



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az: 3 VK LSA 74/15

Halle, 07.01.2016

§ 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA, § 2 Abs. 1 VOL/A, § 16 Abs. 7 VOL/A, § 9 Abs. 1 Nr. 1 LVG LSA, § 7 Abs. 1 VOL/A, § 3 Abs. 5 a) VOL/A, § 20 VOL/A

- Verstoß gegen das Transparenzgebot und Diskriminierungsverbot
- ungenaue Leistungsbeschreibung
- fehlerhafte Wertung und Gewichtung der Angebote
- fehlerhafte Wahl der Vergabeart
- unzureichende Vergabedokumentation

Die Wichtung der einzelnen Zuschlagskriterien nach dem Benotungssystem ist nicht nachvollziehbar dokumentiert, auch wenn man dem Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum zuspricht. Die Zusammensetzung und inhaltliche Gestaltung der Zuschlagskriterien ist aus der Leistungsbeschreibung nicht erkennbar. Die verbale Beschreibung der Wertung der Angebote kann nicht in einen Kontext zu der Benotung gesetzt werden, da aus der Vergabedokumentation nicht erkennbar wird, welche Kriterien für welche Benotung erforderlich sind.

Gemäß § 3 Abs. 5 a) VOL/A ist eine Freihändige Vergabe zulässig, wenn nach Aufhebung einer Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung eine Wiederholung kein wirtschaftliches Ergebnis verspricht. Voraussetzung ist, dass eine Wiederholung der Ausschreibung nach deren wirksamer Aufhebung kein wirtschaftliches Ergebnis verspricht. Der Auftraggeber muss damit prognostizieren, ob die erneute Ausschreibung ein wirtschaftliches Ergebnis erwarten lässt.

.....
.....

Antragstellerin

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

wegen

der gerügten Vergabeverstöße in der freihändigen Vergabe - Beschaffung eines Doppelfermentersystems – Vergabe-Nr., hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und des ehrenamtlichen Beisitzers beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf Grund der Freihändigen Vergabe zu erteilen.
2. Bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer die Leistung in einem förmlichen Verfahren neu auszuschreiben.
3. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Vergabeportal evergabe-online am 05.10.2015 schrieb die Antragsgegnerin im Wege der öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) die Beschaffung eines Doppelfermentersystems, aus.

Ausgeschrieben war folgende Leistung:

Lieferung und Montage eines voll funktionsfähigen Doppelfermentersystems wie folgt:

Zwei unabhängig voneinander autoklavierbare 5-Liter-Rührkesselreaktoren (Arbeitsvolumen 1,5 - 3,5 Liter) mit allen notwendigen Anschlüssen und Zubehör für die sterile Mikroorganismenkultivierung; mit Massendurchflussreglern (Gasmischsystem), Ringsparger und Wandstrombecher; Zweifachsystem mit minimalem Platzbedarf; (1 Steuerungseinheit, 2 Glaskessel); Messung und Regelung von Temperatur, ph-Wert, Gelöst-Sauerstoff, Schaum/Füllstand, Rührerdrehzahl, Airflow und zusätzlich Redox-Potential.

Nebenangebote waren nicht zugelassen.

Als Mindestbedingung gemäß Ziffer 9 der öffentlichen Bekanntmachen (Unterlagen zur Beurteilung der Eignung des Bewerbers) war die Bewerbererklärung des Landes Sachsen-Anhalt genannt.

Zuschlagskriterien waren wie folgt bekanntgegeben: Gemäß Bewertungsmatrix

1. Funktionalität 25%
2. Autoklavierbarkeit 20%
3. Kompatibilität 15 %
4. Preis 15%
5. Langzeitsupport 15 %
6. Platzbedarf 5 %
7. Bedienbarkeit 5 %

Als sonstige Angaben gemäß Ziffer 13 der öffentlichen Bekanntmachung verlangte der Antragsgegner folgende Unterlagen:

Folgende Formblätter sind zu unterzeichnen und mit dem Angebot zurückzusenden. (Formblätter liegen der Ausschreibung bei)

- Erklärung zur Tariftreue
- Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen
- Erklärung zum Nachunternehmereinsatz
- Ergänzende Vertragsbedingungen

Nach der ersten Angebotseröffnung am 21. Oktober 2015, zu der vier Hauptangebote eingegangen waren, hob die Antragsgegnerin die Ausschreibung auf, da keines der Angebote der Leistungsbeschreibung entsprochen habe, und forderte die Bieter im Rahmen einer freihändigen Vergabe zur erneuten Angebotsabgabe auf.

