

Gericht:	OLG Karlsruhe Vergabesenat
Entscheidungsname:	Realisierungswettbewerb
Entscheidungsdatum:	10.08.2021
Aktenzeichen:	15 Verg 10/21
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 99 GWB, § 103 Abs 6 GWB, § 155 GWB, § 160 Abs 3 GWB, § 182 Abs 4 GWB ... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. August 2021 - 15 Verg 10/21 -, juris

Fundstellen

VergabeR 2022, 473-480 (red. Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Fabian Blomeyer, Eric Zimmermann, VergabeR 2022, 353-359 (Entscheidungsbesprechung)

Tenor

- 1) Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 05.07.2021, Az.: 1 VK 26/21, wird zurückgewiesen.
- 2) Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird Ziffer 4 des Beschlusses der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 05.07.2021, Az.: 1 VK 26/21, dahingehend abgeändert, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig erklärt wird.
- 3) Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.
- 4) Der Wert der Beschwerde wird auf 14.500 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb europaweit Dienstleistungen für den Neubau einer Kindertageseinrichtung als nicht offenen Realisierungswettbewerb für Architekten aus. Neben 4 gesetzten Architekturbüros aus ... konnten sich Teilnehmer qualifizieren, die aufgrund der in der Bekanntmachung vorgegebenen Auswahlkriterien ein bestimmtes Referenzprojekt benannten oder mindestens 60 Punkte erreichten. Sofern sich mehr als 11 Bewerber qualifizieren sollten, war eine Entscheidung im Losverfahren vorgesehen. Ein Preisgeld wurde in Höhe von 25.000 € ausgelobt, wobei das Preisgeld auf ein Honorar angerechnet werden sollte. Die Antragsgegnerin legte fest, dass sie einen der Preisträger, in der Regel den Gewinner, mit der Durchführung der Planungsleistungen (Leistungsphasen 1 - 5 § 34 HOAI) beauftragen wird.

2 Die Antragstellerin beteiligte sich am Wettbewerb. Sie rügte die in der Bekanntmachung veröffentlichten Teilnahmebedingungen, insbesondere, dass 4 Bewerber aus ... gesetzt worden seien, deren Eignung nicht nachgewiesen und deren Überprüfung durch die Antragsgegnerin nicht erfolgt, jedenfalls nicht vergabekonform dokumentiert worden sei, dass eine Referenzmindestanforderung bezogen auf einen Auftragswert von mindestens 1 Million Euro nur für die Kostengruppen 300 und 400 (Baukonstruktion und Technische Anlagen) verlangt werde, die Planung die Außenanlagen ausklammere und nicht eine Kooperation/Bietergemeinschaft mit einem Büro für Landschafts- und Gartenplanung zwingend vorgegeben worden sei, der Planungszeitraum mit 10 Jahren zu kurz gewählt sei, eine Mehrfachnennung bei den Referenzen nicht erlaubt sei, sie durch die unterbliebene Mitteilung der Kosten in ihren Kalkulationsmöglichkeiten beeinträchtigt sei, das Preisgeld zu niedrig sei. Zudem bestehe der Verdacht, dass die Antragsgegnerin die nicht ausgeschriebenen Außenanlagen umsonst erhalten wolle, weil die Teilnehmer diese im Hinblick darauf, dass für einen Kindergarten die Gestaltung des Außenbereichs von wesentlicher Bedeutung sei, mitplanten, was gegen das Prinzip des fairen Wettbewerbs verstöße. Die Antragstellerin wurde zum Wettbewerb zugelassen, obwohl sie die Mindestanforderung nicht erfüllte, schied aber aus, weil das Los nicht auf sie gefallen ist. Ihre fehlerhafte Berücksichtigung rügte sie.

3 Die Antragstellerin reichte einen Nachprüfungsantrag ein. Die Vergabekammer wies den Antrag durch Beschluss vom 05.07.2021 mangels eines Schadens als unzulässig, soweit die Antragstellerin ihre fehlerhafte Berücksichtigung rügte, im Übrigen als unbegründet zurück. Die aufgestellten Anforderungen seien nicht zu beanstanden. Lediglich ein Referenzprojekt weise einen Bezug zu einem öffentlichen Auftraggeber auf. Diese Anforderung sei auch nicht als Mindestvoraussetzung, sondern lediglich als ein mögliches Referenzprojekt genannt. Auch die Begrenzung der Mindestanforderungen auf die Baukosten nach den Kostengruppen 300 und 400 sei auftragsbezogen. Da die Antragsgegnerin angegeben habe, die Außenanlagen würden von ihr selbst geplant, sei es auch nicht sachwidrig, die Kostengruppen 500 (Außenanlagen) und 600 (Ausstattung) nicht vorzugeben. Der gewählte Referenzzeitraum von 10 Jahren sei nicht zu beanstanden. Zudem hat die Vergabekammer entschieden, dass die Antragstellerin aufgrund des Unterliegens zwar die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen habe, die Kosten eines Rechtsanwalts aber nicht erstattungsfähig seien, da deren Beschäftigte das Verfahren aufgrund des vergleichsweise einfachen zur Überprüfung gestellten Sachverhalts selbst hätten führen können. Der Beantwortung schwieriger rechtlicher Fragen habe es nicht bedurft.

