



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 54/21

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Postdienstleistungen [...]“, EU-Bekanntmachungsnummer: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Hafner aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Juli 2021 am 15. Juli 2021 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, einen Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

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

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit europaweit ein offenes Verfahren zur Vergabe einer vier Jahre laufenden Rahmenvereinbarung über die gewerbsmäßige Abholung, Beförderung und bundesweite Zustellung von Briefsendungen im Gewichtsbereich bis 1.000 g durch.

Die ausgeschriebene Leistung ist in zwei Lose aufgeteilt. Los 01-Z (im Folgenden: Los 1) umfasst ca. 16,9 Mio. Standardbriefe pro Jahr, Los 02-Z (im Folgenden: Los 2) umfasst ca. 3,0 Mio. Sendungen pro Jahr (Standardbriefe, Kompaktbriefe, Großbriefe und Maxibriefe; die Bezeichnungen entstammen den Begrifflichkeiten der Deutschen Post AG (DP AG)). Beide Lose sind jeweils in zwei Alternativen unterteilt. In der Alternative A hat die Ag die Sendungen bereits mit dem Porto der DP AG freigemacht und im Los 1 nach Leitregionen (den ersten beiden Stellen der Postleitzahl) aufsteigend bzw. im Los 2 nach Formaten, aber nicht nach Leitregionen sortiert. In der Alternative B sind die Sendungen nicht frankiert und im Los 1 gar nicht sortiert bzw. im Los 2 nach Formaten sortiert worden (s. im Einzelnen Ziffer 2.2 der Leistungsbeschreibung, im Folgenden: LB). In Ziffer II.1.4, II.2.4 der EU-Bekanntmachung wird die Alternative A als „Hauptangebot“ und die Alternative B als „Nebenangebot“ bezeichnet. Angebote können auf jedes Los, innerhalb eines Loses aber nur auf die Alternative A oder die Alternative B abgegeben werden (Ziffer II.2.4 der EU-Bekanntmachung, Ziffer 2.2.2 der LB). In der Alternative A erhält der Auftragnehmer gemäß § 4 des ausgeschriebenen Vertrags keine Vergütung von der Ag. Aufgrund der Vorfrankierung der Sendungen mit dem Porto der DP AG erhält der Auftragnehmer stattdessen von der DP AG bei der Einlieferung der Sendungen in deren Briefzentren eine Gutschrift, die er abzüglich seiner Kosten und seines Gewinns an die Ag weitergeben soll (diese Vorgehensweise entspricht dem sog. Konsolidierungsmodell; ein Konsolidierungsunternehmen ist ein solches Unternehmen, das im Auftrag des Versenders eine Teilvorleistung erbringt, indem es

die Briefsendungen z.B. beim Absender abholt, ggf. vorsortiert und bei der DP AG einliefert, vgl. hierzu das 11. Sektorgutachten Post der Monopolkommission (2019), Tz. 111, 169 ff.).

Alle Sendungen sind bei der Ag in [...] täglich von Montag bis Freitag abzuholen und in den Briefkasten des Empfängers einzuwerfen bzw. dem Empfänger auszuhändigen. Im Jahresdurchschnitt müssen mindestens 80% der Sendungen an dem ersten auf den Einlieferungstag folgenden Werktag („E+1“) und 95% bis zum zweiten auf den Einlieferungstag folgenden Werktag („E+2“) beim Empfänger zugestellt werden, spätestens vier Tage nach Abholung müssen alle Sendungen zugestellt sein (s. hierzu Ziffern 2.3.2, 2.7 der LB). Diese Anforderung hat die Ag an die Postuniversaldienstleistungsverordnung (PUDLV) angelehnt (s. Ziffer 2.7.2 der LB). Auf die Bieterfrage Nr. 7 hin, ob auch geringere Laufzeiten als E+1 = 80% und E+2 = 95% angeboten werden dürften, antwortete die Ag, dass es sich hierbei um „zwingend einzuhaltende Mindestanforderungen“ handele, Angebote mit einer geringeren Laufzeitquote würden ausgeschlossen.

Zum Beleg ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit sollen die Bieter u.a.

eine Referenzliste über zwei nach Inhalt/Art und Umfang vergleichbare Referenzaufträge aus den letzten vier Jahren

vorlegen, wobei durch jede Referenz u.a. „folgende Mindestanforderungen nachgewiesen werden“ müssen:

„die Referenz wurde nicht vorzeitig wegen Schlechtleistung beendet“,  
„die im Rahmen jeder Referenz beförderte jährliche Sendungsmenge beträgt mind. 80% der im jeweiligen Los, auf das sich der Bieter mit der Referenz bewirbt, beförderten jährlichen Sendungsmenge (...)“

(s. Ziffer III.1.3 der EU-Bekanntmachung).

Der Zuschlag soll mithilfe der Kriterien „Preis“ und „Qualität der Leistung“ erteilt werden (gewichtet jeweils zu 50%). Die Leistungsqualität eines Angebots soll anhand von einzureichenden Konzepten aufgrund von mehreren unterschiedlich gewichteten Zuschlagskriterien bewertet werden. Bewertet wird u.a. die Zustellzeit/Laufzeit der Sendungen (s. Nr. 1.0 der Bewertungsmatrix der Ag). Je weiter die angebotenen Laufzeiten über die Anforderungen der PUDLV hinausgehen (E+1 mindestens 80%, E+2 mindestens 95%), desto mehr Punkte erhält das Konzept (25, 50, 75 oder 100 Punkte, gewichtet mit dem Faktor 2). In einem weiteren Unterkriterium des Kriteriums „Laufzeit“ wird das entsprechende Konzept des Bieters selbst

bewertet (mit bis zu 200 Punkten, gewichtet mit 2). Der Bieter soll in diesem Konzept u.a. „nachvollziehbar und leicht verständlich“ darstellen, „wie er möglichst kurze Zustellzeiten erreicht“. Hierzu soll er den „Prozessablauf (End-to-End) mit den Schnittstellen von der Abholung über den Transport sowie die Behandlung der Sendungen in den Verteilzentren/Hubs bis zur Zustellung“ beschreiben und u.a. „umfassend und nachvollziehbar“ darstellen, „welche Vorkehrungen getroffen werden, um die Leistungen „auch bei kurzfristig auftretenden Versandspitzen“ „ohne Qualitätseinbußen auszuführen“, oder „welche Maßnahmen zur Qualitätssicherung/-überwachung“ ergriffen werden. Außerdem hat die Ag zu diesem Kriterium Folgendes vorgegeben:

„Der Bieter hat die von ihm angebotenen Laufzeitquoten (E+1 und E+2) durch zertifizierte Laufzeitmessungen über mindestens 6 Monate in den letzten 12 Monaten zu belegen. Die Laufzeitmessergebnisse müssen sich an der DIN EN 13850 orientieren und mit den Aussendungen (Anzahl + Format) der Zentrale der [Ag] vergleichbar sein. Das Laufzeitmessverfahren ist zu beschreiben. Die Laufzeitenmessergebnisse dienen der Nachprüfbarkeit der vom Bieter getätigten Angaben zu den erreichbaren Laufzeitenquoten zu den Unterkriterien 2. und 3. Insofern dienen die Laufzeitenmessergebnisse dem Nachweis des Wahrheitsgehalts der vom Bieter in seinem Konzept getätigten Angaben, insbesondere ob die von ihm dargestellten Maßnahmen tatsächlich so wirksam bzw. effektiv sind, wie vom Bieter angezeigt.“

Auf die Bieterfrage, welche Laufzeitquoten einem Angebot zugrunde gelegt werden sollen, wenn ein Bieter die Zustellung an den Empfänger durch die DP AG vornehmen lasse (die DP AG veröffentliche keine Laufzeitquoten für E+2), antwortete die Ag:

„Alle Bieter haben für den Teil ihrer Leistungserbringung, der durch die DP AG im Sinne eines Nachunternehmers erbracht wird, die Laufzeitquoten gemäß Tätigkeitsbericht Post der BNetzA (E+1=88,7% und E+2=98,5%) anzusetzen und darüber hinaus den Teil der eigenen Leistungserbringung anzugeben und separat nachzuweisen.“ (Bieterfrage Nr. 23)

Ausweislich des von den Bietern auszufüllenden Preisblatts kann ein Bieter von seinem Angebotspreis ggf. einen sog. Infrastrukturrabatt abziehen.

