

IBRRS 2023, 1199

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Planer muss sich auf verschiedene Bauvergabestrategien einstellen!

OLG Hamburg

Beschluss

vom 20.03.2023

1 Verg 3/22

GWB § 71 Abs. 1, §§ 121, 160 Abs. 3; HOAI 2021 §§ 33, 38; VgV § 17 Abs. 10, §§ 31, 58 Abs. 3

1. Die Vorgabe des Auftraggebers, dass sowohl für den Fall der Einzelgewerks- als auch für den Fall der GU-Vergabe zu bieten ist und er sich vorbehält, die konkrete Vergabestrategie erst der nach Auftragsvergabe an die Planer (hier: nach Abschluss der Leistungsphase 4) festzulegen, führt in einem Verhandlungsverfahren nicht zu einem Verstoß gegen das Gebot der hinreichenden Bestimmtheit und Transparenz der Leistungsbeschreibung.

2. Es existiert kein Verbot, dem Auftragnehmer vertraglich (selbst erhebliche) Wagnisse aufzuerlegen. Es ist daher - bis zur Grenze der Unzumutbarkeit - zulässig, dem Auftragnehmer auch solche Risiken aufzubürden, die nach dem gesetzlichen Leitbild grundsätzlich den Auftraggeber treffen.

3. Der Auftraggeber hat bei der Ausgestaltung des Verhandlungsverfahrens einen weiten Ermessensspielraum. Er kann festlegen, wie viele Verhandlungs- und Angebotsrunden es gibt, wobei er diese Entscheidung auch in Abhängigkeit vom Ablauf des bisherigen Verfahrens treffen kann, solange er die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung beachtet.

4. Eine Rüge muss so bestimmt gefasst sein, dass dem Auftraggeber klar wird, welches konkrete Tun oder Unterlassen von dem rügenden Bieter für vergaberechtswidrig gehalten wird.

5. Eine allgemeine enthaltene Rüge, wonach bestimmte Leistungen durchweg nicht hinreichend klar beschreiben worden seien, genügt nicht, um dem Auftraggeber zu verdeutlichen, was der Bieter von ihm erwartet hätte.

OLG Hamburg, Beschluss vom 20.03.2023 - 1 Verg 3/22

vorhergehend:

VK Hamburg, 27.07.2022 - BR.60.29-319/2022

Tenor:

1.) Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss der Vergabekammer der Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen der Freien und Hansestadt Hamburg vom 27. Juli 2022 aufgehoben.

2.) Auf den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird das Vergabeverfahren in den Stand vor der Wertung der finalen Angebote der drei beteiligten Bieter zurückversetzt.

3.) Im Übrigen werden der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 08. April 2022 und die weitergehende Beschwerde der Antragsgegnerin vom 11. August 2022 zurückgewiesen.

4.) Von den Kosten des Beschwerdeverfahrens fallen der Antragstellerin 9/10, der Antragsgegnerin 1/10 zur Last.

5.) Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf Euro 1.338.035,30 festgesetzt. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten beider Parteien war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin wendet sich mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen vom 27. Juli 2022, mit dem auf einen Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 8. April 2022 das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückversetzt und der Antragsgegnerin für den Fall fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben worden ist, die Aufforderung zur Abgabe eines Erstangebots unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu fassen.

Das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren betrifft den seitens der Antragsgegnerin mit Gesamtbaukosten in Höhe von Euro 425.000.000 geplanten Neubau der ... Klinik A. und hat insoweit den

"Hochbaulichen Realisierungswettbewerb mit freiraumplanerischem Anteil, mit Teilnahmewettbewerb und nachgeschaltetem Verhandlungsverfahren gem. VgV"

zum Gegenstand.

Das Vergabeverfahren war seitens der Antragsgegnerin bereits mit Bekanntmachung vom 28. Juni 2019 ausgeschrieben worden, die Antragstellerin hatte sich hieran neben sieben weiteren Teilnehmern in der Weise beteiligt, dass sie binnen der bis zum 13. November 2019 gesetzten Frist einen Wettbewerbsbeitrag abgegeben hatte, der in der nachfolgenden Wertung des vorgesehenen Preisgerichts am 19. Dezember 2019 sodann einstimmig den ersten Preis gewann. Zwei weitere Wettbewerbsbeiträge konkurrierender Teilnehmer wurden jeweils mit dem dritten Preis ausgezeichnet, die verbleibenden fünf weiteren Wettbewerbsbeiträge wurden nicht ausgezeichnet.

In der Wettbewerbsbekanntmachung (Ordner 1 der Vergabeakte, Dok.Nr. 2019-OJS1...) wurde die geplante Beschaffung dahingehend beschrieben, dass die Planung auszugehen hatte von einem Flächenbedarf von ca. 150.000 m² (in der Folge nach Funktionsbereichen näher aufgegliederter) Bruttogeschossfläche.

Von der ausgelobten Wettbewerbssumme sollten Euro 160.000 (Euro 80.000 1. Preis, Euro 50.000 2. Preis, Euro 30.000 3. Preis) als Preisgeld, Euro 240.000 als Aufwandsentschädigung (zu verteilen zu gleichen Teilen an die maximal acht teilnehmenden Planungsteams) zur Verfügung stehen.

Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgen, wobei in die Wertung das "Wettbewerbsergebnis" zu 45%, der "fachliche Wert" zu 15%, die "Qualität" zu 15%, die "Kommunikation/Verfügbarkeit" zu 5% und das "Honorarangebot" zu 20% einfließen sollten.

Im Abschnitt VI der Wettbewerbsbekanntmachung erklärte die Antragsgegnerin, dass sie

"einen der Preisträger mit der weiteren Bearbeitung der Planungsleistungen gem. § 33 HOAI und § 38 HOAI - mindestens der Leistungsphasen 2 bis 4 und Teile der Leistungsphase 5 (mindestens

15%) ... beauftragen (werde)", wie "die Beauftragung ... stufenweise erfolgen sollte)".

In der beigefügten Zuschlagmatrix (Dokument 1...) wurden zu den Kriterien 2 - 4 (Fachlicher Wert, Qualität, Kommunikation und Verfügbarkeit) jeweils nähere Bewertungsmerkmale angeführt. In den ebenfalls veröffentlichten Verfahrenshinweisen finden sich nähere Angaben zur Punktvergabe betreffend die einzelnen Kriterien. Hinsichtlich des Kriteriums Honorar wird darauf verwiesen, dass das günstigste Angebot mit 10 Punkten und ein Angebot ab dem doppelten Betrag dieses Angebotes mit 0 Punkten bewertet werden würde, während die Punkte dazwischenliegender Angebote durch lineare Interpolation ermittelt werden würden.

Die Antragsgegnerin hat das Vergabeverfahren danach erst mit einem Bieterleitfaden vom 24. August 2021 (im Ordner 11 der Vergabeakte) weitergeführt, mit dessen Übersendung an die Antragstellerin diese zugleich aufgefordert wurde, bis zum 27. September 2021 ein erstes indikatives Angebot abzugeben, auf dessen Grundlage sich dann ankündigungsgemäß Verhandlungen der verbliebenen Wettbewerber mit der Antragsgegnerin anschließen sollten.

Mit der Aufforderung zur Abgabe des indikativen Angebotes wurden auch ein "Leistungsbild Einzelgewerksvergabe" und ein "Leistungsbild Generalunternehmervergabe" übermittelt (Ordner 11 Vergabeakte). In beiden waren jeweils die zu erbringenden Grundleistungen und besonderen Leistungen aufgeführt. Beigefügt waren Preisblätter sowohl für den Fall der Einzelgewerks- als auch für den Fall der GU-Vergabe.

Im mit übermittelten Entwurf des Architektenvertrags war in Ziffer 1.2., 3. Absatz, das Gesamtbudget "auf Preisbasis 2. Quartal 2020" für die Kostengruppen 200 - 700 gem. DIN 276 auf Euro 425.000.000 beziffert, wobei "Budgetvorgaben der AG zwingend einzuhalten ..." waren. Unter Ziffer 1.4. war bestimmt, dass die Auftraggeberin sich die Entscheidung, ob das Vorhaben im Wege der Einzelgewerks- oder GU-Vergabe durchgeführt werden solle, Vorbehalte, was von der Auftragnehmerin zu unterstützen sei, die für beide Arten der Leistungserbringung zur Verfügung stehe. Unter Ziffer 3.1.2.1. war nochmals niedergelegt, dass der Auftragnehmer die Gesamtbaukosten von Euro 425.000.000 einzuhalten habe, die allerdings auf Basis 2015 = 100 an den Index für Wohngebäude des Statistischen Bundesamtes gekoppelt sein sollten. Für nicht von ihm zu vertretende Überschreitungen der Kostenobergrenze sollte der Auftragnehmer nicht haftbar sein (Ziffer 3.1.2.3). Gem. Ziffer 4.1. sollte der Auftraggeber die Vergabestrategie nach Abschluss LP 3 treffen, behielt sich jedoch eine Änderung der Strategie vor, wobei der Auftraggeber die einzelnen Leistungsstufen bzw. Leistungsphasen "einzeln/optional" beauftragen sollte, ohne dass insoweit ein Rechtsanspruch bestehen sollte.

Im Bieterleitfaden (Ziffer 2.1.) wurde näher ausgeführt, dass die Vergabestelle für beide möglichen Leistungsbilder (Einzelgewerks- oder GU-Vergabe) ein Honorarangebot erhalten wolle, weshalb beide Preisblätter unter Berücksichtigung der Angebotsvorstellungen des Bieters auszufüllen seien. Weiter war darauf hingewiesen, dass sämtliche Leistungen, inclusive der "besonderen Leistungen" zu bepreisen seien. Sodann fand sich eine "Grobschätzung" der anrechenbaren Kosten.

Die Antragstellerin reichte fristgerecht ein indikatives Angebot mit einer Honorarsumme in Höhe von brutto Euro 41.016.603,19 ein (im Ordner 14 der Vergabeakte); zum Vertragsentwurf merkte sie dabei an (Ordner 14 der Vergabeakte, Dokument 1926-21...), dass die Kostenobergrenze von Euro 425.000.000 die Baukostensteigerung seit dem 2. Quartal 2019 nicht berücksichtige; für den Fall der GU-Vergabe bilde die Kostenobergrenze zudem die deutlich höheren Kosten der GU-Vergabe nicht ab. Zudem beanstandete sie, dass die "besonderen Leistungen" nicht näher beschrieben seien; zu den optionalen besonderen Leistungen "Analyse zu Alternativen/Varianten inkl. Kosten", "Aufstellen und Fortschreiben vertiefte Kostenberechnung" und "Fortschreiben von Raumbüchern" bemängelte die Antragstellerin Unklarheiten. Auch hinsichtlich der "besonderen BIM-Leistungen" wies die

Antragstellerin auf Unklarheiten hin (a.a.O., Punkte 34 - 55). In den von ihr eingereichten Preisblättern setzte die Antragstellerin für die "besonderen Leistungen" durchweg einen Erinnerungswert von Euro 1 ein.

