

1. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

69d VK 53/2016



Leitsätze:

1. Eine Rüge ist vor Einreichen des Nachprüfungsantrags zu erheben.
2. Zur vergleichenden Wertung bei sogenannten Schulnotensystemen.

Stichworte: Rügeobliegenheit; vergleichende Wertung; Schulnotenwertung

Normen: §§ 122, 127 Abs.1, Abs. 4, 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 168 Abs. 1 Satz 1 GWB

Streitgegenstand: Beschaffung einer Radsatzpresse,
Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb nach
VgV

Beschluss

In dem Nachprüfungsantrag

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

Weitere Beteiligte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Beigeladene -

wegen:

Verhandlungsverfahren mit vorangegangenem Teilnahmewettbewerb zur Beschaffung einer Radsatzpresse

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Uwe Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Markus Langsdorf sowie die ehrenamtlichen Beisitzerin Technische Amtsärztin Claudia Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Mai 2017 am 10. Mai 2017 beschlossen:

- I. Der Nachprüfungsantrag wird abgelehnt.
- II. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, die von der Antragstellerin zu tragen ist.
- III. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen zu ersetzen.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

I.

Mit Bekanntmachung vom [REDACTED] veröffentlichte die Antragsgegnerin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Vergabenummer [REDACTED] die Beschaffung einer sogenannten Radsatzpresse für die [REDACTED] im Verhandlungsverfahren nach der Sektorenverordnung. In der Stadtbahn-Zentralwerkstatt werden im Rahmen der Instandhaltung Radsätze von Straßen- und Stadtbahnen aufgearbeitet. Hierzu müssen diese von der Radsatzwelle getrennt bzw. abgepresst werden. Sind diese Komponenten aufgearbeitet oder durch neue Komponenten ersetzt, sind sie mittels der verfahrensgegenständlichen Radsatzpresse wieder aufzupressen. Der Lieferumfang des Ausschreibungsverfahrens beinhaltet die Herstellung, Lieferung, Montage und Inbetriebnahme einer funktionsfähigen und CE-konformen Radsatzpresse gemäß den Anforderungen der Leistungsbeschreibung.

In der Bekanntmachung forderte die Antragsgegnerin unter Ziffer III. 1.3 zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit unter anderem:

„Vorlage von drei vergleichbaren Referenzprojekten, aus den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren. Als Referenzen gelten: Lieferung und Fertigung einer Radsatzpresse im Bereich Schienenverkehr.“

Die Antragstellerin reichte fristgerecht einen Teilnahmeantrag mit drei jeweils einseitigen Darstellungen jeweils eines Referenzprojektes ein. Im Rahmen der Auswertung des Teilnahmewettbewerbs notierte die Antragsgegnerin als Hinweis zu den Referenzen der Antragstellerin:

„Geforderte Referenzen wurden nicht eingereicht, der Teilnehmer hat nur Referenzen eingereicht, die eine Umrüstung, Sanierung oder Inbetriebnahme aufzeigen, keine Konstruktion einer neuen Radsatzpresse in den letzten drei Jahren“.

Gleichwohl wurde die Antragstellerin zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.

Als Zuschlagskriterien waren in der Aufforderung zur Angebotsabgabe der Preis mit 40 % sowie der Erfüllungsgrad der Anforderungen mit 60 % benannt, wobei Ziffer 12 der Aufforderung zur Angebotsabgabe weitere Angaben zur Wertung der Angebote enthält. Danach erhält beim Kriterium Preis dasjenige wertbare Angebot mit dem niedrigsten Preis zehn Punkte, ein fiktives Angebot mit dem zweifachen des niedrigsten Angebotspreises sowie alle darüber liegenden Angebote erhalten null Punkte. Die Punktermittlung der dazwischen liegenden Angebote erfolgt über eine lineare Interpolation mit bis zu drei Stellen nach dem Komma. Grundlage der Wertung ist die Angebotssumme unter Berücksichtigung von Nachlässen, preislich günstigeren Grund- oder Wahlpositionen sowie etwaigen Zinsverlusten.

Beim Kriterium „Erfüllung der Anforderungen“ können die Bieter für die jeweiligen Anforderungen null, fünf oder zehn Punkte erhalten, wobei Bieter

- 10 Punkte erhalten, wenn die Angaben im Angebot des Bieters eine optimale Erfüllung erwarten lassen,
- 5 Punkte erhalten, wenn die Angaben im Angebot des Bieters eine durchschnittliche Erfüllung erwarten lassen,
- 0 Punkte erhalten, wenn die Angaben im Angebot des Bieters keine Erfüllung erwarten lassen.

Am 22. November 2016 erreichte die Antragstellerin die Vorabinformation der Antragsgegnerin nach § 134 Abs. 1 GWB. Darin wird mitgeteilt, dass die Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot gemäß § 52 SektVO abgegeben habe. Die Antragstellerin habe beim Preis ██████ von 40 Wertungspunkten erreicht, und beim technischen Wert ██████ von 60 Wertungspunkten, insgesamt also ██████ Wertungspunkte. Demgegenüber habe die Beigeladene ██████ Wertungspunkte mehr, nämlich ██████ Wertungspunkte, erhalten.

Die Antragstellerin forderte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 28. November 2016 auf, ihr zur Vermeidung der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens die anonymisierte Bewertungsmatrix bis zum 29. November 2016 zur Verfügung zu stellen und mitzuteilen, dass sie bis zur Klärung der offenen Fragen den Zuschlag nicht erteilen werde. Das Bewertungssystem der Antragsgegnerin sei intransparent und daher vergaberechtswidrig. Dies wies die Antragsgegnerin mit Rüge-Antwortschreiben vom 29. November 2016 entschieden zurück. Mit Schriftsatz vom 1. Dezember 2016 stellte die Antragstellerin den vorliegenden Nachprüfungsantrag.

