

VK 2 – 24/09

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladene -

wegen der Vergabe der „Lieferung und Installation von ... Kleinlysimetern ..., ...“ hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Reh, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Kopf auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 2008 am 22. April 2009 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei fortbestehender Vergabeabsicht den streitgegenständlichen Auftrag in einem vergaberechtskonformen Verfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer zu vergeben.
2. Die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe

A.

Das Nachprüfungsverfahren betrifft die Lieferung und Installation von ... Kleinlysimetern Die Antragsgegnerin (Ag) hatte mit Bekanntmachung vom ... die geplante Vergabe europaweit (...) im offenen Verfahren ausgeschrieben.

Ein Lysimeter (von griech. lysis = Lösung, Auflösung und metron = Maß) ist ein Gerät zur Ermittlung von Bodenwasserhaushaltsgrößen (Versickerungsrate, Verdunstung) und zur Beprobung von Bodensickerwasser, um dessen Quantität und Qualität zu bestimmen. In der Umweltforschung und Landwirtschaft werden Lysimeter zur Erfassung von Wechselwirkungen, bzw. Stofftransporten zwischen der Atmosphäre, den Pflanzen, dem Boden, der Tierwelt und dem Grundwasser verwendet.

Lysimeter sind oben offene Zylinder, die mit einem Bodenkern gefüllt und so in den Boden eingelassen sind, dass sie mit ihrer Umgebung glatt abschließen. Am unteren Ende ist der Zylinder verschlossen. Das Sickerwasser wird am Boden des Zylinders aufgefangen und zu einer Messvorrichtung geleitet. Der im Lysimeter befindliche Boden ist in der Regel ein sog. ungestörter Bodenkern aus der nahen Umgebung, kann bei speziellen Fragestellungen aber auch ein gestörter, künstlich geschichteter Boden sein.

Das streitgegenständliche Vergabeverfahren ist ein Folgeverfahren aufgrund einer Vergabe des ..., das ... Lysimeter im Rahmen eines ebenfalls offenen Verfahrens (...) vergeben hatte. Auch die Auftragserteilung an die Bg wurde im Supplement des EU-Amtsblatts bekannt gegeben. Die ASt hatte sich an jenem Verfahren nicht beteiligt.

In der Bekanntmachung des streitgegenständlichen Verfahrens war unter dem Punkt IV.2) „Zuschlagskriterien“ angekreuzt: wirtschaftlich günstigstes Angebot. Dieses sollte sich anhand der Kriterien bemessen, die in den Verdingungsunterlagen aufgeführt worden waren.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthielt auf Seite 2 den Hinweis,

„Vergabekriterien: Die Auswahl erfolgt gem. beigefügter Bewertungsmatrix.“

In Anlage 3 befand sich eine Bewertungsmatrix, in der drei Zuschlagskriterien, teils mit Unterkriterien und jeweiliger Gewichtung benannt worden waren.

Unter dem Zuschlagskriterium „Informationen zum Auftragnehmer“ befand sich das mit 20 % gewichtete Unterkriterium

„Prüfbares Referenzobjekt mit höchstmöglicher Kompatibilität zu ... Lysimetern“

Ebenfalls unter diesem Zuschlagskriterium war als zweites Unterkriterium neben dem Referenzobjekt die DIN EN ISO 9001:2000 – gewichtet mit 5 % - angegeben.

Den Verdingungsunterlagen beigelegt war eine Anlage 1 („Angebotserklärung“). In dieser war auf Seite 5 unter der Rubrik „mit dem Angebot geforderte Nachweise“ in Spiegelstrich 4 gefordert, ein

„Prüfbares Referenzobjekt mit höchstmöglicher Kompatibilität zu ... Lysimetern“

vorzulegen.

Hervorgehoben durch Fettdruck befand sich am Ende der Seite der Hinweis:

„Bei Nicht-Vorlage der vollständigen Nachweise bei Angebotsabgabe wird das Angebot gemäß § 25 VOL/A von der Wertung ausgeschlossen.“

Am 23. Januar 2009 hat die Antragstellerin (ASt) ein Angebot abgegeben. Die Angebotsfrist lief bis zum 26. Januar 2009.

Die Angebotsunterlagen der ASt enthielten neben einem Angebot unter dem Briefkopf der ASt auch die - ebenfalls unterschriebenen – Verdingungsunterlagen. In letzteren hatte die ASt in die Felder „Einzelpreis“ und „Lieferzeit“ in der Angebotserklärung nichts eingetragen. Darüber hinaus hatte sie statt des geforderten Nettopreises den Bruttopreis angegeben. Im Angebot unter dem Briefkopf der ASt waren dagegen sowohl Netto- wie auch Bruttopreis ausgewiesen.

Mit Schreiben vom 26. Januar 2009 rügte die ASt gegenüber der Ag zahlreiche Vergabeverstöße. Das Kriterium „prüfbares Referenzobjekt mit höchstmöglicher Kompatibilität zu ... Lysimetern“ sei vergaberechtswidrig doppelt im Rahmen der Eignung und der Wertung berücksichtigt worden. Die höchstmögliche Kompatibilität könne mangels technischer Beschreibung oder Skizze nur vom Vorauftragnehmer erreicht werden. Die Forderung nach 100 %iger Kompatibilität sei die Forderung nach einem konkreten Produkt, und zwar nach einem Produkt der Beigeladenen (Bg), welche den Vorauftrag ... erhalten habe. Die Leistungsbeschreibung enthalte Produktbezeichnungen ohne den Zusatz „oder gleichwertig“, wie z.B. bei der Bodengaslanze nach

Die Ag lehnte eine Abhilfe der Rüge mit Schreiben vom 29. Januar 2009 ab. Hinsichtlich der Doppelverwertung des Referenzobjektes führte die Ag aus, dass die 2-fache Benennung des Kriteriums „Referenzobjekt“ sowohl bei der Eignungsprüfung wie auch im Rahmen der Wertung angesichts der besonderen Sachlage geboten war.

Mit Schreiben vom 9. Februar 2009 teilte die Ag der ASt mit, dass der Zuschlag auf das Angebot der Bg erteilt werden solle. Die Bg hatte in der ursprünglichen Wertung 800, die ASt 760 von 800 möglichen Punkten erhalten. Dabei hatte die Ag fehlerhaft trotz einer Gewichtung des Preises mit 30 % nur 100 statt der erforderlichen 300 Punkte angesetzt. In der korrigierten Wertung erzielte die Bg folgerichtig 1000, die ASt 920 von 1000 möglichen Punkten. ASt und Bg waren die einzigen Bieter, die in diesem Verfahren ein Angebot abgegeben hatten.

Die ASt hat mit Schreiben vom 19. Februar 2009 bei der Vergabekammer des Bundes einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Diesen Antrag hat die Vergabekammer den Ag am 24. Februar 2009 zugestellt.

Die ASt trägt vor, die Forderung nach einem prüfbareren Referenzobjekt verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz, beschreibe technische Merkmale in diskriminierender Weise und stelle eine unzulässige Doppelverwertung von Kriterien bei Eignungsprüfung und Wertung dar.

Die Bezeichnung „höchstmögliche Kompatibilität zu ... Lysimetern“ benenne faktisch ein Produkt der Bg als Auftragnehmerin des Vorauftrags Die anderen Bieter hätten über diesen Vorauftrag keine ausreichenden Informationen, um die gewünschte Kompatibilität herstellen

zu können. Namentlich die Bodengaslanze nach ... sei weder im Markt noch anscheinend bei dessen Namensgeber bekannt. Die ASt könne eine derartige, bislang nicht existierende Lanze mangels technischer Angaben nicht (nach-)bauen. Dies belege auch, dass eine absolute Baugleichheit, wie sie die Ag durch das Kriterium der höchstmöglichen Kompatibilität fordere, gar nicht erforderlich sei, da diese Lanze im Vorauftrag nicht gefordert worden sei. In der Leistungsbeschreibung sei weder eine Skizze des eingesetzten Lysimeters, noch eine detaillierte Beschreibung des Vorprojekts enthalten gewesen.

Da das Vorprojekt ... bislang noch nicht realisiert sei, sei auch ein Versuch der ASt, sich am 21. Januar 2009 vor Ort über die technischen Gegebenheiten zu informieren, fehlgeschlagen. Da die Ag in ihrer Bewertungsmatrix aber eine Abstufung der Punkte hinsichtlich der Kompatibilität angelegt habe, hätte sie den Bietern die Möglichkeit, eine höchstmögliche Kompatibilität zum Vorauftrag zu erreichen, durch entsprechende Angaben und Informationen in der Leistungsbeschreibung eröffnen müssen. Auch die Bg könne kein „prüfbares Referenzobjekt“ vorweisen, da eine höchstmögliche Kompatibilität zu einem nicht existenten Objekt nicht geprüft und damit nicht gewertet werden dürfe.

Die Leistungsbeschreibung entfalte in diesem Verfahren diskriminierende Wirkung. Sie beschreibe die Herstellungsverfahren nicht so, dass auch Bieter ohne Kenntnis vom Vorprojekt den streitgegenständlichen Auftrag ausführen könnten. Diese diskriminierende Beschreibung sei auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass die Bg ein Alleinstellungsmerkmal in Bezug auf die einzusetzenden Lysimeter habe. Die Lysimeter der ASt seien ebenbürtig, in manchen Bereichen denen der Bg sogar überlegen. Es sei wissenschaftlich nicht erforderlich, gleiche Systeme einzusetzen. Selbst gleiche Lysimeter würden aufgrund der Bodenheterogenität unterschiedliche Messergebnisse liefern.