Es schlossen sich am 2. November 2021 jeweils etwa zweistündige Verhandlungstermine der Antragsgegnerin sowohl mit der Antragstellerin als auch mit den beiden weiteren verbliebenen Mitwettbewerbern an (Protokoll im Ordner 16 der Vergabeakte). Hierbei war der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass es voraussichtlich noch einen Termin geben werde, an dem weitere Honorar- und Vertragsfragen geklärt werden sollten, danach solle ein überarbeitetes Angebot und ggf. im Anschluss daran noch ein finales Angebot abgefragt werden. Befragt zur ihrer Meinung zur Vergabestrategie erklärten die Mitarbeiter der Antragstellerin, dass der Markt aktuell schwierig und eine GU-Vergabe für den Auftraggeber häufig teurer sei als eine Einzelvergabe, weshalb sie die letztere präferieren würden (Seite 5 Mitte des Protokolls des Gesprächs vom 2. November 2021); zu den "besonderen Leistungen", zu denen sie im Preisblatt jeweils nur Euro 1 eingesetzt hatte, bat die Antragstellerin um Präzisierung des Leistungsbildes. Für die Antragstellerin nahm an diesem Gespräch zur Klärung von Fragen zum Vertrag auch Herr Rechtsanwalt Dr. S. teil, wobei - wegen der fortgeschrittenen Zeit und des Umfangs der Anmerkungen der Antragstellerin zum Vertrag - "sofern erforderlich" ein gesonderter Termin stattfinden sollte.

Insoweit fand am 7. Dezember 2021 noch eine einstündige Videokonferenz zwischen der durch (u.a.) Rechtsanwalt Dr. S. vertretenen Antragstellerin und der Antragsgegnerin statt.

In diesem wies die Antragstellerin wiederum darauf hin, dass das Projektbudget nicht mehr mit dem im Zuge des Wettbewerbs erstellten Funktions- und Raumprogramm in Übereinstimmung gebracht werden könne; sachgerecht erscheine es ihr daher, als Planungsziel entweder die Einhaltung des Budgets oder aber des gewünschten Raum- und Funktionsprogramms zu definieren, da ansonsten keine harte Kostenobergrenze vereinbart werden könne (Protokoll der Termine vom 7. Dezember 2021, zu Ziffer 1.2. u.a.; Ordner 18 der Vergabeakte, Dokument 21...). Die Antragstellerin äußerte die Befürchtung, haftungsrechtlich an einer für die Einzelgewerksvergabe aufgestellten Kostenberechnung gemessen zu werden, die mit den Kosten einer späteren GU-Vergabe nicht mehr in Einklang zu bringen sei.

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2021 (im Ordner 19 der Vergabeakte) forderte die Antragsgegnerin sodann bis zum 12. Januar 2022 zur Abgabe eines fortgeschriebenen Honorarangebots auf, diesem Aufforderungsschreiben waren neben einem überarbeiteten Vertragsentwurf unter anderem Anlagen zu sieben Leistungsbildern beigelegt (a.a.O.), die honorartechnisch zu bewerten seien, und zwar hinsichtlich mehrerer Leistungsbilder sowohl unter der Annahme der Einzelvergabe der betreffenden Grundleistungen als auch alternativ unter der Annahme der Beauftragung eines Generalunternehmers.

In dem beigelegten, überarbeiteten Vertragsentwurf (Ordner 19 der Vergabeakte, Dokument 2-2...) war weiterhin (§ 1, Ziffer 1.2.) ein Gesamtbudget der Kostengruppen 200 - 700 der DIN 276 mit Euro 425.000.000 vorgegeben die zuvor enthaltene zwingende Verpflichtung des Antragsnehmers, dieses Budget einzuhalten bzw. wenn möglich zu unterschreiten, war hingegen gestrichen und statt dessen aufgenommen, dass den Parteien bewusst sei, dass eine Umsetzung der

"Qualitäten und Quantitäten des Wettbewerbsentwurfs für das vorgenannte Budget nicht ohne weiteres möglich"

sei. Daher sei in LP 2 von den Vertragsparteien partnerschaftlich in Abstimmung mit den Fachplanern eine Vorplanung zu erstellen, die die Budgetvorgaben bestmöglich abbilde. Hinsichtlich der "Quantitäten/Qualitäten" war in § 3, Ziffer 3.1.1 bestimmt, dass sich der Auftragnehmer verpflichte,

die entsprechenden Ziele

"nach Möglichkeit unter Beachtung der Ziffer 1.2 ... umzusetzen."

In § 3 Ziffer 3.1.2.1 wurde schließlich niedergelegt, dass die Einhaltung der Programmkosten das primär zu beachtende Planungsziel sei und der Auftragnehmer sich verpflichte, an der Zielerreichung nach besten Kräften mitzuwirken. Soweit

"im Zuge des Planungsfortschritts der Vorplanung erkennbar (werde), dass das Planziel ausschließlich durch Qualitäts- und Quantitätsreduzierungen erreicht werden (könne), (werde) die bzw. der AN der AG geeignete Einsparmaßnahmen vorschlagen und diese in Abstimmung mit der AG in die Planung integrieren."

Hiergegen erhob die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 28. Dezember 2021, eingegangen bei der Antragsgegnerin am 3. Januar 2022, eine Rüge (im Ordner 22 der Vergabeakte, Dokument 21...), mit der sie zunächst zu den Optionalen Besonderen Leistungen gem. §§ 33 und 38 HOAI beanstandete, dass es an einer eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der nachgefragten Leistungen im Sinne des § 121 GWB fehle, eine seriöse Preiskalkulation sei deshalb nicht möglich, dies gelte namentlich mit Blick auf die Kalkulation von Pauschalpreisen und den Bezug einzelner Leistungen durch Dritte. Im Übrigen gebe es für ein Wahlrecht der Antragsgegnerin als Auftraggeberin hinsichtlich der Einzelgewerkvergabe oder alternativ der Generalunternehmervergabe keine rechtliche Grundlage, die Ausschreibung verstoße insoweit gegen die Gebote der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit.

Bereits mit Schreiben vom 7. Januar 2022 (a.a.O.) half die Antragsgegnerin der Rüge der Antragstellerin in der Weise ab, dass nunmehr auch das bis zum 12. Januar 2022 einzureichende Angebot weiterhin als indikatives Angebot eingereicht werden dürfe, es werde nach dem 12. Januar 2022 sodann kurzfristig gesondert zur Abgabe eines finalen Angebots aufgefordert werden.

Mit Schreiben vom 11. Januar 2022 (Ordner 20 der Vergabeakte, Dokument 1926-2...) meldete die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin sodann weiteren Verhandlungsbedarf insbesondere zu dem seitens der Antragsgegnerin erstellten Vertragsentwurf an. Konkret beanstandete sie, dass weiter die Gefahr nicht passender Kosten/Pauschalhonorare bestehe, in den LP 1 - 4 die Leistungen für GU- und Einzelgewerksvergabe immer noch gleich seien und auch ab LP 5 ff. die Leistungsbilder in der GU-Variante nicht hinreichend spezifiziert seien: die Kosten der "besonderen Leistungen" seien nicht hinreichend schätzungsfähig, ohnehin sei der Katalog der "besonderen Leistungen" zu umfangreich, üblich und empfehlenswert seien nur insgesamt sechs (näher benannte) "besondere Leistungen".

Darüber hinaus erhob die Antragstellerin mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 12. Januar 2022 (a.a.O., Dokument 2...) eine weitere Rüge, die darauf zielte, dass die Besonderen Leistungen, für die jeweils ein Pauschalpreis angeboten werden solle, in weiten Teilen inhaltlich ungenau beschrieben seien, die Vergabeunterlagen seien insofern nach wie vor mangelhaft. Hinsichtlich der gegenüber dem Vertragsentwurf der Antragsgegnerin erhobenen Rüge wies die Antragstellerin darüber hinaus darauf hin, dass die kalkulierten Gesamtbaukosten in Höhe von Euro 425.000.000 mit Blick auf zwischenzeitliche Kostensteigerungen bereits überholt seien, überdies bilde der Vertragsentwurf die Szenarien der Einzelgewerkvergabe bzw. der Generalunternehmervergabe alternativ ab, obwohl die Generalunternehmervergabe deshalb zu deutlich höheren Kosten führe, weil der Generalunternehmer dem Bauherrn erhebliche eigene Leistungen und Risiken abnehme. Der sich daraus ergebende Widerspruch zwischen Kostenobergrenze und inhaltlichen Anforderungen auf der anderen Seite führe damit zu einer Unschlüssigkeit der Vergabeunterlagen. Da der Vertrag in der nunmehr aktuellen Fassung vorgebe,

dass Quantitäten und Qualitäten "nach Möglichkeit unter Beachtung der Ziff. 1.2" umzusetzen seien, sei völlig unklar, was geplant werden solle.

Parallel zu diesen Rügeschreiben übermittelte die Antragstellerin der Antragsgegnerin am 12. Januar 2022 ein indikatives Zweitangebot (Ordner 20 der Vergabeakte), das nunmehr mit einem Honorarvolumen von brutto Euro 42.003.800,83 abschloss.

Am 8. Februar 2022 führte die Antragsgegnerin die Bewertung der drei eingereichten Angebote durch; in das hierzu unter dem 14. Februar 2022 erstellte Protokoll hat die Antragstellerin - mit Ausnahme der Teile, die Informationen zu den Angeboten ihrer Wettbewerber enthalten - im Rahmen der Vergabe vor der Vergabekammer Akteneinsicht erhalten. In der tabellarisch erfassten Bewertung zu den Kriterien 2 - 4 der Zuschlagmatrix finden sich unter Ziffer 2b, 2c und 3d Bezugnahmen auf Aussagen im Rahmen des mündlichen Verhandlungstermins vom 2. November 2021.

Die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin teilten der Antragstellerin anschließend mit Schreiben vom 24. März 2022 (im Ordner 22 der Vergabeakte, Dokument 22...) mit, dass der Rüge nicht abgeholfen werde. Die aktualisierten Preisblätter seien auf der Grundlage des durchgeführten VgV-Verfahrens erstellt worden, die Mitbewerber der Antragstellerin seien offenbar in der Lage, den Leistungsbeschreibungen durch einen ggf. erforderlichen Kalkulationszuschlag Rechnung zu tragen. Hinsichtlich des Vertragsentwurfs gelte, dass eine Einhaltung der zu Grunde gelegten Budgetobergrenze nicht ohne weiteres als möglich erscheine, es solle deshalb in der Leistungsphase 2 gemäß HOAI eine Vorplanung entwickelt werden, die die Budgetplanung bestmöglich abbilde, ggf. könne das Raumprogramm aus dem Architektenwettbewerb nicht mehr maßgeblich sein, wenn es für das zur Verfügung stehende Budget nicht mehr realisierbar sei. Es sei vornehmliches Ziel, die Budgetobergrenze einzuhalten, unter dieser Voraussetzung könne es auch zu einer Reduzierung von Quantitäten und Qualitäten kommen, dementsprechend werde die Kostenobergrenze erst mit den Leistungsphasen 2 oder 3 verbindlich vereinbart.

Mit Blick darauf, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin, ungeachtet der von dieser am 12. Januar 2022 erhobenen zweiten Rüge, bereits mit Schreiben vom 22. März 2022 bis zum 6. April 2022 zur Abgabe eines finalen Angebots aufgefordert hatte, erhob die Antragstellerin mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 4. April 2022 (im Ordner 22 der Vergabeakte, Dokument 22...) eine weitere Rüge, mit der sie sich nunmehr zusätzlich darauf bezog, dass es nach der Übersendung des indikativen Zweitangebots entgegen § 17 Abs. 10 VgV keinerlei weitere Verhandlungen mit ihr mehr gegeben habe.

Am 6. April 2022 gab die Antragstellerin das von der Antragsgegnerin bis zu diesem Tag angeforderte finale Angebot ab (im Ordner 26 der Vergabeakte). Im Begleitschreiben (a.a.O., Dokument 1926-22...) hielt sie aber unverändert daran fest, dass die bislang vorliegenden Vergabeunterlagen weiterhin kaum kalkulierbare Risiken beinhalteten und es insofern aus ihrer Sicht angezeigt sei, sowohl einzelne Leistungsbeschreibungen als auch das vorliegende Vertragswerk noch weitergehend abzustimmen. Sie sei nicht bereit, diese Risiken zu übernehmen, insbesondere die sich aus dem Fehlen einer Preissicherungsklausel ergebenden, ggf. "existenzbedrohenden" Gefahren. Sie regte daher Gespräche zu der Frage an, wie die Vertragsrisiken so eingegrenzt werden können, "dass keine Partei an die Wand gedrückt wird".

Das Honorarangebot der Antragstellerin lautete nunmehr auf Euro 136.181.747,06, wobei die Antragstellerin mit einem Risikozuschlag auf das Grundhonorar von mehr als 90% rechnete.

Am 8. April 2022 hat die Antragstellerin sodann bei der Vergabekammer der Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen einen Nachprüfungsantrag angebracht, mit dem sie in erster Linie die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen resp.

der Aufforderung zum endgültigen Angebot anstrebt.

Sie hat mit ihrem Nachprüfungsantrag geltend gemacht, dass die seitens der Antragsgegnerin nachgefragten Leistungen unzureichend beschrieben worden seien, dies gelte insbesondere für die wesentlichen Positionen der ausgeschriebenen Besonderen Leistungen. Hierfür sollten durchgehend Pauschalen angeboten werden, es ergebe sich aus der Beschreibung der Besonderen Leistungen jedoch nicht, in welchem Umfang diese Leistungen überhaupt nachgefragt würden und wie diese Leistungen im spezifischen Kontext durchgeführt werden sollten. Die Leistungsbeschreibungen der Besonderen Leistungen müssten aber so klar sein, dass die werkvertragliche Abnahmefähigkeit erkennbar sei und kein Raum für ggf. unberechtigte Nachforderungen bestünde. Es komme alternativ zwar in Betracht, eine zeitabhängige Vergütung oder eine Vergütung nach den mit den Leistungen im Zusammenhang stehenden Baukosten zu kalkulieren, dies sei seitens der Antragsgegnerin vorliegend aber gerade ausgeschlossen worden.

Die unzureichende Leistungsbeschreibung wirke sich insbesondere auch mit Blick auf die Notwendigkeit des Leistungsbezugs durch Dritte aus, mit den unzulänglichen inhaltlichen Angaben der Antragsgegnerin könnten Angebote von Dienstleistern aber nicht abgefragt werden. Auch sei es nicht möglich, entsprechende Angebote innerhalb der vorgesehenen Angebotsfristen einzuholen.

Konkret hat die Antragstellerin angeführt, dass die Mangelhaftigkeit der Leistungsbeschreibung "anhand der folgenden besonders gravierenden Verstöße ... deutlich" werde und sodann für die LP 1 zwei, die LP 2 drei, die LP 3, 5 und 8 je eine, die LP 7 zwei, die LP 9 drei Besondere Leistungen als nicht hinreichend genau beschrieben bezeichnet; auf Rnrrn. 27 - 53 des Nachprüfungsantrags vom 8. April 2022 wird Bezug genommen. Weiter hat sie vorgebracht, dass auch für BIM-Leistungen der Inhalt der gewünschten/geforderten Leistungen völlig offen/unklar sei (a.a.O., Rn. 66/67) und schließlich hinsichtlich der notwendigen Einbeziehung Dritter gerügt, dass auch diese wegen der zu unklaren Leistungsbeschreibung nicht so klar definiert seien, dass Angebote solcher Dritter eingeholt werden könnten (a.a.O., Rn. 64/65).

Darüber hinaus hat die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag beanstandet, dass die Leistungen bis einschließlich der Leistungsphase 4 seitens der Antragsgegnerin sowohl für eine Einzelgewerkvergabe, dann nach anrechenbaren Kosten, als auch für eine Generalunternehmervergabe, in diesem Fall unter Zugrundelegung eines Pauschalpreises, nachgefragt worden seien. Die Antragsgegnerin wolle sich also ein Wahlrecht vorbehalten, auf welcher Grundlage die Beauftragung schließlich erfolgen werde, hierfür gebe es aber keine sachliche Rechtfertigung, es werde hiermit zugleich gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung verstoßen. Es stelle keine transparente Ausschreibung dar, wenn für inhaltlich identische Leistungen zweimal ein Preis abgefragt werde.

In ähnlicher Weise hat die Antragstellerin vier Besondere Leistungen der Freianlagenplanung gem. § 38 HOAI als zu ungenau beschrieben beanstandet (a.a.O., Rnrrn. 54 - 62).

Auch die geforderte Pauschale für das Bereitstellen einer digitalen Plattform (BIM) sei nicht kalkulierbar.

Einen sachlichen Grund, der das Wahlrecht des Auftraggebers zwischen Einzelgewerks- und GU-Vergabe rechtfertigen könne, gebe es nicht, vielmehr sei es ein Verstoß gegen den Grundsatz der transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibung, wenn für inhaltlich dieselbe Leistung zweimal ein Preis abgefragt werde - denn tatsächlich unterschieden sich die Leistungen bei Einzelgewerks- und GU-Vergabe bis incl. LP 4 nicht.

Zudem sei auch der von der Antragsgegnerin ausgearbeitete Vertragsentwurf, der bis zur Abgabe

des indikativen Zweitangebots unter anderem auch Gegenstand des Verhandlungstermins am 7. Dezember 2021 gewesen sei und sodann dem finalen Angebot zu Grunde gelegen habe, in Teilen unklar. Insoweit gelte, dass es mit Blick auf die veraltete Budgetvorgabe von Euro 425.000.000 nicht möglich sei zu bestimmen, wie die Leistungsphase 2 abgeschlossen werden solle. In Anbetracht von Baukostensteigerungen von mindestens ca. drei Prozent pro Jahr stelle dies effektiv eine Kürzung der Budgetsumme dar, ohne dass das Raumprogramm entsprechend reduziert worden sei. Überdies sehe der Vertragsentwurf bei unverändertem Budget jetzt auch die Erschließung und die Tiefgarage mit vor, während dies bei der Wettbewerbsentscheidung noch nicht der Fall gewesen sei. Soweit die Antragsgegnerin in der geänderten Vertragsfassung nunmehr formuliert habe, die Budgetvorgabe solle bestmöglich abgebildet werden, sei dies mit Blick darauf, dass nach Maßgabe des Vertrags der Auftragnehmer alles zu tun habe, um die Budgetvorgabe zu erreichen, zudem widersprüchlich. Die vorgesehene vertragliche Verpflichtung, etwaige Einsparmaßnahmen wiederum mit dem Auftraggeber abzustimmen, führe zugleich dazu, dass es keine abschließende Beschreibung der Vorplanungsleistungen mehr gebe, die auftragnehmerseits erfüllt und zu denen vom Auftraggeber sodann Abnahme verlangt werden könne. Es liege allein in der Hand des Auftraggebers zu entscheiden, wann er die Einsparvorschläge für ausreichend halte. Zudem bilde der Vertrag die deutlich höheren Kosten für den Fall der Generalunternehmervergabe nicht ab, die deshalb mit deutlich höheren Kosten einherginge, weil der Generalunternehmer dem Bauherren erhebliche Risiken und Leistungen abnehme, die anderenfalls vom Bauherrn übernommen werden müssten. Da eine Einzelgewerkvergabe sich als kostengünstiger darstelle, führe dies wiederum zu einem Widerspruch zwischen der Kostenobergrenze und den inhaltlichen Anforderungen, die in Ansehung der einzuhaltenden Kostenobergrenze nicht für beide Vergabevarianten identisch sein könnten. Die Leistungsbeschreibung sei damit nicht im Sinne des § 121 Abs. 1 GWB eindeutig und widerspruchsfrei.

Schließlich hat die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag weiterhin an ihrer vorangegangenen Rüge festgehalten, dass es seitens der Antragsgegnerin entgegen § 17 Abs. 10 VgV kein weiteres Verhandlungsangebot mehr gegeben habe, nachdem zum 12. Januar 2022 das indikative Zweitangebot abgefordert worden sei.

Mit Schriftsatz vom 15. Juni 2022 hat während des laufenden Nachprüfungsverfahrens und nach seitens der Vergabekammer gewährter Akteneinsicht die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag inhaltlich erweitert und nunmehr auch die fehlerhafte Bewertung der Zuschlagskriterien durch die Antragsgegnerin beanstandet. So sei insbesondere die Bewertungsweise in den einzelnen Kriterien und Unterkriterien nicht nachvollziehbar, ebenso wenig wie die Übertragung der Bepunktung aus den Unterkriterien in die Hauptkriterien. Gleiches gelte für die Gewichtung der jeweils einzelnen Aspekte. Zudem lasse sich dem Protokoll zum Bewertungsgespräch (im Ordner 17 der Vergabeakte) entnehmen, dass die Antragsgegnerin entgegen der Aufforderung zur finalen Angebotsabgabe auch bloß mündliche Angaben aus den Bietergesprächen in die Bewertung habe einfließen lassen.

Die Antragstellerin hat vor der Vergabekammer beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren zurückzusetzen in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen / der Aufforderung zum endgültigen Angebot und das Verfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen,
2. hilfsweise, andere geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung der Antragstellerin zu beseitigen;
3. der Antragstellerin gemäß § 165 Abs. 1 GWB die Einsichtnahme in die Vergabeakten zu gestatten,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden

Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,

5. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen;
3. festzustellen, dass die Zuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen ist.

Die Antragsgegnerin hat den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig gehalten, weil die Antragstellerin ihrer Rügeobliegenheit nicht nachgekommen sei. Da die Antragstellerin die mit dem im August 2021 übersandten Bieterleitfaden zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen bereits von vornherein für intransparent bzw. vergaberechtswidrig gehalten habe, hätte sie dies spätestens mit der Übermittlung des Erstangebots im September 2021 auch ihr, der Antragsgegnerin, gegenüber rügen müssen, tatsächlich sei eine erste Rüge aber erst im Dezember 2021 erfolgt.

Darüber hinaus ermangele die Antragstellerin auch der Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB, weil sie ohnehin keine Chance auf Erteilung des Zuschlags habe. Nach der für die Vergabe entwickelten Zuschlagsmatrix und in Anbetracht des gegenüber den verbliebenen Mitbewerbern schon hinsichtlich der Grundleistungen höheren Honoraransatzes der Antragstellerin habe diese tatsächlich keine Chance auf die Erteilung des Zuschlags, so dass die Antragsbefugnis der Antragstellerin bereits aus diesem Grunde zu verneinen sei.

Im Übrigen läge aber auch ein materieller Verstoß gegen das Vergaberecht nicht vor, die Leistungsbeschreibung sei hinreichend eindeutig und so erschöpfend wie möglich. Soweit die Antragstellerin eine fehlende Kalkulationsgrundlage für die Besonderen Leistungen und die Leistungen in der Planung nach der BIM-Methode bemängelt, habe sie, die Antragsgegnerin, zunächst die in der HOAI definierten Leistungen als Pauschalen abgefragt, als Bauherrin ermangele es ihr auch weitergehender eigener Fachkenntnisse und Erfahrungen für eine quantitative Abschätzung. Gleichwohl habe sie für 14 der insgesamt 54 abgefragten Besonderen Leistungen gemeinsam mit der technischen Beratung mathematische Kalkulationsgrundlagen in Gestalt so genannter Vordersätze gebildet, im Übrigen habe sie die Bieter auf deren jeweils eigene Erfahrungen im Krankenhausbau als Kalkulationsgrundlage verweisen dürfen. Es liege im Anwendungsbereich des § 121 GWB ferner auf der Hand, dass die Vorgaben für Planungsleistungen, die eine geistig-schöpferische Dienstleistung darstellten, in der Regel nicht so eindeutig sein könnten wie bei anderen Beschaffungsvorhaben, eine abschließende Beschreibung sei deshalb schon grundsätzlich nicht möglich. Maßgeblich sei vielmehr, dass es einem durchschnittlichen und fachkundigen Bieterkreis möglich sei, den gewollten Erklärungswert der Angaben herauszufiltern. In diesem Zusammenhang gelte, dass die nach dem Architektenwettbewerb verbliebenen Bieter über auskömmliche Projektkenntnisse verfügten und deshalb auch zu der Einschätzung der erforderlichen Architektenleistungen in der Lage sein sollten. Eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation hätte durch Risikoaufschläge oder eine Mischkalkulation in den Angebotspreis einkalkuliert werden können.

Darüber hinaus habe auch der fortgeschriebene Vertragsentwurf keinen Verstoß gegen Vergaberecht beinhaltet. Insoweit gelte ungeachtet des vorgesehenen Verhandlungsverfahrens, dass es Sache des Auftraggebers sei, den Inhalt der Verhandlungen festzulegen. Es sei im Übrigen klargelegt worden,

dass aufgrund der Baupreisentwicklung eine vollständige Umsetzung des Wettbewerbsentwurfs mit Blick auf die Budgetobergrenze von Euro 425.000.000 nicht ohne weiteres als möglich erscheine. Im Zuge der Vorplanung solle mit weiteren Fachplanern das Planungssoll gemeinsam ermittelt werden, woraus folge, dass das Raumprogramm aus dem Architektenwettbewerb nicht mehr maßgeblich sein könne, wenn es mit dem zur Verfügung stehenden Budget schlichtweg nicht realisierbar sei, es sei deshalb auch vorgesehen, die Kostenobergrenze erst mit Abschluss der Leistungsphasen 2 oder 3 verbindlich zu vereinbaren, erst dann solle auch das endgültige Honorar auf die anrechenbaren Kosten des Projekts festgelegt werden.

Zu den seitens der Antragstellerin vermissten weiteren Verhandlungen im Anschluss an das indikative Zweitangebot gelte zunächst, dass sie, die Antragsgegnerin, schlechterdings nicht gehalten sei, die Vergabeunterlagen in diesem Zusammenhang zu ändern, der Auftraggeber bleibe vielmehr hinsichtlich des von ihm zu bestimmenden Leistungsinhalts frei. Im Übrigen habe jedenfalls auch kein Anspruch der Antragstellerin dahingehend bestanden, dass sich an das indikative Zweitangebot eine weitere Angebotsverhandlung hätte anschließen müssen. Auch insoweit gelte, dass allein der Auftraggeber die Entscheidungshoheit über die konkrete Ausgestaltung des Verhandlungsverfahrens innehabe.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 27. Juli 2022 hat die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin dahingehend stattgegeben, dass das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückversetzt wird. Der Antragsgegnerin wurde ferner aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Aufforderung zur Abgabe eines Erstangebotes unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu fassen.

Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Antragstellerin wurden der Antragsgegnerin auferlegt, die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin wurde für notwendig erklärt. Wegen der Begründung der Entscheidung im Einzelnen wird auf Gründe zu B. des angefochtenen Beschlusses verwiesen.

Gegen diesen ihr am 28. Juli 2022 zugestellten Beschluss hat die Antragsgegnerin am 11. August 2022 sofortige Beschwerde erhoben.

Die Antragsgegnerin bringt zur Begründung ihrer sofortigen Beschwerde vor, die Vergabekammer sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass es sich bei der Ausschreibung alternativ der Einzelgewerkvergabe bzw. der Generalunternehmervergabe um Wahl- oder Alternativpositionen handele. Vielmehr handele es sich bei der insoweit alternativen Honorarabfrage stattdessen um eine rechtlich im Optionsbereich angelegte Thematik. Es gehe hierbei nämlich um ein einseitiges Gestaltungsrecht des Auftraggebers, um vorliegend im Anschluss an die drei- bis vierjährige Planungsphase flexibel auf die Volatilität des Bausektors reagieren zu können. Es sei ihr, der Antragsgegnerin, gegenwärtig noch nicht möglich, die zukünftige Vergabestrategie verbindlich festzulegen, deshalb habe sie zwei eigenständige Leistungsbilder erstellt, die von den Bietern anzubieten gewesen seien. Sie, die Antragsgegnerin, müsse dazu in der Lage sein, auf die Marktgegebenheiten nach Abschluss des Vorplanungsprozesses noch flexibel reagieren zu können. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin seien beide Honorarszenarien auch durchaus kalkulierbar, wobei der Aufwand im Fall der Einzelgewerkvergabe naturgemäß größer sei. Die Situation sei insoweit etwa mit der vergaberechtlich ohne weiteres zulässigen Vorgabe von Rahmenbedingungen vergleichbar, die ebenfalls dadurch gekennzeichnet seien, dass der Leistungsabruf zum Zeitpunkt der Vergabe noch nicht abschließend feststünde. Eine Manipulationsmöglichkeit zu Gunsten oder zu Lasten einzelner Bieter werde hierdurch nicht eröffnet. Die Vergabekammer sei auch zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Vergabeunterlagen aufgrund der alternativ anzubietenden Vergabearten intransparent geworden seien und sich insoweit das Risiko der mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote und taktischer Überlegungen der Bieter

vergrößert habe. Dem stünde bereits entgegen, dass sie, die Antragsgegnerin, im Bieterleitfaden über alle wesentlichen Aspekte des Vergabeverfahrens informiert und insoweit auch Vorgaben zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit der von den Bietern abzugebenden Angebote gemacht habe. Da die Angebote der Bieter ausdrücklich beide Leistungsbilder der Einzelgewerk- und der Generalunternehmervergabe abbilden müssten, sei nicht nachzuvollziehen, warum die Vergabekammer zu der Einschätzung gelangt sei, dass es an einer ausreichenden Kalkulationsgrundlage für die Bieter fehle. Bei zwei ausdrücklich separat zur Verfügung gestellten Leistungsbildern sei tatsächlich jeder durchschnittliche Bieter in der Lage gewesen, ein Angebot zu erstellen. Im Übrigen habe die Antragstellerin die Angebotsabfrage sowohl unter der Bedingung der Einzelgewerkvergabe als auch alternativ unter Zugrundelegung der Beauftragung eines Generalunternehmers auch nicht zum Gegenstand ihrer verschiedenen Rügen gemacht, weshalb sie insofern präkludiert sei und dementsprechend auch die Vergabekammer daran gehindert gewesen sei, ihre dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin stattgebende Entscheidung hierauf zu stützen.

Entgegen der Auffassung der Vergabekammer sei ferner auch hinsichtlich der Besonderen Leistungen von einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung auszugehen. Der maßgebliche durchschnittliche Bieterkreis hätte hinreichend genau erkennen können, was gewollt gewesen sei. Es sei im Grundsatz davon auszugehen, dass die Ausschreibungsempfänger die für die Honorarermittlung erforderlichen Grundlagen in eigener Verantwortung prüften, einer derartigen Prüfungspflicht unterläge der Ausschreibende demgegenüber generell nicht. Das jeweilige Planungsbüro habe es selbst in der Hand und sei aufgrund der Erfahrung bei Vergleichsprojekten auch in jedem Fall dazu in der Lage, entsprechende Leistungen auch für Besondere Leistungen zu kalkulieren. Den Wettbewerbern der Antragstellerin sei dies vorliegend auch ohne weiteres möglich gewesen, eine Vorgabe der einzelnen Leistungspositionen bis ins letzte Detail sei daher nicht möglich gewesen und hätte auch nicht erwartet werden können.

Bei den seitens der Vergabekammer als nicht hinreichend konkretisiert beanstandeten einzelnen Besonderen Leistungen handele es sich im Übrigen lediglich um die Konkretisierung der in der Anlage 10 zu §§ 34 Abs. 4, 35 Abs. 7 HOAI bereits enthaltenen Beschreibung der dort aufgeführten Besonderen Leistungen. Das für die Leistungsphase 1 abgebildete Fortschreiben und Anpassen des Betriebsorganisationskonzepts referiere auf die in der Anlage 10 genannte Betriebsplanung, ein Betriebsorganisationskonzept sei zwingender Bestandteil einer Krankenhausplanung, aus dem sich für den Architekten die Lagebeziehungen der verschiedenen Funktionsbereiche ergäben, die die Grundlage für die Grundrissplanung darstellten. Das Betriebsorganisationskonzept sei den Bietern mit den Auslobungsunterlagen zur Verfügung gestellt worden, möglicherweise sei das Ziel der Antragstellerin in einer Stundensatzabrechnung anstelle der Bepreisung nach anerkannten HOAI-Parametern zu sehen.

Auch die die Leistungsphase 2 betreffende ergänzende Vorplanungsuntersuchung entspreche annähernd wortgleich der Anlage 10 zur HOAI. Es ginge hierbei darum, dass im Zuge der Vorplanung Kompromisse in den gewünschten Lagebeziehungen erforderlich würden, die seitens des Bauherrn nicht ohne direkte Zuarbeit des Architekten erarbeitet werden könnten.

Soweit die Vergabekammer auch die Besondere Leistung "Möbliierungsplan mit Aufnahme des Bestandsmobiliars" für unklar gehalten habe, sei kaum vorstellbar, dass die Antragstellerin von dieser Leistung keine Vorstellung habe und insofern keine Kalkulationsgrundlage sehe. Naturgemäß sei ein großer Teil der Möbliierungsplanung bereits in der Architekturplanung enthalten, es komme als Besondere Leistung lediglich die Bestandsbewertung hinzu.

Das bezogen auf die Leistungsphase 9 angeführte Erstellen eines Instandhaltungskonzepts entspreche wiederum wörtlich der Anlage 10 nach HOAI, es sei insoweit im Rahmen der Ausführungsplanung erforderlich, ein auf die konkrete Bauausführung bezogenes

Instandhaltungskonzept zu erstellen, durch das dem Bauherrn eine Anleitung zur dauerhaften Instandhaltung des Objekts an die Hand gegeben werde. Auch die Problematik der mangelnden Abnahmefähigkeit einzelner Besonderer Leistungen stelle sich tatsächlich nicht, ggf. sei es auf der Grundlage entsprechender Vereinbarungen auch möglich, Teilabnahmen vorzunehmen.

Zuletzt gehe auch die Beanstandung der Vergabekammer ins Leere, dass der Wertungsvorgang vergaberechtswidrig sei. Es seien tatsächlich keine Inhalte aus der mündlichen Vorstellung der Angebote in unzulässiger Weise in die Bewertung mit einbezogen worden. Die Bewertung sei vielmehr ausschließlich unter Zugrundelegung der von vornherein bekanntgemachten Zuschlagskriterien erfolgt. Die gelegentliche Formulierung in der Auswertungsdokumentation "im Termin" habe sich lediglich auf einzelne ergänzende Anmerkungen zu dem schriftlichen Angebot bezogen, soweit sich hieraus noch nicht vollständig habe herauslesen lassen, was in dem schriftlichen Angebot ausformuliert worden sei. Es habe in diesen Fällen klärende Anmerkungen im Termin gegeben, ohne dass dies zu einer Änderung der Zuschlagsmatrix geführt habe. Dies sei auch im Vorfeld der Bietergespräche am 2. November 2021 nochmals ausdrücklich erläutert worden, bei Notizen zu den Bietergesprächen habe es sich daher auch nicht um Vorbereitungen zu einer etwa intransparenten Angebotswertung gehandelt.

