



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 – 74/17

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Briefdienstleistungen [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Stertz auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juli 2017 am 2. August 2017 beschlossen:

1. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht wird der Antragsgegnerin aufgegeben, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und auf der Basis überarbeiteter Wertungsvorgaben neue Angebote einzuholen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) je zur Hälfte.
3. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin werden gegeneinander aufgehoben.
4. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen.
5. Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter der Antragstellerin, der Antragsgegnerin und der Beigeladenen war notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

Mit europaweiter Bekanntmachung vom [...] im offenen Verfahren Briefdienstleistungen (Abholung, Transport und Zustellung von Briefsendungen bis 1000 Gramm), aufgeteilt in 15 Lose, aus. Streitgegenständlich ist im vorliegenden Nachprüfungsverfahren das Los 3 – [...]. Das streitgegenständliche Los bezieht sich auf die bundesweite Zustellung von maschinell in dieser Postdruckstraße gefertigten Sendungen, die aus dem [...] heraus zu versenden sind; die Zustellung manuell gefertigter Sendungen wird von den Losen 5 bis 15 erfasst. Die Antragstellerin (ASt) ist beim streitgegenständlichen Los die derzeitige Auftragnehmerin.

1. Bestandteil der Vergabeunterlagen sind u.a. die Leistungsbeschreibung sowie ein Leistungsverzeichnis. Der Leistungsbeschreibung beigelegt ist eine Prozessbeschreibung des Ist-Zustandes für jedes Los, die sich mit den Besonderheiten bei dem jeweiligen [...] befasst und die einzelnen Abläufe darlegt. Hintergrund ist, dass die Abläufe je nachzeitigem Auftragnehmer in den einzelnen Losen variieren, so beispielsweise der Einsatz unterschiedlicher Software für die digitale Entrichtung der Portogebühr oder eine andere Logistik für die Sortierung der Briefsendungen (einmal nach Postleitzahlen, einmal nach

Zustellbezirken). Die Prozessbeschreibung des Ist-Zustands dient den Bietern dazu, für den Fall des Wechsels des Auftragnehmers zu erkennen, welche Anpassungsmaßnahmen erforderlich werden; auf diese Anpassungen beziehen sich auch einige der qualitativen Wertungskriterien.

Die Leistungsbeschreibung sieht unter Ziffer 2.3 vor, dass der Zutritt zu Mehrfamilienhäusern, sogenannten Schlüsselhäusern, gewährleistet sein muss. Ferner hat die bundesweite Zustellung für 95 % der Briefsendungen (außer Massendrucksendungen) nach den Vorgaben innerhalb von zwei Werktagen zu erfolgen, wobei als Grundlage hierfür § 2 Nr. 3 der Postuniversaldienstleistungsverordnung (PUDLV) plus eines zusätzlichen Werktages herangezogen werde. Bei Massendrucksendungen beträgt die maximale Zustellzeit 4 Tage. Hieraus, so die Leistungsbeschreibung, ergäbe sich, dass die Zustellung von sämtlichen Briefsendungen (außer den Massendrucksendungen), die freitags abgeholt würden, spätestens montags zu erfolgen habe.

Nach Ziffer 2.4 der Leistungsbeschreibung müssen unzustellbare Sendungen „soweit möglich“ an die neu ermittelte Adresse nachgesendet werden bzw. physisch an den angegebenen Absender zurückgesandt werden.

Nach dem Wertungsschema (S. 3 des Leistungsverzeichnisses) sind Bruttopreis und Qualität jeweils zu 50 % als Wertungskriterien vorgesehen. Für die Bewertung der Qualität ist die Einreichung eines „Auftragsbezogenen Konzepts“ durch die Bieter vorgesehen, das anhand der Anlage „Bewertungsmatrix für das Kriterium Qualität – Lose 1 bis 4“ bewertet wird und das einen Umfang von 30 DIN A4-Seiten bei 1,5 zeiligem Zeilenabstand in Schriftgröße 11 Arial nicht übersteigen „sollte“. Die Bewertungsmatrix enthält insgesamt zehn Blöcke mit Angaben, welche das Qualitätskriterium näher ausdifferenzieren und darlegen, zu welchen Aspekten die Bieter Angaben in ihren Konzepten machen sollen. Die jeweilige maximale Punktzahl pro Block wird angegeben sowie des Weiteren der Bewertungsmaßstab, welche Voraussetzungen das Konzept erfüllen muss, um welchen Punktwert zu erreichen. Die zehn Wertungsblöcke beziehen sich auf folgende Aspekte, wobei jeweils weitere Erläuterungen enthalten sind:

- Nr. 1: Beschreibung der vorbereitenden Maßnahmen zur Auftragsübernahme
- Nr. 2: Darstellung der zu realisierenden Softwareanpassungen

- Nr. 3: Darstellung der zu realisierenden Änderungen an der internen Logistik
- Nr. 4: Prozessbeschreibung, Organisation sowie Qualitätssicherung der gesamten in der Leistungsbeschreibung dargelegten Anforderungen für den Briefversand von den Standorten der angebotenen Lose
- Nr. 5: Maßnahmen zur Wahrung des Briefgeheimnisses
- Nr. 6: Angaben zur Reaktion auf Betriebsstörungen und außergewöhnliche Vorkommnisse während der Vertragsausführung
- Nr. 7: Umgang mit Veränderungen von Arbeitsabläufen bzw. mit Leistungsstörungen, deren Prävention und Beseitigung (Reklamationskonzept)
- Nr. 8: Darstellung des Umgangs mit Versandspitzen
- Nr. 9: Darstellung einer verkürzten Zustellzeit
- Nr. 10: Darstellung einer Sendungsverfolgung

Für die ersten drei Wertungsblöcke konnten die Bieter jeweils maximal 16 Wertungspunkte, mithin insgesamt 48 Punkte erhalten, weitere 5 Punkte im Unterkriterium 4. Insgesamt war die Vergabe von 100 Punkten bei der qualitativen Bewertung des Konzeptes vorgesehen. Derjenige Bieter mit der höchsten erreichten Leistungspunktzahl erhält nach den Vorgaben unabhängig von der tatsächlich erreichten Punktzahl 100 Punkte, die Leistungspunktzahlen aller anderen Bieter werden zu der Leistungspunktzahl des qualitativ führenden Angebots in Relation gesetzt und mit 100 multipliziert.

Insgesamt wurden für das streitgegenständliche Los 3 drei Angebote abgegeben, darunter dasjenige der ASt. Mit Schreiben vom 22. Juni 2017 wurde diese nach § 134 Abs. 1 GWB informiert, dass der Zuschlag für Los 3 auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) vorgesehen sei. Das Angebot der ASt sei nicht das wirtschaftlichste gewesen. Hierfür sei der Preis ausschlaggebend gewesen, bei der Konzeptbewertung habe die ASt die Höchstpunktzahl erreicht.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 30. Juni 2017 rügte die ASt das Wettbewerbsergebnis, da die Bg Vorgaben der Leistungsbeschreibung nach Kenntnis der ASt nicht erfüllen könne.

2. Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten ebenfalls vom 30. Juni 2017 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag, welcher der Ag am selben Tag übermittelt wurde.

a) Die ASt legt zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags u.a. dar, dass der Auftragswert im Multi- Millionenbereich liege, womit der Auftragschwellenwert für die europaweite Vergabe bei Weitem überschritten sei.

In der Sache beanstandet die ASt im Einzelnen folgende Punkte:

- In Bezug auf das Wertungsverfahren sei einmal nicht ersichtlich, dass bei der Öffnung der Angebote die nach § 55 VgV geforderten zwei Vertreter anwesend gewesen seien. Da dieser Fehler nicht behebbar sei, müsse das Verfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurück versetzt werden. Aus dem Vergabevermerk ergebe sich des Weiteren nicht, dass die Wertung aller Angebote durch die identischen Personen vorgenommen worden sei; es sei damit nicht sichergestellt, dass die Bewertung aller Angebote nach identischen Maßstäben erfolgt sei und damit dem Gleichheitsgrundsatz entsprochen werde.
- Das Angebot der ASt sei inhaltlich vergaberechtswidrig bewertet worden.

Bezüglich der Unterkriterien 1 bis 3, bei denen es um Umrüstungsmaßnahmen und Anpassungsaufwände bei der Übernahme durch einen neuen Dienstleister gehe, sei der Punktabzug falsch, weil derartige Maßnahmen aufgrund der Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen analog zum beschriebenen Ist-Zustand durch die ASt selbst im Falle der Fortführung nicht erforderlich würden. Die Ag habe letztlich die Angebot der ASt und der Bg am falschen Maßstab gemessen, so dass diese erneut anhand des bekannt gemachten Maßstabs zu bewerten seien. Es komme daher auch nicht darauf an, dass die ASt – absolut betrachtet – bereits die optimale Leistungspunktzahl bei der Qualität erhalten habe Im Einzelnen:

Beim Unterkriterium 1 – „Vorbereitende Maßnahmen zur Auftragsausführung“ – sei aufgrund der bisherigen Leistungen durch die ASt kein Handlungsbedarf gegeben, es gäbe keine Veränderung zum bisherigen Verfahren, sondern es gehe um die Fortführung des bisherigen Verfahrens. Hier hätte die ASt lediglich

den Ist-Zustand beschreiben können, welcher der Ag jedoch schon bekannt sei. Ein Mehrwert sei durch die Wiederholung der Leistungsbeschreibung nicht ersichtlich.

Gleiches gelte für das Unterkriterium 2 – „Darstellung der zu realisierenden Softwareanpassungen“. Die ASt habe beschrieben, dass ihr IST-Zustand bereits den Vorgaben entspreche, um eine portooptimierte Aufbereitung von Sendungen im Rahmen der Konsolidierung erfüllen zu können, so dass nur noch die Konsolidierungs-Kennnummer auf den Sendung aufgebracht werden müsse. Sie habe in Bezug auf den im Druckprozess integrierten Aufdruck einen einmaligen geringen Änderungsbedarf zum Ausdruck gebracht, so dass dessen Umfang klar definiert worden sei.

Beim Unterkriterium 3 – „Änderungen in der internen Logistik“; gebe es infolge der reinen Auftragsfortführung im Zuschlagsfall jeweils keinen Anpassungs- bzw. Umrüstungsbedarf, der hätte beschrieben werden können. Der Zusatz „u.E.“ enthalte somit keine, den Änderungsbedarf relativierende Einschränkung seitens der ASt. Sie dürfe daher nicht mit Punktabzügen bestraft werden, die volle Punkthöhe sei auch hier gerechtfertigt.

- Das Angebot der Bg sei vergaberechtswidrig als zu gut bewertet worden.
  - Es erfülle die Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung nicht und müsse nach § 54 Abs. 1 Nr. 4 VgV ausgeschlossen werden. Die Laufzeitvorgabe E+2 zu 95 % könne nicht erfüllt werden, was der ASt aus dem Markt bekannt sei; die Bg verfüge über wenige eigene Zusteller und binde ansonsten 140 Zustellpartner des Zustellnetzwerkes Mail Alliance als Nachunternehmer ein, die ihrerseits auf Nach-Nachunternehmer zurückgriffen, die teils rechtlich selbständige Unternehmen seien; der Bg stünden hier keine Weisungs- oder Durchgriffsrechte zu. Jede Schnittstelle führe zu Zeitverzögerungen in der Logistikkette, so dass tatsächlich eine Laufzeit der Sendungen von vier Tagen wahrscheinlich sei. Soweit sich die Bg auf die Möglichkeit der Einlieferung von Sendungen bei der [...] zurückziehe, sei ihr Konzept jedoch insbesondere unter Berücksichtigung ihres evidenten Preisvorteils nicht mehr schlüssig. Schon um den von ihr kalkulierten Kostenrahmen nicht zu sprengen, müsse die Bg die weit überwiegende Sendungsmenge ohne die Schützenhilfe der [...] organisieren. Eine Studie [...] aus dem Jahr 2014,

welche die ASt vorlegt und die in der Sache – was die ASt im Einzelnen darlegt – nach wie vor belastbar konkret in Bezug auf die Bg sei, belege, dass der Bg mit dieser Organisation die Einhaltung des geforderten Zustellziels, dessen Erreichung mit immensen Kosten verbunden sei, nicht möglich sein werde. Auch wenn die Bg zwischenzeitlich Verbesserungen vorgenommen habe, sei eine Steigerung auf die Einhaltung der E+2-Laufzeit nicht realistisch. [...]. Die Ag dürfe daher auch Versprechungen in deren Angebot nicht blind vertrauen; es bestünden zudem erhebliche Zweifel an der Angemessenheit der von der Bg angebotenen Preise.

Die Bg könne auch nicht wie gefordert den Zutritt zu den sog. Schlüsselhäusern gewährleisten, was der ASt ebenfalls aus dem Markt bekannt sei; die Bg und ihre Kooperationspartner hätten schon aufgrund des administrativen Aufwands nur über einen Bruchteil der Häuser die Schlüsselgewalt, was zu erheblichen Zustellproblemen führe. Die optionale Möglichkeit der Zugangverschaffung durch Klingeln bei den Bewohnern sei die Regel, die allerdings bei der Zustellung über Zeitungsverlage aufgrund der in den frühen Morgenstunden erfolgenden Zeitungszustellung ausscheide. In schwierigen Zustellsituationen griffe die Bg auf die Leistungen der [...] zurück, was dann jedoch wiederum höhere Kosten für die Bg auslöse.

Aus dem Markt sei der ASt bekannt, dass die Bg am Montag generell keine Sendungen zustelle, so dass sie die für auf am Freitag abgeholte Sendungen aufgestellten Zustellvorgaben ebenfalls nicht erfülle. Gleiches gelte für die meisten der Zustellpartner der Bg, so dass deren Einlassung, die Sendungen an die Zustellpartner zu übergeben, die auch montags zustellten, eine Zustellung am Montag als auch nicht durchgängig gewährleistet erscheinen lasse.

Ebenso wenig könne die Bg, wie in Ziffer 2.4 der Leistungsbeschreibung gefordert, die Nachsendung unzustellbarer Sendungen „soweit möglich“ gewährleisten. Aus der Homepage der Bg ergebe sich, dass diese generell keine Nachsendungen anbiete, womit die Vorgabe Nachsendung „soweit möglich“ nicht erfüllt werde. Soweit sich die Bg im Nachprüfungsverfahren auf ihren gesetzlichen Anspruch zur Nutzung der

[...] berufe, so nehme die Bg nach den Erfahrungen der [...] diese kostenpflichtige Möglichkeit nur gelegentlich in Anspruch.

- Es sei beim Unterkriterium“ Qualitätssicherung“ davon auszugehen, dass die Ag zugunsten der Bg von einem falschen Sachverhalt ausgegangen sei. Es sei anzunehmen, dass die Bg in ihrem Angebot nicht dargestellt habe, mit welchen Maßnahmen sie Verzögerungen und Fehler angesichts der Vielzahl von Schnittstellen zu Nachunternehmern und Kooperationspartnern – deren große Anzahl per se zwar nicht negativ zu bewerten sei – vermeiden wolle. Koordinationsschwierigkeiten und Verzögerungs- wie Fehlerquellen seien anders als bei Abwicklung des gesamten Sendungsprozesses durch ein einziges Unternehmen die Konsequenz, was die Vergabekammer Sachsen in einem von der ASt zitierten Beschluss auch anerkannt habe. Es verblieben erhebliche Zweifel, ob die Bg auch angesichts des ungleich höheren Auftragsvolumens in ihrem Angebot Angaben zum Schnittstellenmanagement gemacht habe, die eine sehr gute oder auch nur gute Bewertung rechtfertigten. Ferner seien die Zustellbezirke bei der Bg größer als bei der ASt und die Bg setze in geringer besiedelten Gebieten meist Zeitungszusteller für die Auslieferung ein, was geeignet sei, sich aus folgenden Gründen negativ auf die Leistungsqualität auszuwirken: keine Ausbildung der Zusteller wie echte Postzusteller, geringerer Vertrautheitsgrad mit den örtlichen Gegebenheiten, weniger starke Identifizierung der Zusteller mit ihrem Arbeitgeber aufgrund geringfügiger Beschäftigung, hohe Fluktuationsrate, Probleme bei der Personalakquise wegen unattraktiver Nacharbeit. Ferner gebe es erhöhte Gefahren für Laufzeitverzögerungen wegen fehlerhafter Sortierung der auszuliefernden Post. Das Angebot der Bg hätte hier allenfalls mit 2 Punkten („Eine eher unbefriedigende Aufgabenerledigung ist zu erwarten“) bewertet werden dürfen.

Im Unterkriterium 5 („Briefgeheimnis“) bestünden bei der Bg mangels einer durchgängigen Prozessorganisation infolge der Einbindung von ca. 140 Zustellpartnern keine einheitlichen Standards für den Umgang mit den sensiblen Sozialdaten. Presseberichte über eine Tochtergesellschaft der Bg belegten die mangelnde Beherrschbarkeit der Zustellpartner bei

der Wahrung des Briefgeheimnisses. Allenfalls 3 Punkte („befriedigende Aufgabenerledigung“) seien hier gerechtfertigt.

Beim Unterkriterium 6 („Reaktion auf Betriebsstörungen und außergewöhnliche Vorkommnisse“) sei zu berücksichtigen, dass die ASt über 82, die Bg nur über 10 Sortierzentren verfüge, die es ermöglichen, den Ausfall einzelner Maschinen zu kompensieren. Bezüglich möglicher Personalausfälle sei auf die geringe Anzahl eigener Zusteller der Bg zu verweisen. Der jetzt in Aussicht gestellte Auftragsrahmen sei ungleich größer als in der Vergangenheit, so dass vor dem Hintergrund der sehr knapp bemessenen Kapazitätsreserven der Bg nicht erwartet werden könne, dass sie auf Betriebsstörungen ad-hoc werde reagieren können. Gleiches gelte für den Fuhrpark. Eine kurzfristige Inanspruchnahme der ASt sei der Bg nicht ohne Qualitätseinbußen möglich. Die Bg hätte hier nur 2 Punkte verdient.

Beim „Reklamationsmanagement“ (Unterkriterium 7) habe die Ag möglicherweise nicht berücksichtigt, dass die ASt über ein dezentralisiertes Reklamationsmanagement mit Ansprechpartnern vor Ort verfüge, wohingegen die Bg lediglich ein zentralisiertes Reklamationsmanagement habe. Der Bg werde nicht gelingen, trotz des Abbaus von Kapazitäten bei steigendem Sendungsvolumen die geforderten Standards aufrecht zu erhalten; der Grad der Überforderung werde sehr viel früher erreicht werden und die Fehlerquoten würden überproportional steigen. Die Frage der Auskömmlichkeit stelle sich auch hier. Es stünden der Bg allenfalls 3 Punkte zu.

Im Unterkriterium 8 („Umgang mit Versandspitzen“) hätte das Angebot Bg allenfalls mit 2 Punkten bewertet werden dürfen, da die Bg über erheblich weniger Mitarbeiter verfüge als die ASt; für die Bewältigung vorübergehend sehr hoher Sendungsvolumina sei ein besonders großer Mitarbeiterstamm aber von erheblichem Vorteil. Die von der Bg hier angeführten Referenzaufträge gäben aufgrund des hier erheblich höheren Sendungsvolumens keine verlässlichen Anhaltspunkte.

0 Punkte hätte die Bg im Unterkriterium 9 („Darstellung einer verkürzten Zustellzeit“) erhalten müssen, denn die Bg sei – wie von der ASt bereits dargelegt – schon nicht in der Lage, das Zustellziel von E+2 für 95 % der

Sendungen zu erfüllen, verkürzte Zustellzeiten seien für die Bg also erst recht nicht darstellbar.

Die ASt beantragt:

1. der Ag zu untersagen, im Vergabeverfahren „Briefdienstleistungen [...], den Zuschlag für das Los 3 auf das Angebot der Bg zu erteilen;
2. die Ag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, die Angebotswertung in vergaberechtskonformer Weise unter Beachtung der Rechtsansicht der Vergabekammer zu wiederholen;
3. hilfsweise: andere geeignete Maßnahmen zur Verhinderung einer Rechtsverletzung der ASt zu treffen;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der ASt aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB für notwendig zu erklären.

Ferner beantragt die ASt,

ihr gemäß § 165 GWB Akteneinsicht zu gewähren.

b) Die Ag beantragt:

1. der ASt die Einsicht in die Akten zu versagen.
2. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
3. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen,

4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag notwendig war.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Die Wertung der Angebote sei vergaberechtskonform nach den aufgestellten Vorgaben erfolgt. Auch erfülle die Bg die sich aus der Leistungsbeschreibung ergebenden Anforderungen. Im Einzelnen:

Das Angebot der ASt sei vergaberechtskonform bewertet worden. Einer – wie von der ASt intendierten – Vergabe der vollen Punktzahl in allen Wertungsbereichen stehe schon der Beurteilungsspielraum der Ag entgegen. Der gesamte Vortrag der ASt gebe zu erkennen, dass sie sich selbst an die Stelle der Vergabestelle setzen und ihr eigenes Ermessen ausüben wolle. Dabei nehme die ASt zudem eine unzulässige Interpretation der Zuschlagskriterien vor. Darüber hinaus habe die ASt aufgrund der höchsten qualitativen Bewertung nach der Wertungssystematik bereits die volle Punktzahl bei der Qualität erhalten, so dass es ihr nur noch darum gehe, den relativen Abstand zur Bg zu erhöhen.

Im Unterkriterium 1 sei die Beschreibung der vorbereitenden Maßnahmen zur Auftragsübernahme erwartet worden, nicht wie die ASt meine die „Übernahme der Leistung durch einen neuen Dienstleister“. Bezugspunkt sei folglich der „Auftrag“, nicht jedoch ein neuer „Dienstleister“. Mangels entsprechender Einschränkung hätte für eine optimale Bewertung daher auch die ASt als Bestandsauftragnehmerin Angaben machen müssen, wie sie den vorhandenen Ist-Zustand umzusetzen gedenke. Hierbei habe die ASt jedoch im Wesentlichen Bezug genommen auf die bisherige Vertragsdurchführung und auf die fehlende Notwendigkeit von Veränderungen aufgrund der Eigenschaft der ASt als Bestandsauftragnehmerin. Die ASt verkenne den Bewertungsmaßstab, denn die rudimentäre Beschreibung von Vorbereitungsmaßnahmen führe keinesfalls zu einer vollen Punktzahl. Schon wohlwollend sei bei der ASt bewertet worden, welches Maß an Auftragserledigung zu erwarten sei. Trotz der allenfalls befriedigenden Darstellungen habe die ASt zwei Punkte mehr erhalten als für die Beschreibung eigentlich vorgesehen gewesen sei.

Auch dürfe die ASt nicht davon ausgehen, dass die das Angebot bewertenden Personen die Geschäftstätigkeit der ASt bereits kennen und mit der Aussage der unveränderten Fortführung auch in Zukunft den Entscheidern der Umstellungsaufwand zwangsläufig bewusst sei. Dies würde auch alle potentiellen Neu-Auftragnehmer benachteiligen. Auch der Bestandsauftragnehmer müsse

angesichts der technischen Entwicklung ggf. Anpassungen vornehmen, so dass auch aus diesem Grund der bloße Verweis auf die Vergangenheit unzureichend sei.

Im Unterkriterium 2 sei von den Bietern die zu realisierende Softwareanpassung, insbesondere der erforderliche Anpassungsaufwand bei den Ag unter Berücksichtigung bestimmter Mindestanforderungen erwartet worden. Hier beschreibe das Konzept der ASt, dass sie von einem einmalig geringen Änderungsaufwand ausgehe. Auch dies reiche für eine bessere Bewertung nicht aus.

Zum Unterkriterium 3 (Darstellung der zu realisierenden Änderungen an der internen Logistik, insbesondere des erforderlichen Anpassungsaufwands bei der Auftraggeberin(...)) habe die ASt lediglich einen einzigen pauschalen Satz abgegeben. Die darin enthaltene Aussage zur fehlenden Änderungsnotwendigkeit habe die ASt zudem durch die Angabe „u.E.“ relativiert und sie somit von gegebenenfalls bei der späteren Auftragsabwicklung abweichenden Erkenntnissen abhängig gemacht. Auch hier könne die ASt nicht die Höchstpunktzahl für sich reklamieren.

Das Angebot der Bg sei vergaberechtskonform bewertet worden.

- Ihr Angebot erfülle alle Vorgaben der Leistungsbeschreibung. Die der ASt aus dem Markt bekannten Behauptungen stellten pauschale Rügen ins Blaue hinein dar ohne Bezug zu den konkreten Angaben im Angebot der Bg. Die Bg habe, was die Ag im Einzelnen darlegt (Geschäftsgeheimnisse der Bg), die Erfüllung aller Anforderungen schlüssig dargelegt, auch im Hinblick auf die Einbindung von Partnerunternehmen. Die von der ASt dargestellten zeitlichen Abläufe der Zustellprozesse entsprächen weder dem Angebot der Bg noch den Erfahrungen der [...] mit der Bg, die seit 2014 Auftragnehmerin im hier nicht streitgegenständlichen Los 2 sei und die Leistungen vertragskonform sowie zur vollsten Zufriedenheit erbringe. Die [...] aus dem Jahr 2014, auf welche die ASt sich beziehe, besitze keine Aussagekraft, da sie veraltet sei und der Studie eine Messung von Massendrucksendungen mit dem Zustellziel E+2 zugrunde gelegen habe, wohingegen hier die diesbezügliche Zustellzeit E+4 betrage. Eine Nachsendung der Aufträge sei entgegen der Darstellung der ASt keine Mindestanforderung der Leistungsbeschreibung gewesen, Ziffer 2.4 der Leistungsbeschreibung erlaube vielmehr alternativ eine physische Rücksendung an den Absender.

- Die ASt trage vermeintliche Bewertungsfehler ins Blaue hinein vor. Tatsächlich habe die Ag das vollständige Angebot der Bg anhand der bekannt gegebenen Vorgaben bewertet. Bewertungsmaßstab sei eine sehr gute Qualität der eingereichten Konzepte, nicht die vorhandene Infrastruktur und Ausstattung der ASt. Die Ag sei aufgrund der mit der Bg gemachten Erfahrungen auch nicht gehalten, den der ASt „aus dem Markt bekannten“ Behauptungen nachzugehen.

c) Mit Beschluss vom 4. Juli 2017 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen.

Sie trägt vor, ihr Geschäftsmodell ermögliche die Erstellung projektbezogener, kundenindividueller Logistikmodelle. Sie könne insbesondere auch die Leistungen der [...] in Anspruch nehmen, die für die bundesweite Beförderung und Zustellung marktbeherrschend sei und daher nach § 28 PostG einem gesetzlichen Kontrahierungszwang unterliege. Sie werde die Zustelleistungen ihrer vertraglichen Kooperationspartner mit den öffentlich angebotenen Leistungen der [...] zur Auftragsausführungen kombinieren, was die Bg in ihrem Angebot ausführlich dargelegt habe.

Die Laufzeitanforderung E+2 für 95 % der Sendungen könne die Bg erfüllen. Die [...] Studie aus dem Jahr 2014 gebe für die zukünftige Leistungsfähigkeit der Bg im hier ausgeschriebenen Auftrag nichts her; die von der Bg angebotenen Lösungen, die im Einzelnen deren Geschäftsgeheimnis seien, richteten sich an den Leistungsanforderungen der Ag aus, nicht dagegen an nicht näher definierten Infopost-Standards.

Der Zugang zu den Schlüsselhäusern sei für die Bg mindestens ebenso gut gewährleistet wie für die ASt, da die Bg dieselben Zugangsmöglichkeiten habe wie die ASt, indem die Bg über die [...] zustellen lassen könne; zusätzlich verfüge die Bg aber noch über die Möglichkeiten der regional tätigen Zustellunternehmen. Sofern sich die ASt auf die Leistungen der von der Bg eingesetzten Zustellgesellschaften der Zeitungsverlage beziehe, handle es sich bei diesen um nach § 5 PostG lizenzierte Briefdienstleistungsunternehmen, die seit Jahren als Briefdienstleister tätig seien. Ihre Eignung für die Briefzustellung werde von der Bundesnetzagentur geprüft und überwacht, §§ 6, 9 PostG.

Die Bg werde am Freitag abgeholte Sendungen, die am Montag zuzustellen seien, an jene Zustellunternehmen übergeben, die am Montag zustellen, wie z.B. die [...].

Die Nachsendung nicht zustellbarer Sendungen biete die Bg an; der Vortrag der ASt, die Bg biete dies laut ihrer Homepage generell nicht an, sei aus dem Zusammenhang gerissen und unzutreffend; es gehe bei den dort in Bezug genommenen AGB-Produkten ausschließlich um Nachsendeaufträge potentieller Sendungsempfänger, wohingegen die Ag hier als Absender auftrete. Die Bg habe i.Ü. einen gesetzlichen Anspruch auf Nutzung der [...].

Die Zahl der bei der Bg zum Einsatz kommenden Subunternehmer, welche die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf bereits gewürdigt hat, könne keine Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Bg auslösen. Alle bundesweit tätigen Briefdienstleister nähmen Zwischensortierungen und Umladungen vor, so dass die Zahl der Zustellpartner nichts sage über ein Mehr oder Weniger an Schnittstellen. Für den Sendungsanteil, welcher nicht der [...] in ihrer Rolle als Marktbeherrscher übergeben werde, stelle das Konzepte der Bg effiziente Methoden der Steuerung unterschiedlicher Zustellpartner dar, die ihrerseits lizenzierte Briefdienstleistungsunternehmen seien.

Die Prozesse zur Wahrung des Briefgeheimnisses habe die Bg ausführlich dargestellt. Auch hier gelte, dass die Bg und die von ihr beauftragten Unternehmen durch die Bundesnetzagentur insbesondere auch auf die Wahrung des Briefgeheimnisses hin kontrolliert würden.

Das OLG Düsseldorf habe bereits 2011 bezüglich der Zustellzeitvorgabe festgestellt, dass aufgrund der Möglichkeit, die Dienstleistungen der [...] in Anspruch zu nehmen, eine zusätzliche Sicherung bestehe. Nichts anderes gelte hier bezüglich der Reaktionsmöglichkeiten auf Betriebsstörungen, bei denen die ASt fehlende Auffangkapazitäten der Bg beanstande.

Die Bg biete ein detailliertes Reklamationskonzept an und wisse mit Versandspitzen umzugehen, wie nicht zuletzt der Referenzaufträge u.a. im [...] (Los 2) zeigten (Parallelverfahren VK 2 -72/17).

3. In der mündlichen Verhandlung am 24. Juli 2017 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert. Der ASt wurde im Nachgang zur Verhandlung ergänzende Akteneinsicht gewährt in den Ablauf des Wertungsverfahrens. Ferner benannte die Ag die Personen namentlich, die die Bewertung (u.a.) in Los 3 vorgenommen hatten, allerdings zur Wahrung von deren Persönlichkeitsrechten nicht zur Weitergabe an die ASt bestimmt. Den Vortrag von ASt und Ag, der im Nachgang zur Verhandlung in diversen Schriftsätzen noch ausgetauscht wurde,

hat die Vergabekammer zur Kenntnis genommen, weil Ausgangspunkt hierfür die nach der Verhandlung gewährte Akteneinsicht war. Inhaltlich geht es dabei im Wesentlichen um formale Details des Wertungsprozesses, z.B. um die Durchführung der Wertung durch die identischen Personen pro Los. Angesichts des Inhalts der vorliegenden Entscheidung, wonach das Vergabeverfahren zurückzusetzen ist, kommt es auf diesen Vortrag in der Sache nicht entscheidungserheblich an, denn die Wertung hat keinen Bestand. Ein erneuter Eintritt in die mündliche Verhandlung ist vor diesem Hintergrund nicht angezeigt.

Auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, auf die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, in der Sache aber weitgehend unbegründet.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist unstrittig und eindeutig gegeben, so dass es diesbezüglich keiner vertieften Darlegung bedarf. Der für die europaweite Vergabe relevante Auftragsschwellenwert ist bei Weitem überschritten. Entgegen der Ansicht der Ag ist dabei jedoch nicht der Schwellenwert von 750.000 Euro maßgeblich (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. d) RL 2014/24/EU i.V.m. Anhang XIV), da es sich bei den streitgegenständlich zu vergebenden Leistungen nicht ausschließlich um besondere Dienstleistungen i.S.d. § 130 GWB handelt. Zwar werden in Anhang XIV der RL 2014/24/EU auch „Postdienste“ (CPV 64110000-0) und „Briefpostdienste“ (CPV 64112000-4) als besondere Dienstleistungen im Sinne des Art. 74 RL 2014/24/EU aufgezählt. Das Sonderregime des § 130 GWB, Art. 74 RL 2014/24/EU greift jedoch nur dann, sofern die auszuschreibenden Leistungen neben „Post- bzw. Briefdiensten“ nicht auch Leistungen umfassen, die im Anhang nicht genannt sind. Dies ist hier aber der Fall, da maßgeblicher Teil der Leistungserbringung die Postzustellung (CPV 64121100-1) und die Postbeförderung auf der Straße (CPV 60160000-7) ist, die wiederum nicht über § 130 GWB und den Anhang XIV für die vergaberechtliche Privilegierung in Bezug genommen werden. Bei dem Begriff der „Briefpostdienste“ handelt es sich mithin nicht um einen Oberbegriff, der sämtliche Leistungen im Zusammenhang mit „Briefen“ im Allgemeinen abdecken würde. Nach Art.

2 Nr. 1 der Post-RL 97/67/EG werden „Postdienste“ als Dienste **im Zusammenhang** mit (u.a.) Transport und Zustellung definiert, so dass auch aus dem postrechtlichen Verständnis heraus nicht der Transport der Briefe und deren Zustellung selbst, sondern z.B. Konsolidierungsleistungen „im Zusammenhang“, wie z.B. das Verpacken oder Frankieren, „Postdienste“ darstellen können. Vergaberechtlich liegen somit nicht ausschließlich besondere Dienstleistungen vor. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 130 GWB (vgl. BR-Drs. 367/15, S. 137) gilt bei einem derartigen Zusammentreffen privilegierter und nicht privilegierter Tätigkeiten vollumfänglich das strengere allgemeine Vergaberecht und damit auch der allgemeine Schwellenwert für Dienstleistungen gemäß Art. 4 lit. c) der RL 2014/24/EU i.H.v 209.000 Euro (Delegierte Verordnung der EU 2015/2170 der Kommission vom 24. November 2015). Dieses Ergebnis deckt sich mit § 111 Abs. 4 Nr. 1, 1. HS GWB, denn der Hauptgegenstand des Auftrags liegt im Transport sowie in der Auslieferung der Poststücke, die nicht unter die in Anhang XIV der Richtlinie genannten CPV-Codes fallen.

Die ASt hat die Bewertung nach Erhalt der Information gemäß § 134 GWB innerhalb der Zehn-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt. Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB wurde nicht in Gang gesetzt, da die Ag aufgrund der zeitlichen Abläufe vor Stellung des Nachprüfungsantrags nicht mehr auf die Rüge reagieren konnten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist bezüglich der Wertung in den Unterkriterien 1 – 3 des Loses 3 mangels Transparenz der Vorgaben begründet. In Bezug auf das weitere Vorbringen ist der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
  - a) Bei den qualitativen Wertungsunterkriterien 1 – 3 hat die Ag das Konzept der ASt mit einer jeweils überdurchschnittlichen Punktzahl bewertet, aber nicht mit der Höchstpunktzahl. Der zentrale Gesichtspunkt, der bei diesen drei Unterkriterien von der Ag angeführt wird, ist zusammengefasst dargestellt das Argument, dass die ASt entgegen der Erwartungen der Ag nicht detailliert vorbereitende Maßnahmen zur Auftragsübernahme, zur Softwareanpassung und zur Änderung der internen Logistik dargestellt habe; die ASt habe sich vielmehr darauf beschränkt, die bisherige Auftragsausführung darzulegen und darauf zu verweisen, dass es keine Änderungen geben werde. Diese Darstellung der ASt sei unzureichend, da die vorbereitenden Maßnahmen unvollständig beschrieben worden seien. Das an dieser Stelle offenbarte Verständnis der Ag von ihren Wertungsvorgaben deckt sich indes nicht vollständig mit deren objektivem Erklärungsgehalt:

aa) Die drei Unterkriterien stehen jeweils unter der Überschrift der „Auftragsübernahme“. Ausdrücklich wird dies im Unterkriterium 1 auch so verbalisiert (Anm.: Hervorhebungen nur hier): „Beschreibung der vorbereitenden Maßnahmen zur Auftragsübernahme“. Aber auch die Unterkriterien 2 und 3 ergeben, dass es um einen Anpassungsaufwand geht, der infolge der Auftragsübernahme ansteht, so Unterkriterium 2: „Darstellung der zu realisierenden Softwareanpassung(en), insbesondere des erforderlichen **Anpassungsaufwands** bei der Auftraggeberin unter Berücksichtigung der Mindestanforderungen. Aus der Darstellung soll hervorgehen, **ob** und inwiefern für die Auftragserfüllung eine Softwareanpassung erforderlich ist (...), welcher personelle Aufwand bei der Auftraggeberin während der **Umrüstung** entsteht; wie die Übergabe/Einweisung in die **neuen Softwarekomponenten** erfolgt (...).“ Unterkriterium 3, das sich auf „zu realisierende **Änderungen** an der internen Logistik“ bezieht, nimmt ebenfalls Bezug auf erforderliche Umrüstungen: „Aus der Darstellung soll hervorgehen, **ob** und inwiefern für die Auftragserfüllung technische **Änderungen** an den Kuvertiermaschinen und/oder dem Postboxensystem erforderlich sind. **Falls ja**, sind vor allem die Art und Umfang der Änderung, der zeitliche Ablauf der **Umrüstung**, der **personelle Aufwand bei der Auftraggeberin während der Umrüstung** sowie eventuelle Änderungen am täglichen Ablauf zu beschreiben.“

Zwar wird der Begriff der „Darstellung“ verwendet. Bezugspunkt der geforderten Darstellung sind aber nicht die Abläufe während der Auftragsdurchführung, sondern – wie ausgeführt – vielmehr die Implementierung und Integration des Systems des zukünftigen Auftragnehmers [...], also die reine Phase der Auftragsübernahme. Um allen Bietern, also auch den Nicht-Bestandsauftragnehmern zu ermöglichen, zu diesen Punkten Ausführungen machen zu können, hat die Ag die jeweilige Ist-Situation [...] in Prozessbeschreibungen dokumentiert, welche den Bietern an die Hand gegeben wurden und auf die in den Wertungsunterkriterien Bezug genommen wird. In einer Gesamtschau wird damit deutlich, dass es hier um den Aufwand oder auch den Änderungsbedarf geht, der infolge der Auftragsübernahme durch den zukünftigen Auftragnehmer für die Ag in dem [...] entsteht. Es ist im Konzept zunächst einmal auszuführen, ob es überhaupt einen Anpassungsaufwand gibt; „falls ja“, sind die Änderungen, Umrüstungen, Aufwand bei der Ag etc. zu beschreiben. Im Gegenschluss ergibt sich daraus, dass bei Verneinung des „Ob“ – also laut Konzept besteht kein Umrüstungsbedarf etc. infolge der Auftragsübernahme – auch keine Darstellungen über Umfang, personellen Aufwand etc. zu machen sind.

Ein derartiges Verständnis aus dem objektiven Empfängerhorizont heraus, wonach hier der reine Umstellungsaufwand erfasst werden sollte, ist auch nicht abwegig, denn die Umstellung von einem Postdienstleister auf einen anderen kann aufgrund unterschiedlicher Abläufe bei den einzelnen Unternehmen, z.B. der Verwendung anderer Software, durchaus mit Reibungsverlusten und Aufwand für den Auftraggeber verbunden sein. Für die Bewertung der Konzepte in Bezug auf die dauerhafte Durchführung des Postdienstleistungsauftrags während der Vertragslaufzeit gibt es ein gesondertes Kriterium, nämlich das Unterkriterium 4: „Prozessbeschreibung, Organisation sowie Qualitätssicherung“, wo Bezug genommen wird auf die „gesamten in der Leistungsbeschreibung dargelegten Anforderungen für den Briefversand von den Standorten der angebotenen Lose“ und Angaben erwartet werden zu „Prozessabläufen inklusive aller Teilabläufe, Schnittstellen und zur Qualitätssicherung im Hinblick auf die Abholung, Bearbeitung, Beförderung und Zustellung zum Empfänger bzw. zur Auflieferung bei der [...]“.

Dieses Verständnis hatte auch die ASt, die in Los 3 bisherige Auftragnehmerin ist. Ausweislich des Konzepts des dritten, hier nicht verfahrensbeteiligten Bieters hat dieser die Vorgabe – ohne Vorauftragnehmer zu sein – ebenfalls im Sinne der ASt verstanden, dass bei den Unterkriterien 1 - 3 ausschließlich der Änderungsaufwand anzugeben war bzw. dass für den Fall, wonach der Bieter keine Änderungen in den Abläufen wie von der Ag in den „Prozessabläufen“ [...] beschrieben für erforderlich hielt, eine reine Negativanzeige vorzunehmen war. Es ist auch plausibel, dass die ASt angesichts der vorgegebenen Begrenzung der Seitenzahl für die Konzepte auf 30 Seiten an dieser Stelle keine vertieften Ausführungen machte, da sie nicht beabsichtigte, Änderungen vorzunehmen und den Fokus ihrer Darstellungen auf die anderen Unterkriterien legte; die Ag führt zwar an, dass die Seitenzahlbegrenzung nur eine Soll-Bestimmung darstellte, allerdings mit exakter Vorgabe von Schriftgröße und Schriftart sowie Zeilenabstand. Vor diesem Hintergrund ist es durchaus richtig, dass die ASt die Seitenzahlbegrenzung ernst genommen und sich hieran gehalten hat, andernfalls sie befürchten musste, wegen Nichteinhaltung gesetzter Vorgaben vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Unabhängig davon, ob ein solcher Ausschluss zu Recht oder zu Unrecht erfolgt wäre, was hier nicht zur Diskussion steht, ist aus Bietersicht das Bestreben nachvollziehbar, derartige Probleme schon im Ansatz zu vermeiden.

bb) Nicht zu diesem Verständnis der Erfassung eines reinen Umstellungsaufwands passt allerdings die in den relevanten Wertungsunterkriterien 1 – 3 zu

erreichende Höchstpunktzahl von jeweils 16 Punkten, bei allen drei Kriterien also insgesamt 48 Punkte. Dies stellt fast die Hälfte der maximalen Gesamtpunktzahl von 100 Punkten dar. Auch wenn der Umstellungsaufwand, wie dargelegt, durchaus ein relevanter Aspekt ist und seine Berechtigung hat, so wird eine nahezu hälftige Punktekonzentration auf die verschiedenen Aspekte des reinen Übernahmeprozesses den Wertigkeiten nicht gerecht. Gerade bei einem Postdienstleistungsauftrag, der ausweislich der Bekanntmachung für jeweils sechs Jahre ([...]) und damit für einen langen Zeitraum vergeben wird, passt es nicht, die „Prozessbeschreibung“, also die Abwicklung des Auftrags während der Vertragsdurchführung, lediglich mit fünf Leistungspunkten zu versehen, die reine Übergangsphase dagegen mit insgesamt 48 Punkten. Zu betonen ist, dass es an dieser Stelle nicht um eine Aussage darüber geht, ob die Ag hier die Grenzen ihrer Freiheit zur Festlegung von Wertungskriterien und deren Gewichtung überschritten hat. Nicht die Vergaberechtskonformität der Gewichtung der Wertungsunterkriterien ist hier zu beurteilen, sondern es geht um die Frage, ob der verständige Bieter, der den objektiven Empfängerhorizont prägt, anhand dieser Bepunktung hätte erkennen können oder gar müssen, dass die Ag in den Unterkriterien 1 – 3 eigentlich etwas anderes gemeint haben muss und andere Aspekte der Leistungserbringung erfassen wollte als den reinen Umstellungsaufwand. Die Erkennbarkeit ist sicher zu bejahen, da dieses Missverhältnis in den zugeordneten Leistungspunkten auffallen konnte. Von einem „Erkennenmüssen“ kann indes nicht ausgegangen werden, denn im Vordergrund stehen die verbalen Ausführungen der Ag, die den eindeutigen Bezug auf Veränderungen infolge der Auftragsübernahme aufweisen. Zweifel an der Intention der Ag anhand der hohen, zugeordneten Punktzahl ergeben sich nicht ad hoc, sondern erst bei einer dezidierten, hinterfragenden Analyse; sie drängen sich damit nicht direkt und bei erster Betrachtung auf. Die hohe Punktzahl von 48 führt im Ergebnis nicht zwangsläufig zu einem anderen Auslegungsergebnis. Nachvollziehbar ist vor diesem Hintergrund aber auch, dass die Bg ein anderes Verständnis hatte und daher beim im Parallelverfahren VK 2 – 72/17 streitgegenständlichen Los 2, bei dem sie bisherige Auftragnehmerin ist, umfassende Ausführungen gemacht hat. Es ergibt sich aus dieser Sachlage, dass die Unterkriterien 1 – 3 insbesondere in ihrer Abgrenzung zum Unterkriterium 4 unklar waren.

cc) Auch wenn die Vergabekammer nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB in ihrem Ausspruch an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden ist, so würde die Anordnung einer reinen Neuwertung rein bezogen auf die bekannt gemachten Wertungskriterien als die das Vergabeverfahren am Wenigsten belastende

Maßnahme vorliegend das Problem der Unklarheit der Vorgaben – was wollte die Ag bei den Unterkriterien 1 – 3 erfassen, was sollten die Bieter an dieser Stelle darlegen? – nicht beseitigen. Die Ag hat ihre eigenen Vorgaben in den Wertungsunterkriterien 1 - 3 anders gemeint als sie dies objektiv zum Ausdruck gebracht hat. Dies hat zu einem unterschiedlichen Verständnis bei den Bietern geführt, welches sie zur Grundlage ihrer Konzepte machten. Hinzu kommt die bereits angesprochene Problematik der Punkteverteilung; offenbar wollte die Ag nicht den reinen Umstellungsaufwand mit der hohen Punktzahl von 48 bewerten. Gerade angesichts der langen Laufzeit der ausgeschriebenen Verträge, die dazu führt, dass diese dem Wettbewerb für lange Zeit entzogen werden, und angesichts der wirtschaftlichen Relevanz dieser Aufträge ist es besonders wichtig, dass der Vergabeentscheidung ein fehlerfreier Wettbewerb zugrunde liegt. Mit einer Neuwertung ist es im vorliegenden Fall daher nicht getan. Die Ag hat bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Unklarheiten bei den Unterkriterien 1 – 3 in ihrer Abgrenzung zu Unterkriterium 4 zu beseitigen und auf dieser Basis neue Angebote einzuholen.

dd) Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass die ASt aufgrund ihrer relativ höchsten Leistungsbewertung bereits über die Maximalpunktzahl bei der qualitativen Wertung verfügt. Wie sich die dargelegte Unklarheit bei der Erstellung der einzelnen Konzepte und deren Wertung konkret ausgewirkt hat, kann im Nachgang durch die Vergabekammer nicht nachvollzogen werden; Auswirkungen der Unklarheiten sind auch hier nicht auszuschließen. Sicherzustellen ist eine korrekte Basis für den vergleichbaren Wettbewerb, so dass nach Klarstellung seitens der Ag neue Angebote einzuholen sind.

- b) Nicht begründet sind indes die Angriffe der ASt auf das Angebot der Bg. Die ASt macht hier in ihrer Grundaussage geltend, die Bg könne aufgrund ihrer marktbekanntem, strukturellen Bedingungen die Vorgaben der Ag teils gar nicht, teils nur mit solchen Abstrichen umsetzen, die zwangsläufig zu einer substantiellen Schlechtbewertung des Angebots der Bg führen müssten. Konkret bezieht sich die ASt im Kern und zusammengefasst darauf, dass die Bg mit einer Reihe von Subunternehmen sowie z.T. mit Sub-Subunternehmen arbeite, so dass deren Arbeitsabläufe eine Vielzahl problematischer Schnittstellen mit Risikopotential für die reibungslose Auftragserfüllung aufwiesen.

In rechtlicher Hinsicht leitet die ASt daraus einmal ab, dass das Angebot der Bg sogar wegen Abweichens von zwingenden Vorgaben nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV gänzlich

vom Vergabewettbewerb auszuschließen seien, konkret folgenden Vorgaben: Zustellzeitziel von E+2 zu 95 %, Zugang zu den sog. „Schlüsselhäusern“, Zustellung der freitags abgeholten Sendungen am Montag, Nachsendung unzustellbarer Sendungen als Regelfall. Auch wenn der ASt darin beizupflichten ist, dass es generell Ausnahmesituationen geben kann, in denen ein im Angebot gemachtes Leistungsversprechen eines Bieters in Bezug auf dessen Realisierbarkeit bei der tatsächlichen Auftragsdurchführung zu hinterfragen sein mag, so ist die Forderung nach Ausschluss des Angebots der Bg vorliegend doch abwegig. Die Bg hat sämtliche Anforderungen in ihrem Konzept bedient und dargelegt, dass und wie sie die Vorgaben erfüllen wird. Einen Anlass, an diesem Leistungsangebot der Bg, einem lizenzierten Postdienstleister, zu zweifeln, hatte die Ag nicht, im Gegenteil war die Bg bereits in der Vergangenheit im hier nicht streitgegenständlichen Los 2 für [...] tätig und hat den Auftrag, zu deren vollen Zufriedenheit ausgeführt. Die von der ASt vorgelegte [...] Studie musste der Ag keine Veranlassung geben, die Einhaltung der Leistungsvorgaben durch die Bg in irgendeiner Form zu hinterfragen. Ein Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV wäre im Gegenteil pure Spekulation und rechtlich schon im Ansatz nicht haltbar.

Ähnliche Überlegungen greifen in Bezug auf die sehr konkreten Vorstellungen der ASt bezüglich der Wertung des Konzepts der Bg. Die ASt kennt dieses Konzept nicht. Auch an dieser Stelle ist zwar sicher richtig, dass das generelle Geschäftsmodell der Bg marktbekannt sein mag und sicherlich gerade von der ASt als Wettbewerber der Bg verfolgt wird. Die Bg selbst hat in ihrer Stellungnahme im vorliegenden Verfahren bestätigt, dass sie bei der Zustellung der Sendungen mit Subunternehmern zusammenarbeitet. Die Ag ist jedoch vollkommen richtig mit der Thematik des Subunternehmereinsatzes umgegangen, indem sie diese Tatsache als solche, die sich aus den historisch gewachsenen Strukturen im Nachgang zum ehemaligen Monopolmarkt der Postdienstleistungen erklären, nicht negativ bewertet hat. Dies wäre vor dem Hintergrund, dass der Einsatz von Subunternehmern generell zulässig ist, vergaberechtlich auch höchst problematisch; es wäre vergaberechtlich unzulässig, ein Angebot schlechter zu bewerten, nur weil der Bieter die Leistungen nicht vollständig selbst erbringt, sondern bei der Leistungserbringung Unterauftragnehmer hinzuzieht (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Oktober 2012, VII-Verg 1/12; Beschluss vom 19. Juni 2013, VII-Verg 8/13, sowie zuletzt Beschluss vom 9. April 2014 – VII-Verg 36/13). Zu bewerten sind die Konzepte wie dargestellt, nicht dagegen eine spekulativ unterstellte Schlechtleistung in der Zukunft. Das Konzept der Bg gibt keinen Anlass, zu vermuten, dass die Abläufe nicht

funktionieren wie angeboten. Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, hatte die Ag aufgrund der positiven Vorerfahrung mit der Bg bei einer anderen [...] als Dienstleister auch keinen Anlass, die Leistungserbringung wie angeboten in Frage zu stellen. Die Bg hat ihren Umgang mit Schnittstellen, die Montagsauslieferung der Freitagssendungen sowie den Zugang zu Schlüsselhäusern beschrieben. Aus Sicht der Vergabekammer ist das Konzept der Bg – abgesehen von der oben sub a) erörterten, generellen Problematik bei den Unterkriterien 1 – 3 – beurteilungsfehlerfrei bewertet worden. Ebenfalls ist zu bedenken, dass die Bg zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten aufgrund des Kontrahierungszwangs, dem die [...] als derzeit einziger Universaldienstleisterin im Sinne der Post-Universaldienstleistungsverordnung unterliegt, stets auch deren Dienste als Subunternehmerin in Anspruch nehmen und diese in die Leistungserbringung einbinden kann (vgl. zu diesem Aspekt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. November 2011, VII-Verg 22/11).

Das Angebot der Bg ist weder auszuschließen noch ist es vergabefehlerhaft bewertet worden.

- c) Auf die von der ASt vorgebrachten Beanstandungen des Wertungsvorgangs in formaler Hinsicht kommt es, soweit sie aufrechterhalten wurden, angesichts der Zurückversetzungsbedürftigkeit des Vergabeverfahrens nicht mehr entscheidungserheblich an (vgl. auch I.3.).
- d) Für die Fortführung des Vergabeverfahrens sieht sich die Kammer veranlasst, auf Folgendes hinzuweisen: Im Rahmen der Zulässigkeit wurde bereits erörtert, dass es sich bei den streitgegenständlichen Leistungen nicht um besondere Dienstleistungen i.S.d. § 130 GWB handelt. Folglich sind auch die hierfür geltenden ergänzenden Verfahrensregeln der §§ 64 ff. VgV nicht einschlägig. Dies hat zur Folge, dass für die Frage der Höchstdauer der Vertragslaufzeit nicht auf den von der Ag zur Begründung der vorgesehenen sechsjährigen Vertragsdauer herangezogenen § 65 Abs. 2 VgV ankommt, sondern vielmehr auf die allgemeine Norm des § 21 Abs. 6 VgV zurückzugreifen ist. Diese sieht eine Regellaufzeit von lediglich vier Jahren vor, so dass der vorgesehene Vertragszeitraum von sechs Jahren die Regellaufzeit um 50 % überschreitet. Grundsätzlich kann zwar auch im Rahmen des § 21 Abs. 6 VgV die Laufzeit der Rahmenvereinbarung im Ergebnis länger als vier Jahre betragen; dann muss der Auftraggeber diesen eng zu begrenzenden Sonderfall jedoch aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung oder anderer besonderer Umstände, wie etwa durch die Erforderlichkeit erheblicher Aufwendungen bei der Entwicklung des

Vertragsgegenstandes und der Amortisation dieser Investitionen, rechtfertigen können. Die Begrenzung der Laufzeit bezweckt grundlegend, dass die Auftragsvergabe nur für einen begrenzten Zeitraum dem Wettbewerb entzogen wird. Der Auftraggeber hat daher bei der Festlegung der Dauer der Rahmenvereinbarung zu bedenken, dass eine zu lange Vertragslaufzeit wettbewerbsbeschränkend wirkt (vgl. zum Ganzen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. April 2012, VII-Verg 95/11). Dies gilt insbesondere beim Markt für Postdienstleistungen, der sich aufgrund des nicht einmal zehn Jahre zurückliegenden Wegfalls des Briefmonopols der ehemaligen Deutschen Bundespost angesichts der Marktstellung der Deutschen Post AG noch im Aufwuchs befindet (vgl. OLG Schleswig, Beschlüsse vom 25. Januar 2012, 1 Verg 6 und 8/12). Die Ag hat daher – sollte sie an der sechsjährigen Vertragsdauer festhalten wollen – in ihrer Vergabedokumentation niederzulegen, weshalb ausnahmsweise die Überschreitung der Regellaufzeit bei der vorliegenden Ausschreibung zulässig sein soll.

### III.

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

Die Obsiegens- bzw. Unterliegensquote zwischen ASt und der Ag ist entsprechend dem Erfolg in der Sache der Wertigkeit nach mit 50 vom Hundert anzusetzen, denn die Wertungsvorgaben sind zu korrigieren, nicht aber ist das Angebot der Bg auszuschließen oder fehlerhaft bewertet worden. Da ASt und Ag anwaltlich vertreten waren, sind die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. –verteidigung notwendigen Aufwendungen von ASt und Ag gegeneinander aufzuheben.

Die Bg ist nicht als mit der Ag teilweise unterliegende Partei anzusehen. Sie hat sich in der Sache ausschließlich insoweit eingelassen, als sie von der ASt direkt angegriffen worden war, die ASt mithin einen direkten Interessengegensatz zur Bg hergestellt hat. Dieser Angriff der ASt ist nicht erfolgreich, so dass die Bg hier als obsiegende Partei anzusehen ist. Es entspricht bei dieser Sachlage folglich auch der Billigkeit i.S.v. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Bg aufzuerlegen.

Angesichts der Komplexität und des Umfangs der mit dem Nachprüfungsantrag aufgeworfenen Rechtsfragen war es für alle Verfahrensbeteiligten notwendig, Verfahrensbevollmächtigte hinzuzuziehen. Dies gilt auch für die Ag als öffentliche Auftraggeber, die binnen der im

Nachprüfungsverfahren geltenden kurzen Fristen schnell auf sehr umfangreichen Vortrag reagieren mussten.

#### 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.

Dr. Herlemann

Zeise