Die Messergebnisse an sich würden sich trotz der bauartbedingten Unterschiede bei den Hülsen und der unterschiedlichen Einbringungsart in den Boden nicht unterscheiden. Die Hülsen der ASt seien per se wasserundurchlässig, während die Wasserdurchlässigkeit der Lysimeter der Bg durch das Anbringen von zusätzlichen Pumpen kompensiert werden müsse.

Diese insgesamt nicht produktneutral gestaltete Ausschreibung habe verhindert, dass die ASt ein wettbewerbsfähiges Angebot mit ihrem eigenen System habe abgeben können. Sie müsse

Spezialanfertigungen in Abweichung zu ihrem System kalkulieren, während die Bg über eine Stückkostendegression aufgrund des Vorauftrags bei ihrer Kalkulation profitiere.

Letztlich sei die Ausschreibung auch wegen der durchgeführten Doppelverwendung des Kriteriums der höchstmöglichen Kompatibilität des prüfbaren Referenzobjekts aufzuheben. Wenn die Ag aufgrund von Kompatibilitätserfordernissen strengere Eignungsanforderungen hätte anlegen wollen, hätte sie Mindestanforderungen im Rahmen der Eignungsprüfung aufstellen können. Sie dürfe jedoch nicht durch eine erneute Berücksichtigung der Referenz im Rahmen der Bewertungsmatrix dieses Kriterium doppelt berücksichtigen. Ebenso könne der Nachweis der DIN EN ISO 9001:2000 als typisches Eignungskriterium nicht nochmals in die Wertung einfließen.

Die ASt habe in ihrem als Einheit zu verstehendem Angebot lediglich in dem von der ASt als Hauptangebot eingestuften Teil brutto und netto verwechselt. Die Ag hätte in dem Ausdruck unter dem eigenen Briefkopf den erkennbar niedrigeren Nettopreis erkennen und bei der Wertung ansetzen müssen. Die ASt habe sich bemüht, anhand der Vorgaben der Ag ein einheitliches Angebot zu erstellen. Dass die Ag diesen Versuch als von der Leistungsbeschreibung abweichendes Nebenangebot werte, belege, dass die Informationen zur Angebotserstellung nicht ausgereicht hätten.

Der fehlende Eintrag in der Rubrik „Lieferzeit“ sei unschädlich, da die Ag keine Frist für einen Lieferzeitpunkt gesetzt habe. Auch in die Wertung sei kein früherer oder späterer Lieferzeitpunkt eingegangen. Die Angebote von Bg und ASt seien daher auch ohne entsprechende Angabe vergleichbar und die ASt nicht zwingend auszuschließen. Der fehlende Eintrag in der Rubrik „Einzelpreis“ rühre daher, dass weder für einen einzelnen der insgesamt ... Lysimeter noch für ein System bestehend aus sechs Lysimetern ein Preis ermittelbar gewesen sei. Aufgrund der Heterogenität des Bodens und der Lieferdistanzen sei ein einheitlicher Einzelpreis für alle Einzellysimeter bzw. –systeme nicht kalkulierbar und hätten von der ASt daher auch nicht ausgewiesen werden können.

Die ASt beantragt:

1. Das Ausschreibungsverfahren „Lieferung und Installation von ... Kleinlysimetern ...“ aufzuheben.

2. Der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 111 GWB zu gewähren.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären.
4. Der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag beantragt,

den Antrag der ASt zurückzuweisen.

Die Ag trägt vor, dass die Leistungsbeschreibung aufgrund zwingender wissenschaftlicher Vorgaben dem Vorauftrag des ... habe folgen müssen. Die hier ausgeschriebene Leistung müsse sich in den Forschungsverbund ... einfügen. Das ... habe bereits eine Teilleistung dieses Projekts beschafft, indem sie einen Auftrag zur Lieferung von Kleinlysimetern an die Bg vergeben habe. Entscheidend für den Forschungserfolg des Gesamtprojekts ... in Bezug auf die Aussagekraft der gewonnenen Messergebnisse sei, dass die insgesamt eingesetzten Lysimeter alle technisch absolut baugleich seien. Beim Einsatz verschiedener Systeme würden auch die Unterschiede zwischen den Systemen gemessen werden und die gefundenen Messergebnisse in wissenschaftlicher Hinsicht wertlos. Selbst wenn zufälligerweise die Ergebnisse trotz verschiedener Systeme gleich sein sollten, würde die Wissenschaft die Ergebnisse allein aufgrund der Unterschiedlichkeit der Systeme nicht anerkennen. Der erforderliche Gutachterprozess für die Publikation der Ergebnisse könnte bei Verwendung verschiedener Systeme nicht erfolgreich durchlaufen werden. Die höchstmögliche Kompatibilität zum Vorprojekt des ... sei daher von ausschlaggebender Bedeutung für den hier zu beurteilenden Auftrag. Es gebe keine Lysimeteranlage, in der Lysimeter verschiedener Hersteller nebeneinander betrieben würden. Wenn verschiedene Lieferanten beim Bau einer Anlage eingesetzt worden seien, dann für getrennte Bereiche.

