

Leitsätze:

1. Lediglich für möglich gehaltene oder vermutete Rechtsverstöße lösen keine Rügeobliegenheit aus. In der Regel ist ein Bieter, der einen Vergaberechtsverstoß vermutet, auch nicht gehalten, seine in rechtlicher Hinsicht ungenügenden Kenntnisse zu vervollständigen und dazu rechtlichen Rat einzuholen. Die Erkennbarkeit ist auf die einen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen und auf deren rechtliche Bewertung als Vergaberechtsverstoß zu beziehen.
2. Es ist vergaberechtlich nicht zulässig, die auf der Grundlage der ursprünglich veröffentlichten Wertungskriterien ausgewählten Bieter zum Verhandlungsgespräch einzuladen, anschließend diese Zuschlagskriterien auszutauschen und auf dieser Basis den Zuschlagsdestinär zu bestimmen, zumal wenn die Begrenzung der Bieter nach Abgabe der Erstangebote nicht in den Vergabeunterlagen festgelegt wurde. Der öffentliche Auftraggeber muss alle Zuschlagskriterien und deren Gewichtung vorab angeben. Die Zuschlagskriterien wie auch ihre Gewichtung müssen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen enthalten sein. Nur so wird die Objektivität der Vergabeentscheidung und ihre Nachprüfbarkeit gewährleistet.
3. Die Erwartungshaltung des öffentlichen Auftraggebers an die eingehenden Angebote ist so zu konkretisieren, dass die Bieter vorhersehen können, worauf es dem öffentlichen Auftraggeber bei den Angeboten ankommt. Nur so können die Bieter die Zielstellung und die Wünsche des öffentlichen Auftraggebers bei der Angebotserstellung berücksichtigen und ihre Angebote „zuschlagsfähig“ gestalten.

Antragstellerin:
Bevollmächtigte:
.....
(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene:
(Beigeladene - BGI)

Vorhaben:
**Ingenieurleistungen zur Planung und Bauausführung eines
Hochwasserrückhaltebeckens in**
Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 27.01.2021 durch den Vorsitzenden, die hauptamtliche Beisitzerin und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
Bei Fortbestehen der Vergabeabsicht wird die Vergabestelle verpflichtet, das Verhandlungsverfahren in den Stand der Bewertung der Erstangebote zurückzusetzen und das Verhandlungsverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt €.
Auslagen sind nicht angefallen.
Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

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

1.

Die VSt hat mit EU-Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zur Vergabe von Ingenieurleistungen für den Bau eines Hochwasserrückhaltebeckens in eingeleitet.

Den ausgereichten Angebotsunterlagen beigelegt war das Formblatt III.16.1 des VHF Bayern. Darin waren folgende Zuschlagskriterien und deren Gewichtung entsprechend § 58 Abs. 2 VgV angegeben:

<i>„Auftragsbezogenes Organisationskonzept</i>	<i>17 %</i>
<i>Auftragsbezogene Qualifikation und Erfahrung der Projektmitarbeiter</i>	<i>18 %</i>
<i>Auftragsbezogenes Konzept zum Ablauf der Planungsphase</i>	<i>10 %</i>
<i>Auftragsbezogenes Konzept zum Ablauf der Baudurchführungsphase</i>	<i>10 %</i>
<i>Preis</i>	<i>45 %“</i>

Auf die weiteren bekanntgegebenen Unterkriterien mit Gewichtung im Formblatt III.16.1 wird verwiesen.

In den Unterlagen findet sich ein „Beiblatt zu III.16.1 Zuschlagskriterien“. Darin ist beschrieben, welche Unterlagen und Nachweise die Bieter bei den einzelnen Kriterien einzureichen hatten.

Eine Reduzierung der Anzahl der Bieter nach Abgabe der Erstangebote wurde in den Vergabeunterlagen nicht festgelegt.

2.

Bis zum xx.xx. haben 7 Bieter - darunter die ASt und die BGI - ein Angebot abgegeben.

Nach Wertung der eingereichten Unterlagen lag die ASt mit 4xx,xx Punkten an 1. Stelle, die BGI lag mit 3xx,xx Punkten auf Rang 3.

3.

Am xx.xx.xxxx wurden die ersten 3 Bieter zu einem Bietergespräch geladen. Die Bieter sollten die Möglichkeit bekommen, ihre präferierte Vorgehensweise in Bezug auf die Aufgabenstellung in einem persönlichen Gespräch darzulegen. Dazu hatten sich die Bieter zu sechs vorab bekannt gegebenen Fragen in jeweils 10 -15 Minuten zu äußern.

Mit Schreiben vom xx.xx.xxxx hat die VSt mitgeteilt, dass die Wertung der Bietergespräche nach folgenden Grundsätzen erfolgen werde:

Die Wertung und Reihenfolge aus den bisherigen Verfahrensschritten 1 und 2 werden in der Vorstellungsrunde keine Rolle mehr spielen. Die sechs Fragen sollen innerhalb 10 - 15 Minuten beantwortet werden. Dazu werden von der VSt immer wieder Verständnisfragen gestellt werden. Insgesamt werden max. 600 Punkte vergeben, d. h. max. 100 Punkte pro Frage.

Das Bietergespräch mit der ASt fand am xx.xx.xxxx statt.

4.

Mit einem Bieterinformationsschreiben vom 30.11.2020 teilte die VSt mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag frühestens am 10.12.2020 an die BGI zu erteilen. Das Angebot der ASt werde nicht berücksichtigt, weil es nicht das wirtschaftlichste sei.

Am 30.11.2020 hat die ASt um Zusendung der Wertungsmatrix gebeten und diese am 01.12.2020 übermittelt bekommen.

5.

Mit Schreiben vom 05.12.2020 rügte die ASt folgende Vergaberechtsverstöße:

Im Vergabeverfahren habe die VSt alle Zuschlagskriterien komplett ausgetauscht und deshalb gegen die Verpflichtung verstoßen, vorab alle Kriterien, die bei der Wertung berücksichtigt werden würden, zum Zeitpunkt der Vorbereitung der Angebote bekanntzugeben. Ein Vergabeverfahren sei intransparent, wenn die Vergabeentscheidung auf unbekanntem Bewertungskriterien beruhe. Aus der übersandten Bewertungsmatrix sei nicht erkennbar, wofür die Punktvergabe bei den einzelnen Fragen erfolgte.

Nach Mitteilung der VSt vom 01.12.2020 seien für eine Vergabeentscheidung zugunsten der BGI ein sehr hoher „Erfahrungsschatz“ und die „beeindruckende Präsentation“ maßgeblich gewesen. Beide Kriterien habe die VSt nicht vorab öffentlich bekanntgegeben. Diese Vorgehensweise sei vergaberechtswidrig.

Auf die Rüge hat die VSt am 08.12.2020 geantwortet.

Bei der Wertung der Angebote in der Stufe 2 habe die VSt festgestellt, dass der fachliche Teil, der 55% der Gesamtwertung ausmache, von allen Bietern nur sehr oberflächlich beantwortet worden sei. Drei Bieter haben nach der fachlichen Bewertung punktgleich gelegen, die Angebote hätten sich lediglich geringfügig im Preis unterschieden. Diesen 3 Bietern habe man die Möglichkeit gegeben, ihre Darstellung zu verbessern. Alle 3 Bieter haben sich ohne Rüge auf das Gespräch eingelassen, sodass die VSt von einem generellen Einverständnis ausgegangen sei.

Die VSt habe durch das Wertungsgespräch nicht gegen vergaberechtliche Vorgaben verstoßen. Die Aufwertung des Wertungsgesprächs sei der kollektiven Schlechtleistung der Bieter aus der Stufe 2 geschuldet gewesen. Die Entscheidungskriterien seien transparent und frühzeitig bekanntgemacht worden. Eine Änderung der Bieterreihenfolge der Phase 2 im Wertungsgespräch zu Ungunsten der ASt könne von der VSt gut begründet werden. In dieser Vorgehensweise sehe die VSt die bessere Lösung, als das Verfahren aufzuheben und neu zu starten.

6.

Mit Schriftsatz vom 09.12.2020 stellt die Verfahrensbevollmächtigte der ASt einen Antrag auf Nachprüfung mit folgenden Anträgen:

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 160 Abs. 1 GWB gegen den Antragsgegner wegen der beabsichtigten Vergabe eines Auftrags über Ingenieurleistungen beim Bau eines Hochwasserrückhaltebeckens in einzuleiten und dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag im Verhandlungsverfahren bzgl. Ingenieurleistungen zur Planung und

Bauausführung eines Hochwasserrückhaltebeckens in auf das Angebot der zu erteilen;

2. dem Antragsgegner aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand nach der Angebotsprüfung (Wertungsstufe 2) zurückzusetzen und der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen;
3. hilfsweise, für die Fälle des § 168 Abs. 2 GWB, festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist;
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
5. der Antragstellerin unverzüglich Akteneinsicht nach § 165 GWB in die Vergabeakte zu gewähren;
6. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Der Antrag sei zulässig.

Die ASt habe die Verletzung der Vergabevorschriften unverzüglich nach Kenntniserlangung gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB gegenüber der Antragsgegnerin gerügt. Der VSt sei 7 Tage nach Zugang der Vorabinformation, aus der die fehlerhafte Wertungsentscheidung hervorging, das Rügeschreiben vom 05.12.2020 zugegangen.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet. Im Einzelnen lägen folgende Vergaberechtsverstöße vor:

In der Auftragsbekanntmachung habe die VSt gem. § 58 Abs. 2 VgV die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bekanntgegeben. Die Vergabeentscheidung sei nicht entsprechend den bekanntgemachten Zuschlagskriterien und der vorgegebenen Bewertungsmatrix getroffen worden, sondern auf der Grundlage gänzlich anderer Zuschlagskriterien.

Damit habe die VSt gegen die Verpflichtung verstoßen, alle Kriterien und deren relative Bedeutung, die bei der Bestimmung dieses Angebotes berücksichtigt werden, zum Zeitpunkt der Vorbereitung der Angebote bekanntzumachen. Der Auftraggeber dürfe keine Kriterien anwenden, die den Bietern nicht vorher zur Kenntnis gebracht worden seien.

Es sei nicht zulässig, die Bewertungskriterien in Kenntnis der Angebote nachträglich zu ändern. Hier seien nach Eingang der Angebote die bekannten Zuschlagskriterien gegen neue Kriterien und ein neues Bewertungsschema ausgetauscht worden.

Das Vergabeverfahren verstoße gegen das Vergaberecht, weil die Vergabeentscheidung auf im Vorfeld unbekanntem Bewertungskriterien beruhe. Die Vergabeentscheidung sei allein nach Maßgabe der Bewertung des Bietergesprächs erfolgt, unabhängig vom Abschneiden in den vorausgegangenen Verfahrensschritten. Für das Bietergespräch seien die

Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung nicht bekannt gewesen. Die ASt habe lediglich die Information erhalten, dass für die Beantwortung der 6 Bieterfragen insgesamt max. 600 Punkte vergeben werden würden, d. h. max. 100 Punkte pro Frage. Wie sich die Punktebewertung zusammensetzen werde, sei ihr nicht mitgeteilt worden. Es sei für die ASt damit nicht vorhersehbar gewesen, worauf es dem Auftraggeber in besonderem Maße ankomme.

Die Vergabeentscheidung zugunsten der BGI sei unter Hinzuziehung unbekannter Wertungskriterien getroffen worden. So habe die VSt am 01.12.2020 mitgeteilt, dass ein sehr hoher, jahrzehntelanger Erfahrungsschatz im Bau von Hochwasserrückhaltebecken und eine beeindruckende Präsentation maßgeblich für die Bewertung gewesen seien.

Die Wertungskriterien „sehr hoher, jahrzehntelanger Erfahrungsschatz“ und „beeindruckende Präsentation“ seien weder in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen noch in den Unterlagen zur Einladung zum Bietergespräch öffentlich gemacht gewesen.

7.

Die Vergabekammer hat am 09.12.2020 den Nachprüfungsantrag an die VSt übermittelt.

Die Vergabestelle hat die Vergabeakte vorgelegt und mit Schreiben vom 15.12.2020 Stellung genommen. Darin wiederholt und vertieft die VSt im Wesentlichen ihre Antwort vom 08.12.2021 auf die Rüge.

8.

Der Vorsitzende hat am 16.12.2020 die Frist des § 167 Abs. 1 GWB bis einschließlich 26.02.2021 verlängert.

9.

Am 04.01.2021 hat die Vergabekammer die ASt um Stellungnahme gebeten, ob die ASt ihrer Rügeobliegenheit wegen des Bietergesprächs am 23.11.2020 nachgekommen sei.

10.

Am 11.01.2021 hat die Vergabekammer die zum Verfahren beigelegt.

11.

Unter Wahrung des Geheimschutzes gemäß § 165 GWB wurden der ASt am 11.01.2021 Auszüge der Vergabeakte zugesandt.

12.

In ihrer Stellungnahme vom 12.01.2021 führt die ASt zur Anfrage der Vergabekammer vom 04.01.2021 aus, dass in Bezug auf den kompletten Austausch der Zuschlagskriterien keine

Rügeobliegenheit bestanden habe, sodass die Rüge im Schreiben vom 05.12.2020 rechtzeitig erfolgt sei. Die ASt habe keine positive Kenntnis von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen erlangt. Angesichts der Zweifel, die die ASt in Bezug auf das vergaberechtswidrige Vorgehen der VSt hatte, sei sie zu dem Schluss gekommen, dass eine Rüge auf Verdacht erfolgen würde.

Der Verdacht des Bieters müsse sich erst zu einer Gewissheit verdichten, damit eine Rügeobliegenheit entsteht. Diese Gewissheit habe die ASt aufgrund der gegebenen Umstände nicht erlangt. Auf bloßen Verdacht oder Vermutung müsse aber keine Rüge ausgebracht werden.

Dem Schreiben vom 12.11.2020 der VSt lasse sich entnehmen, dass die Wertung und Reihenfolge aus den vorangegangenen Verfahrensschritten keine Rolle mehr spielen sollen. Auch dass den bekannt gegebenen Fragen ein größeres Gewicht zukommen soll, ergibt sich erst aus diesem Schreiben. Der genannte zeitliche Ablauf (ca. 10-15 Minuten pro Frage) lasse praktisch keinen Raum mehr für eine Büropräsentation und die Vorstellung der Referenzen. Die ASt habe diese Widersprüche und die Ergänzung der Bewertung durchaus wahrgenommen, ohne hieraus jedoch unmissverständlich und eindeutig den Schluss zu ziehen, dass die VSt hierdurch gegen Vergaberecht verstoße. Die zuständigen Bearbeiter bei der ASt seien nicht in einem solch detaillierten Maß (vergabe-)rechtskundig, dass sie hier zu einer eindeutigen rechtlichen Wertung hätten kommen können. Dazu hätte man einen kostenpflichtigen Rechtsbeistand hinzuziehen müssen, was der ASt in dieser Verfahrensstufe als unüblich und überzogen erschien.

Auf die weiteren Einlassungen der ASt zur Begründetheit des Nachprüfungsantrages wird verwiesen.

13.

In ihrer Stellungnahme vom 15.01.2021 beantragt die BGI,
die Anträge der ASt abzulehnen.

Auf die weiteren Ausführungen in der Stellungnahme wird verwiesen.

14.

Die ASt hat am 12.01.2021, die BGI und die VSt haben am 15.01.2021 einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zugestimmt.

