

Leitsätze

Beschluss 69d • VK - 41/2009 -

Spruchkörper: 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

Verkündungsdatum: 17.11.2009

Aktenzeichen: 69d • VK - 41/2009

Typ des Spruchkörpers: Vergabekammer

Ort: Darmstadt

Bundesland: Hessen

Entscheidungserhebliche Normen: § 25a VOL/A, §97 GWB

Typ der Entscheidung: Beschluss

Sofortige Beschwerde: keine

1. Ein öffentlicher Auftraggeber hat in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung alle Zuschlagskriterien anzugeben, deren Verwendung er vorsieht, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung. Er darf keine Unterkriterien oder Gewichtungsregeln anwenden, die er den am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat.
2. Die nachträgliche Festlegung von Kriterien und ihrer Gewichtung unterliegt drei (alternativen) Beschränkungen: Der öffentliche Auftraggeber darf keine Unterkriterien aufstellen, welche die bekannt gegebenen Hauptkriterien abändern. Die nachträglich festgelegten Kriterien dürfen keine Gesichtspunkte enthalten, die die Vorbereitung der Angebote hätten beeinflussen können, wenn sie im Zeitpunkt der Vorbereitung bekannt gewesen wären und der Auftraggeber darf keine Unterkriterien festlegen, welche geeignet sind, Bieter zu diskriminieren.
3. Ein Auftraggeber muss für die Angebotswertung aber kein bis in letzte Unterkriterien und deren Gewichtung gestaffeltes Wertungssystem aufstellen, das im Übrigen dann auch Gefahr liefe, endlos und unpraktikabel zu werden. Insoweit spielt auch eine Rolle, dass der Auftraggeber auf der letzten Ebene der Angebotswertung einen Wertungsspielraum hat. Dieser darf nicht dadurch eingeschränkt werden, dass er vergaberechtlich in jedem Fall daran gebunden wird, im Voraus in mehrstufige Unterkriterien und entsprechende Gewichtungen aufgediederte

Bewertungsregeln aufzustellen (und diese den Bietern in der Regel mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe bekanntzugeben).

4. Die Grenze, ab der das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe vergaberechtlich unzulässig ist, ist dann erreicht, wenn die aufgestellten Wertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert sind, anhand deren das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird und sie infolgedessen auch vor einer willkürlichen und/oder diskriminierenden, d.h. einer die Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz verletzenden Angebotswertung nicht mehr effektiv zu schützen sind.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

wegen

der Beschaffung von 14 Stk. Niederflurzweirichtungsgelenktriebwagen in dreiteiliger Ausführung mit einer Option auf weitere 10 Fahrzeuge (Verhandlungsverfahren nach VOL/A, EU-Amtsblatt 2008/S xxx)

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt auf die mündliche Verhandlung vom 09.11.2009 durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, den hauptamtlichen Beisitzer RD Pfaff und den ehrenamtlichen Beisitzer RA Ernst am 17.11.2009 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von Euro 16.528,80 erhoben, die von der Antragstellerin zu zahlen ist.
3. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen notwendigen Kosten sind von der Antragsstellerin zu tragen. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung Nr. 2008/S xxx vom xxx 2008 den Kauf von 14 Stück Niederflurzweirichtungsgelenktriebwagen in dreiteiliger Ausführung mit einer Option auf weitere 10 Fahrzeuge im Verhandlungsverfahren aus.

Die Frist zur Abgabe eines Angebots lief ursprünglich bis zum 15. Juni 2009. Sie wurde mit Bieterinformation vom 9. Juni 2009 bis zum 30. September 2009 verlängert. Die Antragstellerin gab am 15. April 2009 ein Angebot über die Lieferung von 14 Niederflurzweirichtungsgelenktriebwagen des Typs "Tango" mit der Option zur Lieferung von zehn weiteren Triebwagen ab.

Am 30. April 2009 kam es zu einem ersten Verhandlungsgespräch bei der Antragsgegnerin. Auf deren Wunsch bereitete die Antragstellerin drei verschiedene Varianten ihrer Fahrzeugtypen vor und bot diese unter dem 25. Mai 2009 als „Nachtrag 1“ zum Hauptangebot der Antragsgegnerin an. Gleichzeitig wurden verschiedene günstigere Varianten als Nebenangebot eingereicht, wobei von der Antragsgegnerin der Zielpreis von EUR 2,5 Mio. zur Projektfortführung als maßgebliches Entscheidungskriterium genannt wurde.

Sie teilte mit, dass sie insbesondere das Nebenangebot 3 („Variobahnen“) als zuschlagsfähiges Angebot der Antragstellerin erachtete.

Am 15. und 29. Juli 2009 fanden weitere Verhandlungen zu den Angeboten der Antragstellerin statt. Im Nachgang zu diesen Verhandlungen überarbeitete die Antragstellerin ihr Angebot und reichte den „Nachtrag 2“ über die Lieferung von 18 Niederflurzweirichtungsgelenktriebwagen vom Typ „Variobahn“ ein. In der Folge überarbeitete die Antragstellerin noch mehrmals ihr Angebot.

Mit Vorabinformationsschreiben vom 15. September 2009, der Antragstellerin am 16. September 2009 per Fax zugegangen, teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie beabsichtige, den Auftrag an die Beigeladene zu erteilen, da diese nach den in der Bekanntmachung genannten Bewertungskriterien das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben habe.

Mit Rügeschreiben vom 17. September 2009 rügte die Antragstellerin dieses Vorgehen und forderte die Antragsgegnerin bis zum 21. September 2009 auf, ihr das Wertungsergebnis detailliert und nachvollziehbar mitzuteilen.

Am 21. September 2009 antwortete die Antragsgegnerin unter Übersendung einer Bewertungsmatrix und vertrat die Auffassung, dass kein Vergabeverstoß vorliege.

Aus der Bewertungsmatrix ergaben sich zusätzliche Unterkriterien der Antragsgegnerin. Ferner musste sie von einem Angebotspreis der Antragstellerin ausgegangen sein, welchen diese nie angeboten hatte und die letzten Verhandlungen/Angebote der Antragstellerin offensichtlich nicht berücksichtigt hatte.

Dies rügte die Antragstellerin daraufhin mit Schreiben vom 23. September 2009 und gab der Antragsgegnerin bis zum 24. September 2009 die Möglichkeit, den Rügen abzuhelfen, bzw. das Vorabinformationsschreiben aufzuheben.

Die Antragsgegnerin antwortete am 23. September 2009 und erbat sich eine Fristverlängerung zur vergaberechtlichen Prüfung bis zum 29. September 2009.

Daraufhin gab die Antragstellerin mit Schreiben vom 24. September 2009 der Antragsgegnerin bis zum selben Tage um 17 Uhr zu reagieren.

Die Antragsgegnerin lehnte dies mit Schreiben vom 25. September 2009 endgültig ab.

Daraufhin stellte die Antragstellerin am gleichen Tag den Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gem. § 107 GWB.

Sie ist der Ansicht, dass in der fehlenden Bekanntgabe der die Zuschlagskriterien konkretisierenden Unterkriterien ein Verstoß gegen die elementaren Grundprinzipien des Vergaberechts, insbesondere gegen das Transparenzgebot liege. Sie habe erstmals durch die dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 21. September 2009 beigelegte Bewertungsmatrix davon erfahren, dass die Antragsgegnerin weitere Kriterien gebildet und bei der Angebotswertung zugrunde gelegt habe. So habe sie erstmals durch dieses Schreiben davon erfahren, dass die qualitativen Kriterien *„Beförderungskomfort“*, *„Betriebliche Auswirkungen“*, *„Redundante Ausführung der Systeme“*, *„Bewährte Systemkomponenten“* und *„Wartung und Instandhaltbarkeit“* aus der Bekanntmachung vom 28. November 2008 nicht allein ausschlaggebend sein sollten, sondern offenbar weitere Unterkriterien zur Bewertung der Angebote herangezogen worden seien. Dies ergebe

sich daraus, dass in der „Aufstellung der Abweichungen zu den Bewertungskriterien der Anbieter a/aa“ (Anlage AST [12]) der Bewertungsmatrix bei „Qualitative Kriterien“ unter der Rubrik „Bewertungskriterium“ die Kriterien

- *Geräuschverhalten*
- *Synergieeffekte in der Lagerhaltung*
- *Schulungsbedarf*
- *Wartung und Instandhaltung*

aufgetaucht seien, die den bekannt gemachten und damit für das Verfahren verbindlich festgelegten Zuschlagskriterien nicht ohne weiteres hätten zugeordnet werden können. So seien beispielsweise unter „Geräuschverhalten“ offensichtlich drei nicht bekannt gemachte Unterkriterien

- *„Innengeräusch“* (Unterkriterium 1.1),
- *„Führerraum“* (Unterkriterium 1.2) und
- *„Außengeräusch bei 40 km/h“* (Unterkriterium 1.3)

gebildet worden, die zusammen mit dem weiteren Unterkriterium“

- *„Aufteilung Innenraum“* (Unterkriterium 1.4)

Unterkriterien des bekannt gemachten Hauptzuschlagskriteriums *„Beförderungskomfort“* darstellen sollten.

