

Entscheidung im Volltext*Vergabe***Kann die Bewertungsmethode noch nach Angebotsöffnung festgelegt werden?**

Siehe auch: **Zugehörige Dokumente**

KG

Beschluss

vom 27.06.2022

Verg 4/22

GWB § 97 Abs. 1, 2

Das vergaberechtlichen Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GWB) und der vergaberechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) erfordern, dass der öffentliche Auftraggeber für die Angebotswertung grundsätzlich vor Öffnung der Angebote eine in den Vergabeakten hinreichend dokumentierte Bewertungsmethode festlegt (vgl. EuGH, IBR 2016, 530 - Dimarso). Erscheint bei einer vollständigen Neubewertung der Angebote eine transparente und dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Bewertung der Angebote noch möglich, ist ausnahmsweise eine Festlegung der Bewertungsmethode auch nach Öffnung der Angebote noch vergaberechtskonform und eine Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht zwingend geboten.*)

KG, Beschluss vom 27.06.2022 - Verg 4/22

vorhergehend:

VK Berlin, 30.03.2022 - VK B 2-41/21

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin, 2. Beschlussabteilung - VK-B2-41/21 - vom 30. März 2022 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 57.634,83 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit öffentlicher Bekanntmachung vom 9. Dezember 2020 Projektsteuerungsleistungen für den dritten Bauabschnitt der Grundsanierung des Instituts für Chemie der FU Berlin aus. Antragstellerin und Beigeladene beteiligten sich an dem Verfahren und gaben fristgerecht Angebote ab.

Wegen der Zuschlagskriterien verwies die Bekanntmachung unter Ziffer II.2.5) auf die Beschaffungsunterlagen. Dort ist zu den Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung Folgendes festgelegt:

- Organisation, Qualifikation und Erfahrung des betrauten Personals 30%
- Qualität 30%
- Ausführungsfristen 30%
- Preis 10%

Die Angebote sollten hierbei "zu den jeweiligen Unterkriterien" mit Noten von 5 (sehr gut) bis 0 (keine verwertbaren Angaben) bewertet werden und das Angebot, "welches unter Berücksichtigung vorstehend genannter Kriterien und Wichtungen insgesamt den höchsten Punktwert erreicht" den Zuschlag erhalten.

Die Bewertung sollte durch ein Gremium von fünf fachkundigen Mitarbeitern durchgeführt werden, wobei jeder dieser Mitarbeiter zunächst eine eigenständige Benotung durchführen sollte. Aus den nicht vollständig übereinstimmenden

Einzelnoten der Gremienmitglieder errechnete der Antragsgegner sodann einen Durchschnittswert mit einer Nachkommastelle mit dem Ergebnis, dass der Beigeladene das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe und den Zuschlag erhalten solle. Nachdem die Antragstellerin dies gerügt hatte, weil nach den Vergabeunterlagen nur gerade Notenstufen vorgesehen gewesen seien, rundete der Antragsgegner die Noten nach DIN-Vorgaben. Im Ergebnis war nunmehr das Angebot der Antragstellerin das wirtschaftlichste und beabsichtigte der Antragsgegner, ihr den Zuschlag zu erteilen.

Hiergegen wandte sich der Beigeladene mit dem Argument, eine Rundung sei unzulässig, weil es hier an einer Gesamtwertung des von dem Antragsgegner berufenen Gremiums fehle. Der Antragsgegner folgte dieser Argumentation mit Schreiben vom 11. Oktober 2021, widerrief sein Schreiben über den beabsichtigten Zuschlag an die Antragstellerin vom 13. September 2021 und erklärte, die Angebote müssten nochmals von dem Gremium einer Gesamtbewertung unterzogen werden; da ein Gremiumsmitglied dauerhaft erkrankt sei, sei eine vollständige Neubewertung durch ein neu zu besetzendes Gremium erforderlich, das dann auf der Grundlage der neuen Einzelwertungen eine Gesamtwertung mit einer geraden Notenstufe vorzunehmen habe.

Mit Schreiben vom 19. Oktober 2021 rügte die Antragstellerin die von dem Antragsgegner beabsichtigte Neubewertung, weil die durch Rundung der Einzelwertungen ermittelte Gesamtwertung der Angebote vergaberechtlich nicht zu beanstanden und der Antragsgegner hieran gebunden sei. Nachdem der Antragsgegner der Rüge mit Schreiben vom 25. Oktober 2021 nicht abgeholfen hat, verfolgt die Antragstellerin sie mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 5. November 2021 und, nach die Vergabekammer ihn mit Beschluss vom 30. März 2022 zurückgewiesen hat, mit ihrer sofortigen Beschwerde vom 13. April 2022 weiter.