Gemäß Leistungsverzeichnis war ein Doppelfermentationssystem mit folgenden Ausstattungsmerkmalen verlangt:

- Zwei unabhängig voneinander betreibbare autoklavierbare 5-Liter-Rührkesselreaktoren (Arbeitsvolumen 1,5 — 3,5 Liter) mit allen notwendigen Anschlüssen und Zubehör für die sterile Mikroorganismen-Kultivierung
- mit Massendurchflussreglern (Gasmischsystem), Ringsparger und Wandstrombrecher
- Zweifachsystem mit minimalen Platzbedarf (1 Steuerungseinheit, 2 Glaskessel)
- Messung und Regelung von Temperatur, pH-Wert, Gelöst-Sauerstoff, Schaum/Füllstand, Rührerdrehzahl, Airflow (Kaskadenregelungen)
- Zusätzlich Messung des Redox-Potentials
- 5 Pumpen pro Reaktor (Acid, Base, Antifoam, Feed, Harvest), entsprechende Ports im Deckel;
- inklusive autoklavierbaren Schläuchen und Vorratsflaschen sowie Schlauchklemmen
- Gefäßwaagen für gewichtsbasierte Dosierungen
- Ernterohr mit Probenahmesysteme für Bakterien/ Hefen und zusätzlich zwei Pilzprobenahmerohre (Innen-Durchmesser 8-10 mm)
- Integrierte Heizung, Kühlwasserregelventil und Zirkulationspumpe, zusätzlich separater Umlaufkühler
- Abgas-Analysesystem für zwei Bioreaktoren für den aeroben Betrieb
- Trenddisplays
- Bioprozesssoftware
- Installation und Schulung vor Ort

Das Angebot solle außerdem die Kosten für Verpackung, Lieferung, Installation, Aufstellungsprüfung, Inbetriebnahme und Unterweisung enthalten. Die Lieferung umfasst den Transport sowie eine vollständige Installation aller Komponenten in anwendungsbereitem Zustand mit entsprechender Einweisung (siehe Punkt Aufbau).

Zur Angebotseröffnung am 16. November 2015 lagen vier Hauptangebote vor.

Die Prüfung und Wertung der Angebote ist im Vermerk der Antragsgegnerin vom 18. November 2015 dokumentiert.

Die Bewertung der Angebote sei anhand der Wertungskriterien erfolgt. Die detaillierte Wichtung der Kriterien ergab sich aus einer tabellarischen Übersicht. Hieraus ist eine Bewertung der Angebote mit Noten von 0 (schlecht) bis 5 (hervorragend) erkennbar.

An der Bewertung der Angebote waren 8 Leiter bzw. Mitarbeiter der Arbeitsbereiche Bioprozesstechnik und Bioverfahrenstechnik beteiligt.

Auf Grund der Wertung erreichte das Angebot der Antragstellerin mit 3,6 von 5 Punkten Rang 3 in der Wertung.

Die Antragsgegnerin führt zum Angebot der Antragstellerin aus, dass sie die geforderten 5-Liter-Gefäße mit einer gemeinsamen Steuereinheit und allen Systemausstattungen, die in der Leistungsbeschreibung genannt seien, anbiete. Sie nutze baugleiche Kessel wie andere Hersteller, was einen Kompatibilitätsvorteil gegenüber Vergleichsanbietern darstelle. Allerdings biete sie nur ein einzelnes Abgasmesssystem mit Multiplexer an, das intervallmäßig zwischen den beiden Fermentoren umschalte. Die Systeme mit Multiplexern seien preisgünstiger, weil sie nur ein Abgasmesssystem beinhalten würden. Sie könnten aber durch die unterbrochene Kopplung und notwendige Spülzeiten wesentlich weniger Messdaten aufnehmen und seien störanfälliger. Die Leistungsfähigkeit sei demnach geringer als bei doppelten Abgasmesssystemen. Die Antragstellerin biete des Weiteren nur einen Messbereich für CO₂ von 0 – 25 v.H. an, was zwar der Leistungsbeschreibung entspreche, aber im unteren Messbereich weniger genau sei als der von einem anderen Bieter zusätzlich angebotene kleinere Messbereich (0 – 10 v.H.)

