
Datum:	14.10.2020
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	Vergabesenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	Verg 36/19
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2020:1014.VERG36.19.00

Tenor:

Der Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 30.09.2019 (VK 31/19-L) wird mit Ausnahme von Ziffer 4 des Tenors aufgehoben.

Der Antragsgegnerin wird bis zu einer fehlerfreien Wiederholung der Wertungsentscheidung untersagt, in dem Vergabeverfahren „Dienstleistungen von Architektur- und Ingenieurbüros sowie planungsbezogene Leistungen“, EU-Bekanntmachung 2018/S 090-203580 vom 12.05.2018, den Zuschlag zu erteilen.

Die weitergehende sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Beschwerdeverfahrens, ausgenommen die ausscheidbaren gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB, welche die Antragsgegnerin alleine trägt, haben die Antragstellerin 20 % und die Antragsgegnerin und die Beigeladene jeweils 40 % zu tragen.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene als Gesamtschuldner zu tragen, wobei sich der Kostenanteil der Beigeladenen im Außenverhältnis auf die Hälfte reduziert. Die der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene jeweils zur Hälfte zu tragen.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer war für die Antragstellerin notwendig.

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 12.05.2018 schrieb die Antragsgegnerin die Vergabe der Gründung einer Planungs- und Baugesellschaft mit einem privaten Partner im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb europaweit aus (Bekanntmachungsnummer 2018/S 090-203580).

Der Auftrag war unter Ziffer II.1.4) der Bekanntmachung wie folgt beschrieben:

„Es soll eine privatrechtliche Gesellschaft gegründet werden, die sich mit der Planung, dem Bau und gegebenenfalls, sofern ein entsprechender Beschluss des Stadtrats zu einem späteren Zeitpunkt gefasst werden sollte, dem Unterhalt und dem Betrieb von städtischen Gebäuden, insbesondere Schulgebäuden, beschäftigen sowie gegebenenfalls die Stellung als Eigentümer und Besitzer einnehmen soll. An der Gesellschaft sollen die Stadt L. als Mehrheitsgesellschafter und der Auftragnehmer als Minderheitsgesellschafter beteiligt sein.“

Die Antragsgegnerin, die dringenden Handlungsbedarf für Bau- und Sanierungsmaßnahmen mit einem geschätzten Aufwand von 150 Millionen Euro an städtischen Gebäuden sah, versprach sich von der Gründung einer Planungs- und Baugesellschaft mit einem privaten Partner, die geplanten Maßnahmen schneller und kostengünstiger umsetzen und sanierte Gebäude wirtschaftlicher betreiben zu können.

Die zu gründende Gesellschaft sollte ausweislich der Angaben unter Ziffer 3 der Leistungsbeschreibung für die von der Antragsgegnerin geplanten „Bau- und Sanierungsmaßnahmen insbesondere die vorbereitenden Kostenschätzungen und Maßnahmenbeschreibungen sowie sämtliche für die spätere Durchführung erforderlichen Planungs- und Ingenieurleistungen erbringen“. Mit der Ausschreibung sollte noch nicht die Beauftragung bestimmter Projekte verbunden sein. In einer „Projektliste“ auf Seite 4 der Leistungsbeschreibung waren jedoch zwölf dringliche Bauvorhaben genannt, die von der zu gründenden Planungs- und Baugesellschaft zunächst umgesetzt werden sollten.

Vor Auftragsbekanntmachung hatte die Antragsgegnerin die Beigeladene in den Jahren 2016 bis 2018 mit Beratungsleistungen beauftragt, in deren Rahmen die Beigeladene auch Informationen über etwaige Maßnahmen an Schulen erhielt, die sich auf der Projektliste befinden. Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist streitig, ob sich hieraus für das Vergabeverfahren Informationsvorsprünge der Beigeladenen gegenüber der Antragstellerin ergeben haben.

Die Antragstellerin und die Beigeladene beteiligten sich beide erfolgreich am Teilnahmewettbewerb. Aus den dem Teilnahmeantrag der Beigeladenen beigefügten Unterlagen ergab sich, dass es sich bei ihr um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt, deren alleinige Gesellschafterin die Universitätsklinik N. ist. Ihr Unternehmensgegenstand war ausweislich des dem Teilnahmeantrag beigefügten Handelsregisterauszugs „die Übernahme von Bauherrenaufgaben und der Betrieb sowie die Verwaltung von Liegenschaften“. Die Antragsgegnerin bat die Beigeladene und die Universitätsklinik N. um eine schriftliche Bestätigung, dass die Beigeladene auch außerhalb des Gesundheitsbereichs im Rahmen der ausgeschriebenen Beteiligung an der zu gründenden Planungs- und Baugesellschaft tätig werden dürfe. Die Beigeladene bestätigte dies unter dem 21.09.2018. Das Universitätsklinikum N. erklärte mit Schreiben vom

19.09.2018, „dass die Satzung der [Beigeladenen] eine derartige Beteiligung an einer gemeinsamen Gesellschaft mit der Stadt L. zulässt und dies auch gilt, wenn es sich bei den Bauaufgaben nicht um solche des Universitätsklinikum N. handelt oder um Bauten im Bereich des Gesundheitswesens“. Das Universitätsklinikum versicherte weiter seine „grundsätzliche Unterstützung für eine solche Kooperation“, teilte aber auch mit, dass für „eine förmliche Gremienbefassung [...] nach heutigem Stand die Konkretisierung der Beteiligung [fehlt], so dass wir uns [...] eine entsprechende Gremienbefassung für den Zeitpunkt vorbehalten, zu dem die finalen Ergebnisse vorliegen.“ Das Ministerium für Kultur und Wissenschaft des Landes Nordrhein-Westfalen erklärte zeitlich nachgehend mit Schreiben vom 29.11.2019 (Anlage BG01) zur Beteiligung der Beigeladenen am Vergabeverfahren:

„Im Rahmen der aufgrund des Zustimmungsvorbehalts des MKW NRW vorgenommenen Prüfung hinsichtlich der geplanten Beteiligung der [Beigeladenen] an der Planungs- und Baugesellschaft L. GmbH haben sich keine rechtlichen Bedenken ergeben. 10

Insbesondere war es der [Beigeladenen] nach der Rechtsverordnung für die Universitätskliniken Aachen, Bonn, Düsseldorf, Essen, Köln und Münster (UKVO) sowie der Satzung des UKK vom 14. Dezember 2016 nicht verwehrt, ein Angebot zur Beteiligung an der Planungs- und Baugesellschaft L. GmbH mit dem Inhalt abzugeben, wie es am 28.06.2019 geschah.“ 11

Nur die Antragstellerin und die Beigeladene traten nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs mit der Antragsgegnerin in Verhandlungen ein. Im Verhandlungsverfahren sollten die Bieter nach dem Inhalt der „Bewerbungsbedingungen und Vertragsunterlagen für das Vergabeverfahren“ in ihren Angeboten ein modellhaftes Konzept zur Gestaltung der Planungs- und Baugesellschaft vorlegen. Mit dem Verfahrensbrief vom 17.09.2018 (Bl. 1418-1421 der Vergabeakte) bat die Antragsgegnerin die Bieter, einen Businessplan für die zu gründende Gesellschaft aufzustellen und als Annahme zugrunde zu legen, dass die Gesellschaft in den ersten fünf Jahren ihrer Geschäftstätigkeit drei konkret genannte Projekte – Neubau der Albert-Schweitzer-Schule, Neubau einer dreizügigen Grundschule in L. T. sowie die Sanierung oder den Neubau der „Europaschule“ – mit bestimmten Bausummen übernehmen werde. Im Verfahrensbrief hieße es dazu: 12

„Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Businessplan zugrunde zu legenden Annahmen um Modell-Annahmen handelt. Dies gilt jedenfalls für die gegenwärtige Phase des Verfahrens. Die Stadt L. behält sich vor, die Angaben zu den zu treffenden Annahmen im Laufe des Verfahrens zu präzisieren und zu konkretisieren.“ 13

Aus den Vergabeunterlagen ergab sich, dass zum Ende des Vergabeverfahrens voraussichtlich mehrere Verträge abgeschlossen werden sollten. In den „Bewerbungsbedingungen und Vertragsunterlagen für das Vergabeverfahren“ hieß es dazu auf Seite 18: 14

„Es werden voraussichtlich ein Gesellschaftsvertrag, ein Leistungsvertrag, ggf. ein Dienstleistungsvertrag bezüglich Leistungen des Auftragnehmers für die Gesellschaft, ggf. ein Kooperations-/Garantie-/Partnerschaftsvertrag, ggf. ein Personalvertrag zur Einbindung von Mitarbeitern des Auftragnehmers und der Stadt sowie ggf. ein Nutzungsvertrag bezüglich technischer Ausrüstung oder Immobilien des Auftragnehmers und der Stadt geschlossen.“ 15

Aus dem Verfahrensbrief der Antragsgegnerin vom 17.09.2018 ergab sich, dass die Bieter einen Entwurf eines Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen ihnen und der zu errichtenden Planungs- und Baugesellschaft vorlegen sollten. Darin sollten zukünftige 16

Unterstützungsleistungen der Bieterunternehmen zugunsten der Planungs- und Baugesellschaft näher geregelt werden.