Mit Beschluss vom 21. April 2022 hat der Senat auf einen Antrag der Antragstellerin nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB einstweilen die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zu einer Entscheidung über diesen Antrag angeordnet. Mit Schriftsatz vom 28. April 2022 hat der Antragsgegner erklärt, von einem Zuschlag bis zu einer Entscheidung über den Nachprüfungsantrag abzusehen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben;
2. den Antragsgegner zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats fortzuführen;
3. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären;
4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten ihrer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen;
2. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Beigeladene beantragt,

die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist gemäß § 171 Abs. 1 GWB statthaft und auch sonst zulässig, insbesondere nach § 172 GWB form- und fristgerecht erhoben; sie ist jedoch unbegründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

1. Bedenken gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin bestehen allerdings nicht. Insbesondere hat sie das von ihr im Nachprüfungsverfahren beanstandete Vorgehen des Antragsgegners, mit Schreiben vom 11. Oktober 2021 von der bisherigen Gesamtwertung der Angebote entsprechend seinem Schreiben vom 13. September 2021 abzurücken und eine vollständige Neubewertung vorzunehmen, fristgerecht nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB mit Schreiben vom 19. Oktober 2021 gerügt. An der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB besteht ebenfalls kein Zweifel: Ohne die von dem Antragsgegner vorgesehene und von ihr als vergaberechtswidrig gerügte Neubewertung würde sie den Zuschlag erhalten, während dies bei einer Neubewertung ungewiss erscheint.

2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist aber unbegründet, weil das von ihr beanstandete Vorgehen des Antragsgegners zur Ermittlung einer Wertung der Angebote sie nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Vielmehr ist es nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, dass der Antragsgegner die Angebote einer neuen Bewertung durch das von ihm eingesetzte und gegebenenfalls neu zu besetzende Gremium nach vorher von ihm festgelegten Regeln zur Wertung unterzieht.

a) Nach § 127 Abs. 1 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt (S. 1); Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt (S. 2). Hierbei müssen die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden (§ 127 Abs. 5 GWB, § 58 Abs. 3 S. 1 VgV). An der Entscheidung über den Zuschlag sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken (§ 58 Abs. 5 VgV). Während also Zuschlagskriterien, auch Unterkriterien, und deren Gewichtung in der Ausschreibung oder den Vergabeunterlagen bekannt gemacht und mithin festgelegt werden müssen, gilt dies für die Bewertungsmethode nicht, sofern sie die festgelegten Zuschlagskriterien nicht ändert, sie nichts enthält, was die Vorbereitung des Angebots beeinflussen könnte und keine Diskriminierung zu besorgen ist (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - Rs. **C-6/15** (Dimarso) -, Rn. 27, 37; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. März 2021 - **Verg 34/20** -; OLG Frankfurt, Beschluss vom 12. April 2022 - **11 Verg 11/21** -). Soweit der öffentliche Auftraggeber allerdings die Bewertungsmethode in der Ausschreibung oder den Vergabeunterlagen bekannt gemacht hat, etwa ein Punktesystem zur Bewertung der einzelnen Kriterien, ist er hieran gebunden und eine Abweichung davon vergaberechtswidrig, nämlich unvereinbar mit Transparenzgebot und Gleichbehandlungsgrundsatz (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15. April 2015 - **15 Verg 2/15** -). Zudem hat er zur Vermeidung jeglicher Gefahr der Parteilichkeit, soweit möglich vor Öffnung der Angebote eine Bewertungsmethode festzulegen (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - Rs. **C-6/15** (Dimarso) -).

b) Nach diesen Vorgaben war die von dem Antragsgegner beabsichtigte Rundung des aus den Einzelbewertungen der Gremienmitglieder zu jedem Kriterium ermittelten Durchschnitts zwar mit dem bekannt gegebenen Punktesystem vereinbar (aa); jedoch hat dieses Vorgehen bei der Wertung der Angebote nicht den Anforderungen des Transparenzgebots und Gleichbehandlungsgrundsatzes genügt (bb), weswegen der Antragsgegner hiervon Abstand nehmen durfte (cc), wobei dahinstehen, ob sein angekündigtes weiteres Vorgehen vergaberechtskonform ist (dd).

