



Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 81/14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Vertrag zur Integrierten Versorgung (§§ 140 a – d SGB V) von an Diabetes mellitus Typ 1 und Typ 2 erkrankten Versicherten“ ([...]), hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den stellvertretenden Vorsitzenden, Leitender Regierungsdirektor Thiele, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Schuldt auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 2014 am 21. Oktober 2014 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Vergabeabsicht hat die Antragsgegnerin das Verfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor der Versendung der Vergabeunterlagen zurück zu versetzen.
2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner.
3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin jeweils zur Hälfte.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb am [...] die beabsichtigte Vergabe „Vertrag zur Integrierten Versorgung (§§ 140a – d SGB V) von an Diabetes mellitus Typ 1 und Typ 2 erkrankten Versicherten“ im Rahmen eines offenen Verfahrens gemeinschaftsweit aus ([...]). Die integrierte Versorgung soll v.a. ein erweitertes Blutzuckermonitoring, eine Versorgung der Versicherten mit qualitativ hochwertigen Blutzuckermessgeräten und Blutzuckerteststreifen beinhalten, darüber hinaus aber auch die Möglichkeit der Schulung der Versicherten an Blutzuckermessgeräten sowie weitere Serviceleistungen für die Versicherten bieten. Da auch Versicherte mit Migrationshintergrund an der Integrierten Versorgung teilnehmen, sollen Schulungen und die weiteren Serviceleistungen mehrsprachig zur Verfügung gestellt werden. Der Rahmenvertrag soll eine Laufzeit von vier Jahren haben. Vorgesehener Vertragsbeginn ist der 1. April 2015.

Ausweislich Rn. 3 der Vergabeunterlagen („Rahmenbedingungen“, Seite 11) muss jeder Bieter je Vertragsjahr ein Gesamtbudget anbieten, welches die in Anlage 4 im Einzelnen beschriebenen

Komponenten umfasst. Jeder Bieter hat auch zwei - hinsichtlich der äußeren Gerätemaße unterschiedlich ausgeführte - Blutzuckermessgeräte sowie die zugehörigen Blutzuckermessstreifen anzubieten, die bestimmte Qualitätseigenschaften erfüllen müssen.

Zu den „Bewertungskriterien“ verhalten sich die Vergabeunterlagen unter ihrer Rn. 5 (Seite 15) wie folgt:

„In die Bewertung der Angebote fließen als Kriterium der Qualität das „Konzept zur Umsetzung des Integrierten Versorgungsvertrages“ und als Kriterium des Preises die „Wirtschaftlichkeit des Gesamtbudgets“ als gleichwertige Komponenten (50 % / 50 %) des Angebotes ein. Die sich daraus ergebende Gesamtwirtschaftlichkeit des Angebotes entscheidet über den Gewinner der Ausschreibung und Erteilung des Zuschlages. Den Zuschlag erhält der Bieter mit der höchsten Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl. Die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl ergibt sich aus der Addition der Prozentwerte nach 5.1 und 5.2. Sollten mehrere Bieter die selbe Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl erreichen, erhält der Bieter mit der höher bewerteten Qualitätskomponente (Konzept zur Umsetzung des integrierten Versorgungsvertrages) den Zuschlag.“

Hinsichtlich der Bewertungskriterien wird im Einzelnen auf Anlage 6 der Vergabeunterlagen verwiesen. Der Anlage 6 zufolge werden die Kriterien „Wirtschaftlichkeit des Gesamtbudgets“ (Preis) und „Konzept zur Umsetzung des Integrierten Versorgungsvertrags“ (Qualität) wie folgt ermittelt:

Die „Wirtschaftlichkeit des Gesamtbudgets“ wird auf Basis der vom Bieter anzugebenden Preisangebote über die Vertragslaufzeit ermittelt. Aus den von den Bietern anzugebenden 12-Monatsbudgets wird der Durchschnittswert in Form des arithmetischen Mittelwerts gebildet. Weiter heißt es wörtlich:

„Für die Bewertung der Budgetangebote über die Laufzeit von vier Jahren sind max. 100 % zu erreichen. Der Bieter mit dem geringsten Ø 12-Monatsbudgetwert erhält die höchste Prozentzahl (100 %). Im Verhältnis dazu erhalten die anderen Bieter eine Prozentzahl, die sich entsprechend der prozentualen Abweichung ihres Angebotes von dem des günstigsten Angebotes reduziert.“

Eine mathematische Formel, welche die Umsetzung der o.g. Vorgaben veranschaulichen würde, ergibt sich aus den Vergabeunterlagen nicht.

