



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 - 31/16

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Antragstellerin -

gegen

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Schlüter auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 2016 am 30. Mai 2016 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor der Wertung der Angebote zurückzusetzen.
2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) und die der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen zu tragen.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

### **Gründe:**

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

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im März 2016 die beabsichtigte Vergabe des Auftrags [...] der e-Vergabepattform des Bundes aus. Der Vertrag hat eine Vertragslaufzeit von 35 Monaten, die am 1. September 2016 beginnen soll. Optional kann die Vertragslaufzeit zwei Mal um jeweils 35 Monate verlängert werden, längstens bis zum 31. Juli 2021. Streitgegenständlich ist der Ausführungsort [...].

[...]

Die Vergabeunterlagen enthalten einen Abschnitt A „Allgemeine Hinweise“. Darin wird u.a. ausgeführt:

#### **„A.3 Darlegung der Bietereignung**

*Zur Beurteilung der Eignung sind vom Bieter in den Dateien D.2, D.2.1, D.3, D.3.1 und D.5 Angaben und Erklärungen zur Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sowie Gesetzestreue zu machen und mit dem Angebot abzugeben.*

**Fachkundig** ist ein Bieter, der umfassende und aktuelle Erfahrungen, Kenntnisse und Fertigkeiten für die zu erbringende Leistung nachweist, um diese fachgerecht vorzubereiten und auszuführen. Der Nachweis der Fachkunde ist erbracht, wenn die ausgeschriebene Leistung oder eine vergleichbare Leistung innerhalb der letzten drei Jahre durchgeführt wurde oder das mit der Angebotserstellung und/oder der Ausführung bzw. der Leitung der Ausführung befasste Personal die ausgeschriebene und/oder eine vergleichbare Leistung bereits durchgeführt hat. Vergleichbare Leistungen sind insbesondere:

- [...]
- [...]
- [...]

- [...]
- [...]
- [...]

Mit der Angebotswertung befassen sich die „Wertungshinweise“, die „Anlage Wertungshinweise\_Erfüllungsgrade“ und das „Wertungsschema“.

Den „Wertungshinweisen“ zufolge gibt es insgesamt fünf Wertungsbereiche. Die Wertungsbereiche I. bis IV. betreffen die von den Bietern einzureichenden Konzepte, der Wertungsbereich V. die „Bisherige Erfolge und Qualität“.

Die Wertung der Konzepte in den Wertungsbereichen I. bis IV. erfolgt auf der Grundlage eines vierstufigen Bewertungssystems:

0 Punkte erhält das Angebot, das nicht den Anforderungen entspricht.

1 Punkt erhält das Angebot, das mit Einschränkungen den Anforderungen entspricht.

2 Punkte erhält das Angebot, das den Anforderungen entspricht.

3 Punkte erhält das Angebot, das der Zielerreichung in besonderer Weise dienlich ist.

Die Zuordnung von Erfüllungsgraden in der jeweiligen Bewertungsstufe, die Voraussetzung für den Erhalt des jeweiligen Punktwerts sind, wird für die einzelnen Wertungskriterien der Wertungsbereiche I. bis IV. in der „Anlage\_Wertungshinweise\_Erfüllungsgrade“ beschrieben. Zu den Streitgegenständlichen Kriterien I.2 (Zusammenarbeit mit den regionalen Akteuren) und III.1 (Strategie für die Teilnehmer) wird in dieser Anlage ausgeführt:

#### Wertungskriterium I.2 (Zusammenarbeit mit den regionalen Akteuren)

0 Punkte: Art und Umfang der Zusammenarbeit sind falsch bzw. nicht beschrieben. Oder: Zielsetzung und Zielgruppe sind falsch bzw. nicht berücksichtigt.

1 Punkt: Art und Umfang der Zusammenarbeit sind nur allgemein/unkonkret beschrieben. Oder: Zielsetzung oder Zielgruppe sind falsch oder nicht berücksichtigt.

2 Punkte: Art und Umfang der Zusammenarbeit sind konkret beschrieben. Und: Zielsetzung und Zielgruppe sind berücksichtigt.

3 Punkte: Die Voraussetzungen für eine Bewertung mit 2 Punkten sind erfüllt. Und: Aufbau und Funktionalität einer Netzwerkbildung sind detailliert erläutert.

#### Wertungskriterium III.1 (Strategie für die Teilnehmer)

0 Punkte: Die Erläuterungen zur Unterstützung der Teilnehmer (wie und womit) fehlen.

1 Punkt: Erläuterungen zur Unterstützung der Teilnehmer (wie und womit) sind vorhanden.

2 Punkte: Erläuterungen zur Unterstützung der Teilnehmer (wie und womit) sind vorhanden. Die Unterstützungsleistung ist konkret beschrieben und lässt einen Ausbildungsabschluss erwarten.

3 Punkte: Die Voraussetzungen für eine Bewertung mit 2 Punkten sind erfüllt. Und: Zusätzlich wird dargestellt, wie der Teilnehmer auch weiterhin an den Austausch- und Lernangeboten teilnimmt, wenn die Teilnahme an diesen nur außerhalb der Arbeitszeit möglich ist.

