

VK 3 – 13/07

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

....,

- Antragstellerin -

gegen

....,

- Antragsgegnerin -

wegen Eingliederungsmaßnahmen nach ..., Los ... im Bezirk des ..., hat die 3. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin am Bundeskartellamt Dr. Herlemann, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Grotzfeld und den ehrenamtlichen Beisitzer Pröhl auf die mündliche Verhandlung vom 06. März 2007 am 16. März 2007 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Wertung des Angebots der Antragstellerin entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens tragen die Beteiligten je zur Hälfte. Ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen trägt jede Beteiligte selbst.

Gründe

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb unter der Vergabenummer ... die Durchführung von Eingliederungsmaßnahmen ... für die Personengruppe ... im Bezirk des ... öffentlich aus. Die Leistung, in deren Rahmen insgesamt ca. 3.690 Personen an den Eingliederungsmaßnahmen teilnehmen sollten, sollte in ... Losen vergeben werden. Los ...

betrifft den Maßnahmeort ..., an dem ... Personen im Zeitraum vom ... bis zum ... an den Eingliederungsmaßnahmen teilnehmen sollten.

Auftraggeber der Maßnahme ist die Nach der Leistungsbeschreibung in Ziffer B.2.1 der Verdingungsunterlagen überträgt der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Konzeption und Durchführung der beruflichen Eingliederung von Personengruppen Ziel der Eingliederungsmaßnahmen soll die Integration der Teilnehmer durch ... sein. Vorgesehen ist die Vereinbarung einer bestimmten Eingliederungsquote (bei Los %), deren Erreichen nach Ziffer B.2.6.4 der Verdingungsunterlagen eine wesentliche Leistungspflicht des Auftragnehmers darstellt. Wird diese Eingliederungsquote nicht erreicht, ist vom Auftragnehmer ein Malus zu entrichten. Für die erfolgreiche Eingliederung erhält der Auftragnehmer ein Eingliederungshonorar in Höhe des Angebotspreises. Darüber hinaus zahlt die Ag für jeden zuzuweisenden Teilnehmer eine einmalige Aufwandspauschale.

Gemäß B.2.1 der Leistungsbeschreibung ist es zur Zielerreichung erforderlich,

"dass arbeitsmarktrelevante regionale Kontakte/Vernetzungen insbesondere zu Arbeitgebern bestehen, die einen Erfolg der Gesamtstrategie unterstützen. Sofern bisher keine Kontakte bestehen, sind diese entsprechend der Darstellung im Konzept nach Zuschlagserteilung umgehend herzustellen."

Gemäß den Verdingungsunterlagen hat der Auftragnehmer bestimmte produktbezogene Rahmenbedingungen zu gewährleisten. Dazu gehört unter anderem, dass die für die Auftrags Erfüllung erforderliche sächliche/technische Ausstattung am Maßnahmeort zur Verfügung stehen (z.B. PC-Ausstattung, Internet-Zugang). Ziffer B.2.6.5 der Verdingungsunterlagen regelt die Erreichbarkeit. Danach muss der Auftragnehmer "während der üblichen Geschäftszeiten" erreichbar sein. Daneben hat der Auftragnehmer

"für die Anliegensklärung der zugewiesenen Teilnehmer ohne vorherige Terminvereinbarung an mindestens einem Wochentag für mindestens 2 Stunden innerhalb der üblichen Geschäftszeiten feststehende gleich bleibende Sprechzeiten für persönliche Vorsprachen einzurichten."

Die Verdingungsunterlagen sehen vor, dass ein nach den Vorgaben der Bewertungsmatrix gegliedertes Gesamtkonzept eingereicht wird, dessen Bewertung ausschlaggebend für den Zuschlag sein soll. Ziffer B.3 der Verdingungsunterlagen legt die folgenden Anforderungen an die Konzeptdarstellung fest:

"Wertungskriterien	Anforderungen an die Darstellung
---------------------------	---

I.1	Zu beschreiben sind alle regionalspezifischen arbeitsmarkt-relevanten Kontakte/Vernetzungen insbesondere zu Arbeitgebern, die einen Erfolg der Gesamtstrategie unterstützen. Sofern bisher keine Kontakte bestehen, ist darzustellen, wie diese hergestellt werden sollen.
II.1	Zu beschreiben ist, wie die Einschätzung der Eingliederungschancen erfolgt, die strategische Vorgehensweise zur Aktivierung / Unterstützung und Qualifizierung der Personengruppe und die Maßnahmen zur Erreichung der Eingliederungsquote
II.2	Darzustellen sind alternative Lösungsansätze und deren Umsetzung
III.1	Zu beschreiben sind maßnahmeorientierte Module zur Verbesserung des Engagements und der Motivation sowie zum Abbau berufsfachlicher Defizite.
III.2	Darzustellen sind die geplanten Aktivitäten und Maßnahmen zur Beseitigung bzw. Reduzierung von Problemen, die in der Person oder in dem persönlichen Umfeld liegen sowie die Aktivitäten und Maßnahmen zum Erhalt der Marktfähigkeit und zur Verbesserung der Eingliederungschancen
IV.1	Zu beschreiben sind anhand eines Beispiels unter Berücksichtigung der im Los- und Preisblatt genannten Personengruppe die teilnehmerbezogenen Aktivitäten / Vorgehensweisen vom Zeitpunkt der Zuweisung bis zur Eingliederung hinsichtlich ihrer Intensität und des Umfangs.
IV.2	Bei IV.2 sind keine Ausführungen erforderlich, weil bewertet wird, in wie weit die Zusammenführung der Ausführungen zu den Wertungsbereichen II. bis III. unter Berücksichtigung von IV.1 zu einem Gesamtstrategiepapier den Eingliederungserfolg erwarten lässt."

