

# Oberlandesgericht München

Az.: Verg 15/16  
Vergabekammer Nordbayern Az. 21.VK-314-37/16



-

In dem Nachprüfungsverfahren  
betreffend die Vergabe eines Auftrags zum Neubau eines Verwaltungsgebäudes (Gewerk  
Tragwerksplanung)

## Beteiligte:

### 1. ...

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

### Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

### 2. ...

- Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin -

### Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

-

erlässt das Oberlandesgericht München - Vergabesenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und die Richterin am Oberlandesgericht ... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2017 folgenden

## Beschluss

-

I. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 08.12.2016, Az. 21.VK - 3194 - 37/16 aufgehoben.

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren „Neubau Verwaltungsgebäude, Tragwerksplanung“, EU-Bekanntmachung vom 05.09.2016, Az. 2016 / S 175-314574 in den Stand vor der Aufforderung zum Teilnahmewettbewerb zurückzusetzen und bei erneuter Durchführung des Teilnahmewettbewerbs die Rechtsauffassung des Vergabesenats zu berücksichtigen.

II. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens nach § 173 GWB und der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung angefallenen Kosten der Antragstellerin zu tragen.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für das Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

## **Gründe:**

### I.

Die Antragsgegnerin, die im Bereich Strom-, Erdgas-, Trinkwasser- und Wärmeversorgung tätig ist, beabsichtigt die Errichtung eines Verwaltungsgebäudes für ihre Mitarbeiter. Die Planungsleistungen für die Tragwerksplanung schrieb die Antragsgegnerin im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Die Bekanntmachung wurde im Supplement zum EU-Amtsblatt am 05.09.2016 veröffentlicht. Schlusstermin zur Abgabe eines Teilnahmeantrags war der 06.10.2016, 10.00 Uhr.

Die Bekanntmachung enthielt u.a. folgende Angaben:

**„II. 1.1): Bezeichnung des Auftrags:**

*Leistungen der Tragwerksplanung gemäß § 49 HOAI Lph 1 - 6 für Neubau Verwaltungsgebäude. ...*

**II. 1.4) Kurze Beschreibung**

*Die R. plant den Neubau eines Verwaltungsgebäudes am Standort R. ... Gegenstand dieses Vergabeverfahrens ist die stufenweise Beauftragung der Leistungen für die Tragwerksplanung § 49 HOAI, LPH 1 - 6 in Verbindung mit der Anlage 14 für Leistungsphasen 1 - 6. Als Energieversorgungsunternehmen der Region ist es Ziel den Neubau des eigenen Verwaltungsgebäudes in höchstem Maß auf die Werte Energieeffizienz und CO<sub>2</sub> - Reduktion auszurichten. Die Planungsdisziplinen der Tragwerksplanung, der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik und nicht zuletzt der Objektplanung müssen daher lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden. Sie bilden eine Einheit ohne Schnittstellen. ...*

**II.2.5) Zuschlagskriterien**

*Der Preis ist nicht das einzige Zuschlagskriterium; alle Kriterien sind nur in den Beschaffungsunterlagen aufgeführt. ...*

## **II. 2.9) Angabe zur Beschränkung der Zahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme aufgefordert werden**

Geplante Mindestzahl: 3

Höchstzahl 5

Objektive Kriterien für die Auswahl der begrenzten Zahl von Bewerbern:

Es werden 3 - 5 Bewerber anhand der nachfolgenden Kriterien ausgewählt, welche zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden:

1. Vergleichbarkeit der eingereichten Referenzen;
2. Zufriedenheit der Referenzauftraggeber;
3. Vergleichbarkeit der eingereichten persönlichen Referenzen des vorgesehenen Projektleiters sowie des Stellvertreters;
4. Personelle Kapazität des Bewerbers;
5. Umsatzzahlen des Bewerbers (generell und mit vergleichbaren Leistungen). ...

## **II. 2.14) zusätzliche Angaben:**

Bewerberanfragen, die nach dem 28.09.2016 12.00 Uhr eingehen werden nicht mehr beantwortet. ...

## **III. 1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit**

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

1. Darstellung von mindestens 2 Referenzen des Bewerbers als Planer für Tragwerksplanung vergleichbarer Vorhaben aus den Jahren 2010 - 2016 mit Angabe zur Größe des Bauvorhabens in m<sup>2</sup> BGF. Vergleichbar sind dabei: Tragwerksplanungsleistungen für ein Büro oder Verwaltungsgebäude. Dabei sind folgende Angaben zu den Referenzen zu machen: - kurze Beschreibung des Referenzprojekts: Name und Adresse des Referenzauftraggebers sowie Benennung eines Ansprechpartners mit Telefonnummer beim Referenzauftraggeber...

## **IV 1.1) Verfahrensart**

Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb“

Mit e-mail vom 15.09.2016 teilte die Antragstellerin, ein Architekturbüro, mit, dass sie sich am Vergabeverfahren für die Leistungen der Tragwerksplanung beteiligen möchte. Sie stellte mehrere Fragen, vertrat aber auch den Standpunkt, dass die Anforderung „Referenzen für Büro- oder Verwaltungsgebäude“ kein objektives Eignungskriterium sei und beantragte die ersatzlose Streichung (Anlage A 2). Die Vergabestelle beantwortete die Fragen am 18.09.2016; eine Änderung der Bekanntmachung wurde abgelehnt. (Anlage A 3). Mit Schreiben vom 23.09.2016 rügte die Antragstellerin nochmals die Referenzanforderungen. Diese seien nicht verhältnismäßig. In der Tragwerksplanung sei aus technischer Sicht nicht auf die Art der Nutzung, sondern auf das statische System abzustellen (Anlage A 4). Mit anwaltlichem

Schreiben vom 26.09.2016 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass nach nochmaliger inhaltlicher Prüfung daran festgehalten werde, dass ein Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften nicht vorliege (Anlage A 5).

Die Antragstellerin ergänzte und vertiefte ihren Standpunkt mit Schreiben vom 28.09.2016 (Anlage A 1). Die Bekanntmachung widerspreche den Regelungen des GWB zur Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 6 GWB, verletze die Grundsätze des Wettbewerbs und des Diskriminierungsverbots sowie das der Verhältnismäßigkeit nach § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB. Die ausgeschriebene Leistung unterfalle nicht der SektVO, sondern der VgV. Es werde gegen die Bestimmungen des § 122 Abs. 4 GWB verstoßen. Als Maßstab für die Vergleichbarkeit von nachzuweisenden Referenzen sei die Erbringung einer Tragwerksplanerleistungen derselben Nutzungsart unerheblich. Ob es sich um Büro oder Verwaltungsgebäude oder andere Funktionsbauten gehe, sei für den Schwierigkeitsgrad und das Maß der planerischen Komplexität unerheblich. Die Antragsgegnerin wies auch diese Rüge mit Schreiben vom 30.9.2016 zurück.

Einen Teilnahmeantrag hat die Antragstellerin nicht eingereicht.

Am 04.10.2016 stellte die Antragstellerin bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag unter Bezugnahme auf ihre bisherigen Schreiben, insbesondere auf das Rügevorbringen vom 28.09.2016.