Beim Angebot der Antragstellerin sei die Bioprozesssoftware lediglich im Steuerdisplay enthalten, was die Flexibilität und Übersichtlichkeit einschränke. Möglichkeiten der direkten Datenauswertung und Rezeptsteuerung seien nicht erwähnt. Stattdessen würde die Kopplung mit der an der Hochschule bisher genutzten älteren MFCS-Version vorgeschlagen. Dies sei aber nicht möglich, weil dieses System nicht mehr über ausreichende Kapazitäten verfüge und veraltet sei.

Die Antragstellerin biete zwar eine 3jährige Garantie an, aber nicht, wie andere Firmen, eine zusätzliche kostenfreie jährliche Wartung im Garantiezeitraum. Außerdem sei im Angebot kein Ersatzteilkits enthalten, so dass vermutlich deutlich früher Folgekosten zur Systemwartung anfallen würden als bei Vergleichssystemen.

Sie biete demnach ein solides Fermentationssystem an, dass mit 3,6 von 5 Punkten auf Platz 3 in der Bewertungsmatrix rangiere. Trotz des Vorteils der Kompatibilität zu vorhandenen Systemen und des niedrigen Preises sei die Bewertung schlechter, was im Wesentlichen auf die geringere allgemeine Funktionalität und den deutlich geringen Leistungsumfang der Bioprozesssoftware zurückzuführen sei.

Im Absageschreiben vom 20. November 2015 teilt die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Sie biete zwar ein solides Fermentationssystem an, das mit 3,6 von 5 Punkten auf Platz 3 der Bewertungsmatrix rangiert und den Vorteil der Kompatibilität zu vorhandenen Systemen biete, jedoch Nachteile in der Funktionalität u.ä. aufweise durch weniger Messdaten aufgrund eines einzelnen Abgasmesssystems mit Multiplexer. Die Bioprozesssoftware sei ebenfalls lediglich im Steuerdisplay enthalten.

Gegen dieses Schreiben wendet sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. November 2015 und führt zu den Gründen des Absageschreibens aus, dass in den

Ausschreibungsunterlagen die Abgasmessung als Analysesystem für zwei Bioreaktoren für den aeroben Betrieb verlangt gewesen sei. Per Multiplexer verschaltete einfach installierte Sensoren würden diese Spezifikation in vollem Umfang erfüllen. Eine Parallelinstallation der Gassensoren für eine kontinuierliche Messung beider Gefäße sei als Option zubuchbar.

Auf die Bioprozesssoftware des angebotenen Systems bestehe von jeglichem sich in derselben Netzwerkkumgebung befindlichen Computern operativer Vollzugriff – betriebssystemunabhängig, geräteunabhängig, kostenfrei. Das alleinige physische Vorhandensein der Software im Display stelle keinen ausschreibungsrelevanten Nachteil dar und sei tiefer zu begründen. Die Antragstellerin bittet um nähere Begründung der mit „u.a.“ umschriebenen Nachteile.

Mit Schreiben vom 27. November 2015 beanstandet die Antragstellerin das Vergabeverfahren und weist darauf hin, dass eine Abgasmessung ausgeschlossen gewesen sei, nicht zwei. Es gäbe keine Forderungen des Leistungsverzeichnisses zum Messbereich. Es dürfe keine nachträgliche Kompatibilität zu Windows2000 gefordert werden, zudem sei zuvor die Kompatibilität des Angebotes positiv bewertet worden. Die von Mitbewerbern zusätzlich angebotenen Leistungen hätten in der Ausschreibung deutlich gemacht werden müssen. Die Argumente hinsichtlich der Sensorenlänge und Pumpentechnik seien ebenfalls nicht tragend, da dies in der Ausschreibung nicht gefordert gewesen sei.

Die Antragstellerin beantragt,

die korrekte Wertung ihres Angebotes und Untersagung des Zuschlags auf das ranghöchste Angebot.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin als unbegründet zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin legt mit Schreiben vom 23. November 2015 dar, dass die Bewertung der Angebote jeweils durch eine 8-köpfige Fachjury der Antragsgegnerin einschließlich der beiden beteiligten Lehrstuhlinhaber erfolgt sei. Die Mitglieder hätten die Angebote nacheinander zur unabhängigen Bewertung erhalten und folgend ausführlich diskutiert.

Entsprechend der Entscheidung der Fachjury sei das Angebot der Antragstellerin als gut bis sehr gut eingestuft worden, jedoch würden andere Mitbewerber die gestellten Kriterien in Bezug auf die Anwendbarkeit, Flexibilität bei den örtlichen Gegebenheiten sowie für die vielseitigen Forschungsinhalte der Antragsgegnerin in einer noch besseren Form erfüllen.

Zu den konkreten Gründen der Absage führt die Antragsgegnerin aus, dass sie bereits über Multiplex-Abgasmessungen verfüge. Aufgrund der Erfahrungen sei von der Fachjury entschieden worden, auf ein weiteres System dieser Art zu verzichten und stattdessen eine direkte ununterbrochene Messung beider Bioreaktoren zu präferieren. Die unterbrechungsfreie Aufzeichnung sei besonders bei Hochzelllichtfermentationen (Hefen) mit CO₂-gesteuerter Feeding-Strategie erforderlich. Insbesondere gelte dies, wenn die Produktionsraten für CO₂ in beiden Behältern sehr unterschiedlich seien. Weiterhin werde durch die Redundanz das Ausfallrisiko (Wartung, Defekte, Fehlmessungen) reduziert.

In diesem Zusammenhang sei der Messbereich von 10 Vol.-% CO₂-Konzentration im Abgasstrom seitens der Fachjury für den speziellen Fall der Hochzelllichtfermentationen als zu gering eingestuft worden. In bisherigen Fermentationen wurden bereits über 25 Vol.-%, CO₂ im Abgas erreicht. Der angebotene Messbereich von 0 bis 10 Vol.-% CO₂ sei für einen Einsatz bei Pilzfermentationen ideal. Insgesamt sei allerdings durch die niedrige

Messbereichsgrenze die Funktionalität in dem geplanten breiten Einsatzbereich eingeschränkt.

Nachträgliche Änderungen des Angebotes bezüglich der Abgasmessung könnten nicht mehr berücksichtigt werden.

Bezüglich der Bioprozesssoftware legt die Antragsgegnerin dar, dass von der Fachjury prinzipiell die Beschaffung einer möglichst umfangreich ausgestatteten Bioprozesssoftware (mit Datenerfassung, Prozessvisualisierung, übergeordneter Prozesskontrolle inclusive rezeptbasierter Prozess-Steuerung, Prozessdaten-Auswertung und Netzwerkfunktionalität) präferiert werde. Weitere Installationen seitens der Anwender oder ggf. Veränderungen an der Rechner-Hardware oder Netzwerklogistik nach der eigentlichen Ausschreibung sollten vermieden werden, da hierfür auch keine finanziellen Mittel zur Verfügung stünden.

Es sei außerdem beabsichtigt, in die neue externe Software vorhandene und zukünftig zu beschaffende Bioreaktoren zu integrieren. Die Daten sollten vom Prozesscontroller unabhängig gespeichert und bearbeitet werden können. Das Angebot der Antragstellerin umfasse nur die Vorbereitung des Systems für einen OPC-Datenaustausch mit MFCS. Es solle jedoch das im Labor der Antragsgegnerin vorhandene MFCS durch eine neue Software im Rahmen der Ausschreibung ersetzt werden. Das vorhandene MFCS benötige Windows 2000 und sei daher nicht kompatibel mit aktuellen PC-Systemen, was zu umfangreichen Problemen führe. In den Angeboten anderer Mitbewerber seien entsprechende Möglichkeiten (Update oder komplett neue Softwaresysteme) angeboten, die stets eine Integration weiterer Bioreaktoren vorsehen würden. Ein "operativer Vollzugriff", wie von der Antragstellerin angeboten, sei daher nicht ausreichend.

