



SACHSEN-ANHALT

Vergabekammer
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 37/00

Halle, 2001-02-13

§ 97 Abs. 1,2 u. 7 GWB i.V.m. §§ 4 u.10 Abs. 3 VOF

- Wertung v. Teilnahmeanträgen
- Anwendung nichtveröff. Wertungskriterien
- Gewichtung der Wertungskriterien
- Gleichbehandlungsgebot/Transparenz

In dem Nachprüfungsverfahren

der

Antragstellerin

gegen

den

Antragsgegner

unter Beiladung

der Bewerberin mbH
Architekten und Ingenieure
.....

Beigeladene zu 1)

der Bewerberin
Aktiengesellschaft
.....

Beigeladene zu 2)

der Bewerberin GmbH
Architekten und Ingenieure
.....

Beigeladene zu 3)

der Bewerberin
Architekten und Ingenieure
.....

Beigeladene zu 4)

der Bewerberin
.....GmbH
.....

Beigeladene zu 5)

wegen

gerügtem Vergabeverstoß zum Auswahlverfahren zur Vergabe von Planungsleistungen für die auf der Grundlage der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle aufgrund der mündlichen Verhandlung durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Herrn Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtfrau Katzsch und dem ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Beschwerde wird stattgegeben.
2. Die Wertung ist entsprechend den veröffentlichten Wertungskriterien neu durchzuführen, dabei ist darauf zu achten, dass Kriterien nur einmal gewichtet werden. Insbesondere das Kriterium der Erfahrungen mit Berufsschulbauten darf nicht noch einmal für eine gesonderte, isolierte Auswahlentscheidung herangezogen werden.
3. Erfüllt kein Bewerber die bekannt gemachten Kriterien, so ist das Vergabeverfahren beginnend mit der Bekanntmachung zu wiederholen.
4. Die Kosten des Verfahrens tragen der Antragsgegner und die Beigeladenen zu gleichen Teilen.
5. Die Gesamtkosten werden auf DM festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner hat im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft die Vergabe eines Auftrages zur Erbringung von Planungsleistungen für die..... im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens nach § 101 Abs. 1 und 4 GWB, § 5 VOF veröffentlicht. Die Absendung der Bekanntmachung erfolgte am 07.07.2000.

In der Bekanntmachung zum Verhandlungsverfahren hieß es u.a. in Ziffer 2 zu Art und Umfang der Dienstleistungen:

"Grundsaniierung und Erweiterung der Berufsbildenden Schulen - Planungsleistungen für den Abbruch vorhandener Gebäude, die Sanierung von Altbauten und Planungsleistungen für einen Ersatzneubau. Objektplanung, Tragwerksplanung, Freianlagenplanung, Technische Ausrüstung, Thermische Bauphysik, Schallschutz und Raumakustik."

Weiterhin wurde unter Ziffer 4 Buchst. a) auf die Teilnahmevoraussetzungen verwiesen. Danach waren alle natürlichen Personen, die gemäß Rechtsvorschriften ihres Heimatstaates zur Führung der Berufsbezeichnung Architekt berechtigt sind, zum Wettbewerb zugelassen. Falls in dem jeweiligen Heimatstaat die Berufsbezeichnung gesetzlich nicht geregelt ist, so erfüllt die fachlichen Anforderungen, wer über ein Diplom, Prüfungszeugnis oder sonstigen Befähigungsnachweis in der jeweiligen Fachrichtung verfügt, dessen Anerkennung nach der Richtlinie 85/384/EWG vom 10.06.1985 bzw. der Richtlinie 89/48/EWG vom 21.12.1988 gewährleistet ist. Nach Ziffer 4 Buchst. c) hatten juristische Personen, zu deren satzungsgemäßem Geschäftszweck Planungsleistungen gehören, die der Aufgabenstellung entsprechen, die Namen und die berufliche Qualifikation der Personen anzugeben, die für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen verantwortlich sein sollen.

Ferner wurde von den Bewerbern der Nachweis einer Haftpflichtversicherung - Personenschäden 2 Mio. DM und Sachschäden 1 Mio. DM - gefordert (vgl. Ziffer 11). Die Eignung

sollten die Bewerber gemäß § 12 Abs. 1 Buchst. a) bis c) und Abs. 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 Buchst. a) bis h) VOF nachweisen. Die Sicherstellung einer kurzfristigen Erreichbarkeit für den Auftraggeber der unter den Ziffer 4 Buchst. a) und c) genannten Personen war ebenfalls darzustellen. Die Dienstleistungserbringer wurden auf die Ausschlusskriterien nach § 11 Buchst. a) bis e) VOF hingewiesen.

Das Auswahlverfahren wurde in drei Stufen durchgeführt.

In der ersten Stufe erfolgte eine Bewertung der Bewerbungen nach einem Punktesystem durch vier verschiedene Mitarbeiter des Sachgebietes Hoch- und Tiefbau. Das Punktesystem setzte sich wie folgt zusammen:

1.	Bearbeitung vergleichbarer Objekte Berufsschulen vergleichbarer Größenordnung Schulen vergleichbarer Größenordnung andere Objekte vergl. Größenordnung Objekte geringerer Größenordnung Bearbeitung von EFH ect. ohne Nachweise	10 8 6 4 2 0
2.	Personelle Besetzung ab 10 Mitarbeiter ab 8 Mitarbeiter ab 6 Mitarbeiter ab 4 Mitarbeiter ab 2 Mitarbeiter bis 2 Mitarbeiter	5 4 3 2 1 0
3.	Ang. der Personen, die das Obj. bearbeiten Qualifikation nachgewiesen Qualifikation nicht nachgewiesen bzw. nicht benannt	2 0
4.	Technische Ausstattung ab 8 CAD-Arbeitsplätze ab 6 CAD-Arbeitsplätze ab 4 CAD-Arbeitsplätze ab 3 CAD-Arbeitsplätze bis 3 CAD-Arbeitsplätze ohne CAD-Arbeitsplätze, ohne Angabe	5 4 3 2 1 0
5.	Zuverlässigkeit bzgl. Termintreue und Kosteneinhaltung keine Termin- bzw. Kostenüberschreitung geringe Termin- bzw. Kostenüberschreitung erhebliche Termin- bzw. Kostenüberschreitung keine Angaben	5 3 1 0
6.	Kurzfristige Erreichbarkeit des AN bis 50 km Entfernung bis 150 km Entfernung bis 300 km Entfernung bis 500 km Entfernung über 500 km Entfernung	5 4 3 2 1
7.	Durchschnittlicher Jahresumsatz in den letzten 3 Geschäftsjahren über 3 Mio. DM oder 30 Mio. DM Bauleistungen über 2 Mio. DM oder 20 Mio. DM Bauleistungen über 1 Mio. DM oder 10 Mio. DM Bauleistungen	5 4 3

	über 0,5Mio. DM oder 5 Mio. DM Bauleistungen	2
	unter 0,5 Mio. DM oder 5 Mio. DM Bauleistungen	1
	keine Angaben	0
8.	Nachweis der Haftpflichtversicherung	
	über der Forderung	3
	entsprechend der Forderung	2
	unter der Forderung	1
	keine Angaben	0
9.	Kammermitgliedschaft	
	nachgewiesen	2
	nicht nachgewiesen	0
10.	Bescheinigung der Krankenkasse	
	nachgewiesen	2
	nicht nachgewiesen	0
11.	Bescheinigung des Finanzamtes	
	nachgewiesen	2
	nicht nachgewiesen	0

In der zweiten Stufe der Auswertung wurden alle Bewerber ermittelt, welche im arithmetischen Mittel aller Wertungskriterien der ersten Wertungsstufe mehr als 44 Punkte erhalten haben oder von mindestens einem der Mitarbeiter mit 10 Punkten auf das Wertungskriterium 1 bewertet wurden.

In der dritten Stufe wurden die ausgewählten Bewerbungen einer nochmaligen Prüfung unterzogen. Diese Prüfung wurde vorgenommen, um Differenzen aus der ersten Auswertung festzustellen und Fehlbeurteilungen auszuschließen. Eine Korrektur der ursprünglichen Wertungslisten erfolgte aus Transparenzgründen nicht. 16 Bewerber wurden als geeignet eingestuft. Aus diesen wurden nunmehr 5 Bewerber für eine Teilnahme am Verhandlungsverfahren ausgewählt. Hierbei handelt es sich um die Beigeladenen. Die Antragstellerin war mit 40 Punkten nicht darunter, während ein Bewerber mit niedrigerer Punktezahl aufgenommen wurde.

Mit Fax-Schreiben vom 06.11.2000 hat sich die Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber gegen den Ausschluss ihrer Bewerbung gewandt. Im Einzelnen beanstandete sie unter Bezugnahme auf ein Schreiben des Auftraggebers vom 03.11.2000 die angewandten Auswahlkriterien. Weder der spezifische Anspruch, Berufsschulen über alle Leistungsphasen bereits geplant haben zu müssen, noch der Wertumfang der geplanten Baumaßnahme seien in der Bekanntmachung als Kriterien benannt. Ein Ausschluss aus diesen Gründen sei daher rechtswidrig. Auf dieses Schreiben reagierte der Antragsgegner bis zum 16.11.2000 nicht.

Mit Schreiben vom 17.11.2000 stellte die Antragstellerin bei der Vergabekammer einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sinngemäß trägt sie vor, dass sie in ihren Rechten verletzt sei, da der Auftraggeber gegen vergaberechtliche Bestimmungen durch die Anwendung nicht veröffentlichter Wertungskriterien verstoße.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wurde dem Auftraggeber am 17.11.2000 zugestellt.

Die Beschwerdeführerin rügt, dass ihr durch die nicht korrekte Wertung der Bewerbungsunterlagen ein Schaden zu entstehen drohe und sie somit in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt sei.

Zur Begründung führt sie aus, dass die Auswahl der Bewerber, welche zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren aufgefordert worden seien, nicht nach den bekannt gegebenen Kriterien erfolgt sei. Die Verstöße lägen im wesentlichen in der Anwendung von Kriterien für die Prüfung der Bewerber hinsichtlich ihrer Eignung, wie:

- Bewertung der Eignung bezüglich ausgewiesener Referenzobjekte,
- Ausführung gleichartiger Leistungen mit gleichem oder ähnlichem Wertumfang,
- Nachweis bezüglich der Abgaben an die Krankenkassen
- und Einbeziehung von juristischen Personen entgegen der Bekanntmachung.

In der Bekanntmachung vom 14.07.2000 sei neben den allgemeinen Nachweisen der fachlichen Eignung im Sinne von § 13 VOF lediglich ein auftragsspezifisches Eignungskriterium – kurzfristige Erreichbarkeit - benannt worden.

Die abgeforderten allgemeinen Eignungsnachweise im Sinne von § 13 Abs. 2 b) VOF ließen eine Ausrichtung der Bewerberprüfung auf eine Bewertung "entsprechender Referenzobjekte" insofern nicht zu, als diese Abforderung in der Bekanntmachung nicht veröffentlicht wurde. In den gemäß der Bekanntmachung geforderten Eignungsnachweisen sei mit Verweis auf § 13 VOF nur auf allgemeine Nachweise abgestellt worden. Weder der spezifische Anspruch, Berufsschulbauten über alle Leistungsphasen bereits geplant haben zu müssen, noch der Wertumfang der geplanten Baumaßnahme seien in der Bekanntmachung veröffentlicht worden.

Im Übrigen seien die Erfahrungen bei Berufsschulbauten mit einem so hohen Gewicht bewertet worden, dass alle übrigen Eignungskriterien damit entwertet würden. Dies verdeutliche besonders die 2. Stufe des Auswahlverfahrens.

Die massive Gewichtung des nicht bekannt gemachten Auswahlkriteriums führe dazu, dass mindestens 2 der zur Verhandlung eingeladenen Bewerber in der Summe aller Eignungskriterien im Verhältnis zur Antragstellerin als weniger geeignet zu bewerten seien, aber dennoch favorisiert wurden. Insofern erachte die Antragstellerin das bisherige Auswahlverfahren als unausgewogen und sieht sich in ihren Rechten benachteiligt.

Soweit der Auftraggeber in der Bewertung der Eignung den Maßstab für die nachzuweisenden Rechnungsleistungen bisheriger Planungsleistungen heranzieht, so sei hier festzustellen, dass der Investitionsrahmen in der Bekanntmachung nicht benannt war. Im angewendeten Bewertungsmodell seien von den Bewerbern die Eignungsparameter nur dann erfüllt, wenn ca. das vierfache der Summe an jährlichen Planungsleistungen von ihnen in den vergangenen drei Jahren nachgewiesen werden könnten. Diese seien demzufolge mit der Höchstpunktzahl bewertet worden. Die Verfahrensweise benachteilige kleine Büroorganisationen.

Im Übrigen seien spezifische Eignungsnachweise wie Bescheinigung der Krankenkassen mit der Bekanntmachung nicht gefordert worden. Auch könne die Antragstellerin nicht nachvollziehen, weshalb sie trotz abgegebener Erklärung, dass Ausschlusskriterien nach § 11 VOF nicht vorlägen, einen Punkteabzug erhalten habe.

Sofern der Auftraggeber beabsichtige, juristische Personen in den Wettbewerb einzubeziehen, so widerspreche dies der Bekanntmachung, da gemäß Ziffer 4 a) nur natürliche Personen zugelassen seien. Die Einbeziehung von mindestens 3 juristischen Personen in das Verhandlungsverfahren basiere nicht auf den Vorgaben der Bekanntmachung.

Insofern gehe die Antragstellerin davon aus, dass diese nicht bekannt gemachten Kriterien, die offensichtlich eine entscheidende Rolle bei der Prüfung der Bewerbung gespielt haben, bei der Auswahl nicht zur Anwendung hätten kommen dürfen.

Aufgrund der dargelegten Verstöße gegen vergaberechtliche Bestimmungen im Sinne von § 97 GWB sei der Ausschluss der Antragstellerin aus dem weiteren Verhandlungsverfahren im Hinblick auf die Nichterfüllung nicht bekannt gemachter Eignungskriterien nicht gerechtfertigt.

Sie beantragt daher,

den Antragsgegner anzuweisen, die Wertung nach den tatsächlich bekannt gemachten Kriterien zu wiederholen. Insbesondere soll das Kriterium der Erfahrung im Berufsschulbau keine gesonderte Rolle spielen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

Die Vertreter der Beigeladenen zu 1) bis 5) schließen sich dem Antrag des Antragsgegners an und beantragen ebenfalls,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Antragsgegner vertritt die Auffassung, dass kein Verstoß gegen § 97 Abs. 7 GWB vorläge, da durch ihn die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten worden seien. Sofern die Antragstellerin behauptete, dass für sie bei korrekter Anwendung der Vergaberegeln eine echte Chance zur Beauftragung mit den ausgeschriebenen Planungsleistungen bestünde, so sei nicht erkennbar, auf welche Tatsachen sie diese Behauptung gründe.