In der Bewertungsmatrix sind sodann Wertungsbereiche und Wertungskriterien wie folgt aufgeführt:

"Wertungsbereiche	Wertungskriterien
I. Vernetzung	I.1 Regionale Vernetzung und Kontakte in Bezug auf Arbeitgeber und Personengruppe
II. Eingliederungskonzeption und -strategie	II.1 Einschätzung der Eingliederungschancen und strategische Vorgehensweise zur Erreichung der Eingliederungsquote
	II.2 Entwicklung alternativer Perspektiven
III. Maßnahmeorientierte Module und personenbezogene Ansätze	III.1 Ausgestaltung und Inhalt der maßnahmeorientierten Module
	III.2 Aktivitäten und Maßnahmen

IV. Durchführungsqualität	IV.1 Art, Umfang und Intensität der Arbeit mit der Personengruppe
	IV.2 Schlüssigkeit des Gesamtkonzepts auch hinsichtlich der Erfahrung des einzusetzenden Personals und des personellen Ressourceneinsatzes"

Für die Bewertung der Konzepte sollten gemäß Ziffer A.8 der Verdingungsunterlagen vier Bewertungsstufen von 0 bis 3 Punkten gelten. Hinsichtlich der Bewertung wurde ausgeführt:

- "0 Punkte: Das Leistungsangebot des Bieters entspricht nicht den Anforderungen.**
- 1 Punkt: Das Leistungsangebot des Bieters entspricht mit Einschränkungen den Anforderungen.**
- 2 Punkte: Das Leistungsangebot des Bieters entspricht den Anforderungen.**
- 3 Punkte: Das Angebot des Bieters ist der Zielerreichung in besonderer Weise dienlich.**

Ein Konzept wird mit **0 Punkten** bewertet, wenn die genannten Anforderungen nicht erfüllt sind oder die Konzeption inhaltlich nicht schlüssig dargestellt wurde. Dies gilt auch, wenn die Anforderungen lediglich stichpunktartig ohne weitere konzeptionelle Ausführungen wiederholt werden. Außerdem wird ein Konzept mit Null Punkten bewertet, wenn es im Hinblick auf die Zielsetzung der Maßnahme keinen Erfolg verspricht.

Ein Konzept wird mit **1 Punkt** bewertet, wenn die genannten Anforderungen mit Einschränkungen erfüllt sind oder die Konzeption inhaltlich Unschärfen aufweist, die Konzeption der Maßnahme aber insgesamt eine erfolgreiche Durchführung erwarten lässt.

Ein Konzept wird mit **2 Punkten** bewertet, wenn die genannten Anforderungen erfüllt sind und die Konzeption inhaltlich schlüssig dargestellt ist sowie im Hinblick auf die Zielsetzung der Maßnahme Erfolg verspricht.

Ein Konzept wird mit **3 Punkten** bewertet, wenn die Konzeption der Zielerreichung in besonderer Weise (z.B. kreative Ideen) dienlich ist und dies in der Konzeption inhaltlich schlüssig dargestellt."

"Die Bewertung mit 0 Punkten in **einem** Wertungskriterium führt zum Ausschluss des Angebotes.

Angebote, bei denen die Summe der Punkte nicht mindestens 85 Prozent der Gesamtpunktzahl beträgt, welche bei durchgängiger Bewertung in der Wertungsstufe "2 Punkte – entspricht den Anforderungen" erreicht wird, werden von der weiteren Wertung ausgeschlossen."

An der Ausschreibung auf das Los 9 beteiligte sich einzig die Antragstellerin (ASt) durch fristgerechte Abgabe eines Angebotes.

Die Ag prüfte und bejahte die Auskömmlichkeit des Angebots der ASt. Bei der fachlichen Wertung wurde das Angebot im Wertungsbereich "I. Vernetzung" bezüglich des Kriteriums "I.1 Regionale Vernetzung und Kontakte in Bezug auf Arbeitgeber und Personengruppe" mit 0 Punkten, im Wertungsbereich "III. Maßnahmeorientierte Module und personenbezogene Ansätze" bezüglich des Kriteriums "III.2 Aktivitäten und Maßnahmen" mit 2 Punkten und bezüglich der weiteren Wertungskriterien durchgehend mit 1 Punkt bewertet. Im Prüfbogen der Vergabeakte vom 23. Januar 2007 merkte die Wertungsgruppe der Ag im Einzelnen Folgendes an:

"Wertungskriterien	Anmerkungen der Prüfgruppe
zu I.1
zu II.1
zu II.2
zu III.1
zu III.2
zu IV.1
zu IV.2

Das Angebot der ASt wurde ausgeschlossen, weil ihr Konzept bei dem Wertungskriterium I.1 mit Null beurteilt wurde. Die Ag hob sodann die Ausschreibung mangels Vorliegens eines den Ausschreibungsbedingungen entsprechenden Angebots nach § 26 Nr. 1 a) VOL/A auf. Mit Schreiben vom 24. Januar 2007 setzte die Ag die ASt hiervon in Kenntnis.

