



SACHSEN-ANHALT

LANDESV ERWALTUNGSAMT

2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt

B E S C H L U S S

Dazu Entscheidung OLG Naumburg 7 Verg 1/21 vom 01.03.2021

Az.: 2 VK LSA 53/20

Halle (Saale), den 27.01.2021

§ 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB, § 122 Abs. 4 S. 2 GWB, § 127 GWB, § 160 Abs.3 Satz 1 Nr.3 GWB, § 134 Abs.1 und 2 GWB, § 172 Abs.1 GWB

- Unzulässiger Nachprüfungsantrag
- Rügepräklusion

Die Antragstellerin hat nicht schlüssig und substantiiert geltend gemacht, dass sie durch die Wertung des Angebotes der Beigeladenen in Hinblick auf die Erfüllung des Qualitätskriteriums 5.5 in ihren Rechten verletzt ist. Die Antragstellerin hat in nicht ausreichendem Maße Anknüpfungspunkte benannt, aus denen ein Vergaberechtsverstoß zumindest plausibel erscheint.

Soweit die Antragstellerin auf die von der Beigeladenen veröffentlichte Internetpräsentation mit dem Funktionsvorteil „stabile Client-Server Datenbank (open Source)“ verweist, ist dies nicht hinreichend konkret. Diesem Begriff ist nicht zu entnehmen, dass der Zugriff auf das Hintergrundsystem ohne Installation einer Zusatzsoftware unmöglich wäre. Ein Client-Server-System besteht der Definition nach lediglich aus einem Client, der über marktübliche Browser eine Verbindung mit einem zentralen Server aufbaut.

Die Antragstellerin ist in Bezug auf das von der Antragsgegnerin verwendete Preisbewertungssystem ihrer Rügeobliegenheit nicht ordnungsgemäß nachgekommen.

Eine Rügepräklusion kommt im Allgemeinen bei solchen Rechtsverstößen in Betracht, die sich auf eine allgemeine Überzeugung der Vergabepaxis gründen und aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre und ohne Anwendung juristischen Sachverstandes ins Auge fallen. Der Vergaberechtsverstoß muss einem verständigen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots unter Beachtung der gebotenen üblichen Sorgfalt ohne weiteres auffallen. Von einem Durchschnittsbieter kann nicht eine umfassende Kenntnis der Vergabeliteratur und Rechtsprechung erwartet werden. Es kann aber vorausgesetzt werden, dass er den Text der einschlägigen Verfahrensordnung zur Kenntnis nimmt und mit dem wichtigsten Regeln des Vergaberechts vertraut ist

Da bereits im Rahmen der Beantwortung einer Bieteranfrage die Systematik der Preisbewertung veröffentlicht wurde, kann eine Kenntnis der Antragstellerin hierüber in tatsächlicher Hinsicht zum

genannten Zeitpunkt vorausgesetzt werden. Die Systematik enthält keine komplizierten, sondern eine auf den ersten Blick erkennbare Ableitung von Preispunkten. Gerade einem erfahrenen Bieter (die Antragstellerin darf als langjährig am Markt tätiges Unternehmen dazu gerechnet werden) konnte sich diese Systematik ohne weiteres erschließen.

Es kann ~~aber~~ vorausgesetzt werden, dass der Antragstellerin das Wettbewerbsprinzip als zentraler Vergabegrundsatz geläufig ist. Ebenfalls musste ihr bekannt sein, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgt. Aus der Wertungsmatrix war auch für einen durchschnittlichen Bieter ableitbar, dass bereits geringfügige Preisunterschiede zwischen den Angeboten zu deutlich überproportionalen Punktabstufungen führen

So konnte bereits ein Preisunterschied von nur einem Cent zu einem Punktunterschied von vier Punkten (von insgesamt 40 maximal zu erreichenden Punkten) führen. Aufgrund dieses Missverhältnisses musste sich der Antragstellerin in rechtlicher Hinsicht der Schluss aufdrängen, dass die Anwendung der Bewertungsmatrix bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nach ihrer Auffassung zu wettbewerbsverzerrenden Ergebnissen führt.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

gegen

.....
.....

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

unter Beiladung

.....
.....

- Beigeladene –

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

wegen

der gerügten Vergabeverstöße bezüglich der Beschaffung von mobilen Fahrkartenautomaten hat die 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt durch den Vorsitzenden Herrn Regierungsdirektor XXX, die hauptamtliche Beisitzerin Frau XXX und der ehrenamtliche Beisitzer Herrn XXX ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

1. Der Antrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens.
3. Die Verfahrenskosten werden insgesamt auf XXX Euro festgesetzt. Sie gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von XXX Euro und Auslagen in Höhe von XXX Euro.
4. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin und die Beigeladene war notwendig.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt 176 mobile Fahrkartenautomaten zu beschaffen. Sie veranlasste am XXX die Bekanntmachung der Vergabe dieser Leistungen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union. Sie wählte das Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach der Sektorenverordnung (SektVO).

