



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 76/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Filter auf die mündliche Verhandlung vom 23. August 2018 am 14. September 2018 beschlossen:

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

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

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb mit Bekanntmachung vom [...] im offenen Verfahren die Vergabe eines Auftrags zur [...]. Die [...] ist Bestandteil des [...].

Gegenstand der Ausschreibung ist laut Ziffer 2.4 der Bekanntmachung (bzw. Ziffer 1.2 der Bewerbungsbedingungen, vgl. auch Leistungsbeschreibung, Ziffer I):

„Ausgeschrieben ist die Neukonzeption, fachlich-inhaltliche Ausgestaltung, technische Umsetzung sowie der (Weiter-)Betrieb der [...]. Die [...] ein Ergebnis des 2012 durchgeführten Nationalen Strategieprozesses [...] ist seit 2014 unter der Webadresse [...] im Aufbau.

Im Einklang mit dem 2016 veröffentlichten Fachprogramm [...] soll die bisherige Informationsplattform zu einer integrierten Informations-, Dialog und Serviceplattform weiter entwickelt und ausgebaut werden. Ziele der neu konzipierten [...] sind, den kollaborativen Austausch der Akteure im Innovationssystem zu forcieren, die operative Wissensbasis für Innovatoren kontinuierlich und nachhaltig auszubauen sowie den strategischen Dialog im Innovationssystem [...] zu verstetigen. Ein zentraler inhaltlicher Fokus der integrierten Plattform ist auf das geänderte regulatorische Rahmenwerk, dessen weitere regulatorische Ausgestaltung auf europäischer und nationaler Ebene sowie die Konsequenzen für die Forschung und Entwicklung von [...] zu legen. Auszugestalten ist dies durch operative Information und Beratung, Unterstützungsangebote sowie einen aktiven Dialog der Akteure in zentralen Themengebieten wie beispielsweise Hochrisikoprodukte oder [...] Bewertung.“

Seit 2014 wird die [...] von der Antragstellerin (ASt) betrieben. Der entsprechende Auftrag läuft zum 31.12.2018 aus.

Die Leistungsbeschreibung enthält unter Ziffer II („Aufgaben des AN“) drei Unterabschnitte, erstens (Ziffer II.1) zum „Aufbau einer integrierten Informations-, Dialog und Serviceplattform“ zum [...], zweitens (Ziffer II.2) zur „Vorbereitung, Durchführung, Nachbereitung einer Reihe strategischer Dialoge [...]“ und drittens (Ziffer II.3) zu „Querschnittsaufgaben“.

Unter Ziffer II.1 („Anforderungen an die Integrierte Online-Plattform“) werden zunächst allgemeine Zielvorgaben vorgenommen: *„Die integrierte Online-Plattform mit Informations-, Dialog- und Servicefunktion soll Innovatoren, insbesondere in kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), gezielt im Innovationsprozess mit Grund- und Fachwissen, der Möglichkeit zu fachlichem Dialog sowie mit Expertenrat zu individuellen Fragen unterstützen. Ziel ist der Transfer von operativem Detailwissen für Mitarbeitende insbesondere in KMU in einer nutzerfreundlichen und praxistauglichen Form. Das Informationsangebot ist daher vom AN auf die Informationsbedarfe im Innovationsprozess zu konzentrieren, und das Dialogangebot soll einen personalisierten Zugang ermöglichen. Das Online-Portal soll im Kern vom AN zu einem lernenden Wissenssystem mit stark interaktivem Charakter ausgebaut werden.“*

Weiter heißt es: *„Der AN ist Herausgeber der integrierten Online-Plattform und für die Bereitstellung des Online-Angebots sowie die angebotenen Inhalte verantwortlich. Das integrierte Portal kann in puncto Grundwissen auf den bisher etablierten statischen Lotsendienst für Innovatoren aufsetzen [...] muss in puncto Praxis- und Expertenwissen jedoch vom AN umfassend und kontinuierlich erweitert und vor allem dynamisiert und flexibilisiert werden. Dazu muss das Online-Portal vom AN neu strukturiert und hierbei die Elemente Information, Grundwissen, Akteursprofile und Austausch mit Experten gezielt kontextuell verknüpft werden. Das neue Online-Portal soll auf diesem Wege ein webbasiertes Networking zu operativen Fragen und Themen ermöglichen. Hierzu ist unter anderem – unter Beachtung datenschutzrechtlicher Vorschriften – der direkte Kontakt zu Experten beispielsweise von benannten Stellen, klinischen Studienzentren, Beratungsagenturen etc. vorzusehen. Der Kontakt zu den im Innovationssystem [...] wichtigen Behörden ist vom AN aufrechtzuerhalten und der Zugang zu deren Informationsangebot herzustellen bzw. für die Nutzer zu ermöglichen.“*

Inhaltlich soll der AN den Fokus des Dialog- und Serviceangebots auf diesem Portal vorrangig auf die Rahmenbedingungen in den Innovationsphasen Zertifizierung, Erstattung und Marktüberwachung legen. [...] In diesem Zusammenhang sind vom AN, neben der Bereitstellung operativen Wissens und geeigneter webbasierter Hilfen, beispielsweise

Planungswerkzeuge für die Forschung zu erarbeiten, bereitzustellen und regelmäßig zu aktualisieren. [...]

Die Online-Plattform ist unter Nutzung von IT-Technologie für kollaborative Plattformen und unterstützende Wissenssysteme vom AN gemäß dem jeweiligen Stand der Technik online umzusetzen und während der gesamten Vertragslaufzeit aktuell zu halten. Innerhalb der Grundvertragslaufzeit ist ein größerer Relaunch des Internetauftritts mit Auswirkungen auf Design des Webauftritts, Präsentation und Organisation der Inhalte, technische Architektur u.ä. einzuplanen. [...]

Vom AN ist daher ein zentraler inhaltlicher Fokus der integrierten Plattform auf dieses geänderte regulatorische Rahmenwerk, dessen weitere regulatorische Ausgestaltung auf europäischer und nationaler Ebene sowie die Konsequenzen für die Forschung und Entwicklung von innovativen [...] zu legen. Auszugestalten ist dies durch operative Information und Beratung, Unterstützungsangebote sowie einen aktiven Dialog der Akteure in zentralen Themengebieten wie Hochrisikoprodukte, [...] Bewertung oder Marktüberwachung.

Die neu konzipierte integrierte Online-Plattform soll stärker als bisher Verknüpfungen und Synergien zur Innovations- und Projektförderung nutzbar machen. Hierfür hat der AN geeignete Formate zur Extraktion von fachlichem und prozeduralem Wissen für die Innovationsförderung sowie Maßnahmen zur verstärkten Einbindung von geförderten Akteuren und Vorhaben zu entwickeln und nach Abstimmung mit dem AG in die Online-Plattform zu integrieren. Darüber hinaus soll der AN Instrumente zur Nutzerbindung und zur Stimulation von Nutzeraktivität integrieren und anbieten.

Aus technischer Sicht ist für das integrierte Portal eine Suchfunktion bereitzustellen und zu gewährleisten, dass durch adäquate Verschlagwortung der Inhalte sowie technische Vorkehrungen die Nutzer auf ihre Suchanfragen zufriedenstellende Ergebnisse erhalten.

Profile von Akteuren im Innovationssystem [...] sind mit klarem Fokus auf den Nutzwert für Innovatoren vom AN unter Einhaltung von Datenschutzbestimmungen bereitzustellen und aktuell zu halten [...].

Ferner soll das Portal vom AN zu einer Kommunikationsplattform für die Akteure weiterentwickelt werden. Dazu müssen vom AN die notwendigen Zugangsvoraussetzungen (personalisiert, identifiziert) geschaffen werden, damit Akteure des Innovationssystems [...] über das Portal direkt interagieren und kooperieren können. So sollen auch die Voraussetzungen beispielsweise für kollaborativen Austausch, interaktives Lernen und die Vorbereitung von Kooperationen geschaffen werden. Dabei hat der Auftragnehmer stets die jeweils einschlägigen datenschutzrechtlichen Vorschriften einzuhalten. [...]

Ab 2019 sind vom AN zu den prioritären Themenschwerpunkten des integrierten Online-Portals – Zertifizierung, Erstattung und Marktüberwachung – 3 Informationsveranstaltungen p.a. [...] zu operativer Wissensvermittlung und -austausch zu organisieren. Konkrete Themenstellung, Konzeption und Programm der Informationsveranstaltungen sind vom AN vorab mit dem AG abzustimmen. Die Durchführung der Informationsveranstaltungen [...] liegt in der eigenständigen Verantwortung des AN. [...] Die [...] soll zu einer mehrgleisigen Kommunikationsplattform für die Fach-Community [...] ausgebaut werden. Interaktivität ist dafür ein wichtiges Merkmal. Zielsetzung ist ein möglichst hoher Nutz- und Mehrwert für die Akteure des Innovationssystems [...]. Damit die [...] den Erwartungen der Community bestmöglich entspricht, ist vom AN regelmäßig Nutzerfeedback einzubinden. Des Weiteren ist das Online-Portal der [...] vor Missbrauch zu schützen. [...]

Aufgrund des Umfangs des integrierten Online-Angebots ist von einem stufenweisen Aufbau der Informationsplattform auszugehen.

Die neu konzipierte [...] soll nach Freigabe durch den AG erstmals am 1. April 2019 online gestellt werden. [...]"

Zuschlagskriterien sind der Preis zu 35% und eine qualitative Bewertung vorzulegender Konzepte mit 65%. Unter Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen („Zuschlagskriterien“) heißt es im Unterabschnitt 6.1 („Umsetzungskonzepte“):

„Die Bieter sind aufgefordert, vier Konzepte (A — D) zu folgenden Leistungsbereichen vorzulegen [...]:

- Konzept A: neue [...] Informationsplattform [...]*
- Konzept B: Qualitätssicherung der [...]*
- Konzept C: Nutzerfeedback*
- Konzept D: Schutz der Informationsplattform vor Missbrauch*

Die Darstellungen sind in deutscher Sprache abzufassen und sollen möglichst klar erkennen lassen, wie die Bieter die betreffenden Aufgaben im Falle der Zuschlagserteilung bewältigen werden. Die Vergabestelle bittet die Bieter, besonders darauf zu achten, eindeutige Formulierungen zu verwenden. Insbesondere muss der Bieter eindeutig zu verstehen geben, sich im Falle der Zuschlagserteilung zu den dargestellten Arbeitsschritten bzw. Verhaltensweisen zu verpflichten. Unklarheiten gehen zu Lasten des Bieters.

Die Vergabestelle wird die vorgelegten Konzepte nach Maßgabe des unter Ziffer 6.4 dargestellten Wertungsmodus bewerten. Die Bieter sind aufgefordert, insbesondere die dort genannten Unterkriterien zu beachten.

Weicht der Bieter in einem seiner Konzepte von den in den Vergabeunterlagen dargestellten Mindestanforderungen bzw. den vertraglichen Regelungen ab, ist die Vergabestelle gezwungen, sein Angebot wegen Änderung der Vertragsunterlagen auszuschließen.“

Die Ziffer 6.2 („Bewertungsmodus – Gewichtung der Kriterien“) verweist auf Ziffer 6.3. Diese lautet:

6.3 Zuschlagskriterien

(Qualitäts-)Kriterium	Unterkriterium (UK)	Gewichtung
K1. Preis		35 %
K2. Qualität des Konzeptes A: [...] Informationsplattform [...] [...]		45 %
UK2.1	Darstellung zu der Frage wie die integrierte Online-Plattform geplant wird - Zeitplan und Ausbauschritte zum Auf- und Ausbau der Plattform (getrennt nach Grundlaufzeit und Verlängerungszeitraum des Vertrages)	50%
UK2.2	Darstellung zur Überleitung des bisherigen Nutzerkreises auf das neue Portal	10 %
UK2.3	Darstellung zu der Frage wie der strategische Dialog umgesetzt werden soll - Vorgehensweise, Arbeitsmethoden, mögliche Formate zur Erarbeitung von Handlungsbedarfen und Lösungsvorschlägen, Einbindung des AG, Einbindung der Fach-Community	25%
UK2.4	Beitrag des Gesamtkonzepts zu einer hohen Vernetzung der Akteure des Innovationssystems Medizintechnik	15%
K3. Qualität des Konzeptes B: Qualitätssicherung [...] [...]		10 %
UK3.1	Gewährleistung der Aktualität der Inhalte	50%
UK3.2	Gewährleistung der Korrektheit der Inhalte	50%

K4. Qualität des Konzeptes C: Nutzerfeedback		5%
UK4.1	Darstellung zur regelmäßigen Erhebung des Nutzerfeedbacks	50%
UK4.2	Darstellung zur Aufbereitung des Feedbacks und Implementierung der Erkenntnisse [...]	50%
K5. Qualität des Konzeptes D: Schutz der Informationsplattform vor Missbrauch		5%
UK5.1	Darstellung zum klaren Umgang mit den interaktiven Funktionen der Plattform (Netiquette)	50%
UK5.2	Darstellung zum Schutz der Datenbestände vor unbefugtem Zugriff	50%

Die Bewertung der Qualitätskriterien wurde in Ziffer 6.4 der Bewerbungsbedingungen folgendermaßen festgelegt:

6.4 Punktevergabe für die Qualitätskriterien

Die Konzepte werden in **Bezug auf jedes Unterkriterium (UK)** anhand des folgenden Wertungssystems bewertet:

0 Punkte: Das Konzept des Bieters entspricht hinsichtlich dieses Unterkriteriums nicht den Anforderungen.

Ein Konzept wird in Bezug auf das Unterkriterium mit 0 Punkten bewertet, wenn es zwar nicht von Anforderungen der Leistungsbeschreibung abweicht, aber die unter Ziffer 6.1 genannten Erwartungen nicht erfüllt sind oder die Herangehensweise des Bieters inhaltlich nicht schlüssig dargestellt wurde. Dies gilt auch, wenn die Anforderungen lediglich stichpunktartig ohne weitere Ausführungen wiederholt werden.

1 Punkt: Das Konzept des Bieters entspricht hinsichtlich dieses Unterkriteriums nur mit erheblichen Einschränkungen den Anforderungen.

Ein Konzept wird in Bezug auf das Unterkriterium mit 1 Punkt bewertet, wenn die unter Ziffer 6.1 genannten Anforderungen nur mit erheblichen Einschränkungen erfüllt sind und die Herangehensweise des Bieters inhaltliche Unschärfen aufweist, das Konzept in Bezug auf das Unterkriterium also nur eine unzureichende Durchführung der Leistungen erwarten lässt.

2 Punkte: Das Konzept des Bieters entspricht hinsichtlich dieses Unterkriteriums mit Einschränkungen den Anforderungen.

Ein Konzept wird in Bezug auf das Unterkriterium mit 2 Punkten bewertet, wenn die unter Ziffer 6.1 genannten Anforderungen mit Einschränkungen erfüllt sind und die Herangehensweise des Bieters inhaltlich größtenteils schlüssig dargestellt ist sowie im Hinblick auf die Zielsetzung der Maßnahme eine zumindest ausreichende Umsetzung verspricht.

- 3 Punkte: Das Konzept des Bieters entspricht hinsichtlich dieses Unterkriteriums im Wesentlichen den Anforderungen.
Ein Konzept wird in Bezug auf das Unterkriterium mit 3 Punkten bewertet, wenn die unter Ziffer 6.1 genannten Anforderungen im Wesentlichen erfüllt sind und die Herangehensweise des Bieters inhaltlich schlüssig dargestellt ist sowie im Hinblick auf die Zielsetzung der Maßnahme lediglich mit kleinen Einschränkungen Erfolg verspricht.
- 4 Punkte: Das Konzept des Bieters entspricht hinsichtlich dieses Unterkriteriums vollumfänglich den Anforderungen.
Ein Konzept wird in Bezug auf das Unterkriterium mit 4 Punkten bewertet, wenn die unter Ziffer 6.1 genannten Anforderungen vollumfänglich erfüllt sind und die Herangehensweise des Bieters in jeder Hinsicht schlüssig dargestellt ist sowie im Hinblick auf die Zielsetzung der Maßnahme Erfolg verspricht.
- 5 Punkte: Das Konzept des Bieters ist hinsichtlich dieses Unterkriteriums der Zielerreichung in besonderer Weise dienlich.
Ein Konzept wird in Bezug auf das Unterkriterium mit 5 Punkten bewertet, wenn die Herangehensweise des Bieters der Zielerreichung in besonderer Weise (z.B. kreative Ideen) dienlich ist und dies in dem Konzept in jeder Hinsicht schlüssig dargestellt ist und daher eine über den Erwartungen liegende Leistungserfüllung verspricht.

Die erreichte Punktzahl wird mit der Gewichtung des jeweiligen Unterkriteriums multipliziert. Die so ermittelten Punktwerte bei den einzelnen Unterkriterien werden addiert und ergeben die Punktzahl für das jeweilige Konzept (Qualitätskriterien K2 bis K5).

Anschließend wird die so ermittelte Punktzahl mit dem Faktor 2 multipliziert. Bei jedem Konzept (Qualitätskriterium) kann ein Bieter somit maximal 10 Punkte erreichen.

Ziffer 6.5 der Bewerbungsbedingungen („*Punktevergabe für das Kriterium Preis: Berechnung von Preispunkten*“) enthält schließlich die Formel zur Errechnung des Angebotspreises und die Vergabe von Wertungspunkten. Diese erfolgt auf einer 11-stufigen Skala in Relation des Angebotspreises zum Durchschnittspreis aller Angebote.

Die Qualitäts- und Preispunkte werden schließlich nach Ziffer 6.6 der Bewerbungsbedingungen entsprechend ihrer in Ziffer 6.3 niedergelegten Gewichtung zu einer Gesamtpunktzahl addiert.

In Abschnitt III. der Bekanntmachung wurde unter Ziffer III.1.1 eine ausführliche Auflistung der von den Bietern einzureichenden Befähigungsnachweisen (u.a. „*Erklärung zum Einsatz von Unterauftragsnehmern*“ und „*Erklärung der Bietergemeinschaft*“) zur Berufsausübung vorgegeben. Unter Ziffer III.1.2 der Bekanntmachung („*Wirtschaftliche und finanzielle*

Leistungsfähigkeit“) und Ziffer III.1.3 („Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“) nutzte die Ag die im Bekanntmachungsformular vorgesehene Option „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ durch Setzen eines Kreuzchens.

Nach Ziffer 2.7 der Bewerbungsbedingungen („Unterauftragnehmer/Eignungsleihe“) sind „die Nachweise und Erklärungen zur Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung bzw. der wirtschaftlichen und finanziellen und technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit auch für diese Unternehmen bereits mit dem Angebot vorzulegen.“

Ziffer 2.8 der Bewerbungsbedingungen („Regeln für Bietergemeinschaften“) bestimmt:

„Soweit sich aus den vorliegenden Unterlagen bzw. der Auftragsbekanntmachung nichts anderes ergibt, haben sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft die unter der nachfolgenden Ziffer 4 bezeichneten Angaben, Nachweise und Unterlagen beizubringen. Die Erklärung zur Bietergemeinschaft (Ziffer IV des Formulars „Eigenerklärungen zur Eignung EU [...] haben alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft mit dem Angebot gemeinsam abzugeben.“

Unter Ziffer 4 der Bewerbungsbedingungen waren die Eignungsvoraussetzungen im Einzelnen ausgeführt und zwar in den Unterkapiteln 4.1 („Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, § 44 VgV“, 4.2 („Angaben zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, § 45 VgV“) und 4.3. („Angaben zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit, § 46 VgV“).

Eine Ausnahme im Sinne der Ziffer 2.8 der Bewerbungsbedingungen, nach der es für Bietergemeinschaften ausreicht, wenn mindestens ein Mitglied der Bietergemeinschaft die geforderten Erklärungen und Nachweise erbringt, ist nur in Ziffer 4.3 im Unterabschnitt „Zu 2. Referenzen“ enthalten, nicht aber hinsichtlich der übrigen Vorgaben „Zu 1. Erklärung zur Anzahl der zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung festangestellten Mitarbeiter [...]“, „Zu 3. [...] Projektleitung“ und „Zu 4. „Sonstige Mitarbeiter/innen“.

Nach Ziffer 4.3 (a.E.) der Bewerbungsbedingungen war zusätzlich eine „Erklärung über den Besitz einer gültigen Zertifizierung nach ISO 27001“ vorzulegen. Im Falle einer Bietergemeinschaft wurde gefordert, die Zertifizierung „von dem Unternehmen vorzulegen, das mit dem Betrieb der Infrastruktur des Online-Portals betraut sein wird“.

Nach Ziffer II.2.7 der Bekanntmachung beträgt die (Grund-)Vertragslaufzeit vier Jahre bis zum 31. Juli 2022 und es besteht eine Vertragsverlängerungsoption für die Ag um bis zu 3 Jahre.

In der Bekanntmachung (Ziffer IV.2.2) wurde als Schlusstermin zur Einreichung der Angebote nach Verlängerung der 12. Juni 2018 festgelegt. Die ASt und die Beigeladene (Bg) gaben fristgerecht ihre Angebote ab.

Das „*Protokoll über die Öffnung und formale Prüfung der Angebote*“ vom 12. Juni 2018 wurde von zwei Mitarbeitern der Ag unterschrieben. Es enthält für jeden Bieter eine Anlage, in der die Prüfung der formalen Anforderungen dokumentiert wurde. Bei der Bg wurde hinsichtlich der „*Eigenerklärungen zur Eignung*“ durchgehend ein „ja“ (und in einem Fall ein „*entfällt*“) angekreuzt. Zusätzlich wurde vermerkt, dass das ISO 27001-Zertifikat durch einen Unterauftragnehmer der Bg vorgelegt wurde. Auch die Angebote der übrigen Bieter erfüllten ausweislich der jeweiligen Anlagen alle formalen Anforderungen. In einer separaten Anlage „*Eignungsprüfung*“ wurde in der Spalte „*Eignungskriterium erfüllt*“ für alle Bieter durchgehend „ja“ vermerkt.

Bei der qualitativen Wertung der von der ASt vorgelegten Konzepte erhielt sie für die einzelnen, in Ziffer 6.3 der Bewerbungsbedingungen aufgeführten „*Unterkriterien*“ („UK“) zwischen zwei und vier Punkten. Mit zwei Punkten wurden zwei Unterkriterien in Konzept A (UK2.1) und Konzept C (UK4.2) bewertet. Die Bg erhielt in allen bis auf ein UK jeweils die Höchstpunktzahl (fünf Punkte). Auch preislich lag das Angebot der Bg günstiger als das Angebot der ASt.

In der Begründung der qualitativen Bewertung der ASt zu UK2.1 („*Darstellung zu der Frage wie die integrierte Online-Plattform geplant wird – Zeitplan und Ausbauschritte zum Auf- und Ausbau der Plattform*“ – als Teil des Konzept A), die hier sowie im Folgenden zwecks Vermeidung der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen sowohl bezüglich der Bewertung der Konzepte der ASt als auch der Bg weitgehend nur indirekt und zusammenfassend wiedergegeben wird, heißt es sinngemäß, dass das Konzept der ASt hinsichtlich dieses Unterkriteriums nur mit Einschränkungen den Anforderungen entspräche. Das Konzept stelle keine Neukonzeption dar, sondern im Wesentlichen eine Fortführung des Bestehenden, und lasse nur einen begrenzten Nutz- und Mehrwert für Innovatoren der [...] und für die Zielsetzungen der Ag zu. Es handele sich nicht um eine integrierte Informations-, Dialog- und Serviceplattform wie in der Leistungsbeschreibung gefordert. Die Online-Plattform sei nach

dem Konzept der ASt zukünftig kein lernendes Wissenssystem mit stark interaktivem Charakter, wiewohl Dialogelemente verstärkt angeboten würden. Die Ausführungen zum Aufbau der neuen [...] seien über weite Strecken generisch, redundant und wenig kreativ. Es bleibe weitgehend offen, welchen Eigenbeitrag der Bieter in der Umsetzung der Online-Plattform plane. Der Bieter sehe sich offenbar eher als Vermittler, denn als Contentlieferant oder Gestalter. Zeitplan und Ausbauschritte in der Grundlaufzeit seien wenig ambitioniert. Der geforderte Relaunch größeren Umfangs sei für Ende 2021 eingeplant.

In der Begründung der qualitativen Bewertung der ASt zu UK2.3 (*„Darstellung zu der Frage, wie der strategische Dialog umgesetzt werden soll [...]“* – als Teil des Konzept A) heißt es, beim Ablauf der strategischen Dialoge werde die Beteiligung der Ag bzw. der Ressorts nicht eingeplant. Es bleibe unklar, ob und wie das Prozedere gemäß der Leistungsbeschreibung zu weiteren Themen für strategische Dialoge beachtet werden solle bzw. wer die Entscheidungen über die Durchführung eines strategischen Dialogs treffen solle. Offen bleibe, ob die Ag genügend Einfluss auf die Ausgestaltung und die Möglichkeit zur Beteiligung an den strategischen Dialogen erhalten solle, um die Zielsetzungen der [...] zu gewährleisten und dem Koalitionsvertrag Genüge tun zu können.

In der qualitativen Bewertung des Konzepts A der Bg unter UK2.1 (*„Darstellung zu der Frage wie die integrierte Online-Plattform geplant wird [...]“*) wird die Vergabe der Höchstpunktzahl folgendermaßen begründet: Es handele sich um eine echte Neukonzeption, in die gut genutzte Inhalte der bisherigen [...] einfließen sollen. Die [...] solle zu dem in der Leistungsbeschreibung geforderten, vollkommen integrierten Informations-, Dialog- und Serviceportal weiterentwickelt werden. Der Aufbau – unter Verweis auf ein Schaubild im Konzept – sei sicherlich ambitioniert, dabei äußerst strukturiert und konsistent. Positiv wird gewürdigt, dass das Konzept der Bg die Weiterentwicklung der Plattform zur Innovationsförderung und die Weiterführung zur Projektförderung ermögliche. Zu *„Zeitplan und Ausbauschritte“* heißt es: *„der [...] Aufbau des Online-Portals ist zügig geplant“*. *„Insbesondere in der optionalen Verlängerungsphase sollen weitere innovative Features [...] den Nutzwert [...] steigern.“*

Mit Schreiben vom 20. Juli 2018 teilte die Ag der ASt mit, dass beabsichtigt sei, der Bg den Zuschlag zu erteilen. Die Gründe für die Nichtberücksichtigung lägen *„in den Anforderungen an die inhaltliche Qualität“* der von der ASt vorgelegten Konzepte. Weiter wird auszugsweise ausgeführt:

„Das von Ihnen vorgelegte Konzept A [...] stellt keine Neukonzeption der [...] dar, sondern im Wesentlichen eine Fortführung des Bestehenden. Es handelt sich dabei nicht um eine integrierte Informations-, Dialog- und Serviceplattform wie in der Leistungsbeschreibung gefordert. Die [...] soll nach Ihrem Konzept ungeachtet zusätzlicher Dialogelemente nicht zu einem lernenden Wissenssystem mit stark interaktivem Charakter werden.

Die strategischen Dialoge [...]. Dies entspricht weder der Leistungsbeschreibung noch den Anforderungen des [...].

Im Konzept C „Nutzerfeedback“ ist zwar eine Fülle von Maßnahmen zur Erhebung von Nutzerfeedback genannt, leider [...].“

Mit Schreiben vom 25. und 30. Juli 2018 rügte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten die fehlerhafte Wertung des Angebots aufgrund eines Verstoßes gegen § 127 Abs. 1 GWB i.V.m. § 58 Abs. 1 und 3 VgV und die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags an die Bg aufgrund eines Verstoßes gegen § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV. Darüber hinaus bat die ASt um Mitteilung, wie ihr Angebot hinsichtlich der einzelnen Zuschlagskriterien und Unterkriterien gewertet wurde. Die vorgetragenen Gründe entsprächen nicht den Zuschlagskriterien, wie sie unter Ziffer 6.1 und 6.4 der Bewerbungsbedingungen bekanntgemacht worden seien (unter der Überschrift „fehlerhafter Bewertungsmaßstab“) und seien auch materiell unzutreffend. Darüber hinaus fehle der Bg die erforderliche Eignung, weil keines der Mitglieder der Bietergemeinschaft über eine Zertifizierung nach ISO 27001 verfüge. Weiterhin begründe die unvollständige Benennung der Eignungskriterien und –nachweise unter Ziffer II.1.2 und II.1.3 einen Verstoß gegen § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB und § 48 Abs. 1 VgV. Ergänzend rügte die ASt einen Verstoß gegen § 60 Abs. 3 S. 1 VgV.

Mit Schreiben vom 26. und 30. Juli 2018 wies die Ag die Rügen in vollem Umfang zurück.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 30. Juli 2018 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

a) Mit ihrem Nachprüfungsantrag beanstandet die ASt die folgenden Punkte:

- Die Wertung ihres Angebots sei fehlerhaft und verstoße gegen § 127 Abs. 1 GWB i.V.m. § 58 Abs. 1 und 3 VgV sowie den Transparenzgrundsatz. Die Ag habe nicht alle Informationen in den Konzepten berücksichtigt. Die vorgetragenen Gründe entsprächen nicht den bekannt gemachten Zuschlagskriterien. Dies gelte für alle

Konzepte, insbesondere aber für die Konzepte A und C, auf die sich das Schreiben der Ag vom 20. Juli 2018 zunächst nur bezogen habe. Die Bewertung, beispielsweise dass das Konzept A der ASt „keine Neukonzeption“, sondern eine „Fortführung des Bestehenden“ sei, widerspreche den Vorgaben der Leistungsbeschreibung, nach der die bisherige Informationsplattform „weiterentwickelt und ausgebaut werden“ solle. Zudem entsprächen die in der Angebotswertung angewandten Kriterien nicht den in Ziffer 6.3 der Bewerbungsbedingungen bekannt gemachten Unterkriterien, dem Maßstab der Punktevergabe nach Ziffer 6.4 und den Vorgaben nach Ziffer 6.1 der Bewerbungsbedingungen.

- Die Wertung sei auch materiell unzutreffend, weil die ASt sehr wohl eine „Neukonzeption“, eine „integrierte Informations-, Dialog- und Serviceplattform“, den Ausbau der Plattform zu einem „lernenden Wissenssystem mit stark interaktivem Charakter“, die Durchführung der strategischen Dialoge einschließlich der Beteiligungsmöglichkeit für die Ag wie in der Leistungsbeschreibung angeboten und im Konzept A beschrieben habe. Dies gelte auch für die übrigen Bewertungen zu den Konzepten B, C und D.
- Es müsse davon ausgegangen werden, dass auch die Wertungen der anderen Angebote, in die ASt bislang keine Akteneinsicht erhalten habe, beurteilungsfehlerhaft seien. Daher könne die von der ASt vorgetragene fiktive Bewertung des Angebots der ASt mit der Höchstpunktzahl nicht zur Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags führen.
- Nach den Bewerbungsbedingungen habe der alleinige Bewertungsmaßstab aus den in Ziffer 6.1 genannten fünf Punkte (Ausführungen in deutscher Sprache, Schlüssigkeit des Vortrags [...], Verwendung eindeutiger Formulierungen, keine Abweichung von Mindestvorgaben, Zielsetzung des Unterkriteriums) bestanden. Weitergehende Anforderungen habe die Ag in der Wertung nicht stellen dürfen, aber ausweislich der einzelnen Ausführungen zu den Unterkriterien UK2.1, UK2.2, UK2.3, UK2.4, UK3.1, UK4.1, UK4.2, und UK5.2 Kriterien angewandt, die mit den bekannt gemachten Zuschlagskriterien nicht vereinbar seien.

Insbesondere seien die Wertungen, keine „integrierte Informations-, Dialog- und Serviceplattform“, nur „leichte Weiterentwicklung“, unklarer „Eigenbeitrag“ des Bieters, „Zeitplan [...] wenig ambitioniert“ (alle UK2.1) alle objektiv fehlerhaft oder sachwidrig. Die Bewertung in UK2.2 enthalte sachfremde und fehlerhafte Ausführungen, da auch hier auf „geringen Weiterentwicklungsumfang“ abgestellt werde, was mit dem

Unterkriterium Überleitung des bisherigen Nutzerkreises aber in keinerlei Sachzusammenhang stehe.

Die unter UK2.3 der Wertung monierten Unklarheiten seien fehlerhaft und sachfremd, weil eine Darstellung zur Entscheidungsfindung und zum Grad des Einflusses der Ag weder in der Leistungsbeschreibung noch den Zuschlagskriterien gefordert worden sei. Dies gelte auch für das unter UK2.4 monierte Fehlen von Ausführungen („*inhärente Instrumente und Funktionen zur Vernetzung*“). Unter UK3.1 seien die geltend gemachten „*kleinen Einschränkungen*“ nicht begründet, so dass die Angebotswertung fehlerhaft und intransparent sei. Unter UK4.1 deckte sich die Bewertung überhaupt nicht mit den Zuschlagskriterien und der Leistungsbeschreibung, weil die Differenzierung zwischen verschiedenen Formen des Nutzerfeedbacks dort nicht angelegt sei. Dies gelte auch für die unter UK4.2 (konkrete Planung der Implementierung) und UK5.2 (Art des Hostings) monierten Unklarheiten.

- Die Bg hätte als Bietergemeinschaft ausgeschlossen werden müssen, weil keines der Mitglieder über eine gültige Zertifizierung nach ISO 27001 verfüge. Wenn die Ag vortrage, dass dieses von einem Subunternehmer vorgelegt worden sei, begründe dies einen Vergaberechtsverstoß gegen § 47 Abs. 5 VgV, weil dieses zwingend von einem Mitglied der Bietergemeinschaft vorzulegen war. Es fehle überdies an einer Eignungsprüfung hinsichtlich der Nachunternehmer und der Eignungsleihgeber. Darüber hinaus seien nach Ziffer 4.3 der Bewerbungsbedingungen Eignungsnachweise von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft einzureichen. Dass dies tatsächlich erfolgt sei, wird bestritten.
- Bei den gegenüber der ASt vorrangig platzierten Angeboten müsse es sich um ungewöhnlich niedrige Angebote i.S.d. § 60 Abs. 1 VgV handeln, die die Ag habe aufklären und von der Wertung ausschließen müssen.
- Die nichtvollständige Benennung der Eignungsnachweise in der Bekanntmachung (lediglich Verweis auf die Vergabeunterlagen in Ziffer II.1.2 und II.1.3) begründe einen schwerwiegenden Verstoß gegen § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB, § 48 Abs. 1 VgV sowie den Transparenzgrundsatz gemäß § 48 Abs. 1 VgV.
- Hinsichtlich der unterlassenen Veröffentlichung sämtlicher Eignungskriterien im Bekanntmachungsformular sei die ASt nicht präkludiert, weil der Vergaberechtsverstoß nicht ohne rechtliche Beratung erkennbar gewesen sei. Außerdem sei die ASt diesbezüglich antragsbefugt, weil keiner der Bieter sicher wissen konnte, welche Eignungsnachweise tatsächlich gefordert waren und dies auch dazu führen könne, dass ungeeignete Bieter für den Zuschlag vorgesehen würden.

