BUNDESKARTELLAMT

Kaiser-Friedrich-Str. 16
53113 Bonn

3.Vergabekammer des Bundes

VK 3 - 157/09

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

Prof. Kollhoff Generalplanungs-GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer
Herrn Prof. Hans Kollhoff,
Reinhardtstraße 33, 10117 Berlin

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte,
Leibnitzstraße 53, 10629 Berlin

gegen

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das
Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung,
Fasanenstraße 87, 10623 Berlin

- Antragsgegnerin –

Verfahrensbevollmächtigte:
Hecker Werner Himmelreich Rechtsanwälte
Sachsenring 69, 50677 Köln

Franco Stella,
Contrà della Fascina,
I-36100 Vicenza, Italien

Verfahrensbevollmächtigte:
Fiedler Zmija & Partner
Lietzenburger Str. 77, 10719 Berlin

wegen der Vergabe von Architektenleistungen zur Realisierung des prämierten Entwurfes zur Wiedererrichtung des Berliner Stadtschlosses – Bau des Humboldt-Forums im Schlossareal Berlin hat die 3. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Brauer und die ehrenamtliche Beisitzerin Dr. Portz am 11. September 2009 beschlossen:

...

1. Es wird festgestellt, dass der am 17./18. Juni 2009 zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen geschlossene „Vertrag Gebäude" nichtig ist.

2. Der Antragsgegnerin wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt nach Preisgerichtsentscheidung zu wiederholen.

3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) als Gesamtschuldnerinnen zu tragen. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin je zur Hälfte.

4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) hat am 21.12.2007 einen Wettbewerb für Architekten über das Projekt „Wiedererrichtung des Berliner Schlosses/Bau des Humboldt-Forums" europaweit bekannt gemacht (2007/S 246-300114).

a. In Ziffer III.1) der Bekanntmachung waren u.a. folgende Kriterien für die Auswahl von ca. 150 Wettbewerbsteilnehmern vorgesehen:

> *„1. Mindestanforderungen: a. Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der fachlichen Eignung durch Eigenerklärung über – den konkreten Umsatz mit Planungsleistungen nach § 15 HOAI, Leistungsphasen 1-9, im Durchschnitt der Jahre 2004-2006 und – die Bürogröße (Büroinhaber/innen und festangestellte Architekten/Architektinnen), im Durchschnitt der Jahre 2004-2006. Diese Angaben sind in jedem Fall vollständig durch Eintragung im Bewerbungsbogen zu machen. Dabei ist erforderlich, dass entweder der Umsatz mit Planungsleistungen nach § 15 HOAI, Leistungsphasen 1-9, im Durchschnitt der Jahre 2004-2006 mind. 300.000 Euro betrug oder das Büro im Durchschnitt der Jahre 2004-2006 aus mindestens 4 Büroinhabern/innen und festangestellten Architekten/Architektinnen bestand."*

Unter Ziffer *„IV. Verfahren"* hieß es:

„Folgeaufträge: Nein. Die Entscheidung des Preisgerichts ist für den öffentlichen Auftraggeber bindend: Nein."

Bei den *„Sonstigen Informationen"* wurde in Ziffer VI.2) u.a. ausgeführt:

„Das Preisgericht gibt eine schriftliche Empfehlung für die Umsetzung des Wettbewerbsentwurfs ab. Der Auslober beabsichtigt im Falle der Realisierung des Vorhabens der Empfehlung des Preisgerichts zu folgen und die weitere Bearbeitung, d.h. nach Möglichkeit die Leistungsphasen 2-9, mindestens jedoch die Leistungsphasen 2-4 sowie die Teile der Leistungsphase 5, die zur Sicherstellung der Entwurfsqualität erforderlich sind, gemäß GRW 1995, lit. 7.1 zu vergeben. Sollte er aus wichtigen Gründen von der Beauftragung entsprechend der Empfehlung des Preisgerichts abweichen wollen, wird er unter allen Preisträgern Verhandlungen nach VOF § 5 Abs. 2 c) durchführen, im Rahmen derer er die oben genannten Leistungen an einen der Preisträger vergeben wird. Eine abschnittsweise Beauftragung bleibt vorbehalten."

Der Beigeladene (Bg) gab im Bewerbungsbogen unter den entsprechenden Rubriken für zwei Jahre Umsätze im fünfstelligen Bereich, für ein Jahr knapp im sechsstelligen Bereich an; die Bürogröße Büroinhaber/festangestellte Mitarbeiter wurde für 2004 und 2006 jeweils mit vier, für 2005 mit fünf Personen beziffert. Die Rubrik *„Umsatz mit Planungsleistungen der LP 1-9 nach HOAI § 15 im Durchschnitt der Jahre 2004-2006 mind. 300.000.- Euro oder Summe der Büroinhaber/fest angestellten Architekten/Architektinnen im Durchschnitt der Jahre 2004-2006 mind. 4"* war sowohl angekreuzt als auch mit einem Häkchen versehen.

In der zweiten Wettbewerbsphase war durch die Teilnehmer, deren Entwürfe weiter berücksichtigt wurden, eine *„4.12 Verfassererklärung (2. Phase)"* abzugeben, die der Bg am 21. September 2008 unterzeichnete. In der entsprechenden Rubrik gab der Bg hier einen festangestellten Mitarbeiter an. Gegenstand der durch den Bg unterzeichneten Erklärung war, mit einer Beauftragung zur weiteren Bearbeitung einverstanden und zur Durchführung der Aufgabe auch berechtigt und in der Lage zu sein.

Nach der Entscheidung des Preisgerichts vom 28. November 2008 ging der Bg mit seinem Entwurf als erster Preisträger aus dem Wettbewerb hervor, die Antragstellerin (ASt) war einer der dritten Preisträger. Einen zweiten Preisträger gab es nicht. Das Wettbewerbsergebnis wurde am 13. Januar 2009 unter der Nummer 2009/S7-007958 europaweit bekannt gemacht.

b. Erste Arbeitsgespräche zwischen der Ag und dem Bg haben am 29./30. Januar 2009 stattgefunden. Laut *„Vermerk zur Beauftragung und Eintragung in die HÜL"*, datiert vom 19.6.2009/13.7.2009, fanden im Zeitraum vom 10. Februar 2009 bis Anfang Juni 2009 diverse Vertragsverhandlungen zwischen dem Projektteam des Bg, bestehend aus dem Bg sowie zwei weiteren Architekturbüros, und der Ag statt. Am 25./26. Februar 2009 wurde zwischen Bg und Ag ein *„Letter of Intent über den Abschluss eines Planervertrags"* abgeschlossen, in welchem die Parteien sich verpflichten, einen Vertrag über Planungsleistungen für die streitgegenständliche Maßnahme abzuschließen. Der Auftragnehmer wird darin vorab mit der Fortschreibung des Wettbewerbsergebnisses beauftragt. Am 17./18. Juni 2009 wurde ein *„Vertrag – Gebäude"* zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Bg unterzeichnet, dessen Gegenstand nach § 1 Leistungen für die Baumaßnahme Berliner Schloss/Humboldt-Forum sind.

Der wesentliche Ablauf des Verfahrens vor Beauftragung des Bg und dessen für das vorliegende Nachprüfungsverfahren relevanten Aspekte lassen sich im Überblick wie folgt zusammenfassen:

- Die Ag hat in die Tagesordnung für das erste Arbeitsgespräch mit dem Bg am 29./30. Januar 2009 als Tagesordnungspunkt 5 aufgenommen:

> *„Vorstellung Stella zur Projektorganisation Architekt: Personelle und technische Büroausstattung (Kapazitäten, Qualifikationen), vorgesehene Bürostruktur, Frage zu Kontaktarchitekten in Berlin".*

Im Protokoll vom 5. Februar 2009 über das Treffen ist zu TOP 3 festgehalten:

> *„Prof. Stella erläutert die grundsätzlich angedachte Projektorganisation: Prof. Stella, Federführung Gesamtvorhaben, künstlerische Oberleitung; Herr Kusch, cfk, zentraler Ansprechpartner/Kontaktarchitekt Prof. Stella; Büro HSA, Mitwirkung LP 2-5; Büro GMP, Mitwirkung LP 6-9 sowie Kosten und Termine in sämtlichen Leistungsphasen."*

Zu TOP 5 heißt es sodann:

> *„Herr Prof. Stella plant die Einbindung der unter TOP 1 genannten Projektpartner. Ein Organigramm mit allen Ansprechpartnern und fachlich Verantwortlichen ist bereits bis zur ersten Vertragsverhand-*

lung vorzulegen." (Anm.: Unter TOP 1 werden keine Projektpartner, sondern ausschließlich Mitarbeiter der Ag aufgeführt.).

- In einem Vorschlag für eine Tagesordnung zu einem Vertragsgespräch am 10. Februar 2009, welche die Ag am 3. Februar 2009 per E-Mail an den Bg geschickt hat, ist festgehalten:

  „1. Vorstellung des Projektteams Prof. Stella: Ich bitte Sie um eine Übersicht der Mitarbeiter, die konkret im Projekt tätig werden sollen, möglichst als Darstellung im Organigramm mit Benennung der jeweiligen Zuständigkeitsbereiche. In dem Zusammenhang verweise ich auf das Vertragsmuster, in welchem Mitarbeiter mit bestimmten Qualifikationen benannt werden, die unabhängig von den gesondert zu beauftragenden Fachplanern in Ihrem Planungsteam vorhanden sein müssen. Es geht vor allem um erfahrene Mitarbeiter in den Bereichen Rekonstruktion, Kosten-/Terminplanung und Brandschutz/öffentliches Baurecht."

- Am 17. Februar 2009 übersandte der Bg per E-Mail ein Organigramm seiner Planungsorganisation; er teilte mit, dass die Lebensläufe der einzelnen Mitarbeiter und ggfs. die Mitarbeiter selbst bei einer der nächsten Gelegenheiten vorgestellt werden könnten. Das *„Organigramm Planungsgemeinschaft"* ist überschrieben mit *„Franco Stella – Berliner Schloss - Humboldt-Forum Projektgemeinschaft (i.G.)"*; als Gesellschafter einer ihrer Rechtsform noch festzulegenden Gesellschaft werden die HSA Gesellschaft von Architekten, die gmp Generalplanungsgesellschaft mbH sowie die *„FS-Franco Stella GmbH i.G."* aufgeführt; technische und kaufmännische Federführung liegen danach nicht beim Bg, sondern die architektonische Federführung.

Dieses Organigramm wird in der Folge in zwei internen E-Mails der Ag thematisiert. Mit E-Mail vom 20. Februar 2009 wird festgestellt, dass der Bg danach Juniorpartner einer noch zu gründenden GmbH sei, in deren technischer und kaufmännischer Leitung er offensichtlich nicht vertreten sei; dies sei vor dem Hintergrund, dass der Auftrag aus vergaberechtlichen Gründen an den Bg vergeben werden müsse, problematisch. Praktisch betrachtet sei nicht der Bg, sondern eine GmbH Vertragspartner des Bundes, in welcher der Bg allenfalls eine Nebenrolle spiele. Diese Meinung wird bekräftigt durch E-Mail vom 23. Februar 2009, wonach die Rolle des Wettbewerbsgewinners als Gesellschafter und ansonsten nur

Co-Planer nicht ausreiche; der namensgebende Bg solle/müsse federführend in der Geschäftsführung für das operative Geschäft verantwortlich sein. Die Form der Delegation von Verantwortung sei dann auf dieser Grundlage gesellschaftsintern zu regeln. Ansonsten sei über die Variante des Bg als Architekt für die künstlerische Oberleitung und Ausschreibung der dann offenen weiteren Architekten-Leistungen nachzudenken.

- Unter dem Datum 20. Februar 2009 hat „das Büro Stella" Anmerkungen zum Vertragsvorschlag übergeben, auf deren Seite 4 um die Aufnahme einer „Überleitungsvereinbarung" gebeten wird. Danach soll der Auftragnehmer berechtigt sein, nach schriftlicher Anzeige die übertragenen Leistungen an Dritte weiter zu beauftragen, wobei sichergestellt werde, dass die architektonische Federführung beim Auftragnehmer verbleibe. Eine Zustimmung der Ag dürfe nur aus wichtigem Grund versagt werden und sei nicht erforderlich, sofern die Dritten bereits bei Vertragsunterzeichnung bekannt seien.
  Eine interne Überprüfung vom 24. Februar 2009 durch die Verfahrensbevollmächtigten der Ag stellte die Gründung der Projektgesellschaft sowohl als vergaberechtlichen Gründen wie auch im Hinblick auf Haftungsrisiken als sehr problematisch dar; allenfalls käme in Frage, den Bg im Rahmen einer ArGe mit anderen Planern zu beauftragen.

- Mit Vermerk vom 23. Februar 2009 prüfte die Ag die Frage, ob es vergaberechtlich zulässig sei, dass der zu schließende Architektenvertrag nicht mit dem Bg als Wettbewerbsgewinner persönlich, sondern mit einer GmbH abgeschlossen werden könne, an der der Bg zumindest als Gesellschafter beteiligt sei. Ein derartiger Vertragsschluss wird aufgrund des Identitätswechsels zwischen Abschluss des Wettbewerbs und Vertragspartner im Ergebnis als vergaberechtswidrig qualifiziert. Sollte der Bg auf einem Abschluss mit einer zu gründenden GmbH beharren, so wäre er aus dem weiteren Verfahren auszuschließen und es müsste mit den übrigen Preisträgern ein Verhandlungsverfahren durchgeführt werden.

- Mit Vermerk vom 11. März 2009 prüfte die Ag die Frage, ob nach einem Zuschlag auf den Bg als Wettbewerbsgewinner ein Vertragsübergang nach § 415 BGB auf eine Franco Stella GmbH mit Herrn Stella als Geschäftsführer oder auf

eine Projektgemeinschaft Huf F. Stella (GbR) zusammen mit den Architekten GmbHs HSA und gmp zulässig ist. Im Ergebnis wird vorgeschlagen, dass mit dem Bg über einen Vertrag persönlich verhandelt und mit ihm abgeschlossen werden sollte, der zu einem späteren Zeitpunkt an die Stella GmbH im Wege der Vertragsübernahme nach § 415 Abs. 1 BGB übertragen werden könnte.

- Mit E-Mail der Ag an den Bg vom 13. März 2009 bat die Ag in Vorbereitung eines weiteren Vertragsgesprächs am 18. März 2009 erneut um konkrete Angaben des Bg zu seiner Projektorganisation (Rekonstruktionsplanung: zeitliche Abfolge, Benennung geeigneter Mitarbeiter oder Subunternehmer und ggfs. deren Integration ins Planungsteam; Schnittstellen zu anderen Fachplanungen: Organisations- und Personalkonzept; Qualitätssicherung der Planung und Ausführung; Projektleitung); organisatorische, den Aufbau der Arbeitsebene des Bg mit dem avisierten Personaleinsatz (Kapazitäten, Qualifikationen) in den einzelnen Projetstufen betreffende Aspekte seien in den bisherigen Besprechungen nur unzureichend behandelt worden.

- Mit E-Mail vom 18. März 2009 des von der Ag eingeschalteten Projektsteuerers an die Ag wurden unter dem Stichwort De-facto-Vergabe die Punkte thematisiert, dass die Leistungsanteile des Bg in Summe der Phasen 1-4 sehr gering werden könnten und der größte Teil der Leistungen durch Dritte erbracht werde; es werden auch Zweifel artikuliert, ob der Bg bei einem normalen VOF-Verfahren für die Phasen 6-9 zugelassen werden könne. Es stelle sich hier die Frage nach einer Anerkennung der Präqualifikation. Eine erneute Überprüfung dieser Punkte wird angeregt.

- Am 23. März 2009 übermittelte der Bg ein geändertes Organigramm, aus welchem er selbst als Auftragnehmer hervorgeht; unter dem Bg ist die „Franco Stella – Berliner Schloss/Humboldtforum Projektgemeinschaft (i.Gr.)" angesiedelt. Die Gesellschafter sind identisch mit denen im Organigramm vom 17. Februar 2009. Der Bg persönlich ist als der technischen und kaufmännischen Geschäftsführung übergeordneter Geschäftsführer vorgesehen. Des Weiteren übermittelte der Bg die Angabe der Personen zur Erbringung der vertraglichen Leistungen; dabei handelt es sich ausschließlich um Mitarbeiter von HSA und gmp.

- Am 30. März 2009 schrieb die Ag an den Bg, sie stelle mit Sorge fest, dass der Bg bei der Klärung der Zuständigkeiten für die Fassadenplanung noch zu keinem Ergebnis gekommen sei.

- Mit interner E-Mail vom 30. März 2009 legte die Ag einen Zwischenbericht über den Verhandlungsstand mit dem Bg vor. Darin wird festgehalten, dass die Vertragsverhandlungen mit dem Bg nicht zufriedenstellend verliefen. Er wolle aufgrund seiner sehr begrenzten eigenen Bürokapazitäten zu seiner Unterstützung für die Planungsphase das Büro HSA, für die Baudurchführung, Kosten- und Terminkontrolle das Büro gmp einschalten. Beide Großbüros hätten in der Vergangenheit noch kein gemeinsames Projekt durchgeführt und bereits in der aktuell laufenden frühen Projektphase seien bereits nicht unerhebliche Meinungsverschiedenheiten bekannt geworden, die Zweifel an der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des vom Bg vorgeschlagenen Planungsteams aufkommen ließen. Dem Bg sei es bislang nicht gelungen, ein homogenes Architektenteam zusammen zu stellen, das zwischen dem Bg und seinen Vertragspartnern bestehende Misstrauen sei bereits vor einem Vertragsschluss mit der Ag sehr deutlich. Es sei in Frage zu stellen, ob dieses Team aufgrund intern zu erwartender Reibungsverluste über die organisatorischen Fähigkeiten verfüge, die für den Projekterfolg notwendigen Planungs- und Koordinierungsleistungen zu erbringen.