Sie ist der Auffassung, dieser sei zulässig. Insbesondere habe sie die geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig innerhalb von zehn Kalendertagen gerügt. Eine Rüge vor Angebotsabgabe gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB sei nicht erforderlich gewesen, da die Intransparenz des Bewertungssystems nach ständiger Rechtsprechung für die Antragstellerin nicht erkennbar gewesen sei.

Der Antragsgegnerin sei es auch verwehrt, sie im Rahmen der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens wegen fehlender Eignung auszuschließen. Die in § 134 Abs. 1 Satz 2 GWB geregelte Informations- und Wartepflicht auch nach Ausschluss eines Bewerbers im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs zeige die zwischen Teilnahmewettbewerb und Angebotswertung liegende deutliche Zäsur beider Verfahrensschritte. Auch sachlich sei ein Ausschluss der Antragstellerin wegen fehlender Eignung nicht gerechtfertigt. Die Antragsgegnerin habe die vorzulegenden Referenzen im Hinblick auf deren Vergleichbarkeit mit dem verfahrensgegenständlichen Auftrag in keiner Weise konkretisiert.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Das Wertungssystem der Antragsgegnerin sei sowohl im Hinblick auf den Preis als auch den technischen Wert der Angebote vergaberechtswidrig.

Es sei bereits nicht nachvollziehbar, was unter preislich günstigeren Grund- oder Wahlpositionen oder Zinsverlusten zu verstehen sei. Auch sei nicht ersichtlich, wie sich eventuelle Zinsverluste auf den Angebotspreis auswirkten. Zudem sei ein Wertungssystem in Abhängigkeit von einem fiktiven Angebot mit dem zweifachen des niedrigsten Angebotspreises unzulässig. Da theoretisch nur zwei Angebote eingehen könnten, könne das vom Antragsgegner vorgesehene Wertungssystem die Punkteverteilung verfälschen.

Die Bewertung des Kriteriums „Erfüllungsgrad der Anforderungen“ sei bereits deswegen rechtlich bedenklich, weil die Bewertung mit null, fünf oder zehn Punkten eine differenzierte Bewertung nicht ermögliche. Sei der Erfüllungsgrad zweier Angebote in etwa vergleichbar, werde gleichwohl das geringfügig schlechtere (im Sinne von geringfügig weniger optimale) Angebot mit einem das Weniger an Qualität überbewertenden Abschlag von fünf Punkten ($\approx 50\%$) bewertet. Für die Bieter sei im Vorhinein nicht erkennbar, wann ihr Angebot mit null, fünf oder zehn Punkten bewertet werde, was nach ständiger Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zur Intransparenz und damit Rechtswidrigkeit einer entsprechenden Wertungsmatrix führe.

Andererseits könnten zahlreiche Fragen nach technischen Eigenschaften der Radsatzpresse nur mit ja oder nein beantwortet und dementsprechend nur mit null oder zehn Punkten bewertet werden. Hierdurch werde das Bewertungssystem in sich unschlüssig und damit intransparent. Hinzu komme, dass die Antragsgegnerin ausweislich ihrer Rückantwort eine vergleichende Wertung vorgenommen habe. Dies sei nicht bekannt gemacht gewesen und daher überraschend. Die Antragstellerin beantragt zuletzt:

- I. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer das Vergabeverfahren (Verhandlungsverfahren) in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen, die Wertungskriterien transparent aufzustellen und erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern.

Hilfsweise

ist die Antragsgegnerin zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer das Vergabeverfahren in den Stand vor Bewerbungsabgabe zurückzusetzen, die Anforderungen an die Referenzen transparent und klarstellend aufzustellen und erneut zur Bewerbung aufzufordern.

- II. Der Antragstellerin wird Akteneinsicht gewährt.
- III. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die der Antragstellerin entstandenen Rechtsanwaltskosten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

- I. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
- II. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin auferlegt.
- III. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Sie meint, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

Die Unzulässigkeit ergebe sich bereits aus der fehlenden Eignung der Antragstellerin. Die Antragstellerin habe keine Referenz vorgelegt, die die Fertigung, d.h. die Herstellung einer Radsatzpresse belege. Auf Vertrauensschutz könne sich die Antragstellerin nicht berufen, eine dem § 16b EU Abs. 3 VOB/A vergleichbare Regelung fehle in der Sektorenverordnung.

Die Antragstellerin sei mit ihrem Vorbringen zudem gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Als nach eigenem Vortrag erfahrene Bieterin müsse die Antragstellerin die Anforderungen an Wertungsmatrizen kennen. Soweit sie vortrage, die in der Aufforderung zur Angebotsabgabe bekannt gemachten Wertungskriterien seien völlig offen und daher intransparent, sei nicht nachvollziehbar, dass sich daraus ergebende Unsicherheiten bei der Erstellung des Angebotes nicht erkennbar seien. Kenntnisse des Vergaberechts seien insoweit nicht erforderlich. Die Antragstellerin habe auch keine Bieterfragen gestellt.

Selbst wenn man zugunsten der Antragstellerin davon ausgehe, dass die geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts ohne die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe nicht erkennbar gewesen seien, sei der Nachprüfungsantrag gleichwohl nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB - jedenfalls teilweise - unzulässig. So sei die Rüge der Intransparenz der Wertungskriterien - insbesondere mit Blick auf den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 30. Mai 2016 - VK 2-31/16 - zu unsubstantiiert. Die Wertung des Zuschlagskriteriums „Preis“ sei im Schreiben der Antragstellerin vom 28. November 2016 überhaupt nicht gerügt worden. Gleiches gelte im Hinblick auf das nach Auffassung der Antragstellerin mit null, fünf oder zehn Punkten zu grobe Bewertungssystem.