Weiterhin sei die Installation einer Bioprozesssoftware auf einem externen PC nicht Teil des Angebotes. Die Fachjury habe sich letztendlich für ein MFCS gesteuertes System entschieden, da zum einen der Funktionsumfang der Bioprozesssoftware überzeuge und zum anderen die Studenten bereits im Praktikum und bei Forschungsarbeiten gängige Systeme, die in der Biotechnologie und Pharmaindustrie genutzt würden, kennenlernen sollten.

Im Übrigen seien Unterschiede zu anderen Anbietern in der Länge der angebotenen Sensoren festgestellt worden. Sensoren mit der Länge 220 mm seien als möglicherweise zu kurz eingestuft worden, da sie ggf. den Bodenraum der Bioreaktoren nicht erreichen würden und daher für Versuche mit häufiger Probenahme oder Teil-Medienwechsel nicht geeignet seien. Da im Angebot die genauen Kesselmaße nicht genannt seien, könne dies nicht genau überprüft werden. Standardmäßig würden beim Antragsgegner in 5-Liter-Kesseln mit einem Nutzvolumen von 3,5 Litern Sensoren der Baulänge 325 mm eingesetzt.

Laut Angebot der Antragstellerin seien je Bioreaktor 5 Pumpen (analog & digital) installiert. Aufgrund der Konfiguration entspreche dies den Anforderungen der Ausschreibung. Mitbewerber würden jedoch mindestens 1 bzw. 2 externe Pumpen je Bioreaktor (in Summe 2 bis 4 externe Pumpen) anbieten und würden so ein flexibleres Arbeiten auch in der Peripherie der Bioreaktoren ermöglichen. Dies sei durch die Fachjury entsprechend positiver bewertet worden.

Zusammenfassend sei das Angebot der Antragstellerin durch die Fachjury bezüglich der genannten Kriterien der Bewertungsmatrix mit gut bis sehr gut bewertet worden.

Detaillösungen für einige der Kriterien würden jedoch die Flexibilität bei zukünftigen Arbeiten mit diesem System reduzieren.

Zwei Mitbewerber würden die Kriterien besser erfüllen oder die Anforderungen zum Vorteil der Antragsgegnerin übertreffen, ohne jedoch das vorhandene Budget der Antragsgegnerin für die Beschaffung des Systems zu überschreiten.

Mit Schreiben vom 3. Dezember 2015, eingegangen am 3. Dezember 2015, stellte die Antragsgegnerin die Vergabeakten der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt zu und verwies darauf, dass sie der Beanstandung der Antragstellerin nicht abhelfen werde.

Sie ergänzte, dass die Antragstellerin zu verpflichten sei, die angeblichen Vergaberechtsverstöße konkret zu benennen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Gemäß § 19 Abs. 3 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA vom 19. November 2012, veröffentlicht im GVBl. LSA Nr. 23/2012, ausgegeben am 30.11.2012) ist die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Die Antragsgegnerin ist Öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 1 LVG LSA.

Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 50.000 Euro für die Vergabe von Leistungen nach § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am betreffenden Auftrag hinreichend bekundet.

Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Verstöße gegen die Vergabevorschriften im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA gerügt. Hierzu reicht eine Beanstandung innerhalb der Frist von sieben Kalendertagen nach Abgang des Informationsschreibens durch den Auftraggeber aus. Bezüglich des Hinweises der Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin die Vergaberechtsverstöße nicht benannt habe, wird auf den Sachvortrag der Antragstellerin vom 23. und 27. November 2015 (Bestandteil der Vergabeakte) verwiesen.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 4 LVG LSA geltend machen kann.

Die Wertung und Gewichtung der Angebote durch die Antragsgegnerin verstößt gegen das Transparenzgebot und Diskriminierungsverbot des § 2 Abs. 1 VOL/A, gegen § 16 Abs. 7 VOL/A sowie gegen § 9 Abs. 1 Nr. 1 LVG LSA.

Gemäß § 2 Abs. 1 VOL/A werden Aufträge im Wege transparenter Vergabeverfahren an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmen zu angemessenen Preisen vergeben. Dabei darf kein Unternehmen diskriminiert werden.

Gemäß § 16 Abs. 7 VOL/A berücksichtigen die Auftraggeber bei der Wertung der Angebote vollständig und ausschließlich die Kriterien, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind.

Nach § 9 Abs. 1 LVG LSA kann der öffentliche Auftraggeber zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, wenn diese in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen angegeben werden.

