

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

## Schwere Verfahrensfehler: Fehlende Eignungskriterien in der Bekanntmachung und fehlende Unterkriterien

**Die Vergabekammer beim Thüringer Landesverwaltungsamt stellte mit Beschluss vom 10.03.2009 (250-4003.20-650/2009-003-EF) fest, dass die Vergabestelle ein Vergabeverfahren aufheben kann, wenn auf Grund von schwerwiegenden Verfahrensfehlern davon auszugehen ist, dass ein Nachprüfungsverfahren zur Aufhebung führen würde. Die Vergabestelle hatte die Ausschreibung zwar aus anderen Gründen aufgehoben, die vergaberechtliche Überprüfung führte aber zu dem Ergebnis, dass schwere Verfahrensfehler vorlagen.**

Die Vergabekammer entschied daher, dass die Ausschreibung aus diesem Grund hätte zu Recht aufgehoben werden müssen. **Die schweren Vergabemängel lagen in der fehlenden Benennung von Eignungskriterien in der Bekanntmachung und in der fehlenden Benennung von Unterkriterien und Gewichtung.**

### 1. Zum Sachverhalt:

Eine Vergabestelle hatte im Oktober 2007 im Amtsblatt der Europäischen Union im Wege des Offenen Verfahrens europaweit einen Dienst- und Lieferleistungsauftrag zur "Beschaffung von Systemkomponenten im Vertriebssystem der Vergabestelle" für drei Lose (A, B, C) ausgeschrieben.

In der Bekanntmachung wurde in den Punkten III.2.1 "persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers...." und III.2.2 "Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit" keine Eignungsnachweise bekannt gegeben. Die Vergabestelle wies lediglich auf die Verdingungsunterlagen hin. Zu Punkt III.2.3 "Technische Leistungsfähigkeit" erfolgte kein Eintrag.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthielt Zuschlagskriterien. Die Systematik (Unterkriterien und Gewichtung) der Angebotsbewertung - inklusive der Punktbewertung - teilte die Vergabestelle den Bietern aber erst nach Angebotsabgabe und zum Teil erst nach bereits erfolgter Angebotseröffnung mit.

Mit Schreiben vom 10.04.2008 stellte ein Bieter bei der Vergabekammer des Freistaates Thüringen einen Nachprüfungsantrag, der mit Beschluss der Vergabekammer vom 09.05.2008 als offensichtlich unzulässig verworfen wurde.

Dagegen wandte sich der Antragsteller mit seiner sofortigen Beschwerde vom 28.05.2008 an das Thüringer Oberlandesgericht. Mit Beschluss vom 29.08.2008 entschied das Thüringer Oberlandesgerichtes, dass die Vergabekammer verpflichtet werde, das Vergabeverfahren zu Los B, beginnend mit der Eignungsprüfung, jeweils unter Einbeziehung des Angebots des Antragstellers und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu wiederholen. Das Vergabeverfahren zu Los C wurde aufgehoben.

Die Prüfung und Wertung zu Los A waren komplett zu wiederholen. Mit dem vorgegebenen zwingenden Ausschluss eines anderen Bieters verblieben nur noch drei Bieter in der Wertung. Der Antragsteller war laut Protokoll der Verdingungsverhandlung der preisgünstigste Bieter.

Die Vergabestelle forderte den Antragsteller nun auf, Eignungs-unterlagen vorzulegen, die in der Bekanntmachung nicht gefordert worden waren und kam nach deren Auswertung zu dem Ergebnis, der Bieter besitze nicht die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit und sei deshalb gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A auszuschließen.

Das Angebot des Bieters wurde aber dennoch in der dritten Wertungsstufe bewertet, obwohl er zuvor bereits wegen fehlender Eignung von der Vergabestelle in der zweiten Wertungsstufe ausgeschlossen worden war.

Die Vergabestelle schätzte daraufhin die Angebotssumme des Bieters im Verhältnis zur Leistung als ungewöhnlich niedrig ein.