Mit dem Verfahrensbrief vom 21.11.2018 wies die Antragsgegnerin die Bieter bezüglich der Ausgestaltung der geplanten Planungs- und Baugesellschaft auf Folgendes hin: 17

„Klarstellend möchten wir Ihnen ergänzend zur Ausgestaltung der Planungs- und Baugesellschaft zunächst mitteilen, dass die zu gründende Gesellschaft im Sinne der Vorstellungen der Stadt L. sowie der späteren Angebotswertung im Idealfall keine „leere Hülle“ beziehungsweise keine Gesellschaft darstellen soll, durch die lediglich Leistungen und Zahlungen „durchgeleitet“ werden. Vielmehr soll die Gesellschaft, nach Maßgabe ihres Gesellschaftszwecks, als „echtes“ Unternehmen möglichst eigene wirtschaftliche Interessen entwickeln und verfolgen beziehungsweise im Rahmen ihrer Tätigkeit die Erzielung von Gewinnen für die Gesellschafter beabsichtigen.“ 18

Die Bieter sollten nach dem Inhalt dieses Verfahrensbriefs ferner ein vorzuschlagendes Personalkonzept mit Stellenplan für die Planungs- und Baugesellschaft vorlegen. Dazu hieß es auf Seite 11 des Verfahrensbriefs unter anderem: 19

„Bitte stellen Sie das Stellenkonzept, das Sie vorschlagen, auf der Zeitschiene dar. Es soll deutlich werden, wie sich bei Umsetzung des vorgeschlagenen Stellenkonzepts die Wertschöpfung in der Planungs- und Baugesellschaft im Planungszeitraum entwickelt.“ 20

Vor Abgabe ihrer finalen Angebote erhielten die Bieter von der Antragsgegnerin mit Verfahrensbrief vom 07.06.2019 (Bl. 1692-1695 der Vergabeakte) die bei der Angebotserstellung zu berücksichtigenden, bei Zuschlagserteilung zu schließenden Vertragsentwürfe des Gesellschaftsvertrags der Planungs- und Baugesellschaft sowie des Leistungsvertrags zwischen dieser und der Antragsgegnerin. Dazu hieß es in dem Verfahrensbrief unter anderem: 21

„In den Leistungsvertrag konnte nach interner Rücksprache der Stadt L. weiterhin nicht übernommen werden, dass die Gesellschaft im Rahmen der Budgetberechnung einen Risikoaufschlag einrechnen darf. Auch kann keine Fortschreibung des Budgets entsprechend bestimmter Preisentwicklungen vereinbart werden. Das begründet sich auch darin, dass solche Kostenaufschläge gegenüber der Kommunalaufsicht nicht zu rechtfertigen sind, da die Gesellschaft grundsätzlich nur der Eigenbedarfsdeckung der Stadt dienen soll ohne größere Gewinne zu erwirtschaften.“ 22

In dem den Bietern mit dem Verfahrensbrief zur Verfügung gestellten Gesellschaftsvertrag (Bl. 1832-1848 der Vergabeakte) hieß es in § 2 Abs. 3 und 4: 23

„Die Gesellschaft ist so zu führen, dass die geltenden Gesetze, insbesondere die Vorschriften der Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen (Gemeindeordnung NW - GO NW) beachtet werden und der öffentliche Zweck nachhaltig erfüllt werden. Die Gesellschaft verfährt nach den Wirtschaftsgrundsätzen des § 109 GO NRW. 24

Die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft soll keine wirtschaftlichen Verluste aufweisen.“ 25

Bereits am 04.12.2018 hatten die Bieterunternehmen die von der Antragsgegnerin für die Bewertung der Angebote vorgesehene Wertungsmatrix (Bl. 2008-2013 der Vergabeakte) übersandt erhalten. In der Wertungsmatrix waren drei qualitative Zuschlagskriterien, Struktur der Partnerschaft gewichtet mit 25 %, Planung und Realisierung von Bau- und 26

Sanierungsmaßnahmen gewichtet mit 60 %, Businessplan der Planungs- und Baugesellschaft über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren gewichtet mit 15 %, genannt. Für alle drei Kriterien waren in der Wertungsmatrix weitere Unterkriterien vorgesehen.

Im Rahmen des Zuschlagskriteriums 1 war ein Unterkriterium 4 mit der Bezeichnung „Umfang der Übernahme von Kosten- und anderen Umsetzungsrisiken durch den privaten Partner“, gewichtet mit 6,25 %, vorgesehen. Zur Erläuterung hieß es in der Wertungsmatrix: 27

„Entscheidend ist, ob das vorgelegte Angebot in Bezug auf die Tragung von Kosten- und Umsetzungsrisiken aus Sicht der Stadt als „gut“, „befriedigend“ oder „ungenügend“ zu bewerten ist. Beurteilt wird die Vollständigkeit und Schlüssigkeit der von den Bietern vorgenommenen Analyse der Kosten- und anderer Umsetzungsrisiken (z.B. aufgrund von Kostensteigerungen im Verlauf der Projektumsetzung und geänderten Rahmenbedingungen u.a. bei besonderen Verhältnissen hinsichtlich des Baugrunds bzw. der Bausubstanz) sowie Erklärungen der Bieter, wie sie mit den genannten Risiken umgehen wollen, d.h. ob und in welchem Umfang die jeweiligen Risiken von der Stadt L. als Auftraggeberin der Gesellschaft und/oder Mehrheitsgesellschafterin der Gesellschaft, von der Gesellschaft als Auftragnehmerin der Stadt L. und vom Bieter als Auftragnehmer der Gesellschaft und/oder Minderheitsgesellschafter getragen werden sollen. Dass Angebot des Bieters, dessen angebotenen Vertragsinhalte (Geschäftsbesorgungsvertrag, Gesellschaftsvertrag) und sonstigen rechtsverbindlichen Erklärungen, eine möglichst geringe Risikotragung durch die Stadt L. bedeuten wird mit „gut“ bewertet. Bieter, die eine höhere Risikotragung durch die Stadt L. vorsehen, werden mit „befriedigend“ beziehungsweise „ungenügend“ bewertet.“ 28

Im Rahmen des Zuschlagskriteriums 3 war ein Unterkriterium 9 mit der Bezeichnung „eigene Personal- und Sachkosten“, gewichtet mit 3,75 %, vorgesehen. Hierzu hieß es in der Wertungsmatrix erläuternd: 29

„Entscheidend ist, ob das Angebot im Hinblick auf die Angaben zu den Aufwendungen für eigenes Personal (Ziff. 7) und zu den Sachkosten (Ziff. 8 und 9) gemäß Business-Plan als „gut“, „befriedigend“ oder „ungenügend“ eingestuft wird. Bewertet wird die Plausibilität der Angaben zum Personalkonzept und zum Stellenplan für die Geschäftsführungs-, Pro-jekt-, Management- und sonstige Mitarbeiterebene sowie zu den Sachaufwendungen und bezogenen Leistungen im Verwaltungsbereich. Ein Angebot wird als „gut“ bewertet, wenn die Angaben zum Stellenkonzept und die Darstellung der Entwicklung der Personalaufwendungen und Sachkosten lt. Business-Plan im Verhältnis zur Entwicklung der Gesamtleistung den Wertschöpfungsgrad und seine Entwicklung im Planungszeitraum verdeutlichen und die Wirtschaftlichkeit des organisatorischen und rechtlichen Konzepts unterstreichen. Ein Angebot wird als „befriedigend“ oder „ungenügend“ bewertet, wenn die Angaben zum Stellenkonzept und die Darstellung der Entwicklung der Personalaufwendungen und Sachkosten lt. Business-Plan im Verhältnis zur Entwicklung der Gesamtleistung teilweise nicht oder gar nicht den Wertschöpfungsgrad und seine Entwicklung im Planungszeitraum verdeutlichen und die Wirtschaftlichkeit des organisatorischen und rechtlichen Konzepts unterstreichen.“ 30

Im Laufe des Verhandlungsverfahrens hatten zwischen den Bietern und der Antragsgegnerin drei Verhandlungsrunden und eine Telefonkonferenz stattgefunden. Das Unterkriterium 9 war am 28.01.2019 Gegenstand der 2. Verhandlungsrunde zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin gewesen. In dem Ergebnisprotokoll, von dessen Inhalt die Antragstellerin durch Akteneinsicht im Vergabenaachprüfungsverfahren Kenntnis erlangt hat, ist dazu vermerkt: 31

„Der Bieter wurde ergänzend darauf hingewiesen bezüglich des Unterkriteriums 9, dass bei Personal- und Sachkosten die Einstellung eigenen Personals grundsätzlich besser bewertet werden wird gemäß der Wertungsmatrix, wir aber dennoch die Erwägung des Bieters dazu verstehen, kein eigenes Personal einzustellen. Es muss sich also nicht unbedingt nachteilig auswirken, dass der Bieter für die Planungs- und Baugesellschaft kein eigenes Personal, sondern nur gestelltes Personal vorgesehen hat. Nach der stattgefundenen gegenseitigen Erläuterung der Wertungsmatrix akzeptiert der Bieter schließlich das Unterkriterium 9 und die damit verbundenen Wertungsmaßstäbe.“	32
Als Teil des Berechnungsmodus für die durch ein Angebot insgesamt erreichte Punktzahl, nach der sich die Rangfolge der Angebote richten sollte, sah die Wertungsmatrix eine Punktevergabe für die Unterkriterien nach folgender Punkteskala vor:	33
„Anforderungen gut erfüllt: 3 Punkte	34
Anforderungen befriedigend erfüllt: 2 Punkte	35
Anforderungen ungenügend erfüllt: 1 Punkt“	36
Je nach Punktevergabe nach Maßgabe dieser Punkteskala konnten die für das jeweilige Unterkriterium entsprechend ihrem prozentualen Gewichtungsfaktor vorgesehenen Gesamtpunkte erreicht werden, für das Unterkriterium 4 zum Beispiel maximal 625 Punkte und für das Unterkriterium 9 maximal 375 Punkte.	37
Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben jeweils fristgerecht finale Angebote ab. Die Antragstellerin sah in ihrem Angebot in dem von ihr vorgelegten Entwurf des Geschäftsbesorgungsvertrags in § 3 unter Ziffer 3.5 eine Verpflichtung der Auftraggeberin, der zu errichtenden Planungs- und Baugesellschaft, vor, bezogene Leistungen mit Zuschlägen von 10 bzw. 3 % gegenüber der Antragsgegnerin abzurechnen. Es hieß dort:	38
„Sofern der Zuschlag nicht vollständig über diesen Geschäftsbesorgungsvertrag an die Auftragnehmer ausbezahlt wird, verbleibt er in der Gesellschaft und dient dort u.a. der Deckung der allgemeinen Geschäftskosten.“	39
Auf diese Regelung wies die Antragstellerin auch in ihrem Angebotsbegleitschreiben vom 28.06.2019 (Anlage Ast2) hin. Dort hieß es, dass die Zuschläge im Wesentlichen zur Deckung allgemeiner Geschäftskosten verwendet würden und im Übrigen einen geringfügigen Gewinnbeitrag leisten sollten, um den Anforderungen des § 109 GO NRW zu genügen. Mit ihrem Businessplan legte die Antragstellerin ein Personalkonzept vor, wonach in Summe, im Wesentlichen durch Personalgestellungen des privaten Partners, 8 Personen in die zu errichtende Gesellschaft eingebracht werden sollten. Dazu hieß es im Personalkonzept:	40
„Alle weiteren operativen Mitarbeiter und das weitere Personal für die Projekte wird von den privaten Partnern und den Subunternehmern auf Anforderung der Gesellschaft – je nach Projektbedarf – gestellt.	41
Durch das vorgeschlagene Personalkonzept soll Sorge getragen werden, dass die in der Gesellschaft anfallenden Verwaltungs- und Planungsprozesse zwar weitgehend autark ausgeführt werden können, hinsichtlich des Personaleinsatzes dennoch genügend Flexibilität eingeräumt wird.“	42

Weil ihr Personalkonzept für den Betrachtungszeitraum keine eigenen Mitarbeiter der zu errichtenden Gesellschaft vorsah, waren im Businessplan der Antragstellerin keine Personalkosten der Planungs- und Baugesellschaft eingetragen.

Die Antragsgegnerin bewertete das finale Angebot der Beigeladenen mit insgesamt 9.750 Punkten und dasjenige der Antragstellerin mit insgesamt 9.543,66 Punkten. Die Antragstellerin erreichte in den Unterkriterien 4 und 9 jeweils nur 2 von 3 möglichen Punkten („Anforderungen befriedigend erfüllt“). Das führte bei diesen Unterkriterien zu Abzügen von 208,34 bzw. 125 Wertungspunkten. Im Vergabevermerk (Bl. 1984-2007 der Vergabeakte) wird die Bewertung des Angebots der Antragstellerin beim Unterkriterium 4 unter anderem wie folgt begründet:

44

„Der Bieter hat in Ergänzung zu dem Risikokonzept gemäß § 3 Abs. 4 des Leistungsvertrags einen zusätzlich Aufschlag von 10 % vorgesehen, der im Wesentlichen für die Deckung allgemeiner Geschäftskosten verwendet werden soll. Dieser Sicherheitsaufschlag ist nicht mit gemäß § 3 Abs. 4 des Leistungsvertrags vereinbar, da durch den zusätzlichen Aufschlag von 10 % auf die Kosten das Risiko für den Bieter abgemildert und das vorgegebene Risikokonzept durch den Bieter eingeschränkt wird. Auch in dem Schreiben zur Aufforderung zur Einreichung eines letztverbindlichen Angebots war noch einmal darauf hingewiesen worden, dass die Gesellschaft im Rahmen der Budgetberechnung einen Risikoaufschlag nicht einrechnen darf, da solche Kostenaufschläge gegenüber der Kommunalaufsicht nicht zu rechtfertigen sind, da die Gesellschaft grundsätzlich nur der Eigenbedarfsdeckung der Stadt dienen soll ohne größere Gewinne zu erwirtschaften.“

45

Beim Unterkriterium 9 begründete die Antragsgegnerin die Bewertung des Angebots der Antragstellerin unter anderem wie folgt:

46

„Laut Angaben von [Antragstellerin] soll die Gesellschaft kein eigenes Personal beschäftigen. Dies zeigt sich auch in dem vorgelegten Businessplan. Stattdessen sollen die technischen und kaufmännischen Prozesse durch Gestellung von Personal aus einem erfahrenen und fachkundigen Personal-Pool durchgeführt werden. Zwar wird nachvollziehbar dargestellt, dass die drei Referenzprojekte auf diese Weise zu wirtschaftlichen Kosten und zeitlich optimierten Bedingungen durchgeführt werden können. Nachteilig im Hinblick auf die Ziele der Stadt ist aber, dass, wie von der Stadt gewünscht, die Gesellschaft nicht mit eigenen bei ihr angestellten personellen Ressourcen versehen wird und damit die Voraussetzungen für Aufbau und Entwicklung eines Unternehmens, welches alle Unternehmensfunktionen im Wesentlichen selbst abdeckt, weniger gut geschaffen werden.“

47

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 16.07.2019 (Anlage Ast3) mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, das 9.750 Punkte erreicht habe, während ihr, der Antragstellerin, Angebot nur mit 9.543,66 Punkten habe bewertet werden können. Als frühestmöglichen Zeitpunkt einer Zuschlagserteilung teilte sie der Antragstellerin den 29.07.2019 mit.

48

Mit Rügeschreiben vom 22.07.2019 (Anlage Ast4) beanstandete die Antragstellerin mehrere Vergaberechtsverstöße. Sie rügte die Intransparenz und Fehlerhaftigkeit des Auswertungsvorgangs, weil die mitgeteilten Ergebnisse der Auswertung nicht nachvollziehbar seien, und verlangte eine Kopie der Angebotsauswertung. Die Antragsgegnerin habe es zudem entgegen § 7 Abs. 1 VgV versäumt, den durch die Vorbefassung der Beigeladenen erlangten Wissensvorsprung auszugleichen. Schließlich fehle der Beigeladenen die Eignung, weil es ihr rechtlich nicht erlaubt sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Zu dem zweiten Rügegegenstand hieß es im Rügeschreiben unter anderem:

49

„Die [Beigeladene] ist infolge der für die Stadt L. erbrachten Leistungen ein im Sinne von § 7 VgV vorbefasstes Unternehmen. [...]	50
Wir beantragen Auskunft, in welchen Schulprojekten [die Beigeladene] für die Stadt L. tätig war. Nach unseren Kenntnissen war das Unternehmen in verschiedenen Schulprojekten für die Stadt L. beratend tätig, die jetzt gemäß § 2 Abs. 2 Leistungsvertrag Vertragsgegenstand sind.“	51
Die Antragsgegnerin wies die Rügen mit Schreiben vom 24.07.2019 (Anlage Ast5), mit welchem sie das Wertungsergebnis durch Angabe der von der Beigeladenen bei den einzelnen Unterkriterien erreichten Punkte weiter aufschlüsselte, zurück. Zum Punktabzug beim Unterkriterium 9 führte die Antragsgegnerin in diesem Schreiben aus:	52
„Das beruht darauf, dass Ihre Mandantschaft für die zu gründenden Planungs- und Baugesellschaft im Gegensatz zu dem obsiegenden Bieter gemäß dem eingereichten Businessplan keinen Aufbau von eigenem Personal über die Laufzeit des zu planenden Zeitraums vorgesehen hat. Dabei werden die Voraussetzungen für Aufbau und Entwicklung eines Unternehmens, welches alle Unternehmensfunktionen im Wesentlichen selbst abdeckt, weniger gut geschaffen.“	53
Hieraufhin hat die Antragstellerin am 26.07.2019 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Rheinland gestellt, mit dem sie ihr Rügevorbringen weiter vertieft hat und ihre Rüge eines Wertungsfehlers dahingehend konkretisiert hat, dass die Bewertung der Unterkriterien 4 und 11 durch die Antragsgegnerin fehlerhaft sei. Bei den beim Unterkriterium 4 negativ bewerteten Zuschlägen handele es sich nicht um Risiko-, sondern Generalunternehmerzuschläge, die im Wesentlichen der Deckung der allgemeinen Geschäftskosten dienten. Nachdem die Antragstellerin von der Vergabekammer Einsicht in die Vergabeakte erhalten hatte, hat sie mit Schriftsatz vom 20.08.2019 des Weiteren eine fehlerhafte Bewertung des Unterkriteriums 9 gerügt. Aus den Ausführungen der Wertungsmatrix zum Unterkriterium 9 sei nicht erkennbar gewesen, dass die Einstellung eigenen Personals besser bewertet werde.	54
Die Antragstellerin hat beantragt,	55
die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren aufzuheben und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen.	56
Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben beantragt,	57
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.	58
Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 30.09.2019 (VK 31/19-L) zurückgewiesen. Soweit er zulässig sei, sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Ein Verstoß gegen § 7 VgV liege nicht vor, denn die Beigeladene sei für die Antragsgegnerin nicht im Hinblick auf die Vorbereitung der Ausschreibung für die Beteiligung an der zu gründenden Gesellschaft tätig geworden. Die Beigeladene sei auch nicht wegen fehlender Eignung aus dem Vergabeverfahren auszuschließen. Ob die Beigeladene nach ihrem Innenverhältnis zum Universitätsklinikum N. an der Teilnahme am Vergabeverfahren gehindert sei, könne dahinstehen. Insoweit sei ihre Eignung nicht betroffen. Im Übrigen sei die Antragsgegnerin dem von der Antragstellerin gerügten Sachverhalt nachgegangen und habe aufgrund der Auskünfte der Beigeladenen und des Universitätsklinikums N., der	59

Genehmigung des Ministeriums für Kultur und Wissenschaft des Landes Nordrhein-Westfalen sowie des Handelsregistrauszugs von der Eignung der Beigeladenen ausgehen dürfen. Der Antragsgegnerin seien auch keine Fehler bei der Bewertung des Angebots der Antragstellerin unterlaufen.

Gegen diese ihr am 07.10.2019 zugestellte Entscheidung wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 14.10.2019 beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingegangenen sofortigen Beschwerde, mit der sie ihr Vorbringen im Hinblick auf die – allein noch weiterverfolgten – Rügen der vergaberechtswidrigen Nichtberücksichtigung einer Vorbefassung der Beigeladenen nach § 7 VgV, der fehlenden Eignung der Beigeladenen und der fehlerhaften Wertung bei den Unterkriterien 4 und 9 weiter vertieft. Die Antragstellerin ist im Zusammenhang mit der ihrer Meinung nach fehlenden Eignung der Beigeladenen der Ansicht, dass aus § 97 Abs. 1 GWB eine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers folge, Wettbewerbsverzerrungen durch nicht zum Marktzutritt berechnigte Unternehmen zu verhindern. Der Beigeladenen dürfe wegen § 2 Abs. 1 UKVO i.V.m. § 2 Abs. 1 der Satzung des Universitätsklinikums N. der Zuschlag nicht erteilt werden. Ein Vertragsschluss sei nach § 134 BGB unwirksam. Bezüglich des Unterkriteriums 9 habe sie in den Gesprächen mit der Antragsgegnerin den Eindruck gewonnen, dass ihr Personalkonzept von der Antragsgegnerin positiv aufgenommen werde.

Die Antragstellerin beantragt,

die Antragsgegnerin zu verpflichten,

1. den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen,

2. hilfsweise für den Fall der Zurückweisung des Antrags zu 1., das Vergabeverfahren aufzuheben und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut durchzuführen,

3. hilfsweise für den Fall der Zurückweisung der Anträge zu 1. und 2., die Kostenentscheidung der Vergabekammer aufzuheben und die Gebühr angemessen herabzusetzen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Nach Ansicht der Antragsgegnerin und der Beigeladenen liegen die Voraussetzungen des § 7 VgV nicht vor und ist die Eignung der Beigeladenen nicht zweifelhaft. Nach Ansicht der Antragsgegnerin ist die Bewertung des Angebots der Antragstellerin beim Unterkriterium 4 gerechtfertigt, weil die Antragstellerin mit den von ihr im Geschäftsbesorgungsvertrag vorgesehenen Zuschlägen eine unzulässige Risikoverlagerung vorgenommen habe. Die Bewertung beim Unterkriterium 9 sei gerechtfertigt, weil die Antragstellerin nicht dargestellt habe, wie sie sich das Personalkonzept und die Entwicklung der Wertschöpfung vorstelle.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer und die Vergabeakten verwiesen.

II.

Die gemäß § 171 Abs. 1 Satz 1 GWB statthafte sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und teilweise, im Umfang des hilfsweise verfolgten Beschwerdeantrags zu 2., auch

begründet. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist statthaft, auch im Übrigen teilweise zulässig und, soweit er zulässig ist, entgegen der Annahme der Vergabekammer auch teilweise begründet. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, ist aufgrund von Fehlern der Angebotswertung vergaberechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren gemäß § 97 Abs. 6 GWB mit der Folge, dass der Zuschlag derzeit nicht erteilt werden darf. Mit ihrem weitergehenden, auf die Erteilung des Zuschlags gerichteten Beschwerdeantrag zu 1. hat die Antragstellerin demgegenüber keinen Erfolg.

1. 72

Der Nachprüfungsantrag ist insgesamt statthaft. Die mit der Ausschreibung beabsichtigte Beschaffung von Dienstleistungen in Form von Planungs- und Ingenieurleistungen im Rahmen eines Public-Private-Partnership-Projekts unterfällt § 103 Abs. 1 und 3 GWB (vgl. Senatsbeschluss vom 09.01.2013 – VII-Verg 26/12, zitiert nach juris, Tz. 48 und 56) und überschreitet den nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB maßgeblichen Schwellenwert. 73

2. 74

Der statthafte Nachprüfungsantrag ist allerdings nur teilweise auch im Übrigen zulässig. Er ist 75 unzulässig, soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen § 7 VgV rügt. Mit der Geltendmachung dieses Vergaberechtsverstößes ist sie nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ausgeschlossen, weil sie ihn nicht vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ordnungsgemäß gerügt hat. Die von der Antragstellerin mit Schreiben vom 22.07.2020 erhobene Rüge eines Verstoßes der Antragsgegnerin gegen § 7 VgV genügt nicht den an eine ordnungsgemäße Rüge zu stellenden Anforderungen.

Zu den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge hat der Senat im Beschluss vom 01.04.2020 – VII-Verg 30/19 – zuletzt Folgendes ausgeführt: 76

„Die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge hat der Senat in jüngerer Zeit in 77 mehreren Beschlüssen wiederholt ausführlich dargelegt (vgl. z.B. Senatsbeschlüsse vom 15.01.2020 – VII-Verg 20/19, vom 16.08.2019 – VII-Verg 56/18 – und vom 12.06.2019 – VII-Verg 54/18, jeweils zitiert nach juris). Danach ist an Rügen zwar ein großzügiger Maßstab anzulegen (siehe Senatsbeschluss vom 13.04.2011 – VII-Verg 58/10, zitiert nach juris, Tz. 53; OLG München, Beschluss vom 07.08.2007 – Verg 8/07, zitiert nach juris, Tz. 11 f.; OLG Dresden, Beschluss vom 06.02.2002 – WVerg 4/02, zitiert nach juris, Tz. 19). Da ein Bieter naturgemäß nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines – oft nur beschränkten – Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es um Vergaberechtsverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen (vgl. [Senatsbeschluss vom 13.04.2011 – VII-Verg 58/10](#), zitiert nach juris, Tz. 53; [OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 09.07.2010 – 11 Verg 5/10](#), zitiert nach juris, Tz. 51; [OLG Dresden, Beschluss vom 06.06.2002 – WVerg 4/02](#), zitiert nach juris, Tz. 18 f.). Der Antragsteller muss aber – wenn sich der Vergaberechtsverstoß nicht vollständig seiner Einsichtsmöglichkeit entzieht – zumindest tatsächliche Anhaltspunkte oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen (siehe [OLG München, Beschluss vom 11.06.2007 – Verg 6/07](#), zitiert nach juris, Tz. 31). Ein Mindestmaß an Substantiierung ist einzuhalten; reine Vermutungen zu eventuellen Vergaberechtsverstößen reichen nicht aus (siehe [Senatsbeschluss vom 13.04.2011, VII-Verg 58/10](#), zitiert nach juris, Tz. 53; [OLG Brandenburg, Beschlüsse vom 29.05.2012 – Verg W](#)

[5/12](#), zitiert nach juris, Tz. 4, und vom 20.11.2012 – Verg W 10/12, zitiert nach juris, Tz. 5; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 09.07.2010 – Verg 5/10, zitiert nach juris, Tz. 51; [OLG München, Beschlüsse vom 07.08.2007 – Verg 8/07](#), zitiert nach juris, Tz. 11 f., und vom 02.08.2007 – Verg 7/07, zitiert nach juris, Tz. 15 f.). Da die Rüge einerseits den öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen soll, einen etwaigen Vergaberechtsverstoß zeitnah zu korrigieren (Beschleunigung des Vergabeverfahrens, Selbstkontrolle des öffentlichen Auftraggebers), und andererseits Zugangsvoraussetzung zum Nachprüfungsverfahren ist, ist es unabdingbar, dass der Antragsteller – um unnötige Verzögerungen des Vergabeverfahrens zu vermeiden und einem Missbrauch des Nachprüfungsverfahrens vorzubeugen – bereits frühzeitig diejenigen Umstände benennt, aufgrund derer er vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes ausgeht. Aus Gründen der Beschleunigung wie auch zur Vorbeugung gegen den Missbrauch der Rüge beziehungsweise des Nachprüfungsverfahrens ist dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht zuzumuten, auf gänzlich unsubstantiierte Rügen hin in eine (ggf. erneute) Tatsachenermittlung einzutreten. Daher ist der Antragsteller gehalten, schon bei Prüfung der Frage, ob ein Vergaberechtsverstoß zu rügen ist, Erkenntnisquellen auszuschöpfen, die ihm ohne großen Aufwand zur Verfügung stehen. Zudem muss er, um eine Überprüfung zu ermöglichen, angeben, woher seine Erkenntnisse stammen (siehe [Senatsbeschluss vom 13.04.2011, VII-Verg 58/10](#), zitiert nach juris, Tz. 53 f.; [OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.11.2012, Verg W 10/12](#), zitiert nach juris, Tz. 5).“

Diesen Anforderungen ist die Antragstellerin mit ihrer Rüge eines Verstoßes der Antragsgegnerin gegen § 7 VgV nicht gerecht geworden. Sie hat damit keine tatsächlichen Anhaltspunkte oder Indizien vorgetragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen konnten. Sie hat die Rüge allein darauf gestützt, dass die Beigeladene „nach ihren Kenntnissen“ bei verschiedenen Schulbauprojekten der Antragsgegnerin beratend tätig war. Näheres hat sie hierzu nicht ausgeführt, sondern die Antragsgegnerin nur um Auskunft ersucht, bei welchen Projekten dies der Fall war. Insbesondere hat die Antragstellerin nicht angegeben, woher sie die von ihr erwähnten Kenntnisse hat.

78

Zwar hat die Antragsgegnerin im Schreiben vom 24.07.2020, mit dem sie die Rüge zurückgewiesen hat, bestätigt, dass die Beigeladene vor Einleitung des Vergabeverfahrens für sie tätig gewesen ist. Diese und die weiteren von der Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang erteilten Informationen haben die Antragstellerin aber nicht veranlasst, nunmehr vor Stellen des Nachprüfungsantrags noch eine ordnungsgemäße Rüge zu erheben, die ihr anknüpfend an die erteilten Informationen möglich war. Eine solche war nicht entbehrlich. Sie wäre nur dann ausnahmsweise entbehrlich gewesen, wenn die Antragsgegnerin mit ihrem Nichtabhilfeschreiben zum Ausdruck gebracht hätte, dass sie auch auf eine ordnungsgemäße, sich mit den mitgeteilten Informationen auseinandersetzende Rüge hin unumstößlich an ihrer Entscheidung festhalten würde (vgl. Senatsbeschluss vom 15.01.2020 – VII-Verg 20/19, zitiert nach juris, Tz. 67). Das lässt sich aus dem Inhalt des Schreibens vom 24.07.2020 aber nicht ableiten.

79

3.

80

Der im Übrigen zulässige Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch teilweise begründet.

81

a)

82

83

Der Nachprüfungsantrag ist allerdings unbegründet, soweit die Antragstellerin die fehlende Eignung der Beigeladenen rügt.

aa) 84

Eine etwaige öffentlich-rechtliche Beschränkung des Tätigkeitsfelds der Beigeladenen durch Vorschriften der nordrhein-westfälischen Universitätsklinikum-Verordnung (UKVO) i.V.m. Vorschriften der Satzung des Universitätsklinikums N., wie sie die Antragstellerin geltend macht, lässt die Eignung der Beigeladenen nach den in § 122 GWB i.V.m. §§ 123, 124 GWB, 42 ff. VgV abschließend geregelten Eignungs- und Ausschlussstatbeständen nicht entfallen. Wie sich aus dem Wortlaut des § 122 Abs. 2 Satz 2 GWB, § 42 Abs. 1 VgV ergibt, darf es sich bei den vom öffentlichen Auftraggeber herangezogenen Eignungskriterien ausschließlich um die in § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 GWB genannten Kriterien handeln, die in §§ 42 ff. VgV weiter konkretisiert werden. Die Kriterien sind abschließend, für ungeschriebene Eignungskriterien, deren Verneinung zum Ausschluss des Bieters führen könnte, ist neben den normierten Ausschlussstatbeständen der §§ 123, 124 GWB kein Raum (Gnittke/Hattig, in: Müller-Wrede, GWB, § 122 Rn. 21 f.; Hausmann/von Hoff, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 122 Rn. 16). Das gilt auch für das vom Senat in früherer Rechtsprechung als von Bieterunternehmen zu erfüllen geforderte Eignungsmerkmal der „rechtlichen Leistungsfähigkeit“ (vgl. hierzu Senatsbeschlüsse vom 01.12.2015 – VII-Verg 20/15 – *Pregabalin*, zitiert nach juris, Tz. 23, vom 09.11.2011 – VII-Verg 35/11, zitiert nach juris, Tz. 26, vom 04.05.2009 – VII-Verg 68/08, zitiert nach juris, Tz. 110, vom 13.08.2008 – VII-Verg 42/07, zitiert nach juris, Tz. 27, und vom 21.02.2005 – VII-Verg 91/04, zitiert nach juris, Tz. 49 f.), für das nach der heutigen Gesetzessystematik über die gesetzlich geregelten Einzelaspekte hinaus kein Anwendungsbereich verbleibt. Danach kommt ein Ausschluss der Beigeladenen mangels Eignung hier nicht in Betracht.

85

Die Beigeladene erfüllt die von der Antragsgegnerin gemäß § 122 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB wirksam aufgestellten Eignungsanforderungen. Den von der Antragsgegnerin zum Nachweis der Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung gemäß § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GWB, § 44 Abs. 1 VgV mit der Auftragsbekanntmachung verlangten Handelsregistrauszug hat die Beigeladene vorgelegt. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin erfasst das Eignungsmerkmal der „Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung“ gemäß § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GWB, § 44 VgV nur diesen Nachweis und ist insoweit abschließend (vgl. Hausmann/von Hoff, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 122 Rn. 17). Es erstreckt sich nicht auch darauf, ob die unternehmerische Tätigkeit der Beigeladenen mit den Vorschriften der UKVO und der Satzung des Universitätsklinikums N. zu vereinbaren ist.

86

Andere Eignungsanforderungen hat die Antragsgegnerin nach der Gestaltung und dem Inhalt ihrer Auftragsbekanntmachung schon gar nicht wirksam aufgestellt (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 11.07.2018 – VII-Verg 24/18 – *Poppelsdorfer Schloss*). Allerdings würden auch weitere wirksam aufgestellte Eignungsanforderungen nach § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 GWB sich wegen ihres abschließenden Charakters nicht darauf erstrecken, dass die wirtschaftliche Betätigung der Beigeladenen auch von den Vorschriften der UKVO und der Satzung des Universitätsklinikums N. gedeckt ist.

87

Schließlich liegt auch keiner der Ausschlussstatbestände der §§ 123, 124 GWB vor.

88

Die Frage, ob die Beigeladene öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbeschränkungen nach den Vorschriften der UKVO und der Satzung des Universitätsklinikums N. unterliegt, betrifft damit nicht den Numerus clausus der gesetzlich vorgesehenen Eignungsanforderungen und in

89

diesem Zusammenhang formulierten Ausschlusstatbestände, sondern einen davon nicht erfassten Aspekt der späteren Vertragserfüllung. Dass diese hier gefährdet sein könnte, ist jedoch nach den im Verfahren vorgelegten Erklärungen des Universitätsklinikums N. und des Ministeriums für Kultur und Wissenschaft des Landes Nordrhein-Westfalen nicht zu erwarten. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin wäre ein von der Beigeladenen abgeschlossener Vertrag auch nicht nach § 134 BGB nichtig, weil es sich bei den maßgeblichen Vorschriften der UKVO und der Satzung des Universitätsklinikums N., sollten sie das Tätigkeitsfeld der Beigeladenen beschränken, nicht um ein beiderseitiges Verbotsgesetz handelt.

bb) 90

Auf die von der Antragstellerin unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Eignung aufgeworfene Frage, ob die Beigeladene hinsichtlich ihres Tätigkeitsfelds öffentlich-rechtlichen Schranken unterliegt, kommt es auch aus anderen Gründen als denen mangelnder Eignung nicht an. Soweit der Senat, worauf sich die Antragstellerin beruft, in früheren Entscheidungen die Verletzung eines gesetzlichen Marktzutrittsverbots als einen Wettbewerbsverstoß beziehungsweise Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz aus § 97 Abs. 1 GWB a.F. angesehen hat, der zu einem Ausschluss des betreffenden Bieters vom Vergabeverfahren zwingt (vgl. Senatsbeschlüsse vom 09.11.2011 – VII-Verg 35/11, zitiert nach juris, Tz. 26, vom 04.05.2009 – VII-Verg 68/08, zitiert nach juris, Tz. 109, vom 13.08.2008 – VII-Verg 42/07, zitiert nach juris, Tz. 24, und vom 17.06.2002 – Verg 18/02 = NZBau 2002, 626, 628 und 634), hält er hieran unter Geltung des für das vorliegende Vergabeverfahren maßgeblichen Vergaberechts in der Fassung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes nicht mehr fest. 91

(1) 92

Gegen den Ausschluss eines Unternehmens vom Vergabeverfahren wegen eines Verstoßes gegen den Wettbewerbsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB spricht bereits, dass ein entsprechender Ausschlusstatbestand im Gesetz nicht geregelt ist. Weder § 123 GWB noch § 124 GWB sehen einen solchen Ausschlusstatbestand vor. Eine Ausschlussmöglichkeit ist dort nur für bestimmte Fälle möglicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen vorgesehen, so in § 123 Abs. 1 Nr. 8, § 124 Abs. 1 Nr. 4 oder in § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB, aber nicht für den Fall eines Verstoßes gegen den Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB als solchen. 93

(2) 94

Gegen den in der Vergangenheit auf den Wettbewerbsgrundsatz gestützten Ausschluss des Unternehmens spricht des Weiteren, dass dieser in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB geregelte Grundsatz nicht geeignet ist, daraus konkrete normative Folgen abzuleiten. Soweit der Senat in der Vergangenheit das Gegenteil vertreten hat (vgl. Senatsbeschlüsse vom 04.05.2009 – VII-Verg 68/08, zitiert nach juris, Tz. 109, Beschluss vom 13.08.2008 – VII-Verg 42/07, zitiert nach juris, Tz. 22, vom 29.03.2006 – VII-Verg 77/05, zitiert nach juris, Tz. 54, und vom 17.06.2002 – Verg 18/02 = NZBau 2002, 626, 628), ist die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung in Rechtsprechung und Literatur zu Recht kritisch hinterfragt worden (siehe OVG Münster, Beschluss vom 01.04.2008 – 15 B 122/08, zitiert nach juris, Tz. 16 ff.; Burgi, NZBau 2003, 539, 544; Ennuschat, NVwZ 2008, 966, 967; Mann, NVwZ 2010, 857, 861; Schneider, NZBau 2009, 352, 354). Die Aussage des § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB, dass öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb vergeben werden, beschreibt schon nach dem Wortlaut der Norm ein Verfahren (vgl. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 97 GWB Rn. 3), sagt aber nichts darüber aus, wer an diesem Verfahren teilnehmen kann. Die Antwort hierauf ergibt sich vielmehr aus zahlreichen Einzelvorschriften, die 95

Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB enthalten.

Anderes lässt sich entgegen früherer Senatsrechtsprechung (vgl. z.B. Senatsbeschluss vom 13.08.2008 – VII-Verg 42/07, zitiert nach juris, Tz. 22) auch aus dem maßgeblichen europäischen Recht nicht ableiten. Art. 18 der Richtlinie 2014/24/EU, der „Grundsätze der Auftragsvergabe“ benennt und an dem sich § 97 GWB nicht nur in der Bezeichnung, sondern auch bezüglich zentraler Regelungsinhalte orientiert, thematisiert Wettbewerb nur in dem Sinne, dass dieser durch die Gestaltung von Vergabeverfahren nicht künstlich eingeschränkt werden darf. Dieser Gedanke der Freiheit und Öffnung des Wettbewerbs kommt auch in der Erwägung 1 der Richtlinie zum Ausdruck. Wie der Gerichtshof der Europäischen Union klargestellt hat, gilt diese Freiheit grundsätzlich auch für Unternehmen oder Einrichtungen der öffentlichen Hand (vgl. EuGH, Urteil vom 23.12.2009 – C-305/08, zitiert nach juris, Rn. 37 ff.). Auch diese sollen sich im Interesse der Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für einen möglichst umfassenden Wettbewerb wie private Unternehmen an Vergabeverfahren beteiligen dürfen. Nach Gemeinschaftsrecht besteht ein Interesse an der Beteiligung möglichst vieler Bieter an einer Ausschreibung (EuGH, Urteil vom 23.12.2009 – C-305/08, zitiert nach juris, Rn. 37). Mit diesem Wettbewerbsverständnis ist es unvereinbar, den Marktzutritt von Unternehmen der öffentlichen Hand – gleich, ob er nach nationalem Recht zulässig ist oder nicht – als einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz im Sinne von § 97 Abs. 1 GWB als solchen zu verstehen.

b) 97

Der Nachprüfungsantrag ist begründet, soweit die Antragstellerin die Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin zu den Unterkriterien 4 und 9 als fehlerhaft rügt. Die Bewertung des Angebots der Antragstellerin ist bei beiden Unterkriterien fehlerhaft. 98

aa) 99

Im Unterkriterium 4 sollte nach dem Inhalt der den Bietern vor Angebotsabgabe bekannt gemachten Bewertungsmatrix der „Umfang der Übernahme von Kosten- und anderen Umsetzungsrisiken durch den privaten Partner“ bewertet werden. Die Frage, welcher Erklärungswert dieser Angabe zukommt, ist nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 07.02.2014 – X ZB 15/13, zitiert nach juris, Tz. 31; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 18.07.2017 – 11 Verg 7/17, zitiert nach juris, Tz. 59). Dabei ist im Rahmen einer normativen Auslegung auf den objektiven Empfängerhorizont der potentiellen Bieter, also einen abstrakten Adressatenkreis, abzustellen (BGH, Beschluss vom 07.02.2014 – X ZB 15/13, zitiert nach juris, Tz. 31). Es kommt nicht darauf an, wie die Antragstellerin als einzelne Bieterin dieses Bewertungskriterium verstanden hat, sondern wie der durchschnittliche Bewerber des angesprochenen Bieterkreises sie verstehen musste oder durfte (Senatsbeschluss vom 13.12.2017 – VII-Verg 19/17, zitiert nach juris, Tz. 63). 100

Bei Zugrundelegung dieses Auslegungsmaßstabs wird mit dem Unterkriterium 4 bewertet, wie Risiken nach dem Angebot der Bieter im Grundsatz verteilt werden, wer zum Beispiel die Folge- oder Mehrkosten trägt, wenn es zu Schwierigkeiten und Problemen im Zuge der Planungs- und Bauprozesse kommt. Der das Unterkriterium erläuternde Text der Wertungsmatrix verwendet insoweit den Begriff der Kostensteigerung. Zugleich ist dort zwar nicht wörtlich, aber sinngemäß von der Tragung von Kosten- und Umsetzungsrisiken die Rede. Dabei geht es um die grundsätzliche Haftungszuordnung. In den „Bewerbungsbedingungen und Vertragsunterlagen für das Vergabeverfahren“ wird insoweit auf Seite 16 auch von einer „Verringerung von Haushaltsrisiken durch zumindest teilweisen 101

Risikotransfer auf einen privaten Partner“ gesprochen. Der Begriff des „Risikotransfers“ beschreibt einen Wechsel in der Haftungszuordnung.

Danach mussten Bieter nicht davon ausgehen, dass mit dem Unterkriterium 4 die von ihnen in Ansatz gebrachte allgemeine Höhe abrechenbarer Kosten oder die Vergütung der Leistungen der zu errichtenden Gesellschaft bewertet wird. Zum einen sind Kosten für Planung und Bau schon Gegenstand der Bewertung beim Unterkriterium 5. Zum anderen ändert die Höhe der in Ansatz gebrachten abrechenbaren Kosten nichts an der Haftungszuordnung als solcher. Aus der Höhe kann sich allenfalls mittelbar eine Risikoerhöhung für die Kommune ergeben, wenn Kosten besonders hoch sind und sie hierfür haftet. 102

Eine negative Berücksichtigung einer Anhebung des allgemeinen Kostenniveaus beim Unterkriterium 4 ließe sich vor diesem Hintergrund allenfalls für den Fall erwägen, dass ein Bieterunternehmen durch die Kostenstruktur eine verschleierte Risikoverlagerung zulasten der Gemeinde herbeiführt, es also praktisch zu einer Umgehung der in § 3 Abs. 4 des Leistungsvertrags vorgesehenen formalen Haftungszuordnung zulasten der Antragsgegnerin käme und ein Risikozuschlag eingeführt würde, der nach dem Verfahrensbrief vom 07.06.2019 unzulässig sein sollte. Dass es der Antragstellerin mit den vorgesehenen Zuschlägen gemäß § 3 Ziffer 3.5 des von ihr angebotenen Geschäftsbesorgungsvertrags um eine solche Umgehung ging, lässt sich jedoch nicht mit der dafür notwendigen Sicherheit feststellen. Das Vorbringen der insoweit darlegungsbelasteten Antragsgegnerin und die unstreitigen Umstände reichen hierfür nicht aus. Nach den von der Antragstellerin mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen handelt es sich nicht um einen Risikozuschlag, sondern dient die von ihr vorgeschlagene Kostenregelung im Wesentlichen der Deckung der allgemeinen Geschäftskosten der zu gründenden Gesellschaft. Der Einwand der Antragsgegnerin, es sei unüblich, allgemeine Geschäftskosten so wie geschehen in der Angebotskalkulation zu pauschalisieren, weil diese in keiner festen prozentualen Relation zu den bezogenen Leistungen stünden, genügt nicht, um den in der Kalkulation der Antragstellerin nachvollziehbaren Verwendungszweck in Frage zu stellen. Mangels von der Antragsgegnerin aufgestellter Kalkulationsvorgaben (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 14.11.2012 – VII-Verg 42/12, zitiert nach juris, Tz. 3) gab es für die Bieter nicht nur einen richtigen und zulässigen Weg der Kalkulation der Deckung der allgemeinen Geschäftskosten. Soweit die Antragstellerin daneben mit den Zuschlägen einen kleinen Gewinn für die zu errichtende Planungs- und Baugesellschaft einkalkuliert, verweist sie zutreffend darauf, dass sie abweichend vom Vortrag der Antragsgegnerin nach dem Inhalt der Vergabeunterlagen nicht davon ausgehen musste, dass die Gesellschaft keine Gewinne nach § 109 GO NRW erwirtschaften darf. § 2 des den Bietern von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Gesellschaftsvertrags enthält einen Verweis auf § 109 GO NRW, der in Absatz 1 einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde ausdrücklich vorsieht. Dieser Verweis ist durch spätere Erklärungen gegenüber der Antragstellerin nicht mehr in ausreichender Weise in Frage gestellt worden. Die Ausführungen im Verfahrensbrief der Antragsgegnerin vom 07.06.2019 genügten hierfür nicht. Dort hieß es nämlich, dass „die Gesellschaft grundsätzlich nur der Eigenbedarfsdeckung der Stadt dienen soll ohne größere Gewinne zu erwirtschaften“. Diese Formulierung kann, zumal bei gleichzeitiger Berücksichtigung des unverändert gebliebenen § 2 des Gesellschaftsvertrags, nicht so verstanden werden, dass jeglicher Gewinn ausgeschlossen sein sollte. 103

bb) 104

105

Fehlerhaft ist auch die Bewertung des Angebots der Antragstellerin beim Unterkriterium 9. Dass ein Angebot besser bewertet wird, wenn es die Ausstattung der Gesellschaft mit eigenem anstatt mit gestelltem Personal vorsieht, war für die Bieter weder aus der Wertungsmatrix sicher ableitbar, noch hat die Antragsgegnerin dies in anderer Weise ausreichend kommuniziert. Im Gegenteil hat sie mit ihren Erklärungen im Rahmen der 2. Verhandlungsrunde am 28.01.2019, so wie sie in der Vergabeakte vermerkt sind, bei der Antragstellerin den Eindruck erweckt, dass es sich nicht nachteilig auswirken muss, wenn nur gestelltes Personal vorgesehen wird.	
Soweit die Antragsgegnerin die Angebotsbewertung beim Unterkriterium 9 in der Beschwerdeinstanz – im Ergebnis im Übrigen wohl zweifelhaft – auch damit begründet, dass die Antragstellerin nicht dargestellt habe, wie sie sich das Personalkonzept und die Entwicklung der Wertschöpfung vorstelle, bleibt unklar, wie sich dieser Gesichtspunkt nach der Vorstellung der Antragsgegnerin zur schriftlich niedergelegten Bewertung verhalten und ob dieser Aspekt für sich betrachtet die vorgenommene Bewertung tragen können soll.	106
cc)	107
Die vorgenannten Wertungsfehler wirken sich auf die von der Antragsgegnerin getroffene Zuschlagsentscheidung aus. Zwischen dem Angebot der Beigeladenen und der Antragstellerin liegt nach dem Ergebnis der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Bewertung eine Punktedifferenz von 206,34 Punkten. Die Antragstellerin hat aufgrund der fehlerhaften Bewertung beim Unterkriterium 4 einen Punktabzug von 208,34 Punkten und beim Unterkriterium 9 einen Punktabzug von 125 Punkten hinnehmen müssen. Wenn die Antragstellerin aufgrund einer fehlerfreien Bewertung ihres Angebots bei diesen beiden Unterkriterien 333,34 Punkte erzielte, läge ihr Angebot mit insgesamt 9.877 Punkten vor dem der Beigeladenen, das aufgrund der bisherigen Wertung 9.750 Punkte erzielt hat.	108
4.	109
Da der Nachprüfungsantrag teilweise begründet ist, hat die sofortige Beschwerde im Umfang des Beschwerdeantrags zu 2. Erfolg.	110
a)	111
Auf den Beschwerdeantrag zu 2. ist die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 178 Satz 1 GWB in dem tenorierten Umfang aufzuheben und der Antragsgegnerin gemäß § 178 Satz 2 GWB die Erteilung des Zuschlags bis zu einer fehlerfreien Wiederholung der Angebotsbewertung zu untersagen.	112
b)	113
Soweit die Antragstellerin mit ihrem Beschwerdeantrag zu 1. darüber hinaus die Erteilung des Zuschlags an sich beantragt, ist ihre sofortige Beschwerde unbegründet und abzuweisen. Das Beschwerdegericht kann dem öffentlichen Auftraggeber nur in Ausnahmefällen aufgeben, den Zuschlag auf das Angebot eines bestimmten Bieters zu erteilen. Eine solche Entscheidung kommt nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn die Erteilung des Zuschlags an einen bestimmten Bieter unter Beachtung aller bestehenden Wertungsspielräume die einzig rechtmäßige Entscheidung ist (Senatsbeschlüsse vom 28.11.2018 – VII-Verg 35/18, und vom 27.04.2005 – VII-Verg 10/05, zitiert nach juris, Tz. 11; vgl. auch OLG Celle, Beschluss vom 10.01.2008 – 13 Verg 11/07, zitiert nach juris, Tz. 96 f.; OLG Naumburg, Beschluss vom 13.10.2006 – 1 Verg 7/06, zitiert nach juris, Tz. 41). Diese	114

Voraussetzungen sind hier weder vorgetragen noch ersichtlich.

c)	115
Da die Antragstellerin mit ihrem Beschwerdeantrag zu 2. Erfolg hat, ist über ihren hilfsweise gestellten Beschwerdeantrag zu 3., der sich, wie eine Auslegung ergibt, auf die Gebührenentscheidung der Vergabekammer bezieht, nicht mehr zu befinden.	116
III.	117
Im Hinblick auf die Obsiegens- und Unterliegensanteile der Verfahrensbeteiligten waren die Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 175 Abs. 2 i.V.m. § 78 GWB wie aus dem Tenor ersichtlich zu verteilen. Dabei war zu berücksichtigen, dass sich die Beigeladene an dem Verfahren nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB nicht beteiligt hat. Sie hat zu dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde weder in der Sache vorgetragen noch einen Antrag gestellt. Lediglich ihre Beteiligung am Beschwerdeverfahren außerhalb des Eilverfahrens rechtfertigt es, sie an der Kostenquote wie geschehen zu beteiligen. Im Rahmen der Kostenquote hat der Senat den Anteil des Unterliegens der Antragstellerin durch die Zurückweisung ihres Beschwerdeantrags zu 1. unter Billigkeitsgesichtspunkten mit 20 % bemessen.	118
Die Kostenentscheidung bezüglich des Verfahrens vor der Vergabekammer beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 GWB. Da sich die Beigeladene am Verfahren vor der Vergabekammer aufseiten der Antragsgegnerin beteiligt und auch einen Antrag gestellt hat, war es gerechtfertigt, sie an der Haftung für die Verfahrenskosten und die notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu beteiligen. Im Hinblick auf die Gebührenbefreiung der Antragsgegnerin nach § 182 Abs. 1 Satz 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG war die Kostenhaftung der Beigeladenen im Außenverhältnis allerdings zu reduzieren (vgl. insoweit Senatsbeschlüsse vom 14.02.2018 – VII-Verg 55/17, und vom 21.10.2015 – VII-Verg 35/15).	119
Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG war festzustellen, dass die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer für die Antragstellerin notwendig war.	120
Über die Notwendigkeit eines Verfahrensbeteiligten, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalls zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 26.09.2006 – X ZB 14/06, zitiert nach juris, Tz. 61). Dabei ist – regelmäßig für den Zeitpunkt der Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 21.08.2018 – 2 A 6.15, zitiert nach juris, Tz. 5, und vom 18.11.2016 – 1 WB 32.16, zitiert nach juris, Tz. 29) – danach zu fragen, ob der Beteiligte nach den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, der im Hinblick auf eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren von Bedeutung ist, hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (BGH, Beschluss vom 26.09.2006 – X ZB 14/06, zitiert nach juris, Tz. 61). Hierfür können neben Gesichtspunkten wie der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, der Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen auch rein persönliche Umstände bestimmend sein. Dazu können die sachliche und personelle Ausstattung des Beteiligten gehören, also beispielsweise, ob er über eine Rechtsabteilung oder andere Mitarbeiter verfügt, von denen erwartet werden kann, dass sie gerade oder auch Fragen des Vergaberechts sachgerecht bearbeiten können, oder ob allein der kaufmännisch	121

gebildete Geschäftsinhaber sich des Falls annehmen muss (BGH, Beschluss vom 26.09.2006 – X ZB 14/06, zitiert nach juris, Tz. 61). Anerkannt ist darüber hinaus, dass der Gesichtspunkt der so genannten prozessualen Waffengleichheit in die Prüfung einfließen kann (Senatsbeschluss vom 16.03.2020 – VII-Verg 38/18).

Nach diesen Maßgaben war die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin notwendig, weil das Verfahren in tatsächlicher Hinsicht ausreichend komplex und auch in rechtlicher Hinsicht anspruchsvoll war. 122

Die Entscheidung über den Streitwert des Beschwerdeverfahrens bleibt einem gesonderten Beschluss nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten vorbehalten. 123

Dr. Maimann Dr. Anger 124
Dr. Scholz