Ein gesetzlich festgelegtes Regelwerk für die Auswertung der Teilnahmeanträge sei nicht vorhanden. Die Festlegung der Wertigkeit, der im einzelnen bekannt gemachten Wertungskriterien, obläge dem Auftraggeber. Er bestimme, auf welche Wertungskriterien er seine besondere Aufmerksamkeit richte.

Seine Wertungskriterien seien durch die Regelungen der VOF gedeckt. Daraus folge, dass die Referenzen und damit die in Nr. 12 der Bekanntmachung i.V.m. § 13 Abs. 1 VOF genannten Erfahrungen des Dienstleistungserbringers bei der Auswahl der zum Verhandlungsverfahren aufzufordernden Bewerber eine besondere Rolle spielen.

Nach § 13 Abs. 1 VOF könne die fachliche Eignung von Bewerbern für die Durchführung der Dienstleistung insbesondere aufgrund ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Erfahrung und Zuverlässigkeit beurteilt werden. Nur durch eine differenzierte Betrachtung der Angaben der Bewerber sei eine Auswertung der Bewerbungen überhaupt erst möglich.

Unklar sei, was die Antragstellerin unter allgemeinen Eignungsnachweisen verstehe. Darunter seien nach Ansicht des Auftraggebers beispielsweise die Berufszulassung des Bewerbers entsprechend § 13 Abs. 2a) VOF zu fassen.

Der Nachweis der Eignung durch eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen (Referenzen), die Angabe der Anzahl der Beschäftigten und der Führungskräfte in den letzten drei Jahren sowie die Nennung der technischen Ausstattung seien keine allgemeinen Eignungsnachweise, sondern ließen eine Differenzierung der Bewerbungen zu.

Ein spezifischer Anspruch, dass Berufsschulbauten in allen Leistungsphasen bereits durch den Bewerber ausgeführt worden sein müssen, bestehe nicht. Deshalb seien diese Kriterien auch nicht in den Ausschreibungstext konkret formuliert worden, weil damit von vornherein eine Wettbewerbsbeschränkung verbunden gewesen wäre. Im Vorfeld der Ausschreibung konnte dem Auftraggeber nicht bekannt sein, wieviele Bewerber sich an der Ausschreibung beteiligen und welche Voraussetzungen diese Bewerber mitbringen würden. Es sei den Bewerbern überlassen, auf welche Art und Weise sie ihre fachliche Eignung nachweisen.

Es sei legitim, dass sich der Auftraggeber für die Bewerber entscheide, die bei den vor der Auswertung festgelegten Wertungskriterien entsprechend der Zielstellung der Ausschreibung – nämlich der – die besten Voraussetzungen für eine optimale Ausführung der Dienstleistung bieten.

Die kurzfristige Erreichbarkeit des Auftragnehmers, welche die Antragstellerin als einziges auftragspezifisches Eignungskriterium anführe, sei bei der Bewertung der Bewerbungen durchaus berücksichtigt worden. Allein dieses Kriterium könne jedoch nicht bei der Auswahl der zur Verhandlung aufzufordernden Bewerber ausschlaggebend sein. Die Antragstellerin verwechsle offensichtlich kurzfristige Erreichbarkeit mit Ortsansässigkeit. Eine Bevorzugung ortsansässiger Bewerber würde jedoch einen Vergabeverstoß begründen.

Die Behauptung, dass zur Erreichung der Höchstpunktzahl beim Bewertungskriterium Nr.7 das 4-fache des für die Berufsbildende Schule erforderlichen Planungsumfanges nötig gewesen sei, sei falsch.

Die Antragstellerin gehe offensichtlich davon aus, dass für die Maßnahme Planungsleistungen in Höhe von ca. 0,8 Mio. DM jährlich erforderlich seien.

Nach überschlägiger Berechnung werde jedoch allein für die Leistungsphasen 1-4 (Gebäudeplanung, Freianlagenplanung, Tragwerksplanung und Technische Ausrüstung) eine Bruttosumme von ca. 1,3 – 1,4 Mio. DM für Planungsleistungen benötigt.

Im Umkehrschluss würde dies bedeuten, dass bei einer Erfüllung von 0,8 Mio. DM jährlich eine Bearbeitungszeit von ca. 20 Monaten für die Leistungsphasen 1-4 benötigt würde. Diese Leistungszeit wäre für den Antragsgegner unannehmbar.

Im Gegenteil werde die Erbringung der Leistungsphasen 1-4 durch den Auftragnehmer in einem Zeitrahmen von ca. 4-6 Monaten erwartet. Dies würde bei Hochrechnung eine jährliche Leistung von ca. 3,2 Mio. DM bedeuten, was mit dem Wertungsspiegel durchaus konform gehe.

Die Antragstellerin sollte wissen, dass der Umfang der zu erbringenden Planungsleistungen (alle Leistungsphasen nach HOAI) nicht linear mit dem Bearbeitungszeitraum der Gesamtbaumaßnahme verlaufe.

Im Übrigen seien auch die Bewerber bewertet worden, welche einen geringeren Jahresumsatz nachgewiesen haben, allerdings mit geringerer Punktezahl. Eine Form der Differenzierung müsse gefunden werden, um überhaupt eine Auswertung der Bewerbungen zu ermöglichen.

Im Hinblick auf die Ausschlusskriterien des § 11 VOF könne festgestellt werden, dass der Nachweis in Form eines Schreibens, hier speziell der Krankenkasse(n), als höherwertig eingestuft werde, als die bloße Erklärung eines Bewerbers. Dies sei offenkundig auch von vielen anderen Bewerbern so verstanden worden, da in einer Vielzahl der Bewerbungen diese Nachweise vorhanden waren.

Der Rechtsauffassung der Antragstellerin, dass sich die Vergabebekanntmachung auf natürliche Personen beschränke, könne nicht gefolgt werden.

Der Ausschreibungstext sei entsprechend der Form und Nummerierung des Anhangs II VOF – B Verhandlungsverfahren – erstellt.

Es sei zwar richtig, dass in Ziffer 4a) nur natürliche Personen genannt sind, jedoch ergäbe sich aus dem Gesamtzusammenhang der Ziffer 4 zweifelsfrei, dass auch juristische Personen am Wettbewerb teilnehmen könnten.

Es wäre widersinnig, wenn der Antragsgegner einerseits juristische Personen vom Wettbewerb ausschließen wollte und andererseits gleichzeitig Kriterien nenne, die juristische Personen bei der Wettbewerbsteilnahme erfüllen müssen.

In Bezug auf weitere Einzelheiten wird auf die wechselseitig ausgetauschten Schriftsätze und das Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 13.02.2001 sowie auf die Vergabeakten, die der Kammer vorgelegen haben, verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig.

Die angerufene Vergabekammer ist für das vorliegende Verfahren zuständig. Die Zuständigkeit zur Überprüfung der Vergabebeschwerde durch die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB i.V.m. dem Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie - Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt - vom 04.03.1999-63-32570/03, Abschnitt II Abs. 1 und 2.

Die Vorschriften der §§ 97 ff. GWB sind anwendbar, da das Vergabeverfahren einen Dienstleistungsauftrag i.S. des § 99 Abs. 4 GWB betrifft, dessen geschätzter Wert nach Rücksprache beim Antragsgegner ca. 3,8 Mio. DM beträgt und damit den nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 i.d.F. der Richtlinie 97/52/EG des Rates vom 13. Oktober 1997 relevanten Schwellenwert von 200.000 ECU überschreitet.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB befugt einen Antrag zu stellen. Sie hat mit der termingerechten Abgabe der Antragsunterlagen ihr offensichtliches Interesse an dem beabsichtigten Verhandlungsverfahren bekundet und geltend gemacht, dass sie durch Verstöße von Vergabevorschriften in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB dahingehend verletzt sei, dass Kriterien in das Auswahlverfahren aufgenommen wurden, die nicht veröffentlicht waren.

Die Antragstellerin hat den Verstoß gegen das Auswahlverfahren gerügt, indem sie mit Nachdruck den Antragsgegner darauf verwies, dass der Ausschluss ihres Antrages aufgrund von nicht veröffentlichten Kriterien rechtswidrig sei und das Auswahlverfahren nicht entsprechend der Bekanntmachung erfolge.

Die Beschwerde ist auch begründet.

Die Antragstellerin wurde in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt, da der Antragsgegner gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB, § 4 VOF) verstoßen hat, indem er

1. Kriterien in die Wertung aufnahm, die nicht veröffentlicht worden sind,
2. nicht alle veröffentlichten Kriterien in die Wertung hat einfließen lassen,
3. nicht ordnungsgemäß zwischen den vorgelegten und nichtvorgelegten Nachweisen unterschied und
4. im Rahmen der Gesamtwertung die Gewichtung der einzelnen Kriterien modifizierte.

§ 97 Abs. 2 GWB sieht vor, dass alle Bewerber an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind. Zur Gewährleistung dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es erforderlich, alle entscheidungsrelevanten Kriterien im Rahmen der Bekanntmachung für die Bewerber transparent zu machen.

Soweit der Antragsgegner und die Beigeladenen der Auffassung sind, dass in dem Vorgehen des Antragsgegners kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz begründet sei, da er allein bestimmen könne, auf welche Wertungskriterien er seine besondere Aufmerksamkeit richtet, kann dem grundsätzlich gefolgt werden. Man irrt jedoch, wenn man davon ausgeht, während des laufenden Vergabeverfahrens die Wertungskriterien nach Bedarf frei modifizieren zu können. Es wird verkannt, dass der Auftraggeber sich mit seiner Bekanntmachung an bestimmte Regelungen selbst bindet.