Mit Schreiben vom 26. Januar 2007 erhob die ASt bei der Vergabepflichtstelle der Ag "Widerspruch" gegen die Bewertung ihres Konzepts durch die Ag und die damit zusammenhängende Aufhebung der Ausschreibung zu Los 9. Die ASt informierte das Regionale Einkaufszentrum über diese Vorgehensweise. Mit Schreiben vom 8. Februar 2007 wies die Vergabepflichtstelle nach Vorlage der Vergabeunterlagen durch die Ag den Prüfantrag der ASt als unbegründet zurück.

2. Am 09. Februar 2007 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes. Diesen Antrag hat die Kammer der Ag am 13. Februar 2007 zugestellt.

a) Die ASt ist der Auffassung, dass der Ausschluss ihres Angebotes rechtswidrig sei.

Die Ag habe bei der Bewertung des Konzeptes der ASt bei nahezu allen Wertungskriterien ihren Beurteilungsspielraum überschritten, indem sie einen falschen Sachverhalt zugrundegelegt, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe nicht eingehalten und schließlich sachfremde Erwägungen angestellt habe.

Beim Wertungskriterium I.1 habe die vorhandene regionale Vernetzung und die Kontakte zu den Unternehmen nur beschrieben werden müssen. Diesen Anforderungen habe das Angebot der ASt entsprochen. Richtig sei, dass die ASt in ihrem konzeptuellen Darstellung den Schwerpunkt auf die Vernetzung gelegt habe. Es sei aber unzutreffend, dass – wie die Prüfgruppe beanstandete – nur Kontakte zu Verbänden und privaten Arbeitsvermittlern genannt worden seien. Die namentlicher Aufzählung von Unternehmen sei nicht gefordert gewesen.

Im Rahmen der Angebotsbewertung dürfe nicht darauf abgestellt werden, dass die Qualifikationsangebote der ASt nicht finanzierbar seien. Die Ag habe die Kalkulation der ASt bereits überprüft und nicht beanstandet. Fortbildungen, deren Kosten die Aufwandspauschale überstiegen, lohnten sich dann, wenn für die dadurch ermöglichte Eingliederung der Bonus gezahlt werde.

Beim Wertungskriterium II.1 beanstandete die Ag darüber hinaus zu Unrecht, dass die Strategien nicht konkret beschrieben seien. Es würden im Konzept insgesamt ... Maßnahmeabschnitte konkret benannt und auf jeweils einer halben Seite auch näher erklärt. Unter Berücksichtigung der Vorgabe von 20 Seiten für das Konzept sei davon auszugehen, dass diese Darstellung die gestellten Anforderungen erfülle. Auch die Anmerkung, es sei keine Aussage zur Kontaktdichte zwischen der ASt und den Teilnehmern getroffen worden sei, sei völlig haltlos. Zwar enthalte das Konzept der ASt keine starre Vorgabe, in welchen Abständen die Teilnehmer zu erscheinen hätten. Dies sei aber in den Verdingungsunterlagen nicht gefordert und für die Zielerreichung auch nicht erforderlich. Aussagen zur Kontaktdichte seien aber dennoch im Konzept vorhanden. Beispielsweise sei angegeben, dass Darüber hinaus lasse sich eine hohe Kontaktdichte auch der Art und Weise der beschriebenen Maßnahme entnehmen.

Bei Punkt II.2 des Konzepts beanstandete die Ag zwei der Lösungsansätze als unrealistisch bzw. arbeitsmarktfremd. Dies sei unzutreffend, da sich auch durch die genannten

Möglichkeiten Arbeitsplätze erhalten oder zusätzliche Beschäftigungsmöglichkeiten generieren ließen und diese Lösungsansätze deshalb nicht generell ausgeschlossen werden sollten.

Die Ausgestaltung und der Inhalt der maßnahmeorientierten Module (Wertungskriterium III.1) seien auf ... Seiten des Konzepts ausführlich beschrieben. Daher sei die Bewertung der Ag, die Module seien unzureichend tief inhaltlich beschrieben, nicht nachvollziehbar. Die Anmerkung, dass die Erreichbarkeitszeiten des Trägers unklar seien, sei falsch. Mit Abgabe ihres Angebots habe sich die ASt verpflichtet, die in den Verdingungsunterlagen an die Erreichbarkeit gestellten Mindestanforderungen (vgl. Punkt B.2.6.5) einzuhalten. Darüber hinaus sei im Konzept angegeben, dass die Geschäftsstelle Neubrandenburg der ASt von Montag bis Freitag über die üblichen Geschäftszeiten hinaus besetzt sei.

Der bei Wertungskriterium IV.1 erhobene Vorwurf, dass die beschriebene Beispielskandin keine wesentlichen Vermittlungshemmnisse aufweise, sei unzutreffend. Zielgruppe seien Arbeitslose, die

Auch die Bewertung des Gesamtkonzepts (Wertungskriterium IV.2) sei falsch: Für die mit den Angeboten zu erstellenden Konzepte habe die Ag Wertungsbereiche und Wertungskriterien vorgegeben, die weder exakt formuliert noch ausreichend abgegrenzt seien. Damit seien Doppelungen in der Beschreibung geforderter Leistungen unvermeidbar. Darüber hinaus könne aus der grafischen Darstellung des Empfangsbereichs, die der Anschaulichkeit halber ... PC und ... Stühle enthalte, nicht geschlossen werden, es stünden nur ... PC und ... Stühle zur Verfügung.

Der ASt beantragt daher,

1. die Entscheidung betreffend die Aufhebung der Ausschreibung durch das – aufzuheben,
2. der ASt den Zuschlag zur Durchführung der Eingliederungsmaßnahme, Los, zu erteilen,
3. die Kosten für das Verfahren der Ag zuzuweisen,
4. von der Erhebung einer Gebühr entsprechend § 128 Abs. 3 GWB ganz oder teilweise abzusehen.

b) Die Ag beantragt,

den Antrag auf Nachprüfung zurückzuweisen.

Die Ag ist der Ansicht, bei der Bewertung der Angebotes der ASt von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen zu sein und die Bewertung frei von sachfremden Erwägungen und Willkür vorgenommen zu haben. Beurteilungs- bzw. Ermessensfehler lägen nicht vor.

Das Konzept der ASt habe keine detaillierte und schlüssige Darstellung der regionalen Vernetzung bzw. der arbeitsmarktrelevanten Kontakte zu Arbeitgebern und Personengruppe aufgewiesen. Die ASt benenne in Ihrem Konzept nur Kontakte zu ... und Konkrete Angaben zu seien nicht erfolgt. Es fehlten namentliche Nennungen von Unternehmen, zu denen Kontakte bestünden. Es fehlten des weiteren Bezugnahmen auf die konkret zu vermittelnde Personengruppe. Daher sei es der Wertungsgruppe der Ag unmöglich gewesen, eine Prognose der Erfolgsaussichten der Gesamtstrategie vorzunehmen. Die Ag benötige zu einer solchen Prognose keine Allgemeinfloskeln, welche auf jeden beliebigen regionalen Arbeitsmarkt im Bundesgebiet bzw. auf jede Personengruppe übertragbar sei. Die Ag müsse sich mit den konzeptionellen Ausführungen eines Bieters die Möglichkeit eröffnen, einen direkten Bezug zum regionalen Arbeitsmarkt herzustellen, um die Ausführungen des Konzepts auf Schlüssigkeit hinsichtlich der praktischen Umsetzungsmöglichkeiten und Realisierbarkeiten zu überprüfen und prognostizieren zu können. Diese Ansprüche an das Konzept der Bieter würden sich aus den Verdingungsunterlagen ergeben, insbesondere Ziffer A.8 zu den Bewertungsstufen, Ziffer B.2.1 zum Ziel der Eingliederungsmaßnahmen, Ziffer B.2.6.4 zur Festlegung einer Eingliederungsquote sowie Ziffer B.3 zu den Anforderungen an die Darstellung des Konzeptes der Bieter.

Selbst bei einer Bewertung mit 1 oder 2 Punkten im Wertungsbereich „I. Vernetzung“, Wertungskriterium „I.1 Regionale Vernetzung und Kontakte in Bezug auf Arbeitgeber und Personengruppe“ müsse das Angebot der ASt nach den Vorgaben der Verdingungsunterlagen in Ziffer A.8 hätte ausgeschlossen werden. Das Konzept der ASt erreiche selbst in diesem Fall nicht die mindestens erforderlichen 85 % der Leistungs-

punkte, da es auch bei den übrigen Wertungskriterien überwiegend mit lediglich 1 Punkt bewertet worden sei.

Der ASt wurde antragsgemäß unter Beachtung von Geschäftsgeheimnissen Akteneinsicht gewährt.

In der mündlichen Verhandlung am 06. März 2006 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf die eingereichten Schriftsätze, die Verfahrensakte und die Vergabeakten, die der Vergabekammer vorgelegen haben, Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und teilweise begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer des Bundes ist zuständig zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, da die Ag öffentlicher Auftraggeber ist (§ 98 Nr. 2 GWB), es sich bei dem streitgegenständlichen Auftrag um einen öffentlichen Auftrag handelt, der dem Bund zuzurechnen ist (§ 104 Abs. 1 GWB), und die Schwellenwerte (§§ 100 Abs. 1, 127 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 VgV) überschritten werden. Die Tatsache, dass gemäß § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A i.V.m. Ziff. 22 Anhang I B für die hier vorliegenden Eingliederungsmaßnahmen als Dienstleistungen der Arbeitsvermittlung keine europaweite Ausschreibung stattzufinden hatte bzw. die a-Paragrafen überwiegend keine Anwendung finden, ist für die Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens ohne Belang; insoweit kommt es allein auf die diesbezüglich einschlägigen Vorschriften an, die keine Ausnahmeregelung für Dienstleistungen der Arbeitsvermittlung enthalten.
- b) Die ASt ist antragsbefugt, da sie ein Interesse an dem Auftrag hat und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch die Verletzung von Vergabevorschriften geltend macht.

