Bundeskartellamt

1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 60/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

gegen

[…]

- Antragsgegnerin -

[…]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Gutachten […]“, Bekanntmachungs-Nr.: […], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch die stellvertretende Vorsitzende Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Adamczak auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juli 2016 am 9. September 2016 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Im Falle fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzuversetzen, die Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten und den Bietern erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

Mit Auftragsbekanntmachung vom […], abgesandt am […], schrieb die Antragsgegnerin (Ag) im offenen Verfahren die Vergabe „Gutachten […]“ europaweit aus.

Unter den Ziffern III.2.1) bis III.2.3) der Bekanntmachung verwies die Ag zu den entsprechenden Eignungsanforderungen auf die Vergabeunterlagen („Nähere Informationen hierzu finden Sie in der Leistungsbeschreibung.“). In der den Bietern zur Verfügung gestellten Leistungsbeschreibung wurden unter Ziffer III. „Fachliche Anforderungen“ benannt, und zwar neben einer allgemeinen Unternehmensdarstellung Anforderungen an Fachkunde (Erfahrungen, Fachkenntnisse und Referenzen) sowie Personalressourcen. Daneben enthielten die Vergabeunterlagen eine tabellarische Auflistung entsprechender Eignungskriterien.

Zu den Zuschlagskriterien war unter Ziffer V. („Wertungs- und Zuschlagskriterien“) der Leistungsbeschreibung Folgendes ausgeführt:

> *„Die eingereichten Angebote werden auf der Grundlage der folgenden Kriterien (und der in Klammern angegebenen Gewichtungen) bewertet:*
>
> *1. schlüssiges Personalkonzept zur Bewältigung der Aufgabe (15%)*
>
> *2. Qualität des Konzepts der Leistungserbringung (insgesamt 55%)*
>
> *a) Vollständigkeit, Plausibilität und Konsistenz des Konzepts (25%)*
>
> *b) Vorgehensweise (Methodik und Instrumente) (25%)*
>
> *c) realistischer Arbeits-, Zeit- und Ressourcenplan (5%)*
>
> *In der Projektskizze soll dargelegt werden, wie der Bieter den Auftrag im Falle der Zuschlagserteilung praktisch umsetzen würde. Insbesondere soll aufgezeigt werden, wie die oben beschriebenen Aufgaben erfüllt werden, die geplante Vorgehensweise und der Methodeneinsatz. Hier soll auch die geplante Zusammenarbeit und Abstimmung mit* […] *dargestellt werden.*
>
> *3. Preisangebot (30%)*

Im Angebot sind bei der Darstellung der Kostenstrukturen mindestens die folgenden Kostenstellen getrennt aufzuführen: Personalkosten (inkl. Angaben von Personenmonaten und/oder Tagessätzen; [...]), Sachkosten, Reisekosten und ggf. Veranstaltungskosten. [...]

Der Zuschlag wird auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot erteilt; der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend (§ 127 GWB, § 58 VgV).“

Des Weiteren enthielten die Vergabeunterlagen eine tabellarische Aufstellung dieser Kriterien und Unterkriterien sowie deren Gewichtungen.

Die Antragstellerin (ASt) erfuhr von dem Vergabeverfahren am Rande einer Veranstaltung und bat die Ag telefonisch um Übersendung der Vergabeunterlagen, die sie daraufhin erhielt. Ihr Angebot reichte die ASt vor Ablauf der Angebotsfrist per E-Mail und im Nachgang per Post ein. Zuvor hatte sich die ASt von der Ag bestätigen lassen, dass sie das Angebot abweichend von dem eigentlich vorgesehenen Einreichungsweg (Hochladen über die e-vergabe-Plattform) einreichen dürfe. Auch die Beigeladene (Bg) gab ein Angebot ab. Sie nutzte dazu wie vorgesehen die e-vergabe-Plattform.

Mit Schreiben vom 20. Juni 2016 informierte die Ag die ASt, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. In dem Schreiben enthalten war eine tabellarische Darstellung der Angebotswertung (Bewertungsmatrix), in der die Zuschlagskriterien wie folgt aufgeführt waren:

Zuschlagskriterien	Gewichtungs-faktor	
1. Preis	30%	
a) Gesamthöhe	60%	
b) Angemessene Preiskalkulation im Verhältnis zum Aufwand	40%	
2. Konzept der Leistungsbeschreibung	55%	
a) Vollständigkeit, Plausibilität und Konsistenz des Evaluierungskonzepts	25%	
b) Vorgehensweise (Evaluationsmethoden und -instrumente)	25%	
c) realistischer Zeit-, Arbeits- und Ressourcenplan	5%	
3. Personalkonzept	15%	
Gesamtbewertung	100%	

Des Weiteren war der Bewertungsmatrix zu entnehmen, dass für jedes Kriterium ein Punktwert zwischen 0 und 5 Punkten vergeben wurde, der anschließend gewichtet wurde.

Mit E-Mail ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 23. Juni 2016 rügte die ASt die beabsichtigte Vergabeentscheidung. Insbesondere enthalte die der Angebotswertung nach Schreiben vom 20. Juni 2016 zugrundeliegende Wertungsmatrix Unterkriterien, die den Bietern vor Angebotsabgabe nicht bekanntgegeben worden seien; gleiches gelte für den verwandten Punkteschlüssel (0-5 Punkte). Auch seien die Wertungsmaßstäbe zu unbestimmt. Mit E-Mail ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 29. Juni 2016 rügte die ASt zudem, dass in der Bekanntmachung unter den Ziffern III.2.1) bis III.2.3) keine Anforderungen oder Kriterien in Bezug auf die Eignung der Bieter bekanntgegeben worden seien; in die Bekanntmachung habe man erst jetzt Einblick genommen. Mit E-Mail vom 29. Juni 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass sie den Rügen nicht abhelfe.

Mit Schreiben vom 30. Juni 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am selben Tag übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend, dass das Vergabeverfahren an Fehlern leide, die zumindest zu einer Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe führen würden.

Zum einen habe die Ag bei der Angebotswertung Unterkriterien verwendet, die sie den Bietern nicht vor Angebotsabgabe bekanntgegeben habe. So habe die Ag nicht mitgeteilt, dass das Preiskriterium weiter in die Unterkriterien „Gesamthöhe“ und „angemessene Preiskalkulation im Verhältnis zum Aufwand“ mit den Gewichtungen 60:40 untergliedert würde. Darüber hinaus sei nirgends dargelegt, was die Ag unter einer „angemessenen Preiskalkulation“ verstehe. Auch sei zuvor nicht bekanntgegeben worden, dass für die Bewertung ein Punkteschlüssel von 0-5 Punkten herangezogen werde und wie insoweit die Punktevergabe erfolge. Ebenso wenig sei in Bezug auf das Kriterium „Konzept der Leistungsbeschreibung“ bzw. dessen Unterkriterien sowie auf das Kriterium „Personalkonzept“ der Punkteschlüssel von 0-5 Punkten vorher bekanntgegeben worden. Im Übrigen bleibe völlig unklar, für welchen Konzeptinhalt nach welchen Maßstäben welche Punktzahlen erreicht würden, was unzulässigerweise Raum für objektiv willkürliche Bewertungen lasse. Ferner sei unklar, was mit den im Schreiben vom

20. Juni 2016 genannten Begriffen „Evaluierungskonzept“ und „Evaluationsmethoden“ gemeint sei, die hier erstmalig erwähnt worden seien.

Zum anderen sei die Auftragsbekanntmachung fehlerhaft. Insbesondere enthalte sie keine Eignungsanforderungen an die Bieter, so dass der Ag keinerlei rechtskonforme Möglichkeit zur Verfügung stehe, die Eignung der Bieter festzustellen. Die erstmalige Bekanntgabe von Eignungsanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen sei unzulässig. Des Weiteren liege ein Vergaberechtsverstoß vor, indem der Zugang zu den Vergabeunterlagen laut Hinweis in der Bekanntmachung entgegen § 9 Abs. 3 VgV nur mit Registrierung auf der e-vergabe-Plattform möglich gewesen sei. Darüber hinaus habe der für die Angebotsabgabe erforderliche Registrierungsprozess zeitliche Unsicherheiten im Hinblick auf den für die Angebotserstellung letztlich zur Verfügung stehenden Zeitraum mit sich gebracht, so dass einige andere zur Zusammenarbeit mit der ASt bereite Partner von einer Beteiligung im Team der ASt abgesehen hätten. Zu weiterer Verunsicherung führe die letztlich unzutreffende Nennung der VOL/A-EG in den Vergabeunterlagen, die noch gar keine Pflicht zur e-Vergabe oder zur elektronischen Angebotsabgabe vorgesehen habe.

Im Übrigen habe die Akteneinsicht in die Vergabeakte ergeben, dass die Ag ihre Pflicht zur fortlaufenden Dokumentation des Vergabeverfahrens mehrfach verletzt habe. Des Weiteren weise die Dokumentation zahlreiche inhaltliche Mängel auf, indem bestimmte Punkte überhaupt nicht dokumentiert seien.

Der Antrag sei auch nicht unzulässig. Insbesondere fehle es hinsichtlich der Vergabeverstöße, die sich aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen ergäben, an der für eine frühere Rüge erforderlichen Erkennbarkeit. Bei den Mitgliedern der antragstellenden Bietergemeinschaft handele es sich jeweils um Unternehmen mit einer geringen Mitarbeiterzahl, die weder über eine Rechtsabteilung noch über einen Vergabepraktiker verfügten. Die ASt habe hinsichtlich der Beteiligung an der Vergabe öffentlicher Aufträge so gut wie keine Erfahrung. Die angeführten Referenzprojekte hätten die jeweiligen Bietergemeinschaftsmitglieder der ASt nicht im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung erhalten. Die an der ASt beteiligte Rechtsanwaltskanzlei verfüge über keine praktischen Erfahrungen oder spezifischen Kenntnisse im Vergaberecht. Da die ASt in der Sache eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe begehre, könne die Platzierung ihres derzeitigen Angebots ihre Antragsbefugnis nicht beeinträchtigen.

Die ASt beantragt:

1. Der Ag wird nach näherer Maßgabe der Vergabekammer untersagt, den Zuschlag auf das Angebot des beabsichtigten Zuschlagsbieters (der Bg) zu erteilen. Die Ag wird nach näherer Maßgabe der Vergabekammer dazu verpflichtet, das Vergabeverfahren in einen früheren Zustand zurückzuversetzen.
2. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakte der Ag gewährt.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.
4. Der Ag werden die Kosten des Verfahrens auferlegt; dies einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt.

Die Ag beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig. Der ASt fehle zum einen die Antragsbefugnis, da ihr Angebot qualitativ und preislich weit abgeschlagen platziert sei und bereits deshalb keine Chance auf Zuschlagserteilung habe. Es sei nicht anzunehmen, dass die ASt bei vorheriger Kenntnis der gerügten Unterkriterien in der Lage gewesen wäre bzw. künftig in der Lage sei, ihr Angebot so zu kalkulieren, dass es einerseits auskömmlich und andererseits konkurrenzfähig sei. Zum anderen sei die ASt hinsichtlich der geltend gemachten Vergaberechtsverstöße wegen Verstoßes gegen die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bzw. 3 GWB präkludiert. Bei der Beurteilung der Erkennbarkeit sei richtigerweise auch der Umstand zu beachten, ob der Bieter bereits Erfahrungen mit öffentlichen Aufträgen habe und insoweit Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden könnten. Dies sei bei der ASt der Fall, die sich mit ihren Referenzen auf öffentliche Auftraggeber beziehe und unter anderem eine Rechtsanwaltskanzlei als Bietergemeinschaftsmitglied habe.

Der Nachprüfungsantrag sei im Übrigen unbegründet. Zunächst sei die ASt aus denselben Gründen, aufgrund derer sie nicht antragsbefugt sei, auch nicht in ihren Rechten verletzt. Zudem habe die Ag bei der Angebotswertung auch keine unzulässigen Zuschlagskriterien verwandt. Insbesondere sei nicht zu beanstanden, dass die Unterkriterien zum Preiskriterium und der verwendete Punkteschlüssel in den Vergabeunterlagen nicht bekanntgegeben worden seien. Bei der hier ausgeschriebenen Erstellung eines Rechtsgutachtens würden sich konkrete Bewertungsmaßstäbe in Gestalt von Punkten oder Schulnoten sehr schwer punktgenau benennen lassen; die inhaltliche Ausgestaltung der Bewertungsmaßstäbe könne nicht mit trenngenauer Schärfe vorgenommen werden. Daher habe die Ag eine sehr umfangreiche,

detaillierte und genaue Leistungsbeschreibung erstellt. Neben der Vorgabe der einzelnen Arbeitspakete würden auch die geforderten Instrumentarien genau beschrieben. Dadurch seien Transparenz sowie eine diskriminierungsfreie Bewertung gewährleistet. Den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien habe auch entnommen werden können, worauf die Schwerpunkte der Angebotserstellung hätten liegen sollen. Es sei für die Ag bei komplexen Gutachtenaufträgen wie dem vorliegenden von wesentlicher Bedeutung, den Bietern nicht allzu enge Vorgaben zu machen, damit diese ihre Expertise und Kreativität auch und gerade im Hinblick auf die Art und Weise der Durchführung des Gutachtenauftrags einbringen könnten; enge Vorgaben würden hingegen zu weniger geeigneten und möglicherweise unwirtschaftlichen Angeboten führen. Insoweit stelle die fehlende Angabe des Punkteschlüssels keinen grundlegenden Fehler dar, der eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens erfordere. Gleiches gelte für die nicht bekanntgegebenen Unterkriterien des Preiskriteriums. Denn den Bietern sei eine genaue Aufschlüsselung der einzelnen Kostenpositionen auferlegt worden. Die Bieter hätten daher erkennen können, dass neben der absoluten Höhe des Preises auch die geforderten Angaben zu den einzelnen Kostenpositionen in die Bewertung einfließen würden. Es sei ferner vorliegend nicht ersichtlich, inwieweit die ASt bei Kenntnis der Unterkriterien anders kalkuliert hätte und dies eine Auswirkung auf das Wertungsergebnis haben könnte. Sofern im Übrigen im Schreiben vom 20. Juni 2016 die Unterkriterien „Evaluationsmethoden und -instrumente“ genannt würden, handele es sich um ein Redaktionsversehen. Grundlage der Auswahlentscheidung seien vielmehr die in der Leistungsbeschreibung veröffentlichten Unterkriterien „Methodik und Instrumente“ gewesen, wie sich auch aus der Vergabeakte ergebe.

Soweit die ASt beanstande, dass in der Angebotsaufforderung und in der Vergabeakte auf die VOL/A-EG verwiesen worden sei, handele es sich hier ebenfalls um ein Redaktionsversehen. Aus der Zusammenschau der Vergabeunterlagen insgesamt ergebe sich jedoch bei verständiger Würdigung für jeden Bieter, dass das Vergabeverfahren richtigerweise nach neuem Recht durchgeführt werde; dies sei auch geschehen. Etwaige Dokumentationsmängel, wie sie die ASt geltend mache, seien nicht entscheidungserheblich, da sie sich im Vergabeverfahren nicht nachteilig auf die ASt ausgewirkt haben könnten.

Mit Beschluss vom 13. Juli 2016 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Die Bg stellt keine Anträge und trägt auch nicht schriftsätzlich vor.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen

Verhandlung am 27. Juli 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 4. August 2016 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB zunächst bis zum 2. September 2016 einschließlich verlängert und mit Verfügung vom 1. September 2016 bis zum 9. September 2016 einschließlich. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig und insoweit auch begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig. Insbesondere ist die ASt größtenteils antragsbefugt (siehe unten a)) und nicht wegen verspäteter Rügen ganz oder teilweise nach § 160 Abs. 3 GWB präkludiert (siehe unten b)).

   a) Die ASt ist überwiegend antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Insbesondere ist ihr die Antragsbefugnis nicht deshalb grundsätzlich abzusprechen, weil ihr derzeitiges Angebot nach der Angebotswertung der Ag in qualitativer und preislicher Hinsicht weit abgeschlagen in der Rangfolge liegt und nach Auffassung der Ag auch ein neues Angebot der ASt nicht erfolgreicher sein könne. Denn entgegen der Auffassung der Ag hat die ASt gemäß § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB dargelegt, dass ihr durch die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße jedenfalls überwiegend ein Schaden zu entstehen drohe. Dabei ist unter einem Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB jede mögliche Verschlechterung der Chancen auf Erhalt des Zuschlags zu verstehen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2016, VII-Verg 49/15). Vorliegend macht die ASt vor allem Vergaberechtsverstöße geltend, die die Grundlagen des Vergabeverfahrens betreffen und bei Stattgabe des Antrags zumindest eine Zurückversetzung in den Stand vor Angebotsabgabe und die Überarbeitung der Vergabeunterlagen bedingen. Danach wären auch die derzeit vorliegenden Angebote, einschließlich des Angebots der ASt, gegenstandslos, und die ASt hätte erneut die Möglichkeit (sog. zweite Chance), ein überarbeitetes und möglicherweise erfolgreicheres Angebot abzugeben. Wie die künftigen Vergabebedingungen nach einer Zurückversetzung des Vergabeverfahrens aussehen und die wettbewerblichen

Rahmenbedingungen sein werden, kann dabei nicht vorhergesehen werden. Die Fortsetzung des Vergabeverfahrens ohne Beseitigung der von der ASt geltend gemachten Verstöße würde nach allem eine Beseitigung dieser sog. zweiten Chance bedeuten und stellt daher einen drohenden Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB dar (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2016, VII-Verg 49/15, m.w.N.).

Soweit die ASt hingegen geltend macht, die Vergabeunterlagen wären entgegen § 9 Abs. 3 Satz 2 VgV nur mit Registrierung von der e-vergabe-Plattform abrufbar gewesen, hat die ASt einen Schaden nach § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht hinreichend dargelegt. Denn sie hat die Vergabeunterlagen – wie sie selbst vorträgt – von der Ag direkt telefonisch abgefordert und erhalten. Wie sich durch die möglicherweise erforderliche Registrierung auf der e-vergabe-Plattform für den Zugang zu den Vergabeunterlagen eine Verschlechterung der Zuschlagschancen bei der ASt eingestellt haben soll, ist nicht erkennbar, zumal die ASt die Plattform auch im weiteren Vergabeverfahren – insbesondere bei der Angebotsabgabe – nicht genutzt hat.

Ein drohender Schaden nach § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB ist auch zu verneinen, soweit die ASt Dokumentationsmängel in der Vergabeakte geltend macht. Selbst wenn diese vorliegen sollten, hat die ASt für keinen der Mängel dargelegt, wie ihr gerade aus der angeblich unzureichenden Dokumentation ein Schaden im Sinne einer möglichen Verschlechterung der Zuschlagschancen zu entstehen drohe.

b) Die ASt hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße rechtzeitig gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt. Eine Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 oder 3 GWB bestand mangels Erkennbarkeit nicht. Soweit die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße überhaupt in tatsächlicher Hinsicht aus der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbar waren – dies ist schon in Bezug auf die erst in der Vorabinformation genannten Zuschlagskriterien und Punkteschlüssel nicht der Fall –, fehlt es jedenfalls an einer Erkennbarkeit in rechtlicher Hinsicht. Dazu ist erforderlich, dass aus Sicht des Bieters bzw. eines fachkundigen Bieters (ob ein subjektiver oder objektiver Maßstab anzulegen ist, ist bisher nicht abschließend entschieden, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2010, VII-Verg 18/10) die rechtliche Bewertung als Vergaberechtsverstoß möglich ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2014, VII-Verg 26/13). Dies ist hier zu verneinen. Denn welche vergaberechtlichen Anforderungen an Bewertungsmaßstäbe anzulegen sind, ergibt sich zum einen im

Wesentlichen aus der Rechtsprechung zur Reichweite der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung, so dass allein ein Blick in die Regelungen des Vergaberechts nicht ausreicht, um einen solchen Verstoß zu erkennen. Zum anderen handelt es sich bei den fraglichen Aspekten um eine ohnehin rechtlich schwierige Materie, die durch die Rechtsprechung immer wieder konkretisiert, aber auch modifiziert wird (vgl. jüngst OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juni 2013, VII-Verg 8/13; Beschluss vom 9. April 2014, VII-Verg 36/13; Beschluss vom 16. Dezember 2015, VII-Verg 24/15). Selbst von einem fachkundigen Bieter ist daher nicht zu erwarten, dass er die komplexe Rechtsmaterie und die sich laufend fortentwickelnde Rechtsprechung dazu kennt, so dass entsprechende Verstöße als nicht erkennbar anzusehen sind (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2014, VII-Verg 26/13).

c) Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist – soweit er zulässig ist – auch begründet. Die im vorliegenden Vergabeverfahren vorgesehene sowie die tatsächlich verwendete Wertungsmatrix verstoßen hinsichtlich Transparenz und ihrer Ausgestaltung gegen Vergaberecht (siehe unten a)). Diese Vergaberechtsverstöße verletzen die ASt auch in ihren Rechten (siehe unten b)) und bedingen eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe. Ob darüber hinaus die erforderliche Registrierung auf der e-vergabe-Plattform für die Angebotsabgabe und die Verweise der Ag in den Vergabeunterlagen auf die VOL/A einen Vergaberechtsverstoß darstellen, muss daher nicht mehr entschieden werden. Soweit die ASt den Vergaberechtsverstoß der fehlenden Bekanntgabe von Eignungsanforderungen in der Bekanntmachung geltend macht, ist sie nicht in ihren Rechten verletzt (siehe unten c)).

a) Die von der Ag für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote vorgesehene sowie die verwendete Wertungsmatrix einschließlich des darin enthaltenen Bewertungssystems sind in großen Teilen intransparent und erfüllen damit nicht die vergaberechtlichen Anforderungen.

Transparenzgrundsatz und Gleichbehandlungsgebot nach § 97 Abs. 1 Satz 1 bzw. Abs. 2 GWB verlangen, dass der den Bietern bekanntzugebende Bewertungsmaßstab für die Angebotswertung hinreichend transparent ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. April 2014, VII-Verg 36/13; Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14;

Beschluss vom 16. Dezember 2015, VII-Verg 24/15). Dafür hat der Auftraggeber die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bekanntzugeben. Hieran fehlt es vorliegend bereits in Bezug auf einzelne Unterkriterien und letztlich auch in Bezug auf den verwendeten Punkteschlüssel (siehe unten aa)). Darüber hinaus hat der Auftraggeber den Bietern durch die Benennung von Unterkriterien oder anderweitig Bewertungsmaßstäbe an die Hand zu geben, um ihnen zu ermöglichen, ein möglichst optimales Angebot abzugeben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14). Die Grenze, ab der das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe vergaberechtlich unzulässig ist, ist dann überschritten, wenn die aufgestellten Bewertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass die Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, anhand derer das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, und sie infolgedessen auch vor einer willkürlichen und/oder diskriminierenden Angebotswertung nicht mehr effektiv geschützt sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. April 2014, VII-Verg 36/13) und stattdessen objektiv Raum für Manipulationen und Willkür bei der Bewertung der Angebote besteht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14). Vor diesem Hintergrund müssen die vom Auftraggeber vorgegebenen Bewertungsmaßstäbe insbesondere hinreichend zuverlässige und kalkulierbare Informationen darüber enthalten, wie und mit welcher Punktzahl die Angebote in Bezug auf die Wertungsanforderungen bewertet werden sollen, und den Bietern ermöglichen, im Voraus (bei Angebotserstellung) zuverlässig ermitteln zu können, auf welche konkreten Leistungen der Auftraggeber Wert legt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14). Dies ist vorliegend für die Zuschlagskriterien ebenfalls nicht der Fall (siehe unten bb)).

aa) Der Auftraggeber hat gemäß § 127 Abs. 5 GWB, § 29 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 58 Abs. 3 VgV in den Vergabeunterlagen (oder schon in der Bekanntmachung) die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung anzugeben und darf gemäß § 127 Abs. 1 Satz 2 GWB bei der Wertung der Angebote ausschließlich die Kriterien berücksichtigen, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind. Die Pflicht zur Bekanntgabe der vom Auftraggeber festgelegten Kriterien entspricht in erster Linie dem Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB. Jeder Bieter muss vor Abgabe seines Angebots Klarheit haben, worauf es dem Auftraggeber bei der Zuschlagsentscheidung entscheidend ankommt. Nur so wird er in die Lage versetzt, seine Chancen auf den Zuschlag realistisch einschätzen und sein Angebot entsprechend ausgestalten zu können. Darüber hinaus kann er im

Nachhinein auch überprüfen, ob sich der Auftraggeber bei der Wertung der Angebote an die aufgestellten Wertungskriterien gehalten hat (vgl. zum Ganzen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juni 2016, VII-Verg 6/16). Dies gewährleistet letztlich auch eine Gleichbehandlung der Bieter.

Vorliegend hat die Ag gegen diese Transparenzpflichten verstoßen. So hat sie unstreitig den Bietern vor Angebotsabgabe nicht bekanntgegeben, dass das Zuschlagskriterium Preis anhand der Unterkriterien „Gesamthöhe“ mit einer Gewichtung von 60% und „Angemessene Preiskalkulation im Verhältnis zum Aufwand“ mit einer Gewichtung von 40% bewertet werden sollte. Damit hat sie zum einen nicht bekanntgegeben, dass der Angebotspreis (entspricht letztlich dem Unterkriterium „Gesamthöhe“) mit einer Gewichtung von nur 60% der für das Zuschlagskriterium Preis insgesamt geltenden Gewichtung von 30% (also letztlich nur 18%) in die Wertung eingeht, und zum anderen, dass ein relatives – im Übrigen nicht weiter definiertes – Preiskriterium (Preiskalkulation im Verhältnis zum Aufwand) in die Wertung einfließt. Auch soweit man das Bewertungssystem des Punkteschlüssels (0-5 Punkte) als Unterkriterium verstehen möchte, fehlt es hier an der nötigen Transparenz vor Angebotsabgabe gegenüber den Bietern.

bb) Nach den oben beschriebenen Anforderungen an ein hinreichend transparentes Wertungssystem, insbesondere inwieweit die Bewertungsmaßstäbe den Bietern vor Angebotsabgabe mitzuteilen bzw. diese zu erläutern sind, ist die verwendete Wertungsmatrix sowohl mit ihren bekanntgegebenen als auch mit den nur nachträglich mitgeteilten Zuschlagskriterien zu unbestimmt und daher vergaberechtswidrig.

Hinsichtlich des Preiskriteriums bzw. des Unterkriteriums „Gesamthöhe“ ist schon nicht erkennbar, wie die angebotenen Preise in Punkte umgerechnet werden sollen, insbesondere ob zwischen preisgünstigstem und teuerstem Angebot linear interpoliert werden soll oder ob etwa schon bzw. erst für doppelt so teure Angebote wie das preisgünstigste 0 Punkte vergeben werden sollen. Die Bieter erhielten dazu keinerlei Anhaltspunkte, so dass ihnen wesentliche – und nach den genannten Transparenzanforderungen erforderliche – Einzelheiten des Bewertungsmaßstabs bei der Angebotserstellung fehlten. Letztlich ist im vorliegenden Fall auch der tatsächlichen Angebotswertung der Ag zu entnehmen, dass ihr für die

Punktevergabe in Bezug auf den Preis ebenfalls ein Bewertungsschema fehlte; jedenfalls waren die diesbezüglichen Bewertungen allenfalls eingeschränkt nachvollziehbar.

Unklar ist auch das Bewertungssystem für das Unterkriterium „Angemessene Preiskalkulation im Verhältnis zum Aufwand“. Der Vergabeakte ist zu entnehmen, dass die Ag dort den Preis ins Verhältnis zu Personentagen gesetzt hat. Ein solches Vorgehen ist jedoch weder dem Kriterium selbst, das ohnehin nicht bekanntgegeben war (siehe oben unter aa)), noch den Vergabeunterlagen im Übrigen zu entnehmen. Insbesondere werden unter Ziffer V. der Leistungsbeschreibung, die unter anderem vorsieht, dass die Bieter Angaben zu bestimmten Kostenstrukturen machen müssen, nicht einmal die für diese Berechnung erforderlichen Personentage abgefragt. Auch fehlt es wiederum an einem Punkteverteilungssystem, das den Bietern vorab bekanntgegeben wurde; ein solches ist auch nicht der Vergabeakte bzw. der tatsächlichen Bewertung nachvollziehbar zu entnehmen.

Schließlich fehlen auch für die Zuschlagskriterien, die die qualitative Bewertung der Angebote ermöglichen sollen, hinreichend transparente Bewertungsmaßstäbe, die den Bietern für die Angebotserstellung zur Verfügung gestellt wurden. Vielmehr wurden den Bietern nur die Zuschlagskriterien „schlüssiges Personalkonzept zur Bewältigung der Aufgabe“ und „Qualität des Konzepts der Leistungserbringung“ mitgeteilt, letzteres noch unterlegt mit Unterkriterien. Insbesondere fehlt es jedoch sowohl an inhaltlichen Bewertungsmaßstäben, d.h. was z.B. für die Bewertung des Personalkonzepts entscheidend sein soll, etwa wie das eingesetzte Personal in fachlicher Hinsicht aufgestellt ist (so könnte es der Wertung entnommen werden). Des Weiteren enthalten die den Bietern zur Verfügung gestellten Unterlagen keinerlei Informationen, unter welchen Voraussetzungen wieviele Punkte erzielt werden. Gleiches gilt für das Kriterium „Qualität des Konzepts der Leistungserbringung“ mit seinen Unterkriterien. Wie die bis zu 5 Punkte verteilt werden bzw. anhand welcher Maßstäbe, lässt sich den Unterlagen nicht entnehmen. Auch hier werden nur allgemeine Formulierungen verwendet, die kaum Anhaltspunkte dafür bieten, wie später eine Wertung ausfallen würde. Umgekehrt werden der Ag weitgehend unkontrollierbare Bewertungsspielräume eröffnet, die die Gefahr einer willkürlichen Bewertung mit sich bringen. Dies ist mit dem Vergaberecht nicht vereinbar.

b) Die unter a) festgestellten Vergaberechtsverstöße verletzen die ASt auch in ihren Rechten gemäß § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB bzw. führen zu einem entsprechenden Schaden für die ASt. Dem steht nicht entgegen, dass das derzeit vorliegende Angebot der ASt nach der Wertung der Ag wegen seines schlechten Rangs keine Chance auf den Zuschlag hat. Denn aufgrund der grundlegenden Fehler in der Ausschreibungsgestaltung darf der Zuschlag auf Basis der vorliegenden Vergabeunterlagen nicht erfolgen. Dieser ist nur nach Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe und Überarbeitung der Vergabeunterlagen (hier: der Zuschlagskriterien) möglich. Somit erhält auch die ASt eine sog. zweite Chance, ein zuschlagsfähiges Angebot abzugeben; das möglicherweise chancenlose (aktuelle) Angebot der ASt ist dann ohne Bedeutung (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Dezember 2015, VII-Verg 24/15; siehe auch oben unter 1.a)).

c) Soweit die ASt geltend macht, die Ag habe die Eignungsanforderungen an die Bieter vergaberechtswidrig erst in den Vergabeunterlagen (unter Ziffer III. der Leistungsbeschreibung) und damit unwirksam bekanntgegeben, stellt dies tatsächlich einen objektiven Verstoß gegen § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB dar. Es fehlt vorliegend jedoch an einer Rechtsverletzung nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB im Sinne einer tatsächlichen Beeinträchtigung der Zuschlagschancen der ASt. Denn der fragliche Verstoß hätte sich in diesem Sinne auf die ASt nur ausgewirkt, wenn die nicht wirksam aufgestellten Eignungsanforderungen zu ihrem Ausschluss geführt hätten. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall; vielmehr hat die ASt die Eignungsprüfung erfolgreich durchlaufen. Eine vorliegend allenfalls zulässige Minimal-Eignungsprüfung, d.h. ohne die erst in der Leistungsbeschreibung genannten Eignungsanforderungen, würde zu keinem anderen Ergebnis führen (vgl. zum Ganzen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2014, VII-Verg 26/13).

3. Aufgrund der festgestellten Rechtsverletzungen ist die Zuschlagserteilung zu untersagen. Soweit die Ag die Beschaffung fortzusetzen beabsichtigt, hat sie, um die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzuversetzen, die Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten und den Bietern auf Grundlage der überarbeiteten Vergabeunterlagen erneut Gelegenheit zu geben, ein Angebot abzugeben. Soweit die Ag darüber hinaus wirksam Eignungsanforderungen aufstellen will und diesbezüglich eine rechtssichere Auftragsvergabe anstrebt, hat sie das Vergabeverfahren mit einer

Bekanntmachung neu zu beginnen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2014, VII-Verg 26/13).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG. Im Ergebnis wird dem Begehren der ASt, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzuversetzen, vollumfänglich stattgegeben; die Ag ist demgemäß insgesamt als unterliegende Partei anzusehen.

Die Bg ist nicht an den Kosten zu beteiligen, da sie sich weder durch Schriftsatzvortrag noch das Stellen von Anträgen aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat und daher auch nicht als unterliegende Partei anzusehen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich insbesondere Rechtsfragen zu den Anforderungen an Bewertungsmaßstäbe, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

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 unterzeichnet 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. Dittmann Ohlerich