Soweit die Vergabekammer gemeint haben sollte, der Bewertungsvorgang sei unter Verwendung von "+"- und "-"-Zeichen das Ergebnis eines schlichten Rechenvorgangs, sei diese Annahme unzutreffend. Den in der Auswertungsdokumentation enthaltenen "+"- und "-"-Zeichen komme nämlich gar keine wertmäßige, sondern stattdessen eine semantische Bedeutung zu, hierdurch sei der positive oder negative Eindruck in Bezug auf die Angebotsinhalte gekennzeichnet worden, ohne dass dies zugleich auch im Rahmen der Punktvergabe relevant gewesen sei. Die gewerteten Punktwerte je Hauptkriterium hätten gar nicht das Ergebnis eines simplen Rechenvorgangs sein können. Der zu Grunde liegende Bewertungsvorgang sei gegenüber den Bietern im Bieterleitfaden auch klar kommuniziert worden, ein nach den Mutmaßungen der Vergabekammer zu Grunde gelegter Umrechnungsschlüssel existiere tatsächlich nicht. Es sei von ihr, der Antragsgegnerin, in den Vergabeunterlagen durch die jeweilige Angabe der Bewertungsmerkmale zu den einzelnen Hauptkriterien transparent dargelegt worden, welche Aspekte bei der Bewertung der Angebotsbestandteile wichtig für die Punktevergabe sein werden.

Die Antragsgegnerin ist hinsichtlich der Festsetzung der Kosten erster Instanz der Auffassung, dass die Vergabekammer offenbar fehlerhaft einen Wert angenommen habe, der sich aus den kumulierten Werten für Einzelgewerks- und Generalunternehmervergabe und hier den Ansätzen der Antragstellerin ergeben habe. Sachgerecht sei auf eine der beiden Umsetzungsvarianten abzustellen; angemessen sei tatsächlich ein Wert von ca. Euro 26.000.000 brutto, auf den sodann § 50 abs. 2 GKG anzuwenden sei, womit sich nach der Tabelle der Vergabekammern des Bundes eine Gebühr zwischen Euro 3.125 und Euro 3.800 ergebe.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. Der Beschluss der Vergabekammer der Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen der Freien und Hansestadt Hamburg, Az.: BR60.29-319/2022 ... vom 27. Juli 2022 wird bei gleichzeitiger Zurückweisung des Nachprüfungsantrags der Bietergemeinschaft A... vom 8. April 2022 aufgehoben, soweit die Vergabekammer darin rechtsfehlerhaft feststellt,

- es sei ein Verstoß gegen den Transparenz- und Gleichheitsgrundsatz, wenn Honorare sowohl für die Generalunternehmer- als auch Einzelgewerkvergabe abgefragt werden,

- die Leistungsbeschreibung sei hinsichtlich der Besonderen Leistungen nicht eindeutig und erschöpfend und

- der Wertungsvorgang der Angebote stünde nicht mit vergaberechtlichen Vorgaben in Einklang, und zudem soweit, als die Vergabekammer im Rahmen ihrer Kostenentscheidung einen Streitwert zugrunde gelegt hat, der zu einer Verfahrensgebühr in Höhe von 5.500,00 EUR geführt hat.

2. Die Beschwerdegegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten der Beschwerdeführerin gem. § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 71 GWB.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin vom 11.8.2022 gegen den Beschluss der Vergabekammer der Freien und Hansestadt Hamburg/Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen (im Folgenden nur noch "Vergabekammer") vom 27.7.2022 - BR.60.29-319/2022 ... - wird zurückgewiesen;

2. die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der in diesem Verfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin werden der Antragsgegnerin auferlegt;

3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin notwendig war.

Die Antragstellerin verteidigt den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer und hält zunächst die rechtliche Beurteilung der Antragsgegnerin, die gleichzeitige Aufforderung sowohl zur Einzelgewerk- als auch zur Generalunternehmervergabe sei nicht an den Maßstäben für die Beurteilung der Zulässigkeit von Wahlpositionen zu messen, für unzutreffend. Im Übrigen spiele diese Einordnung für die vergaberechtliche Zulässigkeit aber auch keine maßgebliche Rolle. Da in jedem Fall die Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung und damit die Transparenz des Vergabeverfahrens berührt seien, bedürfe es zwangsläufig einer sachlichen Rechtfertigung dafür, dass sich die Antragsgegnerin die zu beauftragende Leistung offenhalten wolle. Es sei aber schlicht nicht nachvollziehbar, warum die Antragsgegnerin erst nach Abschluss der Leistungsphasen 1 bis 3 entscheiden wolle, wie die Bauleistungen dann zu vergeben sein sollten, es sei namentlich nicht ersichtlich, welche Marktinformation die Antragsgegnerin denn bis dahin abwarten wolle, obwohl bereits jetzt klar sei, dass im Rahmen der Generalunternehmervergabe ein GU-Zuschlag kalkuliert werden müsse. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sei die Aufforderung zur Angebotsabgabe unter alternativen Vergabeszenarien auch nicht unter dem Gesichtspunkt sog. Bedarfsleistungen zulässig, hierbei handele es sich üblicherweise nämlich nur um Zusatzleistungen, die einen Gesamtanteil am Auftrag von nicht mehr als zehn bis 15 Prozent haben dürften. Der von der Antragsgegnerin bemühte Vergleich mit zulässigen Rahmenvereinbarungen verbiete sich ebenfalls, insoweit gelte unter anderem, dass in diesem Rahmen zumindest die realistische Aussicht darauf bestehen müsse, dass die angebotenen Leistungen auch in vollem Umfang abgerufen würden, während vorliegend klar sei, dass das insgesamt abgeforderte Leistungsvolumen der beiden alternativen Vergabeszenarien nicht mehr als zur Hälfte abgerufen werde.

Darüber hinaus habe die Vergabekammer auch zu Recht entschieden, dass die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin hinsichtlich der Besonderen Leistungen nicht eindeutig und erschöpfend und deshalb mit Blick auf §§ 121 GWB, 31 VgV vergaberechtswidrig sei. Es sei diesbezüglich mit der Vergabekammer davon auszugehen, dass eine Leistungsbeschreibung dann unzureichend sei, wenn unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kämen und die Bieter im Unklaren gelassen würden, welche Leistung unter welchen Bedingungen angeboten werden solle.

Es sei vorliegend aber bei keiner der in Rede stehenden Leistungspositionen klar definierbar, wann der Bieter die abschließende Abnahme seiner Leistungen verlangen könne, insbesondere sei es nicht möglich, etwaigen künftigen Nachforderungen der Antragsgegnerin irgendeine Grenze aus der Leistungsbeschreibung entgegenzuhalten. Der Verweis der Antragsgegnerin auf die Anlage 10 der HOAI gehe in diesem Zusammenhang schon deshalb fehl, weil dort lediglich verschiedene Leistungsarten Besonderer Leistungen beschrieben würden, nicht aber, wie diese inhaltlich auszufüllen seien. Insoweit seien die Bieter auf konkretisierende Vorgaben der Antragsgegnerin als Bauherrin angewiesen.

Insbesondere auch die abgeforderte Bepreisung der Besonderen Leistungen lediglich mit einem Pauschalpreis anstelle etwa einer aufwandsbezogenen Vergütung nach Stundensätzen setze voraus, dass die Leistungen näher definiert würden, anderenfalls sei der hiermit verbundene Aufwand für den Bieter vollends unkalkulierbar.

Schließlich habe die Vergabekammer auch zu Recht festgestellt, dass der von der Antragsgegnerin vorgenommene Wertungsvorgang in Teilen fehlerhaft und damit insgesamt intransparent sei. Es sei insoweit offensichtlich, dass die mündliche Angebotspräsentation der beteiligten Bieter zum Gegenstand der Bewertung gemacht worden sei, es sei in Anbetracht der vorliegenden Bewertungsprotokolle vielmehr zweifelhaft, ob die schriftlichen Angebote überhaupt in die Bewertung eingeflossen seien. Im Übrigen gehe es in diesem Zusammenhang entgegen dem Beschwerdevorbringen der Antragsgegnerin auch nicht etwa um Fragen eines rechnerischen Bewertungsmaßstabs, sondern vielmehr darum, dass die Vergabekammer zu Recht festgestellt habe, es sei auf der Grundlage der Vergabedokumentation der Antragsgegnerin schlicht und ergreifend unklar geblieben, woraus sich die konkrete Punktbewertung zu den verschiedenen Kriterien ergebe. Es fehle insoweit schlicht an nachvollziehbaren Darlegungen in der Vergabedokumentation, namentlich lasse sich dieser nicht entnehmen, inwieweit die Vorgaben aus dem Bieterleitfaden in der Bewertung umgesetzt worden seien.

Die Antragstellerin hat zur Frage des Festsetzung des Streitwertes und der Gebühr der Vergabekammer inhaltlich nicht Stellung genommen, da die wesentlichen Passagen des Vorbringens der Antragsgegnerin hierzu geschwärzt waren.

II.

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin hat auch in der Sache ganz überwiegend Erfolg; der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist teilweise schon unzulässig, ansonsten überwiegend unbegründet.

1.) Soweit die Antragstellerin sich gegen die aus ihrer Sicht zu unbestimmte Beschreibung der nach den Preisblättern zu Pauschalpreisen anzubietenden "Besonderen Leistungen" wendet, ist ihr Nachprüfungsantrag bereits unzulässig.

a) Soweit die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag vom 8. April 2022 ganz allgemein die Beschreibungen der anzubietenden "Besonderen Leistungen" in den Vergabeunterlagen rügt, da sie sämtlich so unbestimmt seien, dass nicht erkennbar sei, auf welcher Grundlage die in die Preisblätter einzusetzenden Pauschalen denn kalkuliert werden könnten, ist ihr Vortrag mangels einer hinreichend substantiierten Rüge gem. § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert.

Insoweit kann dahinstehen, wann genau eine Rügeobliegenheit der Antragstellerin im Verlauf des Verfahrens bezogen auf die von ihr behauptete Unbestimmtheit der Beschreibung der "Besonderen Leistungen" entstanden ist, denn jedenfalls mangelt es hinsichtlich derjenigen "Besonderen

Leistungen", zu denen die Antragstellerin keine substantiierten, im einzelnen umschriebenen Bedenken vorgebracht hat, auch noch nach Ablauf der Frist für die Einreichung des finalen Angebots an einer hinreichenden Rüge.

Wesentlicher Sinn der Rügeobliegenheit ist es, dem öffentlichen Auftraggeber eine Abhilfe zu ermöglichen und hierdurch unnötige Vergabenachprüfungsverfahren zu vermeiden (Beck'scher Vergaberechtskommentar-Horn/Hofmann, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rn. 41). Damit aber muss die Rüge jedenfalls so bestimmt gefasst sein, dass der Vergabestelle klar wird, welches konkrete Tun oder Unterlassen ihrerseits von dem jeweiligen Bieter denn für rechtswidrig gehalten wird (Horn/Hofmann a.a.O., Rn. 70).

Diesen Anforderungen wird insbesondere die im Nachprüfungsantrag (dort Rnrn. 25/26) enthaltene allgemeine Rüge nicht gerecht - allein der Hinweis, dass die Besonderen Leistungen durchweg nicht hinreichend klar beschreiben worden seien, genügt nicht, um dem Auftraggeber zu verdeutlichen, was die Antragstellerin von ihm erwartet hätte. Dass tatsächlich eine konkrete und aussagekräftige Formulierung der fraglichen Rüge möglich gewesen wäre, zeigt das Vorbringen der Antragstellerin zu Rnrn. 28 - 62 des Nachprüfungsantrags, in denen für einzelne Besondere Leistungen immerhin ansatzweise dargetan wird, welche inhaltlichen Eingrenzungen denn nach Auffassung der Antragstellerin möglich und sachdienlich gewesen wären (vgl. zu einem ganz ähnlich gelagerten Sachverhalt: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. Juli 2014 - **15 Verg 4/14**).

Gleiches gilt für die völlig unsubstantiierte Rüge (Rn. 66/67 des Nachprüfungsantrags vom 8. April 2022) zur nicht hinreichenden Beschreibung der BIM-Leistungen und ebenso für die beiden "beispielhaft" beanstandeten "optionalen besonderen Leistungen", die keine Abfrage Angebote Dritter zuließen, denn auch insoweit wird erneut nur ganz allgemein darauf Bezug genommen, dass die "nachgefragten Leistungen nicht im Ansatz ausreichend beschrieben" seien (a.a.O., Rn. 64/65).

Auch die von der Antragstellerin mit dem ersten indikativen Angebot eingereichten "Anmerkungen zum Vertrag" (Ordner 14 der Vergabeakte, Dokument 1926-31..., dort Punkt 22) sind insoweit nicht spezifischer formuliert, auch dort wird nur ganz allgemein angemerkt, dass die optionalen besonderen Leistungen nicht näher beschrieben seien - auch dies genügt, wenn man denn hierin bereits eine Rüge im Sinne des Vergaberechts sehen wollte, den Anforderungen nicht.

b) Hinsichtlich der von der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag in wohl hinreichend substantiiert Form gerügten fehlenden Konkretisierung einzelner optionaler Besonderer Leistungen (Nachprüfungsantrag Rnrn. 28 - 62) besteht keine Antragsbefugnis der Antragstellerin.

Zur Antragsbefugnis ist seitens des Antragstellers schlüssig darzulegen, dass gerade der gerügte Verstoß gegen das Vergaberecht seine Aussichten auf Erteilung des Zuschlags beeinträchtigt haben kann (Beck'scher Vergaberechtskommentar-Horn/Hofmann, a.a.O., § 160, Rn. 33).

Daran fehlt es vorliegend. Die in möglicherweise hinreichend substantiiert Form als zu unbestimmt beschrieben gerügten "Optionalen Besonderen Leistungen" hat die Antragstellerin in ihrem finalen Angebot wie folgt bepreist:

"Optionale Besondere Leistungen in der Objektplanung gem. § 33 HOAI"

LP 1

"technische Substanzerkennung" - Euro 160.000

"Fortschreiben und Anpassen des Betriebsorganisationskonzepts" - Euro 80.000

LP 2

"Untersuchen alternativer Lösungsansätze nach verschiedenen Anforderungen einschließlich Kostenbewertung (Pauschale für 3 Untersuchungen)" - Euro 1.000.000

"Ergänzen der Vorplanungsunterlagen auf Grund besonderer Anforderungen" - Euro 80.000

"Anfertigen von Präsentationshilfen" - Euro 40.000

LP 3

"Analyse der Alternativen/Varianten und Wertung mit Kostenuntersuchung (Optimierung)" - Euro 500.000

LP 5

"Möblierungsplan mit Aufnahme des Bestandsmobiliars" - Euro 500.000

LP 7

"Mitwirken an der Prüfung von bauwirtschaftlich begründeten Nachtragsangeboten (Pauschale für 5 Nachträge)" - Euro 410.000

"Aufstellen, Prüfen und Werten von Preisspiegeln nach besonderen Anforderungen" - Euro 80.000

LP 8

"Aufstellen, Überwachen und Fortschreiben von differenzierten Zeit-, Kosten- oder Kapazitätsplänen" - Euro 160.000

LP 9

"Erstellen einer Gebäudebestandsdokumentation" - Euro 2.000.000

"Aufstellen von Ausrüstungs- und Inventarverzeichnis" - Euro 320.000

"Erstellen eines Instandhaltungskonzepts" - Euro 80.000

"Optionale Besondere Leistungen in der Freianlagenplanung gem. § 38 HOAI"

LP 2

"Erarbeiten von Unterlagen für besondere technische Prüfverfahren (Pauschale für 3 Prüfverfahren)" - Euro 23.313,14 LP 3

"Erarbeiten besonderer Darstellungen zum Beispiel Modelle, Perspektiven, Animationen" - Euro 23.313,14

LP 4

"Erstellen von Rodungs- und Baumfällanträgen" - Euro 34.969,71

LP 8

"Erstellen einer Freianlagenbestandsdokumentation" - Euro 46.626,28

In der Summe hat die Antragstellerin diese Leistungen folglich mit insgesamt Euro 5.514.911,13 bepreist, in der Endsumme des finalen Angebots (da jeweils für GU-Vergabe und Einzelgewerksvergabe angesetzt) also mit Euro 11.029.822,26.

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass diese Ansätze sachgerecht, die weit niedrigeren Ansätze der beiden Mitbewerber insoweit fehlerhaft und daher um den Betrag von Euro 11.029.822,26 höher hätten liegen müssen, so würde sich gleichwohl nichts daran ändern, dass im Rahmen der Bewertung der Angebote die Antragstellerin in der Kategorie "Honorarangebot" keine Punkte erhalten hätte, da ihr Angebot immer noch (weit) mehr als doppelt so hoch ausgefallen wäre, wie Gebote der Mitbewerber.

Dieser - behauptete - Mangel der Vergabeunterlagen hat sich damit auf die konkreten Zuschlagschancen der Antragstellerin nicht ausgewirkt, der Antragsstellerin fehlt insoweit die Antragsbefugnis gem. § 160 Abs. 2 GWB.

Schon hier zeigt sich, dass im Kern des Streits der Parteien nicht die behauptete Unbestimmtheit der Ausschreibungsunterlagen steht, sondern vielmehr der - für die Bepunktung im Bereich "Honorar" ausschlaggebende - von der Antragstellerin angesetzte, mit unstreitig mehr als 90% sehr hohe Risikozuschlag, der sich jedoch gerade nicht aus irgendwelchen Unbestimmtheiten, sondern vielmehr aus der Einschätzung der Antragstellerin zum zu geringen Ansatz des Budgets des Gesamtvorhabens mit Euro 425.000.000 und den sich ihrer Auffassung nach hieraus folgenden Haftungsrisiken ergibt (dazu im einzelnen s.u.).

2.) Soweit die Antragstellerin rügt, die "alternative" Ausschreibung der Planungsleistungen sowohl für den Fall der Einzelgewerksvergabe als auch für den Fall der Vergabe des Bauauftrags an einen Generalunternehmer sei unzulässig, da damit die Leistungsbeschreibung nicht "eindeutig" im Sinne des § 121 GWB sei, dringt sie mit dieser Rüge nicht durch.

a) Diese Rüge der Antragstellerin ist entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht schon gem. § 160 Abs. 3 GWB präkludiert.

Allerdings liegt eine Präklusion nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB nicht ganz fern - die Anforderung der Antragsgegnerin, Preisblätter sowohl für den Fall der Einzelgewerks- als auch der Generalunternehmer-(GU)-Vergabe einzureichen, findet sich bereits in der ursprünglichen Veröffentlichung, insbesondere in Ziffer 1.4. des Vertragsentwurfs; das Problem der "alternativen" Vergabe wurde in der Folge auch mehrfach angesprochen, namentlich von der Antragstellerin in der Skype-Konferenz vom 7. Dezember 2021 thematisiert, bei der die Antragstellerin zudem anwaltlich vertreten war. Dies legt schon sehr nahe, dass die Antragstellerin - zumal sie in der gerügten "alternativen Vergabe" einen ganz gravierenden Verstoß gegen § 121 GWB sieht - diesen Mangel schon weit vor Anbringung ihrer Rüge vom 28. Dezember 2022, jedenfalls aber am 7. Dezember 2022 erkannt haben dürfte. Letztlich genügt dies aber noch nicht, um eine positive Kenntnis des gerügten Verstoßes anzunehmen: Denn diskutiert wurde zwischen den Parteien nicht die Frage der "alternativen Vergabe" an sich, sondern dass der Vertrag und die Kostenobergrenze von Euro 425.000.000 den deutlich höheren Kosten bei GU-Vergabe nicht genügen würden (so insbesondere Ziffer 3 des Protokolls der online-Konferenz vom 7. Dezember 2021); das Problem wurde also zwar erkannt, aber es wurde trotz anwaltlicher Beratung nicht im Hinblick auf die grundsätzliche Zulässigkeit, sondern vielmehr als Problem der Auskömmlichkeit der Kostenschätzung

angesprochen.

Eine Präklusion mit Rücksicht auf die - gerade für eine anwaltlich vertretene Bieterin - sicherlich gegebene Erkennbarkeit des Verstoßes nach Maßgabe der § 160 Abs. 3 Nrn. 2 und 3 GWB kommt vorliegend nicht in Betracht, da die Rüge vom 28. Dezember 2022 noch vor der Aufforderung der Antragsgegnerin zur Abgabe des finalen Angebotes erhoben wurde; an die Aufforderung zur Abgabe des ersten indikativen Angebotes bzw. das Verstreichen der hierfür gesetzten Frist kann nach Auffassung des Senats in der konkreten Situation des hier laufenden Verhandlungsverfahrens nicht angeknüpft werden - bei noch laufenden Verhandlungen, bei denen die alternative Vergabe immerhin (wenn auch unter einem anderen Ansatzpunkt) eine Rolle spielte, konnte die Antragstellerin vertretbar annehmen, dass es ihr noch gelingen mochte, diesen aus ihrer Sicht problematischen Punkt "wegzuverhandeln".

b) Diese Rüge ist jedoch inhaltlich unbegründet, die Vorgabe der Antragsgegnerin, dass sowohl für den Fall der Einzelgewerks- als auch für den Fall der GU-Vergabe zu bieten war und sie sich vorbehielt, die konkrete Vergabestrategie erst weit nach Auftragsvergabe an die Planer, nämlich nach Abschluss der Leistungsphase 4 festzulegen, führte nach den konkreten Gegebenheiten des vorliegenden Verhandlungsverfahrens nicht zu einem Verstoß gegen das Gebot der hinreichenden Bestimmtheit und Transparenz der Leistungsbeschreibung im Sinne des § 121 GWB.

Die vorliegend von der Antragsgegnerin gewählte Form der "alternativen" Ausschreibung weist Ähnlichkeiten zur in der Rechtsprechung vielfach diskutierten Ausschreibung sog. "Wahlpositionen" auf.

Als Wahlpositionen werden in der Rechtsprechung der Vergabesenate - gesetzlich geregelt ist hier nichts - solche Leistungspositionen bezeichnet, hinsichtlich derer der Auftraggeber sich noch nicht festgelegt hat, sondern mehrere Alternativen der Leistungserbringung ausschreibt, von denen er erst nach Kenntnisnahme der Angebotsinhalte eine Alternative für die Zuschlagserteilung auswählt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Mai 2019 - **Verg 61/18**; OLG München, Beschluss vom 22. Oktober 2015 - **Verg 5/15**). Vorliegend möchte sich die Antragsgegnerin die für die Auftragnehmer verbindliche Entscheidung über die Einzelgewerks / GU-Vergabe sogar bis zum Abschluss der Leistungsphasen 1 bis 3 gemäß HOAI oder noch darüber hinaus, also offenbar erst geraume Zeit nach Zuschlagserteilung, offenhalten.

Dies steht der Beurteilung als Wahlposition für sich genommen aber noch nicht entgegen (OLG Düsseldorf, a.a.O.), alternativ wird für noch bis nach Zuschlagserteilung offen bleibende Auftragsinhalte stattdessen auch von Bedarfs- oder Eventualpositionen gesprochen (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, 2. Aufl. 2019, § 31 Rn. 19).

Die rechtliche Problematik von Wahlpositionen wird von der Rechtsprechung insbesondere an § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB, nämlich das Erfordernis der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, angeknüpft (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2011 - **Verg 58/10**). Darüber hinaus soll durch sie zugleich das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB berührt werden (a.a.O.), da die Zuschlagserteilung erst nach Kenntnisnahme der konkurrierenden Angebote zumindest dann, wenn die Bewerber bezogen auf die fraglichen Wahlpositionen hinsichtlich der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung oder der sonst maßgeblichen Zuschlagskriterien nicht ohnehin in einem identischen Rangverhältnis stehen, Raum dafür lässt, über die (erst) jetzt als verbindlich festgelegten Wahlpositionen die Zuschlagserteilung zu steuern.

Tatsächlich war die hier erfolgte alternative Ausschreibung jedoch nicht geeignet, eine vergaberechtlich unzulässige Unsicherheit in das Vergabeverfahren hineinzutragen und hat dies tatsächlich vorliegend auch nicht getan.

Allerdings war für die Bieter nicht vorhersehbar, welche der beiden anzubietenden Varianten letztlich von ihnen erbracht werden müsse.

Allein dieser Umstand hat sie jedoch, jedenfalls was das jeweilige Leistungsprogramm und die Kalkulierbarkeit ihrer Angebote angeht, keinerlei Unsicherheit ausgesetzt: Auch die Antragstellerin bringt nicht vor, dass sie nicht in der Lage gewesen wäre, zu erkennen, worin in beiden Varianten ihre Grundleistungen (zu den Rügen bezüglich der optionalen Besonderen Leistungen s.o.) bestehen würden, und diese zu kalkulieren - tatsächlich hat sie in allen ihren Angeboten die jeweiligen Grundleistungen in den einzelnen Leistungsphasen bepreisen können. Dies wird sehr deutlich in den Anmerkungen der Antragstellerin zu ihrem ersten indikativen Angebot (Dokument 1926-21...): Dort ist mehrfach davon die Rede, dass die GU-Vergabe teurer sei, was nicht berücksichtigt werde, obwohl das Budget von Euro 425.000.000 aus dem 2. Quartal 2019 doch bereits überholt sei (a.a.O., Punkte 1 - 3) - Bedenken, dass die alternative Ausschreibung irgendwelche inhaltlichen Fragen aufwerfe, werden gerade nicht vorgebracht.

Welche Leistungen in den beiden Varianten gefordert würden, war ihr offenkundig klar, ihr Bedenken lag vielmehr darin begründet, dass sie das angesetzte Budget für nicht auskömmlich hielt und sie der Auffassung war, dass sich das hieraus folgende Risiko für die Leistungserbringung im Falle der GU-Vergabe - wegen des zu erwartenden GU-Zuschlags - noch weiter verschärfen würde.

Tatsächlich resultierte aber auch dieses Bedenken der Antragstellerin hinsichtlich der nicht gegebenen Auskömmlichkeit des Budgets gerade nicht - jedenfalls nicht in erster Linie - aus dem Umstand, dass sie (auch) mit einer GU-Vergabe rechnen musste.

Wie schon ausgeführt, kalkulierte die Antragstellerin in ihrem finalen Angebot mit einem Risikozuschlag von mehr als 90%. Selbst wenn man der - streitigen - Angabe der Antragstellerin folgen würde, wonach ein Generalunternehmerzuschlag sich auf bis zu 30% belaufen könne, kann dies ganz offenkundig den tatsächlich angesetzten Risikozuschlag nicht rechtfertigen.

Damit hat die Antragstellerin schon nicht dargelegt, dass vorliegend gerade die Ausschreibung alternativer Vergabestrategien tatsächlich eine inhaltliche Intransparenz der Ausschreibung bedingt habe.

Zudem ist hinsichtlich dieser Rüge der Antragstellerin zu berücksichtigen, dass das Transparenzgebot aus § 97 Abs. 1 S. 1 GWB, hier in seiner Ausprägung gem. § 121 GWB, kein Selbstzweck, sondern immer unter Berücksichtigung des primären Zwecks des Vergaberechts anzuwenden ist, der darin besteht, eine Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen und eine Vergabe von Aufträgen unter Anwendung sachfremder Erwägungen zu verhindern.

Die Ausschreibung von "Wahlpositionen" kann insoweit problematisch sein, wenn sie geeignet ist, dem Auftraggeber insoweit Manipulationsmöglichkeiten zu eröffnen, indem er durch die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Wahlposition steuern kann - insbesondere dann, wenn Gebote im Übrigen nahe bei einander liegen -, welcher Bieter zum Zuge kommt (vgl. ausdrücklich: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Mai 2019 - **Verg 61/18**, Rn. 48:

"Die Aufnahme von Wahlpositionen in das Leistungsverzeichnis ist nicht grundsätzlich vergaberechtlich unstatthaft. Zwar tangiert sie die Bestimmtheit und Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung und überdies die Transparenz des Vergabeverfahrens, denn sie ermöglicht dem öffentlichen Auftraggeber, durch seine Entscheidung für oder gegen eine Wahlposition das Wertungsergebnis aus vergaberechtsfremden Erwägungen zu beeinflussen";

ebenso: Beck'scher Vergaberechtskommentar-Opitz, a.a.O., § 127 GWB, Rn. 55, mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

Diese Gefahr aber ist vorliegend gerade ganz offenkundig nicht gegeben: Zum einen erfolgt die Bewertung zu den Honoraransätzen der Bieter auf Basis der addierten für die Einzelgewerks- bzw. GU-Vergabe veranschlagten Preise (s. die eingereichten Preisblätter Ordner 14 der Vergabeakte, sowie Auswertung derselben, Ordner 28, Dokument 22...). Zum anderen kommt vorliegend eine derartige Manipulation von vornherein nicht in Betracht, da nach den Ausschreibungsunterlagen die Wahl der Vergabestrategie durch den Auftraggeber erst weit nach Auftragserteilung (nämlich nach Abschluss der Leistungsphase 3 oder noch später) erfolgen sollte.

Auf die Frage, ob die Ausschreibung der in Rede stehenden Wahlpositionen hier - wie die Antragsgegnerin meint - dadurch zu rechtfertigen ist, dass erst im Anschluss an die mehrjährige Planungsphase bis zur Leistungsphase 3 beurteilt werden könne, welche Ausführungsvariante dann insbesondere wirtschaftlich vorteilhaft sei und ihr daher die Möglichkeit verbleiben müsse, auf die Entwicklungen auf dem hochvolatilen Markt für Bauleistungen zu reagieren - was gerade bei einem Großprojekt wie dem vorliegenden mit mehrjährigem planerischen Vorlauf nicht fernliegend erscheint - kommt es damit nicht mehr entscheidend an.

3.) Auch soweit die Antragstellerin sich mit dem Nachprüfungsantrag gegen den Vertragsentwurf wendet, da die in diesem enthaltene Kostenvorgabe von Euro 425.000.000 für die Erstellung des Bauprojektes mit den zugleich formulierten inhaltlichen Planungszielen unvereinbar sei (Rnrn. 72 - 75 des Nachprüfungsantrags), dringt ihr Rechtsbehelf nicht durch.

Ausgangspunkt der vergaberechtlichen Beurteilung muss insoweit der Grundsatz sein, dass die Budgethoheit beim Auftraggeber liegt, letztlich (und auch haushaltsrechtlich zwingend) kann nur er die Frage beantworten, welche Mittel für die Deckung eines bestimmten Bedarfs eingesetzt werden können - ein (was die Antragstellerin hier annimmt) gemessen an dem formulierten Bedarf objektiv zu geringer Ansatz wird vergaberechtlich nur dann zum Problem, wenn das Budget so niedrig gegriffen wird, dass ein Großteil der potentiellen Leistungserbringer als Bieter ausscheidet (Beck'scher Vergaberechtskommentar-Dörr, 3. Aufl. 2017, § 97 Abs. 1, Rn. 15; OLG Koblenz, Beschluss vom 4. Februar 2014 - **1 Verg 7/13**:

*"Die Festlegung einer Kostenobergrenze - auch wie hier als Ausschlusskriterium - ist grundsätzlich zulässig (siehe Wiedemann in: Kulartz/Marx/Portz/ Prieß, VOL/A, § 16 Rn. 279), auch weil der Auftraggeber damit offenlegt, wo die Grenze der Machbarkeit der Beschaffung erreicht ist. Etwas anderes mag gelten, wenn auf einem Markt mit nur wenigen potentiellen Nachfragern ein Auftraggeber seine Stellung missbraucht, um eine Ware oder Leistung unter Marktpreis einzukaufen, oder wenn die Kostenobergrenze bei Beschaffungen, auf die der Auftraggeber nicht verzichten kann, so niedrig angesetzt ist, dass ein Großteil der potentiellen Leistungserbringer als Bieter ausscheidet (siehe auch OLG Düsseldorf v. 19.10.2011 - **Verg 54/11** -").*

So verhält es sich vorliegend jedoch offenkundig nicht - allerdings wirkt sich das begrenzte Bau-Budget auf das Gebot der Antragstellerin aus, da es als Grundlage der Honorarberechnung dient und die Antragstellerin sich wegen der nach ihrer Auffassung unabsehbaren Risiken genötigt sah, mit einem Aufschlag von mehr als 90% zu rechnen. Die beiden anderen Bieter haben ihren Angeboten jedoch dieses begrenzte Budget zugrunde gelegt, ohne es zu beanstanden.

Zudem existiert ein Verbot, dem Auftragnehmer im Vertrag Wagnisse, auch erhebliche Wagnisse, aufzuerlegen, im Vergaberecht gerade nicht, insbesondere ist es nicht unzulässig, dem Auftragnehmer auch solche Risiken aufzubürden, die nach dem gesetzlichen Leitbild grundsätzlich den Auftraggeber treffen (Ziekow/Völlink-Trutzel, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 31 VgV, Rn. 30, mit

zahlreichen weiteren Nachweisen), vielmehr kann dies jedenfalls bis zur Grenze der Unzumutbarkeit geschehen (Trutzel a.a.O., Rn. 31).

