



Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin zu 1) -
- Antragsgegnerin zu 2) -
- Antragsgegnerin zu 3) -
- Antragsgegnerin zu 4) -
- Antragsgegnerin zu 5) -
- Antragsgegnerin zu 6) –
- Antragsgegnerin zu 7) –
- Antragsgegnerin zu 8) –
- Antragsgegnerin zu 9) –
- Antragsgegnerin zu 10) –
- Antragsgegnerin zu 11) –
- Antragsgegnerin zu 12) –

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Frikell auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 2018 am 26. Juni 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Antragstellerin auf weitergehende Akteneinsicht wird zurückgewiesen.
3. Den Antragsgenerinnen zu 1) bis zu 12) wird gestattet, in dem Vergabeverfahren [...] nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung den Zuschlag zu erteilen.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen zu 1) bis zu 12) und der Beigeladenen.
5. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerinnen zu 1) bis zu 12) und der Beigeladenen wird jeweils für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin [...] (im Folgenden gemeinsam: die Ag) die beabsichtigte Vergabe [...] im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] gemeinschaftsweit bekannt. Vertragsgegenständlich sind Softwarelizenzen für sog. [...] ¹. Die

¹ [...]

Vertragslaufzeit für den Erwerb der Lizenzen und den Pflegevertrag für die Software beträgt zehn Jahre.

Ziel der Ag ist es, einen Datenaustausch zwischen IT-Systemen im Gesundheitswesen zu standardisieren und zu harmonisieren. Dies soll letztlich zu einem digitalen Gesundheitsnetzwerk der Ag führen, welches Versicherte, Haus- und Fachärzte, Krankenhäuser, Apotheken und sonstige Leistungserbringer des Gesundheitsbereichs vernetzt und unter Wahrung des Datenschutzes bei Einverständnis des Versicherten den Zugriff auf dessen Patientendaten ermöglicht. Das Gesamtprojekt [...] ist in mehrere Ausschreibungen unterteilt. Das streitgegenständliche Vergabeverfahren ist hiervon das erste. Nach Zuschlagserteilung im hiesigen Verfahren ist die Ausschreibung der Entwicklung und des Betriebs der Vernetzungsplattform und der Portalfunktionen geplant. Nach Ziffer 3 der Leistungsbeschreibung ist der hierfür avisierte Zuschlagstermin der Oktober 2018. Die produktive Nutzung und das Rollout soll ab dem vierten Jahr nach Zuschlag erfolgen.

1. In Ziff. III.1.3) – technische und berufliche Leistungsfähigkeit – nutzten die Ag die im Bekanntmachungsformular vorgesehene Option

„Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“

durch Setzung eines hier vorgesehenen Kreuzchens.

Ziff. 9.9. der Bewerbungsbedingungen sieht unter anderem vor, dass die unter

„Ziffer III.1.3 „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ der Vergabebekanntmachung in Verbindung mit dem Angebotsblatt (Anlage x) genannten Nachweise insoweit zu erbringen [sind], wie sie für die Leistung des Unternehmens, auf dessen Kapazitäten sich der Bieter beruft, relevant sind.“

Im Angebotsblatt (Anlage 3) wird unter Ziff. III.1.3) in Bezug auf die „ergänzend zur Europäischen Eigenerklärung [EEE]“ zu erbringenden Referenzen sowie der Teilnahme am [...] ² auf Anlage 7 verwiesen. Darüber hinaus enthält diese Ziffer den zusätzlichen Hinweis, dass

² [...]

„im Fall der Bildung einer Bietergemeinschaft [...] die zuvor genannten Erklärungen gemeinsam erbracht werden [können]. Dabei sind die Erklärungen jeweils auf den Leistungsteil zu beziehen, den das jeweilige Mitglied der Bietergemeinschaft übernommen hat. Bei der Teilnahme an der [...] wird derjenige Teil der Bietergemeinschaft berücksichtigt, der die größte Anzahl nachweist.“

Die in Bezug genommene Anlage 7 – Referenzen über vergleichbare Projekte und die Teilnahme an [...] – enthält folgende Vorgaben:

„1. Projekt-Referenzen

Der Bieter hat mindestens drei Referenzen über innerhalb der letzten drei Kalenderjahre erbrachte Leistungen, die mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar sind, vorzulegen.

- Der Auftragnehmer hat die praktische Anwendung seiner Software bei der Vernetzung verschiedener Leistungserbringer und Versicherten über mehrere Affinity-Domains hinweg in den zurückliegenden drei (3) Jahren nachzuweisen.*
- Für mindestens ein Referenzprojekt muss der Auftragnehmer die Anzahl der mit der Software vernetzten Nutzer (Versicherte und Leistungserbringer) darstellen.*
- Für mindestens ein Referenzprojekt muss der Auftragnehmer die in seiner Software angewendeten [...] darstellen.*

Dabei sind unter Berücksichtigung des obigen insbesondere folgende Angaben zu tätigen:

- (a) Angabe des öffentlichen / privaten Auftraggebers (...)*
- (b) Angabe des Leistungszeitraums*
- (c) Angabe der Branche*
- (d) Leistungsart und -umfang: Beschreibung von Projektart und -volumen des Referenzprojekts, bei dem die Software eingesetzt wurde und Aufstellung der eingesetzten [...].*

[...]

Der Bieter hat seine Teilnahme an mindestens einem [...] in den zurückliegenden drei Jahren nachzuweisen.

[...]

In der Antwort auf die Bieterfrage 69, ob mehr als die geforderten drei Referenzen vorgelegt werden können, führten die Ag aus:

„Nein, mehr als die 3 geforderten Referenzen sollten nicht eingereicht werden. Darüber hinaus gehende Referenzen finden keine Berücksichtigung“

Die Leistungsbeschreibung sieht unter Ziffer 3.1 (Mengengerüst und Abruf der Lizenzen) unter Setzung einer Preisobergrenze je Lizenz von 1,35 € eine Mengenstaffel für die Preisangebote vor:

„Die Lizenzen werden flexibel und bedarfsgerecht beim Auftragnehmer abgerufen. (...) Die anzuwendende Stufe der Rabattstaffel ermittelt sich aus der bereits insgesamt erworbenen Anzahl Lizenzen plus der Anzahl der im aktuellen Fall zu erwerbenden Lizenzen. Der Lizenzbedarf orientiert sich allein an der Anzahl der Versicherten beim Auftraggeber, die im Gesundheitsnetzwerk registriert sind, nicht aber an der Anzahl der sonstigen Teilnehmer (z.B. Leistungserbringer und deren berufsständische Organisationen und Vereinigungen, Kostenträger) im Gesundheitsnetzwerk.

Beispiel: (...)

Die [...], die alle potentielle Nutzer des digitalen Gesundheitsnetzwerks sein können. Nach Pilotierung und Go Live des digitalen Gesundheitsnetzwerks wird davon ausgegangen, dass die Menge der Nutzer sukzessive steigt, die Rabattstaffel spiegelt diese Erwartung wider.

Der Auftraggeber legt die Preisobergrenze je Lizenz auf 1,35 € netto fest.“

Das vom Bieter auszufüllende Preisblatt sieht neben der Wiederholung der Preisobergrenze Folgendes vor:

”

I. Erwerb der Lizenzen	EUR
[...] Lizenzen sollen einmalig erworben werden und unbefristet gelten. Beim Ende der Mitgliedschaft/Versicherung verbleibt die Lizenz bei der [...].	

1. nach Nutzerzahlen	Preis pro Lizenz
a. 1 bis 250.000 Lizenzen	€
b. 250.001 bis 500.000 Lizenzen	€
c. 500.001 bis 1.000.000	€
d. 1.000.001 bis 3.000.000	€
e. 3.000.001 bis 10.000.000	€
f. ab 10.000.000 Lizenzen	€

II. Implementierungssupport

(...)

III. Stunden- und Tagessätze

(...)

IV. Software Pflegekosten

(...)“

Das wirtschaftlichste Angebot soll gemäß Ziff. 16 der Bewerbungsbedingungen nach dem Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt werden, wobei die Qualität zunächst mit 70 %, der Preis mit 30 % gewichtet werden sollte. Im Laufe des Vergabeverfahrens wurde das Verhältnis unter Bekanntgabe den Bietern gegenüber in 68 % zu 32 % modifiziert. Die Wertungskriterien für die qualitative Bewertung ergeben sich aus Anlage 10 (Wertungsmatrix). Hinsichtlich der preislichen Bewertung innerhalb der jeweiligen Staffel (z.B. 1 bis 250.000 Lizenzen) führt die Matrix aus:

„Preis pro Versichertem gem. Preisblatt ist am niedrigsten im Vergleich mit den anderen Anbietern“

In ihrer Antwort auf die Bieterfrage 10 stellten die Ag klar, dass die übrigen Angebote in Relation zum günstigsten Preis, der 100 % der für den Preis erzielbaren Punkte repräsentiert, abgestuft bewertet werden. In Bieterfrage 73 legt ein Bieter sein Verständnis von der Bewertungsmethode anhand einer Beispielrechnung (Preise innerhalb einer Staffel von 0,7 €, 0,9 € und 1,3 €) dar. Dessen Annahmen werden von den Ag in ihrer Antwort vom 27. März 2018 bestätigt. Zudem behalten sich die Ag in ihrer

Antwort vor, bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auch die Nachkommastellen zu berücksichtigen.

Für die fachlichen Wertungen hatten die Ag u.a. folgende Kriterien bekannt gegeben:

Fachliche Qualität der Leistungen	Die Leistungen sind quantitativ gemäß den Anforderungen des Mengengerüsts skalierbar.	16
	Lieferung eines Konzepts für zusätzliche Anwendungen der Software zur Weiterentwicklung des [...]Gesundheitsnetzwerks	17
	Lieferung eines Konzepts zur Erweiterungsfähigkeit der zur Verfügung stehenden Software-Komponenten	18
Datenschutzkonzept	Der Betreiber legt ein überzeugendes Konzept vor, das belegt wie die Vorgaben der EU-DSGVO umgesetzt werden sollen.	19
Innovation und Zukunftsfähigkeit	Lieferung eines Konzeptes zur zukünftigen Weiterentwicklung des eigenen Produktes/ Innovation in Bezug auf das Projekt der [...], Bereitschaft zur Entwicklung neuer Profile und Implementierung neuer Technologien z.B. Blockchain	20

Für die Bewertung des Kriteriums 18 wurden (auszugsweise) folgende Formulierungen bekannt gegeben:

„40 Punkte – Das Konzept ist schlüssig. Der Anbieter kann überzeugend darlegen, dass seine Produkte vollständig erweiterbar sind.

20 Punkte – Das Konzept ist schlüssig. Der Anbieter kann darlegen, dass wesentliche Teile seiner Produkte erweiterbar sind.

10 Punkte – Das Konzept ist schlüssig. Der Anbieter kann darlegen, dass einige Teile seiner Produkte erweiterbar sind.

(...)“

Für die Bewertung des Kriteriums 20 wurden (auszugsweise) folgende Formulierungen bekannt gegeben:

„80 Punkte – Der Anbieter kann ein vollumfänglich überzeugendes Zeugnis seiner Innovationsfähigkeit ablegen. Er macht konkret deutlich, was zukünftig die

Schwerpunkte seiner Entwicklungsarbeit sein werden und welchen Nutzen das [...] - Projekt davon erfahren könnte.

40 – Punkte – Die Angaben sind nachvollziehbar. Der Anbieter kann darlegen, welche Anstrengungen er unternimmt, um seine Produkte perspektivisch weiterzuentwickeln.

(...)“

Die Antragstellerin (ASt) gab am 4. April 2018 ein Angebot ab. Sie hatte dabei [...] angeboten. Hierbei handelt es sich zwar grundsätzlich um Geschäftsgeheimnisse der ASt, die sie aber in der mündlichen Verhandlung auch der Beigeladenen (Bg) gegenüber offen gelegt hat.

Bei der Preiswertung wurden drei der sechs Angebote unter anderem wegen der von der ASt angebotenen Preise in den ersten Staffeln preislich völlig entwertet, indem sie 0 Punkte erhielten, ein weiteres Angebot wurde nahezu vollständig entwertet.

Bei der Auswertung der Angebote in qualitativer Hinsicht stellten die Ag ausweislich des Vergabevermerks bezüglich des Angebots der ASt bei den Kriterien 18 und 20 unzureichende Darstellungen in Bezug auf die Erweiterungsfähigkeit der angebotenen Komponenten fest (Kriterium 18); z.T. seien die Darstellungen ohne konkreten Bezug zum Projekt der Ag, so dass ein Nutzen für diese nicht erkennbar sei (Kriterium 20). Die Ag werteten das Konzept der ASt entsprechend punktemäßig ab.

Mit Schreiben vom 13. April 2018 informierte die Ag zu 1) die Bieter - darunter auch die ASt - über die Entscheidung der Ag, das Vergabeverfahren ausschließlich in Bezug auf die Preisangebote in den Stand vor Ablauf der Angebotsfrist zurückzusetzen und den Bietern Gelegenheit zu geben, bis zum 27. April 2018 neue Preisangebote einzureichen. Unter Berücksichtigung der vorgenommenen Änderungen seien das Preisblatt sowie das Angebotsblatt erneut einzureichen; der fachliche Teil der bereits eingereichten Angebote solle unverändert fortbestehen. Begründet wurde diese Zurückversetzung damit, dass dies im Interesse aller Bieter „zur Sicherstellung einer vergaberechtskonformen, zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots führenden Bewertung hinsichtlich des Kriteriums Preis“ erforderlich sei.

Das neue Preisblatt enthielt folgende Ergänzung:

„Zwingende Voraussetzung für die Wertung eines Angebots und Kalkulationsvorgabe ist, dass der Preis sinkt, je mehr Lizenzen erworben werden

(Rabattstaffel – vgl. Leistungsbeschreibung, Kapitel 3.1); das heißt, der vom Bieter anzugebende Preis reduziert sich von Rabattstufe a-f je Stufe.“

Die Formel zur Umrechnung der angebotenen Preise in Punkte wurde ebenfalls – wie folgt – modifiziert:

„Für die Auswertung wird die Preisberechnungsmethode der „prozentualen Abweichung“ genutzt. Bei dieser wird die Abweichung des jeweiligen Preises vom Durchschnittspreis berechnet. Dieses Verhältnis wird in die Bewertung gespiegelt. In einem ersten Schritt wird je Rabattstufe ein Durchschnittspreis gebildet. Dann wird berechnet, wie weit die jeweiligen Preise der einzelnen Angebote von diesem Durchschnitt prozentual entfernt liegen.