Schließlich sei die Antragstellerin auch mit ihrem Vortrag, die von der Antragsgegnerin vorgenommene vergleichende Wertung verstoße gegen Vorschriften des Vergaberechts, präkludiert. Die entsprechende Kenntnis habe die Antragstellerin nach eigenem Vortrag dem Rüge- Antwortschreiben der Antragsgegnerin vom 29. November 2016 entnommen. Gleichwohl habe die Antragstellerin den nunmehr geltend gemachten Verstoß nicht vor Erhebung des Nachprüfungsantrags am 1. Dezember 2016 gerügt.

Der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls aber unbegründet.

Eine zu grobe Bewertungssystematik liege nicht vor. Im Gegenteil habe die Antragsgegnerin im vorliegenden Fall zur technischen Bewertung der zu beschaffenden Radsatzpresse eine Wertungsmatrix mit insgesamt 94 Einzelkriterien aufgestellt, darunter 18 Mindestkriterien, die zwingend zu erfüllen gewesen seien. Daneben seien 76 Bewertungskriterien, denen jeweils eine Gewichtung zwischen 2 und 5 Punkten zugeordnet worden sei, getreten. Insgesamt seien in der Leistungswertung 3.350 Leistungspunkte erreichbar gewesen. Bei den höchst gewichteten Kriterien, bei denen 50 Punkte erreicht werden konnten, sei es somit jeweils um ein relatives Gewicht von 1,51 % der Leistungswertung gegangen. Bezogen auf die Gesamtwertung habe ein solches technisches Kriterium bei einer Bewertung der technischen Leistung von 60 % nur noch ein relatives Gewicht von 0,9 %.

In 45 Bewertungskriterien seien technische Einzelheiten abgefragt worden, die jeweils mit ja oder nein zu beantworten gewesen seien. Die übrigen 31 Kriterien seien daraufhin beurteilt worden, ob sie eine optimale, nur durchschnittliche oder keine Erfüllung erwarten ließen. Damit liege eine sehr differenzierte und sehr detaillierte Leistungswertung vor. Die hohe Zahl der Einzelkriterien und deren entsprechend geringes Gewicht im Verhältnis zur Gesamtwertung unterschieden sich grundlegend von den von der Antragstellerin zitierten Präzedenzfällen. Insofern sei der Vorwurf der Manipulierbarkeit oder Intransparenz nicht nachvollziehbar.

Auch die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf sei vorliegend nicht einschlägig. Dort habe der Bieter, der in einem Leistungsbereich - gleichsam in einem Zwischenschritt - die meisten Punkte erhalten habe, 100 Punkte erhalten, während der Bieter mit den wenigsten Punkten in diesem Leistungsbereich null Punkte erhalten habe. Dies führe bei nur zwei Bietern dazu, dass der bessere zwangsläufig 100 Punkte, der schlechtere Bieter jedoch zwingend null Punkte erhalte, auch wenn er im betreffenden Leistungsbereich nur marginal weniger Wertungspunkte erhalten habe.

Soweit die Antragstellerin vortrage, es sei nicht erkennbar gewesen, wann ein bestimmtes Kriterium mit null, fünf oder zehn Punkten bewertet werden würde, widerspreche sie ihrem eigenen Vortrag, indem sie eine eigene Berechnung des technischen Wertes ihres Angebotes vornehme. Dass bei der Wertung der Angebote ein vergleichender Maßstab angelegt werden dürfe, ergebe sich bereits aus dem Wortlaut des § 127 Abs. 1 Satz 2 GWB. Die Verwendung der Superlative „wirtschaftlichste“ sowie „nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis“ zeige deutlich, dass eine relative, das heißt vergleichende Wertung stattfinde. Da vorliegend - in Übereinstimmung mit den Vorschriften des Vergaberechts - ein offenes Wertungssystem bekannt gemacht und angewandt worden sei, sei die von der Antragstellerin bemühte Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vorliegend nicht anwendbar.

Mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2016 hat die Antragsgegnerin eine zweite, von der ursprünglichen Wertung abweichende Wertungsmatrix übersandt. Die ursprüngliche Wertung sei nach Zustellung des Nachprüfungsantrags nochmals überprüft worden. Danach ergebe sich nunmehr, dass das Angebot der Antragstellerin statt mit [REDACTED] mit [REDACTED] Punkten beim technischen Wert, das der Beigeladenen mit [REDACTED] statt [REDACTED] Punkten bewertet worden sei. Mit Schriftsatz vom 16. Dezember 2016 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, die Differenz ergebe sich daraus, dass - entgegen der Bekanntmachung - die Skala von null bis zehn Punkten voll ausgeschöpft worden sei. Bei der Überprüfung der Wertung sei dieser Fehler korrigiert und eine der Bekanntmachung entsprechende Wertung mit null, fünf oder zehn Punkten vorgenommen worden. Zudem werde die Antragstellerin wegen fehlender Eignung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Die Antragsgegnerin hat - ebenfalls unter dem 15. Dezember 2016 - eine entsprechend korrigierte Mitteilung nach § 134 GWB übersandt. Dies hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 16. Dezember 2016 erneut als intransparent gerügt.

Mit Beschluss vom 23. Dezember 2016 hat die erkennende Kammer der Antragstellerin durch Übersendung von - soweit erforderlich geschwärzten - Auszügen aus der Vergabeakte Akteneinsicht gewährt. Hierzu hat die Antragstellerin Blatt 167 der Vergabeakte („Angebotsvergleich/Gesamtbewertung“), Blatt 168 bis 171 der Vergabeakte (Wertungsmatrix), Blatt 172 bis 198 der Vergabeakte (Vergabevermerk) sowie das Schreiben der Antragsgegnerin vom 15. Dezember 2016 mit dazugehöriger Anlage („Erneute Leistungsbewertung im Vergabeverfahren EU-VGF 197/16“) jeweils in Kopie erhalten.