- Es verstoße überdies gegen § 41 Abs. 1 VgV, dass die Ag keinen direkten Zugriff auf die Vergabeunterlagen ermöglicht habe, sondern diese nur nach weiteren Zwischenschritten aufgerufen werden konnten.
- Es liege eine unzureichende Vergabedokumentation unter Verstoß gegen § 8 VgV vor.
- Die ASt sei nicht mit ihrer Rüge der Bewertungskriterien präkludiert, da sie bereits im Rügeschreiben einen fehlerhaften Bewertungsmaßstab und eine intransparente Bewertung aufgrund der Bewerbungsbedingungen gerügt habe. Darüber hinaus beinhalte die Rüge einer vergaberechtswidrigen Angebotswertung auch stets den Vorwurf der Anwendung intransparenter Bewertungskriterien. Vorliegend habe die Ag im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung keine abschließend konkreten und objektiv nachvollziehbaren Bewertungskriterien aufgestellt.
- Es verstoße gegen § 58 Abs. 5 VgV, wenn an der qualitativen Angebotswertung nicht zumindest zwei Vertreter der Ag mitgewirkt hätten. Hierfür spreche, dass die in der mündlichen Verhandlung anwesende Vertreterin der Vergabestelle eine Frage zur Angebotswertung nicht beantworten könne und auf die Vertreterin der Fachabteilung verwiesen habe.
- Schließlich bezweifelt die ASt, dass alle Eignungsanforderungen von den freien Mitarbeitern der Ag als eignungsleihgebende Nachunternehmer i.S.d. § 47 VgV erfüllt worden seien.

Die ASt beantragt,

1. bezüglich des Vergabeverfahrens [...] wird ein Vergabenachprüfungsverfahren eingeleitet,
2. der Ag wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen,
3. es wird entschieden, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist und es werden geeignete Maßnahmen getroffen, um diese Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern,
4. die Vergabeakte wird beigezogen und der ASt unverzüglich Akteneinsicht nach § 165 GWB gewährt,
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt,
6. der Ag werden die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß §§ 182 Abs. 4 GWB, 80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten auferlegt.

7. In der mündlichen Verhandlung stellte die ASt zusätzlich den Antrag: Der Antragsgegnerin werden auch im Fall der Zurückweisung des Nachprüfungsantrags die Kosten des Nachprüfungsverfahrens auferlegt.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Ag aufzuerlegen.
3. In der mündlichen Verhandlung beantragte die Ag zudem, auch den zusätzlichen – von der ASt in der mündlichen Verhandlung gestellten – Antrag zurückzuweisen.

Die Ag macht geltend, dass der Nachprüfungsantrag teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet sei:

- Der ASt fehle die Antragsbefugnis, weil ihr infolge unvollständiger Auflistung der Eignungsnachweise in der Bekanntmachung kein Schaden entstanden sei. Sämtliche Bieter hätten die Eignungskriterien zur Kenntnis genommen und erfüllt. Außerdem sei die ASt mit diesem Vortrag gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB präkludiert.
- Mit der Rüge einer angeblich fehlerhaften Angebotswertung könne die ASt schon deshalb nicht durchdringen, weil sie aufgrund eines höheren Angebotspreises selbst dann nicht für den Zuschlag in Frage käme, wenn sie durchgehend die Höchstpunktzahl erhalten hätte.
- Es seien aber auch keine Fehler in der Angebotswertung der ASt erkennbar. Der Bewertungsmaßstab sei nicht fehlerhaft. Sämtliche Haupt- und Unterkriterien ergäben sich aus den Bewerbungsbedingungen. Die dazugehörigen Anforderungen an die Leistungserbringung enthalte die Leistungsbeschreibung. Die Punktabzüge in der Wertung des Angebots der ASt seien aufgrund inhaltlicher Mängel der Konzepte der ASt begründet.

Es sei unzutreffend, dass nur die in Ziffer 6.1 der Bewerbungsbedingungen den Bewertungsmaßstab bildeten. Dieser ergäbe sich im Einklang mit der Rechtsprechung aus dem Zusammenspiel der kompletten Vergabeunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung und der Zuschlagskriterien in Ziffer 6.3 der Bewerbungsbedingungen.

- Auch die Rüge der fehlenden Eignung der Bg sei unbegründet. Die Vorlage der ISO 27001-Zertifizierung sei im Rahmen der Eignungslleihe zulässig. Eine Eignungslleihe

werde durch Ziffer 2.7 der Bewerbungsbedingungen auch ausdrücklich zugelassen. Die Verpflichtungserklärung des Eignungsleihgebers sei ordnungsgemäß abgegeben worden; eine ordnungsgemäße Eignungsprüfung habe stattgefunden und es gebe auch keinerlei Anhaltspunkte für eine unzureichende Dokumentation.

- Ein ungewöhnlich niedriges Angebot liege nicht vor, weil der preisliche Abstand zwischen dem erst- und zweitplatzierten Angebot unter der Aufgreifschwelle bleibe, die von der Rechtsprechung bei mindestens 10% verortet werde.
- Die Rüge der unvollständigen Auflistung der Eignungsnachweise in der Bekanntmachung sei auch unbegründet, weil dies im EU-Standardformular so vorgesehen sei. Wenn die Eignungsnachweise wie im vorliegenden Fall durch eine unmittelbare Verlinkung zugänglich gemacht würden, sei den Transparenzanforderungen genüge getan.

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

Die Bg beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Bg aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg für notwendig zu erklären.

Die Bg hat nach der mündlichen Verhandlung zusätzlich vorgetragen, dass eine mögliche Intransparenz der Bewertungskriterien erstmalig in der mündlichen Verhandlung thematisiert wurde. Die ASt habe vorab nicht gerügt, dass die Kriterien nicht präzise genug gefasst wurden. Soweit die ASt auf die Überschrift „*Fehlerhafter Bewertungsmaßstab*“ im Nachprüfungsantrag verweise, ergäbe sich daraus nichts anderes, denn sämtliche Ausführungen bezögen sich nur auf eine unzutreffende Angebotswertung, nicht aber auf die Wertungskriterien selbst. Die Rüge könne daher nicht so ausgelegt werden, dass der gesamte Komplex von Kriterien und Bewertungen erfasst sein solle. Daher sei die ASt mit diesem Vortrag präkludiert.

3. Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg am 14. August 2018 Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. Mit Schreiben vom 17. August 2018 beantragte die ASt weitergehende Akteneinsicht in die von

den übrigen Bietern vorgelegten Konzepte, da ohne diese die Angebotswertung nicht nachvollzogen werden könne. Dabei handele es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse, da diese Konzepte „ausschließlich die für die Antragsgegnerin individuell zu leistende [...] und somit keine allgemeinen Informationen, die die „*Positionierung am Markt*“ betreffen“ würden. Weiterhin müsse der ASt auch Einsicht in die Eignungsnachweise der Bg und der zweitplatzierten Bietergemeinschaft gewährt werden.

In der mündlichen Verhandlung am 23. August 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Auf den nicht nachgelassenen Schriftsatz der Bg vom 24. August 2018, nachdem eine mangelnde Transparenz der Bewertungskriterien erstmals in der mündlichen Verhandlung von der ASt gerügt worden sei, hat die Vergabekammer den Beteiligten eine weitere Möglichkeit zur Stellungnahme zum Streitstand eingeräumt und um Mitteilung gebeten, ob ein Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung für erforderlich gehalten werde. Dies haben die Beteiligten verneint. Daraufhin hat die Vergabekammer die Erforderlichkeit einer erneuten mündlichen Verhandlung verneint und mit Verfügung vom 31. August 2018 die Entscheidungsfrist bis zum 17. September 2018 verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Ag vom 7. September, der (u.a.) auf die Verfügung vom 31. August 2018 und den Schriftsatz der ASt vom gleichen Tage Bezug nimmt, blieb gemäß § 167 Abs. 2 Satz 2 GWB als verspätet unbeachtet. Die Ag hatte eine weitere Stellungnahme im Verfahren mit Schreiben vom 27. August 2018 bereits zuvor abgelehnt. Aus demselben Grund bleibt auch der weitere nicht nachgelassene Schriftsatz der ASt vom 13. September 2018 unbeachtet.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

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

- a) Die ASt ist gem. § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Auftragsinteresse durch die Abgabe eines Angebots belegt und durch ihre vorprozessuale Rüge sowie ihren Nachprüfungsantrag geltend gemacht, dass das Vergabeverfahren aus mehreren Gründen gegen Vergaberecht verstoße und sie in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletze (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Dezember 2013, VII-Verg 22/13 m.w.N.). Insbesondere beanstandet sie eine Intransparenz der Zuschlagskriterien und eine fehlerhafte Wertung der Angebote (aa) als auch eine fehlerhafte Bekanntmachung der Eignungskriterien (bb), die sich auf ihre Zuschlagschancen ausgewirkt haben könnten.
- aa) Da die von der ASt geltend gemachten Verstöße gegen § 127 Abs. 1 GWB i.V.m. § 58 Abs. 1 und 3 VgV die Wertung ihres Angebots aufgrund widersprüchlicher und intransparenter Zuschlagskriterien betreffen, hat sie insoweit nicht nur schlüssig eine Verletzung in eigenen Rechten behauptet, sondern ebenfalls dargelegt, dass ihr infolge einer insgesamt fehlerhaften Angebotswertung ein Schaden zu entstehen droht, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass auf der Grundlage dieser intransparenten Bewertungskriterien auch die Angebotswertung der übrigen Angebote fehlerhaft war. Nach § 97 Abs. 6 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss vom 29. Juni 2004, 2 BvR 2248/03) sind dabei keine überzogenen Anforderungen an die Darlegung eines Schadens im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB zu stellen. Auf den Einwand der Ag, dass ein Schaden der ASt bereits aus dem Umstand ausgeschlossen sei, dass die ASt auch bei hypothetischer Angebotswertung mit vier oder fünf Punkten aufgrund ihres höheren Angebotspreises keine Zuschlagschance gehabt habe, wird im Rahmen der Prüfung der Begründetheit eingegangen (siehe unten, Ziffer 2. d).
- bb) Auch die Anforderungen an die Antragsbefugnis hinsichtlich der unvollständigen Bekanntmachung der Eignungsnachweise dürfen nicht überspannt werden. Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung genügt zunächst der Vortrag der ASt, dass die Möglichkeit besteht, dass der geltend gemachte Verstoß gegen § 97 Abs. 1 GWB, § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB, § 48 Abs. 1 VgV die Zuschlagschance der ASt dadurch beeinträchtigen könne, dass Bieter, die diese Eignungsanforderungen nicht oder nicht vollständig erfüllt haben, gleichwohl eine Zuschlagschance erhalten, wenn sie

sich mit Erfolg auf eine nicht ordnungsgemäße Bekanntmachung dieser Eignungskriterien berufen können. Diese Möglichkeit ist im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung im vorliegenden Fall schon deshalb nicht auszuschließen, weil die ASt die nicht vollständige Erfüllung der (nicht im Bekanntmachungsformular bekannt gemachten) Eignungsanforderungen durch die Bg rügt.

Die Frage, ob die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Zuschlagschancen der ASt tatsächlich besteht oder gänzlich ausgeschlossen ist, ist erst im Rahmen der Begründetheit festzustellen.

b) Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB fristgerecht nachgekommen.

aa) Die ASt hat die Rüge der fehlerhaften Angebotswertung gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB fristgerecht erhoben, nachdem die Ag in ihrer Mitteilung nach § 134 GWB (auszugsweise) Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots der ASt mitgeteilt hat. Dabei hat die ASt bereits im Rügeschreiben vom 25. Juli 2018 auf eine Diskrepanz zwischen den mitgeteilten Gründen der Angebotswertung, den im Rahmen der Bewertungsbedingungen bekannt gemacht Bewertungskriterien (dort unter Ziffer 6) und Vorgaben der Leistungsbeschreibung abgestellt und dies als Verstoß gegen §127 Abs. 1 GWB i.V.m. § 58 Abs. 1 und 3 VgV rechtlich qualifiziert. Darüber hinaus hat die ASt vorgetragen, dass die Angebotswertung materiell unzutreffend sei. Die Rüge hat die ASt im Nachprüfungsverfahren zulässigerweise erweitert, nachdem sie infolge der Akteneinsicht vollständige Kenntnis von ihrer Angebotswertung erlangt hat.

Die ASt war auch nicht gehalten, bereits vor Angebotsabgabe die später im Nachprüfungsverfahren geltend gemachte Intransparenz der Zuschlagskriterien zu rügen (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB). Es war jedenfalls in rechtlicher Hinsicht für einen objektivierten Marktteilnehmer ohne anwaltlichen Beistand nicht erkennbar, ob das Bewertungskonzept der Ag den erst in jüngster Zeit aufgestellten Anforderungen der Rechtsprechung entsprach. Ferner musste die ASt erst mit der Mitteilung der Ag nach § 134 GWB vom 20. Juli 2018 davon ausgehen, dass ausweislich der Wertung der Ag und somit abweichend von ihrer bis dato geltenden Vorstellung weitergehende Bewertungskriterien angewandt wurden. Erst zu diesem Zeitpunkt manifestierte sich letztlich das von der Ag gelebte Verständnis ihrer

Vergabeunterlagen, so dass zu einem früheren Zeitpunkt auch keine „Erkennbarkeit“ in tatsächlicher Hinsicht auf Seiten der ASt vorlag.

Soweit es für die vorliegende Entscheidung auf die Leistungsbeschreibung und auf deren ausreichende Konkretheit als Basis für eine sachgerechte Wertungsentscheidung in einem sog. „Schulnotensystem“ ankommt, so ist auf den Umstand, dass die ASt diese trotz anwaltlicher Vertretung im Zeitpunkt der Rüge nicht gerügt hat, im inhaltlichen Zusammenhang mit der Leistungsbeschreibung zurückzukommen (s.u.).

- bb) Auch die Rüge der unvollständigen Bekanntmachung der Eignungskriterien unter Ziffer III.1.2 („*Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit*“) und Ziffer III.1.3 („*Technische und berufliche Leistungsfähigkeit*“) der Bekanntmachung ist nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 oder 2 GWB präkludiert, weil es keine Anhaltspunkte für eine positive Kenntnis der ASt gibt und der Vergaberechtsverstoß zudem in rechtlicher Hinsicht nicht erkennbar war.

Für die Frage der Erkennbarkeit ist ein objektiver Maßstab anzulegen und auf einen durchschnittlich fachkundigen Bieter abzustellen. Dabei muss sich die Erkennbarkeit auf die den Verstoß begründenden Tatsachen und auf deren rechtliche Bewertung beziehen. Ein sorgfältig handelndes Unternehmen muss den Rechtsverstoß erkennen können, ohne hierzu rechtliche Beratung einholen zu müssen. Dafür müssen die Rechtsvorschriften, gegen die (möglicherweise) verstoßen wurde, zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der Bieterkreise gehören (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16 m.w.N.).

Diese Anforderungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. Es erscheint bereits zweifelhaft, ob es sich bei Bekanntmachungsvorschriften im Detail um allgemeines Wissen der hier relevanten Bieterkreise handelt. In tatsächlicher Hinsicht spricht gegen die Erkennbarkeit des Vergaberechtsverstoßes bereits der Umstand, dass das von der Ag verwendete Standard-Bekanntmachungsformular der EU die Option „*Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen*“ durch Setzen eines Kreuzchens ausdrücklich vorsieht. Grundsätzlich darf sich ein Bieter darauf verlassen, dass Standardformulare rechtskonform konzipiert werden.

In rechtlicher Hinsicht hätte es überdies nicht genügt, den Widerspruch zur Bekanntmachungsforderung der § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB und § 48 Abs. 1 VgV zu

kennen. Der Bieter hätte zusätzlich Überlegungen zum normenhierarchischen Verhältnis des nationalen (EU-)Vergaberechts und der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 (Abl. EU vom 12. November 2015, L 296, Bl. 1, 14) anstellen müssen, die das Standardformular eingeführt hat. Weiter hätte es der Feststellung bedurft, dass auch Art. 58 Abs. 5 und Art 49 i.V.m. Anhang V, Teil C, Ziffer 11 lit. c) der Richtlinie 2014/24/EU (Abl. EU vom 28. März 2014, L 94, Bl. 65, 131) eine Bekanntmachung der Eignungskriterien vorschreiben. Eine auch laienhafte Rechtskenntnis dahin, in welchem Verhältnis die Normenkomplexe des EU-Rechts – Richtlinie einerseits, hiervon abweichendes, auf der Verordnung basierendes Standardformular andererseits – sowie des nationalen Rechts – § 122 Abs. 4 GWB – zueinander stehen, kann von einem durchschnittlichen Bieter schlechterdings nicht erwartet werden.

- c) Der Nachprüfungsantrag vom 30. Juli 2018 wurde auch innerhalb der 15-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gestellt; die Nichtabhilfemitteilung der Ag datiert vom 26. bzw. 30. Juli 2018.
2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die Angebotswertung ist beurteilungsfehlerhaft
- (a). Die Methode der qualitativen Wertung der Ag beruht darüber hinaus nicht auf hinreichend bestimmten Zuschlagskriterien i.S.d § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB, die einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten könnten. Eine Gesamtschau der Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung ergibt, dass es zudem grundlegend an einer den vergaberechtlichen Anforderungen genügenden funktionalen Leistungsbeschreibung i.S.d. § 121 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 GWB und § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VgV mangelt. (b). Der ASt kann nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden, dass sie ihre Rüge im Wesentlichen auf eine beurteilungsfehlerhafte Angebotswertung aufgrund intransparenter Zuschlagskriterien gestützt hat, nicht aber Mängel der funktionalen Leistungsbeschreibung geltend gemacht hat (c). Eine Rechtsverletzung der ASt ist aufgrund der grundlegenden Mängel des Wertungsprogramms nicht auszuschließen (d). Die Zurückversetzung des Verfahrens in die Phase vor Erstellung der Vergabeunterlagen ist verhältnismäßig (e). Auf die Rügen der ASt hinsichtlich der mangelnden Eignung des Angebots der Bg oder einer unzureichenden Prüfung nach § 60 VgV kommt es nicht mehr an, da die Ag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht neue Angebote einholen muss (f). Der Verstoß gegen die Bekanntmachungspflicht wirkt sich im vorliegenden Verfahren nicht aus (g).

- a) Die Angebotswertung ist beurteilungsfehlerhaft. Zwar genießt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der individuellen Wertung der Angebote einen Beurteilungsspielraum (BGH, Urteil vom 4. April 2017, X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16; OLG München, Beschluss vom 17. September 2015, Verg 3/15). Dieser ist von den Nachprüfungsbehörden nur dahingehend überprüfbar, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, von einem zutreffenden und vollständig ermitteltem Sachverhalt ausgegangen wurde, keine sachwidrigen Erwägungen für die Entscheidung herangezogen wurden und nicht gegen allgemein gültige Bewertungsansätze verstoßen wurde (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Juni 2018, VI-2 U 7/16 /Kart; Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16). Dies setzt voraus, dass die Wertungen vertretbar, in sich konsistent und in diesem Sinne nachvollziehbar sind.

Dieser Beurteilungsspielraum wurde im vorliegenden Fall überschritten. Ursächlich dafür ist in erster Linie, dass die Leistungsbeschreibung als Basis dafür, was eigentlich gefordert wird und bieterseitig in den Konzepten darzustellen ist, zu wenig konkret ist, es mangelt ihr an Aussagekraft. Dieses grundlegende Defizit setzt sich in der Folge fort in einer Bewertung, die schwammig und wenig prägnant, mithin beliebig bleibt. Gerade wenn wie hier Konzepte durch die Bieter zu erstellen sind, die nach dem „Schulnotensystem“ bewertet werden, ist es erforderlich, dass den Bietern in einer Gesamtschau nicht nur der Wertungskriterien, sondern auch unter Einbezug der Leistungsbeschreibung klar gemacht werden muss, was der Auftraggeber eigentlich fordert und sich vorstellt (grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. November 2016 - Verg 25/16, sowie Beschluss vom 8. März 2017 – Verg 39/16; ebenso BGH, Beschluss 4. April 2017 – X ZB 3/17; zur Thematik der Bewertung im Schulnotensystem vgl. a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2018 – Verg 39/17). Dies ist einmal für eine diskriminierungs- und willkürfreie Wertungsentscheidung bedeutsam, insbesondere da hier die qualitative Konzeptbewertung mit 65 % in die Gesamtbewertung einfließt, ihr folglich eine dem Preis deutlich übergeordnete Rolle zukommt. Auch für die spätere vertragliche Abwicklung ist es aber bedeutsam, dass ein Auftraggeber weiß, was eigentlich vertraglich geschuldet ist. Bleibt die Leistungsbeschreibung konturenlos, so sind es auch die daraufhin abgegebenen Konzepte und der Vertragsinhalt ist nach Zuschlag auf ein Angebot dementsprechend unklar. Auch können nur auf der Grundlage eines hinreichend bestimmten Beschaffungsgegenstandes bei Defiziten der Leistungserbringung durch den

Auftragnehmer vertragsrechtliche Gewährleistungsansprüche mit Erfolg geltend gemacht werden. Damit dient eine vergaberechtskonforme Leistungsbeschreibung auch dem haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot.

Die fehlerhafte Wertung lässt sich exemplarisch anhand der Wertung des von der ASt und der Bg jeweils vorgelegten Konzeptes A auch im Quervergleich der Bieter belegen. Dies gilt insbesondere für die Unterkriterien UK2.1 (aa) und UK2.3 (bb). Was die Leistungsbeschreibung anbelangt, so ist hierauf unten sub b) einzugehen.

aa) Angebotswertung im Unterkriterium UK.2.1

Im Unterkriterium UK2.1 (*„Darstellung zu der Frage wie die integrierte Online-Plattform geplant wird – Zeitplan und Ausbauschnitte“*) erhielt die ASt eine Wertung mit zwei Punkten, während die Bg die volle Punktzahl erhielt (fünf Punkte). Dies ist aufgrund der schriftlichen Begründung der beiden Wertungen nicht nachvollziehbar.

Dass das Konzept der ASt die Anforderungen nur *„mit Einschränkungen“* erfüllt, wird im Wesentlichen darauf gestützt, dass dies keine Neukonzeption sei, sondern im Wesentlichen eine Fortführung des Bestehenden, es handle sich nicht um eine integrierte Informations-, Dialog- und Serviceplattform wie in der Leistungsbeschreibung gefordert. Die [...] werde nach dem Konzept der ASt zukünftig kein lernendes Wissenssystem mit stark interaktivem Charakter sein, wiewohl Dialogangebote verstärkt angeboten werden sollen. Weiter wird bemängelt, dass es unklar bleibe, wie die *„leichte Weiterentwicklung“* mit Dialogfunktionen funktionieren werde, dass die Ausführungen zum Aufbau *„über weite Strecken generisch, redundant und wenig kreativ“* seien, dass offen bleibe, welchen Eigenbeitrag der Bieter zur Umsetzung plane, dass dieser sich *„eher als Vermittler, denn als Contentlieferant oder Gestalter“* sehe und dass der Nutz- und Mehrwert für Innovatoren, aber auch für die Zielsetzungen der Ag scheint begrenzt erscheine. Der *„Zeitplan und Ausbauschnitte in der Grundlaufzeit [sei] wenig ambitioniert“*, weil der *„geforderte Relaunch größeren Umfangs“* erst für Ende 2021 geplant sei.

Das Konzept der Bg wird dagegen aufgrund folgender Erwägungen mit der vollen Punktzahl bewertet: Es handele sich bei dem Konzept der Bg um eine echte Neukonzeption, in die gut genutzte Inhalte der bisherigen [...] einfließen sollen. Die [...] solle zu dem in der Leistungsbeschreibung geforderten vollkommen integrierten

Informations-, Dialog- und Serviceportal weiterentwickelt werden. Der Aufbau [unter Verweis auf ein Schaubild im Konzept] sei sicherlich ambitioniert, dabei äußerst strukturiert und konsistent. Positiv wird gewürdigt, dass das Konzept der Bg die „Weiterentwicklung“ der Plattform zur Innovationsförderung und „die Weiterführung“ zur Projektförderung ermögliche. Zu „Zeitplan und Ausbauschnitte“ heißt es, dass der Aufbau des Online-Portals zügig geplant sei und dass insbesondere in der optionalen Verlängerungsphase weitere innovative Features den Nutzwert steigern sollten.

Diese Wertungen verstoßen gegen allgemein gültige Bewertungsgrundsätze; sie sind intransparent, nicht hinreichend konkretisiert und auch im Quervergleich inkonsistent.

Zunächst werden in der Angebotswertung gegensätzlich gebrauchte Begriffe wie „echte / keine Neukonzeption“ und „Fortführung des Bestehenden“, „leichte Weiterentwicklung“ weder in den Bewerbungsbedingungen noch der Leistungsbeschreibung definiert. Es fehlt an jeglichen konkreten Angaben dazu, welche Leistungs- und Funktionsanforderungen die Online-Plattform zukünftig zusätzlich aufweisen soll, welche neu zu konzipieren oder weiterzuentwickeln sind. In der Leistungsbeschreibung wird eine Weiterentwicklung dabei nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern ebenfalls ausdrücklich gefordert. Dort heißt es ausdrücklich: „soll das Portal vom AN zu einer Kommunikationsplattform für die Akteure weiterentwickelt werden“ (Seite 3 der Leistungsbeschreibung). So bleibt völlig unklar, was hier im Einzelnen positiv oder negativ gewertet wird.

Die negative Wertung des Fehlens nicht definierter Anforderungen („keine Neukonzeption“) ist für sich genommen schon nicht nachvollziehbar. Hinzu kommt, dass eine Abgrenzung zur „Weiterentwicklung“ fehlt, so dass beide Anforderungen konturenlos bleiben. Diese mangelnde Bestimmtheit schlägt sich auch in einer – im Quervergleich – inkonsistenten Bewertung nieder. So wird die „Weiterentwicklung der [...]“ gleichzeitig zulasten der ASt negativ und zugunsten der Bg positiv gewertet wird.

Auch weitere in der Angebotswertung verwendete Begriffe wie „integrierte Informations-, Dialog- und Serviceplattform“ und „lernendes Wissenssystem mit stark interaktivem Charakter“ sind offenbar mit Zielvorstellungen der Ag unterlegt,

ohne dass sich diese Ziele (oder etwa konkrete Funktionalitäten) der Leistungsbeschreibung konkret entnehmen lassen.

In den Angebotswertungen der Konzepte der ASt und der Bg wird lediglich pauschal negativ zulasten der ASt gewertet, dass deren Konzept nicht den Anforderungen entspreche bzw. positiv zugunsten der Bg gewürdigt, dass nach deren Konzept die [...] zu einer „*vollkommen integrierten Informations-, Dialog- und Serviceportal weiterentwickelt*“ werden solle.

Diese Wertung ist zulasten der ASt schon deshalb nicht vertretbar, weil die Feststellung, dass es beim Konzept der ASt „*sich nicht um eine integrierte Informations-, Dialog- und Serviceplattform wie in der Leistungsbeschreibung gefordert*“ handelt, nur als Abweichung von den Mindestanforderungen verständlich ist und diese zwingend den Ausschluss des Angebots nach sich ziehen müsste (vgl. auch Ziffer 6.1 der Bewerbungsbedingungen). Dass dies unterbleibt, spricht dafür, dass sich die Ag über die Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung selbst nicht im Klaren zu sein scheint, denn dann wäre ein Abweichen von der Leistungsbeschreibung als solches auch konkret begründbar.

Dafür, dass der in der Angebotswertung und der Leistungsbeschreibung verwendete Begriff „*integrierte Informations-, Dialog und Serviceplattform*“ zu unbestimmt ist, um als Leistungs- oder Funktionsanforderung bewertet zu werden, spricht auch der Umstand, dass die Ag – u.a. vertreten durch Mitglieder der Vergabestelle – auf die Frage der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung, welche Funktionen die geforderte „*integrierte Informations-, Dialog und Serviceplattform*“ aufweisen müsse, keine Antwort geben, sondern lediglich auf eine weitere – allerdings abwesende – Vertreterin der Fachabteilung der Ag verweisen konnte.

Auch die Wertung zeitlicher Anforderungen ist beurteilungsfehlerhaft. So wird hinsichtlich des Konzeptes der ASt negativ („*wenig ambitioniert*“) gewertet, dass die in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich geforderte Einplanung eines – wenn auch nicht konkret spezifizierten – „*größere[n] Relaunch des Internetauftritts*“ innerhalb der vierjährigen Grundlaufzeit (Seite 3 der Leistungsbeschreibung) erst Ende 2021 (und damit innerhalb der Grundlaufzeit) geplant sei. Hinsichtlich des Konzeptes der Bg, wird der vorgesehene „*Aufbau*“ als „*zügig geplant*“ gewertet. Tatsächlich enthält das Angebot der Bg überhaupt keine Zeitangabe, wann dieser „*Relaunch*“ eingeplant ist. Stattdessen wird im Angebot der Bg ausdrücklich eine

alternative Vorgehensweise zum „in der Leistungsbeschreibung geforderten“ größeren Relaunch der Plattform vorgeschlagen (siehe Seite 28 des Konzept A als Teil des Angebots der Bg).

Vor diesem Hintergrund ist es im Quervergleich beurteilungsfehlerhaft, das eine, eine konkrete Zeitangabe benennende Angebot (der ASt) als wenig ambitioniert negativ zu bewerten und das andere Angebot (der Bg), welches keine konkrete Zeitangabe für den Relaunch vornimmt, positiv eine zügige Planung zu attestieren und dies mit voller Punktzahl zu bewerten. Dies ist insbesondere sachwidrig, weil es sich bei der Anforderung („*Einplanung eines größeren Relaunches innerhalb der Grundlaufzeit*“) um eine (zumindest insoweit konkretisierte) Vorgabe aus der Leistungsbeschreibung handelte, die zwingend einzuhalten war, um nicht – mit der Rechtsfolge des Angebotsausschlusses – von den Vergabeunterlagen abzuweichen.

Beurteilungsfehlerhaft und inkonsistent sind die Bewertungen zu UK2.1 auch im Übrigen. So werden zu Lasten der ASt „Unklarheiten“ (etwa hinsichtlich des „*Eigenbeitrags*“ der ASt, deren Selbstverständnis „*eher als Vermittler, denn als Contentlieferant oder Gestalter*“ oder inwiefern die vorgestellte Weiterentwicklung „*funktionieren werde*“) negativ gewertet. Ungeachtet einer möglicherweise bestehenden Pflicht des Auftraggebers zur Aufklärung von Unklarheiten (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. August .2017 – Verg 17/17 s ist die negative Bewertung von Unklarheiten, die auf unzureichend klare Anforderungen der Leistungsbeschreibung zurückzuführen sind, beurteilungsfehlerhaft. So ist es hier, denn der Leistungsbeschreibung lässt sich nicht entnehmen, welcher konkrete „*Eigenbeitrag*“ von den Bietern gefordert werde, von welchem Rollenverständnis die Ag ausgeht und welche Funktionsanforderungen im Einzelnen gestellt werden.

Die Bewertung ist darüber hinaus inkonsistent, weil die Angebotswertung der Bg keinerlei Ausführungen zu diesen offenbar wertungsrelevanten Aspekten enthält. Insofern liegt zusätzlich eine unvollständige Ermittlung des Sachverhalts vor, die Voraussetzung für eine vergleichende Bewertung ist.

bb) Angebotswertung im Unterkriterium UK.2.3

Auch die Wertung des Konzeptes der ASt in UK2.3 („*Darstellung zu der Frage wie der strategische Dialog umgesetzt werden soll [...]*“) ist beurteilungsfehlerhaft. Dort

wird u.a. abgestellt darauf, dass unklar bleibe, ob das Prozedere der Leistungsbeschreibung beachtet werde, die Ag mit eingebunden werde und ob dem Koalitionsvertrag Genüge getan werde.

Wenn ein Auftraggeber aber feststellt, dass eine Abweichung von Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung vorliegt, weil der Bieter eine geforderte Beteiligung des Auftraggebers nicht eingeplant hat, dann müsste das Angebot von der Wertung ausgeschlossen werden. Dann wäre aber eine Bewertung mit drei Punkten (*„entspricht im Wesentlichen den Anforderungen“*) sachwidrig. Wenn hingegen nicht hinreichend konkret in der Leistungsbeschreibung definiert wurde, auf welche Weise, zu welchen Verfahrensschritten eine Einbindung mindestens zu erfolgen habe und nicht erkennbar ist, welche weitere Einbindung als vorteilhaft gewertet werde, dann verstößt es gegen allgemeine Grundsätze einer transparenten, objektivierenden vergleichenden Wertung.

Die vorliegende Bewertung ist überdies in sich inkonsistent, weil sich aus der Bewertung im Übrigen ergibt, dass der Ablauf einschließlich der *„Einbeziehung relevanter Akteure“* *„analog“* des *„Strategieprozess [...] konzipiert sei*. Auf diesen verweist aber konkret die Leistungsbeschreibung (Seite 5), so dass unklar ist, welche Diskrepanz zu den Leistungsanforderungen tatsächlich besteht. Dies deutet auf eine unvollständige Ermittlung des Sachverhalts hin. In der Folge wird bemängelt, dass es nach Auffassung der Ag lediglich *„unklar“* sei, ob das Prozedere auch bei *„weiteren Themen“* eingehalten werde. Offenbar bestehen diese Bedenken nicht hinsichtlich *„der beiden in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Fokusthemen“*.

Wenn aber keine grundsätzlichen Unklarheiten hinsichtlich der Einhaltung des Prozedere bestehen und es an jeglicher Vorgabe fehlt, die Einhaltung des Prozedere jeweils für bereits benannte Themen und noch nicht benannte Themen gesondert im Konzept zu beschreiben, dann ist eine negative Bewertung dieser *„Unklarheiten“* beurteilungsfehlerhaft und zwar gleichgültig, ob hier zusätzliche wertungsrelevante Anforderungen nachträglich eingeführt wurden oder der Sachverhalt unzutreffend ermittelt wurde.

Zur weiteren bemängelten Unklarheit hinsichtlich des *„genügenden Einflusses der Ag“* ist festzustellen, dass es offensichtlich an entsprechend klaren Anforderungen

in der Leistungsbeschreibung fehlt. Schließlich ist darauf zu verweisen, dass mit der Bezugnahme auf den Koalitionsvertrag („KoaV“) auf unzulässige Weise nachträglich eine neue Anforderung in die Bewertung eingeführt wird, denn der Koalitionsvertrag wird in der Leistungsbeschreibung gar nicht erwähnt. Abgesehen davon ist bereits fraglich, ob es eine taugliche Leistungsanforderung ist, private Bieter zu verpflichten, dem Koalitionsvertrag „Genüge“ zu tun.

Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass die Wertung der Angebote der ASt und der Bg beurteilungsfehlerhaft erfolgte und hierdurch die Rechte der ASt auf Durchführung eines transparenten und wettbewerbskonformen Verfahrens (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) verletzt wurden.

Aufgrund der schwerwiegenden grundlegenden Mängel der beiden Unterkriterien UK2.1 und UK2.3, die zusammen mit 33,75% in die Gesamtwertung einfließen und denen damit annähernd die gleiche Bedeutung wie das Kriterium „Preis“ (gewichtet mit 35%) zukommt, ist es im vorliegenden Fall entbehrlich ähnliche Beurteilungsfehler auch hinsichtlich der übrigen Unterkriterien im Einzelnen auszuführen. Vielmehr ist festzustellen, dass die Beurteilungsfehler ihre Ursache in grundsätzlichen Mängeln des Wertungsprogramms und der Leistungsbeschreibung (siehe dazu nachfolgend) finden, so dass ohnehin neue Angebote auf geänderter Grundlage einzuholen sind.

- b) Die Methode der qualitativen Wertung der Ag beruht auf nicht hinreichend bestimmten Zuschlagskriterien i.S.d. § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB, die einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten könnten. Eine Gesamtschau des Wertungsprogramms unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung ergibt, dass es zudem grundlegend an einer den vergaberechtlichen Anforderungen genügenden funktionalen Leistungsbeschreibung i.S.d. § 121 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 GWB und § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VgV mangelt.

Grundsätzlich genießt ein öffentlicher Auftraggeber einen weiten Bewertungsspielraum bei der Konzeption des Wertungsprogramms, der Auswahl und Ausgestaltung der für den jeweiligen Beschaffungsgegenstand geeigneten Zuschlagskriterien und deren Gewichtung. Dieser Beurteilungsspielraum ist von den Nachprüfungsbehörden nur begrenzt kontrollierbar (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2012, VII-Verg 7/12 m.w.N.).

Die Zuschlagskriterien müssen allerdings gemäß § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB „so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und wieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen“. Dazu müssen sie gem. Art. 67 Abs. 4 Satz 1 Richtlinie 2014/24/EU „mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten“. Unter Erwägungsgrund 92 der Richtlinie 2014/24/EU heißt es ergänzend: „Diese [qualitativen] Kriterien sollen damit eine vergleichende Beurteilung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebots gemessen am Gegenstand des Auftrags, wie in den technischen Spezifikationen festgelegt, ermöglichen.“

Dies setzt eindeutig bestimmbare Wertungskriterien und einen transparenten Bewertungsmaßstab voraus, der einen konsistenten Bezug zu den Leistungsanforderungen des Auftraggebers herstellt. Dabei müssen auf der Grundlage einer den vergaberechtlichen Anforderungen genügenden Leistungsbeschreibung die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung so gefasst sein, dass die Bieter in einer Gesamtschau erkennen können, was der Auftraggeber von ihnen erwartet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16). Erforderlichenfalls sind die Wertungskriterien durch geeignete Unterkriterien in hinreichendem Maße zu konkretisieren (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16; Beschluss vom 22. Februar 2017, VII-Verg 29/16; Beschluss vom 16.12.2015, VII-Verg 25/15).

Dies gilt insbesondere bei funktionalen Ausschreibungen, bei denen der öffentliche Auftraggeber besondere Aufmerksamkeit auf die Formulierung der Leistungsbeschreibung und der Zuschlagskriterien verwenden muss (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16). Bei der Verwendung eines sog. „Schulnotensystems“ muss zwar nicht im Vorhinein bekannt gemacht werden, welchen Erfüllungsgrad die Angebote auf der Grundlage des aufgestellten Kriterienkatalogs aufweisen müssen. Es genügt, wenn die Bieter vorab aufgrund einer hinreichend bestimmten Leistungsbeschreibung und der Zuschlagskriterien klar erkennen können, was von ihnen verlangt wird, hinreichende Anhaltspunkte für eine günstige oder ungünstige Benotung gegeben sind, die Bewertungsmethode nicht nachträglich verändert wird und die individuelle Wertungsentscheidung ex post transparent und nachvollziehbar ist (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17).

Im vorliegenden Fall werden weder die Zuschlagskriterien (aa) noch die funktionale Leistungsbeschreibung (bb) diesen Grundsätzen gerecht.

aa) Aus den Bewerbungsbedingungen unter Ziffer 6 („Zuschlagskriterien“) – zunächst für sich betrachtet – ist nicht ersichtlich, wie die unter Ziffer 6.1 für die qualitative Wertung anhand von vier „konzeptionellen Darstellungen“ erfolgen soll.

- Konzept A: „[...] *Informationsplattform* [...]“,
- Konzept B: „*Qualitätssicherung der* [...]“
- Konzept C: „*Nutzerfeedback*“
- Konzept D: „*Schutz der Informationsplattform vor Missbrauch*“

Hierbei handelt es sich lediglich um eine Vorgabe von Themen, die innerhalb der Konzepte zu beschreiben waren.

Nach Ziffer 6.3 werden diese Konzeptthemen zu „Qualitätskriterien“ K1 bis K4 erhoben, indem den vier Konzeptthemen jeweils ein Zusatz „Qualität des Konzeptes“ vorangestellt wird. Zu diesen Qualitätskriterien werden Unterkriterien gebildet, die überwiegend eine „Darstellung“ (UK2.1, bis UK2.3, UK4.1 bis UK5.2) oder einen „Beitrag“ (UK2.4) fordern. In zwei Unterkriterien wird eine „Gewährleistung“ der „Aktualität“ bzw. „Korrektheit der Inhalte“ vorgegeben (UK3.1 und UK3.2).

Abgesehen von den beiden letzteren beiden Gewährleistungskriterien ist bereits fraglich, ob es sich tatsächlich um Wertungskriterien oder lediglich wertneutrale Themenvorgaben handelt. Jedenfalls lassen sie keinerlei konkrete Anforderungen an die Qualität der Leistungserbringung erkennen. Es bleibt auch völlig offen, welche Anforderungen, Eigenschaften, Funktionalitäten hier im Einzelnen gebündelt im Unterkriterium gewertet werden, was hier im Einzelnen in welcher Form positiv oder negativ bewertet werden und auf welche Weise eine vergleichende Beurteilung der Bieter im Wettbewerb erfolgen soll. Spezifikationen, die einen objektiven Vergleich im Wettbewerb ermöglichen und einer wirksamen Überprüfung zugänglich sein können, sind nicht ersichtlich.

Die ASt hat hierzu geltend gemacht, dass nach ihrem Verständnis die in Ziffer 6.1 genannten allgemeinen Anforderungen „deutsche Sprache“, Schlüssigkeit des Vortrags, „Verwendung eindeutiger Formulierungen“, keine Abweichung von den Mindestvorgaben und Zielsetzung des Unterkriteriums die alleinigen Wertungskriterien bildeten. Für eine solche Interpretation spricht jedenfalls, dass

das sechsstufige Wertungssystem in allen Stufen ausdrücklich auf die „*unter Ziffer 6.1 genannten Anforderungen*“ bzw. „...*Erwartungen*“ verweist.

Festzuhalten ist jedenfalls, dass auch die unter Ziffer 6.1 genannten allgemeinen Anforderungen an die konzeptionelle Darstellung kein hinreichend bestimmtes Wertungsprogramm bilden. Die Verwendung der deutschen Sprache dürfte ebenfalls eine Mindestanforderung sein. Die weiteren allgemeinen Anforderungen Schlüssigkeit des Vortrags und „*Verwendung eindeutiger Formulierungen*“ sind ebenfalls nicht geeignet die oben genannten Haupt- und Unterkriterien zu konkretisieren. Daher verbleibt im Grunde nur die „*Zielsetzung des Unterkriteriums*“. Eine solche ist aber den Unterkriterien gemäß Ziffer 6.3 der Bewerbungsbedingungen, die lediglich „*Darstellungen*“ zu Unterthemen fordern, nicht zu entnehmen.

Hinzu kommt, dass es zusätzlich auch an konkreten Anhaltspunkten dafür mangelt, wie die Erfüllungsrate im sechsstufigen Wertungssystem der Ziffer 6.4 der Bewerbungsbedingungen in der individuellen Angebotswertung ausdifferenziert wurden, welcher Zielerreichungsgrad hinsichtlich welcher Leistungsanforderung dabei auf welche Weise (positiv oder negativ) gewertet wurde. Die mangelnde Bestimmtheit und Intransparenz fand so zwangsläufig ihren Niederschlag in den bereits (exemplarisch) festgestellten Beurteilungsfehlern in den individuellen Wertungen der ASt und Bg (siehe oben unter a).

- bb) Eine Konkretisierung des Wertungsprogramms in Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen ergibt sich, wie oben bereits angedeutet, auch nicht aus einer Gesamtschau mit der Leistungsbeschreibung.

Im vorliegenden Fall fehlt es bereits an einer den vergaberechtlichen Anforderungen entsprechenden funktionalen Leistungsbeschreibung i.S.d. § 121 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 GWB und § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VgV.

Nach § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB „*ist der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend zu beschreiben*“, dass dieser für die Bieter im gleichen Sinne verständlich ist. Nach § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VgV ist der Auftragsgegenstand „*in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen [...] so genau wie möglich zu fassen [...], dass sie ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und hinreichend vergleichbare Angebote erwarten lassen [...]*.“ Nur wenn die in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Anforderungen und Funktionen so definiert

sind, dass die Bieter sie nach einem objektivierten Empfängerhorizont einheitlich verstehen können, ist grundsätzlich gewährleistet, dass diese vergleichbare Angebote im Wettbewerb abgeben.

Diesen Anforderungen wird die Leistungsbeschreibung nicht gerecht. Es fehlt bereits an jeglichen Definitionen für wiederholt verwendete abstrakte Begriffe oder Zielvorgaben wie *„integrierte Informations-, Dialog- und Serviceplattform“*, *„lernendes Wissenssystem mit stark interaktivem Charakter“*, *„webbasiertes Networking zu operativen Fragen und Themen“*, *„Instrumente zur Nutzerbindung und zur Stimulation von Nutzeraktivitäten“*, *„mehrgleisige Kommunikationsplattform“*. Weiterhin bleibt über abstrakte Zielvorstellungen hinaus völlig unklar, welche Funktionen konkret in welchem Umfang, zu welchem Zweck vom Auftragnehmer erbracht werden sollen.

Völlig unbestimmt bleibt auch, was die geforderte *„Neukonzeption“* der [...] beinhalten soll, welchen Leistungsanforderungen die [...] zukünftig genügen soll, welche neuen, anderen Funktionalitäten vom Ag gefordert werden, welche fortgeführt und welche nicht mehr benötigt werden. An anderer Stelle heißt es lediglich abstrakt: *„Die neu konzipierte, integrierte Online-Plattform soll stärker als bisher Verknüpfungen und Synergien zur Innovationsplattform nutzbar machen. Hierfür hat der AN geeignete Formate zur Extraktion von [...] Wissen und Maßnahmen zur verstärkten Einbindung von geförderten Akteuren [...] zu entwickeln und [...] zu integrieren.“*

Auch in zeitlicher Hinsicht bleiben die Vorgaben unklar. So wird nicht definiert, welche konkreten Anforderungen an die Aktualität der Inhalte gestellt werden, sondern lediglich, dass die *„Online-Plattform [...] aktuell zu halten“* ist. Weiter heißt es: *„Innerhalb der Grundvertragslaufzeit ist ein größerer Relaunch des Internetauftritts mit Auswirkungen auf Design des Webauftritts, Präsentation und Organisation der Inhalte, technische Architektur u.ä. einzuplanen.“* Auch hierzu fehlt es an jeglicher funktionaler Vorgabe.

Dass es sich im vorliegenden Fall nicht um eine funktionale Leistungsbeschreibung i.S.d. § 121 Abs. 1 GWB handelt, sondern diese weitgehend funktionslos ist, lässt sich auch anhand der Anforderungen zum Nutzerfeedback exemplarisch belegen. Dieses wurde von der Ag als wertungsrelevantes Konzept C in die Angebotswertung

eingeführt. Zu diesem Konzept wird gemäß Ziffer 6.1 der Bewerbungsbedingungen eine Darstellung im Umfang von maximal fünf Seiten angefordert.

Die Leistungsbeschreibung enthält zum Thema „*Nutzerfeedback*“ zur [...] lediglich einen einzigen Satz: „*Damit die [...] den Erwartungen der Community bestmöglich entspricht, ist vom AN regelmäßig Nutzerfeedback einzubinden.*“ Daraus hat die Ag zwei Unterkriterien extrahiert: UK4.1 („*Darstellung zur regelmäßigen Erhebung des Nutzerfeedbacks*“) und UK4.2 („*Darstellung zur Aufbereitung des Feedbacks und Implementierung der Erkenntnisse in die [...]*“). Diese sollen nach dem in Ziffer 6.4 der Bewerbungsbedingungen einer sechsstufigen Bewertung unterzogen werden. In den Angebotswertungen hat die Ag Punkte zwischen zwei und fünf Punkte vergeben. Es liegt auf der Hand, dass der einzelne Satz in der Leistungsbeschreibung keine eindeutige und erschöpfende Beschreibung des überdies wertungsrelevanten Auftragsgegenstandes bilden und das Wertungsprogramm konkretisieren kann. Dass es tatsächlich möglich gewesen wäre, die Leistungsanforderungen an das Nutzerfeedback funktional zu beschreiben, bestätigt die Ag selbst durch die ausführlichen Ausführungen in den Angebotswertungen zu den Unterkriterien UK4.1 und UK4.2. Dort wird etwa bemängelt, dass ein intuitiverer Ansatz der Benutzerführung wünschenswert gewesen wäre, ein einfach nutzbares Online-Portal „*sicherlich von Vorteil*“ gewesen wäre, entscheidender jedoch sei, „*ob die neue [...] der Kernzielgruppe [...] hinreichend Nutz- und Mehrwert liefert*“, ein Ungleichgewicht bei der Länge der Darstellung zur Erhebung, Aufbereitung und Implementierung von Nutzerfeedback sowie deren Konkretisierung moniert.

Sämtliche dieser Überlegungen hätte die Ag selbst zum Gegenstand der Leistungsbeschreibung machen können und eindeutig festlegen müssen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die verfahrensgegenständliche Leistungsbeschreibung eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung der Leistungs- und Funktionsanforderungen des Auftragsgegenstandes vermissen lässt. Dies verstößt nicht nur gegen § 121 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 GWB und § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VgV, sondern ist im Übrigen ungeeignet das Wertungsprogramm in Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen i.S.d. des § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB zu konkretisieren.

Der Leistungsbeschreibung lässt sich weder eine Konkretisierung der Wertungskriterien in Ziffer 6.3 der Bewerbungsbedingungen entnehmen, noch

ergeben sich aus ihr Anhaltspunkte für eine Differenzierung der Zielerreichungsgrade im abgestuften Wertungssystem der Ziffer 6.4 der Bewerbungsbedingungen. Auf dieser Grundlage ist eine vergleichende Wertung der eingeholten Konzepte ausgeschlossen. Auch wenn es gerade Sinn und Zweck einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist, keine exakte Vorgabe von konkreten Leistungspositionen machen zu müssen, welche die Bieter nur noch zu bepreisen hätten, sondern die Ideen und das Know-how der Bieter für konkrete Lösungen abzuschöpfen, so bedarf es aber doch bzw. gerade einer konkreten Beschreibung der geforderten Funktionen; eine wie hier sehr allgemein gehaltene Vorgabe kann nicht ausreichen. Die Leistungsbeschreibung auch in der funktionalen Variante ist eingebettet in den Obersatz des § 121 Abs. 1 S. 1 GWB; es muss sich trotz des funktionalen Charakters noch um eine Leistungsbeschreibung handeln. Wenn die Erstellung einer solchen einem Auftraggeber aufgrund der Komplexität des Auftrags nicht möglich ist, so steht dafür die Vergabeverfahrensart des wettbewerblichen Dialogs offen. Im Rahmen eines wie hier offenen Verfahrens kommt es ohne eine aussagekräftige Beschreibung der zu lösenden Aufgabe jedoch zu den Problemen, die sich nach den obigen Darlegungen hier realisiert haben, nämlich dazu, dass eine den rechtlichen Anforderungen genügende Wertungsentscheidung mangels Basis hierfür nicht transparent möglich ist.

- c) Der ASt kann letztendlich nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden, dass sie ihre Rüge im Vorfeld der mündlichen Verhandlung im Wesentlichen auf eine beurteilungsfehlerhafte individuelle Angebotswertung aufgrund intransparenter Zuschlagskriterien gestützt hat, nicht aber Mängel der funktionalen Leistungsbeschreibung geltend gemacht hat. Es ist zwar, wie oben im Zusammenhang mit der Erfüllung der Rügeobliegenheit als Zulässigkeitsvoraussetzung bereits dargelegt, eine Erkennbarkeit des Zusammenhangs zwischen Leistungsbeschreibung und Zuschlagsvorgaben nach dem „Schulnotensystem“ aus Bietersicht zu verneinen. Allerdings war die ASt bei der ersten Rüge, die nach Erhalt der Information nach § 134 GWB am 25. Juli 2018 ausgesprochen wurde, bereits anwaltlich vertreten, so dass sich die Frage nach dem „Erkennen“ i.S.v. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB mit Bezug auf den Erkenntnishorizont eines Rechtsanwalts stellt. Die ASt hat jedoch die Leistungsbeschreibung auch im Nachprüfungsverfahren gar nicht eingebracht; die diesbezügliche Problematik wurde von Amts wegen seitens der Vergabekammer aufgegriffen. Dies war erforderlich, weil im Rahmen der Überprüfung der individuellen

Angebotswertung der ASt und der hinreichenden Bestimmtheit der Zuschlagskriterien nach den Vorgaben der Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16) eine Gesamtschau der gesamten Vergabeunterlagen – insbesondere unter Einbezug der funktionalen Leistungsbeschreibung – vorzunehmen ist, um auf diese Weise festzustellen, ob die Zuschlagskriterien den vergaberechtlichen Anforderungen gemäß § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB und § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB entsprechen. Diese Feststellung einer vergaberechtskonformen Konkretisierung der Zuschlagskriterien durch die funktionale Leistungsbeschreibung setzt aber voraus, dass die Nachprüfungsbehörden auch prüfen müssen, ob überhaupt eine den § 121 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 GWB und § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VgV entsprechende Leistungsbeschreibung vorliegt; ansonsten ist eine sachgerechte Überprüfung der von der ASt rechtzeitig gerügten Wertungsentscheidung nicht möglich. Die Vergabekammer ist daher im vorliegenden Zusammenhang nach dem Amtsermittlungsgrundsatz, § 163 Abs. 1 GWB, sowohl berechtigt als auch verpflichtet, die Leistungsbeschreibung unabhängig von Rüge und Vortrag der ASt miteinzubeziehen, um eine sachgerechte Überprüfung überhaupt durchführen zu können.

- d) Eine Verletzung der ASt in ihren Rechten aus § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB und § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB ist vorliegend aufgrund der schwerwiegenden Beurteilungsfehler in den individuellen Angebotswertungen der ASt und der Bg und nicht hinreichend bestimmter Zuschlagskriterien nicht auszuschließen.

Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Nachprüfungsantrag im Falle eines festgestellten Verstoßes gegen Vergaberecht nur dann unbegründet, wenn auszuschließen ist, dass es durch den Verstoß gegen Vergabevorschriften zu einer Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers gekommen ist (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2018, Verg-VII 39/17 m.w.N.)

Eine entsprechende Feststellung ist hier jedoch nicht möglich. Dass der Vergaberechtsverstoß ohne Auswirkungen auf die Zuschlagsentscheidung geblieben ist, diese auch dann noch unverändert Bestand haben kann, wenn der Vergaberechtsverstoß hinweggedacht wird, lässt sich nicht feststellen. Es steht nicht fest, welches Angebot die Bieter bei Wahrung der Transparenzanforderungen – aufgrund klar definierter, konsistenter Zuschlagskriterien in Verbindung mit einer

vergaberechtskonformen Leistungsbeschreibung – abgegeben hätten und wie die Ag die Angebote auf dieser Grundlage beurteilungsfehlerfrei gewertet hätte.

Daher ist auch die von der Ag vorgetragene, fiktive qualitative Wertung des Angebots der ASt mit der Höchstpunktzahl ungeeignet, einen fehlenden Kausalzusammenhang zu belegen. Diese Vorgehensweise verbietet sich bereits aufgrund der schwerwiegenden grundlegenden Mängel des Wertungsprogramms, die sich auch auf die Wertung des Angebots der Bg ausgewirkt haben.

- e) Die Zurückversetzung des Verfahrens in die Phase vor Erstellung der Vergabeunterlagen ist verhältnismäßig. Eine Zurückversetzung des Verfahrens in die Phase der Angebotswertung als milderes Mittel ist ausgeschlossen, weil es aufgrund der grundlegenden und schwerwiegenden Mängel des Wertungsprogramms entgegen § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB und der Leistungsbeschreibung entgegen § 121 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 GWB und § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VgV ausgeschlossen ist, die Angebotswertung auf beurteilungsfehlerfreie Weise im laufenden Verfahren zu wiederholen. Eine neue Angebotswertung kann bei fortbestehender Beschaffungsabsicht nur nach grundlegender Überarbeitung der Vergabeunterlagen und erneuter Einholung von Angeboten vergaberechtskonform erfolgen.
- f) Auf die weiteren Rügen der ASt hinsichtlich der mangelnden Eignung des Angebots der Bg oder einer unzureichenden Prüfung nach § 60 VgV kommt es nicht mehr an, da die Ag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht neue Angebote einholen muss. Ein Verstoß gegen § 41 Abs. 1 VgV aufgrund einer von der ASt nicht hinreichend direkten Abrufbarkeit der Vergabeunterlagen liegt nicht vor. Sämtliche Vergabeunterlagen waren über die unter Ziffer I.3 der Bekanntmachung angegebene elektronische Adresse abrufbar. Diese verlinkt unmittelbar auf eine für das Vergabeverfahren eingerichtete Internetseite. Damit ist der Vorschrift des § 41 Abs. 1 VgV genüge getan. Die ASt beruft sich zu Unrecht auf die Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes vom 19. Juli 2018 (VK 2 – 58/18). Der Sachverhalt im vorliegenden Fall ist mit dem dort entschiedenen in keiner Weise vergleichbar.
- g) Der gerügte Verstoß gegen die Bekanntmachungspflicht der Eignungskriterien nach § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB wirkt sich im vorliegenden Verfahren nicht aus. Sowohl die ASt als auch die übrigen Bieter haben nach der nicht zu beanstandenden Dokumentation des Vergabeverfahrens allesamt die Eignungskriterien erfüllt, auch wenn diese nicht

vergaberechtskonform bekannt gemacht wurden. Es ergibt sich auch nicht aus der Vergabeakte, dass irgendwelche Einwände gegen die Geltung der Eignungskriterien aufgrund mangelnder Bekanntmachung tatsächlich erhoben wurden. Eine Beeinträchtigung der Zuschlagschance ist auch bei erneuter Aufforderung zur Angebotsabgabe durch die Ag ausgeschlossen, wenn die Ag auch die nicht am Vergabeverfahren beteiligten Bieter noch einmal ausdrücklich auf die Eignungsanforderungen hinweist. Dann ist jedem Bieter die Möglichkeit genommen, Einwände gegen die Geltung der Eignungskriterien vorzubringen. Dies ist der Ag als milderes Mittel gegenüber der Zurückversetzung des Verfahrens in das Stadium vor der Bekanntmachung zuzugestehen.

3. Im Fall der Fortführung des Vergabeverfahrens sieht sich die Kammer noch zu folgenden Hinweisen veranlasst:

Sollte es der Ag nach derzeitigem Stand nicht möglich sein den Beschaffungsgegenstand anhand von klar definierten Funktions- und Leistungsanforderungen hinreichend eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, wäre die Wahl einer alternativen Verfahrensart erwägenswert. In solchen Fällen, in denen der Ag den Auftragsgegenstand erst noch konkretisieren muss, stehen das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs (§ 119 Abs. 6 GWB, § 18 VgV) oder die Durchführung einer Markterkundung (§ 28 Abs. 1 VgV) als vergaberechtskonforme Alternativen zum offenen Vergabeverfahren zur Verfügung.

4. Der Antrag der ASt auf weitergehende Akteneinsicht mit Schriftsätzen vom 10. und 17. August 2018 in die Konzepte der anderen Bieter wird gemäß §165 Abs. 2 GWB abgelehnt. Bei den Konzepten handelt es sich um zentrale Bestandteile der Angebote der Bieter, die grundsätzlich als Geschäftsgeheimnisse schützenswert sind. Sowohl Ag und Bg als auch die ASt selbst haben sich gegen jegliche Offenlegung ihrer Angebote verwahrt. Durch die Versagung der Akteneinsicht ist die ASt auch nicht in ihrem Grundrecht auf Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG beeinträchtigt, weil sie mit ihrem Nachprüfungsantrag in vollem Umfang durchdringt.

III.

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

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

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

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

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

IV.

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

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

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

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

Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Brune