Der Wertungsbereich „V. Bisherige Erfolge und Qualität“ ist seinerseits weiter unterteilt in die „Eingliederungsquote in sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung“ (Kriterium V.1), die „Eingliederungsquote in sozialversicherungspflichtige Ausbildung“ (Kriterium V.2) und die „Abbruchquote“ (Kriterium V.3). Hier waren keine eigenen Angaben durch die Bieter vorzunehmen, sondern die Ag hat die vergangenheitsbezogenen Erfolgsquoten aus ihrem statistischen System [...] generiert.

Die Eingliederungsquote in sozialversicherungspflichtige Beschäftigung (Kriterium V.1) gibt an, wie viele Teilnehmer sich 6 Monate nach ihrem Austritt aus der Maßnahme in einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung befunden haben.

Die Eingliederungsquote in sozialversicherungspflichtige Ausbildung (Kriterium V.2) gibt an, wie viele Teilnehmer sich 6 Monate nach ihrem Austritt aus der Maßnahme in einer sozialversicherungspflichtigen Ausbildung befunden haben.

Die Abbruchquote (Kriterium V.3) gibt den Anteil der Teilnehmer an, die aus negativen Austrittsgründen (das sind: vertragswidriges Verhalten; fehlende Motivation/Mitwirkung; Über-/Unterforderung; Maßnahmeziel aus anderen Gründen nicht erreicht) die zugehörige Maßnahme vorzeitig verlassen haben, bezogen auf alle statistisch erfassbaren Austritte. Die Abbruchquote jeder einbezogenen Maßnahme wird mit der durchschnittlichen Abbruchquote im Bundesgebiet verglichen.

Zur Wertung des Wertungsbereichs V. führt die Ag in den sog. „Wertungshinweisen“ aus:

*„Im Rahmen seiner Personalverantwortlichkeit hat der Bieter die erfolgs- und qualitätsorientierte Umsetzung der Vertragsinhalte auf Grundlage der Leistungsbeschreibung und des Konzeptes durch sein Personal sicherzustellen. Anhand regionaler Erkenntnisse der Vergabestelle zu vergleichbaren Leistungen im unten stehenden Sinn werden daher die in der Datei A\_Bewertungsmatrix im Wertungsbereich „V. Bisherige Erfolge und Qualität“ aufgeführten Kriterien (Ausführungen im Konzept sind dazu weder gefordert, noch werden sie bewertet) wie folgt bewertet:*

*Als vergleichbar betrachtet werden [...] des Bieters für Teilnehmer mit Wohnort zum Zeitpunkt des Maßnahmeaustritts im gesamten Bezirk der [...], die Bedarfsträger des jeweiligen Loses ist. Als vergleichbar betrachtet werden [...] des Bieters für Teilnehmer mit Wohnort zum Zeitpunkt des Maßnahmeaustritts im gesamten Bezirk des [...], das Bedarfsträger des jeweiligen Loses ist.*

*[...]*

*Betrachtungszeitraum: Einbezogen sind nur Maßnahmen, für die der Grundvertrag oder die Vertragsverlängerung im Zeitraum vom 01.01.2012 bis 31.03.2015 endete oder bei denen das ursprünglich vorgesehene Laufzeitende (z.B. ohne Wiederholungsprüfung) in diesen Zeitraum fällt. Für die Berechnung der Vergleichswerte wird derselbe Zeitraum zugrunde gelegt. Für die Berechnung der Vergleichsquote wird derselbe Zeitraum zugrunde gelegt. Entscheidend für die Ermittlung der Quoten auf Maßnahmenebene sind die im IT-Verfahren [...] erfassten Maßnahmen des Bieters für Teilnehmer mit Wohnort zum Zeitpunkt des Maßnahmeaustritts im bebauten Bezirk...“*

Für die Bewertung der Eingliederungsquote in sozialversicherungspflichtige Beschäftigung bzw. in sozialversicherungspflichtige Ausbildung (Kriterien V.1 und V.2) sind jeweils 4 Bewertungsstufen vorgesehen.

0 Punkte erhält derjenige, dessen Eingliederungsquote diejenige des Vergleichstyps deutlich unterschritten bzw. keine Eingliederungen erreicht hat. Die Eingliederungsquote lag mindestens 20 % unter dem Vergleichswert.

1 Punkt erhält derjenige, dessen Eingliederungsquote diejenige des Vergleichstyps unterschritten hat. Die Eingliederungsquote lag in einem Korridor von weniger als 20 % und bis 5 % unter dem Vergleichswert.

2 Punkte erhält derjenige, dessen Eingliederungsquote diejenige des Vergleichstyps nahezu erreicht oder überschritten hat. Die Eingliederungsquote lag in einem Korridor von weniger als 5 % unter und bis 10 % über dem Vergleichswert.

3 Punkte erhält derjenige, dessen Eingliederungsquote diejenige des Vergleichstyps deutlich überschritten hat. Die Eingliederungsquote lag bei mehr als 10 % über dem Vergleichswert.

Für die Bewertung der Abbruchquote (Kriterium V.3) sind ebenfalls vier Bewertungsstufen vorgesehen, die der vorstehend dargestellten Bewertung der Eingliederungsquote sinngemäß entsprechen.

Nachdem die Punktwerte der einzelnen Maßnahmen im jeweiligen Wertungskriterium des Wertungsbereichs V. ermittelt worden sind, erfolgt seitens der Ag die Zusammenführung zu einem Wert auf Ebene des Wertungsbereichs V. Dabei ist u.a. vorgesehen:

*„Ein Bieter erhält in diesen Kriterien einen Punkt, wenn er für das Los im maßgeblichen Betrachtungszeitraum*

- kein Auftragnehmer vergleichbarer Maßnahmen war oder*
- zwar Auftragnehmer vergleichbarer Maßnahmen war, für ihn aber (noch) keine verwertbaren Vertragswerte vorliegen.“*

Die Antragstellerin (ASt) ist eine Anbieterin von Dienstleistungen für Aus- und Weiterbildung Arbeitssuchender. Sie ist für die Ag in Regionen tätig, die an den Bezirk der [...] angrenzen (so in [...]), und zwar im Rahmen von Maßnahmen, die von der Ag der streitgegenständlichen Maßnahme gegenüber als vergleichbar angesehen werden. Seit 2008 hat die ASt auch eine Niederlassung in [...], sie ist dort allerdings derzeit keine Auftragnehmerin der Ag für die streitgegenständlichen Maßnahmen. Die [...], in denen die ASt derzeit für die Ag tätig ist, fallen in dieselbe Kategorie von sog. „Ausbildungsmarkttypen“, in welche die Ag die gesamte Bundesrepublik eingeteilt hat. Die [...] werden diesen Ausbildungsmarkttypen zugeordnet. Es wurden dabei insgesamt 11 Typen gebildet. Der [...] ist nach den derzeit aktuellen „Ausbildungsmarkttypen 2010“ dem Typ „IV a“ zugeordnet: „Eher städtische Bezirke mit günstigem Ausbildungsmarktumfeld und mittlerer Konkurrenz“. Der [...] ist ebenfalls dem Ausbildungsmarkttyp IV a zugeordnet [...].

Mit Rügeschreiben vom 30. März 2016 machte die ASt die Vergaberechtswidrigkeit der vorgesehenen Wertung des Wertungsbereichs V. geltend, da diese den Marktzutritt von Neuanbietern behindere. Darüber hinaus monierte sie die Intransparenz der Bewertungsmaßstäbe und eine Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Die ASt machte geltend, dass aus den Ausführungen der Ag unter I.2 und III.1 der Anlage\_Wertungshinweise\_Erfüllungsgrade nicht hervorgehe, unter welchen Voraussetzungen zwei Punkte zu vergeben seien. In einem der ASt am 11. April 2016 zugegangenen (undatierten) Schreiben teilte die Ag dieser mit, dem Vorbringen nicht abhelfen zu wollen.

Die ASt und weitere Bieter gaben bis zum Ende der Angebotsfrist, dem 21. April 2016, ihre Angebote auf elektronischem Wege über die e-Vergabepattform ab.

2. Mit einem am 26. April 2016 per Fax bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz vom 25. April 2016 beantragte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

- a) Die Angriffe der ASt richten sich vornehmlich gegen das Wertungskriterium „V. Bisherige Erfolge und Qualität“. Nach Ansicht der ASt prüfe die Ag hier unternehmensbezogene Kriterien sowohl im Rahmen der Eignungsprüfung als auch im Rahmen der Angebotswertung auf der vierten Stufe. Darin liege ein Verstoß gegen das Verbot der doppelten Berücksichtigung von unternehmensbezogenen Kriterien bzw. eine Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Mit den Wertungskriterien V.1 bis V.3 bewerte die Ag nicht die Qualität des zur Leistungserbringung heranzuziehenden Personals, sondern die Fähigkeit des Bieters, den Auftrag ausführen zu können. Dies sei keine Frage der Wirtschaftlichkeit des Angebots, sondern der Eignung des Bieters. Eine nahezu identische Formulierung finde sich unter Ziff. A.3 der LB. Die Frage, ob ein Bieter bereits vergleichbare Aufträge ausgeführt habe, sei ein unternehmensbezogener Aspekt, der nicht der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots diene, sondern der Beurteilung der fachlichen Eignung. Das Wertungskriterium V. sei auch nicht aufgrund von § 4 Abs. 2 VgV a.F. ausnahmsweise zulässig. Zur Begründung für ihre Ansicht verweist die ASt auf einen Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 6. Juni 2014 (VK 1-38/14) zu einem vergleichbaren Fall, der nach Auffassung der ASt, durch das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 17. Dezember 2014, VII Verg 22/14) bestätigt worden sei.

Die Vorgabe, dass Angebote von Bieterern, die im maßgeblichen Betrachtungszeitraum keine Auftragnehmer vergleichbarer Maßnahmen waren oder für die – wenn sie bereits Auftragnehmer waren – keine verwertbaren Auftragswerte vorliegen, mit nur einem Punkt bedacht werden sollen, führe zu einer Benachteiligung von Newcomern. Die ASt verkenne zwar nicht, dass § 4 Abs. 2 Satz 3 VgV a.F. eine Berücksichtigung von Erfolg und Qualität bereits erbrachter Leistungen im Rahmen der Wertung zulasse. Dies dürfe aber nicht dazu führen, dass Newcomer gegenüber Auftragsinhabern benachteiligt werden, die eine durchschnittliche oder gar unterdurchschnittliche Leistung erbracht haben.

Privilegiert würden aber auch ortsansässige Bieter gegenüber nicht ortsansässigen Bieterern, da als vergleichbar nur Leistungen betrachtet würden, die im Bezirk des streitgegenständlichen Loses erbracht worden seien.

Im Nachprüfungsantrag machte die ASt ebenso pauschal wie zuvor im Rügeschreiben geltend, die Ausführungen in der Anlage\_Wertungshinweise\_Erfüllungsgrade zu den Kriterien I.2 bis IV. seien zu unbestimmt, ohne dies allerdings näher auszuführen. Erstmals in ihrem Schriftsatz vom 10. Mai 2016 hob die ASt hervor, die Ag habe es versäumt, den von ihr in der Anlage\_Wertungshinweise\_Erfüllungsgrade verwendeten Begriff „zielführend“ (vgl. Ziff. II.2) näher zu erläutern. Für die ASt sei daher nicht erkennbar gewesen, welchen Anforderungen sie genügen müsse, um ein optimales Angebot zu legen (Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. vom 9. April 2014, VII Verg 36/13). Ähnlichen Bedenken seien Formulierungen in I.2 (Zusammenarbeit mit den regionalen Akteuren), III.1 (Strategie für die Teilnehmer), III.2 (Strategie für die Ausbildungsbetriebe), IV.1 (Strategie für die Teilnehmer) und IV.2 (Strategie für die Betriebe) ausgesetzt.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, einen Zuschlag auf Los 1 zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf das Vergabeverfahren in den Stand vor der Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, diese in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der Kammer zu überarbeiten und den Bietern auf dieser Grundlage Gelegenheit zur erneuten Angebotsabgabe zu geben;
2. der Ag die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten seitens der ASt für erforderlich zu erklären,
4. der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

b) Die Ag beantragt,

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



Die Ag erachtet die gegen die Zuschlagskriterien gerichteten Angriffe der ASt als unbegründet. Bei der Festlegung und Ausgestaltung der Zuschlagskriterien stehe dem öffentlichen Auftraggeber ein Auswahlermessen zu. Die Grenzen des Auswahlermessens seien erst im Falle von sachfremden, willkürlichen oder diskriminierenden Erwägungen überschritten. Die Ag habe vorliegend die ihr gesetzten Grenzen nicht überschritten.

Soweit die ASt eine Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien geltend mache, verkenne sie, dass das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 17. Dezember 2014 (VII Verg 22/14) die streitbefangenen Kriterien des Wertungsbereichs V. als zulässig erachtet habe. Das Gericht habe ausdrücklich festgestellt, dass § 4 Abs. 2 Sätze 2 und 3 VgV a.F. der Berücksichtigung des Wertungskriteriums „Bisherige Erfolge und Qualität“ nicht entgegenstünden. Die Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals schlage sich - so das OLG Düsseldorf - unmittelbar in den Erfolgs- und Misserfolgsquoten der Teilnehmer nieder, sei daher ein entscheidender Faktor für die Qualität der Maßnahme.

Nicht beizutreten sei der Auffassung der ASt, die Kriterien V.1, V.2 und V.3 würden bereits im Rahmen der Eignungsprüfung (LB, Ziff. A.3) berücksichtigt. Während die Bieter in den Vordrucken D.3 und D.3.1 durch Eigenerklärungen nachweisen sollten, dass sie aufgrund ihrer Erfahrungen, Kenntnissen und Fertigkeiten grundsätzlich geeignet seien, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen, seien im Rahmen der Wertung des Wertungsbereichs V. alleine die tatsächlichen Eingliederungs- bzw. Abbruchquoten maßgeblich.

Entgegen der Auffassung der ASt würden Newcomer nicht benachteiligt. Um der Gefahr vorzubeugen, dass die durch § 4 Abs. 2 Sätze 2 und 3 VgV a.F. zugelassene Berücksichtigung der Kriterien Erfolg und Qualität die Zuschlagschancen von Marktneulingen negativ beeinträchtige, habe der Gesetzgeber in § 4 Abs. 2 Satz 4 VgV a.F. vorgesehen, dass diese Kriterien nur mit einer Gewichtung von max. 25 % in die Wertung eingehen dürfen. Diese Grenze habe die Ag gewahrt, da die Kriterien des Wertungsbereichs V. nur mit 20 % gewichtet würden.

Die Ag sei vergaberechtlich auch nicht gehalten, im Rahmen der Wertung des Wertungsbereichs V. auch solche Leistungen zu berücksichtigen, die ein Bieter jenseits des [...] erbracht hat. Die Qualität der Leistungen sei in hohem Maße abhängig von dem eingesetzten Personal und den regionalen Besonderheiten. Daher seien die in anderen [...] erbrachten Leistungen nur begrenzt aussagekräftig.

Soweit die ASt die Vergaberechtswidrigkeit der Wertung der Wertungsbereiche I. bis IV. geltend mache, sei schon fraglich, ob ihr Vorbringen hinreichend substantiiert sei (§ 108 Abs. 1 GWB a.F.).