Auch bezüglich des Hauptzuschlagskriteriums *„Bewährte Systemkomponenten“* sowie *„Betriebliche Auswirkungen“* gebe es solche zusätzlichen, der Antragstellerin nicht bekanntgemachten Unterkriterien.

Dies sei vergaberechtlich unzulässig und müsse in jedem Fall zur Vergaberechtswidrigkeit der Angebotswertung führen. Sofern detaillierte Kriterien durch den Auftraggeber festgelegt seien, müsse dieser sie im Sinne einer größtmöglichen Transparenz den Bietern in einem Vergabeverfahren auch vorab bekannt geben. Gleiches gelte für eine vom Auftraggeber erstellte Wertungsmatrix.

Durch die bei der Bewertung zu Grunde gelegten und erst jetzt - nachträglich - offengelegten Unterkriterien habe sie gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstoßen.

Ferner ist sie der Ansicht, dass nicht ihr endgültiges Angebot gewertet worden sei. Zum 29. Juli 2009 hätten zwar alle technischen Verhandlungen abgeschlossen sein sollen, es sei aber vereinbart worden, dass auch danach noch weitere Preise und kommerzielle Konditionen hätten abgefragt werden können. Insofern sei keinesfalls zu diesem Datum ein finales Angebot Gegenstand der Verhandlung gewesen. Insbesondere kaufmänni-

sche Bedingungen hätten noch bis Mitte September angeboten werden können und seien durch die Antragstellerin auch angeboten worden.

Daher habe die Antragsgegnerin bei ihrer Wertung nicht das richtige Angebot der Antragstellerin gewertet, sondern eines das diese niemals abgegeben habe. Die Antragsgegnerin habe offenbar die letzten Angebote der Antragstellerin unberücksichtigt gelassen. Eine Berücksichtigung ihrer letzten Angebote hätte zu einer deutlich besseren Bewertung der Antragstellerin führen müssen, da der Angebotspreis in diesen beiden Angebotsnachträgen deutlich niedriger gewesen sei, als der Angebotspreis, der bei der Bewertung durch die Antragsgegnerin zu Grunde gelegt worden sei.

Des Weiteren ergäben sich nach Ansicht der Antragstellerin deutliche Anhaltspunkte für zahlreiche Verstöße gegen das Wettbewerbsprinzip bei der Wertung einzelner Punkte aus der Aufstellung der sog. *„Internen Bewertungskriterien“*.

Insbesondere bezüglich des Energieverbrauches sei der *„Aufstellung der Abweichungen zu den Bewertungskriterien der Anbieter a/aa“* der Bewertungsmatrix (Anlage AST [12]) zu entnehmen, dass der durchschnittliche Energieverbrauch der Antragstellerin deutlich über den Simulationsrechnungen des Mitbewerbers liegen solle. Dies sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin habe mehrfach im Verfahren darauf hingewiesen, dass die Randbedingungen in den Vergabeunterlagen nicht genau definiert worden seien. Des Weiteren habe die Antragstellerin im Verhandlungsverfahren verdeutlicht, wie sich eine geringe Veränderung der Randbedingungen auf den Energieverbrauch auswirken würde. Mit Schreiben vom 30. Juni 2009 habe sie, die Antragstellerin eindeutig darauf hingewiesen, *„dass ein Vergleich der Energieverbrauchswerte mit Ihren Bestandsfahrzeugen bzw. für die Bewertung der Fahrzeuge der verschiedenen Angebote nur sinnvoll sei, wenn bei allen Berechnungen/Messungen die gleichen Rahmenparameter zugrunde gelegt würden.“* Darüber hinaus habe sie ange-regt, *„dass die Rahmenparameter von Ihnen entsprechend festgelegt werden und allen Teilnehmern der Ausschreibung in gleicher Weise zur Verfügung gestellt werden.“*

Dies sei jedoch nicht geschehen. Die deutlichen Unterschiede im Ergebnis ließen sich demnach nur auf verschiedene Berechnungsgrundlagen zurückführen. Eine Gleichbehandlung sei dadurch ausgeschlossen: In der Aufstellung *„Interne Bewertungskriterien“* (Anlage AST [13]) habe die Antragsgegnerin zu der Position „Energieverbrauch“ beim Energieverbrauch der Antragstellerin einen falschen Wert in kWh/km angesetzt.