Es ist zulässig, einen Nachprüfungsantrag auch in einem Zeitpunkt anhängig zu machen, in dem die streitgegenständliche Ausschreibung bereits aufgehoben ist, denn durch die Nichtbeachtung der die Aufhebung der Ausschreibung betreffenden Ver-

gabevorschriften (§ 26 Nr. 1 VOL/A) kann ein Bieter in seinen Rechten verletzt zu sein. (vgl. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02; Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 19. November 2003, VII-Verg 59/03). § 26 Nr. 1 VOL/A stellt das vergaberechtliche Gebot auf, ein Vergabeverfahren nur aus den in der Regelung aufgezählten Gründen aufzuheben. Es soll sichergestellt werden, dass die Aufhebung der Ausschreibung nicht als Maßnahme der Diskriminierung einzelner Bieter missbraucht werden kann. Die Regelung hat damit bieterschützenden Charakter im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB.

Der ASt droht infolge der behaupteten Vergaberechtsverstöße ein Schaden i.S.d. § 107 Abs. 2 S. 2 GWB, denn bei Fortführung des Vergabeverfahrens und Neuwertung ihres Angebots hätte die ASt als einzige Bieterin auf Los ... Chancen auf Erteilung des Zuschlags. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der Ausschreibende durch die Aufhebung seinen unabänderlichen Willen zum Ausdruck gebracht hätte, den ausgeschriebenen Auftrag nicht mehr zu vergeben. Dann kann er hierzu nicht gezwungen werden (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02). Die Ag hat jedoch in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass – auch wenn die Betroffenen teilweise bereits in anderen Maßnahmen untergebracht sind – die Maßnahme auch hinsichtlich des hier maßgeblichen Vertragszeitraums bis 30. September 2008 bei nächster Gelegenheit neu öffentlich ausgeschrieben werden wird. Der Bedarf besteht also insoweit nach wie vor und soll auch durch eine Neuvergabe gedeckt werden. Andernfalls käme im Übrigen eine Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung der Ausschreibung in Betracht.

- c) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB nachgekommen. Sie hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße auf das Schreiben der Ag gemäß § 13 VgV vom 24. Januar 2007 unverzüglich i.S.d. § 107 Abs. 3 S. 1 GWB mit Schreiben vom 26. Januar 2007 gegenüber der Ag gerügt. Das als "Widerspruch" bezeichnete Schreiben vom 26. Januar 2007 war zwar an die an die Vergabepflichtstelle gerichtet. Im vorliegenden Fall handelt es sich aber bei der Vergabepflichtstelle und dem Auftraggeber um dieselbe Rechtsperson, nämlich die Bundesagentur für Arbeit, mit der auch der Vertrag zustande kommt. Darüber hinaus ist das ..., das den Auftraggeber als Vergabestelle vertritt, entsprechend informiert worden. Dem Zweck des § 107 Abs. 3 GWB, dem Auftraggeber Gelegenheit zu geben, seine Entscheidung noch einmal zu

überprüfen und gegebenenfalls Abhilfe zu schaffen, ist daher hier in vollem Umfang Genüge getan.

2. Der zulässige Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet. Die Ag hat das Angebot der ASt, das das einzige für Los ... abgegebene Angebot war, nicht ordnungsgemäß bewertet, so dass die Neuwertung des Angebots der ASt anzuordnen ist. Die beantragte Erteilung des Zuschlags an die ASt kann die Vergabekammer jedoch nicht anordnen, da sie ansonsten ihre eigene Bewertung an die Stelle der Bewertung der Vergabestelle setzen würde.

Beanstandungen an der Bewertung des Angebots eines Bieters durch die Vergabestelle können, da der Vergabestelle insoweit ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist bzw. ihr ein Ermessen zusteht, nur auf das Zugrundeliegen eines falschen Sachverhaltes, auf Nichteinhaltung allgemeingültiger Bewertungsmaßstäbe, auf Ungleichbehandlung, Willkür oder sachfremde Erwägungen gestützt werden. Der Vergabekammer ist es bei der Überprüfung verwehrt, ihre eigene Bewertung an die Stelle der Bewertung der Vergabestelle zu setzen. Nur ausnahmsweise, wenn nämlich die Voraussetzungen einer Ermessensreduzierung auf Null vorliegen, das heißt eine bestimmte Wertung zwingend ist, ist es den Nachprüfungsinstanzen erlaubt, diese Wertung an die Stelle einer Wertung der Vergabestelle treten zu lassen (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschlüsse vom 19. Januar 2005 – VII-Verg-58/05, vom 23. März 2005 – VII-Verg 68/04, vom 27. Juli 2005 – VII-Verg 108/04, vom 18. Oktober 2006 – VII-Verg 37/06 und vom 22. Januar 2007, VII-Verg 46/06).

- a) Hieran gemessen weist die Bewertung des Angebots der ASt durch die von der Ag eingesetzt Prüfgruppe in mehrfacher Hinsicht Beurteilungs- bzw. Ermessensfehler auf.

- (1) Die ASt hat zunächst bei der Vergabe von 0 Punkten für das Wertungskriterium I.1. Bewertungsmaßstäbe nicht eingehalten. Nach den Verdingungsunterlagen führt die Bewertung mit 0 Punkten zum Ausschluss des Angebots. Diese schwerwiegende Rechtsfolge ist bei der Beurteilungsentscheidung mit zu berücksichtigen. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ist – auch innerhalb einer Bandbreite vertretbarer Entscheidungen (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juli 2005, VII Verg 108/05) – derjenigen Entscheidung der Vorzug zu geben,

die nicht zum vollständigen Ausschluss des Angebots führt. Die Vergabe von 0 Punkten und der darauf gestützte Ausschluss des Angebots ist nur dann gerechtfertigt, wenn eindeutig feststeht, dass die von der Vergabestelle aufgestellten Anforderungen nicht erfüllt sind. Dies ist vorliegend nicht der Fall:

- Die Begründung der Prüfgruppe, es seien nur Kontakte zu ... und ... benannt und konkrete Angaben zu ... nicht gemacht worden, ist in dieser Absolutheit unzutreffend. Zwar ist den Verdingungsunterlagen zu entnehmen, dass Kontakte zu Arbeitgebern zu beschreiben waren. Die Ag hat hier an mehreren Stellen deutlich gemacht, dass vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Maßnahme gerade diesen Kontakten zu den Arbeitgebern zentrale Bedeutung zukommen soll. Solche Kontakte sind im Konzept der ASt in der Tat eher spärlich beschrieben. Die Anmerkung der Prüfgruppe, es seien nur Kontakte zu ... und ... benannt, trifft aber so nicht zu. Es finden sich zumindest Hinweise auf die Zusammenarbeit mit Unternehmen, beispielsweise im Rahmen eines ... und durch die Durchführung betrieblicher und überbetrieblicher Weiterbildungsmaßnahmen. Dazu kommt, dass die Vorgaben der Ag in den "Anforderungen an die Darstellung" einerseits und der Bewertungsmatrix andererseits voneinander abweichen. Wertungskriterium der Bewertungsmatrix ist nur die regionale Vernetzung in Bezug auf Arbeitgeber und Personengruppe während nach den Anforderungen an die Darstellung im Konzept alle regionalspezifischen arbeitsmarktrelevanten Kontakte/Vernetzungen zu beschreiben waren. Dazu gehören auch die von der ASt dargestellten Kontakte zu ... und anderen Die Diskrepanz zwischen "Anforderungen an die Darstellung" und Bewertungsmatrix lässt sich dadurch in Einklang bringen, dass über Kontakte zu Unternehmensverbänden selbstverständlich auch Kontakte zu deren Mitgliedern, den Unternehmen, vermittelt werden. Dann müssen solche Kontakte aber auch im Rahmen der Bewertung als den Anforderungen entsprechend angesehen werden. Ebenfalls nachvollziehbar ist – worauf die ASt in ihrem Konzept unter I.1 hinweist – dass über eine Zusammenarbeit mit ... "die Kontakte der ASt zu Arbeitgebern mit Mitarbeiterbedarf" erweitert werden. Schließlich weist die ASt in ihrem Konzept auch mehrfach speziell auf ihre Vernetzung im Raum ... hin, so dass auch der geforderte regionale Bezug erkennbar wird. Nach alledem ist jedenfalls auszuschließen, dass die in den

Verdingungsunterlagen genannten Anforderungen überhaupt nicht erfüllt sind, was zur Folge hat, dass die Bewertung mit 0 Punkten nicht in Betracht kommt.

- Die Bewertung mit 0 Punkten kann sich auch nicht auf das von der Vergabeprüfstelle und im vorliegenden Nachprüfungsverfahren von der Ag vorgebrachte Argument stützen, die ASt habe Unternehmen nicht namentlich benannt. Eine Forderung nach namentlicher Benennung von Unternehmen, zu denen Kontakte bestehen, lässt sich den Verdingungsunterlagen nämlich nicht entnehmen, das Fehlen kann nicht zu Lasten der ASt berücksichtigt werden (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2007, VII-Verg 46/06).
 - Auch das im Nachprüfungsverfahren vorgebrachte Argument, die ASt habe bei der Beschreibung der Vernetzung nicht auf die zu vermittelnde spezifische Personengruppe Bezug genommen, rechtfertigt hier nicht die Vergabe von 0 Punkten. Die zu vermittelnde Personengruppe ist in den Verdingungsunterlagen sehr allgemein beschrieben als "...". Das bedeutet, dass ein breites Spektrum an sehr spezifischen individuellen Problemen auftreten kann. Da der Bieter bei Angebotsabgabe noch nicht wissen kann, welche besonderen Probleme die von ihm zu vermittelnde Personengruppe haben wird, kann er hierzu zwangsläufig nur allgemeine Aussagen machen oder Beispiele bilden, von denen er nicht weiß, ob diese die Probleme der ihm zuzuweisenden Teilnehmer auch nur teilweise abbilden. Außerdem stimmen auch hier die "Anforderungen an die Darstellung" nicht mit den Wertungskriterien überein: die Bezugnahme auf die Personengruppe ist in den Anforderungen an die Konzeptdarstellung überhaupt nicht erwähnt. Bieter, die sich vor allem an den "Anforderungen an die Darstellung" orientiert haben, konnten die Erforderlichkeit der Bezugnahme auf die Personengruppe leicht übersehen. Auch dies schließt es aus, dass unter Berufung auf das Fehlen dieser Angabe die mit dem Ausschluss des Angebots verbundenen 0 Punkte vergeben werden.
- (2) Die Prüfgruppe hat darüber hinaus auch bei den Wertungskriterien III.1. und IV.2 unter Verletzung allgemeiner Bewertungsmaßstäbe Angaben der ASt, die nach den Verdingungsunterlagen nicht erforderlich waren, negativ bewertet.