4 Mit der sofortigen Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Ziel, das Vergabeverfahren zurückzuversetzen, weiter. Die Planung eines zweizügigen Kindergartens in Holzbauweise stelle keine speziellen Anforderungen dar, die Planung könne eigentlich von jedem Architekten durchgeführt werden. Dennoch habe die Antragsgegnerin unverhältnismäßige Anforderungen für die Eignung gestellt. Ihr Verständnis, öffentlicher Auftraggeber könne auch eine Kirche sein, sei verfehlt. Sachwidrig sei die Reduzierung der Mindestanforderungen für Referenzobjekte auf mindestens 1 Million Euro netto bezogen auf die Kostengruppen 300 und 400 und das Verlangen nach einem unmittelbar vergleichbaren Referenzprojekt in der Kategorie A (Referenzprojekt „Neubau oder Umbau/Sanierung Kindergarten“). Die Antragsgegnerin habe bis heute nicht schlüssig dargelegt, dass sie die Planung der Außenanlagen selbst vornehmen werde. Die Planung der Außenanlage sei funktional mit der Objektplanung verzahnt. Dass die Antragsgegnerin nicht ei-

ne Bietergemeinschaft mit einem Landschafts- und Gartenplaner zugelassen habe, habe ihre, der Antragstellerin, Wettbewerbschancen verschlechtert. Der Zeitraum für die Referenzprojekte sei mit 10 Jahren zu knapp bemessen. Gerade die älteren Referenzen aus den vergangenen 10 - 15 Jahren in der Langzeitbeobachtung der verschiedensten Merkmale ökologischen Bauens seien entscheidend. Zu Unrecht habe die Antragsgegnerin keine Mehrfachnennung von Referenzen zugelassen. Dies sei mittelstandsfeindlich. Sie sehe sich durch die Nichtangabe der voraussichtlichen Kosten in ihren Kalkulationsmöglichkeiten beeinträchtigt. Dies verletze das Transparenzgebot. Die gesetzten Büros verfügten, jedenfalls teilweise, nicht über die geforderte Qualifikation, jedenfalls habe dies die Antragstellerin nicht ordnungsgemäß geprüft und dokumentiert. Die Eignungsprüfung können nicht im Vergabenachprüfungsverfahren nachgeholt werden. Vergaberechtswidrig sei es auch, nur Architekturbüros aus ... gesetzt zu haben. Zudem sei das Preisgeld von 25.000 € zu niedrig. Die Kostenentscheidung der Vergabekammer sei fehlerhaft und widersprüchlich. Denn diese habe zwar ausgesprochen, dass die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerin nicht für notwendig erklärt werde, aber in Ziffer 3 des Beschlusses ihr die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin auferlegt.

- 5 Sie beantragt,
- 6 unter Aufhebung des Beschlusses der VK Baden-Württemberg vom 05.07.2021 (Az.: 1 VK 26/21), die Antrags- und Beschwerdegegnerin zu verpflichten, das bezeichnete Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung des Vergabesenates in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen, 2.) der Antrags- und Beschwerdegegnerin die Kosten beider Verfahrenszeuge einschließlich der jeweils zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen, aufzuerlegen, 3.) die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.
- 7 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 8 die Beschwerde zurückzuweisen.
- 9 Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Sie meint zudem, bereits der Schwellenwert sei nicht erreicht. Die Vergabekammer lege für die Berechnung die Leistungsphasen 1 - 9 § 34 HOAI zugrunde, obwohl sie, die Antragsgegnerin, nur die Leistungsphasen 1 - 5 ausgeschrieben habe.
- 10 Zur eigenen Beschwerde macht sie geltend, dass die Vergabekammer zu Unrecht die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten nicht für notwendig erklärt habe. Die zu klärenden rechtlichen Fragen seien schwierig. Bereits deshalb habe sie ein Architekturbüro beauftragt. Die von der Antragstellerin mit dem Nachprüfungsverfahren aufgeworfenen Fragen habe sie nicht selbst beantworten können.
- 11 Sie beantragt,
- 12 unter Aufhebung von Ziffer 4 des Beschlusses vom 05.07.2021 die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.
- 13 Die Antragstellerin beantragt,

- 14 die Beschwerde zurückzuweisen.
- 15 Insoweit verteidigt sie die Entscheidung der Vergabekammer.
- 16 Den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zurückgenommen.

II.