Die Antragsgegnerin beantragte vor der Vergabekammer die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags. Der Antragstellerin fehle die Antragsbefugnis, nachdem sie trotz geeigneter, auf ihrer Homepage aufgelisteter Referenzen keinen Teilnahmeantrag abgegeben habe. Auch inhaltlich sei die Ausschreibung nicht zu beanstanden. Der Neubau eines Verwaltungsgebäudes zähle zur Sektorentätigkeit der Antragsgegnerin. Die Mindestanforderung von zwei Referenzen für Tragwerksplanung für Büro oder Verwaltungsgebäude sei eine objektive und sachgerechte Eignungsanforderung, da derartige Gebäude im Hinblick auf die Tragwerksplanung andere Anforderungen hätten als etwa ein Wohnhaus.

Nachdem die Vergabekammer darauf hingewiesen hat, dass sie von dem Schwellenwert von 418.000,00 € für Sektorenauftraggeber ausgehe, machte die Antragsgegnerin geltend, dass nach einer aktualisierten Kostenschätzung die Kosten für die Tragwerksplanung voraussichtlich bei 385.380,00 € liegen würden.

Mit Schreiben vom 15.11.2016 rügte die Antragstellerin erstmals, die Antragsgegnerin habe es unterlassen, sämtliche Vergabeunterlagen bereits zum Zeitpunkt der Bekanntmachung abrufbar zur Verfügung zu stellen. Mit Schriftsatz vom 06.12.2016 machte die Antragstellerin, erstmals anwaltlich vertreten, zudem geltend, dass alle für den Bau erforderlichen Dienstleistungsaufträge zu addieren seien, womit der Schwellenwert von 418.000,00 € deutlich überschritten werde. § 2 Abs. 7 S. 2 SektVO, wonach nur gleichartige Planungsleistungen

addiert werden müssten, sei europarechtswidrig. Die Vergabeverstöße hätten die Antragstellerin daran gehindert, einen Teilnahmeantrag einzureichen. Antragsbefugnis und Rechtsschutzbedürfnis seien deshalb zu bejahen. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die Kriterien zur Beschränkung der Bewerber seien nicht objektiv oder hinreichend genug bestimmt und ermöglichten eine willkürliche Auswahl. Außerdem wolle die Antragsgegnerin eine Begrenzung der Bewerber anhand der Vergleichbarkeit der Referenzen, es gebe aber kein Mehr an Vergleichbarkeit. Die Frist für Bewerberanfragen sei unangemessen kurz. Die Antragsgegnerin verstoße gegen Datenschutzrecht, indem sie die Benennung von Ansprechpartnern für Referenzobjekte verlange. Zudem fehle es an einer ausreichenden Dokumentation sowohl bezüglich des Vergabevermerks als auch der Berechnung des geschätzten Auftragswerts. Die Antragsgegnerin habe keine Vorgaben hinsichtlich Inhalt, Form und Einreichung einer Europäischen Eigenerklärung gemacht. Schließlich vermische die Antragsgegnerin unzulässig Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Mit Beschluss vom 08.12.2016 verwarf die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag ohne mündliche Verhandlung als unzulässig, da der Auftragswert den Schwellenwert nicht erreiche. Maßgeblich sei der Schwellenwert der SektVO. Die Kostenschätzung der Antragsgegnerin für eine Gesamtvergütung der Tragwerksplanung mit 385.380,00 € sei nicht zu beanstanden. Die Vergabekammer bewerte den vorliegenden Fall wie das nach altem Vergaberecht vergleichbare Verhältnis des § 3 Abs. 3 VOF 2006 zu Art. 9 Abs. 5 Richtlinie 2004/18/EG. Die VOF Regelung, die sogar von „derselben freiberuflichen Leistung“ spreche, sei europarechtskonform, weil die Schwellenwertberechnung bei Dienstleistungen im Gegensatz zu Bauleistungen nicht objektbezogen, sondern auftragsbezogen erfolge. Eine Vorlagepflicht der Vergabekammer nach Art. 267 AEUV bestehe ohnehin nicht, da Beschlüsse der Vergabekammern mit dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde angegriffen werden könnten.

Gegen den Beschluss der Vergabekammer wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde vom 22.12.2016. Sie meint, der Schwellenwert sei überschritten, da alle für den Bau erforderlichen Dienstleistungsaufträge zu addieren seien. Jede andere Sichtweise sei europarechtswidrig. Gegebenenfalls müsse eine Vorlage an den EuGH erfolgen. Abgesehen davon müsste auch für Aufträge knapp unterhalb der Schwellenwerte das Nachprüfungsverfahren zulässig sein, insbesondere bei grenzüberschreitendem Interesse. Die Antragstellerin sei antragsbefugt und auch mit keiner ihrer Rügen präkludiert. Sie sei erst nach Prüfung der Unterlagen durch die Verfahrensbevollmächtigten über weitere Vergabeverstöße informiert worden. Davor seien die Verstöße für die Antragstellerin nicht erkennbar gewesen. Sämtliche Rügen seien auch inhaltlich begründet. Insbesondere seien die Referenzanforderungen unverhältnismäßig. Für Tragwerksplanung seien nur die Projektgröße oder statische Systeme von Bedeutung, die Nutzung z.B. als Bürogebäude sei kein objektives Kriterium für die Eignung des Statikers. Dies sei auch in § 75 Abs. 5 VgV nunmehr ausdrücklich geregelt. Die festgelegten Kriterien würden keine sachgerechte Auswahlentscheidung ermöglichen. Ferner liege ein Vergabeverstoß darin, dass die Angebotsunterlagen erst nach Veröffentlichung der EU-Bekanntmachung erstellt worden seien. Im Übrigen wiederholt sie ihre

bereits erstinstanzlich vorgetragenen Argumente.

Die Antragstellerin beantragt:

1. die Entscheidung der Vergabekammer Nordbayern gemäß § 178 S. 1 GWB aufzuheben
2. die Vergabekammer Nordbayern gemäß § 178 S. 2 Var. 2 GWB zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden
3. hilfsweise gemäß § 178 S. 2 Var. 1 GWB in der Sache selbst zu entscheiden und geeignete Maßnahmen im Sinne des § 168 Abs. 1 GWB zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern;
4. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen anzuordnen, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens herzustellen
5. äußerst hilfsweise, der Antragsgegnerin aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren „Neubau Verwaltungsgebäude, Tragwerksplanung“ EU- Bekanntmachung vom 10. September 2016, Aktenzeichen 216/S 175 – 314574, in den Stand vor Aufforderung zum Teilnahmewettbewerb zurückzusetzen und rechtmäßige Eignungskriterien und deren Nachweise unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenats abzufragen
6. gemäß § 178 S. 3 GWB festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt ist
7. der Antragstellerin weitergehende Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren
8. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen
9. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Die sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag auf weitergehende Einsicht in die Vergabeakte wird zurückgewiesen.
3. Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 S. 2 GWB einschließlich der zweckentsprechenden Rechtsverfolgungskosten der Beschwerdegegnerin.

Die Antragsgegnerin meint, die Vergabekammer habe zutreffend festgestellt, dass der maßgebliche Schwellenwert nicht überschritten sei. Gemäß § 2 Abs. 7 S. 2 SektVO erfolge keine Addition der Planungsleistungen. Objektplanung und Tragwerksplanung seien keine gleichartigen Leistungen. Ein Anlass für eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof bestehe nicht. Da die Antragstellerin keinen Teilnahmeantrag eingereicht habe, sei sie schon nicht antragsbefugt. Denklogisch könne die Antragstellerin durch die angeblichen weiteren, erst im Schriftsatz vom 06.12.2016 benannten, ihr vorher nicht aufgefallenen Verstöße gar nicht betroffen sein. Mit sämtlichen Rügen aus dem Schriftsatz vom 06.12.2016 sei die Antragstellerin präkludiert, da die angeblichen Verstöße anhand der Bekanntmachung erkennbar gewesen seien. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei es nach § 41 Abs. 1 SektVO auch nicht notwendig, die vollständigen Unterlagen für die Angebotsphase schon mit den Bewerbungsunterlagen für den Teilnahmewettbewerb zur Verfügung zu stellen. In einem zweistufigen Verhandlungsverfahren sei dies systemwidrig. Die Kriterien zur Beschränkung der Zahl der Bewerber seien vergaberechtskonform. Ein Verstoß gegen § 46 SektVO liege nicht vor. Die Auswahlkriterien dienten dazu, die geeignetsten unter den geeigneten Bewerbern auszuwählen. Das Prozedere bezüglich der Bewerberanfragen genüge vergaberechtlichen Vorgaben. Die Referenzanforderungen seien ebenfalls zulässig. Für die Angabe von Kontaktdaten der Ansprechpartner beim Referenzauftraggeber bestehe ein berechtigtes Interesse. Eine fehlerhafte Dokumentation sei nicht feststellbar. Den Anforderungen im Zusammenhang mit der Europäischen Eigenerklärung sei die Antragsgegnerin offenkundig nachgekommen. Die Rechtsprechung dazu, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht vermischt werden dürfen, sei vorliegend nicht einschlägig. Zuschlagskriterien seien neben dem Preis noch Reaktionszeitenkonzept und Personaleinsatzkonzept. Diese Zuschlagskriterien hätten sich nicht in der Bekanntmachung, sondern erst in der Aufforderung zur Angebotsabgabe gefunden. Die Angebotsunterlagen seien erst nach der streitgegenständlichen Bekanntmachung erstellt worden.

Der Senat hat mit Beschluss vom 05.01.2017 (Bl. 49 ff d.A.) die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin bis zur Entscheidung in der Hauptsache verlängert.

In der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2017 hat die Antragstellerin erklärt, es begründe einen ganz erheblichen personellen und wirtschaftlichen Aufwand, Bewerbungsunterlagen für eine derartige Bewerbung zu erstellen. Sie habe sich keine vernünftige Chance ausgerechnet, da anhand der Referenzen die Auswahl der Bewerber erfolgen solle. Die Antragsgegnerin hat ausgeführt, es sei nur erforderlich gewesen, einige Formblätter auszufüllen.

## II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere nach § 172 GWB form- und fristgerecht eingelegt, und entsprechend den nachfolgenden Ausführungen auch begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.
  - 1.1. Nach § 186 Abs. 2 GWB findet das GWB in der neuen Fassung gemäß Art. 1 VergaberechtsmodernisierungG vom 17.02.2016 (BGBl I S. 203) Anwendung, da das streitgegenständliche Vergabeverfahren erst nach dem 18.06.2016 begonnen wurde.
  - 1.2. Der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen (Vergabekammer und -senat) ist eröffnet. Der nach § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB, Art. 15 RiLi 2014/25/EU maßgebliche Schwellenwert von 418.000,00 Euro ist überschritten.
    - 1.2.1. Die Antragsgegnerin ist im Bereich Strom-, Erdgas-, Trinkwasser- und Wärmeversorgung tätig und daher Sektorenauftraggeberin nach § 102 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 GWB, § 100 Abs. 1 Nr. 2 b), Abs. 3 Nr. 1 GWB. Die Stadt R. hält unstreitig 64,52 % der Gesellschaftsanteile der Antragsgegnerin.
    - 1.2.2. Es handelt sich um einen Auftrag, der im Sinne von § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB „zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit vergeben“ wird. Ob - wie vorliegend - die Errichtung eines Verwaltungsgebäudes für die eigenen Mitarbeiter durch einen Sektorenauftraggeber noch als Auftrag „zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit“ anzusehen ist, wird nicht einheitlich beurteilt. Während etwa in der Literatur die Ansicht vertreten wird, der Bau eines Verwaltungsgebäudes diene nur noch mittelbar der Sektorentätigkeit und sei daher vom Anwendungsbereich des § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB nicht mehr umfasst (so etwa Dietrich in Greb / Müller, Sektorenvergaberecht, 2. Aufl., § 136 Rz. 15), hält die Rechtsprechung die Sektorenrichtlinie für anwendbar (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.05.2008, Verg 19/08, juris Tz. 1 und 13; ebenso VK Sachsen Beschluss vom 09.12.2014, 1/SVK /032-14, juris Tz. 124, auch „äußerlich neutrale“ „Hilfsgeschäfte“ seien als Sektorentätigkeit anzusehen).

Der Senat schließt sich der letzteren Ansicht an. Für eine weite Auslegung spricht insbesondere die Klarheit und Praktikabilität der Anwendung. Eine Differenzierung danach, welche Aufträge noch „unmittelbar“ der Sektorentätigkeit dienen und welche nur noch als mittelbare Förderung der Sektorentätigkeit zu werten sind, führt in der Praxis zu kaum lösbaren Abgrenzungsproblemen. So kann ein Energieversorgungsunternehmen ohne eine Verwaltungsabteilung seine Leistungen ebenso wenig erbringen wie ohne Techniker. Eine Differenzierung danach, ob in einem geplanten Verwaltungsgebäude Abteilungen arbeiten, die unmittelbar für den



Sektorenbereich tätig sind oder auch andere rein verwaltende Abteilungen (so Dietrich, a.a.O., Rz. 15) ist praktisch kaum durchführbar. Es stellt sich etwa die Frage, ob eine EDV-Abteilung dem reinen Verwaltungsbereich zuzurechnen wäre oder schon zur Sektorentätigkeit gehört. Zudem müssten bei einem für verschiedene Abteilungen vorgesehenen Gebäude für die Frage, ob der Schwellenwert erreicht ist, die geschätzten Gesamtkosten prozentual verteilt werden, was in der Praxis kaum möglich sein dürfte. Auch lassen weder der Wortlaut des § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB noch die Gesetzesbegründung erkennen, dass ausschließlich Aufträge umfasst sein sollen, die rein unmittelbar der Sektorentätigkeit dienen und nur für eine solche denkbar sind. Die Gesetzesbegründung spricht vielmehr für eine umfassende Auslegung. Danach sind die Vorschriften der SektVO einzuhalten bei der „Vergabe öffentlicher Aufträge zum Zwecke einer Sektorentätigkeit, bzw. die einer Sektorentätigkeit dient“ (BT-Drs. 18/7318, S. 208 zu § 1 SektVO). Betrachtet man die europarechtlichen Vorgaben, so ist nach Art. 1 Abs. 2 der RiLi 2014/25/EU maßgeblich, dass die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen der in Art. 8 bis 14 genannten Zwecke „bestimmt“ sind. Auch mit der Entscheidung des EuGH vom 16.06.2005, C 426-03 und C- 463-03 (juris) steht die vom Senat vertretene Auslegung in Einklang. Dass der Sektorenauftraggeber die Vergabe der Dienstleistung „in Ausübung einer solchen Tätigkeit“ plant (juris Tz. 37), kann auch bei einem Verwaltungsgebäude für die eigenen Mitarbeiter angenommen werden.

1.2.3. Der Schwellenwert von 418.000,00 Euro ist überschritten. Entgegen der Ansicht der Vergabekammer sind jedenfalls im vorliegenden Fall nachfolgend aufgelistete Planungsleistungen zu addieren und nicht nur die Kosten der Tragwerksplanung zu berücksichtigen.

1.2.3.1. Gemäß § 2 Abs. 7 SektVO ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zu berücksichtigen, wenn das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Leistung zu einem Auftrag führen kann, der in mehreren Losen vergeben wird. Allerdings gilt dies nach § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO bei Planungsleistungen nur für Lose über „gleichartige“ Leistungen. Gemäß § 2 Abs. 7 Satz 3 SektVO gilt die Verordnung für die Vergabe jedes Loses, wenn der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert überschreitet.

Fraglich ist, nach welchen Kriterien die „Gleichartigkeit“ der Planungsleistungen zu beurteilen ist. Die bislang wohl herrschende Ansicht nimmt für die freiberuflichen Planungsleistungen die unterschiedlichen

Leistungsbilder der HOAI als Indiz. Danach stellen die Planungsleistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung unterschiedliche Leistungsbilder dar und werden mithin als verschiedenartige und somit nicht zu addierende Planungsleistungen i.S. des § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO angesehen (Greb in Greb / Müller, Sektorenvergaberecht, 2. Aufl, § 2 Rz. 23; Matuschak, NZBau 2016, S. 613, 619 - zum gleichen Problem bei § 3 Abs. 7 VgV; Stolz, VergabeR 2016, S. 351, 352 f). Für diese Auslegung spricht der Wortlaut, der auf die „Gleichartigkeit“ und nicht auf eine wirtschaftliche oder technische Funktion der Planungsleistung abstellt. Ferner lässt sich hierfür die Entstehungsgeschichte dieser Norm anführen. In einem Referentenentwurf zur VgV (bei der sich im Rahmen des § 3 Abs. 7 VGV die gleiche Problematik stellt) war vorgesehen, dass sämtliche Leistungen, „die in funktionalem Zusammenhang stehen“, zu addieren seien. Demgegenüber wurde dann im endgültigen Entwurf die jetzige Regelung vorgesehen, um, wie sich aus mündlichen Äußerungen in den Plenarprotokollen ergibt, die bisherige mittelstandsfreundliche Lösung fortzuschreiben (s. zur Entstehungsgeschichte die Ausführungen bei Matuschak, NZBau 2016, S. 613, 615 und Stolz, VergabeR 2016, S. 351, 352). Zudem wäre der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 7 Satz 2 GWB bei einer funktionalen Betrachtungsweise gering (darauf verweist Matuschak, a.a.O, S. 616). Objekt- und Tragwerksplanung sowie die Planung der technischen Gebäudeausrüstung werden häufig einem einheitlichen Bauvorhaben dienen und in wirtschaftlich und technisch engem Zusammenhang stehen. Mithin würde bei einer funktionalen Betrachtungsweise auch die Ausschreibungspflicht jedenfalls für die Planungsleistungen deutlich ausgeweitet, selbst wenn die Schwellenwerte für die eigentlichen Bauleistungen möglicherweise noch nicht erreicht wären. Damit verbunden wäre ein erheblicher Mehraufwand für die Auftraggeber gerade bei kleineren Bauvorhaben (darauf verweisen Matuschak, a.a.O, S. 616 und Stolz, a.a.O., S. 352 f).

Allerdings bestehen erhebliche Bedenken, ob diese Auslegung des § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO mit den europarechtlichen Vorgaben in Einklang steht. Art. 16 Abs. 8 der RiLi 2014/25/EU regelt, der geschätzte Gesamtwert aller Lose sei zu berücksichtigen, wenn ein Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung von Dienstleistungen zu Aufträgen führen könne, die in mehreren Losen vergeben würden. Wenn der kumulierte Wert der Lose den in Art. 15 genannten Schwellenwert übersteige, gelte die Richtlinie für die Vergabe jedes Loses. Eine Einschränkung wie in § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO, dass nur gleichartige Planungsleistungen zu addieren sind, findet sich in der RiLi 2014/25/EU nicht. Auf die „Gleichartigkeit“ wird nur in Art. 16 Abs. 9 RiLi

2014/25/EU, soweit die Aufträge den Erwerb von Waren betreffen, abgestellt.

Auch die Entscheidung des EuGH vom 15.03.2012, C-574/10 (juris), spricht für eine funktionale Betrachtungsweise. Im dortigen Fall waren Architektendienstleistungen, die von einem einzigen Auftraggeber vergeben wurden und ein Gesamtanierungsprojekt für ein und dasselbe öffentliche Gebäude betrafen, aus haushaltsrechtlichen Gründen in verschiedene Abschnitte aufgeteilt. Nach Ansicht des EuGH (juris Tz. 41 ff) ist für die Frage, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag handelt, der nur in getrennte Lose (oder Abschnitte) aufgeteilt, aber für die Berechnung des Schwellenwerts als ein Auftrag zu behandeln ist, eine funktionelle Betrachtung maßgeblich. Es sei der einheitliche Charakter in Bezug auf die wirtschaftliche und technische Funktion zu prüfen. Dass in dem vom EuGH entschiedenen Fall der Gegenstand der Arbeiten in den verschiedenen Abschnitten des Bauvorhabens wechsele und z.B. das Tragwerk des Gebäudes, das Dach oder die Beleuchtung betreffe, bedeute nicht, dass sich dadurch der Inhalt und die Natur der Architektenleistungen, die in diesen Abschnitten erbracht wurden, ändere (juris Tz. 44). Die Leistungen wiesen nach Ansicht des EuGH in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und funktionelle Kontinuität auf, die durch die Aufteilung dieser Leistungen in verschiedene Abschnitte nicht als durchbrochen angesehen werden könnten (juris Tz. 45).

Schließlich hat die Europäische Kommission bereits ein (inzwischen allerdings eingestelltes) Vertragsverletzungsverfahren gegen die BRD eingeleitet (s. dazu Anlagen BF 5 und BF 6 - Sanierung Schwimmbad Stadt E. in Niedersachsen). Im dortigen Fall waren die Objektplanung, Tragwerksplanung und Planung der technischen Gebäudeausrüstung für die Sanierung eines öffentlichen Freibads nicht öffentlich ausgeschrieben worden, obwohl der Gesamtwert der Kosten für diese Planungsleistungen über dem maßgeblichen Schwellenwert lag. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, aufgrund der unterschiedlichen Leistungsbilder nach der HOAI handele es sich um sachlich verschiedene Aufträge, die nicht zu addieren seien, auch wenn sie sich auf ein einheitliches Bauvorhaben bezögen. Die Kommission teilte diese Ansicht nicht. Sie sah die Voraussetzungen einer funktionellen Kontinuität und inneren Kohärenz in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht als erfüllt an, da sich alle Planungsaufträge auf das einheitliche Bauvorhaben der Sanierung des örtlichen Freibads bezögen hätten und jeweils typische Architektenleistungen zu erbringen gewesen seien.