In der vierten Wertungsstufe führte die Vergabestelle die Bewertung der Angebote aufgrund von Gewichtungen und Punktesystemen durch, die den Bietern zuvor nicht bekannt gegeben worden waren. Sie teilte dann den Bietern mit, dass sie im Ergebnis der erneuten Prüfung und Wertung im vorbezeichneten Vergabeverfahren zu dem Ergebnis gekommen sei, dass die Ausschreibung zu Los A aufgehoben werden müsse, weil kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspreche.

Bezug nehmend auf das Angebot des Antragstellers des vorangegangenen Vergabeverfahrens führte die Vergabestelle aus, dass sein Ausschluss wegen mangelnder Eignung und nicht bewertbarem Angebot (Nichteinhaltung der Vorgaben des Lastenheftes und des Leistungsverzeichnisses) erfolge. Der ausgeschlossene Bieter rügte die Aufhebung der Ausschreibung und beantragte dann erneut ein Nachprüfverfahren bei der Vergabekammer des Freistaats Thüringen.

## 2. Entscheidung

Die Vergabekammer entschied, dass der Nachprüfungsantrag in der Sache keinen Erfolg hat. Zwar stünden der Vergabestelle dem Grunde nach nicht die von ihr benannten Aufhebungsgründe zu. Eine Aufhebung der Ausschreibung sei aber gleichwohl geboten, weil die Ausschreibung an derart schwerwiegenden Mängeln leide, dass eine Aufhebung im Nachprüfungsverfahren geboten sei; die selbe Konsequenz könne deshalb auch die Vergabestelle ziehen.

### 2.1 Fehlende Bekanntgabe der geforderten Eignungsnachweise in der Bekanntmachung

Die Vergabekammer stellte fest, dass fehlende Bekanntgabe der Eignungsnachweise in der Bekanntmachung ein Verstoß gegen § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A darstelle. Dieser Verstoß führe zur Unmöglichkeit der Angebotswertung in der zweiten Wertungsstufe und damit zur Unmöglichkeit der Einhaltung der Vergabegrundsätze gemäß § 2 Nr. 3 VOL/A. Der Verstoß könne aufgrund fehlender gesetzlicher Regelung nicht durch eine nachträgliche Bekanntgabe von geforderten Eignungsnachweisen in den Vergabeunterlagen geheilt werden. Im Gegensatz zu den Zuschlagskriterien, bei denen gemäß § 9a Nr. 1 VOL/A deren Bekanntgabe entweder in der Vergabebekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen erfolgen könne, der VST mit dem Wort "oder" also eine Wahlmöglichkeit offen stehe, sei dieses für die Bekanntgabe der geforderten Eignungsnachweise nicht der Fall.

*"Somit waren die von der Vergabestelle in den Vergabeunterlagen aufgeführten und von den Bewerbern/Bietern abgeforderten Eignungsnachweise, nach vorherigem Verweis in der Bekanntmachung auf die Vergabeunterlagen, in der Wertung nicht zu berücksichtigen. Unproblematisch wäre es, wenn sowohl in der Bekanntmachung als auch in den Vergabeunterlagen die gleichen abgeforderten Eignungsnachweise enthalten wären. Da gemäß § 2 "Grundsätze der Vergabe" durch die VST Leistungen nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Bieter (§ 2 Nr. 3 VOL/A) zu vergeben sind, ist es zwingend erforderlich, dass die VST diesen die Eignungsnachweise mitteilt, welche sie für die Feststellung der Bieterreignung benötigt (Offenes Verfahren, Nichtoffenes Verfahren). .....*

*Vorliegend müsste also aufgrund der nicht in der Bekanntmachung aufgeführten Eignungsnachweise und unbeachtlich des Hinweises in der Bekanntmachung auf die Vergabeunterlagen davon ausgegangen werden, dass für die VST Eignungsmerkmale bei der Vergabe des Auftrags keine Rolle spielen sollen, der Auftragsgegenstand so gelagert ist, dass an die Bieter keine besonderen Anforderungen bei der Auftragsausführung zu stellen sind und jeder Bieter diesen Auftrag ausführen könne. Angesichts der von der VST nachträglich erfolgten Abforderung von Eignungsnachweisen in den Vergabeunterlagen war dieses aber gerade nicht der Fall. Die VST legte im Rahmen der Wertung in der zweiten Wertungsstufe sehr wohl großen Wert auf die Eignungsbeurteilung, was durch die intensive Auseinandersetzung mit der AST als Bieterin klar in der zweiten Wertungsstufe belegt wird. Da aber diese Eignungsnachweise nicht in der Bekanntmachung bekannt gegeben wurden, waren sie nicht zu verwenden. Die Unzulässigkeit der Verwendung nachgeforderter Eignungsnachweise und damit die Unmöglichkeit der Angebotswertung in der zweiten Wertungsstufe durch die VST, nach den von ihr aus dem Auftragsgegenstand abgeleiteten erforderlichen Eignungsnachweisen, führt bereits zur Unmöglichkeit des vergaberechtlich ordnungsgemäßen Verfahrensabschlusses gemäß den Grundsätzen der Vergabe (§ 2 Nr. 3 VOL/A)."*

### 2.3.2 Fehlende Bekanntgabe des in der Wertung verwendeten Wertungsschemas und der individuellen Punktbewertung

Die Vergabekammer entschied darüber hinaus, dass ein weiterer schwerer Verfahrensfehler in der nicht erfolgten Bekanntgabe des für die Wertung verwendeten Wertungsschemas und der individuellen Punktbewertung liege.

Die Nichtbekanntgabe der "Unterkriterien" und "Unter-Unterkriterien" als solche sowie die bei deren Bewertung verwendeten Bewertungssysteme (Punktsystem/ Punktverteilung/ Wertungsmatrix) stelle einen Verstoß gegen die Bestimmungen aus Abschnitt 3 Auftragsvergabe, Artikel 53 Zuschlagskriterien, der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, § 97 Abs. 7 GWB, § 9a Nr. 1 lit. c VOL/A, § 25a Nr. 1 Abs. 2 VOL/A) dar. Durch die Nichtbekanntgabe seien die Bieter daran gehindert worden, ihr Angebot an der von

der Vergabestelle für die Wertung verwendeten Wertungsmatrix auszurichten. Dies habe zur Folge gehabt, dass die von der Vergabestelle nachgeschobene interne Bewertung nicht das optimale Ergebnis zeitigen könne, da zuvor ja kein Bieter habe entsprechend dieser Anforderungen mit seinem Angebot darauf reagieren können, bzw. die Angebotswertung für Manipulationen offen stehe (Ausrichtung der Bewertung anhand der Angebote und dem gewollten Ziel).

Auch liege ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB und die gemäß § 30 Nr. 1 VOL/A bestehende Dokumentationspflicht wegen nicht erfolgter Dokumentation der Begründung der Bewertungsentscheidung vor.

Nach der Richtlinie 2004/18/EG bestehe für die Vergabestelle prinzipiell die Möglichkeit, ihre Vergabeentscheidung nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot unter Verwendung verschiedener, mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängender Kriterien, inklusive des Preises oder nur nach dem niedrigsten Angebotspreis auszurichten.

Die Vergabekammer äußerte sich wie folgt dezidiert zu Art, Umfang und Qualität der für eine vergaberechtskonforme Ausschreibung erforderlichen Kriterien, Unterkriterien und der Gewichtung:

*"Nach der Richtlinie 2004/18/EG ist im Fall einer Auswahlentscheidung mittels des Kriteriums "wirtschaftlichstes Angebot", für die Ermittlung des den Zuschlag erhaltenden Angebotes die Gewichtung der für die Wertung maßgeblichen Kriterien bekannt zu geben (Artikel 53 Abs. 2) gibt der öffentliche Auftraggeber im Fall von Absatz 1 Buchstabe a an, wie er die einzelnen Kriterien gewichtet, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln.*

*Die Angabe der Gewichtung kann als Faktor (Normalfall: Bsp. Teile von 1, ganze Zahlen, Prozentwerte, usw.), als Marge (Spanne (von - bis) Differenz zwischen (a - b)) oder im Ausnahmefall, wenn beides nicht möglich ist, ausschließlich als Rangfolge (absteigende Reihenfolge der Zuschlagskriterien) erfolgen.*

*Wichtungen geben den Grad der Bedeutung, d.h. die Maßzahl an, die das Zuschlagskriterium im Rahmen der Angebotsbewertung zur Ermittlung des für den Zuschlag vorgesehenen Angebotes hat. Unterschiedliche Wichtungen führen bei der Vergabeentscheidung zur verstärkten Berücksichtigung des Kriteriums mit dem Wichtungsschwerpunkt.*

*Zuschlagskriterien stellen sich als aggregierte Begriffe dar, die jeweils in Form eines Stichwortes oder einer Wortverbindung die unter ihnen subsumierten sachlichen Grundlagen für deren Bewertung benennen. Zuschlagskriterien können in weitere, diesen zuordenbare Unterkriterien usw. aufgegliedert werden. Als Grundlage der Angebotsbewertung gelten die von der VST abgeforderten und von den Bewerbern/Bietern mit dem Angebot abzugebenden Angaben, Sachverhalte, Konzepte und deren Inhalte, die unter den Kriterien bzw. den Unterkriterien zu subsumieren sind.*

*Gemäß Richtlinie 2004/18/EG besteht ein Zuschlagskriterium demzufolge aus zwei Bestandteilen: Dem verbal beschriebenen Kriterium und der diesem zugeordneten Bedeutung (Wichtung usw.). Die zulässige, immer weitere Untergliederung von Zuschlagskriterien in "Unterkriterien" und in der Folge "Unter-Unterkriterien" usw. hat zur Folge, dass die "eigentliche Angebotsbewertung" tatsächlich bereits in den der Rangfolge am weitesten "nachgeordneten Kriterien", welchen eine Gewichtung, in bestimmten Wertungsabfolgen auch Punktzahl, zugeordnet ist, erfolgt. Die danach erfolgende Zusammenfassung der Ergebnisse der Bewertung dieser "nachgeordneten Kriterien"(Unterkriterien, Unter-Unterkriterien usw.) zu deren jeweils übergeordneten Kriterien usw. und am Ende zum Endergebnis, stellt für sich betrachtet, keine Wertung im eigentlichen Sinn mehr dar, sondern ist nur noch das Ergebnis einer Addition/Verhältnissbildung, die bereits feststehen und auf die der Bewerber mit seiner Angebotsgestaltung keinen Einfluss mehr ausüben kann.*

*Gerade daraus ergibt sich, dass im Fall der immer weiteren Untergliederung von Zuschlagskriterien und deren Gewichtung, dieses den Bewerbern zwingend bekannt zugeben ist, da die "eigentliche Bewertung" in einem solchen Fall nicht in dem hochaggregierten Zuschlagskriterium erfolgt, sondern tatsächlich in dessen "nachgeordneten Kriterien". Die "eigentliche Angebotsbewertung" erfolgt mittels der von den Bewerbern/Bietern abgefragten und mit deren Angeboten abgegebenen "Sachbezügen/Basisdaten", die den in der Rangfolge am weitesten "nachgeordneten Kriterien" zu subsumieren sind, bzw. im Rahmen der Angebotsabfrage durch die VST bereits eindeutig zugeordnet wurden. Diese abgefragten "Sachbezüge/Basis-daten" verlieren dann ihren Status als Grundlage der Angebotsbewertung, wenn sie mit einer, wie auch immer gearteten Gewichtung (Bsp. +, -, Punktbewertung, Bewertungsmatrix) versehen werden. In diesem Fall werden aus den ursprünglichen "Sachbe-zügen/Basisdaten" Zuschlagskriterien im Sinn der Richtlinie 2004/18/EG, mit der Folge, dass diese den Bewerbern entweder mit der Bekanntmachung oder mit den Verdingungsunterlagen bekannt zugeben wären (9a Nr.1 lit. c VOL/A; 25a Nr. 1 Abs. 2 VOL/A).*

