



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 89/14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Genehmigungs- und Abrechnungsmanagement gem. §§ 301a SGB V, 302 SGB V und 105 SGB XI“, [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und die ehrenamtliche Beisitzerin Schönwiese auf die mündliche Verhandlung vom 31. Oktober 2014 am 10. November 2014 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (ASt) macht mit ihrem Nachprüfungsantrag die Vergaberechtswidrigkeit der Vergabeunterlagen geltend.

1. Die Antragsgegnerin (Ag), eine gesetzliche Krankenkasse, machte am [...] die beabsichtigte Vergabe „Genehmigungs- und Abrechnungsmanagement gem. §§ 301a SGB V, 302 SGB V, 105 SGB XI“ im Rahmen eines offenen Verfahrens gemeinschaftsweit bekannt ([...]). Die Leistungen sollen – beginnend am [...] – über einen Zeitraum von vier Jahren erbracht werden. Die Ag hat die Möglichkeit, die Vertragslaufzeit optional zwei Mal um jeweils ein Jahr zu verlängern.

Die ASt prüft Abrechnungen für gesetzliche Krankenversicherungen, erstellt die dafür benötigte Software und erbringt weitere Dienstleistungen. Seit rd. 6 Jahren erbringt sie solche Dienstleistungen für die Ag.

Dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren vorausgegangen war ein am [...] von der Ag gemeinschaftsweit bekannt gemachtes Vergabeverfahren ([...]). Im Unterschied zu dem aktuellen Vergabeverfahren sollten für die Zuschlagserteilung die Kriterien Preis (Gewichtung: 60 %), Dienstleistung (Gewichtung: 10 %), Software und IT-Infrastruktur (Gewichtung: 25 %) sowie Projektplan (Gewichtung: 5 %) maßgeblich sein. Nach erfolgter Angebotswertung beabsichtigte die Ag seinerzeit, der ASt des hiesigen Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag zu erteilen. Den hiergegen gerichteten Nachprüfungsantrag eines Wettbewerbers der ASt wies die Vergabekammer zurück (3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 30. Juli 2013, VK 3 – 61/13). Auf die sofortige Beschwerde des Wettbewerbers der ASt hob das OLG Düsseldorf die Entscheidung der Vergabekammer auf (Beschluss vom 22. Januar 2014, VII-Verg 26/13). Nach Ansicht des Gerichts war das Wertungssystem, das auf dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots beruhte, beim Unterkriterium der Leistung aber vorsah, dem besten Angebot 100 Punkte, dem schlechtesten Angebot 0 Punkte zu geben, jedenfalls dann rechtlich ungeeignet, die Zuschlags-

entscheidung zu begründen, wenn nur zwei Angebote vorlagen. Darüber hinaus bemängelte das Gericht weitere Unzulänglichkeiten der Vergabeunterlagen. Daraufhin hob die Ag das am [...] bekannt gemachte Vergabeverfahren auf.

Gegenstand der nunmehr ausgeschriebenen und von dem zukünftigen Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen ist insbesondere die Bearbeitung der von den Leistungserbringern maschinell oder in Papierform übermittelten Rechnungen. Die Bearbeitung umfasst neben der Annahme der Papier- und Abrechnungsdaten ggf. auch die Erzeugung von Datensätzen, das Scannen sämtlicher Abrechnungsunterlagen und die Zusammenführung mit den dazugehörigen Abrechnungsdaten, die Aufbereitung der Abrechnungsdaten für die weitere fachliche Prüfung, die Rechnungsprüfung für definierte Themengebiete, die Archivierung sämtlicher Abrechnungsunterlagen sowie die Übertragung der Abrechnungsdaten in die EDV-Systeme der Ag. Darüber hinaus hat der Auftragnehmer der Ag eine Software zur eigenen Prüfung und Bearbeitung der Genehmigungsdaten für die Leistungsbereiche Hilfsmittel, häusliche Krankenpflege und Fahrtkosten sowie eine Software zur eigenen Prüfung und Bearbeitung der Rechnungsdaten für die Leistungsbereiche Hilfsmittel, häusliche Krankenpflege und Pflegeleistungen zu überlassen.

Soweit vorliegend von Interesse, ist der Bekanntmachung zu entnehmen:

„III.2.3 Technische Leistungsfähigkeit

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen:

...

5) Datensicherheitskonzept (Vordruck), in dem der Bieter die bei ihm vorhandenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Datenschutz und zur Datensicherheit unter Beachtung von § 35 SGB I und des Zweiten Kapitels des SGB X darzustellen hat. In diesem Vordruck hat der Bieter die bei ihm vorhandenen Regelungen und Maßnahmen zu beschreiben, mit denen die in dem Vordruck genannten Mindestanforderungen der Ag im Hinblick auf die Zutrittskontrolle, Zugangskontrolle, die Zugriffskontrolle, die Weitergabekontrolle, die Eingabekontrolle, die Auftragskontrolle, die Verfügbarkeitskontrolle und das Trennungsgebot erfüllt werden. Mit dem Datensicherheitskonzept ist als Anlage die vom Bieter erstellte Datenschutz- bzw. Security-Policy einzureichen.“

Der in der Bekanntmachung genannte Vordruck für das Datensicherheitskonzept ist als Anlage 8 Bestandteil der Vergabeunterlagen.

Die Leistungsbeschreibung sieht in Ziff. 3.5.4 – Technische Rahmenbedingungen Folgendes vor:

„Die aktuelle und künftige IT-Systemlandschaft der Ag bildet die technische Grundlage zum Betrieb der durch den Auftragnehmer zur Verfügung gestellten Software inkl. aller notwendigen Programme, Dienste und Datenwege. Die davon abweichenden Systemvoraussetzungen der durch den Auftragnehmer zur Verfügung gestellten Software sind inkl. aller erforderlichen Maßnahmen zur Herstellung der Kompatibilität und Interoperabilität sowie der vollumfänglichen Funktionalität auf oder mit den Systemen der Ag durch den Bieter bereits bei Angebotsabgabe detailliert zu beschreiben (Konzept Systemvoraussetzungen).Der Auftragnehmer hat dafür einzustehen, dass die angebotene Software sämtliche in dieser Leistungsbeschreibung beschriebenen Funktionalitäten erfüllt, wenn die von ihm beschriebenen Systemvoraussetzungen erfüllt werden....“

Neben dem Konzept Systemvoraussetzungen und dem Datensicherheitskonzept sahen die streitgegenständlichen Vergabeunterlagen zunächst vor, dass die Bieter sieben weitere Konzepte mit dem Angebot vorlegen sollten.

Zuschlagskriterium ist nach Ziff. IV.2.1 der Bekanntmachung und Ziff. 11 der Angebots- und Bewerbungsbedingungen der niedrigste Preis. Maßgeblich ist insoweit der im Preisblatt zu Pos. 9 anzugebende (Brutto-) Gesamtbetrag. Im Vergabevermerk vom 1. September 2014 weist die Ag darauf hin, dass die im Lichte der vorangegangenen Ausschreibung überarbeitete Leistungsbeschreibung keinen Raum für eine Bewertung der Qualität der Angebote lasse, da die Leistungen abschließend beschrieben worden seien. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass nur homogene Angebote abgegeben würden, die sich alleine in preislicher Hinsicht unterschieden.