Mit Beschluss der erkennenden Kammer vom 6. März 2017 wurde das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen zum Verfahren beigegeben. Sie hat Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, wovon sie keinen Gebrauch gemacht hat. Am 9. Mai 2017 hat die mündliche Verhandlung vor der 1. Vergabekammer des Landes Hessen stattgefunden, in der die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten ausführlich erörtert worden ist.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise bereits unzulässig (dazu A.), soweit zulässig, ist er unbegründet (dazu B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist nur zum Teil zulässig. Zwar ist der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB eröffnet (dazu I.). Der Antragstellerin fehlt jedoch teilweise die Antragsbefugnis (dazu II.). Zudem ist sie teilweise mit ihrem Vorbringen im Nachprüfungsantrag präkludiert (dazu III.).

I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist eröffnet. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne der §§ 98, 99 Nr. 2, 100 Abs. 1 Nr. 1, 102 Abs. 4 GWB. Bei dem verfahrensgegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1, 2 GWB.

Der nach § 106 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB in Verbindung mit Art. 15 lit. a) Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, in der Fassung des Art. 1 lit. a) Verordnung (EU) 2015/2071 vom 24. November 2015 zur Änderung der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, maßgeblichen Schwellenwert von 418.000,- € ist überschritten.

II. Die Antragstellerin ist nur zum Teil antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB.

1. Zwar hat sie durch ihre Beteiligung am Teilnahmewettbewerb sowie die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse an dem zu vergebenden Auftrag bekundet, § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB. Es ist nach dem Vortrag der Antragstellerin auch nicht von vornherein auszuschließen, dass sie durch die von ihr geltend gemachten Verstöße

gegen Vorschriften des Vergaberechts in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt sein könnte, § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB.

2. Allerdings kann nicht jeder der von der Antragstellerin geltend gemachte Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts dazu führen, dass sie in ihren Interessen geschädigt ist.
 - a) Soweit die Antragstellerin meint, die Antragsgegnerin hätte statt der gewählten Bewertung mit null, fünf oder zehn Punkten auch dazwischen liegende Punktwerte vergeben müssen, steht ohne weitere Prüfung fest, dass sich bei einem entsprechenden Vorgehen die Zuschlagschancen der Antragstellerin nicht verbessern würden. Denn die Antragsgegnerin ist zunächst - entgegen der Bekanntmachung vom 17. September 2016 - fälschlicherweise wie von der Antragstellerin gefordert vorgegangen. Zwar verringert sich dadurch der Wertungsabstand zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen geringfügig von ■■■■ auf ■■■■ Wertungspunkte. Das von der Antragstellerin geforderte Vorgehen ändert jedoch nichts an der Rangfolge der beiden Angebote.
 - b) Demgegenüber führt - entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin - das Vorliegen eines möglichen Ausschlussgrundes zulasten der Antragstellerin wegen Nichtvorlage geforderter Eignungsnachweise nicht zum Fehlen der Antragsbefugnis. Insoweit ist der Maßstab der Möglichkeit, der im Hinblick auf sich aus dem Vortrag der Antragstellerin ergebender Verletzungen von Vorschriften des Vergaberechts anzuwenden ist, gleichermaßen auf den Verteidigungsvortrag des öffentlichen Auftraggebers anzuwenden. Danach ist nicht auszuschließen, dass der von der Antragsgegnerin geltend gemachte Ausschlussgrund zulasten der Antragstellerin tatsächlich nicht vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung der erkennenden Kammer ist die Frage des Vorliegens eines Ausschlussgrundes im Rahmen der Begründetheit bei der Frage zu klären, ob und - wenn ja in wie weit - die Antragstellerin durch einen festgestellten Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts in ihren Interessen geschädigt ist.
- III. Auch soweit die Antragstellerin antragsbefugt ist, ist der Nachprüfungsantrag teilweise unzulässig, da die Antragstellerin insoweit mit ihrem Vorbringen gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert ist.
 1. Soweit die Antragstellerin geltend macht, die bekannt gemachte Wertung des Kriteriums Preis sei intransparent, da nicht deutlich werde, was unter „Nachlässen, preislich günstigeren Grund- oder Wahlpositionen sowie etwaigen Zinsverlusten“ zu verstehen sei, ist sie hiermit gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Danach obliegt es der Antragstellerin, von ihr erkannte Verstöße gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags gegenüber dem Auftraggeber zu rügen. Dies hat die Antragstellerin - trotz der zu diesem Zeitpunkt bereits in Anspruch genommenen anwaltlichen Beratung - nicht getan, wobei es nach der zu § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a. F. ergangenen Rechtsprechung genügt hätte,

wenn die Antragstellerin gleichzeitig mit Einreichen des Nachprüfungsantrags gerügt hätte.

Den Vortrag der Antragstellerin, zwischen der ersten Rüge vom Montag, dem 28. November 2016, und dem beabsichtigten Zuschlag am Freitag, dem 2. Dezember 2016, sei keine Zeit für eine weitere Rüge gewesen, wertet die erkennende Kammer als bloße Schutzbehauptung. Zutreffend weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass ein Zeitraum von drei Tagen zwischen Kenntniserlangung und Rüge im Hinblick auf das Kriterium der Unverzüglichkeit in § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a. F. als in der Regel angemessene Frist zur Rügeerhebung galt.

2. Im Übrigen geht die erkennende Kammer davon aus, dass die Antragstellerin im Hinblick auf die geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB genüge getan hat.
 - a) Soweit die Antragsgegnerin unter Berufung auf den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 30. Mai 2016 (VK 2- 31/16 - juris, RdNr. 83) meint, das Rügeschreiben der Antragstellerin vom 28. November 2016 sei im Hinblick auf die Intransparenz der Wertungskriterien zu pauschal, folgt die Kammer dem nicht. In dem Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes (a.a.O.) heißt es:

„Allerdings geht aus dem Nachprüfungsantrag beigefügten Rügeschreiben vom 30. März 2016 das Vorbringen der [Antragstellerin] hervor, dass bei den beiden Kriterien I.2 und III.1 jeweils unklar sei, unter welchen Voraussetzungen ein Konzept mit zwei Punkten zu bewerten sei, kann jedenfalls insoweit - die Richtigkeit ihres Vorbringens unterstellt - die Annahme einer Rechtsverletzung nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Die erst mit Schriftsatz vom 10. Mai 2016 ergänzend geltend gemachten Bedenken der [Antragstellerin] in Bezug auf die Erläuterungen in der Anlage_Wertungshinweise_Erfüllungsgrade zu den weiteren Kriterien müssen allerdings - da nicht gerügt - unberücksichtigt bleiben.“

Anders als in dem von der 2. Vergabekammer des Bundes entschiedenen Fall stellt sich nach Auffassung der Antragstellerin vorliegend die Frage, ob anhand der Verdingungsunterlagen erkennbar war bzw. erkennbar sein musste, wann die einzelnen Kriterien als voll erfüllt, teilerfüllt oder nicht erfüllt anzusehen sind. Eine Differenzierung ist allenfalls insoweit geboten, als es nicht um Kriterien geht, die mit „ja“ oder „nein“ zu beantworten sind, da der Antragstellerin nach eigenem Vortrag im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens klar war, dass insoweit nur die Alternativbewertung voll erfüllt oder nicht erfüllt in Betracht kommen. Jedenfalls die Vorfrage, inwieweit die von der Antragstellerin geforderte Erkennbarkeit vorliegen muss, ergibt sich aus deren Rügeschreiben vom 28. November 2016.

Der an das Rügeerfordernis angelegte Maßstab der 2. Vergabekammer des Bundes dürfte im Übrigen auch von der Erwägung getragen gewesen sein, dass es auf die betreffenden Fragen zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht ankam, da sie das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren aus anderen Gründen in den Stand vor Wertung der Angebote zurückversetzen konnte.

- b) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin hält die Kammer auch den Vortrag der Antragstellerin, die Vornahme einer vergleichenden Wertung verstoße gegen Vorschriften des Vergaberechts, nicht für unzulässig. Bereits in ihrem Rügeschreiben vom 28. November 2016 hat die Antragstellerin ausgeführt, das Ergebnis der Wertung sei nur dadurch erklärbar, dass die Antragsgegnerin möglicherweise eine „Übererfüllung“ des technisch Geforderten zugunsten der Beigeladenen bepunktet habe. Weiter führt die Antragstellerin aus, ein entsprechendes Vorgehen sei nach dem Bewertungssystem nicht zulässig, sondern vergaberechtswidrig. Auch wenn die Antragstellerin insofern nicht ausdrücklich rügt, die Antragsgegnerin habe eine vergleichende Wertung vorgenommen und dadurch gegen Vorschriften des Vergaberechts verstoßen, war gleichwohl erkennbar, dass die Antragstellerin einen entsprechenden Verstoß darin sieht, dass kein absoluter, am Bewertungssystem angelegter, sondern ein relativer, am Angebot der Beigeladenen orientierter Maßstab angelegt worden sei.
- B. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet. Die Wertung der Antragsgegnerin verstößt entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht gegen Vorschriften des Vergaberechts (dazu I.). Jedenfalls kann die Antragstellerin aber wegen des Vorliegens eines zwingenden Ausschlussgrundes selbst bei Annahme eines Verstoßes gegen Vorschriften des Vergaberechts nicht in Interessen geschädigt sein, § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB (dazu II.).
- I. Ausgangspunkt für die Rechtmäßigkeit sowohl eines Wertungssystems als auch dessen Anwendung, das heißt des Wertungsvorgangs ist § 127 Abs. 1 GWB. Gemäß § 127 Abs. 1 Satz 1 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt, wobei das wirtschaftlichste Angebot dasjenige mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis ist, § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB. Das beste Preis-Leistungs-Verhältnis wiederum bestimmt sich danach, ob und inwieweit ein Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt, § 127 Abs. 1 Satz 2 GWB. Die Zuschlagskriterien wiederum müssen nach § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. In Verbindung mit den tragenden Grundsätzen des Vergaberechts - Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung - ergibt sich für die Zulässigkeit sogenannter Schulnotensysteme Folgendes:
 - 1. Es ist vergaberechtlich nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, eine vergleichende Wertung vorzunehmen.

- a) Dies ergibt sich unzweifelhaft aus der Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, das wirtschaftlichste, das heißt das Angebot mit dem besten Preis- Leistungs-Verhältnis zu bezuschlagen. Die jeweilige Verwendung des Superlativs macht deutlich, dass ein Vergleich der angebotenen Preis- Leistungs- Verhältnisse erfolgt. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin muss der öffentliche Auftraggeber daher nicht besonders bekanntmachen, dass er eine vergleichende Wertung vorzunehmen gedenkt.
- b) Selbst wenn dies der Fall wäre, wären die Angaben der Antragsgegnerin in der Bekanntmachung sowie der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht zu beanstanden. Es ergab sich sowohl aus der Bekanntmachung als auch der Aufforderung zur Angebotsabgabe, dass die Antragsgegnerin die Angebote in Relation zueinander bewerten würde. Die Antragsgegnerin hat eindeutig angegeben, dass 10 Punkte dann vergeben würden, wenn eine optimale, hingegen 5 Punkte, wenn eine durchschnittliche Erfüllung zu erwarten sei. Die Antragstellerin versucht zu suggerieren, der Begriff „optimal“ sei gleichbedeutend mit den Begriffen „volle“ oder „maximale“ Erfüllung. Dies ist jedoch unzutreffend. Der Begriff „optimal“ trägt - ebenso wie der Begriff durchschnittlich - eine komparative Komponente in sich. Beide Begriffe, optimal und durchschnittlich, setzen einen sich aus anderen Angeboten ergebenden Vergleichsmaßstab voraus. Nur die Einbeziehung anderer Angebote ermöglicht die Aussage, ein Angebot lasse die optimale, nämlich bestmögliche Leistungserfüllung, erwarten. Gleiches gilt für die Erwartung einer durchschnittlichen Leistungserfüllung, da sich ein Durchschnitt nur aus dem Vergleich mehrerer Angebote ermitteln lässt. Nicht nachvollziehbar ist die Auffassung der Antragstellerin, die Annahme einer möglichen Punktgleichheit spreche gegen eine vergleichende Wertung. Richtig ist ausschließlich, dass im Rahmen einer vergleichenden Wertung - zumal bei über 70 Kriterien - Punktgleichheit äußerst unwahrscheinlich ist.
- c) In der Vornahme einer vergleichenden Wertung liegt auch weder ein Verstoß gegen § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB noch gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB. Die erstgenannte Vorschrift, die eine Konkretisierung des Transparenzgebotes im Hinblick auf die Zuschlagskriterien darstellt, regelt ausdrücklich, dass die Kriterien zur Bestimmung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses so festgelegt und bestimmt sein müssen, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird. Erforderlich ist daher nicht, wie die Antragstellerin meint, dass bereits bei Erstellung des Angebotes vorhersehbar ist, ob bezüglich der einzelnen Kriterien null, fünf oder zehn Punkte erreicht werden. Notwendig - aber auch hinreichend - ist vielmehr, dass ein Bieter erkennen kann, anhand welcher Kriterien der öffentliche Auftraggeber bewerten möchte, ob sein Angebot (im Hinblick auf die Leistung) besser oder schlechter bewertet wird als die Konkurrenzangebote. Die Auffassung der Antragstellerin zugrundegelegt, wäre auch der niedrigste Preis als Zuschlagskriterium intransparent im Sinne des § 127 Abs. 4 GWB, da der Bieter - was sich aus der Natur eines wirksamen Wettbewerbs ergibt - die Preise der Konkurrenz nicht kennt und somit bei Abgabe seines

(Preis-)Angebotes auch nicht wissen kann, ob er die maximale Punktzahl erreichen wird.

Soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, die Begriffe optimal oder durchschnittlich könnten sich genauso gut auf die dem öffentlichen Auftraggeber bekannte, bestmögliche Leistung beziehen, dürfte diese Auffassung zum Einen an der Wirklichkeit scheitern, da der öffentliche Auftraggeber in der Regel über keine (absolute und europaweite) Marktkenntnis verfügt, zumal ihm in vielen Fällen die insoweit erforderliche Fachkenntnis fehlen dürfte. Zum Anderen dürfte eine entsprechende Sichtweise gegen das in § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB niedergelegte Prinzip der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs verstoßen. Definiert der öffentliche Auftraggeber nicht nur die (absoluten) Mindestanforderungen an die zu beschaffende Leistung, sondern auch deren (absolut) optimale Erbringung, würden Bieter den Anreiz verlieren, die Leistung zu optimieren, Wettbewerb würde ausschließlich - und entgegen § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB - anhand des niedrigsten Preises, nicht anhand des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses erfolgen (Gaus: Abschaffung der Schulnoten in der Angebotswertung?, NZBau 2017, 134 [136] mit weiteren Nachweisen).

Vorliegend hat die Antragsgegnerin anhand von über 70 Kriterien festgelegt und bestimmt, welche Maßstäbe sie bei dem gebotenen Vergleich zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses anwenden wird. Ein Bieter, dessen Radsatzpresse - beispielsweise - nur über einen Presszylinder verfügt, weiß bei Erstellung seines Angebotes, dass seine Leistung insofern schlechter bewertet werden wird, als die Leistung eines Bieters, dessen Radsatzpresse über zwei Presszylinder verfügt. Ebenso ist - um ein weiteres Beispiel anzuführen - für den Bieter zweifelsfrei erkennbar, dass sein Angebot - im Verhältnis zu den Konkurrenzangeboten - umso besser bewertet werden würde, je höher die Zylinderpresskraft der angebotenen Radsatzpresse ist. Dass bei Angebotslegung nicht klar ist, ob die angebotenen Zylinderpresskraft ausreicht, um 10 Punkte, das heißt eine optimale Leistungserfüllung zu erreichen, ist wiederum Ausdruck wirksamen Wettbewerbs und nicht von Intransparenz.

- d) Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zur Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Dezember 2015 - VII Verg 25/15 - juris. Anders als im vorliegenden Fall betraf diese Entscheidung die Anforderungen an die Transparenz im Hinblick auf die Erfüllung von Mindestkriterien. Die Antragstellerin des dort verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsverfahrens war von der Vergabestelle ausgeschlossen worden, weil sie im Hinblick auf das Kriterium [REDACTED] nicht die erforderliche Mindestpunktzahl [REDACTED] erreicht hatte (Oberlandesgericht Düsseldorf, a.a.O., RdNr. 38). Weiter führt das Gericht (a.a.O., RdNr. 40) aus:

„Der vorstehend wiedergegebene Bewertungsmaßstab ist intransparent. Er lässt in Verbindung mit den aufgestellten Unterkriterien nicht zu, im Vorhinein zu bestimmen, welchen Erfüllungsgrad (Zielerreichungs-

grad) die Angebote bei den Unterkriterien zum Logistikkonzept aufweisen müssen, um mit den festgelegten Punktwerten bewertet zu werden. Anders ausgedrückt: Für Bieterunternehmen ist nicht zu erkennen gewesen, unter welchen Voraussetzungen konkret das Kriterium Logistikkonzept als nicht den Anforderungen genügend (null Punkte), als mit Einschränkungen den Anforderungen genügend (ein Punkt) oder als den Anforderungen besonders dienlich (drei Punkte) gewertet wird. Auch bei der für das Erreichen der Mindestpunktzahl wichtigen mittleren Bewertung mit zwei Punkten (den Anforderungen vollumfänglich genügend) bleibt offen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen kleinere Einschränkungen gegebenenfalls noch das Testat ‚vollumfänglich genügend‘ rechtfertigen können.“

Wenn es um das Erreichen der vom öffentlichen Auftraggeber aufgestellten Mindestanforderungen geht, ist – anders als vorliegend – gerade kein relativer, sondern ein absoluter Maßstab anzuwenden. Die Frage, ob das Angebot eines Bieters den Mindestanforderungen genügt oder nicht, ist unabhängig von den Angeboten anderer Bieter zu beantworten. Wird die Erfüllung der Mindestbedingungen – wie im Fall des Oberlandesgerichts Düsseldorf (a.a.O.) – an das Erreichen von mindestens zwei Punkten geknüpft, muss anhand der festgelegten und bestimmten Kriterien durch Anwendung eines geschlossenen Systems erkennbar sein, wann jeder einzelne Bieter eben diese Punkte – unabhängig von den Angeboten anderer Bieter – erreichen kann. Es kann insoweit dahinstehen, ob es in der Entscheidung des Oberlandesgerichts überhaupt um Zuschlagskriterien im Sinne des § 127 GWB oder nicht viel eher um (intransparente) Funktions- oder Leistungsanforderungen im Rahmen einer (teil-)funktionalen Leistungsbeschreibung im Sinne des § 121 Abs. 1 Satz 2 GWB ging (so auch jedenfalls im Ansatz: Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 2. November 2016 – VII Verg 25/16 – juris, RdNr. 42 und deutlicher: Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017 – VII Verg 39/16 – juris, RdNr. 43), wo es heißt:

„Dies gilt insbesondere bei funktionalen Ausschreibungen, bei denen der öffentliche Auftraggeber – wie der Senat wiederholt entschieden hat und woran er festhält – die auf die Formulierung der Leistungsbeschreibung und der Zuschlagskriterien einschließlich ggf. notwendiger Unterkriterien und ihrer Gewichtung zu verwendende Aufmerksamkeit nicht durch die Verwendung eines reinen Schulnotensystems ersetzen kann (vgl. zuletzt Senatsbeschluss vom 02.11.2016 – VII-Verg 25/16, zitiert nach juris, dort Tz. 43 = NZBau 2017, 116, 117).“

2. Das von der Antragsgegnerin gewählte Wertungssystem gewährleistet zudem, dass Willkür bei der Zuschlagserteilung ausgeschlossen ist, § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB.

- a) Ebenso wenig, wie die Einhaltung des Transparenzgebotes es erfordert, dass die zu erreichenden Punkte bei Angebotslegung vorhersehbar sind, stellt die fehlende Vorhersehbarkeit einen Verstoß gegen das Willkürverbot dar.

Ein den Anforderungen des § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB genügendes Bewertungssystem muss ausschließen, dass der Vergleich der Preis- Leistungs- Verhältnisse der einzelnen Angebote anhand anderer, als den festgelegten und bestimmten Kriterien erfolgt. Bei genauer Betrachtung ist der vorliegende Fall in besonderem Maße ungeeignet, über die Zulässigkeit sogenannter Schulnotensysteme zu diskutieren. Denn die von der Antragsgegnerin aufgestellten Kriterien sind ausschließlich solche, die messbar sind. Dies gestattet es der Antragsgegnerin, den Vergleich der Angebote ohne Anwendung eines Beurteilungsspielraums vorzunehmen. Das eigentliche Kernproblem, nämlich eine abstrakt-generelle Abgrenzung zwischen der zulässigen und gebotenen Beurteilung, welches Angebot im Hinblick auf ein bestimmtes Kriterium die bessere Leistung erwarten lässt, und der Einführung neuer, nicht festgelegter und bestimmter und damit die Möglichkeit willkürlicher Zuschlagsentscheidung eröffnender Kriterien ist vorliegend nicht gegeben.

- b) In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin vorgetragen, die Willkür des von der Antragsgegnerin angewandten Bewertungssystems ergebe sich aus der zweiten, in der Absicht einer Herabwertung der Antragstellerin, vorgenommenen Wertung auf der Grundlage des bekanntgemachten Wertungssystems. Unabhängig davon, ob die Antragstellerin im Rahmen der ersten, punktgenauen Wertung zunächst [REDACTED] oder [REDACTED] Punkte erhalten habe, habe sie nunmehr [REDACTED] Punkte erhalten. Dies sei nicht nachvollziehbar und damit willkürlich. Insoweit verkennt die Antragstellerin jedoch, dass die Antragsgegnerin bei jedem einzelnen Kriterium die eingegangenen Angebote in Übereinstimmung sowohl mit § 127 GWB als auch mit der Bekanntmachung und der Aufforderung zur Angebotsabgabe miteinander verglichen und anhand dieses Vergleichs null, fünf oder zehn Punkte vergeben hat. Ob das angewandte Wertungssystem deshalb willkürlich ist, weil die Anwendung eines Bewertungssystems dazu führt, dass trotz eines gegebenenfalls nur geringen Qualitätsunterschiedes - bezogen auf den im Hinblick auf den technischen Wert Bestbietenden - ein Bewertungsabschlag von zehn auf fünf Punkte (das heißt um 50%) erfolgt, stellt sich so nicht. Bei der gebotenen relativen Bewertung der Angebote wird es im Rahmen eines Zuschlagskriteriums zu keiner Änderung der Rangfolge kommen, unabhängig davon, wie differenziert das Bewertungssystem des Auftraggebers auch sein mag.

3. Soweit die Beteiligten darüber streiten, in welchem Verhältnis die Rechtsprechung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht, ist diese Frage - jedenfalls im Hinblick auf Art. 53 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in Verbindung mit § 97 Abs. 1 GWB a.F. - geklärt. In seinem Beschluss vom 8. März 2017 (a.a.O., RdNr. 44) führt das Oberlandesgericht Düsseldorf aus:

„Daraus, dass der Europäische Gerichtshof eine Bekanntgabe der Bewertungsmethode nicht verlangt, ergibt sich darüber hinaus, dass es dem Bieter auch nach dem auf der Richtlinie 2004/18/EG beruhenden nationalen Recht nicht im Vorhinein möglich sein muss, zu erkennen, welchen bestimmten Erfüllungsgrad sein Angebot auf der Grundlage der Zuschlagskriterien erreichen muss, um mit einer bestimmten Notenstufe oder Punktzahl eines Notensystems bewertet zu werden. Eine solche Bestimmungsmöglichkeit würde eine europarechtlich und damit auch nach § 97 Abs. 1 GWB a.F. nicht geforderte Bekanntgabe der Bewertungsmethode voraussetzen. Soweit bisherige Entscheidungen des Senats abweichend hiervon dahin verstanden worden sind oder zu verstehen gewesen sein sollten, der Senat fordere eine solche Bestimmungsmöglichkeit ex ante, hält er hieran nicht fest.“

Anhaltspunkte dafür, dass diese Aussagen auf der Grundlage des Art. 82 Abs. 5 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG in Verbindung mit § 97 Abs. 1 GWB anders zu beurteilen sind, sind nicht gegeben.

- II. Zudem spricht einiges dafür, dass die Antragstellerin wegen fehlender Eignung zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen ist, sodass eine Schädigung ihrer Interessen im Sinne des § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB ausgeschlossen ist. Ermächtigungsgrundlage für den (zwingenden) Ausschluss der Antragstellerin ist § 122 GWB (dazu 1.). Gefordert waren Nachweise über Erfahrungen auch im Bereich der Fertigung von Radsatzpressen, die die Antragstellerin nicht erbracht hat (dazu 2.). Die ursprüngliche (versehentliche) Bejahung der Eignung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs spricht nicht gegen die Zulässigkeit des Ausschlusses (dazu 3.).
 1. Zwingende Ausschlussgründe bei fehlendem Nachweis der Eignung sind in der Sektorenverordnung nicht geregelt. Allerdings gelten auch hier die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze des § 97 GWB, also insbesondere das Transparenzgebot (Abs.1), der Gleichbehandlungsgrundsatz (Abs. 2) sowie das Eignungsprinzip (§ 122 GWB). Da der Zuschlag nur an ein im Sinne des § 122 GWB geeignetes Unternehmen erteilt werden darf, folgt der zwingende Ausschlussgrund im Anwendungsbereich der Sektorenverordnung unmittelbar aus dieser Vorschrift (Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 28. Oktober 2005 - Z3-3-3194-1-44-09/05 - juris, RdNr. 94).
 2. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergab sich aus der Bekanntmachung vom 17. September 2016 eindeutig, dass Referenzen sowohl im Hinblick auf die Fertigung als auch die Lieferung von Radsatzpressen verlangt waren.

Gefordert waren - wie sich aus der Verwendung des Wortes „und“ ergibt - nicht Referenzen entweder über die Lieferung oder die Fertigung. Erfahrungen im Bereich der Fertigung einer (oder mehrerer) Radsatzpressen hat die Antragstellerin nicht nachgewiesen.

3. Unerheblich ist, dass die Antragsgegnerin die Eignung der Antragstellerin im weiteren Verfahren versehentlich bejaht hat. Zwar trifft es zu, dass zwischen dem Teilnahmewettbewerb einerseits sowie dem Angebotsverfahren eine deutliche Zäsur liegt. Diese rechtfertigt es jedoch nicht, nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs eine fehlende Eignung dann zu ignorieren, wenn die die fehlende Eignung begründenden Tatsachen bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs vorlagen. Soweit sich die Antragstellerin insoweit auf Vertrauensschutz beruft, ist dies zwar zutreffend, führt aber allenfalls zu einem Anspruch auf Ersatz des Schadens, der der Antragstellerin infolge der frustrierten weiteren Teilnahme am Angebotsverfahren entstanden ist (negatives Interesse). Zutreffend weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Beigeladene gemäß § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch darauf hat, dass nur gemäß § 122 GWB geeignete Bieter den Zuschlag erhalten. Überzeugend ist schließlich auch der Hinweis auf § 16b VOB/A, der die von der Antragstellerin vertretene Auffassung einzig im Bereich der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen regelt.
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.
- I. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin im Verfahren unterlegen ist, trägt sie die Kosten, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.
 - II. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens, § 182 Abs. 2 Satz 2, 2. HS. GWB. Aus dem Bruttoauftragswert ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer zu Grunde legt, eine Gebühr von [REDACTED] €.
 - III. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen zu erstatten, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
 - IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin ist angesichts der Schwierigkeit des jüngst völlig umstrukturierten Vergaberechts - gerade in Verbindung der unübersichtlichen und unstrukturierten Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Schulnotensystemen - und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 182 Abs. 4 Satz 2 und 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer über den Nachprüfungsantrag ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main**

einulegen.

Im Hinblick auf die Vorabgestattung des Zuschlags kann die Antragstellerin des Nachprüfungsverfahrens bei demselben Gericht beantragen, das Zuschlagsverbot wiederherzustellen.

Die sofortige Beschwerde sowie der Antrag auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes sind zugleich mit der 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 zur Begründung des Antrags auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Uwe Harnisch
Vorsitzender

Claudia Denz-Kinzel
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Langsdorf
Hauptamtlicher Beisitzer