Hinsichtlich des Kriteriums „Konzept zur Umsetzung des Integrierten Versorgungsvertrages“ ist der Anlage 6 zu entnehmen, dass der Bieter auf Basis der Leistungsbeschreibung (Anlage 2 der Vergabeunterlagen) ein Konzept vorzulegen hat. Die Bewertung des Konzepts erfolgt durch Bepunktung der einzelnen Unterkategorien und der anschließenden Addition der Punkte pro Kategorie. Die jeweiligen Kategoriensummen werden entsprechend ihrer Gewichtung prozentual bewertet und aufsummiert.

Die Summe der Prozentwerte dieser beiden Kriterien ergibt die „Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl“ des Angebots (vgl. Anlage 6, Rn. 3). Den Zuschlag erhält der Bieter mit der höchsten Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl. Bei Wertgleichheit erhält der Bieter mit der höher bewerteten Qualitätskomponente den Zuschlag.

Grundlage der qualitativen Wertung sind die in Anlage 6 aufgelisteten 6 Kategorien. Kategorie 1 etwa betrifft „Ärzte: Einbindung der Haus- und Fachärzte, Möglichkeiten der Kontaktaufnahme“, Kategorie 6 die „Benutzerfreundlichkeit Blutzuckermessgerät“. Zu jeder dieser Kategorien hat die Ag ihre Zielvorstellungen formuliert, darüber hinaus die jeweiligen Unterkriterien, die max. zu erreichenden Punkte und deren Gewichtung. In der Summe können maximal 54 Punkte erreicht werden.

Als zuständige Stelle für vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren führen die Vergabeunterlagen die Vergabekammer des Landes Hessen auf (Vergabeunterlagen, Rn. 2.1 Nr. 1, Seite 5).

Die Angebotsabgabefrist endete am 14. Mai 2014. Die Antragstellerin (ASt) und Beigeladene (Bg) des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens beteiligten sich durch die Abgabe ihres jeweiligen Angebots am Wettbewerb. Am 13. Mai 2014 stellte ein anderer Bieter bei der Vergabekammer des Landes Hessen einen Nachprüfungsantrag, der nach der am 10. Juli 2014 stattgefundenen mündlichen Verhandlung im Wege eines Vergleichs beendet werden konnte (Vergabevermerk Teil III – Bewertungsphase, unter Tz. I).

Nach der vorliegenden Wertung ist das Angebot der ASt zwar das preisgünstigste, liegt bei der qualitativen Wertung aber auf Rang zwei. Mit dem Angebot der Bg verhält es sich genau umgekehrt, d.h. dieses belegt bei der preislichen Wertung Rang zwei, bei der qualitativen Wertung den ersten Rang. Die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl beider Angebote liegt nach den Feststellungen der Ag bei 0,97.

Mit Schreiben vom 29. August 2014 informierte die Ag die ASt gem. § 101a GWB über ihre Absicht, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Zwar lägen beide Angebote in der Gesamtwertung gleichauf. Bei einem Punktegleichstand in der Gesamtwertung sei jedoch ausschlaggebend, welches Angebot das qualitativ bessere sei. In qualitativer Hinsicht sei das Angebot der Bg besser zu bewerten, weshalb diese den Zuschlag erhalte.

Hiergegen wandte die ASt sich mit einem anwaltlichen Rügeschreiben vom 4. September 2014. Dem Vorbringen half die Ag in ihrem Antwortschreiben vom 5. September 2014 nicht ab.

2. Mit einem am 8. September 2014 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Antrag übermittelte die Vergabekammer der Ag am selben Tag.

a) Die ASt meint, der Nachprüfungsantrag sei zulässig.

Zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag sei, ungeachtet des Hinweises in der Bekanntmachung auf die Zuständigkeit der Vergabekammer des Landes Hessen, jedenfalls auch die VK Bund berufen. Die Zuständigkeit der VK Bund ergebe sich daraus, dass die Finanzierung der Ag aufgrund bundesgesetzlicher Regelungen erfolge. Im Falle einer Doppelzuständigkeit stehe dem Antragsteller ein Zuständigkeitswahlrecht zu (§ 35 ZPO analog). Dieses Wahlrecht habe die ASt zulässigerweise mit ihrem bei der erkennenden Vergabekammer gestellten Nachprüfungsantrag ausgeübt.

Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen seien ebenfalls erfüllt. Mit der Angebotsabgabe habe die ASt ihr Interesse am Auftrag dokumentiert. Durch die angegriffene Vergabeentscheidung drohe ihr, der nach der Angebotswertung Zweitplatzierten, die Entstehung eines Schadens. Der Nachprüfungsantrag sei auch nicht präkludiert, soweit dieser sich gegen die Wertungssystematik richte. Die vergaberechtliche Beurteilung einer Methode zur Angebotswertung sei komplex und von der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt. Vor Einholung des Rechtsrates bei ihren Verfahrensbevollmächtigten habe der ASt die erforderliche Rechtskenntnis gefehlt.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die der Angebotswertung zugrunde gelegten Grundsätze (Anlage 6, Ziff. 1) seien intransparent und verstießen gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 97 Abs. 5 GWB.

Die ASt beanstandete zunächst insbesondere, dass die Umrechnung der Preise in Prozentpunkte – mit dem Ziel, den Preis mit dem Kriterium Qualität vergleichbar zu machen – Verzerrungen zur Folge haben könne. Durch eine Umrechnung des Preises werde das Ziel, Vergleichbarkeit herzustellen, nicht erreicht. Bei der vorgesehenen Gewichtung der Zuschlagskriterien Preis und Qualität im Verhältnis 50 : 50 sei eine Vergleichbarkeit dadurch zu erreichen, dass die Leistungspunkte durch den Preis dividiert würden. Denkbar sei auch, die Preise in dasselbe Punkteraster umzurechnen, welches der qualitativen Wertung zugrunde gelegen habe (d.h. 0 – 54 Punkte). Eine solche Umrechnung in ein- und dasselbe Punkteraster sei indes nicht erfolgt. Folge davon sei, dass das Kriterium Qualität – im Widerspruch zu der Bekanntmachung – faktisch höher gewichtet worden sei als das Kriterium Preis.

Dadurch dass die Ag die Angebotspreise ins Verhältnis zueinander setze, mache sie die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote von der Relation der Angebote untereinander abhängig. Dies stelle eine Verletzung des § 97 Abs. 5 GWB dar. Hinzu komme, dass in Einzelfällen die Rangfolge von dem Angebot eines Dritten beeinflusst werden könne (sog. „Flipping-Effekt“). Die vorgesehene Bewertungsmethode sei auch nicht von dem der Ag zuzubilligenden Beurteilungsspielraum gedeckt. Vielmehr sei insbesondere in Fällen wie dem Vorliegenden, in denen die Kriterien Preis und Qualität mit jeweils 50 % in die Wertung eingehen sollten, die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots alleine auf Basis der Formel: $P = \text{Leistung} \cdot \text{Preis}$ zulässig.

Einen grundsätzlichen Mangel stelle es auch dar, dass die Ag bei der Wertung der Preise einerseits und der Qualität andererseits von verschiedenen Systemen ausgegangen sei. Während sie im Rahmen der Preiswertung die Angebote zueinander ins Verhältnis gesetzt habe, habe sie im Rahmen der Wertung der Qualität jedes Angebot für sich betrachtet.

Im weiteren Verlauf des Nachprüfungsverfahrens ergänzte die ASt ihren diesbezüglichen Vortrag wie folgt: Es stelle einen grundlegenden Mangel dar, dass die Ag die von ihr verwendete mathematische Formel zur Umsetzung der Vorgaben in Anlage 6, Ziff. 1 hinsichtlich der preislichen Wertung nicht bekannt gemacht habe. Die Ag habe ihrer Wertung eine mathematische Formel zugrunde gelegt, die mit den eigenen Vorgaben in Anlage 6, Ziff.1 nicht vereinbar sei. Die von der Ag verwendete Formel sei mit der bekannt gemachten Wertungssystematik schon deshalb nicht vereinbar, weil sie keine Differenz (reduziert

entsprechend der prozentualen Abweichung ihres Angebotes von dem des günstigsten Angebotes) vorsehe. Hinzu komme, dass die Formel den zu vergleichenden (d.h. teureren) Angebotspreis in den Zähler des Bruches eingestellt habe. Die ASt meint, angesichts der auslegungsbedürftigen Formulierung der Anlage 6, Ziff. 1 sei die Ag verpflichtet gewesen, die von ihr verwendete mathematische Formel den Bietern bekannt zu geben. Die von der Ag verwendete Formel führe ferner faktisch dazu, dass der Wert „null“ nicht erreicht werden könne, weil keine lineare Abwertung der teureren Angebotspreise im Verhältnis zum günstigsten Angebot erfolge.

Darüber hinaus macht die ASt diverse Beurteilungsfehler im Rahmen der Angebotswertung auf der vierten Stufe geltend.

Die ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten und die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag meint, die ASt sei mit dem gegen die Wertungssystematik gerichteten Vorbringen nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Die Bewertungssystematik habe die ASt der Anlage 6 ohne Weiteres entnehmen können. Es hätte der ASt daher obliegen, evtl. Bedenken vor Ablauf der Angebotsabgabefrist im Wege der Rüge geltend zu machen.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet.

Die Bewertungssystematik bewege sich in dem Rahmen, der dem öffentlichen Auftraggeber bei der Festlegung der Zuschlagskriterien zuzubilligen sei. Entgegen der Auffassung der ASt gebe es keinen Rechtssatz des Inhalts, dass der Wertung zwingend die Formel: $P = \text{Leistung} \cdot \text{Preis}$ zugrunde zu legen sei. Die von der ASt gegen den sog. „Flipping-Effekt“ geltend gemachten Bedenken gingen schon deshalb ins Leere, weil vorliegend auf der vierten Wertungsstufe nur zwei Angebote, nämlich dasjenige der ASt und dasjenige der Bg, gewertet worden seien

Die Ag habe, wie es in der Anlage 6 vorgesehen sei, (Prozent-) Punkte für den Angebotspreis vergeben und diesen mit einer Gewichtung von 50 % in die Gesamtwertung einfließen lassen. Bei der Ermittlung der Prozentpunkte für die Wertung des Angebotspreises sei sie von derselben Formel ausgegangen, die auch seitens der Bg als zutreffend erachtet worden sei (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 7. Oktober 2014). Selbst wenn der Wertung der Angebotspreise die von der ASt als einzig richtig bezeichnete Formel zugrunde gelegt würde, bliebe die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl beider Angebote unverändert.

Nach Auffassung der Ag sind die gegen die Wertung der qualitativen Kriterien gerichteten Angriffe der ASt unbegründet.

c) Die mit Beschluss vom 9. September 2014 zum Verfahren hinzugezogene Bg beantragt,

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

Nach Ansicht der Bg ist der Nachprüfungsantrag gem. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB unzulässig, soweit dieser sich gegen die Wertungsmethodik richte. Der behauptete Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz hätte die ASt ohne Weiteres den Vergabeunterlagen entnehmen können. Um zu erkennen, dass die Punktwertung des Preises (0 - 100 Prozentpunkte) nicht deckungsgleich sei mit der Punktwertung der Qualität (0 - 54 Prozentpunkte), seien keine vertieften vergaberechtlichen Kenntnisse erforderlich gewesen. Nichts anderes gelte hinsichtlich des Vortrags der ASt, die vorgesehene relative Angebotswertung könne zu einem unzulässigen Flipping-Effekt führen.

Der Nachprüfungsantrag sei in der Sache unbegründet. In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass es zulässig sei, im Rahmen der Wertung der Angebotspreise auf den (relativen) Abstand des Preises eines Bieters zum Angebotspreis des preisgünstigsten Anbieters abzustellen (Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2010, VII-Verg 48/09; VK Niedersachsen, Beschluss vom 7. Februar 2014, VgK-51/2013; VK Südbayern, Beschluss vom 22. April 2013, Z3-3-3194-1-13-04/13; VK Bund, Beschluss vom 30. März 2010, VK 3-24/10). Insgesamt sei festzustellen, dass die Ag die Grenzen des Bestimmungsrechts in Bezug auf die Festlegung der Wertungskriterien eingehalten habe.

Der vorliegende Sachverhalt sei auch nicht mit demjenigen zu vergleichen, welcher der Entscheidung des OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 22. Januar 2014 (Az.: VII-Verg 26/13) zugrunde gelegen habe. Da die Ag vorliegend eine prozentuale Wertung vorgenommen habe, könne es zu der vom OLG Düsseldorf monierten Bewertung mit 0 Punkten des zweitplatzierten Bieters nur kommen, wenn der angebotene Preis im Vergleich zum preisgünstigsten Angebot gegen Unendlich strebe. In allen anderen Fällen sei die Prozentpunktbewertung > 0 .

Die Ausführungen der ASt zum Flipping-Effekt gingen ins Leere. Ausweislich der Vergabeakte seien auf der vierten Wertungsstufe nur zwei Angebote gewertet worden.

Nicht zu folgen sei der Auffassung der ASt, die Ag hätte die Preise in dasselbe Punkteraster umrechnen müssen, das der Wertung des Qualitätskriteriums zugrunde gelegen habe. Ungeachtet des Umstands, dass die max. zu vergebende Punktzahl bei diesen beiden Zuschlagskriterien differiert habe, komme es entscheidend darauf an, ob die beiden Kriterien, wie bekannt gemacht, mit jeweils 50 % in die Gesamtwertung eingegangen seien. Dies sei der Fall.

d) Der ASt und der Bg ist antragsgemäß Akteneinsicht gewährt worden.

In der mündlichen Verhandlung vom 7. Oktober 2014 hatten die Beteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf Anregung der Vergabekammer erklärte die Ag sich in der mündlichen Verhandlung bereit, den Verfahrensbeteiligten eine alternative Wertung der Angebotspreise auf Basis der von der ASt für richtig gehaltenen mathematischen Formel Verfügung zu stellen. Dem kam die Ag in ihrem Schriftsatz vom 8. Oktober 2014 nach. Dem Antrag der ASt im Schriftsatz vom 7. Oktober 2014, ihr die Gelegenheit zu geben, hierzu Stellung zu nehmen, gab die Vergabekammer statt. Demensprechend sind die die alternative Wertung betreffenden Ausführungen der ASt in ihrem Schriftsatz vom 9. Oktober 2014 bei der

Entscheidungsfindung berücksichtigt worden, nicht jedoch die darüber hinausgehenden Ausführungen der ASt im Schriftsatz vom 9. Oktober 2014 (Rn. 2 ff.) sowie deren Ausführungen im Schriftsatz vom 16. Oktober 2014; gleiches gilt für den ebenfalls nicht nachgelassenen Schriftsatz der Bg vom 16. Oktober 2014. Auf die Schriftsätze der Beteiligten im Übrigen, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

Die Entscheidungsfrist wurde mit Verfügung des stellvertretenden Vorsitzenden vom 9. Oktober 2014 verlängert bis Freitag, den 24. Oktober 2014.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist eröffnet.

Vorliegend ist sowohl die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundeslandes Hessen (aufgrund der Aufsicht dieses Bundeslandes über die Ag) als auch die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes (aufgrund der mittelbaren Finanzierung durch den Bund) gegeben. Beim Vorliegen einer solchen Doppelzuständigkeit steht nach der wohl h.M. in der Rechtsprechung dem Antragsteller ein Zuständigkeitswahlrecht gem. § 35 ZPO analog zu (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Dezember 2013, VII-Verg 25/13). Zuständig ist demnach diejenige Vergabekammer, bei welcher der Antragsteller seinen Antrag stellt. Dies ist vorliegend die erkennende Vergabekammer.

b) Die ASt ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB). Die ASt hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebots sowie durch die Stellung des Nachprüfungsantrags hinreichend dokumentiert. Ihren Vortrag als richtig unterstellt, kann die ASt durch die von ihr geltend gemachten Vergabeverstöße, d.h. das fehlerhafte Wertungssystem sowie die fehlerhafte Angebotswertung in ihren Rechten verletzt sein.

- c) Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht auch die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht entgegen.

Die gegen die Angebotswertung auf der vierten Stufe gerichteten Angriffe hat die ASt nur wenige Tage nach Erhalt des Informationsschreibens (§ 101a GWB) vom 8. September 2014 und damit „unverzüglich“ gegenüber der Ag gerügt. Damit scheidet eine Anwendbarkeit des alleine in Betracht kommenden § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB von vornherein aus. Darauf, ob das Erfordernis der „Unverzüglichkeit“ mit EG-Recht unvereinbar ist und deshalb unangewendet bleiben muss (in diesem Sinne etwa OLG Koblenz, Beschluss vom 16. September 2013, 1 Verg 5/13), kommt es somit nicht an.

Ernsthaft in Betracht kommt eine Präklusion alleine in Bezug auf das Vorbringen der ASt, das Wertungssystem sei fehlerhaft. Ag und Bg vertreten die Auffassung, die behaupteten Mängel des Wertungssystems seien auch für ein anwaltlich nicht beratenes Unternehmen ohne Weiteres in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht erkennbar gewesen, so dass § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB eingreife. Dem ist jedoch nicht beizutreten. Die Annahme einer rechtlichen Erkennbarkeit kann im Regelfall nur bei einem auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepraxis beruhenden Rechtsverstoß in Betracht kommen. Der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem verständigen Bieter auffallen muss (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2014, Verg 26/13). Dies kann z.B. der Fall sein, wenn sich der Vergabeverstoß unschwer aus dem Gesetz ergibt. Diese Voraussetzung trifft auf die gegen die Wertungssystematik gerichteten Angriffe nicht zu. Denn durch die Rechtsprechung ist noch nicht abschließend geklärt, wann ein Wertungsschema die Grenzen zur Unzulässigkeit überschreitet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2014, a.a.O.).

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Wertungssystematik, wie sie in Anlage 6, Ziff. 1 ihren Niederschlag gefunden hat, ist vergaberechtswidrig. Bei fortbestehender Vergabeabsicht hat die Ag das Verfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurück zu versetzen. Auf die zwischen den Verfahrensbeteiligten streitige Frage, ob auch die Angebotswertung auf der vierten Stufe defizitär ist, kommt es daher nicht mehr an.

Das von der Ag in Anlage 6, Ziff. 1, der Wertung der Angebotspreise zugrunde gelegte System genügt weder den sich aus dem Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB) ergebenden Anforderungen, noch ist es geeignet, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 97 Abs. 5 GWB).

Nach Art. 53 Abs. 1 und 2 Richtlinie 2004/18/EG ist es grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers, die Kriterien für die Zuschlagsentscheidung zu bestimmen. Danach kann Zuschlagskriterium alleine der Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot sein (Art. 53 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG). Will der Auftraggeber den Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilen, hat er in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen mitzuteilen, wie er die Wertungskriterien gewichtet (Art. 53 Abs. 1 Richtlinie 2004/18). Weitergehende Ausführungen, insbesondere zur Ausgestaltung einer Wertungsmatrix, sind der Richtlinie nicht zu entnehmen. Solche ergeben sich auch nicht aus dem nationalen Vergaberecht (§ 9 EG Abs. 2 VOL/A). Im Ergebnis steht dem öffentlichen Auftraggeber eine von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbare Bestimmungsfreiheit bei der Aufstellung einer Wertungsmatrix zur Verfügung (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 22. Januar 2014, Verg 26/13 unter vom 3. März 2010, VII-Verg 48/09). So ist es dem Auftraggeber z.B. verwehrt, Kriterien zu verwenden, die dem Zweck der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zuwiderlaufen. Die Festlegungen dürfen auch nicht dazu führen, dass Kriterien keine Rolle mehr spielen, die bekannt gegebene Gewichtung faktisch missachtet oder der Grundsatz der Selbstbindung an die Gewichtung missachtet wird (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2014, Verg 26/13). In diesem Sinne erweist sich die von der Ag verwendete Wertungssystematik als vergaberechtswidrig.

a) Allerdings ergibt sich die Vergaberechtswidrigkeit der Anlage 6, Ziff. 1 nicht bereits aus dem von der ASt behaupteten Flipping-Effekt.

Der sog. „Flipping-Effekt“ wird von der Literatur zur Bezeichnung eines Phänomens bezeichnet, in dem die Zuschlagszahl des zu wertenden Angebots vom Inhalt des Angebots eines dritten Bieters beeinflusst wird (vgl. hierzu: Bartsch, v. Gehlen, Hirsch, „Mit Preisgewichtung vorbei am wirtschaftlichsten Angebot?“, NZBau, 2012, 393 ff.). Wenn in solchen Fällen die Bieterreihenfolge von dem dritten Angebot abhängt, kann es in Einzelfällen zu einer Umkehrung der Bieterreihenfolge kommen. Im vorliegenden Verfahren stellt sich diese Frage jedoch schon deshalb nicht, weil es auf der vierten Wertungsstufe lediglich zwei Bieter gibt, die ASt und die Bg.

b) Der ASt ist auch nicht darin zu folgen, es stelle einen grundlegenden Mangel des streitgegenständlichen Wertungssystems dar, dass die Angebotspreise in Relation zueinander gesetzt wurden.

Einen Rechtssatz des Inhalts, dass Angebote bei der Wertung nicht in Relation zueinander betrachtet werden dürfen, ist dem geltenden Recht nicht zu entnehmen. In der Rechtsprechung ist die relative Bewertungsmethode anerkannt (z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2014, VII-Verg 48/09).

Im Übrigen verkennt die ASt, dass die denkbaren Alternativen ihrerseits nicht frei von Defiziten sind. Soll auf eine Betrachtung der Angebotspreise in Relation zueinander verzichtet werden, käme z.B. in Betracht, dass der Auftraggeber zum Zwecke der Wertung einen Eckpreis setzt; der Grad der Abweichung des zu wertenden Angebotspreises von diesem Eckpreis könnte in diesem Falle Grundlage für die Wertung sein. Hiergegen spricht jedoch, dass die Festlegung eines solchen Eckpreises – der bekannt zu machen wäre – als Vorgabe eines Preises oder Preisniveaus interpretiert werden könnte (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2010, Verg 48/09). Wird auf einen Eckpreis als Anknüpfungspunkt für die Wertung verzichtet, käme ein Vorgehen in Betracht, beim dem der Preis ausschließlich mit der Qualität des Angebots in Beziehung gesetzt wird. Wie nachfolgend unter c) zu zeigen sein wird, kann auch diese Vorgehensweise Probleme aufwerfen.

c) Auch der Auffassung der ASt, die Zuschlagszahl habe in der Weise ermittelt werden müssen, dass die Punkte für die Qualität durch den Preis dividiert werden, ist nicht zu folgen.

Diese Vorgehensweise, die der „einfachen Richtwertmethode“ entspricht, ist nach Ansicht der ASt bei einer Gewichtung von 50:50 (Preis / Qualität) die allein zulässige. Schwäche der einfachen Richtwertmethode ist jedoch, dass insbesondere dann, wenn die Angebote – wie vorliegend – sehr eng beieinander liegen, schon geringfügige Veränderungen bei einem Zuschlagskriterium die Bieterreihenfolge beeinflussen können. Außerdem hat bei dieser Methode der Auftraggeber keinen Spielraum zu entscheiden, ob er bei eng beieinander liegenden Angeboten dem preiswerteren oder dem qualitativ besseren Angebot den Vorzug geben möchte (zum Vorstehenden Bartsch, v. Gehlen, a.a.O.).

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich das von der ASt behauptete Problem, dass nämlich die Umwandlung des Preises in eine Prozentzahl zu einer Ungenauigkeit führe, bei ihr selbst nicht realisiert hat. Die ASt hat das preisgünstigste Angebot abgegeben und somit bei der preislichen Wertung die volle Punktzahl erhalten. Von der Umrechnung unmittelbar betroffen ist nicht sie selbst, sondern die Bg.

d) Entgegen der Auffassung der ASt ist auch nicht zu beanstanden, dass die Angebotspreise im Rahmen der Wertung in Relation zueinander betrachtet wurden, während bei der Wertung der Qualität alleine auf das jeweilige Angebot abgestellt wurde.

Ein Grundsatz, dass die Wertung von mehreren Zuschlagskriterien auf dieselbe Weise erfolgen muss (d.h. Wertung entweder relativ zueinander oder isoliert), ist dem geltenden Recht nicht zu entnehmen.

e) Der ASt ist ferner nicht darin beizutreten, die grundsätzliche Umrechnung der Angebotspreise in Prozentpunkte sei intransparent.

Die ASt meint, die Wertung der Angebotspreise könne „gleichberechtigt“ mit der Wertung der Qualität in der Weise erfolgen, dass die Preise in dasselbe Punkteraster (0-54) umgerechnet würden, das der qualitativen Wertung zugrunde gelegen habe. Nach Ansicht der ASt könnte so vermieden werden, dass das Kriterium Qualität faktisch mit einer höheren als der bekannt gemachten Gewichtung in die Wertung eingeht.

Wie sich aus Anlage 6, Nr. 2, ergibt, erfolgt die (qualitative) Wertung des Konzepts durch Bepunktung der einzelnen Unterkategorien und anschließender Summenbildung pro Kategorie. Die jeweiligen Kategoriensummen werden entsprechend ihrer Gewichtung prozentual bewertet und aufsummiert. Insgesamt konnten im Rahmen der qualitativen Wertung max. 54 Punkte erreicht werden. Die max. 54 Punkte entsprachen 100 Prozentpunkten. Mit 100 Prozentpunkten ging auch der Angebotspreis in die Wertung ein. Damit ist sichergestellt, dass die Kriterien Preis und Qualität mit der bekannt gemachten Gewichtung von 50 % in die Gesamtwertung eingehen. Einer Umrechnung der Preise in ein Punktraster, dessen Abstufungen dem der qualitativen Wertung zugrunde gelegte Punktraster, bedurfte es nicht.

f) Die Wertungssystematik ist jedoch deshalb vergaberechtswidrig, weil das in der Anlage 6, Ziff. 1 beschriebene, der Wertung der Angebotspreise zugrunde gelegte System, intransparent ist und nicht mit § 97 Abs. 5 GWB vereinbar ist.

Anlage 6, Ziff. 1 sieht hinsichtlich der Ermittlung der „Wirtschaftlichkeit des Gesamtbudgets“ vor, dass der Bewertung das arithmetische Mittel aus den vier bieterindividuellen 12-Monatsbudgets zugrunde gelegt wird. Der Bieter mit dem geringsten arithmetischen Mittelwert soll danach die höchste Prozentzahl (100 %) erhalten. Sodann heißt es:

„Im Verhältnis dazu erhalten die anderen Bieter eine Prozentzahl, die sich entsprechend der prozentualen Abweichung ihres Angebotes von dem des günstigsten Angebotes reduziert.“

Ergänzende Ausführungen zu der Wertung der anderen (d.h. teureren) Angebotspreise sind den Vergabeunterlagen nicht zu entnehmen. In der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer hat die Ag erklärt, die folgende mathematische Formel verwendet zu haben:

$$P = \frac{y}{x} * 100$$

Dabei steht „y“ für den preisgünstigsten Anbieter, „x“ für den zu vergleichenden Preis.

Von diesem Verständnis der Anlage 6, Ziff. 1 ist auch die Bg ausgegangen.

Die ASt hingegen meint, die von der Ag verwendete Formel setze Anlage 6, Ziff. 1 nicht korrekt um. Ihrer Ansicht nach sei alleine folgende Formel mit den bekannt gemachten Vorgaben vereinbar:

$$P = \left(1 - \frac{x - y}{x}\right) * 100$$

Die Formulierung *„Im Verhältnis dazu erhalten die anderen Bieter eine Prozentzahl, die sich entsprechend der prozentualen Abweichung ihres Angebotes von dem des günstigsten Angebotes reduziert.“* lässt keine eindeutige Auslegung zu und ist daher intransparent. Es ist schon unklar, ob im Nenner des Bruches das günstigste Angebot stehen soll oder das zu vergleichende Angebot. Die Formulierung: „von dem des günstigsten Angebotes“ deutet lediglich darauf hin, dass der Abstand zum günstigsten Angebot maßgeblich sein soll. Daraus wird jedoch nicht ersichtlich, was der Nenner für die Prozentbildung sein soll.

Desweiteren ist unklar, in welcher Form sich die Prozentzahl in Abhängigkeit von der prozentualen Abweichung reduziert. Die Formulierung „entsprechend“ als solche konkretisiert dies nicht hinreichend.

Damit ist die Formulierung unklar.

Ein Schadenseintritt könnte dann zu verneinen sein, wenn es auch unter Zugrundelegung jeder denkbaren Formel-Variante bei der vorliegenden Wertung der Angebotspreise bleiben sollte.

Aus Sicht der Vergabekammer ist angesichts der unklaren Vorgaben allerdings keineswegs klar, ob es nur noch eine weitere mathematische Formel gibt, welche die Vorgaben der Anlage 6, Ziff. 1 korrekt abbildet. Wie ein Vergleich der Schriftsätze der Ag vom 8. Oktober 2014 und der ASt vom 9. Oktober 2014 zeigt, sind weitere Berechnungsmethoden denkbar. Während die Ag sich darauf beschränkt hat, bei ihrer eigenen Formel die Daten im Nenner und Zähler zu tauschen (nachfolgend: alternative Formel), ist die Formel der ASt weitergehend. Nicht auszuschließen ist, dass auch die Formel der ASt ihrerseits anders gefasst werden kann.

Wie die Berechnungen der Ag in ihrem Schriftsatz vom 8. Oktober 2014 zeigen, hat diese die ermittelten (Prozent-) Punktwerte gerundet und letztlich in Dezimalzahlen umgewandelt. Da die Anlage 6 nichts dafür hergibt, dass Rundungen im Nachkommabereich zulässig sind, sind bei der Wertung auch die weiteren Nachkommastellen zu berücksichtigen. Angesichts der eng beieinander liegenden Angebote können selbst kleine Unterschiede im Nachkommabereich den entscheidenden Unterschied zwischen zwei Angeboten machen. Vorliegend haben die Berechnungen der Ag im Schriftsatz vom 8. Oktober 2014 ergeben, dass das Angebot der Bg bei Zugrundelegung der alternativen Formel eine schlechtere Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl erhalten würde als die ASt, weil diese - ab der vierten Nachkommastelle - niedriger liegt als diejenige der ASt. Hätte die Ag mit den Prozentzahlen statt den entsprechenden Dezimalzahlen weitergerechnet (z.B. bei der ASt 50,00 % + Prozentzahl der Qualitätsbewertung, statt 0,50 + skalierten Prozentwert) und dann nach der zweiten Nachkommastelle gerundet, wäre das Angebot der ASt als das wirtschaftlichste ermittelt worden. Damit steht zur Überzeugung der Vergabekammer fest, dass sich die Frage, welche mathematische Formel zur Umsetzung der Vorgabe in Anlage 6, Ziff. 1 und welche Rundungsregel herangezogen wird, auf das Ergebnis auswirkt. Dies hat zur Folge, dass aufgrund der Intransparenz der Vorgabe der ASt ein Schaden entstanden sein kann.

Nach § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB trifft die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag das Verfahren in den Stand vor der Versendung der zu überarbeitenden Vergabeunterlagen zurück zu versetzen, um den Bietern neue Angebote in Kenntnis der Zuschlagskriterien deren Gewichtung zu geben. Darauf, ob auch die Wertung gerichteten Angriffe begründet sind, kommt es nicht mehr an, da die von den Bietern neu einzureichenden Angebote einer erneuten fachlichen Wertung

zugeführt werden müssen. Die Vergabekammer weist vorsorglich darauf hin, dass es der Transparenz des Verfahrens und der Gleichbehandlung aller Bieter dient, wenn den unbeteiligten Testpersonen (Kategorie 6) Leitlinien an die Hand gegeben werden, die sie bei der Wertung der Blutzuckermessgeräte zu berücksichtigen haben.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag daher begründet.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG.

Danach haben die Ag und die Bg als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als Gesamtschuldner zu tragen. Die Bg ist an der Tragung der Kosten zu beteiligen, weil diese sich durch schriftlichen und mündlichen Vortrag am Verfahren beteiligt hat und damit ein Prozesskostenrisiko auf sich genommen hat. Die ASt hat sich mit ihrem Vortrag auch in einen Interessengegensatz zur Bg gesetzt.

Ag und Bg haben der ASt jeweils zur Hälfte die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. Das Nachprüfungsverfahren hat Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen, welche die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen.

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 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.

Thiele

Zeise