



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 – 19/22

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Versand von Schreiben aus Fachverfahren beim [...],

Az: V [...], EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...]Los 2, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und den ehrenamtlichen Beisitzer Portz auf die mündliche Verhandlung vom 2. März 2022 am 10. März 2022 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Zuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin war nicht notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe „Versand von Schreiben aus Fachverfahren“ europaweit im Rahmen eines offenen Verfahrens bekannt. Der ausgeschriebene Leistungszeitraum umfasst vier Jahre. Die Vergabe ist in vier Lose aufgeteilt, die die jeweiligen Bereiche der Fachverfahren „[...]“, „[...]“, „[...]“ und „[...]“ betreffen. Für jedes dieser Fachverfahren/Lose sollen neben dem Versand der Schreiben insbesondere jeweils auch Druck- und Kuvertierungsleistungen beschafft werden. Streitgegenständlich ist nur das Los 2 „[...]“.

In der Leistungsbeschreibung zu Los 2 heißt es auszugsweise unter 3.1:

„Der AN erbringt die Leistungen Druck, Kuvertierung und Versand in dem unter Punkt 2.1 beschriebenen Fachverfahren. Alle im Preisblatt geforderten Leistungen werden, mit Ausnahme der optionalen Leistung, vom AN uneingeschränkt erbracht (für eine ausführliche Beschreibung der Schnittstelle s. Anlage 1).

[Die Ag] erstellt in dem oben genannten Verfahren Schreiben, die je nach Verfahren mittels Zustellungsurkunde mit doppelter Kuvertierung oder per Standardversand an die betroffenen juristischen oder natürlichen Personen versandt werden. Die zuzustellenden Bescheide sind in den Fällen, in denen mittels Zustellungsurkunde zugestellt werden muss, in einem Umschlag zu kuvertieren, der wiederum in einem zweiten Umschlag mit der Zustellungsurkunde

zu kuvertieren ist („Doppelkuvertierung“). Bei Standardversand erfolgt die Kuvertierung in einem Umschlag. Die Sendungen umfassen unterschiedlich viele Seiten.

Die Sendungsdaten werden durch [die Ag] zunächst GPG-verschlüsselt und über einen SSH File Transfer Protocol (SFTP)-Server, der durch den AN bereitzustellen ist, übermittelt.

Die Datenannahme sowie die Übergabe der gedruckten Sendungen an den Versanddienstleister sollen [der Ag] elektronisch mitgeteilt werden. Es muss nachvollziehbar geprüft werden können, dass ein Schreiben gedruckt und kuvertiert übergeben wurde.

Im Falle einer erfolgreichen Zustellung per Zustellungsurkunde müssen und im Falle einer erfolglosen Zustellung per Zustellungsurkunde können die Zustelldaten - neben dem Rücklauf der Original-Zustellungsurkunde auf dem Postweg - auch elektronisch an [die Ag] zurück übermittelt werden. Dies hat über dieselbe Schnittstelle zu erfolgen wie die Übermittlung der Daten zum Druck und Versand (verschlüsselt per SFTP-Transfer, s. Anlage 1 zu dieser Leistungsbeschreibung). Bleiben Rückmeldungen über den Versandstatus bestimmter Schreiben wider Erwarten aus, muss der AN recherchieren, ob das Schreiben erfolgreich gedruckt, kuvertiert, frankiert und versandt wurde, ob es zugestellt wurde oder nicht bzw. ob das Schreiben verschollen ist. Das Ergebnis der Recherche wird dem AG mitgeteilt.“

Aus dem unter 3.2 der Leistungsbeschreibung dargestellten Mengengerüst ergibt sich, dass insgesamt für die Laufzeit von vier Jahren eine Höchstmenge von 208.000 Sendungen beauftragt werden soll (152.000 formlose Versendungen sowie 56.000 förmliche Versendungen mit Zustellungsurkunde).

Unter 3.3-(2) der Leistungsbeschreibung zu Los 2 steht:

„[A] Es wird bestätigt, dass vom AN Schreiben mit einer Zustellungsurkunde zusammengeführt werden („doppelte Kuvertierung“) können.“

Aus den „Erläuterungen zum Kriterienkatalog“ ergibt sich, dass die Abkürzung „A“ für „Ausschlusskriterium“ steht. „Wird ein ‚Nicht erfüllt‘ angekreuzt, kann dies zum Ausschluss aus dem Verfahren führen“.

Als eines der „B-Kriterien“ mit einer, insoweit aus dem Kriterienkatalog ersichtlichen, Gewichtung von 5,56 % wird unter Punkt 3.4-(13) der Leistungsbeschreibung aufgeführt:

„Innerhalb welchen Zeitraums erfolgt gewöhnlich der Versand/die Zustellung an den Adressaten?

5 Tage oder länger: = 0 Pkt.; 3 bis 4 Tage = 5 Pkt.; 2 oder weniger = 10 Pkt.“

In den Bewerbungsbedingungen heißt es unter 6.1.2 Eignungsprüfung auszugsweise:

„Folgende Erklärungen, Nachweise hat der Bieter [...] je Los vorzulegen, damit dessen Eignung geprüft und festgestellt werden kann. Hierbei gelten folgende Mindesteignungsanforderungen:

[...]

- Nichterfüllen der Mindestpunktzahl von 60% bei der Bewertung der einzureichenden Referenzen (vgl. Anlage 07 der BWB).

Hinweis zum Bewertungsvorgehen der einzureichenden Referenzen:

*In der Anlage 7 zu den BWB hat der Bieter je Los mindestens zwei Referenzen anzugeben und zu beschreiben, die mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar sind (**Mindestanforderung**). Werden Angebote für mehrere oder alle Lose abgegeben, ist die Referenzabfrage für jedes Los, auf das geboten wird, auszufüllen und einzureichen. Sofern sich die Referenzen bei einem oder mehreren Losen wiederholen, ist dies unschädlich. Darüber hinaus muss die Bewertung der eingereichten Referenzen **mindestens 60%** der maximal erreichbaren durchschnittlichen Bewertungspunktzahl über alle eingereichten Referenzen ergeben (**Mindestpunktzahl**).*

[...]

Rechenbeispiel 2: [...] Somit würde der Bieter die definierte Mindestpunktzahl von 60% bei der Referenzprüfung nicht erreichen und das Angebot ist wegen Nichterreichens von Mindestanforderungen bei der Eignung auszuschließen.“

Die „Anlage 6 zu den Bewerbungsbedingungen (BWB)“, die weiter mit „Eigenerklärung zur Eignung“ überschrieben ist und auf die in der Auftragsbekanntmachung unter III.1.1 (Befähigung zur Berufsausübung) sowie III.1.2 (Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit) mittels eines Direktlinks verwiesen wird, enthält keine Angaben hinsichtlich geforderter Referenzen. Bezug zu möglichen Referenzleistungen hat nur Punkt 4., unter dem der „Umsatz durch Leistungen, die vergleichbar zu der zu vergebenden Leistung sind“ für die letzten drei Jahre

anzugeben ist. Der Punkt III 1.3. (Technische und berufliche Leistungsfähigkeit) ist in der Auftragsbekanntmachung nicht enthalten.