- 17 Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet.
- 18 1) Der nicht offene Realisierungswettbewerb nach § 103 Abs. 6 GWB unterliegt der Nachprüfung nach § 155 GWB.
- 19 Aus § 103 Abs. 6 GWB ergibt sich, dass Wettbewerbe keine Vergabeverfahren, sondern Auslobungsverfahren sind, die dem Auftraggeber aufgrund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan oder einer Planung verhelfen sollen. Dem Wortlaut nach unterliegen nach § 155 GWB nur öffentliche Aufträge (§ 103 Abs. 1 GWB) und Konzessionen (§ 105 GWB) der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Auch Art. 1 der Richtlinie Nr. 2007/66/EG definiert als Aufträge im Sinne der Richtlinie nur öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen, öffentliche Konzessionen und dynamische Beschaffungssysteme.
- 20 Ungeachtet dessen gebietet es aber eine richtlinienkonforme Auslegung, jedenfalls für den hier vorliegenden Realisierungswettbewerb, bei dem der Planungswettbewerb dem Verhandlungsverfahren vorgelagert ist (§ 78 Abs. 2 S. 2 VgV), bereits im Rahmen des Planungswettbewerbs eine Nachprüfung zu ermöglichen. Dafür, dass auch der Wettbewerb der Nachprüfung unterliegen soll, spricht zunächst der Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2007/66/EG, der ausdrücklich auch Wettbewerbe aufführt. Zudem ist der Begriff des Vergabeverfahrens im Sinne von § 155 GWB materiell zu interpretieren, wie sich insbesondere auch aus der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs ergibt (vgl. EuGH, Urteil vom 11.01.2005, C-26/03 Stadt Halle – juris Rn. 28, 34). Der europäische Gerichtshof führt in der genannten Entscheidung aus, dass nicht nur Beschaffungsmaßnahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens im Sinne § 101 GWB a.F., sondern jedes materielle Beschaffungsverfahren des öffentlichen Auftraggebers, auch außerhalb des förmlichen Vergabeverfahrens der Nachprüfung unterliegt. Hinzu tritt die in Art. 1 UAbs. 3 der Richtlinie 2007/66/EG enthaltene Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine wirksame und rasche Nachprüfung von Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber sicherzustellen (vgl. Mestwerdt/Sauer in MüKo zum europ. und dt. Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 69 VgV Rn. 14; bejahend auch VK Südbayern, Beschluss vom 27.01.2017 in BeckRS 2017, 121875 unter Hinweis auf Diemon-Wies in Müller-Wrede, GWB, § 155 GWB Rn. 20: Keine ausdrückliche Erwähnung in § 155 GWB, aber Einbeziehung über 103 Abs. 6 GWB; im Ergebnis auch: VK Berlin Beschluss vom 12.11.2019, VK-B2-29/19 - juris Rn. 60). Demgemäß wurde auch unter Geltung der VOF ein Vergaberechtsschutz für Planungswettbewerbe allgemein angenommen (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 16.02.2011, 1 Verg 2/10 - juris; OLG Brandenburg, Beschluss vom 11.05.2000, Verg 1/00 juris; VK Sachsen, Beschluss vom 22.02.2013, 1/SVK/047-12 - juris; VK Lüneburg, Beschluss vom 06.07.2016, VgK-18/2016 in BeckRS 2016, 17359). Hierfür spricht zudem, dass § 14 Abs. 4 Nr. 8 VgV ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb im Anschluss an die Durchführung eines Planungswettbewerbs im Sinne von § 69 Abs. 1 ff. VgV zulässt und in Fällen, in denen - wie hier - der Dienstleistungsauftrag im Verhand-

lungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden soll, § 70 Abs. 2 VgV bestimmt, dass die zum Nachweis der Eignung erforderlichen Unterlagen bereits in der Wettbewerbsbekanntmachung anzugeben sind. Denn hiermit wird der Teilnahmewettbewerb auf den Planungswettbewerb vorverlagert. Würde man den Rechtsschutz im Stadium des Planungswettbewerbs versagen und den Gewinner bzw. die Preisträger des Wettbewerbs auf den Rechtsschutz im Verhandlungsverfahren verweisen, stünde dies nicht mit dem im Erwägungsgrund 3 und in Art. 1 Abs. 1 UAbs. 3 der Richtlinie 2007/66/EU formulierten Ziel einer möglichst raschen Überprüfung der Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers in Einklang.