Ob vor diesem Hintergrund - wie die Antragstellerin meint - die Regelung der Ziffern 1.2. des Vertrags, wonach die Budgetvorgabe "bestmöglich abgebildet werden" solle und der Ziffer 3.1.2.1 des Vertrags, wonach es Pflicht des Auftragnehmers ist, "alles zu tun ... um (die Einhaltung der Programmkosten) zu erreichen", überhaupt zu einer relevanten und vergaberechtlich zu beanstandenden Widersprüchlichkeit und damit Intransparenz des Vertrags führen kann (so Nachprüfungsantrag Rn. 71), kann dahinstehen. Denn tatsächlich ist im abgeänderten Vertragsentwurf (Ordner 19 der Vergabeakte, Dokument 2-2...) dem zwischen den Parteien unstreitigen Umstand, dass das Budget von Euro 425.000.000 möglicherweise (oder sogar wahrscheinlich) nicht genügen wird, hinreichend Rechnung getragen. Denn die strikte - und vielleicht im o.g. Sinne "unzumutbare" - starre Kostengrenze, wie sie in § 1, Ziffer 1.2 des ursprünglichen Vertragsentwurfs vorgesehen war, ist nach den neugefassten Regelungen durch ein durchaus flexibles System ersetzt worden, innerhalb dessen der jeweilige Auftragnehmer auf die etwaige Unauskömmlichkeit des Budgets reagieren kann und die Auftraggeberin verpflichtet wird, hierauf angemessen zu reagieren. Soweit die Antragstellerin diese Formulierungen beanstandet, da sie es letztlich ins Belieben des Auftraggebers stellten, welche Lösungen akzeptabel seien, ist dem nicht zu folgen: Zum einen ist erneut darauf zu verweisen, dass die Überbürdung von Risiken durchaus zulässig ist, zum anderen und vor allem aber ist durch die in den endgültigen Vertragsentwurf eingefügten Regelungen klargestellt, dass die Auftraggeberin sich vernünftigen und sachgerechten Vorschlägen des Planers zur Reduzierung von Quantitäten und/oder Qualitäten gerade nicht verweigern kann: Ob Vorschläge "geeignet" und wie sie in "Abstimmung der Parteien in die Planung zu integrieren" sind (§ 3, Ziffer 3.1.2.1 des Vertrags) steht hiernach gerade nicht im freien Belieben der Auftraggeberin, vielmehr ist diese gerade unter Berücksichtigung der Regelung in § 1, Ziffer 1.2., 3. Absatz des Vertrags verpflichtet, "partnerschaftlich", also letztlich nach Maßgabe von Treu und Glauben, an der Erarbeitung einer Lösung mitzuwirken. Dass die Parteien insoweit ggf. verschiedener Auffassung sein können und es daher nötig werden könnte, die Angemessenheit einer Lösung streitig zu klären, stellt kein unzumutbares Risiko dar, sondern ist jedem Austauschvertrag immanent.

4.) Soweit die Antragstellerin sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen den Wertungsprozess der Antragsgegnerin wendet, dringen ihre insoweit unproblematisch zulässigen, insbesondere nicht präkludierten Rügen in einem Punkt durch.

a) Nicht zu folgen ist insoweit allerdings dem Ansatz der Vergabekammer, die sich in diesem Zusammenhang vor allem daran stört, dass die Ableitung der jeweiligen Punktwerte aus den "+", "-", "0"-Zeichen in den Blättern 2 bis 6 der Anlage zum Bewertungsprotokoll nicht nachvollziehbar sei.

Das von der Vergabekammer insoweit angenommene arithmetische System der Punktvergabe (bei dem dann "+", "-", "0"-Wertungen in irgendeiner Weise zu verrechnen gewesen wären) existierte tatsächlich nicht. Den entsprechenden Ausführungen des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 2. Dezember 2022 (Sitzungsprotokoll Seite 8 oben) ist auch die Antragstellerin mit ihrer Stellungnahme vom 10. Januar 2023 nicht mehr entgegengetreten.

Die fraglichen, jeweils neben den zu dem jeweiligen Bieter je Merkmal verfassten Text gesetzten Zeichen (0/+/-) bringen vielmehr anschaulich zum Ausdruck, welche Wertung das Gremium zu dem jeweiligen Bewertungspunkt in der Tendenz getroffen hat und beziehen sich - wie im Bieterleitfaden, dort Seite 5, auch vorgesehen - auf das mit jeweils zehn Punkten bewertete beste Angebot.

Die in der Anlage zum Bewertungsprotokoll entsprechend den Vorgaben der veröffentlichten

Bewertungsmatrix zu jedem einzelnen Bewertungsmerkmal aufgenommenen Texte lassen die Bepunktung entgegen der Argumentation der Antragstellerin auch durchaus nachvollziehbar erscheinen: Beispielfhaft sei auf das Merkmal 2a verwiesen, für das das Angebot der Antragstellerin mit einem "-" versehen wurde: Dem Langtext in Spalte 2 der Matrix lässt sich durchaus entnehmen, weshalb eine kritische Wertung vorgenommen wurde - so findet sich die Aussage, dass eine Aufteilung unter die drei Architekturbüros, die sich zur Antragstellerin verbunden haben, nach Funktionsbereichen und Schwerpunkten erfolgen soll, dass hierdurch die Aufbauorganisation und Aufgabenverteilung wenig nachvollziehbar wäre, im Organigramm ein weiterer Nachunternehmer ohne Spezifizierung genannt werde, das Thema BIM fehle und im Organigramm keine eindeutige Zuordnung und Planungsverantwortung wiedergespiegelt werde. Dass dieser "Langtext" das Setzen eines "-" rechtfertigte, leuchtet jedem Leser der Matrix ohne weiteres ein.

Gleiches gilt bei genauer Betrachtung auch zur von der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz im Verfahren vor der Vergabekammer vom 15. Juni 2022 (dort ab Rn. 41) gerügten Bewertung zu Ziffer 2c der Matrix: Gerade bei der gebotenen Zusammenschau mit Kriterium 2a, zu dem offenbar unklare Kompetenzzuweisungen zum Punktabzug geführt haben, ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass auch die Benennung zweier stellvertretender Projektleiter (ohne Kompetenzabgrenzung) zu einem Punktabzug führen kann - und zwar auch bei absoluter Betrachtung und ohne dass es hierzu nötig wäre, auf den (möglicherweise klareren) Inhalt der Gebote der beiden anderen Bieter zu diesem Punkt abstellen zu müssen. Insoweit kann - anders die Antragstellerin (Rn. 46/47 ihres Schriftsatzes vom 15. Juni 2022) meint - auch nicht die Rede davon sein, dass die Antragsgegnerin insoweit offenbar willkürlich, nämlich nur basierend auf einem "bloßen Gefühl" gewertet habe.

Sicher ist der Antragstellerin zuzugeben, dass die Bewertung für sie noch transparenter und nachvollziehbarer wäre, wenn auch die Texte und Bewertungen der anderen Bieter eingesehen werden könnten. Dies aber ist offenkundig ohne Offenlegung wesentlicher Teile der Gebote der beiden anderen Bieter nicht möglich und nach Auffassung des Senats auch nicht geboten, da die Wertungen zur Antragstellerin im Rahmen der Matrix, also das Setzen von "0", "+" oder "-", auch ohne dies hinreichend jeweils nachvollziehbar sind. Dies gilt jedenfalls bei der gebotenen Zusammenschau dieser Einzelbewertungen mit der "Zusammenfassenden Beurteilung" ab Seite 7 der Anlage zum Bewertungsprotokoll, die handgreiflich verdeutlicht, weshalb jeweils "-"-Zeichen gesetzt wurden und wie sich die einzelnen Defizite konkret auf die Wertung ausgewirkt haben.

Dass die Antragsgegnerin bzw. das von ihr eingesetzte Auswahlgremium die ihr insoweit im Rahmen des § 58 Abs. 3 VgV zuzumessenden subjektiven Beurteilungsspielräume (OLG Celle, Beschluss vom 12. Januar 2012 - **13 Verg 8/11**; OLG München, Beschluss vom 7. April 2011 - **Verg 5/11**) überschritten hätte, lässt sich danach nicht feststellen.

b) Begründet ist allerdings die Rüge der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin entgegen ihrer Aufforderung zur finalen Angebotsabgabe vom 14. Dezember 2021 (Ordner 19 der Vergabeakte, Dokument 1-21...) im Rahmen der Wertung nicht nur die Inhalte der schriftlichen Gebote der Bieter berücksichtigt, sondern vielmehr in unzulässiger Weise auch Inhalte aus den mündlichen Präsentationen bzw. Verhandlungen im Rahmen der Wertung berücksichtigt habe.

Tatsächlich finden sich bei der Bewertung des Angebots der Antragstellerin zu den Kriterien 2a, 2b, 2c und 3d Hinweise auf im Termin gewonnene (oder auch nicht gewonnene) Informationen, noch vereinzelter findet sich Ähnliches auch hinsichtlich der beiden anderen Bieter.

Dass es sich insoweit - so die Antragsgegnerin - nur um zulässige Erläuterungen der schriftlichen Unterlagen anhand von Erkenntnissen aus dem Termin handele und nicht um echte Bestandteile der Wertung, vermag der Senat nicht zu erkennen: Z.B. die Aussage zu Punkt 2a "Im Termin wurde dies zwar benannt, aber nicht hinreichend erläutert", bezieht sich zwar in der Tat auf die unmittelbar zuvor

stehende Wertung, wonach "Aufbauorganisation und Aufgabenverteilung im Projekt wenig nachvollziehbar" seien. Schon rein sprachlich kann hier jedoch von einer bloßen Erläuterung nicht die Rede sein, vielmehr legt die Formulierung nahe, dass die Bieterin nicht in der Lage gewesen sei, die auftraggeberseits insoweit im Termin formulierten Bedenken auszuräumen - ein ganz eindeutig negativer Punkt, indem dem Bieter (jedenfalls ist dies ein naheliegendes Verständnis der Passage) gewissermaßen vorgehalten wird, dass er nicht einmal bei Konfrontation mit dem Problem angemessen reagiert habe.

Da nach dem Inhalt des Schreibens vom 14. Dezember 2021 die Bewertung auch von Erkenntnissen aus den mündlichen Terminen nicht zulässig war und der Senat nicht ausschließen kann, dass solche Erkenntnisse zum Nachteil der Antragstellerin bewertet wurden, liegt insoweit ein erheblicher Verfahrensfehler vor, dem durch Rückversetzung des Verfahrens in das Stadium vor Vollzug der Wertung hinreichend abgeholfen werden kann.

5.) Der von Seiten der Antragstellerin gerügte Verstoß gegen § 17 Abs. 10 VgV liegt nicht vor.

Die Bieter hatten vorliegend keinen Anspruch auf eine zweite Verhandlungsrunde.

Der Auftraggeber hat bei der Ausgestaltung des Verhandlungsverfahrens einen weiten Ermessensspielraum; insbesondere liegt in seinem Ermessen, wie viele Verhandlungs- und Angebotsrunden es gibt, wobei er diese Entscheidung auch in Abhängigkeit vom Ablauf des bisherigen Verfahrens treffen kann, solange er die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung beachtet (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dieckmann, VgV/UVgO, 3. Aufl. 2022, § 17 VgV, Rn. 17; Beck'scher Vergaberechtskommentar-Dörn, 3. Aufl. 2019, § 17 VgV, Rn. 25/26).

Mit der Aufforderung zum finalen Angebot hat die Antragsgegnerin hier deutlich und für alle drei Bieter hinreichend transparent zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht mehr verhandeln will.

6.) Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 175 Abs. 2 i.V.m. 71 GWB, die angeordnete Quote entspricht der Billigkeit, da die Beschwerde der Antragsgegnerin weit überwiegend Erfolg hat.

Der Gegenstandswert war gem. § 50 Abs. 2 GKG anhand der realistischen Schätzung des Bruttoauftragswerts durch die Antragsgegnerin in ihrer Beschwerdeschrift auf Euro 1.338.035,30 festzusetzen; die Zuziehung von Prozessbevollmächtigten war für beide Parteien notwendig.

Über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer wird diese unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden haben.