Man habe daher einen hohen Wert auf die „höchstmögliche Kompatibilität“ zwischen den an den verschiedenen Standorten des Gesamtprojektes ... eingesetzten Lysimetern und folglich gerade auch zwischen den in diesem Verfahren ausgeschriebenen und den bereits beim Teilprojekt des ... zum Zuge gekommenen Lysimetern gelegt. Eigentlich hätte man deshalb die Lysimeter direkt bei der Bg im Verhandlungsverfahren beschaffen müssen. Die ASt habe

die Ag jedoch kontaktiert und eine systemgleiche Ausführung des Auftrags zugesagt, so dass man den Weg eines offenen Verfahrens beschritten habe. Man sei davon ausgegangen, dass die ASt rechtlich und faktisch die Systemgleichheit liefern könne und habe unter dieser Vorstellung das offene Verfahren gewählt, um einen Wettbewerb zu eröffnen.

Die Doppelverwertung des Referenzkriteriums im Rahmen der Eignung und der Wertung sei zulässig. Auf der Eignungsstufe sei geprüft worden, ob überhaupt Erfahrung auf diesem Gebiet vorliege, auf der Stufe der Bewertungsmatrix dagegen, inwieweit Kompatibilität vorgelegen habe. Formal sei dies eine Doppelverwendung, materiell jedoch nicht. Die Ag habe damit rechnen müssen, dass Bieter unterschiedliche Referenzen vorlegen würden. Sie hätte aufgrund der wissenschaftlichen Erfordernisse im Rahmen der Qualität auf die Einhaltung der höchstmöglichen Kompatibilität achten müssen. Dass dadurch die Bg Vorteile erzielen könne, liege in der Natur der Beschaffungsanforderung und verletze daher das Gleichheitsgebot nicht. Dass die im Vorauftrag vergebene Referenzstation von der Bg witterungsbedingt noch nicht habe installiert werden können, sei für die Prüfbarkeit der Referenz unerheblich. Die Bg habe durch die Vorlage der Referenz aus dem Vorprojekt ihre Eignung und auch die höchstmögliche Kompatibilität zu den dort vergebenen Lysimetern in ausreichendem Maße nachgewiesen.

Die Leistungsbeschreibung enthalte alle notwendigen technischen Parameter und Details, die zur Angebotserstellung notwendig gewesen seien. Die Leistung sei ihrer Ansicht nach erschöpfend beschrieben. Die Aufnahme der drei Bodengaslanzen nach ... in das Leistungsverzeichnis in Abweichung zum Vorprojekt sei angesichts der in der Zwischenzeit eingetretenen technischen Weiterentwicklungen erforderlich gewesen. Eine absolute Baugleichheit habe die Ag nicht gefordert. Die Bieter hätten lediglich die angegebenen Spezifikationen, die im Wesentlichen denen des Vorauftrags des ... entsprochen hätten, erfüllen müssen.

Die Aufnahme der DIN ISO 9001:2000 sei für die Qualität der Bewertung des Angebots von Bedeutung und sei daher als Zuschlagskriterium in die Bewertungsmatrix aufgenommen worden. Ein Qualitätsmanagement-System erhöhe die Wahrscheinlichkeit, dass Fehler frühzeitig entdeckt und beseitigt würden und sei demzufolge ein Kriterium, das an die Qualität des Auftrags anzulegen sei.

Selbst wenn man die Bewertungskriterien „Referenzobjekt“ und „DIN EN ISO 9001:2000“ aus der Wertung herausnehme, wäre die ASt allein aufgrund ihres höheren Preises dennoch nicht in einen Bereich gekommen, der einen Zuschlag auf ihr Angebot ermöglicht hätte.

Das eigenständig erstellte Angebot, das die ASt neben dem Vordruck der Ag mit eingereicht habe, sei als Nebenangebot aufgrund der zahlreichen technischen Abweichungen von der Wertung ausgeschlossen worden, so dass dessen niedrigerer (Netto-)preis nicht habe berücksichtigt werden können. Die ASt habe entgegen der in der Leistungsbeschreibung geforderten Stechtechnik eine Frästechnik angeboten. Dies habe Auswirkung auf die Dichte im Lysimeterrandbereich und damit die gewonnenen Messergebnisse. Auch die geforderte definierte Sohle sei von der ASt nicht angeboten worden.

Mit Beschluss vom 11. März 2009 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg trägt vor, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, stellt jedoch keine eigenen Anträge.

Die ASt sei in der Wertung zu Recht hinter dem Angebot der Bg eingestuft worden. Schon allein aufgrund der unterschiedlichen Technik, sei die Kompatibilität ihres, im Rahmen des Vorauftrags gelieferten Systems mit den Lysimetern der ASt nicht gegeben. Hinsichtlich der Sensoren, deren Schnittstellen, der Messprinzipien, der Steueralgorithmen und Schneescheidevorrichtungen seien die Systeme zu unterschiedlich.

Die Technik der Bg sei zudem hinsichtlich der Sensoren, der Messdatenerfassung, des Serviceschachtes und der Datenübertragung durch Patente, Marken und Gebrauchsmuster geschützt, so dass die ASt einen Nachbau ohne Verletzung dieser Rechte nicht bewerkstelligen könne.

Eine Beschaffung unterschiedlicher Systeme mache wissenschaftlich auch keinen Sinn. Die Lysimeter müssten von einem Standort an den anderen versetzt werden können, um Auswirkungen standorttypischer Klimaregime zu bewerten. Diese variierten hinsichtlich Temperatur, Strahlung, Windprofil, Evaporationsraten, vegetationsbedingter Transpiration und Grundwasserbildung. Um verifizierbare Rückschlüsse ziehen zu können, seien absolut identische Messvorrichtungen erforderlich. Entscheidend für die gleichen Messergebnisse

seien Sensorik und Probenahmenteknik sowie sämtliche Schnittstellen des Systems. Steckverbindungen und Steckerbelegungen, analoge Signale, RS 485-Schnittstellenprotokolle, Abmessungen, Konstruktion, Material, Unterdrucksteuerung zur Definition der unteren Randbedingung, Saugkerzenschläuche und Strömungsquerschnitte müssten technisch absolut baugleich sein. Dies könne rechtlich und faktisch nur die Bg als Vorlieferantin erfüllen.

Die Bodengaslanze nach ... sei, nachdem die Bg ein Bauteilmuster von ... erhalten habe, als Eigenprodukt mit poröser Membran angeboten worden.

Dass das Vorprojekt des ... noch nicht vollständig installiert sei, stehe seiner Eigenschaft als „prüfbares Referenzobjekt“ im Sinne des Eignungs- und Wertungskriteriums nicht im Wege stehen, da es der Ag gerade auf die Kompatibilität der Lysimeter zu diesem Projekt angekommen sei.

Die 5-Wochen-Frist nach § 113 Absatz 1 Satz 1 GWB wurde durch Verfügung des Vorsitzenden gemäß § 113 Absatz 1 Satz 1 und 2 GWB bis einschließlich 20. April 2009 verlängert.

Der ASt wurde unter Beachtung von Geschäftsgeheimnissen Akteneinsicht gewährt. In der mündlichen Verhandlung vom 18. März 2009 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen.

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

B.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Das gegen die Ag gerichtete Nachprüfungsverfahren ist statthaft.

aa) Die Ag ist eine dem Bund zuzurechnende öffentliche Auftraggeberin i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB, da sie vom Bund überwiegend finanziert wird.

- bb) Die streitgegenständliche Liefervereinbarung ist als öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Absatz 1 GWB zu qualifizieren.
- cc) Der einschlägige Schwellenwert des § 2 Nr. 3 VgV in Höhe von 206.000 € ist überschritten.
- b) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist nach § 104 Absatz 1 1. HS GWB eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen dem Bund zuzurechnenden Auftrag bezieht.
- c) Die ASt ist auch antragsbefugt gemäß § 107 Absatz 2 GWB. Die Antragsbefugnis nach § 107 Absatz 2 GWB setzt voraus, dass der Bieter ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Absatz 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Darüber hinaus ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. An die Darlegung eines solchen Schadens i.S.d. § 107 Absatz 2 Satz 2 GWB sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Ein Schaden muss zumindest denkbar, also nicht offensichtlich ausgeschlossen sein (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03; BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Zudem muss dem Wortlaut des § 107 Absatz 2 GWB nach die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften für den (zumindest drohenden) Schaden kausal sein (vgl. auch BGH, Beschluss vom 26. September 2006, aaO.).

Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erteilung des Auftrags durch Abgabe eines Angebots bekundet. Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt, soweit sie behauptet hat, durch die Bekanntmachung von unzulässigen Zuschlagskriterien in eigenen Rechten verletzt worden zu sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 18. Mai 2004 – X ZB 7/04) ist es ausreichend, dass der den Nachprüfungsantrag stellende Bieter schlüssig behauptet, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften im Verlauf des Vergabeverfahrens verletzt worden sein sollen. Die von der ASt geltend gemachten Vergabefehler würden auch gegen bieterschützende Vorschriften verstoßen. Die Verletzung dieser Normen wäre aus Sicht der erkennenden Kammer – den Vortrag der ASt unterstellt – auch kausal für einen Schaden der ASt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich bei einer detaillierten, neutralen Leistungsbeschreibung und Nicht-

Berücksichtigung der doppelt verwerteten Kriterien ein anderes Wertungsergebnis zugunsten der ASt hätte ergeben können. Dabei ist unschädlich, dass die ASt (bislang) bei fiktiver Nichtberücksichtigung der doppelt verwendeten Kriterien auch allein aus preislichen Gründen nur den zweiten Wertungsrang einnimmt.

Die Antragsbefugnis entfällt auch nicht etwa dadurch, dass das Angebot der ASt aufgrund der Abweichung von der Leistungsbeschreibung, der unterlassenen Preisangaben bzw. der nicht angegebenen Lieferzeit ausgeschlossen werden könnte. Dem Bieter ist die zweite Chance auf Beteiligung an einem – dann ordnungsgemäßen Verfahren – nicht zu versagen, wenn schwerwiegende Verfahrensverstöße nur durch eine Aufhebung oder Wiederholung des Verfahrens beseitigt werden können (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. März 2008, VII-Verg 2/08). Ein solcher schwerwiegender Mangel wird auch seitens der ASt vorgetragen. Die unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien müsste zu einer Zurücksetzung des Vergabeverfahrens in den Zeitpunkt vor Angebotsabgabe führen und würde es der ASt dann auch ermöglichen, nach erneuter Angebotsaufforderung ein wertbares Angebot abzugeben (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Lediglich bei gewichtigen, sog. globalen Mängeln eines Angebots – wie z.B. einem Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juli 2006 – Verg 23/06) – könnte die Antragsbefugnis der ASt entfallen. Der Umstand, dass das Angebot der ASt aufgrund der fehlenden Preis- und Lieferzeiten hätte ausgeschlossen werden können oder müssen, stellt jedoch lediglich einen sog. lokalen Mangel des Angebots dar. Dieser nimmt ihr nicht das sich aus § 97 Absatz 7 GWB ergebende Recht darauf, dass auch die Auftragsvergabe an einen der anderen Bieter unterbleibt bzw. die Ausschreibung aufgehoben werden muss.

Auch die unterstellte Abweichung von der Leistungsbeschreibung des als Nebenangebot gewerteten, von der ASt als Hauptangebot angesehenen Angebots unter dem eigenen Briefkopf ändert nichts an diesem Ergebnis. Wenn ein Bieter im Bewusstsein, kein anderes Angebot abgeben zu können, ein nicht zuschlagsfähiges Angebot einreicht, entfällt dadurch nicht seine Antragsbefugnis (VK Bund, Beschluss vom 15. Oktober 2002 - VK 2-64/02). Die Angebotsabgabe

bedeutet auch nicht, dass der Bieter vorbehaltlos die Bedingungen der – seiner Ansicht nach unzureichenden Leistungsbeschreibung – akzeptiert hätte.

- d) Die Antragstellerin hat auch ihre Rügeobliegenheit nicht verletzt (§ 107 Absatz 3 GWB). Die Rügen der Antragstellerin, soweit sie die bekanntgemachten Zuschlagskriterien betreffen, sind nicht präkludiert. § 107 Absatz 3 Satz 2 GWB lässt das Nachprüfungsrecht für Verstöße gegen Vergabevorschriften entfallen, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind und die nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gerügt werden. Die Bekanntmachung wurde am 12. Dezember 2008 veröffentlicht. Daraufhin hat die Antragstellerin die Verdingungsunterlagen angefordert. Die von der ASt verfasste Rüge wurde gegenüber der Ag am 26. Januar 2008 und damit vor Ablauf der Angebotsfrist abgegeben.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Die Ag hat ihre Wertungsentscheidung unter Zugrundelegung unzulässiger Kriterien getroffen, indem sie entgegen § 25 Nr. 2 Absatz 1, Nr. 3 VOL/A als Kriterium im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung der Angebote (erneut) das „prüfbare Referenzobjekt mit höchstmöglicher Kompatibilität“ sowie das Vorhandensein eines Qualitätsmanagementsystems nach DIN EN ISO 9001:2000 mit einer Gewichtung von 20 % bzw. 5 % berücksichtigt hat.

- a) Nach § 25a VOL/A berücksichtigt der Auftraggeber bei der Entscheidung über den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien. So können u.a. Qualität, Preis, technischer Wert, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Rentabilität, Wartung, oder Lieferungs- und Ausführungsfristen berücksichtigt werden.

Diese Aufzählung ist zwar nicht abschließend (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Januar 2009 - VII-Verg 59/08). Jedoch kommen auch darüber hinaus nur Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dienen. Danach sind als Zuschlagskriterien Kriterien ausgeschlossen, die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des

betreffenden Auftrags zusammenhängen (vgl. EuGH, Urteil vom 24. Januar 2008, Rs. C 532/06 - Lianakis).