Mit E-Mail vom 21. Oktober 2014, d.h. während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens, stellte die Ag allen Bietern eine überarbeitete Fassung der Vergabeunterlagen (Stand: 21. Oktober 2014) zur Verfügung. In der ebenfalls beigefügten Bieterinformation Nr. 8 stellte die Ag klar, dass von den ursprünglich insgesamt neun bei Angebotsabgabe einzureichenden Konzepten nur noch das Konzept Systemvoraussetzungen (Ziff. 3.5.4 der Leistungsbeschreibung) und das Datensicherheitskonzept (Formblatt 8) mit dem Angebot einzureichen seien. Auf die Vorlage der anderen sieben Konzepte werde verzichtet. Ferner teilte die Ag mit, die Wahrscheinlichkeit, dass sie von der Möglichkeit der optionalen Vertragsverlängerung Gebrauch machen werde, liege bei 50 %. Die Bieter wurden aufgefordert, die Optionszeiträume im Preisblatt gesondert auszuweisen.

Die ASt rügte mit Schreiben vom 19. September 2014 das Zuschlagskriterium niedrigster Preis. In einem Schreiben vom 22. September 2014 lehnte es die Ag ab, der Rüge abzuweichen. Mit weiteren Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 1. und 7. Oktober 2014 machte die ASt weitere

Vergabeverstöße geltend, zu denen die Ag in Schreiben vom 24. September und 6. Oktober 2014 Stellung nahm.

2. Mit einem per Fax am 7. Oktober 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 8. Oktober 2014.

a) Die ASt erachtet ihre Antragsbefugnis (§ 107 Abs. 2 GWB) als gegeben. Ihr Interesse am Auftrag habe sie bereits durch ihre Teilnahme an dem vorangegangenen, durch die Ag zwischenzeitlich aufgehobenen Vergabeverfahren dokumentiert. Dieses Interesse an der Auftragserteilung bestehe unverändert fort. Die ASt werde insbesondere dadurch, dass der niedrigste Preis als alleiniges Zuschlagskriterium vorgesehen sei, in ihren Rechten verletzt. Durch die von ihr geltend gemachten Verstöße drohe ihr die Entstehung eines Schadens, nämlich der Verlust der aktuell mit der Ag bestehenden Vertragsbeziehung.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet.

Die Ag habe gegen Vergaberecht verstoßen, indem sie den niedrigsten Preis als Zuschlagskriterium vorgesehen habe. Zwar stehe dem öffentlichen Auftraggeber ein Ermessenspielraum bei der Wahl der Zuschlagskriterien zu. Die Festlegung aber, dass der niedrigste Preis das maßgebliche Zuschlagskriterium sein soll, sei mit § 97 Abs. 5 GWB und § 21 EG VOL/A unvereinbar. Der Preis könne zulässigerweise nur dann alleiniges Zuschlagskriterium sein, wenn die Abgabe homogener Angebote zu erwarten sei, die sich lediglich in preislicher Hinsicht unterscheiden. Seien hingegen keine homogenen Angebote zu erwarten, sei es dem Auftraggeber verwehrt, im Rahmen der Wertung auf der vierten Stufe nur auf den Preis abzustellen. So liege es hier. Wie die erkennende Vergabekammer (Beschluss VK 3 – 61/13) und die Beschwerdeinstanz (Beschluss VII-Verg 26/13) bereits im vorangegangenen Verfahren entschieden hätten, weise die Leistungsbeschreibung die Merkmale einer funktionalen Ausschreibung auf. Die Bieter könnten mit der von ihnen angebotenen Software und Hardware Lösungen anbieten, die sich sehr voneinander unterscheiden könnten. Deutlich werde dies etwa daran, dass die Ag in der ursprünglichen Fassung der streitgegenständlichen Leistungsbeschreibung die Vorlage von insgesamt neun Konzepten verlangt habe. Auch wenn die Ag nur noch die Vorlage des Konzepts Systemvoraussetzungen (Ziff. 3.5.4 der Leistungsbeschreibung) und des Datensicherheitskonzepts (Formblatt 8) verlange, ändere dies nichts an der Feststellung, dass die Ausschreibung eine funktionale sei. Die überarbeitete

Leistungsbeschreibung (Stand: 21. Oktober 2014) räume den Bietern nach wie vor Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Umsetzung der Anforderungen ein. Im Übrigen habe die Ag im Vergabevermerk vom 1. September 2014 selbst festgestellt, dass keine homogenen Angebote zu erwarten seien. Denn in ihren Ausführungen zur Losbildung (Vergabevermerk, Seite 2) habe sie selbst festgestellt, dass nicht nur die Software der Anbieter Unterschiede aufweise, sondern auch deren Prozessinhalte.

Die ASt beanstandet die fehlende Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung. Die zwischenzeitlich insgesamt über 80 Bieterfragen seien Beleg für die mangelnde Bestimmtheit.

Die Ag sei verpflichtet gewesen, die Lücken, welche durch den nachträglichen Verzicht auf sieben der ursprünglich insgesamt neun geforderten Konzepte entstanden seien, durch konkrete Vorgaben in der Leistungsbeschreibung zu schließen. Um bei einer funktionalen Ausschreibung vergleichbare Angebote zu erhalten, sei der Auftraggeber gehalten, eindeutige Vorgaben hinsichtlich des Leistungsziels und der Rahmenbedingungen zu machen. Anderenfalls werde die Erstellung der Konzepte auf die Phase nach Zuschlagserteilung verlagert, was gegen das Transparenzgebot und § 18 EG Satz 2 VOL/A verstoße.

Nach Ansicht der ASt fehlen in dem Preisblatt wesentliche Informationen. Dies gelte insbesondere in Bezug auf das Recht der Ag, die Vertragslaufzeit optional zu verlängern. Aus den Vergabeunterlagen gehe nämlich weder hervor, wie wahrscheinlich es sei, dass die Ag von der Option Gebrauch machen werde, noch seien die Bieterangaben zur Option in die Wertungssumme einbezogen worden.

Die in Ziff. 3.5.4.10 der Leistungsbeschreibung vorgesehene Remoteunterstützung erfordere eine Mitwirkungshandlung der Ag. Ohne die Mitwirkungshandlung könne der Auftragnehmer die Leistung nicht vertragsgemäß erbringen. Daher sei es erforderlich, vorzusehen, dass der Auftragnehmer im Falle einer unterbliebenen oder unzureichenden Mitwirkungshandlung der Ag von der Haftung freigestellt werde. Ohne eine solche Haftungsfreistellung werde der ASt ein unkalkulierbares Wagnis auferlegt.

Die Ag habe gegen § 4 Abs. 6b VgV verstoßen, indem sie es unterlassen habe, die Energieeffizienz bzw. den Energieverbrauch als Zuschlagskriterium angemessen zu berücksichtigen. Da Leistungsgegenstand u.a. die Systemkonfiguration sei, sei die Ag verpflichtet gewesen, sich mit der Energieeffizienz auseinander zu setzen.

Vergaberechtswidrig sei es ferner, dass die Ag sich nicht zur Abnahme einer Mindestmenge an Abrechnungsfällen verpflichtet habe. Da dem zukünftigen Auftragnehmer umfangreiche vertragliche Pflichten auferlegt würden, werde den Bietern - ohne Garantie einer Mindestabnahmemenge - ein unzumutbares Kalkulationsrisiko aufgebürdet.

Schließlich beanstandet die ASt die Dokumentation des Vergabeverfahrens. Der Vergabevermerk vom 1. September 2014 sei insgesamt lückenhaft. Wesentliche Verfahrensschritte, wie z.B. die der Ausschreibung zugrunde liegende Bedarfsermittlung, die Erwägungen hinsichtlich des Verbots der Abgabe von Nebenangeboten, Angaben zur Art der Leistung (einschließlich CPV-Nummer) oder die Terminplanung würden in dem Vergabevermerk nicht thematisiert.