In der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen waren die Zuschlagskriterien wie folgt angegeben:

1. Funktionalität 25%
2. Autoklavierbarkeit 20%
3. Kompatibilität 15 %
4. Preis 15%
5. Langzeitsupport 15 %
6. Platzbedarf 5 %
7. Bedienbarkeit 5 %

Eine weitere Beschreibung der Kriterien sowie die Vornahme der Wertung durch ein Punktesystem waren aus den Vergabeunterlagen nicht erkennbar.

Aus der Vergabedokumentation ergibt sich insbesondere nicht, wonach die Fachjury die Benotung der einzelnen Kriterien vorgenommen hat. Sie hat teilweise vergleichend gewertet, wobei nicht erkennbar wird, welchen Umfang ein Angebot haben muss, um volle Punktzahl zu erhalten.

Insofern verstößt bereits das Leistungsverzeichnis gegen § 7 Abs. 1 VOL/A. Es ist bereits die Leistungsbeschreibung als solche sehr ungenau und lässt den Bietern viel Spielraum bei der Erstellung der Angebote, ohne dass aus der Leistungsbeschreibung erkennbar wird, worauf die Antragsgegnerin genauen Wert legt.

In diesem Zusammenhang verstößt es gegen das Transparenzgebot, wenn die Antragsgegnerin die Anforderungen der Leistungsbeschreibung nachträglich zu Lasten einzelner Bieter konkretisiert. So lässt die Antragsgegnerin in der Leistungsbeschreibung Multiplex-Abgasmessungen zu, im Rahmen der Wertung entscheidet sie jedoch nachträglich „aufgrund von Erfahrungen“, auf ein weiteres System dieser Art zu verzichten und stattdessen eine direkte ununterbrochene Messung beider Bioreaktoren zu präferieren. Dies hätte sie bereits in der Leistungsbeschreibung fordern müssen. Auch die Entscheidung der Antragsgegnerin, den Messbereich von 10 Vol.-% CO₂-Konzentration im Abgasstrom als zu gering einzustufen, darf nicht nachträglich getroffen werden, wenn die Leistungsbeschreibung dies nicht hergibt.

Die Antragsgegnerin stellte im Rahmen der Wertung fest, dass das Angebot der Antragstellerin vollumfänglich der Leistungsbeschreibung entspreche, bewertet im Rahmen der Zuschlagskriterien jedoch abwertend die Verwendung des einzelnen Abgasmesssystems, während andere Bieter mit einem doppelten Abgasmesssystem besser benotet wurden, obwohl die Antragsgegnerin dies in der Leistungsbeschreibung nicht gefordert hatte. Gleiches gilt für die verwendete Software, die Pumpeninstallation, die Lieferung eines Ersatzteilkits, die Länge bestimmter Sensoren. Hierbei handelt es sich ausschließlich um technische Parameter, die die Antragsgegnerin in der Leistungsbeschreibung hätte angeben müssen, um die Bieter in die Lage zu versetzen, ihr Angebot so zu kalkulieren und auszugestalten, dass es den gewünschten Anforderungen der Antragsgegnerin auch genau entspricht.

Die Wichtung der einzelnen Zuschlagskriterien nach dem Benotungssystem ist nicht nachvollziehbar dokumentiert, auch wenn man der Antragsgegnerin einen Beurteilungsspielraum zuspricht. Die Zusammensetzung und inhaltliche Gestaltung der Zuschlagskriterien ist aus der Leistungsbeschreibung nicht erkennbar. Die verbale Beschreibung der Wertung der Angebote kann nicht in einen Kontext zu der Benotung

gesetzt werden, da aus der Vergabedokumentation nicht erkennbar wird, welche Kriterien für welche Benotung erforderlich sind.

Aus der Wertung wird ersichtlich, dass die höchsten Punktzahlen für Angebotsinhalte vergeben werden, die die Leistungsbeschreibung übertreffen. Dies war jedoch aus der Leistungsbeschreibung selbst für die Bieter nicht erkennbar und auch nicht vorhersehbar.

Die Antragsgegnerin hat hier technische Details, die sie in der Leistungsbeschreibung hätte angeben müssen, in die Zuschlagskriterien verschoben, um daraus eine Wertung der Angebote dahingehend vorzunehmen, die in dieser Form weder von den Bietern noch von der Nachprüfungsinstanz nachvollzogen werden kann und die Gefahr birgt, je nach Angebotslage die Punkte ergebnisorientiert vergeben zu können. In diesem Fall erfolgte eine Abwertung anhand von Details, die der Bieter mit der höchsten Punktzahl über die Leistungsbeschreibung hinaus angeboten hat, die aber jeder Bieter hätte anbieten können, wenn es aus der Leistungsbeschreibung erkennbar gewesen wäre.

Um des Transparenzgebots willen muss vorab klar sein, wie die Vergabestelle die Zuschlagskriterien bewertet. Der Antragsgegnerin war es durchaus möglich, ihr Leistungsverzeichnis so genau zu gestalten, dass alle Bieter in die Lage versetzt werden, die Leistung so detailliert anbieten zu können, wie es die Antragsgegnerin verlangte, ohne die Leistungsdetails in die nur begrenzt nachprüfaren Zuschlagskriterien zu verschieben. Dass die Leistung sehr detailliert hätte beschrieben werden können, zeigt sich in der verbalen Wertung der Angebote, denn dort wird detailliert ausgeführt, auf welche technischen Parameter die Antragsgegnerin genauen Wert legt, ohne dass sie dies den Bietern zuvor bekanntgegeben hat.

Darüber hinaus verstößt das streitbefangene Vergabeverfahren gegen § 3 Abs. 5 a) VOL/A.

Gemäß § 3 Abs. 5 a) VOL/A ist eine Freihändige Vergabe zulässig, wenn nach Aufhebung einer Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung eine Wiederholung kein wirtschaftliches Ergebnis verspricht.

Voraussetzung ist, dass eine Wiederholung der Ausschreibung nach deren wirksamer Aufhebung kein wirtschaftliches Ergebnis verspricht. Die Antragsgegnerin muss damit prognostizieren, ob die erneute Ausschreibung ein wirtschaftliches Ergebnis erwarten lässt. Bei dieser Entscheidung hat der Auftraggeber den grundsätzlichen Vorrang der Beschränkten Ausschreibung vor der Freihändigen Vergabe zu beachten.

Die Ausschreibung hier wurde aufgehoben, weil keines der Angebote den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entsprochen habe. Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Angebote nicht wirtschaftlich waren.

In der Vergabedokumentation fehlt jegliche Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 a) VOL/A. Die Antragsgegnerin hat in keiner Weise begründet, aus welchen Gründen kein wirtschaftliches Ergebnis zu erwarten wäre, nachdem die Angebote ausgeschlossen wurden.

Für die Wahl der Freihändigen Vergabe sind die Voraussetzungen weder erfüllt noch durch die Antragsgegnerin dokumentiert, woraus auch ein Verstoß gegen § 20 VOL/A folgt.

Der Vergabestelle ist der Zugang zu dem "nachrangigen" Verfahren der Freihändigen Vergabe ohnehin nur dann ohne weiteres eröffnet, wenn ihr nicht das Scheitern des vorangegangenen - und an sich vorrangigen - Verfahrens zuzurechnen ist (OLG Dresden, B. v. 16.10.2001 - Az.: WVerG 0007/01).

Das Scheitern der vorangegangenen öffentlichen Ausschreibung ist jedoch hier der Antragsgegnerin anzulasten, da die der öffentlichen Ausschreibung zugrunde liegende Leistungsbeschreibung bereits die genannten Mängel aufwies.

Das Vergabeverfahren in Form der Freihändigen Vergabe verstößt gegen § 3 Abs. 5 a VOL/A und § 20 VOL/A und verletzt damit die Antragstellerin in ihren Rechten.

Für die Beseitigung des Rechtsverstoßes ist deshalb – bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht - das Vergabeverfahren in einem förmlichen Verfahren vollständig neu durchzuführen, um die Grundvoraussetzungen des Wettbewerbs und der Transparenz für alle Unternehmen gleichermaßen durchzusetzen.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA. Danach sind keine Kosten zu Lasten des Bieters zu erheben, wenn dieser das Vergabeverfahren zu Recht beanstandet hat.

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Beanstandungen der Antragstellerin gerechtfertigt waren und somit keine Kosten für sie entstehen.

IV.

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

.....

.....