Es erscheint nicht ausgeschlossen, § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO dahingehend auszulegen, dass es für die „Gleichartigkeit“ auch auf die wirtschaftliche und

technische Funktion der Planungsleistungen ankommt. Denn in der amtlichen Begründung (BT-Drs. 18/7318, S. 210) ist zur inhaltlich identischen Regelung in § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV ausgeführt: „Satz 2 stellt deklaratorisch fest, dass nur die Werte solcher Planungsleistungen zusammenzurechnen sind, die gleichartig sind. Bei der Bewertung, ob Planungsleistungen gleichartig sind, ist die wirtschaftliche oder technische Funktion der Leistung zu berücksichtigen“.

1.2.3.2. Ob aus obigen Erwägungen in jedem Fall die Leistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung für ein einheitliches Bauvorhaben als gleichartige Leistungen anzusehen und für die Schwellenwertberechnung zu addieren sind, bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls im streitgegenständlichen Fall ist eine Addition vorzunehmen. Hier spricht schon die von der Antragsgegnerin selbst formulierte Bekanntmachung dafür, die Planungsleistungen als Einheit zu betrachten und zu bewerten. Die Bekanntmachung führt aus: *„Die Planungsdisziplinen der Tragwerksplanung, der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik und nicht zuletzt der Objektplanung müssen daher lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden. Sie bilden eine Einheit ohne Schnittstellen.“* Mithin hat die Auftraggeberin vorliegend selbst dokumentiert, dass sie von einer funktionalen, wirtschaftlichen und technischen Einheit dieser Planungsleistungen ausgeht. Für den Senat besteht kein Anlass, dies anders zu beurteilen. Die genannten Dienstleistungen weisen damit in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und funktionale Kontinuität auf, die durch die Aufteilung der Leistungen in verschiedene Abschnitte nicht als durchbrochen angesehen werden kann. Im Übrigen hielt die Antragsgegnerin die Tragwerksplanungsleistungen ursprünglich selbst für ausschreibungspflichtig, wie die Bekanntmachung zeigt.

1.2.3.3. Ausweislich des Vergabevermerks betragen die geschätzten Kosten für Objektplanung, technische Ausrüstung und Tragwerksplanung mehr als drei Millionen Euro und liegen daher erheblich über dem Schwellenwert von 418.000,00 Euro.

1.2.3.4. Einer Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV bedarf es vorliegend nicht. Jedenfalls die Auslegung und Anwendung im konkreten Fall durch den Senat steht ersichtlich mit Art. 16 RiLi 2014/25/EU und der Rechtsprechung des EuGH in Einklang.

1.2.4. Die Antragstellerin ist nach § 160 Abs. 2 GWB bezüglich der wesentlichen gerügten Verstöße antragsbefugt. Die Antragsbefugnis fehlt allerdings hinsichtlich des angeblichen Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen.

1.2.4.1. Das nach § 160 Abs. 2 Satz 1 1. Hs. GWB erforderliche Interesse an dem Auftrag hat die Antragstellerin hinreichend dargelegt. Wer - wie die Antragstellerin - geltend macht, durch rechtsverletzende Bestimmungen in den Vergabeunterlagen an der Einreichung eines chancenreichen Angebots gehindert oder erheblich beeinträchtigt zu sein, muss zur Begründung des Auftragsinteresses kein Angebot abgeben, sondern dokumentiert dieses Interesse durch seine vorprozessuale Rüge und den anschließenden Nachprüfungsantrag (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.01.2013, VII Verg 35/12, juris Tz. 19). Vorliegend hat die Antragstellerin schon in der ersten e-mail vom 15.09.2016 ihr Interesse am Auftrag bekundet, zugleich jedoch vergaberechtliche Bedenken gegen die von der Antragsgegnerin festgelegten Referenzanforderungen geltend gemacht. Sie hat ihren Standpunkt in den folgenden Schreiben wiederholt (vgl. Schreiben vom 28.09.2016, in dem nochmals ausdrücklich auf das Interesse an dem Auftrag hingewiesen wird). Eine Pflicht, trotz der geltend gemachten unzulässigen Vergabebedingungen dennoch ein Angebot abzugeben, besteht im Hinblick auf den damit verbundenen Aufwand an Zeit und Kosten nicht (vgl. auch OLG Düsseldorf, a.a.O, Tz. 19; Weyand, ibR-online Kommentar Vergaberecht, § 107 GWB Rz. 79 f; Möllenkamp, a.a.O., § 160 Rz. 65). Dabei ist nicht maßgeblich, ob der Aufwand für die Abgabe eines Teilnahmeantrags vorliegend ganz erheblich gewesen wäre - wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2017 behauptet hat -, oder eher gering, wie die Antragsgegnerin geltend gemacht hat. Jedenfalls wäre es eine nicht unerhebliche zeitliche und finanzielle Investition gewesen, deren Nutzen angesichts der strittigen Referenzvorgaben sehr fraglich war. Der Antragsbefugnis steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin unstreitig über Referenzen für Tragwerksplanungen bei Verwaltungsgebäuden im maßgeblichen Zeitraum verfügt. Denn die Antragsgegnerin wollte ausweislich der Bekanntmachung von allen geeigneten Bewerbungen nur drei bis fünf zur Angebotsabgabe auffordern und diese Auswahl gerade anhand der beanstandeten Referenzen für Büro- und Verwaltungsgebäude vornehmen. Ersichtlich kam es damit für eine aussichtsreiche Teilnahme nicht nur darauf an, überhaupt Referenzen vorweisen zu können, sondern auch auf die Details der Referenzen und deren Qualität. Dass sich ein Unternehmen, das bereits die Forderung nach

bestimmten Referenzen als sachfremd betrachtet, nicht an einem Wettbewerb beteiligt, in dem gerade diese Referenzen über die Auswahl der Teilnehmer entscheidet, sondern unmittelbar ein Nachprüfungsverfahren einleitet, ist nachvollziehbar und stellt die Antragsbefugnis nicht in Frage.