Anlage 7 zu den Bewerbungsbedingungen enthält eine „Referenzabfrage“. Innerhalb der dort anzugebenden „Fachlichen Rahmenbedingungen zur Referenz“, die insgesamt mit 60% Gewicht bewertet werden, werden u.a. Angaben zu Druck („kein Druck: 0 P; doppelseitiger Druck: 10 P“), Kuvertierung („Keine Kuvertierung: 0 P.; einfache Kuvertierung: 5 P; doppelte Kuvertierung bei PZU: 10 P“), Versand („kein Versand: 0 P; [...] formlos und mittels PZU bundesweit: 10 P“) sowie zum Datenaustausch über eine bi-direktionale Schnittstelle zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer („keine elektronische Schnittstelle: 0 P; [...] gesamter Datenaustausch (Datenannahme und Zustelldaten) über elektronische Schnittstelle: 10 P.“) abgefragt.

In der Vergabeakte finden sich mehrere Vermerke, die ausführlich die Frage der Losaufteilung behandeln.

Im Vermerk vom 28. Juni 2021 überlegte die Ag, aus der Gesamtheit der anzufertigenden und zu versendenden Schreiben aller vier Fachverfahren Mengenlose zu bilden, verwarf diese Möglichkeit jedoch, weil wechselnde Dienstleister eine Zuordnung etwaiger Fehler erschweren und viele technische Vorkehrungen erforderlich seien, die aufgrund der Kürze der Zeit nicht realisierbar seien. Auch würden Teillose zu deutlich höheren Preisen führen. Es sei nicht abzusehen, dass verschiedene Auftragnehmer über die gleichen Systeme zur Leistungserbringung verfügten, so dass die Ag neben der Sicherstellung der technischen Kompatibilität („Schnittstellen“) auch einen erhöhten organisatorischen Aufwand betreiben müsse. Auch eine Aufteilung in Fachlose komme nicht in Betracht. Die Datenübermittlung für die zuzustellenden Schreiben aller an die Schnittstelle angebotenen Fachverfahren erfolge über dieselbe Schnittstelle wie der Rücklauf der Daten, die mit den ursprünglich von der Ag übersandten Daten abgeglichen und diesen zugeordnet würden. Es würde einen erheblichen zusätzlichen technischen und organisatorischen Aufwand bedeuten, wenn verschiedene Auftragnehmer diese Daten untereinander und mit der Ag abstimmen müssten. Die erforderliche Zusammenarbeit der verschiedenen Dienstleister sei mit Risiken für die Geschäftsprozesse der Ag verbunden. Es sei unklar, wie die Haftung eines Auftragnehmers festgestellt werden könne, wenn z.B. bei Ausbleiben einer Zustellinformation der Auftragnehmer für den Druck behauptete, er habe die Schreiben gedruckt und an den weiteren Auftragnehmer übergeben, welcher jedoch angebe, er habe das gedruckte Schreiben nie erhalten. Auch die Einhaltung der Datenschutzrichtlinien würde eine enorme Dokumentationspflicht sowie ggf. eine Meldepflicht seitens der

Ag bewirken. Neben personellen, technischen und organisatorischen Aufwänden für alle Auftragnehmer und die Ag würden auch zusätzliche Kosten entstehen. Auszugehen sei insoweit von einem Arbeitsaufwand alleine im ersten Jahr von (im Vermerk näher aufgeschlüsselt) 99 Personentagen je Schnittstelle und Dienstleister, für die weiteren drei Jahre des Auftrages von je 15 Personentagen je Schnittstelle und Dienstleister. Aufgrund möglicher Effizienzen bei gleichzeitigem Besprechen unterschiedlicher Schnittstellen in Workshops etc. werde pro Schnittstelle insoweit mit 65 Personentagen gerechnet. Bei dem unterstellten Szenario der Umstellung der beiden aktuellen Schnittstellen und der, in der Leistungsbeschreibung erwähnten, Anbindung von vier weiteren Fachverfahren würde, bei Einbeziehung der Folgekosten für jeweils zwei Jahre, auch bei Berücksichtigung von nur zwei Auftragnehmern ein Aufwand von rund 1,3 Mio. € entstehen.

Im Vermerk vom 25. November 2021 legte die Ag nach erneuter rechtlicher Prüfung dar, dass eine mengenmäßige Losaufteilung nach den technischen Fachverfahren erfolgen solle. Damit habe jeder Fachbereich einen Ansprechpartner, was die Recherche von Versandergebnissen und Fehleranalysen vereinfachen würde und auch im Sinne kleiner und mittlerer Unternehmen sei, die das Volumen des größten Fachverfahrens ggf. gar nicht bewerkstelligen könnten. Eine Bildung von Mengenlosen und damit ein Dienstleisterwechsel innerhalb der einzelnen Fachverfahren sei dagegen technisch nicht mit angemessenem Aufwand realisierbar. U.a. müssten die Metadaten der Schnittstellenbeschreibung um den Dienstleister ergänzt werden, damit die Ag nachvollziehen könne, wer welchen Versandauftrag erhalten habe.

Bei der Antragstellerin (ASt) handelt es sich um ein gem. § 5 PostG lizenziertes Postbeförderungsunternehmen. Aus dem Internetauftritt der ASt ergibt sich, dass diese, in Zusammenarbeit mit Partnerunternehmen, ihren Kunden auch den Service anbietet, Briefsendungen elektronisch zu übermitteln, die dann ausgedruckt und deutschlandweit versandt werden.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 17. Januar 2022 rügte die ASt die Gestaltung der Vergabe als rechtswidrig. Speziell griff sie die unterlassene Aufteilung des Auftrages in Fachlose (Druck bzw. Versand) sowie die fehlende Unterteilung in Gebietslose hinsichtlich bestimmter Zustellregionen an. Auch sei faktisch nur ein einziges Unternehmen in Deutschland in der Lage, den Auftrag auszuführen, nämlich die [...].

Mit Schreiben vom 25. Januar 2022 wies die Ag die Rüge zurück. Die Ag habe eine mengenmäßige Losaufteilung nach den technischen Fachverfahren gewählt. Vorliegend erfolge daher keine Gesamtvergabe. Bei der Bündelung von Druck-, Kuvertierungs- und Versandleistungen

handele es sich um marktgängige Leistungen, die in einem nicht sachgerecht lösbaren Zusammenhang stünden. Mehrere Schnittstellen mit Anbindungen an unterschiedliche Auftragnehmer erhöhten die Möglichkeit von technischen Inkompatibilitäten. Eine Aufteilung in Fachlose bedeute einen über das übliche Maß deutlich hinausgehenden Aufwand für Koordination und Integration der Leistungserbringung. Durch die Mengenaufteilung sei ein Wettbewerb gewährleistet. Die ASt erbringe selbst deutschlandweit Zustelleistungen und könne z.B. auch Unterauftragnehmer beauftragen.

Die ASt hat bis zum Ablauf der Angebotsfrist kein Angebot abgegeben.

1. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 4. Februar 2022 stellt die ASt Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.

a) Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

- Die ASt als lizenziertes Postdienstleistungsunternehmen habe ein besonderes Interesse an dem im Auftrag enthaltenen Versandauftrag, ihr sei jedoch die Abgabe eines Angebotes in Ermangelung einer wettbewerbskonformen Losbildung nicht möglich.

Es liege eine subjektive Rechtsverletzung der ASt vor. Diese verfüge aktuell noch über keine ausreichenden Referenzen im Bereich des Drucks und der Kuvertierung. Insbesondere könne sie aktuell nur standardisierte Druckaufträge übernehmen. Auch könne sie die als Ausschlusskriterien ausgestalteten Mindestanforderungen nicht erfüllen. Insbesondere sei es ihr mit der derzeit eingesetzten Kuvertiermaschine technisch nicht möglich, Schreiben mit einer Zustellungsurkunde zusammenzuführen („doppelte Kuvertierung“). Eine Beteiligung an der hiesigen Ausschreibung wäre der ASt somit nicht möglich.

