sieben. Hierbei hatte sie das nach den Ausschreibungsunterlagen an erster Stelle platzierte Wertungskriterium "Honorar" mit 55 % bei einer maximal zu erreichenden Punktzahl von 5 Punkten gewichtet.

Mit Beschluss vom 22. März 2004 hat die 2. Vergabekammer des Bundes den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Der Antrag sei unzulässig, weil der Antragstellerin die gemäß § 107 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis fehle. Ihr Vortrag sei nicht geeignet, sie in der Rangfolge der Bieter so weit nach vorne rücken zu lassen, dass der Eintritt eines Schadens möglich erscheine. Es sei nicht erkennbar, inwiefern sich die von der Antragstellerin geforderte Aufstellung über die anrechenbaren Kosten positiv auf die Höhe ihres Angebotes ausgewirkt hätte, so dass sie die vor ihr platzierten Bieter sämtliche hätte hinter sich lassen können. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sich durch die von der Antragstellerin gewünschten Daten und die von ihr berechnete Verschiebung von Kosten auch die anderen Bieter zu einer Änderung der Höhe ihres Angebotes veranlasst gesehen hätten. Auch durch eine bessere Bewertung der Unterpunkte der Matrix "Fachkunde", "Leistungsfähigkeit" und "Besondere Anforderungen" könne die Antragstellerin nicht in den Bereich des wirtschaftlichsten Angebotes vordringen. Selbst unter Vernachlässigung des der Antragsgegnerin zustehenden Ermessens- und Beurteilungsspielraumes und einer Maximalbewertung aller Kriterien könne die Antragstellerin mit dann 434 Punkten lediglich auf den vierten Platz vorrücken.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit der am 1. April 2004 eingelegten sofortigen Beschwerde.

Sie macht geltend, die von der Antragsgegnerin vorgenommene Wertung der Angebote verstoße gegen zwingendes öffentliches Preisrecht. Die Antragsgegnerin könne kein wirtschaftlich günstigstes Angebot ermitteln, weil es an der Vergleichbarkeit der Angebote fehle. Grund hierfür sei, dass eine sichere Tatsachengrundlage für die Berechnung des Honorars nach den Regelungen der HOAI nicht bestehe. Die von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellte "Kostenermittlungsbasis" in Form von Teilkostenanschlagsübersichten und Einzelbepreisungen habe nicht den Anforderungen des § 4 a HOAI entsprochen. Es habe sich weder um eine nachprüfbare Kostenberechnung noch um einen entsprechenden Kostenanschlag gehandelt. Die Kostenberechnung sei nur hinsichtlich der Bauleistungen und Teilen der technischen Ausrüstung und Verkehrsanlagen vollständig gewesen. Speziell im Bereich Elektrotechnik seien aber nur Kostenschätzungen zur Verfügung gestellt worden, die eine Nachprüfbarkeit unmöglich gemacht hätten. Eine detaillierte Entwurfsplanung und Kostenberechnung sei nicht vorgelegt worden. Die Antragsgegnerin habe auch nach dem Bietergespräch eine Aufstellung der anrechenbaren Kosten nicht übermittelt, obwohl sie dies zugesagt habe. Hierzu habe sie sich bereit erklärt, nachdem sich herausgestellt habe, dass weder gebäudetechnische noch maschinentechnische Kosten anteilig Eingang in die mit den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilten anrechenbaren Kosten gefunden hätten.

Außerdem sei die Wertungsmatrix zu beanstanden, da der Honoraranteil mit 55 % wesentlich zu hoch bewertet worden sei.

Überdies seien die übrigen Bieter zwingend von der Wertung auszuschließen. Da sie, die Antragstellerin, auf der Grundlage der von der Antragsgegnerin vorgegebenen Kosten ihr Honorar mit Ausnahme der örtlichen Bauüberwachung gemäß § 57 HOAI, für die sie einen Zuschlag von 30 % gemacht habe, jeweils nach den zulässigen Mindestsätzen berechnet habe, sei zu vermuten, dass die ihr in der Wertung vorgehenden sechs Bieter die Mindestsätze unterboten hätten. Andernfalls sei nicht zu erklären, dass sie mit ihrem Angebot so weit abgeschlagen an 7. Stelle rangiere.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren nicht weiterzuführen und ihr den Zuschlag vorerst zu untersagen;
2. die Antragsgegnerin anzuweisen, das Vergabeverfahren in den Stand vor dem 05.12.2003 zurückzusetzen;
3. die Antragsgegnerin anzuweisen, die Entscheidung über den Zuschlag unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu treffen;
4. die Vergabestelle anzuweisen, allen Bietern vergleichbare anrechenbare Kosten an die Hand zu geben und für die Angebotswertung das bindende Preisrecht der HOAI zu beachten und die Vergabestelle anzuweisen, entsprechend der veröffentlichten Kriterien das wirtschaftlich günstigste Angebot auszuwählen unter sachgerechter Wertung sowie Gewichtung der Vergabekriterien;
5. sowie die Vergabestelle anzuweisen, diejenigen Bieter auszuschließen, die die Mindestsätze der HOAI unterschritten haben.

Nachdem die Antragsgegnerin der Beigeladenen mit Telefax vom 23.04.2004 den Zuschlag auf ihr Angebot vom 06.10.2003 und 01.12.2003 erteilt hat (Bl. 71-76), beantragt die Antragstellerin, die die Zuschlagserteilung bestreitet, zusätzlich hilfsweise,

festzustellen, dass die Vergabe an die A. S-Bahn-Werkstatt F. die Beschwerdeführerin und Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 22. März 2004, Geschäftsnummer: VK 2 - 140/03, zurückzuweisen.

Mit dem auf Primärrechtsschutz gerichteten Hauptsachebegehren habe die Antragstellerin schon deshalb keinen Erfolg, weil das Vergabeverfahren wirksam durch die Zuschlagserteilung am 23./26.04.2004 abgeschlossen sei. Aber auch mit dem Hilfsantrag könne sie nicht durchdringen. Die Entscheidung der Vergabekammer sei nicht zu beanstanden.

Zunächst sei der Vortrag der Antragstellerin widersprüchlich. Obwohl sie geltend mache, mittels der ihr von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Unterlagen sei ihr nicht möglich gewesen, ein Angebot zu erstellen, habe sie am 17.11.2003 ein Angebot abgegeben. Unstreitig seien der Antragstellerin Entwurfshefte, Erläuterungsberichte, Teilkostenanschläge mit aufgeschlüsselten Angaben zu Massen und Mengen und dazugehörenden Preisen sowie die Leistungsbeschreibung übergeben worden. Aus diesen Unterlagen hätten die Bieter die anrechenbaren Kosten selbst entnehmen können und eine eigene Kostenberechnung parallel durchführen sollen, um die vorgegebenen anrechenbaren Kosten damit zugleich zu überprüfen. Ein Anspruch auf Überlassung einer nach der DIN 276 gefertigten Kostenberechnung habe nicht bestanden. Im übrigen seien die auf der Grundlage einer Entwurfsplanung ermittelten Kosten stets mit Unsicherheiten behaftet, und niemand könne in diesem Stadium exakt vorhersagen, zu welchen Kosten das Bauvorhaben tatsächlich realisiert werde.

Auch die Bewertungsmatrix sei nicht zu beanstanden. Die Bewertung des Honorars mit 55 % sei nicht überproportional, zumal das Honorar an erster Stelle der Zuschlagskriterien genannt worden sei.

Die Behauptung der Antragstellerin, die Angebote der anderen Bieter lägen alle unterhalb der Mindestsätze der HOAI, sei eine Behauptung ins Blaue hinein. Überdies unterfielen wesentliche Teile der zu vergebenden Leistungen nicht der HOAI bzw. ließen nach der HOAI eine freie Preisvereinbarung zu.

B.

Die gemäß § 116 Abs. 1 S. 1 GWB statthafte und auch im Übrigen form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist bezüglich des hilfsweise gestellten Feststellungsantrages (§ 123 S. 2 GWB) begründet. Mit ihren vorrangig gestellten Hauptanträgen hat sie indes keinen Erfolg.