1.2.4.2. Die Prüfung der Antragsbefugnis umfasst des Weiteren die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB und die Darlegung eines durch die Rechtsverletzung bereits entstandenen oder noch drohenden Schadens. Dabei ist die Antragsbefugnis für jeden einzelnen geltend gemachten Vergaberechtsverstoßes getrennt zu prüfen und festzustellen (Möllenkamp in Kulartz / Kus / Portz / Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl, § 160 Rz. 28). Hierfür genügt im Rahmen der Zulässigkeit eine in sich schlüssige und nachvollziehbare Darlegung der Möglichkeit einer Beeinträchtigung der eigenen Chancen auf den Zuschlag zu verlangen (OLG Naumburg, NZBau 2001, S. 579, 580; OLG Schleswig, Beschluss vom 30.06.2005, 6 Verg 5/05, juris Tz. 22 ff). Ob die Rüge sachlich gerechtfertigt ist, ist im Rahmen der Begründetheit zu prüfen. Vorliegend hat die Antragstellerin jedenfalls schlüssig dargetan, in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein, da nicht sämtliche Angebotsunterlagen rechtzeitig zur Verfügung standen, die Zahl der auszuwählenden Bieter unzulässig beschränkt werde, die Referenzanforderungen unverhältnismäßig seien, die Frist für Bewerberanfragen zu kurz sei, die Antragsgegnerin keine Anforderungen hinsichtlich der Europäischen Eigenerklärung stelle, Eignungs- und Zuschlagskriterien vermische und keine ausreichende Dokumentation vorgenommen habe. Bezüglich dieser schlüssig dargelegten Verstöße ist auch eine ausreichende Darlegung eines drohenden Schadens zu bejahen. Insoweit genügt es, dass durch die gerügten Verstöße die Chancen auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein *können* (Möllenkamp, a.a.O, § 160 Rz. 86 m.w.N). Dies ist für die dargelegten Rügen zu bejahen.

Hingegen fehlt es bereits an der schlüssigen Behauptung einer Rechtsverletzung, soweit die Antragstellerin Verstöße gegen das Datenschutzrecht rügt. Datenschutzrechtliche Normen gehören nicht zu den Bestimmungen des Vergabeverfahrens i.S. des § 97 Abs. 6 GWB. Lediglich ergänzend ist zu bemerken, dass ein sachliches, im Vergaberecht (national und europarechtlich) allgemein anerkanntes Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Benennung eines Ansprechpartners für Referenzobjekte besteht, da andernfalls die behaupteten Referenzen und damit die Eignung des Bieters nicht überprüfbar wären. Dass sich daraus für die Bieter die Notwendigkeit ergibt, bei den Auftraggebern ihrer Referenzprojekte um die

Einwilligung in die Weitergabe von Kontaktdaten nachzusuchen, macht die Anforderung nicht unzulässig.

1.2.5. Die Antragstellerin hat bezüglich der von ihr erst im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Rüge der zu kurzen Frist für Bewerberanfragen gegen ihre Rügeobliegenheiten nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB verstoßen; insoweit ist ihr Nachprüfungsantrag unzulässig. Im Übrigen ist ein Verstoß gegen die Rügeobliegenheiten nach § 160 Abs. 3 GWB nicht feststellbar.

1.2.5.1. Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Erkennbar ist ein Vergaberechtsverstoß, wenn sich die zugrundeliegenden Tatsachen aus der Bekanntmachung ergeben und von einem durchschnittlichen Bieter als Verstoß gegen Bestimmungen des Vergabeverfahrens erkannt werden können (Hofmann in Müller-Wrede, GWB, Vergaberecht, § 160 Rz. 69). Dabei kommt eine Rügepräklusion nur bei auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhenden und ins Auge fallenden Rechtsverstößen in Betracht. Der Verstoß muss so deutlich zutage treten, dass er einem durchschnittlichen Bieter bei der Vorbereitung seiner Bewerbung bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ins Auge fallen muss. Bisweilen werden in der Rechtsprechung zusätzlich individuelle Kenntnisse des Bieters ebenfalls berücksichtigt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.08.2011, Verg 16/11 juris Tz. 43 f).

1.2.5.2. Vorliegend hat die Antragstellerin vor Ablauf der Frist für den Teilnahmeantrag nur die als unverhältnismäßig angesehenen Referenzanforderungen gerügt.

Die Rügen, dass die Antragsgegnerin die Zahl der Bewerber vergaberechtswidrig beschränke, dass sie Eignungs- und Zuschlagskriterien unzulässig vermische und unzulässigerweise keine Anforderungen in Bezug auf die Europäische Eigenerklärung stelle, erfordern vertiefte Kenntnisse des Vergaberechts. Auch wenn zulasten der Antragstellerin berücksichtigt würde, dass sie ersichtlich über nicht unerhebliche Kenntnisse des Vergaberechts

verfügt, kann insoweit nicht von einem für sie erkennbaren Verstoß ausgegangen werden. Die Rüge erst im Nachprüfungsverfahren ist mithin nicht gemäß § 160 Abs. 3 GWB präkludiert. Gleiches gilt für den Vorwurf, dass die Dokumentation nicht genüge.

Im Ergebnis genauso beurteilt der Senat die Rüge der nicht rechtzeitigen Zurverfügungstellung und verspäteten Erstellung der vollständigen Angebotsunterlagen. Es stellt eine Neuerung im Vergaberecht dar, dass die vollständigen Angebotsunterlagen bereits mit der Bekanntmachung Interessenten zur Verfügung gestellt werden sollen. Insoweit sind vertiefte Rechtskenntnisse erforderlich, um die Problematik, dies könne nach neuem Vergaberecht unzulässig sein, zu erkennen (vgl. dazu unten Ziff. 2.1). Dass die Antragsgegnerin die Unterlagen erst nach der Bekanntmachung fertiggestellt hat, wurde erst im Beschwerdeverfahren mitgeteilt und war schon aus diesem Grund vorab für die Antragstellerin nicht erkennbar.

Anders zu beurteilen ist allerdings die angeblich zu kurze Frist für Bewerberanfragen. Es kann einem Bieter nicht verborgen bleiben, wenn ihm aus seiner Sicht unzumutbar kurze Fristen gesetzt werden. Dieser von der Antragstellerin behauptete Verstoß hätte daher von der Antragstellerin schon vor Ablauf der Frist für die Abgabe eines Teilnahmeantrags zu rügen. Nur ergänzend sei darauf verwiesen, dass der Senat schon im Hinblick auf den im Vergabeverfahren geltenden Beschleunigungsgrundsatz eine Rechtsverletzung insoweit auch nicht zu erkennen vermag.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Der Antragsgegnerin ist es nicht gelungen, im Nachprüfungsverfahren überzeugend zu begründen, weswegen sie eine Auswahl der Bewerber anhand von Referenzen für Büro- und Verwaltungsgebäude vornehmen will. Darüber hinaus begegnet das Verfahren noch weiteren, nachfolgend aufgezeigten Bedenken, denen bei erneuter Durchführung des Teilnahmewettbewerbs Rechnung getragen werden sollte.

2.1. Unstreitig standen die Unterlagen für die Angebotsphase nicht schon mit der streitgegenständlichen Bekanntmachung den Interessenten zur Verfügung. Wie die Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren eingeräumt hat, wurden die Angebotsunterlagen tatsächlich sogar erst später erstellt. Dass eine frühere Erstellung nicht möglich gewesen wäre, trägt die Antragsgegnerin nicht vor.

Darin liegt eine Verletzung von § 41 Abs. 1 SektVO. Nach dieser Vorschrift hat der Auftraggeber bereits in der Auftragsbekanntmachung oder Aufforderung zur



Interessensbestätigung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen uneingeschränkt und vollständig abgerufen werden können. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin sind damit auch im zweistufigen Vergabeverfahren, also insbesondere im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, bereits mit der Auftragsbekanntmachung die Vergabeunterlagen allen interessierten Unternehmen zur Verfügung zu stellen, jedenfalls soweit diese Unterlagen bei Auftragsbekanntmachung in einer finalisierten Form vorliegen können (Honekamp in Greb / Müller, Sektorenvergaberecht, 2. Aufl., § 41 Rz. 27 f). Dies ergibt sich zudem aus der amtlichen Begründung zu § 41 SektVO (BT-Drs. 18/7318, S. 234 f). Danach gehören zu den Vergabeunterlagen „sämtliche Unterlagen, die von Auftraggebern erstellt werden oder auf die sie sich beziehen, um Teile des Vergabeverfahrens zu definieren. Sie umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um interessierten Unternehmen eine Entscheidung über die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen“ ... „Vollständig abrufbar sind die Vergabeunterlagen dann, wenn über die Internetadresse in der Bekanntmachung sämtliche Vergabeunterlagen und nicht nur Teile derselben abgerufen werden können“. Auch Art. 73 der RiLi 2014/25/EU differenziert nicht nach ein- und zweistufigem Verfahren und schreibt vor, dass der Auftraggeber mit der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung einen Zugang zu den Vergabeunterlagen anzubieten habe.

Im Übrigen erscheint naheliegend, dass ein Interessent die Entscheidung, ob er einen Teilnahmeantrag einreicht, nicht zuletzt davon abhängig macht, nach welchen Kriterien im weiteren Verlauf des Verfahrens der Zuschlag erteilt werden soll. Dem genügt ersichtlich Ziff. II 2.5 der streitgegenständlichen Bekanntmachung nicht. Danach ist der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium, alle Kriterien seien aber nur in den Beschaffungsunterlagen aufgeführt. Diese wurden nicht zur Verfügung gestellt, sie waren noch nicht einmal von der Vergabestelle zum Zeitpunkt der Bekanntmachung festgelegt worden.

2.2. Auch bezüglich der Beschränkung bzw. Auswahl der Bewerber ist das Verfahren nicht frei von Fehlern. Zwar ist nach § 45 Abs. 3 SektVO grundsätzlich zulässig, die Zahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen, zu begrenzen. Im Grundsatz ist ferner nicht zu beanstanden, dass die Auftraggeberin mindestens drei und höchstens fünf Bewerber hierzu auffordern möchte (vgl. Honekamp/Weyand in Greb / Müller, Sektorenvergaberecht, 2. Aufl., § 45 Rz. 20). Erforderlich ist jedoch zum einen, dass die in § 45 Abs. 3 SektVO genannten sachlichen Voraussetzungen für eine Beschränkung vorliegen, was tunlichst auch dokumentiert werden sollte, zum anderen müssen im Hinblick auf das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot, § 119 Abs. 4

GWB, eindeutige und objektive, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehende Auswahlkriterien benannt und deren Gewichtung und Bewertung bekanntgegeben werden (Weyand, a.a.O, Rz. 19; Knauff in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, § 119 Rz. 36).

Diesen Anforderungen ist die Antragsgegnerin nicht gerecht geworden. Denn in Ziff. II 2.9) der Bekanntmachung werden zwar objektive Kriterien für die Auswahl angeführt. Jedoch bleibt völlig im Unklaren, wie diese Kriterien bewertet und im Verhältnis zueinander gewichtet werden sollen, insbesondere ob sie gleichrangig nebeneinander stehen oder für die Antragsgegnerin von unterschiedlicher Bedeutung sind (so die Erklärung der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2017). Auch wenn grundsätzlich dem Auftraggeber im Rahmen des § 45 Abs. 3 SektVO ein Ermessensspielraum zuzubilligen ist, genügt die Antragsgegnerin vorliegend dem Transparenzgebot des § 119 Abs. 4 GWB nicht. Eine Überprüfung der von der Antragsgegnerin zu treffenden Auswahlentscheidung wäre dem Senat nicht einmal ansatzweise möglich. Hierfür besteht aber nicht zuletzt deshalb ein gesteigertes Bedürfnis, da die Auftraggeberin nur einen sehr kleinen Kreis von Bewerbern zur Angebotsabgabe auffordern will.

Zur Rüge der Antragstellerin, die Antragsgegnerin wolle rechtswidrig ein „Mehr an Eignung“ berücksichtigen, wird auf den nachfolgenden Abschnitt 2.5. verwiesen.

2.3. Auch die Rüge der Antragstellerin in Bezug auf die geforderten Referenzen für Büro- und Verwaltungsgebäude ist begründet. Gemäß § 46 Abs. 1 SektVO hat der Auftraggeber die Unternehmen anhand objektiver Kriterien auszuwählen. Damit kommt dem Auftraggeber ein im Vergleich zum sonstigen Vergaberecht grundsätzlich größerer Spielraum zu (Weyand in Greb / Müller, Sektorenvergaberecht, 2. Aufl, § 46 Rz. 2). Indessen haben die vom Auftraggeber gestellten Eignungsanforderungen dennoch den Vorgaben des § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB zu entsprechen (vgl. auch § 142 GWB), müssen daher mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und in einem angemessenen Verhältnis zu ihm stehen. Letztlich sind nur solche Eignungsanforderungen zulässig, die zur Sicherstellung einer einwandfreien Ausführung des zu vergebenden Auftrags geeignet und erforderlich sind (Weyand, a.a.O., § 46 Rz.12; Opitz in Kularzt/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 142 GWB, Rn. 7 ff).

In Ziff. III 1.3) der Bekanntmachung fordert die Antragsgegnerin mindestens zwei Referenzen des Bewerbers als Planer für Tragwerksplanung vergleichbarer Vorhaben aus den Jahren 2010 bis 2016 mit Angabe zur Größe des Bauvorhabens in qm BGF. Vergleichbar seien dabei „Tragwerksplanungsleistungen für ein Büro oder Verwaltungsgebäude“. Zwar ist der Antragsgegnerin zuzugeben, dass ihr bei den

Referenzanforderungen ein Ermessenspielraum zusteht und Referenzen in ersichtlich sehr weitgehendem Ausmaß akzeptiert werden sollen. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin vermag der Senat aber dennoch nicht zu erkennen, dass diese Referenzanforderungen in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen und zur Sicherstellung einer einwandfreien Ausführung der Tragwerksplanung geeignet und erforderlich wären.

Wie sich aus Anlage 14.2 „Objektliste Tragwerksplanung“ zu §§ 51, 52 HOAI ergibt, kommt es für die Einstufung der Tragwerksplanung in Honorarzonen - und damit für eine abstrakte Einschätzung der Schwierigkeit der Planung - nicht auf die konkrete Nutzung des Gebäudes an. Eine Differenzierung nach Wohn- oder Verwaltungs- bzw. Bürogebäude lässt sich dieser Anlage in keiner Weise entnehmen. Maßgeblich sind dagegen beispielsweise die Frage der Gründung, der Deckenkonstruktion oder der Notwendigkeit von Stützwänden. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist diese Einstufung nach Anlage 14.2 HOAI nicht völlig irrelevant. Denn die Antragsgegnerin beschreibt die zu erbringende Leistung etwa unter Ziff. II 2.4) der Bekanntmachung als „Leistungen der Tragwerksplanung gem. § 49 HOAI, Lph. 1 bis 6“. Im Übrigen lässt sich aus der Anlage 14.2 HOAI zumindest ein Indiz ableiten, nach welchen spezifischen Kriterien die Schwierigkeit und damit letztlich auch die Vergleichbarkeit einer Tragwerksplanung beurteilt werden kann.

Zu berücksichtigen ist ferner der Grundgedanke des § 75 Abs. 5 Satz 3 VgV: Danach ist es für die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte bei Planungsleistungen von Ingenieuren oder Architekten in der Regel unerheblich, ob der Bewerber bereits Objekte derselben Nutzungsart geplant oder realisiert hat. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass § 75 Abs. 5 Satz 3 VgV vorliegend keine Anwendung findet. Dennoch ist der Hintergrund der Regelung ersichtlich, ein gewisses Problembewusstsein bei den Auftraggebern zu wecken. Es soll verhindert werden, dass ohne nähere Überlegung oder Sachbezug stets auf das scheinbar einfache und offensichtliche Kriterium der Nutzungsart abgestellt wird, obwohl dieses in vielen Fällen für die Vergleichbarkeit einer Planungsleistung ohne Belang ist. Jedenfalls diese Zielsetzung hat über den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 75 Abs. 5 VgV hinaus Bedeutung.

Die näheren Ausführungen der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren, weshalb im vorliegenden Fall gerade Büro- und Verwaltungsgebäude angemessene Referenzobjekte für die streitgegenständliche Tragwerksplanung sein sollen, überzeugen nicht. Abgesehen davon sollten bei einem Verfahren mit einem derart eingeschränkten Kreis von Bewerbern, die man zur Angebotsabgabe auffordern will, die sachlichen Erwägungen für die geforderten Referenzen (und die damit einhergehenden Kriterien zur Bewerberauswahl) vorab im Vergabevermerk ihren Niederschlag finden.

Die Antragsgegnerin verweist auf die Stützenstellung bei Büro- und Verwaltungsgebäuden, die sich durch sämtliche Stockwerke ziehe und bei

typischerweise großen Räumen und einem maximalen Bedarf an Tiefgaragenstellplätzen spezielle Auswirkungen habe. Auch gebe es unterschiedliche planerische Anforderungen wegen unterschiedlicher Raumgrößen in Büro- und Verwaltungsgebäuden einerseits und Wohngebäuden andererseits. Jedoch verfügt nicht jedes Büro- und Verwaltungsgebäude über Großraumbüros oder generell große Räume, ebenso wie umgekehrt in Ballungszentren auch bei großen Wohngebäuden ein maximaler Bedarf an Tiefgaragenstellenplätzen besteht.

Soweit die Antragsgegnerin ausführt, Doppelhohlböden würden typischerweise nur in Büro- und Verwaltungsgebäuden gebaut und hätten erhebliche Bedeutung für die Tragwerksplanung, kann dies als zutreffend unterstellt werden. Das gleiche gilt für den Vortrag, eine Betonkerntemperierung für Kühlung oder Heizung stelle besondere Anforderungen an die Tragwerksplanung, finde aber fast ausschließlich in Büro- und Verwaltungsgebäuden Verwendung. Auch dies kann als zutreffend unterstellt werden. Jedoch ist aus der Bekanntmachung nicht ersichtlich, dass für das zu planende Verwaltungsgebäude gerade Doppelhohlböden oder eine Betonkerntemperierung vorgesehen wären. Wenn die Antragsgegnerin - wie in der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2017 (Protokoll S. 3, Bl. 73 d.A.) vorgetragen - Wert darauf legt, dass ein Bewerber bereits Gebäude mit Doppelhohlböden und / oder Betonkerntemperierung geplant hat, weil sie eine derartige Ausführung zumindest ernsthaft in Erwägung zieht, kann und muss sie ihre Referenzanforderungen entsprechend fassen.

2.4. Soweit die Antragstellerin Fehler im Zusammenhang mit der Europäischen Eigenerklärung rügt, ist zu bemerken, dass aktuell keine zwingende Vorgabe ersichtlich ist, wonach ein Sektorenauftraggeber ein Angebot bzw. einen Teilnahmeantrag nur bei Vorlage einer Europäischen Eigenerklärung werten dürfte. Dass die Eignung - je nach den gewählten Kriterien - durch Teilnahme an einem Präqualifikationssystem erbracht werden könnte, folgt allerdings aus § 142 GWB i.V.m. § 122 Abs. 3 GWB, wobei Sektorenauftraggeber nur gehalten sind, objektive Auswahlkriterien festzulegen und nicht an den Katalog des § 122 Abs. 2 GWB gebunden sind.

2.5. Nicht begründet ist die Rüge der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe unzulässig Eignungs- und Zuschlagskriterien vermischt. Insoweit behauptet die Antragstellerin, die Antragsgegnerin wolle persönliche Referenzen und Qualifikationen der Projektleiter auf der Ebene der Eignung und des Zuschlags berücksichtigen. Dies ist insofern unzutreffend, als die Antragsgegnerin dazu - unwidersprochen - vorgetragen hat, Zuschlagskriterien seien Preis, Reaktionszeitenkonzept und Personaleinsatzkonzept. Aus Ziff. II 2.5) der Bekanntmachung ist ferner erkennbar, dass jedenfalls ein, wenn auch nicht das einzige, Zuschlagskriterium der Preis sein solle.

Soweit der Vortrag der Antragstellerin darauf abzielt, die Antragsgegnerin berücksichtige bei der Auswahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, ein Mehr an Eignung, liegt darin kein Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften. Die Beschränkung der Zahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen, ist nach § 45 Abs. 3 SektVO zulässig (s. schon oben Ziff. 2.2). Jedenfalls bei dieser Auswahl kann zulässigerweise ein „Mehr an Eignung“ berücksichtigt werden, so dass bestimmten Eignungskriterien eine Doppelfunktion als Ausschluss- und Auswahlkriterium zukommt (Weyand in Greb / Müller, Sektorenvergaberecht, 2. Aufl, § 45 Rz. 19; so auch amtliche Begründung zur gleichen Frage bei § 51 VgV BT-Drs. 87/16, S. 204).

3. Von der beantragten gesonderten Tenorierung einer Rechtsverletzung der Antragstellerin wird abgesehen, da ein praktisches Bedürfnis hierfür nicht erkennbar ist. Es ergibt sich unmittelbar aus dem Erfolg des Nachprüfungsantrags, dass die Antragstellerin bei der Durchführung des Vergabeverfahrens in ihren Rechten verletzt worden ist und dass die Antragsgegnerin bei Fortbestand ihrer Beschaffungsabsicht den Teilnahmewettbewerb unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu wiederholen hat.
  
4. Die Kostenentscheidung folgt bezüglich der Kosten des Beschwerdeverfahrens aus § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 Satz 1 GWB, hinsichtlich der Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer aus § 182 Abs. 3 Satz 1, Satz 5, Abs. 4 Satz 1 GWB.

...

Vorsitzende Richterin  
am Oberlandesgericht

...

Richter  
am Oberlandesgericht

...

Richterin  
am Oberlandesgericht

Verkündet am 13.03.2017

...

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle