



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 25/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 1) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 3) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 4) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Veräußerung der Geschäftsanteile an der Toll Collect GmbH und Abschluss eines neuen Betreibervertrags zwischen der [...]“, EU-Bekanntmachung [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Kluckhohn auf die mündliche Verhandlung vom 29. März 2017 am 12. April 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Anträge der Beigeladenen zu 2), zu 3) und zu 4) auf Einsicht in die Vergabeakten werden abgelehnt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu 3) und der Beigeladenen zu 4).
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin sowie die Beigeladene zu 3) und die Beigeladene zu 4) war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 4. November 2016 die Vergabe „Veräußerung der Geschäftsanteile an der Toll Collect GmbH und Abschluss eines neuen Betreibervertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Toll Collect GmbH“ im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb europaweit aus.

Gemäß Ziffer II.2.9) der Bekanntmachung ist die Anzahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, auf vier Bewerber beschränkt. Die Eignungsanforderungen und die Kriterien für die Bewerberauswahl sind einem sog. Informationsmemorandum zu entnehmen, das unter der in Ziffer I.3) der Bekanntmachung bekanntgegebenen Internetadresse elektronisch abrufbar war.

Gemäß Ziffer 5.5 des Informationsmemorandums hat der Bewerber mit seinem Teilnahmeantrag mithilfe des von der Ag unter anderem zur Verfügung gestellten Formblatts 14 Referenzprojekte zum Betrieb eines Informations- und Kommunikationssystems zu benennen. Ziffer 5.5.2. konkretisiert die Anforderungen unter anderem wie folgt:

*„Vorlage von Referenzprojekten aus den letzten 10 Jahren (2007 bis einschließlich 2016) mit **Formblatt 14**, die den **produktiven Betrieb eines Informations- und Kommunikationssystems, insbesondere eines Mautsystems**, zum Gegenstand haben.*

*Unter einem „**Informations- und Kommunikationssystem**“ wird ein durch Informationstechnologie (IT) unterstütztes Anwendungssystem verstanden, das zur Ausführung betrieblicher Anwendungen verwendet wird. In einem Informations- und Kommunikationssystem werden Informationen automatisiert erfasst, verarbeitet, gespeichert und übertragen. In einem Informations- und Kommunikationssystem kommen verschiedene technische Komponenten (Hard- und Software) zum Einsatz, zwischen denen Kommunikationsbeziehungen bestehen, d.h. dass sie untereinander Informationen und Daten über Schnittstellen austauschen.*

*In Bezug auf die Referenzobjekte wird unter einem „**Mautsystem**“ ein System von dezentralen sowie zentralen Komponenten sowie die Prozesse und Schnittstellen, die diese Komponenten verknüpfen und in ihrem Zusammenwirken die Erhebung, Kontrolle und Abrechnung von streckenabhängigen Mautgebühren sicherstellen, verstanden.*

...

*Im **Formblatt 14** ist durch Ankreuzen ein Referenzprojekt zu benennen, das im Wertungskriterium 1b (Komplexität des Referenzprojekts, vgl. Tabelle unter Ziffer 6.3) gewertet werden soll.*

...

Referenzprojekte, die für die Erfüllung der Anforderungen dieses Kriteriums herangezogen werden, müssen ein Informations- und Kommunikationssystem, insbesondere ein Mautsystem, zum Gegenstand haben, welches vor Ablauf der Teilnahmefrist für **mindestens 24 Kalendermonate** in vom Bewerber, einem Mitglied der Bergewerkschaft oder einem benannten Drittunternehmen durchgeführten, produktiven Betrieb gewesen sein muss.

Die **Gesamtheit der für die Erfüllung dieses Kriteriums eingereichten Referenzprojekte** muss darüber hinaus mindestens folgende Anforderungen erfüllen, wobei eine Anforderung immer vollständig in mindestens einem Referenzprojekt abgebildet sein muss:

- [1] Gegenstand des Referenzprojekts ist der produktive Betrieb zentraler Informationstechnik und ihrer Kommunikationsschnittstellen in einem Rechenzentrum mit mindestens 20 Fachanwendungen
- [2] Gegenstand des Referenzprojekts ist der produktive Betrieb von dezentraler und räumlich verteilter mobiler Informationstechnik, bestehend aus Hard- und/oder Software, in einem Umfang von mindestens 5.000 Einheiten und ihrer Kommunikationsschnittstellen
- [3] Gegenstand des Referenzprojekts ist der produktive Betrieb von dezentraler, räumlich verteilter und an festen Standorten installierter Informationstechnik, bestehend aus Hard- und/oder Software, an mindestens 50 Standorten und ihrer Kommunikationsschnittstellen
- [4] Gegenstand des Referenzprojekts ist der produktive Betrieb eines Informations- und Kommunikationssystems, insbesondere eines Mautsystems, welches für das Kundenmanagement von mehr als 25.000 Kunden eingesetzt wird
- [5] Gegenstand des Referenzprojekts ist der produktive Betrieb eines Informations- und Kommunikationssystems, insbesondere eines Mautsystems, welches für die individuelle Kostenabrechnung von Leistungen im Gesamtvolumen von monatlich mindestens EUR 15 Mio. eingesetzt wird

...

*Unter dem „**Betrieb eines Informations- und Kommunikationssystems**“ wird die permanente Durchführung aller notwendigen Tätigkeiten, die für die kontinuierliche Erbringung der Leistungen des Informations- und Kommunikationssystems erforderlich sind, inkl. der Überwachung und präventiven und korrektiven Instandhaltung des Systems verstanden.*

*Der „**produktive Betrieb**“ ist der reguläre Betrieb eines Systems nach der finalen Abnahme des Systems durch den Auftraggeber (im Gegensatz zu Probetrieb oder Testbetrieb).“*

Für die Auswahl derjenigen Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden sollen, sieht Ziffer 6.3 des Informationsmemorandums eine Wertungsmatrix vor, anhand derer die Referenzprojekte, die von den Bewerbern mit dem Teilnahmeantrag anzugeben waren (mit den Formblättern 14 und 15), bewertet werden. Der erste Wertungskomplex betrifft die „Referenzprojekte, die den produktiven Betrieb eines Informations- und Kommunikationssystems, insbesondere eines Mautsystems, zum Gegenstand haben“ (Formblatt 14). Zur Wertung des zu diesem Wertungskomplex gehörenden Kriteriums 1b („Wertung nach Komplexität des Referenzprojekts“), für das maximal zehn Punkte erzielt werden können, ist in der Wertungsmatrix Folgendes ausgeführt:

„Wertung eines vom Bewerber ausgewählten Referenzprojekts in Bezug auf die Anzahl der von diesem Referenzprojekt erfüllten Anforderungen [1] bis [5] sowie einem eventuell vorhandenen Mautbezug:

5 Punkte – 5 Anforderungen sind gleichzeitig erfüllt

4 Punkte – 4 Anforderungen sind gleichzeitig erfüllt

3 Punkte – 3 Anforderungen sind gleichzeitig erfüllt

2 Punkte – 2 Anforderungen sind gleichzeitig erfüllt

1 Punkt – 1 Anforderung ist erfüllt

*Wenn der Gegenstand des ausgewählten Referenzprojekts der produktive Betrieb eines Mautsystems ist, werden die sich aufgrund der von diesem Referenzprojekt erfüllten Anforderungen ergebenden Punkte **verdoppelt**.“*

Im Anschluss an die Wertungsmatrix heißt es unter Ziffer 6.3 unter anderem:

„Insgesamt können 26 Wertungspunkte erreicht werden. Die Teilnahmeanträge der geeigneten Bieter werden entsprechend der erreichten Punktzahl in eine Rangfolge gebracht. Es ist beabsichtigt – soweit eine hinreichende Anzahl von Teilnahmeanträgen

*geeigneter Bewerber vorliegt – die **vier geeigneten Bewerber** mit der höchsten erreichten Gesamtpunktzahl zur Abgabe eines Erstangebots aufzufordern.*

Belegen zwei (oder mehr) geeignete Bewerber mit Punktegleichstand den vierten Platz in der Rangfolge, gelten folgende Regelungen, die nacheinander angewendet werden, bis der vierte Platz eindeutig bestimmbar ist:

...

4. Falls über keines der unter (1) bis (3) genannten Entscheidungsparameter eine Auswahl erfolgen kann, entscheidet das Los.“

Im den Teilnehmern des Vergabeverfahrens zur Verfügung gestellten Fragen- und Antwortenkatalog führte die Ag unter Nr. 35 („Klarstellung seitens des AG“ vom 1. Dezember 2016) unter anderem Folgendes aus:

„In Bezug auf die Anforderungen an die Referenzprojekte Betrieb von Informations- und Kommunikationssystemen (vgl. Ziffer 5.5.2. Informationsmemorandum) wird klargestellt, dass es ausreicht, wenn der Bewerber, das Mitglied der Bergewerkschaft oder das benannte Drittunternehmen zur Durchführung des produktiven Betriebs vertraglich verpflichtet war, unabhängig davon, ob der Betrieb selbst oder durch einen Dritten durchgeführt wurde.“

Die Antragstellerin (ASt) sowie die Beigeladenen (Bg) zu 1) bis 4) gaben jeweils fristgemäß einen Teilnahmeantrag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren ab. Für die Bewertung des Wertungskriteriums 1b nach Ziffer 6.3 des Informationsmemorandums benannte die ASt in ihrem Teilnahmeantrag als Referenzprojekt das [...] System „X“ ([...]), das [...] Telemaut-System (elektronisches Mautverfahren) für LKW. Referenzgeber ist ein Drittunternehmen, dessen Referenz der ASt im Wege der Eignungsleihe zugerechnet werden soll und das im Rahmen von „X“ sog. On-Board-Units (OBUs) ausgibt und die fälligen Mautgebühren mit den Nutzern der OBUs abrechnet; das Inkasso- und Kundenausfallrisiko ist dabei beim Referenzgeber. Die OBUs kommunizieren bei Ein- und Ausfahrt in Mautstrecken mit den Mautstellen des jeweiligen Autobahnbetreibers und tauschen die erforderlichen Daten aus. Die Einfahrt in die Mautstrecke über „X“ ist nur bei erfolgreicher Fahrzeugidentifizierung mittels OBU möglich. Der Referenzgeber übermittelt den Autobahnbetreibern darüber hinaus sog. Sperrdaten, wenn OBUs aus bestimmten Gründen für „X“ gesperrt worden sind. Der Referenzgeber wird auch als Mautdienstleister bzw. Provider für das System „X“ bezeichnet.

Die Ag stellte den Teilnehmern, so auch der ASt, verschiedene schriftliche Nachfragen zu den eingereichten Referenzen, die die befragten Teilnehmer jeweils beantworteten.

Mit Schreiben vom 27. Januar 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass ihr Teilnahmeantrag beim weiteren Verhandlungsverfahren nicht berücksichtigt werden könne. Zur Begründung führte die Ag im Wesentlichen aus, die ASt zähle in der Gesamtwertung nicht zu den vier bestplatzierten Bewerbern. Ausschlaggebend hierfür sei die Bewertung ihres Teilnahmeantrags zum Wertungskriterium 1b (Ziffer 6.3 des Informationsmemorandums) gewesen, in dem sie anders als in Bezug auf die anderen Wertungskriterien nicht die maximale Punktzahl erreicht habe. Zwar erfülle das angegebene Referenzprojekt die unter Ziffer 5.5.2. des Informationsmemorandums genannten fünf Anforderungen, es handele sich jedoch nicht um den produktiven Betrieb eines Mautsystems im Sinne der in Ziffer 5.5.2. aufgeführten Definition, weshalb die erreichten fünf Punkte für das Wertungskriterium Nr. 1b nicht nach Ziffer 6.3. verdoppelt werden könnten. Denn die Erhebung und die Kontrolle streckenabhängiger Mautgebühren würden nicht durch den Referenzgeber, sondern nur im Zusammenwirken mit den Einrichtungen der [...] Autobahn-Betreibergesellschaften sichergestellt.

Die ASt rügte mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 3. Februar 2017 die Nichtberücksichtigung ihres Teilnahmeantrags im weiteren Verhandlungsverfahren. Bei dem von ihr angegebenen Referenzprojekt handele es sich entgegen der Wertung der Ag um ein Mautsystem im Sinne der Definition nach Ziffer 5.5.2.

Mit Schreiben vom 7. Februar 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie ihrer Rüge nicht abhelfe.

Mit Schreiben vom 21. Februar 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen die Wertung ihres Teilnahmeantrags. Sie ist der Ansicht, die von der Ag im Hinblick auf ihr Referenzprojekt vorgenommene Bewertung zum Wertungskriterium 1b sei nicht zutreffend. Das von ihr benannte Projekt erfülle vielmehr alle Anforderungen an ein Mautsystem, wie es im Informationsmemorandum definiert sei. Die Bewertung durch die Ag stehe nicht im Einklang mit den im Informationsmemorandum bekanntgegebenen Referenzanforderungen. Zwar treffe es zu, dass bei ihrem Referenzprojekt

nicht die alleinige Verantwortung für die Erhebung und Kontrolle streckenabhängiger Mautgebühren beim Referenzgeber liege, nach den seitens der Ag festgelegten Referenzanforderungen sei dies aber auch nicht erforderlich, um als Mautsystem qualifiziert zu werden. Dass die Ag derart hohe Anforderungen für die Qualifizierung eines Informations- und Kommunikationssystem als Mautsystem anlege, sei auch mittels Auslegung für die ASt nicht ermittelbar gewesen. Hätten bei der ASt Zweifel dahingehend bestanden, ob die vorgelegte Referenz ausreichen würde, hätte sie die Referenz eines Autobahnkonzessionärs oder eines anderen Unternehmens vorgelegt, um die Anforderungen vollständig zu erfüllen. Im Übrigen seien von Teilnehmern an Vergabeverfahren nicht intensive Auslegungsbemühungen zu erwarten, sondern die Vergabeunterlagen müssten eindeutig und unmissverständlich sein. Maßgeblich sei dabei der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter.

Das Referenzprojekt der ASt habe den produktiven Betrieb eines Mautsystems im Sinne des Informationsmemorandums zum Gegenstand und müsse daher die volle Punktzahl erhalten. Wenn Ziffer 6.3 des Informationsmemorandums von dem produktiven Betrieb eines Mautsystems als dem „Gegenstand“ des Referenzprojekts spreche, so sei dem nur zu entnehmen, dass es sich dabei „thematisch“ um ein Mautsystem handeln müsse, d.h. dass es um die Erhebung, Kontrolle und Abrechnung von streckenabhängigen Mautgebühren gehen müsse bzw. sich das System darauf beziehe. Entsprechend sei von einem „eventuellen Mautbezug“ die Rede. Die durch die Ag vorgenommene Zerlegung des Begriffs „Mautsystem“ in fünf Einzelanforderungen (1. System von dezentralen sowie zentralen Komponenten sowie Prozesse und Schnittstellen, die diese Komponenten verknüpfen, 2. Sicherstellung der Erhebung, 3. Sicherstellung der Kontrolle, 4. Sicherstellung der Abrechnung, 5. Streckenabhängigkeit der Mautgebühren) finde in der Beschreibung des Wertungskriteriums keine Stütze. Auch nach der Definition aus Ziffer 5.5.2. des Informationsmemorandums ergebe sich nicht, dass die Erhebung, Kontrolle und Abrechnung streckenabhängiger Mautgebühren durch das technische System vollständig und autonom abzuwickeln seien und unabhängig von dem Zutun anderer personeller oder organisatorischer Maßnahmen zu erfolgen habe. Wenn von „sicherstellen“ die Rede sei, sei dies nur im Sinne von „dafür Sorge tragen“ oder „dienen“ zu verstehen. Ebenso zeige das Wort „Zusammenwirken“, dass die Funktionen eines Mautsystems nicht durch einzelne Komponenten bestimmt würden, sondern durch eine arbeitsteilige, verknüpfte und aufeinander bezogene Tätigkeit vieler Elemente. Ferner sei die Definition des „Betriebs eines Informations- und Kommunikationssystems“ in Ziffer 5.5.2. nicht derart zu verstehen, dass alle notwendigen Tätigkeiten für einen Geschäftsprozess oder Verwaltungsvorgang durchgeführt werden müssten, sondern nur diejenigen Tätigkeiten, die für

die kontinuierliche Erbringung der Leistungen des technischen Systems erforderlich seien. Wie beim Oberbegriff „Informations- und Kommunikationssystem“ handle es sich auch beim Mautsystem allein um technische Komponenten zur Durchführung von Geschäftsprozessen und nicht auch um alle anderen Komponenten, insbesondere personelle oder organisatorische. Der Begriff des Mautsystems könne somit nicht weiter verstanden werden als im Sinne eines Informations- und Kommunikationssystems.

Auch die Begleitumstände in der Ausschreibung würden die vorgenannte Auslegung stützen. Der Kontext des Informationsmemorandums zeige, dass sämtliche Wertungskriterien im Bereich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit ausschließlich technischen und eben gerade nicht betriebswirtschaftlichen oder organisatorischen Charakter aufweisen würden. Zudem sei es regelmäßig so, dass Mauterhebung und Mautkontrolle nicht vollständig und autonom in der Verantwortung des Systembetreibers liegen würden. So nehme in Deutschland das Bundesamt für Güterverkehr (BAG) Aufgaben der Erhebung und Kontrolle der LKW-Maut wahr. Der Toll Collect GmbH komme daneben nur eine mitwirkende Rolle zu. Ferner spreche die Interessenlage der Ag gegen das Verständnis eines Mautsystems und seines Betriebs dahingehend, dass es sich um den Betrieb eines Geschäftsmodells oder die Erbringung von Dienstleistungen handeln müsse bzw. die Referenz sich auf die Übernahme einer Gesamtverantwortung oder die Stellung eines Generalübernehmers für die Erhebung, Kontrolle und die Abrechnung streckenabhängiger Mautgebühren beziehen müsse. Denn es gehe mit der Ausschreibung lediglich um die Fortführung der Geschäftstätigkeit der Toll Collect GmbH, deren Kerngeschäftstätigkeit der Betrieb und die Weiterentwicklung eines Informations- und Kommunikationssystems sei. In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in denen schrankenbasierte Mautsysteme etabliert seien, sei es im Übrigen systemimmanent, dass der Autobahnkonzessionär als Betreiber der Mautstationen an der Erhebung und Kontrolle der Mautgebühren mitwirke; dies geschehe im arbeitsteiligen Prozess mit Mautdienstleistern wie dem Referenzgeber der ASt und in gegenseitiger Abhängigkeit. Nach dem von der Ag vertretenen engeren Verständnis könnten auch Autobahnkonzessionäre und Mautdienstleister aus Italien, Spanien oder Portugal als Referenzgeber eine Verdoppelung der Punktzahl im Wertungskriterium 1b nicht herbeiführen. Gleiches gelte für die Toll Collect GmbH selbst. Im Übrigen wären die Systeme von Autobahnkonzessionären – im Gegensatz zu denen der Mautdienstleister wie dem Referenzgeber der ASt – nicht in der Lage, die Anforderungen [1] bis [5] von Ziffer 5.5.2. des Informationsmemorandums in Gänze zu erfüllen; insbesondere würden die Systeme der Autobahnkonzessionäre in der Regel keine OBUs enthalten und daher auch kein Kundenmanagement von mehr als 25.000 Kunden (Anforderungen [3] und [4]) und würden

auch vom Abrechnungsvolumen her unter dem geforderten von 15 Mio. Euro bleiben (Anforderung [5]). Auch vor diesem Hintergrund habe die ASt den Begriff des Mautsystem nur so wie dargelegt verstehen können.

Das vom Referenzgeber der ASt betriebene Informations- und Kommunikationssystem gewähre entgegen der Ansicht der Ag die Erhebung und Kontrolle streckenabhängiger Mautgebühren. Das Referenzsystem erfülle die Kernfunktion für die Erhebung und Kontrolle der streckenabhängigen Maut für LKW. Ohne das Referenzsystem „X“ bzw. die ausgegebenen OBUs als Kernstück eines jeden elektronischen Mautverfahrens könne bei den [...] Autokonzessionären, mit denen der Referenzgeber der ASt zusammenarbeite, elektronisch keine Maut erhoben oder kontrolliert werden. Der Begriff „Erhebung“ sei dabei in einem umfassenden Sinne zu verstehen. Er erfasse die Feststellung und die Verwirklichung des Mautanspruchs. Zur Feststellung des Mautanspruchs gebe es an den Mautstationen für das Erlangen der Einfahrtsberechtigung manuelle Fahrspuren (Zahlung in bar oder mittels Kredit- oder Tankkarte) und automatisierte Fahrspuren vor. Bei Letzteren komme es zu einer Kommunikation zwischen den vom Referenzgeber bereitgestellten und unterhaltenen OBUs und der straßenseitigen Infrastruktur, die anschließend zur Einfahrtsberechtigung führe. Mittels eines ähnlichen elektronischen Dialogs bei der Ausfahrt eines Mautabschnitts lasse sich sodann die Wegstrecke ermitteln und die Mautgebühr gemäß dem festgelegten Tarif berechnen. Ohne die Meldung der OBUs könne an der Mautstelle folglich keine Erhebung und Kontrolle durchgeführt werden. Ausgangspunkt der Mauterhebung sei letztlich der durch die OBUs veranlasste Dialog mit den Systemen der Mautstation. Auch im Hinblick auf die Verwirklichung des Mautanspruchs (als Teil der Erhebung) komme dem Referenzgeber mit der Wahrnehmung des Inkassos und der Auskehrung an den Autobahnbetreiber eine Zentralfunktion zu. Schließlich erfolge ohne den beschriebenen Mautdialog keine Gewährung des Straßenzugangs, weshalb der Referenzgeber auch die Aufgabe der Mautkontrolle inne habe. Zur Mautkontrolle würden daneben auch verschiedene andere Prozesse wie die Sperrung von Zahlungsvorgängen gehören. Nur mittels der vom Referenzgeber übermittelten Daten könne eine effektive Erhebung und Kontrolle gewährleistet werden.

Vor Ausschluss der ASt vom weiteren Vergabeverfahren hätte die Ag der ASt zumindest Gelegenheit zur Stellungnahme geben und hinsichtlich der nach ihrer Auffassung unzureichenden Referenz aufklären müssen. Auch defizitäre Teilnahmeanträge seien nicht von der Wertung auszunehmen, bevor nicht über diesen Umstand aufgeklärt und Gelegenheit zur Mängelbehebung gegeben worden sei. Wäre die ASt vor dem Ausschluss gehört worden, so

hätte sie die unzutreffenden Kenntnisse und Annahmen der Ag zu ihrem Referenzprojekt ausräumen können.

Im Übrigen hätte die Ag der ASt Gelegenheit geben müssen, den Referenzgeber, einem „anderen Unternehmen“ im Sinne des § 47 Abs. 1 VgV, auszutauschen. Dies folge aus § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV. Diese Norm erfasse nicht nur Fälle, bei denen die Mindestanforderungen der Eignung nicht erfüllt würden, sondern auch Fälle wie dem vorliegenden, bei dem es um das Ausmaß (Nichterreichen der Höchstpunktzahl) der Erfüllung von Eignungskriterien gehe. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der Erfüllungsgrad, wie vorliegend, entscheidend für die Nichtberücksichtigung eines Teilnahmeantrags und damit den Zugang zum weiteren Vergabeverfahren sei. Dieses Verständnis von § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV gebiete die funktionale Auslegung mit Blick auf die zugrundeliegende Vorschrift des Art. 63 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU, deren Zweck darin bestehe, im Sinne eines wettbewerbsoffenen Vergabeverfahrens den Ausschluss eines Angebots oder Teilnahmeantrags aufgrund eines Eignungsmangels dort zu vermeiden, wo ein solcher Mangel noch während des Vergabeverfahrens problemlos geheilt werden könne. Es handele sich bei den fraglichen Eignungsanforderungen im vorliegenden Fall auch nicht um eine „Bestenauswahl“, sondern von der Erfüllung der Anforderungen hänge letztlich der Zugang zum weiteren Vergabeverfahren ab. Die Ag lasse im Übrigen selbst in ihren Bewerbungsbedingungen (Ziffer 4.2.3. des Informationsmemorandums) das Auswechseln von Drittunternehmen nach Aufforderung zur Abgabe eines Erstangebots zu.

Die Ag habe darüber hinaus im Rahmen der Wertung der Teilnahmeanträge möglicherweise gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Denn die Ag gehe, wie die Wertung des Teilnahmeantrags der ASt gezeigt habe, bei schrankenbasierten Mautsystemen wie auch dem Referenzprojekt der ASt nicht von einer arbeitsteiligen Funktionserfüllung zwischen Autobahnkonzessionären und Mautdienstleistern aus, sondern vielmehr von einer Funktionentrennung, so dass nach ihrem Verständnis die Definition des Mautsystems im Sinne von Ziffer 5.5.2. von beiden Unternehmen nicht erfüllt werden könne. Folge man diesem Verständnis, so sei es ausgeschlossen, mit Referenzen aus den Ländern Frankreich, Italien, Spanien oder Portugal eine Verdopplung der Punktzahl unter dem Wertungskriterium 1b zu erzielen. Vor diesem Hintergrund hätten auch die Bg zu 1), 3) und 4) diese Anforderungen der Ag nicht erfüllen können, weshalb eine Ungleichbehandlung bei der Wertung der Teilnahmeanträge nicht auszuschließen sei. Insoweit begehrt die ASt weitergehende Akteneinsicht auch in die seitens der Bg eingereichten Referenzen.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, die ASt am weiteren Verhandlungsverfahren zur Vergabe „Veräußerung der Geschäftsanteile an der Toll Collect GmbH und Abschluss eines neuen Betreibervertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Toll Collect GmbH“ zu beteiligen und ihr die Vergabeunterlagen zukommen zu lassen,
2. ihr Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
3. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen aufzuerlegen und
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären.

Die Ag beantragt,

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

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag der ASt unbegründet. Die Wertung des Teilnahmeantrags der ASt sei fehlerfrei erfolgt und die Auswahlentscheidung rechtmäßig. Insbesondere habe sie für die Wertung des Wertungskriteriums 1b den Begriff des „produktiven Betrieb eines Mautsystems“ hinreichend eindeutig und unmissverständlich festgelegt. Hierzu habe sie, um ein objektives Verständnis der Bewerber von den Referenzanforderungen sicherzustellen, unter Ziffer 5.5.2. des Informationsmemorandums die erforderlichen Begrifflichkeiten in transparenter Weise ausreichend definiert. Dem Wortlaut des Informationsmemorandums sei auch zu entnehmen, dass für die Verdopplung der Punktzahl im Wertungskriterium 1b nicht bloß der Betrieb eines Informations- und Kommunikationssystems mit irgendeinem Mautbezug gefordert war, sondern vielmehr der Betrieb eines Mautsystems als solchem. Die Definition des Begriffs „Mautsystem“ umfasse gerade nicht die Erfüllung einzelner Komponenten in Bezug auf die Funktionen eines Mautsystems, sondern eine Gesamtheit von ineinandergreifenden Komponenten, Prozessen und Schnittstellen. Ein Referenzgeber müsse Betreiber eines Systems sein, was bedeute, dass er das Zusammenwirken der Komponenten, Prozesse und Schnittstellen sicherzustellen habe.

Ein solches Verständnis ergebe sich zudem aus dem systematischen Zusammenhang des Informationsmemorandums, namentlich aus der Ziffer 5.5.3. („Referenzprojekte Entwicklung,

Systemintegration oder Weiterentwicklung von Komponenten für ein Informations- und Kommunikationssystem, insbesondere ein Mautsystem“). Vergleiche man diese Referenzanforderungen mit denen aus Ziffer 5.5.2. („Referenzprojekte Betrieb eines Informations- und Kommunikationssystem, insbesondere ein Mautsystem“), lasse sich unschwer erkennen, dass es bei dem einen gerade um die Referenz für einzelne Komponenten, bei dem anderen hingegen um eine Referenz für ein alle Komponenten umfassendes System gehe.

Bei richtiger und widerspruchsfreier Anwendung des Wertungskriteriums 1b lasse sich der Referenzgeber der ASt nicht als Betreiber eines Mautsystems einordnen. Er übernehme lediglich als Zahlungsdienstleister diverse Abrechnungsfunktionen, nicht aber die Funktionen der Erhebung und Kontrolle.

Erhebung im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Mautsystems könne nur dahingehend verstanden werden, dass der Referenzgeber ein System betreibe, das feststelle, ob ein mautpflichtiges Fahrzeug eine mautpflichtige Straße benutze und welche Gebühr für die Nutzung der Straße anfalle. Die Erhebung der Mautgebühren erfolge im streitgegenständlichen Referenzprojekt aber nicht durch den Referenzgeber, sondern durch die [...] Mautbetreibergesellschaften, die die Mautstationen unterhielten. Die Betreibergesellschaften stellten im Einzelnen die Kommunikation mit den OBUs in den Fahrzeugen, die Übermittlung der Durchfahrtsdaten an eine Betriebszentrale, die Bestimmung des anwendbaren Tarifs, die Übermittlung der Durchfahrtsdaten und des Tarifs zu Abrechnungszwecken an die Mautdienstleister sowie die Kontrolle der korrekten Bezahlung sicher. Dem Referenzgeber der ASt komme letztlich nur die Rolle eines dritten Dienstleisters zu, dem es seitens der Mautbetreibergesellschaften vertraglich gestattet sei, am Markt erworbene OBUs an die Autobahnnutzer auszugeben. Die Mautbetreibergesellschaften rechneten sodann die tarifierten Daten beim Referenzgeber der ASt ab. Ob der Referenzgeber wiederum seine Forderungen gegenüber seinen Kunden verwirklichen könne, spiele für die Mautbetreibergesellschaften keine Rolle. Das beschriebene Mautsystem der Mautbetreibergesellschaften sei in seiner Funktionsfähigkeit nicht von den Leistungen des Referenzgebers abhängig, die sich auf die Ausgabe der OBUs an seine Kunden sowie auf Abrechnungsdienstleistungen beschränkten. Die Leistungen, die die ASt als Mauterhebung ausweise, stellten nur die Abrechnung ihrer eigenen Forderungen gegenüber ihren Kunden sicher.

Kontrolle im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Mautsystems nach Ziffer 5.5.2. könne nur dahingehend verstanden werden, dass der Referenzgeber kontrolliere, ob die Nutzer ihre Mitwirkungspflichten an der Mauterhebung ordnungsgemäß erfüllten. Eine derartige Kontrolle erfolge jedoch nicht durch den Referenzgeber, sondern durch entsprechende Systeme an den Mautstationen der Mautbetreibergesellschaften. Bei Bezahlung bzw. Identifizierung des Nutzers signalisiere das System, dass das Fahrzeug passieren könne, was in der Regel durch die Öffnung einer Schranke und die Ermöglichung des Straßenzugangs erfolge. Die seitens der ASt beschriebenen Kontrollmaßnahmen seien nur im Zusammenhang mit der Realisierung ihres Zahlungsanspruchs gegenüber ihren Kunden zu sehen. Die vom Referenzgeber erstellten Sperrlisten, die im Übrigen in das System der Betreibergesellschaft eingespeist werden müssten, um eine Kontrollfunktion zu entfalten, dienten ausschließlich dem Zweck, dass sich sein Insolvenz- und Ausfallrisiko gegenüber seinen Kunden nicht realisiere.

Nach Auffassung der AG habe auch keine Pflicht bestanden, die ASt im Hinblick auf die Wertung ihrer Referenz anzuhören. Eine solche Verpflichtung bestünde allenfalls bei Ausschluss eines Angebots bzw. bei Ablehnung eines Teilnahmeantrags wegen formeller Mängel. Ein solcher Fall läge aber gerade nicht vor, da es sich um eine angekündigte Bewertung der Qualität des Teilnahmeantrags handele.

Des Weiteren ergebe sich für die ASt kein Anspruch auf Austausch des Referenzprojekts nach § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV, denn die Voraussetzungen für die Anwendung der Norm lägen nicht vor. Die Wertung des Referenzprojekts habe nämlich ergeben, dass dieses grundsätzlich formell und materiell geeignet sei, allerdings nicht die Voraussetzungen für die Punkteverdoppelung erfülle. Dass die Vorschrift auch einen Austausch des Referenzprojekts bei Nichterzielung der Höchstwertung vorsehe, sei nicht ersichtlich. Vielmehr handele es sich um eine eng auszulegende Ausnahmvorschrift von dem ansonsten geltenden Grundsatz, dass alle Bewerber vollständige und korrekte Teilnahmeanträge einreichen müssten.

Mit Beschluss vom 6. März 2017 sind die Bg zu 1), zu 2), zu 3) und zu 4) zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg zu 1) stellt keine Anträge und nimmt weder schriftlich noch mündlich in substantiellem Umfang Stellung.

Die Bg zu 2) beantragt Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB sowie die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg zu 2) für notwendig zu erklären. Außer einem Hinweis, dass ihr Referenzsystem alle Kriterien eines Mautsystems im Sinne des Informationsmemorandums erfülle, und einer kurzen Äußerung in der mündlichen Verhandlung nimmt sie zur Hauptsache nicht Stellung.

Die Bg zu 3) beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 21. Februar 2017 zurückzuweisen,
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Bg zu 3) notwendig gewesen ist,
3. der Bg zu 3) Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
4. die von der ASt bereits beantragte Akteneinsicht auf diejenigen Unterlagen zu beschränken, die unmittelbar von den im Nachprüfungsantrag der ASt vom 21. Februar 2017 formulierten Vorwürfen gegen die Vergabestelle betroffen sind.

Nach Auffassung der Bg zu 3) sind die vom Referenzprojekt der ASt im Wertungskriterium 1b erzielten Punkte von der Ag zu Recht nicht verdoppelt worden. Denn das Referenzprojekt erfülle nicht die im Informationsmemorandum festgelegten Anforderungen an den „produktiven Betrieb eines Mautsystems“. Dies setze voraus, dass das Referenzsystem die Anforderungen der im Informationsmemorandum ausgeführten Definition eines Mautsystems erfülle und der Betrieb des Systems durch den Referenzgeber als Betreiber des Mautsystems erfolge. Vorliegend erfülle das Referenzprojekt der ASt nicht die Definitionsanforderungen, da es nicht die Mauterhebung und auch nicht die Mautkontrolle sicherstelle. Vielmehr übe der Konzessionsnehmer des jeweiligen Autobahnabschnitts das durch den Konzessionsvertrag begründete Recht zur Mauterhebung aus und erhebe die Maut mithilfe von Mautstationen und sowie seiner damit verbundenen IT-Infrastruktur. An der Mautstation werde zunächst eine Klassifizierung (z.B. Höhe und Achsenzahl) des Fahrzeugs durchgeführt. Anhand der Klassifizierung werde sodann zusammen mit der bemauteuten Streckenlänge eine Tarifierung ermittelt. Die Beherrschung und Durchführung der Tarifierung und damit die Berechnung der Mauthöhe stelle die praktische Umsetzung der Mauterhebung dar und bilde damit die Kernkomponente eines jeden Mautsystems, ohne die auch mittels einer OBU keine Mauterhebung stattfinden könne. Das Referenzprojekt der ASt umfasse weder die Unterhaltung der Mautstationen noch die dazugehörige IT-Infrastruktur. Der Einsatz der vom Referenzgeber an seine Kunden bereit gestellten OBUs bilde lediglich eine Vorstufe der Mauterhebung, die eigentliche Berechnung und Festsetzung der Maut erfolge seitens der Konzessionsnehmer; die

Versendung von Fahrzeuginformationen durch die OBUs liefe ohne Mautstation und deren Betrieb durch den Konzessionsnehmer vollständig ins Leere. Von einer Sicherstellung der Mauterhebung durch den Referenzgeber könne daher nicht gesprochen werden.

Auch die Kontrolle der Mauterhebung werde im Wesentlichen durch die Mautstationen des Konzessionsnehmers sichergestellt. Zwar werde die Information, ob der Nutzer seiner Mitwirkungspflicht nachgekommen sei und über eine zugelassene OBU verfüge, von der OBU selbst versendet, die Kontrolle und Auswertung dieser Information sowie die weiteren technischen Maßnahmen (z.B. Zurückweisung des Fahrzeugs oder Öffnen der Schranke) würden jedoch allein und vollständig an den Mautstationen mit der damit verbundenen IT-Infrastruktur der Konzessionsnehmer vorgenommen, und zwar auch bei Fahrzeugen ohne OBU, bei denen die Zahlung der Mautgebühr per Kreditkarte oder in bar erfolge. Das vom Referenzgeber der ASt betriebene Informations- und Kommunikationssystem stelle hingegen lediglich einen Teil eines Mautsystems dar und sei gerade nicht – wie aber nach der Definition des Informationsmemorandums verlangt – als ein eigenständiges und in sich selbst funktionsfähiges System, das die in der Definition genannten Funktionen eigenständig erfülle, zu qualifizieren.

Da das Referenzsystem der ASt allenfalls als Bestandteil eines Mautsystems angesehen werden könne, erfolge der Betrieb des fraglichen Mautsystems auch nicht (allein) durch den Referenzgeber, sondern maßgeblich durch den Konzessionsnehmer. Der von der ASt benannte Referenzgeber verantwortete somit nicht den produktiven Betrieb des Mautsystems, wie in der Definition gefordert.

Die Bg zu 4) beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 21. Februar 2017 zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg zu 4) aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg zu 4) für notwendig zu erklären und
4. der Bg zu 4) Akteneinsicht im Umfang der Akteneinsicht der ASt zu gewähren.

Auch nach Auffassung der Bg zu 4) hat der Teilnahmeantrag der ASt im Wertungskriterium 1b zu Recht nicht die maximale Punktzahl erhalten. Das Informationsmemorandum sei zum fraglichen Wertungskriterium eindeutig; die Verdoppelung der Punktzahl sei nur zu erzielen,

wenn der Referenzgeber der Betreiber eines Mautsystems sei. Auch wenn im Obersatz des Wertungskriteriums 1b der Begriff „Mautbezug“ verwendet werde, so komme diesem kein eigener Regelungsgehalt zu; vielmehr nehme er lediglich Bezug auf das nachfolgend konkret definierte Kriterium („Betrieb eines Mautsystems“). Eine Auslegung dahingehend, dass eine Punkteverdoppelung bereits dann vorzunehmen ist, wenn die Referenzleistung zum produktiven Betrieb eines Mautsystems durch einen Dritten beitrage, finde im eindeutigen Wortlaut des Kriteriums keine Stütze. Eine Referenz sei nur, was der Referenzgeber selbst erbringe, und nicht, wozu er zuliefere. Betreiber eines Mautsystems sei nur, wer das System als solches selbst betreibe und nicht nur nachgeordnete (Teil-)Dienstleistungen erbringe. Dieses Auslegungsergebnis würde im Übrigen durch die weiteren Definitionen unter Ziffer 5.5.2. des Informationsmemorandums unterstrichen.

Demgegenüber habe die in Frage stehende Referenz der ASt, die nur die Ausgabe von OBU's und die Erbringung von Abrechnungsdienstleistungen und sonstiger nachgeordneter Leistungen umfasse, nicht den produktiven Betrieb eines Mautsystems im Sinne des Informationsmemorandums zum Gegenstand. Das fragliche Mautsystem werde vielmehr von den [...] Autobahnbetreibergesellschaften betrieben. Auch ein Mitglied der Bg zu 4) verfüge im Übrigen über ein Konzernunternehmen, das vergleichbare Leistungen wie die Referenzleistungen der ASt erbringt. Der Bg zu 4) sei jedoch vollkommen klar gewesen, dass das Konzernunternehmen als Referenzgeber nicht ausreichen würde, um die verdoppelte Punktzahl im Wertungskriterium 1b zu erhalten; sie habe daher die Referenz eines anderen Referenzgebers eingereicht.

Die ASt habe auch keinen Anspruch auf nachträglichen Austausch der Referenz. Ein solcher Anspruch ergebe sich auch nicht aus § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV, denn diese Norm sei schon von ihrem Wortlaut her auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Eine Nachbesserung von Referenzen eines für geeignet angesehenen Bewerbers zum Zwecke der Veränderung eines Wertungsergebnisses sei von der Vorschrift nicht umfasst und widerspreche ihrem Sinn und Zweck.

Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 22. März 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB zunächst bis zum 11. April 2017 einschließlich und mit Verfügung vom 11. April 2017 bis zum 13. April 2017 einschließlich verlängert. In der mündlichen Verhandlung am 29. März 2017 hatten die

Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt ist zulässig.

Insbesondere ist die ASt gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe ihres Teilnahmeantrags dokumentiert. Des Weiteren behauptet die ASt schlüssig die Verletzung in eigenen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften, indem sie eine unzutreffende Auslegung der Vergabeunterlagen in Bezug auf das Wertungskriterium 1b und in der Folge die fehlerhafte Wertung ihres Teilnahmeantrags durch die Ag geltend macht. Die ASt hat ebenfalls dargelegt, dass ihr infolgedessen ein Schaden zu entstehen droht, nämlich die Nichtberücksichtigung im weiteren Vergabeverfahren.

Der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist die ASt mit Schreiben vom 3. Februar 2017 nachgekommen.

Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Der Teilnahmeantrag der ASt ist zu Recht in Bezug auf das Wertungskriterium 1b mit nur fünf Punkten und nicht der verdoppelten Punktzahl von zehn Punkten bewertet worden (siehe unten a)). Der ASt war auch nicht nachträglich die Möglichkeit einzuräumen, die für das Wertungskriterium 1b eingereichte Referenz durch eine neue, besser zu bewertende Referenz zu ersetzen (siehe unten b)). Schließlich gibt auch die Wertung der übrigen Teilnahmeanträge keinen Anlass, von einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB zu Lasten der ASt auszugehen (siehe unten c)).

- a) Die Bewertung des Teilnahmeantrags der ASt im Wertungskriterium 1b mit (nur) fünf Punkten und insbesondere die nicht erfolgte Verdoppelung dieser Punktzahl ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Maßgeblich für die Wertung der Teilnahmeanträge sind allein die dazu im Vergabeverfahren bekanntgegebenen Informationen der Ag. Diese befinden sich insbesondere in den allen potentiellen Bewerbern zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen, hier dem sog. Informationsmemorandum; die Auftragsbekanntmachung enthält im vorliegenden Fall keine weitergehenden Informationen. Welcher Erklärungsgehalt den Unterlagen im Einzelnen zu entnehmen ist, bestimmt sich dabei nach dem objektiven Empfängerhorizont der potentiellen Bewerber (vgl. nur BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13). Dazu ist auf einen durchschnittlichen verständigen sowie fach- und sachkundigen Bewerber, der mit der Art der ausgeschriebenen Leistungen vertraut ist, abzustellen (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 5. Dezember 2007, 1 Verg 7/07, m.w.N.). Das individuelle Verständnis einzelner Bieter, wie hier der ASt (oder auch der Bg), hat hingegen allenfalls indizielle Bedeutung und ist grundsätzlich nicht maßgeblich. Dass die ASt vorliegend möglicherweise ein – wie sich später herausgestellt hat – unzutreffendes Verständnis der Vergabeunterlagen bei der Erstellung ihren Teilnahmeantrags zugrunde gelegt hat, darf daher über eine indizielle Wirkung hinaus nicht berücksichtigt werden. Nach dem Maßstab des objektiven Empfängerhorizonts ist für den vorliegenden Fall festzustellen, dass Ziffer 6.3 in Verbindung mit Ziffer 5.5.2. des Informationsmemorandums in Bezug auf die Frage, wann die im ersten Schritt im Wertungskriterium 1b erzielten Punkte verdoppelt werden, so zu verstehen ist, dass für eine Punkteverdoppelung ein alle dort definierten Funktionen eines Mautsystems umfassendes System vom Referenzgeber selbst und vollumfänglich betrieben werden muss und der Betrieb von Teilsystemen wie dem des Referenzgebers der ASt nicht ausreicht. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Wie sich der Wertungsmatrix unter Ziffer 6.3 des Informationsmemorandums und dort den Ausführungen zum Wertungskriterium 1b entnehmen lässt, erfolgt die Wertung des dazu im Formblatt 14 vom Bewerber benannten Referenzprojekts bei diesem Wertungskriterium in zwei Schritten. Da es hier um die Bewertung der „Komplexität des Referenzprojekts“ (so auch die Bezeichnung des Kriteriums) geht, ist in einem ersten Schritt zu ermitteln, wie viele der in Ziffer 5.5.2. aufgeführten fünf (Mindest-)

Anforderungen [1] bis [5] dieses einzelne Referenzprojekt kumulativ erfüllt; entsprechend erfolgt eine Bepunktung mit 1 bis 5 Punkten. Davon zu unterscheiden ist die (andernfalls zum Ausschluss führende) Mindestanforderung nach Ziffer 5.5.2., wonach die Anforderungen [1] bis [5] durch die mit Formblatt 14 benannten Referenzprojekte jedenfalls insgesamt erfüllt sein müssen, wenn auch nicht anhand einer einzigen Referenz. In einem zweiten Wertungsschritt werden dann die im ersten Schritt erzielten Punkte verdoppelt, wenn die – hier streitigen – Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Nach diesem Wertungsschema ist es also grundsätzlich möglich, dass ein Referenzprojekt im ersten Schritt der Wertung mit nur 4 oder weniger Punkten zu bewerten ist – abhängig von der „Komplexität“ des Referenzprojekts (= der Anzahl der erfüllten Anforderungen [1] bis [5]) – und auch hier eine Verdopplung der erreichten Punktzahl erfolgen kann. Dies ergibt sich auch aus dem zweiten Satz der Wertungsvorgaben für das fragliche Kriterium 1b, wonach (nur) „die sich aufgrund der von diesem Referenzprojekt erfüllten Anforderungen ergebenden Punkten verdoppelt“ werden.

Gegenstand der fraglichen Wertung sind dabei nach Nr. 1 der Wertungsmatrix „Referenzprojekte, die den produktiven Betrieb eines Informations- und Kommunikationssystems, insbesondere eines Mautsystems, zum Gegenstand haben.“ Indem die entsprechende Terminologie verwendet und dort zudem auf Ziffer 5.5.2. des Informationsmemorandums explizit Bezug genommen wird, sind die in Ziffer 5.5.2. aufgeführten Begriffsdefinitionen eines „Informations- und Kommunikationssystems“ sowie eines „Mautsystems“ in die Ziffer 6.3 und insbesondere das Wertungskriterium 1b hineinzulesen. Gleiches gilt für den Begriff des „produktiven Betriebs“. Vor diesem Hintergrund ist Voraussetzung für die Streitgegenständliche Verdoppelung der Punkte, dass Gegenstand des Referenzprojekts der (produktive) Betrieb eines Mautsystems im Sinne der in Ziffer 5.5.2. definierten Begriffe ist. Soweit im ersten Satz der Wertungsvorgaben für das Kriterium 1b von einem „eventuell vorhandenen Mautbezug“ die Rede ist, kann dies – anders als die ASt möglicherweise meint – nicht zu einem anderen Verständnis führen. Denn dieser erste Satz fungiert lediglich als allgemeiner Obersatz für die anschließend konkret beschriebenen Wertungsvorgaben, nämlich zunächst die Zuordnung von Punkten zur Anzahl der erfüllten Anforderungen (erster Wertungsschritt) und sodann die Konkretisierung der Bedingungen, unter denen eine Verdoppelung der Punktzahl erfolgt (zweiter Wertungsschritt), im zweiten Satz.

Der Systematik von Ziffer 6.3 und Ziffer 5.5.2. entsprechend handelt es sich bei einem Mautsystem im Sinne dieser Vorgaben um ein spezielles Informations- und Kommunikationssystem. Zusätzlich zu den Eigenschaften eines Informations- und Kommunikationssystems, die das fragliche Referenzprojekt der ASt („X“) zweifelsfrei erfüllt, zeichnet das Mautsystem nach der Definition in Ziffer 5.5.2. aus, dass es zum einen – hier nicht entscheidungserheblich – über zentrale und dezentrale Komponenten verfügt und zum anderen Prozesse und Schnittstellen beinhaltet, die die Systemkomponenten verknüpfen und „in ihrem Zusammenwirken die Erhebung, Kontrolle und Abrechnung von streckenabhängigen Mautgebühren sicherstellen“. Aus letzterem ergibt sich, dass das fragliche technische System im Ergebnis dazu führen muss („sicherstellen“), dass die zentralen Funktionen (bzw. Voraussetzungen für das Funktionieren) eines Mautverfahrens, nämlich die Erhebung und Abrechnung der (streckenabhängigen) Mautgebühren sowie die entsprechende Kontrolle kumulativ („und“) erbracht, d.h. technisch realisiert werden. Aus dieser kumulativen Aufzählung der Funktionen ergibt sich schon, dass es nicht ausreicht, dass das Referenzprojekt Komponenten oder Bestandteile oder auch Funktionsausschnitte eines solchen Mautsystems zum Gegenstand hat. Dies ergibt sich darüber hinaus auch aus dem Umstand, dass – so Ziffer 5.5.2. (wie auch Ziffer 6.3) – der Gegenstand des Referenzprojekts nicht das Mautsystem an sich, sondern der sog. produktive Betrieb (im Unterschied zum Test- oder Probetrieb) eines Mautsystems selbst sein muss. Dass das Referenzprojekt ein Mautsystem lediglich „betrifft“ („Mautbezug“), ist danach nicht ausreichend. Vielmehr folgt aus der Definition des „Betriebs“ eines Informations- und Kommunikationssystems – und damit auch eines Mautsystems – in Ziffer 5.5.2., dass das fragliche System insgesamt vom Referenzgeber betrieben werden muss. Denn der Betrieb erfordert definitionsgemäß „die permanente Durchführung aller notwendigen Tätigkeiten, die für die kontinuierliche Erbringung der Leistungen des [Systems] erforderlich sind“. Das Verständnis einer (technischen) Gesamtverantwortlichkeit wird auch durch die unter Nr. 35 des Fragen- und Antwortenkatalogs eingestellte Klarstellung der Ag gestützt, wonach „es ausreicht, wenn der [Referenzgeber] zur Durchführung des produktiven Betriebs vertraglich verpflichtet war, unabhängig davon, ob der Betrieb selbst oder durch einen Dritten durchgeführt wurde.“ Zuzugeben ist der ASt, dass nicht der wirtschaftliche bzw. unternehmerische Betrieb eines solchen Systems bzw. des entsprechenden Mautverfahrens gemeint sein kann, sondern der technische. Dies ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass das fragliche System in technischer Hinsicht die fraglichen

Funktionen realisieren muss. Dies ist im Fall des von der ASt benannten Referenzprojekts „X“ nicht der Fall.

Denn das Referenzprojekt der ASt betrifft nicht den Betrieb eines (Informations- und Kommunikations-)Systems, das für sich genommen die in Ziffer 5.5.2. aufgeführten Kernfunktionen eines Mautverfahrens technisch realisiert. Vielmehr ist das System auf die technischen Komponenten und das entsprechende IT-System der [...] Autobahnkonzessionäre (der Betreiber der Autobahnen und insbesondere der Mautstationen) bzw. deren Mitwirkung angewiesen, um etwa die Funktion der Erhebung der Mautgebühr und die Kontrolle, dass Mautgebühren entrichtet werden bzw. Mautstrecken nicht unerlaubt befahren werden, technisch vollständig zu realisieren. Zwar ist der ASt in dem Punkt zuzustimmen, dass die OBUs, wie der Referenzgeber der ASt sie anbietet, ein wesentliches technisches Element für das Funktionieren des elektronischen Mautverfahrens, wie es für LKW auf [...] Autobahnen angeboten wird „X“, sind und damit auch für die Erhebung und Kontrolle von Mautgebühren. Gleiches gilt für die damit verbundene IT-Infrastruktur des Referenzgebers. Nur mithilfe der OBUs ist etwa die Fahrzeugidentifizierung im elektronischen Mautsystem „X“ und damit auch die Identifizierung des Nutzers (Mautschuldners) und Initiierung einer Mautgebührerhebung (mittels Registrierung der Ein- und anschließender Ausfahrt) möglich. Auch eventuell übermittelte Sperrdaten, die dazu führen, dass Fahrzeuge mit gesperrten OBUs von den Mautstationen nicht eingelassen werden, tragen zu einer Kontrolle der Nutzung der Mautstrecken und der Gebührenerhebung bei. Unbestritten ist jedoch auch, dass das System des Referenzgebers der ASt und dessen Komponenten für sich genommen nicht in der Lage sind, Mautgebühren zu erheben und entsprechende Kontrollen durchzuführen. Hierzu bedürfen sie vielmehr insbesondere der Mautstationen der Autobahnbetreiber sowie auch deren dahinter liegender IT-Infrastruktur. Denn durch die Systeme der Autobahnbetreiber wird die Höhe der für eine Benutzung anfallenden Ausgangsgebühr durch entsprechende Messeinrichtungen des Betreibers an den Mautstationen bestimmt, die die Merkmale des passierenden Fahrzeugs (z.B. Höhe und Achszahl) identifizieren und diese Daten anschließend zur Tarifierung an die Betreiberzentrale weiterleiten; die insoweit auch in der OBU gespeicherten Fahrzeugdaten sind für die Berechnung der Höhe des Mautanspruchs im Übrigen nicht maßgeblich. Dass für die Ermittlung der letztlich vom Nutzer zu zahlenden Gebühr auch Daten vom Referenzgeber der ASt einfließen (für Rabatte etc.), ändert nichts an der Tatsache, dass ohne die Messeinrichtungen an den

Mautstationen und das Tarifierungssystem der Autobahnbetreiber die Mautgebühren im „X“ nicht erhoben werden könnten. Auch die Gewährleistung der Kontrolle der Mauterhebung erfolgt bei „X“ in technischer Hinsicht letztlich durch die Autobahnbetreibergesellschaft und zwar dergestalt, dass Fahrzeugen die Durchfahrt verweigert wird, soweit eine OBU als gesperrt gemeldet ist. Die insoweit notwendigen Daten werden zwar durch den Referenzgeber der ASt an die Mautbetreibergesellschaft gemeldet (insoweit wirkt der Referenzgeber der ASt hier mit), die eigentliche technische Umsetzung in Gestalt einer Verweigerung der Einfahrt (Schranke bleibt geschlossen) in den mautpflichtigen Streckenabschnitt erfolgt aber mittels der technischen Systeme der jeweiligen Betreibergesellschaft.

Wenn die ASt vorträgt, dass der Begriff des Mautsystems bzw. dessen Betrieb aus Bewerbersicht anders zu verstehen oder wenigstens nicht eindeutig zu verstehen war, bezieht sie sich nicht nur auf den Wortlaut – dem die Vergabekammer (wie bereits ausgeführt) für sich genommen jedoch kein anderweitiges Verständnis entnehmen kann –, sondern auch auf die Art der vorhandenen Mautverfahren und damit gewissermaßen die Branchenumgebung bzw. den entsprechenden branchengeprägten Bewerberhorizont. In diesem Zusammenhang macht sie geltend, dass nach dem hier vertretenen Verständnis Systeme aus Frankreich, Spanien, Italien und Portugal generell nicht als Mautsysteme anerkannt werden dürften, da auch die Systeme der Autobahnkonzessionäre nicht in Frage kämen, da sie schon einzelne der (Mindest-) Anforderungen [1] bis [5] nach Ziffer 5.5.2. nicht erfüllen würden. Hierbei handelt es sich jedoch um einen Fehlschluss. Denn – wie oben bereits gesehen – ist es für die Bejahung eines Mautsystems nicht maßgeblich, dass das fragliche System alle (Mindest-)Anforderungen [1] bis [5] erfüllt. Vielmehr kann ein Mautsystem auch weniger als 5 Punkte im ersten Wertungsschritt des Kriteriums 1b erzielen, die dann – weil es sich um ein Mautsystem handelt – trotzdem zu verdoppeln sind.

Nach allem hat das Referenzprojekt „X“ der ASt nicht – wie für eine Verdoppelung der Punkte im Rahmen des Wertungskriteriums 1b erforderlich – den (produktiven) Betrieb eines Mautsystems zum Gegenstand. In Anbetracht dieses eindeutigen Befundes ist auch eine – seitens der ASt von der Ag geforderte – Aufklärung im Übrigen entbehrlich.

- b) Die ASt hat auch keinen Anspruch auf Austausch ihrer zum Wertungskriterium 1b eingereichten Referenz „X“, um mit einer besser geeigneten Referenz die volle

Punktzahl zu erreichen. Soweit sie sich insoweit auf § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV beruft, vermag diese Norm keinen entsprechenden Anspruch zu begründen.

§ 47 Abs. 2 Satz 3 VgV ist an den öffentlichen Auftraggeber adressiert, indem dieser vorzuschreiben hat, dass ein Bewerber oder Bieter, der sich zum Nachweis seiner Eignung auf ein Drittunternehmen beruft, das ein Eignungskriterium nicht erfüllt oder bei dem zwingende Ausschlussgründe nach § 123 GWB vorliegen, dieses Unternehmen ersetzen muss. Diese auf Art. 63 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU zurückgehende Vorschrift betrifft die Phase der Eignungsprüfung vor Zuschlagserteilung, was sich sowohl aus dem Wortlaut („Bewerber oder Bieter“) als auch aus der Begründung zur VgV (vgl. Verordnungsbegründung der Bundesregierung, BR-Drucks. 87/16, Seite 200 f.) ergibt. Dass § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV hingegen auf den streitgegenständlichen Sachverhalt nicht anwendbar ist, ergibt sich zum einen schon aus dem Wortlaut der Norm, da es hier nicht um den Ausschluss des Teilnahmeantrags der ASt aufgrund fehlender Eignung eines von ihr benannten referenzgebenden Drittunternehmens geht. Zum anderen würde eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Norm auch auf Fälle eines qualitativ ausgestalteten Eignungswettbewerbs die Zielrichtung eines solchen Wettbewerbs, nämlich einer „Bestenauslese“ unter grundsätzlich geeigneten Unternehmen, konterkarieren.

§ 47 Abs. 2 Satz 3 VgV ist vom Wortlaut her nicht anwendbar, da hier kein Fall vorliegt, wonach das von der ASt benannte referenzgebende Drittunternehmen ein Eignungskriterium nicht erfüllt und daher zwingend oder fakultativ auszuschließen ist. Denn der Teilnahmeantrag der ASt entspricht den formalen Anforderungen, da die eingereichten Eignungsnachweise und -erklärungen der ASt auch in Bezug auf das referenzgebende Drittunternehmen vollständig sind (siehe zu den formalen Anforderungen Ziffer 6.1 des Informationsmemorandums). Des Weiteren erfüllt der Teilnahmeantrag auch die in der Vergabeunterlage aufgestellten Mindestanforderungen an die Eignung (siehe hierzu Ziffer 6.2 des Informationsmemorandums), so dass für die ASt und insbesondere auch das referenzgebende Drittunternehmen kein Ausschlussstatbestand gegeben war; der Teilnahmeantrag der ASt wurde dementsprechend der Eignungsbewertung gemäß den Wertungskriterien unter Ziffer 6.3 des Informationsmemorandums unterzogen.

Soweit die ASt geltend macht, § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV gelte uneingeschränkt auch für die hier vorliegende Fallkonstellation eines wettbewerblich ausgestalteten Teilnahmewettbewerbs, dessen Ziel die Auswahl der vier am besten geeigneten Bewerber ist, vermag die Vergabekammer dem nicht zu folgen. Angesichts des Umstands, dass es sich bei der Norm um eine Ausnahme von der grundsätzlich nicht zulässigen Nachbesserung von Teilnahmeanträgen handelt (siehe hierzu § 56 Abs. 2 VgV), die ausschließlich Bewerber privilegiert, die sich der Eignungsleihe bedienen, ist die Norm entsprechend eng auszulegen. Vor diesem Hintergrund kommt eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs im konkreten Fall nicht in Betracht, weil die Anwendung der Norm die hier gewählte (und vergaberechtlich zulässige) Verfahrensausgestaltung konterkarieren würde. Denn durch einen für diesen Fall anzuerkennenden Nachforderungsanspruch wäre ein auf eine „Bestenauslese“ ausgerichteter Eignungswettbewerb kaum mehr möglich, weil durch den dann für alle Bewerber gleichermaßen gegebenen Nachforderungsanspruch die Teilnahmeanträge in qualitativer Hinsicht zwangsläufig nivelliert würden und damit das nur für Ausnahmefälle zulässige Losverfahren (hierzu OLG Rostock, Beschluss vom 1. August 2003, 17 Verg 7/03) zur Regel würde.

- c) Entgegen der Auffassung der ASt enthalten weder die Teilnahmeanträge der Bg zu 1) bis 4) noch die Vergabeakten Anhaltspunkte dafür, dass die Ag nur den Teilnahmeantrag der ASt, nicht aber auch die übrigen Teilnahmeanträge an dem oben unter a) ausgeführten strengen Verständnis des Betriebs eines Mautsystems gemessen und damit den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt hat. Die von der ASt in tatsächlicher Hinsicht geäußerten Vermutungen, warum die Referenzprojekte der anderen Bewerber nicht als betriebene Mautsysteme qualifizieren sollten, finden in den Vergabeunterlagen keine Stütze.
3. Soweit die Bg zu 2), zu 3) und zu 4) Akteneinsichtsansprüche nach § 165 Abs. 1 GWB gestellt haben, sind diese mit Blick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der ASt nach § 165 Abs. 2 GWB abzulehnen und entsprechende Akteneinsicht zu versagen, zumal die Bg im Rahmen des Schriftsatzvortrags der Verfahrensbeteiligten von allen entscheidungserheblichen Tatsachen Kenntnis erlangt haben.

Soweit die ASt im Anschluss an die seitens der Vergabekammer gewährte Akteneinsicht die Einsicht in weitere Aktenbestandteile gefordert hat, war auch dem nicht zu entsprechen.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Vergabekammer ihres Erachtens nach diejenigen Aktenbestandteile, die ihr vorliegen und die den Entscheidungsfindungsprozess seitens der Ag dokumentieren, der ASt im Wege der Akteneinsicht zur Verfügung gestellt hat. Akteneinsicht in die Wertung der übrigen Teilnahmeanträge war der ASt aufgrund darin enthaltener Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg zu 1) bis 4) und mangels belastbarer Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Bewertung zu Lasten der ASt zu versagen.

III.

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

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht zudem der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, der unterliegenden ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg zu 3) und zu 4) aufzuerlegen. Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zu den Bg schon dadurch begründet, dass sie eine Besserbewertung ihres eigenen Teilnahmeantrags und in der Folge einen Losentscheid mit möglichem Ausschluss einer Bg aus dem Vergabeverfahren begehrt. Die Bg zu 3) und zu 4) haben zudem eigene Sachanträge gestellt und sich durch substantiellen Schriftsatzvortrag aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05; Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Die Bg zu 1) und zu 2) haben demgegenüber auf Sachanträge und eine aktive Beteiligung am Vergabeverfahren verzichtet, so dass die ASt deren Aufwendungen nicht zu tragen hat.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten jeweils durch die Ag, die Bg zu 3) und die Bg zu 4) war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen zur Auslegung von Vergabeunterlagen sowie der vorliegend zu treffenden Auswahlentscheidung unter den geeigneten Bewerbern, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

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

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

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Ohlerich