aa) Die mit Schreiben vom 13. September 2021 beabsichtigte Rundung stand nicht im Widerspruch zu der bekannt gegebenen Bewertungsmethode. Der Antragsgegner wollte für die einzelnen Zuschlagskriterien (dort fälschlich als "Unterkriterien" bezeichnet) Punkte von 0 bis 5 vergeben, woran er wegen der Festlegung in den Vergabeunterlagen gebunden ist. Die dort beschriebenen Voraussetzungen für die einzelnen Notenstufen waren nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont der angesprochenen Unternehmen (§§ 133, 157 BGB) so zu verstehen, dass nur ganze Noten vergeben werden können und sollen. Eine Bildung von Zwischenwerten, wie sie der Antragsgegner zunächst als Durchschnitt der Einzelbewertungen der Mitglieder des von ihm eingesetzten Gremiums vorgenommen, dann aber widerrufen hat, war deswegen unzulässig (so auch in einem entsprechenden Fall VK Brandenburg, Beschluss vom 3. Juni 2019 - **VK 4/19** -). Dagegen hat die daraufhin von ihm vorgenommene Rundung der Durchschnittswerte nach kaufmännischen Rundungsregeln, insoweit ist der Antragstellerin zu folgen, nicht gegen die vorgesehene Punktevergabe verstoßen, weil damit gerade glatte Punktwerte ermittelt werden konnten und weil sich den Angaben in den Vergabeunterlagen auch nicht entnehmen lässt, dass so nicht vorgegangen werden könne. Die Verwendung von Rundungsregeln musste insbesondere nach der vorzitierten Rechtsprechung des EuGH nicht in der Ausschreibung oder den Vergabeunterlagen bekannt gegeben werden (so aber noch VK Bund, Beschluss vom 14. April 2011 - **VK 2-15/11** -). Dass eine Rundung eines aus den Einzelbewertungen der Mitglieder des Wertungsgremiums gebildeten Durchschnittswertes das Ergebnis unzulässig verfälschen würde, lässt sich jedenfalls bei dem von der Antragsgegner verwendeten Punktesystem mit fünf Notenstufen und der von ihm vorgesehenen Gewichtung der Zuschlagskriterien (3 x 30% + 10%) nicht feststellen.

bb) Das von dem Antragsgegner beabsichtigte Vorgehen war aber mit dem vergaberechtlichen Transparenzgebot und Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, Abs. 2 GWB) unvereinbar. Der Antragsgegner hatte nämlich offenkundig bei seiner Entscheidung, die Punktevergabe durch ein Gremium von fünf Mitgliedern vorzubereiten, keine klaren Vorgaben dazu getroffen, wer genau die Gesamtwertung über die Punkte zu treffen hatte - das Gremium oder die einzelnen Mitglieder - und wie mit abweichenden Einzelbewertungen der Gremienmitglieder umzugehen sei. Die Vergabeakten enthalten keinen Vermerk über die Arbeitsweise des Gremiums. Das Verfahren zur Ermittlung einer Gesamtwertung bei unterschiedlichen Einzelbewertungen der Gremienmitglieder war ersichtlich nicht vorgegeben noch waren die Einzelbewertungen der Mitglieder dokumentiert (vgl. zu den insoweit bestehenden Anforderungen Senat, Beschluss vom 15. Februar 2019 - **Verg 9/17** -). Der Antragsgegner hat sich vielmehr erst auf die Rügen der Antragstellerin und Beigeladenen nach Vorliegen der zu den einzelnen Kriterien abweichenden Einzelbewertungen der Gremienmitglieder damit befasst, nach welchen Regeln er eine Gesamtbewertung ermitteln könnte. Damit war das Verfahren zur Ermittlung der Gesamtbewertung der Kriterien weder vorgegeben noch dokumentiert. Dadurch ist nach den Einzelbewertungen der Gremienmitglieder ein dem Transparenzgebot und Gleichheitsgrundsatz nicht genügender Entscheidungsspielraum des Antragsgegners für die Angebotsbewertung entstanden. So konnte er grundsätzlich nach Vorliegen der Einzelbewertungen der Gremienmitglieder für die Zuschlagskriterien, wenn diese im Durchschnitt keine ganze Notenstufe ergeben sollten, zu glatten Punktzahlen durch die Anwendung von Rundungsregeln gelangen oder dadurch, dass er dem Gremium aufgegeben hätte, sich auf eine glatte Punktzahl als Gesamtbewertung zu einigen, sei es aufgrund einer Mehrheitsentscheidung des Gremiums, sei es aufgrund einer von dem Gremium selbst angewandten Rundungsregel, wobei er dem Gremium aufgrund seiner Organisationsgewalt insoweit Vorgaben hätte machen

können. Damit aber hatte er es in der Hand, nach Belieben und damit willkürlich bei bereits vorliegenden Einzelbewertungen in den Wertungsvorgang mit unterschiedlichem Ergebnis bei der Gesamtbewertung einzugreifen.

cc) Der Antragsgegner durfte, weil sein bisheriges Vorgehen zur Wertung der Angebote vergaberechtswidrig war, von der bisherigen Bewertung der Angebote Abstand nehmen und eine Neubewertung durch das von ihm zur Wertung vorgesehene Gremium einleiten. Denn dem öffentlichen Auftraggeber steht es immer frei, von Amts wegen ein als vergaberechtswidrig erkanntes Vorgehen zu berichtigen. Ist ein solches Vorgehen fristgerecht von einem Beteiligten wie hier durch die Beigeladene gerügt, ist er hierzu sogar verpflichtet. Unerheblich ist insoweit die von der Antragstellerin erörterte Frage, ob der öffentliche Auftraggeber sich von zutreffenden Erwägungen hat leiten lassen, wenn seine Entscheidung im Ergebnis nicht zu beanstanden ist, weil er mit ihr von einem vergaberechtswidrigen, hier auch im Ergebnis berechtigt von der Beigeladenen gerügten Vorgehen Abstand nimmt.

