

Leitsätze:

1. Das "erkannt haben" (§ 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB) ist ein subjektiver, innerer Vorgang, der sich zunächst "im Kopf" (von den die Unterlagen prüfenden Personen) abspielt und sich erst durch Akten- oder Gesprächsnotizen oder durch sonstige Indizien, die zwanglos den Schluss auf das Erkannthaben zulassen, nach außen objektiviert und damit als Beleg für die Feststellung, ob und wann der Verstoß positiv erkannt wurde, dienen kann, sofern ein Antragsteller nicht selbst einräumt, den Verstoß zu einem evtl. früheren Zeitpunkt erkannt zu haben.
2. Bei der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB handelt es sich um eine Rechtsbehelfsfrist, auf deren Bestehen der öffentliche Auftraggeber hinzuweisen hat. Ist ein solcher Hinweis durch die VSt unterblieben, beginnt diese Frist nicht zu laufen.
3. Grundsätzlich besteht für einen öffentlichen Auftraggeber auf der Ebene der Angebotswertung ein gewisser Spielraum, der nicht dadurch eingeschränkt werden darf, dass er im Voraus zum Aufstellen mehrstufiger Unterkriterien und in entsprechende Gewichtungen aufgegliederte Bewertungsregeln verpflichtet ist. Daraus ergibt sich auch, dass der öffentliche Auftraggeber nicht nur objektivierbare Kriterien (bspw. Größen- oder Gewichtsangaben) zum Einsatz bringen muss, sondern auch subjektive Eindrücke über den Ausschreibungsgegenstand in die Bewertung einfließen dürfen, solange diese hinreichend transparent kommuniziert wurden und ein willkürliches Ergebnis der Angebotswertung ausgeschlossen ist.

Der Bewertungsspielraum findet seine Grenzen dort, wo eine willkürliche Zuschlagserteilung nicht mehr mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann und/oder eine wirksame Überprüfung, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, nicht möglich ist (vgl. § 127 Abs. 4 GWB). Insbesondere ist es vergaberechtlich unzulässig, wenn Bewertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass die Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien informiert werden und daher von einer willkürlichen bzw. diskriminierenden, also das Transparenzgebot missachtenden Angebotswertung nicht mehr effektiv zu schützen sind.

Antragstellerin:

.....

Bevollmächtigte:

.....

(**Antragstellerin - ASt**)

Vergabestelle:

.....

(**Vergabestelle - VSt**)

Beigeladene:

.....

Bevollmächtigte:

.....

(**Beigeladene - BGI**)

Vergabeverfahren:

HLF 20, Aufbau + Beladung (Los 2)

Offenes Verfahren nach §§ 14 Abs. 2 Alt. 1, 15 VgV

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 08.02.2017 durch die Vorsitzende, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Das Vergabeverfahren wird zurückversetzt in den Stand vor der Bereitstellung der Vergabeunterlagen und ist unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Vergabestelle und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin je zur Hälfte.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €
Auslagen sind nicht angefallen.
5. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

S a c h v e r h a l t :

1.

Die VSt schrieb im EU-Amtsblatt vom xx.xx.xxxx die Beschaffung eines Hilfeleistungslöschgruppenfahrzeugs Typ HLF 20 für die Freiwillige Feuerwehr im Offenen Verfahren aus. Streitgegenständlich ist das Los 2 – Aufbau und Beladung.

Schlussstermin zur Angebotsabgabe war der xx.xx.xxxx.

Zuschlagskriterien sind gem. Vergabeunterlagen der Preis (50%), der Erfüllungsgrad (25%) und die Einsatzfunktionalität (25%).

2.

Das Kriterium Einsatzfunktionalität sollte durch ein Arbeitsgremium bewertet werden, das verschiedene Punkte (Verarbeitung, Qualität des Aufbaus, Bedienung der Geräte-

raumverschlüsse, Lagerung der Ausrüstung, Entnahme der Ausrüstung), die die Funktionalität des Einsatzes beeinflussen, bewertete.

Es sollten pro Unterpunkt zwischen 0 und 10 Punkte vergeben und ein Mittelwert aus allen Unterpunkten gebildet werden. Für diese Bewertung fand eine Vergleichsvorführung statt.

3.

Das Leistungsverzeichnis enthielt 239 Positionen sowie Spalten für Preisangaben. Die Positionen des Leistungsverzeichnisses waren entweder als Ausschlusskriterien (A) oder Bewertungskriterien (B) gekennzeichnet. Weiterhin waren Optionen genannt, die nur bei entsprechenden Gewichtsreserven und zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln wahrgenommen werden sollten. Sie wurden bei Anwendung der Zuschlagskriterien nicht berücksichtigt und daher als Informationskriterium (I) gekennzeichnet.

4.

Mit Schreiben vom xx.xx.xxxx rügte die ASt verschiedene Positionen des Leistungsverzeichnisses sowie Zuschlagskriterien.

Gerügt wurden außerdem unklar formulierte Ausschlusskriterien. Es sei bspw. unklar, was unter einem „einfach verstellbaren Profilsystem“ (Position 17) zu verstehen sei.

In Position 19 wurden als Ausschlusskriterium zwei „unterschiedliche Musterbeladungspläne“ verlangt. Dabei sei unklar, worin die Unterschiede bestehen sollten.

In Position 72 wurde als Ausschlusskriterium eine Leistungs- und Energiebilanz für das gesamte Fahrzeug gefordert. Dies sei einem Aufbauhersteller nur in Kenntnis von Leistungs- und Energiedaten von Fahrgestellen möglich. Es sei außerdem unklar, mit welchen Parametern gearbeitet werden solle, wenn von ungünstigen Betriebszuständen auszugehen sei.

Hinsichtlich der Einsatzfunktionalität rügte die ASt, dass es an konkreten Vorgaben hinsichtlich des Wertungsvorgangs und der Wertungskriterien fehle.

Schließlich wurde die gemeinsame Vorführung gerügt, da die Bieter hierdurch vom jeweiligen Angebotsinhalt der Wettbewerber Kenntnis erhielten.

5.

Die VSt teilte durch Schreiben vom xx.xx.xxxx eine Änderung des Leistungsverzeichnisses für Los 2 mit. In Bezug auf die Positionen des Leistungsverzeichnisses erfolgte Abhilfe, indem zuvor unklar formulierte Ausschlusskriterien zu Informationskriterien umgewandelt oder präzisiert wurden. Für das Zuschlagskriterium Einsatzfunktionalität wurden Unterkriterien festgelegt.

Diese lauteten im Einzelnen:

1. Platzverhältnisse

Es soll der zur Verfügung stehende Platz in der Mannschaftskabine bewertet werden. Dies gilt sowohl für die Beinfreiheit zwischen den Sitzreihen als auch die Breite und Höhe der Kabine.

2. Ein- und Ausstieg

Augenmerk sollte hier auf das sichere Ein- und Aussteigen auch unter Atemschutz gelegt werden. Dazu zählt auch die Öffnungsweite der Mannschaftsraumtüre.

3. Sitzkomfort und Platz

Bewertet werden hier der Sitzkomfort, die Sitzgröße und die Bewegungsfreiheit.

4. Unterbringung der Geräte

Zu beurteilen ist die Unterbringung der Geräte, mit der Sicherung und Entnahme.

5. Ausführung Innenausbau

Wie ist der Mannschaftsraum ausgebaut, verschiedene Materialien, Schlüssigkeit, Funktionalität?

6. Raumverhältnisse

Wie viel Platz steht im Koffer zur Verfügung? Wie flexibel ist er nutzbar?

7. Unterbringung der Geräte

Wie sind die Geräte gelagert? Wie sind sie gesichert? Sind bei Kisten Auszugssicherungen vorhanden? Wird der Platz sinnvoll genutzt?

8. Entnahme der Geräte

Wie können die Geräte entnommen werden? Bedienbarkeit mit Handschuhen? Wie groß sind die Entnahmehöhen?

9. Bedienung Pumpe

Wie lässt sich die Pumpe bedienen? Wie verständlich ist die Anordnung von Taster oder die Führung durch ein Menü? Wie funktioniert der Notbetrieb?

10. Innenausbau allgemein

Werden unterschiedliche Materialien verwendet? Werden unterschiedliche Verbindungselemente verwendet? Wie ist die Verarbeitung im Allgemeinen? Wie stabil sind die Auszüge?

Die VSt verlängerte außerdem die Angebotsfrist und bestimmte einen neuen Termin für die Vergleichsvorfürungen.

6.

Mit Schreiben vom xx.xx.xxxx rügte die ASt erneut. Die Kriterien, die zur Präzisierung der Einsatzfunktionalität dienen sollten, seien intransparent. Aus ihnen gehe nicht hervor, welchen Anforderungen das Angebot genügen müsse, um jeweils volle Punktzahl zu erreichen. Außerdem rügte die ASt, dass die Wertung nur hinsichtlich der Vergabe von 10 Punkten und weniger als 6 Punkten dokumentiert werden sollte. Für die Vergabe von 7, 8 und 9 Punkten sei keine Begründung vorgesehen.

7.

Die ASt und die BGI haben sich jeweils mit einem Angebot hinsichtlich des Loses 2 am Verfahren beteiligt.

8.

Mit Schreiben vom 15.12.2016 informierte die VSt die ASt gem. 134 GWB, dass ihr Angebot aus wirtschaftlichen Gründen nicht berücksichtigt werden sollte. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der BGI zu erteilen.

9.

Mit Schreiben vom 21.12.2016 rügte die ASt den Inhalt des Informationsschreibens und forderte die VSt unter Verweis auf das Rügeschreiben vom xx.xx.xxxx auf, das Informationsschreiben zurückzuziehen.

10.

Am 23.12.2016 stellte die ASt Nachprüfungsantrag und beantragte:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren „Ersatzbeschaffung eines Hilfeleistungs-Löschgruppenfahrzeug HLF 20 für die FF“ bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Bereitstellung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen, hilfsweise, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Vergabenachprüfungsverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

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

Außerdem beantragte die ASt Akteneinsicht in die Vergabeakte.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet

Die ASt sei antragsbefugt gem. § 160 Abs. 2 GWB. Sie habe ein Interesse am Auftrag und dieses sogar trotz vorgebrachter Vergaberechtsverstöße durch Abgabe eines Angebots dokumentiert. Die ASt sei auch ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen. Sie habe jeweils innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen nach Kenntnis von Vergaberechtsverstößen diese gerügt.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die für das Zuschlagskriterium Einsatzfunktionalität nachträglich bekannt gemachten Unterkriterien seien intransparent. Für die Vergabe von 0 bis 10 Wertungspunkten fehlten jegliche Vorgaben. Der Zielerreichungsgrad werde nicht definiert. Es sei Bietern nicht möglich, ihr Angebot bestmöglich auf die Erfüllung der Wertungskriterien auszurichten.

Der Transparenzgrundsatz verlange gem. § 127 Abs. 4 GWB, dass die aufgestellten Bewertungskriterien, insbesondere die für die Vergabe der Wertungspunkte maßgeblichen Unterkriterien, hinreichend bestimmt seien. Hieran fehle es bei sämtlichen Unterkriterien für die Einsatzfunktionalität.

Beim Unterkriterium Ziff. 2 Ein- und Ausstieg werde lediglich mitgeteilt, dass das „Augenmerk“ auf das sichere Ein- und Aussteigen unter Atemschutz gelegt werde. Hierzu zähle auch die Öffnungsweite der Mannschaftsraumtür. Es bleibe offen, welche Merkmale der Mannschaftskabine, der Tür und des Ausstiegs noch bewertet werden.

Beim Unterkriterium Ziff. 1 würden die Platzverhältnisse in der Mannschaftskabine bewertet, insbesondere die Beinfreiheit zwischen den Sitzreihen, aber auch Breite und Höhe der Kabine. Im Unterkriterium Ziff. 3 würden Sitzkomfort und –platz bewertet. Ein Aspekt sei die Bewegungsfreiheit. Hier sei unklar, wie die Bewegungsfreiheit von der Bewertung der Platzverhältnisse in der Kabine abzugrenzen sei. Die Beinfreiheit, die maßgeblich für die Bewegungsfreiheit im Sitzen sei, würde bereits unter Ziff. 1 bewertet. Ebenfalls unklar sei Unterkriterium Ziff. 4, in dem die Unterbringung der Geräte mit Sicherheit und Entnahme bewertet werde, da im Unterkriterium Ziff. 7 ebenfalls die Unterbringung der Geräte bezogen auf die Lagerung und Sicherheit bewertet werde. Ob durch die verschiedenen Kriterien die Unterbringung von Geräten an verschiedenen Stellen des Fahrzeugs bewertet werde, erschließe sich nicht. Ebenfalls sei unklar, welche Geräte gemeint seien.

Intransparent sei auch Unterkriterium Ziff. 5 die Ausführung des Innenausbaus betreffend. Dort würden die Begriffe Schlüssigkeit und Funktionalität aufgeführt. Diese seien

aus sich heraus nicht verständlich. Ein Bezug zur Einsatzfunktionalität lasse sich nicht erkennen. Darüber hinaus würden mögliche Funktionalitätsaspekte wie Bewegungs- und Beinfreiheit bereits durch andere Unterkriterien abgedeckt.

Unterkriterium Ziff. 6 ziele auf die Raumverhältnisse ab. Es werde nach dem Platz im Koffer gefragt, wobei unklar sei, ob mit Platz Raumvolumen oder eine Fläche gemeint sei. Als Aspekt sei auch die sinnvolle Nutzung des Platzes genannt. Es sei unklar, was unter einer sinnvollen Nutzung zu verstehen sei. Dies könnte bedeuten, dass möglichst viele Geräte untergebracht sind, aber auch eine einfache und übersichtliche Unterbringung.

Unterkriterium 8 stelle die Frage, wie die Geräte entnommen werden können. Es sei unklar, was mit dieser Frage gemeint sei.

Unterkriterium 9 stelle die Frage, wie sich die Pumpe bedienen lasse und wie der Notbetrieb funktioniere. Unklar sei, worauf diese Fragen abzielten. Dies könnte der manuelle Betrieb oder die technische Funktionalität sein.

Schließlich sei auch das Unterkriterium 10 „Innenausbau Allgemein“ intransparent. Die Fragen nach Materialien und Verarbeitung im Allgemeinen seien im Hinblick auf die Bewertung der Einsatzfunktionalität unklar.

Für transparente Zuschlagskriterien sei es Voraussetzung, dass diese Kriterien nicht nur vollständig bekannt gemacht würden, sondern auch deren Bewertung festgelegt werde. Die Bewertungsmaßstäbe müssten definiert sein. Vorliegend würden diese jedoch von der VSt offen gelassen. Bei keinem der 10 Bewertungskriterien lasse sich von einem fachkundigen Bieter absehen, welche Anforderungen der eigene Aufbau erfüllen müsse, um die volle Punktzahl zu erhalten. Es fehle bereits an einer Festlegung, wie viele von 10 Punkten für genannte Gesichtspunkte vergeben werden sollen. Es fehlten auch Vorgaben, wie zwischen verschiedenen Angeboten abgestuft werden solle.

Die aufgestellten Wertungsmaßstäbe seien insgesamt so intransparent, dass Bieter nicht mehr angemessen über Kriterien und Modalitäten informiert würden und infolge dessen vor einer willkürlichen Angebotsbewertung nicht mehr effektiv zu schützen seien.

Die Begrenzung der Dokumentation der Wertung auf bestimmte Punkte-Korridore verstoße ebenfalls gegen den Transparenzgrundsatz. Dieser verlange, dass die Wertungsentscheidungen so dokumentiert würden, dass die Entschlussfassung des Gremiums inhaltlich nachvollziehbar sei. Eine solche Überprüfbarkeit sei nicht gegeben, wenn die Vergabe von 7 bis 9 Punkten mangels einer Dokumentation der Gründe für die Punktevergabe nicht überprüft werden könne.

§ 8 Abs. 1 S. 2 VgV verlange ausdrücklich die Dokumentation der Gründe für die Auswahlentscheidung und den Zuschlag. Hierzu gehöre die Angabe der Punktevergabe, also eine Begründung der Angaben in der vorbereiteten Wertungsmatrix.

11.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 23.12.2016 der VSt zugestellt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

12.

Mit Schreiben vom 02.01.2017 und 03.01.2017 erwiderte die VSt, dass die textliche Erläuterung des Bewertungsverfahrens präzisiert worden sei. Sie halte diese für ausreichend genau und nachvollziehbar. Eine Punktangabe, welche Details mit wie vielen Punkten bei der Besichtigung der Vergleichsfahrzeuge bewertet würden, sei im Vorfeld unmöglich. Hierzu wäre erforderlich, dass die Vorführfahrzeuge exakt die Ausstattung des ausgeschriebenen Fahrzeugs hätten. Dies sei seitens der Bieter unmöglich umzusetzen.

Produktvorgaben würden im Sinne der Neutralität auf ein Minimum reduziert. Sie ließen sich jedoch nicht ganz vermeiden, da Teile aus dem alten Fahrzeug in das neue übernommen werden sollten und für diese z. B. die passenden Halterungen vorhanden sein müssten.

13.

Mit Schreiben vom 11.01.2017 trug die ASt vor, es dürften nur Zuschlagskriterien verwendet werden, die so hinreichend transparent sind, dass die Bieter in die Lage versetzt werden, ihre Angebote bestmöglich auf die vollständige Erfüllung dieser Kriterien auszurichten. Bei der Anwendung eines Punktesystems bedürfe es hierzu auch der Festlegung, für welches Unterkriterium wie viele Punkte vergeben und wie die Punktvergabe gestaffelt würde, also einer Definition des Erfüllungsgrades.

Im Verfahren der Stadt, die sich zur Ausschreibung eines Feuerwehrfahrzeugs desselben Ingenieurs wie die VSt bediente, sei von den Verfahrensbevollmächtigten eingeräumt worden, dass die zehn Unterkriterien des Zuschlagskriteriums Einsatzfunktionalität diesen Anforderungen nicht genügten.

14.

Am 11.01.2017 wurde die Firma zum Verfahren beigelegt.

15.

Mit Schreiben vom 16.01.2017 teilte die BGI mit, dass der Antrag unzulässig und unbegründet sei.

Die ASt teile mit, dass sie bei der Bearbeitung des Leistungsverzeichnisses Unklarheiten festgestellt habe. Sie räume damit ein, dass sie Vergabeverstöße erkannt habe. Eine zu diesem Zeitpunkt gebotene Rüge innerhalb von 10 Kalendertagen sei jedoch unterblieben.

Die mit Schreiben der Bevollmächtigten vom xx.xx.xxxx erhobene Rüge sei verspätet. Ebenso sei der Nachprüfungsantrag erst nach Ablauf der Frist von 15 Tagen nach Rügezurückweisung gestellt worden. Die ASt gehe von einer nur teilweisen Abhilfe durch die VSt aus. Wenn der Rüge nur teilweise abgeholfen worden sei, dann ergebe sich daraus, dass ihr teilweise nicht abgeholfen worden sei. Es hätten dann nicht mit Schreiben vom xx.xx.xxxx die angebliche Intransparenz von 10 Unterkriterien gerügt werden dürfen, sondern es hätte, weil der ursprünglichen Rüge nur teilweise abgeholfen wurde, fristgerecht Nachprüfungsantrag gestellt werden müssen.

Die ASt habe nicht hinreichend substantiiert zur Antragsbefugnis vorgetragen und nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass sie durch die beabsichtigte Vergabe des Auftrags an die Beigeladene vergaberechtswidrig um ihre Zuschlagschance gebracht werde. Ebenso wenig habe sie dargelegt, dass sich daraus ein möglicher Schaden ergebe.

Die ASt liefere keine Anhaltspunkte dafür, dass ihr Angebot auf Grund anderer Wertungskriterien wirtschaftlich günstiger sein soll als das mit dem günstigsten Preis.

Der erfolgten Angebotsabgabe könne daneben nach Treu und Glauben die Bedeutung eines bewussten Verzichts auf alle vorher gemachten Beanstandungen beigelegt werden.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Die ASt verhalte sich widersprüchlich, wenn sie einerseits moniere, dass es den Bietern nicht möglich sei, ihr Angebot bestmöglich auf die Erfüllung der Wertungskriterien hin auszurichten, sich andererseits aber mit einem Angebot am Verfahren beteilige.

Dem öffentlichen Auftraggeber stehe bei der Festlegung von Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, der durch die vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz begrenzt werde. Die VSt habe vorliegend diesen Spielraum sachgerecht ausgefüllt und nicht überschritten.

Die Schulnotenrechtsprechung des OLG Düsseldorf, wonach neben den Zuschlagskriterien und deren Gewichtung auch die Bewertungsmethode bekannt zu machen ist, sodass im Vorhinein bestimmt werden kann, welchen Erfüllungsgrad die Angebote aufweisen müssen, um mit den festgelegten Punkten bewertet zu werden, werde vom EuGH nicht bestätigt.

Laut EuGH müsse die Bewertungsmethode zwar grundsätzlich vor Öffnung der Angebote feststehen, sie müsse aber nicht veröffentlicht werden und solle dem öffentlichen Auftraggeber den erforderlichen Spielraum bei der Bewertung der Angebote belassen.

Die VSt habe sichergestellt, dass die Bewertung der Angebote nach objektiven und nachvollziehbaren Maßstäben erfolge. Sie habe die Gesichtspunkte zur Beurteilung der Einsatzfunktionalität transparent gemacht. Mehr könne von der VSt nicht verlangt werden. Das Verfahren sei hinreichend transparent und fair. Dass der ASt nicht noch mehr mitgeteilt worden sei, sei unschädlich, da keine Änderungen an den Vorgaben aus den Verdingungsunterlagen und der Bekanntmachung vorgenommen worden seien.

Selbst umfassendere Informationen hätten keinen Einfluss auf das Angebot der ASt gehabt. Bedenken gegen das Bewertungssystem als solches seien nicht nachvollziehbar. Es bestünden keine Anhaltspunkte für ein manipulatives Vorgehen und die Wertungsmethodik erscheine nicht grundsätzlich ungeeignet.

Schließlich könne der Nachprüfungsantrag auch deshalb keinen Erfolg haben, weil auch bei Behebung des angeblichen Vergabefehlens die ASt keine Aussicht auf Zuschlagserteilung habe. Die VSt würde auf die in den Augen der ASt unzulässigen Kriterien verzichten, so dass es alleine auf den Preis ankäme, wobei die BGI davon ausgehe, dass sie hinsichtlich des Preises vor der ASt liege.

16.

Mit Schreiben vom 17.01.2017 teilte die VSt mit, dass im Telefonat mit dem Bevollmächtigten der ASt am xx.xx.xxxx über eine Verschiebung des Submissionstermins gesprochen worden sei. Eine solche habe dieser nicht für notwendig erachtet.

Die erfolgte Nachbesserung an den Wertungskriterien sei rechtzeitig in die Vergabepattform eingestellt worden. Eine noch detailliertere katalogartige Aufstellung mit Gewichtung der Einzelpunkte sei nicht erfolgt, da sie vergaberechtlich unbeachtlich sei.

Bei Vergleichsvorfürungen könne nie exakt das ausgeschriebene Fahrzeug bewertet werden, da es in dieser Ausführung nicht bereitgestellt werden könne. Beim Bewertungsverfahren seien die Abweichungen an den Vorführfahrzeugen herausgearbeitet und durch die Feuerwehrkameraden bewertet worden. Der jeweilige Erfüllungsgrad sei protokolliert worden und aktenkundig.

Vor Ort sei die Einsatzfunktionalität ausführlich, z. B. durch Entnahme der Ausrüstung, Prüfung der Sitzposition, in Augenschein genommen und dann entsprechend der formulierten Kriterien nachvollziehbar bewertet und protokolliert worden. Die Bewertung sei sorgfältig und unter Wahrung der Verschwiegenheit durchgeführt worden.

Die Ergebnisse lägen nah beieinander. Die ASt widerspreche einer Schlussfolgerung, wonach die Bewertungskriterien nicht ausreichend gewesen seien.

Der Nachprüfungsantrag sei zurückzuweisen.

17.

Mit Schreiben vom 23.01.2017 hat die ASt ihr Vorbringen vertieft.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Er richte sich gegen die von der VSt mit Schreiben vom xx.xx.xxxx aufgestellten Unterkriterien des Zuschlagskriteriums der Einsatzfunktionalität. Die Rüge sei durch Schreiben vom xx.xx.xxxx erfolgt, die 10-Tages-Frist mithin gewahrt worden. Die im Nachprüfungsantrag genannten Unklarheiten hätten das Leistungsverzeichnis betroffen. Dieser Rüge sei in Teilen abgeholfen worden.

Die ASt sei nicht gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB präkludiert. Voraussetzung hierfür wäre, dass die VSt in der Bekanntmachung auf diese Präklusionsvorschrift hingewiesen hätte, die streitgegenständliche Rüge vom xx.xx.xxxx zurückgewiesen worden wäre und die 15-Tages-Frist abgelaufen gewesen wäre. Keine dieser Voraussetzungen liege vor.

Das Nachprüfungsverfahren richte sich hilfsweise gegen die Intransparenz des Wertungsvorgangs und das Wertungsergebnis selbst. Auch insoweit sei die Rüge innerhalb der 10-Tages-Frist erfolgt.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Das Wertungskriterium der Einsatzfunktionalität sei unter Berücksichtigung der nachträglich aufgestellten Unterkriterien intransparent. Es erfülle nicht die Anforderungen der §§ 97 Abs. 1, 127 Abs. 4 S. 1 GWB.

Die europarechtlichen Anforderungen an die Transparenz der Zuschlagskriterien seien durch Art. 67 Abs. 4 RL 2014/24/EU erhöht worden. Die Zuschlagskriterien dürften nicht zur Folge haben, dass dem öffentlichen Auftraggeber uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen werde. Sie müssten mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden könne, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllten. Dies setze voraus, dass die Zuschlagskriterien so abgefasst seien, dass für einen fachkundigen Bieter ersichtlich ist, wie diese bestmöglich zu erfüllen seien.

Die Frage der Transparenz eines Zuschlagskriteriums sei von der Notwendigkeit der Bekanntmachung einer Bewertungsmethode zu trennen. Seien die Kriterien intransparent, komme es auf die Frage der Bekanntmachung der Bewertungsmethode nicht mehr an, da diese sachlogisch an das Vorhandensein von Bewertungskriterien anknüpfe. Vorliegend sei die Bewertungsmethode bekannt gemacht worden. Es sei mitgeteilt worden, dass auf die beanstandeten Unterkriterien bestimmte Punktzahlen vergeben werden sollten. Die Unterkriterien seien derart vage und offen formuliert, dass eine nachvollziehbare Bewertung, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllten (Art. 67 Abs. 4 RL 2014/24/EU) gerade nicht möglich sei.

18.

Mit Schriftsätzen vom 24.01.2017 trug die BGI vor, die ASt habe mit Schreiben vom xx.xx.xxxx gerügt, dass bei einer Bewertung mit Punktesystem dieses definiert werden müsse. Durch das daraufhin von der VSt aufgestellte Punktesystem, wonach eine Begründung nur bei Vergabe von weniger als 6 bzw. bei 10 Punkten erfolgt, sei insoweit keine Abhilfe erfolgt, sodass innerhalb von 15 Tagen der Nachprüfungsantrag hätte gestellt werden müssen. Auf einen Hinweis oder eine Belehrung hinsichtlich dieser Frist komme es nicht an. Es handle sich bei der Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht um eine Rechtsbehelfsfrist, sondern um eine Ausschlussfrist, auf die vom Auftraggeber in der Bekanntmachung nicht

hingewiesen werden muss. Bereits mit der Neuregelung des § 107 Abs. 3 GWB habe der Gesetzgeber beabsichtigt, frühzeitig Klarheit über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens zu schaffen. Nach Überschreitung der Frist sei der Nachprüfungsantrag bezüglich des gerügten Vergaberechtsverstoßes unzulässig.

Es sei zwischen den umgesetzten Texten der Richtlinien und den Bekanntmachungsformularen zu unterscheiden. Die unvollständige oder unzutreffende Ausfüllung eines Bekanntmachungsformulars könne nicht zu einer so schwerwiegenden Rechtsfolge wie dem Nichtlauf der Frist gem. § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB (a. F.) führen.

Da außerdem das Fehlen der entsprechenden Angaben aus der Bekanntmachung ersichtlich sei, hätte eine darauf gerichtete Rüge erfolgen müssen. Da dies nicht geschehen sei, habe die VSt davon ausgehen können, dass dies für den Bieter nicht relevant sei, weil er als sachkundiger Bieter über die Rechtslage informiert sei.

Die ASt verhalte sich außerdem widersprüchlich, wenn sie den Zuschlag beanspruche obwohl sie selbst geltend mache, dass die Wertungskriterien intransparent seien.

Schließlich habe die ASt den vergaberechtlichen Rechtsschutz verwirkt, da die VSt auf einen Rügeverzicht der ASt habe vertrauen dürfen. Der aus § 242 BGB abgeleitete Grundsatz der Verwirkung gelte auch im Vergaberecht. Eine späte Einleitung des Nachprüfungsverfahrens verstoße gegen Treu und Glauben, wenn der Rechtsschutz begehrende erst dann Rechtsmittel einlege, wenn der Gegner und die sonstigen Beteiligten nicht mehr mit einem Verfahren rechneten. Der Bevollmächtigte der ASt habe mit der VSt über eine mögliche Verschiebung des Submissionstermins gesprochen, aber eine solche nicht für notwendig gehalten. Im Zusammenhang mit der Tatsache, dass die ASt unter Berücksichtigung der nachgebesserten Wertungskriterien ein Angebot abgegeben habe, habe die VSt davon ausgehen dürfen, dass die ASt nicht mehr gegen die Ausschreibung vorgehen würde.

19.

Soweit kein Geheimschutz gegeben war, wurden der ASt am 16.01.2017 und der BGI am 23.01.2017 Auszüge aus der Vergabeakte zugesandt.

20.

Die Vorsitzende hat die Fünf-Wochen-Frist des § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB, zuletzt bis einschließlich 24.02.2017, verlängert.

21.

In der mündlichen Verhandlung am 08.02.2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt bekräftigt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 23.12.2016.

Die VSt und die BGI bleiben bei ihren Anträgen aus den Schriftsätzen vom 17.01.2017 bzw. 16.01.2017.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a)** Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b)** Bei dem ausgeschriebenen Vertrag „HLF 20, Aufbau + Beladung“ handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 GWB.
- c)** Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.
- d)** Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB.
- e)** Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behaupteten Rechtsverletzungen ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht, § 160 Abs. 2 GWB.
Eine Verwirkung der Antragsbefugnis lässt sich nicht bereits aus der Tatsache ableiten, dass der Bevollmächtigte der ASt eine Verschiebung des Submissionstermins nicht für notwendig hielt. Insbesondere geht aus dem vorliegenden Schriftverkehr hervor, dass die ASt gegenüber der VSt angekündigt hatte, dass sie ein Angebot abgeben werde, sich die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens aber dennoch vorbehalte.
- f)** Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen (§ 160 Abs. 3 GWB). Die ASt hat mit Schreiben vom 21.10.2016 die Intransparenz des Wertungskriteriums Einsatzfunktionalität gerügt. Mit Schreiben vom 27.10.2016 hat die ASt die von der VSt am 25.10.2016 zur Abhilfe der Rüge vom 21.10.2016 aufgestellten Unterkriterien zur Einsatzfunktionalität erneut als intransparent gerügt. Darüber hinaus rügte sie die vorgesehene Dokumentation, wonach unter Anwendung eines Punktesystems von 0 bis 10 Punkten nur die Vergabe von unter 6 Punkten und von 10 Punkten einer Begründung bedarf.

Die Rüge vom 21.10.2016 ist nicht gem. § 160 Abs. 3 Nr. 1 präkludiert. Zwar trägt die ASt vor, dass sie beim Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses Unklarheiten festgestellt und damit einen Vergabeverstoß erkannt hat. Das "erkannt haben" ist aber ein subjektiver, innerer Vorgang, der sich zunächst "im Kopf" (von den die Unterlagen prüfenden Personen) abspielt und sich erst durch Akten- oder Gesprächsnotizen oder durch sonstige Indizien, die zwanglos den Schluss auf das Erkannthaben zulassen, nach außen objektiviert und damit als Beleg für die Feststellung, ob und wann der Verstoß positiv erkannt wurde, dienen kann, sofern ein Antragsteller nicht selbst einräumt, den Verstoß zu einem evtl. früheren Zeitpunkt erkannt zu haben (OLG Düsseldorf, B. v. 17.07.2013 - Az.: VII-Verg 10/13).

Vorliegend ließ sich nicht ermitteln, wann die ASt Unklarheiten festgestellt und damit einen Vergabeverstoß erkannt hat. Insbesondere liegen keine Aufzeichnungen vor, aus denen sich der Zeitpunkt des Erkennens zweifelsfrei feststellen ließe. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte dafür, dass die Rügefrist von 10 Kalendertagen am 21.10.2016 bereits abgelaufen war.

Darüber hinaus wendet sich die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag vornehmlich gegen jene Unterkriterien, die erst im Wege der Abhilfe vom 25.10.2016 aufgestellt wurden. Die hiergegen gerichtete Rüge vom 27.10.2016 ist damit jedenfalls innerhalb der Frist von 10 Kalendertagen erhoben worden.

- g)** Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags war auch die 15-Tages-Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 nicht abgelaufen, die einem Antragsteller nach einer Rügezurückweisung zur Verfügung steht.

Bei dieser Frist handelt es sich um eine Rechtsbehelfsfrist, auf deren Bestehen der öffentliche Auftraggeber hinzuweisen hat (OLG Düsseldorf, B. v. 09.12.2009, Verg 37/09).

Vorliegend ist ein solcher Hinweis durch die VSt unterblieben. Die ASt hat den Nachprüfungsantrag nicht nach Ablauf der in § 160 Abs. 3 Nr. 4 normierten Frist gestellt, da diese Frist mangels Hinweises durch die VSt nicht zu laufen begann.

- h)** Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet, da die von der Vergabestelle aufgestellten Unterkriterien zum Zuschlagskriterium Einsatzfunktionalität nicht ausreichend klar sind und gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstoßen, §§ 97 Abs. 1, 127 Abs. 4 GWB.

a)

Grundsätzlich besteht für einen öffentlichen Auftraggeber auf der Ebene der Angebotswertung ein gewisser Spielraum, der nicht dadurch eingeschränkt werden darf, dass er im Voraus zum Aufstellen mehrstufiger Unterkriterien und in entsprechende Gewichtungen aufgegliederte Bewertungsregeln verpflichtet ist (OLG München, B. v. 22.01.2016, Verg 13/15).

Daraus ergibt sich auch, dass der öffentliche Auftraggeber nicht nur objektivierbare Kriterien (bspw. Größen- oder Gewichtsangaben) zum Einsatz bringen muss, sondern auch subjektive Eindrücke über den Ausschreibungsgegenstand in die Bewertung einfließen dürfen, solange diese hinreichend transparent kommuniziert wurden und ein willkürliches Ergebnis der Angebotswertung ausgeschlossen ist. Nur so ist sichergestellt, dass fachliche Erfahrungen des von der VSt eingesetzten Bewertungsgremiums in die Bewertung einfließen können. Bewertungsgremien, die wegen ihrer Fachkompetenz besonders praxistaugliche Umsetzungen der Anforderungen der VSt anerkennen können, wären anderenfalls überflüssig.

Der Bewertungsspielraum findet seine Grenzen jedoch dort, wo eine willkürliche Zuschlagserteilung nicht mehr mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann und/oder eine wirksame Überprüfung, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, nicht möglich ist (vgl. § 127 Abs. 4 GWB). Insbesondere ist vergaberechtlich unzulässig, wenn Wertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass die Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien informiert werden und daher von einer willkürlichen bzw. diskriminierenden, also das Transparenzgebot missachtenden Angebotswertung nicht mehr effektiv zu schützen sind (OLG München, B. v. 22.01.2016, Verg 13/15).

b)

Vorliegend sind die Grenzen dieses Beurteilungsspielraums durch die von der VSt aufgestellten Unterkriterien zum Zuschlagskriterium Einsatzfunktionalität und dem bekannt gegebenen Punktesystem überschritten worden.

aa)

Die VSt hat zur Definition bzw. Präzisierung der Unterkriterien Vorgaben gemacht, worauf beim jeweiligen Unterkriterium besonderes Augenmerk gelegt werden soll. Hierdurch hat sie eine weitere Wertungsebene an Unter-Unterkriterien geschaffen, ohne dass für diese Unter-Unterkriterien eine Punktvergabe im Voraus festgelegt wurde. Es ist daher nicht klar für welche Unter-Unterkriterien der Bieter welche Punktzahl erreichen kann, oder in welchem Maße sich diese auf die Bepunktung eines Unterkriteriums auswirken.

bb)

Darüber hinaus sind auch einzelne von der VSt aufgestellte Unterkriterien intransparent. Bspw. formulierte die VSt zum Unterkriterium „5. Ausführung Innenausbau“ als Unter-Unterkriterien „Wie ist der Mannschaftsraum ausgebaut, verschiedene Materialien, Schlüssigkeit, Funktionalität?“

Die Formulierung „verschiedene Materialien“ ist nicht transparent, weil nicht zum Ausdruck gebracht wird, ob das Vorhandensein verschiedener Materialien positiv (z. B. weil damit die Materialien verschiedenen, unterschiedlich beanspruchten, Bereiche des Innenraums wie Fußraum und Dachbereich angepasst werden können) oder negativ (z. B. weil ein uneinheitliches Durcheinander verschiedener Materialien auf den Oberflächen vermieden werden soll) bewertet wird.

In der mündlichen Verhandlung hat die VSt vorgetragen, dass es ihr bei diesem Kriterium auf langlebiges und leicht zu reinigendes Material ankomme. Dies hat sie jedoch durch die Formulierung „verschiedene Materialien“ nicht zum Ausdruck gebracht, sondern stellt einen weiteren, völlig anderen Aspekt dar, der mit der Verschiedenartigkeit der verwendeten Materialien nichts zu tun hat.

Auch die Begriffe Schlüssigkeit und Funktionalität sind ohne weitergehende Erklärung, worauf die dahingehende Bewertung abzielt, intransparent, weil es sich nicht um Kategorien handelt, die sich hinsichtlich der Bewertung des Innenausbaus eines Feuerwehrfahrzeugs von selbst erschließen.

Das 6. Unterkriterium „Raumverhältnisse“ ist ebenfalls weder aus sich selbst heraus hinreichend klar, noch wird es durch die Unter-Unterkriterien ausreichend präzisiert. Hier hat die VSt als Unter-Unterkriterien die Fragen „Wie viel Platz steht im Koffer zur Verfügung?“ und „Wie flexibel ist er nutzbar?“ formuliert.

Diese Fragen haben komplett unterschiedliche Zielrichtungen. Gerade bei wenig Platz kann ein Bieter besonders durch Flexibilität auffallen. Da für diese Aspekte keine eigenständige Bewertung vorgesehen ist, sondern sie unter einem Unterkriterium zusammengefasst sind, für das nur eine Bewertung vorgesehen ist, ist ein hinreichender Bieterschutz vor willkürlicher Bewertung durch das Bewertungsgremium, nicht mehr gewährleistet. Schließlich ist eine Auslegung des Unterkriteriums möglich, wonach gute Bewertungsergebnisse nur bei kumulativem Vorliegen von viel Platz und Flexibilität möglich sind, ebenso aber, dass wenig Platz bei hoher Flexibilität gute Bewertungen nach sich zieht und umgekehrt.

Gerade bei Kriterien, bei denen subjektive Gesichtspunkte eine Rolle spielen, sind die Anforderungen an Klarheit und Transparenz der Kriterien jedoch von besonderer Bedeutung, damit überprüft werden kann, inwieweit das Angebot eines Bieters den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers gerecht wird.

Dies hat für alle weiteren Unterkriterien ebenfalls zu gelten, auf die es vorliegend nicht mehr entscheidungserheblich ankommt.

c)

Da bereits die Zuschlagskriterien von der VSt nicht hinreichend bestimmt aufgestellt wurden, kam es auf die Frage nach vergaberechtlichen Zulässigkeit einer Bewertungsmethode, die eine Punktevergabe von 0 bis 10 Punkten vorsieht, wobei nur Bewertungen zwischen 0 und 5 Punkten sowie 10 Punkten zu begründen waren, nicht mehr entscheidungserheblich an.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a) Die VSt und die BGI tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte, weil sie mit ihren Anträgen vollständig unterlegen sind (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB). Die BGI hat einen Antrag gestellt und damit das Kostenrisiko übernommen.

b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €

e) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

Die VSt ist gem. § 182 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

Die Kostenrechnung für die BGI über x.xxx,-- € wird nachgereicht.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....