Die ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten,
2. der Ag zu untersagen, einen Zuschlag zu erteilen,
3. hilfsweise, die Kammer möge unabhängig von den Anträgen der ASt auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hinwirken,
4. die Vergabeakten der Ag hinzuzuziehen,
5. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
6. den Nachprüfungsantrag der Ag – notfalls per Telefax – unverzüglich zuzustellen,
7. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären,
8. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag trägt vor, der Nachprüfungsantrag sei teilweise unzulässig. Die ASt habe nicht dargetan, aus welchen Gründen die von ihr behaupteten Vergabeverstöße, insbesondere das Kriterium niedrigster Preis, ihre Zuschlagschancen negativ beeinträchtigen könnten. Die Antragsbefugnis sei daher zu verneinen. Gleiches gelte, soweit die ASt einen Verstoß gegen § 4 Abs. 6b VgV geltend mache, weil die Energieeffizienz als Zuschlagskriterium nicht angemessen berücksichtigt worden sei. Im Übrigen sei § 4 Abs. 6b VgV nicht drittschützend, so dass sich die ASt auf eine Verletzung dieser Norm nicht berufen könne.

Der Nachprüfungsantrag sei in der Sache unbegründet.

Entgegen der Auffassung der ASt sei das Zuschlagskriterium niedrigster Preis nicht zu beanstanden. Dem öffentlichen Auftraggeber stehe bei der Entscheidung über die Zuschlagskriterien ein Ermessensspielraum zu. Das Kriterium niedrigster Preis sei von Art. 53 Abs. 1 lit. b) Richtlinie 2004/18/EG gedeckt. Dementsprechend sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass gegen das Kriterium niedrigster Preis grundsätzlich nichts zu erinnern sei.

Entgegen der Auffassung der ASt wiesen die Vergabeunterlagen keine funktionalen Elemente auf. Die zu erbringenden Leistungen seien in den Vergabeunterlagen so detailliert beschrieben worden, dass ausschließlich homogene Angebote zu erwarten seien. Die Ausschreibung werde nicht dadurch zu einer funktionalen, dass die Bieter aufgefordert worden seien, dem Angebot zwei Konzepte (Systemvoraussetzungen, Datensicherheit) beizufügen. Aus Sicht der Ag dienten die Konzepte lediglich dem Zweck, die Vereinbarkeit der Angebote mit den Vorgaben zu überprüfen, den Angebotsinhalt mithin auf seine Machbarkeit hin zu plausibilisieren. Raum für von der Leistungsbeschreibung abweichende Lösungsansätze hätten die Konzepte den Bietern nicht eröffnet. Durch die Konzepte würden auch nicht, wie es für eine funktionale Ausschreibung kennzeichnend sei, bestimmte Planungsaufgaben oder Risiken auf die Bieter verlagert.

Das Abrechnungsmanagement sei ein weitgehend technisierter Vorgang. Darauf habe der Wettbewerber der ASt im vorangegangenen Verfahren (VK 3 – 61/13) zutreffenderweise hingewiesen. Die erforderlichen Arbeitsschritte seien im Leistungsverzeichnis ausführlich und umfassend beschrieben worden. Gleiches gelte hinsichtlich der Vorgaben an die EDV. Die Anforderungen an die Prüf- und Genehmigungssoftware seien in der Leistungsbeschreibung ebenfalls detailliert vorgegeben worden.

An dieser Einschätzung ändere sich nichts, sollten die Vergabeunterlagen – den Vortrag der ASt als richtig unterstellt – (teil-) funktionale Elemente enthalten. Aufgrund der Vorgaben in der Leistungsbeschreibung seien die den Bietern verbliebenen Gestaltungsspielräume sehr gering.

Aufgrund der sehr geringen Gestaltungsspielräume der Bieter habe die Ag ermessensfehlerfrei alleine darauf abstellen können, welches Angebot das für sie kostengünstigste sei.

Soweit die ASt eine fehlende Konkretisierung bei funktionaler Leistungsbeschreibung beanstandete, verkenne sie, dass der auftraggeberseitige Verzicht auf die Vorlage von sieben der ursprünglich neun geforderten Konzepte keinen Einfluss habe auf den Informationsgehalt der Leistungsbeschreibung. Der Verzicht habe keine Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung zur Folge.

Die von der ASt im Hinblick auf die optionale Verlängerung der Vertragslaufzeit geäußerten Bedenken seien gegenstandslos. In der Bieterinformation vom 21. Oktober 2014 habe die Ag hierzu Stellung genommen.

Die Berücksichtigung der Energieeffizienz als Zuschlagskriterium (§ 4 Abs. 6b VgV) sei schon deshalb nicht erforderlich gewesen, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4 Abs. 4 VgV nicht erfüllt seien. Im Übrigen sei zweifelhaft, ob § 4 Abs. 6b VgV mit dem höherrangigen Art. 53 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG vereinbar sei, der dem öffentlichen Auftraggeber Wahlfreiheit hinsichtlich der Zuschlagskriterien „wirtschaftlichstes Angebot“ oder „niedrigster Preis“ einräume. Eine Rechtfertigung für die Einschränkung der Wahlfreiheit ergebe sich auch nicht aus Art. 9 Richtlinie 2010/30/EU.

Die Dokumentation des Verfahrens entspreche den Vorgaben des § 24 EG VOL/A. Darüber hinausgehende Angaben, wie z.B. zur Vorbereitung des Vergabeverfahrens und zur Bedarfsermittlung oder zu den CPV-Nummern, seien danach nicht erforderlich.

3. Der ASt ist Akteneinsicht in dem gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB) gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung vom 31. Oktober 2014 hatten die Beteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakten der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die ASt ist als antragsbefugt anzusehen (§ 107 Abs. 2 GWB).

Das erforderliche Interesse am Auftrag besteht. Die ASt hat sich an dem vorausgegangenen, aufgrund der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 22. Januar 2014 (VII-Verg 26/13) aufgehobenen Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebots beteiligt. Nach der seinerzeitigen Wertungsentscheidung der Ag war das Angebot der ASt für den Zuschlag vorgesehen. Bei der aktuell streitgegenständlichen Ausschreibung hat die ASt zwar noch kein Angebot abgegeben. In ihrem Nachprüfungsantrag hat sie auch nicht geltend gemacht, aufgrund der von ihr geltend gemachten Vergaberechtsverstöße an der Abgabe eines Angebots gehindert zu sein (vgl. zu diesem Aspekt Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. (2013), § 107 Rn. 12). Gleichwohl hat die ASt durch die Stellung von Bieterfragen und die von ihr beantragte Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ihr Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Die Angebotsfrist läuft derzeit noch und die ASt beabsichtigt die Abgabe eines Angebots.

Es ist allerdings fraglich, inwieweit der ASt durch die behaupteten Vergabeverstöße, insbesondere durch das – aus Sicht der ASt – unzulässige Zuschlagskriterium niedrigster Preis, überhaupt die Entstehung eines Schadens drohen kann. Die ASt hat noch kein Angebot abgegeben, sie ist in Vorbereitung desselben und hat daher die Möglichkeit, sich mit ihrer Angebotsgestaltung vollumfänglich auf das vorgegebene Zuschlagskriterium einzustellen. Soweit die ASt bemängelt, dass die Ag ein Zuschlagskriterium Energieeffizienz nicht vorgesehen habe (§ 4 Abs. 6b VgV), erscheint die Entstehung eines Schadens ebenso als fraglich. Denn aus dem Vortrag der ASt ergibt sich nicht, dass sie ein besonders energieeffizientes Rechenzentrum betreiben würde, so dass ihre Zuschlagschancen – bei Berücksichtigung der Energieeffizienz – höher wären als bei einer rein preisbezogenen Wertung. Einer abschließenden Entscheidung in Bezug auf den drohenden Schaden bedarf es indes nicht, weil das Vorbringen in der Sache unbegründet ist.