- Dies betrifft zum einen die Beanstandung der unklaren Erreichbarkeitszeiten der ASt beim Wertungskriterium III.1. Diese Anmerkung der Prüfgruppe bezieht sich eindeutig auf die in Abschnitt III.1 des Konzepts der ASt enthaltene Angabe, dass die Geschäftsstelle ... von Montag bis Freitag über die üblichen Geschäftszeiten hinaus erreichbar sei. Die Anforderungen an die Erreichbarkeit des Trägers sind in den Verdingungsunterlagen unter B.2.6. geregelt. Diese werden Bestandteil des zwischen dem Bieter und der Ag abzuschließenden Vertrages, ohne dass es hierzu weiterer Ausführungen des Bieters in Rahmen seines Angebotskonzepts bedarf. Weder den "Anforderungen an die Darstellung" noch der Bewertungsmatrix ist zu entnehmen, dass zusätzliche Angaben zur Erreichbarkeit zu machen waren. Ausführungen des Bieters zu Punkten, über die gar keine Angaben gefordert waren, dürfen aber im Rahmen der Angebotswertung auch nicht negativ berücksichtigt werden (vgl. Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2007, VII-Verg 46/06). Dazu kommt, dass die Ag selbst in den Verdingungsunterlagen mit der Forderung der Erreichbarkeit "während der üblichen Geschäftszeiten" eine unklare Vorgabe gemacht hat und der ASt, die sich nur an der genannten Formulierung orientiert hat, dies nun zum Vorwurf macht.
- Ebenfalls nicht erforderlich waren Angaben zur Anzahl der zur Verfügung stehenden PCs, die die Prüfgruppe bei dem Wertungskriterium IV.2 zu Lasten der ASt berücksichtigt hat. Nach den Verdingungsunterlagen waren zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht einmal geeignete Räumlichkeiten nachzuweisen, geschweige denn deren Ausstattung. Dem Bieter wurde auch hier lediglich die Verpflichtung auferlegt, die erforderliche räumliche, sächliche und technische Ausstattung zur Verfügung zu stellen (vgl. Ziffer B.2.5). Angeblich ungenaue Angaben zur Anzahl der PCs oder gar die Anzahl der im Lageplan eingetragenen PCs durften daher bei der Bewertung des Gesamtkonzepts keine Rolle spielen.

(3) Schließlich hat die Prüfgruppe der Ag Wertungsstufen unzulässigerweise vermischt als sie bei den Wertungskriterien II.1 und III.1 die Finanzierbarkeit bestimmter angebotener Maßnahmebestandteile (Qualifikationsangebote und Wei-

terbildungen) in Frage gestellt hat. Die Wertung der Angebote nach § 25 VOL/A erfolgt in vier Stufen: Der Prüfung des Vorliegens von Ausschlussgründen folgt die Prüfung der Eignung, sodann die Auskömmlichkeitsprüfung und zuletzt die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots. Diese vier vorgegebenen Wertungsstufen sind strikt voneinander zu trennen, eine Vermischung ist unzulässig (Bundesgerichtshof, Urteil vom 8. September 1998 – X ZR 10/96). Die Ag hat hier unter Verstoß gegen diese Vorgabe mit der Finanzierbarkeit ein Kriterium berücksichtigt, das im Rahmen der Auskömmlichkeitsprüfung nach § 23 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A und nicht im Rahmen der Zuschlagsentscheidung als solcher zu berücksichtigen ist. Bei der Auskömmlichkeitsprüfung nach § 23 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A sind nach dem Wortlaut der Regelung die Angebotspreise ins Verhältnis zu setzen zu der zu erbringenden Leistung. Die Frage der finanziellen Umsetzbarkeit der angebotenen Leistung oder einzelner Leistungsbestandteile ist daher Bestandteil der Auskömmlichkeitsprüfung, die von der Ag ja auch durchgeführt wurde. Hierbei wurde festgestellt, dass sich aus der Kostenkalkulation keine berechtigten Zweifel an der ordnungsgemäßen Durchführung der Maßnahme begründen. Die Finanzierbarkeit hätte daher nicht nochmals als Wertungskriterium herangezogen werden dürfen. Zudem ist der Ansatzpunkt der Prüfgruppe, die Umsetzungsmöglichkeit der angebotenen Weiterbildungen alleine an der Aufwandspauschale zu messen, falsch, denn dadurch bleibt der Angebotspreis unberücksichtigt. Die ASt hat hierzu im Ergebnis überzeugend vorgetragen, dass auch das Eingliederungshonorar für die Finanzierung dieser Angebote mit in Betracht kommt, wenn durch die Qualifikationsmaßnahme eine Vermittlung erreicht werden kann.

b) Weitere Beurteilungs- oder Ermessensfehler der Ag sind nicht feststellbar.

- Soweit die Prüfgruppe das Fehlen einer konkreten Beschreibung (vgl. Wertungskriterium II.1) oder inhaltlich ausreichend tiefen Beschreibung (vgl. Wertungskriterium III.1) beanstandet, steht dies in Übereinstimmung mit den bekannt gemachten Wertungskriterien und Wertungsmaßstäben. Der Umfang der Darstellung, auf den sich die ASt demgegenüber beruft, sagt noch nichts über deren inhaltliche Qualität aus. Der ASt ist allerdings zuzugeben, dass die Konzeptdarstellung nicht so konkret sein muss, dass die Quellen für Stellenangebote offengelegt werden müssen.

- Die von der Prüfgruppe fast durchgängig aufgegriffene mangelnde Konkretheit spiegelt sich auch in dem Kritikpunkt beim Wertungskriterium II.1, es sei keine Aussage zur Kontaktdichte zwischen ASt und Teilnehmer in dem Konzept enthalten. Dies ist zutreffend, denn im Konzept der ASt sind nur hinsichtlich einzelner Maßnahmebestandteile (...) konkrete Zeitpunkte genannt. Es mag sein, dass die Maßnahme, so wie von der ASt beschrieben, nur erfolversprechend durchführbar ist, wenn intensive Kontakte zwischen Teilnehmer und Auftragnehmer bestehen. Gerade die erfolversprechende Durchführung der Maßnahme muss aber von der Ag anhand des Konzepts überprüft werden können. Wo sich keine oder nicht hinreichende Aussagen finden, kann dies zulässigerweise zu Lasten des Bieters bei der Bewertung berücksichtigt werden.

 - Die Einschätzung der Prüfgruppe, die unter II.2 angebotenen Lösungsansätze seien zum Teil unrealistisch, zum Teil arbeitsmarktfremd beruht – wie auch die ASt im Ergebnis eingesteht – nicht auf einem falschen Sachverhalt. Zwar ist es dem Bieter unbenommen, diese Lösungsansätze trotzdem anzubieten, eine kurze Erläuterung – beispielsweise dergestalt, wie sie hier schriftsätzlich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens gegeben wurde – bereits im Angebot hätte es der Ag ermöglicht, die entsprechenden Lösungsansätze im von der ASt gewünschten Sinne einzuordnen.

 - Es ist auch nachvollziehbar, dass die Ag unter Punkt IV.1 von der ASt dargestellte Beispielskundin als Kundin ohne wesentliche Vermittlungshemmnisse bezeichnet hat. Zwar liegen durchaus – wie die ASt zutreffend geltend macht – ... Vermittlungshemmnisse vor. Nach der Teilnehmerbeschreibung in den Verdingungsunterlagen müssen damit aber auch ... verbunden sein. Die Einschätzung der Ag, dass die bei der Beispielskundin die Vermittlungshemmnisse nicht so schwerwiegend sind, ..., ist für die Vergabekammer durchaus nachvollziehbar:
- c) Dem Antrag der ASt auf Zuschlagserteilung wäre nur dann stattzugeben, wenn feststünde, dass das Angebot den Ausschreibungsbedingungen entspricht, also insbesondere die geforderten 85 % der Gesamtpunktzahl bzw. durchschnittlich zwei Punkte bei

jedem Wertungskriterium erreicht. Dies kann die Vergabekammer jedoch nicht feststellen, ohne ihre eigene Bewertung unzulässigerweise an die Stelle der Bewertung der Vergabestelle zu setzen. Denn es ist gerade nicht so, dass die Vergabe von mindestens zwei Wertungspunkten bei allen Wertungskriterien das einzige vergaberechtskonforme Wertungsergebnis darstellt. Die Ag hat die Vergabe von lediglich einem Punkt nämlich nicht allein auf die von der Vergabekammer als ermessensfehlerhaft beanstandeten Begründungen, sondern auch auf andere – sachgerechte – Gesichtspunkte gestützt. Es ist Aufgabe der Ag, hier sorgfältig zu überprüfen, ob diese Gesichtspunkte für sich genommen eine Beibehaltung der vorgenommenen Bepunktung rechtfertigen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 3 S. 2 VwVfG und folgt dem Maß des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten. Bei der Kostenverteilung hat die Vergabekammer berücksichtigt, dass die ASt mit ihrem Begehren nicht in vollem Umfang obsiegt hat. Ihrem Antrag, den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen, ist nämlich nicht entsprochen worden.

Eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen findet bei einem hälftigen Obsiegen bzw. Unterliegen beider Verfahrensbeteiligter nicht statt

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Grotzfeld