Diese prozentuale Abweichung wird dann in einer entsprechenden ersten Bewertung widergespiegelt. Das Ergebnis der Abweichung zum Durchschnittspreis wird mit dem mittleren Punktwert der jeweiligen Rabattstufe multipliziert. Anhand dieser Bewertung wird eine Reihenfolge je Stufe festgelegt. Der Erstplatzierte erhält 100 % der in der jeweiligen Stufe zu erzielenden Punkte.

Zur Ermittlung der Punkte der weiteren Angebote werden anhand der Ergebnisse der vorherigen Berechnung prozentuale Verhältnisse zum Erstplatzierten der jeweiligen Rabattstufe ermittelt. Anschließend werden diese prozentualen Verhältnisse mit der maximalen Punktzahl der jeweiligen Rabattstufe multipliziert. Negative Punktergebnisse werden im Ergebnis mit Null bepunktet.

Beispielsrechnung: (...)“

Mit Schreiben vom 18. April 2018 rügte die ASt die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens unter Abänderung der Bedingungen der Ag als vergaberechtswidrig. Die Ag zu 1) lehnte es mit Schreiben vom 19. April 2018 ab, der Rüge der ASt zu entsprechen.

Die ASt gab am 27. April 2018 erneut ein Angebot unter Berücksichtigung der neuen Kalkulationsvorgabe, d.h. ein Angebot mit sinkenden Lizenzpreisen bei ansteigender Menge der abgenommenen Lizenzen, ab.

2. Mit einem am 4. Mai 2018 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

- a) Die ASt trägt vor, dass die von den Ag vorgenommene Teilrückversetzung rechtswidrig und unwirksam sei, die Ag in unzulässiger Weise sinkende Preise für die Rabattstaffeln vorgegeben hätten und die Bewertung der Preise nach der Medianmethode die Wirtschaftlichkeit der Angebote nicht korrekt abbilde. Darüber hinaus hätten die Ag das Angebot der ASt qualitativ unzutreffend bewertet und mit der Bg eine ungeeignete Bietergemeinschaft für den Zuschlag vorgesehen. Die von der Bg angeführte Projektantenstellung der ASt und damit ein Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB läge nicht vor. Im Einzelnen:
- Die Ag könnten die erfolgte Teilaufhebung des Vergabeverfahrens nicht auf einen sachlichen Grund stützen. Die Abfrage geänderter Preise in Kenntnis der abgegebenen Angebote verstoße schon gegen den Grundsatz des gleichen und geheimen Wettbewerbs, da nicht auszuschließen sei, dass die Anforderung neuer Angebote in Ansehung besonderer Angebotsgestaltung einzelner Bieter und damit diskriminierend erfolgt sei. Die Ag hätten sich durch Gestaltung der ursprünglichen Wettbewerbsbedingungen selbst gebunden und könnten im Nachgang nicht mehr die preislichen Zuschlagskriterien abändern. Mit Ausreichung der Bewerbungsunterlagen sei das Gestaltungsrecht der Ag verbraucht, zumal sie sich schon aufgrund der Beantwortung der Bieterfragen 10 und 73 mit der Auswirkung der Bewertungsmatrix und der Punktvergabe intensiv beschäftigt hätten, so dass keine neuen Umstände für eine Änderung vorgelegen hätten. Denn aufgrund der von der ASt gestellten Bieterfrage 73 hätten die Ag die bei der Wertung der ersten Angebotsrunde festgestellten Probleme bereits erkannt aber dennoch an ihrem System festgehalten, was eine bewusste Entscheidung gewesen sei und von den Ag nicht umgestoßen werden dürfe. Zudem habe kein Bieter die ursprünglichen Vorgaben gerügt, so dass etwaige Angriffe hiergegen präkludiert gewesen wären. Ohnehin sei ein Angriff auf eine rechtmäßige Wertungsmethode – wie hier die lineare Interpolation – kaum möglich (so: 1. VK Bund, VK1-167/17). Die Zurückversetzung sei daher zur Herstellung rechtmäßiger, den individuellen Rechtsschutz der Bieter berücksichtigender Verhältnisse schon nicht erforderlich gewesen und daher unverhältnismäßig.

Willkürlich verlange die Ag sinkende Preise pro Einzellizenz bei steigenden Lizenzmengen. Dass Angebote, die diese Vorgabe nicht einhielten, von den Ag als unwirtschaftlich betrachtet würden, verstoße zudem gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz. Insbesondere treffe nicht zu, dass nur Angebote mit sinkenden Preisen wirtschaftlich seien, da sich die Wirtschaftlichkeit vorliegend nach dem Preis-Leistungs-Verhältnis bestimme. Auch wenn die Ag grundsätzlich Kalkulationsvorgaben im Rahmen ihres Leistungsbestimmungsrecht treffen könnten - wie vorliegend etwa die von der ASt nicht angegriffene Kostenobergrenze von 1,35 € -, müssten diese jedoch sachlich gerechtfertigt sein. Gründe dafür, dass in den Staffeln nur sinkende Preise akzeptiert werden könnten, seien jedoch nicht ersichtlich. Zu beachten sei auch, dass Bieter bereits über Lizenzinhalte und Kapazitäten bereits verfügten, was im Rahmen der Eignungsprüfung auch nachzuweisen gewesen sei (z.B. [...]). Software, Profizugänge und Schnittstellenmanagement der Bieter lägen daher schon vor, die Kosten seien schon angefallen und erhöhten sich nicht bei einer Zuschlagserteilung. Eine Forderung nach der Weitergabe von Kostenvorteilen bei Mengensteigerungen sei bei Softwarelizenzen daher nicht gerechtfertigt. Die Ag griffen im Ergebnis zu Unrecht in die Kalkulationsfreiheit der Bieter und damit in den Preiswettbewerb ein.

Der Eingriff sei auch ungeeignet, um das Ziel der Ag – der Weitergabe von Mengenvorteilen – zu erreichen. Denn Bieter könnten die erste Staffel unter Einhaltung der festgelegten Obergrenze mit 1,35 € bepreisen, die letzte Staffel mit 1,30 € oder auch die erste mit 6 Cent, die letzte mit 1 Cent. Ein spürbarer Entlastungseffekt zugunsten der Ag trete durch sinkende Preise bei Anstieg der Staffeln jeweils nicht ein, die Angebote wären jedoch für sich genommen bedingungskonform. Dies belege, dass die Vorgehensweise der Ag auch mangels Geeignetheit unverhältnismäßig sei.

Darüber hinaus verhinderten die Ag durch die Vorgabe sinkender Preise, dass die ASt ihnen eine Auftraggebersubvention zukommen lassen könne. Aus diesem Grund habe die ASt in der ersten Angebotsrunde nur [...] verlangt. Nunmehr müssten die ASt nach der neuen Vorgabe [...]. Je geringer die Nutzerzahlen seien, desto höher sei jedoch auch der Lizenzaufwand je Nutzer innerhalb der jeweiligen Staffeln, so dass die Ag in

der Anfangszeit eigentlich ein Interesse daran haben müssten, möglichst wenig Lizenzgebühren zahlen zu müssen; auch, um ihre Versicherten gleich behandeln zu können.

Die Ag könnten sich auch nicht auf den Beschluss der 3. VK Bund vom 1. Februar 2011, VK3-135/10, der sich auch mit einer Rabattstaffel befasst habe, berufen, um ihr Vorgehen zu rechtfertigen. Denn diesem lag schon ein anderer Sachverhalt – die Vergabe wirkstoffbezogener Rabattvereinbarungen – zugrunde, der folglich auf Softwarelizenzen nur eingeschränkt übertragbar sei. Der tragende Grund der dortigen Entscheidung sei gewesen, dass der Eintritt von Teilen der Staffeln als sehr unwahrscheinlich anzusehen gewesen sei. Vorliegend gebe es derartige Erfahrungswerte nicht; im Gegenteil sei angesichts der zu erwartenden zunehmenden Digitalisierung auch anzunehmen, dass die Anzahl der Lizenzen ebenfalls zunehmen werde. Die Frage sei folglich lediglich, wann etwa die Staffelstufe 5 erreicht werde. Die von der 3. VK Bund befürchteten manipulativen Möglichkeiten der Staffelpreisbildung lägen hier somit nicht vor, da die höchsten Staffeln wahrscheinlich auch erreicht würden. Der einzelne Bieter habe keinen Einfluss auf die Anzahl der Versicherten, welche die Leistung später tatsächlich in Anspruch nehmen werde und könne daher nicht durch manipulative Maßnahmen das Erreichen einer gewissen Staffel beeinflussen. Auch habe kein Bieter die Mengenstaffel als solche angegriffen, so dass sich offenbar alle Bieter darauf eingestellt hätten, was auch einen Vertrauenstatbestand zu deren Gunsten begründe. Dann müssten im Rahmen eines fairen Wettbewerbs alle Bieter auch Gelegenheit erhalten, ihre Preise ohne Kalkulationsvorgaben zu gestalten. Jedenfalls hätten die Ag eine entsprechende Vorgabe nur zu Beginn des Vergabeverfahrens zum Ausdruck bringen können und dürften sie nicht in Ansehung der Angebote einführen.

Die Zurückversetzung sei auch ungeeignet, weil die vorhandene rechtmäßige Bewertungsmatrix durch eine rechtswidrige ersetzt worden sei. Die Preiswertung in Abhängigkeit vom Durchschnittspreis in den einzelnen Mengenstaffeln (sog. Medianmethode) bilde schon nicht das ausgewiesene Verhältnis von Preis zu Leistung mit 32 % zu 68 % zutreffend ab und sei daher vergaberechtswidrig. Zudem orientierten sich die Ag nicht hinreichend an den eingereichten Preisen und den jeweiligen

Preisabständen, sondern verzerrten das Verhältnis durch die Durchschnittsbetrachtung. Ausweislich der Erkenntnisse der Akteneinsicht sei offenbar ein Bieter [...]. Dadurch verringere sich der Preisabstand zwischen ASt und Bg unverhältnismäßig, da dieser nicht bei den erreichten [...] sondern ohne die Einbeziehung des teureren Angebots wohl bei über [...] liegen dürfte. Dies belege einen „Flipping-Effekt“, d.h. eine Beeinflussung der Bewertung der Angebote in Abhängigkeit anderer Angebote. Damit werde nicht nach dem günstigsten Preis bewertet, wodurch das Prinzip der Wirtschaftlichkeit ebenso verletzt werde wie der Gleichbehandlungsgrundsatz. Denn die ASt erhalte so nicht die beste Wertung in den jeweiligen Preisstaffeln, was den Wichtungsanteil des Preises von 32 % verzerre. Auch der ASt sei bewusst, dass unabhängig von der Methode ein „Flipping-Effekt“ nicht gänzlich zu vermeiden sei. Dennoch müssten die Ag den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilen, was mit der angewandten Medianmethode nicht erfolgen könne, da diese überdurchschnittlich preisgünstige Angebote bei der Punktvergabe benachteilige. Darüber hinaus hätten die Ag bei der Preis- und der Qualitätsbewertung unterschiedliche Methoden verwandt, was ebenfalls vergaberechtlich unzulässig sei. Beide Blöcke – Preis wie Qualität – müssten nach derselben Methode ausgewertet werden.

Entgegen der Ansicht der Ag sei die von ihr gewählte Bewertungsmethode nicht nur dann problematisch, wenn lediglich zwei Angebote abgegeben werden würden, was vorliegend nicht eingetreten sei. Für die vergaberechtliche Betrachtung sei eine abstrakte Betrachtungsweise unbeschadet der konkreten Angebotssituation geboten. Da bei der Angebotsabgabe lediglich zweier Angebote die Methode nicht die bekannt gegebene Gewichtung einhalten könne, sei die Matrix als solche objektiv ungeeignet und damit nicht anzuwenden.

- Die Ag habe das Angebot der ASt bei der qualitativen Bewertung zu Unrecht abgewertet. Die ASt habe ein in jeder Hinsicht schlüssiges, umfassendes und ausführliches Konzept eingereicht, welches die Kriterien zu 100 % abdecke. Die Angaben der Ag in Bezug auf die Punktabzüge seien angesichts der überzeugenden Angaben der ASt nicht nachvollziehbar. Offenbar hätten die Ag das Angebot nicht vollständig zur Kenntnis genommen und hätten einen ungleichen Bewertungsmaßstab

verwandt, da andere Bieter, die wie die Bg nicht leistungsfähig seien, höhere Punktzahlen erhalten hätten. Die Ag ließen zudem den Bewertungsvorgang im Unklaren, insbesondere weil die Bewertungsbegründung pauschal die Wertungsvorgaben für den vergebenen Punktwert wiederhole. Es stehe zu vermuten, dass die Bewertung durch Personen vorgenommen worden sei, die weder vom Wissenstand noch aufgrund der zeitlichen Möglichkeiten für eine ordnungsgemäße Auswertung in der Lage gewesen seien, das Angebot der ASt zutreffend und vollständig zu bewerten.

- Die ASt müsse nach ihrer Marktkenntnis davon ausgehen, dass die Bg nicht die an die Eignung aufgestellten Mindestbedingung – drei produktive Referenzen mit für die beschaffungsgegenständlichen Leistungen vergleichbaren Leistungen – mit ihrem Angebot dargelegt habe. Aus einem gemeinsam durchgeführten Projekt sei der ASt bekannt, dass die Unternehmen der Bg weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit vergleichbare Referenzen in der geforderten Zahl vorlegen könnten. Die [...] verfüge nur über eine produktive Referenz im europäischen Raum. Die anderen Mitglieder der Bg könnten keine Referenzprojekte belegen, die sich über mehrere unterschiedliche AffinityDomains hinweg erstreckten. Es sei im Markt üblich, vorhandene Referenzen möglichst schnell öffentlich im Internet zu vermarkten. Ausweislich einer von der ASt durchgeführten Internet-Recherche ließen sich jedoch keine Referenzen der Unternehmen der Bg finden, welche die Anforderungen an die Referenzen erfüllten (für die Einzelheiten der Recherche ist auf den Schriftsatz der ASt vom 18. Juni 2018, S. 6ff. zu verweisen). Bevor sich die Kammer mit dieser Referenzfrage beschäftigen könne, müsse die Bg aufgrund der sie nunmehr treffenden Darlegungs- und Beweislast ihre Referenzen benennen und darlegen, inwieweit diese etwa mehrere AffinityDomains betreffen. Die übersandten Teile der Vergabeakte ließen insoweit nur erkennen, dass die Ag die Eignung der Bg im Ergebnis bejaht habe; auf welche Angaben bzw. Referenzen sich dieses Ergebnis beziehe, werde nicht offengelegt. Ebenso wenig werde ausgeführt, ob die Ag bei den Referenzgebern Auskünfte eingeholt hätten, so dass jedenfalls ein Verstoß in der Form der unzureichenden Sachverhaltsermittlung vorliege. Bei den Referenzgebern der ASt hätten die Ag zumindest nicht nachgefragt, so dass die ASt davon ausgehe, dass auch bezüglich der Bg keine Nachfrage

bei den von der Bg benannten Referenzgebern erfolgt sei. Ausweislich des Vergabevermerks hätten auch bei einigen Bietern Unterlagen gefehlt, so dass die ASt davon ausgehe, dass eine Nachforderung auch bei der Bg erfolgt sei, so dass diese ihre Eignung nicht nachgewiesen habe. Auch könne eine Nachforderung bei der Bg trotz fehlender Unterlagen unterblieben sein und der Bg aus diesem Grund die nachgewiesene Eignung fehlen.

- Entgegen dem Vortrag der Bg sei die ASt nicht wegen einer Projektanten-Stellung auszuschließen. Zwar habe sie bei einem Pilotprojekt [...] mitgewirkt. Hierdurch habe sie jedoch keine Anhaltspunkte darüber erhalten können, die Rückschlüsse auf die Anzahl der zu erwerbenden Lizenzen erlaubt hätten. Auch hätten die Ag die ASt nicht aus diesem Grund ausgeschlossen; daran seien diese nunmehr gebunden.

Der Antrag der Ag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags zugunsten der Bg sei zurückzuweisen, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorlägen. Im Rahmen der Interessenabwägung sei dem Primärrechtsschutz der ASt der Vorrang einzuräumen. Die Aufrechterhaltung des Zuschlagsverbots sei der gesetzliche Regelfall. Die Ag könnten ein Überwiegen der Nachteile der Verzögerung gegenüber den Vorteilen des Vergaberechtsschutzes nicht darlegen. Unstreitig werde die Diskussion übergreifender digitaler Systeme im Gesundheitssystem seit über zehn Jahren geführt, ohne dass eines dieser Systeme einer flächendeckende Umsetzung zugeführt worden sei. Es sei nicht ersichtlich, dass die Verzögerung des hiesigen Verfahrens um wenige Monate überhaupt spürbare Auswirkungen habe, auch nicht auf hierauf aufbauende zukünftige Vergabeverfahren. Die Ag stünden allenfalls unter einem politischen Druck in Bezug auf die Umsetzung, was jedoch kein Maßstab für die Vorabgestattung zugunsten der Bg, sei.

Die Entwicklung der dezentralen und zentralen Komponenten für das Gesamtsystem stünde ohnehin erst mit Einleitung der Phase II an, für die die streitgegenständlichen Softwarelizenzen entgegen dem Vortrag der Ag und der Bg auch nicht die angeführte Relevanz hätten. Denn die Software beruhe auf einem System vielfältiger Systemkompatibilität [...], was die Bieter durch die Teilnahme an einem [...] auch hätten nachweisen müssen. Die Verzögerung des hiesigen Verfahrens sei daher neutral für die weitere Entwicklung des Gesamtprojekts; die Ag könnten bereits jetzt etwa den Teilnahmewettbewerb für das kommende

Verhandlungsverfahren initiieren, ohne auf den Ausschreibungsgewinner warten zu müssen. Die Ag dürften sich auch nicht pauschal auf angebliche „deutliche Kostensteigerungen“ wegen einer Verzögerung von zwei Monaten berufen. Auch sei nicht erkennbar, inwieweit die wirtschaftliche Aufgabenerfüllung bei einer Zuschlagsbeeinträchtigung tangiert werde. Im Gegenteil werde das neue Gesamtsystem erst einmal Zusatzkosten auslösen. Auch sei der hiesige Vertrag auf zehn Jahre angelegt, so dass eine Verzögerung von ein paar Monaten nicht ins Gewicht falle. Durch die Zurückversetzung des Verfahrens hätten die Ag ihrerseits zu einer Verzögerung beigetragen. Zweifelhaft sei zudem, ob die Ag Interessen der Allgemeinheit geltend machten, da ihre Versicherten nur ca. ein Drittel der Gesamtbevölkerung repräsentierten. Auch stelle das Wettbewerbsverhältnis der Ag zu [...] kein schutzwürdiges Interesse dar.

Auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsverfahrens komme es nicht an, da die Ag schon keine möglicherweise geschädigten Interessen der Allgemeinheit dargelegt habe.

Der ASt sei über die im Rahmen der Übersendung der Aktenbestandteile zur Verfügung gestellten Unterlagen hinaus Einsicht bei der Kammer zu gewähren in:

- verfahrenseinleitende Unterlagen, insbesondere zur Festlegung der Preisobergrenze von 1,35 € je Lizenz,
- Unterlagen, aus denen sich erkennen lässt, wer wann Kenntnis von den Angeboten genommen hat,
- die von der ASt mit den Ag geführte, im Vergabevermerk jedoch nicht erwähnte Korrespondenz in Bezug auf die wettbewerbssichernden Erklärungen der ASt,
- die von der Bg eingereichten Referenzen und die diesbezügliche Prüfung der Ag sowie erfolgte oder nicht erfolgte Nachforderungen,
- die Gesamtpunktzahlen und Einzelpunktzahlen der Bewertung des Angebots der Bg,
- die besonderen Vorteile und Nachteile des Angebots der Bg.

Die ASt beantragt,

1. Es wird festgestellt, dass die ASt in ihren Rechten in dem von der Vergabestelle für die Auftraggeberinnen geführten Verfahren zur Vergabe [...] verletzt ist.
 2. Die Vergabekammer trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern, insbesondere
 - (1) die Vergabekammer untersagt der Vergabestelle und den Auftraggeberinnen die Fortsetzung des Verfahrens durch Wertung der ihr nach Rückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Abgabe der Angebote in der Zeit zwischen dem 13. April 2018 bis 27. April 2018 eingereichten Angebote fortzusetzen und den Zuschlag auf eines dieser Angebote zu erteilen,
 - (2) die Vergabekammer untersagt der Vergabestelle und den Auftraggeberinnen die Fortsetzung des Verfahrens der Wertung der Angebote nach Maßgabe der Zuschlagskriterien betreffend das Kriterium „Preis des Angebots“, Kriterien Nr. 7-13, in der Fassung der Wertungsmatrix vom 13. April 2018 im Vergabeportal eingestellten Fassung.
 3. Der ASt wird Akteneinsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit der Akteneinsicht nicht zwingend gemäß § 165 Abs. 2 GWB beachtliche Gründe entgegenstehen.
 4. Die Hinzuziehung rechtsanwaltlicher Bevollmächtigter durch die ASt wird für notwendig erklärt.
- b) Die Ag beantragen,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag der ASt aufzuerlegen,
 3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären,

4. den Ag gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen.

Die Ag tragen vor, dass die teilweise Zurückversetzung des Vergabeverfahrens wirksam und diskriminierungsfrei erfolgt sei, ein unzulässiger Eingriff in die Kalkulationsfreiheit der Bieter nicht vorliege und die gewählte Medianmethode bei der Bewertung der Angebotspreise keinen durchgreifenden vergaberechtlichen Bedenken begegne. Wertungsfehler habe die ASt nicht substantiiert dargelegt. Die Eignung der Bg sei zu bejahen. Angesichts der Erfolglosigkeit des Nachprüfungsantrags und dem Interesse der Ag sowie der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens sei ihnen zu gestatten, den Zuschlag gem. § 169 Abs. 2 GWB vorab der Bg zu erteilen. Im Einzelnen:

- Die ASt könne ihr Ziel, die Rückkehr zu den ursprünglichen Vorgaben im Preisblatt und damit der ursprünglichen Preiswertung nicht mehr erreichen. Denn sie habe schon keinen Anspruch darauf, dass die zur Korrektur des Vergabeverfahrens vorgenommene Teilaufhebung durch die Ag ihrerseits aufgehoben werde. Diese sei notwendig gewesen, um letztlich die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots überhaupt erst zu ermöglichen. Denn die Ag habe nach Öffnung der Angebote festgestellt, dass angesichts der gelegten Preise auf Basis der ursprünglichen Vorgaben die Bildung einer Preisrelation nicht möglich gewesen sei. Aufgrund der festgestellten enormen Spreizung der Preise in den jeweiligen Staffeln sei ein nicht antizipierbarer „Flipping-Effekt“ eingetreten. Ohne die Modifikation der Preisvorgaben und der Bewertungsformel wären die Ag gezwungen gewesen, ein Angebot zu bezuschlagen, das bei der späteren Auftragsdurchführung ersichtlich nicht das wirtschaftlichste sei. Das Ziel einer wirtschaftlichen Beschaffung sei somit nicht mehr erreichbar gewesen.

Die Zurückversetzung sei auch transparent und diskriminierungsfrei erfolgt. Auch bei einer Rückkehr zu den abgegebenen ersten Angeboten könne die ASt den Zuschlag nicht erhalten, so dass sich die Modifikation nicht nachteilig auf sie ausgewirkt habe. Die nunmehr aufgenommene Vorgabe, dass die Preise mit zunehmender Rabattstufe sinken müssten, sei auch nicht willkürlich, sondern solle die Wirtschaftlichkeit des Auftrags sichern.

Da zu erwarten sei, dass die ersten Rabattstufen schnell verlassen und die letzte Rabattstufe (> 10.000.000 Lizenzen) erreicht werde, wovon im Übrigen auch die ASt ausgehe, sei ein Sinken der Preise erforderlich. Dies sei auch das Ausgangsverständnis der Ag gewesen, wie es sich aus Ziff. 3.1. der Leistungsbeschreibung ergebe. Dieses habe sich jedoch nicht realisiert, so dass die Klarstellung geboten gewesen sei.

Die Vorgabe sinkender Rabatte bei steigenden Stufen greife auch nicht unzulässig in die Kalkulationsfreiheit der Bieter ein. Die ASt selbst gehe davon aus, dass die festgesetzte Preisobergrenze vergaberechtlich zulässig sei. Die Ag hätten in Ansehung der eingereichten Angebote erkannt, dass es möglich sei, die Staffelpreise manipulativ so zu setzen, dass bei der Wertung eine sehr hohe Punktzahl erreicht werden könne, das Angebot über die Vertragslaufzeit betrachtet jedoch objektiv als das teuerste zu qualifizieren sei, wenn man das Erreichen der höchsten Rabattstufe annehme. Diese Gefahr der manipulativen Ausnutzung der Staffelnkonzeption hätten die Ag durch die neuen Vorgaben eindämmen müssen.

Die Korrektheit der Vorgehensweise ergebe sich auch aus dem Beschluss der 3. VK Bund vom 1. Februar 2011, VK3-135/10. Darin habe die Kammer festgestellt, dass eine Staffel per se spekulative Möglichkeiten beinhalte. Ebenso wie hier sei der dortige Auftraggeber von gewissen Wahrscheinlichkeiten des Erreichens von gewissen Staffeln ausgegangen, abgebildet durch die Gewichtung der Staffeln. Vorliegend seien die Ag davon ausgegangen, dass die beiden letzten Staffeln eine wesentliche Rolle spielen würden, weshalb deren Gewichtung auch doppelt so hoch sei wie die ersten beiden Staffeln. Die Ag müssten über die Gewichtung hinaus verhindern, dass ein Bieter die Staffelpreise so bilde, wie sie tatsächlich nicht abgerechnet würden.

Entgegen der Ansicht der ASt sei der Grund nach der Forderung sinkender Staffelpreise daher nicht primär die Weitergabe von Kostenvorteilen des Auftragnehmers durch steigende Mengen. Vielmehr sei die Intention gewesen, eine wirtschaftliche Beschaffung auch bei hohen zu erwartenden Beschaffungsmengen sicherzustellen.

In der Regel fielen jedoch gerade in der Anfangszeit höhere Kosten an, die sich durch den Abruf bzw. der Pflege der Software amortisieren sollten. Sollten wider Erwarten nicht so viele Lizenzen benötigt werden, hätte der Auftragnehmer durch die Vorgabe sinkender Preise bereits am Anfang der Vertragslaufzeit einen substantiellen Betrag für die Amortisation erhalten, sie diene daher auch seinem Interesse. Dass die Vorgabe sinkender Preise letztlich auch zumutbar sei, zeige das zweite Angebot der ASt.

Entgegen der Ansicht der ASt gebe es keinen Zusammenhang der Vorgabe sinkender Preise mit einer Auskömmlichkeitsprüfung. Ebenso wenig könne die ASt eine von ihr gewünschte Anschubfinanzierung der Ag ins Feld führen, um die Notwendigkeit niedriger Preise in der Anfangszeit zu belegen. Eine solche werde von den Ag nicht gewünscht.

Die Ag hätten auch nicht durch die Gestaltung der Wettbewerbsbedingungen und deren Ausreichung an die Bieter ihr Recht auf spätere Veränderung verwirkt. Das Gegenteil sei richtig, da eine Fortführung eines als fehlerbehaftet erkannten Verfahrens prozessökonomisch nicht sinnvoll sei. Nichts anderes ergebe sich aus der Antwort auf die Bieterfrage 73. Darin habe die Ag gerade nicht zu erkennen gegeben, die später festgestellte Untauglichkeit der Systematik bereits erkannt zu haben und sich dennoch daran binden zu wollen. Dies sei einer rechtskonform agierenden Auftraggeberin gar nicht möglich.

- Die von den Ag letztlich verwendete Wertungsmatrix begegne keinen Bedenken. Das Aufstellen der Wertungsmethode unterliege der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, da aus dessen Sicht zu bestimmen sei, was für ihn das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ darstelle. Dabei komme ihm ein weiter Ermessensspielraum zu, welcher von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt kontrolliert werden könne. Nur dann, wenn preisliche und/oder qualitative Unterschiede völlig verzerrt wiedergegeben würden, d.h. eine Abwertung über Gebühr stattfinde, wäre eine solche Methode vergaberechtlich unzulässig. Dies sei bei der gewählten Medianmethode gerade nicht der Fall, sie sei vielmehr ausdrücklich anerkannt (vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 31. Januar 2017, 1 VK 2/17). Anders als lineare Bewertungssysteme werde bei der Medianmethode das Preis-Leistungs-Verhältnis ins Verhältnis zu den

anderen abgegebenen Angeboten gestellt, was einen zulässigen Vergleichsmaßstab darstelle. Dadurch verhindere die Methode auch, dass vergleichbare Verzerrungen wie bei linearen Methoden eintreten. Ein Flipping-Effekt im Sinne der Beeinflussung der Bewertung durch extreme preisliche Ausreißer sei daher nicht mehr in dem festgestellten Ausmaß zu erwarten. Denn die Endwertung der Preise stehe in einer prozentualen Abhängigkeit vom Durchschnittswert, so dass sich gerade keine absolute, disproportionale Abwertung ergebe. Durch das Abstellen auf den Durchschnittswert werde letztlich gerade verhindert, dass es zu Verzerrungen komme.

Ohnehin reiche es nicht aus, dass abstrakt die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch die Bewertungsmethode bestehe, z.B. bei einer hier nicht vorliegenden Angebotsabgabe lediglich zweier Angebote; vielmehr müsse die Anwendung der Methode im konkreten Fall zu einer Verzerrung geführt und somit nicht dem Leitbild des Vergabewettbewerbs entsprochen haben. Dies könne ausgeschlossen werden, da selbst bei einer linearen Interpolation die Wertung der Angebote von ASt und Bg nahezu den gleichen Abstand aufwiesen. Die Medianmethode sei für die ASt sogar aufgrund eines leicht höheren Abstandes günstiger als die Preisumrechnung durch Interpolation. Dies alles belege, dass die Ag eine zulässige, die ASt überdies nicht in ihren Rechten verletzende Bewertungsmethode gewählt hätten.

- Die Bewertung der konzeptionellen Angaben der ASt sei ebenfalls korrekt erfolgt. Soweit sie Abzüge bei den Kriterien 18 und 20 (Erweiterungsfähigkeit / Innovation und Zukunftsfähigkeit) habe hinnehmen müssen, sei dies im Einklang mit den vorab transparent aufgestellten Vorgaben erfolgt. Die ASt habe zum einen die Erweiterungsfähigkeit je Komponente nicht konkret erläutert, so dass ihr Konzept nur größtenteils schlüssig gewesen sei. Zum anderen lasse die Darstellung beim Kriterium 20 den konkreten Bezug zum Projekt der Ag vermissen, so dass der Nutzen der genannten Themen nicht schlüssig aus den Ausführungen hervorgehe. Gerade letzteres sei nach den Vorgaben für eine optimale Bewertung mit ausschlaggebend gewesen. Im Übrigen seien die Angriffe der ASt gegen ihre Bewertung derart pauschal, dass sie nicht einlassungsfähig seien. Soweit der ASt beim Kriterium „Lieferung und Einhaltung der

Ausführungsfristen“ fünf der maximal 268 Punkte fehlten, sei anzumerken, dass auch eine optimale Wertung nichts an der Bieterreihenfolge ändere. Die Begründung für den jeweiligen Punkteabzug hat die ASt mit Übermittlung des § 134 GWB-Schreibens als Anlage ASt 13, welche auch an die Bg ging, dieser gegenüber offen gelegt, so dass bei der Prüfung der Wertung keine Rücksicht auf Geschäftsgeheimnisse der ASt zu nehmen ist.

- Anders als die ASt vortrage, habe die Bg ihre Eignung durch die Vorlage von mindestens drei produktiven Referenzen nachgewiesen. Die Monita der ASt erwiesen sich angesichts des Leistungsinhalts der referenzierten Projekte schlicht als falsch. Einzelheiten könne die Ag nicht ausführen, da es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg handele. Die Darstellungen der Bg seien jedoch so überzeugend, dass die Ag keinen Anlass hätten, die Referenzgeber zu kontaktieren. Zweifel am Wahrheitsgehalt der Referenzangaben würden der Bg unterstellen, einen Betrugsversuch begangen zu haben, was die Ag nicht ohne Anlass unterstellen dürften. Ebenso habe die Ag durch ihr fachkundiges Personal der erweiterten Projektsteuerung, des Gesamtprojektteams und der beratenden [...] die inhaltliche Bedeutung der Referenzen erfassen und die Einhaltung der Vorgaben prüfen können. Der von der ASt ins Blaue hinein erhobene Vorwurf der mangelnden Sachkunde der Mitarbeiter der Ag, welche die Ag schriftsätzlich im Einzelnen namentlich benannten, trage daher nicht.

Letztlich sei der Antrag auf Gestattung der vorzeitigen Zuschlagserteilung zulässig und begründet. Denn die Interessen der Ag und der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens überwögen deutlich die Nachteile einer Vorabgestattung. Die Tatsache, dass der Nachprüfungsantrag der ASt keinen Erfolg haben könne, spreche schon für dieses Überwiegen, da sich die ASt nicht auf eine Verkürzung ihres Primärrechtsschutzes berufen könne. Die streitgegenständliche Ausschreibung sei zudem Teil eines komplexen und kostenintensiven Großprojekts zur Herstellung eines digitalen Gesundheitsnetzwerks. Dessen Entwicklung (z.B. der zentralen und dezentralen Komponenten und des Rahmenportals) werde sukzessiv ausgeschrieben. Die Ausschreibung dieser zweiten Phase könne aber erst erfolgen, wenn das Ausschreibungsergebnis bezüglich der streitgegenständlichen Lizenzen bekannt

sei. Eine Verzögerung des hiesigen Vergabeverfahrens führe daher zu Verzögerungen im Gesamtablauf. Zeitverzögerungen über noch abfederbare zwei Monate hinaus würden zu deutlichen Kostensteigerungen bei den Ag führen, was letztlich die Versichertengemeinschaft belaste. Nach dem Willen des Gesetzgebers sei eine zunehmende Digitalisierung und Vernetzung in der medizinischen Versorgung umzusetzen. Dies beabsichtigten die Ag mit der vorliegenden Ausschreibung umzusetzen und schnellstmöglich einen Standard für die digitale Gesundheitsversorgung zu schaffen. Dieser Umsetzung könne im Rahmen der Interessenabwägung die ASt mit einem Nachprüfungsantrag mit nur geringen Erfolgsaussichten nicht im Wege stehen.

- c) Die Ag teilt mit Schriftsatz vom 15. Mai 2018 mit, dass entsprechend der Vorabinformation vom 14. Mai 2018 gem. § 134 GWB beabsichtigt sei, den Zuschlag an die Bg zu erteilen. Mit Beschluss vom 16. Mai 2018 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen.

Die Bg trägt vor, dass der Nachprüfungsantrag der ASt unbegründet sei.

Die Ausschreibungsbedingungen, dort insbesondere Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung, hätten nach dem Verständnis der Bg von vornherein zum Ausdruck gebracht, dass bei steigenden Lizenzzahlen Mengenrabatte und folglich sinkende Preise anzubieten gewesen seien. Denn die Rabattstaffel solle die Menge der sukzessiv steigenden Nutzer widerspiegeln, was nur bedeuten könne, dass pro Einzellizenz die Preise sukzessiv sinken müssten. Der im Begriff „Rabattstaffel“ enthaltene Wortteil „Staffel“ impliziere denotwendig, dass rabattierte Preise in Abhängigkeit zur abgerufenen Lizenzmenge reduziert würden. Dies sei in der Softwarebranche auch vollkommen marktüblich. Soweit die ASt diese Vorgabe in ihrem ersten Angebot nicht eingehalten habe, sei dieses mangels Ausschreibungskonformität auszuschließen, so dass die ASt gar nicht mehr am Vergabeverfahren teilnehme.

Entgegen dem Vortrag der ASt gebe es bei Lizenzen durchaus Anfangs-, Gestehungs- und Herstellungskosten. Jedes Unternehmen, das in den Markt eintrete, habe nicht unerhebliche Investitionen zu tätigen. Jedenfalls für die Lieferung der Software fielen Kosten an. Auch müsse selbst die ASt Anpassungs- und Entwicklungsleistungen vornehmen, um die von den Ag geforderten

Funktionalitäten herzustellen. Mit dieser Argumentation versuche die ASt im Ergebnis nur, [...].

Die Bg müsse zudem vermuten, dass die ASt aufgrund ihrer Beteiligung als Projektantin bei der Vorbereitung der Vergabe genauere Kenntnisse über die Wahrscheinlichkeiten und die zeitlichen Abläufe des Erreichens der zu bepreisenden Rabattstaffeln erlangt habe. Dies sei für die Abgabe des ersten, nicht explizit auf sinkende Preise ausgerichteten Preisangebots relevant, da die ASt dann den Höchstbetrag entsprechend ihrer Vorkenntnisse habe platzieren können. Offenbar habe die ASt manipulativ die Preise in der jeweiligen Staffel so gesetzt, dass insgesamt von den Ag ein nicht gewolltes, weil unwirtschaftliches Ausschreibungsergebnis erzielt worden sei. Auch diese Möglichkeit hätten die Ag durch die Vorgabe sinkender Preise verhindert und damit einen bestehenden Wettbewerbsvorteil der ASt nivelliert.

Angesichts der Ausschlussbedürftigkeit des ersten Angebots der ASt sei die Zurückversetzung durch die Klarstellung in Bezug auf die sinkenden Preise und die Umstellung auf die Medianmethode gerade zu deren Gunsten erfolgt. Eine vermeintliche Pflicht zur Fortsetzung des Vergabeverfahrens auf Basis ihres Erstangebots könne die ASt daher nicht erfolgreich beanspruchen. Die Korrektur sei vergaberechtlich geboten gewesen, um Manipulationen zu verhindern und Wissensvorsprünge auszugleichen und um allen Bietern die Möglichkeit einzuräumen, ein chancenreiches Angebot abzugeben. Der Antrag der ASt, den Zuschlag in einem erkannt fehlerhaften Vergabeverfahren zu erteilen, gehe ersichtlich fehl. Unabhängig davon, ob den Ag ein einschlägiger Aufhebungsgrund zustehe (§ 63 VgV), sei die Zurückversetzung weder willkürlich oder nur zum Schein erfolgt, so dass sie jedenfalls wirksam sei. Den Ag stehe auch ein sachlicher Grund – Herstellung vergleichbarer Angebote – zur Seite. Im Übrigen hätten die Ag bereits in den Vergabeunterlagen (Bewerbungsbedingungen, S. 21) auf die Zurückversetzungsmöglichkeit hingewiesen; hierauf habe sich die ASt rügelos eingelassen.

Gegen die Anwendung der Medianmethode sei vergaberechtlich nichts einzuwenden. Im vorliegenden Vergabeverfahren sei die Methode aus den von den Ag angeführten Gründen geradezu erforderlich. Sie führe vorliegend auch nicht dazu, dass sich der Punkteabstand zwischen ASt und Bg durch die Einbeziehung höherer Preise unverhältnismäßig verringere. Im Gegenteil

reduziere diese Methode zu befürchtende Flipping-Effekte, da sowohl hohe wie auch niedrige Preise in die Durchschnittsbetrachtung eingestellt würden, so dass nicht ein Bieter allein den Maßstab setze. Nicht zu beanstanden sei auch, dass nicht auch die qualitativen Bewertungskriterien der Medianmethode zugeführt worden seien. Einen Grundsatz, dass monetäre und nichtmonetäre Kriterien der gleichen Bewertungsmethode zugeführt werden müssten, gebe es nicht. Ein Auseinanderfallen der angekündigten Gewichtung von der Bewertung sei hierdurch ebenfalls nicht festzustellen; die Ag hätten so gewertet, wie es transparent gegenüber allen Bietern bekannt gegeben worden sei.

Soweit die ASt die Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien angreife, sei der Nachprüfungsantrag ebenfalls unbegründet. Ihr Vortrag, dass ihr Konzept zu 100 % die qualitativen Kriterien abdecke und in jeder Hinsicht schlüssig sei, so dass die „Erweiterungsfähigkeit der Software-Komponenten“ und die „Innovations- und Zukunftsfähigkeit“ falsch bewertet worden seien, sei zu pauschal und unsubstantiiert. Auch setze sich die ASt nicht mit dem Inhalt des Informationsschreibens der Ag auseinander. Darin werde der ASt vorgehalten, sie sei bei der Frage der Erweiterungsfähigkeit nicht auf einzelne Komponenten eingegangen. Gleiches gelte auch für die Innovationsfähigkeit, bei der die ASt nur global gefasste Weiterentwicklung dargestellt habe (Blockchain, Grapevine, Integrating the Energy Systems), die jedoch keinen konkreten Nutzen aufgezeigt, sondern im Gegenteil gar nichts mit der hiesigen Ausschreibung zu tun hätten. Eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums der Ag sei daher nicht erkennbar.

Der Vortrag der ASt in Bezug auf eine vermeintlich fehlende Eignung der Bg sei ebenfalls geprägt von einer Mischung aus unsubstantiierten Behauptungen, Mutmaßungen und Unterstellungen, da sie schon nicht über aktuelle Marktkenntnisse in Bezug auf die Bg verfüge. Daher könne die ASt aus einem zwischen [...] gemeinsam mit dem Bietergemeinschaftsmitglied [...] durchgeführten Projekt nicht die bei der Bietergemeinschaft vorhandenen Fähigkeiten oder den aktuellen Stand der Produkte und Entwicklungen ableiten, zumal die ASt in diesem Projekt lediglich [...] gewesen sei. Zudem habe das damalige Projekt auch eine andere Software als die hiesig ausgeschriebene betroffen. Letztere sei der ASt zu keinem Zeitpunkt offengelegt worden, da ein erhebliches Konkurrenzverhältnis zwischen ASt und den Unternehmen der Bg bestehe. Daher wisse die ASt über die von der Bg vorliegend angebotenen Software nichts und könne folglich auch nichts vortragen. Ebenso wenig könne sie

etwas über die Referenzen der Bg wissen, da die Bg ihrerseits Verschwiegenheitsverpflichtungen unterliege, die Projekte folglich gerade nicht marktbekannt seien. Auch insoweit sei den Ausforschungsversuchen der ASt entgegenzutreten. Die ASt kenne die anderen Bietergemeinschaftsmitglieder nicht und erlaube sich dennoch, in Unkenntnis der Software und deren Funktionalitäten die Leistungsfähigkeit der Unternehmen anzuzweifeln. Die von der Bg vorgelegten Referenzen seien zwei Mal von qualifiziertem Personal der Ag geprüft und zu recht für tauglich befunden worden.

Der ASt sei auch nicht über die bisher im Rahmen des § 134 GWB bzw. der Akteneinsicht erhaltenen Informationen tiefergehende Einblicke, insbesondere in die Bewertung der Konzepte der Bg oder die Vorteile ihres Angebots sowie die eingereichten Referenzen der Bg zu gewähren. Die ASt würde hierdurch zu Unrecht Einblick in Geschäftsgeheimnisse der Bg (Kundenbeziehungen, technische und funktionale Details, Wirkungsweise und Einsatzmöglichkeiten der Software etc.) erhalten. Angesichts der von den Unternehmen der Bg getätigten Investitionen bestehe ein Entwicklungsvorsprung gegenüber der ASt, in welchen diese nicht durch vorgeschobene oder falsche Behauptungen Einblick erhalten dürfe. Die Bg müsse das zukünftige Wettbewerbsverhältnis bewahren, ihr geistiges Eigentum schützen und den Eingriff ihre Berufsausübungsfreiheit abwehren. Die Zielrichtung der ASt, sich durch den Nachprüfungsantrag in wettbewerbswidriger Weise Kenntnisse von den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Bg zu verschaffen, trete offen zu Tage. Das Schreiben nach § 134 GWB enthalte vielmehr alle notwendigen Informationen für die ASt, um ihre Rechte wahrnehmen zu können.

Auf den Antrag der Ag gem. § 169 Abs. 2 GWB hin sei diesen zu gestatten, vorab den Zuschlag zu erteilen. Entgegen dem Vortrag der ASt werde durch die Beschaffung des [...] die Systemoffenheit der Software gerade nicht sichergestellt, so dass die Frage, wer der Ausschreibungsgewinner sei, durchaus erheblich für die zukünftigen Vergaben sei. Maßgeblich für zukünftige Vergaben sei, welche konkrete Software mit welchen konkreten Weiterentwicklungsmöglichkeiten eingesetzt werden solle. In Unkenntnis dessen könnten die Ag die zukünftig zu beschaffenden Leistungen nicht hinreichend beschreiben und die Kernkomponenten weiterentwickeln (lassen). In der folgenden Ausschreibungsrunde solle etwa der Betrieb der Vernetzungsplattform vergeben

werden. Dies sei schlechterdings unsinnig und unmöglich, wenn der Softwareanbieter nicht feststehe.

Die Bg beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Bg für notwendig zu erklären,
4. dem Antrag der Ag stattzugeben, ihnen gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen.

Im Übrigen schließt sich die Bg dem Antrag der Ag an, ihnen zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen.

3. Durch Verfügung der Vorsitzenden vom 4. Juni 2018 wurde die Entscheidungsfrist des § 167 Abs. 1 S. 1 GWB bis 2. Juli 2018 einschließlich verlängert, § 167 Abs. 1 S. 2 GWB.
4. Der ASt und der Bg wurde jeweils in Absprache mit den Ag Akteneinsicht gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. Dabei erhielt die ASt unter anderem am 18. Mai 2018 auch Einsicht in die von den Ag vorgenommene fachliche Wertung ihrer konzeptionellen Angaben und die Gründe für die Abwertung in den Kriterien 18 und 20. Zur Erwidern hierauf wurde der ASt eine Frist bis zum 25. Mai 2018 gesetzt. In ihrem fristgemäß eingereichten Schriftsatz führte die ASt in Bezug auf die qualitative Wertung ihres Angebots aus, dass die Punktabzüge nicht nachvollziehbar seien, das Angebot enthalte vollständige Angaben zu allen Kriterien. Im Übrigen griff die ASt Defizite des Bewertungsvorgangs bzw. dessen Dokumentation an. Nähere Ausführungen dazu, weshalb die von den Ag vorgebrachten Gründe für die Abwertung unzutreffend seien, enthielt der Schriftsatz nicht.

Mit Schriftsatz vom 18. Juni 2018 legte die ASt im Einzelnen dar, weshalb aus ihrer Sicht die Wertung der Ag unzureichend sei. Die von ihnen vermissten Ausführungen zur

Erweiterungsfähigkeit der Softwarekomponenten (Kriterium 18) und zur Innovation und Zukunftsfähigkeit (Kriterium 20) ergäben sich aus verschiedenen Dokumenten, den von ihr darin verwendeten Fachbegriffen und ausdrücklichen Angaben; Einzelheiten hat die ASt als Geschäftsgeheimnis deklariert. Die Ag hätten sämtliche Inhalte des Konzepts der ASt berücksichtigen müssen; darauf, dass die diesbezüglichen Angaben auf mehrere Dokumente verteilt seien, komme es nicht an. Dies sei lediglich eine Darstellungsfrage, welche von der von den Ag primär zu betrachtenden Inhaltsfrage zu trennen sei. Um beantworten zu können, ob die ASt hinreichende Angaben gemacht habe, hätten die Ag für eine ordnungsgemäße Sachverhaltsermittlung daher das gesamte Angebot der ASt würdigen müssen, was sie offenbar nicht getan hätten.

5. In der mündlichen Verhandlung am 20. Juni 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Die ASt trat dabei dem Vorwurf der Bg entgegen, diese Referenzen ausforschen zu wollen. Sie habe kein Interesse daran, dass ihr selbst die Projekte offengelegt werden. Zur Verobjektivierung der Eignungsprüfung müsse jedoch ein sachverständiger Dritter prüfen, ob die von der Beigeladenen benannten Projekte die aufgestellten Anforderungen erfüllten, da weder die Ag noch die Vergabekammer dies beurteilen könnten. Insbesondere müsse dieser Dritte prüfen, ob die Projekte tatsächlich produktiv liefen und über mehrere AffinityDomains verfügten. Darauf, dass die Bg in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt habe, dass diese Voraussetzungen von den von ihr eingereichten Referenzen erfüllt würden, komme es nicht an, da es sich insoweit um eine bloße Bietererklärung handele, die nicht belegt sei.

Ag und Bg traten der Argumentation der ASt, die Ag hätten sich die konzeptionellen Angaben zu den Kriterien 18 und 20 im Rahmen einer Sachverhaltsermittlung zusammen suchen müssen, entgegen. Die Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit seiner Angaben sei durch den Bieter sicherzustellen.

6. Auf die Vergabeakte, die der Vergabekammer vorgelegen hat, auf die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die ausgetauschten Schriftsätze wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag im Anwendungsbereich der VgV oberhalb des für europaweite Vergaben einschlägigen Schwellenwerts – sind eindeutig und unstrittig 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, keiner weiteren Begründung bedarf. Ob die ASt, wie die Bg meint, mit ihrem ursprünglichen, vor der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens eingereichten Preisangebot wegen Abweichens von den Vorgaben nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV hätte ausgeschlossen werden müssen, ist irrelevant, da die Ursprungsangebote mit den neuen Vorgaben gerade überholt sind. Eine Rolle im Rahmen der Prüfung der Antragsbefugnis könnte allenfalls spielen, ob die ASt infolge der Zurückversetzung und der Einholung neuer Preisangebote überhaupt beschwert ist, denn die Auswertung der neuen Preisangebote ergab, dass sich die Zurückversetzung in Konkurrenz zur Bg positiv zugunsten der ASt ausgewirkt hat. Dieser Aspekt, der bereits eine Befassung mit den Angebotsinhalten im Rahmen der Wertung voraussetzt, ist aber nicht geeignet, der ASt mangels „Schadens“ i.S.v. § 160 Abs. 2 GWB den Zugang zum Rechtsschutz zu verwehren, sondern wird erst im Rahmen der Begründetheit des Nachprüfungsantrags relevant.
 - b) Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB durch die Erhebung der Rüge am 18. April 2018 fristgerecht nachgekommen, nachdem sie am 13. April 2018 die erneute Angebotsaufforderung unter veränderten Bedingungen von den Ag erhalten hatte. Einer Rüge in Bezug auf die weiteren von ihr geltend gemachten Vergabefehler – fehlerhafte Wertung des eigenen Angebots, fehlende Eignung der Bg - bedurfte es nicht, denn diese Aspekte wurden für die ASt erst mit Erhalt der Information nach § 134 GWB am 14. Mai 2018 transparent; zu diesem Zeitpunkt lief aber das am 4. Mai 2018 eingeleitete Nachprüfungsverfahren bereits. Da die Rügeobliegenheit der Vermeidung unnötiger Nachprüfungsverfahren dient, kann dieser Zweck nicht mehr erfüllt werden, wenn das Nachprüfungsverfahren bereits läuft. In diesem Fall besteht keine Rügeobliegenheit mehr.

- c) Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB wurde durch die Antragstellung am 4. Mai 2018 nach Erhalt der Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 19. April 2018 ebenfalls gewahrt.
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.
- a) Die Tatsache als solche, dass die Ag das Vergabeverfahren in Bezug auf die Preisvorgaben zurück versetzt und auf neuer Basis Preisangebote eingeholt haben, begegnet nicht nur keinen Bedenken, sondern war vielmehr rechtlich geboten. Die Ag haben sich richtig verhalten.
- aa) Die zunächst gesetzten Vorgaben boten keine taugliche Basis für einen fairen Wettbewerb. Die ursprünglich vorgesehene Methode zum Transfer von Preisen in Punkte führte dazu, dass bei einer Preisverteilung wie die ASt sie vorgenommen hatte – [...] – drei von sechs abgegebenen Angeboten preislich mit 0, ein weiteres zumindest ohne nennenswerte Punkte zu benoten gewesen wären, obwohl diese Angebote vollkommen „normal“ bepreist waren und keine derart geringe Bewertung verdient hatten. Beim Erhalt von 0 Punkten im Preisblock ist es aber so gut wie unmöglich, diesen kompletten Punkteausschluss noch mit qualitativen Leistungspunkten kompensieren zu können. Der wichtige Gesichtspunkt, wonach die relativen Abstände der Angebote untereinander eine Rolle spielen müssen, kam nach dieser Methode nicht zur Geltung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2015 – Verg 35/14, in dem der Senat aus diesem Grund ein Preismessungssystem als vergaberechtswidrig angesehen hat, wonach das billigste Angebot 10 Preispunkte, das teuerste 3 Preispunkte erhalten sollte; ebenso zu analoger Problematik bei der qualitativen Wertung im Fall einer Spreizung von 0 Punkten für das qualitativ schlechteste Angebot bis 100 Punkten für das beste Angebot OLG Düsseldorf vom 22.1.2014 – Verg 26/14, wonach dieses Wertungssystem nach dem Prinzip „100 Punkte oder nichts“ rechtlich ungeeignet ist, die Zuschlagsentscheidung zu begründen). Die zunächst vorgesehene Methode der Preisbewertung mit Punkten ist diesen Grundsätzen nicht gerecht geworden.
- bb) Zusätzlich gingen die Ag davon aus, dass die Bieter in den hohen Staffeln, wo die größte Anzahl von Lizenzen abgenommen wird, die billigsten Preise anbieten würden. Diese Überlegungen der Ag waren auch keineswegs fernliegend, da der Begriff „Rabatt“ schon im allgemeinen Sprachgebrauch mit

sinkendem Preis bei steigender Abnahmemenge belegt ist, nicht aber umgekehrt. Es ist also durchaus nachvollziehbar, dass die Ag vor dem Hintergrund dieses Verständnisses bei Ausgestaltung der ursprünglichen Vergabeunterlagen gar nicht auf die Idee kamen, ein Bieter könne die Vorgabe „Rabattstaffel“ anders interpretieren, so dass eine explizite Klarstellung nicht in Betracht gezogen wurde. Tatsächlich wurde aber jedenfalls seitens der ASt dieser Grundannahme der Ag nicht entsprochen, was dazu führen könnte, dass ein Angebot den Zuschlag erhält, das nur auf dem Papier das wirtschaftlichste ist, nicht aber bei der Vertragsdurchführung. Es ist ebenfalls eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, ein solches Wettbewerbsergebnis soweit ihm dies möglich ist zu vermeiden; eine Vielzahl vergaberechtlicher Vorschriften dient diesem Zweck, siehe nur die Verpflichtung zur Preisprüfung bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten (dazu BGH, Beschluss vom 31.1.2017 – X ZB 10/16).

cc) Es war vor diesem Hintergrund richtig von den Ag, eine Klarstellung in Bezug auf sinkende Staffelpreise vorzunehmen und die Umrechnungsmethode des Preises in Punkte abzuändern. Zwar ist der ASt darin zuzustimmen, dass eine solche teilweise Zurückversetzung des Vergabeverfahrens nach Submission, also in Kenntnis der Angebote, ein erhöhtes Missbrauchspotential bergen kann, wenn z.B. der Auftraggeber in Ansehung der geöffneten Angebote feststellt, dass nicht der von ihm gewünschte Bieter den Zuschlag erhalten würde. Eine solche Situation ist vorliegend jedoch mitnichten gegeben. Notwendige Voraussetzung für eine derartige Teilzurückversetzung einer Ausschreibung ist nur, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Entscheidung einen sachlichen Grund hat. Denn auch im Vergabeverfahren gilt der Grundsatz der Privatautonomie, nach dem der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages ausschließlich in der Entscheidungsgewalt des Ausschreibenden liegt; ein Auftraggeber ist sogar befugt, unabhängig vom Vorliegen eines Aufhebungsgrundes nach § 63 VgV das Vergabeverfahren komplett aufzuheben, solange ein sachlicher Grund hierfür vorhanden, die Aufhebung mithin rechtmäßig ist (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2013 – Verg 16/13). Zu dieser Privatautonomie zählt auch, dass er die Bedingungen festlegen darf, zu denen die Vergabe erfolgen soll. Erkennt daher ein Auftraggeber – wie vorliegend –, dass aufgrund des zu Tage getretenen Angebotsverhaltens der Bieter offenbar ein klarstellungsbedürftiger Umstand besteht, ist er grundsätzlich zur Korrektur der intransparenten Umstände verpflichtet, um rechtmäßige Zustände und ein einheitliches Wettbewerbsverhältnis zwischen den Bietern zu bewirken. Denn bei der

Verpflichtung eines öffentlichen Auftraggebers auf den Grundsatz der Transparenz handelt es sich, wie bereits dessen Normierung an herausgehobener Stelle in § 97 Abs. 1 S. 1 GWB zeigt, um einen zentralen Grundsatz für eine faire Vergabe im Wettbewerb (2. VK Bund, Beschluss vom 13. Dezember 2016, VK2-125/16). Die Zurückversetzung fällt hier in die Kategorie „Korrektur eigener Fehler“ oder zumindest „Klarstellung von Vorgaben“, welche jedenfalls ein Bieter – die ASt – anders verstanden hat als die Ag dies gemeint hatte.

So verhält es sich hier. Vorliegend haben die Ag erst angesichts des Angebotsverhaltens einiger Bieter erkannt, dass ihre Intention, höhere Rabatte bei höheren Mengen zu erzielen, offenbar auf Bieterseite nicht vollständig durchdrungen wurde und diese teilweise auch (extrem stark) ansteigende Staffelpreise angeboten haben. Diese in der Folge eintretende weite Spreizung der Angebotspreise in den jeweiligen Staffeln führte dazu, dass sich aufgrund der bis dato vorgesehenen linearen Interpolation der Angebote die Wirtschaftlichkeit der Angebote zum einen schon untereinander verzerrt darstellte. So wurden vier der sechs Angebote preislich (nahezu) völlig entwertet. Zum anderen stellte sich auch die Wirtschaftlichkeit des mit „Spreizpreisen“ anbietenden Bieters je nach Erreichen einzelner Staffeln höchst unterschiedlich dar. Eine Ermittlung desjenigen Auftrages, welcher sich letztlich als der wirtschaftlichste für die Beschaffung erweisen soll, war auf dieser Grundlage nicht möglich. Dass die Ag bei diesem Befund das Vergabeverfahren zurückversetzten, war richtig. Rabattstaffeln bergen die Gefahr, dass sich hier größere Spielräume für ein kreatives Angebotsverhalten eröffnen als ohne Staffelpreise; der Auftraggeber hat hier eine besondere Verpflichtung zur Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs (vgl. 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 1.2.2011 – VK 3-135/10).

Der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens steht auch nicht, wie die ASt vorträgt, eine Selbstbindung der Ag an bekannt gegebene Kriterien bzw. unterlassene Angaben (wie hier diejenige der sinkenden Preise) und einen diesbezüglichen Vertrauensschutz entgegen. Als fehlerhaft erkannte Umstände, die aufgrund eines unterschiedlichen Verständnisses der Bieter und einer als ungeeignet erkannten Wertungssystematik jedenfalls zur Abgabe nicht miteinander vergleichbarer Angebote führen und damit vergaberechtlich angreifbar sind (§ 121 Abs. 1 S. 1 GWB, § 127 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 1 GWB) können schon im Ausgangspunkt keinen Vertrauensschutz genießen. Unerheblich ist daher auch, dass kein anderer Bieter die ursprünglichen Vorgaben gerügt hat.

Eine Verwirkung oder einen Verbrauch der Änderungsbefugnis durch die Ag nach Bekanntgabe der Zuschlagsmodalitäten und der intensiven Beschäftigung mit der Thematik in den Bieterfragen 10 und 73, wie sie die ASt geltend macht, scheidet aus den analogen Gründen ebenfalls aus. Selbst wenn die Ag – was abwegig ist - zunächst bewusst eine unklare Vorgabe gemacht hätten, so wäre es dennoch korrekt, das Vergabeverfahren zur Herstellung rechtmäßiger Zustände zurückzusetzen. Bezugspunkt für das Vorhandensein eines sachlichen Grundes für eine Korrektur von Vorgaben ist die objektive Rechtmäßigkeit des Verfahrens, nicht die vorherige Intention des Auftraggebers. Die Zurücksetzung und die Einholung neuer Angebote auf geänderter Basis kann bei Vorliegen eines sachlichen Grundes allenfalls einen potentiellen Schadenersatzanspruch wegen frustrierter Aufwendungen für die Angebotserstellung nach sich ziehen, was hier jedoch angesichts der bloßen Überarbeitungsbedürftigkeit der Staffelpreisung bei unveränderten sachlichen Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht einmal im Raum steht.

Letztlich liegt auch kein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vor, wenn die Ag in Ansehung der Angebotspreise die Bewertungsmethode modifizieren und explizit eine Kalkulationsvorgabe aufstellen. Wenn selbst in Bausachen nach erfolgter bieteröffentlicher Submission eine Zurücksetzung zur Fehlerkorrektur in Kenntnis der Angebotspreise möglich sein muss (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Januar 2011, VII-Verg 40/10), dann ist dies erst recht der Fall, wenn wie hier nur die zur Vertraulichkeit verpflichteten Ag, nicht jedoch die Bieter Kenntnis von den Angebotspreisen haben. Entscheidend ist hier auch, dass die Bieter ja gerade Gelegenheit erhalten haben, neue Preise einzureichen, so dass die Situation nicht vergleichbar ist mit einer Fallgestaltung, in der ein Auftraggeber vor Ablauf der Angebotsfrist bereits einen Preis, z.B. aus einem offen übersandten Angebot, erfährt und diesen einem Konkurrenten kommunizieren kann, der sein eigenes Angebot dann noch hieran anpassen kann.

- b) Die neu gesetzten Vorgaben sind vergaberechtskonform.
 - aa) Gegen die Vorgabe sinkender Staffelpreise in den sechs Rabattstufen a – f als Kalkulationsvorgabe ist nichts zu erinnern. Grundsätzlich beschränken Kalkulationsvorgaben zwar die Kalkulationsfreiheit der Bieter und lenken in gewissem Umfang auch den Preiswettbewerb, beruhen jedoch auf der

Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Regularien des Vergabeverfahrens und sind daher vergaberechtlich zulässig (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juni 2017, VII-Verg 24/17). Zudem begrenzen sie Spekulationsmöglichkeiten der Bieter gerade bei Rabattstaffeln und fördern insoweit die Chancengleichheit bei der Bewerbung um den Auftrag. Wie sonstige Festlegungen des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen auch unterliegen sie nur dem Gebot der Eindeutigkeit und Bestimmtheit (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. November 2012, VII-Verg 42/12.). Zudem darf die Forderung nach der Einhaltung bestimmter Kalkulationsvorgaben bei den Preisangaben den Bieter nicht unzumutbar belasten (OLG Frankfurt, Beschluss vom 11. Oktober 2016, 11 Verg 13/16). Diese Vorgaben sind vorliegend erfüllt, da die Vorgabe schon die ursprüngliche Intention der Ag transparent machte und die Bieter auch nicht über Gebühr einschränkt. Die Klarstellung, dass mit den ansteigenden Staffeln die Preise zu sinken haben, dient somit als eine Komponente der Ermöglichung eines echten Wirtschaftlichkeitsvergleichs und ist – wie die zweite Angebotsrunde auch belegt – offenbar hierfür geeignet.

Der Vortrag der ASt in Bezug auf die unzulässige Vorgabe sinkender Preise ist im Übrigen auch nicht widerspruchsfrei. Zum einen geht sie davon aus, dass die Produktionskosten je Softwarelizenz nicht durch erhöhte Abgabemengen sinken, so dass auch die Preise nicht zwingend sinken müssten. Dies erklärt jedoch nicht die von den Ag festgestellte umgekehrte Situation der enormen Preisspreizung „zugunsten“ der höheren Lizenzmengen. Nach dem Vortrag der ASt wäre eigentlich zu erwarten, dass die Preise über alle Staffelstufen gleich bleiben, was sich so dem Angebot der ASt jedoch gerade nicht entnehmen lässt. Jedenfalls dürften die Preise nicht sprunghaft ansteigen, wenn die Produktionskosten vermeintlich „neutral“ sein sollen; diese von den Ag festgestellten Sprünge belegen eindrücklich das bestehende Spekulationspotential der Rabattstaffel ohne die explizite Vorgabe sinkender Preise bei steigender Menge. Zum anderen räumt die ASt selbst ein, dass die Ag die Kalkulationsvorgabe bezüglich sinkender Preise zu Beginn des Vergabeverfahrens durchaus hätten aufstellen können, was letztlich belegt, dass die Vorgabe auch aus Sicht der ASt nicht per se unzumutbar sein kann.

Die ASt kann auch nicht damit Gehör finden, dass sie den Antragsgegnerinnen in den Anfangsjahren mit einer nahezu kostenlosen Leistungserbringung eine „Auftraggebersubvention“ habe zukommen lassen wollen, da sie die wesentlichen

Entwicklungsleistungen bereits erbracht habe, so dass bei ihr nur geringe Kosten anfielen. Die ASt verkennt mit ihrem Vortrag, dass die Ag durch die Vorgabe sinkender Preise den Wirtschaftlichkeitsvergleich der Angebote untereinander und damit eine unter finanziellen Gesichtspunkten wirtschaftliche Beschaffung wahren wollten, eine Anschubfinanzierung war von ihnen nicht gewollt. Das Modell einer höheren Preispolitik in den hohen Rabattstaffelgruppen erscheint darüber hinaus auch als vergaberechtlich angreifbar. Da jedenfalls eine Verschiebung von – auch nach dem Vortrag der ASt teilweise anfallenden – Kosten der Anfangsjahre in Folgejahre stattfindet, könnte dies als vergaberechtlich unzulässige Mischqualifikation aufgefasst werden.

Im Übrigen haben die Ag – jedenfalls mittelbar – auch im Sinne der ASt selbst gehandelt. Ohne die Klarstellung nach Zurückversetzung des Vergabeverfahrens hätte sich durchaus, wie etwa die Bg vorträgt, ein Rechtsstreit daran entzünden können, ob sich nicht bereits aus der in Ziff. 3.1. der Leistungsbeschreibung und der im Preisblatt vorgegebenen Rabattstaffel eine Forderung der Ag nach einem Sinken der für die Einzellizenzen anzugebenden Preise ergibt, so dass bei Nichteinhaltung dieser Vorgabe die Ausschlussbedürftigkeit derjenigen Angebote im Raum gestanden hätte, welche diese Vorgabe nicht einhielten. Eine Diskriminierung zulasten gerade der ASt ist durch die Vorgehensweise der Ag daher gerade nicht festzustellen. Im Gegenteil hat sich durch die neue Bewertungsmethode der Punkteabstand zur Bg in der zweiten Angebotsrunde deutlich zugunsten der ASt erhöht, so dass aus diesem Grund eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand der ersten Angebotsrunde zu Lasten der ASt selbst ginge.

bb) Ebenso wenig begegnet die von den Ag letztlich verwendete Bewertungsmatrix („Durchschnittsmethode“, von den Parteien als „Medianmethode“ bezeichnet³) vergaberechtlichen Bedenken. Weder ist der Transparenzgrundsatz, § 97 Abs. 1 GWB, verletzt noch besteht die Gefahr, dass im vorliegenden Fall die Preisumrechnungsmethode dazu führt, dass entgegen § 127 GWB nicht das wirtschaftlichste Angebot ermittelt wird.

³ Entgegen dem Vortrag der Parteien handelt es sich nicht um eine Abweichung von einem Median. Dieser ist begrifflich in einer Aufreihung der Werte der Wert an der mittleren Stelle, während der Durchschnitt oder das arithmetische Mittel der Quotient aus der Summe der betrachteten Zahlen und ihrer Anzahl ist. Die Vorgabe der Multiplikation des Durchschnittswerts mit dem „mittleren Wert“ in der Rabattstaffel stellt sich ebenfalls nicht als Multiplikation mit dem Median der von den Bietern erzielten, sondern mit der Hälfte der erreichbaren Punkte dar.

Der Auftraggeber bestimmt dabei im Ausgangspunkt, was aus seiner Sicht das wirtschaftlich günstigste Angebot ist (EuGH, Urteil vom 26. März 2015, C-601/13, „Ambisig“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14). Bei der Bestimmung der Kriterien hierfür ist der Auftraggeber ebenso weitgehend ungebunden wie bei der Festsetzung der Methode zu deren Bewertung. Die Kontrolle durch die Vergabenachprüfungsinstanzen hat sich dabei ähnlich wie bei der Ermessenskontrolle darauf zu beschränken, ob ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand gegeben ist und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder ein Ermessenfehlgebrauch vorliegt. Die Festlegungen dürfen dem Zweck der Ermittlungen des wirtschaftlichsten Angebots nicht zuwiderlaufen, willkürlich gesetzt oder sachfremd sein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2010, VII-Verg 48/09). Die Festlegung der Methode zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots darf etwa nicht im Ergebnis dazu führen, dass einzelne Kriterien faktisch keine Rolle mehr spielen oder die bekannt gegebene Gewichtung nicht mehr angewandt werden kann.

Die Wahl einer bestimmten Preisumrechnungsmethode – wie hier der Durchschnittsmethode, d.h. eine Bewertung des Preises des zu betrachtenden Bieters in Abhängigkeit der Abweichung zum Durchschnittswert der in der jeweiligen Staffel insgesamt angebotenen Preise – kann vergaberechtlich jedoch nur beanstandet werden, wenn sich gerade ihre Heranziehung im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände als mit dem gesetzlichen Leitbild des Vergabewettbewerbs unvereinbar erwiese (so BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17). Grundsätzlich ist auch die Durchschnittsmethode eine geeignete Methode, um eine Bewertung des Preises vorzunehmen. Dass diese Methode in der konkreten Ausgestaltung solchen vergaberechtlichen Bedenken begegnet, so dass ihre Verwendung zur Vermeidung von Rechtsverletzungen (vgl. § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB) als solche untersagt werden müsste, vermag die Kammer indes nicht festzustellen.

Die Kammer verkennt dabei nicht, dass im Ausgangspunkt auch die eingesetzte Durchschnittsmethode die Gefahr eines gewissen „Flipping-Effekts“, d.h. der Beeinflussung der Wertung durch andere Angebote, in sich trägt. Allerdings existiert mathematisch wohl keine Methode, die vollkommen frei von Friktionen oder potentiellen Verzerrungen durch das Angebotsverhalten anderer Bieter ist. Daher haben auch der Bundesgerichtshof insoweit unter Verweis auf die Bewertungsmethoden unter mathematischen Gesichtspunkten kritisch

beleuchtende Fachliteratur (Kiiver/Kodym, NZBau 2015, 59; Bartsch/von Gehlen/Hirsch, NZBau 2012, 393; Roth, NZBau 2011, 75; Schneider, NZBau 2002, 555) sowie vorher bereits das OLG Düsseldorf (NZBau 2002, 578 ff.) ausgeführt, dass selbst wenn Bewertungsmethoden unter Umständen zu als unbillig oder widersprüchlich empfundenen Ergebnissen führen können, vom Auftraggeber nicht ohne Weiteres verlangt werden könne, sich für eine alternative, vermeintlich bessere Berechnungsmethode zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17). Ebenso hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass die Angebote auf der vierten Wertungsstufe in Relation zueinander zu betrachten sind, dass also ein Quervergleich der Angebote anzustellen ist; dies bedeutet aber gleichzeitig, dass die Tatsache einer Angebotsbewertung in einer gewissen Interpedenz mit den Konkurrenzangeboten in der Natur der Sache liegt, ein gewisser „Flipping-Effekt“ damit schon im Ansatz nicht als vergaberechtswidrig zu kriminalisieren ist.

Auch bei der ursprünglich vorgesehenen reinen Interpolation der Angebote zum jeweils günstigsten Preis in der jeweiligen Staffel ist angesichts der gelebten Preisspreizung eine Bewertung in völliger Abhängigkeit zu dem Angebotsverhalten des jeweiligen Bestbieters gegeben, so dass die Gefahr von Verzerrungen durch Ausreißer nach unten deutlich größer war. Dies belegt auch das erste Wertungsergebnis: Die Angebote von vier der sechs Bieter wurden durch den aufgrund der jeweils sehr niedrigen Preise in der jeweiligen Staffel eintretenden „Flipping-Effekt“ (nahezu) vollständig entwertet und hätten diesen Punkteabstand auch bei einer optimalen Qualitätsbewertung nicht kompensieren können. Dass die Ag auf dieser Grundlage die Angebotsbewertung nicht fortsetzen konnten und die Bewertungsmethode modifizieren mussten, bedarf daher keiner weiteren Begründung.

Die für die zweite Angebotsrunde gewählte Durchschnittsmethode federt den eben geschilderten Flipping-Effekt zumindest ab, indem preisliche Ausreißer „nach unten“ eingefangen und zum Teil nivelliert werden. Dies dämmt auch Spekulationsmöglichkeiten in den jeweiligen Rabattstaffeln ein. Ausreißer nach oben wiederum werden – neben der Einbeziehung in die Durchschnittsberechnung – schon deshalb eingefangen, weil die Preissetzungsspielräume der Bieter durch die Festlegung der auch von der ASt nicht gerügten Preisobergrenze von 1,35 € nach oben begrenzt sind. Die Gefahr einer Verzerrung der preislichen Wertung in

der jeweiligen Staffel durch ein „Mondangebot“ wurde daher schon im Vorfeld von den Ag minimiert.

Die Durchschnittsbetrachtung konterkariert auch nicht die von den Ag bekannt gegebene Gewichtung (68 % Qualität zu 32 % Preis) (vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 14.07.2016 - Rs. C-6/15). Dies stellt lediglich die Relation der Hauptkriterien Qualität – Preis zueinander dar, besagt jedoch nicht, dass bei jedem Angebot zwingend 68 Qualitätspunkten auch 32 Preispunkte gegenüberstehen müssen. Der Prozentsatz repräsentiert jeweils lediglich die relative Gewichtung, die sich je nach Bewertung des Angebots in dem einen oder anderen Bereich verschieben kann.

Ebenso wenig ist erforderlich, dass die Methode gleichförmig bei der Preis- wie auch der Qualitätsbewertung Anwendung finden muss. Das diesbezügliche Petitum der ASt ist nicht nachvollziehbar, da die hier als „Medianmethode“ bezeichnete Umrechnungsmethode nur beim Preis erforderlich wird, um diesen in Punkte zu transferieren und diese wiederum ins Verhältnis setzen zu können zu den Qualitätspunkten; hierfür ist die Herstellung einer einheitlichen „Währung“ für Preis und Qualität erforderlich. Da die Qualitätsbewertung ja aber bereits von vornherein über die Vergabe von Punkten erfolgt, ist eine Umrechnung wie beim Preis, der ja als Euro-Betrag angeboten wird, nicht erforderlich, der „Medianmethode“ bedarf es nicht.

Es ist auszuschließen, dass die Heranziehung der Durchschnittsmethode in Ansehung der Angebote zur gezielten Diskriminierung eines Bieters wie der ASt erfolgt ist. Auch unter Geltung der Interpolationsmethode wäre die Bewertung der aufgrund der Klarstellung der Kalkulationsvorgabe erneut einzureichenden Angebote im Ergebnis nicht wesentlich anders verlaufen als mit der Durchschnittsmethode; der relative Abstand der Preisbewertung der verfahrensbeteiligten Bieter bliebe nahezu gleich (vgl. Schriftsatz der Ag vom 7. Juni 2018, als Geschäftsgeheimnis deklariert). Im Gegenteil steigt zugunsten der ASt durch die Durchschnittsmethode der Punkteabstand zur Bg sogar an. Dass sich – so der Vortrag der ASt – die Methode nachteilig zu ihren Lasten ausgewirkt hat und den Abstand zur Bg nur verzerrt zu ihren Lasten darstellt, lässt sich mithin gerade nicht feststellen. Wie bereits oben ausgeführt, hat sich durch die neuen Angebote der punktemäßige Abstand zwischen der ASt und der Bg sogar für die ASt erhöht, so dass sich auch ihre Zuschlagschancen erhöht haben.

- c) Einen Ausschluss der Bg mangels nachgewiesener Eignung kann die ASt nicht einfordern.

Die beigelegene Bietergemeinschaft hat mehr als die geforderten drei Referenzen vorgelegt, mit denen sie den produktiven Einsatz ihrer Software zwischen rechtlich und organisatorisch getrennten Einheiten mit unterschiedlichen Affinity Domains nachgewiesen hat. Die Ag haben die von der Bg dargestellten Referenzprojekte auf die Rüge der ASt hin nochmals eingehend geprüft und sehen die Vorgaben (Verknüpfung mehrerer Leistungsbringer; mehrere Affinity Domains; Inproduktivsetzung) auch angesichts öffentlich verfügbarer Informationen weiterhin als erfüllt an. Anhaltspunkte dafür, dass die Bg falsche Angaben in den von ihr mit dem Angebot eingereichten Referenzbeschreibungen gemacht hat, liegen nicht vor. Auch hat die Bg nach ausdrücklichem Hinweis der Vorsitzenden auf § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c) GWB zu Protokoll erklärt, dass mindestens drei der von ihr im Angebot angeführten Referenzen die von den Ag an die Referenzen aufgestellten Anforderungen vollumfänglich erfüllen. Da sich angesichts der Ausführungen der Bg in ihren Referenzen auch im Übrigen keine Zweifel an der Erfüllung der Anforderungen ergeben, sind die Ag auch zu keinen weitergehenden Aufklärungsmaßnahmen über die von der Bg abgegebenen Eigenerklärungen hinaus verpflichtet; insbesondere mussten sie nicht vor ihrer Zuschlagsentscheidung die jeweiligen Referenzgeber befragen (vgl. 3. VK Bund, Beschluss vom 27. September 2011, VK3-119/11).

Der von der ASt angeregten Einholung eines Sachverständigengutachtens durch die Kammer zur Frage, ob die Projekte der Bg tatsächlich produktiv gesetzt worden sind und über mehrere Affinity Domains verfügen, ist nicht nachzukommen. Die Ag haben hinreichend dargetan, dass sie – auch durch Hinzuziehung externer Beratung – die an die Referenzen gestellten Anforderungen kompetent haben prüfen können und dabei unter anderem von der Bg angeführte Referenzen, welche die Anforderungen nicht einhalten, nicht anerkannt haben. Dies belegt, dass eine fachliche Auseinandersetzung mit der Qualität der von der Bg erbrachten Projekte stattgefunden hat. Eine weitergehende „Verobjektivierung“ – wie sie die ASt begehrt – ist daher schon deshalb nicht erforderlich, weil es der Ag selbst obliegt, die Referenzen objektiv zu prüfen. Eine subjektive Prüfung zu Lasten der ASt vermag die Kammer nicht festzustellen.

Anders als die ASt in der mündlichen Verhandlung meinte, müssen die Ag auch nicht nur Referenzen desjenigen Unternehmens akzeptieren, welches verantwortlich für das Konzept zeichnet. Es ist gerade Sinn und Zweck einer Bietergemeinschaft, dass sich durch die Bündelung von Kapazitäten und unterschiedlichen Befähigungen ein zusätzlicher Bieter bildet. Daher dürfen auch die Referenzen der einzelnen Mitglieder einer Bietergemeinschaft einer Gesamtbetrachtung zugeführt werden, was die Ag in Ziff. III.1.3) des Angebotsblatts auch genauso zum Ausdruck gebracht haben. Etwas anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn die einzelnen BiGe-Unternehmen klar voneinander abgrenzbare Leistungsteile erbringen sollen, die jeweils gesondert zu referenzieren sind. Diese Konstellation ist vorliegend jedoch nicht gegeben.

Angesichts der nachgewiesenen Eignung der Bg ist die Frage, ob und inwieweit die Ag die Eignungsanforderungen korrekt bekannt gemacht haben, nicht entscheidungserheblich. Die Bekanntmachung genügt dem Wortlaut von § 122 Abs. 4 S. 2 GWB, wonach Eignungsanforderungen in der Bekanntmachung anzuführen sind, insoweit nicht, als die Bekanntmachung – was das amtliche Bekanntmachungsformular aber im Gegensatz zu § 122 Abs. 4 S. 2 GWB ausdrücklich als anzukreuzende Option vorsieht – bezüglich der Eignungsvorgaben auf die Vergabeunterlagen verweist. In den Vergabeunterlagen wiederum (dort Ziff. 9.9. der Bewerbungsbedingungen) wird für die „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ auf die in einer „Anlage x“ genannten Nachweise verwiesen und geht folglich ins Leere. Erst im Angebotsblatt (Anlage 3) wird unter Ziff. III.1.3) – technische und berufliche Leistungsfähigkeit – in Bezug auf die „ergänzend zur Europäischen Eigenerklärung [EEE]“ zu erbringenden Referenzen sowie [...] auf Anlage 7 verwiesen, aus denen sich letztlich die Anforderungen an die Referenzprojekte ergeben. Da offenbar jedoch kein Bieter Probleme mit dieser Anforderungssystematik hatte und auch nicht die Ausschlussbedürftigkeit eines Verfahrensbeteiligten wegen der Nichterfüllung der (vermeintlich) geforderten Vorgaben im Raum steht, ist die Frage hinreichender Transparenz bei der Forderung nach den Referenzen nicht von Amts wegen aufzugreifen.

- d) Soweit die ASt die konkrete qualitative Wertung ihres Angebots – Abzüge in den Wertungskriterien 18 und 20) - angreift, vermag ihr Vortrag ebenfalls nicht, einen Vergaberechtsverstoß der Ag zu belegen.

Ihre Ausführungen im Schriftsatz vom 18. Juni 2018 bezüglich der von ihr angebotenen technischen Komponenten/Module und die diesbezüglichen ausdrücklichen oder jedenfalls aus Fachbegriffen ableitbaren Erweiterungsmöglichkeiten sind dem Grunde nach gemäß § 167 Abs. 2 S. 2 GWB verfristet. Denn die ASt hatte durch die ihr am 18. Mai 2018 seitens der Kammer gewährte Akteneinsicht die Gründe für ihre Abwertung in den Kriterien 18 und 20 erfahren. Für eine Stellungnahme hierzu war ihr eine Frist bis zum 25. Mai 2018 gesetzt worden. In dem daraufhin eingereichten Schriftsatz vom 24. Mai 2018 ist die ASt den von den Ag festgestellten Gründen für die Abwertung nicht substantiell entgegengetreten. Sie hat sich vielmehr darauf beschränkt, pauschal die vollständige Schlüssigkeit ihres Konzepts zu behaupten und in Bezug auf den Ablauf des Wertungsvorgangs eine vollständige Einsichtnahme in ihr Angebot durch Mitarbeiter der Ag anzuzweifeln sowie deren Fachkompetenz in Frage zu stellen, so dass sich ihr Vortrag nicht mit den ihr bekannten Gründen für die Abwertung auseinandergesetzt hat. Dies erfolgt erst knapp vier Wochen später mit Schriftsatz vom 18. Juni 2018; zwar hatte die Vergabekammer der ASt in Anerkennung der Urlaubsabwesenheit des Verfahrensbevollmächtigten der AST noch eine Frist bis zum 18. Juni 2018 zugebilligt, jedoch lediglich zu anderen Punkten. Der dezidierte Vortrag zur Wertung des Angebots der ASt erfolgte damit weit nach Ablauf der hierfür gesetzten Frist und erst zwei Tage am Montag vor der am Mittwoch, dem 20. Juni 2018, stattfindenden mündlichen Verhandlung, so dass auch die Ag nicht mehr adäquat reagieren konnten.

Selbst wenn die Kammer von ihrer Befugnis nach § 167 Abs. 2 S. 2 GWB, den Vortrag unberücksichtigt zu lassen, keinen Gebrauch machte, vermögen die Ausführungen der ASt in ihrem Schriftsatz vom 18. Juni 2018 nicht, Zweifel an der ordnungsgemäßen Ausfüllung des Beurteilungsspielraums durch die Ag zu wecken. Die ASt belegt mit ihrem Vortrag selbst, dass sie für die Vergabe der vollen Punktzahl aufgestellten Anforderungen (Kriterium 18: Schlüssigkeit und überzeugende Darlegung; Kriterium 20: vollumfänglich überzeugendes Zeugnis seiner Innovationsfähigkeit; der Anbieter macht Schwerpunkte der Entwicklungsarbeit und Nutzen für das [...]Projekt konkret deutlich) durch ihr Konzept nicht erfüllt hat. Denn die Ag müssen sich von der ASt gerade nicht darauf verweisen lassen, dass sie sich dokumentenübergreifend die entsprechend erforderlichen Angaben erarbeiten müssten oder sich die geforderte Schlüssigkeit der Erweiterbarkeit bereits aus Fachbegriffen oder Produktangaben sowie der

schlichten Bestätigung der Erweiterbarkeit im Konzept ergebe. Es wäre an der ASt gewesen, den inhaltlichen Anforderungen zu entsprechen.

Die Kammer hat sich auch durch Einblick in die Konzepte der verfahrensbeteiligten Bieter davon überzeugt, dass gerade auch in Relation zu den von der Bg gemachten Ausführungen der Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Bewertung des Angebots der ASt seitens der Ag gewahrt worden ist. Dass das Konzept der Bg in diesen Kriterien von den Ag besser bewertet wurde, ist angesichts der Struktur ihrer Darstellung wie auch seinem Inhalt nach frei von Beurteilungsfehlern. Weitere Ausführungen verbieten sich an dieser Stelle, um nicht Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensbeteiligten zu verletzen.

Soweit die ASt einen Dokumentationsmangel in Bezug auf die Wertung daraus ableitet, dass der interne Beratungsvorgang der qualitativen Wertung entgegen § 8 Abs. 1 S. 2 VgV nicht ausreichend dargestellt wurde, so dass nicht hervorgehe, wer, wann, ggf. wie lange, mit welchem Zwischenergebnis die Angebote geprüft habe, führt dies nicht allein zum Erfolg des Nachprüfungsantrags. Da – wie soeben ausgeführt – das Wertungsergebnis materiell korrekt ist, wäre schon fraglich, ob sich eine unzureichende Dokumentation des Wertungsvorgangs auch auf die Rechtsstellung der ASt ausgewirkt haben kann (zu dieser Voraussetzung vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. März 2004, VII-Verg 1/04 und OLG Naumburg, Beschluss vom 12. April 2004, 2 Verg 1/12). Im Übrigen haben die Ag die mit der Wertung betrauten Personen in ihrem Schriftsatz vom 7. Juni 2018 benannt und damit in zulässiger Weise die Dokumentation ergänzt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2010, VII-Verg 19/10, sowie Beschluss vom 21. Oktober 2015 – Verg 28/14).

Der Nachprüfungsantrag ist mithin nicht erfolgreich. Eines Eingehens auf den von der Bg aufgeworfenen Punkt, der ASt käme eine Projektantenrolle zu, bedarf es mangels Entscheidungserheblichkeit daher nicht. Die Ag selbst haben die ASt nicht nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB ausgeschlossen und diesen Aspekt auch in keiner Weise in das Nachprüfungsverfahren eingebracht. Nach Kenntnis der Vergabekammer hat die ASt nicht die vorliegende Ausschreibung mit vorbereitet, sondern war lediglich im Rahmen eines vorangehenden Pilotprojektes tätig. Weitere kammerseitige Sachverhaltsaufklärungen, in welcher Form die ASt im Vorfeld der streitgegenständlichen Vergabe für die Ag tätig waren, sind bei dieser Sachlage nicht

indiziert, insbesondere auch deswegen, weil es sich um einen fakultativen Ausschlussgrund handelt.

2. Da der Nachprüfungsantrag aus den eben genannten Gründen nicht erfolgreich ist, ist es den Ag auf ihren Antrag hin vorab zu gestatten, der Bg in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren nach Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieser Entscheidung den Zuschlag zu erteilen.

Die Statthaftigkeit des Zuschlagsgestattungsantrags ist gegeben, da mit Übermittlung der Antragschrift an die Ag das Zuschlagsverbot ausgelöst wurde, § 169 Abs. 1 GWB. Den Ag steht der Gestattungsantrag als Gegenmaßnahme gegen den automatisch durch die Übermittlung eintretenden Suspensiveffekt zu. Dem Antrag ist vorliegend in der Sache auch zu entsprechen, da die Interessen der Ag bzw. der hinter ihnen stehenden Solidargemeinschaft der Versicherten und damit der Allgemeinheit sowie die Interessen der für den Zuschlag vorgesehenen Bg die Interessen der ASt am Erhalt ihres Primärrechtsschutzes auch im Hinblick auf die Erfolgsaussichten von deren Anliegen überwiegen.

Für die Entscheidung, ob der Zuschlag trotz des noch laufenden Nachprüfungsverfahrens gestattet werden soll, sieht § 169 Abs. 2 S. 1 – 4 GWB eine Interessenabwägung vor. Wie die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 28. Juni 2017, VII-Verg 24/17, deutlich macht, wiegen im Rahmen dieser Interessensabwägung die Erfolgsaussichten des Anliegens eines Antragstellers, so sie bereits feststehen, schwer, auch wenn die Erfolgsaussichten gemäß § 169 Abs. 2 S. 4 GWB nicht Teil der Abwägung sein müssen. Je größer die Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg des Auftraggebers oder des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters im Sinne einer Zurückweisung des Nachprüfungsantrags ist, umso höher ist in der Regel auch das Interesse an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu gewichten und umgekehrt (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Juli 2012, VII-Verg 18/12).

Die Interessen der Allgemeinheit, hier insbesondere der Solidargemeinschaft der Versicherten, deren Sachwalter die Ag sind, sind daher vorliegend vorrangig vor dem Primärrechtsschutz der ASt, deren Anliegen nach den obigen Ausführungen in der Sache nach nicht erfolgreich ist, zu bewerten. Dem streitgegenständlichen Vertrag kommt auch eine erhebliche Bedeutung zu: Er dient als Einstieg in das digitale Gesundheitsnetzwerk, was letzten Endes zu einer effizienteren Versorgung der Versicherten und damit auch zu einer Reduktion der Kosten durch Vermeidung von

unnötigen Doppelbehandlungen bzw. Fehlbehandlungen führen soll. In Bezug auf die Finanzierbarkeit des sozialversicherungsrechtlichen Systems der [...] handelt es sich auch um ein wichtiges Gemeinschaftsgut insoweit, als die Beitragshöhe mit davon abhängt, wie erfolgreich es den Ag gelingt, die Instrumente zu nutzen, die der Sozialgesetzgeber den gesetzlichen Krankenkassen an die Hand gegeben hat, um im Interesse der Beitragssatzstabilität zu agieren.

Darüber hinaus würden die Ag den avisierten Zuschlagstermin für die Phase II im Oktober 2018 bei Durchlaufen eines Beschwerdeverfahrens ohne die Vorabgestattung des Zuschlags nicht mehr halten können. Dem kann die ASt nicht entgegenhalten, dass der streitgegenständliche Rahmenvertrag ohnehin auf zehn Jahre abgeschlossen werden solle, so dass die drohende Verzögerung marginal sei; denn dies hat mit der Frage der Inproduktivsetzung des intendierten Gesamtsystems und der Nutzung seiner Funktionalitäten nichts zu tun. Ebenso unschädlich ist, dass die Ag zur Klarstellung der Kalkulationsvorgaben und zur Modifikation der Bewertungsmatrix das Vergabeverfahren selbst zurückversetzt und damit ihrerseits einen Ursachenbeitrag zur zeitlichen Verzögerung gesetzt haben. Das hierfür ursächliche Angebotsverhalten von Teilen der Bieter war so nicht antizipierbar. Letztlich müssen sich die Ag auch nicht darauf verweisen lassen, dass aufgrund der Standardisierung der [...] das Vergabeverfahren für die Phase II auch von ihnen in Unkenntnis des Auftragsgewinners vorbereitet werden könne. Wie die ASt selbst vorträgt, zeichnet sich die Software der einzelnen Anbieter auch durch unterschiedliche Komponenten aus, so dass der Vortrag der Ag, für eine abschließende und erschöpfende Leistungsbeschreibung des Folgeverfahrens den Auftragnehmer des hiesigen Vergabeverfahrens einschließlich seiner Software kommunizieren zu müssen, nicht von der Hand zu weisen ist.

Es ist nicht gerechtfertigt, die aufgeführten Interessen wegen eines Nachprüfungsantrags, der nach den obigen Ausführungen unbegründet ist, hintanzustellen, so dass den Ag zu gestatten ist, den Zuschlag zu erteilen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Vergabekammer die Zuschlagsgestattung nicht etwa in einem kursorischen Eilverfahren gestattet. Die Vergabekammer hat vielmehr ein reguläres Nachprüfungsverfahren durchgeführt, einschließlich mündlicher Verhandlung, in dessen Rahmen umfassend auf die Belange der ASt Rücksicht genommen wurde, so z.B. bei auf Urlaubsabwesenheiten bei der Terminierung der mündlichen Verhandlung und bei der großzügigen Bemessung von Stellungnahmefristen. Die Entscheidung erfolgt gemeinsam mit der Hauptsacheentscheidung und damit auf fundierter Basis.

3. Dem erweiterten Akteneinsichtsanspruch der ASt, bei der Kammer Einsicht in die Vergabeakten über die bereits übersandten Unterlagen hinaus zu nehmen, war nicht zu entsprechen, § 165 Abs. 2 GWB. Zum Teil hat die ASt die von ihr geforderten Unterlagen bereits erhalten (Festlegung der Preisobergrenze von 1,35 € je Lizenz), zum Teil hat sie die Kommunikation selbst mit den Ag geführt, so dass keine Notwendigkeit besteht, ihr die bereits bei ihr vorhandenen Unterlagen erneut zu übermitteln. Diese Unterlagen werden im Vergabevermerk lediglich nicht erwähnt (Korrespondenz in Bezug auf die sog. wettbewerbssichernden Erklärungen der ASt).

Entgegen dem schriftsätzlichen Vortrag der ASt hat diese auch die verbalisierte Wertung der qualitativen Kriterien im Rahmen der Akteneinsicht bereits erhalten, so dass der diesbezügliche erweiterte Akteneinsichtsanspruch ins Leere geht. Soweit die Darstellung des Wertungsvorgangs an sich von der ASt begehrt wird, haben die Ag eingeräumt, dass keine weitergehende Dokumentation existiert, die der ASt zur Verfügung gestellt werden könnte, jedenfalls aber die handelnden Personendurch Benennung im Schriftsatz nachgereicht.

Soweit die ASt Akteneinsicht in die von der Bg eingereichten Referenzen und die diesbezügliche Prüfung der Ag sowie etwaige diesbezügliche Nachforderungen, die Gesamtpunktzahlen und Einzelpunktzahlen der Bewertung des Angebots der Bg und letztlich die besonderen Vorteile und Nachteile des Angebots der Bg gegenüber demjenigen der ASt begehrt, ist dem nicht nachzukommen. Der Akteneinsichtsanspruch der ASt hat insoweit hinter den Geheimhaltungsinteressen der Bg zurückzutreten. Zu den Geschäftsgeheimnissen gehören alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind, an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat, in Bezug auf die sein Geheimhaltungswille bekundet worden oder erkennbar ist und von denen sich ein größerer Personenkreis nur unter Schwierigkeiten Kenntnis verschaffen kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03, BVerfGE 115, 205 Rn. 87; BGH, Beschluss vom 16. November 2009 - X ZB 37/08, BGHZ 183, 153 Rn. 17 - Lichtbogenschürung; Urteil vom 7. November 2002 - I ZR 64/00, GRUR 353, 356 m.w.N. - Präzisionsmessgeräte; vgl. auch Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen [Geschäftsgeheimnisse] vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. Nr. L 157 vom 15. Juni 2015 S. 1). Die Bg

hat in diesem Zusammenhang plausibel dargestellt, dass angesichts des engen, noch in Entwicklung befindlichen Marktes das zukünftige Wettbewerbsverhältnis zur ASt tangiert werden könnte, wüsste diese, auf welche Referenzprojekte sich die Bg stützt. Auch wenn die Projekte zum Teil im Internet genannt werden, ist der Leistungsanteil der Bg jedenfalls nicht öffentlich. Die Kammer anerkennt das Schutzinteresse der Bg in Relation zum Interesse der ASt an einer umfassenden Gewährung rechtlichen Gehörs.

Der BGH (Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16) hat im Übrigen anerkannt, dass auch nach Versagung der Akteneinsicht die nicht offengelegten Bestandteile bei der Entscheidung verwendet werden dürfen. Denn aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kann es im Interesse eines Beteiligten sachgerecht sein, den Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Konflikt mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang in der Weise modifiziert zurücktreten zu lassen, dass ihm bestimmte schutzwürdige Informationen vorenthalten werden können, die Nachprüfungsinstanz sie aber gleichwohl verwerten darf. Dies ist hier geschehen.

III.

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

Die ASt hat als Unterliegende die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der anderen Verfahrensbeteiligten zu tragen. Es entspricht auch der Billigkeit, der ASt die Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die ASt hat sich in einen direkten Interessensgegensatz zur Bg gestellt, indem sie deren Eignung als nicht nachgewiesen angegriffen hat. Die Bg hat sich schriftsätzlich und in der mündlichen Verhandlung eingelassen, Anträge zur Sache gestellt und damit auch ein Kostenrisiko auf sich genommen.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag und der Bg war jeweils notwendig. Es stellten sich komplexe Rechtsfragen, auf die von den Verfahrensbeteiligten innerhalb der kurzen Fristen im Vergabenaachprüfungsverfahren schriftsätzlich reagiert werden musste und die über die bloßen vergaberechtlichen Kenntnisse hinausgingen, über die eine Vergabestelle ohnehin selbst verfügen muss; dies gilt gerade in Hinblick auf den Vorabgestattungsantrag der Ag. Im Übrigen ergibt sich die Notwendigkeit der Hinzuziehung anwaltlichen Rechtsrates auch aus dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt.

IV.

1. Gegen die Entscheidung der Vergabekammer in der Hauptsache (Ziff. 1 und 2 des Tenors) 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.

2. Gegen die Entscheidung der Vergabekammer, den sofortigen Zuschlag zu gestatten (Ziff. 3 des Tenors), ist der Antrag beim Beschwerdegericht zur Wiederherstellung des Zuschlagsverbots nach § 169 Abs. 1 GWB zulässig (§ 169 Abs. 2 Satz 5 GWB). Er ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, zu stellen und gleichzeitig zu begründen. Die zur Begründung des Antrags vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund der Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen (§ 169 Abs. 2 Satz 7 i.V.m. § 176 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB).