



3. Vergabekammer des Bundes

VK 3 - 44/13

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

gegen

[...]

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...], hat die 3. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leiter der Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Fischer auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juni 2013 am 24. Juni 2013 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war nicht notwendig.

Gründe:

I.

1. Der Antragsgegner (Ag) hat am [...] die beabsichtigte Vergabe [...] bekannt gemacht. Mittels [...].

Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlich günstigste Angebot ergehen. Gemäß Ziffer 7 der Vergabeunterlagen waren die Zuschlagskriterien wie folgt gewichtet:

„Preis	45 %“
Lieferzeitpunkt	20 %
Technik	35 %“

Das jeweilige Zuschlagskriterium sollte dabei wie folgt in Punkte umgerechnet werden:

„Soweit mehrere Zuschlagskriterien über eine Punktevergabe bewertet werden, wird das lineare, metrisch zu messende Zuschlagskriterium (z.B. Angebotspreis ohne MWSt) wie folgt in Punkte umgerechnet:

Das Angebot mit der niedrigsten/besten Wertungssumme (z.B. niedrigster Angebotspreis ohne MWSt) erhält die Punktzahl 10.

0 Punkte erhält ein fiktives Angebot mit dem X-fachen der niedrigsten/besten Wertungssumme. Alle Angebotspreise darüber erhalten ebenfalls 0 Punkte.

Die Punktebewertung für die dazwischen liegenden Wertungssummen (z.B. Angebotspreise ohne MWSt) erfolgt über eine mathematisch korrekte lineare Interpolation mit bis zu drei Stellen nach dem Komma.“

Daneben enthielt die Anlage zu den Vergabebedingungen folgenden Hinweis:

„ANMERKUNG

Wir weisen darauf hin, dass Änderungen und Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig sind. [...]“

Bis zum Ablauf der Angebotsabgabefrist am 15. April 2013 gingen bei dem Ag mehrere Angebote ein, darunter auch das Angebot der Antragstellerin (ASt) sowie das der Beigeladenen (Bg). Das Angebot der Bg war in preislicher Hinsicht deutlich günstiger als das Angebot der ASt. Das Angebot der ASt erhielt in der Preiswertung 0 Punkte.

In ihrem Angebot verwies die ASt unter „*Allgemeines*“ auf die Geltung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Auf entsprechenden Hinweis des Ag nach Angebotsöffnung übersandte die ASt am 18. April 2013 ein weiteres Schreiben an den Ag, in dem sie erklärte, ihre AGB - entgegen ihrer Aussage im Angebot - nicht in das Angebot einbeziehen zu wollen.

Mit Schreiben vom 16. Mai 2013 informierte der Ag die ASt gemäß § 101a GWB darüber, dass deren Angebot wegen des Angebotspreises für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht komme. Beabsichtigt sei, den Zuschlag stattdessen auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Hiergegen wandte sich die ASt mit einem Rügeschreiben vom 23. Mai 2013.

2. Mit einem per Fax am 24. Mai 2013 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schreiben beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer übermittelte den Nachprüfungsantrag dem Ag am selben Tag.
 - a) Die ASt meint, der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Die Rüge sei entgegen der Ansicht des Ag rechtzeitig erfolgt. Denn die Rüge habe sich gegen das gesamte Verfahren gerichtet und nicht die Gewichtung von Angebotspreis und Technik betroffen.

Zudem stelle es einen Vergabeverstoß dar, dass die Vergabeunterlagen nur mit wenigen Detailinformationen ausgestattet gewesen seien. Die Vergabeunterlagen hätten den Bietern somit einen erheblichen monetären Interpretationsspielraum bei der Ausarbeitung ihrer Angebote erlaubt.

Darüber hinaus sei die technische Wertung der Angebote unzureichend gewesen. Der Ag habe vielmehr allein auf den Preis abgestellt.

Die ASt beantragt sinngemäß,

den Ag zu verpflichten, das Angebot der ASt unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu bewerten.

b) Der Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt wird als unzulässig verworfen, hilfsweise als unbegründet zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Ag.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für den Ag wird für notwendig erklärt.

Der Ag ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig und unbegründet sei.

Der Antrag sei bereits unzulässig, weil der ASt kein Schaden drohe. Denn das Angebot der Bg liege punktemäßig so weit über dem der ASt, dass die ASt auch bei anderer Bewertung des Zuschlagskriteriums Technik keine Chance auf den Zuschlag habe.

Zudem sei die ASt mit ihrem Vorbringen präkludiert, soweit sie die Gewichtung der Zuschlagskriterien angreife. Diese sei bereits in den Vergabeunterlagen mitgeteilt worden und unterliege darüber hinaus dem Belieben des Auftraggebers. Spätestens nach der

Mitteilung nach § 101 a GWB vom 16. Mai 2013 hätte die ASt das beanstandete Übergewicht des Preises unverzüglich rügen müssen. Die Rüge am 23. Mai 2013 sei dagegen nicht mehr unverzüglich gewesen.

Der Nachprüfungsantrag sei zudem unbegründet, weil der Ag berechtigt gewesen sei, die Gewichtung der Zuschlagskriterien - wie geschehen – vorzunehmen.

Zudem sei unterhalb der Wertungskriterien keine Begründung für die konkrete Punkte- oder Prozentvergabe erforderlich, so dass es keiner weiteren Erläuterung des Begriffes „*x-fach*“ bedürfe. Im Übrigen sei die ASt diesbezüglich auch präkludiert.

c) Mit Beschluss vom 29. Mai 2013 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Die Bg hat keine Anträge gestellt und sich nicht zum Verfahren geäußert.

3. In der mündlichen Verhandlung am 17. Juni 2013 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, ihre Ausführungen zu ergänzen und zu vertiefen.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, unbegründet.

1. Der Antrag ist nur teilweise zulässig.

a) Die Vergabekammer ist nach §§ 98 Nr. 2, 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 2 VgV und §§ 104 Abs. 1 und 106a Abs. 1 Nr. 2 GWB zuständig für den vorliegenden

Nachprüfungsantrag, der dem Bund zuzurechnen ist und der oberhalb der einschlägigen Schwellenwerte liegt.

b) Die ASt ist auch antragsbefugt.

Ein Unternehmen ist antragsbefugt, wenn es ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften schlüssig darlegt. Durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften muss ihm ein Schaden entstanden sein oder drohen (§ 107 Abs. 2 GWB).

Das erforderliche Interesse am Auftrag hat die ASt durch die Angebotsabgabe, die gegenüber dem Ag erhobene Rüge sowie durch das Einreichen des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer dargelegt. Den Vortrag der ASt als richtig unterstellt, kann die fehlerhafte Wertung ihres Angebotes gegen § 97 Abs. 2 GWB verstoßen und den durch diese Norm geschützten Grundsatz eines chancengleichen Wettbewerbs verletzen.

Soweit die ASt die fehlerhafte Bewertung der Angebote moniert, hat sie einen Schaden schlüssig vorgetragen, denn der geltend gemachte Vergabeverstoß liegt in Wertungsfehlern, deren Korrektur dazu führen kann, dass sich die Zuschlagschancen erheblich verbessern (Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 8. Januar 2008, VK 3 – 148/07).

c) Die ASt hat ihrer Rügeobliegenheiten nur zum Teil genügt.

§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB zufolge ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die bereits aus der Bekanntmachung oder aus den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Ag gerügt worden sind.

Soweit die ASt moniert, dass die Vergabeunterlagen unklar waren, ist sie nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert, da sie den Verstoß erst mit Schreiben vom 23. Mai 2013 und damit erst nach Angebotsabgabe rügte. Aus Sicht eines allgemeinen, verständigen Bieters war jedoch erkennbar, dass ungenaue Vergabeunterlagen, die ihn nicht in die

Lage versetzen, ein zuschlagfähiges Angebot abzugeben, gerügt werden müssen. Schließlich ist jeder Bieter bei der Angebotserstellung darauf angewiesen, dass er entsprechend detaillierte Vorgaben erhält. Dies ist nicht zuletzt auch wegen der Vergleichbarkeit der eingereichten Angebote notwendig. Wie sich aus der Einlassung der ASt in der mündlichen Verhandlung vom 17. Juni 2013 ergab, hatte die ASt bei ihrer Angebotserstellung auch schon Bedenken hinsichtlich der Vorgaben. Sie hat jedoch weder die Möglichkeit der Bieterfragen genutzt, noch den Ag auf bestehende Unklarheiten der Vergabeunterlagen hingewiesen. In der Sache ist es jedoch grundsätzlich nicht fehlerhaft, wenn den Bietern bei der Angebotserstellung ein gewisser Spielraum belassen wird. Ein Bieter hat dann die Freiheit, sein Angebot so oder anders auszugestalten. Dass der Preis mit 45 % eine hohe Gewichtung besitzt, war den Bietern vorliegend bekannt.

Soweit die ASt die Wertung des Zuschlagskriteriums Technik moniert, ist sie dagegen nicht präkludiert. Denn nach Erhalt der Mitteilung nach § 101 a GWB rügte die ASt die Wertung innerhalb von sieben Tagen und damit unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB.

2. Der Nachprüfungsantrag hat, soweit er zulässig ist, in der Sache keinen Erfolg.

a) Dabei kann dahinstehen, ob der Ag seinen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Wertung des Zuschlagkriteriums Technik überschritten hat, denn das Angebot der ASt ist bereits nach § 19 EG Abs. 3 lit. d) VOL/A von der Wertung auszuschließen. Eine Rechtsverletzung liegt daher nicht vor.

Nach § 19 EG Abs. 3 lit. d) VOL/A werden Angebote ausgeschlossen, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vertragsunterlagen vorgenommen wurden.

Gemäß der Anlage zu den Vergabeunterlagen teilte der Ag zudem ausdrücklich mit, „*dass Änderungen und Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig sind*“.

Die ASt änderte die Vertragsunterlagen ab, indem sie in ihrem Angebot auf die Geltung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) verwies. Diese Abweichung konnte trotz des Schreibens der ASt vom 18. April 2013, in dem sie erklärte, ihre AGB doch nicht einbeziehen zu wollen, nicht geheilt werden. Eine entsprechende Erklärung der ASt hätte auch nicht nachgefordert werden dürfen, da dies ein unzulässiges Nachfordern darstellt,

das nicht vom Anwendungsbereich des § 19 EG Abs. 2 S. 1 VOL/A gedeckt ist. Hiernach hat der Auftraggeber lediglich die Möglichkeit, fehlende Erklärungen und Nachweise nachzufordern. Er darf dem Bieter jedoch nicht die Möglichkeit einräumen, sein Angebot zu ändern. Andernfalls würde er gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen.

b) Auch im Übrigen kommt keine Rechtsverletzung der ASt in Betracht.

Eine solche Rechtsverletzung wäre zu bejahen, wenn die Grundlagen der Ausschreibung fehlerhaft wären und die ASt somit die Möglichkeit erhielte, nach einer entsprechenden Korrektur durch den Ag ein neues, dann mangelfreies Angebot abzugeben.

Fraglich ist zwar, ob der Begriff „*x-fach*“ bei der Umrechnung des Preises in Punkte die Grundlagen der Ausschreibung fehlerhaft werden lässt. Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung am 17. Juni 2013 darauf hingewiesen, dass der Begriff des „*X-fachen der niedrigsten/besten Wertungssumme*“, ab der das Preiskriterium mit null Punkten bewertet wurde, möglicherweise ausfüllbedürftig gewesen wäre und insoweit die Grundlagen der Ausschreibung betroffen sein könnten. Da das „*X-fache*“ beim Hinweis zur Umrechnung des Zuschlagkriteriums in Punkte nicht näher definiert wurde, war es einem Bieter erschwert, die Chancen für den eigenen Angebotspreis abzuschätzen. Bei sechsstelligen Beträgen macht es jedoch einen großen Unterschied, ob man das Eineinhalbfache, das Zweifache oder ein Vielfaches der niedrigsten Angebotssumme mit null Punkten bewertet. Gerade wenn ein Bieter davon ausging, dass er aufgrund besserer Technik möglicherweise teurer als ein anderer Wettbewerber sein würde, hätte er mittels genauem Multiplikationsfaktor Wertungsszenarien durchspielen können und seinen Preis entsprechend kalkulieren können. Das Vorgehen der Ag könnte daher dem vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz zuwiderlaufen, der seine konkrete Ausformung u.a. in § 19 EG Abs. 8 VOL/A gefunden hat. Danach darf der Auftraggeber bei der Wertung ausschließlich solche Kriterien berücksichtigen, die in der Bekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen genannt sind. Teilt ein Auftraggeber dagegen nur die Gewichtung der Zuschlagskriterien mit und lässt er offen, wie er das jeweilige Zuschlagkriterium in Punkte umrechnen wird, könnte es für den Bewerberkreis unvorhersehbar sein, worauf es dem Auftraggeber in besonderem Maße ankam. Zudem besteht theoretisch die Gefahr, dass der Auftraggeber nachträglich einen beliebigen Wert für das „*X*“ einsetzen und somit das Wertungsergebnis beeinflussen kann. Auf der anderen Seite ist aber auch anzumerken, dass die ASt nicht wissen konnte, welchen Angebotspreis andere Bieter

abgeben würden. Selbst wenn der Faktor „x“ seitens des Ag definiert worden wäre, hätte die ASt nur schätzen können, mit welchem Wert sie den Faktor hätte multiplizieren müssen. Welche Punktzahl ihr Angebotspreis nach der Umrechnung erzielen würde, hätte die ASt also auch dann nicht sicher voraussagen können.

Im Ergebnis kann die Frage, ob die Grundlagen der Ausschreibung fehlerhaft sind, jedoch offen gelassen werden, da auch der Amtsermittlungsgrundsatz durch die Rügeobliegenheit des Bieters begrenzt wird (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29. Oktober 2003, 1 Verg 2/03; Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Auflage, 2009, § 110, Rn. 11; Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 1. Auflage, 2009, § 110, Rn. 6). Andernfalls würde der Bieter, der es unterlässt, einen erkannten bzw. erkennbaren Vergabefehler zu rügen, besser gestellt, als der Bieter, der einen solchen Vergabefehler zu spät rügt. Ein uneingeschränkter Amtsermittlungsgrundsatz ließe die Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB folglich leer laufen.

Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB vorliegend nicht nachgekommen, da sie die Ausfüllbedürftigkeit des Begriffes „*x-fach*“ trotz positiven Erkennens eines Defizits nicht rügte.

Nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist ein Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß im Verfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Nach Überzeugung der Vergabekammer hatte die ASt bereits im Zeitpunkt der Angebotserstellung positive Kenntnis davon, dass ein Vergabefehler vorlag. Denn nach ihrer Einlassung in der mündlichen Verhandlung ist der ASt bereits bei der Erstellung ihres Angebotes aufgefallen, dass bei der Umrechnung der Zuschlagskriterien in Punkte der Begriff „*x-fach*“ benutzt wurde und das „X“ nicht definiert wurde. Sie hat damit erkannt, dass die Vergabeunterlagen an dieser Stelle intransparent gewesen sind. Wie die ASt schriftsätzlich selbst vorgetragen hat, war ihr die Korrelation zwischen technischer Beschaffenheit der Anlage und dem Angebotspreis bewusst. Sie wusste folglich auch, dass ihre Anlage wegen der behaupteten überlegenen Beschaffenheit zu den teureren Angeboten gehören würde. Hierauf stützt sie ihren gesamten Nachprüfungsantrag. Aufgrund der hohen Gewichtung der Zuschlagskriteriums Preis mit 45 % mussten sich aber insbesondere hochpreisige Bieter fragen, welcher Spielraum ihnen bei der

Preisgestaltung zustand, um mehr als null Punkte hinsichtlich des Preises zu erlangen. Insoweit war es u.a. für die ASt von großer Bedeutung, mit welchem Faktor die niedrigste Angebotssumme multipliziert werden würde. Denn alle Angebote größer gleich diesem Wert erhielten null Punkte beim Preis.

Der Kenntnis der ASt steht auch nicht entgegen, dass die ASt laut eigener Aussage über keine Erfahrungen mit offenen Verfahren verfügt. Der Transparenzgrundsatz und die Rügeobliegenheit stellen keine speziell für das offene Verfahren geschaffenen Bestimmungen dar, sondern gelten ebenso im Verhandlungsverfahren. Mit diesen ist die ASt nach eigenen Angaben jedoch vertraut.

Der Fehler war im Übrigen auch erkennbar im Sinne von § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB. Erkennbar sind Regelverstöße, die bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen von einem durchschnittlichen Unternehmen erkannt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. August 2011, VII-Verg 30/11; Beschluss vom 13. April 2011, Verg 58/10).

Aus Sicht eines verständigen Bieters war erkennbar, dass die Formulierung „*das X-fache der niedrigsten Angebotssumme*“ ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz darstellen konnte. Anders als bei der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien, bei der das Oberlandesgericht Düsseldorf einen offensichtlichen Verstoß ablehnte, kam es hier auch nicht auf die Kenntnis der einschlägigen Rechtsprechung an, da sich die Vorgaben, wonach der Zuschlag erfolgen darf, z.B. Zuschlagskriterien einschließlich der Gewichtung, direkt aus den vergaberechtlichen Vorschriften der VOL/A richten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. August 2011, VII-Verg 16/11).

III.

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

Die ASt als Unterliegende hat die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Ag zu tragen. Die Aufwendungen der Bg hat die ASt dagegen nicht zu tragen. Zwar wendet sich die ASt gegen die Wertung der Bg,

weshalb ein Interessengegensatz zur Bg zu bejahen ist. Allerdings hat die Bg weder Anträge gestellt noch das Verfahren durch schriftsätzliche Einlassungen wesentlich gefördert. Sie hat daher kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Ag war nicht notwendig, da das Nachprüfungsverfahren keine umfangreichen Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen hat, welche die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen. Da die ASt ihrerseits nicht anwaltlich vertreten war, war die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Ag auch nicht aus Gründen der Waffengleichheit geboten.

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 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. Herlemann

Thiele