



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 117/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Anbau, Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis zu medizinischen Zwecken“ – EU-Bekanntmachung: 2017/S 070-13187 - hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Ott auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 2017 am 13. November 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Für den Fall fortbestehender Beschaffungsabsicht wird die Ag verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten zurückzusetzen, die Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung zu überarbeiten und

anschließend die ausgewählten Bieter erneut zur Abgabe von Erstangeboten aufzufordern.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin jeweils zu zwei Drittel. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin jeweils zu einem Drittel.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin war jeweils notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb die Vergabe eines „Vertrags über den Anbau, die Weiterverarbeitung, Lagerung, Verpackung und Lieferung von Cannabis zu medizinischen Zwecken“ in zehn Losen europaweit aus (EU-Bekanntmachung: [...]).

In den Bewerbungsbedingungen (bezeichnet als „Aufforderung zur Abgabe von Angeboten/Bewerbungsbedingungen“), die wie die übrigen Vergabeunterlagen über einen Link unter Ziffer I.3) der Auftragsbekanntmachung elektronisch abrufbar waren, heißt es unter anderem:

„[...]“

2. Vertragsgegenstand/Leistungsbeschreibung/Mindestbedingungen

- *Der Auftragsgegenstand ergibt sich aus der beigefügten Leistungsbeschreibung nebst Anlagen sowie dem beigefügten Vertragsentwurf.*
- *Im Rahmen der Verhandlungen soll über den gesamten Inhalt der Leistungsbeschreibung und alle Vertragsinhalte verhandelt werden. Ausgenommen von den Verhandlungen sind lediglich*
 - *die Zuschlagskriterien.*

Der Auftraggeber behält sich ausdrücklich vor, über alle Inhalte der Leistungsbeschreibung sowie des Vertragsentwurfs, auch soweit sie in den

Unterlagen derzeit als „Mindestbedingungen“ bezeichnet sind, zu verhandeln (vgl. § 17 Abs. 10 VgV).

[...]

5. Erst-Angebote

Die Bieter werden aufgefordert, ein Erstangebot gemäß § 17 Abs. 4 VgV einzureichen. Das Angebot muss folgende Teile umfassen:

- a. Leistungsbeschreibung und Vertrag: Einreichung der Leistungsbeschreibung sowie des Vertrages sowie zweifelsfreie Kennzeichnung, welche Änderungen der Bieter an der Leistungsbeschreibung und dem Vertrag in den „Vergabeunterlagen für das Erst-Angebot“ vorgenommen hat. [...]

[...]

- c. Konzept zur Terminplanung

Es ist ein Konzept zur Terminplanung in der Startphase bis zur ersten Ernte mit den jeweiligen Meilensteinen vorzulegen, das Informationen zur Zeitplanung im Hinblick auf folgende Aspekte enthält:

- Abschluss der Planungsphase;
- ggf. Betriebsgründung und entsprechende Genehmigungen;
- Baumaßnahmen, einschließlich der erforderlichen Genehmigungen;
- Einstellung Personal;
- Beantragung der arzneimittelrechtlichen und betäubungsmittelrechtlichen Erlaubnisse und Genehmigungen;
- Geplante Pilotphasen;
- Start des regulären Vertragsanbaus von Cannabis;
- Voraussichtliche erste Ernte.

Aus dem Konzept muss sich der erstmalige Lieferzeitpunkt gemäß § 6 Abs. 1 des Vertrages und ergeben, dass dieser Liefertermin eingehalten werden kann (siehe Ziffer 11.1).

- d) [...]

- e) Konzept zu den baulichen Anlagen zum Anbau von Cannabis

Der Bieter hat konkret anzugeben, wo er das Cannabis anbauen will, und darzulegen, dass er im Fall der Zuschlagserteilung über diese Örtlichkeit verfügen kann.

Er hat die bauliche Anlage, in der er die Leistungen erbringen will, darzustellen, so dass das Gesamtkonzept und der übergeordnete Funktionszusammenhang

deutlich wird. Dazu gehört die Beifügung eines Lageplans (als Dachaufsicht) M 1:500 (DIN-A-2 Hochformat, genordet).

Aus dem Konzept muss sich plausibel ergeben, dass die bauliche Anlage zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung geeignet ist (siehe Ziffer 11.1).

f) Weitere Angaben und Konzepte des Bieters zu den nachfolgenden Punkten

Es sind – jeweils getrennt – Angaben zu den nachfolgenden Punkten einzureichen. Aus diesen Konzepten muss sich einerseits ergeben, dass die Leistung vertragskonform erbracht wird (Ziffer 11.1), sowie andererseits, welche Qualität die Konzepte im Hinblick auf die Zuschlagskriterien gemäß Ziffer 11.3 haben.

aa) Qualität der technischen Ausstattung (Ziffer 11.3.2.1)

Der Bieter hat alle technischen Einrichtungen zu beschreiben, mit deren Hilfe er die geschuldeten Leistungen erbringen will. Er hat Angaben zu der Qualität der technischen Ausstattung im Hinblick auf die Kriterien gemäß Ziffer 11.3.2.1 zu machen.

bb) Konzept zu Anbau, Verarbeitung und Weitergabe des Cannabis (Ziffer 11.3.2.2)

Der Bieter hat ein Konzept zu den Anbaubedingungen und Pflanzenbehandlungsmaßnahmen zu machen. Er hat Angaben zu den Maßnahmen zu machen, durch die die Ziele gemäß Ziffer 11.3.2.2 erreicht werden sollen.

[...]

6. Präsentations- und Verhandlungstermine

Nach Eingang der Erst-Angebote werden die Bieter zu einem Präsentations- und Verhandlungstermin eingeladen. In diesem Termin können sich die Bieter präsentieren und weitere Anregungen zu den Vergabeunterlagen geben.

Der Auftraggeber behält sich vor, mehrere Verhandlungsrunden durchzuführen.

Vor Abgabe der verbindlichen Angebote gemäß § 17 Abs. 14 VgV wird der Auftraggeber sodann entscheiden, welchen Änderungen er an den Vergabeunterlagen vornimmt (vgl. § 17 Abs. 13 VgV). Er wird dies rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist bekanntgeben und zur Abgabe verbindlicher Angebote auffordern.

[...]

11. Prüfung und Wertung der verbindlichen Angebote

11.1 Einhaltung der Mindestbedingungen

Der Zuschlag wird auf ein Angebot erteilt, aus dem sich ergibt, dass und wie konkret die in der Leistungsbeschreibung genannten (Mindest-) Anforderungen gemäß Ziffer 2 und 3 der Leistungsbeschreibung erfüllt werden.

11.2 Loslimitierung

Die Bieter können Angebote für alle Lose einreichen, bei denen sie zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sind. Die Zahl der Lose, für die ein einzelner Bieter den Zuschlag erhalten kann, wird auf 7 Lose beschränkt.

Würde ein Bieter ohne die Loslimitierung den Zuschlag für mehr als 7 Lose erhalten, so werden (in der nachfolgenden Reihenfolge) folgende Lose anderweit vergeben: Los 3, Los 5, Los 6.

11.3 Zuschlagkriterien

Die Angebote werden anhand der folgenden Zuschlagkriterien bewertet.

11.3.1 Preisangebot (Maximalpunktzahl 40)

Der Bieter mit dem niedrigsten Preisangebot ([...]) erhält 40 Punkte. Ein (tatsächliches oder fiktives) Angebot mit dem 2-fachen des niedrigsten Gesamtpreises oder darüber erhält 0 Punkte. Die Punkteermittlung für die dazwischen liegenden Preise erfolgt über eine lineare Interpolation mit bis zu einer Stelle nach dem Komma.

Die Bieter haben die Möglichkeit, einen Rabatt für den Fall anzubieten, dass ihnen der Zuschlag für mehrere Lose erteilt wird. Der rabattierte Preis je Los wird für die Wertung berücksichtigt, wenn dieser im Hinblick auf die Wertung jedes einzelnen Loses dazu führt, dass der Bieter das wirtschaftlichste Angebot zu dem Los eingereicht hat.

Los-Zahl	Preis in Euro brutto je gr	Rabatt auf den Preis je gr. für alle ggf. bezuschlagten Lose in %
1		-----
2		Rabatt bei Zuschlag auf 2 Lose: _____ %
3		Rabatt bei Zuschlag auf 3 Lose: _____ %
4		Rabatt bei Zuschlag auf 4 Lose: _____ %
5		Rabatt bei Zuschlag auf 5 Lose:

		_____ %
6		Rabatt bei Zuschlag auf 6 Lose: _____ %
7		Rabatt bei Zuschlag auf 7 oder mehr Lose: _____ %

11.3.2 Weitere Zuschlagkriterien (bis zu 60 Punkte)

11.3.2.1 *Qualität der technischen Ausstattung der Anlage gemäß Ziffer 3.2 der Leistungsbeschreibung (2-fache Wichtung, gewichtete Maximalpunktzahl 10)*

Qualität der technischen Ausstattung im Hinblick auf das Ziel:

- *Ausfallsicherheit der technischen Ausstattung*

11.3.2.2 *Qualität des Konzepts zu Anbau, Verarbeitung und Weitergabe des Cannabis (3-fache Wichtung, Maximalpunktzahl 15)*

Qualität im Hinblick auf die Ziele (gleichgewichtet):

- *Vermeidung von Missernten,*
- *Vermeidung von Krankheitsbefall und Schädlingsbefall*
- *Notfallmaßnahmen bei Krankheitsbefall und Schädlingsbefall*
- *Vermeidung von Qualitätsverlusten bei Lagerung*

[...]

In jedem Kriterium kann der Bieter bis zu 5 Wertungspunkte erzielen. Es wird wie folgt gewertet:

5 Punkte: Die Qualität des Konzepts bzw. die Qualität der technischen Ausstattung liegt im Hinblick auf die genannten Ziele erheblich über der Qualität der Mehrheit der anderen Angebote.

4 Punkte: Die Qualität des Konzepts bzw. die Qualität der technischen Ausstattung liegt im Hinblick auf die genannten Ziele über der Qualität der Mehrheit der anderen Angebote.

3 Punkte: Die Qualität des Konzepts bzw. die Qualität der technischen Ausstattung entspricht im Hinblick auf die genannten Ziele über der Qualität der Mehrheit der anderen Angebote.

2 Punkte: Die Qualität des Konzepts bzw. die Qualität der technischen Ausstattung liegt im Hinblick auf die genannten Ziele unter der Qualität der Mehrheit der anderen Angebote.

1 Punkt: Die Qualität des Konzepts bzw. die Qualität der technischen Ausstattung liegt im Hinblick auf die genannten Ziele erheblich unter der Qualität der Mehrheit der anderen Angebote.

[...]“

Die Leistungsbeschreibung enthält einen Abschnitt unter Ziffer 3, der mit der Überschrift „Mindestanforderungen an die Leistungserbringung“ überschrieben ist und unter den Ziffern 3.1 bis 3.5 allgemeine Anforderungen, räumliche und bauliche Anforderungen, Anforderungen an das Personal, ein Qualitätssicherungssystem sowie zu „Maßnahmen zur Verhinderung einer unzulässigen Nutzung der Cannabisblüten und des Cannabis“ enthält.

Die Antragstellerin (ASt) reichte einen Teilnahmeantrag ein und wurde nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs mit Schreiben vom 10. Juli 2017 von der Ag zur Abgabe eines Erstangebots und zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren für alle zehn Lose aufgefordert.

Nach Einleitung von Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer des Bundes aufgrund von Anträgen anderer Unternehmen gegen das Ergebnis des Teilnahmewettbewerbs trat die Ag erneut in den Teilnahmewettbewerb ein. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 1. August 2017 rügte die ASt zunächst einige Vorgaben in den Vergabeunterlagen. Mit Verweis auf die noch nicht erfolgte erneute Auswahlentscheidung, in deren Folge erneut die Vergabeunterlagen versandt würden, teilte die Ag der ASt mit Schreiben vom 9. August 2017 mit, dass sich die Rüge der ASt jedenfalls derzeit erledigt habe. Mit Schreiben vom 24. August 2017 forderte die Ag schließlich unter anderem die ASt erneut zur Abgabe eines Erstangebots und Teilnahme am Verhandlungsverfahren für alle zehn Lose auf.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 31. August 2017 rügte die ASt die unzulässige, weil zu frühe Abforderung umfangreicher Konzepte, deren Anforderungen zudem nicht transparent seien, eine daraus folgende Unvergleichbarkeit der Angebote, das Fehlen von Mindestbedingungen, die Verwendung unklarer und unzulässiger Bewertungskriterien im Rahmen der Qualitätsbewertung sowie den Umstand, dass der Lieferzeitpunkt verhandelbar sei. Mit Schreiben vom 6. September 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie ihren Rügen nicht abhelfe.

Mit Fragen- und Antwortenkatalog vom 20. September 2017 teilte die Ag den Bietern unter anderem folgende Bieterfragen und die dazugehörigen Antworten mit:

Bieterfrage 15:

Hinsichtlich der in 11.3.1 beschriebenen Preiswertung haben wir Verständnisprobleme und bitten um Erläuterung:

Ist die Annahme richtig, dass Rabatte nicht in die Zuschlagsentscheidung einfließen? Sollte diese Annahme richtig sein, bitten wir um Erläuterung, wofür die angebotenen Rabatte verwendet werden und ob diese lediglich in der Vertragsausführungsphase relevant werden.

Antwort:

Die Annahme ist nicht richtig.

Rabattierte Angebotspreise werden gemäß Ziffer 11.3.1 der Bewerbungsbedingungen dann im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigt, wenn der rabattierte Preis im Hinblick auf die Wertung jedes einzelnen Loses dazu führt, dass der Bieter das wirtschaftlichste Angebot zu dem Los eingereicht hat. Mit anderen Worten: Eine Berücksichtigung des ggf. rabattierten Angebotspreises erfolgt (nur) dann, wenn und soweit die – ggf. rabattierten – Angebote des betroffenen Bieters in den in Rede stehenden Einzellosen der Loskombination die jeweils wirtschaftlichsten sind.

Bieterfrage 16:

Wie können die Bieter in Anbetracht der in Ziffer 11.2 beschriebenen Loslimitierung vorhersehen und kalkulieren, für welche Lose die angebotenen Rabatte berücksichtigt werden?

Antwort:

Eine Vorhersehbarkeit ist zumindest insoweit gegeben, als in Ziffer 11.2 der Bewerbungsbedingungen die Reihenfolge für die Loslimitierung für den Fall, dass ein Bieter ohne die Loslimitierung den Zuschlag für mehr als 7 Lose erhalten würde, festgelegt ist. Darüber hinaus hängt die Frage, ob und wenn ja, für welche Lose die angebotenen Rabatte berücksichtigt werden, maßgeblich vom Wettbewerbsergebnis ab (siehe hierzu die Antwort auf Frage 15). Diesbezüglich kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt naturgemäß nichts gesagt werden.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 21. September 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 22. September 2017 übermittelt.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 26. September 2017 rügte die ASt des Weiteren, dass es auch nach der Beantwortung der Bieterfragen 15 und 16 unklar bleibe und

für den Bieter nicht vorhersehbar sei, welcher Preis jeweils in die Wertung zu einem Los eingehe, wenn rabattierte Preise für den Fall des Zuschlags in mehreren Losen angeboten würden wie in Ziffer 11.3.1 vorgesehen. Mit Schreiben vom 27. September 2017 wies die Ag die Rüge der ASt zurück.

Mit dem Fragen- und Antwortenkatalog vom 12. Oktober 2017 teilte die Ag den Bietern unter anderem auf die Bieterfrage 29 mit, dass für die Erstellung der Erstangebote als Termin der Zuschlagerteilung der 1. März 2018 zugrunde zu legen sei. Die Ag werde vor Aufforderung zur Abgabe von Letztangeboten den Termin endgültig festlegen; der Termin könne dann vor, aber auch nach dem 1. März 2018 liegen.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen verschiedene Vorgaben der Vergabeunterlagen, die die Angebotsphase betreffen und die die ASt für vergaberechtswidrig erachtet. So verstoße die Ag mit der Regelung unter Ziffer 2 der Bewerbungsbedingungen, wonach auch über Mindestbedingungen verhandelt werden solle, gegen § 17 Abs. 10 Satz 2 und Abs. 13 Satz 3 VgV; nach den genannten Vorschriften seien Änderungen an Mindestanforderungen (wie auch den Zuschlagskriterien) ausgeschlossen. Die Ag habe darüber hinaus unter Ziffer 3 der Leistungsbeschreibung explizit und unter Verwendung des Begriffs „Mindestanforderungen“ solche Mindestanforderungen aufgestellt. Zumindest seien die Vergabeunterlagen in diesem Punkt unklar. Soweit die Ag im Nachprüfungsverfahren vortrage, dass sie überhaupt keine Mindestanforderungen habe vorgeben wollen, gehe dies nicht mit der nötigen Eindeutigkeit aus den Vergabeunterlagen hervor. Zudem sei ein völliger Verzicht auf Mindestanforderungen vergaberechtswidrig. Auch einer vergaberechtskonformen Leistungsbeschreibung im Sinne von § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB sei die Festlegung klarer und eindeutiger Mindestanforderungen immanent. Denn erst hierdurch werde ein Rahmen für den zulässigen Verhandlungsinhalt geschaffen.

Gleichermaßen würden die Grenzen der Verhandelbarkeit im Verhandlungsverfahren überschritten. Dies betreffe zum einen die bereits beanstandete Verhandlung von Mindestanforderungen. Zum anderen würde vorliegend auch nicht – wie aber nach § 17 Abs. 10 Satz 1 VgV vorgesehen – über die Angebote der einzelnen Bieter verhandelt (mit dem Ziel der inhaltlichen Verbesserung der Angebote), sondern im Ergebnis über den Inhalt der Leistungsbeschreibung; eine Verhandlung mit dem Ziel einer Verbesserung der Leistungsbeschreibung entspreche nicht dem Sinn und Zweck des Verhandlungsverfahrens. Darüber hinaus würde im Grunde auch in unzulässiger Weise über Zuschlagskriterien

verhandelt. Denn die Konzepte würden selbst zum faktischen Zuschlagskriterium, da sie als Referenzrahmen der Bewertung der eingereichten Konzepte herangezogen würden.

Ferner sei die Abforderung von Konzepten bereits mit dem Erstangebot in zeitlicher Hinsicht unverhältnismäßig (weil zu früh) und auch unzumutbar nach § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB. Denn die geforderten Konzepte seien einerseits von erheblichem Umfang und bedürften eines hohen Planungs- und Kostenaufwands auf Bieterseite, während sie andererseits in diesem Verfahrensstadium (der Erstangebote) noch überhaupt nicht bewertet würden; für die finalen Angebote müssten die Konzepte dann später noch einmal überarbeitet und eingereicht werden. Insbesondere der Kostenaufwand stelle einen Wettbewerbsnachteil für potentielle Neuanbieter und so auch die ASt dar, da der Aufwand in den finalen Angebotspreis mit einbezogen werden müsse. Da die durch die Konzepte gewonnenen Informationen auf Seiten der Ag der Erstellung einer Neufassung der Leistungsbeschreibung dienen würden und Gegenstand der Verhandlungen werden sollten, würden sich darüber hinaus erhebliche Manipulationsgefahren ergeben. Die Berücksichtigung der Konzepte einzelner Bieter im Rahmen der Verhandlungen könne zudem zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen und einen Verstoß gegen § 97 Abs. 2 GWB darstellen. Aufgrund der ungleichen Ausgangssituation für die Bieter, die im Ergebnis aufgrund des Zeitpunkts der Konzepteinreichung keinen Einfluss darauf haben würden, welche Konzepte zur Erstellung einer überarbeiteten Leistungsbeschreibung in welchem Ausmaß herangezogen würden, sei folglich auch die Vergleichbarkeit der finalen Angebote nicht mehr gewährleistet. Diejenigen Bieter, deren Konzepte für die Erstellung der finalen Leistungsbeschreibung maßgeblich berücksichtigt würden, hätten im Rahmen der finalen Angebotsabgabe einen Wissens- und Kalkulationsvorsprung.

Im Übrigen seien die Anforderungen an den Inhalt der einzureichenden Konzepte nicht hinreichend deutlich und damit intransparent entgegen § 97 Abs. 1 GWB. So sei beispielsweise ein „Konzept zu Anbau, Verarbeitung und Weitergabe des Cannabis“ gefordert. Die Erläuterungen dazu unter Ziffer 5 f) bb) der Bewerbungsbedingungen bezögen sich jedoch nur auf den Anbau und Pflanzenbehandlungsmaßnahmen, nicht jedoch die Weitergabe des Produkts. Auch unter Ziffer 11.3.2.2 der Bewerbungsbedingungen würden sich keine Angaben zur Weitergabe finden. Allgemein formulierte Bezüge auf die Leistungsbeschreibung an verschiedenen anderen Stellen seien nicht in der Lage, die nötige Transparenz zu vermitteln.

Aufgrund des Umfangs der abgefragten Konzepte zur Terminplanung, zu den baulichen Anlagen und den sonstigen genannten Punkten (vgl. Ziffer 5 c), e) und f) der

Bewerbungsbedingungen) bestünden überdies erhebliche Zweifel daran, dass die Ag ihren Beschaffungsbedarf hinreichend eindeutig und damit erschöpfend im Sinne des § 121 GWB bestimmt habe. Das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gelte auch im Verhandlungsverfahren. Die verfrühte Verpflichtung zur Vorlage umfassender Konzepte zeige, dass es der Ag bereits an eigenen Grundvorstellungen über die Art und Weise der Leistungserbringung mangle und sie auf die Ideen und Strategien der Bieter angewiesen sei. Demnach habe offenbar noch keine Ausschreibungsreife bestanden.

Des Weiteren sei die seitens der Ag gewählte relative Bewertungsmethode, wie sie sich aus Ziffer 11.3.2 der Bewerbungsbedingungen für die Bewertung der Qualität ergebe, vergaberechtswidrig. Da sich die Bewertung an der „Mehrheit der Angebote“ ausrichte, könne der Bieter bei der Angebotserstellung nicht erkennen, für welchen Angebotsinhalt er mit welcher Bewertung rechnen könne. Im Ergebnis würde es sich um erst nachträglich noch festzulegende – und daher unzulässige – Zuschlagskriterien handeln. Auch die Bewertung in preislicher Hinsicht sei, was die vorgesehene Berücksichtigung von Rabatten bei Angeboten zu mehreren Losen betreffe, vergaberechtswidrig. Die Bewertungsmethode sei intransparent und führe zudem zu einer Besserstellung von Bietern, die zu mehreren Losen anbieten könnten, gegenüber Bietern, die nur auf ein Los anbieten könnten. Der Grundsatz der Losaufteilung würde damit umgangen, da Unternehmen mit größeren Kapazitäten einen Vorteil hätten. Darüber hinaus würde gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot und das Wettbewerbsprinzip verstoßen, wenn die Einbeziehung des Rabattes auf Losebene auch dann erfolge, wenn der Bieter für gar kein weiteres Los für den Zuschlag vorgesehen sei. Die Vorgehensweise der Ag berge im Übrigen auch unzumutbare Kalkulationsrisiken für den Bieter. Denn es sei nicht vorhersehbar, welcher Rabatt am Ende anfalle und zu gewähren sei.

Schließlich seien die Ausführungsfristen zu kurz bemessen und damit unzumutbar, wenn die Ag wie vorliegend als Zuschlagstermin derzeit den 1. März 2018 vorgesehen habe, aber den Lieferbeginn jederzeit im Jahr 2019, also so auch bereits im Januar 2019, ansetzen könne. Zudem sei eine belastbare betriebswirtschaftliche Kalkulation nicht möglich, wenn der Termin des Lieferbeginns nicht feststehe.

Entgegen der Auffassung der Ag sei die ASt auch nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Denn Fehler in den Vergabeunterlagen, die das Verfahren nach Auswahl des zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bieterkreises betreffen, müssten – wie sich auch aus der

Gesetzesbegründung ergebe – erst bis zum Ablauf der Angebotsfrist geltend gemacht werden. Dies habe die ASt getan.

Die ASt beantragt,

1. festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist, und geeignete Maßnahmen zu treffen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen der ASt zu verhindern;
2. die Vergabeakte beizuziehen und der ASt unverzüglich nach § 165 GWB Akteneinsicht zu gewähren;
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären;
4. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß §§ 182 Abs. 4 GWB, 80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Ag für notwendig zu erklären.

Nach Ansicht der Ag ist der Nachprüfungsantrag der ASt schon unzulässig, da sich alle von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße bereits aus den Vergabeunterlagen ergeben würden, die wiederum bereits vor Ablauf der Frist für die Teilnahmeanträge von der Ag bekanntgegeben worden seien. Dementsprechend habe die ASt die Verstöße, die auch erkennbar gewesen seien, gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB bereits bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist rügen müssen. Da sie dies nicht getan habe, sei sie präkludiert. Im Übrigen habe die ASt den nunmehr geltend gemachten Widerspruch zwischen Ziffer 2 der Bewerbungsbedingungen, wonach über alle Mindestanforderungen verhandelt werden solle, und Ziffer 3 der Leistungsbeschreibung mit der Überschrift „Mindestanforderungen“ überhaupt nicht gerügt.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Entgegen der Auffassung der ASt sei ein Verstoß gegen § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV nicht gegeben. Unter Ziffer 2 der Bewerbungsbedingungen sei klargestellt, worüber verhandelt werden solle, und ausdrücklich erklärt, dass keine Mindestanforderungen festgelegt würden. Insbesondere werde dort

klargestellt, dass dies für die gesamte Leistungsbeschreibung gelte, auch soweit dort – etwa bei Ziffer 3 – der Begriff Mindestanforderung verwendet werde. Es bestehe im Übrigen auch kein vergaberechtlicher Grundsatz, dass Mindestanforderungen zwingend von vornherein festgelegt werden müssten. Mindestanforderungen im Sinne des § 17 Abs. 10 VgV seien verbindliche Vorgaben, die der Auftraggeber vor den Verhandlungen festlege, über die nicht verhandelt werden könne. Davon zu unterscheiden seien die Vorgaben der Leistungsbeschreibung sowie sonstigen Vergabeunterlagen, wie sie nach Beendigung der Verhandlungen und vor Einreichung letztverbindlicher Angebote übermittelt würden. Wie Ziffer 11.1 der Bewerbungsbedingungen deutlich mache, müssten die letztverbindlichen Angebote die Leistungsbeschreibung insgesamt, also auch hinsichtlich des Teils einhalten, der Verhandlungsgegenstand gewesen sei.

Die Anforderung der in Ziffer 5 der Bewerbungsbedingungen näher bezeichneten Konzepte mit dem Erstangebot sei ebenfalls vergaberechtskonform. Welche Anforderungen an ein unverbindliches Erstangebot gestellt würden, unterliege der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers; dessen Bedingungen seien maßgeblich. Aus Sinn und Zweck des Verhandlungsverfahrens folge bereits, dass der Auftraggeber zur Abfrage berechtigt sei, in welcher Art und Weise der Bieter die Leistungserbringung erreichen wolle. Denn Erstangebote sollten die Grundlage für spätere Verhandlungen bilden, die mit dem Ziel geführt würden, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Die Abfrage der Konzepte lasse auch keinen so außergewöhnlichen Zeit- und Kostenaufwand entstehen, dass eine massive Wettbewerbsbeschränkung zu erwarten sei. Die ASt beklage vielmehr das typische Risiko eines jeden Bieters, die Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren bei Erfolglosigkeit nicht durch die Auftragserteilung erstattet zu bekommen. Den Bewerbungsbedingungen sei hinreichend klar zu entnehmen, welchen Inhalt die Konzepte aufweisen müssten; dies ergebe sich insbesondere für das Konzept für die Terminplanung und die baulichen Anlagen aus Ziffer 5 c) bzw. f) in Verbindung mit Ziffer 11.1 und für Konzepte nach Ziffer 5 f) aus dieser Ziffer sowie Ziffer 11.1 und dem Inhalt der Zuschlagkriterien nach Ziffer 11.3.2.

Entgegen dem Vortrag der ASt sei es auch zulässig, die Vergabeunterlagen und die Leistungsbeschreibung nach ersten Verhandlungsrunden bzw. bis zur Aufforderung zur Abgabe der letztverbindlichen Angebote zu ändern. Dies ergebe sich aus § 17 Abs. 13 Satz 3 VgV. Gerade hieran zeige sich der Charakter des Verhandlungsverfahrens als dynamischer Prozess, bei dem sich auf Nachfrage- und Angebotsseite Veränderungen ergeben könnten. Dass die Ag bei der möglichen Änderung der Leistungsbeschreibung diskriminierend vorgehen werde, sei

eine unzutreffende Vermutung. Im Übrigen sei derzeit auch nicht beabsichtigt, die Leistungsbeschreibung grundlegend zu ändern. Weder eine Änderung noch eine weitere Detaillierung sei erforderlich, um den Zuschlag erteilen zu können. Die Leistungsbeschreibung genüge den rechtlichen Bestimmtheitsanforderungen; sie lasse hinreichend miteinander vergleichbare Angebote erwarten und insbesondere hinsichtlich der angeforderten Konzepte die inhaltlichen Anforderungen ausreichend deutlich erkennen. Auch sei der Auftraggeber berechtigt, eine Leistung wie vorliegend funktional zu beschreiben und den Bietern die Möglichkeit zu geben, ihr Know-how in die Angebotserstellung einfließen zu lassen.

Schließlich sei auch die gewählte Bewertungsmethode nicht zu beanstanden. Dies gelte insbesondere für die für die Qualität der Angebote vorgesehene Methode. Es sei bei einem Vergabeverfahren mit konzeptionellen Elementen, bei dem es maßgeblich auf die Ideen der Bieter ankomme, zulässig, dass der Auftraggeber die Angebote untereinander vergleiche; anders sei eine Bewertung kaum möglich. § 127 Abs. 1 GWB, wonach der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werde, impliziere einen Vergleich der Angebote untereinander. Im Rahmen der Preiswertung sei dies allgemein üblich. Es sei auch unzutreffend, dass ein Transparenzmangel dahingehend vorliege, dass den Bietern nicht möglich sei, ihre Konzepte gezielt auf die Kriterien der Ag auszurichten. Denn die Zuschlagskriterien seien unter Ziffer 11.3 der Bewerbungsbedingungen klar und eindeutig festgelegt; in den Ziffern 11.3.2.1 bis 11.3.2.5 seien eindeutig und unmissverständlich die Kriterien aufgezählt worden, anhand derer die Ag die Bewertung der Konzepte vornehmen werde. Der BGH habe im Übrigen erst jüngst entschieden, dass es nicht aus Transparenzgründen geboten sei, dass der Auftraggeber im Rahmen der Festlegung der Wertungskriterien seine Unterkriterien mit konkretisierenden Informationen unterlege und damit den Bietern direkt oder mittelbar Lösungskomponenten vorgeben müsse.

Aber auch die vorgesehene Preiswertung sei nicht zu beanstanden. Die Einbeziehung des vorgesehenen Rabattsystems abhängig von der Anzahl der bezugschlagten Lose verstoße nicht gegen den Grundsatz der losweisen Vergabe nach § 97 Abs. 4 GWB; dies sei durch entsprechende vergaberechtliche Rechtsprechung anerkannt. Dass ein Rabatt auf die Angebotspreise gemäß Ziffer 11.3.1 der Bewerbungsbedingungen nur gewertet werde, wenn der Bieter auch tatsächlich den Zuschlag auf die entsprechende Anzahl von Losen erhalte, habe die Ag auch noch einmal in ihrer Antwort auf die Bieterfragen vom 20. September 2017 sowie auch im Schreiben vom 27. September 2017 gegenüber der ASt deutlich gemacht. Unzutreffend sei demgegenüber die Annahme der ASt, dass die Ag einen Rabatt bei allen

Losen berücksichtigen würde, auch wenn der betroffene Bieter bei keinem weiteren Los für den Zuschlag vorgesehen sei. Schließlich liege in dem Bewertungssystem auch keine unzumutbare Verlagerung der Kalkulationsrisiken auf die Bieter. Denn zum einen seien die Bieter vollkommen freigestellt, ob sie entsprechende Rabatte vorsehen wollten. Zum anderen diene die Zulassung der fraglichen Rabattangebote dazu, dass Bieter Effizienzgewinne an den Auftraggeber weitergeben könnten, die sie erzielen würden, wenn sie den Zuschlag für mehrere Lose erhalten würden.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 18. Oktober 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 18. Oktober 2017 und 9. November 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB zuletzt bis zum 13. November 2017 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der ASt vom 19. und 30. Oktober 2017 wurden nicht berücksichtigt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und teilweise begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Insbesondere ist die ASt nicht mit ihren Rügen nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB müssen Vergaberechtsverstöße, die (erst) in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Entgegen der Auffassung der Ag gilt für Vergabeunterlagen, soweit sie inhaltlich erst die Angebotsphase eines Vergabeverfahrens mit Teilnahmewettbewerb betreffen, als Ausschlussfrist nicht die Bewerbungsfrist, sondern erst die Angebotsabgabefrist. Zwar sind nach § 41 VgV die Vergabeunterlagen vom Auftraggeber grundsätzlich bereits ab Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung vollständig elektronisch bereitzustellen, was

vorliegend auch geschehen ist, so dass die ASt von den Vorgaben der Ag zur Angebotsphase in den Vergabeunterlagen bereits ab dem Bekanntmachungszeitpunkt Kenntnis nehmen konnte. Der Wortlaut der Vorschrift sieht die Bewerbungs- und die Angebotsfrist als Präklusionsfristen jedoch wahlweise („oder“) und nicht sich ausschließend vor. Insbesondere eine Nachrangigkeit der Angebotsfrist in dem Sinne (wie es letztlich die Ag vertritt), dass für Vergabeverfahren, die einen Teilnahmewettbewerb und damit auch eine Bewerbungsfrist beinhalten, allein die Bewerbungsfrist als Präklusionsfrist gilt, ist schon dem Wortlaut der Vorschrift nicht zu entnehmen. Zudem ist zu beachten, dass es sich bei den Präklusionsvorschriften des § 160 Abs. 3 GWB um den Rechtsschutz beschränkende Regelungen handelt, die daher als Ausnahmegesetze zum Gebot des effektiven Rechtsschutzes eng auszulegen sind. Wie sich aus der Begründung zum Gesetzentwurf zum aktuellen § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ergibt, sollte die Änderung der Vorschrift gerade für Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb eine (zusätzliche) Rügeobliegenheit gerade für die Angebotsphase, d.h. bis zum Ablauf der Angebotsfrist, etablieren, und zwar unabhängig davon, ob diese Frist bereits in der Angebotsbekanntmachung bekanntgegeben wurde oder nicht; diese Rügeobliegenheit soll demgemäß auch gerade (nur) für die im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Bieter – und nicht für jegliche interessierten Wirtschaftsteilnehmer – gelten und damit die hier vorliegende Konstellation. Dementsprechend muss § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB nach Sinn und Zweck der Vorschrift, den betroffenen Unternehmen (nämlich den ausgewählten Bietern) eine Obliegenheit zur Rüge hinsichtlich der sie betreffenden Vergabeunterlagen aufzuerlegen, dahingehend verstanden werden, dass insoweit die Angebotsfrist und nicht schon die Bewerbungsfrist maßgeblich ist. Die Rügen sind von der ASt vorliegend allesamt vor Ablauf der Angebotsfrist erhoben worden, so dass eine Präklusion nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB vorliegend nicht in Betracht kommt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, soweit sich die ASt gegen die in den Bewerbungsbedingungen unter Ziffer 11.3.2 bekanntgegebene Bewertungsmethode (Bepunktungsmethode) zur Bewertung der technischen Ausstattung und Konzepte (Qualitätsbewertung) wendet (siehe unten a)). Soweit sich die ASt darüber hinaus gegen die Vergabeunterlagen in Bezug auf die Berücksichtigung von Rabatten bei der Preiswertung, den Aspekt der Mindestanforderungen, die Abforderung von Konzepten mit dem Erstangebot und gegen die Terminplanung in Bezug auf Ausführungsfristen wendet sowie die Auffassung vertritt, dass die Leistungsbeschreibung den vergaberechtlichen Anforderungen nicht genüge, ist der Antrag hingegen zurückzuweisen (siehe b) bis f)).

- a) Die Bewertungsmethode zur Bewertung der Qualität der von den Bietern mit den Erstangeboten einzureichenden Ausführungen zur technischen Ausstattung (Ziffer 5 f) aa) der Bewerbungsbedingungen) und der fraglichen Konzepte (Ziffer 5 f) bb) bis ee)) begünstigt so, wie sie nach Ziffer 11.3.2 vorgesehen ist, auf sachwidrigen Erwägungen beruhende Wertungsentscheidungen und ist damit vergaberechtswidrig.

Nach Ziffer 11.3.2 der Bewerbungsbedingungen ist vorgesehen, dass die einzelnen Ausführungen und Konzepte nach Ziffer 5 f) aa) bis ee) mit bis zu fünf Wertungspunkten bewertet werden, wobei die Bewertung jeweils davon abhängt, wie sich die Qualität des Konzepts bzw. der technischen Ausstattung des jeweiligen Bieters im Hinblick auf die jeweils genannten Ziele gegenüber der „Qualität der Mehrheit der anderen Angebote“ nach oben oder unten absetzt. Anhand welcher Ziele die Qualität des Angebots gemessen wird, ist in den Bewerbungsbedingungen unter den Ziffern 11.3.2.1 bis 11.3.25 jeweils ausdrücklich aufgeführt. Dabei handelt es sich auch um konkret formulierte Ziele, anhand derer die Bieter erkennen können, an welchen Parametern sie ihre Angebote ausrichten müssen, um grundsätzlich bestmögliche Wertung (durch bestmögliche Zielerreichung) zu erreichen. Dies reicht grundsätzlich für die Annahme einer hinreichenden ex-ante-Transparenz für die Bieter in Bezug auf die Bewertungsmethode aus (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16). Dabei wird zugrunde gelegt, dass sich eine Bewertung im Folgenden daran orientiert, wie gut oder schlecht ein Angebot die Ziele erreicht, was letztlich auch einen gewissen Vergleich der Angebote untereinander beinhaltet. Aufgrund der transparent formulierten Ziele ist es den Bietern jedoch ohne Weiteres möglich, ihre Angebote möglichst optimal zu gestalten. Eine exakte Vorhersehbarkeit der Höhe der Bepunktung ist für eine § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB genügende Transparenz nicht (mehr) erforderlich (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16).

Vorliegend ist jedoch nicht eine Benotung der Angebote (abhängig von dem Maß einer Zielerreichung) vorgesehen. Vielmehr ist nach Ziffer 11.3.2 a.E. der Bewerbungsbedingungen maßgeblich, in welchem Verhältnis sich die Qualität des eigenen Angebots im Verhältnis zur Mehrheit der anderen Angebote verhalten muss, um eine bestimmte Punktzahl zu erhalten, also etwa 5 Punkte, wenn die Qualität erheblich über der Qualität der Mehrheit der anderen Angebote liegt, und nur 4 Punkte,

wenn die Qualität schlicht über der Mehrheit der anderen Angebote liegt. Damit wird die Bewertung der Angebote nicht von einer Zielerreichung (gegebenenfalls im Verhältnis zu anderen Angeboten), sondern davon abhängig gemacht, wie gut oder schlecht die Mehrheit der anderen Angebote ist, wobei zudem unklar ist, wie sich „die Mehrheit“ in den einzelnen Konstellationen definiert. Dadurch ist eine Vorhersehbarkeit dahingehend, dass ein qualitativ besseres Angebot grundsätzlich auch zu mehr Wertungspunkten führt, nicht mehr gegeben, sondern vielmehr in nicht unerheblichem Umfang die – nicht vorhersehbare – Konfiguration des Bieterfeldes maßgeblich. Hinzu kommt, dass nicht ersichtlich ist, wie die Mehrheitsbetrachtung seitens der Ag erfolgen würde. Insofern besteht insbesondere das Risiko, dass sich die Ag bei ihrer Angebotsbewertung nicht von der tatsächlichen Qualität der Angebote leiten lässt, sondern aufgrund ihres eigenen Wertungsschemas dem Zwang zur Bildung einer Mehrheit von punktgleichen Angeboten erliegt. So kann z.B. der – gerade in einem auf Angebotsoptimierung ausgerichteten Verhandlungsverfahren durchaus nicht unrealistische – Fall eintreten, dass alle Angebote die gleiche Qualität aufweisen. Es läge mithin eine Konstellation vor, die mit dem bekannt gemachten Wertungsschema nicht erfasst werden könnte. Ebenso könnten (es gibt hier maximal zehn Bieter, mithin also auch maximal zehn zu bewertende technische Ausstattungen und Konzepte) jeweils zwei Angebote die Qualität von 1, 2, 3, 4 und 5 Punkten aufweisen; eine „Mehrheit von Angeboten“, die es als Grundlage der von der Ag bekanntgemachten Wertungsmethode geben müsste, wäre in diesem Fall nicht vorhanden. Eine Anwendung des Wertungsschemas setzt damit voraus, dass sich die Angebote in ihrer Qualität unterscheiden müssen und zudem eine zahlenmäßige Häufung bei 3 Punkten („Die Qualität ...entspricht im Hinblick auf die genannten Ziele der Qualität der Mehrheit der anderen Angebote.“) vorhanden sein muss. Damit beinhaltet die bekanntgegebene Wertungsmethode das evidente Risiko einer nicht sachgerechten Bewertung, die sich nicht an der tatsächlichen Qualität der Angebote, sondern an der Einhaltung von durch das Wertungsschema vorgegebenen Häufigkeiten orientiert; damit werden Wertungsentscheidungen gefördert, die auf sachwidrigen Erwägungen basieren.

- b) Die Berücksichtigung von Rabatten für den Fall des Erhalts des Zuschlags für mehrere Lose bei der Preiswertung, wie sie in den Vergabeunterlagen vorgesehen ist, ist hingegen nicht vergaberechtlich zu beanstanden.

Wie sich aus Ziffer 11.3.1 der Bewerbungsbedingungen ergibt, hat die Ag den Bietern die Möglichkeit eröffnet, Rabatte für den Fall anzubieten, dass der jeweilige Bieter für mehr als ein Los den Zuschlag erhält. Dabei können die Bieter gestaffelt nach der Anzahl der bezuschlagten Lose (gemäß Loslimitierung bis zu sieben) verschiedene Rabattsätze anbieten. Die Rabattsätze werden bei der Preiswertung nach Ziffer 11.3.1 der Bewerbungsbedingungen (wie auch noch einmal mit den Antworten zu den Bieterfragen 15 und 16 bestätigt) dann berücksichtigt, wenn die jeweilige Rabattvoraussetzung (hier die konkret mit dem Rabattsatz verbundene Anzahl von Zuschlägen) auch tatsächlich vorliegt. Soweit die ASt geltend macht, die Vergabeunterlagen wären so zu verstehen, dass Rabattsätze immer berücksichtigt würden, und zwar auch wenn die Bedingungen dafür gar nicht vorliegen würden, ist dem nicht beizupflichten. Vielmehr heißt es in Ziffer 11.3.1 der Bewerbungsbedingungen ausdrücklich, dass der rabattierte Preis (nur dann) berücksichtigt wird, „wenn dieser im Hinblick auf die Wertung jedes einzelnen Loses dazu führt, dass der Bieter das wirtschaftlichste Angebot zu dem Los eingereicht hat.“ Eine unbedingte Berücksichtigung der Rabatte ist dem gerade nicht zu entnehmen.

Es verstößt zudem nicht gegen das Gebot der losweisen Vergabe nach § 97 Abs. 4 GWB, Rabatte bei der Preiswertung zu berücksichtigen, die wie vorliegend für den Fall einer Bezuschlagung in mehreren Losen gewährt werden (im vorliegenden Fall im Ergebnis Mengenrabatte). Zwar darf eine gebotene Losaufteilung nicht durch andere Ausschreibungsbedingungen konterkariert oder außer Kraft gesetzt werden, etwa indem nicht der konkrete Wettbewerb zu einem bestimmten Los für die Zuschlagsentscheidung maßgeblich ist, sondern das Gesamtergebnis. Jedoch folgt aus der gebotenen Abwägung mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB, dass im konkreten Wettbewerb um das jeweilige Los die tatsächlich angebotenen Preise zu dem Los berücksichtigt werden dürfen, auch wenn sie (Mengen-)Rabatte aufgrund der Zuschlagssituation in anderen Losen enthalten (vgl. auch zu dem Ganzen OLG Frankfurt, Beschluss vom 9. Mai 2017, 11 Verg 5 /17, m.w.N.). Dabei handelt es sich nämlich um wettbewerbliche Rahmenbedingungen, die aufgrund von individuellen Größenvorteilen bestimmter Marktteilnehmer regelmäßig bestehen. Das Gebot der losweisen Vergabe soll jedoch nur einen Zuschnitt der zu beschaffenden Leistungen gewährleisten, der es mittelständischen oder spezialisierten Unternehmen ermöglicht, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Die am Markt bestehenden individuellen Wettbewerbspositionen der einzelnen Unternehmen sollen

dadurch hingegen nicht nivelliert werden. Die von der ASt im Übrigen geltend gemachten Kalkulationsschwierigkeiten hinsichtlich einer Rabattgewährung beruhen letztlich ebenfalls auf dem Wettbewerbsumfeld der ASt und gehören damit in den Bereich von Kalkulationsunsicherheiten, die dem Bieter typischerweise zuzumuten sind, so dass es sich nicht um unzumutbare Kalkulationsunsicherheiten im vergaberechtlichen Sinne handelt.

- c) Die in den Vergabeunterlagen zu Mindestanforderungen im Sinne des § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV getroffenen Regelungen verstoßen ebenfalls nicht gegen Vergaberecht.

Die Regelungen zu den Mindestanforderungen sind entgegen der Auffassung der ASt eindeutig und unmissverständlich und verstoßen damit schon nicht gegen das Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB. Dafür, wie die Regelungen zu verstehen sind, ist – wie bei allen Teilen der Vergabeunterlagen – der objektive Empfängerhorizont, d.h. das Verständnis eines durchschnittlichen, verständigen und mit den ausgeschriebenen Leistungen vertrauten Bieters, maßgeblich. Nach diesem Maßstab ist den Vergabeunterlagen, insbesondere den Bewerbungsbedingungen, Folgendes zu entnehmen: Entsprechend den Überschriften von Ziffer 5 und 11 der Bewerbungsbedingungen wird zwischen Erstangeboten und verbindlichen Angeboten unterschieden; auf ein letzteres ergeht schließlich der Zuschlag. Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen ist zudem zu entnehmen, dass die Verhandlungen mit den Bietern auf der Grundlage der Erstangebote erfolgen, während die verbindlichen Angebote nach Abschluss der Verhandlungen und mit gegebenenfalls geänderten Vergabeunterlagen abgefordert werden. Wenn unter Ziffer 2 der Bewerbungsbedingungen Aussagen zum Verhandlungsgegenstand getroffen werden, gilt dies nach der Ausschreibungssystematik somit für die Erstangebote und die anschließenden Verhandlungen, nicht jedoch die verbindlichen Angebote. Wenn unter Ziffer 2 des Weiteren ausgeführt wird, dass sich die Ag vorbehält, insbesondere über alle Inhalte der Leistungsbeschreibung und des Vertragsentwurfs, auch soweit sie als Mindestbedingungen bezeichnet werden, zu verhandeln, ist dem eindeutig zu entnehmen, dass es für die Verhandlungen gerade keine nach § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV unverhandelbaren Mindestanforderungen geben soll. Die Bezeichnung von Mindestanforderungen etwa unter Ziffer 3 der Leistungsbeschreibung soll dementsprechend ausweislich Ziffer 2 der Bewerbungsbedingung gerade nicht für die Verhandlungen, wohl aber – gegebenenfalls in veränderter (weil verhandelter) Form –

für die verbindlichen Angebote (vgl. insoweit Ziffer 11.1) gelten. Daher ergibt sich aus der Bezeichnung „Mindestanforderung“ in Ziffer 3 der Leistungsbeschreibung auch kein Widerspruch zu den Bewerbungsbedingungen. Nach allem ist nicht zu erkennen, inwieweit nach sorgfältiger Lektüre der Vergabeunterlagen hinsichtlich des so bekanntgegebenen Ablaufs Unklarheiten auf Seiten der Bieter verbleiben können, zumal wegen des ausdrücklichen Verzichts der Ag auf jegliche Mindestanforderungen in Bezug auf die Erstangebote insoweit auch kein Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren drohen kann.

Entgegen der Auffassung der ASt kann § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV auch nicht der Grundsatz entnommen werden, dass ein Auftraggeber in jedem Fall Mindestanforderungen hinsichtlich des Auftragsgegenstands aufzustellen hat, die nicht verhandelbar sein sollen. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die Ag etwa in Ziffer 5 Anforderungen an die Erstangebote dahingehend aufstellt, welche Bestandteile sie enthalten sollen, nämlich insbesondere bestimmte Konzepte und Angaben. Richtig ist allerdings auch, dass die Ag innerhalb der Vertragsunterlagen, also der Leistungsbeschreibung und des Vertragsentwurf (vgl. § 29 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VgV), keine unverhandelbaren Mindestanforderungen aufgestellt hat. Sinn und Zweck der Regelung des § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV (sowie Art. 29 Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU) kann es jedoch nur sein, dass einmal aufgestellte zwingende Vorgaben gegenüber allen Bietern gleichermaßen gelten und nicht in diskriminierender Weise zugunsten einzelner Bieter davon abgewichen wird. Damit stellt die Regelung eine Konkretisierung des Gleichbehandlungsgebots gemäß § 97 Abs. 2 GWB dar. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots steht jedoch nicht im Raum, wenn sich ein Auftraggeber wie vorliegend entscheidet, zunächst überhaupt keine Mindestanforderungen aufzustellen. Soweit darüber hinaus in Artikel 29 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU auf Mindestanforderungen Bezug genommen wird, ist dies im Zusammenhang mit UAbs. 3 desselben Absatzes zu betrachten, wonach die Vergabeunterlagen („bereitgestellten Informationen“) so präzise sein müssen, dass ein interessiertes Unternehmen Art und Umfang des Auftragsgegenstandes erkennen und entscheiden kann, ob es einen Teilnahmeantrag stellt. Dies wird vorliegend nicht in Zweifel gestellt.

- d) Soweit die ASt in diesem Zusammenhang geltend macht, dass die Leistungsbeschreibung insbesondere aufgrund fehlender Mindestanforderungen nicht

hinreichend eindeutig und erschöpfend im Sinne des § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB sei, ist zunächst festzuhalten, dass eine Vergleichbarkeit der Angebote, auf die die Vorschrift insbesondere zielt, nur dort von Bedeutung ist, wo eine Wertung der Angebote erfolgt, die Einfluss auf den weiteren Ablauf des Verfahrens hat. Dies ist nach den vorliegenden Vergabeunterlagen erst in Bezug auf die verbindlichen Angebote der Fall, für die dann auch – wie oben unter c) gesehen – zwingende Leistungsvorgaben gelten. Soweit den Bietern naturgemäß trotz allem auch für Erstangebote oder indikative Angebote eine Leistungsbeschreibung an die Hand gegeben werden muss, anhand derer sie diese Angebote zielführend erarbeiten können, hat die Ag diesem Anspruch durch die vorgelegte Leistungsbeschreibung einschließlich Vertragsentwurf hinreichend Genüge getan. In beiden Dokumenten finden sich eine Vielzahl von Anforderungen an die Leistung, die – wenn sie derzeit auch noch nicht verbindlich sind – den Auftragsgegenstand in seiner grundlegenden Konzeption mehr als deutlich beschreiben. Nach allem ist danach kein Verstoß gegen § 121 Abs. 1 GWB zu erblicken.

Wie § 17 Abs. 13 Satz 3 VgV im Übrigen implizit zu entnehmen ist, ist es im Laufe eines Verhandlungsverfahrens auch zulässig, Änderungen an den Vergabeunterlagen und insbesondere der Leistungsbeschreibung vorzunehmen, soweit nicht andere vergaberechtliche Gründe dem ausnahmsweise entgegenstehen. Eine Unzulänglichkeit der zunächst von der Ag herausgegebenen Leistungsbeschreibung oder gar eine fehlende Ausschreibungsreife kann daher aus dem Vorbehalt der Ag, im Rahmen der Verhandlungen Änderungen an der Leistungsbeschreibung möglicherweise vornehmen zu wollen, nicht herausgelesen werden. Ob im späteren Verlauf Änderungen an der Leistungsbeschreibung im Einzelfall vergaberechtswidrig sind (aufgrund der konkreten Umstände), kann hier nicht abgesehen werden und müsste gegebenenfalls zum Gegenstand einer späteren Nachprüfung gemacht werden.

- e) Soweit sich die ASt dagegen wendet, dass die Bieter bereits mit dem Erstangebot Konzepte zu bestimmten Aspekten der Leistungserbringung einreichen müssen, ist darin ebenfalls kein Vergaberechtsverstoß zu erkennen.

Soweit die ASt diesbezüglich auf eine Unzumutbarkeit und damit Unverhältnismäßigkeit entgegen § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB abstellt, ist dem nicht zuzustimmen. Die Erstangebote orientieren sich, was die Abforderung von Konzepten und

entsprechenden Angaben anbetrifft, an den Bestandteilen, die später auch bei den verbindlichen Angeboten gewertet werden. Dies ergibt sich aus den Ziffern 11.3.2.1 bis 11.3.2.5, auf die in Ziffer 5 f) verwiesen wird. Damit ergibt sich aber auch, dass entsprechende Konzepte auch später mit den verbindlichen Angeboten einzureichen sind (damit sie entsprechend bewertet werden können). Die von den Bietern mit den Erstangeboten abgeforderten Konzepte können somit für die später erforderlichen Konzepte ohne Weiteres verwendet werden und bilden zumindest eine gute Grundlage. Eine unzumutbare Belastung einer frühzeitigen Erarbeitung erster Konzepte ist darin mithin nicht zu sehen. Aber auch soweit Konzepte (vgl. Ziffer 5 c) und e) der Bewerbungsbedingungen) einer Wertung nicht zugeführt werden, ist in Anbetracht der Bedeutung für die Leistungserbringung davon auszugehen, dass auch diese Konzepte (zur Terminplanung und zu den baulichen Anlagen) später Bestandteil eines verbindlichen Angebots sein werden.

Soweit die ASt fürchtet, dass die Vergabeunterlagen im Lichte von Konzepten anderer Bieter in deren Richtung verändert werden und eigene Konzepte in der Folge grundlegend überarbeitet werden müssen, ist zum einen festzuhalten, dass die Zuschlagskriterien und dort insbesondere die der Wertung zugrundeliegenden Ziele nicht verändert werden dürfen, die jedoch die Kernorientierung für die zu bewertenden Konzepte darstellen. Zum anderen bleibt es der ASt (siehe oben d)) im späteren Verfahren unbenommen, einzelne sie konkret benachteiligende oder manipulative Änderungen der Leistungsbeschreibung vergaberechtlich zu beanstanden. Soweit umgekehrt eine Vergemeinschaftung guter Ideen eines Bieters, etwa der ASt, droht und damit ein möglicher Verlust des entsprechenden Wertungsvorteils oder -vorsprungs, setzt dies jedoch in der Regel die Einholung der Zustimmung des entsprechenden Bieters gemäß § 17 Abs. 13 Satz 5 VgV durch die Ag voraus, so dass die ASt auch insoweit nicht rechtlos gestellt ist.

- f) Schließlich macht die ASt geltend, dass die Ausführungsfristen – abhängig vom bisher unklaren Zeitpunkt des Zuschlags wie auch des Lieferbeginns – möglicherweise zu kurz seien bzw. eine belastbare Kalkulation ohne festen Zeitpunkt des Lieferbeginns nicht möglich sei. Hier fehlt es jedoch mangels feststehender Termine bereits an einem belastbaren Sachverhalt, aufgrund dessen etwa festgestellt werden könnte, dass die Ausführungsfristen zu kurz bemessen sind und die ASt in ihren Rechten beeinträchtigt, bzw. – was Kalkulationsunsicherheiten betrifft – jedenfalls an einer Rechtsverletzung,

da derzeit noch keine verbindlichen geschweige denn zu wertenden Angebote einzureichen sind, sondern lediglich Erstangebote, die keiner Wertung zugeführt werden.

3. Um den festgestellten Verstoß (siehe oben 2.a)) zu beseitigen, muss die Ag – fortbestehende Beschaffungsabsicht vorausgesetzt – die Vergabeunterlagen, hier Ziffer 11.3.2 der Bewerbungsbedingungen, in Bezug auf die Bewertungsmethode unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer überarbeiten und den ausgewählten Bietern auf Grundlage der überarbeiteten Vergabeunterlagen Gelegenheit zur Angebotsabgabe geben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt trifft dabei ein in Höhe von zwei Dritteln pauschaliert zu bewertendes Unterliegen, da sie mit ihrem Antrag nur hinsichtlich der Beanstandung der Bewertungsmethode nach Ziffer 11.3.2 der Bewerbungsbedingungen durchdringt, während sie mit den übrigen Beanstandungen keinen Erfolg hat.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt und die Ag war jeweils notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen (unter anderem zur Zulässigkeit bestimmter Bewertungsmethoden), deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

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 Beschwerdebegründung 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 Rechtsanwalt unterzeichnet 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.

Behrens

Ohlerich