



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 123/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragsteller -

- Antragsgegnerin -

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und die ehrenamtliche Beisitzerin Trutzel auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 2016 am 20. Dezember 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen, soweit er sich gegen die Grundlagen der Ausschreibung richtet. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückgewiesen.
2. Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen von Antragsgegnerin und Beigeladener zu tragen.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt das streitgegenständliche offene Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über Projektträgerleistungen durch, dessen Bekanntmachung am [...] durch die Ag versandt worden war. Die Vergabeunterlagen bestehen, soweit vorliegend relevant, aus folgenden Dokumenten:

- *„Leitfaden zur Abgabe eines Angebots zum Offenen Verfahren zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung über Projektträgerleistungen*
- *Anlage zum Leitfaden zur Abgabe eines Angebots: Wertungskriterien*
- *Leistungsbeschreibung Projektträgerleistungen*
- *Anlage zur Leistungsbeschreibung: Preisblatt*
- *Muster einer Rahmenvereinbarung zur Übernahme und Durchführung der Projektträgerschaft [...] (PT-Vertrag)“*

Diese Unterlagen enthalten u.a. die nachfolgenden Vorgaben:

Aus der Leistungsbeschreibung ergibt sich, dass die nachgefragten Dienstleistungen in wesentlichen Teilen im Zusammenhang mit der Durchführung von Vergabeverfahren stehen, bei denen der spätere Auftragnehmer die Ag beraten soll (vgl. im Einzelnen S. 3, 8, 9 der Leistungsbeschreibung).

So sieht insbesondere Nr. 7 der Leistungsbeschreibung folgende Dienstleistungen vor:

„Unterstützende Leistungen - Einheitsleistung 4.1:

- *fachliche Beratung [...] bei der Wahl des Vergabeverfahrens und Erstellung eines Zeitplans*
- *fachliche Unterstützung bei der Schätzung des Auftragswerts*
- *Unterstützung [...] bei der Erstellung der Vergabeunterlagen (z. B. Leistungsbeschreibung, Bewerbungsbedingungen), dies beinhaltet ggf. die Durchführung einer begrenzten fachlichen Recherche*
- *ggf. Recherche fachlich geeigneter Bewerber*
- *Mitwirkung bei der Beantwortung von Fragen potenzieller Bieterinnen und Bieter gemäß Vergabeverfahren*
- *Unterstützung [...] bei der Bewertung der Angebote und Teilnahmeanträge*
- *Mitwirkung bei Verhandlungsverfahren*

(...)

Einheitsleistung 4.2:

- Erstellung von Bekanntmachungen und Vergabeunterlagen
- Je nach Vergabeart Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung über die Vergabepattform des Bundes (eVergabe) oder Aufforderung bestimmter Unternehmen zur Angebotsabgabe
- Kommunikation mit Bietern und Bewerbern, z.B. Beantwortung von Bieter-/Bewerberfragen
- Entgegennahme der Teilnahmeanträge und/oder Angebote, Öffnungssitzung, Erfassung sowie
- formale und Eignungsprüfung der Angebote/Teilnahmeanträge
- Zuschlagserteilung und ggf. Benachrichtigung nicht berücksichtigter Bieter
- Ggf. Bekanntmachung über vergebene Aufträge
- Anfertigung des Vergabeprotokolls/-vermerks bzw. sonstige vergaberechtliche Dokumentation“

Als Mindestanforderung im Rahmen der Eignungsvorgaben ist daher die Erbringung vergleichbarer Dienstleistungen in den letzten drei Jahren vorgesehen. Für verschiedene Arten von Dienstleistungen ist im Preisblatt jeweils ein Einheitspreis anzubieten, wobei sich aus dem Preisblatt bei jeder Position ebenfalls der geschätzte Bedarf über die Vertragslaufzeit sowie eine jeweilige Mindestabnahmemenge ergibt. Als Wertungskriterien sind der Preis zu 40 %, die „Qualität und Umsetzbarkeit des Konzepts“ zu 35 % und die „Qualität des vorgeschlagenen Projektteams/Personalkonzept“ zu 25 % vorgesehen. Bezüglich der beiden qualitativen Bewertungskriterien wird in der Anlage zum Leitfaden zur Abgabe eines Angebots jeweils eine Reihe von Fragen aufgelistet, auf die im Konzept einzugehen ist. Beim Kriterium „Qualität und Umsetzbarkeit des Konzepts“ heißt es: „Hierbei wird durch den Auftraggeber anhand des eingereichten Konzepts bewertet, inwieweit gute und effiziente Aufgabenerfüllung zu erwarten sowie die vorgeschlagene methodische Vorgehensweise umsetzbar ist.“ Eine Punkteskala von 1 bis 5 Punkte führt aus, in welchem Fall es wie viele Punkte gibt, so z.B. 4 Punkte, wenn „Die Darstellung ist gut und schlüssig. Sie lässt ein Konzept erkennen, das den Bieter in die Lage versetzt, die Anforderungen, die der Auftrag mit sich bringt, zu meistern.“ Der PT-Vertrag sieht in § 2 vor, dass die VOL/B Bestandteil des Vertrags sein soll, wobei im Fall von Widersprüchen zwischen PT-Vertrag und VOL/B der PT-Vertrag vorrangig ist.

