Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 76/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
[…],

gegen

[…],

- Antragsgegnerin -

[…],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Rahmenvertrag […] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Dr. Zapfe und den ehrenamtlichen Beisitzer Adamczak auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juli 2017 am 8. August 2017 beschlossen:

1. Der Antrag wird zum Teil als unzulässig verworfen und zum Teil als unbegründet abgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin (im Folgenden: Ag) machte […] die beabsichtigte Vergabe „Rahmenvertrag […].

Die Antragstellerin (im Folgenden: ASt) beanstandet insbesondere die Berücksichtigung einer Maßnahme des […] im Wertungsbereich VI „Bisherige Erfolge und Qualität der Leistung“.

1. Die Bewertungsmatrix der Ag sieht im Wertungsbereich VI eine Beurteilung bisheriger Erfolge und der Qualität der bisherigen Leistungen jeweils nach Punkten (mit 0 bis 3 Punkten) vor. Dabei sollen die

   - Eingliederungsquote in sozialversicherungspflichtige Ausbildung
   - Abgangsquote in betriebliche Ausbildung
   - Abgangsquote in schulische Ausbildung
   - Eingliederungsquote in sozialversicherungspflichtige Beschäftigung
   - Abbruchquote (nur negative Gründe)

   bewertet werden.

   Die Bewertungsmatrix wird durch Wertungshinweise erläutert. In der Fassung vom 14. März 2017 hieß es:

   „Ein Bieter erhält im jeweiligen Wertungskriterium des Wertungsbereichs VI einen Punkt, wenn er im maßgeblichen Betrachtungszeitraum

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

   Mit Fragen- und Antwortenkatalog (FAQ) vom 24. März 2017 wurde diese Bewertung in Umsetzung einer Entscheidung des OLG Düsseldorf von einem Punkt auf zwei Punkte erhöht.

Die Bewertung im Wertungsbereich VI erfolgt nicht auf Basis von Angaben der Bieter, sondern auf Basis von Daten, die die Ag ihrer Datenbank […] entnimmt. Diese enthält zu den von der Ag beauftragten Maßnahmen unter anderem die erfolgreichen Austritte in Ausbildung oder Beschäftigung und die erfolglosen Abbrüche.

Mit der Maßnahme […] hatte im Jahr 2015 die Ag […] beauftragt.

Mit Kaufvertrag vom 28. Juli 2016 hatte die ASt vom […] den Geschäftsbereich […] gekauft. Im Kaufvertrag hieß es

„§ 3

Wirtschaftsgüter

Im Einzelnen werden die nachfolgend bezeichneten Gegenstände verkauft und am Tag des Vollzugs übertragen:

3.0. Aktuell bestehende Aufträge im Bereich […]

Sämtliche aktuell bestehenden Aufträge im Bereich […] die sich aus Anlage 1a ergeben, werden in ihrem Bestand am Tag des Vollzugs an den Käufer verkauft. […]

Bestandteile der Aufträge sind auch sämtliche Konzepte, Lehrpläne, sonstige schriftliche Dokumente, sonstige EDV-Dateien und sonstige Daten aus EDV-gestützten Systemen, die für die Planung und Durchführung der Maßnahmen durch die Verkäuferin verwendet werden.

[…]

Die Anlage Nr. 1a „Bestehende Aufträge“ führte unter Nr. 6 den Auftrag […] auf.

Die ASt gab innerhalb der bis zum 19. April 2017 laufenden Angebotsfrist ein Angebot für das Los 2 ab.

Das Angebot der ASt wurde im Wertungsbereich VI in vier der fünf Wertungskriterien mit null Punkten und in einem Wertungskriterium mit einem Punkt bewertet. Dabei war die einzige berücksichtigte Maßnahme diejenige […].

Mit Vorabinformationsschreiben nach § 134 GWB vom 26. Juni 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass deren Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil dessen Bewertung außerhalb des Kennzahlkorridors liege.

Mit Schreiben vom 4. Juli 2017 erhob die ASt Rüge insbesondere gegen die Zurechnung der Maßnahme […] im Wertungsbereich VI. Darüber hinaus rügte sie mit verschiedenen Begründungen die Ausgestaltung der Wertungskriterien.

Mit Nichtabhilfeschreiben vom 6. Juli 2017 teilte die Ag der ASt mit, den Rügen nicht abhelfen zu wollen.

2. Ebenfalls am 6. Juli 2017 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag.

   a) Die ASt meint, im Wertungsbereich VI könne ihr die Maßnahme […] nicht zugerechnet werden. Die ASt sei eine eigene Gesellschaft und hätte als neue Gesellschaft bewertet werden müssen. Die Ergebnisse, die im Wertungsbereich VI berücksichtigt wurden, seien in einem Zeitraum erzielt worden, in dem […] und nicht die ASt die Maßnahme durchgeführt habe. Seither habe die ASt eine Vielzahl an Veränderungen eingeführt, die eine Verbesserung ihrer Ergebnisse im Vergleich zu den Ergebnissen […] erwarten ließen. Insbesondere habe sie neue Lehrpläne erstellt und die übernommenen Maßnahmen neuen Fachbereichen zugeordnet und in ihr Controlling sowie ihr IT- und QM-System eingegliedert. Die ASt trägt vor, in einer anderen, nicht genau bezeichneten Ausschreibung aus dem Frühjahr 2017 sei sie von der Ag als neue Gesellschaft behandelt und entsprechend bewertet worden. Eine Zurechnung von Maßnahmen sei auch nicht aus den Wertungshinweisen ersichtlich gewesen.

      Des Weiteren bemängelt die ASt zweierlei: Zum einen habe die Bewertungsmatrix keine Möglichkeit vorgesehen darzulegen, dass künftig bessere Ergebnisse als bisher zu erwarten seien. Und zum anderen beruhe die Bewertung im Wertungsbereich VI auf lediglich einer einzigen Maßnahme, die nicht repräsentativ sei. Die letztere Beanstandung habe sie auch nicht schon innerhalb der Angebotsfrist rügen müssen. Die ASt habe ohne rechtlichen Beratung nicht erkennen können, dass die Wertungssystematik insoweit vergaberechtswidrig sei. Rechtliche Beratung habe sie aber erst für die Abfassung der Rüge erhalten.

      Zuletzt beanstandet die ASt auch die Bildung der zu bezuschlagenden Bietergemeinschaft der Beigeladenen (Bg) als vergaberechtswidrig mit der Begründung, jedes Mitglied hätte ein eigenes Angebot abgeben können.

Die ASt beantragt,

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Angebot, das zum Los 2 der öffentlichen Ausschreibung eines Rahmenvertrags […] eingereicht wurde, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu bewerten.
2. Der Antragstellerin wird Einsicht in die Vergabeakten der Antragsgegnerin gewährt.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragstellerin.
4. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

b) Die Ag beantragt,

1. den Antrag auf Nachprüfung teilweise als unzulässig zu verwerfen und im Übrigen als unbegründet zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, soweit die ASt beanstandet, dass zum einen die Bewertungsmatrix keine Möglichkeit eingeräumt habe darzulegen, künftig seien bessere Ergebnisse als bisher zu erwarten, und dass zum anderen die Bewertung im Wertungsbereich VI auf lediglich einer einzigen Maßnahme beruhe. Insoweit sei die Rüge verspätet, da beides aus den Vergabeunterlagen ersichtlich gewesen sei.

Hinsichtlich der Zurechnung der Maßnahme […] zur ASt meint die Ag, die zugerechnete Maßnahme habe die ASt […] mit Kaufvertrag vom 28. Juli 2016 erworben. Der Kaufvertrag habe nicht zwischen früheren und späteren Leistungen unterschieden. Vielmehr sei der zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags […] mit seinen früheren Leistungen erwirtschaftete virtuelle Punktwert als Vermögenswert von der ASt erworben worden. Die ASt sei in alle Rechte und Pflichten […] eingetreten und habe mit ihren späteren Leistungen dessen Vertrag mit dessen Personal und nach dessen Konzept und Lehrplan fortgeführt.

