



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 22/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- 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 Romeike auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 2018 am 6. April 2018 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, in dem Vergabeverfahren „Briefdienstleistungen [...]“ einen Zuschlag zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, diese unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der

Vergabekammer zu überarbeiten und den Bietern auf der Grundlage der überarbeiteten Vergabeunterlagen erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben.

2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen gesamtschuldnerisch die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin jeweils zur Hälfte.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe „Briefdienstleistungen [...]“ im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU ([...]) gemeinschaftsweit bekannt. [...]. Die Verfahrensbeteiligten streiten über die von der Ag vorgenommene Bewertung des Angebots der Antragstellerin (ASt) sowie über die Transparenz der diesbezüglichen Vorgaben.

1. Ziff. 4 der Leistungsbeschreibung stellt den Umfang der zu erbringenden Leistung dar (Abholung, Freimachen, Befördern, Zustellung, Briefformate, Vorgaben für Einschreiben und Postzustellungsaufträge als optionale Leistungen). Ziff. 5 der Leistungsbeschreibung enthält „*Vorgaben und Leistungsinhalte*“ der Ausschreibung. Folgende Aspekte werden u.a. näher beschrieben:

- *5.1 Eingangspost*
 - *5.1.1 Zustellung von Briefsendungen aus den Postfächern der Deutschen Post AG*
 - *5.1.2 Zustellung von Briefsendungen an Dienststellen der BA, die mit Großempfänger-Postleitzahlen versehen sind*
- *5.2 Ausgangspost*
 - *5.2.1 Abholung*
 - *5.2.2 Sortieren, Zählen, Frankieren; Transportbehältnisse*
 - *5.2.3 Zustellung*
 - *5.2.4 Brieflaufzeiten*
 - *5.2.5 Zustellversuche, Nachsendungen bzw. Rücksendungen*
 - *5.2.6 Klischee-Aufdruck, Freistempelmanöver*

- 5.3 Leistungen vor Vertragsbeginn
- 5.4 Servicezeiten des Auftragnehmers

Unter den Ziffern 2.1 und 2.2 des Leistungsverzeichnisses sind den Bewertungskriterien (B-Kriterien) folgende Hinweise vorangestellt:

„Mit dem Angebot sind die Kompetenzen und institutionellen Strukturen im Hinblick auf die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen darzustellen. Es muss jeweils der Bezug zur konkreten Leistungserbringung für die BA als Auftraggeber erkennbar sein; ansonsten erfolgt eine Abwertung bei der Bepunktung.“

„Konzept für die KHG B8 bis B10 und A11

Bitte beschreiben Sie auf INSGESAMT MAXIMAL 15 DIN-A4-Seiten konzeptionell die Prozesse und die Organisation des Briefversands und gehen Sie inhaltlich auf die nachfolgenden KHG B8 bis B10 und A11 ein.

Verwenden Sie bitte für Ihre Darstellung NICHT die in den aidf-Dateien vorgegebenen Antwortfelder (B8 bis B10 und A11), sondern fügen Sie für alle vier Themen (B8 bis B10 und A11) EINE gesonderte Datei mit INSGESAMT MAXIMAL 15 SEITEN als Anlage bei und bezeichnen Sie diese mit einem sprechenden Dateinamen (z.B. "LB_Anlage_Prozesse und Organisation").

Die Kriterienhauptgruppe (KHG) B ist überschrieben mit

„Prozesse und Organisation (Briefversand)“.

Das allein streitgegenständliche Kriterium B8 dieser KHG ist wie folgt beschrieben:

B 8.: Logistische Kette und Qualitätssicherung (B-Kriterium)

Bitte beschreiben Sie die einzelnen Prozesse und Schnittstellen ("PROZESSBESCHREIBUNG") bei der Abholung, Bearbeitung, Beförderung und Zustellung zum Empfänger bzw. die Auslieferung bei einem Unterauftragnehmer bzw. bei der Deutschen Post AG.

Geben Sie dabei auch Ihre Maßnahmen zur Qualitätssicherung an.“

Das Kriterium B8 weist in der Spalte „*Kriteriengewichtung*“ die Angabe „400 GP“ aus. Die Bewertungsmatrix enthält in der Zeile „*Prozesse und Organisation (Briefversand)*“ die Angabe „2 MP“ in der Spalte „*Kriteriengewichtung*“. Insgesamt ist für die KHG eine zu erreichende Punktzahl von „1.000,00 GP“ vorgesehen.

Unter den Nr. 38 und 49 stellten Bieter Fragen zur Ziff. 2.1 des Leistungsverzeichnisses, insbesondere ob für diese Ziffer ein weiteres Konzept zu erstellen sei oder die dort

genannten Anforderungen in das nach Ziff. 2.2 zu erstellende Konzept einfließen sollen. Darüber hinaus bat der Fragesteller unter der Nr. 48 um eine Erläuterung der von der Ag erwarteten Ausführungen hinsichtlich ihres Inhalts und Umfangs. Die Antwort der Ag auf Frage Nr. 48 lautete:

„Für Ziff. 2.1. ist kein weiteres Konzept zu erstellen. Die Ziff. 2.1 ist als Überschrift zur Kriterienhauptgruppe (KHG B) zu verstehen und stellt gemeinsam mit Ziffer 2.2 die Rahmenbedingungen für das zu erstellende Konzept dar. Inhaltlich soll auf die Unterpunkte B8 bis B10 und A11 eingegangen werden.“

Alle mit „B“ gekennzeichneten Kriterien werden ausweislich Teil B der Leistungsbeschreibung Kapitel B anhand des Bewertungsschemas bepunktet. Der Zuschlag wird nach Ziff. B.4

„auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot erteilt (vgl. die „Bewerbungsbedingungen“ [Teil A der Vergabeunterlagen]).“

Ziff. I.13 verweist zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auf die entsprechend benannte Anlage. Die Bewertung der Angebote erfolgt nach dieser Anlage nach der erweiterten Richtwertmethode. Alle als B-Kriterien gekennzeichneten Anforderungen gelten als Bewertungskriterien. Für diese wird eine qualitativ abgestufte Bepunktung anhand einer Punkteskala von 0 bis 3 Punkten angekündigt, die wie folgt definiert ist:

„0 Punkte: Ein Konzept, das den Anforderungen an dieses Leistungskriterium nicht bzw. nur zu einem unbedeutendem Umfang gerecht wird.

1 Punkt: Ein Konzept, das den Anforderungen an dieses Leistungskriterium mit Einschränkungen gerecht wird.

2 Punkte: Ein gutes Konzept, das den Anforderungen an dieses Leistungskriterium in vollem Umfang gerecht wird.

3 Punkte: Ein in jeder Hinsicht überzeugendes Konzept, das die Anforderungen an dieses Leistungskriterium übertrifft.“

Die Anlage enthält am Ende folgende Ausführungen zu Mindestpunktzahlen, der Gewichtung der Bewertungskriterien und der Berechnung der Gesamtpunktzahl:

„MINDESTPUNKTZAHL

Abhängig von ihrer Bedeutung für den Auftragsgegenstand werden für die verschiedenen Bewertungskriterien unterschiedlich hohe Mindestpunktzahlen vorgegeben. Wird in einem Bewertungskriterium die vorgegebene Mindestpunktzahl

nicht erreicht, wird das betreffende Angebot insgesamt ausgeschlossen. Besonders gute Bewertungen in anderen Kriterien können eine nicht erreichte Mindestpunktzahl nicht ausgleichen.

GEWICHTUNG

Abhängig von ihrer Bedeutung für den Auftragsgegenstand werden die verschiedenen Bewertungskriterien unterschiedlich hoch gewichtet. Je wichtiger das jeweilige Bewertungskriterium aus Sicht des Auftraggebers für den Auftragsgegenstand ist, desto höher ist der Gewichtungsfaktor.

ERREICHTE PUNKTZAHL/GESAMTPUNKTZAHL

Die zuerkannte Punktzahl (Bewertung) wird – sofern die Mindestpunktzahl erreicht oder übertroffen wurde – mit dem maßgeblichen Gewichtungsfaktor multipliziert; das Ergebnis stellt „erreichte Punktzahl“ dar.“

Die ASt gab über die E-Vergabe-Plattform fristgerecht ein Angebot ab.

Im Bewertungspunkt B8 nahm die Bewertungskommission der Ag mit folgender Begründung eine Abwertung auf einen Punkt vor:

„Das Konzept wird den Anforderungen in wesentlichen Punkten nur mit Einschränkungen gerecht.

Bei der Beschreibung der Eingangspost fehlen Angaben zu den Zeiten der Anlieferung. Für Sendungen aus Postfächern fehlen Aussagen zum Umgang mit Nachentgelten und zur Berücksichtigung der abgeschlossenen Postverteilung durch die DP AG. Bei Sendungen mit GE-PLZ werden keine Aussagen zur bilateralen Abstimmung mit der DP AG getroffen.

[...]. Eine Mitteilung über die Postmenge mit Aufschlüsselung ist entgegen der Anforderung nur einmal im Monat vorgesehen. Für Freitag ist entgegen der LB (zwischen 12-13 Uhr) erst eine Abholzeit ab 13 Uhr angegeben. Eine Aussage zur Einhaltung von E+2 fehlt ebenso wie die Sicherstellung der Zustellung in Schlüsselhäusern. Bei den Rückläufern werden Sendungen mit GE-PLZ nicht erwähnt, weiter fehlen Angaben zur Einhaltung Z+3 sowie zur datenschutzgerechten Entsorgung unzustellbarer standardisierter Poststücke. Der Umgang mit Einschreiben wird nicht beschrieben.

Eine Aussage zur kostenlosen Bereitstellung von Transportbehältern fehlt.“

Die Ag teilte der ASt mit Schreiben vom 15. Februar 2018 gem. § 134 GWB mit, dass deren Angebot nicht berücksichtigt werden könnte, weil die im Rahmen der Leistungsbewertung vorgegebene Mindestpunktzahl im Bewertungskriterium „*Logistische Kette und Qualitätssicherung (B8 im Leistungsverzeichnis)*“ nicht erzielt worden sei. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) zu erteilen.

Hiergegen wandte sich die ASt mit Schreiben vom 21. und 22. Februar 2018 sowie mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28. Februar 2018. Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 26. Februar 2018 ab, der Rüge zu entsprechen.

2. Mit einem am 28. Februar 2018 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Antrag hat die Kammer der Ag am darauffolgenden Tag übermittelt.
 - a) Die ASt trägt vor, dass ihr Angebot zu Unrecht von der weiteren Wertung ausgeschlossen worden sei, weil es nicht die vermeintlich geforderte Mindestpunktzahl in der Kriterienhauptgruppe 8 erreicht habe. Denn hierbei berufe sich die Ag auf Umstände, die sie von den Bietern nicht verlangt bzw. wirksam gefordert habe.

Die von der Ag verfolgte Lesart ihrer Konzeptanforderung und die sich daraus ergebende Bewertung entsprächen nicht den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien. Jedenfalls seien diese Vorgaben in sich widersprüchlich.

Nach der Ziff. 2.1 sollte mit dem Angebot die Kompetenzen im Hinblick auf die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen dargestellt werden und der Bezug zur konkreten Leistungserbringung für die Ag erkennbar sein. Die folgende Ziff. 2.2 verlange, dass die Bieter inhaltlich auf die folgenden Konzeptanforderungen einzugehen hätten. In Bezug auf das hier allein streitgegenständliche Kriterium B.8 habe die Ag Anforderungen in Bezug auf den Prozess der Übernahme und Zustellung der Sendungen sowie deren Abgabe an die Empfänger bzw. Drittunternehmen aufgestellt. Diese Vorgaben an den Inhalt seien abschließend. Die Antwort auf Bieterfrage 49 belege ebenfalls, dass im Konzept nur auf die in den Unterpunkten B8 bis B10 und A11 genannten Anforderungen habe eingegangen werden sollen.

Diesen Vorgaben werde das Konzept der ASt gerecht. Soweit die Ag ein Fehlen von Darstellungen zur sog. Eingangspost moniere, sei dies nach den Vorgaben nicht zu erläutern gewesen, da nur die abgehende Post angesprochen worden sei. Die Überschrift Ziff. 2.2 spreche ebenfalls nur von „Versand“ bei den Erläuterungen zu

„*Prozessen und Organisation*“. Eine negative Bewertung unterlassener Angaben zur Eingangspost sei für die Bieter daher nicht erkennbar gewesen.

Gleiches gelte für die vermeintlich fehlenden Angaben zum Umgang mit Nachentgelten bei Sendungen aus Postfächern, Großempfänger-Postleitzahlen-Sendungen und diesbezügliche Rückläufer, Gewichtsermittlung, [...], Einhaltung der Zustellzeit E+2, Sicherstellung des Zugangs zu Schlüsselhäusern, der datenschutzrechtskonformen Entsorgung von unzustellbaren Sendungen, dem Umgang mit Einschreiben und Angaben zu Transportbehältern. Die Ag bewerte kleinstteilige Angaben, ohne dies vorher transparent verlangt zu haben. Alle Angaben, die von der Darstellung der logistischen Prozesse bei der Zustellkette zu erwarten gewesen seien, habe die ASt gemacht.

Ebenso wenig schädlich sei, dass die ASt eine Abholung am Freitag ab 13.00 Uhr angekündigt habe. Dies liege im vorgegebenen Zeitrahmen (12 bis 13 Uhr); außerdem sehe Ziff. 5.2.1 der Leistungsbeschreibung ausdrücklich vor, dass Abholzeiten nur „*soweit wie möglich*“ einzuhalten seien.

Auch die Bg könne nicht die kleinteiligen Anforderungen sämtlich erfüllt haben, was zur Überprüfung der Kammer gestellt werde. Im Übrigen erbringe die Bg als Konsolidierungsunternehmen die Leistungen auf der Grundlage der AGB der DP AG, bei der sie die Sendungen der Ag einliefere. Aus diesem Grund stimmten die von der Bg angebotenen Leistungen, wie sie sich aus den Konzeptdarstellungen ergeben müssten, nicht mit der Leistungsbeschreibung überein. So garantiere die DP AG z.B. keine Einhaltung von Lieferfristen oder Zustellterminen (§ 2 Abs. 4 ihrer AGB). Unzustellbare Sendungen würden ohne Einflussnahmemöglichkeit der Bg an die Ag zurückgeschickt (§ 2 Abs. 3 der AGB). Die Bg gehe sehenden Auges vertragliche Verpflichtungen ein, die sie nicht werde erfüllen können. Demgegenüber könne die ASt mit eigenem Zustellnetzwerk gegebenenfalls steuern und umdisponieren, so dass sie die vertraglichen Verpflichtungen jedenfalls besser als die Bg erfüllen werde.

Die Angabe „2 MP“ bei der Kriteriengewichtung sei auch nicht so zu verstehen, dass für jedes Bewertungskriterium jeweils zwei Mindestpunkte hätten erreicht werden müssen. In den jeweiligen Einzelspalten finde sich keine entsprechende Angabe, sondern nur auf der Ebene der Überschrift. Hätte die Ag jeweils zwei Mindestpunkte

bei jedem B-Kriterium verlangen wollen, hätte sie in der Spalte neben der Überschrift nicht zwei, sondern angesichts der drei Bewertungskriterien insgesamt sechs Mindestpunkte verlangen müssen. Durch die Angabe „2 MP“ hätten die Bieter davon ausgehen dürfen, dass in den drei Kriterien insgesamt nur zwei Mindestpunkte erreicht werden müssten. Aus der Anlage zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ergebe sich ebenfalls kein anderes, eindeutiges Verständnis. Soweit hierin der Ausschluss des Angebots bei Nichterreichen der Mindestpunktzahl in einem Bewertungskriterium zum Ausdruck gebracht werde, sei dies auf das Bewertungskriterium „Qualität“ insgesamt, nicht auf einzelne B-Kriterien zu beziehen. Für die Sichtweise der ASt spreche auch, dass für die „*Prozesse und Organisation (Briefversand)*“ in der übergeordneten Überschrift insgesamt 1.000 GP (Gewichtungspunkte) vorgesehen seien. Diese ergebe sich aus der Addition der Einzelkonzepte B8 bis B10. Auf gleicher Ebene befinde sich auch die Angabe „2 MP“, so dass sich auch die Mindestpunktzahlvorgabe auf den gesamten zu addierenden Bereich und nicht auf ein einzelnes Bewertungskriterium bezögen. Auch nach der Antwort der Ag auf die Bieterfrage Nr. 49 habe die ASt davon ausgehen dürfen, dass nur ein Gesamtkonzept einzureichen sei und somit auch die vorgegebene Mindestpunktzahl an dieses als Einheit angelegt werden würde. Da das Konzept der ASt unstreitig insgesamt mehr als zwei Punkte erhalten habe, sei es auch nicht auszuschließen.

Es sei im Übrigen auch unverhältnismäßig, die ASt wegen des Fehlens von Detailaspekten auszuschließen, statt dies bei der Bewertung des Gesamtkonzeptes zu berücksichtigen.

Vergaberechtswidrig sei auch, dass die Ag nicht transparent bekannt gegeben habe, was für das Erreichen der Mindestpunktzahl erforderlich sei. Diesbezügliche Mindestbedingungen habe die Ag nicht aufgestellt. Das Vergabeverfahren leide insoweit an einem Transparenzmangel. Ein objektiver Vergleich der Angebote untereinander sei auf dieser Grundlage nicht möglich.

Im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17) sei eine tiefgehende Dokumentation der Bewertung zu erwarten, wie das Konzept der Bg die zwei Mindestpunkte erreicht haben solle, um eine etwaige Benachteiligung eines anderen Bieters zur Überprüfung der

Vergabenachprüfungsinstanzen stellen zu können. Dem werde die pauschale Benotung nicht gerecht. Es sei zudem nicht erkennbar, welche fehlenden Angaben zu welchen Teilen mit welcher Gewichtung für die Bewertung des Angebots der ASt mit nur einem Punkt verantwortlich seien. Ebenso wenig werde das Verfahren beim Bewertungsvorgang und deren Methodik transparent dargestellt.

Die Ag selbst habe bei früheren Ausschreibungen (z.B. bei der von der ASt gewonnenen Vorläuferausschreibung 2014) und nahezu identisch formulierten Konzeptanforderungen die entsprechenden Angaben der ASt nicht so bewertet, wie sie es in der vorliegenden Ausschreibung getan habe. Ein Anlass für diesen Paradigmenwechsel sei nicht erkennbar. Die ASt habe darauf vertrauen dürfen, dass ihre Angaben ausreichten.

Mit ihrem Vortrag sei die ASt auch nicht präkludiert; sämtliche Vergaberechtsverstöße seien erst nach Mitteilung des Ausschlusses wegen des vermeintlichen Nichterreichens der Mindestpunktzahl für sie erkennbar gewesen. Weder sei die Forderung nach über die in der KHG B8 genannten inhaltlichen Angaben hinaus noch die Vorgabe einer Mindestpunktzahl von „2“ für jedes Teilkonzept (hier: die Angaben für das Kriterium B8) für die ASt erkennbar gewesen. Im Gegenteil sei die ASt von unterschiedlich hohen Mindestpunktzahlen für verschiedene Bewertungskriterien ausgegangen.

Die ASt beantragte ursprünglich,

1. In dem Vergabeverfahren über die Beschaffung von Postdienstleistungen „Briefdienstleistungen“ [...], wird der Ag aufgegeben, den Zuschlag gemäß ihrer Vorabmitteilung vom 15. Februar 2018 nicht auf das Angebot der Bg zu erteilen, das Angebot der ASt vom 6. November 2017 nicht auf Grundlage der Vorabmitteilung der Ag vom 15. Februar 2018 auszuschließen, sondern die Prüfung und die Wertung der Angebote unter Einbeziehung des Angebots der ASt und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der angerufenen Vergabekammer zu wiederholen;

2. die Kosten (Gebühren und Auslagen der Vergabekammer) des Nachprüfungsverfahrens hat die Ag zu tragen;
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für das Nachprüfungsverfahren wird für notwendig erklärt;
4. die Ag hat die der ASt im Nachprüfungsverfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten;
5. der ASt gemäß § 165 Abs. 1 GWB wird Akteneinsicht in die Vergabeakten – zunächst nur durch Überlassung einer Fotokopie des Vergabevermerks – zu Händen der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gewährt.

In der mündlichen Verhandlung stellte die ASt ihren Nachprüfungsantrag dahingehend um, dass in Ziffer 1. beantragt wird, das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückzusetzen. Der bisherige, schriftsätzlich gestellte Antrag zu 1. wird hilfsweise aufrechterhalten.

b) Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

Die Ag trägt vor, dass das Angebot der ASt zu Recht auf der Grundlage einer transparenten Bewertungssystematik diskriminierungsfrei bewertet worden sei. Mangels Erreichen der Mindestpunktzahl „2“ im B-Kriterium B8 könne das Konzept der ASt nicht für Zuschlagserteilung berücksichtigt werden.

Leistungsbeschreibung, Leistungsverzeichnis und Bewertungsmatrix stellten das Procedere für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots transparent dar. Die Bewertung seitens der Ag sei gleichförmig für alle Angebote erfolgt. Die von der Ag eingesetzte unabhängige Bewertungskommission habe die Konzepte umfassend geprüft. In der Antwort auf Bieterfrage 49 habe die Ag bestätigt, dass die Konzepte stets einen unmittelbaren Bezug zur Leistungsbeschreibung haben müssten, um nicht abgewertet zu werden. Gleiches ergebe sich aus Ziff. 2.1 des

Leistungsverzeichnisses. Soweit KHG B8 daher verlange, dass die einzelnen Prozesse und Schnittstellen bei Abholung, Beförderung und Zustellung beschrieben werden sollten, könne dies angesichts der Vorgaben zur nachgefragten Leistung nur sämtliche Aufgaben und Prozessschritte der Leistungserbringung betreffen. Dass in der Überschrift der KHG nur der „*Briefversand*“ Erwähnung finde, sei wohl nur der grundsätzlich bei Ausschreibungen der Ag vorgenommenen Abgrenzung zum Paketversand geschuldet. Da dieser vorliegend nicht mit ausgeschrieben werde, bedeute die Angabe „*Briefversand*“ nicht, dass auf die Darstellung der Abholung der Eingangspost verzichtet werden könne. Denn auch wenn die von den Filialen der DP AG abzuholende Eingangspost in KHG B8 nicht gesondert erwähnt werde, sei sie doch unter die dort aufgeführten Begriffe „*Abholung*“ und „*Bearbeitung*“ zu subsumieren. Ziel der Vorgehensweise der Ag sei es abzu prüfen, ob der Bieter sämtliche Vorgaben der Leistungsbeschreibung erkannt und auch bei seinem Angebot berücksichtigt und insbesondere in seinen Preis einkalkuliert habe. Die Erfahrungen der Vergangenheit belegten, dass sich die Bieter – selbst ein Vorauftragnehmer – unzureichend mit der zu erbringenden Leistung beschäftigten und dass dies bei der späteren Auftragsdurchführung zu Streit führe. Dem wolle die Ag dadurch begegnen, dass der Bieter die entsprechenden Vorgaben der Ag in seinem Konzept bestätige.

Dass der ASt im Vorhinein ein Erfüllungsgrad in Bezug auf den Erhalt möglicher Punkte mitgeteilt werden müsse, werde in der Rechtsprechung gerade nicht mehr verlangt. Der diesbezügliche Vortrag der ASt zur Darstellungsbedürftigkeit der inhaltlichen Vorgaben des Konzepts in den Vergabeunterlagen verfange daher nicht (mehr).

Auf einen Vertrauensschutz hinsichtlich der in der Vergangenheit erzielten Bewertungen könne sich die ASt schon deshalb nicht berufen, weil das damalige Kriterium B8 eine Darstellung des Logistikkonzept verlangt habe, während vorliegend die logistische Kette einschließlich der Qualitätssicherung darzustellen gewesen sei. Im Übrigen müssten selbst bei identischen Vorgaben die Konzepte nicht identisch bewertet werden, da in Massenverfahren ggf. andere Personen andere subjektive Einschätzungen bei der Wertung anlegen dürften.

Raum für Verhältnismäßigkeitserwägungen bei der Frage des Ausschlusses des Angebots der ASt von der weiteren Wertung sehe die Ag in Bezug auf das eindeutige Nichterreichen der Mindestpunktzahl ebenfalls nicht.

Ausschlussgründe gegen die Bg wegen Abweichens von den Leistungsvorgaben seien letztlich ebenfalls nicht ersichtlich.

- c) Mit Beschluss vom 1. März 2018 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen.

Die Bg trägt vor, dass der Antrag bereits teilweise unzulässig, im Übrigen jedenfalls unbegründet sei.

Mit ihren Rügen in Bezug auf die vermeintlich intransparenten Vorgaben der Ziffern 2.1 und 2.2 sei die ASt präkludiert. Vor dem Hintergrund der Antworten der Ag auf die Bieterfragen Nr. 38 und 49 hätte die ASt die ihrer Ansicht nach weiterhin bestehenden Missverständlichkeiten bis zum Ablauf der Angebotsabgabefrist rügen müssen. Dass die Ag keine weitergehenden Angaben zur Punktvergabe gemacht habe, z.B. unter welchen genauen Voraussetzungen ein „*in jeder Hinsicht überzeugendes Konzept*“ von der Ag angenommen werden würde, sei ebenfalls ersichtlich gewesen. Als erfahrenem Unternehmen seien diese vermeintlichen Verstöße für die ASt auch subjektiv erkennbar gewesen. Ebenso erkennbar und daher vor Ablauf der Angebotsabgabefrist zu rügen gewesen seien die Vorgaben der Ag zum Erreichen der Mindestpunktzahl. Ausweislich der Spalte „Kriteriengewichtung“ zur KHG B sollte für diese Kriterienhauptgruppe eine Mindestpunktzahl von jeweils zwei Punkten gelten. Konzepte, die null oder einen Punkt erreichten, sollten demzufolge ausgeschlossen werden. Die ASt habe offenbar aufgrund der positiven Vorerfahrung der Ausschreibung 2014 auf einen für sie günstigen Ausgang spekuliert und aus taktischen Gründen von der Geltendmachung der angeblich erst im Nachgang erkannten Verstöße abgesehen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet, da weder die Vorgaben der Ag noch deren konkrete Umsetzung bei der Bewertung zu beanstanden seien.

Spätestens seit der Antwort auf die Bieterfrage Nr. 49 sei klar gewesen, dass ein einheitliches Konzept für die Vorgaben der Ziff. 2.1 und 2.2 i.V.m. den KHG B8 bis

B10 und A11 zu erstellen gewesen sei. Damit habe die Ag auch die in Ziff. 2.1 geforderten Angaben zu Kompetenzen im Hinblick auf die Erbringung der geforderten Leistungen zum Gegenstand des Konzeptes gemacht. Mit ihrer Sichtweise, die allgemeinen Angaben der Ziff. 2.1 würde durch die Beschreibung der KHG B8 verdrängt, dringe die ASt daher nicht durch. Da nur ein Konzept zu erstellen gewesen sei, hätten die Bieter davon ausgehen müssen, dass die Darstellung aller zu erbringenden Leistungen auch in dieses Konzept einfließen müsse. Ansonsten mache der Hinweis, dass bei fehlendem Leistungsbezug eine Abwertung erfolge, keinen Sinn.

Die Vorgaben der Vergabeunterlagen zur Punktvergabe seien transparent und genügten auch den Anforderungen des BGH nach dem „Schulnoten“-System. Analog zu der vom BGH entschiedenen Ausschreibungssystematik habe die Ag in der Leistungsbeschreibung unter Ziff. 2.1, 2.2, Kriterien B8 bis B10 und A11 die Anforderungen an das Konzept transparent mitgeteilt. Die Ag sei nicht gehalten gewesen, weitere Angaben zu machen, für welche Ausführung zu welchen Leistungen wie viele Punkte vergeben werden sollten oder welche Mindestangaben der Bieter machen müsse, um eine bestimmte Punktwertung zu erhalten.

Ebenso transparent sei die Vorgabe, dass in Bezug auf die Kriterien der KHG B jeweils zwei Mindestpunkte erreicht werden müssten. Dieses Verständnis ändere sich auch nicht dadurch, dass die Vorgabe „2 MP“ in die Überschrift-Spalte „KHG B Prozesse und Organisation“ aufgenommen worden sei. Da nur ein einheitliches Konzept einzureichen gewesen sei, könnten zwangsläufig nur die konzeptionellen Darstellungen zu den einzelnen Kriterien B8 bis B10 unter die Mindestpunktregelung fallen. Aus der Anlage zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ergebe sich eindeutig, dass die Mindestpunktzahl für jedes Bewertungskriterium habe erreicht werden müssen, da der Ausschluss für den Fall angedroht werde, dass in einem Bewertungskriterium die vorgegebene Mindestpunktzahl nicht erreicht werde.

Ebenso wenig gebe die in der Tabelle des Leistungsverzeichnisses ausgewiesene Addition der Gewichtungspunkte für die gesamte KHG B (insgesamt 1.000 Gewichtungspunkte) etwas für das Verständnis der ASt her. Diese Angabe weise nur die Gesamtgewichtungspunkte aus und belege nicht, dass auch bei den Einzelkriterien erst eine Addition der erzielten Bewertungspunkte (0 bis 3) erfolge, um

diese dann mit 1.000 zu gewichten. Dieses Verständnis der ASt sei abwegig, da dann die unterschiedliche Gewichtung der Unterkriterien überflüssig wäre.

Die ASt könne sich auch nicht erfolgreich auf frühere Vergabeverfahren berufen. Aus einem nur unter „nahezu identischen“ Vorgaben geführten Verfahren aus dem Jahr 2014 könne die ASt keinen Vertrauensschutz in Bezug auf ihre Wertung im hiesigen Vergabeverfahren ableiten. Ein Anspruch auf exakter Bewertung wie in der Vergangenheit wäre zudem ein evidenter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da das Wettbewerbsverhältnis jeweils neu zu betrachten sei.

Die konkrete Wertung des Konzeptes der ASt sei ebenfalls beurteilungsfehlerfrei. Aufgrund der unvollständigen Angaben der ASt zur Behandlung der an die Ag adressierten Eingangspost sei ihr Konzept in diesem Punkt unvollständig. Die Bieter hätten sich entgegen dem Vortrag der ASt auch nicht nur zur Ausgangspost äußern müssen, da Ziff. 5.1 der Leistungsbeschreibung ausdrücklich die Abholung und Zustellung der Eingangspost an die Ag als zu erbringende Leistung ausweise. Die Ausgangspost der Ag folge erst unter Ziff. 5.2., was die Bedeutung der Eingangspost zusätzlich belege. Zudem verwende das Kriterium KHG B8 weder den Begriff Eingangs- noch Ausgangspost; verlangt würden vielmehr Ausführungen zu Abholung, Bearbeitung, Zustellung etc. KHG B8 sei daher sprachlich gerade nicht auf die Ausgangspost der Ag beschränkt. Angesichts der bei den jeweiligen Stellen zu unterschiedlichen Zeiten abzuliefernden Eingangspost, was zudem erst dann erfolgen kann, wenn die DP AG ihrerseits ihre Postverteilung abgeschlossen habe, handele es sich bei der Behandlung der Eingangspost auch um keine triviale Aufgabe, so dass eine konzeptionelle Darstellung eine erhebliche Rolle bei der Prozessqualität spiele. Eine Abwertung aufgrund der fehlenden Angaben sei daher nicht zu beanstanden.

Gleiches gelte für die unterlassenen Angaben zur Behandlung von Nachentgelten bei aus den Postfächern der DP AG abzuholenden Sendungen, zum Umgang von Sendungen mit Großempfänger-Postleitzahlen, zur Gewichtsermittlung und zur [...], sowie bezüglich der unzureichenden Aufschlüsselung der Postmenge, der falschen Abholzeit an Freitagen, des Zugangs zu Schlüsselhäusern, des Umgangs mit Rückläufersendungen aus Großempfängerpostfächern, der Behandlung von

Einschreiben und den Angaben zu den Transportbehältern. Diesbezügliche Vorgaben seien den Ziff. 5.1.1, 5.12, 5.2.1, 5.2.2 und 5.2.5 der Leistungsbeschreibung zu entnehmen gewesen. Dass aus Sicht der Ag grundlegende Leistungen nicht dargestellt worden seien und damit nur ein Punkt in der KHG B8 von der ASt erreicht worden sei, sei angesichts der Vielzahl der Defizite nicht als vergaberechtswidrig zu beanstanden.

Soweit die ASt – etwa in Bezug auf die Abholzeiten am Freitag bzw. die Häufigkeit der Rechnungslegung – von der Leistungsbeschreibung abweichende Angaben in ihr Konzept aufgenommen habe, sei sie unbeschadet der von der Ag vorgenommenen Abwertung auszuschließen, so dass sich eine etwaige Intransparenz des Kriteriums B8 nicht mehr kausal zu Lasten der ASt auswirke.

Die Bg habe sämtliche Angaben, welche die Ag bei der ASt vermisst habe, in ihrem Konzept gemacht. Die ASt könne der Bg auch nicht entgegenhalten, dass sie als Konsolidierungsunternehmen keine Angaben zum Prozessablauf machen könne. Selbstverständlich könne die Bg auch die Prozesse der Fremdleistungen – hier der DP AG – konzeptionell darstellen. Dies habe die Bg auch unter Einbeziehung der Beschreibung der Zustellung als Prozess getan. Der Vorwurf der ASt sei nicht neu und bereits von der VK Schleswig-Holstein mit Beschluss vom 1. September 2017 bestandskräftig zurückgewiesen worden (VK-SH 16/17).

Im Übrigen widerspreche die Übergabe der Sendungen an die DP AG nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung, was die Ag in den Antworten auf die Bieterfragen 39, 40 und 51 auch ausdrücklich bestätigt habe. Die Leistungserbringung der DP AG auf der Grundlage ihrer AGB führe ebenfalls nicht dazu, dass die Leistungserbringung durch die Bg in Widerspruch zur Leistungsbeschreibung stehe. Die DP AG sei als Universaldienstleisterin ohnehin zur Einhaltung der in § 2 Nr. 3 PUDLV festgelegten Laufzeiten verpflichtet. Strengere Anforderungen habe die Ag nicht aufgestellt. Im Übrigen wäre die Bg als Vertragspartnerin bei Nichteinhaltung der Termine oder Fristen zur Zahlung der Vertragsstrafe verpflichtet, da die Beförderung trotz Weitergabe an die DP AG eine eigene vertragliche Verpflichtung der Bg sei. Auch sei eine datenschutzrechtskonforme Vernichtung nicht zustellbarer Dialogpost gesichert. Denn die von der ASt vorgelegten AGB seien gemäß deren § 1 Abs. 2 nicht

anwendbar. Vielmehr griffen über die Verweisungskette „Brief national“, „Leistungen und Preise“ die Vorgaben der Geschäftsbedingungen der DP AG für die „Dialogpost national“. Dort werde auf Seite 18 die Vernichtung der fraglichen Sendungen anstelle ihrer Rücksendung an den Absender zum Ausdruck gebracht.

Im Übrigen setze auch die ASt die DP AG ein, um eine bundesweite Zustellung zu gewährleisten. In Bezug auf ihren Vortrag zur AGB-mäßigen Leistungserbringung seitens der DP AG und die vermeintliche Abweichung zur Leistungsbeschreibung der Ag gelte für sie selbst daher nichts anderes als für die Bg.

Soweit die ASt eine unzureichende Dokumentation der Wertung beanstande, überspanne sie die von der Rechtsprechung verlangten Anforderungen. Die Ag habe ausführlich begründet, welche Einschränkungen das Konzept der ASt aufweise und sich dabei exakt an die von ihr bekannt gemachte Wertungssystematik gehalten. Auch bei der Bewertung durch eine Kommission sei ausreichend, wenn das Gesamtergebnis festgehalten werde.

Die Bg beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
 2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der Bg aufzuerlegen;
 3. gemäß § 182 Abs. 4 GWB auszusprechen, dass die Hinzuziehung der anwaltlichen Bevollmächtigten der Bg notwendig war.
3. Der ASt und der Bg wurde jeweils in Absprache mit der Ag Akteneinsicht gewährt. In der mündlichen Verhandlung vom 26. März 2018 wurde der Sachverhalt mit den Verfahrensbeteiligten umfassend erörtert.
 4. Durch Verfügung der Vorsitzenden vom 3. April 2018 wurde die Entscheidungsfrist bis einschließlich 18. April 2018 gem. § 167 Abs. 1 S. 2 GWB verlängert.

5. 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 im zuletzt gestellten Hauptantrag begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag im Anwendungsbereich der VgV oberhalb des für europaweite Vergaben einschlägigen Schwellenwerts – sind eindeutig und unstreitig gegeben, so dass es diesbezüglich keiner weiteren Darlegungen bedarf. Auch die individuellen, auf die ASt bezogenen Voraussetzungen sind gegeben:

- a) Die ASt ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB, was aufgrund der Tatsache, dass die ASt als Bieterin Teilnehmerin am Wettbewerb ist, im Ausgangspunkt keiner weiteren Begründung bedarf.
- b) Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB fristgerecht nachgekommen. Die von der Ag für die Abwertung angeführten Defizite in ihrem Konzept hat die ASt dieser gegenüber mit Schreiben vom 21. Februar 2018 und damit innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt.

Die ASt war auch nicht gehalten, bereits vor Angebotsabgabe die später im Nachprüfungsverfahren geltend gemachte Intransparenz der Vorgaben der Ag zu rügen (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB). Denn aus ihrer damaligen Sicht bei der Angebotserstellung mussten lediglich der Briefversand und die diesbezügliche logistische Kette konzeptionell von ihr dargestellt werden. Dass die Ag bei der späteren Wertung eine andere Vorgehensweise verfolgen werde (Bewertung u.a. der Darstellung der Eingangspost; Bestätigung sämtlicher Leistungsvorgaben der Ag im Konzept) hätte die ASt bzw. ein verobjektivierter dritter Marktteilnehmer in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht erkennen können. Jedenfalls steht dies

nicht zur Überzeugung der Kammer fest. Denn erst mit der Mitteilung der Ag nach § 134 GWB vom 15. Februar 2018 musste die ASt davon ausgehen, dass ausweislich der Wertung der Ag und somit abweichend von ihrer bis dato geltenden Vorstellung, „kleinteilige Angaben“ außerhalb der von ihr dargestellten logistischen Kette und insbesondere auch eine Darstellung der Eingangspost für das Erreichen der Mindestpunktzahl beim streitgegenständlichen Kriterium B8 notwendig gewesen wäre. Erst zu diesem Zeitpunkt manifestierte sich letztlich das von der Ag gelebte Verständnis ihrer Vergabeunterlagen, so dass zu einem früheren Zeitpunkt keine „Erkennbarkeit“ auf Seiten der ASt vorlag.

Die diesbezügliche Einlassung der ASt ist im Übrigen auch „historisch“ glaubwürdig, da sie 2014 mit demselben Konzept bereits Erfolg hatte, ohne dass ihr eine unterlassene Darstellung der Eingangspost bzw. der „kleinteiligen Angaben“ vorgeworfen worden wäre.

- c) Der Nachprüfungsantrag vom 28. Februar 2018 wurde auch innerhalb der 15-Tagesfrist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gestellt; die Nichtabhilfemitteilung der Ag datiert vom 26. Februar 2018.
2. Der Nachprüfungsantrag ist auch im Hauptantrag begründet. Die von der Ag den Bietern zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen sind teilweise intransparent und verletzen demzufolge den Anspruch der Bieter auf Aufstellung von Zuschlagskriterien, die einen wirksamen Wettbewerb der Bieter untereinander erwarten lassen, § 127 Abs. 4 S. 1 GWB.
- a) Der ASt wird ausschlussbegründend von der Ag zur Last gelegt, dass sie aufgrund unzureichender Angaben die Mindestforderung nach zwei Punkten im Bewertungskriterium B8 nicht erreicht hat. Unter anderem wird der ASt vorgeworfen, die Abwicklung der sog. Eingangspost, d.h. derjenigen Sendungen, die an die Ag gerichtet vom Auftragnehmer von den jeweiligen Postfächern der DP AG abzuholen und an die Ag auszuliefern sind, konzeptionell nicht dargestellt habe. Zudem habe die ASt die Einzelvorgaben der Leistungsbeschreibung unzureichend in ihrem Konzept aufgegriffen bzw. bestätigt. Diese Bewertung der Ag fußt jedoch auf unklaren bzw. teils widersprüchlichen Vorgaben. Im Einzelnen:

- (1) Vor die Klammer gezogen (Ziff. 2.1 und Ziff. 2.2 des Leistungsverzeichnisses, S. 7) hat die Ag – neben der Frage des Umfangs und der Dateistruktur – die von ihr aufgestellten Anforderungen an die konzeptionelle Darstellung. Es sollten aus dem Konzept des Bieters seine Kompetenzen und Strukturen in Bezug auf die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen ersichtlich werden; ohne erkennbaren Bezug der Darstellungen des Bieters zur Leistungserbringung wurde von der Ag eine Abwertung bei der Bepunktung angekündigt (Ziff. 2.1). Bei isolierter Betrachtung dieser Vorgaben liegt zunächst nahe, dass sämtliche Leistungen der Leistungsbeschreibung von der Eingangspost bis zu den Servicezeiten (Teil B, Ziff. 5.1 ff.) konzeptionell darzustellen sind, da einschränkungslos „*die ausgeschriebenen Leistungen*“ in Bezug genommen werden. Diesem Verständnis ist etwa die Bg gefolgt.
- (2) Demgegenüber weist die Überschrift der KHG B – „*Prozesse und Organisation*“ im Klammerzusatz lediglich den „*Briefversand*“ aus. Dies wird zusätzlich in Ziff. 2.2 S.1 wiederholt, der ebenfalls von einer konzeptionellen Darstellung der „*Prozesse und der Organisation des Briefversandes*“ spricht.

Ausweislich der Vorbemerkungen sollte sich der Inhalt des Konzeptes aus den B-Kriterien ergeben. Die Vorgabe des hier streitigen B-Kriteriums B8 (logistische Kette und Qualitätssicherung) ist gerichtet auf eine Prozessbeschreibung der Abholung, Bearbeitung, Beförderung und Zustellung bis zum Empfänger bzw. der Auflieferung bei der DP AG bzw. einem anderen Unterauftragnehmer, nimmt jedoch keinen speziellen Punkte der Leistungsbeschreibung in Bezug. Die ASt hat aus den Vorgaben insgesamt gefolgert, dass sie nur die logistische Kette des Briefversandes darzustellen habe.

Aus der Gesamtbetrachtung dieser Anforderungen – Darstellung des „*Briefversands*“ bis zum Empfänger bzw. zur DP AG/Unterauftragnehmer einerseits, konzeptionelle Darstellung „*der ausgeschriebenen Leistungen*“ andererseits – ist ein unterschiedliches Verständnis vom inhaltlichen Umfang bzw. Fokus des Konzeptes möglich. Diese Intransparenz hat sich bei der Wertung letztlich zu Lasten der ASt ausgewirkt: Dass etwa mit dem Begriff „*Abholung*“ auch die von den Postfächern der DP AG abzuholende

Eingangspost gemeint sein soll und dass der „Empfänger“ der zu „versendenden“ Post auch die Ag selbst sein kann, wird nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht. Im Gegenteil spricht die Kombination im Kriterium B8 „Zustellung beim Empfänger bzw. Auslieferung beim Unterauftragnehmer bzw. der DP AG“ für eine ausschließliche Darstellungsbedürftigkeit der Ausgangspost der Ag. Denn die ihr zu liefernde Eingangspost kann gerade nicht „bzw.“ und damit alternativ bei einem Unterauftragnehmer oder (wieder) bei der DP AG aufgeliefert werden.

(3) Die von der Ag herangezogene Antwort auf die Bieterfrage Nr. 49 gibt für eine Klärung der Eingangspost-Problematik ebenfalls nichts her, da die Ag die vom Fragesteller begehrte Erläuterung des Inhalts der erwarteten Ausführungen gerade nicht abgegeben und in ihrer Antwort nur auf die bereits benannten B-Kriterien B8 bis B10 und A11 mit der soeben geschilderten Intransparenz verwiesen hat.

b) Eine weitere Intransparenz liegt darin begründet, dass die Ag ausweislich ihrer Wertungsentscheidung auch das Unterlassen bloßer Wiederholungen von Teilen der Leistungsbeschreibung (z.B. Zurverfügungstellung kostenloser Transportbehälter, tägliche Aufschlüsselung der Postmenge, jeweils Ziff. 5.2.2, Bestätigung des Zustellzeitziels E+2, Ziff. 5.2.4 etc.) zu Lasten der ASt berücksichtigt hat. Die von der Ag in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Begründung, man wolle sich absichern, dass die Bieter die gesamte Leistungsbeschreibung gelesen, verstanden und auch bei ihrer Kalkulation berücksichtigt haben, um Streit bei der späteren Auftragsausführung zu vermeiden, mag für sich genommen plausibel sein. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Bieter auch zwingend sämtliche Prozessvorgaben der Leistungsbeschreibung in ihren Konzepten darstellen müssten, um eine optimale Bewertung zu erhalten. Aus Ziff. 2.1 des Leistungsverzeichnisses folgt lediglich die Darstellungsbedürftigkeit von Kompetenzen und Strukturen, aus Ziff. 2.2 von Prozessen und Organisation, aus der Beschreibung des Kriteriums B8 von Prozessen und Schnittstellen bei der logistischen Kette.

Im Ausgangspunkt sind konzeptionelle Darstellungen des Bieters nur insoweit geboten und in der Folge zu bewerten, wenn er – etwa um auf funktionale Anforderungen zu reagieren – eigene Prozesse entwickeln oder anpassen muss bzw.

jedenfalls bereits entwickelte Prozesse darstellen soll. Soweit sich sein „Konzept“ in der Darstellung bereits vom Auftraggeber entwickelter Abläufe oder Leistungsvorgaben erschöpft, liegt schon keine eigene qualitativ zu bewertende Leistung des Bieters vor, mit der er sich im Qualitätswettbewerb von anderen Bietern abgrenzen und im Vergleich zu diesen Vorteile bei der qualitativen Bewertung erhalten kann. Da grundsätzlich eine Abweichung von Vorgaben in der Leistungsbeschreibung zum Ausschluss des Angebots bereits aus formellen Gründen führt, so § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, sind abweichende als von der Ag beschriebene Prozesse schon im Ausgangspunkt nicht zulässig (2. VK Bund, Beschlüsse vom 8., 9. und 16. April 2015, VK2-19/15, -21/15 und -27/15) Demzufolge stellt sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer graduellen Bewertung in einem Bereich, der nach den Vorstellungen der Ag – jedenfalls zu einem Teil – lediglich zur Bestätigung der von ihr selbst aufgestellten Prozesse und Abläufe dienen soll. Eine derartige Bewertungsgrundlage setzte sich zudem dem Verdacht aus, nur einen Schein-Qualitätswettbewerb zu erzeugen, wenn sich das Konzept – jedenfalls größtenteils – in der Übernahme von Vorgaben der Ag erschöpft (zur sog. Alibifunktion eines Zuschlagskriteriums vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. November 2013, VII-Verg 20/13).

Bei der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens ist die Ag daher gehalten, zu entscheiden und transparent bekannt zu geben, in welchen Punkten sie eine bloße Bestätigung der von ihr vorgegebenen Prozesse, Abläufe, Abrechnungsmodalitäten etc. benötigt und welche Punkte sie in einen echten qualitativen Wettbewerb der Bieter untereinander stellen möchte.

Die Kammer setzt sich mit ihrer Entscheidung nicht in Widerspruch zu der neueren Rechtsprechung in Bezug auf den größeren Freiraum des öffentlichen Auftraggebers bei der Bewertung von Angeboten. Im Gegenteil betont etwa das OLG Düsseldorf zu Recht, dass die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 14. Juli 2016 – C-6/15 („Dimarso“) nicht die Anforderungen an die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung abschwächt (vgl. Senatsbeschluss vom 17. Januar 2018, VII-Verg 39/17). Der Gerichtshof habe – so der Senat – mit diesem Urteil lediglich entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet sei, seine Bewertungsmethode vorab bekannt zu geben. Daher ist es vorliegend auch nicht zu kritisieren, dass die Ag die Bewertung der Konzepte einem nicht weiter

ausdifferenzierten „Schulnotensystem“, hier mit Null bis drei Punkten, unterworfen hat. Als Konsequenz daraus, dass den Bietern die Bewertungsmethode nicht im Einzelnen bekannt gemacht werden müsse und es ihnen demzufolge auch nicht im Vorhinein möglich sein müsse, zu erkennen, welchen Erfüllungsgrad ihre Angebote auf der Grundlage des aufgestellten Kriterienkatalogs oder konkreter Kriterien aufweisen müssten, müssten die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung umso klarer gefasst sein, damit die Bieter erkennen könnten, was der Auftraggeber von ihnen erwarte (OLG Düsseldorf, a.a.O. und Beschluss vom 8.März 2017, VII-Verg 39/16; vgl. auch: BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17). Mit anderen Worten: Das, was der Auftraggeber für die Bewertung der Angebote bekannt gibt, muss in sich konsistent ein, um eine taugliche Grundlage für die Zuschlagsentscheidung darzustellen. Hieran hat sich die Ag, wie oben ausgeführt, vorliegend nicht gehalten.

- c) Soweit die ASt die Intransparenz der Vorgabe, für jedes Bewertungskriterium zwei Wertungspunkte erhalten zu müssen, rügt, dringt sie demgegenüber nicht durch. Insbesondere kann sie sich nicht mit Erfolg geltend machen, die Vorgaben würden nur ein Erreichen von aggregiert zwei Punkten in allen drei Bewertungskriterien zusammen verlangen.

Die Ag hat in der Anlage zu Ziff. I.13 („Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes“) alle mit „B-Kriterium“ bezeichneten Kriterien als „Bewertungskriterium“ definiert und deren jeweilige Bewertung in qualitativer Hinsicht angekündigt. In der Folge führt die Ag unter der Überschrift „*Mindestpunktzahl*“ aus, dass wenn „in einem Bewertungskriterium die vorgegebene Mindestpunktzahl nicht erreicht [wird], das betreffende Angebot insgesamt ausgeschlossen [wird]. [*Hervorhebung durch die Kammer*]. Besonders gute Bewertungen in anderen Kriterien können eine nicht erreichte Mindestpunktzahl nicht ausgleichen.“ Die Mindestpunktzahlvorgabe bezieht sich daher auf „ein“ Bewertungskriterium, eine Verrechnung mit anderen Bewertungskriterien wird ausdrücklich ausgeschlossen.

Die Angabe „2 MP“ in der Überschrift zu KHG B (Prozesse und Organisation - Briefversand) lässt sich daher nur auf die jeweiligen einzelnen Bewertungskriterien (hier: B8 bis B11) beziehen. Einen Bezug (aufsummierter) Mindestpunktforderungen zu Kriterienhauptgruppen hat die Ag in ihren Vergabeunterlagen nicht aufgestellt. Dass – so die ASt nach ihrem Vortrag – die Bieter bei den drei B-Kriterien insgesamt

nur zwei von neun Punkten hätten erreichen müssen, findet folglich keine Stütze in den Unterlagen. Die von der ASt vorgenommene Auslegung widerspräche auch Sinn und Zweck der Vorgabe, qualitativ minderwertige Angebote von der Wertung auszuschließen. Denn bei drei B-Kriterien müsste die Ag zumindest bei einem, wenn nicht bei zwei Kriterien eine Mindestpunktzahl von „0“ vergeben haben, um auf eine Mindestpunktzahl von lediglich zwei Punkten zu kommen. Auch würde dies dazu führen, dass die Ag selbst bei einer Bewertung des Konzepts mit „0, 0, 2“ oder „0, 1, 1“ Punkten in den drei Kriterien ein nach den Bewertungsvorgaben qualitativ nicht bzw. nur unzureichend den Anforderungen entsprechendes Angebot in der Bewertung belassen müsste. So sind die Unterlagen objektiv nicht zu verstehen.

Daran ändert auch nichts, dass sich die Ag in der Anlage zu Ziff. I.13 eine unterschiedlich hohe Mindestpunktvorgabe je nach Bedeutung des Kriteriums offen gehalten hat. Sie hat vorliegend eine gleich hohe Bedeutung der Kriterien B8 bis B11 gesehen und einheitlich „2 MP“ – quasi vor die Klammer gezogen – ausgewiesen. Eine unterschiedlich hohe Mindestpunktzahlhürde existiert gerade nicht. Wäre die ASt tatsächlich bei Angebotserstellung von einer unterschiedlich hohen Mindestpunktzahlvorgabe in Bezug auf die einzelnen B-Kriterien recht, hätte sie die unterlassene Angabe der unterschiedlichen Bedeutung der Kriterien jedenfalls einer Bieterfrage zuführen müssen. Denn je nach Verteilung der zwei Mindestpunkte auf die drei B-Kriterien wäre es möglich gewesen, dass im hier streitgegenständlichen Kriterium B8 weiterhin zwei Punkte hätten erreicht werden müssen, jedoch in den anderen beiden Kriterien ein Totalausfall möglich gewesen wäre. Da die Höhe der Mindestpunktzahl (null, ein oder zwei Punkte) Relevanz für die Tiefe der Konzeptdarstellung entfaltet, wäre anzunehmen gewesen, dass die ASt bei einem entsprechenden Verständnis die Ag um eine Aufklärung der Verteilung ersucht hätte. Dies hat die ASt indes unterlassen, was belegt, dass sie jedenfalls bei Erstellung ihres Angebots keine Transparenzprobleme in Bezug auf unterschiedlich hohe Mindestpunktzahlvorgaben bzw. einer Gesamt-Mindestpunktzahlforderung von „2 MP“ hatte.

Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen bleibt es der Ag unbenommen, bei Zurückversetzung des Vergabeverfahrens die Angabe „2 MP“ gesondert neben jedem B-Kriterium auszuweisen, um die Mindestpunktzahlvorgabe eineindeutig zu machen.

- d) Ag und Bg können sich letztlich nicht auf eine fehlende Kausalität der Intransparenzen für eine Rechtsverletzung der ASt berufen, da diese nach deren Ansicht bereits wegen Abweichens von Vorgaben der Leistungsbeschreibung (Abholung der Sendungen am Freitag erst ab 13 Uhr; nur monatliche Rechnungslegung) auszuschließen sei. Abgesehen davon, dass beide Punkte schon nach dem Wortlaut eine gewisse Öffnung beinhalten und somit nicht zweifelsfrei als zwingend anzusehen sind („Abholzeiten sind soweit wie möglich einzuhalten“, „Daten sind dem Auftraggeber möglichst am darauffolgenden Arbeitstag (...) vorzulegen“), so dass sich die Frage nach einer hinreichend klaren Grundlage für den Ausschluss stellen würde, erhält die ASt aufgrund der Zurückversetzungsbedürftigkeit des Vergabeverfahrens die erneute Gelegenheit, ein nunmehr mangelfreies Angebot abzugeben. Etwaige Ausschlussgründe sind aufgrund der Intransparenz der Vergabeunterlagen somit als prozessual überholt anzusehen.
 - e) Die Ag hat als Rechtsfolge die aufgezeigten Intransparenzen zu beseitigen und den Bietern auf der Grundlage überarbeiteter Vergabeunterlagen erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben.
3. Im Fall der Fortführung des Vergabeverfahrens sieht sich die Kammer noch zu folgenden Hinweisen veranlasst:
- a) Auch wenn es für das hiesige Verfahren nicht mehr entscheidungserheblich ist, vermag die Kammer keine Ausschlussgründe zu Lasten der Bg aufgrund des Einsatzes der DP AG zu erkennen. Die von der Ag geforderten Zustellzeitziele sind auch beim Einsatz der DP AG gewahrt, ebenso die datenschutzrechtskonforme Vernichtung nicht zustellbarer Dialogpost. Da die ASt selbst die DP AG partiell einsetzt, fielen die diesbezüglichen Ausschlussgründe im Übrigen auf sie selbst zurück; darauf, dass die ASt die DP AG in einem geringeren Umfang einsetzt als die Bg, kommt es nicht an, da vergaberechtlich keine graduelle Betrachtung einer (potentiellen) Abweichung stattfindet.

- b) Ebenso wenig ist es geboten, die Bg als KonsolidiererIn per se bei der Wertung schlechter zu bepunkten, weil sie vermeintlich die Abläufe bei der DP AG nicht darzustellen vermag. Angesichts der Ausschreibungssystematik der Ag, welche auch Konsolidierungsunternehmen anspricht, ist es zur Herstellung eines wirksamen Wettbewerbs vielmehr geboten, die konzeptionellen Darstellungen der Bieter auf dasjenige hin abzuprüfen, was diese auch tatsächlich darstellen können. Mit anderen Worten: Allein aus dem Umstand des Geschäftsmodells (Teil-)Konsolidierungsunternehmen darf einem Bieter bei der Wertung kein Nachteil entstehen. Dies wäre vor dem Hintergrund, dass der Einsatz von Subunternehmern generell zulässig ist, vergaberechtlich auch höchst problematisch; es ist 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).
- c) Letztlich haben ASt und Bg aufgrund der gewechselten Schriftsätze, der von der Kammer gewährten Akteneinsicht und den Diskussionen in der mündlichen Verhandlung eine tiefere Kenntnisse, insbesondere in Bezug auf die Anforderungen an die Konzepte, erhalten als sich dieses aus den Vergabeunterlagen ergibt. Die Ag wird daher bei der Überarbeitung der Vergabeunterlagen und der Fortführung des Vergabeverfahrens darauf zu achten haben, alle Bieter auf ein gleiches Wissenslevel zu bringen, um die Vergleichbarkeit der Angebote, hier insbesondere der Konzepte, sicherzustellen.

III.

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

Danach hat die Ag als unterliegende Verfahrensbeteiligte sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

Die Bg ist an der Kostentragungslast zu beteiligen. Sie hat sich aktiv am Verfahren beteiligt, umfangreiche Schriftsätze eingereicht und auch Anträge gestellt und somit ein Kostenrisiko auf sich genommen. Daher ist sie zusammen mit der Ag als unterliegende Partei anzusehen.

Die Kammer wird den Umstand, dass die Ag von der Zahlung der Gebühren befreit ist, nicht im Wege der tenorierten gesamtschuldnerischen Haftung zu Lasten der Bg nutzen, sondern diese nur hälftig zur Zahlung der Gebühr heranziehen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich komplexe Rechtsfragen, die eine 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.

Dr. Herlemann

Zeise