*Vorliegend erfolgte die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien (5) sowie deren Gewichtung als %-Wert als Korrektur der Bekanntmachung mit Schreiben vom 02.11.2007 (siehe Sachverhalt S. 2). Unter Beachtung der obigen Ausführungen hätte die VST ausschließlich auf der Grundlage der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und deren Wichtung (§ 25a Nr. 1Abs. 2 VOL/A) die Bewertung der fünf Zuschlagskriterien vornehmen müssen. Gerade dieses erfolgte durch die VST aber nicht, wie das Beispiel Zuschlagskriterium "Einhaltung Spezifikation Lastenheft" zeigt. Lt. Mitteilung vom 02.11.2007 an die Bewerber sollten drei der ursprünglich genannten Zuschlagskriterien (Qualität, Funktionalität, Ausführungsfrist) dem neu gebildeten Zuschlagskriterium "Einhaltung Spezifikation Lastenheft" zugeordnet werden. Konsequenz wäre, dass diese drei ehemaligen Zuschlagskriterien nunmehr Unterkriterien des neuen Zuschlagskriterium "Einhaltung Spezifikation Lastenheft" werden.*

*In der Wertung der VST erscheinen diese drei "Unterkriterien" weder als Begriffe noch als bewertete "Unterkriterien". Die VST konnte betreffend die Einbeziehung dieser drei ehemaligen Kriterien in die von ihr durchgeführte Wertung keinen Beleg anführen, wie dies erfolgt sein sollte. Insbesondere zur Ausführungsfrist wurde nur ausgeführt, dass diese Berücksichtigung gefunden haben sollte. Keine Angabe konnte zum "wie" und ob überhaupt eine Berücksichtigung erfolgte, getroffen werden. .... Mit der Nichtbekanntgabe der Wichtungen, des qualitativen Bewertungssystems sowie des verwendeten Umrechnungssystems in Punktwerte verstieß die VST gegen die zwingenden Forderungen der Richtlinie 2004/18/EG, Artikel 53 Abs. 2, gegen den § 9a Nr. 1 lit. c VOL/A und § 25a Nr. 1 Abs. 2 VOL/A. Damit war die von der VST offensichtlich gewollte und auch praktizierte Systematik der Angebots-bewertung nicht mehr möglich, da nicht zulässig."*

Die Vergabekammer kam daher zu dem Schluss, dass der Nachprüfungsantrag somit dem Grunde nach in der Sache keinen Erfolg hat, da das Vergabeverfahren an grundsätzlichen Mängeln leide, die bereits im Vorfeld der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. in der unkorrekten Bekanntmachung liegen und dazu führen, dass das Vergabeverfahren nicht entsprechend der Bestimmungen über das Vergabeverfahren mit Zuschlagserteilung beendet werden könne.

## Fazit:

- Es kommt immer wieder vor, sollte aber nicht geschehen. Alle für die in die Bewertung der Eignung einbezogenen Eignungskriterien müssen mit der Bekanntmachung veröffentlicht werden.
- Spätestens seit dem **Leonakis-Urteil** steht fest, dass die Vergabestelle alle für die Bewertung eines Angebots aufgestellten Kriterien und Gewichtungen mit der Anforderung zur Angebotsabgabe bekannt zu geben hat.
- Bieter, die die Aufhebung einer Ausschreibung nachprüfen lassen, sollten sicher sein, dass letztere keine schweren Verfahrensfehler aufweist. Denn auch wenn der ursprüngliche Aufhebungsgrund nicht anerkannt wird, kann die Aufhebung durch die von der Vergabestelle entdeckten anderen Vergabefehler nachträglich als zulässig gewertet werden.

### Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin