



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 - 3/16

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Empfangsbevollmächtigter:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

Empfangsbevollmächtigter:

[...],

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Fischer im schriftlichen Verfahren am 1. Februar 2016 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im laufenden Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

**Gründe:**

**I.**

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...]. Die Antragstellerin (ASt) hatte sich mit einem Nachprüfungsantrag vom 28. Januar 2015 (VK 2 – 5/15) gegen die Aufhebungsentscheidung der Ag in Bezug auf diese ursprüngliche Ausschreibung gewandt. Sie nahm ihren ersten Nachprüfungsantrag jedoch zurück, nachdem die Ag die Aufhebungsgründe näher bezeichnet und ein neues, korrigiertes Vergabeverfahren angekündigt hatte. Die Ag machte ihrer Ankündigung folgend am 28. Mai 2015 erneut die Vergabe gemeinschaftsweit bekannt ([...]). In diesem zweiten Nachprüfungsverfahren wendet sich die ASt nunmehr gegen die von der Ag vorgenommene Wertung der Angebote.

1. Die den Bietern von der Ag zur Verfügung gestellte Bewertungsmatrix (Bl. 219f. d.A.) ist zunächst in Ausschluss- und Bewertungskriterien unterteilt. Letztere sollen je nach Erfüllungsgrad des Angebotes im jeweiligen Kriterium mit 0 bis 10 Punkte bewertet werden. Den möglichen Erfüllungsgrad hat die Ag in der Bewertungsmatrix mit

*„0 – ungenügend  
10 – sehr gut“*

ausgewiesen.

Weiterführende Angaben, Unterteilungen, Erläuterungen etc. für die dazwischen liegenden Werte finden sich in der Matrix selbst nicht.

Teilweise wird in der Bewertungsmatrix auf die Leistungsbeschreibung verwiesen; so rekuriert exemplarisch Bewertungskriterium 4.1 (Fahrzeug und Fahrgastzelle) auf Ziffer 2.1.1 der Leistungsbeschreibung und führt als weitere Unterkriterien auf:

*„4.1.1 Bedienerfreundlichkeit und Ausstattung,  
4.1.2 Sichtverhältnisse u. Ausstattung von Dach- u- Rückfenster  
4.1.3 Nebenantrieb (...)  
4.1.4 hydraulische Stabilisatoren (...)  
4.1.5 Winterkit (LB Ziffer 2.1.4)“*

Die in Bezug genommene Ziffer 2.1.1 der Leistungsbeschreibung enthält als Anforderung z.B. für die Sichtverhältnisse / Ausstattung der Fenster Folgendes:

*„Dach- und Rückfenster des Fahrerhauses sind für optimale Sichtverhältnisse in technisch maximal realisierbarer Größe auszuführen und mit entsprechend dimensionierten Wischern und Heizung zu versehen.“*

Die Bieter mussten die Übereinstimmung ihres Angebots mit den von der Ag aufgestellten technischen Forderungen in einer sog. Übereinstimmungserklärung bestätigen und dabei, soweit gefordert, auch eigene technische Angaben eintragen (z.B. Motorleistung und Wendekreis in Ziffer 2.1.1). Bezüglich der Ausstattung der Fenster ist dort ausgeführt:

*„Dach- und Rückfenster in technisch maximal ausführbarer Größe mit entsprechend dimensionierten Wischer(n) und Heizung*

ja                       nein

*Technische Ausführung (ggf. gesondertes Blatt):*

\_\_\_\_\_ “

Die ASt gab am 17. Juli 2015 ein Angebot ab.

Im Lauf des Vergabeverfahrens rügten mehrere Bieter die Forderung der Ag nach einem Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit über die Lieferung von mindestens zwei [...]. Die Ag modifizierte diese Forderung anlässlich der Rügen dahingehend, dass statt [...]. Diese Änderungen machte die Ag im Supplement des Amtsblatts der EU am [...] bekannt und gab zusätzlich allen bisherigen Bietern Gelegenheit, neue Angebote einzureichen bzw. die bereits eingereichten Angebote zu bestätigen. Die Beigeladene (Bg) gab daraufhin ein neues Angebot ab, die ASt bestätigte lediglich den Fortbestand ihres Angebots gegenüber der Ag.

Die Ag teilte der ASt mit Schreiben vom 5. Januar 2016 gem. § 101a GWB mit, dass deren Angebot nicht berücksichtigt werden solle. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen, weil dieses das bessere Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweise und somit wirtschaftlicher sei.