Die Angebotsfrist lief am 15. August 2016 ab. Der Antragsteller (ASt), der selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist, gab am 10. August 2016 ein Angebot ab. Das Angebot der Beigeladenen (Bg) wurde gem. § 60 VgV dahingehend durch die Ag aufgeklärt, ob ein ungewöhnlich niedriger Preis vorliegt; im Ergebnis wurde dies verneint. Das Angebot des

ASt erhielt im Rahmen der Preiswertung einen gemäß bekannt gemachter Preisberechnungsformel ermittelten Punktwert für den angebotenen Preis, der unter dem Punktwert für das Angebot der Bg lag; der von der Bg angebotene Preis war niedriger. Beim Kriterium „*Qualität und Umsetzbarkeit des Konzepts*“ erzielte das Angebot des ASt 4 Punkte, wobei die Ag als Begründung in ihrem Vergabevermerk ausführte: „*Die Beschreibung des strategischen Vorgehens zur allgemeinen fachlichen Unterstützung [...] ohne direkten Vorhabenbezug beschränkt sich jedoch überwiegend auf übergeordnete Prozessbeschreibungen (...).*“

Mit Schreiben vom 8. November 2016 nach § 134 GWB wurde der ASt dahin informiert, dass der Zuschlag auf das Angebot der Bg ergehen solle, wofür letztendlich der Angebotspreis ausschlaggebend gewesen sei. Es findet sich in dem Absageschreiben der Satz: „*Die Beschreibung des strategischen Vorgehens beschränkt sich indes überwiegend auf übergeordnete Prozessbeschreibungen.*“

Über ihre Verfahrensbevollmächtigten rügte der ASt mit Schreiben vom 15. November 2016 die Vergabeentscheidung unter folgenden Gesichtspunkten:

- Keine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung,
- Aufbüdung unzumutbarer Risiken auf die Bieter,
- Verletzung des Missbrauchsverbots bei Rahmenvereinbarungen,
- fehlende Transparenz der Bewertungskriterien,
- Verletzung der Aufklärungspflicht bezüglich des ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises der Bg.

Mit Telefaxeschreiben vom 17. November 2016 teilte die Ag mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen werde.

2. Mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten stellte der ASt am 18. November 2016 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes.
 - a) Die Antragsbefugnis sei gegeben, da der ASt sich mit hohem Personal- und Kostenaufwand an der Ausschreibung beteiligt habe. Vergabefehler, die im Ergebnis zu einer erneuten Chance auf Zuschlagserhalt führten, seien mit dem Vortrag einer nicht eindeutigen Leistungsbeschreibung geltend gemacht worden.

Der ASt sei nicht mit seinen Rügen nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert, denn für die Erkennbarkeit der Fehler sei auf den durchschnittlichen Bieter abzustellen. Erkennbarkeit sei nur in Bezug auf solche Verstöße gegeben, die sich auf eine allgemeine Überzeugung der Vergabepraxis gründeten und als auftragsbezogene Rechtsverstöße laienhaft ins Auge fielen. Entgegen der Auffassung der Ag komme es nicht auf die individuellen vergaberechtlichen Kenntnisse des ASt an; die Tatsache, dass der ASt besonders geschulte Mitarbeiter für das Vergaberecht beschäftige, sei unerheblich. Das im Angebot bezeichnete „Vergabe-Team“ könne nicht die juristische Expertise einer anwaltlichen Beratung ersetzen, denn das Vergabe-Team setze sich nicht aus Juristen zusammen, sondern aus speziell geschulten Verwaltungs- und Verwaltungsbetriebswirten, deren Aufgabe es sei, Vergabeprozesse für Auftraggeber zu überwachen. Kenntnisse über vertiefte Fragestellungen des Vergaberechts gehörten nicht zur Expertise des Vergabe-Teams. Damit seien die erstmals am 15. November 2015 gerügten Vergabefehler vor anwaltlicher Beratung nicht erkennbar gewesen, was der ASt für die einzelnen geltend gemachten Vergaberechtsverstöße konkretisiert. Vor allem die Intransparenz des Bewertungssystems sei nicht erkennbar gewesen, da es sich hierbei um eine im Fluss befindliche Rechtsprechungsentwicklung handle. Erst durch das Absageschreiben habe der ASt erfahren, dass das Konzept anhand von Maßstäben beurteilt worden sei, die nicht transparent gemacht worden waren.

