



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. Gibt der öffentliche Auftraggeber in einem Verhandlungsverfahren nach der SektVO bereits in der Bekanntmachung bekannt, dass er die Auswahl der Teilnehmer mit einer Bewertungsmatrix (hier: 0 bis 5 Punkte) durchführen will, muss er die zu bewertenden Eignungsanforderungen aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz auch allen Bewerbern mitteilen.

2. Der öffentliche Auftraggeber kann in einem Teilnahmewettbewerb die bereits veröffentlichten Eignungskriterien ändern oder auch fallen lassen, wobei dies in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu erfolgen hat. Ein Teilnehmer kann nur fordern, dass in Bezug auf seine Person, dieses Verfahren den vergaberechtlichen Grundsätzen entspricht. Auf den Kreis und die verbliebene Anzahl der Teilnehmer, die aus einem solchen Wettbewerb hervorgehen, hat der Antragsteller keinen Einfluss, weil das Vergabennachprüfungsverfahren kein objektives Beanstandungsverfahren ist.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von "Reinigungsdienstleistungen im StadtBahn-Liniennetz, insbesondere an Haltestellen in xxxxxxxx"

VK 1 - 06/15

der xxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte:

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen die

xxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

Kapellmann Rechtsanwälte
Stadtter 1
40219 Düsseldorf

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 13.03.2015 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und dem ehrenamtlichen Beisitzer Sadowski

am **18. März 2015** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragsgegnerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb Reinigungsdienstleistungen im StadtBahn Liniennetz für einen Zeitraum von 5 Jahren optional für 7 Jahre im Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung nach der SektVO europaweit aus. Zuschlagskriterium ist das wirtschaftlich günstigste Angebot, wobei die Kriterien in den Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung aufgeführt werden sollen. Der geschätzte Gesamtauftragswert liegt bei ca. xxx Mio. €.

Nachdem die Antragstellerin bereits bestimmte Anforderungen in einer ersten Bekanntmachung hinsichtlich der Teilnahmevoraussetzungen gerügt hatte, veröffentlichte die Antragsgegnerin unter dem 17.1.2015 eine Änderungsbekanntmachung, die wiederum von der Antragstellerin vergaberechtlich beanstandet wurde.

In der Änderungsbekanntmachung bestimmte die Antragsgegnerin u.a., dass „Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Sozialkassen oder entsprechende Nachweise der Mitgliedstaaten“ vorzulegen sind. Weiterhin bestimmte sie, dass höchstens 6 Bewerber am weiteren Vergabeverfahren beteiligt und zur Abgabe eines Angebots aufgefordert würden. Die Auswahl der Bewerber im Teilnahmewettbewerb soll im Rahmen einer Bewertung erfolgen, wobei die „technische Leistungsfähigkeit“ der Bewerber mit Punkten von 0 (schlecht) bis 5 (sehr gut) beurteilt werden soll. Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit forderte die Antragsgegnerin:

1. Referenzliste (40%)
2. Vorlage eines Konzepts für kurzfristig erforderliche Sonderreinigungen (z.B. Rufbereitschaften) (30%)
3. Nachweis und Beschreibung eines Qualitätssicherungssystems (30%).

Die Antragstellerin rügte diese Bekanntmachung mehrfach, zuletzt am 27.1.2015, als intransparent und beantragte nachdem die Antragsgegnerin den Rügen nicht vollumfänglich abgeholfen hatte, fristgemäß die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerin meint, dass das Eignungskriterium „Unbedenklichkeitsbescheinigung der Sozialkassen“ unverständlich sei. Wenn für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen überhaupt keine tarifliche Sozialkasse existiert, so könne ein Bieter, der diese Bescheinigung nicht einreicht bzw. eine Unbedenklichkeitsbescheinigung der Krankenkasse vorlegt, deswegen nicht ausgeschlossen werden.

Weiterhin beanstandet die Antragstellerin, dass die Bewertung der Teilnahmeanträge nicht nachvollziehbar sei. Die Antragstellerin verweist zunächst darauf, dass höchstens 6 Teilnehmer am weiteren Vergabeverfahren teilnehmen könnten und die Vergabeunterlagen erhalten würden.

Darüber hinaus trägt die Antragstellerin vor, dass in einem vorgeschalteten Teilnahmeverfahren die Eignung der Bieter anhand der eingereichten Teilnahmeanträge abschließend zu prüfen sei.

Die Wertung der Eignung im Teilnahmewettbewerb sei aber aus unterschiedlichen Gründen zu beanstanden. Die Änderungsbekanntmachung beziehe sich nur noch auf die „technische Leistungsfähigkeit“. Bei einer Eignungsprüfung, die abschließend im Teilnahmewettbewerb erfolge, seien aber auch die „persönliche“ und „wirtschaftliche“ Lage des Bewerbers zu beurteilen. Aus der Änderungsbekanntmachung lasse sich nicht eindeutig entnehmen, ob auch diese Anforderungen weiterhin, und wenn ja wie, bewertet würden.

Zudem meint die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin nunmehr zwar eine „Gewichtung“ eingefügt habe, aber die nicht nachvollziehbare Bewertung bei den Punkten nicht geändert habe. Es sei auch nicht erkennbar, welche konkreten Anforderungen zu Inhalt und Umfang hinsichtlich der Referenzliste, dem Konzept und dem Qualitätssicherungssystem von der Antragsgegnerin gestellt würden. Insofern sei die Auswahl der Teilnehmer völlig intransparent, weil die objektiven Kriterien zur Teilnehmerbegrenzung nicht festgelegt worden seien. Die weitere Teilnahme am Verhandlungsverfahren sei aber davon abhängig, ob ein Teilnehmer die bekanntgemachten Voraussetzungen für den Auftrag vollumfänglich erfülle. Soweit also Eignungskriterien gewichtet würden, habe der öffentliche Auftraggeber auch vorab mitzuteilen, nach welchen Umständen er diese beurteilen werde.

Darüber hinaus trägt die Antragstellerin vor, dass es auch vergaberechtlich unzulässig sei, die Zuschlagskriterien erst nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbs festzulegen und zu benennen. Die Festlegung der Zuschlagskriterien müsse in Unkenntnis des Wettbewerbsergebnisses erfolgen, so dass im Falle eines vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs, der öffentliche Auftraggeber entweder bereits intern die Zuschlagskriterien festgelegt haben müsse oder er müsse dies vor Öffnung der Teilnahmeanträge machen. Aus den Ausführungen der Antragsgegnerin ergebe sich aber, dass dies bislang nicht erfolgt sei, so dass Manipulationsmöglichkeiten bestehen würden. Davon zu unterscheiden sei, wann die Zuschlagskriterien gemäß § 29 Abs. 4 SektVO den Bietern mitgeteilt würden. Diesbezüglich gelte, dass dies entweder in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erfolgen könne.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Antragstellerin durch das Verhalten der Antragsgegnerin in dem mit der Bekanntmachungsnummer 2014/S 248440132 und mit der Änderungsbekanntmachung Nr. 2015/S 012-018060 bekannt gemachten Vergabeverfahren in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt wird,
2. geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,

hilfsweise zu 2.

3. für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat,

sowie im weiteren

4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin erforderlich gewesen ist,
5. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin nicht erforderlich gewesen ist,
6. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin aus der Antragsschrift vom 30.1.2015 zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, dass weder die Antragstellerin noch andere Bewerber oder Beteiligte durch die Bekanntmachung und Änderungsbekanntmachung in ihren Rechten verletzt seien.

Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass sie während des laufenden Nachprüfungsverfahrens Korrekturen an den Ausschreibungsunterlagen vorgenommen habe und anhand dieser korrigierten Fassung die Bewertung der Bewerber erfolgt sei.

Man habe zunächst das Kriterium „Unbedenklichkeitsbescheinigung der Sozialkassen“ nicht mehr geprüft, weil es irreführend gewesen sei. Die anderen Nachweise zur persönlichen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit habe man so wie in der Änderungsbekanntmachung gefordert, geprüft. Alle Teilnehmer hätten diese Anforderungen erfüllt.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Forderungen zur technischen Leistungsfähigkeit aus ihrer Sicht nicht zu beanstanden gewesen seien, so dass daran festgehalten werde. Hinsichtlich der Bewertung der Referenzen teilt die Antragsgegnerin mit, dass vier der elf Bewerber anhand ihrer Referenzangaben nicht nachweisen konnten, in den letzten drei Jahren Leistungen erbracht zu haben, die Gegenstand der Ausschreibung sind (Reinigung von ober- und unterirdischen Haltestellen, Gleisbereich). Diese Teilnehmer wurden ausgeschlossen. Hinsichtlich der verblei-

benden 7 Bewerber, wozu auch die Antragstellerin gehörte, teilt die Antragsgegnerin mit, dass diese über einschlägige Referenzen verfügten.

Anschließend habe sie die weiteren Vorgaben zur technischen Leistungsfähigkeit überprüft und gewertet. Die Antragsgegnerin stellt in der mündlichen Verhandlung klar, dass die Forderungen nach einem „Konzept für kurzfristig erforderliche Sonderreinigungen“ und nach einem „Qualitätssicherungssystem“ sich nicht auf den konkreten Auftrag beziehen sollten, sondern es ging generell nur um den Auftragsgegenstand. Die Teilnehmer sollten lediglich darlegen, ob solche Konzepte grundsätzlich in ihren Betrieben vorhanden sind und welche allgemeinen Inhalte diese haben. Gleiches gelte für die Forderung nach einem „Qualitätssicherungssystem“, das ebenfalls nur einen sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand aufweisen müsse und nur die allgemeinen Maßnahmen betreffen sollte, die im Betrieb des Bewerbers zur Sicherung einer bestimmten Dienstleistungsqualität getroffen worden seien. Anhand der Wertungstabelle, die lediglich der Kammer vorgelegt wurde, ergibt sich, dass die Antragsgegnerin auch tatsächlich nur abstrakt diese Eignungsnachweise geprüft hat. Die Bewertung der verbliebenen 7 Teilnehmeranträge führte zu einer Auswahl von 6 Teilnehmern, die somit für eine weitere Beteiligung am Ausschreibungsverfahren vorgesehen seien. Dazu zählte auch die Antragstellerin.

Die Antragsgegnerin meint deshalb, dass die Antragstellerin aufgrund der vorgenommenen Korrekturen an den Ausschreibungsunterlagen nicht mehr in ihren Rechten beeinträchtigt ist.

Darüber hinaus trägt die Antragsgegnerin unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, Verg 43/03, vor, dass sie weder nach der SektVO noch nach den allgemeinen Grundsätzen aus den §§ 97 Abs. 1 und 2 GWB verpflichtet gewesen sei, die Methodik der Eignungsbewertung mitzuteilen. Für Auftragsvergaben nach der VOF sei es doch in der Rechtsprechung anerkannt, dass es genügt, wenn die Eignungsanforderungen genannt würden, wobei der Bekanntmachungstext lediglich erkennen lassen müsse, worauf es dem Auftraggeber bei der Beurteilung eines Mehrs an Eignung ankomme. Die Antragsgegnerin meint, dass insofern auch ihre Bekanntmachung vergaberechtlich nicht zu beanstanden sei.

Sie sei aber entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht verpflichtet, bereits zum jetzigen Zeitpunkt die Zuschlagskriterien festzulegen, sondern das könne entweder in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erfolgen. Die Methodik zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots sei vorliegend auf die Bewerberauswahl nicht übertragbar. Schließlich müssten die Bewerber auch in völliger Unkenntnis anderer Teilnehmer ihre Angebote abgeben, weil das Bewerberfeld zuvor nicht bekannt sei. Im Übrigen sei den öffentlichen Auftraggebern allein aufgrund ihrer Marktkennntnisse bekannt, welche Unternehmen als qualifizierte Anbieter in Frage kommen. Dafür bedürfe es nicht der Offenlegung eines Teilnehmerkreises, um dann gezielt Zuschlagskriterien zu erstellen, die für einige Anbieter nachteilig wären.

Die Antragstellerin erhielt Gelegenheit, sich zum Vortrag und der Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin zu äußern. Die Antragstellerin trägt vor, dass sie keinesfalls durch die Entscheidung der Antragsgegnerin klaglos gestellt worden sei. Die Antragstellerin führt aus, dass die Entscheidung der Antragsgegnerin auch bei der noch folgenden Angebotswertung Folgewirkungen für sie haben könne, wodurch ihre Chancen auf Erhalt des Zuschlags beeinträchtigt würden. Denn man könne nicht

ausschließen, dass unter den sechs ausgewählten Teilnehmern sich Bewerber befinden, die mit ihrem Teilnahmeantrag eigentlich ausgeschlossen werden mussten. Wenn ein solcher Bewerber dennoch die Möglichkeit erhalte, ein Angebot abzugeben und den Zuschlag erhalten sollte, dann würden sich die Vergaberechtsverstöße, die im Teilnahmewettbewerb erfolgt seien, noch zu einem späteren Zeitpunkt zum Nachteil der Antragstellerin auswirken.

Im Übrigen sollten nach der Bekanntmachung „bis zu 6 Teilnehmer“ ausgewählt werden. Insofern müssten die Anforderungen an die Bewerber so gestaltet und angewandt werden, dass nur diejenigen tatsächlich ausgewählt würden, die alle Nachweise vorlegen konnten. Die Eignungsprüfung müsse somit auch die Funktion eines Filters haben, so dass der Kreis der Teilnehmer für die 2. Phase des Verfahrens verkleinert werde. Denn je weniger Teilnehmer nach einer Eignungsprüfung übrig bleiben, desto größer seien die Chancen auf Erhalt des Auftrages für die Verbleibenden. Insofern sei es wesentlich, welche Kriterien tatsächlich noch übrig bleiben und der Wertung zugrunde gelegt werden.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass die Forderung nach Vorlage eines „Konzeptes“ im Rahmen einer Eignungsprüfung nur zulässig sei, wenn den Bietern zumindest die Mindestanforderungen diesbezüglich mitgeteilt würden. Zudem dürfe der öffentliche Auftraggeber nur Eignungsnachweise verlangen, die sachlich mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und die angemessen sind. Beides liege hier nicht vor. Die Antragsgegnerin habe keine objektiv nachprüfbaren „Mindestanforderungen“ hinsichtlich des Konzepts in der Bekanntmachung mitgeteilt, die einen konkreten Bezug zur Ausschreibung hätten. Die Auswahl der Bewerber würde dadurch intransparent. Die Antragsgegnerin habe zwar einen Bewertungsspielraum hinsichtlich der Eignung von Bewerbern, aber es müsse vor Öffnung bzw. Eingang der Teilnahmeanträge klar sein, nach welchen Maßstäben sie diesen Spielraum ausfüllen wolle, also welche Bewertungsmatrix dafür existiere. Im Übrigen werden Dokumentationsmängel geltend gemacht.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 2.4.2015 verlängert. Am 13.3.2015 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NRW. Der geschätzte Auftragswert für die im Streit stehenden Reinigungsleistungen beträgt ca. xxx Mio. € für den gesamten Vertragszeitraum und liegt damit oberhalb des nach § 1 Abs. 2 SektVO erforderlichen Schwellenwertes.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie sich mit einem Teilnehmerantrag an dem Verhandlungsverfahren beteiligt hat. Sie beanstandet, dass die geforderten Eignungsnachweise entweder nicht eindeutig sind (Unbedenklichkeitsbescheinigung der Sozialkassen) oder intransparent (Wertung von Eignungsanforderungen ohne konkreten Bezug zum Auftrag). Würden ihre Rügen zutreffen, könnte sie in ihren Rechten beeinträchtigt sein. Mehr muss eine Antragstel-

lerin zunächst nicht vortragen. Ob sie tatsächlich durch gegebenenfalls festgestellte Vergaberechtsverstöße in ihren Rechten aus § 114 Abs. 1 GWB verletzt ist, weil ihr ein Schaden droht, ist erst nach Feststellung eines konkreten Vergaberechtsverstößes zu prüfen. Denn zuvor kann eine solche Prüfung letztlich nur abstrakt durchgeführt werden, vgl. dazu VK Münster, 2.10.2014, VK 13/14.

1.2 Die Antragstellerin hat auch rechtzeitig gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB gerügt. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin, ist ein Bieter oder Bewerber verpflichtet, solche Verstöße, die er in der Bekanntmachung meint erkannt zu haben, umgehend, d.h. spätestens bis Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber zu rügen. Die Antragstellerin war somit gezwungen, bereits vor Abgabe ihrer Bewerbung, hier nach Veröffentlichung der Bekanntmachung, die am 17.1.2015 erfolgte, am 20.1. und ergänzend dazu am 27.1.2015, zu rügen. Nach Erhalt der Nichtabhilfeentscheidung am 28.1.2015 musste die Antragstellerin gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ebenfalls innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen mit einem Nachprüfungsantrag reagieren, was mit Antrag vom 30.1.2015 auch erfolgt ist.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

2.1 Die Antragsgegnerin hat gegen die Grundsätze aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB und § 20 SektVO verstoßen. Allerdings hat die Antragstellerin, da sie weiterhin am Verhandlungsverfahren (2. Phase) beteiligt wird, bislang keinen Schaden erlitten.

Gemäß § 97 Abs. 1 GWB beschaffen öffentliche Auftraggeber Waren-, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren, wobei gemäß Abs. 2 die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren grundsätzlich gleich zu behandeln sind.

§ 20 Abs. 1 SektVO verpflichtet die Auftraggeber, die Unternehmer anhand objektiver Kriterien auszuwählen, die allen interessierten Unternehmen zugänglich sein müssen. Gemäß Abs. 2 des § 20 SektVO kann der Auftraggeber im nicht offenen Verfahren und in den Verhandlungsverfahren die Zahl der Bewerber so weit verringern, dass ein angemessenes Verhältnis zwischen den Besonderheiten des Vergabeverfahrens und dem zu seiner Durchführung erforderlichen Aufwand sichergestellt ist, wenn dies erforderlich ist. Es sind jedoch so viele Bewerber zu berücksichtigen, dass ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet ist.

Die Bekanntmachung der Antragsgegnerin in der Fassung der Änderungsbekanntmachung vom 17.1.2015 erfüllte diese Anforderungen nicht.

Im Einzelnen

a) Die Forderung nach einer „Unbedenklichkeitsbescheinigung der Sozialkassen oder entsprechende Nachweise der Mitgliedstaaten“ war für sich genommen schon fehlerhaft und damit kein objektives Kriterium, weil es dafür keine Rechtsgrundlage im Bereich von Dienstleistungsaufträgen gibt, in diesem Sinne auch OLG Koblenz, 19.1.2015, Verg 6/14. Eine Auslegung aus der Sicht eines verständigen Bieters, wä-

re womöglich noch vertretbar gewesen, wenn es diese Nachweise auch im Dienstleistungsbereich geben würde. Eine Umdeutung hingegen nicht, da sich hier schon die Frage stellt, ob tatsächlich Unbedenklichkeitsbescheinigungen von Krankenversicherungen gemeint waren oder ob ein Bieter einfach nur mitteilen musste, dass er keine Beiträge an eine „Sozialkasse“ abführt, weil er damit nichts zu tun hat.

b) Vergaberechtlich fehlerhaft waren auch die Vorgaben für die Bewerberauswahl, die von der Antragsgegnerin auf die Anforderungen hinsichtlich der „technischen Leistungsfähigkeit“ begrenzt wurden.

Die Auswahl der Teilnehmer hat anhand von „objektiven Kriterien“ zu erfolgen. Unter objektiven Kriterien sind Kriterien zu verstehen, welche auftragsbezogen die Feststellung der Eignung der Unternehmen ermöglichen. Die Kriterien müssen demnach eine Beurteilung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber für die Ausführung des konkret ausgeschriebenen Auftrags zulassen, vgl. Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 20 SektVO, Rn. 2. § 20 Abs. 2 SektVO verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber zwar nicht zu einer Bekanntgabe einer „Bewertungsmatrix“ hinsichtlich der objektiven (Eignungs-) Kriterien. Aus Gründen der Transparenz und des Wettbewerbs müssen die am Auftrag interessierten Personen jedoch erkennen können, wie sie ihre Eignung nachweisen sollen und auf welche Weise bei einer größeren Anzahl geeigneter Bewerber diejenigen Teilnehmer ausgewählt werden, die am weiteren Verfahren beteiligt werden.

aa) Soweit somit die Auswahl der Bewerber anhand von Kriterien erfolgen soll, die nicht nur als einfach „vorhanden oder nicht vorhanden“ (Mindestanforderungen) geprüft werden (wie beispielsweise im Falle von Handelsregisterauszügen oder Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Berufsgenossenschaft usw.), sondern Kriterien genannt sind, die eine differenzierende Eignungsbeurteilung eröffnen, müssen aufgrund der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze aus den Bestimmungen des § 97 Abs. 1 und 2 GWB den Bewerbern auch die „Auswahlkriterien zur Eignung“ mitgeteilt werden, in diesem Sinne für das vergleichbare Verfahren nach der VOF auch VK Münster, 25.1.2011, VK 10/10; VK Mecklenburg-Vorpommern, 25.4.2014, 2 VK 06/14; OLG München, 26.6.2007, Verg 6/07; entgegen OLG Düsseldorf, 29.10.2003, Verg 43/03; OLG Düsseldorf, 3.8.2011, Verg 16/11.

In der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Verg 43/03 differenziert der Senat allerdings danach, ob der öffentliche Auftraggeber bereits vor der Vergabebekanntmachung intern Regeln für die Gewichtung der an die Eignungsprüfung anzulegenden Auswahlkriterien aufgestellt hat. In einem solchen Fall, so das OLG Düsseldorf, müssen – und zwar aus Gründen der Gleichbehandlung der Bewerber und der Transparenz des Vergabeverfahrens – in der Vergabebekanntmachung nicht nur die Kriterien als solche, sondern es muss auch die bei der Auswahl vorgesehene Gewichtung der Kriterien mitgeteilt werden. Ob man tatsächlich eine solche Differenzierung vor dem Hintergrund der allgemeinen Vergabegrundsätze aus §§ 97 Abs. 1 und 2 GWB vornehmen kann, lässt die Kammer hier dahin gestellt. Denn die Antragsgegnerin hatte hier intern solche „Regeln“ für die Eignungsprüfung aufgestellt, was sie durch die Veröffentlichung der Gewichtung und der Punkteskala in der Bekanntmachung vom 17.1.2015 dokumentierte.

Auch das OLG Saarbrücken, Beschluss vom 15.10.2014, 1 Verg 1/14, führte dazu aus, dass bei der Auswahl der Bewerber in einem VOF-Verfahren grundsätzlich zwei

Stufen mit unterschiedlichen Anforderungen zu unterscheiden und strikt von einander zu trennen sind und jedenfalls dann, wenn der öffentliche Auftraggeber bereits vor der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung Regeln für die Gewichtung der zur Anwendung vorgesehenen Auswahlkriterien aufgestellt hat, er diese Kriterien den Bewerbern im Voraus bekannt geben muss. Dies folge, so dass OLG Saarbrücken, auch aus den allgemeinen Geboten der Transparenz und dem Wettbewerbsgrundsatz. Wenn somit der Auftraggeber schon bei der Bekanntmachung eine Gewichtung der Eignungskriterien vorgenommen hat, muss er die dahinstehenden Anforderungen auch mitteilen.

Aus Sicht der Kammer ist mittlerweile auch aufgrund der grundlegenden Entscheidungen des EuGH vom 24.11.2005, Rs. C-331/04 und vom 24.1.2008 C-532/06 (Lianakis) klargestellt, dass ein Bewerber oder Bieter aus Gründen der Gleichbehandlung und der Transparenz bei der Fertigung seines Angebotes alle grundlegenden Auswahlkriterien, die der öffentliche Auftraggeber als Maßstab für die Bewertung zugrunde legen will, kennen muss. Die Entscheidungen beziehen sich zwar immer auf die Angebotsbewertung in offenen Verfahren. Eine vergleichbare Fallkonstellation liegt aber vor, wenn anhand von Eignungskriterien eine „Reduzierung und Auswahl“ von Bewerbern in einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb erfolgen soll und die Angaben der Bieter bepunktet werden sollen.

Lässt der öffentliche Auftraggeber solche Vorgaben weg, hat er einen umfangreichen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Eignungsbeurteilung und die Bewerber sind allein auf die Vorgaben in der Bekanntmachung angewiesen. Sie müssen dann ihre Teilnahmeanträge vor dem Hintergrund der zu beauftragenden Leistungen zusammenstellen. Wird hingegen eine „Bewertungsmatrix“ in der Bekanntmachung angegeben, will jeder Teilnehmer zu recht wissen, welche Angaben mit 0 (schlecht) oder mit 5 (sehr gut, optimal aus Sicht des Auftraggebers) bewertet werden.

Die Antragsgegnerin hat vorliegend hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit insgesamt 3 Anforderungen gestellt, wobei sie zu der 1. Anforderung (Referenzliste 40%) den Bewerbern bestimmte Mindestanforderungen nennt und auch noch Punkte nach der Punkteskala vergeben will. Hinsichtlich der 2. und 3. Anforderung in der Bekanntmachung (Konzept 30% und Qualitätssicherungssystem 30 %) werden keine Mindestvorgaben gemacht, sondern diesbezüglich werden nur Punkte vergeben.

Da dadurch ein Ranking innerhalb des Teilnehmerkreises erfolgen sollte, also eine Auswahl vorgenommen wird, konnte die Bewertung nur gelingen, wenn den Teilnehmern zuvor die „Auswahlkriterien“ mitgeteilt werden. Denn nur so wird transparent, für welche Anforderungen denn wie viele Punkte vergeben werden.

bb) Zudem sind jedenfalls die Forderungen nach Vorlage eines „Konzeptes für erforderliche Sonderreinigungen“ als auch der „Nachweis und die Beschreibung eines Qualitätssicherungssystems“ für ein Auswahlverfahren nur geeignet, wenn der Bezug zum Auftrag oder zum Unternehmen des Bewerbers eindeutig hergestellt wird. Denn es ist vergaberechtlich unzulässig, die Eignungs- und Zuschlagskriterien miteinander zu vermengen, vgl. u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.8.2011, Verg 16/11.

In der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin aber klargestellt, dass sie mit diesen Forderungen einen Bezug zu den Unternehmen herstellen wollte. Sie ha-

be lediglich allgemeine Nachweise erwartet, die grundsätzlich mit dem ausgeschriebenen Auftragsgegenstand zusammen hängen, aber keine konkreten, auf den Auftrag abgestimmten Konzepte. Da sich weder aus der Bekanntmachung noch aus den Vergabeunterlagen anderweitige Anhaltspunkte ergeben, unterstellt die Kammer die Ausführungen der Antragsgegnerin als zutreffend. Damit hat sie eignungsbezogene Anforderungen aufgestellt, was zulässig war.

cc) Die Antragsgegnerin war auch nicht verpflichtet, die Zuschlagskriterien bereits vor der Bekanntmachung festzulegen und den Teilnehmern gegebenenfalls zu benennen.

Gemäß § 29 Abs. 4 SektVO haben die öffentlichen Auftraggeber die Wahl, ob sie die Zuschlagskriterien bereits in der Bekanntmachung oder erst in den Vergabeunterlagen angeben. Diese Vorschrift unterscheidet nicht danach, welches Vergabeverfahren der Sektorenauftraggeber gemäß § 6 Abs. 1 SektVO auswählt. Auch im Falle eines Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung gilt somit § 29 Abs. 4 SektVO.

Würde man die Ausführungen der Antragstellerin als zutreffend unterstellen, so müsste jedenfalls für Verhandlungsverfahren – da diese immer dazu führen, dass anschließend der Teilnehmerkreis der Vergabestelle bekannt ist - , grundsätzlich gefordert werden, dass bereits vorher die Zuschlagskriterien festgelegt sind. Eine solche Vorschrift gibt es nicht und auch § 29 Abs. 4 SektVO fordert dies nicht.

Einen Verstoß gegen die allgemeinen Wettbewerbsgrundsätze aus §§ 97 Abs. 1 und 2 GWB liegt ebenfalls nicht vor. Denn auch ohne dieses „Wettbewerbsergebnis“ nach Auswahl der Teilnehmer, kann eine Vergabestelle allein aufgrund ihrer Marktkenntnisse Zuschlagskriterien festlegen, die für einige Unternehmen günstig, für andere hingegen nachteilig sind.

Im Ergebnis hat die Antragsgegnerin aber mit der Änderungsbekanntmachung vom 17.1.2015 gegen § 20 SektVO und §§ 97 Abs. 1 und 2 GWB verstoßen.

2.2 Auf diesen Befund hat die Antragsgegnerin aber bereits im laufenden Nachprüfungsverfahren reagiert und eine Korrektur vorgenommen. Der öffentliche Auftraggeber hat auch noch während eines Nachprüfungsverfahrens die Möglichkeit, in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren, die festgestellten Mängel zu beheben, so BGH, Beschluss vom 26.9.2004, X ZB 14/05; BGH, Urteil vom 1.8.2006, X ZR 115/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.8.2010, Verg 32/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.7.2013, Verg 10/13.

a) Der öffentliche Auftraggeber darf die Eignungsanforderungen und sonstigen Ausschreibungsbedingungen im Laufe des Vergabeverfahrens jederzeit ändern, sofern dies nur in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren geschieht. Einen solchen Weg hat die Antragsgegnerin hier gewählt. Anstatt eine Rückversetzung aufgrund einer Entscheidung der Kammer abzuwarten, hat sie bereits während der Ausschreibung – offensichtlich aufgrund anwaltlicher Beratung- ihre Anforderungen in Bezug auf die Eignung gesenkt.

aa) Zunächst hat sie die Anforderung „Unbedenklichkeitsbescheinigung der Sozialkassen“ komplett fallen gelassen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kommt es diesbezüglich nicht mehr darauf an, ob ein solches Kriterium nur einzelne

Bieter tangiert oder alle davon betroffen wäre (subjektiv oder objektiv unmöglich). Diese Eignungsanforderung war nicht mehr Gegenstand des Auswahlverfahrens und ist somit nicht mehr angewandt worden. Die Bewerber sind unabhängig von diesem Kriterium ausgewählt worden. Würde die Kammer eine Rückversetzung anordnen, könnte sich die Antragsgegnerin natürlich auch dafür entscheiden, diese Anforderung konkret wieder aufzugreifen. Bereits jetzt hat die Antragsgegnerin aber dargelegt, dass sie das nicht beabsichtigt, sondern das Kriterium nicht mehr gefordert und geprüft wird. Eine Rückversetzung würde damit ins Leere laufen und wäre auch vergaberechtlich unzulässig (in diesem Sinne auch OLG München, Beschluss vom 9.8.2010, Verg 13/10).

bb) Die Anforderungen an ein „Konzept für kurzfristige Sonderreinigungen“ und das „Qualitätssicherungssystem“ sind von der Antragsgegnerin lediglich als Eignungsnachweise in Bezug auf das Unternehmen überprüft worden, wobei sie ihren Beurteilungsspielraum jedenfalls nicht zum Nachteil der Antragstellerin ausgeübt hat. Ob andere Teilnehmer möglicherweise unzulässigerweise ausgeschlossen wurden oder nicht, kann die Kammer hier nicht prüfen.

b) Das von der Antragsgegnerin beschrittene Verfahren zur Fehlerbehebung war vergaberechtlich zulässig. Sie kann grundsätzlich frei darüber bestimmen, welche Anforderungen sie an die Bieter bzw. Teilnehmer stellen will. Sie kann auch Anforderungen einfach fallen lassen.

Allerdings ist ein öffentlicher Auftraggeber daran gebunden, die Fehler in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu beseitigen, d.h. gegenüber allen Bietern sind diese Anforderungen einzuhalten. In Bezug auf die Rechtsstellung der Antragstellerin sind diese Grundsätze eingehalten worden. Die Antragstellerin ist vorliegend nicht diskriminiert worden, weil sie trotz der Korrekturen an den Eignungsanforderungen im Verfahren bleibt. Dass diese Änderungen nicht gegenüber allen Bietern bekanntgegeben wurden, sondern bei der Bewertung der Teilnahmeanträge im Nachprüfungsverfahren einfach angewandt wurden, führt jedenfalls nicht zu einer Intransparenz bei der Antragstellerin. Denn diese hat in der mündlichen Verhandlung von diesen Korrekturen erfahren und gleichzeitig mitgeteilt bekommen, dass diese Korrekturen auf ihre Bewerbung keine Auswirkungen haben werden.

2.3 Durch die zuvor festgestellten, aber im Verfahren zulässigerweise korrigierten Vergaberechtsverstöße ist die Antragstellerin nicht mehr in ihren Rechten aus § 114 Abs. 1 GWB verletzt.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

a) Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.6.2010, Verg 10/10; Beschluss vom 3.8.2011, Verg 6/11, ist die Feststellung einer mindestens nicht ausschließbaren Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers neben einer Rechtsverletzung für den Erfolg des Nachprüfungsverfahrens unerlässlich. Durch den festgestellten Vergaberechtsverstoß muss ein Antragsteller somit tatsächlich und kausal in seinen Rechten verletzt werden.

Dies kann vorliegend nicht ohne weiteres festgestellt werden, weil die Antragsgegnerin glaubhaft mitgeteilt hat, dass sie auf jeden Fall die Antragstellerin mit in den Kreis derjenigen Teilnehmer aufnehmen wird, die in die 2. Phase des Verhandlungsverfahrens kommen, also zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden. Die Vergaberechtsverstöße im Zusammenhang mit der Bekanntmachung führen somit nicht unmittelbar zu einem Schaden bei der Antragstellerin, in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, 3.8.2011, Verg 16/11.

Eine Beeinträchtigung der Rechte der Antragstellerin durch die durchgeführten Änderungen ist ebenfalls nicht erkennbar, weil jedenfalls in Bezug auf die Person der Antragstellerin nicht gegen die Grundsätze auf Gleichbehandlung und Transparenz verstoßen wurde.

b) Soweit die Antragstellerin darauf abstellt, dass der Kreis der ausgewählten Teilnehmer sich nicht mehr „ordnungsgemäß“ zusammensetze, kann sie damit nicht gehört werden.

Denn ein Antragsteller hat in einem Nachprüfungsverfahren grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass ein Vergabeverfahren vergaberechtlich ordnungsgemäß durchgeführt wird. Das Vergabenachprüfungsverfahren ist kein objektives Beanstandungsverfahren, das allgemein die Durchsetzung des Vergaberechts bezweckt (so OLG Düsseldorf, 3.8.2011, Verg 16/11), und das eine generelle Überprüfung des behördlichen Handelns, also der Rechtmäßigkeit der gesamten Ausschreibung, veranlasst. Es gibt kein ideelles Interesse eines Unternehmens am Auftrag, sondern nur ein eigenes und subjektives Recht eines Bewerbers, so § 107 Abs. 2 GWB.

Daraus folgt, dass ein Unternehmen grundsätzlich keinen Einfluss darauf haben kann, wie sich der Kreis der Teilnehmer zusammensetzt. Er kann weder darlegen, dass es zu einer möglicherweise anderen Bewerberauswahl kommen würde, wenn die Bekanntmachung ordnungsgemäß war, noch kann er verlangen, dass der Kreis der Teilnehmer aufgrund der (fehlerhaften) Anforderungen sich verringern würde, so dass sich seine Chancen auf Erhalt des Auftrages dadurch erhöhen würden. Die Antragstellerin würde in beiden Fällen verlangen, dass ein „vergaberechtlich beanstandungsfreies“ Verfahren durchgeführt wird, worauf die Unternehmen aber keinen Anspruch haben, weil dadurch nicht die bessere Bewertung ihres Angebots bzw. Teilnahmeantrages gewährleistet wird, sondern das würde auf eine allgemeine Kontrolle der Vergabestellen hinauslaufen.

Ein Unternehmen hat hingegen Anspruch darauf, dass seine Chancen auf Erhalt des Auftrages gewahrt werden. In einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb kommt es somit darauf an, dass sich Fehler bei der Bewertung der Teilnahmeanträge nicht zum Nachteil der Antragstellerin auswirken können. Das wäre dann der Fall, wenn das bereits erfolgte Auswahlverfahren sich nachteilig auf die Erstellung seines Angebots oder gar dessen Bewertung auswirken würde. Auch auf Nachfrage der Kammer in der mündlichen Verhandlung konnte die Antragstellerin keine diesbezüglichen nachteiligen Auswirkungen darlegen, die voraussichtlich bei der Fertigung ihres Angebots auftreten würden.

Im Ergebnis ist nach der Korrektur der Eignungsauswahl die Antragstellerin nicht mehr in ihren Rechten gemäß § 114 Abs. 1 GWB verletzt.

2.4 Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass eine Feststellung darüber, ob das durchgeführte Auswahlverfahren bislang insgesamt ordnungsgemäß erfolgt ist, nicht möglich ist. Denn zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann nicht überprüft werden, welche Beeinträchtigungen möglicherweise die ausgeschlossenen Teilnehmer noch vortragen würden.

2.5 Der Nachprüfungsantrag war trotz der festgestellten Vergaberechtsverstöße zurückzuweisen. Denn die Antragsgegnerin hat einerseits ihre fehlerhafte Bekanntmachung zulässigerweise im Verfahren korrigiert und die Bewertung der Teilnehmeranträge anhand dieser korrigierten Unterlagen vorgenommen. Sowohl durch die Korrektur der Bekanntmachung als auch durch die Bewertung des Teilnahmeantrags war jedenfalls die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt. Wenn sie aber dennoch meint, dass ihre Rechte verletzt sind, liegt keine Erledigung der Nachprüfung vor. Insofern kommt eine Zurückversetzung des Verfahrens mit der Verpflichtung zu einer Neubekanntmachung vorliegend durch die Kammer nicht in Frage. Da somit den Hauptanträgen nicht entsprochen wurde, kam der hilfsweise zu 2. gestellte Antrag zu 3 nicht mehr zum Tragen. Es war somit streitig zu entscheiden.

III.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben, wobei diese Kosten durch die unterliegende Partei zu tragen sind.

Die Gebühr beträgt mindestens 2500 € und soll gemäß § 128 Abs. 2 GWB den Betrag von 50.000 € nicht überschreiten. Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca.xxxx Mio. € über einen Zeitraum von 7 Jahren, beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Gebührentabelle des Bundes und der Länder xxxx €. Diese Gebühr wird der Antragstellerin als unterliegende Partei auferlegt.

Die Aufwendungen der Antragsgegnerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB auferlegt, wobei die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin aufgrund der Komplexität des Nachprüfungsverfahrens für notwendig erklärt wird. Die Antragsgegnerin hat offensichtlich erst durch die anwaltliche Beratung erkannt, welche Vergaberechtsverstöße bereits in der Änderungsbekanntmachung vorlagen. Allein daraus ist ersichtlich, dass es für die Antragsgegnerin sinnvoll und auch erforderlich war, einen Anwalt hinzuziehen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, 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.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Stolz

Sadowski