Die Eignungsprüfung ist eine unternehmensbezogene Untersuchung, ob ein Unternehmen nach seiner personellen, finanziellen und technischen Ausstattung in der Lage sein wird, den Auftrag auszuführen. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung bezieht sich dagegen nicht auf die konkurrierenden Unternehmen, sondern auf deren Angebote. Bewertet werden die Eigenschaften der angebotenen Leistung, nicht aber die des Anbieters oder seiner Referenzen.

Die Festlegung der auftragsbezogenen Kriterien für die Bestimmung des wirtschaftlichen Angebots steht im Ermessen des Auftraggebers. Die Kontrolle der Kammer hat sich dabei auf die Frage zu beschränken, ob ein Ermessensmissbrauch oder ein sonstiger Ermessensfehler zu beanstanden ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Mai 2008, VII-Verg 5/08; Beschluss vom 14. Januar 2009, VII-Verg 59/08).

- b) Der von der Ag geforderte Nachweis „prüfbares Referenzobjekt mit höchstmöglicher Kompatibilität zu ... Lysimetern“, ist typischerweise bei der Eignungsprüfung und auch nur dort zu berücksichtigen. Es handelt sich um eine Angabe gemäß § 7a Nr. 3 Absatz 2 VOL/A, die dem Nachweis der Eignung eines Bieters dient. Aufgrund dieser Angabe soll die Ag überprüfen können, ob der jeweilige Bieter über die generell hinreichende Erfahrung zur Erfüllung des Auftrags verfügt. Die Ag hat in ihrer Aufforderung zur Angebotsabgabe konsequenterweise daher dieses Kriterium auch als Ausschlussgrund benannt. Auch dass die Ag das Kriterium in der Bewertungsmatrix unter dem Unterkriterium „Informationen zum Auftragnehmer“ und gerade nicht als auftragsbezogenes Kriterium eingeordnet hat, spricht dafür, dass es sich um ein Eignungskriterium handelt.

Den Umstand, dass die Frage der „höchstmöglichen Kompatibilität“ nach der Vorstellung der Ag nicht nur die generelle Eignung des Bieters betrifft, sondern auch mittelbar Auswirkung auf die zu erwartende Qualität der letztendlich zu erlangenden Messergebnisse haben könnte, durfte die Ag nicht über eine Doppelverwendung exakt des gleichen Kriteriums im Rahmen der Wertung

berücksichtigen. Es mag eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass die Erstellung eines bei der vorangegangenen Ausschreibung durch das ... erfolgreichen Lysimetersystems im Hinblick auf die von der Ag für erforderlich gehaltene „höchstmöglich Kompatibilität“ des jetzt zu beschaffenden Systems mit jenem des ... auch die Qualität der in Ausführung des vorliegend zu vergebenden Auftrags zu erbringenden Leistung berührt. Dies ist aber keine Frage der Wertung, da auf der vierten Wertungsstufe nur das konkret vorliegende Angebot überprüft werden darf, nicht mehr jedoch Erfahrungen aus Vorprojekten.

Mit dem System der Wertungsvorschriften ist es nicht zu vereinbaren, unterschiedliche Eignungsgrade von Bietern bei der Entscheidung über den Zuschlag im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung in der Weise zu berücksichtigen, dass dem Angebot eines für geeignet befundenen Bieters dasjenige eines Konkurrenten maßgeblich wegen dessen höher eingeschätzter Eignung vorgezogen wird (vgl. BGH, Beschluss vom 15. April 2008, X ZR 129/06, zur VOB/A). So hat der BGH wiederholt entschieden, dass nach Bejahung der Eignung der in die engere Wahl gekommenen Bieter in der zweiten Wertungsphase ein "Mehr an Eignung" eines Bieters nicht als entscheidendes Kriterium für den Zuschlag zu seinen Gunsten berücksichtigt werden darf (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 1998, X ZR 109/96; BGH, Urteil vom 16. Oktober 2001, X ZR 100/99). Dies gilt insbesondere dann, wenn Eignungskriterien als Zuschlagskriterien angegeben worden sind. Genauso dies ist im streitgegenständlichen Vergabeverfahren geschehen. Die Ag hatte die Eignung der ASt bejaht und damit das fragliche Kriterium als erfüllt angesehen, dann aber zehn Prozent der Punkte wegen eben nicht erreichter „höchstmöglicher“ Kompatibilität in Abzug gebracht.