Jedenfalls habe die Ag die Erfüllungsgrade der Wertungsbereiche I. bis IV. weiter ausdifferenziert. Dass die Ag bei der Ausformulierung der Erfüllungsgrade teilweise unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet habe, sei unschädlich. Zum einen sei es den Bietern möglich und zumutbar gewesen, sich deren Bedeutung im Lichte der Vergabeunterlagen zu erschließen. Zum anderen hätte eine weitergehende Ausdifferenzierung im Sinne einer Musterlösung dazu geführt, dass ein Qualitätswettbewerb nahezu unmöglich gemacht worden wäre.

- c) Der ASt ist antragsgemäß Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB a.F.) gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung am 24. Mai 2016 hatten die Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Ag vom 25. Mai 2016 blieb bei der Entscheidung unberücksichtigt.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und weitgehend begründet. Da das Vergabeverfahren vor dem 18. April 2016 begonnen wurde, ist nach Art. 1, § 186 Abs. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17. Februar 2016 (BGBl. I, S. 203, 230) nicht nur für das Vergabeverfahren, sondern auch für das sich daran anschließende Nachprüfungsverfahren das Recht anwendbar, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens galt. Anwendbar ist somit das GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 258 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474). Bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen handelt es sich um solche, die der Dienstleistungskategorie Nr. 24 der Anlage 1 Teil B der VgV a.F. zuzuordnen sind und welche die für europaweite Vergaben einschlägigen Schwellenwerte übersteigen. Daher sind vorliegend gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VgV a.F. die Regelungen der §§ 8 EG, 15 EG Abs. 10 und 23 EG VOL/A a.F. sowie die Regelungen des ersten Abschnitts der VOL/A a.F. (mit Ausnahme von § 7 VOL/A a.F.) anzuwenden.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist gegeben.

- a) Die ASt ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F.).

Ihr bestehendes Interesse am Auftrag hat sie durch die Abgabe ihres Angebots dokumentiert.

Die Antragsbefugnis setzt einen schlüssigen Vortrag der Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften voraus. Der Tatsachenvortrag muss - seine Richtigkeit unterstellt - geeignet sein, einen Verstoß darzutun. Die Antragsbefugnis kann nur fehlen, wenn offensichtlich eine Rechtsbeeinträchtigung nicht vorliegt (OLG Celle, Beschl. v. 10.03.2016, 13 Verg 5/15, unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 29.7.2004, 2 BvR 2248/03; BGH, Beschl. v. 18.5.2004, X ZB 7/04 sowie BGH, Beschl. v. 26.9.2006, X ZB 14/06). Dabei dürfen die Anforderungen an die Begründung nicht überspannt werden. Nicht zuletzt dann, wenn dem Bieter zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags die erforderlichen Informationen zur Begründung seines Antrags fehlen, kann es aus Gründen der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes genügen, wenn der Antragsteller lediglich plausible Anhaltspunkte für die von ihm geltend gemachten Vergaberechtsverstöße vorbringt (Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. (2013), § 107 GWB a.F., Rn. 18,19).

Indem die ASt geltend macht, das von ihr angegriffene Kriterium V. sei vergaberechtswidrig, macht sie - die Richtigkeit ihres Vortrags unterstellt - eine Verletzung in ihren bieter eigenen Rechten geltend. Durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß kann die ASt auch in ihren Rechten verletzt werden (§ 107 Abs. 2 Satz 2 GWB a.F.).

Soweit die ASt darüber im Nachprüfungsantrag moniert, die „Anlage\_Wertungshinweis: Erfüllungsgrade für die Wertungsbereiche I bis IV“ sei intransparent, hat die ASt allerdings den sich aus § 107 Abs. 2 GWB a.F. ergebenden Obliegenheit zur Darlegung einer Rechtsverletzung nur teilweise genügt. In ihrem Nachprüfungsantrag hat die ASt lediglich pauschal geltend gemacht, dass die in der Anlage\_Wertungshinweis\_Erfüllungsgrade enthaltenen Hinweise zu den Kriterien I.2 bis IV. nicht transparent seien und der Ag einen weiten, nicht kontrollierbaren Beurteilungsspielraum einräume. Konkrete Ausführungen zu den behaupteten Defiziten werden in dem Nachprüfungsantrag nicht gemacht. Auf der Grundlage des Vorbringens der ASt im Nachprüfungsantrag war eine Beurteilung, ob eine Rechtsverletzung vorliegen kann, nicht möglich. Allerdings geht aus dem dem Nachprüfungsantrag beigefügten Rügeschreiben vom 30. März 2016 das Vorbringen der ASt hervor, dass bei den beiden Kriterien I.2 und III.1 jeweils unklar sei, unter welchen Voraussetzungen ein Konzept mit zwei Punkten zu bewerten sei, kann jedenfalls insoweit - die Richtigkeit ihres Vorbringens unterstellt - die Annahme einer Rechtsverletzung nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Die erst mit Schriftsatz vom 10. Mai 2016 ergänzend geltend gemachten Bedenken der ASt in Bezug auf die Erläuterungen in der Anlage\_Wertungshinweise\_Erfüllungsgrade zu den weiteren Kriterien müssen allerdings - da nicht gerügt - unberücksichtigt bleiben.