- Mit Vermerk vom 6. April 2009 prüfte die Ag die Fragen, ob es zulässig sei, wenn die Büros HSA bzw. gmp Gesellschafter der Stella GmbH würden oder ob dies zur Unwirksamkeit des Übernahmevertrages führe, sowie des Weiteren, ob es vergaberechtlich zulässig sei, im Wege eines VOF Verfahrens einen Partner für den Bg zu finden, der dann verpflichtet werde, mit dem Bg eine Arbeitsgemeinschaft zu gründen. Die Variante einer Beteiligung anderer Planer, die nicht Preisträger sind, in Form einer Arbeitsgemeinschaft wird als vergaberechtlich bedenklich eingestuft. Soweit der Bg nicht gewillt sei, Teile der Leistung selbst zu erbringen, bzw. die Ag sich entschließen sollte, den Teil der Leistung, der nach den Wettbewerbsbedingungen nicht zwingend an den ersten Preisträger vergeben werden soll, anderweitig zu beauftragen, sei es geboten, nach VOF auszuschreiben. Es bestünde die Möglichkeit, jeden Vertragspartner seinen Leistungsteil für sich gegenüber

der Ag erbringen zu lassen und die Ergebnisse den anderen Planungsbeteiligten zur Verfügung zu stellen, oder aber die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft der Gewinner dieses Verfahrens mit dem Bg herbeizuführen, was unbedenklich sei, da die Partner des Bg in diesem Fall über ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren ausgewählt würden.

- Mit E-Mail vom 17. April 2009 schrieb die Ag folgendes an den Bg:

> *„1.Terminplan/Organisationskonzept: Beigefügt ist ein Terminplan, der die nächsten notwendigen Schritte bis zum Abschluss der Vorplanung und zur Aufstellung einer Teil-EW-Bau-Gründung/Fassade im September 09 skizziert. Dem Plan ist zu entnehmen, dass bereits in ca. 4 Wochen die Fachingenieure wie vorgesehen in Ihre Planungen einzubinden sind.*
> *Ich bitte Sie um konkrete Aussagen, mit welchen personellen Kapazitäten Sie innerhalb der nächsten 4 Wochen und darüber hinaus das Projekt betreuen werden. Des Weiteren bitte ich um Vorstellung Ihres für das Planungshaus vorgesehenen Projektteams in einem gesonderten Termin im April, über den wir uns am kommenden Dienstag verständigen werden.*
> *Ich komme an dieser Stelle leider nicht umhin, Ihnen meine Sorge über den aktuellen Planungsstand und Ihre derzeitigen Projektorganisation mitzuteilen. Hiesigerseits bestehen Zweifel, ob Sie innerhalb des bekanntermaßen engen Terminplans eine große Zahl professioneller und überwiegend eingespielter Ingenieurbüros kurzfristig mit belastbaren Planunterlagen versorgen und deren Leistungen über eine ausreichende Anzahl vor Ort präsenter Mitarbeiter koordinieren können.*
> *Ich verweise an dieser Stelle auf die E-Mail des BBR vom 15.04.09 zum Planungsstand vom 09.04.09, in dem aus gegebenem Anlass unter anderem um ein kurzfristiges Gespräch mit Ihren Kontaktarchitekten gebeten wurde. Das Gespräch wurde mit der Begründung, man sei überlastet und u.a. mit der Fertigstellung eines Wettbewerbes beschäftigt, abgesagt. Eine schriftliche Antwort auf die vorgenannte E-Mail, die für den 16.04.09 zugesagt worden war, wurde ebenfalls bis zum heutigen Tag nicht übergeben.*
> *Für eine erfolgreiche Durchführung des Projektes muss ein hohes Maß an Verlässlichkeit und Disziplin von allen Beteiligten, insbesondere vom Architektenteam, vorausgesetzt werden. Es überrascht, wenn diesbezüglich bereits in der aktuell laufenden vorvertraglichen Phase innerhalb Ihres Projektteams Schwächen deutlich werden und die notwendigen Kapazitäten offensichtlich nicht verfügbar sind."*

- Mit E-Mail des Büros gmp an die Ag vom 28. April 2009 wurde mitgeteilt:

> *„(...) derzeit stellen wir unsere Anmerkungen zum Vertragsentwurf zusammen. Durch die Anwälte von HSA wurde der in der Anlage befindliche Kommentar eingereicht, den ich Ihnen schon jetzt, vorab, mitteilen*

möchte. Bitte sehen Sie diesen kritisch durch, ob eine Integration in den Vertrag aus Ihrer Sicht möglich ist."

Die durch einen Rechtsanwalt erstellte Anlage, auf welche die E-Mail Bezug nimmt, lautet:

„Einige Formulierungsvorschläge für die Ergänzung im Architektenvertrag (im Hinblick auf die Leistungserbringung durch die Projektgemeinschaft) möchte ich an dieser Stelle ergänzen:

Dem Auftraggeber ist bekannt, dass der Auftragnehmer zur Erfüllung seiner Leistungspflichten nach diesem Vertrag mit Kooperationspartnern zusammenarbeiten wird. Dies wird in der Form einer Innengesellschaft („Berliner Schloss – Humboldt-Forum Projetgemeinschaf (HFP), Franco Stella") geschehen. Der Gesellschaftsvertrag ist dem Auftraggeber seinem wesentlichen Inhalt nach bekannt. Er ist mit dem Auftraggeber vor Abschluss des Vertrages abgestimmt worden. Der Auftraggeber stimmt der Bildung der Projektgemeinschaft und der Leistungserbringung in dieser Weise ausdrücklich zu. Dies ändert allerdings nichts daran, dass es sich um eine reine Innengesellschaft handelt, die nicht Vertragspartner des Auftraggebers wird. Dessen einziger Vertragspartner, der in diesem Vertragsverhältnis daher auch uneingeschränkt leistungsverpflichtet und verantwortlich ist, ist vielmehr der Auftragnehmer.
Dem Auftraggeber sind auch die aus dem Vertrag der Projektgemeinschaft resultierenden Abgrenzungen der Leistungs- und Verantwortungsbereiche bekannt. Beide Parteien verpflichten sich, bei der Durchführung dieses Vertragsverhältnisses die innerhalb der Projektgemeinschaft festgelegten Zuständigkeiten zu beachten. Soweit danach Leistungen von anderen Gesellschaftern der Projektgemeinschaft als dem Auftragnehmer zu erbringen sind, wird dieser dem Auftraggeber entsprechende Ansprechpartner auf Seiten der anderen Gesellschafter der Projektgemeinschaft benennen. Der Auftraggeber ist berechtigt und verpflichtet sich auch, diese Zuständigkeiten zu respektieren und die benannten Ansprechpartner unmittelbar einzubeziehen. Auch in diesen Fällen wird der Auftraggeber jedoch immer zumindest zusätzlich auch den Auftragnehmer informieren und einbeziehen.
Dem Auftraggeber sind ferner die mit Abschluss des Projektgemeinschaftsvertrages verbundenen Vollmachten, insbesondere für die kaufmännische Geschäftsführung, bekannt. Auch diese Vollmachten wird der Auftraggeber im Rahmen der Durchführung des Vertragsverhältnisses berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für die Bevollmächtigung der kaufmännischen Geschäftsführung mit der Rechnungslegung. Der Auftraggeber wird Zahlungen ausschließlich aufgrund der Rechnungslegung durch die kaufmännische Geschäftsführung der Projektgemeinschaft und durch Überweisung auf das von dieser eingerichtete, verwaltete und dem Auftraggeber benannte Treuhandkonto leisten.
Im Falle des Todes des Auftragnehmers ist der Auftraggeber zur Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grunde berechtigt. Darüber hinaus ist der Auftraggeber auch dann zur Kündigung dieses Vertrages aus wichti-

gem Grunde berechtigt, wenn der Auftragnehmer (bzw. seine Erben) aus der Projektgemeinschaft, gleich aus welchem Grunde, ausscheidet. Der Auftraggeber ist in allen Fällen der Beendigung dieses Vertragsverhältnisses berechtigt, die verbleibenden Gesellschafter der Projektgemeinschaft, einzeln oder gemeinschaftlich, letzteres gegeben falls auch unter Einschluss weiterer, dann neu aufzunehmender Gesellschafter, mit der Erbringung der offenen Architektenleistungen zu beauftragen. Dem stimmt der Auftragnehmer bereist jetzt zu. Soweit erforderlich, wird er etwaige Nutzungsrechte, insbesondere urheberechtliche Nutzungsrechte, auf die vom Auftraggeber neu zu beauftragenden Auftragnehmer übertragen, ohne insoweit Zurückbehaltungsrechte oder sonstige Gegenrechte geltend zu machen."

- Am 20. Mai 2009 wurde in einem weiteren Verhandlungsgespräch offenbar Einvernehmen über die Vertragsinhalte und die Parameter zur Vergütung einschließlich der Rekonstruktionsleistungen erzielt.

- Mit Schreiben vom 27. Mai 2009 unterbreitete der Bg der Ag ein *„Angebot für Sonderleistungen am Humboldtforum – Rekonstruktion der histor. Natursteinfassaden: (...) Um die vom Bauherrn erwartete Rekonstruktion der Schlossfassaden in der optimalen Qualität zu erstellen, sind für die Einbeziehung des für die im höchsten Maße für diese Aufgabe geeigneten Büros...folgende Sonderleistungen außerhalb der HOAI notwendig..."*.

- Ein internes Schreiben der Ag vom 29. Mai 2009, in dem es um die Einbindung eines weiteren Unternehmens in die Ausführung des Bauvorhabens geht, lautet auszugsweise wie folgt:

> *„ In der letzten Verhandlungsrunde hatte der Verhandlungsführer GMP in Anwesenheit von Herrn Stella und Herrn ... von HSA den Eindruck vermittelt, als sei mit Herrn...Einvernehmen über die Zusammenarbeit erreicht worden... Franco Stella bat mich am 25. Mai um ein ...Gespräch. ...Er wies auf unterschiedliche Interessen innerhalb seiner Partnerschaft hin, die insbesondere die Aufteilung des Honorars betrifft und die mangelnde Bereitschaft, die Honorarsumme mit einem weiteren Beteiligten zu teilen.(...) Insofern sprach Herr Stella von einer „technischen" und einer „politischen" Notwendigkeit einer einvernehmlich geregelten und honorierten Zusammenarbeit mit Herrn...Ich bitte, dieses Anliegen sehr ernst zu nehmen. Andernfalls läge in einer Missachtung oder Geringschätzung dieses Problems die Gefahr eines großen, bald aufbrechenden Konflikts, der dem national bedeutenden Kulturprojekt fachlich wie öffentlich großen Schaden zufügen könnte."*

- Mit E-Mail vom 5. Juni 2009 schrieb die Ag an den Bg:

> *„Erfreulicherweise konnte im Verhandlungsgespräch am 20. Mai 2009 Einvernehmen über die Vertragsinhalte und die Parameter der Vergütung erreicht werden. Auf Grundlage dieses Verhandlungsergebnisses, welches im vollem Umfang die Rekonstruktionsleistungen umfasst, wurde das Vertragsexemplar angepasst....Vor dem Hintergrund hat Ihr Schreiben vom 27. Mai 2009 an den ..... BBR bauherrnseitig zu erheblichen Irritationen geführt. Dieses insbesondere deshalb, als dass Sie mit den dort genannten Honorarforderungen keine grundlegend neuen Erkenntnisse vortragen, die nicht schon vorab ausführlich besprochen und im Rahmen des verhandelten Honorars enthalten sind. .. Das zwischen uns verhandelte Honorar ist somit auskömmlich, Ihre Forderungen laufen im Ergebnis auf eine teilweise Doppeltvergütung hinaus, die bauherrenseitig abgelehnt werden muss.*
>
> *Nach hiesigem Eindruck ist Ihre nachträgliche Honorarforderung weniger das Ergebnis überzogener Forderungen des Büros ...., sondern Ausdruck von Problemen innerhalb Ihres Planungsteams. Das BBR ist jedoch bereit, gemeinsam mit Ihnen an einem klärenden Gespräch mit dem Büro ....teilzunehmen. Ich bitte Sie dazu um einen Terminvorschlag.*
>
> *Der Bund kann einen Vertrag mit Ihnen nur dann unterzeichnen, wenn auch formal sichergestellt ist, dass alle Partner innerhalb Ihrer Planungsgemeinschaft auskömmlich honoriert werden. Ich nehme an, dass der zwischen Ihnen und Ihren Planungsbeteiligten verhandelte Gesellschaftervertrag dazu die wesentlichen Regelungen enthält, die dem BBR bekannt sind. Ich bitte Sie daher um schriftliche Mitteilung bis zum 09.06.09, wo die Leistungs- und Haftungsgrenzen zwischen den von Ihnen eingeschalteten Architektenbüros (Kusch, HSA, gmp, weitere Subplaner) und Ihnen persönlich liegen und wie das zwischen uns verhandelte Honorar anteilig auf Sie und Ihrer Planungsbeteiligten verteilt werden soll."*

- E-Mail-Antwort des Bg hierauf vom 10. Juni 2009:

> *„Ich beziehe mich auf Ihre Nachricht vom 5. Juni 2009 und möchte Ihnen bestätigen, dass ich mich bei der Besprechung beim BBR am 20. Mai 2009 sei es zu der Honorarvereinbarung und als auch zu der Vertragsformulierung im Einvernehmen mit den anderen Planungspartnern (gmp und HSA) einverstanden erklärt habe. Von unserer Seite bestehen keine weiteren Hindernisse zur Vertragsunterzeichnung.*
>
> *Jedoch ist dazu zu sagen, dass die Verhandlung mit Herrn ... zur Einbeziehung in das Planungsteam noch nicht abgeschlossen und die Zusage eines zusätzlichen Honorars, auf das sich mein Schreiben vom 27.05.2009 bezieht, würde den Abschluss der Verhandlung sicher sehr vereinfachen.*

Ich möchte aber noch mal bestätigen, dass wir uns einsetzen werden, das Büro ..... einzubeziehen, unabhängig von der Zusage eines weiteren Honorars für Sonderleistungen und dass daher aus unserer Sicht keine Bedenken zur Vertragsunterschrift bestehen.

Mit Bezug auf die Vereinbarungen mit den anderen Planungspartnern teile ich Ihnen mit, dass der Gemeinschaftsvertrag, inklusive der Honoraraufteilung unter den Partnern (FS, gmp und HSA), sich in der letzten Feinabstimmung befindet und ich werde Ihnen voraussichtlich bis Ende dieser Woche den abgestimmten Vorabzug zukommen lassen. Die endgültige Fassung wird dann unterzeichnet, sobald der Vertrag zwischen mir und dem BBR unterzeichnet wurde – dieser Vertrag wird dann Anlage des Gemeinschaftsvertrages. Ebenfalls bestätige ich Ihnen, dass eine Vorvereinbarung mit Herrn .... zu seiner Beauftragung als Geschäftsführer abgestimmt wurde. Auch hier wird der endgültige Vertrag nach Gründung der Planungsgemeinschaft vereinbart."

Mit interner E-Mail ebenfalls vom 10. Juni 2009 stellte die Ag in Reaktion auf diese E-Mail fest:

„Anliegend ein weiteres Schreiben des Architekten Stella, aus dem hervorgeht, dass die Klärung der Rekonstruktionsfragen immer noch nicht erfolgt ist, Herr Stella den Vertrag unabhängig davon unterschreiben möchte".

- Mit E-Mail vom 13. Juni 2009 informierte der Bg die Ag auszugsweise wie folgt:

„Bekanntlich werde ich die Architektenleistungen zur Wiedererrichtung des Berliner Schlosses-Humboldt-Forum zusammen mit Kooperationspartnern erbringen. Diese Kooperation wird in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes mit dem Namen Franco Stella – Berliner Schloss – Humboldt-Forum Projektgemeinschaft erfolgen. Gesellschafter dieser Projektgemeinschaft werde ich sein sowie Hilmer & Sattler und Albrecht Gesellschaft von Architekten mbH (HSA) und gmp Generalplanungsgesellschaft mbH (gmp). Die Gesellschafter haben sich darauf verständigt, einen Bevollmächtigten mit der Führung der Geschäfte zu beauftragen. Hierbei handelt es sich um den Architekten Clemens F. Kusch. (...) Mir ist in architektonischen und gestalterischen Fragen die Federführung eingeräumt. Auf diese Weise ist die Umsetzung des von mir eingereichten Entwurfes gewährleistet.(...)"

In Reaktion auf diese E-Mail teilte die Ag mit E-Mail vom 15. Juni 2009 dem Bg Folgendes mit:

„Vielen Dank für Ihre anliegende E-Mail, nach deren Durchsicht sich hiesigerseits einige Fragen ergeben.