Die Bewertung der ASt in der erwähnten Ausschreibung im Frühjahr 2017 beruhe nicht auf einer Behandlung als neue Gesellschaft, sondern ebenfalls auf einer Zurechnung von Ergebnissen […], die aber besser als mit null Punkten zu bewerten gewesen seien.

Darüber hinaus hält die Ag die beiden nach ihrer Ansicht präkludierten Beanstandungen auch in der Sache für unbegründet:

Veränderungen, die im Wertungsbereich VI verbesserte Ergebnisse erwarten ließen, hätten im Konzept im Wertungsbereich II „Eingliederungsstrategie und Akquise“ dargelegt werden können. Darüber hinaus müsse ein Ausgleich von schlechten Ergebnissen bei der Eingliederung nicht vorgesehen werden. Die Ergebnisse bei der Eingliederung seien objektive Daten, zu deren Berücksichtigung die Ag im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums durch § 65 Abs. 5 VgV ausdrücklich ermächtigt sei.

Auch habe im Wertungsbereich VI lediglich eine einzige Maßnahme der Bewertung zugrunde gelegt werden dürfen. Eine Mindestanzahl an zu berücksichtigenden Maßnahmen sei in den Wertungshinweisen nicht bestimmt.

3. Soweit die ASt in ihrer Rüge und im Nachprüfungsantrag noch zwei weitere Beanstandungen erhoben hatte, verfolgt sie diese nicht weiter und erklärte mit Schriftsatz vom 18. Juli 2017 den Nachprüfungsantrag insoweit für erledigt. Dabei erklärte sie, dass sie eine davon, die Beanstandung einer ungleichen Behandlung bei der Bewertung in den Wertungsbereichen I bis V, nicht erhoben hätte, wenn die Ag bereits vor Einreichung des Nachprüfungsantrags mitgeteilt hätte, dass in diesen Wertungsbereichen die Bg jedenfalls nicht besser als die ASt bewertet worden war.

Durch Beschluss vom 10. Juli 2017 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Die Bg hat keine Anträge gestellt und keine Stellungnahmen abgegeben. Sie hat an der mündlichen Verhandlung teilgenommen.

Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit diese keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthielten.

In der mündlichen Verhandlung am 26. Juli 2017 wurde der Sachverhalt zwischen den Verfahrensbeteiligten und der Vergabekammer umfassend erörtert. Dabei bestand Einigkeit zwischen der ASt und der Ag, dass zwischen beiden vor Abschluss des Kaufvertrags vom 28. Juli 2016 Gespräche stattgefunden hätten, die auch die Berücksichtigung der Maßnahmen des von der ASt erworbenen Geschäftsbereichs […] bei der Bewertung von Angeboten der ASt thematisiert hätten.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, auf die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten der Ag, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zum Teil unzulässig und zum Teil unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist nur zum Teil zulässig.

   a) Für die Nachprüfung ist die Vergabekammer des Bundes zuständig, da sich der Antrag unstreitig auf einen Auftrag bezieht, der dem Bund zuzurechnen ist und dessen Wert sich oberhalb der für Dienstleistungen im Bildungsbereich (§ 130 Abs. 1 GWB i.V.m. Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU) maßgeblichen Auftragswertschwelle von 750.000.- € bewegt.

   b) Die ASt ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB hinsichtlich aller erhobenen Beanstandungen. Sie hat ein Interesse an dem mit Los 2 ausgeschriebenen Auftrag, das sie durch die Abgabe eines Angebots hat erkennen lassen. Auch macht sie die Verletzung in eigenen Rechten durch Verstöße gegen das Transparenzgebot und das Wettbewerbsprinzip nach § 97 Abs. 1 GWB geltend, die nach § 97 Abs. 6 GWB auch bieterschützend sind. Ihr droht auch ein Schaden, da sie für den Zuschlag nicht vorgesehen ist.

   c) Die ASt ist nur zum Teil ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB nachgekommen.

aa) Die ASt hat ihre Rügeobliegenheit nach der Nr. 3 des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB nicht erfüllt hinsichtlich der beiden Beanstandungen, dass zum einen die Möglichkeit einer Zurechnung von Maßnahmen eines anderen Bildungsträgers nicht aus den Wertungshinweisen ersichtlich sei (hierzu unter (1)) und dass zum anderen keine Möglichkeit bestehe darzulegen, künftig seien bessere Ergebnisse als bisher zu erwarten (hierzu unter (2)). Hingegen ist die Rügeobliegenheit nach der Nr. 3 des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB nicht verletzt hinsichtlich der Rüge, dass die Bewertung im Wertungsbereich VI auf lediglich einer einzigen Maßnahme beruht (hierzu unter (3)).

Nach der Nr. 3 des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB hat ein Antragsteller Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aus den Vergabeunterlagen erkennbar sind, innerhalb der Frist zur Angebotsabgabe zu rügen. Dabei ist maßgeblich für die Erkennbarkeit die Perspektive eines fachkundigen Bieters. Maßgeblich ist in Bezug auf die Erkennbarkeit im Rechtssinn, ob ein solcher Bieter den rechtlichen Fehler in einer Parallelwertung in der Laiensphäre nachvollziehen kann.

Vorliegend ist die ASt nicht nur im Bereich der Bildung, sondern als Auftragnehmerin […] auch im Bereich der Vergabe öffentlicher Auftrage wie dem vorliegenden ein kundiger Bieter.

(1) Das Fehlen einer Regelung zur Zurechnung von Maßnahmen eines anderen Bildungsträgers war erkennbar für die ASt als eine im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge wie dem vorliegenden kundigen Bieterin.

Zwar ist das Fehlen einer Regelung weniger leicht erkennbar als die Unzulänglichkeit einer bestehenden Regelung. Die Erkennbarkeit des Fehlens einer Regelung erfordert in der Regel einen Anlass, der eine entsprechende Regelung verlangt hätte. Anlass für die Erkennbarkeit des Fehlens einer Regelung zur Zurechnung von Maßnahmen eines anderen Bildungsträgers ist hier gegeben, da durch die ASt eine laufende Maßnahme via Kaufvertrag von einem anderen Bildungsträger übernommen wurde. Die daraus resultierende Zurechnungsmöglichkeit vergangener Erfolge oder eben auch Misserfolge war der ASt, die mit der Bewertungsmatrix der Ag vertraut ist, bewusst. Zwischen Ag und ASt war in der mündlichen Verhandlung auch unstreitig, dass diese Erfolgszurechnung in Gesprächen, die die ASt mit der Ag vor Erwerb […] geführt hatte, thematisiert

worden war, so dass die Erkennbarkeit dieses vermeintlichen Fehlers i.S. von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB gegeben war. Die Erkennbarkeit im Rechtssinn war hier ebenfalls gegeben, da die ASt sich als einen völlig neuen Maßnahmenträger ohne Bezug […] ansieht; der Rückschluss, dass in dem Unterlassen einer Regelung solcher Fallkonstellationen dann auch ein rechtlicher Fehler liegt, ist naheliegend. Die ASt hat dies aber nicht binnen der Angebotsfrist gerügt.

Im Übrigen ist hierzu in der Sache anzumerken, dass es einer expliziten Regelung durch die Ag in den Vergabeunterlagen nicht bedurfte. Ein öffentlicher Auftraggeber ist weder verpflichtet noch in der Lage, alle denkbaren Lebenssachverhalte, die sich in der Sphäre von Bietern ereignen können, in den Vergabeunterlagen vorweg zu denken und zu regeln. Der Kauf einer laufenden Maßnahme durch einen anderen Bieter stellt einen Sonderfall dar. Wie unten im Einzelnen dargelegt, ist die Zurechnung der Ergebnisse der […] übernommenen, laufenden Maßnahme eine sich aus der Rechtsordnung, konkret aus dem Institut der Rechtsnachfolge ergebende Konsequenz, die zwar hier bei der Bewertung des Angebots der ASt vergaberechtliche Auswirkungen zeitigt, per se aber keine vergaberechtliche Thematik darstellt. Einer ausdrücklichen Regelung, wonach im Fall der Übernahme einer Maßnahme durch einen neuen Träger die Erfolge aus dieser Maßnahme dem neuen Träger im Rahmen des Wertungsblocks VI, also bei den Erfolgen vergangener Maßnahmen, zugerechnet werden, bedurfte es vor diesem Hintergrund nicht.

(2) Auch das Fehlen einer Regelung zum Ausgleich schlechter Ergebnisse im Wertungsbereich VI durch Ausführungen dazu, künftig seien bessere Ergebnisse als bisher zu erwarten, war für die ASt mindestens erkennbar, wenn nicht bekannt. Der ASt als einer im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge wie dem vorliegenden kundigen Bieterin war das Wertungssystem der Ag grundsätzlich bekannt. Damit war ihr auch bekannt, dass das Wertungssystem aus mehreren Wertungsbereichen besteht, von denen einer die bisherigen Erfolge und die Qualität der bisherigen Leistungen betrifft. Weiter wird ihr bekannt gewesen sein, dass das Wertungssystem grundsätzlich keinen Ausgleich zwischen den Ergebnissen der verschiedenen Wertungsbereiche vorsieht, sondern dass allenfalls Veränderungen, die künftig bessere Ergebnisse als bisher erwarten lassen, in den das Konzept betreffenden Wertungsbereichen dargestellt werden können.

Jedenfalls war dies durch gründliche Lektüre des Wertungssystems, wie sie Voraussetzung für die Erstellung eines Angebots ist, für die ASt erkennbar.

Dabei mangelte es der ASt auch nicht an einem Anlass, das Fehlen einer entsprechenden Regelung wahrzunehmen. Anlass für die Erkennbarkeit des Fehlens einer Regelung zum Ausgleich schlechter Ergebnisse ist nicht erst die Kenntnis einer eigenen schlechten Bewertung. Ausreichender Anlass ist bereits die Erkenntnis der Möglichkeit einer solchen Bewertung. Für die ASt war bereits auf Grundlage der Vergabeunterlagen eine eigene schlechte Bewertung vorstellbar, denn die ASt musste oder konnte jedenfalls die Erfolge des Rechtsvorgängers […] kennen (über das teilnehmerbezogene Datenaustauschsystem […], in welchem tagesaktuell Austrittsmeldungen erfasst werden, vgl. B_Leistungsbeschreibung 1.8.3 lit. c) i.V.m. 1.8.3.1 lit. a)) und damit war das Fehlen einer Regelung zu deren Ausgleich erkennbar. Sieht man aber das Fehlen einer Regelung zum Ausgleich schlechter Ergebnisse als tatsächliches Defizit an, so ist ein Rückschluss auf eine Fehlerhaftigkeit auch im Rechtssinne, also die Erkennbarkeit als Vergabefehler, zu bejahen.

(3) Entgegen der Ansicht der Ag hat die ASt ihre Rügeobliegenheit nach der Nr. 3 des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB nicht verletzt hinsichtlich der Beanstandung, wonach die Bewertung im Wertungsbereich VI auf lediglich einer einzigen Maßnahme beruht. Dies war für die ASt nicht aus den Vergabeunterlagen erkennbar. Aus den Vergabeunterlagen erkennbar war allenfalls die Möglichkeit, dass die Bewertung im Wertungsbereich VI auf lediglich einer einzigen Maßnahme beruhen könne. Allerdings rügt die ASt nicht diese Möglichkeit und auch nicht das Fehlen einer Regelung dieser Möglichkeit, sondern dass tatsächlich ihre Bewertung im Wertungsbereich VI auf nur einer Maßnahme beruht. Zugunsten der ASt ist zu unterstellen, dass dies wohl erst in Kenntnis der eigenen Bewertung erkennbar wurde, obwohl die ASt selbst auch wissen muss, wie viele Maßnahmen sie – bzw. […] als Rechtsvorgänger - als relevante Referenzmaßnahmen hat.

bb) Hingegen hat die ASt hinsichtlich der letzteren Beanstandung und hinsichtlich der Beanstandung, dass die Ag der ASt im Wertungsbereich VI eine Maßnahme […] zugerechnet hat, ihre Rügeobliegenheit nach der Nr. 1 des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB erfüllt (hierzu unter (1)). Hinsichtlich der Rüge, die Bildung der Bietergemeinschaft der

Bg sei vergaberechtswidrig, hat die ASt ihre Rügeobliegenheit nach der Nr. 1 des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB nicht erfüllt (hierzu unter (2)), ganz abgesehen davon, dass es insoweit gänzlich an substantiiertem Vortrag fehlt.

Nach der Nr. 1 des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB hat ein Antragsteller Verstöße gegen Vergabevorschriften, die er vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt hat, innerhalb von 10 Tagen zu rügen.

(1) Die ASt hat vor Einreichen des Nachprüfungsantrags, nämlich mit Erhalt der Vorabinformation nach § 134 Abs. 1 S. 2 GWB vom 26. Juni 2017, erkannt, dass ihre Bewertung im Wertungsbereich VI auf lediglich einer einzigen Maßnahme beruht, und dass diese Maßnahme ihr […] zugerechnet worden war. Dies hat sie auch innerhalb von 10 Tagen, nämlich am 4. Juli 2017, gerügt.

(2) Auch dass die zu bezuschlagende Bg eine Bietergemeinschaft ist, hat die ASt mit Erhalt der Vorabinformation nach § 134 Abs. 1 S. 2 GWB erkannt. Dies wurde darin ausdrücklich mitgeteilt. Gleichwohl hat die ASt die Bildung der Bietergemeinschaft nicht in der Rüge, d.h. nicht vor Einreichung des Nachprüfungsantrags, sondern erst mit dem Nachprüfungsantrag beanstandet.

d) Die Antragsfrist nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB von 15 Tagen nach Eingang der Mitteilung der Ag, den Rügen der ASt nicht abhelfen zu wollen, ist gewahrt. Die ASt hat die Nachprüfung noch am Tag des Erhalts dieser Mitteilung beantragt.

2. Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er unbegründet. Es verstößt nicht gegen das Wettbewerbsprinzip nach § 97 Abs. 1 GWB, dass die Ag der ASt für die Bewertung im Wertungsbereich VI die Maßnahme […] zugerechnet hat (hierzu unter a)). Es verletzt auch nicht das Wettbewerbsprinzip, dass die Bewertung der ASt im Wertungsbereich VI allein auf dieser Maßnahme beruht (hierzu unter b)). Auch der Transparenzgrundsatz nach § 97 Abs. 1 S. 1 und der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB sind nicht dadurch verletzt, dass die Ag die ASt in einer früheren Ausschreibung – anders als in der vorliegenden Ausschreibung – als neue Gesellschaft behandelt hätte (hierzu unter c)).

a) Das Wettbewerbsprinzip nach § 97 Abs. 1 GWB ist nicht verletzt dadurch, dass die Ag der ASt für die Bewertung im Wertungsbereich VI die Maßnahme […]. Die ASt hat […]

die zugerechnete Maßnahme als Rechtsnachfolgerin übernommen (hierzu unter aa)). Dem steht nicht entgegen, dass die ASt nach dem Erwerb des Geschäftsbereichs […] Veränderungen eingeführt hat, aufgrund derer sie sich künftig bessere Ergebnisse als bisher erwartet (hierzu unter bb)).

aa) Die ASt ist Rechtsnachfolgerin […] hinsichtlich der zugerechneten Maßnahme […]. Diese Maßnahme wurde nach § 3 Nr. 3.0. S. 1 i. des Kaufvertrags i.V.m. Nr. 6 der Anlage 1a zum Kaufvertrag […] an die ASt übertragen und von dieser übernommen. Die ASt erklärte in § 3 Nr. 3.0.5. S. 3 des Kaufvertrags auch ausdrücklich den Eintritt in die Verträge der übergegangenen Maßnahmen.

Dabei ist eine Beschränkung nur auf die positiven Wirkungen unter Ausschluss der negativen Wirkungen der Verträge mit der Folge, dass möglicherweise eine schlechte Bewertung einer […] erbrachten und von der ASt erworbenen Maßnahme dieser nicht zuzurechnen wäre, nicht möglich. Die Verträge gehen mit allen Rechten und Pflichten über. Dies ergibt sich daraus, dass in Nr. 3.0.1. S. 2 des § 3 des Kaufvertrags für die Übertragung der Aufträge nach Nr. 3.0. S. 1 des § 3 des Kaufvertrags die Zustimmung des jeweiligen Auftraggebers vorgesehen ist. Insoweit ist der Kaufvertrag als Schuldübernahme im Sinne des § 415 BGB ausgestaltet. Danach ist für die Übernahme einer Schuld durch einen Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten die Genehmigung des Gläubigers erforderlich. Sinn und Zweck der Zustimmung des Gläubigers ist es, dem Schuldner die Bestimmung darüber zu erhalten, wer ihm als Vertragspartner verpflichtet ist. Die ASt sollte also mit Zustimmung des jeweiligen Auftraggebers diesem gegenüber gleichermaßen berechtigt und verpflichtet sein. Vor diesem Hintergrund hatte die Ag der Vertragsübernahme zugestimmt.

Damit hat die ASt als Rechtsnachfolgerin die gleiche Rechtstellung erlangt, wie sie […] als Rechtsvorgänger hatte. Ohne die Rechtsnachfolge hätte die Rechtstellung […] umfasst, dass dieser in der vorliegenden Ausschreibung im Wertungsbereich VI nach den Ergebnissen der Maßnahme […] bewertet worden wäre. Infolge der Rechtsnachfolge wird in der vorliegenden Ausschreibung die ASt ebenso, d.h. ebenfalls nach den Ergebnissen der übernommenen Maßnahme, bewertet.

Wenn die Übertragung einer Maßnahme nicht die Folge einer Zurechnung der Ergebnisse dieser Maßnahmen hätte, so wären dadurch für einen Anbieter von Maßnahmen mit schlechten Ergebnissen Möglichkeiten eröffnet, sich einer Bewertung auf Grundlage dieser schlechten Ergebnisse zu entziehen. Dann könnte er eine neue Gesellschaft gründen und dieser die Maßnahmen übertragen mit der Folge, dass die neue Gesellschaft nicht mehr auf Grundlage der Ergebnisse der übertragenen Maßnahmen bewertet würde. Ein solches Vorgehen würde eine Bewertung der Erfolge von Maßnahmen entsprechend der erbrachten Leistung verhindern und damit das Wettbewerbsprinzip verletzen.

bb) Der Bewertung des Angebots der ASt im Wertungsbereich VI auf Grundlage der Ergebnisse der […] mit der übernommenen Maßnahme erreichten Ergebnisse steht nicht entgegen, dass die ASt nach deren Erwerb Veränderungen eingeführt hat, von denen sie sich künftig bessere Ergebnisse als bisher erwartet.

Die Rechtsnachfolge ist mit dem Erwerb der betreffenden Maßnahme eingetreten und abgeschlossen. Nachträgliche Veränderungen bezüglich der zukünftigen Durchführung der Maßnahme vermögen daran nichts zu ändern. Es kommt vielmehr ausschließlich auf die Erfolge dieser Maßnahmen im Sinne positiver Austritte an.

Insofern ist die Situation nicht anders als wenn ohne Rechtsnachfolge ein Anbieter von Maßnahmen mit schlechten Ergebnissen Veränderungen einführen und dadurch Verbesserungen seiner Ergebnisse anstreben würde. Auch in diesem Fall würde der Anbieter weiter auf der Grundlage seiner bisherigen Ergebnisse bewertet. Erst wenn die Veränderungen auch tatsächlich verbesserte Ergebnisse bewirkt hätten, könnten diese in späteren Ausschreibungen zur Grundlage der Bewertung werden.

b) Das Wettbewerbsprinzip nach § 97 Abs. 1 GWB ist auch nicht dadurch verletzt, dass die Bewertung der ASt im Wertungsbereich VI auf lediglich einer einzigen Maßnahme beruht. Die Bewertung im Wertungsbereich VI auf Grundlage nur einer Maßnahme ist im Wertungssystem der Ag angelegt. Darin ist keine Mindestanzahl an zu berücksichtigenden Maßnahmen vorgesehen. Dabei ist die Ag grundsätzlich frei in der Ausgestaltung ihres Wertungssystems, soweit diese den vergaberechtlichen Grundsätzen entspricht.

Es verletzt nicht nur nicht das Wettbewerbsprinzip, sondern es entspricht dem Wettbewerbsprinzip, wenn der Beurteilung genau die Anzahl der im maßgeblichen Zeitraum erbrachten Maßnahmen zugrunde gelegt wird. Wenn im maßgeblichen Zeitraum die einzige erbrachte Maßnahme gute Ergebnisse erreicht hätte, erschiene es nicht leistungsgerecht, diese nicht zu berücksichtigen mit der Begründung, dass es sich nur um eine einzige Maßnahme handele. Wenn – wie im vorliegenden Fall – die einzige erbrachte Maßnahme schlechte Ergebnisse erreicht hat, so erscheint deren Nicht-Berücksichtigung mit der Begründung, dass es sich nur um eine Maßnahme handele, ebenso als leistungsgerecht. Die Anzahl der Maßnahmen, deren Berücksichtigung angemessen erscheint, kann nicht von deren Ergebnis abhängen.

c) Die Ag hat die ASt in der Frage der Zurechnung der Erfolge […] auch nicht in verschiedenen Vergabeverfahren ungleich behandelt. Es trifft in der Sache nicht zu, dass die Ag die ASt in einer früheren Ausschreibung – anders als in der vorliegenden Ausschreibung – als neue Gesellschaft behandelt und ihr Angebot als „Newcomer“ mit 2 Punkten im Wertungsbereich VI versehen hätte. Wie im vorliegenden Vergabeverfahren, so wurde auch im Vergabeverfahren im Frühjahr 2017 die ASt nicht als neue Gesellschaft behandelt, sondern auf Grundlage von zugerechneten Maßnahmen […] bewertet. Das unterschiedliche Ergebnis kommt dadurch zustande, dass in dem früheren Verfahren anders als im vorliegenden Verfahren die zugerechneten Maßnahmen besser als mit null Punkten zu bewerten waren.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, S. 4 und S. 5, Abs. 4 S. 1 GWB.

Soweit die ASt den Nachprüfungsantrag teilweise für erledigt erklärt hat, entspricht es der Billigkeit, ihr auch insoweit die Kosten aufzuerlegen. Sie hat auch insoweit das Nachprüfungsverfahren veranlasst und hat sich insoweit freiwillig in die Rolle der unterlegenen Partei begeben. Die Billigkeit verlangt auch nicht, die Kosten der Ag insoweit aufzuerlegen, als die ASt – wie sie vorträgt – den Nachprüfungsantrag nicht erhoben hätte, wenn die Ag vorher mitgeteilt hätte, dass in den Wertungsbereichen I bis V die Bg nicht besser als die ASt bewertet worden war. Zu dieser Mitteilung hatte die Ag weder Anlass noch wäre die Ag überhaupt befugt, in der Mitteilung nach § 134 GWB die Bewertungen anderer Bieter zu kommunizieren. Die diesbezügliche Rüge der ASt, ihre Bewertung in den Wertungsbereichen I bis V verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, soweit die Bg besser bewertet worden sei, hat die Ag in der Rügeerwiderung

ausreichend damit beantwortet, dass die ASt und die Bg nach einem einheitlichen Prüfungsmaßstab gleichförmig bewertet worden seien.

Die Bg hat ihre Aufwendungen selbst zu tragen. Es entspricht nicht der Billigkeit, die Aufwendungen der Bg der ASt als unterlegener Partei aufzuerlegen. Die Bg hat sich weder schriftlich noch mündlich am Vergabeverfahren beteiligt und ist damit kein Kostenrisiko eingegangen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, IVV-Verg 41/13 und vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

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.

Die hauptamtliche Beisitzerin Dr. Zapfe ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung gehindert.

Dr. Herlemann Dr. Herlemann