- b) Die ASt hat ihren Rügeobliegenheiten genügt. Sie hat die aus ihrer Sicht bestehenden Vergaberechtsverstöße der Wertungssystematik mit Schreiben vom 30. März 2016, mithin vor Ablauf der Angebotsabgabefrist, gerügt (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB a.F.).
  - c) Die Rechtsbehelfsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. ist gewahrt. Nachdem die Ag es in dem Erwidernsschreiben ohne Datum, aber mit Zugang am 11. April 2016 abgelehnt hat, dem Rügevorbringen abzuwehren, stellte die ASt durch einen am 26. April 2016 per Fax bei der Vergabekammer eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten den Nachprüfungsantrag.
2. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet und führt dazu, dass die Ag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in das Stadium vor der Wertung der Angebote zurückzusetzen hat, nachdem die Wertungsvorgabe zum Wertungsbereich V. bezüglich des dort vorgesehenen Vergleichbarkeitsmaßstabs angepasst wurde (zur Anordnung der Vergabekammer vgl. im Einzelnen unten sub 3.). Das Wertungskriterium V. verstößt nämlich im vorliegenden Verfahren in Bezug auf die örtliche Eingrenzung der Referenzmaßnahmen, die für die Erfolgsquoten aus der Vergangenheit herangezogen werden, gegen Vergaberecht.
- a) Der für die Angebotswertung vorgesehene Wertungsbereich V., der seinerseits in die Kriterien „V.1 Eingliederungsquoten in sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung“, „V.2 Eingliederungsquote in sozialversicherungsrechtliche Ausbildung“ und „V.3 Abbruchquote“ untergliedert ist, stellt grundsätzlich ein zulässiges Zuschlagskriterium dar. Entgegen der Auffassung der ASt verstößt das Kriterium V. nicht per se gegen das Verbot der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Mit der Frage, ob der Wertungsbereich V. unzulässigerweise Eignungs- und Zuschlagskriterien vermischt, hat sich das OLG Düsseldorf bereits in einer von beiden Verfahrensbeteiligten referenzierten Entscheidung vom 17. Dezember 2014 (VII Verg 22/14) grundlegend auseinandergesetzt. Das Gericht hat die Frage verneint und festgestellt, dass § 4 Abs. 2 Sätze 2 und 3 VgV a.F. einer Berücksichtigung des Wertungskriteriums nicht entgegenstehen. Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers solle durch § 4 Abs. 2 Sätze 2 bis 4 VgV a.F. die Qualität erbrachter Leistungen bei der Vergabe von sozialen Dienstleistungen stärker berücksichtigt werden (BT-Drs. 17/10113 i.V.m. Plenarprotokoll (BT) 17/222 vom 21.2.2013, S. 27615-27622). Die Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals schlage sich – so das OLG Düsseldorf – unmittelbar in den Erfolgs- bzw. Misserfolgsquoten der Teilnehmer nieder, sei daher einer der entscheidenden Faktoren für die Qualität der Maßnahmen. Daher sei es nicht zu beanstanden,

wenn die Antragsgegnerin den Erfolg der Qualität bereits erbrachter Leistungen daran messen möchte, wie viele Teilnehmer aus früheren Maßnahmen in sozialversicherungspflichtige Beschäftigung oder sozialversicherungspflichtige Ausbildung übergegangen sind. Wie aus der Gegenüberstellung der Ag in ihrem Schriftsatz vom 19. Mai 2016 hervorgeht, ist die der Entscheidung des OLG Düsseldorf zugrundeliegende Fassung des Wertungskriteriums V. (annähernd) deckungsgleich mit der Vorliegenden. Diese sehr überzeugenden Erwägungen des OLG Düsseldorf sind daher auch auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden und führen dazu, dass der Wertungsbereich V. keinerlei grundsätzlichen Bedenken begegnet.

- b) Allerdings ist die Wettbewerbsoffenheit des Wertungskriteriums V. insoweit in einem Detail zu beanstanden, als im Rahmen des in den „A. Wertungshinweisen“ konkretisierten Vergleichbarkeitsmaßstabs, der bei den „Bisherigen Erfolgen und Qualität“ herangezogen wird, ausschließlich auf vergangene Maßnahmen in genau dem [...] abgestellt wird, der Bedarfsträger des jeweiligen Loses ist. Dies führt vorliegend dazu, dass inhaltlich vergleichbare Maßnahmen, welche die ASt im Referenzzeitraum im benachbarten [...] durchgeführt hat, im Rahmen des Wertungskriteriums V. unberücksichtigt bleiben.

Wie bereits ausgeführt, stellt die Ag im Rahmen des Wertungskriteriums V. auf den Erfolg und die Qualität bereits erbrachter Leistungen ab, indem auf die Eingliederungs- und Abbruchquoten in Referenzmaßnahmen abgestellt wird. Bei den Referenzmaßnahmen findet, wie schon das OLG Düsseldorf in der vorbezeichneten Entscheidung herausgearbeitet hat, eine zeitliche, örtliche und inhaltliche Eingrenzung der in die Betrachtung einzubeziehenden Maßnahmen statt. Die zeitliche Eingrenzung resultiert aus der Festlegung des von der Ag so bezeichneten Betrachtungszeitraums (1.1.2012 bis 31.3.2015); Maßnahmen, die außerhalb dieses Zeitraums erbracht worden sind, bleiben unberücksichtigt. Die inhaltliche Eingrenzung ergibt sich daraus, dass im [...] jeweils nur Maßnahmen der [...] berücksichtigt werden können. Die örtliche Einschränkung folgt daraus, dass nur solche Maßnahmen berücksichtigungsfähig sind, die für Teilnehmer mit Wohnort zum Zeitpunkt des Maßnahmeaustritts im gesamten Bezirk [...] das Bedarfsträger des Loses ist, erbracht wurden. War der Bieter im Betrachtungszeitraum kein Auftragnehmer vergleichbarer Maßnahmen oder zwar Auftragnehmer, liegen für ihn aber noch keine verwertbaren Vertragswerte vor, erhält er nach den Wertungshinweisen pauschal einen Punkt.

Es ist sehr gut nachvollziehbar und auch im Sinne der Ausführungen des OLG Düsseldorf in keiner Weise zu beanstanden, dass die Ag, um letztendliche Erfolge der Maßnahme bestmöglich sicherzustellen, auf zeitlich, inhaltlich und regional begrenzte Referenzprojekte und die Erfolge

hieraus abstellt. Ebenfalls begrüßenswert ist, dass die Ag den Maßstab für die Vergleichbarkeit, welche Maßnahmen sie mithin als tauglich für den Erfolgsnachweis ansieht, ausführlich dargelegt und den Bietern mithin umfassend transparent gemacht hat. Ohne dass dies vorliegend streitgegenständlich wäre und ohne dass es daher insoweit einer abschließenden Bewertung bedürfte, ist die inhaltliche sowie die zeitliche Eingrenzung nicht zu beanstanden.

Problematisch ist vorliegend allerdings die regionale Eingrenzung ausschließlich auf Referenzprojekte im identischen [...]. Diese Vorgabe führt zu einer Bevorzugung des bisherigen Auftragnehmers und zu einer unverhältnismäßigen Benachteiligung nicht ortsansässiger Bieter, die in der Sache nicht erforderlich ist, um der legitimen Intention der Ag – Sicherstellung eines Erfolgs der Maßnahme – zu entsprechen. Das nunmehr ausdrücklich in § 97 Abs. 1 GWB (n.F.) normierte Verhältnismäßigkeitsgebot, das nach alter Rechtslage auch ohne explizite Normierung als allgemeiner Rechtsgrundsatz galt, wird hier durch diese regionale Eingrenzung bei diesem Wertungskriterium verletzt; alle Vorgaben, die den bisherigen und den ortsansässigen Bieter strukturell bevorteilen, sind einer genauen Prüfung zu unterziehen, auch wenn vorliegend aufgrund des Charakters als I B-Dienstleistung gerade kein europaweiter Wettbewerb geschuldet ist. Das ausschließliche Geltenlassen von Maßnahmen im [...] kann im Ergebnis dazu führen, dass allein der derzeitige Leistungserbringer überhaupt die Chance bekommt, mehr als einen Punkt in diesem Kriterium zu erlangen.

Der Ag ist zwar zuzugeben, dass Integrationserfolge von regionalen Gegebenheiten abhängen. Es ist daher nicht grundsätzlich zu beanstanden, dass die Ag die Tätigkeit des Bieters in der Region berücksichtigen möchte. Der Gesichtspunkt der Einbindung des Bieters in die regionalen Gegebenheiten wird allerdings schon im Rahmen der Wertung der Konzepte (Kriterien I. bis IV.) berücksichtigt. So wird etwa bei dem Kriterium I.2 bewertet, inwiefern das Konzept erwarten lässt, dass dem Bieter die Zusammenarbeit mit den regionalen Akteuren gelingen wird. Das Kriterium III.2 bewertet, inwiefern das Konzept Aufschluss über die Strategie für die Ausbildungsbetriebe gibt.

Es steht aber nicht in Widerspruch zu dem aner kennenswerten Interesse der Ag, regionale Besonderheiten zu berücksichtigen, wenn sie im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung auch solche Erfolge mit einbezieht, die in dem [...] erbracht wurden, welcher dem streitgegenständlichen [...] unmittelbar benachbart ist. Es sind hier aufgrund des unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs keine regionalen Unterschiede erkennbar. Auch ist die Struktur der Bezirke absolut vergleichbar, wie die aktuelle Typisierung der regionalen Ausbildungsmarkttypen

2010 belegt. Diese Typisierung wurde vom [...] vorgenommen und ordnet beide Bezirke der Kategorie „IV a“, zu, nämlich: „Eher städtische Bezirke mit günstigem Ausbildungsumfeld und mittlerer Konkurrenz“. Es ist nicht einzusehen und wurde von der Ag weder im Vergabebericht noch im schriftsätzlichen Vortrag im Nachprüfungsverfahren vorgetragen, was in der Sache gegen eine Einbeziehung von Maßnahmen in [...] sprechen könnte. Aufgrund des wettbewerbsbeschränkenden und den örtlichen Dienstleister begünstigenden Charakters greift es zu kurz, zur Rechtfertigung nur auf den Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand sowie auf eine Vergabekammerentscheidung aus dem Jahr 2002 zu verweisen, welche die Rechtfertigung lokaler Bezüge bei Ausschreibungen der Ag bejaht hatte.

c) Die Angriffe der ASt gegen die Ausführungen in der Anlage\_Wertungshinweise\_Erfüllungsgrade sind dagegen unbegründet.

(1) Die ASt meint, die Ausführungen unter I.2 (Zusammenarbeit mit den regionalen Akteuren) zum Punktwert zwei seien zu unbestimmt. Dem ist nicht zu folgen.

Indem die Ag dort ausführt, dass zwei Punkte vergeben werden, wenn Art und Umfang der Zusammenarbeit konkret beschrieben sind und die Zielsetzung und Zielgruppe berücksichtigt sind, hat sie hinreichend deutlich gemacht, welchen Anforderungen ein Konzept genügen muss, wenn es zwei Wertungspunkte erhalten soll. Weitergehende und detaillierte Vorgaben würden allenfalls dazu führen, dass die Entwicklung kreativer Konzepte durch die Bieter behindert würde.

(2) Gleiches gilt hinsichtlich der Ausführungen unter III.1 (Strategie für die Teilnehmer), soweit diese sich auf die Wertung mit zwei Punkten beziehen. Indem die Ag ausführt, dass zwei Punkte vergeben werden, wenn Erläuterungen zur Unterstützung der Teilnehmer vorhanden sind, die Unterstützungsleistung konkret beschrieben und einen Ausbildungsabschluss erwarten lässt, hat sie den Bietern hinreichend deutlich kundgetan, welche Erwartungen sie an die Ausführungen in dem Konzept stellt.

3. In Anbetracht der festgestellten Rechtsverletzung darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag das Vergabeverfahren zumindest in den Stand vor der Wertung der Angebote zurückzusetzen.

Zwar ist es bei einer durch die Vergabekammer festgestellten Fehlerhaftigkeit von Wertungsvorgaben in aller Regel erforderlich, dass der Auftraggeber das Verfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückversetzt, das fehlerhafte Wertungskriterium korrigiert und den Bietern bzw. Auftragsinteressenten sodann die Möglichkeit zur erneuten Angebotsabgabe in Kenntnis der korrigierten Wertungskriterien gibt. Die Auftragsinteressenten müssen nämlich – dies ist Sinn und Zweck der Vorabbekanntmachungspflichten von Wertungskriterien, vgl. hier z.B. § 12 Abs. 2 lit. n) VOL/A a.F. – die Möglichkeit haben, ihre Angebote in Kenntnis dessen zu erstellen, was dem Auftraggeber wichtig ist. Nur so besteht die Möglichkeit einer Angebotsoptimierung und damit verbunden einer möglichst großen Zuschlagschance. Vorliegend ist zwar auch ein Wertungskriterium betroffen, nämlich der in den Wertungshinweisen zum Wertungsblock V. konkretisierte Vergleichbarkeitsmaßstab. Dennoch würde es vorliegend ausnahmsweise dem in § 114 Abs. 1 S. 1 GWB a.F. normierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechen, eine so weitgehende Zurückversetzung anzuordnen. Es verhält sich hier nämlich so, dass die Eingliederungs- und Abbruchquoten sich aus dem Fachverfahren [...] der Ag ergeben, das die diesbezüglichen Daten aus der Vergangenheit für die einzelnen Auftragnehmer auswertet. Dieses Verfahren ermöglicht der Ag, festzustellen, für welche Teilnehmer die Maßnahme in eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung oder eine sozialversicherungspflichtige Ausbildung mündete und welche Teilnehmer die Maßnahme vorzeitig abgebrochen haben (vgl. auch OLG Düsseldorf, a.a.O.). Diese statistischen Daten sind die einzige Grundlage für die Punktevergabe im Wertungsblock V., was die Bieter auch wussten; konsequent war an dieser Stelle auch keine Angabe seitens der Bieter zu machen. Ebenso wenig können oder konnten die Bieter ihre Angebote in diesem Punkt in irgendeiner Weise auf die Vorgabe im Wertungsbereich V. ausrichten, denn die Abbruch- und Eingliederungsquoten aus der Vergangenheit stehen unveränderlich fest und lassen sich nicht mehr im Nachhinein beeinflussen. Es reicht zur Beseitigung der Rechtsverletzung der ASt im Sinne einer verhältnismäßigen Anordnung gemäß § 114 Abs. 1 S. 1 GWB a.F. aus, der Ag eine erneute Wertung unter Einbezug der Quoten aus dem [...] aufzugeben.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB a.F..



Zwar dringt die ASt nicht mit allen inhaltlichen Beanstandungen durch. Sie erreicht aber ihr Rechtsschutzziel, indem der Ag der Zuschlag untersagt und eine erneute Wertung unter geänderten Prämissen aufgegeben wird. Die Ag ist damit als unterliegende Partei anzusehen. Sie hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) zu tragen und der ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war aufgrund der Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen sowie zur Herstellung der Waffengleichheit mit der anwaltlich vertretenen Ag 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 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.