In der Sache dürfe der Auftraggeber die Rahmenvereinbarung, für die nach § 103 Abs. 5 S. 2 GWB ebenfalls das Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung des § 121 Abs. 1 S. 1 GWB gelte, nicht als Vorwand missbrauchen, um gegen das Eindeutigkeitsgebot zu verstoßen. Die Rechtsprechung, wonach bei Rahmenverträgen das Auftragsvolumen nicht abschließend festgelegt zu werden brauche, sei für Lieferleistungen entwickelt worden, wohingegen das vorliegende Verfahren eine ganz andere Dimension habe, da zahlreiche unterschiedliche Dienstleistungen ausgeschrieben worden seien, deren Inhalte gar nicht oder nur rudimentär beschrieben worden seien. Unter Punkt 1, 2 und 4 nenne die Leistungsbeschreibung zahlreiche Unterstützungs- und Beratungsleistungen, deren genaue Inhalte jedoch nicht beschrieben würden und damit unklar blieben, wofür der ASt einige Beispiele anführt. Die durchgängig stichwortartigen Beschreibungen ließen erheblichen Interpretationsspielraum bei den Bietern offen. Erschwerend

kämen Unklarheiten bei vielen Mengenangaben in Form von „ca.-Angaben“ und „ggf.-Angaben“ hinzu, die als nur ausnahmsweise zulässige Wahlpositionen zu qualifizieren seien, nicht mit der Ag als Kalkulationshilfen. Die „ggf.“-Angaben seien auch vor dem Hintergrund der schriftsätzlichen Einlassung der Ag zu beanstanden, wonach bei der Kalkulation stets von den Höchstabrufrmengen ausgegangen werden müsse, was sich aber nicht aus der Leistungsbeschreibung ergebe. Besonders gravierend sei Punkt 3 der Leistungsbeschreibung, wonach in zeitlicher Hinsicht bei den Tagungstypen eine Bandbreite zwischen ½ Tag und zwei Tagen möglich wären, womit ein Angebotsvergleich nicht möglich wäre, da offen bleibe, mit welchem zeitlichen Ansatz ein Bieter kalkuliert habe. In Kombination mit dem Preisblatt, das einen jährlichen Pauschalpreis für die im Rahmen der Einheitspreise nicht benannten Leistungen vorsehe, sei vorprogrammiert, dass die Bieter bei dieser Auffangposition von ganz unterschiedlichen Inhalten ausgingen. Die Bepreisung der Leistung stelle für die Bieter letztlich eine Black Box dar. Der Schaden des ASt sei darin zu sehen, dass er als langjähriger Bestandsauftragnehmer aufgrund seiner bisherigen Erfahrungen kalkuliert habe, wohingegen bei anderen Bietern offenbar ein stark abweichendes Leistungsverständnis vorgelegen habe. Die Vergabe müsse auf einer geänderten Grundlage wiederholt werden.

Eigentlich hätte die Ag für jedes Themengebiet eine isolierte Ausschreibung mit umfassender Leistungsbeschreibung durchführen müssen. Sie dürfe sich diesen Aufwand nicht dadurch ersparen, indem sie die Themen nur stichwortartig im Wege der Rahmenvereinbarung en bloc vergebe. Die Ag hätte zur Vermeidung von Wettbewerbseinschränkung die Rahmenvereinbarung mit mehr als einem Bieter abschließen müssen und im Hinblick auf den konkreten Einzelauftrag eine Konkretisierung der Leistungen sowie einen Angebotsvergleich herbeiführen müssen.

Folge der defizitären Leistungsbeschreibung seien unzumutbare Kalkulations- und Vertragsrisiken für die Bieter. Bieter würden in die Mischkalkulation gezwungen, verbunden mit Risikozuschlägen, oder sie spekulierten auf Nachträge. So ergäbe sich beispielsweise bei den Workshops eine Unsicherheit von 50 Workshoptagen über die Vertragslaufzeit.

Die Existenz des ASt sei davon abhängig, dass er die Vergaben der Projektträgerschaft der Ag gewinne, was Folge des Abrückens von langjährig gepflegter und funktionierender öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit zwischen dem ASt und der Ag als öffentlichen Auftraggebern hin zu einer Vergabe im Wettbewerb sei. Dieses daher besonders ausgeprägte Über-Unterordnungsverhältnis finde vergaberechtlich seine Grenzen in der Zumutbarkeit. Das Zumutbarkeitsgebot sei abgeleitet aus dem Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB.