Die ASt rügte die Wertungsentscheidung zugunsten der Bg gegenüber der Ag mit Schreiben vom 11. Januar 2016.

Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 14. Januar 2016 ab, der Rüge zu entsprechen. Das Angebot der ASt habe sich unter Zugrundelegung der bekannt gegebenen Matrix, der darin angelegten Bewertung unterschiedlicher Erfüllungsgrade und damit unterschiedlicher gradueller Bepunktung nicht als das wirtschaftlichste erwiesen. Anders als die ASt vermute, habe die Ag auch nicht zugunsten der Bg nachträglich Nebenangebote oder Nachverhandlungen zugelassen. Den Bietern sei lediglich gleichförmig die Möglichkeit eingeräumt worden, nach der Neubekanntmachung vom 4. September 2015 neue Angebote einzureichen.

2. Mit einem am 15. Januar 2016 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen hat die Kammer der Ag am gleichen Tag übermittelt.

a) Die ASt trägt vor, dass die Wertung der Angebote nicht vergaberechtskonform vorgenommen worden sei.

Die Ag habe es unterlassen, das im § 101a GWB-Schreiben erwähnte Kosten-/Nutzen-Verhältnis als Vergabekriterium bekannt zu geben. In der stattdessen vorgesehenen Bewertungsmatrix sei von der Ag an keinem Punkt auf dieses Verhältnis bzw. die Beschaffungskosten eingegangen worden.

Da die Bg über keine deutsche Niederlassung mit entsprechendem Servicenetzwerk verfüge, was in Punkt 2 der Bewertungsmatrix (technische logistische Leistungsfähigkeit) auch bewertet werden sollte, sei unverständlich, weshalb sie den Zuschlag erhalten solle. Da ASt und Bg beide dasselbe Großserienchassis angeboten hätten, dürften sich die Angebote in technischer Hinsicht eigentlich nicht unterscheiden. Angesichts der logistischen Vorteile der ASt und der im Übrigen von ihr vollständig erfüllten Punkte der Übereinstimmungserklärung bzw. Bewertungsmatrix sei zu vermuten, dass die Bewertung nicht korrekt erfolgt sei bzw. dass der Bg von der Ag die Nachreichung eines verbesserten Angebotes oder eines unzulässigen Nebenangebots ermöglicht worden sei.

Die ASt beantragt,

die Nachprüfung des Vergabeverfahrens.

- b) Mit Beschluss vom 18. Januar 2016 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Sie hat sich nicht aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt.
- c) Mit rechtlichem Hinweis vom 25. Januar 2016 teilte die Kammer den Verfahrensbeteiligten ihre vorläufige Einschätzung nach Lage der Akten mit. Nach Ansicht der Kammer seien die von der Ag aufgestellten Bewertungskriterien intransparent. Ein Bieter müsse im Zeitpunkt der Angebotserstellung durch Bekanntgabe entsprechender Vorgaben erkennen können, was er anbieten müsse, um etwa 10 Punkte zu erhalten. Anderenfalls sei es – auch für die Nachprüfungsinstanzen – nicht nachvollziehbar, welche graduelle Abweichung vom (diesbezüglichen) Bestbieter oder von der Idealvorstellung der Ag mit welchem Punktabzug belegt werden solle. Es müsse somit von vornherein klar sein und transparent gemacht werden, was bei der späteren Bewertung als optimal angesehen werde und was eben nicht. Die Unterlassung dieser Angaben im vorliegenden Vergabeverfahren führe im Ergebnis dazu, dass eine optimale Ausrichtung der Angebote seitens der Bieter nicht möglich gewesen sei.
- d) Die Ag schloss sich mit Schriftsatz vom 28. Januar 2016 der Rechtsauffassung der Kammer an und bat unter Verzicht auf die mündliche Verhandlung um eine Entscheidung in der Sache. Auch die ASt und die Bg verzichteten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Aufgrund des Verzichts aller Verfahrensbeteiligten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergeht die Entscheidung im schriftlichen Verfahren nach Lage der Akten, § 112 Abs. 1 S. 3 GWB. Im Übrigen wird Bezug genommen auf die Verfahrensakte, die gewechselten Schriftsätze und die der Kammer von der Ag zur Verfügung gestellten Vergabeakten.

## II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Auftrag bezieht, der dem Bund zuzurechnen ist und dessen Auftragswert oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts liegt.
- b) Die ASt ist auch antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat sich am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebots beteiligt und macht geltend, durch die vergaberechtswidrige Bewertung ihres Angebots in ihren Rechten verletzt worden zu sein.
- c) Eine Rüge wurde von der ASt am 11. Januar 2016 angebracht. Zwar hat die ASt in dieser nicht von sich aus die Intransparenz des Bewertungssystems an solches gerügt, sondern vielmehr die Rechtmäßigkeit der Bewertung der Angebote in Frage gestellt. Die ASt musste dies jedoch auch nicht tun, weil der zugrundeliegende Verstoß – zumal für ein anwaltlich nicht beratenes Unternehmen wie die ASt – als nicht erkennbar im Rechtssinne (§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB) einzuordnen ist. Denn Bewertungsmatrizes wie die vorliegende sind weithin verbreitet (so ausdrücklich OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.12.2015, VII-Verg 25/15, Beschlussumdruck S. 11) und bislang von den Vergabenachprüfungsinstanzen unter dem Blickwinkel des Beurteilungsspielraums des öffentlichen Auftraggebers für zulässig erachtet wurden, so dass sich der ASt kein diesbezüglicher Verstoß aufdrängen musste. Mangels Präklusion der ASt konnte die Problematik der mangelnden Transparenz im Wege der Amtsermittlung in das Vergabenachprüfungsverfahren eingeführt werden.
- d) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag auch innerhalb der Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB) gestellt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Die von der Ag bekannt gegebenen Bewertungskriterien verstoßen gegen § 97 Abs. 7 GWB, § 19 EG Abs. 8 VOL/A (in Verbindung mit § 9 EG Abs. 1 und 2 VOL/A) sowie gegen das Gleichbehandlungsgebot (§ 97 Abs. 2 GWB).

- a) Die Vergabeunterlagen des streitgegenständlichen Verfahrens vermitteln Bieter keine zuverlässigen Informationen darüber, wie und vor allem mit welcher Punktzahl die Angebote hinsichtlich der in der Bewertungsmatrix aufgestellten Anforderungen bewertet werden sollen. Ebenso wenig hat die Ag den Bietern bekannt gegeben, worauf es ihr bei der Bewertung im Einzelnen ankommen wird. Bei dieser Ausgangslage konnten die Bieter daher ihre Angebote nicht optimal ausrichten, es fehlt an der Herstellung der erforderlichen Vorabtransparenz über den Erwartungshorizont der Ag (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16. Dezember 2015 – VII-Verg 25/15; Beschl. v. 21. Oktober 2015 – VII-Verg 28/14, Beschl. v. 9. April 2014, VII-Verg 36/13).

Die Ag hat es insbesondere versäumt, den von ihr ausgewiesenen Erfüllungsgrad ausreichend zu definieren und weiter auszudifferenzieren. Die (Punkt-)Angabe „0 – ungenügend; 10 – sehr gut“ lässt die Bieter zunächst im Unklaren, unter welchen Voraussetzungen die Ag das Angebot bei der Wertung als ungenügend oder sehr gut ansehen werden wird. Des Weiteren fehlt jegliche Aussage über die dazwischenliegenden Punktwerte, denn ausweislich der Wertung sollte es nicht bei der Vergabe von 0 oder 10 Punkten bleiben, sondern durchaus differenziert werden. Zwar verfügt ein öffentlicher Auftraggeber unstreitig über einen eigenen Beurteilungsspielraum. Er darf ihn sich jedoch nicht so weit offenhalten, dass er die Bieter völlig im Unklaren darüber lässt, auf welche konkreten Parameter er Wert legt. Die Bieter hätten zumindest eines gewissen Anhaltspunktes bedurft, in welchem Fall es wie viele Punkte geben sollte.

- b) Dieser Transparenzmangel wird auch nicht durch die sonstigen Angaben in den Vergabeunterlagen kompensiert. Zwar verweist die Bewertungsmatrix z.T. auf die Leistungsbeschreibung; so nimmt etwa Bewertungskriterium 4.1 (Fahrzeug und Fahrgastzelle) auf Ziffer 2.1.1 der Leistungsbeschreibung in Bezug. Aber auch dort heißt es für das Unterkriterium 4.1.2 (Sichtverhältnisse / Ausstattung der Fenster) nur:

*„Dach- und Rückfenster des Fahrerhauses sind für optimale Sichtverhältnisse in technisch maximal realisierbarer Größe auszuführen und mit entsprechend dimensionierten Wischern und Heizung zu versehen.“*

Was als „optimale Sichtverhältnisse“ oder „technisch maximal realisierbar“, d.h. im Sinne des Erfüllungsgrades als „sehr gut“ und damit mit 10 Punkten zu bewertende Fenstergröße anzusehen ist, ergibt sich daraus nicht. Ebenso wenig, wie viele Punkte die Ag bei einer Abweichung von diesem fiktiven Optimum im Einzelfall abziehen wird. Die von den Bietern auszufüllende Übereinstimmungserklärung ist diesbezüglich ebenfalls unergiebig, da der Bieter auf die entsprechende (technische) Forderung nur „ja“ oder „nein“ ankreuzen kann, aber im Übrigen von der Ag nur allgemein zu „technischen Ausführungen“ aufgefordert wird.

Vergleichbare Intransparenz-Konstellationen liegen zumindest auch bei den Lieferterminen (Bewertungskriterium 2.3), der Ersatzteilversorgung (2.5, Verfügbarkeit), dem Service (2.6, Rufbereitschaft und Kosten), der Mobilität (3.3; Wendekreis und Bodenfreiheit) und den Pumpen bei Systemausfall (4.2.6) vor.

Das Wertungssystem der Vergabestelle lässt somit objektiv Raum für Manipulationen und Willkür bei der Bewertung der Angebote und verstößt damit auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, ohne dass die Kammer den Vorwurf erheben würde, dass bei der Bewertung dieser Raum tatsächlich auch genutzt und die ASt diskriminierend bewertet worden wäre. Zur Vermeidung schon des Anscheins einer Ungleichbehandlung und zur Ermöglichung der Nachprüfbarkeit des Wertungsvorganges der Ag müssen jedoch konkrete Bewertungsmaßstäbe für die einzelnen Forderungen in die Vergabeunterlagen aufgenommen werden.

- c) Dies kann die Ag z.B. durch die Vorgabe des Optimums und konkreten Punktzahlen bei Abweichungen „nach unten“ (ggf. definiert durch Spannbreiten) transparent bekannt machen. Soweit der Ag mangels eigener Marktkenntnis die technischen Möglichkeiten der Wirtschaftsteilnehmer verschlossen sind, kann sie auch ihre Mindestanforderungen mit entsprechenden mittleren Punktzahlen versehen und eine Überfüllung durch – freilich ebenfalls der Höhe nach bekannt zu gebenden – Zusatzpunkte goutieren, um ein ggf. bestehendes Optimierungspotential beim späteren Wertungsvorgang noch berücksichtigen zu können.
- d) Die Zuschlagsaussichten der ASt sind durch den festgestellten Vergaberechtsverstoß nicht ausschließbar vermindert worden. Bei verständiger Würdigung ihres Vortrags geht sie von einer vollständigen Erfüllung ihres Angebots



in technischer Hinsicht aufgrund ihrer Angaben in der Übereinstimmungserklärung aus, so dass ihr Angebot auch – aus ihrer Sicht – optimal bewertet werden müsste. Dass bei der Bewertung indes noch „Luft nach oben“ gewesen wäre und eine Übererfüllung, z.B. beim geforderten Wendekreises von maximal 16 m durch entsprechend niedrige Angaben und damit eine bessere Bepunktung im Vergleich zu den Wettbewerben möglich gewesen wäre, war ihr offenbar nicht bewusst. Es ist daher nicht auszuschließen, dass ihr die Abgabe eines wirtschaftlicheren Angebots bei Angabe transparenter Bewertungskriterien seitens der Ag möglich gewesen wäre bzw. nach Korrektur des Vergabeverfahrens möglich sein wird.

- e) Aufgrund der Korrekturbedürftigkeit der Vergabeunterlagen kommt es auf die von der ASt aufgeworfene Frage, ob die Bewertung ihres Angebots durch die Ag vergaberechtskonform war, nicht mehr an.

Der festgestellte Verstoß gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot erfordert ein Untersagen des Zuschlags durch die Kammer. Die Ag kann einen Zuschlag nur vornehmen, wenn sie zuvor das Vergabeverfahren in den Stand vor Übersenden der zu berichtigenden Vergabeunterlagen zurückversetzt und die Bieter nach konkreter Bekanntgabe ihres Erwartungshorizonts bei der Bewertung erneut zur Angebotsabgabe auffordert.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB.

Die Ag hat als Unterliegende die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu tragen. Insoweit hat die Ag auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

Die Bg ist schon deshalb nicht an der Kostentragung zu beteiligen, weil sie sich nicht aktiv am Verfahren beteiligt und somit auch kein Kostenrisiko auf sich genommen hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12; Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05).

#### 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 Beschwerdebeurteilung 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

Zeise