Nicht zu beanstanden ist im Übrigen auch, dass der Antragsgegner das Vergabeverfahren nicht insgesamt aufgehoben hat. Zwar wäre er grundsätzlich gehalten gewesen, bereits vor der Öffnung der Angebote eine transparente, dem Gleichbehandlungsgrundsatz genügende, in den Vergabeakten hinreichend dokumentierte Bewertungsmethode festzulegen. Da vorliegend aber bei einer vollständigen Neubewertung der Angebote durch ein neu zu besetzendes Gremium mit hinreichend konkreten, willkürfreien und vor der Wertung zu dokumentierten Vorgaben, die im Einklang mit den in der Ausschreibung und Vergabeunterlagen festgelegten Vorgaben stehen, eine transparente und dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Bewertung der Angebote noch möglich erscheint, ist hier ausnahmsweise eine Festlegung der Bewertungsmethode auch nach Vorliegen der Angebote noch vergaberechtskonform und eine Aufhebung nicht zwingend geboten.

dd) Soweit die Vergabekammer sich mit dem von der Antragstellerin beanstandeten von dem Antragsgegner beabsichtigten weiteren Vorgehen befasst hat, kann dahinstehen, ob der Würdigung der Vergabekammer zu folgen ist. Denn ein beabsichtigtes möglicherweise vergaberechtswidriges Vorgehen stellt, anders als Vergabekammer und Antragstellerin wohl meinen, noch keinen solchen Vergaberechtsverstoß dar (Senat, Beschluss vom 16. November 2021 - **Verg 8/19**, unter A. II. 2. A der Gründe).

III.

1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen, weil sie mit ihrer Beschwerde unterlegen ist (§ **175** Abs. 2 GWB in Verbindung mit § **71** S. 1 GWB). Sie hat auch die Kosten der Beigeladenen zu tragen, da diese sich aktiv auf Seiten des obsiegenden Antragsgegners mit Schriftsätzen und Anträgen am Beschwerdeverfahren beteiligt hat, so dass die Anordnung der Kostentragung billigem Ermessen nach § **175** Abs. 2 GWB in Verbindung mit entsprach.

Von den Kosten des Verfahrens über den Antrag nach § **173** Abs. 1 S. 3 GWB waren Antragstellerin und Antragsgegner die gerichtlichen Kosten je zur Hälfte aufzuerlegen und von der Anordnung einer Erstattung außergerichtlicher Kosten abzusehen. Das entspricht dem nach § **175** Abs. 2 GWB in Verbindung mit § **71** S. 1 GWB billigen Ermessen, nachdem sich dieses Nebenverfahren durch die Zusage des Antragsgegners, den Zuschlag bis zu einer Entscheidung über den Nachprüfungsantrag nicht zu erteilen, in der Hauptsache erledigt hat. Die Antragstellerin wäre insoweit voraussichtlich erfolgreich gewesen, weil bei der lediglich gebotenen summarischen Prüfung die Erfolgsaussichten ihres Nachprüfungsantrages nicht von der Hand zu weisen gewesen wären. Andererseits ist sie letztlich mit ihrem Nachprüfungsantrag in der Hauptsache unterlegen und hat der Antragsgegner durch seinen Verzicht auf den Zuschlag eine Entscheidung über den Antrag entbehrlich gemacht.

2. Der entsprechende, nur von der Antragstellerin gestellte Antrag, geht schon wegen des Anwaltszwangs nach § **175** Abs. 1 S. 1 GWB ins Leere, ansonsten aber auch, weil die Antragstellerin nach der Kostengrundentscheidung keine Kosten erstattet verlangen kann.

3. Gemäß § 50 Abs. 2 GKG beläuft sich der Streitwert für sowohl für das Hauptsacheverfahren als auch für das Verfahren über den Antrag nach § **173** Abs. 1 S. 3 GWB auf fünf Prozent des Auftragswertes. Maßgeblich ist der Bruttoauftragswert des Angebotes des Antragstellers. Dieser beläuft sich auf 1.152.696,52 Euro, fünf Prozent hiervon s 57.634,83 Euro.