- b) Die ASt hat ihren Rügeobliegenheiten grundsätzlich (§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB) genügt, eine Rüge liegt vor. Die Frist des § 107 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GWB wurde eingehalten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist zurückzuweisen. Die gegen die Vergabeunterlagen gerichteten Angriffe der ASt sind nicht begründet.

- a) Die Ag hat nicht gegen Vergaberecht verstoßen, indem sie das Kriterium niedrigster Preis als das allein maßgebliche Zuschlagskriterium vorgesehen hat.

Nach Art. 53 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG, die gemäß Art. 91 RL 2014/24/EG erst mit Wirkung zum 18. April 2016 aufgehoben wird, hat der öffentliche Auftraggeber bei der Zuschlagerteilung folgende Kriterien anzuwenden: Entweder er wendet - wenn der Zuschlag auf das aus seiner Sicht wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen soll - verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien, wie z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist an (vgl. Art. 53 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2004/18/EG). Oder der öffentliche Auftraggeber wendet ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises an (vgl. Art. 53 Abs. 1 lit. b) Richtlinie 2004/18/EG). Die Richtlinie selbst räumt dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen diesen beiden Zuschlagskriterien ein. In der nationalen Rechtsprechung ist deshalb anerkannt, dass der niedrigste Preis grundsätzlich das maßgebliche Zuschlagskriterium sein kann (BGH, Urteil vom 15. April 2008, X ZR 129/06; OLG Frankfurt, Beschluss vom 4. Mai 2013, 11 Verg 4/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.1.2009, VII-Verg 59/08; OLG Naumburg, Beschluss vom 5. Dezember 2008, 1 Verg 9/08). Wie der BGH entschieden hat, ist der Preis „...ein neutraler Gesichtspunkt, der sich in jedem Fall, unabhängig vom Gegenstand des einzelnen Vergabeverfahrens, eignet, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln, und mit dessen Maßgeblichkeit jeder Bieter immer dann rechnen muss, wenn keine anderen Kriterien angegeben sind.“ (BGH, a.a.O.).

Allerdings kommt der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium nicht in Betracht, wenn die Bieter nach den Vorgaben des Auftraggebers zulässigerweise Unterschiedliches anbieten dürfen. Das Wettbewerbsprinzip (§ 97 Abs. 1 GWB) und das Gebot des § 97 Abs. 5 GWB, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Gebot zu erteilen, gebieten in diesem Fall eine Einschränkung der Wahlfreiheit des öffentlichen Auftraggebers. Zu denken ist insbesondere an Fallkonstellationen, in denen die Vorgaben an die anzubietende Leistung keine homogenen Angebote erwarten lassen. Lassen also die Vorgaben den Bietern einen vergleichsweise großen Spielraum für die Gestaltung ausschreibungskonformer Angebote, kann es vorkommen, dass Angebote, die geringfügig billiger sind als das günstigste Angebot, zwar die (Mindest-) Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllen, aber überproportional hinter der Qualität des teureren Angebots zurückbleiben. Würde alleine auf den Preis abgestellt, wäre dem vermeintlich billigeren Angebot der Zuschlag zu erteilen, obwohl es bei wirtschaftlicher Betrachtung gerade nicht das günstigste Angebot ist. Eine wettbewerbskonforme Wertung wäre auf diese Weise nicht möglich. Dies ist insbesondere bei der Zulassung von Nebenangeboten der Fall (grundlegend zu dieser Thematik OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.10.2010 – VII Verg 39/10

mit Hinweis auf die Formulierung in Art. 24 Abs. 1 RL 2004/18/EG; dem folgend BGH, Beschluss vom 7.1.2014 – X ZB 15/13) sowie des Weiteren bei funktionalen Ausschreibungen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Auftraggeber nur „Leistungs- und Funktionsanforderungen“ vorgeben muss, z.B. § 8 EG Abs. 2 Nr. 2 VOL/A, welche von den Bietern in unterschiedlicher Weise ausgefüllt bzw. erreicht werden können. Konsequenz kommt auch bei funktionalen Ausschreibungen der Preis als alleiniges Wertungskriterium nicht in Betracht, da auch die qualitativen Aspekte unterschiedlicher Angebote der Erfassung im Rahmen der Wertung bedürfen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Dezember 2013 – Verg 22/13). Diese Voraussetzungen liegen hier aber nicht vor, die Vergabeunterlagen sind vielmehr so gefasst, dass homogene Angebote zu erwarten sind; es sind keine funktionalen Elemente im Sinne der genannten Rechtsprechung gegeben:

Ausschreibungsgegenstand sind Leistungen des Genehmigungs- und Abrechnungsmanagements gem. §§ 301a, 302 SGB V und § 105 SGB XI. Wie sich aus der Leistungsbeschreibung ergibt (Stand: 21. Oktober 2014, dort Ziff. 2. - Gegenstand der Leistung), hat der Auftragnehmer die von den Leistungserbringern maschinell oder papierhaft übermittelten Rechnungen ggf. zu scannen, mit den dazugehörigen Abrechnungsdaten zu verknüpfen und die Images revisionssicher zu speichern. Die Abrechnungsdaten sind im jeweils aktuellen EDIFACT-Format zur fachlichen Prüfung aufzubereiten. Nach der sachlichen und rechnerischen Prüfung hat der Auftragnehmer der Ag Dateien zur Auszahlung und Leistungsdokumentation für die jeweils aktuelle Kassensoftware zur Verfügung zu stellen. Die Daten und papierhaften Abrechnungsunterlagen sind vom Auftragnehmer zu archivieren und nach Ablauf der Archivierungsfrist datenschutzgerecht zu vernichten. Die im Einzelnen erforderlichen Verfahrensschritte werden in Ziff. 3 der Leistungsbeschreibung detailliert beschrieben. Nach Auffassung der Vergabekammer sind die den Bietern gemachten Vorgaben so präzise und detailliert, dass es für die Bieter kaum Raum für evtl. Abweichungen ihrer Angebotsinhalte gibt.

aa) Für ihre entgegenstehende Ansicht beruft die ASt sich zunächst darauf, dass die Vergabekammer in dem die vorangegangene Ausschreibung betreffenden Nachprüfungsverfahren (VK 3 - 61/13) festgestellt habe, dass die Leistungsbeschreibung „*auch konzeptionelle Elemente*“ enthalte, die den Bietern einen gewissen Spielraum bei der Erstellung ihrer Angebote lasse. Die ASt meint, diese Überlegungen seien auf die vorliegende Ausschreibung übertragbar, weil sie mit der ursprünglichen weitestgehend identisch sei.

Dem ist entgegen zu halten, dass die vorliegende Ausschreibung mit der ursprünglichen nicht deckungsgleich ist. Die Abweichungen betreffen nicht nur die Zuschlagskriterien, sondern auch die inhaltlichen Vorgaben der Leistungsbeschreibung. Eine Änderung der Vergabeunterlagen war erforderlich geworden, nachdem das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 22. Januar 2014 (VII-Verg 26/13) entschieden hat, dass die Zuschlagserteilung wegen Mängeln der Vergabeunterlagen zu untersagen sei. Hinzu kommt, dass die Ag den Bietern mit E-Mail vom 21. Oktober 2014 – zusammen mit der Bieterinformation Nr. 8 – eine überarbeitete Fassung der Vergabeunterlagen zur Verfügung stellte, die unter anderem Abstriche bei der Zahl der vorzulegenden Konzepte (zwei statt neun) vorsehen.

Der Schlussfolgerung der ASt ist aber auch in der Sache nicht zu folgen. Die von der ASt zitierten Ausführungen der Vergabekammer im Beschluss vom 30. Juli 2013 wurden in einem anderen Kontext gemacht. In der betreffenden Passage des Beschlusses befasste sich die Vergabekammer mit der Frage, ob die Antragstellerin des damaligen Verfahrens mit ihrem Vorbringen, was unter „*weitere Vorteile*“ auf der sechsten Wertungsstufe zu verstehen sei, nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert war. Diese Frage bejahte die Vergabekammer. Eine darüber hinausgehende Aussage in dem von der ASt vertretenen Sinne, d.h. die Ausschreibung sei als funktionale zu charakterisieren, hat die Vergabekammer nicht treffen wollen und auch nicht getroffen. Dem entsprechend hat auch die Beschwerdeinstanz keine Feststellung in dem von der ASt genannten Sinne getroffen; das OLG hat lediglich deutlich gemacht, dass Wertungsvorgaben selbst dann konkret zu sein haben, wenn es um eine funktionale Ausschreibung geht, ohne aber die Aussage zu treffen, dass es sich bei der Vorgängeraus-schreibung tatsächlich um eine solche handelte.

bb) Die ASt meint des Weiteren, der funktionale Charakter der Ausschreibung werde daran deutlich, dass die Ag die Vorlage von Konzepten verlange. Dem ist nicht zu folgen.

Die aktuelle Fassung der Vergabeunterlagen sieht vor, dass die Bieter zwei Konzepte vorzule-gen haben: Das Konzept Systemvoraussetzungen (Ziff. 3.5.4 der Leistungsbeschreibung) und das Datensicherheitskonzept (Formblatt 8). Soweit die Ag zunächst die Vorlage von sieben weiteren Konzepten verlangte, hat sie auf deren Vorlage spätestens mit Übersendung der über-arbeiteten Vergabeunterlagen am 21. Oktober 2014 endgültig verzichtet (vgl. Angebotsschrei-ben unter Ziff. 1).

(1) Das Konzept Systemvoraussetzungen kommt nur in Ausnahmefällen zum Tragen. Wie sich aus den Ausführungen in Ziff. 3.5.4 der Leistungsbeschreibung ergibt, bildet die aktuelle und künftige IT-Systemlandschaft der Ag die technische Grundlage zum Betrieb der durch den Auftragnehmer zur Verfügung gestellten Software, inkl. aller notwendigen Programme, Dienste und Datenwege. Ist die von dem jeweiligen Bieter angebotene Software mit der IT-Systemlandschaft der Ag kompatibel, ist die Vorlage des Konzepts Systemvoraussetzungen entbehrlich. Nur dann, wenn die Systemvoraussetzungen der durch den Auftragnehmer zur Verfügung gestellten Software hiervon abweichen, sind alle erforderlichen Maßnahmen zur Herstellung der Kompatibilität und Interoperabilität sowie der Funktionalität auf oder mit den Systemen der Ag durch den Bieter in dem Konzept zu beschreiben.

Im Ausgangspunkt zutreffend ist zwar die Annahme der ASt, dass sich der Ziff. 3.5.4 der Leistungsbeschreibung mittelbar entnehmen lässt, dass ein Anbieter die Wahl hat, ob er eine mit der IT-Systemlandschaft vollständig kompatible Software anbietet oder aber eine davon abweichende Software. Dies ändert aber nichts daran, dass die Vorgaben der Ag klar sind: Die Kompatibilität und Interoperabilität mit ihrer vorhandenen Systemlandschaft muss sichergestellt sein. Damit ist die - für funktionale Ausschreibungen charakteristische - Möglichkeit der Bieter, eigene Ideen einfließen zu lassen, weitestgehend eingeschränkt. Die Ag hat hier vielmehr allein dem Wettbewerbsgrundsatz Genüge getan, indem sie den Wettbewerb nicht von vornherein nur auf solche Systeme beschränkt hat, die mit ihrem bereits vorhandenen System kompatibel sind; diese Wettbewerbsoffenheit bedingt aber wiederum zwangsläufig, dass die Ag für den Fall der fehlenden Kompatibilität eine Vorgabe aufstellen muss, um die Funktionsfähigkeit auch für diesen Fall sicherzustellen. Mit einer funktionalen Ausschreibung hat dies aber nichts zu tun.

(2) Auch das Datensicherheitskonzept räumt den Bietern keinen Spielraum für eine eigenständige Gestaltung der Angebote ein, was schon daran deutlich wird, dass es Bestandteil der Eignungsprüfung ist (Bekanntmachung, Ziff. III.2.3, Nr. 5) und damit Bieterbezug aufweist, den Angebotsinhalt aber unberührt lässt. Das Datensicherheitskonzept ist daher schon im Ansatz nicht geeignet, einen funktionalen Ausschreibungscharakter zu begründen. Es hat vielmehr die Funktion, der Ag Sicherheit darüber zu geben, dass der spätere Auftragnehmer den zentral wichtigen Grundsatz der Wahrung des Sozialdatengeheimnisses auch wirklich beachtet. Das Konzept dient ausschließlich der Plausibilisierung der Eignung:

Im Formblatt 8 wird in Ziff. 1 – Grundsätze ausgeführt, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, bei der Verarbeitung von Sozialdaten die Vorschriften zur Wahrung des Sozialgeheimnisses

nach § 35 SGB I zu beachten. In Ausgestaltung der §§ 67 ff SGB X sollen die im Einzelnen in Abschnitt II des Formblatts 8 aufgelisteten Maßnahmen getroffen werden. Insbesondere sollen technische und organisatorische Maßnahmen zum Datenschutz und zur Datensicherheit aufgrund des § 78a SGB X und der hierzu vorliegenden Anlage getroffen und beschrieben werden. Konkret handelt es sich hierbei etwa um Maßnahmen der Zutritts-, Zugangs-, Zugriffs-, Weitergabe-, Eingabe-, Auftrags- und Verfügbarkeitskontrolle. Durch die den jeweiligen Unterkapiteln vorangestellte Aufforderung: „Es ist zu gewährleisten, dass....“ hat die Ag im Übrigen hinreichend klargestellt, dass es - ungeachtet des Umstandes, dass es sich hier um ein Eignungsthema handelt - auf Seiten der Bieter keinen Spielraum für eigene Ideen und Konzepte gibt.

cc) Entgegen der Auffassung der ASt sprechen auch die Ausführungen der Ag im Vergabevermerk zur Losbildung (S. 2) nicht für das Vorliegen einer funktionalen Ausschreibung.

Die Ag führt im Vergabevermerk aus, dass die Bildung von Losen nicht angezeigt sei. Auf sie werde aus wirtschaftlichen und technischen Gründen verzichtet. Die Prüfung der Rechnungen soll mittels Interaktion der Rechnungsprüfungssoftware und der Genehmigungsprüfsoftware erfolgen, so dass beide Leistungen aus einer Hand erbracht werden sollen. Die Ag stellt in dem Vermerk weiter fest, dass eine Vergabe der Abrechnungsleistungen der einzelnen Teilbereiche an unterschiedliche Dienstleister weder möglich noch sinnvoll sei. Soweit die Ag weiter ausführt, dass die *„jeweiligen Dienstleistersich nicht nur in der Software – Schnittstellen zur Software eines anderen Dienstleisters sind nicht gegeben – so dass die Steuerung der unterschiedlichen Dienstleister sehr aufwändig wäre, (unterscheiden)....“*, dienen diese Ausführungen nur zum Beleg für die vorangegangene Aussage, dass eine Auftragsvergabe an mehrere Auftragnehmer zu unüberwindbaren Schwierigkeiten führen würde. Es ist nachvollziehbar, dass es gerade bei einem Nebeneinander von proprietärer, nicht quelloffener Software mehrerer Auftragnehmer zu erheblichen Problemen bei deren „Zusammenwirken“ kommen könnte, sollten Schnittstellen fehlen. Festzustellen ist jedenfalls, dass die Ausführungen die technischen Schwierigkeiten aufzeigen, die sich bei einer evtl. Losbildung gestellt hätten. Die Ausführungen im Vermerk sind dagegen kein Beleg für die Annahme der ASt, hierin zeige sich der funktionale Charakter der Ausschreibung.

dd) Soweit die ASt mit Schriftsatz vom 22. Oktober 2014 (vgl. S. 8, 9) - ohne nähere Ausführungen – auf weitere Gesichtspunkte hinweist, die ihrer Ansicht nach das Vorliegen einer funktionalen Ausschreibung dokumentieren, ist schon fraglich, ob die ASt mit diesem

Vorbringen noch gehört werden kann. Zweifel bestehen deshalb, weil die ASt das Vorbringen zu keinem Zeitpunkt vor Stellung des Nachprüfungsantrags zum Gegenstand einer Rüge gemacht hat (§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB). Einer Entscheidung, ob das Vorbringen als unzulässig zurückzuweisen ist, bedarf es indes nicht, weil es unbegründet ist. Dies ergibt sich aus Folgendem:

- Die ASt zitiert die folgende Ausführungen in der Leistungsbeschreibung, wo es heißt (Anm: Hervorhebungen durch ASt im Schriftsatz vom 22. Oktober 2014):

*„Es steht in der Verantwortung des Auftragnehmers **sicherzustellen**, dass die sukzessive Fusion der Daten sowie die Umstellung auf die Kassenkernsoftware [...] im Hinblick auf die Prozesse in Zusammenarbeit mit dem Auftragnehmer umgesetzt werden. Derartige Umstellungen – auch im Hinblick auf evtl. künftige Kassenfusionen oder die Implementierung neuerer Versionsstände der Kassenkernsoftware – begründen keinen zusätzlichen Vergütungsanspruch. Vom Auftragnehmer sind insbesondere hinsichtlich der Versichertenidentifizierung **besondere Vorkehrungen** zu treffen.“*

Die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen finden sich im Abschnitt 1. – Rahmenbedingungen der Leistungsbeschreibung, in dem die allgemeinen Zwecke und Ziele des ausgeschriebenen Vertrags skizziert werden. Die nähere Ausgestaltung der Pflichten des Auftragnehmers erfolgt in den nachfolgenden Abschnitten der Leistungsbeschreibung. Die von der ASt hervorgehobenen Textpassagen sind kein Beleg dafür, dass den Bietern ein Spielraum für eigene Ideen eingeräumt werden soll.

- Desweiteren verweist die ASt auf die Leistungsbeschreibungen unter Ziff. 2 – Gegenstand der Leistungen. Dort heißt es (Anm: Hervorhebungen durch ASt):

*„Der Auftragnehmer **führt eine Qualitätssicherung durch**.“*

Dem nachfolgenden, von der ASt nicht zitierten Satz, ist zu entnehmen:

„Hierüber werden monatliche Reports erstellt und der Ag zur Verfügung gestellt.“

Die Ag gibt somit vor, was sie möchte (eine Qualitätssicherung), in welcher Form deren Ergebnisse kommuniziert werden sollen (durch einen Report) und in welchen zeitlichen Abständen (monatlich) dies geschehen soll. Mangels näherer Ausführungen der ASt ist nicht ersichtlich, inwiefern trotz dieser Vorgaben noch Raum für eigene Ideen der Bieter verblieben sein sollte.

- Die ASt beruft sich ferner auf Ziff. 3.5.4 der Leistungsbeschreibung. Dort wird ausgeführt (Anm: Hervorhebungen durch ASt):

*„Die aktuelle und künftige IT-Systemlandschaft der Auftraggeberin bildet die **technische Grundlage** zum Betrieb der durch den Auftragnehmer zur Verfügung gestellten Software, inklusive aller notwendigen Programme, Dienste und Datenwege.“*

Die Leistungsbeschreibung beschreibt hier eine Selbstverständlichkeit, nämlich dass die vorhandene IT-Systemlandschaft der Ag die Grundlage bildet, auf der die von dem Bieter angebotene Software aufbauen muss. Nähere Erläuterungen dazu, inwiefern die Formulierung „technische Grundlage“ den Bietern Möglichkeiten zur Gestaltung ihrer Angebote eröffnen könnte, macht die ASt in ihrem Schriftsatz vom 22. Oktober 2014 nicht.

- Die Ag weist auf die folgende Formulierung in Ziff. 3.5.13.2 - Prozessberatung der Leistungsbeschreibung hin (Anm.: Hervorhebungen durch ASt):

*„Der Auftragnehmer **berät und unterstützt** die Auftraggeberin bei der Abstimmung von Arbeitsprozessen. Die Unterstützung findet **je nach Erfordernis und Abstimmung** an den Standorten der Auftraggeberin, des Auftraggebers oder telefonisch statt.“*

Bei der Implementierung komplexer IT-Projekte ist es in der Praxis durchaus üblich, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber berät und unterstützt. Die Beratung und Unterstützung kann in vorher vertraglich festgelegten Rhythmen erfolgen oder – wie hier – „je nach Erfordernis und Abstimmung“. Daraus, dass die Ag sich mit einer Beratung „je nach Erfordernis und Abstimmung“ begnügt, erwächst den Bietern kein Spielraum bei der Gestaltung ihrer Angebote; welche Art von Beratung und Unterstützung erforderlich werden wird, kann sich erst im Zuge der Auftragsdurchführung erweisen, wie die Formulierung der Ag – „**je nach Erfordernis**“ – auch unmissverständlich deutlich macht.

- Die Ag zitiert außerdem die folgende Formulierung in Ziff. 3.5.14.1 – Support der Leistungsbeschreibung (Anm.: Hervorhebungen durch ASt):

*„Der Auftragnehmer **stellt die Beratung** im Zusammenhang mit der Software **sicher**.“*

Mit dieser Vorgabe hat die Ag klargestellt, dass der Auftragnehmer vertraglich verpflichtet sein soll, sie für die Dauer des Vertrages zu beraten. Nicht explizit geregelt hat die Ag, wie der Auftragnehmer dies sicher zu stellen hat. Daraus, dass die Ag es den Bietern überlassen hat, das „Wie“ der Erfüllung dieser Pflicht sicherzustellen, erwächst den Bietern keine Möglichkeit für die Entwicklung eigener Konzepte und Ideen.

- Schließlich beruft die ASt sich auf folgende Passage in Ziff. 3.5.14.1 – Support der Leistungsbeschreibung (Anm: Hervorhebungen durch ASt):

*„Der Auftragnehmer **stellt** die Hochverfügbarkeit (Verfügbarkeit mindestens 98,5% während der Geschäftszeiten der Ag) der von ihm zu erbringenden technischen Komponenten zu den Geschäftszeiten der Ag **sicher**.“*

Die Ag hat ihre Anforderungen klar definiert, d.h. der Auftragnehmer hat sicherzustellen, dass eine Verfügbarkeit der von ihm zu erbringenden technischen Komponenten von mind. 98,5 % während der Geschäftszeiten erreicht wird. Wie der Auftragnehmer dies sicherstellen will, hat die Ag in der Leistungsbeschreibung nicht geregelt, dies bleibt den Bietern überlassen. Alles andere wäre auch problematisch gewesen, da diese Sicherstellung die Sphäre und den Organisationsbereich des Auftragnehmers betrifft. Aus der fehlenden Regelung zum „Wie“ der Sicherstellung der Hochverfügbarkeit resultieren folglich keine Gestaltungsspielräume der Bieter, die unterschiedliche Angebote bedingen.

Im Ergebnis steht somit fest, dass die Leistungsbeschreibung homogene Angebote erwarten lässt. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass der Zuschlag auf das preisgünstigste Angebot erteilt werden soll.

- b) Nicht zu folgen vermag die Vergabekammer dem Vorbringen der ASt, die Ag sei aufgrund von § 4 Abs. 6b VgV verpflichtet gewesen, die Energieeffizienz als Zuschlagskriterium angemessen zu berücksichtigen.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 6b VgV ist, dass der Tatbestand des § 4 Abs. 4 VgV erfüllt ist. Letztere Vorschrift greift ein, wenn energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen Gegenstand einer Lieferleistung (§ 4 Abs. 1 VgV) oder wesentliche Voraussetzung zur Ausführung einer Dienstleistung (§ 4 Abs. 2 VgV) sind. Der Ausdruck „energieverbrauchsrelevantes Produkt“ wird in Art. 2 lit. a) Richtlinie 2010/30/EG definiert als ein „Gegenstand, dessen Nutzung den Verbrauch an Energie beeinflusst und der in der

Union in Verkehr gebracht und/oder in Betrieb genommen wird, einschließlich Teilen, die zum Einbau in ein unter diese Richtlinie fallendes energieverbrauchsrelevantes Produkt bestimmt sind, als Einzelteil für Endverbraucher in Verkehr gebracht und/oder in Betrieb genommen werden und getrennt auf ihre Umweltverträglichkeit geprüft werden können“.

Die erste Alternative des § 4 Abs. 4 VgV ist vorliegend nicht einschlägig, weil kein Lieferauftrag Gegenstand der Ausschreibung ist (§ 4 Abs. 1 VgV). Schwerpunkt des ausgeschriebenen Vertrags ist die Erbringung von Dienstleistungen, bestehend aus der Übernahme des Genehmigungs- und Abrechnungsmanagements für die Ag. Gegenstand einer Lieferleistung kann sein die Software, welche der Auftragnehmer der Ag zum Zwecke der eigenen Prüfung von Genehmigungs- und Rechnungsdaten zur Verfügung zu stellen hat. Selbst wenn die Überlassung der Software als Lieferleistung zu qualifizieren sein sollte, würde diese als solche nicht die Merkmale eines Produkts im Sinne des Art. 2 lit. a) Richtlinie 2010/30/EG erfüllen, weil die Software als solche und isoliert betrachtet keine Energie verbraucht.

Somit kommt allenfalls eine Anwendbarkeit des § 4 Abs. 4, 2. Alt. VgV in Betracht. Die ASt stützt ihre Auffassung, der Anwendungsbereich des § 4 Abs. 4 VgV sei eröffnet, darauf, Gegenstand der Ausschreibung sei u.a. die Systemkonfiguration. Die Pflicht zur Berücksichtigung von Energieeffizienz gilt für Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen, die wesentliche Voraussetzung einer Dienstleistung sind. Die Einschränkung „wesentlich“ macht deutlich, dass nicht jeder Gegenstand, der im Rahmen einer Dienstleistung genutzt wird, den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 4 VgV eröffnet (Greb, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. (2013), § 4 VgV, Rn. 22). Die Systemkonfiguration einer IT-Anlage erfolgt über einen Computer. Es ist unbestreitbar, dass ein für Zwecke der Systemkonfiguration eingesetzter Computer Energie verbraucht. Die Ag hat im Vergabevermerk (S. 4,5) ausgeführt, dass die ausgeschriebenen Leistungen in Rechenzentren erbracht werden. Nicht zu erwarten sei, dass die Bieter Angaben zum auftragsbezogenen Energieverbrauch machen könnten. Dagegen spreche, dass in den Rechenzentren typischerweise vergleichbare Tätigkeiten für mehrere Vertragspartner erbracht würden. Diesen Ausführungen schließt sich die Vergabekammer an. Die ASt selbst wirbt auf ihrer Homepage mit der Aussage, die von ihr angebotenen Branchenlösungen zur Rezept- und Abrechnungsprüfung seien *„bei führenden gesetzlichen Krankenversicherungen und Dienstleistern im Einsatz“*. Die ASt erbringt somit nach eigenen Angaben ihre Dienstleistungen für mehrere Nachfrager. Kann aber der Energieaufwand seitens der Bieter nicht auftragsbezogen ermittelt werden, wäre das Zuschlagskriterium Energieeffizienz ungeeignet. Daher hat die Ag zu Recht davon abgesehen, die Zuschlagsentscheidung auch auf dieses Kriterium zu stützen.

c) Der Auffassung der ASt, die Ag hätte die durch den Verzicht auf sieben der ursprünglich insgesamt neun Konzepte entstandene Lücke durch klare Vorgaben in der Leistungsbeschreibung schließen müssen, ist nicht zu folgen.

Wie bereits unter a) ausgeführt, sieht die aktuelle Fassung der Leistungsbeschreibung (Stand: 21. Oktober 2014) nur noch die Vorlage von zwei Konzepten vor, das Konzept für die Systemvoraussetzungen und das Datensicherheitskonzept.

Soweit die Ag zwischenzeitlich auf die Vorlage von sieben der ursprünglich neun geforderten Konzepte verzichtet hat, ist dadurch keine Lücke in der Leistungsbeschreibung entstanden, welche die Ag im Interesse einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung (§ 8 EG Abs. 1 VOL/A) hätte schließen müssen. Verlangt der öffentliche Auftraggeber die Vorlage von Konzepten bei Angebotsabgabe, ergänzen diese Konzepte die Vergabeunterlagen in der Weise, dass sie - bei Zuschlagserteilung - zum Vertragsinhalt werden. Die Konzepte haben jedoch nicht die Aufgabe, die Leistungsbeschreibung zu ersetzen oder zu ergänzen. Daraus folgt, dass der Verzicht auf die Vorlage von Konzepten als solcher nicht dazu führt, dass die Leistungsbeschreibung lückenhaft geworden wäre. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer den Verzicht auf die sieben Konzepte damit begründet, dass die Vorgaben an die Funktionalitäten so umfassend beschrieben worden seien, dass kein Raum für eigene Konzepte der Bieter verblieben sei; die Ag habe sich hier der insoweit zutreffenden Auffassung der ASt angeschlossen, wonach der Inhalt der Konzepte ausschließlich in einer reinen Wiederholung der auftraggeberseitig gesetzten Vorgaben ohne eigenständigen Erklärungswert hätte bestehen können. Diese Konzepte waren vor diesem Hintergrund schlicht obsolet.

d) Die ASt verweist als Beleg für die von ihr behauptete allgemeine Unbestimmtheit der Vergabeunterlagen auf die vergleichsweise hohe Zahl von Bieterfragen (mehr als 80). Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer dargelegt, dass diese Fragen zwischenzeitlich alle beantwortet worden sind. Weitere Rückfragen hat es nicht gegeben. Aus dem Vortrag der ASt ergibt sich nicht, inwiefern gleichwohl noch einzelne Vorgaben zu unbestimmt sein könnten.

e) Soweit die ASt in ihrem Nachprüfungsantrag beanstandet hat, dass den Vergabeunterlagen keine näheren Informationen zu der Wahrscheinlichkeit einer optionalen Vertragsverlängerung

(Bekanntmachung, Ziff. II.2.2) zu entnehmen seien, woraus ihr – der ASt – unkalkulierbare Risiken entstünden, hat die Ag diesen Bedenken zwischenzeitlich Rechnung getragen. In der an alle Bieter gerichteten E-Mail vom 21. Oktober 2014 teilte die Ag mit, dass die Wahrscheinlichkeit einer späteren Ausübung der Option bei 50 % liege. Außerdem änderte die Ag das Preisblatt ab. Nach dem überarbeiteten Preisblatt sind die Optionszeiträume gesondert zu bepreisen. Da die Ag die Informationen im laufenden Nachprüfungsverfahren gegeben hat, bedarf es keiner Entscheidung mehr, ob die Ag, wie die ASt offensichtlich meint, zu solchen Angaben überhaupt verpflichtet war.

f) Nicht zu folgen ist der Auffassung der ASt, es sei vergaberechtswidrig, dass die Vergabeunterlagen keine Haftungsfreistellung des Auftragnehmers für den Fall vorsehen, sollte dieser aufgrund einer fehlenden Mitwirkungshandlung der Ag daran gehindert werden, die Remoteunterstützung zu erbringen.

Die Leistungsbeschreibung sieht in Ziff. 3.5.4.10 – Anbindung an das Internet und VPN-Verbindungen vor, dass die vom Auftragnehmer zu erbringende Remoteunterstützung über eine web-sitegestützte [...] Verbindung erfolgen soll. Zur Authentifizierung werden ein personalisierter Benutzer und ein Einmal-Passwort (Token) benötigt. Das Passwort wird auf telefonische Anfrage des Auftragnehmers durch die Ag an berechtigte Personen des Auftragnehmers weitergegeben. Ohne das Passwort kann somit die VPN-Verbindung nicht aufgebaut werden.

Die von der ASt aufgeworfene Problematik betrifft die Ebene der Vertragsdurchführung. Die Zuständigkeit der Vergabekammer ist allerdings auf die Prüfung beschränkt, ob der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten hat. Es ist daher sehr zweifelhaft, ob das Vorbringen der ASt überhaupt zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden kann.

Ungeachtet dessen ist aber auch nicht zu erkennen, dass der ASt ein Schaden entstehen könnte. Eine Haftung setzt im deutschen Recht typischerweise ein schuldhaftes Verhalten voraus; eine verschuldensunabhängige Haftung ist die Ausnahme und bedarf einer besonderen Regelung (z.B. die Halterhaftung in § 7 Abs. 1 StVG). Die Besonderen Vertragsbedingungen der Ag sehen vor, dass der Auftragnehmer ihr schriftlich mitzuteilen hat, sollte der Auftragnehmer sich an der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung gehindert sehen (§ 6.1 Besondere Vertragsbedingungen). Nach einer schriftlichen Ankündigung kann der Auftragnehmer die Rechte nach § 5 Nr. 2 Abs. 2 VOL/B geltend machen (§ 6.3 Besondere

Vertragsbedingungen). Somit kann ausgeschlossen werden, dass die ASt für Schäden, die durch eine unterlassene Mitwirkungshandlung der Ag entstanden sind, verschuldensunabhängig in Haftung genommen wird.

g) Nicht beizutreten ist der Auffassung der ASt, die Ag habe die Abnahme einer Mindestmenge an Abrechnungsfällen garantieren müssen.

Die Ag hat in Ziff. 2 der Leistungsbeschreibung die jährlich zu erwartenden Abrechnungsvolumina, differenziert nach den Sachgebieten, mitgeteilt. Die Ag hat klargestellt, dass sich aus den Angaben keine Ansprüche hinsichtlich der zukünftig zu erwartenden Abrechnungsfälle ergeben. Da die ASt seit rd. 6 Jahren Auftragnehmerin der Ag ist, kann sie – wie kaum ein anderer Bieter – beurteilen, wie die von der Ag gemachten Angaben einzuschätzen sind. Indem die Ag den Bietern die ihr bekannten kalkulationsrelevanten Daten aus der Vergangenheit mitgeteilt hat, hat sie ihren vergaberechtlichen Pflichten genügt. Zu der Garantie einer Mindestabnahmemenge verpflichtet das Vergaberecht die Ag nicht.

h) Die von der ASt behaupteten Dokumentationsmängel liegen nicht vor.

Das Vergabeverfahren ist von Anbeginn des Verfahrens zu dokumentieren. Die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen sind festzuhalten (§ 24 EG Abs.1 VOL/A). Die in jedem Fall erforderlichen Mindestangaben ergeben sich aus § 24 EG Abs. 2 VOL/A. Da die in § 24 EG Abs. 2 VOL/A genannten Mindestangaben dem Vergabevermerk vom 1. September 2014 zu entnehmen sind, hat die Ag ihren Dokumentationspflichten genügt.

Daran würde sich selbst dann nichts ändern, sollte der von der ASt in ihrem Schriftsatz vom 22. Oktober 2014 (S. 15, 16) zum Ausdruck gebrachte Auffassung zu folgen sein, dass weitergehende Angaben erforderlich wären:

- Ausführungen zu der vorangegangenen, zwischenzeitlich aufgehobenen Ausschreibung, sind dem Vergabevermerk insbesondere auf S. 3 zu entnehmen.
- Der Bedarf der Ag ergibt sich u.a. aus den Ausführungen in Ziff. 2 der Leistungsbeschreibung. Wie bereits ausgeführt, hat die Ag tabellarisch die zu erwartenden Abrechnungsvolumina dargestellt.

- Die Art der ausgeschriebenen Leistung („Dienstleistungskategorie Nr. 7: Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten“) und die CPV-Nummer („72310000“) ergeben sich unmittelbar aus der Bekanntmachung (ebenda Ziff. II.1.2 und II.1.6).
- Die Erwägungen der Ag zu der Ausschreibung ergeben sich insbesondere aus den Ausführungen auf S. 3, 4 des Vergabevermerks.
- Unter Ziff. 8 des Vergabevermerks (S. 2) hat die Ag festgehalten, dass Nebenangebote nicht zugelassen werden. Wie sich aus § 9 EG Abs. 5 VOL/A ergibt, können Auftraggeber Nebenangebote zulassen. Fehlt eine entsprechende Angabe in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen, sind keine Nebenangebote zugelassen. Die Zulassung von Nebenangeboten ist im Anwendungsbereich des zweiten Abschnitts der VOL/A somit der Ausnahmefall. Dem entsprechend war die Ag nicht gehalten, die Gründe für die Nichtzulassung von Nebenangeboten detailliert zu erläutern.
- Die geforderten Eignungsnachweise ergeben sich aus der Bekanntmachung. Nähere Informationen zu den diesbezüglichen Erwägungen sind dem Vergabevermerk (S. 2, 3) zu entnehmen. Den Überlegungen zum Zuschlagskriterium niedrigster Preis widmet der Vergabevermerk einen eigenen Abschnitt (S. 3, 4).
- Ausführungen zu einer – aus Sicht der ASt – zu langen Bindefrist sind nicht erforderlich. Es ist auch von der ASt weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich, inwiefern ihr hierdurch ein Schaden entstehen könnte.

Nach alledem bleibt dem Nachprüfungsantrag der Erfolg versagt.

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 hat die ASt als die unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war zur Herstellung der Waffengleichheit mit der anwaltlich vertretenen ASt notwendig. Außerdem hat das Nachprüfungsverfahren 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.