


|                            |  |
|----------------------------|--|
| <b>Gericht:</b>            | OLG Frankfurt Vergabesenat   |
| <b>Entscheidungsdatum:</b> | 23.06.2020   |
| <b>Rechtskraft:</b>        | ja   |
| <b>Aktenzeichen:</b>       | 11 Verg 2/20   |
| <b>ECLI:</b>               | ECLI:DE:OLGHE:2020:0623.11VERG2.20.00  |
| <b>Dokumenttyp:</b>        | Beschluss  |
| <b>Quelle:</b>             |     |
| <b>Normen:</b>             | § 160 Abs 2 GWB, § 160 Abs 3 S 1 Nr 1 GWB, § 8 Abs 2 VVRP-213400-FM-20140601-SF 2013 |
| <b>Zitiervorschlag:</b>    | OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. Juni 2020 - 11 Verg 2/20 -, juris                   |

---

## **Voraussetzungen der Berechtigung zur Weitergabe eines Produktkeys**

### **Leitsatz**

1. Der Bieter hat vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens die Rüge gegenüber der Vergabestelle ggf. auch per E-Mail oder Telefax und unter Setzung einer kurzen Prüfungsfrist auszusprechen. Dies gilt auch dann, wenn zwischen Kenntnis vom Vergabeverstoß und Zuschlagsdatum wegen eines „Brückentages“ nur zwei Arbeitstage zur Verfügung stehen.
2. Wurde der Bieter wirksam ausgeschlossen, fehlt ihm auch unter dem rechtlichen Aspekt der sog. zweiten Chance die Antragsbefugnis für die Rügen, die - wären sie begründet - lediglich eine Neubewertung der Angebote oder Nachverhandlungen, nicht aber die teilweise Aufhebung des bisherigen Vergabeverfahrens erforderlich machten.
3. Führt die Vergabestelle im Anschluss an einen Architektenwettbewerb ein Verhandlungsverfahren durch, ist das Ergebnis des Architektenwettbewerbs gemäß § 8 Abs. 2 RPW 2013 bei der Gewichtung und Binnengewichtung der Auswahlkriterien zu berücksichtigen (Fortführung der Senatsrechtsprechung, Bes. v. 11. April 2017 - 11 Verg 4/17).

### **Verfahrensgang**

vorgehend Vergabekammer des Landes Hessen, 21. Januar 2020, 69d - VK - 17/2019, Beschluss  
Diese Entscheidung zitiert

### **Rechtsprechung**

Fortführung OLG Frankfurt Vergabesenat, 11. April 2017, 11 Verg 4/17

### **Tenor**

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen vom 21.1.2020 (AZ. 69d VK 17/2019) wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Antragsgegnerin notwendigen Auslagen zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragsgegnerin für das Beschwerdeverfahren wird für notwendig erklärt.

Der Streitwert wird auf EUR 28.187,12 festgesetzt.

## Gründe

### I.

- 1 Die Antragsgegnerin, eine städtische Gesellschaft, bei der die Stadt1 Alleingesellschafterin ist, schrieb mit Wettbewerbsbekanntmachung vom 19.12.2017 die Vergabe von Dienstleistungen von Architekturbüros bei Freianlagen betreffend die Neugestaltung des Domplatzes in Stadt1 im nichtoffenen Wettbewerb mit nachfolgendem Verhandlungsverfahren nach der VgV europaweit aus.
- 2 Nach der Bekanntmachung sollte zunächst ein Realisierungswettbewerb durchgeführt werden, wobei für den ersten bis dritten Preis Preisgelder ausgelobt wurden. Die Entscheidung sollte durch ein nach der Richtlinie für Planungswettbewerbe in der Form vom 31.1.2013 (nachfolgend „RPW 2013“) besetztes Preisgericht getroffen werden (Ziff. IV.3.5 der Bekanntmachung). Nach Ziff. VI.3.3 und Ziff. VI.3.4 der Bekanntmachung sollte ein Dienstleistungsauftrag infolge des Wettbewerbs an den/die Gewinner des Wettbewerbs vergeben und die Entscheidung des Preisgerichts für den öffentlichen Auftraggeber bindend sein. In Ziff. VI.3 der Bekanntmachung heißt es, dass das Wettbewerbsergebnis bzw. die Empfehlungen des Preisgerichts zu 60% berücksichtigt werden. Die Wettbewerbsunterlagen wurden am 19.4.2018 verfügbar gemacht, nach den dortigen Wettbewerbsbedingungen lag dem Wettbewerb die RPW 2013 zugrunde.
- 3 Im anschließenden Wettbewerb vergab das Preisgericht den ersten Preis an die Antragstellerin, den zweiten Preis an die Beigeladene und den dritten Preis an einen weiteren Teilnehmer.
- 4 Die Antragsgegnerin forderte im November 2018 die drei Preisträger zur Abgabe indikativer Angebote auf und gab folgende Wertungskriterien mit Gewichtung bekannt:
- 5

|   |     |
|---|-----|
| Wettbewerbsergebnis (gesetzt)                                       | 60% |
| Stellungnahme zu den Anmerkungen des Preisgerichts /Konkretisierung | 15% |
| Personaleinsatzkonzept  | 10% |
| Projektorganisation   | 10% |
| Honorarangebot  | 5%  |
- 6 Nach den mitgeteilten Bewertungsmodalitäten sollten nach einer Bewertungsskala pro Wertungskriterium zwischen null Punkten (schlechteste Bewertung) und bis zu fünf Punkten (beste Bewertung) vergeben werden. Aus der beigefügten Übersicht ergab sich, dass das Wettbewerbsergebnis der Antragstellerin mit 5 Punkten, mithin insgesamt 300 der

500 Gesamtpunkte, das Wettbewerbsergebnis der Beigeladenen mit 4 Punkten, mithin insgesamt 240 Punkten, und dasjenige der drittplatzierten Preisträgerin mit 3 Punkten, mithin insgesamt 180 Punkten berücksichtigt werden sollten. Jedem der Preisträger wurde zudem ein Auszug aus der Beurteilung seiner Arbeit durch das Preisgericht mit den dort enthaltenen Kritikpunkten übersandt, der Antragstellerin darüber hinaus die von dem Preisgericht mit der Empfehlung der Auftragsvergabe verbundenen Überarbeitungsempfehlungen (Bl. 339 d. Vergabeakte). Sämtliche Teilnehmer wurden informiert, dass das Honorarangebot anhand der Gesamtangebotssumme für die abgefragten Leistungen bewertet werde und in welcher Weise die Punktevergabe erfolge. Auch sollte eine grobe Kostenschätzung als Grundlage für das Honorarangebot vorgenommen werden (Bl. 329 d. Vergabeakte).

- 7 Lediglich die Antragstellerin und die Beigeladene beteiligten sich am Verhandlungsverfahren und reichten fristgerecht die Angebotsunterlagen ein. Nach Wertung der indikativen Angebote fanden am 10.1.2019 Verhandlungsgespräche statt, in denen die Teilnehmer ihre Angebote erläutern konnten.
- 8 Es kam zwischen der Antragstellerin und Antragsgegnerin zu Schriftwechsel über Fragen der Honorierung und Bedingungen des Architektenvertrags.
- 9 Mit Schreiben vom 8.5.2019 wurden die Antragstellerin und die Beigeladene zur Abgabe eines verbindlichen Angebots aufgefordert. In dem Schreiben an die Antragstellerin heißt es, dass es bei dem zuletzt von der Antragsgegnerin übersandten Vertragsentwurf bleibe (Bl. 625f. d. Vergabeakte). Den erneuten Änderungswünschen der Antragstellerin gemäß Schreiben vom 19.2.2019 könne nicht entsprochen werden.
- 10 Die Antragstellerin und die Beigeladene reichten fristgerecht finale Angebote ein.
- 11 Bei der anschließenden Bewertung erhielt das Angebot der Beigeladenen gegenüber demjenigen der Antragstellerin die höhere Gesamtpunktzahl.
- 12 Mit Schreiben vom 22.5.2019 - vorab per Fax und Email versandt - teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie beabsichtige, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen und zwar frühestens am Montag, dem 3.6.2019 (Bl. 658 der Vergabeakte). Die Beigeladene habe bei allen Wertungskriterium mit Ausnahme des ersten Kriteriums entweder gleiche oder zum Teil erheblich bessere Bewertungen erzielen können. Das Schreiben erläuterte dies näher.
- 13 Mit anwaltlichem Schreiben vom 23.5.2019 (Bl. 678f. d. Vergabeakte) rügte die Antragstellerin daraufhin verschiedene Vergaberechtsverstöße: Die Zuschlagsmatrix entspreche nicht § 8 Abs. 2 RPW 2013. Der Punktevorsprung des Erst- vor dem Zweitplatzierten beim Kriterium „Wettbewerbsergebnis“ verschaffe dem Wettbewerbsgewinner nicht den gebotenen Punktevorsprung und die Gewichtung des zweiten Kriteriums werde § 8 Abs. 2 RPW 2013 nicht gerecht. Zudem habe es für den Zweitplatzierten keinerlei Anmerkungen des Preisgerichts gegeben, so dass insoweit nur eine Bewertung mit 0 Punkten erfolgen könne. Gegen die maßgebliche Wertung des Preisgerichts verstoße auch die Bewertung des fünften Kriteriums (Honorarangebot), da hier die Gesamtangebotssummen verglichen würden. Dieses Kriterium verstoße zudem gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da eine Vergleichbarkeit aufgrund unterschiedlich hoher zugrunde zu legender Baukosten fehle. Das Absageschreiben habe zu der Bewertung dreier Kriterien keine ausreichenden Erläuterungen enthalten. Die Bewertung sei fehlerhaft erfolgt, da

die Antragsgegnerin nicht sämtliche Inhalte des Angebots und der Erläuterungen im Verhandlungstermin berücksichtigt habe.

- 14 Mit anwaltlichem Schreiben vom Mittwoch, dem 29.5.2019, (Bl. 696ff. d. Vergabeakte) nahm die Antragsgegnerin zu den genannten Rügen Stellung und lehnte eine Abhilfe ab. Gleichzeitig erklärte sie, dass das Angebot der Antragstellerin wegen Mehrdeutigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen sei.
- 15 Daraufhin reichte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29.5.2019 einen Nachprüfungsantrag ein, mit dem sie die bereits am 23.5.2019 erhobenen Rügen weiterverfolgte und sich gegen den Ausschluss ihres Angebots wandte.
- 16 Die Voraussetzungen für den Ausschluss ihres Angebots lägen nicht vor, da das Angebot nicht mehrdeutig sei. Mit ihrer Angebotsabgabe habe sie unmissverständlich erklärt, ein Angebot zu den Bedingungen des Aufforderungsschreibens abzugeben. Bei Zweifeln hätte die Antragsgegnerin dies aufklären müssen.
- 17 Mit dieser Rüge sei sie nicht präkludiert. Dies gelte bereits deshalb, weil die Antragsgegnerin nicht auf die Rechtsschutzmöglichkeiten hingewiesen habe. Zudem sei sie, die Antragstellerin, bereits aus anwaltlicher Sorgfalt gezwungen gewesen, sofort am 29.5.2019 Nachprüfungsantrag zu stellen, da sonst die realistische Gefahr bestanden habe, dass andernfalls - nach dem Feiertag am Donnerstag, dem 30.5.2019 - am „Brückentag“, Freitag, dem 31.5.2019, keine Zustellung mehr seitens der Vergabekammer hätte erfolgen können, bevor am Montag, dem 3.6.2019 der Zuschlag hätte erfolgen sollen. Die Rüge sei auch offensichtlich aussichtslos gewesen, da der Angebotsausschluss ersichtlich willkürlich und rechtsmissbräuchlich erfolgt sei.
- 18 Nachdem die Vergabekammer der Antragstellerin teilweise Einsicht in die Vergabeakten gewährt hatte (Bl. 371 d. Akte der Vergabekammer, nachfolgend „VKA“), rügte diese weitere Vergaberechtsverstöße (Bl. 430ff. d. VKA): Die Antragsgegnerin habe bei der Entscheidung über den Ausschluss des Angebots gegen das Gebot der eigenständigen Verfahrensführung verstoßen, da sich aus der Vergabeakte keinerlei Hinweis auf eine eigene Entscheidung der Antragsgegnerin ergebe. Eine etwa von ihren Bevollmächtigten getroffene Entscheidung hätte sie sich jedenfalls zu Eigen machen müssen und dies hätte dokumentiert werden müssen, was nicht ersichtlich sei. Zudem sei die Zuschlagsentscheidung aus sachfremden Erwägungen erfolgt. Ersichtlich habe die Antragsgegnerin ihr den Zuschlag nicht erteilen wollen, da sie die ihr rechtmäßig zustehende Vergütung gefordert und Änderungen der Vertragsbedingungen vorgeschlagen habe.
- 19 Die Antragsgegnerin hat im Nachprüfungsverfahren ihren Rechtsstandpunkt wiederholt und vertieft. Die erhobenen Rügen seien unzulässig und jedenfalls unbegründet. Insbesondere sei die Antragstellerin mit der Rüge des Angebotsausschlusses präkludiert, da sie es versäumt habe, diesen Punkt zuvor ihr gegenüber zu rügen. Dies sei ihr trotz des „Brückentags“ am Freitag, dem 31.5.2019, möglich gewesen und dies sei auch nicht von vorneherein aussichtslos gewesen. Die Rüge sei auch unbegründet, da das Angebot mehrdeutig gewesen sei und daher von ihr gar nicht mehr hätte aufgeklärt werden können. Sie habe selbst die Ausschlussentscheidung getroffen, diese sei lediglich von ihren Bevollmächtigten für sie ausgesprochen worden, was der Vergabevermerk dokumentiere.

- 20 Die **Vergabekammer** hat mit dem angefochtenen Beschluss den Nachprüfungsantrag abgelehnt. Zur Begründung hat sie Folgendes ausgeführt:
- 21 Die Antragstellerin habe ihre Rügeobliegenheiten erfüllt, soweit dies die Rügen zur Ausgestaltung von Wertungskriterien bzw. Wertungsmatrix, zur Wertung, zum Verhandlungsverfahren und dessen Dokumentation sowie zur Bieterinformation betreffe. Insbesondere sei die Antragstellerin nicht mit der Rüge der Verletzung von § 8 Abs. 2 RPW 2013 präkludiert, da sie den hier streitgegenständlichen Umfang der Bindungswirkung von § 8 Abs. 2 RPW 2013 nicht habe kennen müssen.
- 22 Sie habe ihre Rügeobliegenheit gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB verletzt, soweit sie die Ungleichbehandlung hinsichtlich des zweiten Kriteriums rüge, da dieser Punkt aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen sei. Wegen der insoweit gerügten fehlenden und ungleichen Bearbeitungsmöglichkeit habe sie die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB verletzt, da sie bereits mit dem Schreiben zur Angebotsaufforderung die erforderlichen Hinweise erhalten habe. Dies gelte auch für die Rüge, die Wertung des Kriteriums „Honorarangebot“ behandle sie ungleich.
- 23 Die Antragstellerin sei auch mit der Rüge ihres Ausschlusses präkludiert, da sie die Rüge nicht vor Einreichung des Nachprüfungsantrags erhoben habe. Die Rüge sei nicht wegen eines unmittelbar bevorstehenden Vertragsschlusses entbehrlich, da zwischen der Mitteilung des Ausschlusses und dem Nachprüfungsantrag (jeweils am 29.5.2019) und der angekündigten Zuschlagserteilung (am 3.6.2019) fünf Kalendertage gelegen hätten. Die Präklusion trete ein, auch wenn die Antragsgegnerin nicht auf entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten hingewiesen habe, da §§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3 GWB keine Rechtsmitteleinlegungsfristen seien. Eine Rüge sei schließlich nicht entbehrlich, da es an einem eindeutigen und unmissverständlichen Verhalten der Antragsgegnerin fehle, ihre Entscheidung nicht ändern zu wollen. Eine vermeintliche Offensichtlichkeit des Vergabeverstößes reiche nicht aus. Die Rügeobliegenheit sei auch nicht wegen faktischer Verkürzung der Frist entbehrlich gewesen.
- 24 Die Antragstellerin sei antragsbefugt. Sie habe an dem Verfahren teilgenommen und Vergabeverstöße gerügt. Insbesondere die gerügte Verletzung von § 8 Abs. 2 RPW 2013 sei bieterschützend.
- 25 Der Antrag sei, soweit er zulässig sei, unbegründet.
- 26 Das Informationsschreiben an die Antragstellerin enthalte alle gemäß § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB erforderlichen Informationen, da es die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots hinreichend dargelegt habe.
- 27 Die Ausgestaltung der Wertungskriterien und der Wertungsmatrix verletzte nicht § 8 Abs. 2 RPW 2013. Das Wettbewerbsergebnis schlage sich hinreichend in der Gewichtung der Wertungskriterien nieder, da es mit 60% gewichtet sei, so dass für den ersten Preisträger schon 300 von 500 Punkten erreicht gewesen seien. Auch die Binnendifferenzierung zwischen dem ersten und zweiten Preisträger von 60 Punkten, mithin 12%, der Gesamtpunktzahl sei ausreichend. Es sei unschädlich, dass der Vorsprung des ersten Preisträgers vorliegend durch die Wertung der weiteren Kriterien eingebüßt werden könne. Gemäß § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB müssten die Wertungskriterien so ausgestaltet sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet werde. Eine absolute Vorrangstellung des ersten Preisträgers hätte dem Erfordernis, einen Wettbewerbsdruck

- zu erzeugen, widersprochen, was die Antragsgegnerin mit ihrer Matrix berücksichtigt habe.
- 28 Die Gewichtung des Kriteriums „Stellungnahme zu den Anmerkungen des Preisgerichts/Konkretisierung“ mit 15% verstoße nicht gegen § 8 Abs. 2 RPW 2013. Dies ergebe sich bereits daraus, dass dieses Kriterium weitaus geringer gewichtet sei als das erste Kriterium. Dies gelte entsprechend für das fünfte Kriterium, da dieses noch geringer, mit 5% gewichtet sei.
- 29 Auch die Bewertung selbst sei nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin habe den Sachverhalt vollständig ermittelt und sich zu jedem der Wertungskriterien eingehend mit den Vorgaben und dem Angebot der Antragstellerin auseinandergesetzt. Sie habe die relevanten Fakten zugrunde gelegt. Die daraus gezogenen Schlussfolgerungen unterlägen keinen Zweifeln. Die von ihr getroffenen Wertungen seien von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbar und insoweit nicht zu beanstanden. Insbesondere rüge die Antragstellerin ohne Erfolg, sie sei diskriminiert worden, da ihr allein aufgegeben worden sei, zu den Überarbeitungsempfehlungen Stellung zu nehmen. Denn nur ihr als erstem Preisträger seien vom Preisgericht solche Überarbeitungsempfehlungen gegeben worden. Diese stellten - ebenso wie die an alle Preisträger gerichteten Empfehlungen - Handlungsanweisungen an die Preisträger dar, um das Angebot zu verbessern.
- 30 Der Ausschluss der Antragstellerin beruhe auf einer eigenständigen Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin. Die Bewertungen vor und nach den Verhandlungsgesprächen seien ausweislich der Vergabeakte jeweils durch die Antragsgegnerin erfolgt, da diese mit entsprechendem Firmenstempel und Unterschrift bestätigt seien. Dies gelte auch für den Vergabevermerk.
- 31 Schließlich sei auch die Durchführung des Verhandlungsverfahrens nicht zu beanstanden.
- 32 Gegen diese ihr am 24.1.2020 zugestellte Entscheidung hat die **Antragstellerin** mit am 6.2.2020 eingegangenem Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt, deren aufschiebende Wirkung zu verlängern.
- 33 Sie sei mit der Rüge der Ungleichbehandlung bezüglich des zweiten Wertungskriteriums („Stellungnahme zu den Anmerkungen des Preisgerichts/Konkretisierung“) nicht präkludiert. Sie habe durch Übersendung der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots bereits deshalb keine Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß erhalten, da sie damals (und bis heute) nicht wisse, wie viele Anmerkungen die anderen Teilnehmer zu bearbeiten gehabt hätten. Sie habe auch aus dem Aufforderungsschreiben nicht erkennen können, dass die Antragsgegnerin von ihr in Bezug auf die Überarbeitungsempfehlungen wohl die Ausarbeitung konkreter Lösungsvorschläge erwartet habe, obwohl hierfür entgegen § 77 Abs. 2 VgV keine angemessene Vergütung festgesetzt worden sei und diese Arbeiten erst im Rahmen des Planungsauftrags erwartet werden könnten.
- 34 Auch sei sie mit der Rüge betreffend das fünfte Wertungskriterium (Honorarangebot) nicht präkludiert. Zwar habe sie aus dem Aufforderungsschreiben erfahren, wie gewertet werden solle. Hieraus habe sich für sie als juristischem Laien aber nicht die Kenntnis oder ein Erkennenmüssen der Rechtswidrigkeit ergeben.

- 35 Der Angebotsausschluss sei schon mangels eigenständiger Entscheidung der Antragsgegnerin unwirksam, was die Vergabenachprüfungsinstanzen auch ohne explizite Rüge berücksichtigen müssten.
- 36 Der Antrag sei auch begründet.
- 37 Die Zuschlagsmatrix, insbesondere die Binnenwertung des ersten Wertungskriteriums widerspreche jedenfalls in der Gesamtschau § 8 Abs. 2 RPW 2013. Die Binnengewichtung zugunsten des ersten Preisträgers sei zu gering. Aus § 127 Abs. 4 GWB ergebe sich nichts anderes, da die Antragstellerin eine "absolute Vorrangstellung des ersten Preisträgers" gar nicht fordere und der vorgeschaltete Architektenwettbewerb bereits ein erhebliches Maß an Wettbewerbsdruck erzeuge.
- 38 Entsprechend sei auch das zweite Wertungskriterium nicht entsprechend § 8 Abs. 2 RPW gewichtet, obwohl dieses Kriterium den planerischen Aspekt, der Gegenstand der Beurteilung durch das Preisgericht gewesen sei, betreffe. Auch hätten die Überarbeitungsempfehlungen des Preisgerichts erst im Rahmen des späteren Planungsauftrags bearbeitet werden können. Die Antragstellerin sei hierdurch gegenüber den Mitbietern quantitativ und qualitativ benachteiligt worden, denen gegenüber solche Empfehlungen nicht ausgesprochen worden seien.
- 39 Auch die Ausgestaltung des fünften Wertungskriteriums (Honorar) sei vergaberechtswidrig. Durch dieses werde mittelbar der Wettbewerbsbeitrag bewertet, da sich aufgrund des konkreten Entwurfs zwingend die Vorgabe bestimmter anrechenbarer Kosten ergebe. Zudem sei zu befürchten, dass die Antragsgegnerin bei den Mitbietern die zugrunde zu legenden anrechenbaren Kosten und andere Honorarparameter (beispielsweise die zwingend zu Grunde zu legenden Frei- und Verkehrsanlagen nach der HOAI) nicht geprüft habe.
- 40 Schließlich habe die Antragsgegnerin die Angebote nicht auf der Grundlage der Wertungskriterien gewertet, sondern das Angebot der Antragstellerin nicht bezuschlagen wollen, da diese "unannehmbare Bedingungen" fordere und bestimmte Honorarparameter zugrunde lege. Jedenfalls habe der Wertung des Angebots der Antragstellerin kein vollständig ermittelter Sachverhalt zugrunde gelegen.
- 41 Der Ausschluss ihres Angebots sei rechtswidrig, da sich aus der Vergabeakte, insbesondere dem Vergabevermerk nicht ergebe, dass die Antragsgegnerin in die Entscheidung über den Ausschluss involviert gewesen sei. Auch ein Zu-eigen-machen des Ausschlusses sei nicht erkennbar.
- 42 Sie hat zunächst beantragt, den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wiederherzustellen und die Rechtsverletzungen zulasten der Antragstellerin zu beseitigen, hilfsweise die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats über die Sache erneut zu entscheiden sowie die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.
- 43 Nachdem der **Senat** mit Beschluss vom 17.3.2020 den Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern, zurückgewiesen hat

(Bl. 136ff. d.A.), hat die Antragsgegnerin der Beigeladenen am 25.3.2020 den Zuschlag erteilt.

- 44 Die Antragstellerin verfolgt ihr Begehren weiter. Sie macht nunmehr geltend, es komme letztlich auf die Wirksamkeit des Ausschlusses des Angebots nicht an, da aufgrund der gerügten Fehlerhaftigkeit der Wertungsmatrix ein vergaberechtskonformer Zuschlag auch auf das Angebot der Beigeladenen nicht möglich gewesen wäre. Damit hätte die Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Verfahren zurückversetzen oder aufheben und neu ausschreiben müssen. In diesem Fall hätte auch für die Antragstellerin die Möglichkeit bestanden, sich durch erneute Angebotsabgabe zu beteiligen. Damit hätte ihr aufgrund der von ihr gerügten Fehlerhaftigkeit der Wertungsmatrix selbst bei unterstellt wirksamem Angebotsausschluss die sog. zweite Chance“ eröffnet werden müssen.
- 45 Außerdem sei davon auszugehen, dass das Angebot der Beigeladenen nicht den von der Antragsgegnerin zwingend vorgegebenen Regelungen der HOAI entsprochen habe und daher zwingend auszuschließen gewesen wäre. Da es sich bei der Beigeladenen um den einzigen weiteren Bieter gehandelt habe, sei auch unter diesem Aspekt selbst bei Wirksamkeit des Ausschlusses ihres Angebots das Vergabeverfahren aufzuheben und der Antragstellerin die sog. zweite Chance zu eröffnen gewesen.
- 46 Sie meint zudem, es habe einer vorherigen Rüge der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses ihres Angebots gegenüber der Antragsgegnerin nicht bedurft. Die Antragsgegnerin habe klar zum Ausdruck gebracht, dass sie die Antragstellerin in keinem Fall als Vertragspartnerin haben wolle und auch keinerlei Interesse bestehe, die eigene Verfahrensgestaltung und -durchführung zu hinterfragen. Zudem sei offensichtlich, dass sich die Antragsgegnerin wegen der zeitlichen Abläufe nicht mit einer ihr zuvor übersandten Rüge inhaltlich auseinandergesetzt hätte.
- 47 Die Antragstellerin beantragt nunmehr,
- 48           festzustellen, dass die Antragstellerin in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren in ihre Rechten verletzt wurde.
- 49 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 50           die sofortige Beschwerde der Antragstellerin in Gestalt des Feststellungsantrags zurückzuweisen,
- 51           die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären,
- 52           der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Antragsgegnerin aufzuerlegen.
- 53 Die **Antragsgegnerin** wiederholt ihr Vorbringen vor der Vergabekammer.
- 54 Der ursprünglich von der Antragstellerin gestellte Nachprüfungsantrag sei zum großen Teil bereits unzulässig.



- 55 Die Antragstellerin sei mit ihren Rügen betreffend das zweite und fünfte Kriterium präkludiert. Auch sei der berechnete Ausschluss des Angebots der Antragstellerin ihr gegenüber nicht gerügt worden und daher Präklusion eingetreten.
- 56 Der Ausschluss beruhe auf einer eigenen Entscheidung der Antragsgegnerin. Aus dem Vergabevermerk ergebe sich, dass diese bereits frühzeitig und eigenständig die Unklarheit des Angebots festgestellt und einen Ausschluss ins Auge gefasst habe, lediglich die endgültige Entscheidung hierüber sei nach weiterer Beratung getroffen worden (Bl. 717 d. Akte der Vergabestelle). Das anwaltliche Schreiben vom 29.5.2019 sei mit der Antragsgegnerin abgestimmt und freigegeben worden, was durch die Freigabenachricht des Geschäftsführers der Antragsgegnerin (Anlage Bg1, Bl. 111ff. d.A.) bestätigt werde. Die Voraussetzungen für den Ausschluss hätten vorgelegen, da unklar sei, auf welche Vertragsbedingungen sich das finale Angebot der Antragstellerin beziehe. Die Prüfung des Angebotsausschlusses könne auch nicht von Amts wegen erfolgen, da andernfalls die Rügeobliegenheit § 160 Abs. 3 GWB umgangen würde. Es liege kein schwerwiegender offenkundiger Vergabeverstoß vor, der ggf. von Amts wegen zu prüfen sei.
- 57 Der Nachprüfungsantrag sei zudem auf der Wertungsstufe unzulässig und auch unbegründet. Der Antragstellerin fehle wegen des wirksamen Ausschlusses bereits die Antragsbefugnis. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur sog. zweiten Chance (Beschluss vom 10.11.2009 - X ZB 8/09) greife nicht ein, da vorliegend nicht sämtliche anderen Angebote auch auszuschließen seien. Jedenfalls sei eine Verletzung auf Begründetheitsebene zu verneinen. Soweit die Antragstellerin erstmals nach Zurückweisung des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde diesen Punkt geltend mache, sei dies wegen Verletzung der Prozessförderungspflicht nicht berücksichtigungsfähig.
- 58 Der Antrag sei jedenfalls unbegründet. Die Wertungsmatrix sei nicht zu beanstanden, § 8 Abs. 2 RPW 2013 habe sich hinreichend in dem ersten Wertungskriterium niedergeschlagen. Es sei allein Sache der jeweiligen Vergabestelle, die Wertungskriterien in geeigneter Form auszuwählen (EuGH, Beschluss vom 7.10.2004 - C- 247/02). Die RPW 2013 habe zudem keine Rechtsnormqualität. Zwar habe vorliegend die Antragsgegnerin selbst die RPW 2013 zum Gegenstand des Wettbewerbsverfahrens gemacht, diese aber von Anfang an und unbeanstandet lediglich modifizierend angewandt, wonach der erste Preisträger keinesfalls mit einer so starken Privilegierung rechnen könne (Ziff. 13, Bl. 111 der Akte der Vergabestelle). Die Gewichtung der Kriterien trage dem Gebot des § 97 Abs. 1 GWB, § 17 Abs. 12 Satz 2 VgV Rechnung, einen hinreichenden Wettbewerb sicherzustellen.
- 59 Die Rüge betreffend das zweite Wertungskriterium sei zudem jedenfalls unbegründet. § 8 Abs. 2 RPW 2013 sei insoweit nicht relevant, da dieser sich allein in dem ersten Kriterium niederschlage. Sie habe ein berechtigtes Interesse daran, bereits vor Auftragsvergabe sicherzustellen, dass alle festgestellten Defizite behoben werden können. Die Antragsgegnerin habe die geforderten konkreten Lösungsvorschläge nicht vorgelegt.
- 60 Ohne Erfolg rüge die Betroffene insoweit eine Ungleichbehandlung. Die Unterschiede wegen der erforderlichen Stellungnahme zu den Überarbeitungswünschen beruhten auf den Einschätzungen des Preisgerichts und eröffneten der Antragstellerin auch die Mög-

lichkeit, viele Punkte zu erreichen. Sämtliche Teile des Angebots seien auch Gegenstand des Verhandlungsgesprächs gewesen.

61 Auch das fünfte Wertungskriterium (Honorar) sei zutreffend gewichtet worden und habe sogar nur ein relativ geringes Gewicht gehabt. Sie, die Antragsgegnerin, sei berechtigt gewesen, die Höhe der Baukosten mittelbar über die nach der HOAI anrechenbaren Kosten zur Grundlage der Entscheidung zu machen. Die Vorgabe einheitlicher Kosten hätte von ihr gerade nicht vorgegeben werden dürfen. Auch habe sie bei allen Angeboten die HOAI zutreffend angewandt.

62 Die **Beigeladene** hat keinen Antrag gestellt.

## II.

63 Auf das vorliegende Verfahren sind die §§ 97ff. GWB in der ab dem 18.4.2016 gültigen Fassung anwendbar (§ 186 Abs. 2 GWB).

64 Die sofortige Beschwerde ist zwar zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.

65 A. Der Feststellungsantrag ist überwiegend unzulässig.

66 Zwar besteht für den Antrag insgesamt das erforderliche Feststellungsinteresse. Dies rechtfertigt sich durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennendes Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Ein solches - in jedem Fall zu begründende - Feststellungsinteresse kann insbesondere gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadenersatzforderung dient (Senat, Beschluss vom 8.8.2019 - 11 Verg 3/19). Dies hat die Antragstellerin dargelegt.

67 Allerdings ist der Feststellungsantrag nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB überwiegend unzulässig, da auch der Nachprüfungsantrag überwiegend unzulässig war (vgl. Senat, Beschluss vom 5.8.2003 - 11 Verg 1/02, OLG Brandenburg, Beschluss vom 8.7.2010 - Verg W 4/09):

68 Soweit die Antragstellerin rügt, für den Ausschluss ihres Angebots fehle ein Ausschlussgrund (hierzu nachfolgend 1.), ist sie mit dieser Rüge präkludiert (§ 160 Abs. 3 Satz 1 GWB).

69 Hinsichtlich weiterer Rügen fehlt der Antragstellerin die Antragsbefugnis (§ 160 Abs. 2 GWB), da ihr Angebot wirksam ausgeschlossen wurde. Denn die weitere Rüge der Antragstellerin betreffend den Angebotsausschluss, die Antragsgegnerin habe über diesen nicht selbst entschieden, ist zwar zulässig, aber unbegründet. Wegen des wirksamen Ausschlusses fehlt der Antragstellerin auch unter dem rechtlichen Aspekt der sog. zweiten Chance die Antragsbefugnis für die Rügen, die - so sie begründet wären - lediglich eine Neubewertung der Angebote oder Nachverhandlungen, nicht aber die (teilweise) Aufhebung des bisherigen Vergabeverfahrens erforderlich machten. Dies gilt für die Rügen der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe ihr Angebot fehlerhaft gewertet, da sie einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt und aus sachwidrigen Erwägungen eine Beauftragung der Antragstellerin habe vermeiden wollen, sowie für die Rüge, das An-

gebot der Beigeladenen entspreche nicht den Vorgaben der HOAI (hierzu nachfolgend 2.).

- 70 Soweit der Antragstellerin trotz des Angebotsausschlusses unter dem Aspekt der sog. zweiten Chance die Antragsbefugnis zustehen könnte, ist sie jedenfalls mit den Rügen, das zweite Wertungskriterium stelle eine quantitative und qualitative Ungleichbehandlung dar und sie werde auch durch das fünfte Wertungskriterium ungleich behandelt, gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert (hierzu nachfolgend 3.).
- 71 Ob der Antragstellerin unter dem Aspekt der sog. zweiten Chance die Antragsbefugnis für die Rüge, die Wertungsmatrix entspreche nicht § 8 Abs. 2 RPW 2013, zusteht, kann offenbleiben (hierzu nachfolgend 4.), da die Rüge jedenfalls in der Sache keinen Erfolg hat (hierzu nachfolgend B.).
- 72 1. Die Rüge, mit der sich die Antragstellerin gegen den Ausschluss ihres Angebots wendet, ist, soweit sie diese auf das **Fehlen eines Ausschlussgrundes** stützt, unzulässig, da die Antragstellerin mit ihrer Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert ist.
- 73 a) Der Senat hat in seinem Beschluss vom 17.3.2020, mit dem er den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde zurückgewiesen hat, Folgendes ausgeführt:
- 74 „a) Soweit die Antragstellerin sich gegen den Ausschluss ihres Angebots wendet, und geltend macht, der Ausschlussgrund, die Mehrdeutigkeit des Angebots, liege nicht vor, ist sie mit ihrer Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert.
- 75 aa) Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkennt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von 10 Kalendertagen rügt. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, dem Auftraggeber die Möglichkeit zu geben, Vergabefehler im frühestmöglichen Stadium zu korrigieren und hierdurch unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden (Wiese in: Kulartz/ Kus/Portz/Prieß, GWB Vergaberecht, 4. Auflage, § 60 Rn. 126; Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB, 4. Teil, 3. Auflage, § 160 Rn. 41). Dabei setzt die Kenntnis iSv § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB neben der (positiven) Kenntnis von den einen Verstoß begründenden Tatsachen voraus, dass der Antragsteller aus den ihm bekannten Tatsachen auch bei laienhafter Würdigung auf einen Vergaberechtsverstoß schließt (Wiese, aaO Rn. 140).
- 76 Danach ist die Antragstellerin mit der Rüge des unberechtigten Ausschlusses ihres Angebots wegen unklaren Inhalts des finalen Angebots ausgeschlossen. Sie erhielt mit Zugang des anwaltlichen Schreibens der Antragsgegnerin am Mittag des 29.5.2019 Kenntnis von den den (geltend gemachten) Verstoß begründenden Tatsachen. Sie erfuhr, dass ihr Angebot wegen unklaren Inhalts ausgeschlossen wurde. Dass sie diese Umstände noch am 29.5.2019 als Vergabeverstoß einordnete, ergibt sich daraus, dass sie bereits an diesem Tag den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsantrags verfasste und hierbei auch den Angebotsausschluss rügte. Die Antragstellerin hätte damit noch am 29.5.2019 den

Ausschluss ihres Angebots zunächst bei der Antragsgegnerin rügen können und müssen.

- 77 Eine solche Rüge des Angebotsausschlusses noch am 29.5.2019 wäre in der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB erfolgt und hätte den Sinn und Zweck der genannten Regelung verwirklicht, auch wenn bereits ab Montag, dem 3.6.2019, die Zuschlagserteilung erfolgen sollte. Die Antragstellerin hätte jedenfalls noch am 29.5.2019 (Mittwoch) die Rüge zunächst per Telefax oder Email an die Antragsgegnerin übersenden und ihr zur Prüfung der erhobenen Rüge eine kurze Frist setzen können. Ggf. hätte sie hierbei die Antragsgegnerin auch auffordern können, zur Prüfung der Rüge den Zeitpunkt der Zuschlagserteilung auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben.
- 78 Wäre die Antragsgegnerin hierzu nicht (fristgerecht) bereit gewesen bzw. hätte sie der Rüge in der gesetzten Frist nicht abgeholfen, hätte die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag jedenfalls am 31.5.2019 (Freitag) so frühzeitig bei der Vergabekammer einreichen können, dass diese den Antrag an diesem Tag auf offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit hätte prüfen und der Antragsgegnerin hätte zustellen können. Warum der Vergabekammer eine Zustellung nach einer solchen Prüfung nicht mehr möglich gewesen sein sollte, ergibt sich nicht. Denn es handelte sich bei diesem Tag (Freitag, dem 31.5.2019) um einen normalen Werktag, auch wenn diesem ein Feiertag voran- und ein Wochenende nachging.
- 79 Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ausweislich ihres Rügeschreibens vom 23.5.2019 (das sich auf andere Rügen bezog) bereits bei Mitteilung des Ausschlusses am 29.5.2019 anwaltlich vertreten war und die anwaltliche Beratung die Rechtmäßigkeit dieses Vergabeverfahrens betraf. Ausweislich des Nachprüfungsantrags vom 29.5.2019 war es der Antragstellerin dementsprechend möglich, an diesem Tag die Rüge des nach ihrer Auffassung unrechtmäßigen Angebotsausschlusses schriftlich niederzulegen. Die Formulierung eines stattdessen an die Antragsgegnerin gerichteten Rügeschreibens hätte demgegenüber keinen zeitlichen Mehraufwand bedeutet.
- 80 Auch die Antragsgegnerin war zu diesem Zeitpunkt anwaltlich vertreten, so dass es der Antragsgegnerin - auch aus Sicht der Antragstellerin - möglich gewesen wäre, auf eine entsprechende Rüge der Antragstellerin auch in kurzer Frist zu reagieren.
- 81 Damit ergibt sich, dass eine Ausnahme von der Rügeobliegenheit nicht deshalb bestand, weil bei Vorschaltung einer Rüge der effektive Rechtsschutz in Gefahr geraten wäre (vgl. zu solchen Konstellationen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.12.2006 - Verg 56/06; OLG München, Beschluss vom 7.8.2007 - Verg 8/07; jeweils zu § 107 Abs. 3 GWB aF).
- 82 Da die Antragstellerin die Rüge auch nicht nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens am selben Tag oder in einer Frist von ein bis zwei Tagen danach gegenüber der Vergabestelle aussprach, kann dahinstehen, ob eine gegenüber dem Nachprüfungsantrag gleichzeitige oder unmittelbar zeitlich nachfolgende Rüge geeignet wäre, dem Nachprüfungsantrag trotz unterbliebener vorheriger Rüge gegenüber der Vergabestelle zur Zulässigkeit zu verhelfen (bejahend: OLG Düs-

seldorf, Beschluss vom 5.12.2006 - VII-Verg 56/06 Rn. 12; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 7.8.2007 - Verg. 8/07 und OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.1.2012, Verg W 18/11, jeweils zu § 107 Abs. 3 GWB aF).

- 83 bb) Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, dass die Rügeobliegenheit nach Treu und Glauben entfallen wäre, weil die Vergabestelle eindeutig zu erkennen gegeben hätte, dass sie unumstößlich an ihrer Entscheidung festhalten werde, dass sie also unter keinen Umständen - auch nicht auf die Rüge hin - gewillt war, eine etwa vorliegende Verletzung des Vergaberechts - hier durch die geltend gemachte Unrechtmäßigkeit des Angebotsausschlusses - abzustellen (vgl. hierzu: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.5.2017 - VII-Verg 36/16 Rn. 31). Hierfür hat die Antragstellerin weder vor der Vergabekammer noch im Beschwerdeverfahren Anhaltspunkte vorgetragen:
- 84 Alleine der „enge“ zeitliche Ablauf und eine entsprechend lediglich kurze mit der Rüge verbundene Fristsetzung gegenüber der Antragsgegnerin lassen nicht den Schluss zu, dass die Antragsgegnerin in jedem Fall unumstößlich an ihrer Entscheidung festgehalten hätte.
- 85 Auch ergibt sich nicht, dass die vorherige Rüge gegenüber der Vergabestelle deshalb von vorneherein aussichtslos gewesen wäre, da - wie die Antragstellerin meint - der Angebotsausschluss ersichtlich willkürlich und missbräuchlich erfolgt wäre, da eine Mehrdeutigkeit vernünftigerweise nicht angenommen werden könne und nur konstruiert worden sei, um das Angebot ausschließen zu können. Die nach Auffassung des Bieters bestehende Begründetheit der Rüge entbindet den Bieter nicht von der Obliegenheit, die Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gegenüber der Vergabestelle zu erheben.
- 86 cc) Die Antragstellerin macht ohne Erfolg geltend, eine Präklusion sei deshalb zu verneinen, weil die Antragsgegnerin sie nicht hinreichend über die Rechtsschutzmöglichkeiten belehrt habe. Hinsichtlich der Rügeverpflichtungen des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3 GWB besteht keine entsprechende Hinweispflicht, da es sich nicht um Rechtsmittelfristen handelt (Wiese in: Kulartz/ Kus/Portz/ Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, § 160 Rn. 199; OLG Koblenz, Beschluss vom 10.6.2010 - 1 Verg 3/120 zu § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB aF).
- 87 b) An diesen Erwägungen hält der Senat fest. Die Einwendungen der Antragstellerin hierzu führen zu keiner anderen Einschätzung.
- 88 Es ergibt sich nicht, dass die nach dem Gesetz (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB) vorgeschriebene Rüge des geltend gemachten Vergabeverstößes gegenüber der Antragsgegnerin nach Treu und Glauben entbehrlich wäre.
- 89 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kann nicht der gesamten Verfahrensgestaltung entnommen wäre, dass eine Rüge des Ausschlusses des Angebots gegenüber der Antragsgegnerin keinen Erfolg gehabt hätte, da diese nicht bereit gewesen wäre, ihre Verfahrensgestaltung zu hinterfragen oder einer solchen Rüge keinesfalls abhelfen zu wollen. Dies ergibt sich insbesondere nicht aus dem anwaltlichen Schreiben der Antragsgegnerin vom 29.5.2019 (Bl. 696 d. Vergabeakte), in dem diese der Antragstellerin den Ausschluss mitteilte. Dass sich die Antragsgegnerin in diesem Schreiben ausführlich mit den von der Antragstellerin zuvor mit anwaltlichem Schreiben vom 22.5.2019 (Bl. 678ff.

- d. Vergabeakte) erhobenen weiteren Rügen auseinandersetzte, spricht gerade dafür, dass sich die Antragsgegnerin auch mit der Rüge des unberechtigten Ausschlusses auseinandergesetzt hätte.
- 90 Ohne Erfolg wiederholt die Antragstellerin, die Rügeobliegenheit sei deshalb entfallen, weil bei Vorschaltung einer Rüge gegenüber der Antragsgegnerin der effektive Rechtsschutz in Gefahr geraten wäre:
- 91 Dass es der Antragstellerin bereits am 29.5.2019, dem Tag der Kenntniserlangung vom Ausschluss ihres Angebots, möglich gewesen wäre, den Ausschluss als vergaberechtswidrig gegenüber der Antragsgegnerin zu rügen, ergibt sich bereits daraus, dass die Antragstellerin an diesem Tag, dem 29.5.2019, Nachprüfungsantrag stellte (vgl. Bl. 710ff. der Vergabeakte) und in diesem unter anderem die Rüge des nach ihrer Auffassung unrechtmäßigen Angebotsausschlusses schriftlich niederlegte und begründete. Warum die Formulierung eines stattdessen an die Antragsgegnerin gerichteten Rügeschreibens demgegenüber einen beachtlichen zeitlichen Mehraufwand bedeutet hätte, ergibt sich nicht.
- 92 Wie bereits im Beschluss vom 17.3.2020 ausgeführt, hätte die Antragstellerin durch eine Rüge gegenüber der Antragsgegnerin in dem Zeitpunkt, in dem sie stattdessen den Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer richtete (Mittwoch, der 29.5.2019), die ihr gesetzlich obliegende Rügepflicht erfüllen können, indem sie der Antragsgegnerin eine kurze Frist zur Stellungnahme gesetzt hätte, die es ihr, der Antragstellerin, ermöglicht hätte, im Fall des erfolglosen Fristablaufs noch am Freitag, dem 31.5.2019, Nachprüfungsantrag zu stellen. Soweit sich die Antragsgegnerin zur Prüfung der Rüge in einer solch kurzen Frist nicht in der Lage gesehen hätte, hätte die Antragsgegnerin den Zeitpunkt der Zuschlagserteilung auf einen späteren Zeitpunkt verschieben können.
- 93 2. Der frühere Nachprüfungsantrag und entsprechend auch der Feststellungsantrag ist mangels Antragsbefugnis (§ 160 Abs. 2 GWB) jedenfalls insofern unzulässig, als die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag rügt, die Antragsgegnerin habe der **Wertung ihres Angebots eine falsche Tatsachengrundlage** und zudem auch nicht die Wertungsmatrix zugrunde gelegt, sondern aufgrund **sachfremder Erwägungen** ihr den Zuschlag nicht erteilen wollen, da die Antragsgegnerin den berechtigten Forderungen der Antragstellerin nach einem erhöhten Honorar und geänderten Vertragsbedingungen nicht habe nachkommen wollen. Die Antragsbefugnis fehlt auch, soweit die Antragstellerin rügt, das **Angebot der Beigeladenen** verstoße gegen **zwingende Vorgaben der HOAI**.
- 94 a) Der Antragstellerin fehlt jedenfalls insoweit die Antragsbefugnis, da ihr Angebot wirksam ausgeschlossen wurde.
- 95 Die Rüge, die Gründe für den Angebotsausschluss hätten nicht vorgelegen, ist, wie ausgeführt, präkludiert (vgl. oben Ziff. 1.). Soweit sich die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren zudem gegen den Ausschluss ihres Angebots mit der Begründung wendet, die Antragsgegnerin habe die Entscheidung über den Ausschluss nicht selbst getroffen, sondern diese Entscheidung sei von ihren jetzigen Verfahrensbevollmächtigten getroffen worden, war die Antragstellerin zwar nicht gemäß § 160 Abs. 3 GWB präkludiert und der Antrag war auch im Übrigen zulässig. Denn sie hatte Kenntnis von den zugrundeliegenden Umständen erst aufgrund der im Verfahren vor der Vergabekammer gewährten Akteneinsicht erhalten. Allerdings hat die Rüge des Ausschlusses mit dieser Begründung in

der Sache keinen Erfolg. Der Senat hat im Beschluss vom 17.3.2020 insoweit Folgendes ausgeführt:

- 96 „2. Soweit die Antragstellerin mit ihrer Rüge nicht präkludiert ist, ist die Rüge jedoch unbegründet. Denn die Antragsgegnerin hat die Entscheidung über den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin selbst getroffen oder sich jedenfalls eine Entscheidung der sie beratenden Anwälte nachträglich zu Eigen gemacht.
- 97 Vorliegend wurde der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin durch das anwaltliche Schreiben der Antragsgegnerin vom 29.5.2019 mitgeteilt (Bl. 696f. d. Akte der Vergabestelle). Dieses Schreiben belegt zunächst lediglich, dass die Bevollmächtigten der Antragsgegnerin der Antragstellerin diese Entscheidung der Antragsgegnerin mitteilten. Aus dem Schreiben selbst ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Entscheidung in der Sache durch die Bevollmächtigten der Antragsgegnerin getroffen worden wäre.
- 98 Vielmehr ergibt sich aus dem Vergabevermerk vom 5.6.2019 (Bl. 724 der Akte der Vergabestelle), dort unter Ziff. III.3.a) (Bl. 717 d. Akte der Vergabestelle), dass die Antragsgegnerin, für die ein Mitarbeiter mit Firmenstempel den Vergabevermerk unterzeichnete, bereits bei der formalen Angebotswertung annahm, dass die geltend gemachten Ausschlussgründe vorlagen, da das Angebot der Antragstellerin unklar sei. Es sei nicht klar, auf welches Angebot die Antragstellerin letztlich Bezug nehme und sie sei im finalen Angebote nicht auf sämtliche offenen Punkte eingegangen, insbesondere was den genauen Leistungsumfang und die Vertragsbedingungen betreffe. Allerdings wurde nach dem Vermerk eine abschließende Prüfung dieses Punktes in diesem Zeitpunkt nicht für erforderlich erachtet, da die Antragstellerin aufgrund der Angebotswertung ohnehin nicht für die Zuschlagserteilung vorzusehen sei.
- 99 Wie sich aus dem Vergabevermerk weiter ergibt (Ziff. V, Bl. 715 d. Akte der Vergabestelle), wurde das nach der Bieterinformation eingegangene Rügeschreiben der Antragstellerin vom 23.5.2019 sodann mit anwaltlichem Schreiben der jetzigen Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin vom 29.5.2019 beantwortet. Nach dem Vergabevermerk erfolgte dieses Schreiben vom 29.5.2019 „nach Abstimmung mit der Vergabestelle“. Zwar ergibt sich aus dem Vergabevermerk nicht, dass in dem Schreiben der Ausschluss des Angebots mitgeteilt wurde und welche Gründe dem zugrunde lagen. Jedoch nimmt der Vergabevermerk ausdrücklich auf die Begründung des anwaltlichen Schreibens vom 29.5.2019 Bezug, aus dem sich ergibt, dass das Angebot der Antragstellerin wegen unklaren Angebotsinhalts im finalen Angebot auszuschließen sei, was unter Ziff. V des genannten anwaltlichen Schreibens vom 29.5.2019 näher ausgeführt wird. Damit ist hinreichend klar dokumentiert, dass der gesamte Inhalt des genannten Schreibens vom 29.5.2019, mithin auch der darin mitgeteilte Ausschluss des Angebots der Antragstellerin mit der gegebenen Begründung, in Abstimmung, d.h. durch die (anwaltlich beratene) Antragsgegnerin selbst erfolgte.
- 100 Dies wird durch den in der Beschwerde vorgelegten Emailverkehr der Antragsgegnerin mit ihren jetzigen Verfahrensbevollmächtigten (Anlage Bg. 1, Bl. 111 d.A.) bestätigt. Am 28.5.2019, mithin vor Übersendung des Schreibens an die Antragstellerin am 29.5.2019, teilte der Geschäftsführer der Antragsgegnerin dem Bevollmächtigten mit, dass er den ihm übersandten Entwurf des Erwide-

rungsschreibens, in dem der Antragstellerin der Ausschluss des Angebots mitgeteilt wurde, „vollumfänglich akzeptiert“.

- 101 Jedenfalls hätte aber die Antragsgegnerin durch den genannten Vergabevermerk die (unterstellt) zuvor durch ihre Bevollmächtigten getroffene Entscheidung gebilligt. Der Auftraggeber kann sich bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens der Hilfe Dritter bedienen. In diesem Fall genügt er der Pflicht, (u.a.) über mögliche Ausschlussgründe zu entscheiden, dadurch, dass er die Wertung des Dritten genehmigt und dies zumindest durch einen billigenden Prüfungsvermerk mit verantwortlicher Unterschrift zum Ausdruck bringt (Senat, Beschluss vom 9.7.2010 - 11 Verg 5/10; Beschluss vom 3.5.2018 - 11 Verg 5/18). Diesen Anforderungen genügen die genannten Ausführungen im Vergabevermerk, die mit Unterschrift und Firmenstempel der Antragsgegnerin versehen sind.
- 102 Damit ergibt sich gleichzeitig, dass diese Rüge, der Ausschluss beruhe nicht auf einer eigenständigen Entscheidung der Antragsgegnerin, jedenfalls unbegründet ist.
- 103 An diesen Ausführungen, mit denen sich die Antragstellerin nachfolgend nicht mehr auseinandergesetzt hat, hält der Senat fest.
- 104 b) Ist damit das Angebot der Antragstellerin wirksam ausgeschlossen worden, könnte unter dem von ihr geltend gemachten Gesichtspunkt der Notwendigkeit der Gewährung einer sog. zweiten Chance (vgl. grundlegend: BGH, Beschlüsse vom 26.9.2006 - X ZB 14/06 - Polizeianzüge und vom 10.11.2009 - X ZB 8/09 - Endoskopiesystem) eine Antragsbefugnis nur für solche Rügen bestehen, deren Behebung eine (teilweise) Aufhebung des bisherigen Vergabeverfahrens oder die Untersagung der Zuschlagserteilung an die Beigeladene erforderte und damit der Antragstellerin die Möglichkeit eröffnete, sich - im Fall fortbestehender Beschaffungsabsicht der Antragsgegnerin - durch ein neues Angebot am Vergabeverfahren zu beteiligen. Dies ist für die Rügen, das Angebot der Antragstellerin sei fehlerhaft und mit sachfremden Erwägungen bewertet worden und das Angebot der Beigeladenen verstoße gegen die HOAI nicht der Fall.
- 105 aa) Die Rügen der Antragstellerin, ihr **Angebot** sei von der Antragsgegnerin auf Basis einer **unzutreffenden Tatsachengrundlage** bzw. **mit sachfremden Kriterien fehlerhaft bewertet** worden, hätten - so sie begründet wären - lediglich eine Neubewertung des Angebots, nicht aber die (teilweise) Aufhebung des bisherigen Vergabeverfahrens erforderlich gemacht und damit der Antragstellerin keine zweite Chance eröffnet.
- 106 bb) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin fehlt auch für ihre Rüge, ein Zuschlag hätte auch auf das **Angebot der Beigeladenen** nicht erteilt werden dürfen, da dieses gegen **zwingende Vorgaben der HOAI** verstoße, unter dem Aspekt der sog. zweiten Chance die Antragsbefugnis.
- 107 Die Eröffnung der sog. zweiten Chance durch eine darauf gerichtete Anordnung einer Vergabekammer oder eines Vergabesenats kommt nur in Betracht, wenn aufgrund der Sach- und Rechtslage am Schluss der (letzten) mündlichen Verhandlung feststeht, dass ein vergaberechtskonformer Zuschlag unmöglich ist und sich daran auch durch bloße Fortsetzung des Vergabeverfahrens nichts mehr ändern kann. Es genügt nicht, wenn lediglich diese Möglichkeit im Raum steht, etwa weil noch die ergebnisoffene Prüfung konkurrierender Angebote durch den Auftraggeber auf Ausschlussgründe aussteht, die die-



sem einen Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsebene und/oder einen Ermessensspielraum bei der Rechtsfolge einräumen (OLG Koblenz, Beschluss vom 16.3.2016 - 1 Verg 8/13 - Mindestlohnklärung II).

- 108 Selbst wenn das Angebot der Beigeladenen Mindestvergütungssätze der HOAI unterschritten hätte, stünde noch nicht fest, dass ihr Angebot auszuschließen gewesen wäre und sich daran durch Fortsetzung des Vergabeverfahrens auch nichts mehr hätte ändern können.
- 109 Vor der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 4.7.2019 (AZ. C-377/17) galt, dass ein Auftraggeber, der ein Unterschreiten der Mindestsätze der HOAI vermutet, das Angebot des betroffenen Bieters nicht sofort ausschließen darf, sondern ihm Gelegenheit zu Nachverhandlungen geben muss. Erst bei deren Scheitern war er berechtigt, den betroffenen Bieter von der Vergabe auszuschließen (Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 8.1.2008 - Verg W 16/07; OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.11.2002 - 2 Verg 14/02; Senat, Beschluss vom 23.6.2016 - 11 Verg 4/16).
- 110 Da das Ergebnis solcher Nachverhandlungen hier offen gewesen wäre, hätte auch im Fall des Erfolgs der Rüge nicht festgestanden, dass ein vergaberechtskonformer Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen nicht möglich gewesen wäre.
- 111 Der Antragstellerin fehlt damit für diese Rüge die Antragsbefugnis, ohne dass es darauf ankommt, ob die Mindest- und Höchstsätze der HOAI trotz der genannten Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union noch als zwingende Preisvorgaben anzusehen sind (vgl. hierzu: von Bechtholtsheim in: BeckOK, Vergaberecht, 15. Edition, § 76 VgV Rn. 10ff.).
- 112 3. Auf der Grundlage obiger Ausführungen (Ziff. 2) ergibt sich, dass trotz des wirksamen Ausschlusses des Angebots der Antragstellerin deren Antragsbefugnis unter dem rechtlichen Aspekt der sog. zweiten Chance für die Rügen bestehen könnte, mit denen die Antragstellerin die Rechtswidrigkeit der Wertungsmatrix rügt. Allerdings ist die Antragstellerin insoweit mit ihren Rügen, sie werde durch **das zweite und fünfte Wertungskriterium ungleich behandelt** gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert:
- 113 a) Zu Recht hat die Vergabekammer angenommen, dass die Rüge der Antragstellerin, sie sei gegenüber der Beigeladenen dadurch **quantitativ ungleich** behandelt worden, als ihr mit dem **zweiten Wertungskriterium** die Bearbeitung einer (wohl) größeren Anzahl von Anmerkungen und der Überarbeitungsempfehlungen aufgegeben worden sei, gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert ist.
- 114 § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist - anders als die Vorgängerregelung § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB aF, für die dies zweifelhaft war (vgl. Senat, Beschluss vom 11.4.2017 - 11 Verg 4/17 Rn. 56) - auf ein zweistufiges Vergabeverfahren anwendbar (Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, § 160 GWB Rn. 55; vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 135).
- 115 Der gerügte Verstoß ergab sich bereits aus den Vergabeunterlagen. Die Antragstellerin hat die Wertungsmatrix und die Mitteilung, dass sie zu den Beurteilungen und Empfehlungen des Preisgerichts Stellung nehmen muss, bereits mit Schreiben vom 14.11.2018 (Bl. 342ff. d. Vergabeakte) erhalten, mit dem sie zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurde. Mit der dem Schreiben beigelegten Anlage wurde sämtlichen Bietern, mithin

auch der Antragstellerin, die Zuschlagkriterien, mithin auch das zweite Kriterium, mitgeteilt (Bl. 330 d. Vergabeakte).

- 116 Aus diesem Schreiben war der gerügte Vergabeverstoß für die Antragstellerin erkennbar. Selbst wenn sie - wie sie in der Beschwerde geltend macht - damals und auch jetzt nicht konkret weiß, wie viele Anmerkungen die Beigeladene überarbeiten musste, konnte sie aus dem Schreiben nebst Anlagen entnehmen, dass jeder der weiteren Bieter zur Bearbeitung bestimmter Anmerkungen des Preisgerichts verpflichtet war. Da diese Anmerkungen an die im Preiswettbewerb erstellten Arbeiten anknüpften, ergab sich ohne weiteres, dass mit dem zweiten Wertungskriterium die Bearbeitung von möglicherweise in Zahl und Qualität abweichenden Anmerkungen der Bieter für die Zuschlagserteilung berücksichtigt werden sollte. Bereits hieraus ergab sich damit die von der Antragstellerin gerügte Ungleichbehandlung der Bieter.
- 117 Aus dem genannten Schreiben war für sie auch erkennbar, dass sie selbst nicht nur zu den Anmerkungen, sondern auch zu den Empfehlungen des Preisgerichts Stellung nehmen sollte. Da diese Empfehlungen, wie sie wusste (vgl. insoweit Rügeschreiben vom 23.5.2019, Bl. 674 der Vergabeakte und Schriftsatz vom 21.6.2019, S. 13f., Bl. 341f. der Vergabekammerakte), nicht an die weiteren Bieter, sondern nur an sie selbst als den ersten Preisträger gerichtet waren, war für sie damit durch die Vergabeunterlagen auch insoweit die gerügte Ungleichbehandlung erkennbar.
- 118 Trotzdem hat die Antragstellerin diese Punkte nicht in der Angebotsfrist, bis zum 5.12.2018, sondern erstmals im Schreiben vom 23.5.2019 gerügt.
- 119 b) Zutreffend hat die Vergabekammer auch angenommen, dass die Antragstellerin mit ihrer Rüge, sie sei wegen der von der Antragsgegnerin mit **dem zweiten Wertungskriterium** geforderten kostenlosen und tiefgehenden Bearbeitung der Überarbeitungsempfehlungen bereits bei Abgabe des Angebots gegenüber den weiteren Bietern **qualitativ ungleich behandelt** worden, gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert ist.
- 120 Die Antragstellerin wusste, wie ausgeführt, durch die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vom 14.11.2018, dass sie auch zu den Empfehlungen des Preisgerichts Stellung nehmen musste. Wie diese Überarbeitungsempfehlungen lauteten und in welchem Umfang sie bereits bei Angebotsabgabe und ohne besondere Vergütung zu diesen Punkten Stellung nehmen konnte, wusste die Antragstellerin daher als erfahrene Bieterin ebenfalls in diesem Zeitpunkt.
- 121 Ohne Erfolg macht die Antragstellerin in der Beschwerde geltend, sie habe durch das Schreiben vom 14.11.2018 keine Kenntnis von dem von der Antragsgegnerin geforderten Grad der Bearbeitung bzw. Stellungnahme zu den Empfehlungen erhalten; sie habe erst später erfahren, dass eine so weitgehende (und eine nach ihrer Auffassung § 77 Abs. 2 VgV widersprechende) Arbeitstiefe verlangt werde.
- 122 Die Antragstellerin erhielt bereits durch die Bieterinformation vom 22.5.2019 Kenntnis von dem geforderten Grad der Bearbeitung der Empfehlungen sowie davon, dass die Antragsgegnerin eine weitergehende Bearbeitungstiefe erwartet hatte. Denn in diesem Schreiben wies die Antragsgegnerin die Antragstellerin darauf hin, dass die Beigeladene zum Teil eine erheblich bessere Bewertung erhalten habe. Dies gelte insbesondere für das zweite Wertungskriterium, da die Antragstellerin - anders als die Beigeladene - weder in den Angeboten noch im durchgeführten Verhandlungsgespräch konkrete Lösungs-

vorschläge vorgelegt, sondern pauschal auf den Beitrag aus dem Wettbewerb bzw. entsprechende Abstimmungen in künftigen Planungsphasen verwiesen habe.

- 123 Obwohl die Antragstellerin damit mit Erhalt dieses Schreibens wusste, dass ihr Angebot und ihre Erläuterungen zu den Überarbeitungsempfehlungen nicht als hinreichend konkret angesehen wurden, hat sie daraufhin diese Rüge nicht in der 10-Tages-Frist gegenüber der Antragsgegnerin erhoben (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB). Diese Rüge war nicht Gegenstand des Rügeschreibens vom 23.5.2019 (Bl. 678f. d. Akte der Vergabestelle) und auch nicht Gegenstand des zunächst gestellten Nachprüfungsantrags. Erstmals mit Schriftsatz vom 21.6.2019 rügte die Antragstellerin diesen Punkt.
- 124 c) Schließlich ist die Antragstellerin gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB mit ihrer Rüge präkludiert, sie werde durch das **fünfte Wertungskriterium** (Honorar) **ungleich behandelt**, da der Wertung unzulässigerweise die Gesamtkosten zugrunde gelegt werden sollten.
- 125 Die Antragstellerin macht geltend, das fünfte Kriterium benachteilige sie unzulässig, da dort die Gesamtkosten zugrunde gelegt würden, obwohl die Vorgaben - nämlich die anrechenbaren Kosten auf der Grundlage des prämierten Entwurfs und die weiteren zwingenden Vorschriften der HOAI - zwingend vorgegeben seien.
- 126 Der gerügte Vergabeverstoß war bereits aus dem Schreiben vom 14.11.2018, mit dem sie zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurde, erkennbar. Mit diesem Schreiben wurde der Antragstellerin nicht nur die Bewertungsmatrix mitgeteilt und damit die Berücksichtigung des Honorars mit 5%. Alle Bieter erhielten darüber hinaus eine Erläuterung über die Auswertung der Honorarangebote (Bl. 329 d. Vergabeakte), aus der sich klar ergibt, dass der Bewertung das Gesamthonorar zugrunde gelegt werden soll. Damit war für die Antragstellerin die gerügte Ungleichbehandlung zumindest erkennbar, da sie wusste, dass die Gesamtangebotssumme - wie von ihr gerügt - für sie höher ausfallen muss, wenn ihre anrechenbaren Kosten diejenigen des Mitbieters deutlich übersteigen.
- 127 Trotzdem rügte die Antragstellerin diesen Punkt erstmals im Rügeschreiben vom 23.5.2016.
- 128 4. Ob die Rüge der Antragstellerin, die **Wertungsmatrix verstoße gegen § 8 Abs. 2 RPW 2013**, zulässig ist, insbesondere ob sie - wie sie geltend macht - trotz des wirksamen Ausschlusses ihres Angebots hinsichtlich dieser Rüge antragsbefugt ist, kann letztlich offenbleiben. Denn jedenfalls ist diese Rüge unbegründet (nachfolgend B.2.).
- 129 B. Der Feststellungsantrag hat, soweit er zulässig ist, in der Sache keinen Erfolg. Die Antragstellerin wurde durch die im Nachprüfungsverfahren zulässig gerügten Vergaberechtsverstöße nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt.
- 130 1. Die zulässige Rüge der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe über den Ausschluss ihres Angebots nicht, wie erforderlich, selbst eine Entscheidung getroffen, hat in der Sache keinen Erfolg. Es wird insoweit auf die obigen Ausführungen (A.2.a)) Bezug genommen.
- 131 2. Die weitere Rüge der Antragstellerin, die Wertungsmatrix verstoße gegen § 8 Abs. 2 RPW 2013, ist jedenfalls unbegründet.

- 132 Der Umstand, dass die Antragstellerin im Wettbewerb den ersten Preis erzielt hat, wurde im Verhandlungsverfahren hinreichend berücksichtigt. Die Ausgestaltung des Verhandlungsverfahrens durch die Antragsgegner war daher nicht vergaberechtswidrig und verletzte nicht die Rechte der Antragstellerin aus §§ 78 Abs. 2 Satz 1 VgV iVm § 8 Abs. 2 RPW 2013.
- 133 a) Das Vergabeverfahren unterfällt § 8 Abs. 2 RPW 2013. Für die vorliegende Leistungen, die die Vergabe von (Landschafts-)Architektenleistungen betreffen, sind §§ 73ff. VgV anwendbar. Nach § 78 Abs. 2 Satz 1 VgV dürfen Planungswettbewerbe für Architekten- und Ingenieursleistungen im Sinne dieser Vorschrift nur auf der Grundlage veröffentlichter einheitlicher Richtlinien durchgeführt werden (Hartmann in: Kulartz/Kus/ Marx/Portz/Prieß, VgV, § 78 Rn. 22). Als solche kann der Auftraggeber insbesondere die Anwendbarkeit der RPW 2013 vorsehen. Dies ist vorliegend geschehen, die Antragsgegnerin hat die RPW 2013 zum Gegenstand des Wettbewerbs und des Verhandlungsverfahrens gemacht, indem sie in den Vergabeunterlagen und insbesondere auch in der Bekanntmachung darauf hingewiesen hat, dass das Verfahren der RPW 2013 und die Entscheidung über die Zuschlagserteilung § 8 Abs. 2 RPW 2013 unterfällt.
- 134 Nach § 8 Abs. 2 RPW 2013 ist in der Regel der Gewinner des Wettbewerbs zu beauftragen; die Regelung verankert, dass „bevorzugt die Beauftragung des ersten Preisträgers“ erfolgen soll (vgl. insoweit Bekanntmachung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, BAnz AT 22.2.2013 B4, S. 1 und Schreiben vom 28.2.2013, dort zu § 8 Abs. 2). Damit steht es gemäß § 8 Abs. 2 RPW 2013 dem Auslober grundsätzlich nicht (mehr) frei, welchen Preisträger er beauftragt (vgl. insoweit zB Müller-Wrede, Kommentar zur VOF, 4. Auflage, § 17 Rn. 10 zu der § 8 Abs. 2 RPW 2013 entsprechenden Vorgängerregelung).
- 135 Da der eigentliche Architektenwettbewerb mit der Preisgerichtsentscheidung seinen Abschluss gefunden hat, nicht aber das sich anschließende Verfahren zur Vergabe der weiteren Planungsleistungen, ist im Anschluss an die Preisgerichtsentscheidung ein Verhandlungsverfahren sachlich gerechtfertigt. Der öffentliche Auftraggeber ist gehalten, eine Prüfung der Eignung der Preisträger vorzunehmen und eine Auswahl aus diesem Kreis für die Aufnahme von Verhandlungen über die Ausführung zu treffen. Des Weiteren müssen beide Seiten sich auch inhaltlich über die Vertragsgestaltung und -inhalt einig werden (Weyand, ibr-Online-Kommentar Vergaberecht, Stand 26.11.2012, § 17 VOF Rn. 9; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.12.2009 - Az.: VII-Verg 39/09).
- 136 Führt die Vergabestelle dementsprechend im Anschluss an den Wettbewerb ein Verhandlungsverfahren durch, ist allerdings das Ergebnis des Architektenwettbewerbs gemäß § 8 Abs. 2 RPW 2013 bei der Gewichtung und Binnengewichtung der Auswahlkriterien in geeigneter Weise zu berücksichtigen (Senat, Beschluss vom 11.4.2017 - 11 Verg 4/17; zustimmend, Kus, aaO; Stolz, VergabeR 2014, S. 295, 298; VK München, Beschluss vom 25.6.2019 - Z3-3-3194-1-09-03/19 Rn. 135, zit. nach juris).
- 137 b) Dem hat die Antragsgegnerin bei Erstellung der Matrix und Gewichtung der Auswahlkriterien Rechnung getragen.
- 138 Vorliegend hat die Antragsgegnerin im Verhandlungsverfahren das Wettbewerbsergebnis mit einem Anteil von 60% (maximal 300 von 500 Gesamtpunkten) und damit mehr als der Hälfte der Gesamtpunktzahl gewichtet. Damit kommt dem Ausgang des vorange-

gangenen Wettbewerbs im Verhältnis zu den weiteren Wertungskriterien ein erhebliches Gewicht zu und berücksichtigt die sich aus § 8 Abs. 2 RPW ergebende Verpflichtung zur regelmäßigen Beauftragung des ersten Preisträgers hinreichend.

- 139 Auch die Binnengewichtung innerhalb des ersten Kriteriums wird der Regelbeauftragung des ersten Preisträgers gerecht. Insoweit war vorgesehen, dass der erste Preisträger 5 x 60, mithin 300 der 500 Gesamtpunkte erhält, während der zweite Preisträger lediglich 4 x 60, mithin 240 der 500 Gesamtpunkte erhielt. Der sich damit ergebende Punktevorsprung des ersten Preisträgers von 60 Punkten gegenüber dem zweiten Preisträger, mithin 12% der Gesamtpunktzahl, berücksichtigt hier die Regelbeauftragung des ersten Preisträgers ausreichend. Der Binnengewichtung des zweiten gegenüber den weiteren Preisträgern kommt vorliegend keine entscheidende Bedeutung zu, da außer der Antragstellerin und der Beigeladenen keine weiteren Bieter bzw. Preisträger am Verhandlungsverfahren beteiligt waren.
- 140 Ebenso wenig ist die Gewichtung des zweiten Wertungskriteriums (Stellungnahme zu den Anmerkungen des Preisgerichts/ Konkretisierung) zu beanstanden. Zwar muss auch für die Gewichtung dieses Kriteriums selbst wie auch für die Zusammenschau mit der Gewichtung und Binnengewichtung des ersten Wertungskriteriums die in § 8 Abs. 2 RPW 2013 vorgesehenen Regelbeauftragung des ersten Preisträgers berücksichtigt werden, da die dem zweiten Wertungskriterium zugrundeliegenden Anmerkungen und Empfehlungen des Preisgerichts Gegenstand der Beurteilung durch das Preisgericht waren (vgl. zu einer vergleichbaren Konstellation: Senat, Beschluss vom 11.4.2017 - 11 Verg 4/17). Diesen Anforderungen entspricht jedoch die vorgenommene Gewichtung:
- 141 Das zweite Wertungskriterium ist mit 15%, mithin maximal 75 von 500 Gesamtpunkten, und damit gegenüber dem ersten Wertungskriterium „Wettbewerbsergebnis“ erheblich schwächer gewichtet.
- 142 Selbst wenn der erste Preisträger die im zweiten Wertungskriterium geforderte Stellungnahme zu den Anmerkungen/Empfehlungen des Preisgerichts nicht erfüllt (dann:  $0 \times 15 = 0$  Punkte), kann der zweite Preisträger den dem ersten Preisträger mit dem ersten Wertungskriterium gewährten Punktevorsprung von 60 Punkten nur aufholen, wenn seine eigene Stellungnahme als mindestens gut bzw. überwiegend überzeugend anzusehen ist (dann:  $4 \times 15$  Punkte = 60 Punkte); eine lediglich durchschnittliche Leistung des zweiten Preisträgers (dann:  $3 \times 15$  Punkte = 45 Punkte) genügt hierfür nicht. Dann, wenn der erste Preisträger die Stellungnahme zumindest mangelhaft erfüllt (dann:  $1 \times 15 = 15$  Punkte), kann der zweite Preisträger den Punktevorsprung nur dann aufholen, wenn die Vergabestelle seine Stellungnahme als sehr gut bzw. sehr überzeugend (dann:  $5 \times 15 = 75$  Punkten) bewertet. Damit ist die Gewichtung des zweiten Kriteriums insbesondere nicht geeignet, die Berücksichtigung des Ergebnisses des Wettbewerbs (im ersten Wertungskriterium) zu entwerten (vgl. zu einer solchen Konstellation: Senat, Beschluss vom 11.4.2017 - 11 Verg 4/17).
- 143 Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Antragsgegnerin dem ersten Preisträger mit dem zweiten Wertungskriterium nicht nur die Stellungnahme zu den Anmerkungen des Preisgerichts aufgab, sondern der erste Preisträger zudem auch zu den gegenüber allein ihr ausgesprochenen Überarbeitungsempfehlungen Stellung nehmen musste. Es kann damit dahinstehen, ob dieser Aspekt im Rahmen des § 8 Abs. 2 RPW 2013 berücksichtigt werden kann, obwohl die Antragstellerin mit der hierauf gestützten Rüge der Ungleichbehandlung, wie ausgeführt, präkludiert ist: Denn die von der

Antragstellerin „zusätzlich“ geforderte Stellungnahme zu den Überarbeitungsempfehlungen des Preisgerichts stellte nicht den Schwerpunkt der geforderten Stellungnahme dar (vgl. insofern die Anlage 5 zur Angebotsaufforderung vom 14.11.2018, Bl. 339 d. Vergabeakte).

- 144 Dass es der Beigeladenen -ausweislich der von der Antragstellerin angegriffenen Bewertung der Antragsgegnerin - nach der Bewertungsmatrix vorliegend möglich war, den der Antragstellerin als erstem Preisträger gewährten Punktevorsprung einzuholen, steht der Annahme, dass die Wertungsmatrix dem Prinzip der Regelbeauftragung des ersten Preisträgers entspricht, nicht entgegen. Die in § 8 Abs. 2 RPW vorgesehene Regelbewertung verpflichtet nicht zur Beauftragung des ersten Preisträgers, sondern verpflichtet die Vergabestelle lediglich, diesen hinreichend zu privilegieren. Für die Zuschlagserteilung ist die Gesamtbewertung aller Leistungen, also neben derjenigen aus dem Planungswettbewerb auch derjenigen im nachfolgenden Verhandlungsverfahren entscheidend (vgl. Kus, aaO).

### III.

- 145 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens waren gemäß § 175 Abs. 2 GWB, § 78 GWB der Antragstellerin aufzuerlegen.
- 146 Die Antragstellerin ist nach billigem Ermessen verpflichtet, die notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen, nachdem sich der Nachprüfungsantrag durch Zuschlagserteilung erledigt hat (§ 182 Abs. 4 Satz 3 GWB). Denn der Nachprüfungsantrag hatte von Anfang an keinen Erfolg. Dass die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren zu tragen hat, wurde bereits in der angefochtenen Entscheidung der Vergabekammer ausgesprochen.
- 147 Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war im Hinblick auf die rechtliche Komplexität des Verfahrens für notwendig zu erklären. Dies wurde für das Nachprüfungsverfahren bereits in der angefochtenen Entscheidung der Vergabekammer ausgesprochen.
- 148 Die Festsetzung des Beschwerdewertes folgt aus § 50 Abs. 2 GKG.