- 21 2) Dass die Schätzung des Werts der von der Antragsgegnerin ausgeschriebenen Leistungen nicht den zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens maßgeblichen Schwellenwert von 214.000 € gemäß § 106 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, Art. 4 c) der Richtlinie 2014/24/EU erreichte, lässt sich nicht feststellen.
- 22 Nach § 3 Abs. 12 VgV ist bei Planungswettbewerben, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen, der Wert des Dienstleistungsauftrags zu schätzen zuzüglich etwaiger Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswertes ist nach § 3 Abs. 3 VgV der Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung. In den von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen finden sich unterschiedliche Berechnungen zu den das Architektenhonorar bestimmenden Baukosten. In der Ergänzung vom 07.10.2020 zum Protokoll vom 17.04.2019, die zeitlich näher an dem Datum der Wettbewerbsbekanntmachung liegt, die vom 31.03.2021 stammt, wird ein voraussichtliches Honorar zuzüglich Nebenkosten von etwa 195.000 € aufgeführt. Addiert man hierzu das ausgelobte Preisgeld von 25.000 €, ergibt sich eine Überschreitung des Schwellenwertes. Die Vorschrift des § 3 Abs. 12 VgV sieht nach ihrem klaren Wort einen Abzug des Preisgeldes für den Fall, dass dieses auf die Vergütung angerechnet wird, nicht vor.
- 23 3) Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig.
- 24 a) Ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB ist die Antragstellerin nachgekommen, da sie die Rügen vor Ablauf der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge erhoben hat.
- 25 b) Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 S. 3 GWB ist, dass die Antragstellerin darlegen kann, dass ihr durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Hierbei sind an die Darlegung des entstandenen oder drohenden Schadens keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Ausreichend ist, dass ein Schadenseintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (Röwekamp/Kus/Portz/Prieß/Schäfer, GWB, 5. Aufl., § 160 Rn. 70).
- 26 Dadurch, dass die Antragstellerin zum Kreis der Teilnehmer zugelassen wurde, die am Losverfahren teilnahmen, obwohl sie die Auswahlkriterien unstreitig nicht erfüllte, kann ihr kein Schaden entstanden sein. Denn ein Anspruch auf Teilnahme bestand unter Zugrundelegung der von der Antragstellerin vorgegebenen Auswahlkriterien auch aus Sicht der Antragstellerin nicht. Dass die Antragstellerin zum Losverfahren zugelassen wurde, obwohl hierfür die Voraussetzungen fehlten, beeinträchtigt nicht sie, sondern alle berechtigterweise zugelassenen Teilnehmer in ihren Rechten.

27 Im Übrigen hat die Antragstellerin schlüssig behauptet, durch das Auslobungsverfahren in ihren Rechten verletzt worden zu sein und dass sie ohne die Rechtsverletzung eine Chance auf die Teilnahme am Wettbewerb gehabt hätte (vgl. BGH in NzBau 2004, 457). Sie macht gerade geltend, dass die Bedingungen für die Teilnahme am Wettbewerb nicht vergaberechtlichen Grundsätzen genügten, das Setzen von Bewerbern und die regionale Beschränkung vergaberechtlich unzulässig seien und diese Bewerber zudem die aufgestellten Eignungskriterien nicht erfüllten.

28 4) Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er unbegründet.

29 a) Die Antragsgegnerin legte eindeutige und nicht diskriminierende Auswahlkriterien im Sinne von § 78 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 71 Abs. 3 S. 1 VgV fest.

30 aa) Ob der Begriff der Auswahlkriterien mit dem der Eignungskriterien gleichzusetzen ist, ist umstritten (vgl. etwa Schneider in Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 78 VgV Rn. 102; Friton in BeckOK Vergaberecht, 20. Ed. 31.07.2020, § 78 VgV Rn. 28). Indes braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, ob Auswahlkriterien geringere Anforderungen als Eignungskriterien erfüllen müssen. Denn die Antragsgegnerin bezog ihre Auswahl auf Teilnehmer, die für die Durchführung des Auftrags geeignet waren. In der Bekanntmachung hat sie unter der Überschrift „3. Auswahlkriterien“ Kriterien vorgegeben, die schon aufgrund der gewählten Formulierung dafür sprechen, dass damit auch zugleich die Eignung der Bewerber geprüft werden sollte. So heißt es vorausgehend unter „2. Auswahl“: „Den Nachweis der fachlichen Eignung und Kompetenz erbringen die Bewerber durch Nachweise in Form Projektblättern, auf denen die Bewerber darlegen, inwieweit sie den nachfolgend aufgeführten Auswahlkriterien genügen. ...“ Der das Verfahren begleitende Architekt hat gegenüber dem Senat auf Nachfrage auch bestätigt, dass nur geeignete Bewerber an dem Losverfahren teilnehmen sollten. Zudem bestimmt § 70 Abs. 2 VgV, der über § 78 Abs. 3 S. 1 VgV auch auf Planungswettbewerbe im Sinne von § 78 Abs. 1 GWB Anwendung findet, dass, wenn der öffentliche Auftraggeber im Anschluss an einen Planungswettbewerb einen Dienstleistungsauftrag im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben möchte, die Eignungskriterien und die zum Nachweis der Eignung erforderlichen Unterlage bereits in der Wettbewerbsbekanntmachung anzugeben sind. Denn dann ist im Anwendungsbereich von § 14 Abs. 4 Nr. 8 VgV de facto der Teilnahmewettbewerb auf den Planungswettbewerb vorverlagert.