Die Wertungskriterien Qualität und Umsetzbarkeit des Konzepts, Qualität des vorgeschlagenen Projektteams/Personalkonzepts verstießen gegen den Transparenzgrundsatz. Das von der Ag angelegte Schulnotensystem enthalte bloße Leerformeln und lasse nicht im Vorhinein zu, den nötigen Erfüllungsgrad zu bestimmen, der erforderlich sei, um den Punktwert zu erreichen. Bezüglich des Personals sei gerade vor dem Hintergrund der besonderen Anforderungen der zu beschaffenden, weitgehend intellektuellen Dienstleistungen die Bewertung des Personals zu erwarten gewesen. Bei der Bewertung seien Kriterien herangezogen worden, die sich nicht aus den Vergabeunterlagen ergeben hätten, so ausweislich des Absageschreibens das „strategische Vorgehen“ bei Bewertung der Qualität und Umsetzbarkeit des Konzepts. Der ASt habe sein Angebot exakt an den veröffentlichten Kriterien ausgerichtet, so dass er benachteiligt worden sei.

Wettbewerbsverzerrend sei die Auswirkung des Preises auf die Bewertungspunkte, denn die Formel erzeuge einen rechtswidrigen Flipping-Effekt, indem z.B. bei einem doppelten Preis das Angebot nicht die Hälfte der möglichen 200 Punkte erhalte, sondern 0 Punkte. Die Vergabe von Preispunkten sei nicht nachvollziehbar, es sei nicht erkennbar, wie die Preispunkte errechnet würden. Die bekanntgemachte Formel entspreche nicht der beschriebenen Formel.

Hilfsweise werde bezweifelt, dass die Ag eine Auskömmlichkeitsprüfung durchgeführt habe, welche den Anforderungen des § 60 Abs. 1, 2 VgV genüge. Eine gründliche Prüfung sei auch erforderlich gewesen, da der Preisabstand mehr als 40 % betragen haben dürfte. Die Aufklärungspflicht sei bieterschützend. Der ASt gehe davon aus, dass die Bg die Leistungen in dieser Weise nicht zu diesem Preis erbringen könne.

Der ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten,
2. der Ag zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen,
3. der Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren aufzuheben und bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht nach Überarbeitung der Vergabeunterlagen das Vergabeverfahren neu auszuschreiben, hilfsweise die Vergaberechtsverstöße unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beseitigen,
4. die Vergabeakten der Ag beizuziehen und dem ASt Akteneinsicht zu gewähren,
5. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des ASt aufzuerlegen sowie
6. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig war.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag des ASt zurückzuweisen,
2. dem AStr die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag notwendig war.

Der Nachprüfungsantrag sei wegen Nichterfüllung der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB bereits unzulässig. Ohnehin seien die geltend gemachten Verstöße solche, die dem ASt auch ohne vergaberechtliche Expertise bei der Kalkulation ins Auge hätten springen müssen. Ausweislich der Leistungsbeschreibung, dort Seiten 8 und 9, sei Gegenstand der ausgeschriebenen Projektträgerleistungen maßgeblich auch die eigenverantwortliche Durchführung von Vergabeverfahren für die Ag

einschließlich der Erstellung der notwendigen Vergabeunterlagen. Damit sei mit dem Vergabeverfahren ein potentieller Bieterkreis angesprochen, der über vergaberechtliche Expertise verfüge, so dass die Erkennbarkeit von vermeintlichen Vergaberechtsverstößen in jeder Hinsicht zu bejahen sei. Zusätzlich sei der ASt seit 1992 Vertragspartner für die streitgegenständlichen Leistungen. Wenn der ASt sich nunmehr auf die fehlende Erkennbarkeit im Rechtssinn berufe, so erscheine zweifelhaft, ob er zur Erbringung der geschuldeten Leistung überhaupt in der Lage sei, so dass einer Beauftragung ggfs. ohnehin eine gesonderte Aufklärung in Bezug auf seine Eignung vorausgehen müsste. Die Darstellungen des ASt im Nachprüfungsverfahren zu seinen angeblich fehlenden vergaberechtlichen Fähigkeiten widersprächen seinen diesbezüglichen Angaben im Angebot.

Der Nachprüfungsantrag sei auch in der Sache unbegründet. Teilweise fehle es dem ASt an der subjektiven Beschwer, da er nicht an der Abgabe eines konkurrenzfähigen Angebots gehindert gewesen sei. Die Konzepte des ASt als langjährigem Leistungserbringer und der Bg seien ohne weiteres miteinander vergleichbar gewesen. Ein Missbrauch einer Rahmenvereinbarung liege nicht vor, da nicht zu vergabefremden Zwecken ausgeschrieben worden sei, es hätten vielmehr sachliche Gründe für die Wahl einer Rahmenvereinbarung vorgelegen. Der Bedarf der Ag an Veranstaltungen, Sitzungen, Vorhaben und Projekten etc. während der Vertragslaufzeit stünde nämlich nicht fest, sondern ergäbe sich u.a. aus der politischen Agenda der jeweiligen Leitung sowie aus der aktuellen Verfügbarkeit von Haushaltsmitteln. Eine hohe Mindestabnahmemenge stelle ebenfalls keinen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot dar. Das Ein-Partner-Modell sei eine gleichrangige Alternative zum Mehrpartnermodell, welches eher die Kalkulationsrisiken gegenüber dem Mehrpartnermodell verringere. Die Leistungsbeschreibung sei ebenfalls ordnungsgemäß. Im Zusatz „ggfs.“ läge keine Wahlposition, vielmehr handle es sich um eine vertraglich geschuldete Leistung. Unzumutbare Kalkulationsrisiken lägen nicht vor, da als kalkulatorische Außengrenze vom Abruf der längsten angegebenen Zeitdauer der Veranstaltungen und vom Abruf aller ggf.-Positionen ausgegangen werden müsse. Die Bieter müssten im Rahmen ihrer kalkulatorischen Freiheit selbst entscheiden, wie sie die angegebenen potentiellen Zeiträume und Leistungen einstellen wollten. Eine Mischkalkulation läge hierin nicht.