- Die unterlassene Aufteilung in das Fachlos Druck und Kuvertierung sowie in das Fachlos Versand/Zustellung verstoße gegen § 97 Abs. 4 S. 1 GWB. Maßgeblich für die Beurteilung, ob Elemente einer zusammengefassten Vergabe einzelne Fachlose darstellten, sei, ob für die Einzelelemente eigene Märkte bestünden. Für Druck und Kuvertierung sowie die anschließende Zustellung der Sendungen bestünden gänzlich verschiedene Märkte. Bei der Losbildung sei dem Auftraggeber zwar ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Ob jedoch technische oder wirtschaftliche Gründe eine Gesamtvergabe rechtfertigen könnten, sei von den Nachprüfungsinstanzen vollständig überprüfbar.

Die Aufteilung in Mengenlose genüge hier nicht den Maßstäben der Rechtsprechung. Diese könne auch nicht dem Gebot der Losbildung Rechnung tragen, da ein funktionaler Zusammenhang der Leistungen der einzelnen Fachverfahren zueinander ohnehin nicht bestehe. Die Verpflichtung zur Bildung von Gebiets-/Teil- und Fachlosen habe der Auftraggeber unabhängig voneinander zu prüfen. Die Bildung von Teillosen mache eine mögliche Fachlosvergabe nicht entbehrlich.

Die Ag habe schon eine unzureichende Abwägung getroffen. Die Dokumentation im Vergabevermerk zeige, dass sie ausschließlich einseitig die Gründe erwogen habe, die für eine Gesamtvergabe sprächen. Erwägungen, wie die Fachlosvergabe ermöglicht werden könnten, fänden sich nicht, obwohl die Aufteilung der Leistungen in Druck/Kuvertierung und Versand nach der Rechtsprechung für Postdienstleistungen marktüblich sei.

Es gebe, ungeachtet der bereits unzureichenden Abwägung, keine sachliche Rechtfertigung für die Gesamtvergabe. Entsprechende Gründe müssten überwiegen, insbesondere, wenn sich der relevante Markt – wie der Postmarkt – nach Aufhebung eines staatlichen Monopols gerade erst herausbilde und dem Gebot der Losbildung zur Förderung des Wettbewerbs besondere Bedeutung zukomme. Unzureichend zur Begründung einer Gesamtvergabe seien die als typische Folgen einer Fachlosvergabe vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommenen Nachteile, u.a. aufwändigeres Vergabeverfahren, Mehrheit von Gewährleistungsgegnern, erhöhter Koordinierungsaufwand oder Schnittstellenproblematiken.

Die Ag bestreite gar nicht, dass die Daten zu den einzelnen Sendungen sowie den Versandinformationen technisch durch mehrere Dienstleister, die über eine kompatible Schnittstelle angebunden seien, eingespeist werden könnten. Der von der Ag geltend gemachte finanzielle Mehraufwand bei der Fachlosvergabe sei nicht nachvollziehbar. Vielmehr dürfte sich der Abgleich der Ausgangs- und Versanddaten technisch automatisieren und synchronisieren lassen. Die Ag verweise hinsichtlich des unterstellten Aufwandes auf den Vergabevermerk, der jedoch lediglich einen Rechenweg ohne Erläuterung der diesem zugrunde liegenden Vorgänge enthalte. Es sei nicht nachvollziehbar, dass der von der Ag angenommene Aufwand tatsächlich anfalle und in einem Ursachenzusammenhang zu der von der ASt begehrten Fachlosvergabe stehe. Bei einer Losaufteilung hole der Briefdienstleister die gedruckten und kuvertierten Sendungen ab und

stelle diese zu. Rückläufer, insbesondere die der PZU, würden im Regelfall an den Druckdienstleister zurückgegeben. Aus welchem Grund für diese Vorgänge ein derart erheblicher IT-Aufwand entstehen solle, sei schleierhaft. In einem anderen Nachprüfungsverfahren habe die Kammer bei festgestellten 125.000 € zusätzlichen Kosten für die Losbildung ausgeführt, dass auf dem Postmarkt regelmäßig besondere und über in anderen Märkten übliche Regelungen hinausgehende Maßnahmen erforderlich seien, um überhaupt erst das Entstehen eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zu ermöglichen und zu fördern. Dieser Aufwand sei von der Ag hinzunehmen.

Auch bei einer Fachlosbildung sei eine klare Verantwortungszuordnung möglich. Druck/Kuvertierung und Versand ließen sich klar voneinander abgrenzen. Es könnten auch Sendungsnummern auf den Brief aufgedruckt werden, diese Nummer könne so dann bei der Sortierung der Sendung ausgelesen und die Verarbeitung so bestätigt werden. Es sei bei Briefdienstleistungen marktüblich, die Abgrenzung der Verantwortlichkeiten vertraglich zu regeln. Die Betonung der Ag hinsichtlich der Bedeutung der in Rede stehenden Briefsendungen ändere nichts daran, dass es sich um reguläre Briefsendungen handele, welche ebenso transportiert würden wie Briefsendungen anderer Auftraggeber.

Der Verzicht auf eine Fachlosbildung sei auch nicht deshalb zulässig, weil die Ag berechtigt wäre, den „sichersten Weg“ zu wählen. Die Lizenzierung nach § 5 PostG biete die Gewähr dafür, dass die Dienstleister auch Sendungen mit sensiblen Inhalten befördern dürften.

Auch der von der Ag angeführte erhöhte datenschutzrechtliche Dokumentationsaufwand könne nicht gegen eine Aufteilung in zwei Fachlose sprechen. Insbesondere sei darauf hinzuweisen, dass die reinen Versandleistungen eines Postdienstleisters dem Postgeheimnis gem. § 39 PostG unterlägen, aber darüber hinaus keine datenschutzrechtlich relevante Auftragsverarbeitung darstellten. Der Postversand, einschließlich Frankierung und Erfassung unzustellbarer Sendungen, habe als reine Transportdienstleistung nicht die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Gegenstand. Entsprechend ordneten auch die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden einen Postdienst für den Brieftransport nicht als Auftragsverarbeitung, sondern als „Inanspruchnahme fremder Fachleistungen bei einem eigenständig Verantwortlichen“ ein. Datenschutzrechtliche Erwägungen könnten daher nicht als technischer oder wirtschaftlicher Grund eine Gesamtvergabe rechtfertigen.

- Der Verzicht auf die Bildung von Gebietslosen hinsichtlich bestimmter Zustellungsregionen verstoße gegen § 97 Abs. 4 S. 1 f. GWB. Dem Mittelstandsschutz komme bei der Vergabe von Aufträgen im Postdienstleistungssektor eine hervorgehobene Bedeutung zu, der durch die Bildung von Gebietslosen Rechnung zu tragen sei.

- Auch liege durch den Loszuschnitt ein Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung gem. § 31 Abs. 6 VgV vor. Die ohne Aufteilung in Fach- und Gebietslose ausgeschriebenen Druck/Kuvertierungs- und Versanddienstleistungen könnten, davon gehe die ASt aufgrund ihrer Marktkenntnis gesichert aus, de facto bundesweit nur von der [...] erbracht werden. Eine sachliche Rechtfertigung hierfür sei nicht ersichtlich.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 160 ff. GWB.

Weiter beantragt sie:

1. Der Ag wird untersagt, einen Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
 2. Der ASt wird Akteneinsicht gemäß § 165 GWB gewährt.
 3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt.
- b) Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 16. Februar 2022 beantragt die Ag:
1. Der Nachprüfungsantrag vom 04.02.2022 wird zurückgewiesen.
 2. Die Hinzuziehung des 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.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Es liege kein Verstoß gegen § 97 Abs. 4 GWB vor. Der Ag stehe bei Ausgestaltung und Zuschnitt der Lose ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu, den die Ag ordnungsgemäß ausgeübt habe. Der Ver

zicht auf die weitere Aufspaltung der vier gebildeten Lose sei wegen überwiegender technischer sowie wirtschaftlicher Gründe gerechtfertigt. Auch fehle es der ASt ein einer subjektiven Rechtsverletzung. Bei dem vorliegenden Auftrag handele es sich nicht um den Versand einfacher Post, sondern um die Abwicklung eines formalisierten Verwaltungsverfahrens, so dass der Auftragnehmer auch die Einhaltung der notwendigen Formalien sicherzustellen habe, beispielsweise den Rücklauf von Zustellungsurkunden.

- Die Ag habe vier Lose mit unterschiedlichen Mengen gebildet, was auch der Mittelförderung diene. Die Verpflichtung zur Losbildung verpflichte nicht dazu, eine Ausschreibung so zuzuschneiden, dass bestimmte Wirtschaftsteilnehmer bedient und Fachlose auf das Portfolio potentieller Bieter zugeschnitten würden. Bei der Losbildung genüge es, wenn sich kleine und mittlere Unternehmen auf einzelne Lose bewerben könnten. Die Ag habe sich bei der Losaufteilung an den verschiedenen Fachverfahren orientiert, die jeweils spezifische Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen stellen und bei denen verschiedene IT-Fachanwendungen zur Anwendung kämen, die u.a. zum Datenaustausch mit dem jeweiligen Auftragnehmer verwendet würden. Es handele sich insoweit auch um „richtige“ Lose, da ein funktionaler Zusammenhang zwischen den einzelnen Leistungen bestehe. Es seien jeweils Druck-/Kuvertier- sowie anschließende Versandleistungen betroffen. Auch würden gemeinsame technische Schnittstellen genutzt.
- Los 2 habe nicht weiter aufgespalten werden müssen. Der insoweit zu beachtende Beurteilungsspielraum der Ag umfasse neben der Losbildung auch die Frage der Fachlosbildung bzw. des Verzichts auf die Bildung weiterer Fachlose. Ausreichend sei, dass die wirtschaftlichen oder die technischen Gründe überwiegen. Es bedürfe nicht eines zwingenden, unabweisbaren Grundes. Lose müssten auch nicht so gebildet werden, dass sie dem jeweiligen Bieter „genehm“ seien. Die Ag habe eine umfassende Abwägung der verschiedenen Aspekte vorgenommen und sei zu dem Ergebnis gekommen, dass einer weiteren Aufteilung überwiegende wirtschaftliche und technische Gründe entgegenstünden, was auch in der Vergabeakte dokumentiert sei. Die Ag habe im Vergabebericht die einschlägige Rechtsprechung in Bezug genommen, sich mit denkbaren Mengenaufteilungen beschäftigt und sich unter technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit den Folgen einer Fachlosaufteilung befasst. Im Ergebnis der Abwägung sei die Ag zu der Entscheidung gekommen, dass die verschiedenen Aspekte, die gegen eine

Aufspaltung von Los 2 sprächen, in ihrem Gesamtgewicht die berechtigten Interessen mittelständischer Unternehmer im konkreten Einzelfall überwögen.

Eine Aufspaltung des Loses 2 in Druck/Kuvertierung einerseits und Versand andererseits sei nicht notwendig. Mit der Bildung der von der ASt beehrten Fachlose wären in der bislang und auch zukünftig zur Anwendung kommenden technischen Schnittstelle [...] wesentliche Umstellungen notwendig. Bei Annahme zweier unterschiedlicher Auftragnehmer rechne die Ag – für die Laufzeit von vier Jahren – mit 288 Personentagen Aufwand zur Herstellung der Schnittstelle zu den beiden Auftragnehmern, was bei Annahme eines marktüblichen Tagessatzes im IT-Segment Mehrkosten – bezogen auf den geschätzten Netto-Gesamtauftragswert bei Los 2 – von knapp 40 % bedeute. Auch sei, aufgrund gesetzlich zwingender Vorgaben, [...] weiterzuentwickeln. Bei Schaffung einer zusätzlichen Schnittstelle – durch die Trennung von Druck/Kuvertierung einerseits und Versand andererseits – wäre eine Verzögerung zu erwarten, die von der zuständigen Projektleitung bei der Ag auf mindestens ein halbes Kalenderjahr geschätzt werde.

Auch würde die Vergabe der Leistung an mehrere Dienstleister zu nicht überschaubaren und über das Normalmaß hinausgehenden Problemen im Hinblick auf die Zuordnung von Verantwortlichkeiten führen. Der zukünftige Auftragnehmer müsse den Rücklauf von Zustellungsurkunden sicherstellen. Das IT-System sehe vor, dass beim Rücklauf der Daten betreffend die Zustellung eines Versandstückes die Daten mit den ursprünglich von der Ag übermittelten Daten abgeglichen und diesen zugeordnet würden. Würde der Auftrag an mehrere Auftragnehmer vergeben, müssten Schnittstellen geschaffen und Zuständigkeitsabgrenzungen vorgenommen werden. Bei Fehlen einer Zustellungsurkunde stelle sich die Frage, welcher der Auftragnehmer für den Verlust verantwortlich sei. Aufgrund des Erfordernisses des Nachweises der gesetzlichen Formalien hinsichtlich der Zustellung gebe es hier eine besondere, über einfache Haftungsabgrenzungsfragen, die jedweder losweisen Vergabe immanent seien, hinausgehende Problemlage.

Der Rücklauf der Zustellungsurkunden sei auch für die Fristüberwachung und Zuverlässigkeit des behördlichen Schriftverkehrs entscheidend. Es handele sich bei dem Rücklauf der Zustellungsurkunden auch um eine wesentliche Leistung des Auftragnehmers, die im Preisblatt auch gesondert ausgewiesen sei. Damit hebe sich der vorliegende Vergabegegenstand deutlich von Standard-Postdienstleistungen ab. Bei besonders sensiblen Beschaffungsgegenständen könne der Auftraggeber von der Bildung weiterer

Fachlose absehen und den sichersten Weg wählen. Die Bildung mehrerer neuer Schnittstellen berge das Risiko, dass das gewünschte Zuverlässigkeitsniveau nicht erreicht werde, u.a. wegen technischer Inkompatibilitäten, insbesondere auch nach Updates. Die Gesamtleistung stelle sich hier nicht als Ansammlung von Einzelleistungen dar, sondern als Gesamtsystem, in welchem verschiedene Komponenten aufeinander abgestimmt sein müssten. Die Erbringung aller Leistungsschritte aus einer Hand diene dem legitimen Ziel, ein Höchstmaß an Sicherheit und Zuverlässigkeit zu gewährleisten.

Es handele sich vorliegend nicht um den mit jeglicher Losvergabe verbundenen höheren Koordinierungs- und Kontrollaufwand. Die Sicherstellung der Zuverlässigkeit der Zustellung und des umgehenden Rücklaufs von Zustelldaten sei unabdingbar, um den gesetzlichen Vorgaben zu genügen. Die Schreiben seien inhaltlich besonders sensibel und könnten Grundlage für erhebliche Grundrechtseingriffe sein.

- Es habe sich inzwischen auch ein Markt entwickelt, auf dem Anbieter sowohl Druckleistungen als auch Postdienstleistungen anböten. Auch die ASt selbst sei einer dieser Anbieter.
- Auch eine Aufteilung in Gebietslose sei nicht erforderlich. Dem stünden wirtschaftliche und technische Gründe entgegen. Neben den vorstehend bereits ausgeführten Gesichtspunkten würde hier insbesondere auch eine Vervielfachung der Problematiken entstehen, wenn die Leistung nicht nur in Fach-, sondern ergänzend noch in Gebietslose unterteilt würde.
- Vorliegend sei auch zu beachten, dass in der Ausschreibung keine hohen Anforderungen an die Laufzeiten gestellt würden und auch keine Einschränkungen der Bieter aufgrund einer Vorfrankierung der Sendungen bestünden. Auch sei die Sendungsmenge bei Los 2 verhältnismäßig klein. Den Mittelstandsinteressen werde daher Rechnung getragen.
- Die ASt sei auch nicht in ihren subjektiven Rechten verletzt. Es wäre ihr möglich gewesen, ein Angebot einzureichen. Gemäß den Informationen auf der Homepage der ASt biete diese nicht nur Postdienstleistungen an, sondern auch die Möglichkeit, über eine Schnittstelle Daten einzuliefern, welche dann durch die ASt gedruckt sowie kuvertiert und anschließend bundesweit versendet würden. Auch die Angaben der ASt zu den von

ihr jährlich verarbeiteten Briefmengen ließen darauf schließen, dass sie die erforderliche Kapazität zur Bewältigung der Sendungsmenge in Los 2 besitze.

- Es liege auch kein Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität vor. Es gebe mehrere Anbieter, die die geforderte Leistung – auch im geforderten Umfang – erfüllen könnten. Da auch die ASt ein Angebot hätte abgeben können, fehle es auch insoweit an einer subjektiven Rechtsverletzung.

3. Der ASt wurde Akteneinsicht gewährt. In der mündlichen Verhandlung vom 2. März 2022 wurde die Sach- und Rechtslage mit der Ag erörtert; die ASt nahm nicht an der Verhandlung teil. Auf die gewechselten Schriftsätze, die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorlag, sowie die Verfahrensakte wird Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet. Insbesondere steht die unterlassene Bildung getrennter Fachlose für Druck/Kuvertierung sowie Versand in der hiesigen Sachverhaltskonstellation in Einklang mit dem Vergaberecht.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Er bezieht sich insbesondere auf den Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers, der dem Bund zuzurechnen ist und der den Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung gem. § 106 GWB überschreitet.

Die ASt hat die unterbliebene Loseinteilung vor Ablauf der Angebotsfrist gerügt, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB.

Die ASt kann auch die Verletzung in subjektiven Rechten geltend machen. Sie hat insbesondere vorgetragen, mit ihrer derzeitigen Kuvertiermaschine nicht zur doppelten Kuvertierung in der Lage zu sein und damit eine Mindestanforderung nicht erfüllen zu können. Ungeachtet der Formulierung in den Vergabeunterlagen, dass die Nichterfüllung eines „A-Kriteriums“ zum Ausschluss des Angebotes führen „kann“, ist davon auszugehen, dass dies auch zu einem Ausschluss führen wird. Die Ag benötigt die doppelte Kuvertierung zwingend, um Sendungen mittels PZU zustellen zu können. Bei unterstellter Bildung eines Fachloses „Briefversand“ wäre

hingegen davon auszugehen, dass die Forderung des doppelten Kuvertierens insoweit nicht mehr erhoben würde, so dass die ASt bei der begehrten Fachlosbildung zur Angebotsabgabe in der Lage wäre.

Aufgrund dieser klaren subjektiven Betroffenheit der ASt kann letztlich dahinstehen, ob sie auch aufgrund der Referenzanforderungen an der Abgabe eines Angebotes gehindert wurde. Die Referenzen dürften, mangels ordnungsgemäßer Bekanntmachung gem. § 122 Abs. 4 S. 2 GWB, nicht wirksam gefordert sein, da die Auftragsbekanntmachung keinen direkten Link zu den Referenzanforderungen enthält (s. hierzu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. Juli 2018, Verg 24/18). Es dürfte jedoch gleichzeitig davon auszugehen sein, dass die ASt dies nicht erkennen musste oder sich jedenfalls nicht darauf einlassen musste, im Vertrauen auf die Unwirksamkeit der Referenzforderung ein Angebot ohne Vorliegen geeigneter Referenzen abzugeben. Auch die Frage, ob es der ASt ggf. möglich gewesen wäre, mit ihren Referenzen 60 % der maximal erreichbaren Wertungspunkte zu erzielen, kann vor dem Hintergrund der bereits bejahten subjektiven Betroffenheit der ASt durch die unterbliebene Bildung eines Fachloses „Postversand“ einerseits sowie der im Ergebnis zu verneinenden Begründetheit des Nachprüfungsantrages offen bleiben.

2. Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet. Im Unterlassen der von der ASt begehrten Fachlosbildung liegt kein Vergaberechtsverstoß. Zwar handelt es sich bei Druck und Kuvertierung in Abgrenzung zum anschließenden Postversand um getrennte Märkte (a). Allerdings ist die zusammenfassende Vergabe von Druck-, Kuvertier- und Versanddienstleistung vorliegend aufgrund der konkreten Umstände zulässig (b). Gebietslose waren von der Ag nicht zu bilden (c). Ein Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung liegt nicht vor (d).

- a) Zumindest bei Druck- und Kuvertierungsleistungen auf der einen Seite und Versandleistungen auf der anderen Seite handelt es sich um Leistungen getrennter Märkte, die grundsätzlich in getrennten Fachlosen auszuschreiben sind.

§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB bestimmt, dass Leistungen in der Menge aufgeteilt und getrennt nach Art oder Fachgebiet zu vergeben sind. Welche Teilleistung als ein Fachlos angesehen werden kann, bestimmt sich zunächst nach gewerberechtlichen Vorschriften und der allgemeinen oder regional üblichen Abgrenzung. Dabei ist auch von Belang, ob sich für spezielle Arbeiten ein eigener Markt herausgebildet hat (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.03.2020 – Verg 10/20, juris-Rn. 26).

Drucken/Kuvertieren und anschließender Postversand der Briefe sind grundsätzlich zu trennende Leistungsbereiche. Dies folgt, abgesehen von der fachlichen Abgrenzbarkeit der Leistung der physischen Herstellung eines Schreibens und dessen anschließender Beförderung zum Empfänger, schon daraus, dass es hinsichtlich der Leistung Postversand gesonderte Genehmigungserfordernisse gibt, s. § 5 PostG, so dass schon aus diesem Grund nicht jeder Druckunternehmer die erzeugten Briefe auch an den Adressaten weiterbefördern dürfte (siehe hierzu auch VK-Bund, Beschl. v. 08. Juni 2020 – VK2-41/20).

Soweit sich die Ag darauf beruft, dass inzwischen ein eigenständiger Markt für die gesamthafte Leistung Druck/Kuvertierung/Postversand entstanden sei, kann dies derzeit nicht überzeugen. Sie verweist konkret lediglich auf den Internetauftritt der ASt, aus dem sich ergibt, dass sie ihren Kunden u.a. den Service anbietet, elektronisch übermittelte Schreiben auszudrucken und an die Adressaten zuzustellen. Unabhängig von der Frage, ob und ggf. ab wann eine solche Entwicklung zu einer Erweiterung einzelner Fachlose um neue Marktbereiche führen kann, ist das Vorbringen der Ag insoweit zu unsubstantiiert. Sie hat z.B. keine weiteren Unternehmen benannt, welche diese Leistungen gebündelt in der erforderlichen Art und Weise anbieten. Soweit sie im Schriftsatz vom 25. Februar 2022 auf eine durchgeführte Recherche und Business-Lösungen im Bereich der Digitalisierung von Postsendungen verweist, betrifft die beigelegte Anlage die Leistung „Digitaler Briefkasten“ und damit nicht das von der vorliegenden Vergabe betroffene Leistungsgebiet. Die ASt selbst hält nur ein einziges Unternehmen für geeignet, diesen Auftrag auszuführen. Sie beruft sich – im Rahmen der möglichen subjektiven Rechtsverletzung – darauf, dass sie selbst jedenfalls keine ausreichenden Referenzen im Bereich des Drucks und der Kuvertierung besitze, was dafür spräche, dass sich dieser Geschäftszweig bei der ASt jedenfalls noch nicht am Markt durchgesetzt hat. Auch sei sie technisch nicht in der Lage, die geforderte doppelte Kuvertierung zu erbringen, was, jedenfalls bezogen auf die ASt, auch wieder zeigt, dass noch kein vollumfängliches Angebot verfügbar ist. Als weiteres starkes Zeichen dafür, dass das gebündelte Angebot von Druck, (doppelter) Kuvertierung und Postversand jedenfalls derzeit noch nicht als Leistung „aus einer Hand“ marktgängig ist, mag auch das, nach Angebotsöffnung durch die Ag feststehende, sehr enge Bieterfeld in allen vier Losen dienen.

Insgesamt ist derzeit, trotz der der Ag zuzugebenden augenscheinlich erfolgenden zunehmenden Digitalisierung auch im Bereich des Postversandes, von zu trennenden fachlichen Märkten jedenfalls zwischen den Bereichen Druck/Kuvertierung und Postversand auszugehen, die grundsätzlich auch eine gesonderte Ausschreibung in getrennten Losen erfordern.

- b) Die zusammenfassende Vergabe von Druck-, Kuvertier- und Postdienstleistungen in einem Los ist hier jedoch gem. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB aufgrund überwiegender technischer und (insbesondere) wirtschaftlicher Gründe zulässig.

Da die losweise Vergabe grundsätzlich vorrangig ist, *„hat sich der öffentliche Auftraggeber, wenn ihm eine Ausnahme von dem Grundsatz der losweisen Vergabe aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB erforderlich erscheint, mit dem Gebot einer Fachlosvergabe und den dagegen sprechenden Gründen intensiv auseinanderzusetzen. Der Auftraggeber hat eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange vorzunehmen, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe nicht nur aner kennenswert sein, sondern überwiegen müssen“* (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.03.2020 – Verg 10/20, juris-Rn. 27). Im Rahmen dieser Abwägung sind *„der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene typische Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsaufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen“* nicht zu berücksichtigen. Dem Auftraggeber steht jedoch ein Beurteilungsspielraum zu. *„Der Kontrolle [durch die Vergabenachprüfungsinstanzen; Anm. der Kammer] unterliegt insofern allein, ob die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Fehlbeurteilung, namentlich auf Willkür, beruht“* (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.03.2020 – Verg 10/20, juris-Rn. 28.)

Die Entscheidung der Ag, bei Los 2 auf eine weitere Unterteilung in Fachlose zu verzichten, hält sich innerhalb des der Ag zustehenden Beurteilungsspielraumes.

Von besonderer Relevanz für die Vertretbarkeit der Entscheidung der Ag im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes ist hier, dass die Ag die Gesamtmenge der im Rahmen sämtlicher ausschreibungsgegenständlicher vier Fachverfahren anfallenden Schreiben bereits in Mengenlose anhand der einzelnen Fachverfahren geteilt hat. Dies führt dazu, dass die im streitgegenständlichen Los 2 betroffene Sendungsmenge über die gesamte Laufzeit des vorgesehenen Vertrages nur noch 208.000 Briefe umfasst, was jährlich im Durchschnitt 52.000 Sendungen bedeutet. Insoweit handelt es sich um einen relativ kleinen Auftrag, der – einen reinen Postversand unterstellt – sicherlich von einer Vielzahl von Postdienstleistern erfüllt werden könnte, u.a., in Anbetracht der auf ihrer Homepage zu findenden Angabe zu den jährlich verarbeiteten Briefsendungen und des Hinweises auf die Möglichkeit bundesweiter Zustellung, auch von der ASt.

Vor dem Hintergrund dieser relativ geringen Sendungsmenge und dem entsprechend gering geschätzten Auftragswert in Los 2 erhalten die finanziellen Mehraufwendungen der Ag, die im Fall einer Fachlosbildung und einer Anbindung von zwei Auftragnehmern statt nur einem erforderlich wären, ein hohes Gewicht. Zwar ist zu berücksichtigen, dass der mit einer Losvergabe typischerweise verbundene Mehraufwand, z.B. durch erhöhten Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsaufwand oder einen höheren Aufwand bei Gewährleistungen, nicht zu einem Verzicht auf eine Losaufteilung führen kann, sondern nach dem Zweck des Losbildungsgebotes in Kauf zu nehmen ist. Weiter ist zu berücksichtigen, dass besonderer Schutz und rechtliche Förderung des Wettbewerbs insbesondere in ehemaligen Monopolmärkten geboten ist, in denen Wettbewerbsunternehmen sich gegen den ehemaligen Monopolisten durchsetzen müssen. Für den Bereich der hier betroffenen Postdienstleistungen gilt nach Art. 87f Abs. 1 und 2 S. 1 GG i.V.m. § 1 PostG ein Fördergebot, dem bei der öffentlichen Auftragsvergabe besondere Bedeutung zukommt. Dieser Förderung bedarf es auch aktuell noch. Nach dem 12. Sektorgutachten der Monopolkommission (Post 2021: Wettbewerb mit neuem Schwung!, K1/S. 3) verfügt die Deutsche Post AG im Briefbereich über eine sehr starke Marktposition mit Marktanteilen von über 97 % im Privatkundenbriefmarkt und – zusammen mit ihren Tochterunternehmen – über 83 % der Umsätze im Geschäftskundensegment. Jedoch ist auch im Rahmen des Losbildungsgebotes zu bedenken, dass ein ebenfalls wichtiges Ziel des Vergaberechts die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1. Juni 2016 – Verg 6/16, juris-Rn. 47).

Unter Berücksichtigung dieser grundlegenden Umstände hält sich die Entscheidung der Ag, bei Los 2 vom Überwiegen wirtschaftlicher (und technischer) Gründe auszugehen und von einer Fachlosbildung abzusehen, innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes. Die Ag hat, in Konkretisierung ihres Vergabevermerkes von Juni 2021, der den Aufwand der Losbildung für sämtliche Fachverfahren berechnet, in Rahmen des Nachprüfungsverfahrens hinsichtlich Los 2 dargelegt, dass ihr durch die Abänderung der vorhandenen Schnittstelle, um die Adressierung zweier Auftragnehmer bezüglich Druck-/Kuvertierung auf der einen Seite und Versand auf der anderen Seite zu ermöglichen, Mehrkosten in Höhe von 288.000 € netto entstünden. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat sie insoweit erläutert, dass die auf Erfahrungswerten basierenden Zeitaufwände, die im Vergabevermerk angesetzt sind, den Entwicklungsaufwand betreffen, der für die Schaffung zweier neuer Schnittstellen zu veranschlagen sei. Die derzeit vorhandene Schnittstelle könne im

Fall der Fachlosbildung nicht mehr genutzt werden, weil die Programmierung der Schnittstelle gebündelt Informationen sowohl bezüglich Druck, Kuvertierung als auch Versand betreffe. Bei einer Fachlosaufteilung könne die bisherige Schnittstelle daher auch nicht für einen der beiden Auftragnehmer weiterverwendet werden, sondern wären tatsächlich zwei neue Schnittstellen erforderlich.

Bei dem von der Ag angegebenen Aufwand handelt es sich zwar lediglich um eine erfahrungsbasierte Schätzung aus vorangegangenen Prozessen, dies ist jedoch ausreichend. So hat die Ag im Vergabevermerk u.a. auch zugunsten der Bieter mögliche Synergieeffekte bei der gleichzeitigen Bearbeitung mehrerer Schnittstellen berücksichtigt. Die Schätzung erscheint insgesamt hinreichend plausibel und objektiv. Ausgehend von dem solcherart ermittelten Mehraufwand, der in Bezug zu dem von der Ag veranschlagten Auftragswert – ohne Fachlosbildung – Mehrkosten von knapp 40 % verursacht, erscheint die Entscheidung der Ag gegen eine Fachlosbildung nicht beurteilungsfehlerhaft. Die von der Ag dargelegten Aufwände sind nachvollziehbar und lassen insbesondere keine willkürliche Entscheidung der Ag befürchten. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Vergabe (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB) kann in dieser Konstellation das Gebot der Losbildung, auch unter Berücksichtigung der besonderen Situation auf einem ehemaligen Monopolmarkt, nach dem ordnungsgemäß ausgefüllten Beurteilungsspielraum der Ag überwiegen.

Zusätzlich gestützt wird diese wirtschaftliche Betrachtung durch Einbeziehung des technischen Argumentes, dass zusätzliche Schnittstellen zusätzliche Risiken für die ordnungsgemäße Leistungserbringung bedeuten. Der öffentliche Auftraggeber darf sich grundsätzlich für einen sicheren Weg der Leistungserbringung entscheiden und muss keine unnötigen Risiken eingehen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. März 2020 – Verg 10/20, juris-Rn. 29). Weiter von Bedeutung ist hier, dass bei einer Fachlosbildung nicht mehrere Leistungen nebeneinander stehen würden, sondern die Leistungen Drucken, Kuvertieren und Versenden in einer zwingenden Abfolge nur zusammen den Gesamterfolg in Form der nachweisbaren Übersendung bzw. förmlichen Zustellung der Schreiben bewirken können. Im vorliegenden Fall handelt es sich um wichtige behördliche Postsendungen, die u.a. auch Fristen auslösen können. Insoweit hat die Ag ein berechtigtes Interesse an einer lückenlosen Nachvollziehbarkeit des Verarbeitungsweges der Sendungen, die durch eine Mehrzahl technischer Schnittstellen zwischen Ag und verschiedenen Auftragnehmern sowie ggf. auch zwischen diesen Auftragnehmern und den daraus womöglich resultierenden Inkompatibilitäten etc. gefährdet werden könnte. Anzumerken ist dabei jedoch, dass solche Schnittstellenrisiken, jedenfalls auf Grundlage des bisherigen Vortrags der Ag hierzu, nicht für sich alleine

genommen einer Fachlosvergabe entgegenstehen könnten, sondern nur der tendenziellen Bestätigung des bereits aufgrund der wirtschaftlichen Konsequenzen einer Fachlosbildung gefundenen Ergebnisses dienen können. Die Ag hätte sich insoweit vertiefter mit den Möglichkeiten auseinandersetzen müssen, z.B. durch Vorgabe von Standards an die Auftragnehmer oder den Betrieb einer eigenen Plattform, an die die Auftragnehmer sich anzubinden haben, mögliche Inkompatibilitäten zu verhindern. Das grundsätzlich sicherlich zu bejahende Risiko technischer Schwierigkeiten bei einer Mehrzahl von Kommunikationspartnern bleibt so für den vorliegenden Einzelfall letztlich schwer einschätzbar.

Auf die weiteren von der Ag zur Rechtfertigung des Verzichts auf die Fachlosbildung geltend gemachten Begründungen kommt es aufgrund des hier maßgeblichen Gewichts der finanziellen Mehraufwendungen bei der Fachlosbildung nicht entscheidend an.

Die Kammer weist jedoch darauf hin, dass z.B. die „unklare Verantwortlichkeitszuordnung“ hier kaum als Rechtfertigung unterlassener Losaufteilung dienen kann. Selbst in der Leistungsbeschreibung, die allerdings von einer zusammenfassenden Vergabe von Druck-, Kuvertier- und Versanddienstleistungen ausgeht, ist vorgesehen, dass die Datenannahme sowie die Übergabe der gedruckten Sendungen an den Versanddienstleister der Ag elektronisch mitgeteilt werden sollen. Es müsse nachvollziehbar geprüft werden können, dass ein Schreiben gedruckt und kuvertiert übergeben worden sei. Weshalb diese, in der Leistungsbeschreibung vorausgesetzte, nachvollziehbare Dokumentation der Übergabe an einen Versanddienstleister mit der Konsequenz des Verantwortungsüberganges an diesen nicht möglich sein soll, wenn diesem ein eigenes Fachlos zugewiesen wurde, ist nicht dargelegt.

Vor dem Hintergrund dieser in der Leistungsbeschreibung vorausgesetzten Dokumentation ist auch die von der Ag angeführte Gefahr, im Gewährleistungsfall, also bei Ausbleiben der Lieferung einer Briefsendung an den Adressaten, den Verursacher nicht ermitteln zu können, als gering einzustufen. Der bloße Aufwand, bei unterbliebener Sendungszustellung den Verantwortlichen aus mehreren Dienstleistern herausuchen zu müssen, ist als der Losbildung immanenter Nachteil von der Ag grundsätzlich hinzunehmen.

Auch den durchaus wichtigen datenschutzrechtlichen Erfordernissen dürften durch entsprechende Vereinbarungen mit den unterschiedlichen Auftragnehmern genügt werden können.

Die Entscheidung der Ag ist – entgegen der Auffassung der ASt – allerdings nicht etwa deshalb angreifbar, weil sie nicht das Ergebnis einer umfassenden Abwägung sei. Hierfür ist auch nicht entscheidend, ob sämtliche Erwägungen der Ag überzeugen können, sondern ob sie sich in ausreichender Tiefe mit dem Gebot der Losbildung befasst hat und Argumente für sowie gegen diese Aufteilung abgewogen hat, von denen jedenfalls im Ergebnis einzelne Gesichtspunkte die Entscheidung der Ag tragen können.

Die Entscheidung der Ag zur zusammenfassenden Vergabe von Druck, Kuvertierung und Versand ist in der Vergabeakte, ergänzt durch die Stellungnahmen im Nachprüfungsverfahren, umfangreich begründet. Dass sich die Ag ernsthaft mit dem Gebot der Losbildung auseinandergesetzt hat, wird nicht zuletzt auch dadurch deutlich, dass sie nach rechtlicher Überprüfung ihrer ursprünglichen Planung, sämtliche Leistungen zu allen nunmehr vier Losen als ein Los zu vergeben, jetzt vielmehr abweichend davon beabsichtigt, den Gesamtauftrag jedenfalls in vier Mengenlose zu teilen. Da es sich jeweils um Druck, Kuvertierung und Versand von elektronisch an die Auftragnehmer zu übermittelnden Briefen handelt, ist durchaus von einer zusammenhängenden Leistung und einer insoweit erfolgten Teillosbildung auszugehen.

Gegen eine ernsthafte und umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange durch die Ag spricht auch nicht, dass sich die Vermerke im Wesentlichen um die von der Ag bei Bildung weiterer Lose befürchteten Nachteile drehen. Detaillierten Einblick hat die Ag nur in ihren eigenen Bereich. Hier kennt sie die Abläufe und kann z.B. technische Problemstellen oder Kosten für Änderungen konkret abschätzen. Ausführungen zu den Vorteilen der Losbildung für den Mittelstand müssen hingegen überwiegend abstrakt bleiben. Die Ag hat das Losbildungsgebot und seinen Zweck des Mittelstandsschutzes jedenfalls erkannt und die aus ihrer Sicht einer weiteren Losunterteilung entgegenstehenden Schwierigkeiten dargelegt. Dabei hat sich die Ag mit denkbaren Möglichkeiten der Losbildung befasst – hinsichtlich der Mengenlose letztlich eine Aufteilung entlang der Fachverfahren gewählt, hinsichtlich der Fachlose eine Aufteilung z.B. in das Los Druck, Kuvertierung und das Los Versand erwogen. Vorliegend ist die Ag dem Gebot einer umfassenden Abwägung der für und gegen eine Losaufteilung sprechenden Gründe damit nachgekommen.

c) Die Ag musste auch keine Gebietslose bilden.

Aufgrund der geringen Sendungsmengen dürfte die Bearbeitung des Auftrages auch mittelständischen Postunternehmen möglich sein. Die ASt trägt insoweit schon nicht vor,

hierzu nicht imstande zu sein. Sie wirbt auf ihrer Homepage mit einer bundesweiten Zustellung mit eigenen Kräften, unter Rückgriff auf die [...] oder auch in Zusammenarbeit mit der Deutschen Post Ag. In Anbetracht des Umstandes, dass die ASt wie auch weitere mittelständische Postunternehmen zur Erbringung der Postversandleistung, unter Verwendung des eigenen Zustellnetzes, entsprechender Zustellverbünde von Postdienstleistern oder auch der Deutschen Post AG, augenscheinlich im Stande wären, die Schaffung weiterer Schnittstellen zu Auftragnehmern unterstellt zu bildender weiterer Mengenlose für die Ag jedoch mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre (s. insoweit vorstehend), ist eine Bildung von Gebietslosen nicht geboten.

Soweit die ASt auf die Entscheidung der VK-Bund vom 7. Juli 2021 – VK1-54/21 verweist, lag dieser ein in entscheidenden Punkten abweichender Sachverhalt zugrunde. Dort waren in Los 1 rund 17 Mio. Briefe pro Jahr, in Los 2 rund 3 Mio. Sendungen pro Jahr betroffen, gleichzeitig war als Zustellgeschwindigkeit zwingend E+1 in 80 % der Fälle gefordert, in 95 % der Fälle E+2. Vorliegend ist nicht nur die Menge an Briefsendungen drastisch geringer, insbesondere ist auch die Bedeutung der Zustellungsgeschwindigkeit gänzlich anders ausgestaltet. Im Bewertungskriterium 3.4-(13), welches insgesamt nur mit 5,56 % gewichtet ist, werden für die Angabe „2 oder weniger Tage“ 10 Punkte vergeben, für „3 bis 4 Tage“ immer noch 5 Punkte und für „5 Tage oder länger“ 0 Punkte. Auch sofern ein Bieter also nicht über ein eigenes bundesweites Zustellnetz verfügt und insoweit Zeit für die Weitergabe eines Teils der Sendungen z.B. an die Deutsche Post AG einrechnen muss, ist es ihm aufgrund der Gestaltung der Wertungskriterien immer noch möglich, ein grundsätzlich wirtschaftliches, konkurrenzfähiges Angebot abzugeben. Auch die im dortigen Sachverhalt festgestellten 125.000 € Änderungskosten für den Auftraggeber waren im Verhältnis zu den angedachten Sendungsmengen bzw. dem Auftragswert deutlich geringer zu gewichten als im vorliegenden Fall.

Soweit die ASt geltend macht, die Ausschreibung verstoße gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung gem. § 31 Abs. 6 VgV, kann dies nicht durchdringen. Dabei kann offenbleiben, ob, wie von der ASt vorgebracht, tatsächlich lediglich die [...] in der Lage wäre, die geforderte Leistung zu erbringen. Ebenso kann offenbleiben, ob die Leistungsbeschreibung überhaupt eine produktspezifische Ausschreibung i.S.d. § 31 Abs. 6 VgV darstellt. Wie vorstehend dargelegt, durfte die Ag die Leistungen Druck, Kuvertierung und Versand ohne Fach- und Mengenlosbildung zusammenfassend für Los 2 ausschreiben. Soweit hierdurch eine produktspezifische Ausschreibung vorliegen sollte, ist dies jedenfalls durch den

Auftragsgegenstand gerechtfertigt, wie sich aus § 97 Abs. 4 GWB ergibt. Es handelt sich somit im Ergebnis um eine vergaberechtlich nicht zu beanstandende Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts durch die Ag.

III.

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

Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Ag notwendigen Aufwendungen sind der ASt aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterliegt.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag war nicht notwendig. Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten hat die konkrete Situation im Einzelfall zu berücksichtigen. Das vorliegende Nachprüfungsverfahren betrifft im Wesentlichen nur die Frage der Losbildung. Hierbei handelt es sich um materielles Vergaberecht, das zu kennen jeder Vergabestelle obliegt, da sie die diesbezüglichen Überlegungen bereits bei der grundlegenden Gestaltung der jeweiligen Vergabe anstellen muss. In seinem ureigenen Aufgabengebiet, hier hinsichtlich des Zuschnittes der Lose, hat sich ein öffentlicher Auftraggeber die erforderlichen Kenntnisse zu verschaffen. Es ist nicht ersichtlich und von der Ag auch nicht substantiiert dazu vorgetragen, warum es der Ag im vorliegenden Einzelfall nicht möglich gewesen sein sollte, die von ihr mit ausführlicher Begründung getroffene Entscheidung hinsichtlich der Losbildung auch im Verfahren vor der Vergabekammer sachgerecht zu vertreten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Ag über ein Justitiariat verfügt und die interne Prüfung des Loszuschnittes bereits durch den Vergabepfungsausschuss begleitet wurde. Vergaberechtlicher Sachverstand ist bei der Ag damit also vorhanden. Auch die von der Ag angeführte gerichtsähnliche Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern bedeutet keine solche Herausforderung, dass eine – in der mündlichen Verhandlung u.a. auch durch einen Mitarbeiter des Justiziariates vertretene – Behörde hier notwendigerweise der Hilfe eines Rechtsanwaltes bedurft hätte, um sich sachgerecht verteidigen zu können. Auch der Gesichtspunkt der Waffengleichheit – aufgrund der anwaltlichen Vertretung der ASt – kann insoweit keine andere Einschätzung rechtfertigen. Ein Bieterunternehmen muss das Vergaberecht nicht vertieft beherrschen und kann sich daher auch eher in Konstellationen, die ein öffentlicher Auftraggeber selbst bearbeiten können muss, anwaltlicher Hilfe bedienen.

IV.

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

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 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.