31 Ein nicht offener Planungswettbewerb nach § 78 Abs. 2 S. 1 VgV darf nur auf Grundlage veröffentlichter einheitlicher Regelungen durchgeführt werden. Der Bund hat mit Erlass vom 28.02.2013 die RPW 2013 eingeführt und auch den Ländern deren Anwendung empfohlen. Die RPW 2013 erlangen Außenwirkung, wenn sie in der Wettbewerbsbekanntmachung gemäß § 78 Abs. 3 S. 2 VgV mitgeteilt werden, was im vorliegend Fall in der Bekanntmachung durch Verlinkung auf die Homepage des das Verfahrens durchführenden Architekturbüros erfolgte. Dort wird auf eine Kurzbeschreibung des Verfahrens verwiesen, in der ausgeführt wird, dass die RPW 2013 Grundlage des Wettbewerbs ist. Hierdurch werden diese Regelungen vergaberechtlich zu Teilnahme- bzw. Wettbewerbsbedingungen, die die Wettbewerbsbeteiligten, insbesondere den Auslober, aber auch Teilnehmer und Preisgericht binden (vgl. Hartmann in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, VgV § 78 Rn. 25). § 3 Abs. 3 UAbs. 2 RPW 2013 sieht vor, dass die Auslober die Teilnehmer anhand eindeutiger, nicht diskriminierender, angemessener und qualitativer Kriterien auswählen. Bei diesen Kriterien handelt es sich ihrem Wesen nach oftmals um Eignungskriterien. Andernfalls liefe der öffentliche Auftraggeber Gefahr, dass ein Sieger des vorangegange-

nen Planungswettbewerbs die von Beginn an festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllt (so auch Schneider in Beck'scher Vergaberechtskommentar, a.a.O., § 78 VgV Rn. 104).

32 bb) Die Antragsgegnerin hat eindeutige, nicht diskriminierende, angemessene und qualitative Eignungskriterien aufgestellt.

33 (1) Dass sich die geeigneten Referenzen auf Baukosten von 1 Million Euro in den Kostengruppen 300 und 400 bezogen, ist nicht zu beanstanden. Die Beschränkung auf die Kostengruppen 300 und 400 war sachgerecht, denn ausgelobt waren Leistungen der Objektplanung und nicht solche der Landschafts- und Fachplanung. Im Hinblick auf die prognostizierten Baukosten war die aufgestellte Forderung auftrags- und sachbezogen. Es war sachgerecht, dass die Antragsgegnerin die Kostengruppen 300 und 400 als Bezugsgröße vorgab, weil sie nicht beabsichtigte, die Außenanlagen und Ausstattung (Kostengruppen 500 und 600) zu vergeben.

34 (2) Ebenfalls vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist, dass für die Vorlage der Referenzen nicht auch die Außenbereichsplanung einbezogen wurde. Dies gilt schon deshalb, weil die ausgelobte planerische Aufgabe darin besteht, ein Bestandsgebäude durch ein neues Gebäude zu ersetzen. Im Außenbereich ist bereits alter Baumbestand vorhanden, so dass eine umfangreiche Planung des Außenbereichs nicht erforderlich sein wird. Es ist daher nachvollziehbar, dass die Antragsgegnerin bei dieser Sachlage beabsichtigt, die Außenplanung selbst durchzuführen. Dass die Antragsgegnerin entgegen den gemachten Angaben die Außenanlagen doch fremd vergeben wird, kann folglich nicht zugrunde gelegt werden. Vor diesem Hintergrund war auch die Zulassung von Bewerbergemeinschaften mit Landschaftsplanern nicht geboten.

35 (3) Der vorgegebene Referenzzeitraum ist nicht zu beanstanden. § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV sieht einen Referenzzeitraum von in der Regel drei Jahren vor und eröffnet in Fällen, in denen dies den Wettbewerb zu sehr einschränken würde, auch die Möglichkeit der Wahl eines längeren Referenzzeitraums. Mit der Festlegung auf 10 Jahre hat die Antragsgegnerin einen ausreichend langen Zeitraum gewählt. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Berechnung des Referenzzeitraums an die Übergabe an den Bauherrn anknüpfte und im Hinblick auf die Bauzeit damit letztlich auch Projekte angegeben werden konnten, deren Baubeginn weiter zurücklag, so dass vom Zeitpunkt des Baubeginns an gerechnet ein Zeitraum von weit mehr als 10 Jahren berücksichtigt wurde.

36 (4) Dass ein kirchlicher Auftraggeber nicht öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 GWB ist, entspricht dem allgemeinen vergaberechtlichen Verständnis und ist im Hinblick auf die europaweite Bekanntmachung zugrunde zu legen. Allerdings bezog sich nur das Referenzprojekt B 1 („Neubau oder Umbau/Sanierung allgemein mit öffentlichem Auftraggeber“) auf einen öffentlichen Auftraggeber. Dass die Vorlage einer Referenz für einen öffentlichen Auftraggeber mit leicht erhöhtem Punktwert als eine von mehreren Referenzen zugelassen wurde, war nicht unangemessen. Denn die Anforderung ist auftragsbezogen, sind doch beim Bauen für den öffentlichen Auftraggeber strengere Vergabe- und Rechnungskontrollen sowie die formalisierten Abstimmungsprozesse zu beachten, wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat.

37 (5) Vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist weiter, dass die Antragsgegnerin unter A 1 als Referenzprojekt „Neubau oder Umbau/Sanierung Kindergarten - unmittelbar vergleichbares Projekt -“ forderte.

38 Die Angemessenheit der Eignungsanforderung im Verhältnis zum Auftragsgegenstand ist Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Das Eignungskriterium muss geeignet und erforderlich sein, um die Leistungsfähigkeit im Hinblick auf den ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen. Dabei sind u.a. die Komplexität des Auftrags sowie das Gewicht, das eine ordnungsgemäße Auftragserfüllung für den Auftraggeber hat, in den Blick zu nehmen (EuGH, Urteil v. 18.10.2012, C-218/11 - juris Rn. 29; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, VII-Verg 4/18 - juris Rn. 41, BT-Drs. 18/6281, 101).

39 Dass die Antragsgegnerin eine Referenz für ein vergleichbares Objekt verlangte, um eine hohe Punktzahl zu erreichen, ist nicht zu beanstanden. Denn Gegenstand des Wettbewerbs ist es gerade, den am besten geeigneten Bewerber für die planerische Umsetzung des ausgeschriebenen Projektes zu finden. Der Verwendung des Begriffs „unmittelbar“ kommt dabei keine eigenständige, über die Verdeutlichung des Auftragsbezugs hinausgehende Bedeutung zu. Dies war auch das allgemeine Verständnis der Wettbewerbsteilnehmer. Eine Wettbewerbsverengung trat schon deshalb nicht ein, weil die Referenz A 1 nur eine aus einer Vielzahl von Möglichkeiten war, um die geforderte Punktzahl zu erreichen.

40 (6) Es war nicht diskriminierend und unangemessen, dass die Antragsgegnerin bei den Referenzprojekten der Kategorien A, B und C keine mehrfache Nennung zuließ. Denn die Auswahlkriterien erfüllte der jeweilige Bewerber schon dann, wenn er entweder eine Referenz nach der Kategorie A oder eine Referenz nach der Kategorie C 1 oder mindestens 60 Punkte aus einer Kombination der übrigen Referenzen nachweisen konnte. Da es die Antragsgegnerin ausreichen ließ, wenn ein Teilnehmer von 180 möglichen 60 Punkten erreichte, und die Referenzen ganz unterschiedlichen Kriterien zuordnete - der Nutzung des gebauten Objektes, der Bauweise und Erfolgen bei früheren Wettbewerben - stellte sie keine überzogenen Anforderungen und hielt die Schwelle so niedrig, dass es auch kleineren Büros möglich war, sich an dem Wettbewerb zu beteiligen. Dass die Vorgaben der Antragsgegnerin nicht wettbewerbsverengend waren, zeigt sich auch daran, dass sich insgesamt 45 Büros um die Teilnahme bewarben. Es ist daher auch fernliegend, dass die geforderten Referenzen gegen das Gebot der Mittelstandsförderung verstößen könnten.

41 b) Es verstößt nicht gegen das Transparenzgebot, dass die Antragstellerin keine Kostendaten mitteilte.

42 Soweit die Antragstellerin dies im Zusammenhang mit der Ermittlung des Schwellenwertes rügte, kann sie hiermit schon deshalb kein Gehör finden, weil das Verfahren europaweit ausgeschrieben wurde.

43 Eine Angabe von Kostendaten sieht die RPW 2013 nicht vor. Vielmehr bestimmt § 5 Abs. 1 RPW 2013, dass der Auslober die Anforderungen und die Zielvorstellungen sowie die zu erbringenden Leistungen benennt.

44 Eine Angabe von Kostendaten kann von der Antragsgegnerin schon deshalb nicht verlangt werden, weil die Kosten entscheidend von dem eingereichten Entwurf abhängig sind. Die ungefähre Größenordnung des Kostenrahmens konnten die Teilnehmer den mitgeteilten Daten und der Höhe des ausgelobten Preisgeldes entnehmen.

45 c) Dadurch, dass die Antragsgegnerin 4 Architekturbüros vorauswählte, verstieß sie nicht gegen vergaberechtliche Vorschriften.

46 aa) Die RPW 2013 sieht das Setzen vorausgewählter Bewerber ausdrücklich vor, § 3 Abs. 3 UAbs. 1 RPW 2013. Der Wettbewerbsgrundsatz wird dadurch jedenfalls dann nicht verletzt, wenn die Anzahl der vorausgewählten Bewerber in einem angemessenen Verhältnis zur Anzahl der Teilnehmer steht, die zum eigentlichen Realisierungswettbewerb zugelassen werden (vgl. Schneider in Beck'scher Vergaberechtskommentar, a.a.O., § 78 VgV Rn. 105). Maßgeblich ist, dass die Anzahl der übrigen Bewerber so hoch ist, dass der Wettbewerb gewährleistet ist. Dies war hier der Fall, weil vorgesehen war, dass neben den 4 gesetzten Büros 11 Teilnehmer am Wettbewerb teilnehmen. Zieht man als Vergleichsmaßstab § 51 Abs. 2 S.2 VgV heran, in dem bestimmt wird, dass im nicht offenen Verfahren die Mindestteilnehmer 5 beträgt, ist nichts dafür ersichtlich, dass eine Anzahl von 11 ausgelobten Teilnehmern zu gering wäre, um ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten.

47 Im Hinblick darauf, dass die überwiegende Anzahl der Bewerber in einem wettbewerblichen Verfahren ermittelt wurde, wurde durch das Setzen von 4 Bewerbern aus ... auch kein vergaberechtlich zu beanstandender regionaler Schwerpunkt gesetzt.

48 bb) Aus Gründen der Gleichbehandlung und zur Wahrung des Wettbewerbs müssen die gesetzten Bewerber die aufgestellten Eignungskriterien erfüllen (vgl. etwa VK Lüneburg, Beschluss vom 06.07.2016 in BeckRS 2016, 17359). Dies ist der Fall. Die Antragsgegnerin hat im Vergabeverfahren Unterlagen vorgelegt, aus denen sich zweifelsfrei ergab, dass die vorausgewählten Bewerber die Kriterien erfüllen, die für eine erfolgreiche Auswahl erforderlich waren.

49 cc) Dahinstehen kann, welche Anforderungen an die Dokumentation des Planungswettbewerbs zu stellen sind.

50 § 69 Abs. 2 VgV, der über § 78 Abs. 3 S. 1 VgV Anwendung findet, verweist nur auf die Bestimmungen der §§ 5, 6 und 43 VgV und gerade nicht auf § 8 VgV, in dem die Dokumentationspflicht und die Anfertigung des Vergabevermerks geregelt sind. Hierin lediglich ein redaktionelles Versehen zu sehen, wenn bestimmte Vorschriften ausdrücklich genannt sind, kann nicht angenommen werden. Zudem setzen die Regelungen in § 8 VgV ein Vergabeverfahren voraus. Der Planungswettbewerb ist jedoch noch kein Vergabeverfahren, vielmehr kann sich ein solches an den Wettbewerb anschließen, wie sich aus § 78 Abs. 2 S. 2 VgV ergibt, der bestimmt, dass Planungswettbewerbe vor oder ohne Vergabeverfahren ausgerichtet werden können. Im Übrigen ist ein Nachholen der Dokumentation im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren möglich (vgl. BGH, Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10 - juris Rn. 73). Dies gilt jedenfalls in Fällen, in denen der mangelhaft dokumentierte Umstand tatsächlich nach seiner Aufklärung keinen Raum für eine andere Entscheidung der Nachprüfungsinstanzen lässt, wie dies bei der Eignungsprüfung der Fall ist. Ein Beurteilungsspielraum bei der Frage, ob ein Bewerber die geforderten Referenzen nachweisen kann, besteht nicht. Zudem sind die gesetzten Bewerber nicht an dem Auswahlverfahren im Wettbewerb beteiligt. Daher unterliegt deren Eignungsprüfung auch nicht den zeitgebundenen Vorgaben, die für eine Auswahlentscheidung im Wettbewerb maßgeblich sind.

51 5) Anhaltspunkte dafür, dass das Preisgeld in Höhe von 25.000 € zu niedrig bemessen war, bestehen nicht. § 7 Abs. 2 RPW 2013 bestimmt lediglich, dass die Wettbewerbssumme der Bedeutung und Schwierigkeit der Aufgabe angemessen sein muss und in der Regel dem Honorar der Vorplanung entsprechen soll. Verpflichtende Vorgaben enthalten die vergaberechtlichen Bestimmungen gerade nicht. Das ausgelobte Preisgeld beträgt mehr als 10 % des angesetzten Aufwandes, so dass nicht festgestellt werden kann, dass es unangemessen niedrig ist.

52 6) Die Beschwerde der Antragstellerin ist auch unbegründet, soweit sie sich gegen die Kostenentscheidung der Vergabekammer richtet.

53 Ungeachtet dessen, dass auf die Beschwerde der Antragsgegnerin die Hinzuziehung ihres Rechtsanwalts im Nachprüfungsverfahren für notwendig erklärt wird (siehe nachfolgend unter III.), war die Entscheidung der Vergabekammer zutreffend und nicht etwa widersprüchlich, wie die Antragstellerin meint. Denn § 182 Abs. 4 S. 1 GWB regelt, dass ein Beteiligter, der im Nachprüfungsverfahren unterliegt, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen hat. Solche können etwa Reisekosten des Antragsgegners selbst sein. Die Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes regelt hingegen 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG.

III.

54 Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist begründet.

55 1) Als Teil der Kostenentscheidung ist der Ausspruch über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten selbständig anfechtbar (vgl. Senat, Beschluss vom 10.03.2015, 15 Verg 11/14 - juris Rn. 6; Beschluss vom 11.07.2011, 15 Verg 5/11 - juris Rn. 14; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.07.2013, VII Verg 40/12 - juris Rn. 4).

56 2) a) Gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. § 80 Abs. 2 VwVfG sind die Kosten eines Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn dessen Hinzuziehung erforderlich war. Die Frage, ob es für den öffentlichen Auftraggeber notwendig war, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist auf Grundlage einer differenzierenden Betrachtung nach den Umständen des Einzelfalls aufgrund einer ex ante Prognose zu entscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 26.09.2006, X ZB 14/06 - juris Rn. 61; Senat, Beschluss vom 11.07.2011, a. a. O. - juris Rn. 17; Beschluss vom 10.03.2015, a. a. O. - juris Rn. 9; Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergabeR, 5. Aufl. 2016, § 182 GWB (Stand: 24.11.2020) Rn. 84). Gesichtspunkte wie die Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, die Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen, aber auch die Möglichkeit, aufgrund der sachlichen und personellen Ausstattung Fragen des Vergaberechts sachgerecht zu bearbeiten, können eine Rolle spielen. Konzentriert sich die Problematik eines Nachprüfungsverfahrens auf schlichte auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazugehörenden Vergaberegeln, spricht im Allgemeinen mehr dafür, dass der öffentliche Auftraggeber die erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse im Rahmen seines originären Aufgabenkreises selbst organisieren und aufbringen kann, es im Nachprüfungsverfahren eines anwaltlichen Beistands also nicht bedarf (Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, a. a. O., Rn. 95). Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Auftraggeber sich in seinem näheren Aufgabenbereich die für ein Nachprüfungsverfahren notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse grundsätzlich selbst zu verschaffen hat, während

er sich für nicht einfach gelagerte Rechtsfragen, die zu den auftragsbezogenen Rechtsfragen hinzukommen, insbesondere wenn sie Bezüge zu höherrangigem Recht und Europarecht aufweisen, gegebenenfalls externen Rechtsrat einholen darf (vgl. Senat, Beschluss vom 11.07.2011, a. a. O. - juris Rn. 17; Senat, Beschluss vom 10.03.2015, a. a. O. - juris Rn. 9; OLG Düsseldorf, a. a. O. - juris Rn. 5, OLG München, Beschluss vom 24.01.2012 - Verg 16/11 - juris Rn. 28).

57 b) Nach diesem Maßstab war es angebracht, dass die Antragsgegnerin einen Rechtsbeistand für das Vergabenachprüfungsverfahren hinzuzog.

58 Der Sachverhalt warf nicht einfach gelagerte Rechtsfragen auf. Die Verteidigung betraf nicht allein auftragsbezogene Sachfragen, sondern spezifisch vergaberechtliche Fragen, die sich nicht mit Hilfe der Lektüre der einschlägigen Vorschriften beantworten ließen. Denn die Vorschriften zur Durchführung von Planungswettbewerben sind im VgV unübersichtlich und hinsichtlich Umfang und Geltungsbereich sonstiger vergaberechtlicher Grundsätze nicht eindeutig geregelt. Auch handelt es sich bei der Antragsgegnerin um eine kleine Kommune, die nicht über im Vergaberecht spezialisierte Juristen verfügt.

IV.

59 Da die sofortige Beschwerde der Antragstellerin keinen Erfolg und die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin Erfolg hat, hat gemäß §§ 175 Abs. 2, 71 GWB die Antragstellerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Zudem hat sie die Kosten des Antrags nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB zu tragen, den sie zurückgenommen hat.

60 Der Gegenstandswert für die Beschwerde der Antragstellerin beträgt entsprechend § 50 Abs. 2 GKG 5 % des Wertes des beabsichtigten Dienstleistungsauftrags, mithin bis zu 13.000 €. Die „Auftragssumme“ im Sinne von § 50 Abs. 2 GKG ist zwar nicht identisch mit dem für die vergaberechtlichen Schwellenwerte maßgeblichen, nach § 3 VgV zu schätzenden „Auftragswert“ im Sinne von § 106 GWB. Auch wenn § 3 VgV nicht ohne weiteres für die Ermittlung der Auftragssumme herangezogen werden kann (vgl. BGH NZBau 2014, 452 Rn. 9, 12), entspricht er allerdings im Ausgangspunkt wie der Auftragswert nach § 3 Abs. 1 S. 1 VgV der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung (vgl. OLG München, VergabeR 2013, 946). In einem nicht offenen Realisierungswettbewerb, bei dem mit dem Gewinner oder den Preisträgern über die Vergabe der Architektenleistung verhandelt wird, ist die Erlangung des Auftrags Ziel der Teilnahme und bestimmt den Auftragswert.

61 Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens der Antragsgegnerin wird durch deren Kostenersstattungsinteresse bestimmt. Dieses richtet sich nach den anwaltlichen Gebühren, die sich aus dem Streitwert des Nachprüfungsverfahrens errechnen. Der Streitwert für das Verfahren vor der Vergabekammer beträgt entsprechend § 50 Abs. 2 GKG 5 % der Bruttoangebotssumme des Wertes des beabsichtigten Dienstleistungsauftrags. Dem rechtsanwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten steht eine Gebühr nach VV-RVG Nr. 2300 zu. Für den Streitwert wird eine 2,0-Gebühr zugrunde gelegt. Unter Hinzurechnung der Auslagenpauschale und der Umsatzsteuer ergibt sich damit ein Gegenstandswert von bis zu 1.500 €.