1.Im von Ihnen im Rahmen der Vertragsverhandlungen vorgelegten Organigramm werden insbesondere in der Planungsphase vorrangig Mitarbeiter des Büros HSA benannt. Demgegenüber liegt der von Ihnen beanspruchte Honoraranteil bei 35 %, ohne dass die zur Erbringung dieses von Ihnen zu bearbeitenden Leistungsanteils notwendigen Mitarbeiter dem BBR bekannt sind. Ich bitte Sie um Aufklärung dieses Aspekts. Beispiel: Gem. E-Mail vom 23.03.2009 sollen in LP 5 ca. 20 Mitarbeiter tätig werden, d.h. bezogen auf die dargelegte Verteilung der Honorare würde dies bei einem 35 % Anteil einem Einsatz von ca. 7 Mitarbeitern entsprechen. Bislang sind uns aus Ihrem Büro nur Ihr Mitarbeiter Hr. Zucchini und Sie persönlich bekannt. Unterstellt, dass in LPH 5 bis zu 18 Mitarbeiter des Büro HSA tätig werden, wäre vorliegend von einem unauskömmlichen Honorar für diese Leistungsphase auszugehen, der hiesigerseits nicht zugestimmt werden kann. Das gilt analog auch für anderen Leistungsphasen (2-4).(...)"

Der Bg antwortete hierauf am 16. Juni 2009 per E-Mail wie folgt:

„ Gerne komme ich auf Ihre Nachricht vom 15.06.2009 zurück, in welcher Sie um Klarstellung einiger Punkte aus unserem Vertrag über die Bildung einer Projektgemeinschaft baten:

1. Es ist in der Tat so, dass die Leistungen aus LP 2 bis 5 von mir und meinen Partnern HSA und gmp gemeinsam erbracht werden. gmp wird in diesen Phasen die Kosten- und Terminplanung bearbeiten, Teilleistungen aus den LP 2 bis 5, die für eine abgestimmte und möglichst schnittstellenarme Planung erforderlich sind. Das Honorar für die Leistungen außerhalb der Teilleistungen Kosten- und Terminplanung wird im Verhältnis 35 zu 65 zwischen HSA und mir aufgeteilt, wobei mein Honoraranteil sich aus zwei Komponenten zusammensetzt, 25 Anteile Leistung und 10 Anteil Planungskoordination. Ich werde die Leistungen durch voraussichtlich 5 Personen erbringen, durch mich, den bereits benannten Michelangelo Zucchini sowie durch Francesca Lovato. Des weiteren werde ich nach derzeitiger Planung in Deutschland 2 bis 3 Mitarbeiter anstellen. Ob im konkreten Fall tatsächlich 20 Planer für die Leistungen aus LP 5 einzuschalten sind, wie einmal angedacht, können wir heute nicht verbindlich mitteilen. In jedem Fall haben wir durch unsere Projektgemeinschaft für eine ausreichende Anzahl von Mann-Stunden Sorge getragen. Gesellschaftszweck ist die Erfüllung meiner Verpflichtungen aus dem Architektenvertrag mit dem Auftraggeber.

Im Verhältnis zu meinem Partner gmp wird die Honoraraufteilung wie folgt sein: Für die Kosten- und Terminplanung aus den LP 2 bis 5 erhalte ich 10 Anteile des Honorars, das auf gmp entfällt, für die Planungskoordination und in den folgenden LP 6 bis 9, 10 Anteile des Honorars gmp für die künstlerische Oberleitung.

Die Honorartabelle erhalten Sie im Laufe des morgigen Tages.

2. Die Vergütung zusätzlicher Subplaner erfolgt durch die Projektgemeinschaft insgesamt. Diese wird Vertragspartner des jeweiligen Subplaners. Über die Aufteilung des Honorars des eingeschalteten Subplaners wird es einen separaten einstimmigen Beschluss der Gesellschafter geben. Wir gehen davon aus, dass derzeit wenig Anlass besteht, Planungsleistungen nach außen zu geben. Die Gemeinkosten der Gesellschaft decken im Übrigen einen Teil solcher Kosten ab.

3. Die Einschaltung eines Planers für die Rekonstruktion der historischen Fassaden fällt nach den Regelungen der Projektgemeinschaft unter folgende bereits jetzt getroffene Honorierungsregelung: Im Innenverhältnis ist vereinbart, dass das Honorar dieses Subplaners von den Gesellschaftern entsprechend ihren Anteilen am Gesamthonorar für die jeweilige Leistungsphase, entsprechend den jeweiligen Teilleistungen, getragen wird. Im Innenverhältnis trägt also jeder Gesellschafter mit seinem Anteil am jeweiligen Honorar die Honorarkosten dieses Subplaners. Im Außenverhältnis wird der Fachplaner für die Rekonstruktion von der Projektgemeinschaft beauftragt – im übrigen mit Ihrem Einvernehmen – und im Innenverhältnis tragen die Gesellschafter dieses Honorar entsprechend ihres Anteiles an der jeweiligen Teilleistung.

4. Der Geschäftsführer erbringt keinerlei Planungsleistungen, auch wenn er von der Ausbildung her Architekt ist. Die vorab berücksichtigten Kosten der Gesellschaft beinhalten auch die laufenden Kosten für den Betrieb des Planerhauses, für eventuell einzuschaltende Subplaner und im übrigen alle Kosten im Zusammenhang mit dem Funktionieren der Projektgemeinschaft."

- Am 17./18. Juni 2009 wurde der „Vertrag Gebäude" unterzeichnet. Der Vertrag enthält u.a. folgende Regelungen:

  - Ziffer 3.1.1 „Auftragsumfang: (...) Der Auftraggeber überträgt dem Auftragnehmer die Leistungen nach 3.2. Es ist beabsichtigt, dem Auftragnehmer bei Fortsetzung der Planung und Ausführung der Baumaßnahme weitere Leistungen nach 3.3 bis 3.7 –einzeln oder im Ganzen- zu übertragen."
  - Ziffer 3.2 „Entwurfsunterlage – Bau – (EW-Bau): Erarbeiten der Entwurfsunterlage – Bau – nach Abschn. F 2 RBBau -, einschließlich aller für die bauaufsichtliche Behandlung erforderlichen Unterlagen und Angaben. Dies sind die Grundleistungen der Leistungsphasen 2, 3 und 4 des § 15 HOAI...".

- Ziffer 3.3 „Ausführungsplanung: Ausarbeiten der Ausführungszeichnungen nach Abschnitt F 3.1 RBBau. Das sind die Grundleistungen der Leistungsphase 5 des § 15 HOAI, soweit sie nicht bereits nach Ziffer 3.2.2 beauftragt sind.
- Ziffer 3.4: „Leistungen für die Vergabe: Dies sind die Grundleistungen der Leistungsphasen 6 und 7 des § 15 HOAI...".
- Ziffer 3.5 „Objektüberwachung (Bauüberwachung): Dies sind die Grundleistungen der Leistungsphase 8 des § 15 HOAI."
- Ziffer 3.6 „Objektbetreuung und Dokumentation: Das sind die alle Grundleistungen der Lph. 9 des § 15 HOAI."
- In Ziffer 8.1 heißt es:

  „Als Verantwortliche für die Erbringung der vertraglichen Leistungen werden benannt (Name und Qualifikation):

  für Leistungen nach 3.2:....

  für Leistungen nach 3.3:.....

  (...)

  für Leistungen nach 3.4 und 3.5:.....

  für Leistungen nach 3.6:.....

  Das Bestellen und Wechseln der benannten Personen bedarf des schriftlichen Einvernehmens des Auftraggebers."

  Alle in dieser Aufstellung aufgeführten Personen gehören zu HSA oder zu gmp. Die für Leistungen nach Ziffer 3.2 (Entwurfsunterlage) benannte Person wird mit dem Zusatz „Projektleiter" versehen.

- In Ziffer 8.6 findet sich die Regelung, die der Ag mit E-Mail vom 28. April 2009 durch gmp und die Anwälte von HSA vorgeschlagen wurde, in folgender modifizierter Form wieder:

  „Dem Auftraggeber ist bekannt, dass der Auftragnehmer zur Erfüllung seiner Leistungspflichten nach diesem Vertrag mit Kooperationspartner zusammenarbeiten wird. Dies wird in Form einer Gesellschaft („Franco Stella – Berliner Schloss – Humboldt-Forum Projektgemeinschaft (FS-HFP)") geschehen. Der Gesellschaftsvertrag ist dem Auftraggeber seinem wesentlichen Inhalt nach bekannt (e-Mail vom 16.06.2009 Anlage 11). Der Auftraggeber stimmt der Leistungserbringung in dieser Weise ausdrücklich zu. Dies ändert allerdings nichts daran, dass es sich um eine reine Innengesellschaft handelt, die nicht Vertragspartner des Auf-

traggebers wird. Dessen einziger Vertragspartner, der in diesem Vertragsverhältnis daher auch uneingeschränkt leistungsverpflichtet und verantwortlich ist, ist vielmehr der Auftragnehmer.
Dem Auftraggeber sind auch die aus dem Vertrag der Projektgemeinschaft resultierenden Abgrenzungen der Leistungs- und Verantwortungsbereiche bekannt. Beide Parteien werden bei der Durchführung dieses Vertragsverhältnisses die innerhalb der Projektgemeinschaft festgelegten Zuständigkeiten beachten. Soweit danach Leistungen von anderen Gesellschaftern der Projektgemeinschaft als dem Auftragnehmer zu erbringen sind, wird dieser dem Auftraggeber entsprechende Ansprechpartner auf Seiten der anderen Gesellschafter der Projektgemeinschaft benennen. Der Auftraggeber wird, soweit möglich und vom Auftragnehmer gewünscht, diese Zuständigkeiten respektieren und die benannten Ansprechpartner unmittelbar einbeziehen. Auch in diesem Fällen wird der Auftraggeber jedoch immer zumindest zusätzlich auch den Auftragnehmer informieren und einbeziehen.
Dem Auftraggeber sind ferner die mit Abschluss des Projektgemeinschaftsvertrages verbundenen Vollmachten bekannt. Auch diese Vollmachten wird der Auftraggeber im Rahmen der Durchführung des Vertragsverhältnisses berücksichtigen. Der Auftraggeber wird, soweit der Auftragnehmer ihn nicht zukünftig anders informiert, Zahlungen ausschließlich aufgrund der Rechnungslegung durch die Geschäftsführung der Projektgemeinschaft und durch Überweisung auf ein Geschäftskonto des Auftragnehmers leisten.
Der Auftragnehmer wird die Mitglieder in der Projektgemeinschaft (FS-HFP) nur mit Zustimmung des Auftraggebers auswechseln."

In Anlage 11 zum Vertrag ist ein Ausdruck der am 13./15./16. Juni 2009 zwischen Bg und Ag ausgetauschten E-Mails beigefügt.

- Am 29. Juni 2009 sowie am 1. Juli 2009 gab es Presseberichte, wonach der Bg weder über die in der Bekanntmachung des Realisierungswettbewerbs geforderte Mindestanzahl von Mitarbeitern verfüge noch den erforderlichen Mindestumsatz erzielt habe.

- Die ASt rügte daraufhin mit Schreiben vom 3. Juli 2009 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Presseberichterstattung die Nichteinhaltung der formellen Vorgaben, da die Mindestanforderungen durch den Bg danach nicht erfüllt gewesen seien. Mit Schreiben vom 28. Juli 2009 teilte die Ag der ASt mit, das Vergabeverfahren sei mit Abschluss des Vertrages am 18. Juni 2009 abgeschlossen worden, die Rüge daher verfristet. Im Vorfeld des Vertragsschlusses sei eingehend geprüft worden, ob der Bg die Realisierung des prämierten Entwurfs mit seinem Büro und

den von ihm eingeschalteten weiteren Architekten erbringen könne; diese Prüfung sei positiv verlaufen.

- Am 10. Juli 2009 wurde die Ag mit Schreiben unter dem Briefkopf „Franco Stella – Berliner Schloss – Humboldt-Forum Projektgemeinschaft GbR – Berlin" über die Einrichtung eines Kontos durch die Franco Stella – Berliner Schloss – Humboldt-Forum Projektgemeinschaft GbR (FS HUF PG) informiert; als Gesellschafter werden in der Fußzeile dieses Schreibens aufgeführt: „Franco Stella GmbH (i.Gr.), Hilmer & Sattler und Albrecht Gesellschaft von Architekten mbH, gmp Generalplanungsgesellschaft mbH". Am 12. Juli 2009 wird unter dem gleichen Briefkopf der Ag eine Rechnung gestellt.

2. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten hat die ASt am 31. Juli 2009 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes gestellt. Diesen hat die Vergabekammer der Ag am 3. August 2009 übermittelt.

   a. Zur Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags führt die ASt aus:

      - Der unter Missachtung der Vorabinformationspflicht nach § 13 VgV geschlossene Vertrag sei nichtig, das Vergabeverfahren mithin noch nicht beendet. Obwohl § 13 VgV bei strenger Wortlautauslegung eine Verpflichtung zur Vorabinformation lediglich gegenüber „Bietern" konstituiere, sei er entsprechend seinem Schutzzweck auch auf die Bewerber eines VOF-Verhandlungsverfahrens anzuwenden. Insbesondere habe der Gesetzgeber von seinem Ermessen zur Festlegung eines Ausnahmetatbestands (s. Art. 2b lit. a RL 89/665/EWG i.V.m. Art. 31 Nr. 3 RL 2004/18/EG für [Realisierungs-]Wettbewerbe) keinen Gebrauch gemacht. Im vorliegenden Vergabeverfahren sei keine Information an die übrigen Preisträger erfolgt. Der Informationspflicht sei nicht durch die Mitteilung über den Abschluss des Realisierungswettbewerbs nebst Preisgerichtsprotokollen Genüge getan worden. Welche Schlussfolgerungen die Ag für die Auftragsvergabe aus der Empfehlung des Preisgerichts ziehen würde, sei weder dem Protokoll noch der Mitteilung zu entnehmen.

        Nach Ziffer VI.2 der Wettbewerbsbekanntmachung habe die Ag in jedem Fall nach Abschluss des Realisierungswettbewerbs vor der Aufnahme der Vertragsver-

handlungen eine Entscheidung darüber treffen müssen, ob sie die Verhandlungen allein mit dem erstplatzierten Wettbewerbsteilnehmer führe oder mit den übrigen Preisträgern. Die Empfehlung des Preisgerichts habe für die Ag nicht zu einer Verpflichtung zum Vertragsschluss mit dem Bg geführt. Eine Verpflichtung ergebe sich auch nicht aus Ziffer 7.1 Abs. 1 GRW 1995. Dies gelte selbst dann nicht, wenn es sich um einen Einladungswettbewerb handele. Auch aus der Abfrage von Folgeaufträgen folge nichts. Ein Folgeauftrag beziehe sich auf ein von dem ausgeschriebenen Auftrag unabhängigen Auftrag. Die Entscheidung über die Aufnahme der Vertragsverhandlungen müsse für die übrigen ebenfalls für die Beauftragung in Betracht kommenden Preisträger überprüfbar sein.

- Der Vertragsschluss sei aber auch nach § 138 BGB nichtig, weil die Ag gemeinsam mit dem Bg eine Kooperationsform für die Ausführung des Auftrages erarbeitet habe, die faktisch einem Auftragnehmerwechsel, mithin einer Umgehung der zwingend anzuwendenden vergaberechtlichen Regelungen gleichkomme. Hierbei sei eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung maßgebend. Dass der Architektenvertrag angeblich formal nur mit dem Bg abgeschlossen sei, sei für die Beurteilung des Umgehungstatbestandes nicht entscheidungserheblich. Die vom Bg gegründete Projektgemeinschaft GbR sei auch nach nationalem Recht keine Innengesellschaft. Dies ergebe sich daraus, dass sie selbstständig am Rechtsverkehr teilnehme. Unerheblich sei auch, dass es eine GmbH i. Gr. des Bg nicht gebe und er stattdessen als natürliche Person Gesellschafter der Projekt-GbR sei. Auch handele es sich bei der zwischen dem Bg und den Büros der GbR gewählten Kooperationsform nicht um eine Form der Beauftragung von Nachunternehmern. Hier sei stets von Partnern die Rede, nicht aber von Nachunternehmern oder Subplanern. Die Projekt-GbR habe zudem ein ihr zuzuordnendes Gesamthandvermögen. Außerdem habe die GbR nicht auf eine die schuldrechtlichen Beziehungen überlagernde Organisation verzichtet. Die Gesellschafter hätten sogar einen gemeinsamen Geschäftsführer bestellt. Dieser sei bezeichnenderweise nicht der Bg. Die Projekt-GbR aber habe selbst nicht am Realisierungswettbewerb teilgenommen. Ihre faktische Beauftragung sei bewusst und zielgerichtet erfolgt. Der Ag und dem Bg sei bewusst gewesen, dass es sich bei einer direkten Beauftragung bzw. einer Vertragsüberleitung auf diese ohne förmliches Vergabeverfahren um eine unzulässige Direktvergabe gehandelt hätte. Dies ergebe sich aus dem Aktenvermerk der Ag

vom 6. April 2009. Auch die E-Mail des Bg vom 9. Juni zeige, dass der Architektenvertrag zwar formal mit dem Bg geschlossen sei, dessen Kooperationspartner bzw. deren Interessen aber wesentlich in die vertraglichen Regelungen des Architektenvertrags einbezogen worden seien.

- Die ASt sei auch antragsbefugt. Denn aus § 25 Abs. 9 VOF und Ziffer 7.1 GRW 1995 ergebe sich die Verpflichtung der Ag, einem oder mehreren Preisträgern weitere Planungsleistungen zu übertragen, sofern mindestens einer der Preisträger eine einwandfreie Ausführung gewährleiste und sonstige wichtige Gründe der Beauftragung nicht entgegenstünden. Damit komme den Preisträgern ein Vorrang bei der Entscheidung über die Folgebeauftragung gegenüber Dritten zu.

- Die geltend gemachten Rechtsverletzungen seien unverzüglich nach Kenntnis gerügt worden. Erst in der Presseberichterstattung vom 29. Juni und 1. Juli 2009 hätten sich die Bedenken gegen die Leistungsfähigkeit des Beigeladenen (Bg) ergeben, die zwingend zum Ausschluss vom Realisierungswettbewerb und vom anschließenden Verhandlungsverfahren hätten führen müssen. Unabhängig davon sei die ASt gegenüber der Ag auch nicht zur Rüge verpflichtet gewesen, weil zwischen beiden kein dem Prinzip von Treu und Glauben unterliegendes Pflichtenverhältnis i.S.d. § 107 Abs. 3 GWB bestanden habe. Die ASt sei gerade nicht zu der nach § 5 Abs. 2 lit. c VOF an sich zwingenden Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert worden.

Der Nachprüfungsantrag sei ferner begründet.

- Vergabefehlerhaft sei bereits die fehlende Vorabinformation nach § 13 VgV gewesen.

- Zudem stünden der Einzelbeauftragung des Bg wichtige Gründe entgegen, die zwingend dazu führten, dass die übrigen Preisträger zu den Auftragsverhandlungen aufgefordert werden müssten. Bereits bei den Auftragsverhandlungen hätte die Ag Zweifel daran gehabt, dass der Bg allein mit den von ihm beschäftigten Mitarbeitern das zu realisierende Projekt einwandfrei ausführen könne, ohne in erheblichem Maße auf Nachunternehmer zurückgreifen zu müssen. Gerade hierin bestehe jedoch nach § 25 Abs. 9 VOF bzw. Ziffer 7.1 GRW 1995 ein wichtiger Grund, bei dessen Vorliegen die Ag gemäß Ziffer VI.2 ihrer Wettbewerbsbe-

kanntmachung ausdrücklich Vertragsverhandlungen auch mit den übrigen Preisträgern hätte aufnehmen müssen. Bereits aus dem Bewerbungsbogen des Bg hätten zwingend Zweifel an der Richtigkeit der Angaben zu den Mitarbeiterzahlen in den Jahren 2004 – 2006 ergeben müssen. Ein Büro, das durchweg 4, im Jahr 2005 sogar fünf festangestellte Architekten beschäftigte, könne sich bei einem Umsatzschnitt von unter 300.000 € jährlich existentiell gar nicht halten.

- Die Auftragserteilung an den Bg ohne eine vorherige Nachforderung von Nachweisen zu den im Teilnahmeantrag gemachten Angaben zur Mitarbeiterzahl und zum Mindestumsatz verstoße gegen § 97 Abs. 4 GWB. Die Ag habe bereits nach Ziffer 6.2 Abs. 1 GRW 1995 unmittelbar nach Bekanntgabe des Wettbewerbsergebnisses prüfen müssen, ob die Verfasser der mit einem Preis, Ankauf oder Sonderpreis bedachten Arbeiten teilnahmeberechtigt gewesen seien oder ob ihre Arbeiten gemäß Ziffer 5.6.4 GRW 1995 zugelassen werden durften. Eine Prüfung der Richtigkeit der Eigenangaben des Bg habe nach Einlassung der Ag überhaupt nicht stattgefunden, obwohl sich Zweifel an der Richtigkeit der Eigenangaben des Bg hätten aufdrängen müssen. Die Ag habe aufgrund des vom Bg in erheblichem Umfang vorgesehenen und der Ag bekannten Nachunternehmereinsatzes davon ausgehen müssen, dass die vom Bg mit dem Teilnahmeantrag angegebenen Mitarbeiterzahlen und Mindestumsätze tatsächlich nicht erfüllt worden seien. Um diese Zweifel an der Eignung des Bg auszuräumen, sei die Ag nach § 97 Abs. 4 GWB verpflichtet gewesen, entsprechende Nachweise über die Beschäftigung der erforderliche Mitarbeiter, etwa durch Bestätigungen der entsprechenden Sozialversicherungsträger einzuholen. Sollte sich hierbei ergeben, dass die vom Bg im Teilnahmeantrag gemachten Eigenangaben falsch waren, führe dies zur Unzuverlässigkeit des Bg. Ein Vertragsschluss ohne vorherige Ausräumung der bestehenden Zweifel führe überdies zu einem Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot. Jedenfalls fehle aber eine Dokumentation der Prüfung.

  Die Eignung des Bg im Sinne der Mindestbedingungen könne auch nicht im Nachhinein durch Nachunternehmereinsatz hergestellt werden. Die Eignungsprüfung im Rahmen der Auftragsvergabe sei nicht völlig unabhängig von den im Rahmen des Realisierungswettbewerbes geforderten Mindestbedingungen zur Teilnehmerauswahl zu beurteilen. Die Ag habe ihre Realisierungsabsicht bereits in der Wettbewerbsbekanntmachung zum Ausdruck gebracht. Die für die Wettbe-

werbsteilnahme aufgestellten Mindestbedingungen der Ag dienten deshalb nicht lediglich der Begrenzung der Teilnehmerzahlen für den Realisierungswettbewerb, sondern bildeten gleichzeitig die Mindestbedingungen für die Beauftragung zur Realisierung des prämierten Wettbewerbsentwurfes. Daher sei es dem Bg verwehrt, die Erfüllung der Mindestbedingungen nachträglich erst durch den Einsatz von Nachunternehmern zu erreichen.

Hilfsweise weist die ASt darauf hin, dass die Ag ausweislich der Vergabeakte keinerlei Eignungsanforderungen für die Auftragsausführung dokumentiert habe.

- Die in der Vergabeakte dokumentierte Interims-Beauftragung durch Unterzeichnung des sog. „letter of intent" sei ebenfalls nach § 13 S. 6 VgV nichtig.

- Die Einzelbeauftragung verstoße gegen § 25 Abs. 9 VOF. Diese Norm schütze die übrigen Preisträger in ihrem Vertrauen darauf, mit der Realisierung des Gewinnerentwurfs beauftragt zu werden. Aus dieser Norm folge, dass bei der Beauftragung der zur Realisierung notwendigen Architektenleistungen den Preisträgern ein Vorrang vor Dritten zukomme. Hiergegen verstoße die Ag, wenn sie der Einzelbeauftragung des Wettbewerbsgewinners, der offensichtlich nur unter Heranziehung der Ressourcen Dritter die für die Realisierung erforderliche Leistungsfähigkeit herstellen könne, den Vorrang einräume, obwohl ausdrücklich die Möglichkeit bestehe, die Realisierung auch durch die Beauftragung mehrerer Preisträger zu vollführen. Hinzu komme, dass es sich bei den vorgesehenen Nachunternehmern um Wettbewerbsteilnehmer handele, die selbst nicht Preisträger geworden seien.

- Die Ag habe gegen ihre Verpflichtung gemäß § 18 VOF zur ordnungsgemäßen Dokumentation des Vergabeverfahrens verstoßen. Der Vergabevermerk sei erst am 12. August 2009 erstellt worden. Das Vergabeverfahren sei jedoch bereits am 19. Juni 2009 durch die Beauftragung des Bg beendet worden. Die zeitlich vor dem Beginn der Vertragsverhandlungen am 10. Februar 2009 liegende Entscheidung darüber, ob die Verhandlung mit dem 1. Preisträger oder nur den übrigen Preisträgern geführt werde, sei mithin über sechs Monate vor Erstellung des Vergabevermerks, der diese Entscheidung dokumentiere, getroffen worden. Der Vermerk sei somit nicht zeitnah nach den einzelnen Verfahrensphasen erstellt worden.

Die ASt beantragt:

1. die Vergabeentscheidung der Ag aufzuheben,
2. das Vergabeverfahren in den Stand vor Aufnahme der Verhandlungen zurückzuversetzen und die Ag zu verpflichten, sämtliche Preisträger des Realisierungswettbewerbes zur Wiederrichtung des Berliner Schlosses/ Bau des Humboldt-Forums Berlin zur Teilnahme an den Verhandlungen aufzufordern,
3. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der ASt notwendig war,
5. der ASt gemäß § 111 Abs. 1 GWB die Einsichtnahme in die Vergabeakten zu gestatten.

b. Die Ag beantragt:

1. Die Anträge 1. bis 4. abzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zum Zweck der entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag notwendig war.

Der Nachprüfungsantrag ist nach Auffassung der Ag unzulässig.

- Ein gegen den Abschluss des Planungsvertrags gerichteter Nachprüfungsantrag der ASt sei unzulässig. Der am 17./18. Juni 2009 geschlossene Planervertrag könne gemäß § 114 Abs. 2 GWB nicht mehr aufgehoben werden. Der Vertrag sei auch nicht nach § 13 S. 6 VgV nichtig. Dieser setze nach seinem Wortlaut voraus, dass neben dem für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmen weitere Bieter vorhanden seien. Das sei hier nicht der Fall. Bieter seien nur solche Unternehmen, die ein Angebot zur Durchführung der zu vergebenden Leistung abgegeben hätten. Die ASt sei nur „Bewerberin", die im Rahmen des Architektenwettbewerbs ausgezeichnet worden sei. Eine erweiternde Auslegung des Normbereichs des § 13 Satz 1 VgV finde im Wortlaut seine Grenze. Die bloße Behauptung eines Vergaberechtsverstoßes im Vergabeverfahren mache den Bewerber nicht zum Adressaten der Informationspflicht. Unter Berücksichtigung des von der ASt herangezogenen funktionalen Verständnisses von § 13 VgV sei die geforderte Information aber mit

Schreiben vom 12. Dezember 2008 in Verbindung mit den weiteren Ausschreibungsunterlagen erbracht worden. Die ASt habe hier hinreichend deutlich erkennen können, dass sie für die weiteren Vertragsverhandlungen nicht berücksichtigt werden würde. Schließlich sei in der einschlägigen Presse und den amtlichen Veröffentlichungen umfassend über die anstehende Beauftragung des Bg berichtet worden. Die ASt sei daher nicht von der Auftragserteilung überrascht worden. Auch liege hier kein Fall vor, in dem Bewerber zu Unrecht nicht als Bieter ausgewählt worden seien. Nach Abschluss des Architektenwettbewerbs sei vielmehr in zulässiger Weise nach Ziffer VI.2 Satz 2 der Bekanntmachung nur mit dem ersten Preisträger verhandelt worden. Dies entspreche § 5 Abs. 2 lit. c VOF. Im vorliegenden Fall habe daher eine Verpflichtung der Ag bestanden, den Auftrag an den ersten Preisträger zu vergeben. Dies sei aus Ziffer 7.1 GRW abzuleiten, wonach die weiteren Planungsleistungen unter Würdigung der Empfehlung des Preisgerichts zu übertragen seien. Wichtige Gründe, die der Beauftragung entgegen gestanden hätten, habe es nach Überzeugung der Ag nicht gegeben. Es habe weder eine Verpflichtung zur Aufforderung der übrigen Preisträger noch ein Anspruch der ASt auf Verhandlungen bzw. auf Abgabe eines Angebots gegeben.

- Die ASt sei wegen Verstoßes gegen die Rügepflicht präkludiert. Die ASt habe die fehlende Aufnahme von Verhandlungen vor Einlegung des Nachprüfungsantrags nicht gerügt. Die als „Rüge" bezeichnete Stellungnahme vom 3. Juli 2009 beziehe sich ausschließlich auf die angeblich fehlende Eignung des Bg, nicht auf die unterbliebene Teilnahme an Verhandlungsgesprächen.

Der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls unbegründet.

- § 13 VgV könne nicht dazu herangezogen werden, eine Verletzung von subjektiven Rechten eines Bieters im Sinne von § 97 Abs. 7 GWB, die allein Gegenstand der Prüfung der Nachprüfungsinstanzen sein könne, zu begründen.

- Der Einzelbeauftragung des Bg hätten keine wichtigen Gründe entgegengestanden. Die Ag sei vielmehr nach dem Bekanntmachungstext und dem Wettbewerbsergebnis zur Beauftragung des ersten Preisträgers verpflichtet gewesen. Bezüglich der Eignung vermische die ASt zwei voneinander zu trennende Sachverhalte. Zum einen sei die Eignung des Bg im Rahmen der ersten Stufe des europaweiten Pla-

nungswettbewerbs geprüft worden. Hier seien niedrige Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der interessierten Büros gestellt worden. Ziel sei ein möglichst intensiver und breiter Ideenwettbewerb gewesen. Der Bg habe die gestellten Anforderungen durch ihre Eigenerklärung erfüllt. Das Anfordern von Nachweisen unterliege auch im Wettbewerbsverfahren dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Eine Kontrolle sei vor dem Hintergrund des finanziellen und zeitlichen Aufwands nur in Ausnahmefällen statthaft. Anhaltspunkte für eine offensichtliche Unrichtigkeit der Eigenerklärung habe es nicht gegeben. Die Teilnahmeberechtigung sei entsprechend der Ziffer 6.2 GRW nach Bekanntgabe des Wettbewerbsergebnisses und vor Vertragsschluss nochmals geprüft worden. Zu trennen hiervon sei die Eignung des Bg zum Zeitpunkt der Auftragserteilung. Der Planungswettbewerb sei nicht deckungsgleich mit dem Planungswettbewerb im Sinne der ersten Stufe eines VOF-Verfahrens. Die Prüfung der Eignung finde bezogen auf eine Beauftragung erst im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen statt. Sie habe nicht mit den in der Bekanntmachung zum Planungswettbewerb veröffentlichten Teilnahmekriterien bzw. Mindestanforderungen zu tun. Hierbei sei nicht nur auf die Leistungsfähigkeit des Büros im Sinne einer Eigenleistung abzustellen. Vielmehr könne der jeweilige Bieter seine Leistungsfähigkeit auch durch Einbeziehung geeigneter Subplaner herstellen, solange dies mit Zustimmung der Vergabestelle geschehe (§ 26 VOF). Dem Auftraggeber sei nach Rechtsprechung des EuGH nicht gestattet, eine „Eigenleistungsquote" aufzustellen, bei deren Unterschreiten eine fehlende Eignung anzunehmen wäre. Die Ag habe die Leistungsfähigkeit des von dem Bg vorgestellten Subplanerteams geprüft. Die Qualität und Erfahrung des Projektteams wie auch die Qualität der Herangehensweise an das Projekt seien während der gesamten Vertragsverhandlungen weiter überprüft worden. Mit den vom Bg zugesagten personellen Kapazitäten und Eigenleistungen sei zum Projektbeginn die notwendige Mitarbeiterkapazität vorhanden, die Sicherstellung der entwurflichen Ziele durch die Bg gewährleistet worden. Hervorzuheben sei auch die hohe persönliche Präsenz des Bg in Berlin mit mindestens 3 Tagen/Woche.

- Vertragspartner des Ag sei ausschließlich der Bg. Die Einschaltung der in der Projektgesellschaft zusammengeschlossenen Büros beruhe auf der ausschließlichen und eigenständigen Initiative des Bg. Die Ag habe keinen Einfluss auf die innere Gestaltung der Projektgesellschaft genommen. Der Bg habe in seiner E-Mail vom

13. Juni 2009 ausdrücklich erklärt, dass ihm in architektonischen und gestalterischen Fragen die Federführung eingeräumt sei. Die Rechnungsstellung der Projektgesellschaft an die Ag sei unberechtigt gewesen und von der Ag auch zurückgewiesen worden. Es seien keine Zahlungen geleistet worden.

- Einen Vorrang der Preisträger vor Dritten in Bezug auf Subplaner gebe es nicht. Der Gewinner eines Wettbewerbs müsse sich keineswegs seine Subplaner unter den anderen Preisträgern suchen. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Planungswettbewerb in erster Linie ein Ideenwettbewerb sei und die Einschaltung von Subplanern in der Regel ganz andere Bereiche der Architektenleistung als die eigentliche Konzeption beträfe. Hier sei es nicht angemessen, den Gewinner zu zwingen, Verträge mit anderen Preisträgern einzugehen, die möglicherweise für die in Betracht kommenden Fachplanungsleistungen weniger qualifiziert seien als außenstehende Dritte.

- Der „letter of intent" sei nicht gemäß § 13 Satz 6 VgV nichtig. Es handele sich bei ihm um eine Vorstufe zum Abschluss des Hauptvertrages im Rahmen des Verhandlungsverfahrens.

- Die Vergabeakte liefere eine transparente Darstellung des Vergabevorgangs mit allen intern geführten Überlegungen. Die Dokumentation negativer Tatsachen, also die Tatsache, dass kein wichtiger Grund vorliege, sei in der Vergabeakte nicht erforderlich.

c. Mit Beschluss vom 4. August 2009 ist der Bg zu dem Verfahren hinzu gezogen worden.

Die Bg beantragt,

die gestellten Anträge zurückzuweisen und der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Bg aufzuerlegen.

Es wird ferner beantragt, festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten des Bg notwendig war.

Zur Begründung führt die Bg aus, die Anträge der ASt seien als unzulässig und unbegründet zurückzuweisen.

- Das Verfahren sei durch Zuschlag beendet worden. § 13 VgV sei auf den vorliegende Fall sachlich nicht anwendbar. Nach dem Wortlaut bestehe eine Informationspflicht der Ag nur im Verhältnis zu Bietern, also gegenüber Teilnehmern einer Ausschreibung, die ein Angebot für die Realisierung der Leistung abgegeben hätten. Eine analoge Anwendung der Norm komme nicht in Betracht. Es bestehe keine Regelungslücke. Nach Ziffer 6.2 Abs. 3 GRW 1995 habe die ASt 10 Tage nach Zugang des Protokolls über die Preisgerichtssitzung Zeit gehabt, das Verfahren zu rügen. Eine Rüge sei aber nicht erfolgt. In § 5 Abs. 2 lit. c. VOF und Ziffer 7.1 GRW 1995 sei ausdrücklich vorgesehen, dass der Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben kann. Nach den veröffentlichten Wettbewerbsbedingungen sei die Ag gebunden, die weitere Realisierung an den Preisträger zu vergeben. Die Vergabestelle habe nur Verhandlungen mit sämtlichen Preisträgern gemäß § 5 Abs. 2 lit. c VOF durchführen müssen, wenn sie sich aus wichtigem Grund gegen die Vergabe an den Gewinner entschieden hätte. Die Grenzen des Ermessens seien deutlich umrissen. Im Übrigen habe die Ag ihrer Informationspflicht mit dem Schreiben vom 12. Dezember 2009 an die Teilnehmer genügt.

- Der Nachprüfungsantrag der ASt sei präkludiert, weil nicht unverzüglich gerügt worden sei. Der Vorwurf, nicht zu den Vergabeverhandlungen eingeladen worden zu sein, sei im Schreiben vom 3. Juli 2009 nicht erwähnt worden. Dieser Verstoß sei der ASt sei Monaten bekannt gewesen. Das Rügeschreiben enthalte nur die pauschale Bezugnahme auf die Presseberichterstattung, ohne jeglichen Hinweis auf die später behauptete Intransparenz des Vergabeverfahrens.

- Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Es sei keine Rechtsverletzung durch eine fehlende Vorabinformation eingetreten.

- Es läge ferner kein wichtiger Grund gegen eine Beauftragung des Bg vor. Es sei davon auszugehen, dass auch größere Architekturbüros einen Auftrag dieses Umfangs auch nicht in vollständiger Eigenleistung realisieren könnten. Dies dürfte auch auf das Büro der ASt zutreffen. Die Teilnahmeberechtigung des Bg am Wettbewerb sei hinreichend geprüft worden. Die Ag habe dies nachprüfbar dokumentiert. Eine nähere Prüfungspflicht sei weder der Wettbewerbsbekanntmachung noch der GRW 1995 zu entnehmen. Im Übrigen weist der Bg darauf hin, dass der

Wettbewerb 2008 durchgeführt worden sei und die Eigenangaben sich auf die Jahre 2004 bis 2006 bezogen, also auf einen Zeitraum, der weit vor der Teilnahme am Wettbewerb gelegen haben. Es sei daher möglich, dass ein Einzelarchitekt sich am Wettbewerb siegreich beteiligt habe, der in zuvor liegenden Jahren ein mittelständisches Architekturbüro betrieben habe. Dies sei ausweislich der Vergabebekanntmachung nicht ausgeschlossen. Zur finanziellen Ausstattung des Bg wird darauf hingewiesen, dass dieser mit einem vollen Lehrdeputat an der Universität Genua ausgestattet sei. Die Eignungsprüfung für den Bg sei zweifelsfrei vorgenommen worden. Sie habe sich ausschließlich darauf beziehen müssen, ob er selbst oder aber mittels der von ihm ausgesuchten und von ihm beauftragten Subunternehmer in der Lage sei, den prämierten Entwurf einwandfrei zu realisieren. Mindestbedingungen, die der Bg zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe zu erfüllen hatte, habe es nicht gegeben. Im Übrigen sei gerade in § 26 VOF die Durchführung von Auftragsleistungen im Wege von Unteraufträgen an Dritte mit entsprechender Qualifikation ausdrücklich vorgesehen. Sofern die fachliche Eignung sichergestellt sei, könne sich der Hauptauftragnehmer nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit aussuchen, welches Nachunternehmen er beauftragen wolle. Etwaige Ansprüche der ASt auf Abschluss eines Nachunternehmervertrages seien nicht ersichtlich und würden von der ASt auch nicht begründet. Auch würden die beauftragten Nachunternehmer nicht zu „Gewinnern" gemacht, denn es gehe einzig um die Umsetzung und Ausführung des Gewinnerentwurfs und nicht um die Realisierung abgelehnter Wettbewerbsentwürfe. Auch sei der Vertrag vom 17./18. Juni 2009 ausschließlich mit dem Bg geschlossen worden.

- Es liege kein Verstoß gegen § 97 Abs. 4 GWB vor. Die Ag habe intensive Vertragsverhandlungen mit dem Bg geführt. Der Bg habe dabei von vorne herein erklärt, mit welchen Nachunternehmern er welche Leistungsteile zu erbringen gedenke. Die Ag habe dabei sorgfältig überprüft, ob der Bg unter Hinzuziehung der beiden vorgeschlagenen Architekturbüros hinreichend Gewähr für die Umsetzung des Entwurfs biete. Die Prognose über die Eignung des Bg sei somit nicht nur nach der Entscheidung des Preisgerichts positiv gewesen, sondern auch nach Durchführung der aufwendigen Verhandlungen und somit zum Zeitpunkt der Auftragserteilung. Auf dieser Basis sei der Vertrag abgeschlossen worden.

- Das Vertragsverhältnis der Ag bestehe allein mit dem Bg. Dieser sei aus dem Vertragsverhältnis uneingeschränkt leistungsverpflichtet und verantwortlich. Eine Vertragsübernahme lasse sich nicht aus Ziffer 8.6 des Architektenvertrags herleiten. Auch der Projektgemeinschaftsvertrag begründe keine Vertragsübernahme durch die Projektgemeinschaft. Die Gründung der Projektgemeinschaft habe allein dem Zweck gedient, den Bg in die Lage zu versetzen, seine Leistungsverpflichtungen gegenüber der Ag zu erfüllen. So enthalte der Projektgemeinschaftsvertrag in seiner Vorbemerkung die Formulierung, dass die Partner eine Projektgemeinschaft mit dem Ziel gründen, den zwischen dem Bg und der Ag geschlossenen Architektenvertrag zu erfüllen. Nach Ziffer 1.2 trete die Projektgemeinschaft nach außen mit eigenem Namen in Erscheinung, wobei transparent bleiben müsse, dass der Bg Vertragspartner der Ag als Bauherrenvertreter sei. Nach Ziffer 6 hafte im Verhältnis zum Ag ausschließlich der Bg. Der Architektenvertrag sei vollständig an die Projektgemeinschaft als Unterauftragnehmerin weitergegeben worden. Die Projektgemeinschaft wiederum beauftrage die Planungsleistungen weiter an die Gesellschafter der Projektgemeinschaft. Zweck der Zwischenschaltung der Projektgemeinschaft in das Unterauftragsverhältnis und die Einbindung des Bg in die Projektgemeinschaft sei es, das Über-Unterordnungsverhältnis des klassischen Unterauftrages durch das gleichberechtigte partnerschaftliche Verhältnis von Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu ersetzen. Bei den geringen Anforderungen an die Bürogröße der Teilnehmer des Wettbewerbs sei es realitätsfern, das Verhältnis des anschließend umfänglich zu beauftragenden Wettbewerbsgewinners zu den von ihm hinzuzuziehenden Kooperationspartnern im Sinne eines Über- und Unterordnungsverhältnisses ausgestalten zu können. Ein Büro von der Größe des Bg sei naturgemäß nicht in der Lage, in der Art eines „klassischen" Hauptauftragnehmers das gesamte Projekt zu steuern. Die hier gewählte Lösung sei in der Sache alternativlos. Sie sei auch vergaberechtlich nicht zu beanstanden, wenn sichergestellt sei, dass der Bg gegenüber dem Auftraggeber alleine leistungsverpflichtet bleibe und die architektonische Letztverantwortung bei ihm liege. Durch den Projektgemeinschaftsvertrag sei sichergestellt, dass diese architektonische Letztverantwortung beim Bg liege (so Ziffer 1.1 des Projektvertrages [Ziele der Projektgemeinschaft], Ziffer 1.4 [Bg ist federführender Gesellschafter hinsichtlich der architektonischen und künstlerischen Leistung sowie deren planerischer Umsetzung], Ziffer 3.1 [Einstimmigkeitserfordernis, Gesellschafterbe-

schlüsse – Vorrang des federführenden Gesellschafters bei allen architektonischen Gestaltungsfragen], Anlagen 3.1 und 3.2 zum Projektvertrag [u.a. Schwerpunkt der Tätigkeit des Bg: die Sicherstellung der architektonischen Qualitäten]).

- Aus dem Umstand, dass Zahlungen an den Bg aus dem Vertragsverhältnis mit der Ag auf ein Konto der Projektgemeinschaft erfolgen sollten, sei kein faktisches Vertragsverhältnis der Ag mit der Projektgemeinschaft ableitbar.

Der ASt und dem Bg wurde antragsgemäß Akteneinsicht gewährt. In der mündlichen Verhandlung am 24. August 2009 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und zu erörtern. Auf die Verfahrensakten der Vergabekammer, die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die ausgetauschten Schriftsätze wird ergänzend Bezug genommen. Die Entscheidungsfrist wurde bis zum 14. September 2009 einschließlich verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind vollständig zu bejahen.

   a. Ein Nachprüfungsantrag ist nach § 102 GWB statthaft, wenn ein öffentlicher, noch nicht wirksam vergebener Auftrag Streitgegenstand ist (zur fehlenden Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens nach wirksamer Auftragsvergabe vgl. Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 19. Dezember 2000, NZBau 2001, 151 ff.). Dies ist vorliegend der Fall.

      aa. Streitgegenstand sind die Architektenleistungen zur Realisierung des Bauvorhabens Berliner Schloss/Humboldtforum. Diese stellen unstreitig einen öffentlichen, dem Bund zuzurechnenden Auftrag dar.

      bb. Dieser Auftrag ist nicht wirksam vergeben worden.

(1) Eine Vergabe der Ausführung der Architektenleistungen liegt nicht bereits in der Entscheidung des Preisgerichts vom 28.11.2008.

Das vorliegende Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags wurde mit der Wettbewerbsbekanntmachung vom 21.12.2007, in welcher zur Einreichung von Wettbewerbsentwürfen aufgefordert wurde, begonnen. Die Entscheidung des Preisgerichts, mit der ein erster und vier dritte Preise vergeben wurden, stellt insoweit eine Zäsur dar, als nach den einschlägigen Vorschriften des § 25 Abs. 9 VOF sowie Ziffer 7.1 der über § 25 Abs. 1 VOF verbindlich gemachten GRW 1995, Fassung vom 22.12.2003, der Kreis der potentiellen Auftragnehmer für die Planungsleistungen bei Realisierung der Wettbewerbsaufgabe grundsätzlich festgelegt wird. Sofern zumindest einer der Preisträger eine einwandfreie Ausführung der zu übertragenden Leistung erwarten lässt und sonstige wichtige Gründe nicht entgegenstehen, ist einer der Preisträger mit den weiteren Planungsleistungen zu beauftragen. Hieraus ergibt sich in Abweichung von dem Grundsatz, wonach öffentliche Aufträge regelmäßig nach europaweiter Bekanntmachung und Durchführung eines entsprechenden Wettbewerbs zu vergeben sind, dass auf ein gesondertes VOF-Vergabeverfahren verzichtet werden darf, wenn einer der Preisträger des vorangegangenen Wettbewerbs zum Zuge kommen soll. Diese Ausnahme findet ihre Rechtfertigung in den Besonderheiten von Architektenwettbewerben, insbesondere soll der erhebliche Aufwand für die Beteiligung hieran honoriert werden, indem zumindest einer der Preisträger auch mit der weiterführenden Planung bei Realisierung des Wettbewerbs beauftragt wird (Müller-Wrede, Kommentar zur VOF, 3. Auflage, § 25, Rdnr. 105). Diese Regelung ist europarechtskonform, da Art. 31 Nr. 3 der Richtlinie 2004/18/EG eine derartige Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung zulässt, wenn im Anschluss an einen Wettbewerb der Auftrag an den Gewinner oder an einen der Gewinner des Wettbewerbs vergeben werden muss.

Es wird in § 25 Abs. 9 VOF, Ziffer 7.1 GRW aber gerade nicht festgelegt, dass zwingend der erste Preisträger mit der Ausführung zu beauftragen ist, sondern es wird im Gegenteil gerade auf die Gesamtheit der Preisträger abgestellt: „einem oder mehreren der Preisträger" sind weitere Planungsleistungen zu über-

tragen. Auch dies gilt im Übrigen nur im Regelfall; denkbar ist – und diese Option räumt die Regelung ausdrücklich ein – dass keiner der Preisträger in Frage kommt (keine einwandfreie Ausführung zu erwarten oder ein sonstiger wichtiger Grund steht entgegen). In der Entscheidung des Preisgerichts ist somit für den Regelfall ein Zulaufen der Ausführung auf einen Architekten aus dem Kreis der Preisträger angelegt. Es wird jedoch nicht determiniert, welcher Preisträger zu beauftragen ist und auch die Möglichkeit offen gelassen, dass gar kein Preisträger beauftragt wird.

Auch die von der Ag selbst gesetzten Vorgaben in der Wettbewerbsbekanntmachung sehen nichts anderes vor. Es wird ausdrücklich mitgeteilt, dass keine an den Wettbewerb anschließenden Folgeaufträge erteilt würden und dass die Entscheidung des Preisgerichts nicht bindend sei für die Ag. Es wird vielmehr mitgeteilt, dass die Ag beabsichtigt, der Empfehlung des Preisgerichts zu folgen und gemäß Ziffer 7.1 GRW die Leistungsphasen 2-9 zu beauftragen. In dieser Bestimmung ist – wie ausgeführt – gerade nicht verbindlich die Beauftragung eines der Preisträger vorgesehen. Die Aussage, dass der Empfehlung des Preisgerichts gefolgt werden soll, und die ebenfalls getroffene Aussage, dass für den Fall, wonach die Ag „aus wichtigen Gründen von der Beauftragung entsprechend der Empfehlung des Preisgerichts abweichen" wolle, Verhandlungen nach VOF § 5 Abs. 2 c) unter allen Preisträgern durchgeführt würden, stehen zwar in einem gewissen Widerspruch zum Verweis auf Ziffer 7.1 GRW, so dass die Gesamtregelung in sich nicht widerspruchsfrei ist. Sie macht aber im Ergebnis die Intention der Ag deutlich, vorrangig den ersten Preisträger beauftragen zu wollen. Dennoch liegt darin ebenso wenig eine abschließende Determination der nachfolgenden Auftragserteilung an den ersten Preisträger wie in Ziffer 7.1 GRW.

Eine definitive und abschließende Festlegung bereits in der Wettbewerbsbekanntmachung auf den ersten Preisträger und damit eine implizite Auftragsvergabe mit der Preisgerichtsentscheidung an diesen wäre im Übrigen auch nicht vergaberechtskonform, da die Befähigung, am Wettbewerb teilzunehmen, nicht gleichzusetzen ist mit der Befähigung, den Auftrag auch durchzuführen. Hier muss der öffentliche Auftraggeber bereits aus zwingenden Rechtsgründen des

§ 97 Abs. 4 GWB eine zunächst einmal ergebnisoffene Eignungsprüfung durchführen.

(2) Der am 17./18. Juni 2009 zwischen Ag und Bg abgeschlossene Vertrag steht der Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens nicht entgegen, da der Vertrag nichtig ist.

(a) Die Nichtigkeit ergibt sich aus § 13 S. 6 VgV. § 13 VgV gilt im vorliegenden Verfahren, da sowohl die Wettbewerbsbekanntmachung als auch der Beginn der konkreten Vertragsverhandlungen zwischen Ag und Bg vor dem 24. April 2009 lagen und damit gemäß § 131 Abs. 8 GWB die bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Vorschriften Anwendung finden. Auch geht es vorliegend nicht um die Preisgerichtsentscheidung als solche, die seitens der ASt angegriffen würde, sondern um den sich hieran anschließenden Auftrag für die weiteren Planungsleistungen. Ob § 13 VgV in Bezug auf Preisgerichtsentscheidungen überhaupt Anwendung finden kann, spielt hier daher keine Rolle (zu dieser Thematik OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. März 2004, Verg 4/04 mit einem Sachverhalt, in welchem die Arbeit des dortigen Antragstellers wegen verspäteten Eingangs durch das Preisgericht ausgeschlossen worden war). Vorliegend wäre es notwendig gewesen, die anderen Preisträger nach § 13 VgV dahin zu informieren, dass der Bg mit den weiteren Planungsleistungen beauftragt werden sollte.

(aa) Es findet vorliegend ein wettbewerbliches Verfahren zur Vergabe des öffentlichen Auftrags „Architektenleistungen zur Realisierung des Bauvorhabens Berliner Schloss/Humboldtforum“ statt, an dem die Preisträger teilnehmen. Zwar hat der eigentliche Architektenwettbewerb mit der Preisgerichtsentscheidung seinen Abschluss gefunden, nicht aber das sich anschließende Verfahren zur Vergabe der weiteren Planungsleistungen. Nach der Preisgerichtsentscheidung ist, wie dargelegt, der öffentliche Auftraggeber gehalten, eine Prüfung der Eignung der Preisträger vorzunehmen und eine Auswahl aus diesem Kreis für die Aufnahme von Verhandlungen über die Ausführung zu treffen. Des Weiteren müssen beide Seiten sich auch inhaltlich über die Vertrags-

gestaltung einig sein; auch wenn bei beiden Verhandlungspartnern sicherlich ein übereinstimmendes Interesse vorhanden ist, sich zu einigen, so bleibt es unabhängig von der Eignungsfrage eine denkbare Variante, dass Auftraggeber und Verhandlungspartner sich nicht über den Vertragsinhalt verständigen können und die Beauftragung letztlich scheitert.

Erst nachdem die Eignung eines Preisträgers positiv festgestellt wurde und des Weiteren die Vertragsverhandlungen auch inhaltlich zu einem positiven Abschluss geführt wurden, steht fest, wer aus Sicht des Auftraggebers den Durchführungsauftrag erhalten soll. Diese Entscheidung, die hier von der Ag zugunsten des Bg getroffen wurde, ist eine in einem Vergabeverfahren getroffene Entscheidung dahin, welchem Bieter der öffentliche Auftrag erteilt werden soll.

(bb) Die europarechtlichen Vorgaben machen es zwingend erforderlich, dass in Bezug auf alle Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers in einem Vergabeverfahren – und die Entscheidung, wer den Auftrag erhalten soll, stellt die zentrale Entscheidung dar – effizienter Rechtsschutz gewährleistet werden muss.

Die europäische Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG knüpft bereits in ihrer ursprünglichen wie unverändert auch in ihrer neuen Fassung vom 20. Dezember 2007 am Vorliegen eines Auftrags im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG an; es muss sichergestellt sein, dass „Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber" (...) „hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG fallenden Aufträge wirksam und vor allem möglichst rasch (...) nachgeprüft werden können" (Art. 1 Abs. 1 RMR, Fassung 20. Dezember 2007). Die ursprüngliche Fassung der Rechtsmittelrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten darauf, eine Nachprüfbarkeit von in den Anwendungsbereich der materiellen Vergaberichtlinien „fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge" sicherzustellen. Diese Vorgaben machen sehr deutlich, dass Anknüpfungspunkt der Rechtsmittelrichtlinie und ihrer Forderung

nach Rechtsschutz nicht die Person des Antragstellers ist. Anknüpfungspunkt ist vielmehr das Vergabeverfahren – alle Entscheidungen, die hier vom öffentlichen Auftraggeber getroffen werden, müssen der Überprüfung zugänglich sein.

Was die Person des Antragstellers und damit den Kreis der Zugangsberechtigten zum Nachprüfungsverfahren anbelangt, so macht Art. 1 Abs. 3 Rechtsmittelrichtlinie die ausschließliche Vorgabe, dass der Rechtsschutz „zumindest jeder Person (...), die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht", offen stehen muss. Der Rechtsschutz wird somit nicht auf Auftragsinteressenten beschränkt, die bereits Bieterstatus erlangt haben.

Es genügt aber nicht, dass überhaupt eine Rechtsschutzmöglichkeit vorhanden ist. Erforderlich ist vielmehr eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit im Sinne einer realistischen Chance des Wettbewerbsteilnehmers, den Rechtsschutz auch wirklich in Anspruch nehmen zu können. Eine derartige Chance besteht aber dann nicht, wenn er ohne vorherige Kenntnis hierüber mit einem abgeschlossenen Vertrag konfrontiert wird, der wiederum der Nachprüfbarkeit des Vergabeverfahrens entgegensteht. Genau diese Konstellation war ursächlich für die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen „Alcatel Austria", die bereits im Jahr 1999 erging (Urteil vom 28. Oktober 1999, Rs. C-81/98). Hier hat das Gericht gefordert, dass die Entscheidung eines Auftraggebers, mit welchem Bieter er einen Vertrag abzuschließen gedenkt, der Nachprüfung zugänglich gemacht werden muss, und zwar vor einen wirksamen Vertragsschluss. Völlig zu Recht –und hierauf ist für die vorliegenden Zusammenhänge ausdrücklich hinzuweisen- stellt das Gericht darauf ab, dass mit einem Bieter eines Vergabeverfahrens ein Vertrag abgeschlossen werden soll, nicht dagegen ist Anknüpfungspunkt oder gar Voraussetzung, dass der Antragsteller selbst Bieter sein muss. Dies ist auch konsequent in Umsetzung der oben skizzierten Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie, wonach gefordert wird,

dass Entscheidungen eines Auftraggebers in einem Vergabeverfahren für alle am Auftrag Interessierten der effektiven Überprüfung zugänglich gemacht werden müssen. Und die Rechtsschutzmöglichkeit, so der EuGH, ist eben nicht effektiv, wenn weitere bekannte Teilnehmer am Wettbewerb um den Auftrag nicht vor einem wirksamen Vertragsschluss informiert werden; eine abweichende nationale Regelung gewährleistet, so der EuGH, keinen effektiven Primärrechtsschutz im Sinne der Rechtsmittelrichtlinie mit der Folge eines Verstoßes gegen europäisches Gemeinschaftsrecht.

Diese Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs war kausal für den nationalen Normgeber, mit Wirkung zum 1. Februar 2001 die Bestimmung des § 13 VgV in die Vergabeverordnung aufzunehmen, um damit die Vorgaben über das 1999 eingeführte Nachprüfungsverfahren zu ergänzen und in diesem Sinne effektiven Rechtsschutz sowie letztendlich eine europarechtskonforme Rechtslage herbeizuführen (vgl. Begründung zu § 13 VgV, BR-Drs. 455/00, S. 18 f.).

(cc) Dieser europarechtliche Hintergrund macht deutlich, dass Bewerber sowie Preisträger eines Architektenwettbewerbs, um die es hier konkret geht, in den Schutzbereich des § 13 VgV einbezogen sind, auch wenn sie im Wortlaut der Vorschrift nicht ausdrücklich benannt sind. Dabei geht es nicht um eine angesichts der schwerwiegenden Nichtigkeitssanktion unzulässige extensive Auslegung der Bestimmung (so dagegen OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18. März 2008, 17 Verg 8/07), sondern ausschließlich um eine europarechtskonforme Anwendung. Es verhält sich vielmehr dahingehend, dass ein streng wortlautorientiertes Verständnis der Norm dahin, bloße Bewerber/Preisträger könnten einen solchen effizienten Rechtsschutz nicht für sich beanspruchen (so OLG Karlsruhe, a.a.O.), deren Europarechtswidrigkeit zur Folge hätte. Eine unter dem Aspekt des effizienten Rechtsschutzes adäquate und damit europarechtskonforme Alternative ist nämlich nicht erkennbar: Der Hinweis darauf, alle anderen Teilnehmer am Wettbewerb als „Bieter" in einem formalen Sinne seien nicht rechtlos

gestellt, da sie die Verletzung der „allgemeinen Informationspflicht" (welche, wenn § 13 VgV keine Anwendung findet?) rügen und im Wege des Nachprüfungsantrags gegen ihre Nichtberücksichtigung vorgehen könnten (so OLG Karlsruhe, a.a.O., sub II.1.a. der Begründung), erscheint weder in sich schlüssig noch beinhaltet der Vorschlag gegenüber der Anwendung von § 13 VgV ein europarechtskonformes Substitut. Es besteht ja gerade das Problem, dass der Wettbewerbsteilnehmer bei Nichtanwendung von § 13 VgV nicht notwendigerweise Kenntnis von den internen Vorgängen beim Auftraggeber hat, seine unterbliebene weitere Berücksichtigung somit u.U. gar nicht rügen kann und er dann durch den Vertragsschluss überrascht wird, der in Ermangelung der Anwendbarkeit von § 13 VgV wirksam wäre und einer Überprüfung durch die Vergabekammer entgegenstünde.

Hiergegen kann bezogen auf den konkreten Fall nicht eingewandt werden, die ASt habe bereits lange vor Vertragsschluss Kenntnis gehabt, dass mit dem Bg verhandelt wird und dass er beauftragt werden solle. Dies mag durchaus richtig sein; ebenso mag es zutreffen, dass im Regelfall der erste Preisträger eines Architektenwettbewerbs mit den weiteren Planungsleistungen beauftragt wird, wenn es eine entsprechende Empfehlung des Preisgerichts gibt. Dies ist offensichtlich auch vollumfänglich Konsens mit der ASt, die ja die Tatsache der Beauftragung des ersten Preisträgers als solche gar nicht beanstandet, folglich zeitlich vor der einschlägigen Presseberichterstattung auch keinen Anlass hatte, in irgendeiner Form zu intervenieren. Hieraus kann aber nicht der verallgemeinernde Schluss gezogen werden, es gäbe bei Architektenwettbewerben generell keinen Bedarf für die Anwendung von § 13 VgV, da das Procedere der weiteren Beauftragung nach Preisgerichtsentscheidung ohnehin allen Teilnehmern am Wettbewerb bekannt sei. Zu trennen sind hier die Fragen nach der materiellen Rechtmäßigkeit des Verfahrens – durfte allein mit dem ausgewählten Preisträger verhandelt und dieser beauftragt werden? – und der Anwendbarkeit von § 13 VgV. Der Ag kann nicht dahin gefolgt werden, dass § 13 VgV nicht greift, wenn die Nichtbeteiligung des ASt rechtmäßig war. Ganz

abgesehen davon, dass die Beauftragung des Bg nach Auffassung der Kammer nicht rechtmäßig war, ist die Anwendbarkeit von § 13 VgV nicht davon abhängig, ob das Vergabeverfahren ordnungsgemäß abgelaufen ist. Dies zu prüfen, ist Frage der materiellen Begründetheit eines Nachprüfungsantrags. Einen Bedarf für die Anwendung des § 13 VgV gibt es trotz einer möglicherweise regelmäßig gelebten Praxis, den ersten Preisträger zu beauftragen. Dies macht die Kontrollüberlegung deutlich, wenn vorliegend einer der dritten Preisträger beauftragt worden wäre; hier könnte einer der anderen dritten Preisträger durchaus Einwände vergaberechtlicher Art geltend machen. Der Auffassung der Ag folgend, wonach Preisträger nach Architektenwettbewerben nicht vorab gemäß § 13 VgV informiert werden müssen, würde hier genau die von § 13 VgV inkriminierte Folge eines überraschenden, wirksamen Vertragsschlusses eintreten.

Ein derartiges Ergebnis wäre nicht in Einklang mit der ratio legis des § 13 VgV zu bringen und würde für die vorliegenden Fallkonstellationen – noch keine Angebotsabgabe – ein Zurückfallen auf die Rechtslage vor der Alcatel Austria-Entscheidung anno 1999 und vor Einführung des § 13 VgV anno 2001 darstellen. Gerade derartigen den europarechtlichen Vorgaben entgegenstehenden Ergebnissen will § 13 VgV vorbeugen; eine Begrenzung seiner Anwendbarkeit auf Bieter nach Angebotsabgabe hätte für Fälle wie den vorliegenden die Europarechtswidrigkeit zur Folge, die seitens des Normgebers gerade behoben werden sollte. Zwecks Vermeidung eines Verstoßes gegen die zwingenden Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie bedarf es nach dem Grundsatz des gemeinschaftskonformen Verhaltens einer Anwendung von § 13 VgV generell auch auf Bewerber nach Teilnahmewettbewerb sowie konkret hier auf die Preisträger eines Architektenwettbewerbs.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die im Raum stehende Information der anderen Preisträger bzw. die Frage nach einer diesbezüglichen Pflicht der Ag durchaus bewusst gewesen sein muss, da der Bg ausweislich des Protokolls vom 9. März 2009 über eine Bespre-

chung am 25. Februar 2009, an welcher Bg und Ag teilgenommen haben, angeregt hatte, die anderen Preisträger nach § 13 VgV zu informieren.

Aus obigen Ausführungen ergibt sich, dass eine Information nach § 13 VgV an die ASt auch bei einer funktionalen Betrachtungsweise nicht mit der Preisgerichtsentscheidung erfolgt ist. Die Entscheidung des Preisgerichts enthält weder ausdrücklich noch implizit eine Aussage darüber, welcher Preisträger und ob ggfs. überhaupt ein Preisträger den Auftrag zur Ausführung erhalten soll.

(b) Die ASt sieht über § 13 S. 6 VgV hinaus den Nichtigkeitsgrund eines Verstoßes gegen die guten Sitten, § 138 BGB, infolge kollusiven Zusammenwirkens zwischen dem Bg und der Ag als gegeben an. Die Argumente, die seitens der ASt in diesem Zusammenhang angeführt werden, belegen nach Auffassung der Vergabekammer sehr deutlich, dass sich für die Ag das Thema der Eignung des Bg während des Verhandlungsverfahrens nachgerade aufdrängen musste. Ein kollusives Zusammenwirken, das die Sittenwidrigkeit des Vertragsschlusses zur Folge hätte, setzt aber voraus, dass beide Vertragspartner sittenwidrig handeln, also die Tatsachen, welche die Sittenwidrigkeit begründen, kennen oder sich ihrer Kenntnis grob fahrlässig verschließen (vgl. Palandt, 69. Auflage, § 138, RdNr. 40 m.w.N.). Vom Vorliegen dieser Voraussetzungen kann indes nicht ausgegangen werden:

Adressat des Vergaberechts ist der öffentliche Auftraggeber, nicht jedoch der private Vertragspartner. Der private Vertragspartner muss das Vergaberecht folglich nicht kennen. Selbst wenn der Bg vorliegend eine Konstruktion zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gesucht und letztendlich gewählt hat, die mit vergaberechtlichen Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen ist, so kann nicht unterstellt werden, dass dies in bewusster Umgehungsabsicht geschehen ist. Der Bg hat seine Überlegungen, wie er die vertraglichen Pflichten erfüllen könne, der Ag gegenüber von vornherein transparent gemacht und die Ag ausweislich der Vergabeakte in Form von Prüfaufträgen in seine Überlegungen mit eingebunden. Wie die juristischen

Prüfvermerke der Ag belegen, in welchen sie sich mit den Überlegungen des Bg auseinandersetzt, war auch die Ag bemüht, eine vergaberechtlich korrekte Lösung herbeizuführen, wenn auch die abschließende Einschätzung nicht durchgängig zu überzeugen vermag (so insbesondere der Vermerk vom 11. März 2009, der mit der Anregung endet, erst einmal mit dem Bg den Vertrag zu schließen, um dann im Wege einer zu genehmigenden Vertragsübernahme den Vertragspartner auszuwechseln). Von einem gegen die guten Sitten verstoßenden kollusiven Zusammenwirken kann indes nicht ausgegangen werden.

b. Die ASt beanstandet mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht die Tatsache als solche, dass mit dem Bg verhandelt wurde. Sie beanstandet dies vielmehr unter dem Gesichtspunkt, dass Zweifel an der Eignung bestünden. Presseberichte, wonach der Bg die in der Wettbewerbsbekanntmachung vorgesehenen Mindestanforderungen möglicherweise nicht erfüllt, datieren vom 29. Juni/1. Juli 2009. Es ist weder von der Ag vorgetragen noch anderweitig erkennbar, dass die ASt bereits zu einem früheren Zeitpunkt Kenntnis von Zweifeln am Vorliegen der Mindestvoraussetzungen gehabt hätte. Nach Kenntniserlangung über die Presseberichterstattung hat die ASt mit Schreiben vom 3. Juli 2009 sofort gerügt und damit ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB entsprochen.

c. Die ASt gehört als einer der Preisträger zum Kreis der potentiellen Verhandlungspartner, § 25 Abs. 9 VOF, Ziffer 7.1 GRW, womit ihre Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB zweifelsfrei gegeben ist.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, da die Ag es unterlassen hat, eine ordnungsgemäße Eignungsprüfung in Bezug auf den Bg durchzuführen. Sie hat damit gegen § 97 Abs. 4 GWB verstoßen, wonach öffentliche Aufträge nur an Unternehmen erteilt werden dürfen, deren Eignung positiv festgestellt wurde. Hierdurch wird die ASt, die als einer der dritten Preisträger eine realistische Option auf Beteiligung an Verhandlungen mit der Ag und damit auf Erhalt des Auftrags hatte, in ihren Rechten verletzt, § 114 Abs. 1 S. 1 GWB.

a. Unabhängig von der Frage, ob die Erfüllung der Mindestvoraussetzungen für die Teilnahme am Wettbewerb schon ausreichend sein kann, um gleichzeitig die Eignung für die Durchführung des Vorhabens zu bejahen (s. dazu unten sub b.), steht jedenfalls fest,

dass geeignet für die Ausführung des Auftrags nur sein kann, wer die Eignung zur Teilnahme am vorausgegangenen Wettbewerb besitzt. Die Mindestbedingungen für den Wettbewerb geben damit das Mindestmaß für die Eignung zur Ausführung des Auftrags vor, und zwar sowohl bezüglich der Leistungsfähigkeit als auch der Zuverlässigkeit. Der Feststellung, dass ein späterer Preisträger auch wirklich die Mindestvoraussetzungen für die Teilnahme am Wettbewerb erfüllt hat, kommt somit aufgrund der in § 25 Abs. 9 VOF, Ziffer 7.1 GRW gegebenen Zusammenhänge zwischen Wettbewerb und Folgeauftrag eine über den Preis als solchen hinausweisende Bedeutung für den Folgeauftrag zu.

In Ziffer 6.2 GRW ist konsequent vorgesehen, dass der Auslober unmittelbar nach Bekanntgabe des Wettbewerbsergebnisses zu prüfen hat, ob die Preisträger berechtigt waren, am Wettbewerb teilzunehmen. Andernfalls ist der Preis abzuerkennen. Folglich hätte die Ag hier prüfen müssen, ob der Bg im Zeitraum 2004 bis 2006 auch wirklich über die in der Bekanntmachung geforderte Mindestanzahl an Büroinhabern bzw. festangestellten Architekten verfügte; eine Prüfungspflicht in Bezug auf den Umsatz mit Planungsleistungen nach § 15 HOAI, Leistungsphasen 1-9, bestand indes nicht, da der Bg in seinem Bewerbungsbogen vom 18. Januar 2008 hier von vornherein unter der Mindestschwelle von 300.000.- Euro liegende Umsätze angegeben hatte. Beide Voraussetzungen standen in einem Alternativverhältnis, so dass ein kumuliertes Vorliegen nicht erforderlich war.

Eine Prüfung im Sinne von Ziffer 6.2 GRW ist jedoch nicht erfolgt. Die Ag hat sich nach eigener Aussage bei der Prüfung darauf beschränkt, zu kontrollieren, ob der Bewerbungsbogen des Bg vollständig und inhaltlich in Übereinstimmung mit den Vorgaben ausgefüllt war. Dies ist jedoch nicht die Prüfung, die in Ziffer 6.2 GRW gemeint ist. Eine rein formale Prüfung auf Vollständigkeit der Bewerbungsbögen und auf Übereinstimmung der gemachten Angaben mit den vom Auslober gesetzten Teilnahmevoraussetzungen erfolgt bereits bei der Prüfung, ob ein Teilnehmer überhaupt zum Wettbewerb zugelassen wird; sollte diese Prüfung ergeben, dass eine Vorgabe nach den vom Bewerber selbst gemachten Angaben nicht erfüllt wird, so findet er schon in diesem Stadium keine Berücksichtigung mehr. Es ist vertretbar, zur Reduzierung des Aufwands auf Ausloberseite und zur Reduzierung des Aufwands auf Teilnehmerseite für gewisse Nachweise die Eigenerklärung für die Teilnahme am Wettbewerb zunächst genügen zu

lassen und hierzu nur die formelle Prüfung durchzuführen, ob diese Eigenerklärung in der vorgegebenen Form vorliegt. Für die Preisträger und einen Schritt weiter für den potentiellen Auftragnehmer kann es jedoch bei der formellen Prüfung nicht mehr bleiben. Dann muss der materielle Inhalt der Eignungserklärung tatsächlich überprüft werden, und es müssen die entsprechenden Nachweise gefordert und erbracht werden. Wollte man Ziffer 6.2 GRW im Sinne der Ag interpretieren, so würde dies auf eine zweite Formalprüfung ohne eigenständigen Erkenntniswert hinauslaufen.

Richtigerweise kann die Prüfung im Sinne von Ziffer 6.2 GRW daher nur im Sinne einer Verifizierung der Angaben, die im Bewerberbogen gemacht wurden, verstanden werden; nur eine Überprüfung dahin, ob die Angaben des Wettbewerbsteilnehmers denn auch wahrheitsgemäß erfolgt sind, macht Sinn. Es stellt einen Anspruch aller übrigen Wettbewerbsteilnehmer und insbesondere auch der nachrangig platzierten Preisträger dar, dass der Auslober die Angaben eines Preisträgers auch überprüft; in dem Fall, dass eine preisgekrönte Arbeit wegen Nichterfüllung der Mindestteilnahmevoraussetzungen des Verfassers für die Teilnahme nicht berücksichtigt werden kann, rücken die übrigen Verfasser nach.

Diese Überprüfungspflicht wird in Ziffer 6.2 GRW an keine Bedingung geknüpft, sie gilt also in jedem Fall. In der Praxis dürfte die Überprüfung des Vorliegens der Teilnahmevoraussetzungen häufig keine Schwierigkeiten bereiten, da insbesondere größere Büros die im vorliegenden Verfahren tief gehängten Voraussetzungen erkennbar erfüllen werden. Es dürfte daher auch keinerlei Argwohn der ASt geweckt haben, dass eine diesbezügliche Nachfrage bei ihr nicht einging. Was aber konkret den Bg anbelangt, so kommt zu der ohnehin bestehenden Prüfungspflicht hinzu, dass von Anfang an durchaus und für die Ag erkennbar Anhaltspunkte vorhanden waren, die eine Erfüllung der Mindestvoraussetzungen nicht als selbstverständlich erscheinen ließen. Der Bg hat im Bewerberbogen einerseits sehr geringe Umsätze für die Jahre 2004 bis 2006 ausgewiesen, andererseits aber eingetragen, über vier bzw. fünf Büroinhaber/festangestellte Mitarbeiter zu verfügen. Es drängt sich die Frage auf, wie mit den geringen Umsätzen diese Mitarbeiterzahl finanziert werden konnte. In der „4.12 Verfassererklärung (2. Phase)", die der Bg am 21. September 2008 unterzeichnet hat, wird nur ein festangestellter Mitarbeiter benannt. Ausweislich der E-Mail vom 15. Juni 2009, die eine Rückfrage der Ag an den Bg wegen der in der Planungsgemeinschaft vorgesehenen Honoraraufteilung bein-

haltet, sind bei der Ag sogar bis zu diesem unmittelbar vor Vertragsschluss liegenden Zeitpunkt keine weiteren Mitarbeiter des Bg bekannt geworden. Angesichts einer Gesamtschau all dieser Umstände hätte die Ag auch ohne die bestehende Rechtspflicht nach Ziffer 6.2 GRW Aufklärung betreiben müssen, wie viele festangestellte Mitarbeiter der Bg denn im relevanten Zeitraum 2004 – 2006 hatte.

Diese Prüfung hat die Ag nachzuholen, indem sie sich geeignete Nachweise vorlegen lässt, welche die Anzahl der festangestellten Mitarbeiter zweifelsfrei belegen. In Frage kommen dürften hier insbesondere Nachweise über die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge. Das Ergebnis dieser Prüfung entfaltet Wirkung in doppelter Hinsicht, einmal über Ziffer 6.2 Abs. 1 S. 2 GRW für den Preis sowie des Weiteren im Rahmen des streitgegenständlichen Auftrags zur Durchführung des Vorhabens für Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit.

b. Eine korrekte Eignungsprüfung darf jedoch nicht bei der Verifizierung der Teilnahmevoraussetzungen nach Ziffer 6.2 GRW stehenbleiben. Nach § 25 Abs. 9 VOF ist vielmehr eine positive Feststellung dahin erforderlich, dass „mindestens einer der Preisträger eine einwandfreie Ausführung der zu übertragenden Aufgabe gewährleistet und sonstige wichtige Gründe der Beauftragung nicht entgegenstehen". Die Eignung für die Teilnahme am Wettbewerb, also die Erfüllung der Mindestteilnahmevoraussetzungen, ist mithin nicht gleichzusetzen mit der Eignung für die Durchführung des Vorhabens. Anders ausgedrückt, impliziert die Zulassung zum Wettbewerb (die vorliegend ohnehin noch zu überprüfen sein wird, s.o. sub a.) nicht automatisch die Eignung zur Durchführung. Andernfalls müsste ein Auftraggeber, um der Vorgabe des § 97 Abs. 4 GWB zu entsprechen, die Teilnahmevoraussetzungen für den Wettbewerb bereits mit Bezug zur Realisation abfassen und prüfen. Dies würde aber den Kreis der Wettbewerbsteilnehmer einengen und ist auch in der Sache nicht erforderlich, da es einen Automatismus Entscheidung des Preisgerichts – Beauftragung mit der Realisation eben gerade nicht gibt. Der Auftraggeber hat nach der Preisgerichtsentscheidung die Möglichkeit, die Eignung der Preisträger mit Bezugspunkt Realisation der Wettbewerbsaufgabe zu überprüfen. Dies ist aber nicht nur ein Recht des Auftraggebers, sondern gleichzeitig und gerade im vorliegenden Verfahren, wo die Teilnahmevoraussetzungen für den Wettbewerb angesichts der Größenordnung des Projektes erkennbar tief gesteckt waren, eine Pflicht.

Trotz der Größenordnung des Projektes „Wiederaufbau des Berliner Schlosses" ist die Entscheidung der Ag, sehr niedrige Teilnahmevoraussetzungen für den Wettbewerb aufzustellen, gerade vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Wertung des § 97 Abs. 3 GWB, wonach kleine und mittelständische Unternehmen ebenfalls berücksichtigt werden sollen, nicht zu beanstanden; auch die GRW fordern die Beteiligungsmöglichkeit für kleine und mittlere Architekturbüros ein. Die vom Ermessensspielraum der Ag gedeckte Entscheidung, den vorliegenden Wettbewerb für sehr kleine Büros zu öffnen, darf nun sicherlich auf der Stufe der Realisation der Wettbewerbsaufgabe nicht konterkariert werden, indem unter Hinweis auf die Dimension des Bauvorhabens einem sehr kleinen Büro generell und pauschal die Eignung, die diesbezüglichen Planungsleistungen durchzuführen, abgesprochen wird. Dies gilt –abgesehen von der soeben unter a. erörterten Problematik- auch für den Bg.

Dennoch kann die Ag die gesetzliche Vorgabe, wonach nur geeignete Unternehmen beauftragt werden dürfen, nicht aus den Angeln heben. Auch wenn kleinen Büros die generell-abstrakte Eignung zur Durchführung des Vorhabens zuzubilligen ist, muss davon die konkrete, auf das jeweilige Büro bezogene Eignungsprüfung getrennt werden. Eine solche hat vor Durchführung des Wettbewerbs nicht stattgefunden; sie war aber nun vor Aufnahme von Auftragsgesprächen erforderlich, eben um festzustellen, ob der Bg „eine einwandfreie Ausführung der zu übertragenden Leistung gewährleistet und sonstige wichtige Gründe der Beauftragung nicht entgegenstehen".

aa. Die Feststellungen, die die Ag ausweislich der Vergabeakte in bezug auf die Leistungsfähigkeit des Bg getroffen hat, rechtfertigen im Ergebnis nicht die seitens der Ag konkludent mit dem Vertragsschluss bejahte Eignung.

Die Ag geht davon aus, dass auch sehr große Büros, darunter das der ASt, angesichts der Dimension der Aufgabe nicht in der Lage wären, die weiteren Planungsleistungen allein zu bewältigen. Umso mehr Prüfungsbedarf war in Bezug auf das Büro des Bg gegeben, da dieses im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen nach seiner eigenen Angabe im Bewerberbogen und nach den Feststellungen der Ag noch unmittelbar vor Vertragsschluss (E-Mail vom 15. Juni 2009) aus zwei Personen -dem Bg selbst sowie einem weiteren Mitarbeiter - bestand. Der erste Schritt, der sich aus der Diskrepanz Dimension der Aufgabe - Bürogröße des Bg als erstem Preisträger ergeben

musste, war die Herstellung von Transparenz dahin, wie der Bg die Aufgabe abzuwickeln gedenkt. Eine Kenntnis hierüber ist Basis und zwingende Grundlage für eine ordnungsgemäße Eignungsprüfung; ob ein Verhandlungspartner die Gewähr für eine ordnungsgemäße Ausführung der Leistung bietet, kann nicht ohne Information darüber geprüft und entschieden werden, wie er den Auftrag abwickeln will.

Aus der Vergabeakte wird deutlich, dass die Ag hier auch tatsächlich von Anfang an den richtigen Weg beschritten hat und in die völlig zutreffende Richtung agiert hat. Sie hat versucht, Transparenz über das Konzept des Bg zu erlangen. Bereits zum ersten Arbeitsgespräch am 29./30. Januar 2009 verlangte die Ag dem Bg unter Tagesordnungspunkt 5 ab, seine Vorstellungen zur Projektorganisation (Personal, technische Büroausstattung etc.) darzulegen. Der Punkt taucht in der Tagesordnung für das Vertragsgespräch am 10. Februar 2009 erneut auf; es wird dort gebeten, die Mitarbeiter, die konkret im Projekt tätig werden sollen, als Darstellung im Organigramm mit Benennung der Zuständigkeitsbereiche anzugeben. Es seien Mitarbeiter mit bestimmten Qualifikationen zu benennen, die im Planungsteam vorhanden sein müssen; es gehe vor allem um in bestimmten Bereichen erfahrene Mitarbeiter. Am 13. März 2009 wurde der Bg ein weiteres Mal zu konkreten Angaben zu seiner Projektorganisation gebeten, da organisatorische, den Aufbau der Arbeitsebene des Bg mit dem avisierten Personaleinsatz betreffende Aspekte bislang nur unzureichend behandelt worden seien.

Ihrer generellen Besorgnis über den Planungsstand und die Projektorganisation des Bg gab die Ag am 17. April 2009 per E-Mail an den Bg unmissverständlich Ausdruck. Die Ag forderte wieder konkrete Aussagen dahin, mit welchen personellen Kapazitäten der Bg das Projekt betreuen werde, und bat erneut um Vorstellung des Projektteams. Es werden Zweifel artikuliert, ob der Bg eine große Zahl professioneller und überwiegend eingespielter Ingenieurbüros kurzfristig mit belastbaren Planungsunterlagen versorgen und deren Leistung über eine ausreichende Anzahl vor Ort präsenter Mitarbeiter koordiniert werden können. Auch wurde Befremden darüber geäußert, dass ein Gespräch mit den Kontaktarchitekten, um das die Ag gebeten hatte, von Seiten der Kontaktarchitekten mit Hinweis auf die Fertigstellung eines Wettbewerbs abgesagt wurde. Es wird auf die Bedeutung von Verlässlichkeit und

Disziplin, insbesondere des Architektenteams, hingewiesen; die notwendigen Kapazitäten seien im Projektteam offensichtlich nicht vorhanden.

Der Bg hatte in der Verfassererklärung vom 21. September 2008 (2. Phase des Wettbewerbs) versichert, mit einer Beauftragung zur weiteren Bearbeitung einverstanden und zur Durchführung der Aufgabe auch berechtigt und in der Lage zu sein. Demzufolge muss sich der Bg bereits zu diesem Zeitpunkt klar gewesen sein, wie er im Auftragsfall vorzugehen gedenkt, und es hätte ihm keine Probleme bereiten dürfen, auf erstes Anfordern der Ag seine Vorstellungen konkret darzulegen. Eine entsprechende Darlegung blieb der Bg jedoch, wie die wiederholten Rückfragen der Ag deutlich belegen, bis unmittelbar vor Abschluss des Vertrages am 17./18. Juni 2009 schuldig. Die Informationen, die der Bg am 16. Juni 2009 auf Nachfrage gegeben hat, führen nicht viel weiter. Auf entsprechende Anfrage der Ag nannte der Bg hier zwar eine weitere Person, die von seiner Seite in die Leistungserbringung eingebunden werden sollte. Hier wird jedoch nicht mehr als ihr Name mitgeteilt; ihre fachliche Qualifikation bleibt offen und insbesondere ungeprüft durch die Ag. Im Übrigen bleiben die Aussagen des Bg vage; er spricht davon, die Leistungen durch „voraussichtlich 5 Personen" erbringen zu wollen, von denen er „nach derzeitiger Planung" in Deutschland 2 bis 3 Mitarbeiter anstellen wolle. Ob tatsächlich 20 Planer für die Leistungen aus LP 5 einzuschalten seien, wie einmal angedacht, könne heute nicht verbindlich mitgeteilt werden. Auch ist ausweislich der am 10. Juni 2009 zwischen Ag und Bg ausgetauschten E-Mails die Frage der Fassadenrekonstruktion, der zentrale Bedeutung zukommt, nach wie vor offen.

Ganz offenbar hat die Ag die Probleme in Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Bg sehr richtig erkannt und auch ihm gegenüber problematisiert. Unverständlich bleibt aber, und hierin liegt der Vergaberechtsfehler, wieso dennoch der Vertrag abgeschlossen wurde, obwohl sich kein Anhaltspunkt findet, der die festgestellten Probleme der Leistungsfähigkeit in irgendeiner Form entkräftet, widerlegt oder eine neue Entwicklung erkennen lässt, die eine positive Einschätzung der Leistungsfähigkeit rechtfertigen würde. Es wird in der internen Mail der Ag vom 10. Juni 2009 lediglich darauf abgestellt, dass der Bg den Vertrag unabhängig von den ungeklärten Rekonstruktionsfragen unterschreiben „möchte". Dieser Wunsch des Bg stellt aber kein rechtfertigendes Moment dar, insbesondere vor dem Hintergrund nicht, dass die Re-

konstruktionsfragen – deren Klärung in seinen Verantwortungsbereich fällt – immer noch offen waren. Wenn die Ag sich nunmehr im Nachprüfungsverfahren darauf beruft, ein Kern an eigener Leistungsfähigkeit sei nicht erforderlich, so hat sie selbst im Vergabeverfahren deutlich gemacht, dass dies eben doch so ist – die Koordination eines solchen Großprojektes erfordert ein erhebliches Maß an eigener Leistungsfähigkeit, auch wenn das Oberlandesgericht Düsseldorf, auf das die Ag sich hier beruft, in einem völlig anderen Kontext den Satz hat fallen lassen, ein Kern an eigener Leistungsfähigkeit dürfe nicht gefordert werden (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juni 2006, Verg 18/06). Alle Feststellungen, die seitens der Ag getroffen wurden, sprechen gegen die Leistungsfähigkeit des Bg. Dies impliziert keine Aussage dahin, dass der Bg tatsächlich nicht geeignet ist; dies zu beurteilen, ist die Vergabekammer weder befugt noch in der Lage. Tatsache ist aber, dass nicht erkennbar ist, auf welcher Grundlage hier die Eignung des Bg angenommen wurde. Möglicherweise hat sich die Ag dadurch, dass sie nach der Preisgerichtsentscheidung nicht sofort eine vorgezogene und isolierte Eignungsprüfung durchgeführt hat, sondern das Eignungsthema parallel zu den inhaltlichen Vertragsverhandlungen betrieben und mit diesen verknüpft hat, selbst unter Zugzwang gesetzt. Das Verfahren hat so möglicherweise eine gewisse Eigendynamik entwickelt. Das ändert aber nichts daran, dass die Ag auf der Basis ihrer eigenen Feststellungen und der von ihr selbst von Anfang an als wichtig angesehenen Aspekte die Eignung des Bg nicht bejahen durfte. Eine gewisse Macht des Faktischen macht das Vergaberecht nicht disponibel.

bb. Was die Kompensation der fehlenden eigenen Leistungsfähigkeit des Bg durch Hinzuziehung der Partner in der Projektgemeinschaft anbelangt, so ist festzuhalten, dass der Bg natürlich befugt ist, Leistungsfähigkeit durch Dritte als Subunternehmer herzustellen. An der Eignung der beiden Partner der Projektgesellschaft, ein solches Projekt abzuwickeln, dürfte es keine Zweifel geben. Der Bg hätte diese Büros dann aber auch tatsächlich als Subunternehmer beiziehen müssen. Tatsächlich wurde hier aber eine Konstruktion gewählt, die mit einer Subunternehmerbeziehung nichts mehr gemein hat und im Ergebnis als vergaberechtswidrig zu qualifizieren ist. Es war nämlich schon vor Vertragsschluss klar, dass es nicht der Bg als Wettbewerbsgewinner und Vertragspartner sein würde, der hier die weiteren Planungsleistungen unter zulässiger Einbeziehung von Subunternehmern ausführen würde, sondern ein Dritter. Die Auswechslung des Vertragspartners nach Zuschlagserteilung stellt, was keiner

näheren Begründung bedarf, eine wesentliche Vertragsänderung dar, die nicht ohne ein erneutes Vergabeverfahren praktiziert werden darf. Ansonsten handelt es sich um eine gemäß § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB grundsätzlich nichtige De-facto-Vergabe. Daraus folgt, dass es ebenso wenig zulässig sein kann, wenn bereits vor Vertragsschluss deutlich wird, dass der –formale- Vertragspartner die Leistung aus welchen Gründen auch immer nicht selbst -ggfs. unter Hinzuziehung der benannten und geprüften Subunternehmer- erbringen wird, sondern ein Dritter. So verhält es sich hier:

Gegen eine Rolle der Projektgesellschaft als reine Subunternehmerin spricht bereits, dass die Partner des Bg aus der Projektgesellschaft ganz offensichtlich großen Einfluss auf den zwischen Ag und Bg abzuschließenden Architektenvertrag genommen haben. So wurde ausweislich der E-Mail von gmp vom 28. April 2009, mit der gmp sich direkt an die Ag wandte, der Ag mitgeteilt, dass die Partner der Projektgesellschaft ihre Anmerkungen zum Vertrag Ag – Bg derzeit zusammenstellen würden; konkret übermittelte gmp einen von den Anwälten von HSA entworfenen Vorschlag für Ziffer 8.6 des Vertrages mit der Bitte um Integration. Der Vorschlag findet sich in modifizierter Form im Vertrag wieder. Der Bg selbst machte mit E-Mail vom 10. Juni 2009 an die Ag deutlich, dass er seinerseits Einvernehmen bezüglich der Honorarvereinbarung und der Vertragsformulierung mit den anderen Planungspartnern gmp und HSA hergestellt hat, bevor er der Ag gegenüber sein Einverständnis erteilte. Er spricht davon, dass „von unserer Seite" – also gmp, HSA und Bg – keine weiteren Hindernisse zur Vertragsunterzeichnung bestünden. Auch entspricht es jedenfalls nicht einem üblichen Subunternehmerverhältnis, dass der Auftraggeber sich wie hier in Ziffer 8.6 des Vertrags mit dem Bg vorgesehen auch im Außenverhältnis an die interne Zuständigkeitsverteilung der Gesellschaft hält und unmittelbar mit den sog. Subunternehmern konferiert.

Der Vertrag wurde in der Folge dann zwar formal mit dem Bg abgeschlossen; in Ziffer 8.6 des Vertrags zwischen Ag und Bg wird ausdrücklich betont, dass es sich bei der Projektgesellschaft um eine reine Innengesellschaft handle, die gerade nicht Vertragspartner der Ag werde. Entgegen der Einschätzung der Ag in den juristischen Vermerken reicht es aber nach den soeben geschilderten Grundsätzen nicht aus, dass der Bieter formal Vertragspartner wird. Er muss die Leistung dann hinterher auch selbst -ggfs. mit den Subunternehmern, die er vorher für bestimmte Leistungsanteile

anzugeben hat und deren Eignung durch den Auftraggeber zu prüfen ist- ausführen; es ist unzulässig, wenn ein Dritter die Leistung erbringt. Hier war schon vor Vertragsschluss für die Ag klar, dass es tatsächlich die Projektgesellschaft „Franco Stella – Berliner Schloss – Humboldt-Forum Projektgemeinschaft GbR – Berlin" sein würde, die die Leistungen erbringt. Der Gesellschaftsvertrag hat der Ag zwar nicht vorgelegen, aber der Bg hat mit E-Mail vom 16. Juni 2009 mitgeteilt, dass Gesellschaftszweck die Erfüllung der Verpflichtungen des Bg aus dem Vertrag mit der Ag ist. Sämtliche „als Verantwortliche für die Erbringung der vertraglichen Leistungen" in Ziffer 8.1 des Vertrages benannten Personen gehören den beiden anderen Partnern der Projektgesellschaft an, der Bg stellt hier keine einzige verantwortliche Person. Dies gilt auch und insbesondere für die hier zentralen Leistungsphasen 2 bis 4 des § 15 HOAI, der Vorplanung, der Entwurfsplanung und der Genehmigungsplanung; der dort benannte Mitarbeiter eines der beiden Partner des Bg ist hier sogar als „Projektleiter" vorgesehen. Obwohl der Bg selbst Auftragnehmer der Ag ist, er also derjenige sein müsste, der über den Einsatz von Subunternehmern disponiert, wird –wie im Schriftsatz des Bg vom 1. September 2009 dargelegt- umgekehrt der Bg seinerseits durch die Projektgemeinschaft als Subunternehmer beauftragt. Die Auffassung von Ag und Bg, die Projektgesellschaft sei der Subunternehmer des Bg, vermag nicht zu überzeugen, da die gewählte Konstruktion weit über ein Subunternehmerverhältnis hinausgeht. In dieser Projektgesellschaft, deren Vertrag der Ag nicht vorliegt, der sich daher auch nicht in der Vergabeakte befindet und aus dem der Bg mit Schriftsatz vom 1. September 2009 erstmals zitiert, kommt dem Bg (ihm persönlich -so die Aussage des Bg in der mündlichen Verhandlung- oder einer „Franco Stella GmbH i.Gr." -so der Briefvordruck vom 10. und 12. Juni 2009?) bei Einstimmigkeitsprinzip lediglich eine Stimme zu. Ganz abgesehen von dem oben sub aa. abgehandelten Aspekt der fehlenden Transparenz darüber, welcher Gesellschafter für welchen Leistungsteil verantwortlich sein soll und diesen erbringt, nimmt der Bg hiernach nur noch eine untergeordnete Rolle ein. Sein Einfluss auf die Projektabwicklung ist nur noch sehr mittelbar, indem die Mitarbeiter von HSA und FS (wobei vor dem Hintergrund von Ziffer 8.1 des Vertrags nicht erkennbar ist, wo und wer seitens „FS" überhaupt tätig wird) laut Projektgemeinschaftsvertrag der fachlichen Weisung der Projektleitung unterliegen (die HSA innehat), die Projektleitung unterliegt wiederum der fachlichen Weisung der Gesellschafter, wobei der Bg die Federführung in architektonischen Fragen haben soll. Eine vertragliche Absicherung der architektonischen Fe-

derführung, die dem Bg danach zukommen soll, ist nicht erkennbar, so dass sich die Frage stellt, wie der Bg seine Federführung im Falle eines Dissenses mit den anderen Gesellschaftern durchsetzen könnte. Dass der Bg wenig Möglichkeiten hat, sich in der Projektgemeinschaft – anders, als dies in einer Beziehung Hauptauftragnehmer – Subunternehmer möglich wäre – durchzusetzen, macht auch das interne Schreiben der Ag vom 29. Mai 2009 deutlich, aus dem hervorgeht, dass der Bg als Auftragnehmer nicht in der Lage war, seine Vorstellungen über die Fassadenrekonstruktion und die Einbindung eines diesbezüglich von ihm gewünschten Unternehmens gegen die Partner in der Projektgesellschaft durchzusetzen. In einer Subunternehmerbeziehung hat der Auftragnehmer die Möglichkeit, die Subunternehmer zu steuern, wohingegen hier der Auftragnehmer durch die vermeintliche Subunternehmerin, die Projektgesellschaft, gesteuert wird.

Die Ag hätte diese gewählte Konstruktion nicht mit einem Vertragsschluss absegnen dürften. Diese Konstruktion bedingt nicht nur in einer Weise, die als zulässig anzusehen wäre, dass die Leistung mithilfe und unter Einschaltung Dritter, also mit Subunternehmern erbracht wird. Vorliegend geht es vielmehr um die komplette Delegation der Entscheidungsbefugnis vom Bg auf die Projektgesellschaft. Eine Delegation der Entscheidungsbefugnisse durch den Vertragspartner auf einen Dritten hat aber nichts mehr mit der Einschaltung von Subunternehmern zu tun, sondern läuft darauf hinaus, dass der Vertrag mit dem formalen Vertragspartner den Charakter eines Scheinvertrags erhält; eigentlich müsste der Vertrag mit dem Dritten abgeschlossen werden. Hieran sah sich die Ag jedoch aus den vergaberechtlichen Gründen, die in den juristischen Prüfvermerken der Vergabeakte niedergelegt sind, gehindert.

Unabhängig von der gewählten Konstruktion kommt vorliegend als Problem hinzu, dass nach den Feststellungen der Ag massive Zweifel an der Homogenität und an der Fähigkeit dieses Teams, auch wirklich zusammenarbeiten und die für den Projekterfolg notwendigen Planungs- und Koordinierungsleistungen erbringen zu können, bestanden. Die Leistungsfähigkeit des Teams, das noch nie zusammengearbeitet habe und das bereits jetzt erhebliche Meinungsverschiedenheiten erkennen lasse, wird mit E-Mail der Ag vom 30. März 2009 aus diesen Gründen ausdrücklich in Frage gestellt. Am 28. April 2009 wurde die Ag dann von gmp und den Anwälten von HSA um Aufnahme eines vorformulierten Passus in den Vertrag gebeten, der sich mit der

Tatsache befasst, dass der Bg zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten in Form einer Innengesellschaft mit eben den Kooperationspartnern zusammenarbeiten werde, deren Zusammenarbeit die Ag kurz zuvor als höchst problematisch angesehen hatte. Auch das interne Schreiben der Ag vom 29. Mai 2009 zeugt von erheblichen internen Meinungsverschiedenheiten in der Projektgesellschaft. Folglich ist nicht nur die Konstruktion der Projektgesellschaft als solche vergaberechtswidrig, sondern auch die Leistungsfähigkeit unter dem Aspekt einer erfolgversprechenden Zusammenarbeit problematisch.

c. Allein diese, vom Bg und seinen Partnern gewählte Konstruktion hätte Zweifel der Ag an der Leistungsfähigkeit des Bg wecken müssen bzw. –konkreter- die Ag hätte aufgrund der aus verschiedenen Gründen durchaus bei ihr vorhandenen Zweifel und Besorgnisse über die Eignung des Bg sowie des gesamten in der Gesellschaft zusammengeschlossenen Projektteams den Vertrag nicht mit dem Bg abschließen dürfen. Es ist ermessensfehlerhaft, dass die Ag angesichts dieser Gesamtlage nicht Alternativen zu einem Vertragsschluss mit dem Bg geprüft hat. Alternativen gab und gibt es durchaus. Ein Ermessensausfall liegt hier insbesondere auch in der fehlenden Auseinandersetzung mit der Problematik, dass es sich bei einer Vergabe nach § 25 Abs. 9 VOF um eine privilegierte Vergabe handelt, die keine erneute Eröffnung von Wettbewerb erforderlich macht. Diese Privilegierung gilt jedoch nur unter der Prämisse, dass auch wirklich einer der Preisträger mit den Folgeplanungen, insbesondere der hier zentralen Entwurfsplanung beauftragt wird. Diese privilegierte Vergabe wird konterkariert, wenn es eben nur formal einer der Preisträger ist, der beauftragt wird, in der Sache aber bei einer funktionalen Betrachtung wie hier Wettbewerbsteilnehmer die weiteren Planungen ausführen, die gerade keinen Preis erhalten haben, oder wenn ganz andere Architekten zum Zuge kommen, die gar nicht am Wettbewerb teilgenommen haben. Dies widerspricht dem Wettbewerbsgedanken und steht nicht in Einklang mit Art. 31 Nr. 3 der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG.

Die Vergabekammer darf und will sich im Rahmen dieser Ermessensausübung nicht an die Stelle der Ag setzen, aber aus Sicht der Vergabekammer hätte es im Sinne des Wettbewerbsgedankens nahe gelegen, nach positivem Abschluss einer Überprüfung der Teilnahmevoraussetzungen vorrangig mit allen Preisträgern zu verhandeln, um die aufgrund seiner Bürogröße fehlende Leistungsfähigkeit des ersten Preisträgers möglicherweise

aus dem Kreis der weiteren Preisträger kompensieren zu können. Die Ag hat diese Überlegung in der mündlichen Verhandlung zwar als abwegig angesehen; es sei schlechterdings nicht vorstellbar, dass z.B. die ASt als renommiertes Architekturbüro bereit sein könnte, den Entwurf des Bg umzusetzen. Es mag durchaus sein, dass diese Einschätzung der Ag zutreffend ist, und sicherlich ist es ohnehin keine optimale Lösung, wenn andere Büros einen Konkurrenzentwurf umsetzen. Ob die ASt zu einer solchen Lösung bereit wäre, obliegt aber der eigenen Einschätzung und Entscheidung der ASt. Diese kann nicht durch die Ag vorweggenommen werden. Eine andere Alternative wäre ein Vorgehen nach Ziffer 7.3.2 GRW, also die Nutzung des Entwurfs des Bg ohne weitere Beauftragung. Auch wenn das Gegenargument der Ag gegen diese Option, nämlich das der „Doppelzahlung", durchaus einleuchtet, so hätte die Variante jedenfalls auch erwogen werden können. Und letztendlich bleibt neben der Entscheidung für den Entwurf eines der dritten Preisträger die Variante, die ausweislich der Vergabeakte an mehreren Stellen auch seitens der Ag als Überlegung angestellt wurde, nämlich die architektonische Federführung durch den Bg und ein Verzicht auf eine privilegierte Vergabe nach § 25 Abs. 9 VOF, stattdessen Vergabe der Planungsleistungen in einem regulären Vergabeverfahren nach VOF.

Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag sich mit diesen Fragen auseinanderzusetzen und ihre Überlegungen transparent und nachvollziehbar zu dokumentieren. Der ASt ist darin zuzustimmen, dass vorliegend keine ordnungsgemäße Dokumentation erfolgt ist. Die Vergabeakte besteht weitgehend aus einem Konglomerat von E-Mails und genügt weder formal noch inhaltlich den Anforderungen, die § 18 VOF an einen ordnungsgemäßen Vergabevermerk stellt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Sätze 1 und 2, Abs. 4 GWB i.V.m. § 80 VwVfG.

Nach § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterlegen ist. Die ASt hat mit ihrem Antrag in vollem Umfang Erfolg. Die Ag sowie die Bg haben die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner zu tragen, da sie im Verfahren unterlegen sind (§ 128 Abs. 3 Sätze 1 und 2 GWB). Neben der Ag ist auch die Bg als unterliegende

Beteiligte anzusehen, da sie das Verfahren durch ihren Parteivortrag wesentlich gefördert und einen Antrag zur Hauptsache gestellt hat, der keinen Erfolg hatte (vgl. Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 13. August 2003, Verg 1/02, und vom 23. November 2004, VII-Verg 69/04 m.w.N.).

Die Ag und die Bg haben zudem die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt zu tragen (§ 128 Abs. 4 Sätze 2 und 3 GWB i.V.m. § 80 VwVfG). Die Bg kann dann an der Auslagenerstattung teilhaben, wenn dies der Billigkeit entspricht (§§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 analog; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Mai 2004, Verg 12/03 m.w.N.). Die entsprechenden Voraussetzungen sind hier erfüllt: Die ASt hat sich in einen ausdrücklichen, bewussten und gewollten Interessengegensatz zur Bg gestellt, indem sie deren Eignung in Zweifel gezogen hat. Die Bg hat sich durch schriftsätzliche und mündliche Äußerungen aktiv am Verfahren beteiligt. Da eine gesamtschuldnerische Haftung insoweit mangels gesetzlicher Anordnung nicht in Betracht kommt, haften die Ag und die Bg für die zu erstattenden Kosten nach Kopfteilen, also je zur Hälfte (analog § 159 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war angesichts der sich im Nachprüfungsverfahren stellenden schwierigen Rechtsfragen notwendig. Es ist nicht davon auszugehen, dass die ASt selbst über juristisch ausreichend geschultes Personal zur Bearbeitung dieser Rechtsfragen verfügt.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf – Vergabesenat –, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Brauer