- c) Soweit bei der Ag aufgrund zwingender wissenschaftlicher Vorgaben das unabweisbare Bedürfnis nach graduellen Abstufungen hinsichtlich der Kompatibilität zum Vorauftrag des ... besteht, kann die Ag – ein fortbestehendes Beschaffungsinteresse vorausgesetzt – dies im Rahmen der Eignungsprüfung durch das Aufstellen besonderer technischer Anforderungen gewährleisten. Die Eignungsprüfung dient beim offenen Verfahren dazu, diejenigen Unternehmen auszusondern, die als Bieter nicht in Betracht kommen. Es ist vergaberechtlich

nicht zu beanstanden, dass ein öffentlicher Auftraggeber den Auftrag nicht nur einem generell geeigneten Bieter, sondern mit Rücksicht auf die besonderen Anforderungen an den Auftrag, nur einem besonders erfahrenen, fachkundigen und oder zuverlässigen Auftragnehmer übertragen kann. Derartige Besonderheiten können sich auch aus den besonderen technischen Randbedingungen ergeben, unter denen der Auftrag auszuführen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Januar 2009, Verg 59/08).

- d) Ebenso unzulässig ist die Verwendung des Vorhandensein eines Qualitätsmanagementsystems nach DIN EN ISO 9001:2000 im Rahmen der vierten Wertungsstufe, da es sich – nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung – unstreitig um eine Frage der generellen Eignung eines Unternehmens nach § 7a Nr. 5 Absatz 1 VOL/A handelt.
- e) Durch die Benennung unzulässiger Zuschlagskriterien in der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist die ASt auch in eigenen Rechten verletzt worden. Ihr Angebot musste beim Vergleich mit demjenigen der Bg aufgrund von deren Wissensvorsprung aus dem Vorauftrag zwangsläufig Abstriche bei der Wertung hinnehmen. Sie war demzufolge gehindert, ein konkurrenzfähiges Angebot abzugeben.
- f) Die Kammer kann nicht – wie die Ag meint – die beiden Kriterien schlicht fallen lassen und die Wertungsentscheidung zugunsten der Bg allein aufgrund des niedrigeren Preises in deren Angebot aufrechterhalten. Die Ag an den übrigen zulässigen Kriterien "Preis" und „Informationen und technische Spezifikationen des Angebots“ festzuhalten, würde ihr die Möglichkeit nehmen, Art und Besonderheiten des Auftrags – z.B. im Rahmen der Eignungsprüfung durch technische Mindestanforderungen – zu berücksichtigen. Der Ag bleibt es im Falle der Neuausschreibung unbenommen, Kriterien zu wählen, die am besten geeignet sind, den freien Wettbewerb und die Auswahl des besten Angebots zu sichern. Die Kammer darf nicht an Stelle der Ag das ihr zustehende Ermessen bei der Auswahl der Eignungs- und Zuschlagskriterien ausüben. Der Ag muss die Gelegenheit eingeräumt werden, erneut zu prüfen, welche Kriterien hinsichtlich der Eignung der Bieter einerseits sowie ihrer Zuschlagsentscheidung bei der Frage des

wirtschaftlichsten Angebots andererseits zugrunde gelegt werden sollen. Der Ausspruch der erkennenden Kammer konnte daher nur auf die Aufhebung der Ausschreibung lauten.

3. Für den Fall der Neuausschreibung des Vergabeverfahrens ist – außer auf die bereits oben aufgeführten Vergaberechtsverstöße – abschließend auf Folgendes hinzuweisen. Die Ag wird ihre Bekanntmachung und Leistungsbeschreibung nach den Erkenntnissen des Vergabe- und auch des streitgegenständlichen Nachprüfungsverfahrens dahingehend zu überprüfen haben, ob und inwiefern aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen eine produktneutrale, diskriminierungsfreie und damit offene Ausschreibung möglich ist. Die Schritte zu dieser Entscheidung und ihre Begründung wird die Ag zu dokumentieren haben. Sollte die Ag ein offenes Verfahren durchführen und zur Herstellung der wissenschaftlichen Verwertbarkeit der Messergebnisse technische Vorgaben im Rahmen der Eignungsprüfung für erforderlich halten und diese aufstellen, sind den potentiellen Bietern alle vorhandenen technischen Spezifikationen, Details, Skizzen, Pläne oder Muster, die eine (erforderliche) Kompatibilität zu dem Vorprojekt gewährleisten können, zur Verfügung zu stellen, um den Nachweis der Eignung zu ermöglichen. Die Herstellung von Transparenz in diesem Punkt liegt auch im Eigeninteresse der Ag, um gegebenenfalls in einem offenen Verfahren auch vergleichbare Angebote zu erhalten.

C.

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

Die Bg hat keine eigenen Anträge gestellt und das Nachprüfungsverfahren auch im Übrigen nicht wesentlich gefördert. Sie hat daher kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und ist somit nicht als unterliegende Partei anzusehen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. August 2005, VII-Verg 31/05).

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da im Nachprüfungsverfahren komplexe und schwierige Rechtsfragen zu beantworten waren.

D.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Reh

Zeise