Nach Pkt. II.2.5) der Bekanntmachung ist der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium. Alle diesbezüglichen Kriterien sind nur in den Beschaffungsunterlagen ausgeführt. Weiterhin wurde unter Pkt.III.1 hinsichtlich der Teilnahmebedingungen auf die Datei „Bewerbungsbedingungen.pdf“ verwiesen. Diese Unterlage war über einen Link abrufbar.

Aufgrund einer Anfrage eines Unternehmens veröffentlichte am 16.03.2020 die Antragsgegnerin ein Muster der Bewertungsmatrix auf der e-Vergabeplattform. Weitere Vergabeunterlagen sollten erst den in der Angebotsphase zugelassenen Bewerbern zugänglich gemacht werden.

In der Bewertungsmatrix waren zwei Zuschlagskriterien angegeben. Das Kriterium „Qualität“ sollte zu 60% in die Wertung einfließen. Hierbei konnten die eingereichten Angebote maximal 24 Punkte erhalten. Als ein Qualitätsunterkriterium war unter Ziffer 5.5 das „Client Hintergrundsystem (KO Kriterium auf Standard setzen)“ benannt. Soweit der Zugriff auf das Hintergrundsystem ohne Installation einer Zusatzsoftware erfolgt, soll dieses Unterkriterium mit zwei Punkten bewertet werden. Andernfalls würden hierfür keine Punkte vergeben werden. Als zweites Zuschlagskriterium sollte der Preis zu 40% in die Wertung einfließen. Die maximale Punktzahl hierfür war auf 16 Punkte festgesetzt. Dabei sollte das kostengünstigste Angebot 100%, das zweitplatzierte 75%, das drittplatzierte 50% der Preispunkte erhalten. Alle anderen Angebote sollten mit 0% Preispunkten bewertet werden.

Für beide Zuschlagskriterien konnten die Bieter auf ihre Angebote eine Gesamtpunktzahl von 40 erreichen.

Nach Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge forderte am 06.05.2020 die Antragsgegnerin fünf Unternehmen (so auch die Antragstellerin und die Beigeladene) auf, ein Angebot abzugeben.

Die Vergabeunterlagen beinhalteten u. a. ein Lastenheft mit einer modifizierten Bewertungsmatrix. Hieraus war für die Bieter zusätzlich zu der im Teilnahmewettbewerb als Muster bezeichneten Unterlage zu entnehmen, dass das preislich günstigste Angebot mit 16, das darauffolgende mit 12 und das nächste mit 8 Punkten bewertet wird.

Die Antragsgegnerin nahm in Bezug auf das Zuschlagskriterium „Qualität“ keine Veränderungen oder Ergänzungen vor.

Insgesamt lagen der Antragsgegnerin fristgerecht am 23.06.2020 drei Angebote vor. Nach Prüfung dieser Unterlagen führte die Antragsgegnerin mit den Bietern am 14.08.2020 zeitversetzt Verhandlungsgespräche. Im Ergebnis daran erhielten die Bieter die Möglichkeit, ein Zweitangebot bis zum 26.08.2020 einzureichen.

Nach Auswertung aller drei fristgerecht vorgelegten Zweitangebote erlangte das der Beigeladenen mit 34 Punkten Rang eins und das der Antragstellerin mit 33 Punkten Rang zwei.

Die Antragsgegnerin informierte am 08.09.2020 gem. § 134 GWB u. a. die Antragstellerin, dass sie beabsichtige, auf das Angebot der Beigeladenen nicht vor dem 18.09.2020, 24:00 Uhr den Zuschlag zu erteilen. Sie führte aus, dass die Beigeladene insgesamt ein wirtschaftlicheres Angebot abgegeben habe.

Dagegen wandte sich die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10.09.2020. Sie machte hierbei geltend, dass die vorgeschriebene Wartefrist von 10 Tagen nicht eingehalten werde. Der Zuschlag könne insoweit frühestens am 19.09.2020, 00:00 Uhr erteilt werden. Das Absageschreiben ließe im Übrigen nicht erkennen, wie ihr Angebot gegenüber dem der Zuschlagsaspirantin gewertet worden sei. Es wäre deshalb nicht geeignet, die gesetzlich vorgesehene Wartefrist in Gang zu setzen. Es genüge nicht den Anforderungen des § 134 Abs.1 und 2 GWB.

Weiterhin habe es die Antragsgegnerin in der Vergabebekanntmachung verabsäumt, die Eignungsanforderungen aufzustellen. Es reiche insoweit nicht aus, auf die entsprechenden Ausschreibungsunterlagen zu verweisen. Die Eignungsanforderungen seien zwingend in der Bekanntmachung aufzuführen. Für einen Bieter sei dieser Vergaberechtsverstoß nicht erkennbar, so dass eine Rügepräklusion nicht eingetreten sei.

Sie ist weiterhin der Auffassung, dass die aufgestellte Wertungsmatrix zu willkürlichen und zufälligen Ergebnissen führen würde.

Die Antragsgegnerin übermittelte allen Bewerbern am 15.09.2020 über das Vergabeportal nunmehr nähere Angaben über ihre Angebotsauswertung. Mit einem zusätzlichen Schreiben vom selben Tage erklärte sie gegenüber der Antragstellerin, der Rüge im Übrigen nicht abhelfen zu wollen. Aus ihrer Zeitangabe für die Wartefrist ginge eindeutig hervor, dass eine Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen erst nach Ablauf des 18.08.2020 erfolgen würde. Diese entspräche insoweit der vorgegebenen gesetzlichen Wartefrist.

Es sei auch nicht zu beanstanden, dass die geforderten Eignungskriterien nicht im Einzelnen in der Bekanntmachung aufgeführt worden seien. Es reiche aus, wenn die Eignungsanforderungen für alle Unternehmen über einen Link in der Bekanntmachung abrufbar wären.

Schließlich sei die Wertungsmatrix allen Interessenten bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs zur Verfügung gestellt worden. Die Systematik aus Punkten und Gewichtungungen sei zweifelsfrei zu erkennen gewesen. Alle Beteiligten hätten insoweit ausreichend Zeit

zur Verfügung gehabt, um bis zum Termin der Angebotsvorlage entsprechende Aufklärung hierüber von der Antragsgegnerin zu fordern. Dies sei jedoch zu keinem Zeitpunkt geschehen.

Mit einem auf den 16.09.2020 datierten zweiten Rügeschreiben beanstandete die Antragstellerin die Wertung des Angebots der Beigeladenen. Ihr Angebot dürfe bei dem Zuschlagsunterkriterium 5.5 „Client Hintergrundsystem (KO Kriterium auf Standard setzen)“ keine Punkte erhalten. Die erfolgte Bewertung mit zwei Punkten sei fehlerhaft. Es sei markt bekannt, dass das von der Beigeladenen verwendete System die vorherige Installation einer Zusatzsoftware auf der „workstation“ erfordere. Durch die unzureichende Wertung dieses Kriteriums belege nunmehr ihr eigenes Angebot zu Unrecht Rang zwei.

Mit Schreiben vom 17.09.2020 half die Antragsgegnerin der Rüge nicht ab. Sie erklärte gegenüber der Antragstellerin, dass die Auswertung und Beurteilung der Angebote ausschließlich auf der Grundlage der eingereichten Angebote erfolgt worden sei.

Daraufhin stellte die Antragstellerin am 18.09.2020 den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der zuständigen Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt des Landes Sachsen-Anhalt. Darin vertiefte sie die in den Rügen erhobenen Vorwürfe.

Die Antragstellerin sei nicht gehalten gewesen, die Vergaberechtswidrigkeit der Wertungsmatrix innerhalb der Angebotsfrist zu rügen. Die Erkennbarkeit im Sinne des § 160 Abs.3 S.1 Nr.3 GWB müsse sich nicht nur auf die den Verstoß begründenden Tatsachen, sondern auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen. Der Verstoß müsse so offensichtlich sein, dass er einen durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots auffallen müsse. Die Rechtsregeln, denen die Wirtschaftlichkeitsprüfung der Angebote unterliege, seien jedoch vielschichtig und komplex. Sie seien eine Domäne des Auftraggebers. Hierin habe sich die Antragstellerin als Bieterin nicht auskennen können und müssen. Von ihr könne nicht eine Kenntnis entsprechender Fachdiskussionen in Rechtsprechung und Literatur erwartet werden.

Durch die festen Punkteverteilungen unabhängig vom konkreten Preisabstand könnten selbst kleinste Preisabstände zu massiven Punkteverlusten führen. Es sei sachgerecht, für das günstigste Angebot die volle Punktzahl und für ein doppelt so hohes Angebot null Punkte zu vergeben. Die Punktebewertung für die dazwischenliegenden Angebote habe über eine lineare Interpolation zu erfolgen. Es sei allenfalls hinzunehmen, wenn bei der Umrechnung von Preisen in Preispunkte die Abweichungen der prozentualen Abstände beim

Preis einerseits und den Punkten andererseits geringfügig seien und erst mit zunehmendem Abstand zum Bestangebot zunehmen.

Weiterhin habe die Beigeladene in ihrem Internetauftritt auf eine „stabile Client-Server Datenbank“ Bezug genommen. Hieraus lasse sich entnehmen, dass die Beigeladene nicht mit einem webbasierten System gearbeitet habe. Das System der Beigeladenen bedürfe der Installation einer zusätzlichen Software. Dies entspreche nicht in vollem Umfang den Vorgaben der Vergabeunterlagen. Es sei marktbekannt, dass bei dessen Verwendung ein Client auf der Workstation installiert werden müsse.

Weiterhin habe die Antragsgegnerin es verabsäumt, die geforderten Eignungskriterien in der Bekanntmachung explizit in der Ziff. III.1 bis III.3 zu benennen. Dies widerspreche den Anforderungen des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB.

Schließlich sei auch das Informationsschreiben der Antragsgegnerin i. S. d. § 134 GWB unzureichend.