Nach § 9 Abs. 2 VOF ist der Antragsgegner verpflichtet durch Bekanntmachung mitzuteilen, welche Unterlagen die Bewerber einreichen müssen, um in das Verhandlungsverfahren aufgenommen zu werden. Dem kam er durch die bloße Bezugnahme auf die §§ 11, 12 und 13 VOF unter Verzicht auf eine mögliche Konkretisierung der Eignungskriterien nach. Konkret forderte er lediglich den Nachweis einer Haftpflichtversicherung (hier: Personenschäden 2 Mio. DM und Sachschäden 1 Mio. DM) sowie eine kurzfristige Erreichbarkeit der Mitarbeiter des Auftragnehmers.

Im Einzelnen wurden folgende Vergabeverstöße festgestellt:

1. Nicht veröffentlichte Wertungskriterien

In das Auswahlverfahren dürfen nur solche Bewerber einbezogen werden, die die geforderten Kriterien erfüllen. Aufgrund der Bekanntmachung wurden die Forderungen nach einer Haftpflichtversicherung und die kurzfristige Erreichbarkeit entscheidungsrelevant. Diese beiden Voraussetzungen flossen zwar in die Wertung ein, jedoch wurden hier bei Nachweis einer höheren Haftpflichtversicherung Sonderpunkte vergeben. Dies entspricht jedoch nicht den Anforderungen des § 97 Abs. 1 und 2 GWB, wonach Wettbewerber grundsätzlich entsprechend der veröffentlichten Kriterien gleich zu behandeln sind. Auf dieser Grundlage kann es ein Mehr an Eignung nicht geben.

2. Unvollständige Wertung veröffentlichter Kriterien

2.1. Zur Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit waren seitens der Bewerber Bilanzen bzw. Bilanzauszüge entsprechend § 12 Abs. 1 b) VOF vorzulegen. Trotz des Einganges dieser Nachweise haben diese offensichtlich keinen Niederschlag in der Auswertung gefunden.

2.2. Das durch Bezugnahme auf § 13 Abs. 2 c) VOF relevante Kriterium der Benennung und Qualifikation der technischen Leitung fand in dem der Kammer vorgelegten Wertungsspiegel des Antragsgegners offensichtlich keine Berücksichtigung. Der Antragsgegner hat somit im Widerspruch zum Erfordernis der Gleichbehandlung der Bewerber eine Möglichkeit der differenzierten Auswertung nicht genutzt.

2.3. Nach § 13 Abs. 2 f) VOF war der Nachweis der Bewerber bezüglich der Gewährleistung der Qualität, ihrer Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten vorzulegen. Offensichtlich ist der Antragsgegner hier einem Missverständnis unterlegen. Ausweislich seines Auswertungsmodus wurde durch die handschriftliche Bezugnahme des Antragsgegners auf § 13 Abs. 2 f) VOF unter diesem Punkt die Termintreue und Kosteneinhaltung subsumiert. Diesbezüglich wurden jedoch keine Angaben von den Bewerbern abgefordert. Nach welchen Kriterien der Antragsgegner hier Wertungspunkte vergeben hat, entzieht sich der Kenntnis der Vergabekammer. Tatsächlich handelt es sich bei § 13 Abs. 2 f) VOF um geeignete Maßnahmen der Einrichtung und Aufrechterhaltung eines Qualitätsmanagementsystems nach DIN EN ISO 9001. Die diesbezüglich abgegebenen Belege der Bewerber fanden demzufolge keine Berücksichtigung.

2.4. Der nach § 13 Abs. 2 g) VOF geforderte Nachweis der Bereitschaft, sich einer Kontrolle durch den Auftraggeber zu unterziehen, fehlt in der Wertungsliste und ist offensichtlich nicht in die Wertung eingeflossen. Bei keinem von den fünf Beigeladenen ist diese Erklärung Bestandteil der abgegebenen Unterlagen. Es ist für die Kammer nicht ersichtlich, ob es sich hierbei um ein Versehen oder um einen bewußten Ausschluss aus den veröffentlichten wertungsrelevanten Kriterien durch den Antragsgegner handelt. Ungeachtet dessen liegt in beiden Fällen ein Verstoß gegen § 97 Abs. 7 GWB i.V.m. § 10 Abs. 3 VOF vor. Durch die Abforderung in der Bekanntmachung dokumentiert der Auftraggeber, welche Eignungsnachweise er zur Beurteilung des Leistungserbringers für erforderlich hält. Daran hat er sich festhalten zu lassen.

- 2.5. Bezüglich einzusetzender Nachunternehmer ist nach § 13 Abs. 2 h) VOF der Anteil der zu vergebenden Nachunternehmerleistungen zu benennen. Unter Ziffer 12 der Wertungsliste ist erkennbar, dass die Nennung bzw. Nichtnennung des Nachunternehmeranteils nicht als gleichberechtigtes Wertungskriterium eingeflossen ist. Der Hinweis "nur informativ, ohne Wertung" führt zu einer Ungleichbehandlung zwischen den Bewerbern, die ihre Leistungen selbst erbringen, denjenigen die ihre Leistung nur teilweise selbst aber unter Nennung des Nachunternehmeranteils erbringen und denjenigen, die die diesbezüglich erforderlichen Angaben nicht tätigen.