I.

Dem auf Primärrechtsschutz gerichteten Hauptbegehren der Antragstellerin ist der Erfolg zu versagen. Das Vergabeverfahren ist mit Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene am 23.04.2004 beendet.

Ist der Zuschlag erteilt, ist zwischen der Vergabestelle und dem Auftragnehmer ein Vertrag geschlossen worden, der im Regelfall auch dann, wenn das Vergabeverfahren nicht ordnungsgemäß war, wirksam bleibt (Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 114 Rn. 3; Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, Vergaberecht, 2. Aufl., § 114 Rn. 20). Mit der Zuschlagserteilung ist das Vergabeverfahren daher abgeschlossen. Hiervon ist vorliegend auszugehen. Zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen ist ein wirksamer Vertrag über die ausgeschriebenen Architekten- und Ingenieurleistungen zustande gekommen. Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 26.04.2004 die Fotokopie eines an die Beigeladene A. S-Bahn-Werkstatt mit Sitz in B. gerichteten Schreibens vom 23.04.2004 zu den Akten gereicht. Hieraus ergibt sich, dass die Antragsgegnerin der Beigeladenen auf der Grundlage ihres Leistungsangebotes vom 6.10.2003 und 1.12.2003 den Zuschlag zu einem endgültigen und pauschalen Gesamthonorar von 760.000 EUR erteilt und damit das Angebot der Beigeladenen angenommen hat. Mit Telefax vom selben Tag hat die Beigeladene den Empfang dieses Schreibens bestätigt. Irgendwelche Zweifel am Inhalt und dem Zugang des Schreibens der Antragsgegnerin bestehen nicht. Auch fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass der Zuschlag der Antragsgegnerin gar nicht die ausgeschriebenen Planungs- und Ingenieurleistungen betrifft, wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung unter Hinweis auf das ihrer Meinung nach viel zu geringe Pauschalhonorar von 760.000 EUR geltend gemacht hat. Das Schreiben der Antragsgegnerin bezieht sich ausdrücklich auf die "Planungsleistungen zum Neubau der S-Bahn Werkstatt in F." sowie auf die Leistungen gemäß "Ingenieurvertrag TEB-M-3/03/00/30413" und damit exakt auf den hier im Streit befindlichen Beschaffungsvorgang. Die Tatsache, dass das von der Beigeladenen angebotene Pauschalhonorar von 760.000 EUR mehr als 500.000 EUR unter dem von der Antragstellerin angebotenen Honorar liegt, steht dem nicht entgegen.

Der der Beigeladenen erteilte Zuschlag ist auch wirksam. Insbesondere war die Antragsgegnerin durch die von der Antragstellerin eingelegte sofortige Beschwerde nicht an einer wirksamen Zuschlagserteilung gehindert. Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde war am 23.4.2003 durch Ablauf der in § 118 Abs. 1 S. 2 GWB vorgesehenen Frist entfallen. Der angefochtene Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes war der Antragstellerin am 25.3.2004 zugestellt worden, so dass die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde am 8.4.2004 ablief. Die aufschiebende Wirkung entfiel zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, mithin mit Ablauf des 22.4.2004.

Anhaltspunkte dafür, dass der Vertrag mit der Beigeladenen ausnahmsweise nichtig sein könnte, sind nicht ersichtlich und von der Antragstellerin auch nicht dargetan.

II.

Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

1.

Da die Antragsgegnerin der Beigeladenen während des laufenden Beschwerdeverfahrens wirksam den Zuschlag erteilt hat, konnte die Antragstellerin gemäß § 123 S. 3 GWB Feststellung beantragen, dass sie hierdurch in ihren Rechten verletzt ist. Dieser Antrag kann - so wie hier - auch als Hilfsantrag gestellt werden (Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, Vergaberecht, 2. Aufl., § 123 Rn. 13).

2.

Das auf Feststellung gerichtete Begehren der Antragstellerin hat der Sache nach Erfolg. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war zulässig und begründet.

a.

Die Antragstellerin fehlte nicht die gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 u. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis. Die Antragstellerin hat nicht nur die Möglichkeit dargetan, dass sie durch den geltend gemachten Fehler in subjektiven Rechten verletzt worden ist, sondern auch, dass ihr hierdurch ein Schaden droht. Einem antragstellenden Unternehmen droht in der Regel dann kein Schaden, wenn es selbst bei einem vergaberechtsfehlerfreien Verfahren evident keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlags hat. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall.

aa.

Das Angebot der Antragstellerin war nicht zwingend deshalb von der Wertung auszuschließen, weil es nur ein vorläufiges Honorar und keine Baukostenobergrenze enthielt. Es bedarf insoweit keiner Entscheidung, ob die Antragsgegnerin als privater Sektorenauftraggeber gemäß § 98 Nr. 4 GWB i.V.m. § 8 Nr. 4 c) VgV bei der Vergabe von freiberuflichen, nicht eindeutig beschreibbaren Leistungen die Vorschriften des 4. Abschnittes der VOL/A unmittelbar oder entsprechend anzuwenden hat (vgl. Boesen, Vergaberecht, 1. Aufl., § 99 Rn. 179; Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, aaO., § 5 VgV Rn. 4). Abgesehen davon, dass der 4. Abschnitt der VOL/A keine Regelung enthält, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Angebot zwingend von der Wertung auszuschließen ist, kann der Antragstellerin hierauf gestützt die Antragsbefugnis nicht versagt werden. Die Antragstellerin rügt ja gerade als vergabefehlerhaft, dass ihr aufgrund der unzureichenden Kostenermittlungsgrundlage der Antragsgegnerin die Bestimmung eines verbindlichen Pauschalhonorars und einer Baukostenobergrenze nicht möglich war. Unter diesen Umständen kann ihr, worauf die Vergabekammer zutreffend abgestellt hat, der Rechtsschutz nicht mangels Antragsbefugnis abgeschnitten werden.

bb.

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin bei einem vergaberechtsfehlerfreien Verfahren keine Aussicht auf die Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Die Antragstellerin macht geltend, die Wertung des Angebote verstoße gegen zwingendes öffentliches Preisrecht der HOAI, so dass kein wirtschaftlich günstigstes Angebot habe ermittelt werden können. Wie die Angebotswertung der Antragsgegnerin ausgefallen wäre, wenn sie den Bietern die von der Antragstellerin für erforderlich gehaltene nachvollziehbare und überprüfbare Aufstellung der anrechenbaren Kosten entsprechend der DIN 276 zur Verfügung gestellt hätte, ist völlig offen. Dass die Antragstellerin dann in der Wertungsreihenfolge der Bieter so weit hinten gelegen hätte, dass sie keine Chancen auf die Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, vermag der Senat jedenfalls nicht festzustellen.

b.

Die Antragstellerin ist durch das Verfahren der Antragsgegnerin von den Bietern die Angabe, eines Pauschalhonorars für die ausgeschriebenen Leistungen zu fordern und eine Baukostenobergrenze anzugeben, ohne dass eine den Vorgaben der HOAI entsprechende Kostenberechnung zur Verfügung gestellt wird, in ihren Rechten als Teilnehmerin des Vergabeverfahrens verletzt.

Der Antragsgegnerin hat bei einer Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände des Vergabeverfahrens gegen den in § 97 Abs. 1 GWB verankerten Wettbewerbsgrundsatz verstoßen. Hiernach sind wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen der Bieter und der Auftraggeber unzulässig. Die Sicherung des Wettbewerbs dient auch dem Schutz des Bieters vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers und ist daher in der Regel als subjektives Verfahrensrecht der Bieter im Sinne von § 97 Abs. 7 GWB anzusehen (vgl. Boesen, Vergaberecht, § 97 Rn. 12).

Die Antragsgegnerin ist hier der Vorwurf unlauteren Verhaltens zu machen, weil sie von den Bietern einerseits gefordert hat, die ausgeschriebenen Architekten- und Ingenieurleistungen mit Ausnahme der Bauüberwachung zu einem Pauschalpreis entsprechend § 4 a HOAI nach Kostenberechnung anzubieten und eine Baukostenobergrenze verbunden mit einer sogenannten bonus-malus-Regelung zu bestimmen, andererseits ihnen aber keine den Vorgaben der HOAI entsprechende Kostenberechnung zur Verfügung gestellt hat, obwohl diese bereits in den vorangegangenen Leistungsphasen hätte erstellt werden müssen.

Zwar ist es grundsätzlich zulässig, für alle in der HOAI geregelten Architekten- und/oder Ingenieurleistungen einen Pauschalpreis/Festbetrag zu vereinbaren, mit dem alle vereinbarten Leistungen eines Auftrages abgegolten sind. Da das in der HOAI geregelte Preisrecht eine Unterschreitung der Höchstsätze in der Regel aber nur bis zum Erreichen der Mindestsätze zulässt (§ 4 Abs. 1 HOAI), ist eine Pauschalvereinbarung aber unwirksam, wenn das Pauschalhonorar bei zutreffender Berechnung nach der HOAI die Mindestsätze unterschreitet, ohne dass die engen Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 HOAI vorliegen (Locher/Koeble/Frik, HOAI, 8. Aufl., § 4 Rn. 21; Korbion/ Mantscheff/Vygen, HOAI, 6. Aufl., § 4 Seite 4 von 6 Oberlandesgericht Düsseldorf, VII-Verg 15/04 Rn. 49). Im Hinblick auf diese preisrechtliche Begrenzung handelt ein öffentlicher Auftraggeber wettbewerbswidrig, wenn er etwa im Zusammenhang mit der Erschließung eines Baugebietes Honoraranfragen an Ingenieure (und Architekten) richtet, die so abgefasst sind, dass sie zu einer wettbewerbswidrigen Unterbietung der Mindestsätze der HOAI führen

können (BGH BauR 1991, 638; OLG Düsseldorf BauR 2001 274; Locher/Koeble/Frik; aaO., § 4 Rn. 89 ff.; Korbion/Mantscheff/Vygen, aaO., § 4 Rn. 58). Schriftliche Anfragen eines Stadtbauamtes an Architekturbüros, in denen nach der Honorarhöhe für Architektenleistungen gefragt wird, ohne diese Leistungen genau zu spezifizieren, sind wettbewerbswidrig. Durch die unzureichende Spezifizierung ist es den Architekten nämlich nicht möglich, durch die Zuordnung der Planungsleistungen zu den Honorarzonen der HOAI ihre Honorare zuverlässig zu kalkulieren, ohne dabei Gefahr zu laufen, durch Unterschätzung der Leistungen die vorgeschriebenen Mindestsätze zu unterbieten und damit wettbewerbswidrige Angebote zu unterbreiten (Korbion/Mantscheff/Vygen, aaO., § 4 Rn. 58).

Aufgrund der Vertragsgestaltung und der Qualität der zur Ermittlung des Pauschalhonorars überlassenen Unterlagen bestand hier die Gefahr, dass die Bewerber mit ihrem angebotenen Pauschalpreis für die ausgeschriebenen Leistungsphasen 5-8 der Planungsleistung und der Leistungsphasen 3-6 der Tragwerksplanung die Mindestsätze der HOAI unterbieten und wettbewerbswidrige Angebote unterbreiten, zumal auf Grund der mitgeteilten Rangfolge der Zuschlagskriterien (Honorar an 1. Stelle) zu erwarten war, dass derjenige den Zuschlag erhält, der den niedrigsten Pauschalpreis anbietet.

Folgende Umstände sprechen dafür, dass bei der Kalkulation des Honorars für eine Unterschreitung der Mindestsätze Raum bestand:

Die Auftraggeberin hat den Bietern keine den Anforderungen des § 10 Abs. 2 bzw. § 69 Abs. 3 HOAI entsprechende Kostenberechnung zur Verfügung gestellt, anhand derer sie zuverlässig die von der Antragsgegnerin mitgeteilten anrechenbaren Kosten überprüfen konnten. Dies bedeutet, dass ein innerhalb des Gebührenrahmens der HOAI liegender Pauschalpreis nicht zuverlässig und zweifelsfrei zu kalkulieren und anzubieten war.

Die Antragsgegnerin war verpflichtet, den Bietern eine Kostenberechnung nach den Vorgaben der HOAI zur Verfügung zu stellen, der sie zweifelsfrei die anrechenbaren Kosten zur Kalkulation des anzubietenden Pauschalpreises für die ausgeschriebenen Leistungen entnehmen konnten.

Bei Planungsleistungen richtet sich das Honorar für Grundleistungen bei Gebäuden, Freianlagen und raumbildenden Ausbauten u.a. gemäß § 10 Abs. 1 HOAI nach den anrechenbaren Kosten des Objektes, die gemäß Abs. 2 Nr. 2 unter Zugrundelegung der Kostenermittlungsarten der DIN 276 für die hier ausgeschriebenen Leistungsphasen 5 bis 7 nach dem Kostenanschlag, solange dieser noch nicht vorliegt, nach der Kostenberechnung zu ermitteln sind. Eine entsprechende Regelung findet sich für Grundleistungen bei der Technischen Ausrüstung in § 69 Abs. 3 Nr. 2 HOAI, wobei zusätzlich noch zwischen den einzelnen in § 68 S. 1 Nr. 1-6 HOAI vorgesehenen Anlagegruppen zu unterscheiden ist. Die Kostenberechnung ist in der Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung) zu erarbeiten (vgl. § 15 Abs. 2 Nr. 3 HOAI). Maßgebend für eine ordnungsgemäße Kostenberechnung sind die Anforderungen, die in der DIN 276/04.81 Teil 3 Abschnitt 2 Abs. 2 gestellt werden. Dort sind drei wesentliche und im Einzelnen erläuterte Elemente aufgeführt, nämlich genaue Bedarfsangaben, Planunterlagen in Form von vollständig ausgearbeiteten

Vorentwurfs- sowie Entwurfszeichnungen und ausführliche Erläuterungen (Korbion/Mantscheff/Vygen - Seifert/Vygen, aaO., § 10 Rn. 19; Locher/Koeble/Frik aaO., § 10 Rn. 19). Gehört die Kostenberechnung - so wie hier - nicht zu den übertragenen Leistungen des Architekten oder Ingenieurs, ist es Sache des Auftraggebers, die Kostenermittlung für die maßgeblichen Kostengruppen so aufbereitet zur Verfügung zu stellen, dass die anrechenbaren Kosten zweifelsfrei ermittelt werden können (vgl. Korbion/Mantscheff/Vygen - Seifert/Vygen, aaO., § 10 Rn. 18). Dies muss erst recht dann gelten, wenn ein Pauschalpreis auf der Grundlage der voraussichtlichen Herstellungskosten sowie eine Baukostenobergrenze vereinbart werden soll, an die nicht nur eine bonus-malus-Regelung geknüpft ist, sondern die als vertraglich geschuldete Beschaffenheit auch eine weitreichende Haftung nach sich ziehen kann. Ansonsten ist das Risiko, dass die tatsächlichen Baukosten nach der späteren Kostenfeststellung höher sind als nach der Kostenberechnung und infolgedessen der vereinbarte Pauschalpreis die Mindestsätze des Honorars für die Leistungsphasen 5-9 unterschreitet, völlig unkalkulierbar. Selbst bei einer nachprüfbaren Kostenberechnung ist dieses Risiko nicht unerheblich, weil die Kostenberechnung in der Phase der Entwurfsplanung und damit noch deutlich vor Erteilung der Baugenehmigung und Erstellung der Ausführungsplanung zu leisten ist und sich gerade durch Auflagen der Baubehörde, bei der Ausführungsplanung aber auch durch Zeitverschiebung erheblich höhere Herstellungskosten ergeben können.

Die von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellten Unterlagen erfüllen die Voraussetzungen einer Kostenberechnung nach der DIN 276 nicht. Dies gilt für die zusammen mit dem Erläuterungsbericht und der Kostenaufstellung (Anl. 3.0) überlassenen Entwurfshefte ebenso wie für die nachträglich zur Verfügung gestellten 2 Leitzordner mit Teilkostenanschlagen. Insbesondere für die Technische Gebäudeausrüstung, deren anrechenbare Kosten die Antragsgegnerin mit 2.696.000 EUR angegeben hat, ergab sich hieraus keine Kostenberechnung. Die gelieferten Pläne entsprachen nicht der Leistungsphase 3 der HOAI. Es handelte sich, wie die Antragstellerin unwidersprochen vorgetragen hat, nur um einen Vorentwurf. Es lagen weder Elektropläne noch Schaltschemata mit Ausnahme für die Heizungsanlage vor. Die Kostenermittlung für den Bereich technische Ausrüstung enthält nur pauschale Ansätze ohne Bezug zu Leistungen und Massen (vgl. Seite 5 des Schreibens der Antragstellerin vom 17.10.2003). Diesem Vorbringen ist die Antragsgegnerin nicht substantiiert entgegengetreten. Vielmehr räumt sie ein, dass die überlassenen Unterlagen nicht den Vorgaben der DIN 276 entsprechen. Die Antragstellerin konnte daher die von der Antragsgegnerin vorgegebenen anrechenbaren Kosten weder vollständig überprüfen noch selbst die anrechenbaren Kosten zweifelsfrei und zuverlässig bestimmen. Dies zeigt sich letztlich auch darin, dass die Bewerber nach dem Preisspiegel der Antragsgegnerin bei der Ermittlung des Pauschalhonorars unterschiedliche anrechenbare Kosten zu Grund gelegt haben. Für die Planungsleistung nach § 15 HOAI liegt die Spannbreite beispielsweise zwischen 7.291.250 EUR und 13.532.000 EUR und bei der TGA-Planung nach § 73 HOAI zwischen 2.436.100 EUR und 5.920.500 EUR.

Die Antragsgegnerin kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, die Bieter hätten der Vorläufigkeit der Kostenermittlung durch ein höheres Pauschalhonorar und einer höheren Kostenobergrenze Rechnung tragen können. Dieser Einwand mag den Unlauterkeitsvorwurf nicht zu entkräften, da es in diesem Zusammenhang allein darauf ankommt, ob die Vorgehensweise der Antragsgegnerin geeignet war, den Wettbewerb der Bieter negativ zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Gerade dies ist aber der Fall, da für die Bieter durch die mitgeteilte Rangfolge der Wertungskriterien erkennbar war, dass die Höhe des Honorars bei der Wertung der Angebote von entscheidender Bedeutung war. Sie durften deshalb generell erwarten, dass derjenige von ihnen den Auftrag erhalten würde, der das niedrigste Angebot abgibt. Dies konnte aber gerade auch derjenige sein, der aufgrund der unzureichenden Kostenermittlung die Mindestsätze mit dem angebotenen Pauschalhonorar unterschritt. Dies war für die Antragsgegnerin wegen der damit einhergehenden Kostenersparnis auch von Nutzen. Sie war ungeachtet eines etwaigen Verstoßes gegen bindendes Preisrecht der HOAI bereit, das billigste Angebot anzunehmen. Dies wird dadurch deutlich, dass sie den Preis nach ihrer Wertungsmatrix mit 55 % im Vergleich zu den anderen Wertungskriterien gewertet hat.

C.

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen vom 2. April 2004 gegen die im Beschluss der Vergabekammer vom 22. März 2004 getroffene die Kostenentscheidung, wonach die Beigeladene ihre Kosten selbst zu tragen hat, ist unbegründet. Da die Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde der Antragstellerin Erfolg hat und damit die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer auch bezüglich der Kostenentscheidung keinen Bestand mehr hat, ist der sofortigen Beschwerde der Beigeladenen die Grundlage entzogen.

D.

Die Kostenentscheidung für die erste Instanz beruht auf einer direkten und analogen Anwendung des § 128 Abs. 3 und 4 GWB sowie des § 162 Abs. 3 VwGO. Bei der auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 und § 101 Abs. 1 ZPO beruhenden zweitinstanzlichen Kostenverteilung war zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ihr mit dem Hauptbegehren verfolgtes Ziel nicht erreicht hat.