Die Antragstellerein beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen,
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, das Verfahren aufzuheben, oder in den Stand der Bekanntmachung zurückzusetzen,
3. hilfsweise, bei fortbestehender Vergabeabsicht, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, der Antragstellerin mangle es hinsichtlich der angeblich unzureichend bekanntgemachten Eignungsanforderungen und des vermeintlich fehlerhaften Informationsschreibens an einer Antragsbefugnis. Ihr könne in Bezug auf diese behaupteten

Vergaberechtsverstöße kein Schaden entstanden sein, da sie sich am Teilnahmewettbewerb erfolgreich beteiligt habe. Sie habe auch ihr Recht auf Nachprüfung der Entscheidungen des Auftraggebers wahrgenommen.

Die Antragstellerin sei darüber hinaus im Hinblick auf das Preiswertungssystem ihrer Rügeobliegenheit nicht ordnungsgemäß nachgekommen. Sie hätte diesen angeblichen Vergaberechtsverstoß gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB nach Auffassung der Antragstellerin bis zur Abgabe des finalen Angebots rügen müssen. Es sei selbst für einen unerfahrenen Bieter erkennbar gewesen, dass bei der von der Antragsgegnerin vorgegebenen Wertungssystematik auch geringe Preisabweichungen zwischen den Angeboten zu den transparent angegebenen Abstufungen der Punkte im Wertungskriterium „Preis“ führen würden. Die Prüfung der Wertungsmatrix gehöre zu den wesentlichen Aufgaben eines Bieters im Rahmen der Angebotserstellung. Ausweislich ihrer Webseite sei der Antragstellerin der Markt für Fahrkartensysteme bestens bekannt. Sie beschäftige sich regelmäßig mit öffentlichen Ausschreibungen. Es sei daher davon auszugehen, dass sie sich mit Wertungsmatrizen im besonderen Maße auskenne.

Unabhängig hiervon stehe dem Auftraggeber bei der Entscheidung darüber, welche Bewertungsmethode er anwenden möchte, ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Sie könne vergaberechtlich nur beanstandet werden, wenn sie sich aufgrund besonderer Umstände mit dem gesetzlichen Leitbild des Vergabewettbewerbs als unvereinbar erweise. Ein solcher Ausnahmefall sei jedoch nicht gegeben. Insbesondere führe diese Anwendung der Bewertungsmatrix nicht zu willkürlichen Ergebnissen. Die Antragsgegnerin habe ihre Wertungsmethodik vielmehr in den Vergabeunterlagen leicht verständlich und für alle Bieter transparent dargestellt.

Im Übrigen sei die Wertung des Qualitätskriteriums 5.5 ordnungsgemäß erfolgt. Diesbezüglich seien die Mutmaßungen der Antragstellerin nicht substantiiert. Es erschließe sich nicht, inwieweit sich aus dem von der Beigeladenen in ihrer Internetpräsentation verwendeten Begriff „Stabile-Client Server Datenbank (open-source)“ ergeben solle, dass sie das Qualitätskriterium nicht in dem von der Antragsgegnerin gewerteten Maße erfüllen würde. Die Beigeladene habe in ihrem Angebot bestätigt, dass ein Client ohne zusätzliche Installation auf die Hintergrundsoftware zugreifen könne. Die Antragsgegnerin sei nicht gehalten gewesen, zu hinterfragen, ob die Beigeladene ihre mit dem Angebot eingegangenen Verpflichtungen auch einhalten könne.

Die Beigeladene beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin könne hinsichtlich der Rüge der angeblich fehlerhaften Vorabinformation und der mangelhaften Bekanntmachung von Eignungsanforderungen keinen drohenden Schaden darlegen. Sie sei insoweit nicht antragsbefugt. Im Hinblick auf die behauptete fehlerhafte Wertung des Qualitätskriteriums 5.5 sei das Vorbringen der Antragstellerin nicht hinreichend substantiiert. Die Beigeladene greife auf vorhandene Standardkomponenten aus Windows und auf Standardbrowser zurück. Daher sei keine Installation auf den Arbeitsstationen zum Zugriff auf das Hintergrundsystem notwendig. Die Internetpräsentation sei nicht in Bezug auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren erstellt worden.

Soweit die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag auf eine angebliche Unzulässigkeit des Preisbewertungssystems stütze, habe sie schließlich ihre Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB verletzt. Selbst wenn man die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags unterstelle, sei dieser jedenfalls unbegründet. Es sei nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin bei der von ihr gewählten Umrechnungsmethode der Preise in Punkte ihr Ermessen überschritten und den Wettbewerbsgrundsatz verletzt habe. Im Hinblick auf die Erfüllung des Qualitätsmerkmals 5.5 sei die Antragsgegnerin nicht verpflichtet gewesen, weitergehend zu prüfen, ob die Beigeladene ihre mit dem Angebot verbindlich eingegangenen Verpflichtungen auch einhalten werde.

Die Vergabekammer hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 28.12.2020 angehört. Sie hat darin vorläufig die Auffassung vertreten, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei. Soweit sich die Antragstellerin gegen das Informationsschreiben vom 08.09.2020 wende, sei sie nicht antragsbefugt. Dies gelte auch in Bezug auf Ihr Vorbringen zu der möglicherweise mangelbehafteten Bekanntmachung von Eignungsanforderungen. Die Antragstellerin habe weiterhin nicht fristgerecht gerügt, dass nach ihrer Auffassung die Bewertungsmatrix fehlerhaft sei. Dieser vermeintliche Vergaberechtsverstoß sei aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Aus der Wertungsmatrix sei auch für einen durchschnittlichen Bieter ableitbar gewesen, dass bereits geringfügige Preisunterschiede zu deutlich überproportionalen Punktabstufungen führen würden. Der Antragstellerin habe sich der Schluss aufdrängen müssen, dass aus ihrer Sicht die Anwendung der Bewertungsmatrix zu wettbewerbsverzerrenden Ergebnissen führen müsse.

Soweit die Antragstellerin behauptete, dass das System der Beigeladenen nicht ohne Installation einer zusätzlichen Software funktionieren würde, habe sie dies nicht substantiiert begründet. Dem Begriff „stabile client server Datenbank (open source)“ aus der Internetpräsentation der Beigeladenen sei nicht zu entnehmen, dass der Zugriff auf das Hintergrundsystem ohne Installation einer Zusatzsoftware unmöglich wäre.

Die Antragstellerin ist ausweislich ihres Schriftsatzes vom 07.01.2021 der Auffassung, dass zwar die tatsächliche Auswirkung der Preisbewertungsmethodik erkennbar gewesen sei. Allerdings lasse sich der Verstoß nicht allein durch bloßes Lesen der vergaberechtlichen Bestimmungen und einem Vergleich mit dem Text der Vergabeunterlagen feststellen.

Der Auftraggeber habe einen weiten Ermessensspielraum bei der Punktbewertung seiner Zuschlagskriterien. Dem Vergaberecht sei es insoweit nicht fremd, dass bei einem kleinen Wertungsunterschied des jeweiligen Zuschlagskriteriums es zu einem größeren Punkteabstand kommen könne. Dies müsse nicht zwangsläufig bei einem Bieter den Eindruck eines Vergaberechtsverstoßes erwecken. So sei einem Auftraggeber beispielsweise die Möglichkeit gegeben, Referenzen für das eingesetzte Projektteam in einem Punktesystem zu bewerten und hierbei etwa nach Auftragsvolumen anhand bestimmter Stellenwerte Punkte zu erteilen. Gerade im Bereich der Vergabe von Ticketautomaten würden die Bieter in einer Vielzahl von Ausschreibungen mit immer anderen Bewertungskriterien, Gewichtungen und Wertungssystemen konfrontiert. Vor diesem Hintergrund seien rechtliche Mängel einer Wertungsmatrix für die Bieter typischerweise nicht als Vergaberechtsverstoß erkennbar. Eine Rügepräklusion liege nicht vor.

Die Antragsgegnerin habe die Bewertung der einzelnen Angebotspreise lediglich anhand der Platzierung vorgenommen. Hieraus resultiere eine unproportionale Punkteabstufung, welche dazu führe, dass die in der Wertungsmatrix angegebene Gewichtung in unzulässiger Weise verschoben würde. Die Ermittlung des wirtschaftlichen Angebotes i. S. d. § 127 GWB sei somit nicht gegeben.

Im Hinblick auf die fehlerhafte Bewertung des Qualitätsbewertungskriteriums 5.5 lasse sich die Nichterfüllung der Anforderungen der Ausschreibung durch das Angebot der Beigeladenen aus dem in Bezug genommenen Internetauszug ablesen.

Das System der Beigeladenen enthalte lediglich ein teilweise webfähiges Hintergrundsystem für das Monitoring, welches mit Standard-Browsern bedient werden könne. Eine Instal-

lation einer spezifischen Software auf dem Rechner des Nutzers sei nicht erforderlich. Ausweislich der Vergabeunterlagen werde jedoch eine Client-Server-Struktur verlangt. Auf dem Rechner des Nutzers (Client-Rechner) müsse daher eine eigenständige, proprietäre Anwendung eingerichtet werden. Dies sei bei dem von der Antragstellerin angebotenen webbasierten System gerade nicht der Fall.

Die Beigeladene müsse, um den Ausschreibungsbedingungen zu entsprechen, ihr System grundlegend neu entwickeln. Dies sei für sie jedoch bis zum vorgegebenen Projektende nicht realisierbar.

Letztendlich habe die Antragstellerin die Vergabekammer nur der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass die Bekanntmachung der Eignungsanforderungen unzureichend gewesen sei. Hierauf stütze sich der Nachprüfungsantrag in der Sache nicht.

Mit Beschluss vom 08.12.2020 ist die XXX von der Vergabekammer beigeladen worden.

Der Vorsitzende hat die Frist zur Entscheidung der Vergabekammer letztmalig bis zum 03.02.2021 verlängert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Nachprüfungsverfahrens wird auf die eingereichten Schriftsätze und die Vergabeakte verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist nicht zulässig.

1. Zuständigkeit

Gemäß § 156 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) veröffentlicht im BGBl. I, 1998, Nr. 59, S. 2568 ff., neugefasst durch Bekanntmachung vom 15.07.2005, BGBl. I, 2005, Nr. 44, S. 2114 ff., zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.08.2017, BGBl. I, 2017, S. 3295, i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., zuletzt geändert durch RdErl. des MW vom 08.12.2003 – 42-32570/03, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 57/2003, S. 942) i.V.m. d. gem. Geschäftsordnung d. VgK (Bek. des MW vom 17.04.2013 – 41-32570-17, veröffentlicht im MBl. LSA Nr. 14/2013) ist die 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Der Antragsgegnerin ist Sektorenauftraggeberin gem. § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 428.000,00 Euro i. S. d. § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB ist für dieses Vorhaben überschritten.

2. Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist nur antragsbefugt, soweit sie sich gegen das von der Antragsgegnerin verwendete Preisbewertungssystem wendet. Im Übrigen ist eine Antragsbefugnis der Antragstellerin nicht gegeben.

Nach § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. In diesem Zusammenhang ist ein Sachvortrag erforderlich, aus dem sich nachvollziehbar ergibt, dass durch die gerügten Vergabeverstöße die Aussichten des Antragstellers auf Erhalt des Zuschlags beeinträchtigt sind (vgl. Röwekamp/Kus/Portz/Pries, Kommentar zum GWB Vergaberecht, 5.Auflage, 2020, § 160 GWB Rn. 69).

Die Antragstellerin hat durch die Abgabe eines Angebots ihr Interesse am Auftrag bekundet. Sie hat weiter vorgebracht, dass die Wertungsmatrix der Antragsgegnerin ungeeignet sei, das wirtschaftlichste Angebot i.S des § 127 GWB zu ermitteln. Sie hat schließlich ausgeführt, dass sie bei korrekter Bewertung anhand einer nach ihrer Auffassung vergaberechtskonformen Wertungsmatrix gute Aussichten auf den Erhalt des Zuschlags gehabt hätte.

Dagegen kann ausgeschlossen werden, dass der Antragstellerin durch den behaupteten Verstoß gegen § 134 GWB ein Schaden zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag gestellt. Nach dessen Übermittlung ist die Antragsgegnerin gehindert, bis zum Ablauf der Frist nach § 172 Abs.1 GWB den Zuschlag zu erteilen. Die Antragstellerin hat somit kein schutzwürdiges Interesse im Hinblick auf die Einhaltung des § 134 GWB. Diese Vorschrift hat lediglich das Ziel, den Einstieg in den Primärrechtsschutz innerhalb eines Nachprüfungsverfahrens zu gewährleisten (vgl. Weyand, Vergaberecht, 4. Auflage 2013, § 101 a GWB, Rn. 159). Von dieser Möglichkeit hat die Antragstellerin Gebrauch gemacht, weiterer Schaden im Sinne einer Verschlechterung der Zuschlagschancen ist insoweit nicht zu besorgen (vgl. VK Bund vom 17.02.2011, Az.: VK 1 – 127/10).

Sie hat im Übrigen auch nicht schlüssig und substantiiert geltend gemacht, dass sie durch die Wertung des Angebotes der Beigeladenen in Hinblick auf die Erfüllung des Qualitätskriteriums 5.5 in ihren Rechten verletzt ist. Die Antragstellerin hat in nicht ausreichendem Maße Anknüpfungspunkte benannt, aus denen ein Vergaberechtsverstoß zumindest plausibel erscheint (vgl. VK Mecklenburg-Vorpommern vom 19.03.2015, Az.: 2 VK 05/14).

Die Antragstellerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag vorgebracht, dass das von der Beigeladenen verwendete System der Installation einer Zusatzsoftware bedürfe. Soweit sie in diesem Zusammenhang auf die von der Beigeladenen veröffentlichte Internetpräsentation mit dem Funktionsvorteil „stabile Client-Server Datenbank (open Source)“ verweist, ist dies nicht hinreichend konkret. Diesem Begriff ist nicht zu entnehmen, dass der Zugriff auf das Hintergrundsystem ohne Installation einer Zusatzsoftware unmöglich wäre. Ein Client-Server-System besteht der Definition nach lediglich aus einem Client, der über marktübliche Browser eine Verbindung mit einem zentralen Server aufbaut. Der Client bietet die Benutzeroberfläche oder die Benutzerschnittstelle der Anwendung an. Der Server ist dabei der Anbieter von Ressourcen, Dienstleistungen und Daten; die Arbeitsstationen (Clients) nutzen sie.

Darüber hinaus hat die Beigeladene in ihrem Schriftsatz vom 30.12.2020 vorgebracht, dass ihr Internetauftritt nicht in Bezug auf das vorliegende Vergabeverfahren erstellt worden sei. Ihr Angebot basiere nicht auf dieser Präsentation. Hierzu lässt der Schriftsatz der Antragstellerin vom 07.01.2021 Ausführungen vermissen. Weiterhin hat sie nicht dargelegt, welche konkreten marktbekannten Informationen ihr über das von der Beigeladenen verwendete System vorliegen, bzw. aus welchen Quellen diese stammen.

Die Antragstellerin hat auch im Übrigen mit diesem Schriftsatz ihr bisheriges Vorbringen nicht präziser erläutern können. Wie erwähnt, hat sie in ihrem Nachprüfungsantrag ausgeführt, dass bei der Verwendung des Systems der Beigeladenen ein client auf der „workstation“ installiert und eingerichtet werden müsse. Dagegen hat sie im zuvor genannten Schriftsatz im Widerspruch hierzu nunmehr eingeräumt, dass insoweit die Installation einer spezifischen Software nicht erforderlich wäre. Im Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin außerdem die Behauptung aufgestellt, dass die Beigeladene nicht mit einem webbasierten System arbeite. Im Ergebnis der Anhörung hat die Antragstellerin dagegen zugestanden, dass das System der Beigeladenen teilweise webbasiert sei. Auch erschließt sich nicht, aus welchem Grund auf Seite vier des zuvor genannten Schriftsatzes die Antragstellerin vorbringt, dass auch ihr Angebot keine Client-Server-Struktur enthalte.

3. Rüge

Die Antragstellerin ist in Bezug auf das von der Antragsgegnerin verwendete Preisbewertungssystem ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 160 Abs.3 Satz 1 Nr.3 GWB nicht ordnungsgemäß nachgekommen.

Nach dieser Vorschrift ist ein Antrag unzulässig, wenn die geltend gemachten Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zur Frist zur Bewerbung oder Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Die entsprechende Rüge der Antragstellerin vom 10.09.2020 war im Sinne der vorgenannten Vorschrift verspätet. Sie hätte die vermeintlichen Vergabeverstöße spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Abgabe des finalen Angebotes am 26.08.2020 rügen müssen. Der von der Antragstellerin geltend gemachte Vergaberechtsverstoß war für sie erkennbar.

Eine Rügepräklusion kommt im Allgemeinen bei solchen Rechtsverstößen in Betracht, die sich auf eine allgemeine Überzeugung der Vergabepaxis gründen und aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre und ohne Anwendung juristischen Sachverständes ins Auge fallen. Der Vergaberechtsverstoß muss einem verständigen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots unter Beachtung der gebotenen üblichen Sorgfalt ohne weiteres auffallen. Von einem Durchschnittsbbieter kann nicht eine umfassende Kenntnis der Vergabeliteratur und Rechtsprechung erwartet werden. Es kann aber vorausgesetzt werden, dass er den Text der einschlägigen Verfahrensordnung zur Kenntnis nimmt und mit dem wichtigsten Regeln des Vergaberechts vertraut ist (vgl. OLG Naumburg vom 16.12.2016, Az.: 7 Verg 6/16).

Da bereits mit Schreiben vom 16.03.2020 im Rahmen der Beantwortung einer Bieteranfrage die Systematik der Preisbewertung veröffentlicht wurde, kann eine Kenntnis der Antragstellerin hierüber in tatsächlicher Hinsicht zum genannten Zeitpunkt vorausgesetzt werden. Die Systematik enthält keine komplizierten, sondern eine auf den ersten Blick erkennbare Ableitung von Preispunkten. Gerade einem erfahrenen Bieter (die Antragstellerin darf als langjährig am Markt tätiges Unternehmen dazu gerechnet werden) konnte sich diese Systematik ohne weiteres erschließen. Mit wenigen Worten wurde in Beantwortung der Bieteranfrage kurz und knapp erläutert, dass der Bieter mit dem preisgünstigsten Angebot insgesamt 16 Preispunkte (40% von 40 Punkten) erhalten kann. In der weiteren Abstufung soll das zweitgünstigste Angebot davon 75%, also 12 Punkte, das drittgünstigste 50%, also 8 Punkte

erhalten. Die Antragsgegnerin hat damit den Bietern Angaben zu der konkret zu erreichenden Anzahl von Punkten und nicht nur eine Berechnungsvorschrift zur Verfügung gestellt.

Die Antragstellerin hat in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass die Bieter im Bereich der Vergabe von Ticketautomaten in einer Vielzahl von Ausschreibungen mit immer anderen Bewertungskriterien, Gewichtungen und Wertungssystemen konfrontiert würden. Gerade bei dieser Sachlage ist ein Bieter gehalten, sich in jedem Einzelfall mit dem jeweiligen Bewertungssystem intensiv auseinanderzusetzen, um ein aussichtsreiches Angebot abgeben zu können.

Sie hatte in ihrem Nachprüfungsantrag zwar weiterhin zutreffend darauf hingewiesen, dass von ihr nicht verlangt werden könne, die Rechtsprechung zu dieser Thematik im Einzelnen zu kennen. Es kann aber vorausgesetzt werden, dass ihr das Wettbewerbsprinzip als zentraler Vergabegrundsatz geläufig ist. Wie bereits erwähnt, musste sie mit den wichtigsten Regeln des Vergaberechts vertraut sein. Ebenfalls musste ihr bekannt sein, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgt. Aus der Wertungsmatrix war auch für einen durchschnittlichen Bieter ableitbar, dass bereits geringfügige Preisunterschiede zwischen den Angeboten zu deutlich überproportionalen Punktabstufungen führen (insoweit auch zur Rügepräklusion andere Sachlage als OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.04.2018 VII Verg 35/14 und vom 02.05.2018, Verg 3/18). So konnte bereits ein Preisunterschied von nur einem Cent zu einem Punktunterschied von vier Punkten (von insgesamt 40 maximal zu erreichenden Punkten) führen. Aufgrund dieses Missverhältnisses musste sich der Antragstellerin in rechtlicher Hinsicht der Schluss aufdrängen, dass die Anwendung der Bewertungsmatrix bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nach ihrer Auffassung zu wettbewerbsverzerrenden Ergebnissen führt.

Die Antragstellerin hat hierzu ausgeführt, dass die Potenzierung eines kleinen Wertunterschiedes zu einem größeren Punkteabstand dem Vergaberecht nicht grundsätzlich fremd sei und daher bei einem Bieter nicht den Eindruck eines Vergaberechtsverstößes erwecken müsse. Es sei etwa zulässig, Referenzen in einem Punktesystem zu bewerten und hierbei etwa nach Auftragsvolumen Punkte zu erteilen. Bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung i. S. d. § 127 GWB besteht jedoch eine andere Sachlage. Bei der Prüfung der Eignung betrachtet der Auftraggeber das einzelne Angebot, um darüber zu befinden, ob es im Vergabeverfahren berücksichtigt wird. Dagegen findet bei der Wertung der Zuschlagskriterien eine Gegen-

überstellung der Angebote im Wege des Vergleichs statt. Die abstrakte Eignung eines Bieters ist nur Grundvoraussetzung, aber nicht ausschlaggebendes Kriterium für die Zuschlagerteilung (vgl. Röwekamp, Kus, Portz, Prieß, a.a.O., § 127 GWB, Rn 13).

Bei Anwendung der Matrix würde der Preis außerdem einen höheren Stellenwert erhalten, als ihm durch die grundsätzliche Wichtung 40% Preis zu 60% technische Kriterien nach der Wertungsvorschrift eingeräumt werden sollte. Zwar waren für technische Bewertungskriterien mit insgesamt bis zu 24 Punkten deutlich mehr Punkte als mit dem Bewertungskriterium „Preis“ (max. 16 Punkte) erreichbar. Allerdings könnte ein preislich geringfügig günstigeres Angebot als das wirtschaftlichste Angebot einzustufen sein, auch wenn es unter Umständen bei drei von insgesamt 14 vorgegebenen technischen Unterkriterien einen Punkt schlechter zu beurteilen war. Bei genauerem Hinsehen wird deutlich, dass selbst bei überdurchschnittlicher Erfüllung der technischen Anforderungen nur schwerlich ein Punkterückstand von vier Punkten für das preislich zweitgünstigste Angebot ausgeglichen werden konnte. Diese unproportionale Punktabstufung hätte der Antragstellerin als erfahrene Bieterin auffallen müssen.

Soweit die Antragstellerin sich in ihrem Nachprüfungsantrag gegen die angeblich fehlerhafte Bekanntgabe von Eignungsanforderungen wendete, hält sie an diesem Begehren ausweislich ihres Schriftsatzes vom 07.01.2021 nicht weiter fest.

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 166 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 GWB verzichtet, weil allein aufgrund der Aktenlage die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages erfolgen musste. Eine andere Bewertung hätte sich auch nach der Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht ergeben können.

Der Antragstellerin wurde keine Akteneinsicht gewährt. Sie verfügt bereits über alle Unterlagen, um den Sachverhalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht beurteilen zu können.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten (Gebühren und Auslagen) zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt, mithin die Antragstellerin. Sie ist mit ihrem Begehren nicht durchgedrungen.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 182 Abs. 2 S. 1 GWB. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens.

Als Grundlage für die Bemessung des wirtschaftlichen Wertes (Brutto) dient der Vergabekammer der Angebotspreis der Antragstellerin. Nach der Gebührenformel der Vergabekammer ergibt sich ein Richtwert von XXX Euro inklusive der Mindestgebühr gem. § 182 Abs. 2 S. 1 GWB in Höhe von 2.500,00 Euro sowie XXX Euro für die entstandenen Auslagen. Es besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB hat die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung oder Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen. Der Beigeladenen kann nach § 182 Abs. 4 S. 2 GWB die Erstattung von Aufwendungen zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung verlangen, da dies der Billigkeit entspricht. Sie hat sich bewusst in einen Interessengegensatz zu der Antragstellerin gestellt und sich aktiv mit eigenen Sach- und Rechtsüberlegungen an dem Nachprüfungsverfahren beteiligt. Darüber hinaus hat sie erfolgreich eigene Anträge gestellt.

Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin und für die Beigeladene notwendig (§ 182 Abs. 4 S. 5 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG).

IV.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr XXX, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

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

XXX

XXX