Darüber hinaus ist anzumerken, dass bei der Wertung von Bewerbern, die Nachunternehmer in relevanten Leistungsbereichen einsetzen wollen, stets auch bezüglich dieser Nachunternehmer die relevanten Eignungsnachweise vorliegen müssen.

3. Fehlerhafte Feststellung hinsichtlich der Vollständigkeit abgeforderter Nachweise

- 3.1. Im Hinblick auf den Umsatz der letzten drei Jahre (vgl. § 12 Abs. 1c) VOF) wurde hier für einen Bewerber der engeren Wahl die Höchstpunktzahl vergeben, obwohl diese Umsatzzahlen nicht im geforderten Umfang vorhanden sind. So legte die Beigeladene zu 2) Umsatzzahlen nur bis einschließlich 1998 vor, sodass dieser Bewerberin in dieser Rubrik keine Wertungspunkte hätten gutgeschrieben werden dürfen.
- 3.2. Für die Feststellung der fachlichen Eignung waren zunächst Nachweise über die berufliche Befähigung des Bewerbers und/oder der Führungskräfte des Unternehmens, insbesondere der für die Dienstleistungen verantwortlichen Personen (vgl. § 13 Abs. 2 a) VOF) zu erbringen. D.h., die Bewerber mussten dies anhand von Berufszulassungen bzw. Studiennachweisen belegen. Die Auswertung lässt erkennen, dass trotz Fehlens dieser Nachweise Wertungspunkte vergeben wurden.

Die Beigeladene zu 5) verweist diesbezüglich lediglich auf Zulassungsnummern von spezifizierten Mitarbeitern. Dieser Hinweis reicht jedoch zur Beurteilung des Vorliegens dieses Auswahlkriteriums nicht aus. Aus den vorgelegten Belegen muss es dem Auftraggeber ohne weitere Nachforschungsleistungen möglich sein, die erforderlichen Rückschlüsse zu ziehen.

Das Beispiel der Beigeladenen zu 3) macht in diesem Zusammenhang deutlich, dass erst die Einsichtnahme in die Berufszulassungen bzw. Studiennachweise eine hinreichende Sicherheit für das Vorliegen entsprechender Qualifikationen im Hinblick auf die gesamte ausgeschriebene Leistung sicherstellt. Diesbezüglich muss jedoch festgestellt werden, dass der Auftraggeber die Möglichkeiten der Differenzierung nicht genutzt hat, da er zugunsten der Beigeladenen zu 3) fälschlicherweise vom Vorliegen aller abgeforderten Qualifikationsnachweise ausgegangen ist. Der Auftraggeber hat hier übersehen, dass von der Beigeladenen zu 3) kein entsprechender Nachweis für den Leistungsbereich Freianlagenplanung vorliegt.

- 3.3. Weiterhin waren aufgrund der Bezugnahme auf § 13 Abs. 2b) VOF Referenzobjekte der letzten drei Jahre einzureichen. Dazu gehören insbesondere solche Objekte, die mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind. Generell ist bei den Referenzobjekten zu differenzieren, ob es sich um solche eines öffentlichen oder privaten Auftraggebers handelt. Bei öffentlichen Auftraggebern ist es erforderlich, dass beglaubigte Bescheinigungen vorgelegt werden. Ansonsten reicht die ledigliche Nennung unter Angabe des Rechnungswertes und der Leistungszeit aus. Die Einsichtnahme in die Auswertungsunterlagen lässt erkennen, dass die Antragsgegnerin zugunsten der Beigeladenen zu 3) Wertungspunkte für erbrachte Nachweise in Form der beglaubigten Bescheinigung der öffentlichen Auftraggeber vergeben hat, die tatsächlich nicht erbracht worden sind.

- 3.4. Im Hinblick auf das Kriterium des durchschnittlichen Personalbestandes der letzten drei Jahre (§ 13 Abs. 2 d) VOF) wurde das Wertungsergebnis seitens des Antragsgegners zugunsten der Beigeladenen zu 2) durch die Vergabe von Wertungspunkten trotz fehlender Angaben verzerrt.
4. Unzulässige Modifizierung der Gewichtung im Rahmen der Gesamtwertung

Das Kriterium der Erfahrungen im Bau von Berufsschulen ist zwar nicht explizit in der Bekanntmachung als Wertungskriterium benannt, es erfährt jedoch im Rahmen des § 13 Abs. 2 b) VOF seine Berücksichtigung.

Unschädlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Erfahrungen im Berufsschulbau angesichts der zu erbringenden Dienstleistung mit der Höchstpunktzahl bewertet wurden. Aufgrund der Besonderheiten der Anforderungen des Berufsschulbaus erscheint eine Differenzierung zwischen diesen und den Anforderungen der Planung von Schulen vergleichbarer Größenordnung in einem Wertumfang von 25 % als verhältnismäßig.

Es darf hierbei jedoch nicht zu einer Doppelgewichtung und damit zu einer Verzerrung des Wertungsspiegels kommen. Die Kammer teilt hier die Auffassung der Antragstellerin, dass Bewerber mit einer niedrigeren Gesamtpunktzahl in den engeren Kreis auch dann nicht aufgenommen werden dürfen, wenn diese durch ihre eingereichten Referenzen auf Erfahrungen im Berufsschulbau verweisen können. Der Bedeutung dieser Erfahrungen wurde schon durch die höchste Qualifizierung im Wertungssystem des Antragsgegners ausreichende Rechnung getragen. Der Antragsgegner und die Beigeladenen gehen daher in ihrer Auffassung fehl, wenn sie in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck bringen, dass man der zu erbringenden Leistung nur dann gerecht werden könne, wenn man entsprechend den Vorgaben der Antragsgegnerin wie in Stufe 2 wertet. Würde man dem folgen, so hätte die Gewichtung der Erfahrungen im Berufsschulbau eine fast völlige Entwertung der übrigen Auswahlkriterien zur Folge.

Darüber hinaus ist aus den vorgelegten Wertungsunterlagen erkennbar, dass der Antragsgegner es verabsäumt hat, das Vorliegen von Ausschlussstatbeständen zu überprüfen. Unter bestimmten Voraussetzungen können Bewerber nach § 11 VOF vom Auswahlverfahren ausgeschlossen werden. Voraussetzung ist, dass der Antragsgegner all diejenigen Nachweise abfordert, die zur Beurteilung des Vorliegens eines Ausschlusskriteriums erforderlich sind. Von dieser Möglichkeit hat er hier keinen Gebrauch gemacht.

Soweit in der Wertungsliste unter Ziff. 10 und 11 Bescheinigungen der Krankenkasse bzw. des Finanzamtes aufgelistet sind, lässt dies auf ein verfehltes Verständnis des Auftraggebers hinsichtlich des Begriffes der Ausschlusskriterien schließen.

Kennzeichnend für ein Ausschlusskriterium ist, dass das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen nicht mit Plus- bzw. Minuspunkten bewertet werden darf. Liegt ein Ausschlusskriterium vor, so ist der Bewerber nicht in die Wertung aufzunehmen sondern auszuschließen.

Soweit die Antragstellerin der Ansicht ist, dass zum Wettbewerb aufgrund der Bekanntmachung nur natürliche Personen zugelassen sind, kann diese Auffassung von der Kammer nicht getragen werden.

Die Antragstellerin stützt ihr Vorbringen auf Ziffer 4 a) der Bekanntmachung, wonach man tatsächlich den Eindruck gewinnen kann, dass aufgrund der Überschrift nur natürliche Personen zugelassen sind.

Aus dem Gesamtzusammenhang, insbesondere Ziffer 4 c) ist jedoch erkennbar, dass auch juristische Personen gleichberechtigt zum Wettbewerb zugelassen sind. Dass dies auch so von den Bewerbern verstanden wurde, wird dokumentiert durch die Vielzahl von juristischen Personen, die sich am Wettbewerb beteiligt haben.

Zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens ist es daher erforderlich, den Antragsgegner anzuweisen, die Wertung der Teilnahmeanträge nochmals entsprechend den dargelegten Grundsätzen durchzuführen. Führt diese Auswertung zum Ergebnis, dass eine Vielzahl der Bewerber über den gleichen Grad an Geeignetheit verfügen, so kann der Antragsgegner zwischen ihnen frei wählen und fünf Bewerber zur Verhandlung auffordern.

Sollte nicht ein Bewerber, unter Nutzung der Möglichkeit der Nachforderung von Unterlagen bei gleichzeitiger Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, alle geforderten Kriterien erfüllen, ist das Verfahren beginnend mit der Bekanntmachung nochmals durchzuführen.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Der Antragsgegner und die Beigeladenen haben die Kosten für das Verfahren zu tragen. Der geleistete Vorschuss wird der Antragstellerin zurückerstattet.

Die Höhe der Gesamtkosten beläuft sich hier auf DM (§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB). Die Kosten gliedern sich entsprechend der im Land Sachsen-Anhalt anzuwendenden Gebührentabelle in Gebühren in Höhe von DM (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von DM (§ 128 GWB i.V.m. § 10 VwKostG LSA) auf. Der Antragsgegner und die Beigeladenen zu 1) bis 5) tragen die Kosten jeweils in Höhe von DM.

Die Beträge sind fällig mit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses. Die Zahlung hat jeweils auf das Konto bei der Landeszentralbank - LZB-Dessau -, BLZ zu erfolgen. Der Antragsgegner hat die Einzahlung unter Verwendung des Kassenzeichens, die Beigeladene zu 1) unter dem Kassenzeichen, die Beigeladene zu 2) unter dem Kassenzeichen, die Beigeladene zu 3) unter dem Kassenzeichen, die Beigeladene zu 4) unter dem Kassenzeichen und die Beigeladene zu 5) unter dem Kassenzeichen vorzunehmen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.