



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT
Beschluss

Geschäftszeichen
1 Verg 2/10

Verkündet am
24. September 2010
Schmidt
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In der Vergabesache

Bewerbergemeinschaft

- Antragstellerin und Beschwerdeführer –

gegen

- Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin –

Prozessbevollmächtigte:

Beigeladene

1.

2.

Verfahrensbevollmächtigter zu 1.:

Verfahrensbevollmächtigte zu 2.:

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 1. Vergabesenat, durch die Richter

Panten, Dr. Hinrichs, zur Verth:

Die sofortige Beschwerde der Antragsstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg vom 26.05.2010 (VgK FB 2/10) wird zurückgewiesen.

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

Der Gegenstandswert wird auf € 16 500,00 festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit EU-Bekanntmachung Nr. 2010/S 9-010853 vom 14.01.2010 einen Auftrag über Rechts- und Unternehmensberatungsleistungen zur Vorbereitung, Vorprüfung und Begleitung eines Ausschreibungsverfahrens zur Bereederung von Forschungsschiffen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb europaweit aus. Den Auftragswert schätzte sie mit € 220.000,00 bis € 440.000,00. Ziffer II.1.2) der EU-Bekanntmachung beschreibt die Art des Auftrags als Dienstleistung nach der Dienstleistungskategorie Nr. 21. Als Teilnahmebedingung wird in Ziffer III.2.1) die Zulassung als Rechtsanwalt und eine Berufshaftpflichtversicherung gefordert. Ziffer III.3.1) bestimmt, dass die Erbringung der Dienstleistung einem besonderen Berufsstand vorbehalten ist, nämlich Rechtsanwälten für Vergaberecht und Betriebswirten. In Ziffer IV.1.2) wird die Beschränkung der Zahl der Teilnehmer, die zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme aufgefordert werden, mit mindestens 3 und höchstens 5 angegeben.

In einem Bewerberrundschreiben vom 20.01.2010 erläuterte die Antragstellerin die ausgeschriebene Leistung dahingehend, dass es sich primär um Rechtsberatung mit besonderem Schwerpunkt auf Vergaberecht handele. Der Aufgabenteil der betriebswirtschaftlichen Begleitung könne sich aus den Punkten 1.2.1 und 1.2.2.2.1 der Leistungsbeschreibung ergeben.

Mit einem weiteren Bewerberrundschreiben vom 22.01.2010, das gleichzeitig an alle Bewerber hinausging, übersandte die Antragsgegnerin eine Bewertungsmatrix. Das Kriterium 3 (Projektteam/Lebensläufe) fordert für die Höchstpunktzahl von 5 Punkten, dass folgende Mitglieder im Projektteam vorhanden sind:

- Projektleiter und Stellvertreter erfahrene Rechtsanwälte mit Schwerpunkt Vergaberecht;
- Rechtsanwalt mit Kenntnissen im Arbeitsrecht, speziell Betriebsübergang;
- Rechtsanwalt mit Kenntnissen im Seerecht;
- Rechtsanwalt mit umfangreichen Kenntnissen im Haushaltsrecht und Vorgaben des Rechnungshofes;
- Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung.

Die Antragstellerin ist eine Bietergemeinschaft von zwei Rechtsanwaltssozietäten, die sich auf das öffentliche Vergaberecht bzw. auf das internationale Schifffahrtsrecht spezialisiert haben. Sie reichte am 17.02.2010 fristgerecht ihren Teilnahmeantrag ein.

Sie benannte u.a. Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] als Teammitglied, der zwar die Stufen CFA I und CFA II des Chartered Financial Institute (CFI) absolviert, auf den letzten Abschnitt CFA III aber verzichtet hat.

Mit einer E-Mail vom 26.03.2010 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, sie habe ihren Teilnahmeantrag ausweislich der beigefügten Detailauswertung mit insgesamt 71 Punkten bewertet. Ein wesentlicher Grund, weshalb der Teilnahmeantrag nicht die Höchstpunktzahl von 75 Punkten erreicht habe, sei die fehlende Angabe eines Teammitglieds mit absolvierter betriebswirtschaftlicher Ausbildung. Da mehr als fünf andere Bewerber die Höchstpunktzahl erreicht hätten, werde ihr Teilnahmeantrag im weiteren Verfahren nicht berücksichtigt. Mit Schreiben vom 26.03.2010 rügte die Antragstellerin dieses Vorgehen als vergaberechtswidrig, weil keine Eignungsnachweise für die betriebswirtschaftliche Ausbildung eines Teammitglieds gefordert gewesen seien. Außerdem habe ihr Teammitglied Dr. [REDACTED] die Anforderungen erfüllt, er habe eine Ausbildung zum Finanzanalysten (CFA I und CFA II) erfolgreich absolviert.

Nachdem die Antragsgegnerin die Rüge mit E-Mail vom 30.03.2010 zurückgewiesen hatte, beantragte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 06.04.2010 bei der Vergabekammer der

Eignung der Bieter auch berücksichtigen, ob diese einen Nachweis für ein Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung vorlegten. Auf die Anfrage nach dem Schwerpunkt der Beratungsleistungen habe die Antragsgegnerin nämlich eindeutig geantwortet, es handele sich um Rechtsberatungsleistungen.