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) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.
- c) Bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag gemäß § 103 Abs. 4 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den für Dienstleistungsaufträge maßgeblichen Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).
- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht.
- f) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen.

aa) Die ASt hat einen Austausch der Zuschlagskriterien im laufenden Vergabeverfahren rechtzeitig am 05.12.2020 gerügt, § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB. Nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB hat der Antragsteller Vergaberechtsverstöße, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe zu rügen.

Lediglich für möglich gehaltene oder vermutete Rechtsverstöße lösen keine Rügeobliegenheit aus. In der Regel ist ein Bieter, der einen Vergaberechtsverstoß vermutet, auch nicht gehalten, seine in rechtlicher Hinsicht ungenügenden Kenntnisse zu vervollständigen und dazu rechtlichen Rat einzuholen. Erkennbarkeit ist auf die einen Rechtsverstoß begründenden Tatsachen und auf deren rechtliche Bewertung als Vergaberechtsverstoß zu beziehen.

Die VSt hat am 12.11.2020 angekündigt, dass die Wertung und Reihenfolge aus den bisherigen Verfahrensschritten in der Vorstellungsrunde keine Rolle mehr spielen würden. In ihrer der Stellungnahme vom 12.01.2021 hat die ASt glaubhaft versichert, daraus eine Ergänzung der Bewertung wahrgenommen zu haben, ohne hieraus eindeutig die rechtliche Bewertung zu ziehen, dass die VSt hierdurch gegen Vergaberecht verstoße.

Auch beim § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB kann von einer Kenntnis vom Verstoß regelmäßig nur gesprochen werden, wenn dem Bieter bestimmte Tatsachen bekannt sind, die bei vernünftiger Würdigung einen Mangel des Vergabeverfahrens darstellen. Es genügt nicht, wenn die bekannten Tatsachen einen Vergaberechtsverstoß vermuten lassen. Der positiven Kenntnis soll gleichstehen, „wenn der Kenntnisstand des Antragstellers einen solchen Grad erreicht hat, dass seine (behauptete) Unkenntnis vom Vergaberechtsverstoß nur als ein mutwilliges Sich-Verschließen vor dem Erkennen dieses Rechtsverstoßes gewertet werden kann“.

Dies trifft vorliegend nicht zu.

bb) Die ASt hat am 05.12.2020 die Berücksichtigung von nicht bekanntgegebenen Wertungskriterien nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB rechtzeitig gerügt, nachdem die VSt ihr am 01.12.2020 mitgeteilt hatte, dass für die Zuschlagsentscheidung zugunsten der BGI ein „sehr hoher Erfahrungsschatz im Bau von Hochwasserrückhaltebecken“ und eine „beeindruckende Präsentation“ ausschlaggebend gewesen sei.

g) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

h) Die ASt hat nach Erhalt des Nichtabhilfeschreibens vom 08.12.2020, den Nachprüfungsantrag am 09.12.2020 innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB gestellt.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt die ASt in ihren Rechten. Es ist deshalb der VSt aufzugeben, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht das Verhandlungsverfahren in den Stand der Bewertung der Erstangebote zurückzusetzen und das Verhandlungsverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.

a) Bei der Wertung der Angebote dürfen nur die vorab bekanntgegebenen Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Es ist vergaberechtlich nicht zulässig, auf der Grundlage der ursprünglich veröffentlichten Wertungskriterien drei Bieter zum Verhandlungsgespräch einzuladen, anschließend diese Zuschlagskriterien auszutauschen und auf dieser Basis den Zuschlagsdestinatär zu bestimmen.

Der öffentliche Auftraggeber muss alle Zuschlagskriterien und deren Gewichtung vorab angeben. Die Zuschlagskriterien wie auch ihre Gewichtung müssen bereits in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen enthalten sein. Nur so wird die Objektivität der Vergabeentscheidung und ihre Nachprüfbarkeit gewährleistet. § 29 Abs. 1 Nr. 2 VgV schreibt daher vor, die Zuschlagskriterien spätestens in der

Aufforderung zur Angebotsabgabe zu benennen. Nach § 127 Abs. 5 GWB müssen die Zuschlagkriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden.

Das Transparenzgebot hat in diesem Zusammenhang den Zweck, den Bietern zu ermöglichen, ihr Angebot möglichst optimal auf die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers zuzuschneiden und somit seine Zuschlagschancen zu erhöhen.

Vorliegend hatte die VSt zur Angebotsabgabe vorgegeben, dass sie bei der Wertung folgende Kriterien mit der Gewichtung

- *„Auftragsbezogenes Organisationskonzept* 17 %
- *Auftragsbezogene Qualifikation und Erfahrung der Projektmitarbeiter* 18 %
- *Auftragsbezogenes Konzept zum Ablauf der Planungsphase* 10 %
- *Auftragsbezogenes Konzept zum Ablauf der Baudurchführungsphase* 10 %
- *Preis* 45 %“

berücksichtigen werde.

An diesen Festlegungen ist die VSt gebunden. Sie darf nicht neue Kriterien hinzufügen und auf der Grundlage der ursprünglichen Zuschlagkriterien eine Vorauswahl treffen, zumal die Begrenzung der Bieter nach Abgabe der Erstanteile nicht in den Vergabeunterlagen festgelegt wurde.

Die Erwartungshaltung des öffentlichen Auftraggebers an die eingehenden Angebote ist so zu konkretisieren, dass die Bieter vorhersehen können, worauf es dem öffentlichen Auftraggeber bei den Angeboten ankommt. Nur so können die Bieter die Zielstellung und die Wünsche des öffentlichen Auftraggebers bei der Angebotserstellung berücksichtigen und ihre Angebote „zuschlagsfähig“ gestalten. Für den öffentlichen Auftraggeber hat die Angabe der Zuschlagkriterien den Vorteil, dass er auf seine konkreten Bedürfnisse zugeschnittene Angebote erhält. Dies setzt nicht nur voraus, dass der öffentliche Auftraggeber den Auftragsgegenstand genau beschreibt, sondern sich im Vorhinein auch klar darüber wird, welche qualitativen oder preislichen Eigenschaften des Auftrags für ihn in welchem Maße von Bedeutung sind.

Die VSt hat gegen die Verpflichtung verstoßen, die Zuschlagkriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben, indem sie nach Angebotsabgabe zu einem Bietergespräch mit folgenden Fragen geladen hat

- ”
- *Was waren Ihrer Meinung nach die Gründe für das Scheitern der ersten Planfeststellung für das Hochwasserrückhaltebeckenf?*

- *Welche Planungsansätze sind dazu geeignet, in den nun beginnenden Planfeststellungsverfahren die damaligen Probleme zu vermeiden oder zu verringern?*
- *Wie hoch schätzen Sie den zeitlichen und arbeitstechnischen Aufwand ein, damit bei der aktuellen Situation ein konsensfähiger Planfeststellungsantrag eingereicht werden kann?*
- *Wie schätzen Sie die Qualität und die Vielfalt der vorhandenen Unterlagen ein. An welchen Punkten sehen Sie fachlichen Nachholbedarf oder Qualitätsmängel?*
- *Wie unterstützen Sie das bei den vielfältigen zu erwartenden Einwendungen im Planfeststellungsverfahren?*
- *Wie soll sich die örtliche Bauleitung und Bauoberleitung gestalten, insbesondere in Hinblick auf das Mehr-Augen-Prinzip?“*

und die Beantwortung dieser Fragen für die Zuschlagsentscheidung maßgeblich waren. Gleichzeitig hat die Vergabestelle die ursprünglich veröffentlichten Zuschlagskriterien für eine nicht zulässige Reduzierung der Bieteranzahl herangezogen. Eine solche Vorgehensweise ist vergaberechtswidrig. Die VSt kann diese nachträgliche Festlegung von weiteren Wertungskriterien nicht damit rechtfertigen, dass alle Bieter die ursprünglich gestellten Fragen nur sehr oberflächlich beantwortet und deshalb 3 Bietern mit Ausnahme des Honorars nahezu punktgleich gelegen hätten.

Eine Berücksichtigung von erst nach der Angebotseinholung bekanntgegebenen Kriterien in einem laufenden Vergabeverfahren ist in der Art und Weise, wie die Vergabestelle diese Änderung der Zuschlagskriterien vorgenommen hat, nicht statthaft. Die Zuschlagsentscheidung muss sich deshalb auf die vom öffentlichen Auftraggeber zu Beginn des Verfahrens festgelegten, veröffentlichten und im weiteren Vergabeverfahren unveränderten Zuschlagskriterien stützen; diese allein enthalten die entscheidenden Wertungsgesichtspunkte für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes und sind demnach einzig maßgebend für die Erteilung des Auftrags.

- b)** Die VSt hat zudem gegen § 127 Abs. 5 GWB verstoßen, weil sie bei der Wertung nicht bekanntgegebene Kriterien berücksichtigt hat.

Nach den Ausführungen der VSt vom 01.12.2020 war für die Zuschlagsentscheidung ein „sehr hoher Erfahrungsschatz im Bau von Hochwasserrückhaltebecken“ und „eine beeindruckende Präsentation“ maßgeblich. Beide Kriterien dürfen schon deshalb zur Zuschlagsentscheidung nicht herangezogen werden, weil sie nicht vorab bekanntgemacht worden waren.

Zudem ist die Berücksichtigung des Kriteriums „beeindruckende Präsentation“ wegen dessen subjektiven Charakters äußerst problematisch.

Eine Zuschlagsentscheidung muss aufgrund von objektiven Kriterien erfolgen, die eine Einhaltung der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten, um einen objektiven Vergleich der Angebote sicherzustellen. Nur auf diese Weise kann unter den Bedingungen eines effektiven Wettbewerbs ermittelt werden, welches das annehmbarste Angebot ist.

Nachdem die Vergabestelle die Reduzierung der Anzahl der Bieter nach Abgabe der Erstangebote in den Vergabeunterlagen nicht festgelegt wurde, war das Vergabeverfahren in den Stand der Bewertung der Erstangebote zurückzusetzen. Die Vergabekammer weist darauf hin, dass bei Fortgang des Vergabeverfahrens alle Erstangebote einbezogen werden müssen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die VSt trägt die Verfahrenskosten, weil sie mit ihrem Antrag unterlegen ist, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- c) Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Es ist nicht sachgerecht, die BGI an den Verfahrenskosten zu beteiligen.

Die überwiegende Spruchpraxis bejaht einen Kostenerstattungsanspruch und damit einhergehend eine Kostenhaftung des Beigeladenen, wenn der Beigeladene auf Seiten der obsiegenden Partei das Verfahren entweder durch einen Antrag oder in sonstiger Weise wesentlich aktiv fördert, sich also schriftsätzlich in relevanter Weise äußert. Die Antragstellung allein ist danach nicht entscheidend. Im jeweiligen Einzelfall ist zu prüfen, ob der Beigeladene das Verfahren durch seinen Vortrag in einer solchen Weise gefördert und beeinflusst hat, dass es sachgerecht erscheint, ihn an dem Kostenrisiko teilhaben zu lassen (Losch in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage, Rdnr. 37 zu § 182 GWB).

Zwar hat die BGI in ihrer Stellungnahme vom 15.01.2021 beantragt, die Anträge der ASt abzulehnen. In ihrem Vortrag beschränkt sich die BGI aber auf eine Rügepräklusion und die Behauptung, dass die VSt die Vergabeentscheidung rechtsfehlerfrei zugunsten der BGI getroffen habe. Damit hat die BGI das Verfahren nicht wesentlich gefördert und es ist nicht sachgerecht, die BGI an den Kosten teilhaben zu lassen.

- d) Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten 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, sodass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.
- e) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und Abs. 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Angebotssumme 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,- €.
- f) Die VSt ist gemäß § 182 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG von der Zahlung der Gebühr befreit.
Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird der ASt nach Bestandskraft dieses Beschlusses zurücküberwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....