Das Wertungsvorgehen sei transparent gewesen, die Ag habe neben der Bewertungsmethode auch die Erwartungshaltung an die Konzepte kommuniziert. Nach

der aktuellen EuGH-Rechtsprechung müsse dem Auftraggeber ein gewisser eigener Freiraum bei der Angebotswertung, gerade bei Konzepten, verbleiben. Die Ag habe sich zudem nicht auf ein bloßes Schulnotensystem beschränkt, sondern auch ihren Erwartungshorizont zum Ausdruck gebracht. Von den veröffentlichten Zuschlagskriterien sei die Ag auch nicht abgewichen. Die in der Bewertung des Angebots des ASt genannte „Berücksichtigung des strategischen Vorgehens“ entspreche dem beim Zuschlagskriterium „Qualität und Umsetzbarkeit des Konzeptes“ spezifizierten Bewertungsgesichtspunkt der „methodischen Vorgehensweise“. Ein Flipping-Effekt der Preisberechnungsformel sei vorliegend ohnehin nicht gegeben, ferner gäbe es keinen Rechtssatz dahin, dass Angebote bei der Wertung nicht in Relation zueinander betrachtet werden dürften.

Wie dem ASt bereits in der Rügeantwort mitgeteilt worden sei, habe die Ag eine Auskömmlichkeitsprüfung in Bezug auf das Angebot der Bg durchgeführt. Diese gebe nichts für eine Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der Bg her.

- c) Die Bg, die mit Beschluss vom 23. November 2016 zum Verfahren hinzugezogen wurde, beantragt,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
 2. der Bg Einsicht in die Vergabeakte der Antragsgegnerin zu gewähren;
 3. die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Bg für notwendig zu erklären;
 4. die Kosten des Verfahrens dem ASt aufzuerlegen.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, da die Rügefrist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB nicht eingehalten worden sei. Die Erkennbarkeit sei für den ASt schon nach dem Maßstab eines durchschnittlichen fachkundigen Bieters gegeben gewesen, da es vorliegend gerade zu den erforderlichen Eignungsnachweisen gehöre, dass der Bieter vergaberechtliche Dienstleistungen erbracht habe, die Kenntnis der wesentlichen Anforderungen gehöre somit zur Fachkunde des Bieters. Konkret sei schon vor Angebotsabgabe erkennbar gewesen, ob eine Leistungsbeschreibung Unklarheiten beinhalte, unzumutbare Risiken auferlege, die Anwendung einer Rahmenvereinbarung missbräuchlich oder die Wertungskriterien intransparent seien. Die vom ASt

eingeforderte Aufklärung des Angebotspreises der Bg habe die Ag durchgeführt. Vorsorglich führt die Bg zur Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags aus.

3. Dem Ag sowie der Bg wurden antragsgemäß Akteneinsichten gewährt, soweit nicht Geschäftsgeheimnisse betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 14. Dezember 2016 wurde der Sachverhalt umfassend besprochen. Auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, auf die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurde, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist größtenteils unzulässig, wobei weder gegen die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen (ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb der für europaweite Vergaben einschlägigen Schwellenwerte) noch gegen die Antragsbefugnis, § 160 Abs. 2 GWB, Bedenken bestehen; insoweit bedarf es daher keiner weiteren Ausführungen. Der ASt ist aber seiner Rügeobliegenheit nur in Bezug auf den geltend gemachten Fehler bei der konkreten Bewertung seines Angebots nachgekommen, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Dass die Ag bei der fachlichen Bewertung u.a. „*das strategische Vorgehen*“ im Rahmen der Bewertung heranziehen würde, war erst aus der Mitteilung nach § 134 GWB vom 8. November 2016 und der dort angegebenen Begründung für den Nichterhalt des Zuschlags ersichtlich; die Rüge vom 15. November 2016 war binnen der Zehn-Tages-Frist und damit rechtzeitig ausgesprochen, der Nachprüfungsantrag ist insoweit zulässig.

Anders verhält es sich in Bezug auf die Beanstandungen, welche der ASt hinsichtlich der Grundlagen der Vergabe erhebt. Hier ist der Rügetatbestand des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB thematisch einschlägig, da der ASt Vorgaben beanstandet, die bereits in den Vergabeunterlagen geregelt sind. Die Rügeobliegenheit wurde auch konkret ausgelöst, da die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße in jeder Hinsicht erkennbar waren:

- a) Die Erkennbarkeit in tatsächlicher Hinsicht ist gegeben. Ist die Leistungsbeschreibung nicht eindeutig oder sind Wertungsvorgaben nicht konkret genug vorgegeben, so wird dies für einen Bieter in der Regel im Zuge der Angebotsbearbeitung und –erstellung rein faktisch deutlich. Um ein möglichst gutes Wertungsergebnis und damit eine

möglichst hohe Zuschlagschance zu erzielen, ist der Bieter interessiert, die Vorstellungen des Auftraggebers so gut wie möglich zu treffen. Gibt es bei den Vorgaben Transparenzdefizite oder sonstige Unklarheiten, so wird der Bieter zwangsläufig merken, dass ihm wesentliche Informationen fehlen, an denen er sich bei der Angebotserstellung ausrichten kann.

- b) In Bezug auf die Erkennbarkeit im Rechtssinn ist der Vortrag des ASt grundsätzlich richtig. Adressat des Vergaberechts ist der öffentliche Auftraggeber, nicht der Bieter; Letzterer muss das Vergaberecht nicht beherrschen, er darf im Gegenteil darauf vertrauen, dass der Auftraggeber die vergaberechtlichen Regeln korrekt umsetzt. Folglich kann die Erkennbarkeit im Rechtssinn nicht leichtfertig zulasten eines durchschnittlichen Bieters bejaht werden (zur Bedeutung der Erkennbarkeit im Rechtssinn im Rahmen des Rügetatbestands von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Juli 2013 – VII Verg 26/13, sowie vom 14. Oktober 2013 - VII Verg 36/13).

Allerdings ist die Frage, was ein „durchschnittlicher Bieter“ ist, nicht allgemeingültig und für sämtliche Vergabeverfahren gleichförmig zu beantworten. „Den“ durchschnittlichen Bieter gibt es nicht. Es kommt vielmehr auf die konkrete Vergabe an und darauf, an welchen Bieterkreis sich das Vergabeverfahren richtet. Werden beispielsweise Rechtsanwaltsdienstleistungen nachgefragt, so prägt dieser Adressatenkreis den Empfängerhorizont, der für das Verständnis der Vergabeunterlagen und deren Auslegung maßgeblich ist (vgl. zu dieser Konstellation 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 13. Dezember 2016, VK2-125/16). Diese Prägung des Empfängerhorizonts durch die konkret angesprochenen Bieter ist auch auf die Erkennbarkeit im Rechtssinn und den hierfür geltenden Maßstab zu übertragen. Danach sind vorliegend zwar nicht Rechtsanwälte Adressaten des Vergabeverfahrens. Ein zentraler Gegenstand der Nachfrage ist aber ausweislich der Leistungsbeschreibung ausdrücklich die Erbringung vergaberechtlicher Dienstleistungen für die Ag als Auftraggeberin. Vergaberechtlicher Sachverstand muss also bei den Interessenten am Auftrag vorhanden sein, was auch in der Referenzanforderung manifest wird, wonach vergleichbare und damit u.a. vergaberechtliche Beratungs- und sonstige vergaberechtliche Dienstleistungen in den letzten drei Jahren erbracht worden sein müssen. Ohne damit auf die individuellen

Verhältnisse des ASt abzustellen, ergibt sich der Maßstab der Erkennbarkeit aus dem objektivierten, mit vergaberechtlicher Expertise versehenen Adressatenkreis.

Die Erkennbarkeit in rechtlicher Hinsicht ist an diesem Maßstab gemessen bei allen, auf die Grundlagen des Vergabewettbewerbs bezogenen Beanstandungen des ASt gegeben. Dies bezieht sich einmal auf den Vortrag, das Instrument der Rahmenvereinbarung sei missbräuchlich herangezogen worden, da die verschiedensten Dienstleistungen hier zusammengefasst würden, obwohl sie eigentlich jeweils eines eigenständigen Vergabeverfahrens mit eigenständiger, umfassender Leistungsbeschreibung bedurft hätten; angesichts der Tatsache, dass der ASt die streitgegenständlichen Dienstleistungen bereits seit 1992 über einen Rahmenvertrag erbringt, erscheint dieser Vortrag als ein gewisser Widerspruch zu der in der Vergangenheit langjährig gelebten Praxis. Ebenso war erkennbar, dass es an manchen Stellen der Leistungsbeschreibung, so die Dauer der Workshops (von ½ bis zwei Tage) tatsächlich den Bietern oblag, hier für ihre eigene Kalkulation eine je nach bieterindividueller Entscheidung eine eher konservative oder risikofreudigere Annahme zugrunde zu legen; wenn man darin, wie der ASt nunmehr im Nachprüfungsantrag meint, Kalkulationsunzumutbarkeiten mit der Folge der fehlenden Angebotsvergleichbarkeit erkennen will, so musste der vergaberechtlich kompetente Bieterkreis dies auch vor Angebotsabgabe im Rechtssinn bewerten können.

Nichts anderes gilt für die Bewertungsvorgaben, auf die es dem ASt ausweislich seines nicht nachgelassenen Schriftsatzes vom 16. Dezember 2016 besonders ankommt. Die aus der Bewertungstransparenz abgeleitete Thematik, wonach der Auftraggeber Anhaltspunkte für den Erwartungshorizont bei der Vergabe von Punkten – also: Was muss das Angebot beinhalten, um wie viele Punkte zu erzielen? – vorgeben muss, ist durch die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf bereits im Jahr 2013 herausgearbeitet worden (OLG Düsseldorf, a.a.O.) und hat seither in einer Reihe von Entscheidungen eine Rolle gespielt (z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Dezember 2015 – VII Verg 25/14, Beschluss vom 2. November 2011 – VII Verg 25/16). Das Thema ist damit nicht neu. Gleiches gilt für die Bewertung von Preisformeln; der hier vom ASt ins Feld geführte „Flipping-Effekt“ wurde bereits in einem vergaberechtlichen Aufsatz im Jahr 2013, fortgesetzt im Jahr 2015 ausführlich beleuchtet (Bartsch, Wolfgang, und Hirsch, Veit: „Mit Preisgewichtung vorbei am

wirtschaftlichsten Angebot?“, in: NZBau 2012, 393 ff.; ferner Bartsch, Wolfgang, und Dr. von Gehlen, Hans: „Keine zutreffende Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses mit Interpolationsformeln?“, in: NZBau 2015, 523 ff.; sowie: Ferber, „Die Crux mit den Noten“ in: VergabeNavigator 2016, heft 6, S. 10ff.).

Bei dieser Sachlage ist die Erkennbarkeit im Rechtssinn aus Sicht des angesprochenen, vergaberechtlich geschulten Bieterkreises zu bejahen. Wollte man dies hier anders sehen, so würde die Rügeobliegenheit bezüglich der Grundlagen der Vergabe ins Leere laufen, denn es ist dann kaum ein Fall vorstellbar, bei dem die Erkennbarkeit gegeben sein könnte. Gerade bei auf die Grundlagen der Ausschreibung bezogenen Nachprüfungsverfahren, die erst nach Erhalt der Information an die unterlegenen Bieter gestellt werden, ist es angesichts der Tragweite einer Entscheidung der Vergabekammer für den Auftraggeber aber von großer Bedeutung, dass die wichtige Zulässigkeitsvoraussetzung der Rügeobliegenheit auch ernst genommen wird (vgl. zur Bedeutung der Rügeobliegenheit OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – VII Verg 28/15).

Wenn der ASt sich in diesem Zusammenhang darauf beruft, sein Vergabeteam seien keine Juristen, so ist der Vortrag des ASt an dieser Stelle nicht widerspruchsfrei: Einerseits will der ASt für die Frage der Erkennbarkeit im Rechtssinn nicht auf die individuellen Verhältnisse des Bieters abstellen, so dass dessen Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber außen vor bleiben soll, andererseits sollen aber wiederum genau diese individuellen Verhältnisse bedeutsam werden, indem der ASt für die fehlende Erkennbarkeit im Rechtssinn darauf abstellen möchte, dass in dem Vergabeteam keine Juristen seien. „Erkennbarkeit“ ist nicht gleichzusetzen mit „Erkennen“; auch wenn das Vergabeteam des ASt bislang ohne Juristen zusammengestellt wurde (anders dagegen jedenfalls im vorliegenden Angebot dargelegt), so kommt es nicht darauf an, ob das Vergabeteam die Thematik tatsächlich erkannt hat; die Erkennbarkeit aus der objektivierten Bietersicht ist jedenfalls gegeben, ohne dass es zusätzlich auf die Eigenschaft des ASt als öffentlicher Auftraggeber, der schon qua Amtes mit vergaberechtlichen Fragen vertraut sein muss, ankäme. Daher ist es ebenso wenig relevant, ob die unstreitig beim ASt vorhandenen Juristen aus Gründen der organisatorischen Trennung – so der ASt in der mündlichen Verhandlung – bei der Angebotserstellung beteiligt wurden oder nicht.