Ferner habe die Antragsgegnerin zu Unrecht angenommen, ihre Konkurrenten seien für den Auftrag geeignet. Denn diese hätten die erforderlichen Referenzen für vergleichbare Aufträge im Bereich Seerecht nicht vorlegen können. Damit habe die Antragsgegnerin gegen § 97 Abs. 4 GWB verstoßen, wonach öffentliche Aufträge nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden dürften. Aus dem Vergabevermerk lasse sich hingegen nicht entnehmen, ob die Antragsgegnerin die in Ziffer II.2.3) der Vergabebekanntmachung genannten Eignungskriterien „Nachweis über vergleichbare Aufträge, Referenzen“ bei ihren Konkurrenten überhaupt geprüft habe. Demgemäß fehle es auch an der erforderlichen Dokumentation.

Die Antragsgegnerin habe zudem ihre Dokumentationspflichten nach § 30 VOL/A verletzt. Denn aus dem Vergabevermerk ergebe sich nicht, aus welchen Gründen die Teilnahmeanträge mit den von der Antragsgegnerin vergebenen Punkten bewertet worden seien. Außerdem heiße es im Vergabevermerk, die Wertung der Teilnahmeanträge sei „gemäß beigefügter Bewertungsmatrix“ erfolgt, obwohl eine Bewertungsmatrix in der Vergabeakte fehle. Damit leide das Vergabeverfahren an grundlegenden Dokumentationsmängeln.

Die Antragsstellerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer bei der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg vom 26. Mai 2010 – VgK FB aufzuheben;
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Teilnahmeantrag der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Rechtauffassung der Vergabekammer erneut zu bewerten und die Antragsstellerin sodann zur Angebotsabgabe aufzufordern;
3. hilfsweise das Vergabeverfahren in den Stand vor Versand der EU-Bekanntmachung zurückzusetzen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, vergaberechtskonforme Eignungskriterien sowie eine vergaberechtskonforme Eignungsmatrix unter Berücksichtigung der Rechtauffassung des Senats zu erstellen und die interessierten Unternehmen – insbesondere auch die Antragsstellerin – erneut zur Abgabe eines Teilnahmeantrags aufzufordern;
4. äußerst hilfsweise das Vergabeverfahren aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, vergaberechtskonforme Eignungskriterien sowie

eine vergaberechtskonforme Eignungsmatrix unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu erstellen;

5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie hält den Nachprüfungsantrag schon teilweise für unzulässig, insbesondere sei die Antragstellerin mit einigen Rügen gem. § 107 Abs. 3 GWB präkludiert. Das gelte auch für die Rüge, sie habe die Eignung der Konkurrenten der Antragstellerin nicht geprüft. Abgesehen davon habe sie aber deren Eignung aufgrund der eingereichten Angebotsunterlagen auch tatsächlich überprüft. In Bezug auf die angeblichen Dokumentationsmängel drohe der Antragstellerin keine Rechtsverletzung. Die Dokumentation des Wertungsvorgangs sowie die ordnungsgemäße Erstellung des Vergabevermerks seien für die Rechtsposition der Antragstellerin ohne Bedeutung, da sie auf das Ergebnis des Teilnahmewettbewerbs keine Auswirkung hätten. Für die Auftragsvergabe sei allein die VOF anwendbar. Denn es handele sich um freiberufliche Leistungen, die sich nicht eindeutig und erschöpfend beschreiben ließen (§ 2 Abs. 2 S. 2 VOF i.V.m. § 5 S. 2 VgV).

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Sie habe in zulässiger Weise gefordert, dass ein Teammitglied über eine betriebswirtschaftliche Ausbildung verfüge. Bereits in der EU-Bekanntmachung sei darauf hingewiesen worden, dass neben Rechts- auch Unternehmensberatungsleistungen verlangt würden und Rechtsanwälte und Betriebswirte die Dienstleistung erbringen sollten. Aus der mit Bewerbungsrundschreiben vom 22.01.2010 überreichten Wertungsmatrix ergebe sich explizit, dass für das Eignungskriterium 3 (Projektteam/Lebensläufe) nur dann die Höchstpunktzahl von fünf Punkten vergeben werden könne, wenn ein Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung benannt werde. Das gehe über eine zulässige Konkretisierung nicht hinaus. Die Antragstellerin habe aber kein Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung benannt. Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] habe die Ausbildung zum Chartered Financial Analyst nicht abgeschlossen.

Der Senat hat die Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung vom 24.08.2010 ausführlich mit den Beteiligten erörtert, insoweit wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragsstellerin ist zulässig, insbesondere frist- und formgerecht gem. § 117 GWB eingereicht worden. Sie hat in der Sache aber keinen Erfolg. Die Antragsgegnerin hat den Teilnahmeantrag der Antragstellerin zu Recht nicht mit der Höchstpunktzahl bewertet. Da mehr als fünf Mitbewerber die Höchstpunktzahl erreicht haben, kann der Teilnahmeantrag der Antragstellerin im weiteren Verfahren nicht mehr berücksichtigt werden.

1.

Der Nachprüfungsantrag der Antragsstellerin vom 06.04.2010 ist zulässig; der Senat nimmt insoweit Bezug auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer auf S. 6 und 7 der angefochtenen Entscheidung. Ob bzw. wie die Regelung des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB nach den jüngsten Entscheidungen des EuGH (NZBau 2010, 183 und NZBau 2010, 256) anzuwenden ist, kann offenbleiben.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist aber unbegründet. Die Antragsgegnerin hat den Anspruch der Antragsstellerin gem. § 97 Abs. 7 GWB auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht verletzt.

a)

Die Antragsstellerin wendet sich ohne Erfolg dagegen, dass die Antragsgegnerin die Vergabe in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem öffentlichen Teilnahmewettbewerb durchführt anstatt im offenen Verfahren oder im nichtoffenen Verfahren. Sie weist zwar zutreffend darauf hin, dass das Verhandlungsverfahren für die Bieter mit Nachteilen verbunden ist. Es ist auch richtig, dass das Verhandlungsverfahren Ausnahmecharakter hat und der Auftraggeber die Gründe für die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes aktenkundig machen muss (vgl. EuGH, NZBau 2010, 63 („Kfz-Zulassungssoftware“); BGH, NZBau 2010, 124 („Endokopiesysteme“)). Auf diese Rechtsprechung kommt es aber nicht an, wenn die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen - VOF / Ausgabe 2006 - anwendbar ist. Denn § 5 VOF sieht als zulässige Vergabeart überhaupt nur das Verhandlungsverfahren vor. Ist die VOF anwendbar, ist die gewählte Verfahrensart zwingend. Dann bedarf es insoweit auch keiner gesonderten Dokumentation.

Die Bestimmungen der VOF sind gem. § 2 Abs. 1 S. 1 VOF i.V.m. § 1 VOF auf die Vergabe von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, anzuwenden, soweit sie im Anhang I A oder im Anhang I B genannt sind. Das ist hier der Fall, die Rechtsberatung ist im Anhang I B in Ziffer 21 aufgeführt.

Weitere Voraussetzung ist gem. § 2 Abs. 2 S. 1 VOF, dass der Auftragswert die Werte für Dienstleistungen oder Wettbewerbe ohne Umsatzsteuer nach § 2 Vergabeverordnung (VgV) erreicht oder übersteigt und soweit sich nicht aus § 5 VgV anderes ergibt.

Der gem. § 2 Nr. 3 VgV i.V.m. der Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 maßgebliche Schwellenwert von € 193.000,00 ist angesichts des geschätzten Auftragswerts von € 220.000,00 bis € 440.000,00 in Ziffer II.2.1) der Bekanntmachung erreicht.

§ 5 VgV steht der Anwendbarkeit der VOF auch nicht entgegen. Nach dieser Bestimmung haben die öffentlichen Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 bis 3 und 5 GWB bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen die VOF anzuwenden, es sei denn es geht um Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Ist Letzteres der Fall, bestimmt § 2 Abs. 2 S. 2 VOF, dass solche freiberuflichen Leistungen nach der VOL/A zu vergeben sind, also grundsätzlich im offenen Verfahren (vgl. zum Zusammenspiel von § 2 Abs. 2 S.1 VOF i.V.m. § 5 VgV auf der einen Seite und § 2 Abs. 2 S. 2 VOF auf der anderen Seite Müller-Wrede, VOF, 3. Aufl., § 2 Rn 64).

Die hier in Rede stehende begleitende Rechtsberatung im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens zur Bereederung von Forschungsschiffen kann nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden. Die Antragsgegnerin hat das im Vergabevermerk und im Nachprüfungsverfahren zutreffend damit begründet, es sei nicht vorhersehbar, welche Rechtsfragen bei der Vorbereitung, Vorprüfung und Begleitung des Ausschreibungsverfahrens zur Bereederung von Forschungsschiffen zu klären seien. Offen sei zudem der Beratungsumfang, zumal unterschiedliche Lösungen in Betracht kämen und der Beratungsumfang vom Beratungsergebnis abhängt.

Die Vergabe einer Bereederung von Forschungsschiffen einer Hochschule wird in der Vergangenheit nur sehr selten - wenn überhaupt - vorgekommen sein. Es liegen daher keine Erfahrungen vor, die es ermöglichen, vorauszusehen, welche Probleme und Fragestellungen sich im Laufe des Vergabeverfahrens ergeben können und welchen Umfang die Beratungsleistungen annehmen wird. Die Rechtsberatung wird zwar ihren Schwerpunkt im Vergaberecht haben, es kommen aber einige Besonderheiten hinzu. So wird es auch um die Lösung von spezifisch seerechtlichen und schiffahrtswirtschaftlichen Fragestellungen gehen, also aus einer Sondermaterie, die weder die Antragsgegnerin noch Rechtsanwälte, die sich auf das Vergaberecht spezialisiert haben, beherrschen. So sieht die Leistungsbeschreibung etwa unter Ziffer 1.1 die Mitwirkung bei der Erarbeitung des Bereederungsvertrages sowie aller diesen ergänzenden Dokumente vor. Desgleichen setzt die Mitwirkung bei der Auswahl der Bieter eine Kenntnis des Spezialmarktes der Reeder und der Besonderheiten der international geprägten Schifffahrtswirtschaft voraus. Die Vorhersehbarkeit der zu lösenden Aufgaben wird weiter dadurch erschwert, dass es nicht um die Bereederung von Handelsschiffen, son-

dern von staatlichen Forschungsschiffen geht. Es ist daher mit zahlreichen wechselseitigen Nachfragen und Abstimmungen zu rechnen.

Die Antragsgegnerin kann die sich daraus ergebenden Unwägbarkeiten nicht übersehen. Sie ist deshalb nicht in der Lage, eine vorab konkretisierte und festgelegte Leistung zu beschreiben, die es dem Bieter ermöglicht, seinen Angebotspreis zu kalkulieren und ein Vertragsangebot abzugeben, ohne in direkten Kontakt zu dem Auftraggeber zu treten. Das ist aber die Voraussetzung, um die alternativen Vergabearten zum Verhandlungsverfahren, das offene und das nichtoffene Verfahren, anwenden zu können (vgl. OLG München, NZBau 2007, 59, 60 f, Müller-Wrede, aaO, § 2 Rn 68).

Der Senat sieht sich in dieser Einschätzung bestärkt durch die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21.04.2010 zum Schiffshebewerk Niederfinow (NZBau 2010, 390 ff; dazu Würfel, NZBau 2010, 420). Das OLG Düsseldorf hat eine Ausschreibungspflicht für die begleitende juristische Beratung des Bauvorhabens mit der Begründung verneint, die freiberufliche Leistung sei zwar bestimmbar, angesichts der theoretischen und praktischen Bandbreite seien aber denkbare Lösungen nicht von vorneherein beschreibbar. Auch wenn es sich bei dem Schiffshebewerk um ein komplexes Projekt handelt, so geht es doch immerhin um die juristische Begleitung eines Bauvorhabens. Auf diesem Gebiet konnten aber schon seit langer Zeit in einer Vielzahl von Aufträgen Erfahrungen gesammelt werden, die im Vergleich zu dem hier zu beurteilenden singulären Auftrag eine leichtere Einschätzung der auftauchenden Probleme ermöglichen, ganz abgesehen von den Vorgaben der VOB.

Da die Lösung der zu beauftragenden freiberuflichen Leistung demnach nicht i.S.v. § 2 Abs. 2 S. 1 VOF i.V.m. § 5 VgV vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, sind die Bestimmungen der VOF anzuwenden, die in § 5 das Verhandlungsverfahren vorgibt. Die Antragsgegnerin hätte sogar auf die vorherige öffentliche Bekanntmachung verzichten können. Das folgt aus § 2 Abs. 1 S. 2 VOF. Danach gelten für die Vergabe der in Anhang I B genannten Leistungen nämlich nur § 8 Abs. 2 bis 7 und § 17 VOF (vgl. dazu OLG Düsseldorf, NZBau 2010, 391, 392; Müller-Wrede, aaO, § 2 Rn 50 ff). Für solche sog nachrangigen Dienstleistungen gilt also insbesondere nicht § 5 Abs. 1 VOF, wonach Aufträge über freiberufliche Leistungen im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung zu vergeben sind. Nur die Ergebnisse eines bereits abgeschlossenen Vergabeverfahrens sind gem. § 17 VOF bekanntzugeben.

b)

Die Antragsgegnerin hat die Eignung der Antragsstellerin nicht fehlerhaft bewertet, indem sie im Kriterium 3 statt der möglichen 5 nur 4 Punkte vergab. Da die Punkte für das Kriterium 3 in der Gesamtbewertung vierfach gewichtet werden, schlägt sich die Differenz von einem Punkt im Endergebnis mit 4 Punkten (71 statt 75) nieder.

aa) Sie hat in zulässiger Weise das Wertungskriterium „Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung“ aufgestellt. Diese Formulierung findet sich zwar ausdrücklich erst in dem Bewerbungsschreiben vom 22.01.10. Es ist auch richtig, dass die Rechtsprechung zur VOB/A verlangt, dass der öffentliche Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung anzugeben hat, welche Eignungsnachweise die Bieter vorzulegen haben. Er ist an seine Festlegungen in der Bekanntmachung gebunden und darf in den Verdingungsunterlagen keine Nachforderungen stellen, insbesondere keine erhöhten Anforderungen stellen. Denn die Bewerber sollen aufgrund der Bekanntmachung klar und zweifelsfrei erkennen können, ob für sie die Abgabe eines Angebots in Frage kommt. Der Bieter muss sich überlegen können, ob er die geforderten Nachweise erbringen kann und auf welche Weise. Zudem soll er für die Beschaffung der Nachweise, die er schon mit dem Angebot vorlegen soll, ausreichend Zeit erhalten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.06.2008, VII-Verg 21/08, Tz 43, zit. nach juris; OLG Jena, Beschluss vom 21.09.2009, 9 Verg 7/09, Tz 44, zit. nach juris). Der Grundsatz der Vollständigkeit der Bekanntmachung gilt gleichermaßen im Anwendungsbereich der VOF (vgl. Müller-Wrede, aaO, § 9 Rn 32; Willenbruch/Bischoff/Schubert, Vergaberecht, S. 752, § 9 VOF Rn 10 f).

Die Rechtsprechung hat sich allerdings vornehmlich mit Sachverhalten befasst, in denen es um die Frage ging, ob die Vergabestelle berechtigt war, Angebote allein schon deshalb nicht zu berücksichtigen, weil Eignungsnachweise fehlten, die in der Bekanntmachung noch nicht konkret benannt waren und erst nachträglich gefordert wurden. Hier will die Antragsgegnerin den Teilnahmeantrag der Antragstellerin vom weiteren Verfahren hingegen nicht schon deshalb ausschließen, weil sie kein Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung aufweisen kann, sondern sie hat den Antrag deswegen vielmehr nur nicht mit der Höchstpunktzahl von 75 bewertet. Auf diesen Unterschied hat die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss vom 28.05.2010 zu Recht hingewiesen.

Es kann aber letztlich dahinstehen, ob die Grundsätze zur Vollständigkeit der Bekanntmachung ohne weiteres auf die hier zu entscheidende Fallgestaltung übertragen werden können, in der es nur um einen Punktabzug in der Bewertungsmatrix geht. Denn auch die Rechtsprechung zur Vollständigkeit der Bekanntmachung erkennt an, dass nicht jede nachträgliche Veränderung bei den Eignungsnachweisen unzulässig ist. Der öffentliche Auftraggeber darf zwar nachträglich keine erhöhten Anforderungen stellen, er darf aber die in der Bekanntmachung gestellten Anforderungen konkretisieren (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.06.2008, VII-Verg 21/08, Tz 50, zit. nach juris; OLG Jena, Beschluss vom 21.09.2009, 9 Verg 7/09, Tz 44, zit. nach juris; Müller-Werde, aaO, § 9 Rn 32). Es kommt deshalb darauf an, ob die Antragsgegnerin dadurch, dass nach in dem Bewerbungsschreiben vom 22.01.2010 die Höchstpunktzahl von 5 Punkten im Kriterium 3 ein Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung voraussetzt, die Anforderungen aus der Bekanntma-

chung vom 14.01.2010 nur konkretisiert hat, oder ob es sich um eine unzulässige Erhöhung der Anforderungen handelt.

Nach Auffassung des Senats hat die Antragsgegnerin die Anforderungen aus der Bekanntmachung nur konkretisiert. Denn schon in der Bekanntmachung finden sich deutliche Hinweise auf das Erfordernis einer betriebswirtschaftlichen Expertise. So heißt es in der Beschreibung des Auftrags unter Ziffer II.1.) "Rechts- und Unternehmensberatung ..." sowie bei den besonderen Bedingungen „Die Erbringung der Dienstleistung ist einem besonderen Berufsstand vorbehalten“ unter Ziffer III.3.1):

„Ja. Rechtsanwälte für Vergaberecht und Betriebswirte.“ Damit verdeutlicht schon die Bekanntmachung, dass der Schwerpunkt des Auftrags zwar in der juristischen Beratung der Antragsgegnerin auf dem Gebiet des Vergaberechts liegt, daneben aber auch eine betriebswirtschaftliche Kompetenz erforderlich ist. Demgegenüber kann dem Umstand, dass in Ziffer II.1.2) als Dienstleistungskategorie nur die Nr. 21 aus dem Anhang I Teil A der VOF genannt wird, also die Rechtsberatung, und nicht noch zusätzlich die Nr. 11 „Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten“, keine besondere Bedeutung zukommen. Denn unstreitig ist es technisch nicht möglich, in dem vorgegebenen Formblatt der EU-Bekanntmachung mehr als eine Kategorie anzugeben. Das kann nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen. Da die Rechtsberatung den Schwerpunkt des Auftrags bildet, war es auch sachgerecht, dass die Antragsgegnerin die Kategorie Nr. 21 angegeben hat. Im Übrigen hat sie den Begriff der Unternehmensberatung gem. Nr. 11 des Anhangs I Teil A der VOF sodann wörtlich bei der Beschreibung des Auftrags in Ziffer II. 1) übernommen.

Vor diesem Hintergrund handelt es sich lediglich um Konkretisierungen der bereits in der EU-Bekanntmachung geforderten betriebswirtschaftlichen Expertise, wenn die Leistungsbeschreibung unter Ziffer 1 den Gegenstand des Auftrages beschreibt als „die umfassende rechtliche und gegebenenfalls betriebswirtschaftliche Begleitung des vorgenannten Vergabeverfahrens...“ und das Bewerberrundschreiben vom 20.01.2010 unter B) d) auf den „Aufgabenanteil der betriebswirtschaftlichen Begleitung“ hinweist. Das gilt gleichermaßen für das Bewerberrundschreiben vom 22.01.2010, das für die Höchstpunktzahl von 5 Punkten im Kriterium 3 ein Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung verlangt.

Der Senat vermag auch nicht der Ansicht der Antragstellerin zu folgen, sie habe aufgrund des Bewerberrundschreibens vom 22.01.2010 nicht den geringsten Anlass zu der Annahme gehabt, die Antragsgegnerin werde bei der Bewertung der Eignung der Bieter auch berücksichtigen, ob diese einen Nachweis für ein „Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung“ vorgelegt hätten. Das ergibt sich eindeutig aus dem Vergleich der Voraussetzungen für das Erreichen von 5 Punkten im Kriterium 3 und denjenigen für das Erreichen von nur 4 Punkten, bei denen das Unterkriterium „Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung“ fehlt.

Entgegen der von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 24.08.2010 vertretenen Auffassung bauen die Kriterien, wie sie in der EU-Bekanntmachung und in den Bewerbungsrundschreiben vom 20.01.2010 und vom 22.01.2010 genannt sind, aus den vorgeannten Gründen auch durchaus aufeinander auf. Denn die Aufgaben und Anforderungen an die in der Bekanntmachung bezeichneten Betriebswirte werden in den Bewerbungsrundschreiben nur weiter konkretisiert und präzisiert.

Die Antragstellerin wusste ebenso wie die übrigen Bewerber, an die das Bewerbungsrundschreiben vom 22.01.2010 herausgegangen war, als sie am 17.02.2010 ihren Teilnahmeantrag einreichte, dass sie einen Punktabzug zu gewärtigen hatte, wenn sie kein Teammitglied benannte, das eine betriebswirtschaftliche Ausbildung vorweisen kann. Da aus dem Bewerbungsrundschreiben vom 22.01.2010 eindeutig hervorgeht, dass Voraussetzung für die Höchstpunktzahl ein Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung ist und das Rundschreiben gleichzeitig an sämtliche Bewerber verschickt worden ist, hat die Antragsgegnerin insbesondere weder das Transparenzgebot gem. § 97 Abs. 1 GWB noch das Gleichheitsgebot gem. § 97 Abs. 2 GWB verletzt (vgl. dazu Willenbruch/Bischoff/Schubert, aaO, S. 752, § 9 VOF Rn 11).

Die Entscheidung des OLG Jena vom 21.09.2009, 9 Verg 7/09, bietet auch keine Veranlassung zu einer Divergenzvorlage an den Bundesgerichtshof gem. § 124 Abs. 2 GWB. Der Senat weicht von dieser Entscheidung nicht ab. Denn es wurde bereits ausgeführt, dass auch das OLG Jena eine spätere Konkretisierung von Eignungsnachweisen ausdrücklich als zulässig erachtet (Tz 44 des Beschlusses, zit. nach juris).

bb) Die Antragsgegnerin hat im Kriterium 3 anstatt der möglichen 5 Punkte zu Recht nur 4 Punkte vergeben. Denn die Antragstellerin erfüllt nicht die Voraussetzungen des Unterkriteriums „Teammitglied mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung“. Sie hat ein Teammitglied mit dieser Qualifikation nicht benannt. Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] hat zwar die Abschnitte CFA I und CFA II des Chartered Financial Institute (CFI) absolviert. In formaler Hinsicht verfügt er damit aber nicht über eine abgeschlossene betriebswirtschaftliche Ausbildung, weil er auf den letzten Ausbildungsabschnitt CFA III verzichtet hat. Hinzukommt, dass diese Ausbildung zum Finanzanalysten vorrangig anlageorientiert mit dem Schwerpunkt in der Finanzwirtschaft ist.

Solche Kenntnisse sind für den zu vergebenden Auftrag aber nicht gefragt. Ausweislich der Beschreibung im Abschnitt B) d) des Bewerbungsrundschreibens vom 20.01.2010 bezieht sich der Aufgabenanteil der betriebswirtschaftlichen Begleitung vielmehr auf die „Beratung bei Prüfung und Auswertung der Angebote unter Berücksichtigung der quantitativen (Preis) und qualitativen (Leistung) Angaben in den Angeboten entsprechend der Projektvorgaben“ gem. den Ziffern 1.2.1 oder 1.2.2.2.1 der Leistungsbeschreibung.

c)

Das von der Antragsgegnerin betriebene Verhandlungsverfahren verstößt nicht gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ergibt sich aus dem Bewerbungsschreiben vom 20.01.10 nicht, dass der Aufgabenanteil der betriebswirtschaftlichen Begleitung durch die Bezugnahme auf Punkt 1.2.1 der Leistungsbeschreibung auch eine Rechtsberatung umfasst. Die Leistungsbeschreibung führt an dieser Stelle zwar im zweiten Spiegelstrich die rechtliche Prüfung der Angebote auf. Darauf bezieht sich das Bewerbungsschreiben vom 20.01.10 aber nicht. Es zitiert vielmehr nur den vierten Spiegelstrich aus Punkt 1.2.1 der Leistungsbeschreibung „Beratung bei Prüfung und Auswertung der Angebote unter Berücksichtigung der quantitativen (Preis) und qualitativen (Leistung) Angaben ...“ und präzisiert, diese Leistung könne durch Unterauftrag an Betriebswirte erbracht werden. Damit fehlt jeder Anhaltspunkt für die Annahme, die Betriebswirte sollten auch die rechtliche Beratung übernehmen.

d)

Ohne Erfolg macht die Antragstellerin eine Verletzung von § 97 Abs. 4 GWB mit der Begründung geltend, die Antragsgegnerin habe zu Unrecht die Geeignetheit ihrer Konkurrenten bejaht.

aa) Die Rüge, ihre Mitbewerber hätten nicht die erforderlichen Referenzen für vergleichbare Aufträge im Bereich Seerecht vorlegen können, geht schon im Ansatz fehl. Die Antragstellerin bezieht sich auf Ziffer III.2.3) der Vergabebekanntmachung. Dort heißt es unter der Überschrift „Technische Leistungsfähigkeit: Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Nachweis über vergleichbare Aufträge/Referenzen...“. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sind damit ersichtlich nicht vergleichbare Aufträge auf dem Gebiet des Seerechts gemeint, sondern auf dem Gebiet des Vergaberechts. Das ergibt sich schon aus der Aufgabenbeschreibung in Ziffer II.1.1) und II.1.5) der EU-Bekanntmachung, der Leistungsbeschreibung und dem Bewerbungsschreiben vom 20.01.10 unter B) d):

“Bei der ausgeschriebenen Leistung handelt es sich primär um Rechtsberatung mit besonderem Schwerpunkt auf Vergaberecht.“

Im Hinblick auf die seerechtliche Kompetenz hat die Antragsgegnerin keine Referenzen über in der Vergangenheit erhaltene Aufträge verlangt. Kombinierte Aufträge an Anwälte sowohl auf dem Gebiet des Vergaberechts als auch auf dem Gebiet des Seerechts dürften zudem äußerst selten vorkommen. Auch die Antragstellerin kann in ihrem Teilnahmeantrag solch eine Referenz nicht vorweisen.

bb) Ebenso unberechtigt ist der Vorwurf, die Antragsgegnerin habe eine Prüfung der Referenzen unterlassen. Die Antragstellerin behauptet hierzu, im Bewerbungsschreiben vom

22.01.10 fehlten entsprechende Kriterien. Das trifft nicht zu. Die Ausführung vergleichbarer Aufträge ist in fünf Differenzierungen im Kriterium 1 genannt.

Die Antragsgegnerin hat sich auch in der Sache mit diesem Eignungskriterium befasst. In der gesonderten Vergabeakte für die Akteneinsicht (vgl. Bl. 55 d.A.) befindet sich hinter dem Trennblatt 8 die Auswertung der nummerierten Teilnehmeranträge. Danach haben insgesamt 8 Teilnehmer die Höchstpunktzahl 75 erreicht. Die Überprüfung der einzelnen Teilnehmeranträge bestätigt, dass acht Mitbewerber mit den Ziffern 3,4,5,8,9, 10,12 und 13 Referenzen über vergleichbare Aufträge eingereicht haben.

cc) Die erwünschten Erfahrungen auf dem Gebiet des Seerechts sollen dadurch nachgewiesen werden, dass der Bewerber über einen „RA mit Kenntnissen im Seerecht“ verfügt, und zwar wieder im Kriterium 3 des Bewerberrundschreibens vom 22.01.2010.

Auch dazu bestätigt die Durchsicht der Teilnehmeranträge, dass die Antragsgegnerin die Anforderung bei den acht Teilnehmern mit den Ziffern 3,4,5,8,9,10,12, und 13 geprüft und zutreffend bejaht hat. Teilweise wird auf Unteraufträge an namentlich bezeichnete Rechtsanwälte zurückgegriffen. Zu berücksichtigen ist auch, dass ein spezifizierter Nachweis für Kenntnisse auf dem Gebiet des Seerechts nicht verlangt wurde. Die Antragsgegnerin durfte sich auch darauf verlassen, dass die anwaltlichen Erklärungen, also von Organen der Rechtspflege, wahrheitsgemäß waren. Lediglich bei dem von dem Teilnehmer mit der Ordnungsziffer 5 benannten Rechtsanwalt könnte zweifelhaft sein, ob die seerechtliche Qualifikation hinreichend dargelegt ist. Das ist aber im Ergebnis unschädlich, weil auch ohne diesen Teilnehmer immer noch mehr als 5 Teilnehmer mit der Höchstpunktzahl 75 verbleiben, also auch dann die Antragstellerin nicht aufgefordert werden würde, ein Angebot zu unterbreiten. Denn die Zahl der Teilnehmer, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden dürfen, ist auf fünf Teilnehmer begrenzt.

e)

Gleichermaßen ohne Erfolg bleibt der Einwand der Antragstellerin, der Wertungsvorgang sei nicht in ausreichender Weise dokumentiert.

Die Pflicht zur Dokumentation regelt § 18 VOF. Nach dieser Bestimmung ist über die Vergabe ein Vermerk zu fertigen, der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die Maßnahmen, die Feststellung sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthält. Grundsätzlich kann ein Nachprüfungsantrag auch auf Dokumentationsmängel gestützt werden. Denn das gem. § 97 Abs. 7 GWB normierte Recht eines jeden Bieters auf Einhaltung der Vergabebestimmungen umfasst auch den Anspruch auf eine ordnungsgemäße Dokumentation. Dokumentationsmängel führen dazu, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, in dem die Dokumentation unzureichend ist, fehlerbehaftet und in diesem Umfang zu wiederholen ist. Voraussetzung ist aber immer, dass sich die diesbezüglichen Mängel gerade auf die Rechts-

stellung des Bieters im Vergabeverfahren ausgewirkt haben (vgl. OLG Düsseldorf, VergabeR 2004, 513, 514; OLG Celle, 11.02.10, 17 Verg 16/09, Tz 35, zit. nach juris; Müller-Wrede, aaO, § 18 Rn 32).

So liegen die Dinge hier aber nicht. Die Antragsgegnerin hat einen Vergabevermerk gefertigt und ihn der Antragsstellerin auch zur Verfügung gestellt. Der Vergabevermerk verweist auf eine Bewertungsmatrix: „19.02.2010 Auswertung der Teilnahmeanträge gemäß beigefügter Bewertungsmatrix.“ Allerdings hat die Antragsgegnerin darauf verzichtet, die Bewertungsmatrix unmittelbar als Anlage an den Vergabevermerk nachzuheften. Das hat sie aber auch schon auf der ersten Seite des Vermerks mit dem Hinweis angekündigt: „Die hier in Bezug genommenen Unterlagen und Schreiben finden sich in den Vergabeakten.“

Entgegen der Behauptung der Antragsstellerin befindet sich die Bewertungsmatrix auch tatsächlich in den Vergabeakten, und zwar hinter dem Trennblatt 8 in der Ausgabe der Vergabeakte, die für die Akteneinsicht bestimmt ist (vgl. Bl. 55 d.A.). Davon konnte sich die Antragsstellerin nach ihrer Akteneinsicht im Beschwerdeverfahren inzwischen selbst überzeugen. Der Vergabevermerk ist deshalb nicht wegen einer fehlenden Bewertungsmatrix unvollständig (vgl. dazu Müller-Wrede, aaO, § 18 VOF Rn 24).

Ebenso wenig begründet es einen Dokumentationsmangel, wenn die Antragsgegnerin es offenbar versäumt hat, die Bewertungsmatrix beizufügen, als sie der Antragsstellerin den Vergabevermerk übersandte. Denn da der Vergabevermerk ausdrücklich auf eine beigefügte Bewertungsmatrix Bezug nimmt, hätte die Antragstellerin die Antragsgegnerin ohne weiteres bitten können, die fehlende Matrix nachzusenden. Eine solche Bitte hat sie aber nicht ausgesprochen.

Selbst wenn man aber wegen der unterlassenden Übersendung der Bewertungsmatrix einen Dokumentationsmangel annehmen wollte, so würde es doch an dem erforderlichen kausalen Zusammenhang zwischen Dokumentationsmangel und Schaden fehlen (vgl. BayObLG, NZBau 2002, 348, 350; Müller-Wrede, aaO, § 18 Rn 33). Denn die Bewertungsmatrix lag tatsächlich vor. Problematisch könnte das höchstens für die erst nachträglich zugelassenen Teilnehmer mit den Ordnungsziffern 3 und 8 sein, die in der Matrix nicht bewertet wurden. Der ebenfalls erst nachträglich zugelassene Teilnehmer Nr. 10 wurde hingegen bewertet. Aber auch wenn diese beiden Konkurrenten ausschieden, verblieben immer noch 6 Konkurrenten mit der Höchstpunktzahl 75, so dass die Antragstellerin in keinem Fall zum Zuge käme.

3.

Der Kostenausspruch erfolgt analog § 97 Abs. 1 ZPO. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Danach beträgt der Streitwert 5 % der Bruttoauftragssumme. Betrifft das Nachprüfungsverfahren wie hier eine Phase des Vergabeverfahrens, in der noch keine Angebote von Bietern vorliegen, ist insbesondere die Schätzung des Auftragswert durch die Vergabestelle zu berücksichtigen (vgl. Willenbruch/Bischoff/Hardraht, aaO, S. 1419, § 50 Abs. 2 GKG Rn 6). Die Antragsgegnerin hat den Auftragswert in der Bekanntmachung mit einer Spanne von € 220.000,00 bis € 440.000,00 angegeben. Es erscheint dann sachgerecht, für die Bruttoauftragssumme auf den Mittelwert in Höhe von € 330.000,00 abzustellen. Das führt zu einem Streitwert von € 16.500,00 (5 % von € 330.000,00).

Panten

Hinrichs

zur Verth