Die Angebotsfrist wurde bis zum 28. April 2021, 13 Uhr, verlängert (s. Berichtigungsbekanntmachung 2021/S 078-199035).

Am 1. April 2021 rügte die Ast u.a., dass ihr eine Teilnahme am Vergabeverfahren nur möglich sei, wenn die Ag die Leistungen mittelstandsfreundlich ausschreibe. Es sei vergaberechtswidrig, dass die Ag die in der Variante B unfrankiert übergebenen

Briefsendungen vorher nicht wie in der Alternative A nach Leitregionen vorsortiere. Dieser und den weiteren Rügen der ASt vom 16., 23. und 27. April 2021 half die Ag nur teilweise ab.

Die ASt hat kein Angebot abgegeben.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 29. April 2021 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der Antrag wurde am selben Tag an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet, weil das Vergabeverfahren aus mehreren Gründen vergabefehlerhaft sei.

Zur Antragsbefugnis trägt die ASt vor, sie habe ein außerordentlich großes Interesse an einer Beteiligung an dem Vergabeverfahren der Ag, die Unterbreitung eines Angebots sei ihr aber nicht möglich. Zum Vorbringen der Ag, die ASt habe sich im Frühjahr 2021 erfolgreich an einer anderen Ausschreibung der Ag beteiligt und könne daher auch am streitgegenständlichen Vergabeverfahren ohne Weiteres teilnehmen, trägt die ASt vor, dieses frühere Vergabeverfahren mit 27 Regionallosen und einem erheblich geringeren Sendungsvolumen (3,5 Mio. Briefsendungen/Jahr) sei mit dem streitgegenständlichen u.a. deshalb nicht vergleichbar, weil die Sendungen damals wettbewerbsfreundlich aufbereitet und an den 55 Abholorten von den Mitarbeitern der Ag für die Zustellung innerhalb der betreffenden Region und im Übrigen für die bundesweite Zustellung vorsortiert worden seien. Zudem hätte die Zustellung hier zu 95% erst am übernächsten Werktag erfolgen müssen (E+2).

Zu ihrer Tätigkeit im Einzelnen führt die ASt näher aus, dass sie als mittelständisches Briefdienstleistungsunternehmen seit mehr als 15 Jahren gemäß § 5 Abs. 1 PostG lizenziert sei und Leistungen der gewerbsmäßigen Briefbeförderung regional durchführe. In den Postleitregionen [...], zum Teil [...] und [...] gelinge ihr eine nahezu vollständige Zustellung von Briefsendungen innerhalb eines Werktags (E+1) oberhalb der Regelungen der PUDLV. Da die Zustelltätigkeit vor Ort sehr personalintensiv sei und einer enormen wirtschaftlichen, technischen und räumlichen Ausstattung bedürfe, erbringe jedoch kein anderes Unternehmen außer der marktbeherrschenden DP AG flächendeckend bundesweite Postdienstleistungen. Regional zustellende Wettbewerbsunternehmen der DP AG wie die ASt könnten nur dann an dem Vergabeverfahren der Ag teilnehmen, wenn die Sendungen

nach Postleitregionen der Sendungsempfänger sortiert würden. In Regionen über ihre eigenen Zustellgebiete hinaus könne die ASt Briefsendungen nicht selbst zustellen, sondern müsse Nachunternehmer einsetzen. Diese Briefsendungen gebe sie entweder an ein Partner-Netzwerk ab (die „[...]“) oder an die DP AG selbst. Wenn ein Drittunternehmen zum Einsatz komme, könnten die Sendungen regelmäßig erst am übernächsten Werktag bundesweit zugestellt werden (E+2). Die Weitergabe der Sendungen an das o.g. Partnernetzwerk sei für die ASt zwar kostenpflichtig, die dort gewährten Konditionen seien aber günstiger als die Konditionen der DP AG. Wenn Sendungen in Gebiete adressiert seien, in denen keine sonstigen Wettbewerber der DP AG als Zusteller tätig seien („weiße Flecken“, knapp 30% der deutschen Haushalte), müsse die ASt allerdings die hochpreisigen Leistungen der DP AG in Anspruch nehmen.

Zur Rechtzeitigkeit ihrer Rügen trägt die ASt u.a. vor, ihre Rügen richteten sich nicht allgemein gegen die Vorfrankierung der Sendungen in der Alternative A, sondern dagegen, dass in der Alternative B, in der die Sendungen nicht vorfrankiert seien, keine Vorsortierung der Sendungen durch die Ag erfolge.

Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei begründet, weil die Ag das Vergabeverfahren auf das marktbeherrschende Unternehmen DP AG zugeschnitten habe, so dass die ASt und andere kleine und mittlere Wettbewerbsunternehmen keine Angebote unterbreiten könnten. Denn die Ag habe trotz des großen Sendungsumfangs (jeden Werktag müssten ca. 91.300 Sendungen in [...] abgeholt werden) keine Teillose im Hinblick auf die einzelnen Postleitregionen gebildet und zudem von den Bietern/Auftragnehmern verlangt, 80% der Sendungen bundesweit am nächsten Werktag (E+1) zuzustellen.

Technische oder wirtschaftliche Gründe, die eine solche Gesamtvergabe rechtfertigten, seien weder in der Vergabeakte dokumentiert noch erkennbar. Dass eine Vorsortierung nach Empfängeradressen technisch möglich sei, gebe die Ag mittlerweile selbst zu. Denn die Ag setze für die Frankierung der Sendungen mithilfe von Freistempelmaschinen und für die Produktion samt Sortierung der Briefsendungen zwei getrennte IT-Systeme ein. Die Frankiermaschinen könnten also abgeschaltet werden, so dass die Vorfrankierung der Sendungen in der Alternative A entfallen, die Sortierung nach Leitregionen aber beibehalten werden könne. Dass dies technisch ohne Weiteres möglich sei, sei der ASt von dem Vertreter des Unternehmens, das die Software der Ag für die Produktion der verfahrensgegenständlichen Sendungen betreue, bestätigt worden. Die bei einem Verzicht

auf die Vorfrankierung angeblich entstehenden Umstellungskosten i.H.v. einmalig 100.000 € seien von der Ag nicht plausibel vorgetragen und fielen ohnehin nicht belastend ins Gewicht, da Ag so überhaupt erst wirtschaftliche Angebote erhalten könne. Die ASt meint, dass die die Ag während der Laufzeit des streitgegenständlichen Rahmenvertrags fast 2 Mio. € Porto-Aufwand sparen könnte. Abgesehen davon müsse die Ag etwaige Umstellungskosten hinnehmen, da sie zuvor ihre postalischen Verarbeitungsprozesse und die bereits bestehende Software auf die DP AG zugeschnitten habe. Diese Software müsse jetzt wettbewerbsneutral umprogrammiert werden bzw. auf einen wettbewerbsneutralen Zustand „rückgerüstet“ werden. Da die Ag das Entstehen dieser Kosten letztlich selbst verursacht habe, könnten diese Wettbewerbsunternehmen wie der ASt nicht zum Nachteil gereichen und ein Absehen von einer wettbewerbsneutralen Lösung nicht rechtfertigen.

Die ASt könne auf keine der beiden ausgeschriebenen Alternativen ein Angebot abgeben. Zwar seien in der Alternative A die Briefsendungen bereits nach Leitregionen vorsortiert, so dass hier Teillose gebildet werden könnten. Doch werde der Vertragspartner in dieser Alternative nicht direkt, sondern – wegen der Vorfrankierung der Sendungen mit dem Porto der DP AG – nur über gewährte Gutschriften der DP AG vergütet. Eine solche Gutschrift stehe nur Konsolidierungsunternehmen i.S.d. § 28 Abs. 1 S. 2 PostG zu, nicht jedoch der ASt oder anderen Wettbewerbsunternehmen. Auf die Alternative B könne die ASt kein Angebot abgeben, weil hier nicht nur die Vorfrankierung der Sendungen, sondern auch die Sortierung nach Leitregionen entfalle. Die ASt meint, die Ag müsse die Briefsendungen sortieren und ohne jede Vorfrankierung Teillose für [...] oder [...] Leitregionen bilden. Wie andere, von der ASt im Einzelnen beschriebene Ausschreibungen zeigten, sei eine derartige Vorgehensweise im Postsektor nichts Besonderes.

Darüber hinaus trägt die ASt zu weiteren Vergabebefehlern in der gegenständlichen Ausschreibung vor:

- Nach ihrer Bewertungsmatrix wolle die Ag die Laufzeiten der Sendungen bewerten (E+1 und E+2), wobei besonders kurze Zeiten bei der Angebotsbewertung bis zu 800 Punkte (von 2050 Gesamtpunkten) ergäben. Dies wirke sich erheblich zugunsten der DP AG aus, die als einziges bundesweit agierendes Unternehmen die für eine hohe Punktzahl maßgeblichen Laufzeitquoten überhaupt zusagen könne. Für solche schnellen Zustellzeiten, die weit oberhalb der PUDLV lägen, sei kein Bedarf der Ag erkennbar (gemäß Ziffer 2.7.2 der LB sei grundsätzlich eine Zustellquote von E + 4 einzuhalten).

Dieses Wertungskriterium wirke sich erheblich auf die Zuschlagsentscheidung aus, denn die Wertung des Angebotspreises spiele im regulierten Postsektor mit seinem engen Preisgefüge allenfalls eine untergeordnete Rolle.

- Zudem fehle diesem Zuschlagskriterium der vorgeschriebene Auftragsbezug, denn die Ag berücksichtige und bewerte Laufzeiten, die nicht die konkrete, zukünftige Leistungserbringung betreffen. Zudem seien die wertungsrelevanten Daten veraltet, so dass die DP AG begünstigt werde. Die Daten der Ag stammten nämlich aus dem Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur (BNetzA) 2018/2019 (s. Bieterfrage Nr. 23). Laut aktuelleren Daten der BNetzA aus dem Jahr 2020 hätten sich die Laufzeitquoten der DP AG gegenüber 2018/2019 verschlechtert, insbesondere die E+1-Quote (jetzt: 85% bei E+1 und 97,6 % bei E+2).
- Darüber hinaus sei es vergaberechtswidrig, dass die Bieter die angebotenen Laufzeiten durch zertifizierte Laufzeitmessungen der letzten zwölf Monate belegen müssten. Da sich diese Vorgabe bzw. dieser Test auf die Vergangenheit und die allgemeinen Unternehmensleistungen eines Bieters beziehe und nicht auf die zukünftige Leistungserbringung und die ausgeschriebenen Leistungen an sich, handele es sich hierbei um eine vergaberechtswidrige Vermischung von Zuschlags- mit Eignungskriterien.
- Die Berücksichtigung des sog. Infrastrukturrabatts, den die Ag bei der Preisbewertung berücksichtigen wolle, begünstige ebenfalls in vergaberechtswidriger Weise die DP AG. Denn dieser Rabatt werde von der DP AG nur angeboten, wenn die Sendungen mit deren Porto vorab freigemacht werden, Wettbewerbsunternehmen könnten einen solchen Rabatt nicht anbieten.
- Die von der Ag aufgestellten Referenzanforderungen seien unverhältnismäßig und stünden nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung. Die Bieter müssten mindestens zwei Referenzen nachweisen, bereits eine Referenz sei jedoch als Beleg für die erforderliche Leistungsfähigkeit ausreichend. Zudem sei die Anforderung, in jedem einzelnen Referenzauftrag 80% der Sendungsmenge bearbeitet haben zu müssen, übersetzt und unverhältnismäßig. Darüber hinaus habe die Ag zu Unrecht vorgesehen, dass die Referenzaufträge nicht wegen Schlechtleistungen beendet sein dürften.



Schlechtleistungen könnten bei der Wertung nur im Rahmen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB berücksichtigt werden.

- Ihre Rügen zu den Zuschlagskriterien „Beschädigungsfreiheit“ und „Ästhetik bei Sichtvermerken“ (s. Ziffern 2.2 und 4.0 der Bewertungsmatrix) macht die ASt ausdrücklich nicht mehr geltend, weil die Ag diesen Rügen abgeholfen habe.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemäß §§ 160 ff. GWB sowie:

1. In dem Vergabeverfahren über die Vergabe von „Postdienstleistungen [...]“ wird der Ag aufgegeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor Bekanntmachung und Herausgabe der Vergabeunterlagen zurückzusetzen und das Ausschreibungsverfahren – bei fortbestehender Beschaffungsabsicht – unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der angerufenen Vergabekammer wieder einzuleiten und durchzuführen;
2. die Kosten (Gebühren und Auslagen der Vergabekammer) des Nachprüfungsverfahrens hat die Ag zu tragen;
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für das Nachprüfungsverfahren wird für notwendig erklärt;
4. die Ag hat die der ASt im Nachprüfungsverfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten;
5. der ASt wird gemäß § 165 Abs. 1 GWB Akteneinsicht in die Vergabeakten - zunächst nur durch Überlassung einer Fotokopie des Vergabevermerks - zu Händen der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gewährt.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag vom 29. April 2021 wird zurückgewiesen.
2. Die Zuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag wird für notwendig erklärt.
3. Der ASt werden die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen der Vergabekammer) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag auferlegt.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits hinsichtlich einiger Rügen unzulässig, im Übrigen unbegründet.

Soweit die ASt begehre, dass die Sendungen beider Lose nach Leitregionen sortiert übergeben werden müssten, fehle ihr die Antragsbefugnis. Die Ag meint, die ASt verhalte sich widersprüchlich, da sie offensiv damit werbe, auch große Sendungsmengen bundesweit zustellen zu können; einer Vorsortierung der Sendungen nach Leitregionen bedürfe es daher für die ASt nicht. Erst vor wenigen Wochen habe die ASt zudem drei Zuschläge über die Erbringung bundesweiter Postdienstleistungen von der Ag erhalten, die mit dem streitgegenständlichen Auftrag vergleichbar seien. In diesem Vergabeverfahren habe die ASt die Bündelung von Sendungen nicht beanstandet.

Die Rüge der ASt vom 16. April 2021 wegen der Vorfrankierung der Sendungen durch die Ag, sei präkludiert. Denn bereits der ersten Rüge der ASt vom 1. April 2021 lasse sich entnehmen, dass sie sich dezidiert und vertieft mit den Vergabeunterlagen und insbesondere der Vorfrankierung der Sendungen in der Variante A beider Lose auseinandergesetzt habe. Damit sei der Umstand der Vorfrankierung für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter spätestens am 1. April 2021 erkennbar gewesen und hätte daher nicht erst zwei Wochen später (am 16. April 2021) gerügt werden dürfen. Ebenso sei die Rüge hinsichtlich der Referenzanforderungen verspätet erfolgt, da sie mehr als drei Wochen nach der ausführlichen Befassung der ASt mit den Vergabeunterlagen erfolgte. An die Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes, die zur Rüge führe, stelle die Vergaberechtsprechung geringe Anforderungen. Dieser Vergaberechtsverstoß sei jedenfalls nach externer fachanwaltlicher Unterstützung der ASt erkennbar gewesen. Da eine solche externe Beratung der ASt ausweislich der anwaltlichen Rüge am 16. April 2021 erfolgt sei, sei die erst sieben Tage später erhobene weitere Rüge verfristet.

Unabhängig von seiner weitgehenden Unzulässigkeit sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, denn die von der ASt behaupteten Vergaberechtsverstöße lägen nicht vor.

Was den Zuschnitt der gebildeten Lose angehe, habe die Ag einen Gestaltungs- und Ermessensspielraum. Die ASt wolle eine ihren individuellen Wünschen optimal entsprechend Aufteilung des Auftrags erreichen; einen solchen Anspruch gebe es nicht. Die Ag meint, sie habe den vergaberechtlichen Vorgaben bereits hinreichend dadurch genügt, dass sie zwei Lose gebildet und diese in jeweils zwei Alternativen unterteilt habe.

Folge man dem Vorbringen der ASt, hätte die Ag 100 Lose bilden müssen, da es 100 Leitregionen gebe (0-99) und sie nicht abschätzen könne, welche Bieter aus welchen Regionen sich an dem Vergabeverfahren beteiligten. Einen solchen unwirtschaftlichen „Wunschzuschnitt“ könne kein Bieter verlangen. Die Unterteilung der beiden Lose in die Alternativen A und B sei aus technischen Gründen so erfolgt und beruhe auf den Arbeits- und Produktionsabläufen der Ag, die so bereits vor der Öffnung der Postmärkte für den Wettbewerb bestanden hätten. Die von der Ag verwendeten IT-Systeme könnten entweder Sendungen erzeugen, die nur freigemacht/vorfrankiert und nach Formaten und Leitregionen vorsortiert seien (Alternative A), oder Sendungen, die unfrei/unfrankiert und nur nach Formaten sortiert seien (Alternative B). Briefsendungen könnten dem künftigen Auftragnehmer daher nur in der einen oder anderen Variante übergeben werden. Eine Umstellung sei mit Blick auf die angestrebte vierjährige Vertragslaufzeit wirtschaftlich und resourcentechnisch nicht möglich. Hierzu wäre eine Systemanpassung durch einen fachkundigen, externen Dienstleister erforderlich, die mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwand (mindestens 125.000 €) verbunden sei. Dass der Ag eine Vorsortierung der Sendungen möglich sei, ergebe sich auch nicht aus ihrer von der ASt erwähnten früheren Ausschreibung, in der die ASt drei Zuschläge erhalten habe. Denn in dieser Ausschreibung seien die Sendungen ebenfalls nicht nach Leitregionen vorsortiert worden, sondern nur nach den Kategorien „regionale Zustellung“ und „deutschlandweite/überregionale Zustellung“. Da die Sendungsmengen hier nur gering seien, erfolge die Vorsortierung so, dass die Mitarbeiter der Ag die Sendungen am jeweiligen Abholort in die entsprechende Postkiste legten. Eine solche händische Sortierung sei in der streitgegenständlichen Ausschreibung angesichts der Sendungsmenge unverhältnismäßig aufwändig.

Zu den weiteren von der ASt vorgetragenen Vergaberechtsverstößen trägt die Ag wie folgt vor:

- Die Laufzeit der Sendungen, die für die Ag von erheblicher Bedeutung sei, dürfe so wie vorgesehen bewertet werden. Einem Auftraggeber komme ein weiter Beurteilungs- und Handlungsspielraum hinsichtlich der Bestimmung von Zuschlagskriterien zu, wenn diese Kriterien nicht diskriminierend seien, z.B. weil einzelne Bieter von vornherein chancenlos wären. Im vorliegenden Fall habe die „Zustellqualität“ nicht so ein Gewicht, dass andere Kriterien dahinter zurückstünden und einzelne Bieter erheblich schlechtere Zuschlagschancen hätten. Zu erreichen seien hier maximal 400 von 2050 Leistungspunkten und damit weniger als 10% der Gesamtpunkte. Die Wertung des

Laufzeitkonzepts im Übrigen hänge nicht von besonders schnellen Laufzeitquoten ab. Mit einer überzeugenden Darstellung könne hier auch ein solcher Bieter die volle Punktzahl von 400 Punkten erhalten, der lediglich die Mindestvorgaben der Leistungsbeschreibung (E+1=80% und E+2=95%) erfülle.

Die wertungsrelevanten Laufzeitquoten seien ferner auch nicht deshalb so festgelegt worden, um die DP AG zu bevorzugen, sondern orientierten sich an einer möglichst schnellen und realistischen Zustellquote.

- Auch wenn im Rahmen der Laufzeitquoten vergangene Leistungen gemessen würden, weise dieses Zuschlagskriteriums den erforderlichen Auftragsbezug auf. Die Ag sei nicht verpflichtet, sich auf das Leistungsversprechen eines Bieters zu verlassen, sie dürfe die gemachten Zusicherungen durchaus verifizieren. So gehe es der Ag auch bei dieser Vorgabe um die Überprüfung der vom Bieter angebotenen Laufzeitquoten, nämlich ob die vom Bieter in seinem Konzept dargestellten Maßnahmen tatsächlich machbar und plausibel seien.
- Die in den Vergabeunterlagen genannten Sendungslaufzeiten aus dem Jahr 2018/2019 seien immer noch aktuell, weil die BNetzA noch keine neuen Zahlen erhoben habe.
- Eine Diskriminierung von Wettbewerbsunternehmen der DP AG liege bei diesem Kriterium nicht vor, da alle Bieter – auch die DP AG selbst – mit dem Angebot entsprechende Laufzeitenmessergebnisse einreichen müssten.
- Anders als die ASt meine, dürfe der Infrastrukturrabatt bei der Wertung des Angebotspreises berücksichtigt werden. Andernfalls würden die Kosten, die der Ag entstünden, verzerrt werden.
- Die Eignungsanforderung, dass zwei Referenzen vorzulegen seien, sei nicht zu beanstanden. Die Angabe, ob der Auftrag vorzeitig beendet wurde, treffe eine Aussage über die Zuverlässigkeit bzw. Leistungsfähigkeit des Bieters und sei der Anknüpfungspunkt für eine etwaige Prüfung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB. Wie sie der ASt in ihrer Rügeantwort vom 27. April 2021 mitgeteilt habe, werde die Ag diese Prüfung gesondert vornehmen, jedoch nicht im Rahmen der Prüfung, ob der Bieter bereits vergleichbare Leistungen erbracht habe.

Die Vergabekammer hat der ASt nach vorheriger Zustimmung der Ag Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung vom 7. Juli 2021 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 2. Juni 2021 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 16. Juli 2021 einschließlich verlängert.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (dazu unter 1.) und begründet (dazu unter 2.). Die Ag darf in diesem Vergabeverfahren keinen Zuschlag erteilen und muss bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die streitgegenständlichen Leistungen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut ausschreiben (dazu unter 3.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die ASt ist antragsbefugt, auch wenn sie kein Angebot abgegeben hat. Ihr Auftragsinteresse i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB wird in einem solchen Fall hinreichend durch die Rüge und den Nachprüfungsantrag belegt, in denen sie ausführt, als Unternehmen, das in der verfahrensgegenständlichen Branche tätig ist, an der Abgabe eines Angebots durch die angeblich fehlerhaften Vorgaben der Ag gehindert worden zu sein. Hierin liegt gleichermaßen die von ihr geltend gemachte Rechtsverletzung i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB. Ein vergaberechtsrelevanter Schaden droht der ASt deshalb, weil sie nach eigenem Vortrag, der insoweit als richtig zu unterstellen ist, ein zuschlagsfähiges Angebot hätte abgeben können, wenn das Vergabeverfahren nicht fehlerhaft wäre. Ob die ASt tatsächlich in ihren

Rechten verletzt ist oder an diesem Vergabeverfahren so wie z.B. an einer Vorgängerausschreibung der Ag doch hätte teilnehmen können (so die Ag), ist keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit des Nachprüfungsantrags (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, vgl. dazu unten unter 2a)cc)).

- b) Anders als die Ag meint, sind die Rügen der ASt rechtzeitig erfolgt. Den aus ihrer Sicht maßgeblichen Aspekt, sie könne an dem Vergabeverfahren nicht teilnehmen, weil die Ag die Briefsendungen entweder nach Leitregionen vorsortiere, dann aber auch vorfrankiere (in der Alternative A), oder nicht vorfrankiere, aber in diesem Fall auch nicht nach Leitregionen vorsortiere (in der Alternative B), hat die ASt bereits am 1. April 2021 gerügt. Dies war ebenso wie im Falle der weiteren Rügen der ASt vom 16., 23. und 27. April 2021 rechtzeitig. Denn für die Frist, innerhalb der ein Vergaberechtsverstoß gegenüber dem Auftraggeber zu rügen ist, kommt es bei Vergaberechtsverstößen, die aus der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbar sind, gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB auf den Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Angebotsfrist an. Diese endete gemäß der Änderungsbekanntmachung der Ag erst am 28. April 2021, 13 Uhr, also erst nach sämtlichen Rügen der ASt. Dafür, dass die ASt Vergaberechtsverstöße bereits früher positiv erkannt und diese gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB bereits innerhalb von zehn Kalendertagen hätte rügen müssen, ist nichts ersichtlich. Denn für eine solche Kenntnis reicht es nicht aus, dass sich ein Bieter – so mit der Ag unterstellt – „dezidiert und vertieft“ mit den Vergabeunterlagen beschäftigt hat. Vielmehr ist hierüber hinaus jedenfalls im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre die sichere Erkenntnis erforderlich, dass der betreffende Sachverhalt vergaberechtswidrig ist (vgl. nur BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Dazu trägt die – insoweit darlegungsbelastete – Ag selbst nichts vor, sie verweist lediglich auf die niedrigen Schwellen an die Erkennbarkeit von Vergaberechtsverstößen, was aber für die Kenntnis i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB unerheblich ist (vgl. zur Darlegungslast des Auftraggebers hinsichtlich der Kenntnis und rechtzeitigen Rüge eines Antragstellers von Vergaberechtsverstößen BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005, X ZB 27/04).
2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, denn die Ag hätte weitere Teillose (hier in Gestalt von Gebietslosen) bilden müssen (dazu unter a)). Ob auch die weiteren von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße vorliegen, braucht vor diesem Hintergrund nicht endgültig entschieden zu werden (dazu unter b)).

- a) Den nachfolgenden Ausführungen ist zunächst vorzuschicken, dass die Ag ihre Leistung so ausgeschrieben hat, dass sie die Briefdienstleistungen von der Abholung in ihren Räumlichkeiten bis zur Zustellung an den Empfänger – also „End to End“ – beschaffen will. Im streitgegenständlichen Vergabeverfahren wollte die Ag ausweislich ihrer Ausschreibungskonzeption somit gerade keine reine Konsolidierungsleistung vergeben, sondern lediglich die Teilnahme (auch) von Konsolidierungsunternehmen zulassen, die allerdings die Zustellung bis zum Empfänger – unter Einbeziehung der DP AG als „gesetztem“ Nachunternehmer – mit anzubieten hatten. Es kommt mithin im hier zu entscheidenden Verfahren nicht darauf an, ob der Ag aufgrund des ihr zustehenden Leistungsbestimmungsrechts auch die Beschaffung einer reinen Konsolidierungsleistung möglich gewesen wäre (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. April 2014, VII-Verg 8/14), denn eine solche will sie ausweislich ihrer eigenen Vergabeunterlagen hier nicht einkaufen. Für die rechtliche Würdigung bedeutet dies, dass die zwei hier alternativ anzubietenden Leistungsvarianten (Alternativen A und B) seitens der Ag derart miteinander verknüpft wurden, dass ein gleichberechtigter Wettbewerb für beide Alternativen zu gewährleisten ist.

Durch ihre Entscheidung, die ausgeschriebenen Leistungen nicht so in weitere Lose aufzuteilen, dass auch mittelständische Briefdienstleistungsunternehmen, die keine Konsolidierungsleistungen anbieten, eine Chance haben, sich innerhalb der Alternative B an diesem Vergabeverfahren zu beteiligen, hat die Ag gegen das Losaufteilungsgebot des § 97 Abs. 4 GWB verstoßen. Durch ihre Vorgabe, Briefsendungen zu 80% innerhalb eines Tages (E+1) bundesweit zustellen zu müssen, hat sie es solchen Unternehmen unmöglich gemacht, ein erfolgsversprechendes Angebot abzugeben (dazu unter aa)). Wirtschaftliche oder technische Gründe i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB erfordern den Verzicht auf eine weitere Losaufteilung nicht (dazu unter bb)). Durch diesen Vergaberechtsverstoß ist die ASt in ihren Rechten verletzt (dazu unter cc)).

- aa) § 97 Abs. 4 S. 1 bis 3 GWB enthalten ein Losaufteilungsgebot. D.h. öffentliche Auftraggeber sind verpflichtet, Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillöse) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlöse) zu vergeben. Eine Gesamtvergabe ist gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB nur dann ausnahmsweise erlaubt, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Um das Losaufteilungsgebot, also den Regelfall, nicht zu umgehen, setzt ein zulässiger Verzicht, Lose zu bilden, voraus, dass die wirtschaftlichen oder technischen Gründe des öffentlichen Auftraggebers die

Interessen der mittelständischen Bieter überwiegen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juni 2016, VII-Verg 6/16 m.w.N). Diese Regelungen dienen dem Schutz der mittelständisch strukturierten Wirtschaft, deren Nachteile bei der Vergabe großer Aufträge mit einem Volumen, das die Kapazitäten mittelständischer Unternehmen überfordern könnte, durch die Bildung von Losen ausgeglichen werden sollen. Kleinen und mittelständischen Unternehmen wird so die Teilnahme an Vergabeverfahren ermöglicht und im Ergebnis der Wettbewerb insgesamt gestärkt (vgl. Begründung der Bundesregierung zum wortgleichen § 97 Abs. 3 GWB-2009, BT-Drs. 16/10117, S. 15; 78. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU zur entsprechenden Regelung im EU-Vergaberecht Art. 46 RL 2014/24/EG).

In der vorliegenden Branche kommt Folgendes hinzu: Besonderer Schutz und rechtliche Förderung des Wettbewerbs ist insbesondere in ehemaligen Monopolmärkten geboten, in denen sich Wettbewerbsunternehmen gegen den ehemaligen Monopolisten durchsetzen müssen, der über Jahrzehnte hinweg seine Marktposition gefestigt und entsprechende Marktstrukturen – häufig mit staatlicher Förderung – für sich etabliert und auf seine eigenen unternehmerischen Belange hin eingerichtet hat (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10). Wurden diese Märkte für den Wettbewerb geöffnet, sind regelmäßig besondere und über in anderen Märkten übliche Regelungen hinausgehende Maßnahmen erforderlich, um überhaupt erst das Entstehen eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zu ermöglichen und zu fördern. Dies gilt auch für die verfahrensgegenständlichen Postdienstleistungen, die seit der Liberalisierung der Postmärkte 1997 nicht mehr nur durch den ehemals staatlichen Monopolisten (heute: die DP AG), sondern – gesetzgeberisch gewollt - auch durch andere private Anbieter erbracht werden sollen (Art. 87f Abs. 1, 2 S. 1 GG, §§ 1, 2 PostG).

Diesen Anforderungen ist die Ag durch ihren Verzicht, Gebietslose hinsichtlich bestimmter Zustellungsregionen zu bilden, nicht gerecht geworden.

Die Ag hat den Auftrag vorliegend in zwei Lose aufgeteilt, in denen die Briefsendungen nach Formaten getrennt wurden, und diese beiden Lose wiederum in zwei Alternativen unterteilt, die sich u.a. darin unterscheiden, dass die Sendungen in der Alternative A bereits mit dem Porto der DP AG freigemacht wurden; vorsortiert nach Leitregionen wurden zudem nur die Sendungen in Los 1, Alternative A. Die Ag meint, dem



Mittelstandsgebot des § 97 Abs. 4 GWB hierdurch bereits hinreichend entsprochen zu haben. Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn aufgrund der Vorfrankierung der Briefsendungen kommt die Angebotsabgabe auf die Alternative A in beiden Losen nur für sog. Konsolidierungsunternehmen in Betracht. Denn nur diese erbringen hier die erforderlichen Vorleistungen, um eine entsprechende Vergütung von der DP AG erhalten zu können; die Ag selbst zahlt in dieser Alternative gemäß § 4 des Vertrags keine Vergütung an den Auftragnehmer. Darüber hinaus können auf diese Alternative nur solche Unternehmen ein Angebot abgeben, die die Zustellungsleistungen durch die DP AG vornehmen lassen wollen, denn an die DP AG wurde das Zustellungsentgelt im Wege der Vorfrankierung bereits entrichtet – Unternehmen, die selbst zustellen oder ein anderes Zustellunternehmen als Nachunternehmer einsetzen wollen, ist die Angebotsabgabe verwehrt (vgl. hierzu VK Lüneburg, Beschluss vom 10. Juli 2020, VgK-12/2020). Durch die Vorgehensweise der Ag steht mithin ein für das Entstehen von Wettbewerb erheblich relevanter Kreis potentieller Marktteilnehmer außen vor, nämlich alle Unternehmen, die keine Konsolidierungsleistungen erbringen und nicht die DP AG für die Endzustellung einsetzen wollen. Auch die Möglichkeit, ein Angebot auf die Alternative B abgeben zu können, vergrößert den Bieterkreis und die Wettbewerbschancen aktueller wie potentieller Teilnehmer an den hier relevanten Märkten aus folgenden Gründen nicht. Aufgrund der hohen Kosten für den Aufbau eines eigenen Zustellnetzes und der höheren Stückkosten wegen des deutlich geringer anfallenden Sendungsvolumens ist der Markteintritt für alternative Zustell- oder sonstige Postdienstleistungsunternehmen sehr schwer. Bei den Wettbewerbern der DP AG handelt es sich derzeit immer noch überwiegend um kleinere Unternehmen. Diese haben zwar in geringem Umfang bereits Teilnetze in regional begrenzten Bereichen (insbesondere Ballungsräumen) aufgebaut; die bundesweit flächendeckende Zustellung von Briefsendungen erfolgt aber weiterhin im Wesentlichen durch die DP AG (und ggf. konzernzugehörige oder -verbundene Unternehmen), die schon vor der Liberalisierung der Postmärkte über ein ausgebautes und ausgelastetes Logistiknetz verfügte. Größere, mit der DP AG vergleichbare Wettbewerber existieren auf dem Briefmarkt (weiterhin) nicht. Auch für die nächsten Jahre ist zu erwarten, dass die DP AG ihre dominante Stellung auf dem Briefmarkt beibehalten wird (vgl. hierzu das 11. Sektorgutachten Post der Monopolkommission (2019), Tz. K1 ff., 22 ff., 169). Aufgrund dieser tatsächlichen, im Wesentlichen auch durch die besonderen Strukturen und Anforderungen des Postmarktes vorherbestimmten Gegebenheiten (insbesondere bzgl. Logistik und Personal), ist

kleinen Wettbewerbern wie der ASt eine chancenreiche Angebotsabgabe auf die Alternative B nicht möglich. Denn hier sind die Briefsendungen zwar nicht vorfrankiert, so dass für die Zustellung auf der „letzten Meile“ zum Haushalt des Empfängers nicht in jedem Fall die DP AG eingesetzt werden muss, sondern auch eine kostengünstigere Alternative in Anspruch genommen werden kann. Allerdings handelt es sich hier um eine große Sendungsmenge (ca. 16,9 bzw. 3,9 Mio. Sendungen/Jahr), die zudem seitens der Ag zwingend – es handelt sich insoweit gemäß Bieterfrage Nr. 7 um ein Ausschlusskriterium – mit einer kurzen Zustellzeit (E+1=80%) verknüpft wurde. Angesichts des zuletzt genannten Umstandes kann der ASt auch nicht entgegengehalten werden, sie sei über einen weiteren Dienstleister (die [...]) zu einer bundesweiten Zustellung in der Lage und könne daher ein Angebot auf die Alternative B abgeben. Dies mag vordergründig zutreffen, ist aber vor dem Hintergrund einer Gesamtschau der Ausschreibungsbedingungen für die Alternative B so nicht haltbar. Denn die ASt und jeder andere Anbieter für die Alternative B müsste die Sendungen zunächst bei der Ag in [...] abholen, sie anschließend sortieren und sodann die eigene Zustellung oder die Zustellung über die [...] veranlassen. Angesichts dessen ist jedenfalls bei Einschaltung eines weiteren Dienstleisters eine E+1-Quote von 80% schlechterdings nicht umsetzbar. Diese Feststellungen werden nicht zuletzt durch die tatsächliche Angebotslage der Ag bestätigt (vgl. Bl. 20 der Vergabeakte; konkretere Angaben sind hier aus Gründen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der betreffenden Bieter nicht möglich).

Anders als die Ag meint, tangiert die hier vertretene Auffassung nicht die Frage, ob ein Auftraggeber durch eine Losaufteilung bestimmte Anbieter bedienen muss. Im vorliegenden Fall geht es vielmehr darum, dass die Ag gemäß § 97 Abs. 4 GWB durch eine entsprechende Losaufteilung es auch kleinen und mittelständischen Postdienstleistungsunternehmen ermöglichen müssen, sich mit gleichen Zuschlagschancen wie sog. Konsolidierungsunternehmen an der Ausschreibung zu beteiligen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juni 2013, VII-Verg 38/13).

- bb) Der Verzicht, weitere Lose entsprechend von Zustellregionen zu bilden, ist hier auch nicht ausnahmsweise aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen gerechtfertigt.

Die Ag trägt hierzu vor, sie dürfe deshalb auf eine (weitere) Losaufteilung verzichten, weil die mit einer Aufteilung nach Empfängerregionen verbundene Vorsortierung der

Briefsendungen mit ihren bisherigen IT-Systemen nicht möglich sei und eine entsprechende Umstellung mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand (ca. 125.000 €) verbunden wäre. Dass aktuelle Prozesse und Organisationsabläufe geändert und angepasst werden müssen, wenn eine Leistung zukünftig durch mehr Auftragnehmer erbracht werden soll als bisher, ist jedoch jeder Losvergabe immanent. Ein solcher Mehraufwand ist daher vom öffentlichen Auftraggeber hinzunehmen, da anderenfalls das Losaufteilungsgebot nicht umgesetzt werden könnte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. März 2012, VII-Verg 92/11, und vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11). Dies gilt erst recht in einem Fall wie diesem, in dem der relevante Markt durch hohe Markteintrittshindernisse und nur ein nur langsam wachsendes Wettbewerbsumfeld durch die (potentiellen) Marktteilnehmer gekennzeichnet, das Entstehen von Wettbewerb in den ehemals monopolistisch geprägten Strukturen jedoch gesetzgeberisch gewünscht und zu fördern ist.

- cc) Durch die unzureichende Losbildung ist die ASt auch in ihren Rechten verletzt, da ein kleines und mittelständisches Unternehmen wie sie so nicht an diesem Vergabeverfahren teilnehmen kann (s. hierzu bereits oben unter 2a)aa)).

Dem steht nicht entgegen, dass die ASt an einer früheren Ausschreibung der Ag erfolgreich beteiligt hat. Denn dieses Vergabeverfahren ist anders als hier mittelstandsfreundlich ausgestaltet: Die Abholung der Sendungen erfolgt nicht zentral an einem Ort, sondern innerhalb einer Region, die Sendungen sind zumindest für die Zustellung innerhalb dieser Region oder deutschlandweit von der Ag vorsortiert und die Zustellung muss nicht bereits am nächsten Werktag, sondern in 95% der Fälle erst E+2 erfolgen.

- b) Auf die weiteren von der ASt hinsichtlich des streitgegenständliche Vergabeverfahrens vorgebrachten Vergaberechtsverstöße kommt es für die Entscheidung nicht an, da dieses Verfahren mangels Bildung weiterer Lose ohnehin nicht fortgeführt werden darf. Für das ggf. neue Vergabeverfahren dürften zudem mehrere Möglichkeiten, die ausgeschriebenen Anforderungen konkret zu gestalten, eröffnet sein, die vor allem auch von Art und Umfang der zu bildenden Lose abhängen. Allerdings beschränkt sich der besondere Mittelstandsschutz, den § 97 Abs. 4 GWB fordert, ggf. nicht nur auf die hier gebotene Bildung von Losen, wenn es den kleinen und mittelständischen Unternehmen durch die weitere Ausgestaltung des Vergabeverfahrens unmöglich gemacht wird, chancenreiche

und zuschlagsfähige Angebote abzugeben. Sinn und Zweck des § 97 Abs. 4 GWB wirken sich in einem Verfahren wie dem vorliegenden daher u.a. auch auf die Gestaltung der Zuschlagskriterien und der Eignungsanforderungen aus. Angesichts dessen sind unter Berücksichtigung der Diskussion der Verfahrensbeteiligten für eine künftige Vergabe folgende Hinweise veranlasst:

- Sofern die Ag die hier vorgenommene Aufteilung ihres Auftrags in eine Alternative A, an der sich erfolgreich nur Konsolidierungsunternehmen beteiligen können (vgl. oben 2a)aa)), und eine Alternative B, auf die auch andere Postdienstleistungsunternehmen ein Angebot abgeben können, beibehalten will, muss die Bildung von Gebietslosen nach Zustellgebieten nicht nur in der Alternative B, sondern auch in der Alternative A erfolgen. Denn anderenfalls wären die Angebote auf die einzelnen Alternativen nicht miteinander vergleichbar, so dass unter diesen nicht das wirtschaftlichste Angebot ermittelt werden könnte.
- Die Ag will u.a. die von den Bietern angebotenen Laufzeitquoten bewerten. Je mehr ein Bieter über die Laufzeitvorgaben an eine Zustellung E+1 bzw. E+2 i.S.d. PUDLV hinausgeht, desto mehr Wertungspunkte kann er erzielen. Das Interesse eines öffentlichen Auftraggebers an einer möglichst schnellen Zustellung seiner Briefsendungen ist grundsätzlich anzuerkennen. Um die etablierten Strukturen des Ex-Monopolisten DP AG nicht zu verfestigen, darf einem solchen Zuschlagskriterium jedoch kein so hohes Gewicht beigemessen werden, dass andere Unternehmen von vornherein chancenlos wären, weil nur die DP AG in der Lage ist, eine hohe Punktzahl zu erreichen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 11. September 2018, 13 Verg 4/18). Dies ist in der jetzigen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens der Ag nicht der Fall, weil unter Berücksichtigung der Höchstpunktzahl, die hier zu erzielen ist (200, gewichtet (also multipliziert) mit 2, mithin 400 von 2050 Gesamtqualitätspunkten), und der Tatsache, dass der Angebotspreis ebenfalls mit 50% in die Ermittlung der Gesamtpunktzahl einfließt, das in diesen Kriterien erzielte Ergebnis weniger als 10% der Gesamtpunkte ausmacht.

Anders als die ASt meint, kann ein Angebot mit besonders schnellen Laufzeitquoten wie sie möglicherweise nur die DP AG erreichen kann, nicht noch mehr Wertungspunkte erzielen. Denn wie die Ag nachvollziehbar vorgetragen hat, wirkt sich eine besonders hohe Laufzeitquote nicht automatisch auf die Konzeptbewertung im Übrigen aus. Denn

die weiteren Punkte im Kriterium 1.0 „Laufzeit“ werden nach der Qualität des Konzepts und der Erreichbarkeit der Leistungsziele bemessen. Hier spielt vor allem eine Rolle, ob und inwieweit die Erreichung der angebotenen Zustellzeiten anhand des beschriebenen Prozessablaufs mit den Schnittstellen von der Abholung über den Transport bis zur Zustellung der Sendungen plausibel dargestellt sind. Daher ist es nicht ausgeschlossen, dass auch ein Konzept mit einer vergleichsweise niedrigen Laufzeitquote in diesem Unterkriterium eine hohe Punktzahl erreichen kann. Anderenfalls würde die reine Schnelligkeit der Zustellung zudem unzulässigerweise doppelt bewertet werden.

- Dass die Bieter im Rahmen der zu bewertenden Laufzeitquoten zertifizierte Laufzeitmessungen der letzten Monate vorlegen sollen, ist vergaberechtlich unbedenklich. Denn auch wenn es bei solchen Messungen um Unternehmenswerte für bereits in der Vergangenheit erbrachte Leistungen geht, liegt der für ein Zuschlagskriterium erforderliche Auftragsbezug vor (§ 127 Abs. 3 GWB). Denn anhand solcher objektiven Daten aus der Vergangenheit ist die Ag in der Lage, die im Angebotskonzept, also für die konkrete Auftragsdurchführung versprochenen Angaben des Bieters zu verifizieren und zu plausibilisieren.
- Aus demselben Grund handelt es sich hierbei auch nicht um eine unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Denn bewertet werden nicht die generellen Fähigkeiten eines Bieters in der Vergangenheit (wie schnell konnte er bisher Briefsendungen zustellen? Welche praktischen Erfahrungen hat er in dieser Hinsicht?). Aus diesen bisherigen „Erfolgen“ oder der bisherigen Qualität seiner Zustelleistungen werden vielmehr Rückschlüsse auf seine im jetzt ausgeschriebenen Auftrag zu erbringenden Leistungserfolge (hier hinsichtlich der Schnelligkeit der Sendungszustellung) gezogen. Wenn sich z.B. die betriebliche Organisation eines Unternehmens auf die Qualität der ausgeschriebenen Leistung und das Niveau der Auftragsausführung auswirken kann, handelt es sich hierbei nicht um ein Eignungs-, sondern um ein Zuschlagskriterium (vgl. § 58 Abs. 2 Nr. 2, § 65 Abs. 5 VgV mit den dort im Einzelnen genannten Fallbeispielen).
- Allerdings muss die Ag darauf achten, dass sie bei der Ausgestaltung ihrer Zuschlagskriterien und den wertungsrelevanten Unterlagen alle potentiellen Bieter gleich behandelt. Soweit es allein um den Beleg der eigenen Laufzeitergebnisse durch zertifizierte Leistungsmessungen geht, muss die DP AG diese – anders als die ASt meint

– ebenso belegen wie die übrigen Bieter. D.h. die DP AG wird diesbezüglich nicht bevorzugt behandelt. Voraussetzung ist jedoch, dass die Grundlagen der Datenerhebung jeweils identisch sind (die ASt hat in der mündlichen Verhandlung angedeutet, dass dies trotz genormtem Messverfahren möglicherweise nicht per se der Fall ist).

Anders verhält es sich jedoch möglicherweise bei dem Beleg der Laufzeitquoten bei den Bietern, die einen Teil der Leistungen selbst erbringen und im Übrigen die DP AG wie einen Nachunternehmer einbinden. Für diesen Fall hat die Ag auf die Bieterfrage Nr. 23 hin geantwortet, dass die Bieter für den Leistungsteil der DP AG die Laufzeitquoten aus dem Tätigkeitsbericht der BNetzA 2018/2019 ansetzen sollen (und die Quoten für den Teil ihrer eigenen Leistungserbringung separat nachweisen müssen). Die ASt meint, dass die Daten aus dem Tätigkeitsbericht der BNetzA veraltet sind. Die Ag ist so verfahren, weil die DP AG selbst für die von ihr erzielten Laufzeiten keine Messergebnisse veröffentlicht, so dass die Bieter diesbezüglich über keine validen Daten verfügen. Dies könnte möglicherweise die DP AG benachteiligen, wenn diese ein eigenes Angebot abgibt, und für den betreffenden Leistungsteil nicht die Werte aus dem Tätigkeitsbericht der BNetzA zugrunde legen darf, sondern ihre aktuellen und – so die ASt – inzwischen schlechteren Messergebnisse. Jedenfalls aber werden die Bieter ungleich behandelt, wenn die einen für einen bestimmten Leistungsteil möglicherweise veraltete Daten zugrundelegen dürfen/müssen und die anderen (hier: die DP AG) ihr Angebot auf einer anderen Datengrundlage erstellen sollen. Die Angebote sind so möglicherweise nicht untereinander vergleichbar.

- Sofern ein Bieter (als Konsolidierer) einen Infrastrukturrabatt in Anspruch nehmen kann, verringert sich sein Angebotspreis zugunsten der Ag. Die Ag hat daher zu Recht vorgesehen, solche Rabatte bei der Angebotswertung ggf. preismindernd zu berücksichtigen.
- Die Anforderungen an die für die Eignungsprüfung vorzulegenden Referenzaufträge im Einzelnen, z.B. an die bereits bearbeiteten Sendungsmengen, sind an die künftigen Losgrößen anzupassen, damit die Aufträge entsprechend vergleichbar und das angemessene Verhältnis und die Verbindung zum Auftragsgegenstand gewährleistet sind (§ 122 Abs. 4 S. 1 GWB). Dass die Ag die Vorlage von zwei Referenzen verlangt hat, ist jedenfalls in anderen Branchen nicht ungewöhnlich und wäre – nach

entsprechender Anpassung der einschlägigen Sendungsmengen, s.o. – anders als jetzt möglicherweise auch für kleine und mittelständische Unternehmen kein Problem.

- Zu der Anforderung, dass der Referenzauftrag nicht durch Schlechtleistung beendet worden sein darf, ist darauf hinzuweisen, dass ein solcher Sachverhalt nicht im Rahmen der Eignung und nicht pauschal vorab mit der Folge des Ausschlusses des betreffenden Bieters beurteilt werden darf. Vielmehr muss diesbezüglich eine konkrete Einzelfallprüfung (samt Ermessensausübung) erfolgen und zwar ausschließlich unter den speziellen Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB (vgl. 2. VK Bund, Beschluss vom 4. September 2019, VK 2 - 54/19). Falls letzteres von vornherein auch die Absicht der Ag gewesen sein sollte (so ihr Vortrag in der mündlichen Verhandlung), wäre bei einer späteren Ausschreibung zu bedenken, dass die streitgegenständliche Formulierung in Ziffer III.1.3 der EU-Bekanntmachung („Mindestanforderung“) aus Sicht eines objektiven Bieters eher eine anderes Verständnis nahelegt (nämlich, dass es sich um einen absoluten Ausschlussgrund mit geringeren Voraussetzungen als den in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB genannten, handelt). Dies könnte einzelne potentielle Bieter möglicherweise zu Unrecht von einer Teilnahme an einem solchen Vergabeverfahren abschrecken.
3. Da die Ag zu Unrecht keine Lose nach Zustellregionen gebildet und dem Mittelstandsgebot somit nicht hinreichend Rechnung getragen hat, darf sie in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren keinen Zuschlag erteilen. Es obliegt der Ag zu entscheiden, wie sie weiter verfährt. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat sie bei der Neuausschreibung der Leistungen die Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beachten.

Auf die Frage, wie groß ggf. die zukünftig zu bildenden Lose sein müssen, um dem Mittelstandsgebot des § 97 Abs. 4 GWB zu genügen, gibt es möglicherweise mehrere vergaberechtskonforme Lösungen. Anders als derzeit geschehen müssen diese jedenfalls so klein sein, dass es mittelständischen Unternehmen, wie sie die Postmärkte derzeit prägen, möglich ist, ein chancenreiches Angebot abzugeben. Andererseits ist ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet, unwirtschaftliche Splitterlose zu bilden und seine Ausschreibung auf jedes Unternehmen „zuschneiden“ (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012, VII-Verg 92/11). Übertragen auf die aktuelle und wohl auch noch zukünftige Situation in den hier betroffenen Märkten heißt das, dass grundsätzlich nicht jede einzelne Region mit einem eigenen Los abzudecken ist. Denn wenn die Lose räumlich zu

kleinteilig sind, kann ein funktionsfähiger Wettbewerb ebenfalls beeinträchtigt sein. Eine Losbildung für jede einzelne Leitregion in Deutschland (entsprechend der ersten beiden Ziffern der jeweils fünfstelligen Postleitzahl) dürfte hier daher nicht geboten sein. Dies steht zu dem zuerst Gesagten nicht in Widerspruch, denn auch in diesem Fall ist kleinen und mittelständischen Postdienstleistungsunternehmen die Teilnahme am Vergabewettbewerb möglich. Denn wie die ASt selbst vorgetragen hat, verfügen zahlreiche alternative Postdienstleistungsunternehmen inzwischen über Kooperationspartner, die ihnen eine erfolgreiche Marktteilnahme, inklusive angemessener Zustellzeiten, auch über ihre eigene Region hinaus eröffnen (s. hierzu auch das 11. Sektorgutachten Post der Monopolkommission (2019), Tz. 23).

### III.

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

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Sach- und Rechtsfragen zur Reichweite des vergaberechtlichen Mittelstandsschutzes aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, Rz. 61).

### 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.

Behrens

Dr. Dittmann