Gemäß dem gemeinsamen Verhandlungsergebnis im Rahmen des Gespräches am

15. Juli 2009 habe die Antragstellerin der Antragsgegnerin bei Anwendung einheitlicher Rahmenparameter den gleichen spezifischen Energieverbrauch wie die Bestandsfahrzeuge zugesagt. Im Rahmen einer aufwendigen Angebotspräsentation habe die Antragstellerin umfassend dargelegt, wie der Energieverbrauch zu berechnen sei. Dabei sei auch deutlich geworden, dass keineswegs ein Wert von 5,4 kWh/km angesetzt werden könne.

Vielmehr habe die Antragstellerin letztendlich einen Wert von 3,16 kWh/km angeboten, der bei der Wertung hätte zugrunde gelegt und zur Grundlage einer vergleichenden Angebotswertung hätte gemacht werden müssen. Die Berechnung des Energieverbrauchs unterliege mehr als 120 Faktoren. Nur durch eine präzise Definition dieser Einflussfaktoren hätte eine Vergleichbarkeit sichergestellt werden können. Da dies trotz mehrfacher Nachfrage nicht geschehen sei, sei eine nicht nachvollziehbare Angebotswertung die Folge gewesen.

Die **Antragstellerin** beantragt daher:

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, sämtliche Zuschlagskriterien bekanntzugeben und das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt der Bekanntgabe neu durchzuführen, zumindest aber die Wertung nach Bekanntgabe der maßgeblichen Zuschlagskriterien unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gem. § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die **Antragsgegnerin** beantragt:

1. die Anträge zu 1., 2. und 5. der Antragstellerin zurückzuweisen;
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Sie ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, da die Antragstellerin zumindest teilweise die von ihr gerügten Verstöße gegen Vergabevorschriften bereits

bei Bekanntmachung bzw. im Verlauf des Vergabeverfahrens erkannt habe. Damit habe sie die Obliegenheit zur unverzüglichen Rüge verletzt.

Gegen die Obliegenheit der unverzüglichen Rügepflicht (§ 107 Abs. 3 GWB) verstoße ein Bieter, wenn er erst nach Bekanntgabe der vorgesehenen Zuschlagsentscheidung einwende, dass er aufgrund der unvollkommenen Beschreibung der Zuschlagskriterien sein Angebot nicht oder nicht richtig habe aufstellen und kalkulieren können.

Die Kenntnis der Antragstellerin vor Bekanntgabe des Wertungsergebnisses ergebe sich auch daraus, dass ihr bereits vor dem 4. Juni 2009 durch einen Mitarbeiter der Antragsgegnerin telefonisch erläutert worden sei, nach welchen Maßstäben die Zuschlagskriterien beurteilt würden, dabei sei er die in der sog. „Bewertungsmatrix“ genannten Punkte telefonisch durchgegangen.

Spätestens seit diesem Zeitpunkt sei der Antragstellerin bekannt gewesen, welche Bewertungsmaßstäbe zur Ausfüllung und Beurteilung der Zuschlagskriterien angelegt werden würden. Es seien die gleichen gewesen, die auch später in der sog. „Bewertungsmatrix“ niedergelegt worden seien.

Gleichermaßen sei auch gegenüber der Mitbewerberin, der Beigeladenen, vorgegangen worden.

Damit stehe fest, dass der Antragstellerin spätestens ab dem 4. Juni 2009 bekannt gewesen sei, dass die Bewertung der Zuschlagskriterien anhand konkreter objektiver Feststellungen erfolgen sollte, nämlich denen, die in der sog. „Bewertungsmatrix“ niedergelegt seien.

Inhaltlich habe es sich bei den vorgenommenen Bewertungen der sog. „Bewertungsmatrix“ um nichts anderes als um die Ausfüllung der in der Bekanntmachung beschriebenen qualitativen Zuschlagskriterien gehandelt. Es seien keine neuen Kriterien aufgestellt worden, sondern es sei die notwendige Subsumption der Erfordernisse zum angebotenen Produkt erfolgt.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei der Auftraggeber bei Zuschlagskriterien vergaberechtlich nicht gehalten, von vorneherein eine bis ins Einzelne verästelte Bewertungstabelle aufzustellen, die die Vergabeentscheidung letztendlich nur noch auf einen rechnerischen Prozess reduzieren würde. Er dürfe nur keine Unterkriterien aufstellen, die die bekanntgegebenen Zuschlagskriterien abändern würden.

Für die Erteilung des Zuschlags sei die Bewertung der qualitativen Kriterien ohne jede Relevanz gewesen; auch wenn alle qualitativen Kriterien zu Gunsten der Antragstellerin mit 100 % positiv gewertet worden wären und zugleich eine vorhandene Negativwertung für das Angebot der Beigeladenen unverändert geblieben wäre, würde sich alleine unter Berücksichtigung des Vorteils im Bereich der - insoweit von der Antragstellerin nicht beanstandeten - quantitativen Kriterien weiterhin ein Wettbewerbsvorteil von gut 200.000,00 € zu Gunsten der Beigeladenen ergeben, so dass die Wertung der qualitativen Zuschlagskriterien unter keinem auch nur denkbaren Aspekt zu einer Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin hätte führen können und dürfen. Dies selbst dann nicht, wenn sie ihr Angebot - idealtypisch - so ausgestaltet hätte, dass alle qualitativen Kriterien zu 100 % positiv erfüllt worden wären.

Auch der Vortrag, es sei nicht das „richtige“ Angebot der Antragstellerin gewertet worden, sei unzutreffend. In der Verhandlung vom 29. Juli 2009 sei ausdrücklich festgelegt worden, dass in dieser Verhandlung das absolut letzte und finale Angebot der Antragstellerin abgegeben werden musste. Wenn auch nicht schriftlich fixiert, so sei jedoch mündlich erklärt worden, dass nach Abgabe des endgültigen Angebotes in der Verhandlung vom 29. Juli 2009 die Bietungsphase beendet sei und weitere Angebote nicht mehr entgegengenommen würden (sog. „last call“).

Somit stellte sich der finale Preis exakt so dar, wie er in der Wertung berücksichtigt worden sei.

Es gebe kein weiteres Angebot - auf der Basis der Angebotsbedingungen -, das einen niedrigeren Preis beinhalte, es gebe lediglich nicht nachgelassene Angebote, die unter veränderten Angebotsbedingungen anderweitige Preise ausgeworfen hätten.

Diese seien jedoch nicht zu werten gewesen.

Auch die Bewertung des Energieverbrauchs sei für alle Bieter gleichermaßen und mit den gleichen Berechnungsgrundlagen vorgegeben worden. Er sei auf der Basis einer „Musterstrecke“ zu ermitteln gewesen, auf dieser Grundlage hätten alle Bieter die entsprechenden Berechnungen vorgelegt und durchgeführt.

Die entsprechenden Daten seien bei der Auswertung der Angebote übernommen und rechnerisch eingestellt worden.

Die Wertung des Energieverbrauchs durch die Antragsgegnerin sei somit auf der

Grundlage der Ausschreibung erfolgt, d. h., auf der Grundlage derjenigen Ergebnisse, die unter Anwendung der geforderten Musterstrecke von allen Bietern - gleichermaßen - ermittelt worden seien.

Die Antragstellerin habe ursprünglich für die Musterstrecke einen etwa doppelt so hohen Energieverbrauch wie die Beigeladene ermittelt. Die Antragsgegnerin habe aufgrund der Bauartverschiedenheit der Fahrzeuge mit einem solchen Ergebnis gerechnet, allerdings habe sie es nicht in dieser Deutlichkeit erwartet. Im Sinne der Gewährleistung eines fairen Verfahrens und zur Vermeidung von Irrtümern habe sie die Antragstellerin hierauf aufmerksam gemacht. Die Antragstellerin habe ihre Angaben dann auf einen aus Sicht der Antragsgegnerin plausiblen Wert korrigiert, der aber dennoch nicht den von der Beigeladenen angegebenen Wert erreicht oder sogar unterschritten hätte.

Die mit Beschluss der Kammer vom 06.10. 2009 Beigeladene beantragt:

1. den Antrag zurückzuweisen.
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beigeladenen aufzuerlegen;
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären.

Sie hält den Nachprüfungsantrag infolge verspäteter Rüge ebenfalls für unzulässig, zumindest aber unbegründet, da insbesondere kein Verstoß der Antragsgegnerin gegen das Transparenzgebot vorliege.

Dem Bevollmächtigten der Antragstellerin wurde am 16. Oktober 2009 ein teilweise geschwärzter Auszug aus dem Vergabevermerk übersandt.

Am 9. November 2009 fand die mündliche Verhandlung mit ausführlicher Erörterung des Sach- und Streitstandes statt.

Wegen des weitem Sachverhalts wird auf den Inhalt der Vergabeakte und die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. Zulässigkeit

1.1 Weder gegen die örtliche noch gegen die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer bestehen unter Berücksichtigung des streitgegenständlichen Auftragswerts in Höhe von 2.256.000 Euro gemäß §§ 100 Abs. 1, 127, 102 ff. GWB i. V. m. § 2 Nr. 3 VgV Bedenken.

1.2 Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB liegen vor. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse an dem Auftrag bekundet, § 107 Abs. 2 S. 1 GWB. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sie durch die Verletzung von bieterschützenden Vorschriften des Vergaberechts in eigenen Rechten verletzt ist. Die Möglichkeit infolge fehlerhafter Wertung ihres Angebotes nicht zum Zuge zu kommen, führt dazu, dass ihr ein Schaden zu entstehen droht. Damit ist auch die Voraussetzung des § 107 Abs. 2 S. 2 GWB erfüllt.

1.3 Weder gegen die örtliche noch gegen die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer bestehen unter Berücksichtigung des streitgegenständlichen Auftragswerts in Höhe von 2.256.000 Euro gemäß §§ 100 Abs. 1, 127, 102 ff. GWB i. V. m. § 2 Nr. 3 VgV Bedenken. Die Antragstellerin hat die im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts auch unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gerügt. Mit Schreiben vom 17. und 23. 09. 2009 rügte sie die fehlerhafte Wertung ihres Angebotes und die Absicht der Antragsgegnerin, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilen zu wollen, was ihr von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 15. 09. 2009 mitgeteilt worden war.

2. Begründetheit

2.1 Der Nachprüfungsantrag ist in der Sache nicht begründet, die Entscheidung, das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen, ist nicht zu beanstanden und die Antragstellerin ist trotz vorhandener Dokumentationsmängel nicht in ihren Rechten nach § 97 GWB verletzt.

2.2 Insbesondere stellt eine, wenn überhaupt vorliegende, unterlassene Bekanntgabe der die Zuschlagskriterien konkretisierenden Bewertungskriterien keine Rechtsverletzung der Antragstellerin gem. § 97 Abs.1 GWB dar. Nach insoweit einhelliger Rechtsprechung (zuletzt OLG Düsseldorf Beschl. Vom 30.07.2009, -Verg 10/09, m. w .N.) hat der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung zwar alle Zuschlagskriterien anzugeben, deren Verwendung er vorsieht, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung. Umgekehrt darf der Auftraggeber keine Unterkriterien oder Gewichtungsregeln anwenden, die er den am

Auftrag interessierten Unternehmen nicht vorher zur Kenntnis gebracht hat (vgl. EuGH, Urt. v. 24.1.2008-C 532/06, Tz. 36-38, VergabeR 2008, 496 - Lianakis). Dies hat auch zu gelten, wenn der Auftraggeber solche Kriterien und Regeln im Nachhinein aufgestellt hat. „Im Nachhinein“ bedeutet, dass Zuschlagskriterien, Unterkriterien und/oder ihre Gewichtung nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe geändert, ergänzt oder neu eingeführt worden sind. Eine nachträgliche Festlegung von Kriterien und ihrer Gewichtung unterliegt nach der Rechtsprechung des EuGH drei (alternativen) Beschränkungen: Der öffentliche Auftraggeber darf keine Unterkriterien aufstellen, welche die bekannt gegebenen Hauptkriterien abändern. Die nachträglich festgelegten Kriterien dürfen keine Gesichtspunkte enthalten, die die Vorbereitung der Angebote hätten beeinflussen können, wenn sie im Zeitpunkt der Vorbereitung bekannt gewesen wären. Schließlich darf der Auftraggeber keine Unterkriterien festlegen, welche geeignet sind, Bieter zu diskriminieren. Als Unterkriterien werden Kriterien bezeichnet, die die eigentlichen Zuschlagskriterien genauer ausformen und präziser darstellen, worauf es dem Auftraggeber im Einzelnen ankommt.

Die Frage, in welcher Differenziertheit und Tiefe ein öffentlicher Auftraggeber ein Bewertungssystem mit Unter-Unterkriterien im Vorhinein aufzustellen hat, lässt sich aber nur einzelfallbezogen beantworten.

Vorliegend hat die Antragsgegnerin die Zuschlagskriterien in zwei Unterkategorien 1. „Quantitative Kriterien“ und 2. „Qualitative Kriterien“ aufgeteilt.

Unter 1. „Quantitative Kriterien“ sollten der Fahrzeugpreis, das Ersatzteilkpaket, LCC- Vertrag, Energieverbrauch, Garantierte Verfügbarkeit, Kosten zur Anpassung der Infrastruktur/ Werkstatt, Vorbereitungszeit und Zahlungsmodalität mit einer Gewichtung von 85% bewertet werden, unter 2. „Qualitativen Kriterien“ der Beförderungskomfort, Betriebliche Auswirkungen, Redundante Ausführung der Systeme, Bewährte Systemkomponenten, Wartung und Instandhaltbarkeit mit einer Gewichtung von 15%.

Bei deren Auswertung hat die Antragstellerin dann einzelne Komponenten wie zum Beispiel das Geräuschverhalten anhand der Grenzwerte im Innenraum und Führerraum sowie das Außengeräusch zur Bewertung des Beförderungskomforts zum Vergleich herangezogen, dies aber möglicherweise nicht vorab kommuniziert. Gleiches gilt für das Kriterium „Bewährte Systemkomponenten“, bei dem Synergieeffekte in der Lagerhaltung und Schulungsbedarf im Vergleich unterschiedlich bewertet wurden.

Hierin liegt gleichwohl kein vergaberechtswidriges Vorgehen der Antragsgegnerin.

Ein Auftraggeber muss für die Angebotswertung nämlich kein bis in letzte Unterkriterien und deren Gewichtung gestaffeltes Wertungssystem aufstellen, das im Übrigen dann

auch Gefahr liefe, endlos und unpraktikabel zu werden. Insoweit ist auch daran zu erinnern, dass der Auftraggeber auf der letzten Ebene der Angebotswertung einen Wertungsspielraum hat. Dieser darf nicht dadurch eingeschränkt werden, dass er vergaberechtlich in jedem Fall daran gebunden wird, im Voraus in mehrstufige Unterkriterien und entsprechende Gewichtungen aufgegliederte Bewertungsregeln aufzustellen (und diese den Bietern in der Regel mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe bekanntzugeben). Von daher ist nicht zu beanstanden, wenn sich der Auftraggeber auf der vierten Stufe der Angebotswertung in einem Restbereich eine freie Wertung vorbehält. Die Grenze, ab der das Offenlassen konkreter Bewertungsmaßstäbe vergaberechtlich unzulässig ist, ist allerdings erreicht, wenn die aufgestellten Wertungsmaßstäbe so unbestimmt sind, dass Bieter nicht mehr angemessen über die Kriterien und Modalitäten informiert werden, anhand deren das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird und sie infolgedessen auch vor einer willkürlichen und/oder diskriminierenden, d.h. einer die Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz verletzenden Angebotswertung nicht mehr effektiv zu schützen sind(vgl. OLG Düsseldorf a .a. O.).

Vorliegend ist diese Grenze nicht überschritten worden. Den Qualitativen Kriterien kam nur ein Gewicht von 15% zu, so dass Verschiebungen bei der Angebotsreihenfolge darum nur in eingeschränktem Umfang zu erwarten waren. Die Antragsgegnerin hatte dabei überdies mehrere Unterkriterien gebildet, auf die differenzierte Ausführungen zu machen waren und die u. a. auch die angesprochenen Grenzwerte abdeckten. Insoweit war klar, auf welche Parameter es der Antragsgegnerin ankommen würde; Anhaltspunkte für eine intransparente oder gar willkürliche Wertung ergeben sich daraus nicht. Auch dafür, dass die Antragsgegnerin von einem unzutreffenden Sachverhalt oder von unvollständigen Tatsachen ausgegangen ist, sachwidrige Erwägungen angestellt oder sich an einen von ihr aufgestellten Wertungsmaßstab nicht gehalten hat, sind keine Anhaltspunkte gegeben. Daher ist keine rechtswidrige Überschreitung des Wertungsspielraums bei den Qualitativen Kriterien anzunehmen.

2.3 Auch die Bewertung des unter den Quantitativen Kriterien aufgeführten Energieverbrauchs der angebotenen Fahrzeuge war vergaberechtskonform und stellt keine Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs1 und 2 GWB dar. Entgegen der Darstellung der Antragstellerin erfolgte die Wertung des Energieverbrauchs der von Antragstellerin und Beigeladenen angebotenen Fahrzeuge gemäß den Vorgaben in den Vergabeunterlagen und damit nicht verfahrensfehlerhaft. Die Vorgaben der An-

tragsgegnerin hierzu im Lastenheft waren branchenüblich, verständlich und genügten dem Transparenzgebot. Dies steht spätestens seit der mündlichen Verhandlung am 9. November 2009 zur Überzeugung der Vergabekammer fest.

Die Antragsgegnerin hat in ihren Vergabeunterlagen eindeutige Vorgaben für die Angaben zum Energieverbrauch auf einer vorgegebenen Teststrecke gemacht und die insoweit dem Angebot zugrunde liegenden Rahmenbedingungen eindeutig festgelegt. Auf dieser Grundlage waren von allen Bietern die Angebote zu erstellen. Gleichzeitig war sowohl für die Antragstellerin als auch für die Beigeladene klar, wie die Wertung hinsichtlich des Zuschlagskriteriums „Energieverbrauch“ auf dieser Grundlage erfolgen wird.

Nach ihrer Darstellung hat die Antragstellerin zunächst ihre Angaben zum Energieverbrauch gemäß den Vorgaben in den Vergabeunterlagen abgegeben. Dabei stellte sich für die abgefragte Teststrecke ein erheblich über dem von der Beigeladenen errechneten Wert liegender Wert heraus, was offenbar an der Bauart der von der Antragstellerin angebotenen Fahrzeuge liegt, und womit die Antragsgegnerin auch gerechnet hatte, allerdings nicht in einer derart eklatanten Höhe. Deshalb hatte die Antragsgegnerin die Antragstellerin im Interesse eines fairen Verfahrens auch darüber informiert, um ihr Gelegenheit zur Reaktion zu geben. Erneute Berechnungen führten zwar zu einer Senkung des angegebenen Wertes, der allerdings nicht den von der Beigeladenen errechneten Wert erreichen oder gar unterschreiten konnte.

Die Meinung der Antragstellerin, es hätten die Angaben, die sie nach Angebotsabgabe im Rahmen einer Präsentation am 15. Juli 2009 in veränderter Form gemacht habe und die eine für sie günstigere Wertung begründen würden, der Wertung zugrunde gelegt werden müssen, ist unzutreffend.

Wie in der mündlichen Verhandlung am 9. November 2009 klargestellt wurde, waren diese geänderten Angaben weder von der Antragsgegnerin gewünscht, noch der Antragstellerin gegenüber erklärt worden, dass diese geänderten Angaben in die Wertung einbezogen werden würden.

Hätte die Antragsgegnerin diesem Ansinnen entsprochen, wäre dies vergaberechtlich in der Tat zu beanstanden gewesen, denn mit der ungefragten Präsentation vom 15. Juli 2009 hätte die Antragstellerin mit Angaben zum Energieverbrauch auf einer Berech-

nungsgrundlage, die nicht den einheitlichen Vorgaben in den Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin entsprach, am weiteren Verfahren teilgenommen.

Die Wertung des Energieverbrauchs ist durch die Antragsgegnerin daher korrekt und in vergaberechtlich nicht zu beanstandender Weise erfolgt.

Die Tatsache, dass der Energieverbrauch der Fahrzeuge ein letztendlich ausschlaggebendes Zuschlagskriterium sein würde, hat sich in diesem Verfahren klar abgezeichnet.

Im Ergebnis liegt ein erheblicher Abstand zwischen dem Angebot der Antragstellerin und der Beigeladenen, der auch in einem - hier nicht in Frage kommenden - Falle einer erneuten Wertung der Angebote auf der gleichen Grundlage nicht dazu führen könnte, dass der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen wäre.

Die Antragstellerin hat somit unter keinem Gesichtspunkt eine Chance auf Zuschlagserteilung, da das Angebot der Beigeladenen in jedem Fall wirtschaftlicher ist als das der Antragstellerin.

Der Nachprüfungsantrag war daher zurückzuweisen. Die Antragsgegnerin ist nicht gehindert, den Zuschlag der Beigeladenen zu erteilen und die Antragstellerin ist durch diese Entscheidung der Antragsgegnerin nicht in ihren Rechten verletzt.

III.

Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

1. Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt.
2. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Anhand der Bruttoauftragssumme im Angebot der Antragstellerin ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer angewandt wird, eine Gebühr von 16.528,80 Euro.
3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen gem. § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB zu tragen.

4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, § 80 HVwVfG.