Abschließend und ohne dass dies noch relevant wäre, ist aus Sicht der Vergabekammer anzumerken, dass die Vorgaben der Ag nach cursorischer Überprüfung durch die Vergabekammer keinerlei Anlass geben, etwa in Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes, § 163 Abs. 1 GWB, trotz Nichterfüllung der Rügeobliegenheit das Vergabeverfahren zurück zu versetzen. Die Vorgaben zur Wertung erscheinen als korrekt. Was die Ag bei den Konzepten erwartete und worauf sich die Punkte beziehen, hat sie transparent und nachvollziehbar mit einer Reihe von Fragestellungen vorgegeben; der „Flipping-Effekt“ ist nichts anderes als eine Folge der Angebotsbewertung im Quervergleich der Angebote, was bei der Bewertung die Regel und zulässig sein dürfte. Die Vorgaben zum Rahmenvertrag haben ausgesagt, von welchen Mengenabrufen ausgegangen werden kann und sogar eine Mindestabnahmemenge angegeben, was aus Sicht der Vergabekammer ein Vorteil für die Bieter ist; der Kammer ist aus anderen Verfahren bekannt, dass genau dies im Nachprüfungswege eingefordert wird, so dass es verwundert, dass der ASt in den Mindestabnahmemengen, zumal beim vorgesehenen Ein-Partner-Modell, ein vergaberechtliches Defizit sehen will.

2. Soweit zulässig, ist der Nachprüfungsantrag in der Sache unbegründet.
 - a) Soweit der ASt befürchtet, bei der Wertung seien nicht bekannt gemachte Kriterien zur Anwendung gelangt, so ist dem nicht zu folgen. Richtig ist im Ausgangspunkt, dass dies – wenn dem so wäre – einen Vergabefehler darstellen würde, vgl. nur § 127 Abs. 5 GWB. Richtig ist ebenso, dass die Ag in ihrem Absageschreiben vom 8. November 2016 an den ASt im Rahmen der Begründung für den Nichterhalt des Zuschlags u.a. auf „die Beschreibung des strategischen Vorgehens“ Bezug genommen und damit eine Begrifflichkeit gewählt hat, die rein vom Wortlaut her so nicht bei den Wertungskriterien auftaucht. Allerdings kommt es nicht darauf an, ob bei der Begründung der Entscheidung der exakte Wortlaut wiedergegeben wird. In einem gewissen, hier nicht überschrittenen Maße kann von den Bietern eine gedankliche Transferleistung dahin erwartet werden, dass in der Sache das vorgegebene und bekannt gemachte Bewertungskriterium angewandt wird, aber mit anderen Worten. So verhält es sich hier: Ausweislich der „Anlage zum Leitfaden zur Abgabe eines Angebots“ sollte der Bieter beim Wertungskriterium „Qualität und Umsetzbarkeit des Konzepts“ seine „methodische Vorgehensweise“ unter bestimmten, im Einzelnen

aufgeführten Aspekten darstellen. Die im Absageschreiben genannte „Beschreibung des strategischen Vorgehens“ ist in der Sache aber nichts anderes als das bekannt gemachte methodische Vorgehen. Vorgehensweise und Strategie sind synonyme Begriffe, so dass in der abweichenden Wortwahl keine Anwendung nicht bekannt gemachter Kriterien liegt.

- b) Soweit der ASt die Durchführung einer Auskömmlichkeitsprüfung bezüglich der Bg anmahnt, so war ihr bereits im Rahmen der Rügeantwort mitgeteilt worden, dass eine solche stattgefunden hat. Das Ergebnis hat keinen Anlass gegeben, an der Auskömmlichkeit zu zweifeln, was die Bg in der mündlichen Verhandlung nochmals bekräftigt hat. In der mündlichen Verhandlung wurde ebenfalls diskutiert, dass der ASt im Zeitraum seiner Leistungserbringung seit 1992 jedenfalls teilweise zu Selbstkostenpreisen abgerechnet hat. Es ist also durchaus vorstellbar, dass der ASt mit seinen Preisen höher liegt als ein wettbewerblich geprägtes Marktniveau, nicht die Bg unter einem solchen Niveau.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 GWB.

Danach hat der ASt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht der Billigkeit, dass der ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg zu tragen hat, da er sich in einen bewussten Interessengegensatz zur Bg gesetzt hat (Auskömmlichkeitsprüfung bezüglich des Angebotspreises der Bg) und diese das Verfahren durch eigenen Sachvortrag und eigene Anträge wesentlich gefördert hat.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war schon aufgrund der Tragweite, welche die Kammerentscheidung für die Ag im Erfolgsfall gehabt hätte (komplette Zurückversetzung des Vergabeverfahrens mit der Notwendigkeit zur Einholung neuer Angebote) erforderlich. Es stellten sich über das reine Vergabeverfahren hinausgehende verfahrensrechtliche Fragen, insbesondere zur Rügeobliegenheit und der Erkennbarkeit im

Rechtssinn. Hinzu kommt der Aspekt der Waffengleichheit mit dem ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg war aus denselben Gründen ebenfalls notwendig.

IV.

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

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

Die Beschwerdeschrift muss durch einen 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.