



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 24/22

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

gegen

[...]

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „*Sicherheitsdienstleistungen für [...]*“ hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Hagen auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 2022 am 4. April 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 Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war nicht notwendig.

## Gründe:

### I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] unionsweit bekannt.

Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs erfolgte am 26. November 2021 die Aufforderung zur Angebotsabgabe. Schlusstermin zur Angebotsabgabe war der 11. Januar 2022.

Unter den einzureichenden Angebotsanlagen war unter Nummer 8 ein „*eigenes Konzept zu den Schwerpunkten (2. Zuschlagskriterium siehe Anlage „Zuschlagskriterien\_Bewertung“)*“ gefordert.

Nach Ziffer 4 waren als Zuschlagskriterien eine Gewichtung von 60 % Angebotspreis und 40 % Wertung des einzureichenden Konzepts vorgegeben. Hierzu wurde weiter ausgeführt:

*„Der Bieter ist aufgefordert, den geplanten organisatorischen Ablauf der vertraglichen Leistungen in Textform für das angebotene Los darzustellen und auf max. 6 DIN A4 Seiten gesamt [...] mit dem Angebot einzureichen. [...] Das Konzept muss die wertungsrelevanten Kriterienswerpunkte enthalten (siehe Anlage „Zuschlagskriterien\_Bewertung“). Die Namen der federführenden Mitarbeiter müssen mit denen im Formular „Qualifikation Personal“ benannten Namen übereinstimmen. Fehlt das Preisblatt und/oder das Konzept im Angebot, wird das Angebot ausgeschlossen.“*

In der Anlage „Zuschlagskriterien\_Bewertung“ wurde zusätzlich unter Ziffer 2 besonders hervorgehoben:

*„Die federführenden Mitarbeiter für die Objektleitung und Stellvertretung sowie für die Wachleitung und Stellvertretung sind namentlich zu benennen.“*

Die Kriterien der qualitativen Konzeptbewertung wurden sodann in einer tabellarischen Übersicht durch Angabe weiterer Unterkriterien spezifiziert. Dabei wurde auch angegeben, welche Punkte in welchen Unterkriterien maximal erreichbar waren.

Unter Ziffer 2.5 „Bewertung“ heißt es:

*„Das schriftliche Konzept wird wie folgt durch ein Gremium für jedes Kriterium mit den Punkten 0 (ungenügend) bis zu den maximalen Punkten pro Unterpunkt 10/20/30 (sehr gut) bewertet:*

*Weist ein Kriterium des Konzeptes eine Tendenz zur höheren Bewertungsstufe auf, behält sich die Auftraggeberin vor, im Bereich von 1 bis 10/20/30 Punkten Zwischenwerte zu bilden. Eine Tendenz zur nächst höheren Stufe ist etwa dann erkennbar, wenn ein Teil des Kriteriums eine über die eigentlich erreichte Bewertungsstufe hinausgehende Wirkung in Richtung der anderen Bewertungsstufe hat.“*

In der Folge wurden für jede Notenstufe der sechsstufigen Notenskala („sehr gut“ bis „ungenügend“) die Punktspannen festgelegt, die abhängig von den je Kriterium jeweils maximal erreichbaren 10, 20 oder 30 Punkten einer bestimmten Notenstufe entsprachen.

Zusätzlich wurden textliche Beschreibungen der Notenstufe bekannt gegeben.

Diese lauteten für die Note „sehr gut“:

*„Sehr leicht nachvollziehbare und sehr übersichtliche Darlegungen, sehr gute fachliche Qualität zu den Gliederungspunkten und deren Unterpunkte; die gemachten Angaben lassen eine sehr gute bis ausgezeichnete Leistungserbringung ohne offene Fragen erwarten.“*

Für die Note „gut“ wurde verlangt:

*„Gut geordnete, übersichtliche und somit gut nachvollziehbare Darlegungen, gute fachliche Qualität zu den Gliederungspunkten und deren Unterpunkte; die gemachten Angaben lassen eine gute Leistungserbringung erwarten mit wenigen offenen Fragestellungen erwarten.“*

Zur Bewertung mit der Note „ausreichend“ heißt es:

*„Vollständig, aber unübersichtlich und/ oder schwer nachvollziehbar; die gemachten Angaben lassen eine gerade noch ausreichende Leistungserbringung erwarten. Ein Konzept, das Mängel bei der Umsetzung der Anforderungen mit mehreren offenen Fragen aufweist, aber eine noch ordnungsgemäße Auftrags Erfüllung erwarten lässt.“*

In den Bewerbungsbedingungen wird unter Ziffer 5 – „Kapazitäten anderer Unternehmen (Unteraufträge, Eignungsleihe)“ ausgeführt:

*„Beabsichtigt der Bewerber/Bieter, Teile der Leistung von anderen Unternehmen ausführen zu lassen oder sich bei der Erfüllung eines Auftrages im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche, finanzielle, technische oder berufliche Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen zu bedienen, so muss er die hierfür vorgesehenen Leistungen/Kapazitäten in den Unterlagen zum Teilnahmeantrag (Stufe 1) benennen. Der Bewerber/Bieter hat nachzuweisen, dass ihm die erforderlichen Kapazitäten der anderen Unternehmen zur Verfügung stehen und diese Unternehmen geeignet sind. Er hat den Namen, den gesetzlichen Vertreter sowie die Kontaktdaten dieser Unternehmen anzugeben und entsprechende Verpflichtungserklärungen dieser Unternehmen vorzulegen.*

*[...]*

*Außerdem ist der Bewerber/Bieter zur Angabe der Namen und beruflichen Qualifikationen der Personen verpflichtet, die für die Ausführung des Auftrags verantwortlich sind (Objektleitung und Stellvertretung sowie für die Wachleitung und Stellvertretung).“*

Die Ast (Antragstellerin) und die Bg (Beigeladene) gaben jeweils fristgerecht ein Angebot für Los 3 ab. Die Ast teilte im Angebot mit, den Auftrag teilweise mittels eines Unterauftragsnehmers ausführen zu wollen.

Im Rahmen der internen Bewertungen der von den Bietern eingereichten Konzepte füllte ein dreiköpfiges Auswertungsgremium für jedes Bieterkonzept eine dreiseitige Excel-basierte Wertungsmatrix aus, die entsprechend der sieben Wertungskriterien mit den Ziffern 2.1.1 bis 2.4.1 und den in der Anlage „Zuschlagskriterien\_Bewertung“ aufgeführten Unterkriterien strukturiert war.

Diese Bewertungsmatrix enthielt zu jedem Unterkriterium Feststellungen, die den eingereichten Konzepten entnommen wurden („Bewertungstext“), eine Auflistung der vergebenen Punkte und eine stichwortartige Begründung im Falle eines Punktabzugs.

Die Ast erreichte dabei Bewertungen mit den Noten „sehr gut“ bis „ausreichend“. Nachfolgend werden nur die Unterkriterien aufgeführt, in denen die die Ast nicht die volle Punktzahl erhielt:

Im Wertungskriterium 2.1 „*Personalplanung/Personalmanagement*“:

[...]

Im Wertungskriterium 2.2 „*Qualitätsmanagement/Qualitätssicherung*“:

[...]

Im Wertungskriterium 2.3 „*Objektspezifische Schulung und Einarbeitung*“:

[...]

Im Wertungskriterium 2.4 „*Bereitstellung von Technik*“:

[...]

Mit Schreiben vom 7. Februar 2022 forderte die Ag bei der Bg eine fehlende „*Verschwiegenheitsverpflichtung und Erklärung zur Einhaltung des Datengeheimnisses nach BDSG*“ für einen stellvertretenden Objektleiter gem. § 56 Abs. 2 VgV nach.

Mit zweiseitigem Schreiben vom 11. Februar 2022 teilte die Ag der ASt mit, dass ihr Angebot nach den bekannt gemachten Kriterien nicht das Wirtschaftlichste sei. Der Zuschlag solle auf das Angebot der Bg erteilt werden. Zur Begründung führte die Ag zusammenfassend aus, dass sich das Angebot der ASt „*in einem preislich sehr starken Wettbewerb*“ befunden habe. Danach folgten zusammenfassende Ausführungen zur Konzeptbewertung.

Mit Schreiben vom 15. Februar 2022 rügte die Antragstellerin (ASt) einerseits einen Verstoß gegen § 134 GWB, weil das Absageschreiben bezogen auf die Komplexität der Ausschreibung viel mehr Details u.a. zur Wertung hätte mitteilen müssen. Andererseits rügte die ASt Beurteilungsfehler bei der Wertung der Konzepte der ASt und der Bg.

Die Ag wies mit Schreiben vom 16. Februar 2022 die Rügen zurück.

2. Mit Schreiben vom 18. Februar 2022 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 21. Februar 2022 an die Ag übermittelt.
  - a) Die ASt macht geltend, in ihren Rechten gem. § 97 Abs. 6 GWB durch eine unzureichende, nicht § 134 GWB entsprechende Mitteilung und eine fehlerhafte Angebotswertung verletzt zu sein.
    - Das Mitteilungsschreiben der Ag vom 11. Februar 2022 habe unter Berücksichtigung der Komplexität des Auftrags nicht die Begründungstiefe aufgewiesen, die nach Sinn

und Zweck des § 134 GWB geboten gewesen wäre, damit der Informationsadressat die Erfolgsaussichten in einem Nachprüfungsverfahren abschätzen könne. Das Informationsschreiben habe nur Leerformeln enthalten, die konkret vergebenen Punkte hätten gefehlt. Hierin liege auch ein Verstoß gegen Transparenzgebot.

- Beurteilungsfehler zum Nachteil der ASt lägen vor, weil das vorgeschriebene Vergabeverfahren nicht eingehalten worden sei, die Ag nicht von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen sei, sachwidrige Erwägungen in die Wertung einbezogen worden seien und der Beurteilungsmaßstab unzutreffend angewandt worden sei. Das Konzept der ASt sei in allen Leistungskriterien stets mit „sehr gut“ und der höchsten Punktzahl zu bewerten gewesen.

Hinsichtlich der Kriterien 2.1.1 bis 2.2.2 und 2.4.1 habe die Ag offene Fragestellungen bzw. die Erwartung unzureichender Leistungserbringung behauptet, dies aber entweder gar nicht oder aber nur unkonkret bzw. ausschnittartig („*insbesondere*“) etwa unter Bezugnahme auf die geplante Personalstärke und das Stammpersonal und damit unzureichend begründet.

Unter Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz sei unklar geblieben, welche offenen Fragen aufgetaucht sein sollen.

Bezüglich des Kriteriums 2.3.2 habe die Ag zu Unrecht behauptet, dass Angaben zu Auffrischungen und zu den Nachweisen der Schulungen fehlten.

- Weiterhin lägen Beurteilungsfehler zugunsten der Bg vor. Bei einem Quervergleich der Konzepte der ASt und der Bg werde augenscheinlich, dass das Konzept der Bg nicht in höherem Maße zu überzeugen vermöge, wie das Konzept der ASt.
- Nach gewährter Akteneinsicht machte die ASt weitergehend bezüglich der einzelnen Wertungskriterien geltend:
  - Ziffer 2.1: Der Bewertungsmatrix sei nicht die Erwartungshaltung zu entnehmen gewesen, einen Jahresplan oder eine Zuordnung des geplanten Personals zwischen Auftragnehmer und Unterauftragnehmer zu erhalten. Dies seien keine sachgerechten Beurteilungskriterien. Die Formulierungen „*Mitarbeiterpool*“ und „*Springer*“ seien im Plural dahingehend zu verstehen. Gemeint seien „*jeweils mindestens zwei Köpfe pro Begriff*“. Der von der ASt vorgelegte Musterdienstplan sei nicht berücksichtigt worden. Widersprüchlich sei die Begründung, dass mit zu wenig Stammpersonal geplant wurde, wenn gleichzeitig zahlenmäßig ausreichendes Personal bestätigt werde. Das Abstellen auf Stammpersonal vor Ort verstoße auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Auch eine übertarifliche

Bezahlung und die Berücksichtigung der Sicherheitsüberprüfung sei nicht gefordert gewesen. Beim Umgang mit akuten Personalausfällen sei zu Unrecht ein Punktabzug vorgenommen worden und zur Begründung auf lange Fahrtzeiten beim Zugriff auf den Personalpool aus anderen Standorten abgestellt worden.

- Im Konzept sei jedoch die Eröffnung einer Niederlassung vor Ort und Rekrutierung von Personal vorgesehen.
- Ziffer 2.2: Ein Punktabzug sei zu Unrecht wegen offener Fragestellungen und schwacher Darstellung erfolgt, weil in dem Konzept dargestellt worden sei, dass eine lückenlose Erreichbarkeit gewährleistet werde. Die Begründung für den Punktabzug im Unterkriterium „*zeitliche Abarbeitung von Problemen durch den Projektleiter*“ sei als Frage und nicht feststellend formuliert worden. Für eine solche Frage gebe das Konzept keinen Anlass und diese sei auch den Vorgaben der Bewertungsmatrix nicht zu entnehmen gewesen. Soweit die mangelnde Konkretisierung bemängelt werde, sei die Begründung nicht hinreichend konkret.
- Ziffer 2.3: Die Begründung „*geforderter Inhalt?, Auffrischung fehlt, Nachweise fehlen*“ sei unrichtig, weil das Konzept diese Ausführungen enthalte.
- Ziffer 2.4.: Der Punktabzug mit der Begründung, dass die Darstellung der Auswertungsmöglichkeiten fehlerhaft sei, weil die Auswertungsmöglichkeiten im Konzept benannt wurden.
- Schließlich wird bemängelt, dass die Bg ein unvollständiges Angebot abgegeben habe und dieses wegen mangelnder Vollständigkeit auszuschließen sei.

Die ASt beantragt,

1. die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 160 ff. GWB,
2. die Vergabeakten der Ag hinzuzuziehen und der ASt Akteneinsicht zu gewähren, insbesondere betreffend die vollständige Dokumentation der Ag über die Wertung des Angebots der ASt, insbesondere betreffend die Ausübung des Beurteilungsspielraums bei der Wertung des Konzepts der ASt,
3. der Auftraggeberin aufzuerlegen, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer bei Fortbestehen des Beschaffungswillens die Rechtmäßigkeit des Vergabevorhabens durch Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotswertung und Wiederholung der Angebotswertung wiederherzustellen,
4. Auch für den Fall einer eventuellen zwischenzeitlichen Erledigung festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist.

5. Der Auftraggeberin die Verfahrenskosten einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag macht ohne explizite Stellung eines Antrags geltend:

Der Nachprüfungsantrag sei als unzulässig zurückzuweisen. Im Übrigen sei der Antrag auch unbegründet.

- Hinsichtlich des Angriffs auf das fehlerhafte Informationsschreiben gem. § 134 Abs. 1 GWB fehle bereits die Antragsbefugnis gem. § 160 Abs. 2 GWB, da der ASt kein Schaden entstanden sei und drohe. Das Schreiben vom 11. Februar 2022 sei nicht fehlerhaft und die rechtlich schutzwürdigen Interessen seien bereits mit Einlegung des Nachprüfungsantrags gewahrt.

- Der Vortrag zu den geltend gemachten Beurteilungsfehlern hinsichtlich der Konzepte der ASt und der Bg sei nicht hinreichend substantiiert. Die Ag habe den ihr zuzustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten.

Ziel des Konzeptwettbewerbs sei es nicht nur die Stichworte aus der Bewertungsmatrix aufzugreifen. Vorliegend sei nach den Vorgaben der Anlage „*Zuschlagskriterien – Bewertung*“ der geplante organisatorische Ablauf der vertraglichen Leistungen individuell von jedem Bieter sachgerecht darzustellen gewesen. Auf diese Weise habe die Ag die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung so gefasst, dass die Bieter erkennen können, was der Auftraggeber von ihnen erwartet. Ein Punktabzug für offene Fragen sei ausdrücklich vorgesehen gewesen.

- Zu Ziffer 2.1 (Kriterium Personalplanung/Personalmanagement) sei ein Jahresplan zwar in der Bewertungsmatrix nicht ausdrücklich vorgegeben gewesen, jedoch habe die Bg einen solchen vorgesehen. Bei der Konzeptbewertung stehe es der Ag frei, eine absolute oder relativ vergleichende Bewertung vorzunehmen. Im Vergleich der beiden Konzepte habe das Konzept der Bg eine bessere, weil vorausschauend geplante Leistungserbringung erwarten lassen. Der Musterdienstplan im Konzept der ASt sei nur schemenhaft erkennbar gewesen und es hätten auftragsbezogene Informationen gefehlt. Weiterhin habe die ASt in ihrem Konzept zur Personalstärke ausgeführt, mit weiteren, möglichst vielen Mitarbeitern des Personalstammes zu arbeiten, während die Bg in ihrem Konzept eine ausführliche Tabelle mit der vorgesehenen Mitarbeiterzahl je Position vorgelegt habe. Es könne auch nicht von der Ag erwartet



werden, dass sie aus den Worten „*Springer*“ und „*Vertreter*“ folgere, dass es sich immer um mindestens zwei Personen handle. Im Konzept der ASt hätten auch die Namen der verantwortlichen Personen gefehlt. Hier sei das Konzept unklar, so dass ein Punktabzug wegen offener Fragen beurteilungsfehlerfrei habe vorgenommen werden können.

Der Punktabzug sei auch nicht wegen fehlendem Stammpersonal vor Ort, sondern für die nicht übertarifliche Bezahlung und das Nichtbedenken des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes (SÜG) erfolgt. Das Konzept der ASt enthalte auch keine Angaben zum Einsatz des Unterauftragsnehmers hinsichtlich der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung und die Angaben zum Umgang mit akuten Personalausfällen sei nur abstrakt beschrieben worden, wobei in der Praxis Schwierigkeiten aufgrund langer Fahrzeiten von anderen Standorten zu erwarten seien.

- Zu Ziffer 2.2 (Kriterium Qualitätsmanagement/Qualitätssicherung):  
Im Vergleich zum Angebot der Bg sei beim Konzept der ASt hinsichtlich der Kriterien „*telefonische Erreichbarkeit des Objektleiters, zeitliche Abarbeitung von Problemen*“ aufgrund der eingeschränkten Dienstzeiten und der Fahrzeit von der Interventionsstelle der ASt in 177 km Entfernung zu Recht ein Punktabzug vorgenommen worden. Auch die Reaktionszeit, in der die ASt einen Lösungsvorschlag unterbreiten wolle, sei mit 24 Stunden sehr viel länger als bei der Bg ausgefallen. Die Ausführungen im Konzept der ASt seien sehr allgemein, im Konzept der Bg dagegen detailliert, beispielhaft und auftragsbezogen ausgefallen.
- Zu Ziffer 3 (Kriterium Objektspezifische Schulung und Einarbeitung) seien nur allgemein von 40 Stunden jährlich für Weiterbildungen benannt worden. Im Gegensatz dazu habe die Bg alle abgefragten Kriterien „*Häufigkeit der Schulungen, Zeitraum, Dauer, Auffrischung, Nachweise*“ vorbildlich dargestellt.
- Hinsichtlich Ziffer 4 (Kriterium Bereitstellung von Technik) lasse das Konzept der ASt im Vergleich zum Konzept der Bg nicht erkennen, welche konkreten Auswertungsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden sollen.
- Die Nachforderung einer Eigenerklärung der Bg sei gem. § 56 Abs. 2 VgV als unternehmensbezogene Unterlage zulässig gewesen.

- c) Die mit Beschluss vom 22. Februar 2022 zum Verfahren hinzugezogene Bg stellte keine Anträge und hat auch nicht schriftsätzlich vorgetragen.

3. Der ASt ist Akteneinsicht gewährt worden, soweit keine wichtigen Gründe gem. § 165 Abs. 2 GWB geltend gemacht wurden. In der mündlichen Verhandlung am 22. März 2022 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Mit Verfügung der Vorsitzenden der Vergabekammer vom 23. März 2022 wurde die Entscheidungsfrist gem. § 167 Abs. 1 Satz 2 bis 4 GWB auf den 8. April 2022 verlängert.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Insbesondere handelt es sich bei der Ag um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 lit. a) GWB. Der geschätzte Auftragswert überschreitet den gem. § 106 Abs. 2 GWB 106 Abs. 1 und 2 Ziff. 1 GWB, Art. 4 d und Art. 74 i.V.m. Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU (vgl. Auftragswertschätzung Vergabebericht I vom 28. April 2021, S. 3).

Das für die Antragsbefugnis gem. § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Interesse am Auftrag ist vorliegend gegeben. Die ASt hat sich am vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb beteiligt und ein eigenes Angebot abgegeben. Damit hat die ASt ihr Interesse an dem Auftrag manifestiert. Auch hinsichtlich des Begehrens zu überprüfen, ob das Informationsschreiben die Anforderungen des § 134 Abs. 1 GWB erfüllt, kann der ASt nicht zum Zeitpunkt der Antragstellung per se ein schutzwürdiges Interesse daran abgesprochen werden, die Begründung der Ablehnungsentscheidung zu überprüfen, wenn diese – wie hier – vorträgt durch das Informationsschreiben nicht entsprechend dieser Vorschrift ausreichend informiert worden zu sein. Es ist – den Vortrag als zutreffend unterstellt – nicht ausgeschlossen, dass der ASt ein Schaden aufgrund einer unzureichenden Vorabinformation drohen kann – etwa durch den Aufwand eines Nachprüfungsverfahrens im Zuge dessen erst die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der gem. § 134 Abs. 1 GWB erforderlichen Informationen eröffnet würde.

Die ASt hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße auch rechtzeitig i.S.d. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nach Erhalt der Mitteilung nach § 134 GWB gerügt. Auch die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB wurde gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet. Es kann vorliegend dahinstehen, ob das Informationsschreiben der Ag vom 11. Februar 2022 die Anforderungen des § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB erfüllt oder ob gegen das Transparenzgebot verstoßen wurde, da vorliegend eine Schädigung der ASt in ihren Rechten ausgeschlossen ist, nachdem diese jedenfalls im Wege der Akteneinsicht über die Wertungsentscheidung der Ag und die Gründe für die Einzelwertungen informiert wurde und auf dieser Grundlage unverändert an ihrem Nachprüfungsantrag festhielt (a). Die Wertungsentscheidung der Ag weist keine Beurteilungsfehler auf (b). Die Nachforderung einer unternehmensbezogenen Eigenerklärung der Bg ist nicht zu beanstanden (c).

a) Im vorliegenden Fall kann offenbleiben, ob das Informationsschreiben der Ag vom 11. Februar 2022 die Anforderungen des § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB entsprach, weil dieses den ASt jedenfalls in die Lage versetzt hat, einen zulässigen Nachprüfungsantrag einzureichen. Spätestens aufgrund der im Rahmen der Akteneinsicht zugänglich gemachten Bewertungsmatrix und der Wertungsvermerke war die Wertungsentscheidung für die ASt überprüfbar, so dass der Sinn und Zweck des § 134 GWB jedenfalls im Wege der Akteneinsicht erfüllt wurde.

Ein fortbestehend drohender Schaden aus einer möglicherweise zunächst unzureichenden Mitteilung gem. § 134 GWB ist indes ausgeschlossen, wenn der Nachprüfungsantrag – wie hier – nach Akteneinsicht schriftsätzlich aufrechterhalten wird, weil sich dann die zunächst fehlende Information nicht mehr zu Lasten des Nachprüfungspetenten auswirken kann.

Entscheidungserheblich wäre daher ein Verstoß gegen die Informationspflicht gem. § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB nur dann, wenn der zunächst unzureichend informierte Bieter nach vollständiger Kenntniserlangung von den Ablehnungsgründen den Nachprüfungsantrag unter Verwahrung gegen die Kostentragungspflicht zurücknähme und die Einlegung desselben mit der unzureichenden Mitteilung begründen würde.

Ein solcher Fall liegt allerdings vorliegend nicht vor, da die ASt unverändert auch nach Akteneinsicht am Nachprüfungsantrag festgehalten hat. Bei dieser Sachlage ist eine konkrete Schädigung der betroffenen Interessen der ASt (§ 168 Abs. 1 Satz 1 GWB) ausgeschlossen

und die Feststellung eines Verstoßes gegen § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB nicht mehr entscheidungserheblich.

- b) Die Bewertungen der Angebote der ASt und der Bg seitens der Ag sind nicht zu beanstanden.

Bei der Angebotswertung steht dem öffentlichen Auftraggeber ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu (BGH, Urteil vom 4. April 2017, X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16; OLG München, Beschluss vom 17. September 2015, Verg 3/15). Dieser ist von den Nachprüfungsinstanzen nur dahingehend überprüfbar, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, von einem zutreffenden und vollständig ermitteltem Sachverhalt ausgegangen wurde, keine sachwidrigen Erwägungen der Entscheidung zugrunde gelegt wurden und nicht gegen allgemein gültige Bewertungsansätze verstoßen wurde (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16). Dies setzt voraus, dass die Wertungen anhand der aufgestellten Zuschlagskriterien vertretbar, in sich konsistent und in diesem Sinne nachvollziehbar sind.

Dies gilt insbesondere auch bei der Bewertung qualitativer Zuschlagskriterien im Rahmen eines Konzeptwettbewerbs. In diesen Fällen wird den Bietern bewusst ein kreativer Freiraum zum Wettbewerb um bestmögliche Lösungsansätze eröffnet. Zur Gewährleistung dennoch vergleichbarer Angebote bedarf es hinreichend konkreter Zielsetzungen, die vom öffentlichen Auftraggeber im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung i.S.d. § 121 Abs. 1 Satz 2 GWB vorzusehen sind und die bei der Angebotswertung im Rahmen einer Gesamtschau der Zuschlagskriterien und der übrigen Vergabeunterlagen zu berücksichtigen sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. August 2019, VII-Verg 56/18).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Auftraggeber nicht sämtliche denkbaren konzeptionellen Lösungsansätze der Bieter vorhersehen und abstrakt vorab bewerten kann. Entsprechend sind das Wertungssystem bzw. die Vorgaben, unter welchen konkreten Bedingungen ein Konzept mit welcher Note zu bewerten ist, systemimmanent nicht abschließend bestimmbar und daher kann ein Bieter auch seine Benotung nicht konkret vorhersagen. Aufgrund dieser einem Konzeptwettbewerb immanenten Offenheit für die konzeptionellen Angebote der Bieter ist es auch nicht zu beanstanden, sondern geboten, dass eine relativ vergleichende Bewertung der von den Bietern eingereichten Konzepte nach den bekannt gemachten Bewertungsmaßstäben gleichmäßig vorgenommen wird.

Voraussetzung für einen Konzeptwettbewerb mit einer Bewertung anhand eines abstrakt formulierten, offenen Bewertungsmaßstab ähnlich Schulnoten ist, dass die Bieter anhand der Vorgaben der Vergabeunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung, erkennen können, worauf der jeweilige Auftraggeber Wert legt (BGH, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O.). Zu Unrecht macht die ASt vorliegend geltend, dass die Erwartungshaltung der Ag, was diese für eine gute Leistungserbringung erwarte, nicht erkennbar gewesen sei.

Vielmehr ergab sich aus der Anlage „*Zuschlagskriterien\_Bewertung*“ ausdrücklich, dass im Rahmen des Konzeptwettbewerbs der „*geplante organisatorische Ablauf*“ der auftragsgegenständlichen Sicherheitsdienstleistungen darzulegen war, dass insbesondere die federführenden Mitarbeiter im Konzept namentlich zu benennen waren und die Namen mit die Angaben im Formblatt „*Qualifikation Personaf*“ übereinstimmen sollten.

Die Anforderungen hinsichtlich der einzelnen Kriterien der qualitativen Konzeptbewertung wurden sodann in einer tabellarischen Übersicht durch Angabe weiterer Unterkriterien näher spezifiziert.

Die zusätzliche Erläuterung der Notenstufen enthielt die ausdrückliche Erwartungshaltung der Ag, dass Wert auf nachvollziehbare, übersichtliche, vollständige Darlegungen gelegt wurde, die eine sehr gute Leistungserbringung erwarten und diesbezüglich keine Fragen offenlassen.

Dementsprechend genügt es im Rahmen der Konzeptbewertung, wenn die Ag unzureichende Darlegungen feststellt, die Fragen aufwerfen und nicht vollumfänglich beantworten.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht als beurteilungsfehlerhaft zu beanstanden, wenn im Wertungskriterium 2.1 (Personalplanung/Personalmanagement) Punktabzüge im relativen Vergleich der Konzepte der Bg und der ASt zu Lasten der ASt vorgenommen wurde, weil diese nur einen schemenhaft erkennbaren, nicht auftragsbezogen konkretisierten Musterdienstplan im Konzept aufgeführt habe und nicht wie die Bg eine konkretere Darstellung mit Jahresplan vorgenommen habe. Dies gilt auch für die Punktabzüge für unbestimmte Angaben zur Personalstärke und zur fehlenden namentlichen Zuordnung des Personals des von der ASt benannten Unterauftragnehmers. Die Erwartungshaltung, dass konkrete Angaben zur Personalstärke im Konzept zu tätigen waren, ergab sich ausdrücklich aus dem bewer-

teten Unterkriterium und die Vorgabe der namentlichen Nennung der verantwortlichen Personen aus den allgemeinen Vorgaben in der Anlage „*Zuschlagskriterien\_Bewertung*“. Diesbezüglich ist es auch nicht zu beanstanden, wenn die Ag aus der Bezeichnung „*Springer/Vertreter*“ keine konkrete und hinreichende Anzahl an Personen zugunsten der ASt abzuleiten vermochte und daher einen Punktabzug aufgrund zu wenig eingeplanten Personals vornahm bzw. eine ungünstige Prognose hinsichtlich der ordnungsgemäßen Auftragserfüllung vermerkte.

Dass auch Ausführungen zum Personal eines Unterauftragnehmers zum Erhalt einer guten Bewertung erforderlich waren, konnte überdies den Hinweisen der Bewerbungsbedingungen (unter Ziffer 5) entnommen werden.

Gleiches gilt für die Wertung im Bereich der Personalgewinnung (Ziffer 2.1.2). Hier ist es nicht zu beanstanden, wenn aus der Nichtberücksichtigung einer erforderlichen Sicherheitsüberprüfung für neues Personal und deren lediglich tarifgemäße und nicht übertarifliche Bezahlung – wie bei Angeboten anderer Bieter – auf größere Probleme bei der erfolgreichen Gewinnung von Stammpersonal geschlossen wird. Dass dies eine unzureichende Darstellung begründen, offene Fragen aufwerfen und hieraus auf eine nicht ordnungsgemäße Auftragserfüllung geschlossen werden kann, erscheint nachvollziehbar und nicht als beurteilungsfehlerhaft. Dies gilt auch für die Feststellung, dass Schwierigkeiten bei akuten Personalausfällen erwartet werden, wenn Ersatzpersonal aus anderen Standorten mit langen Anfahrtszeiten eingesetzt werden müsste. Soweit die ASt geltend macht, dass keine übertarifliche Bezahlung gefordert wurde, stellt dies die Rechtmäßigkeit der Bewertung nicht in Frage, denn dieser Umstand wurde lediglich unter dem Gesichtspunkt gewertet, dass eine Personalgewinnung schwerer fallen dürfte, wenn die Tätigkeit geringer entlohnt wird. Eine derartige Schlussfolgerung erscheint in diesem Unterkriterium durchaus sachgerecht.

Entgegen des Vortrags der ASt ergibt sich aus der Bewertungsmatrix zum Konzept der ASt, dass tatsächlich kein Punktabzug wegen derzeit fehlenden Stammpersonals vor Ort vorgenommen wurde. In dem betreffenden Unterkriterium „*Personalrekrutierungsbüros, Niederlassungen*“ hat die ASt die volle Punktzahl erhalten und es wurde lediglich der Hinweis aufgenommen, dass der geplante Aufbau einer Niederlassung vor Ort ggf. vor Zuschlagerteilung an die ASt aufzuklären gewesen wäre.

Bezüglich des Wertungskriteriums 2.2 „*Qualitätsmanagement / Qualitätssicherung*“ ist die Wertung ebenfalls als beurteilungsfehlerfrei anzuerkennen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn ein Punktabzug wegen eingeschränkter telefonischen Erreichbarkeitszeiten des Objektleiters, des Verweises auf eine räumlich weit entfernte Interventionsstelle sowie eine Reaktionszeit von 24 Stunden für einen Vorschlag zur Problemlösung im relativen Vergleich mit anderen, leistungsfähigeren Konzepten mit einem Punktabzug belegt wird.

Wenn die Darstellung von „*Verfahrensabläufen bei der standardisierten Berichterstattung*“ in einem Unterkriterium explizit gefordert wurde, ist es beurteilungsfehlerfrei zulässig, aufgrund einer mangelnden Prozessdarstellung des geforderten Verfahrensablaufs Punktabzüge vorzunehmen. Die ASt hat mit ihrem Vortrag auch nicht substantiiert, dass eine konkrete Prozessdarstellung im Konzept tatsächlich enthalten gewesen wäre, sondern lediglich beanstandet, dass die Begründung des Punktabzugs nicht hinreichend konkret gewesen sei. Gleiches gilt für Punktabzüge bezüglich der geforderten Darstellung des Beschwerde-/Reklamationsmanagements des Bieters. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Verweis der ASt auf allgemein bestehende Hierarchieebenen (Objektleiter, Niederlassungsleiter, Geschäftsführer) als Eskalationsstufen nicht als hinreichend konkret und als alle Fragen beantwortend bewertet wird.

Unter dem Wertungskriterium 2.3 „*Objektspezifische Schulung und Einarbeitung*“ erscheinen Punktabzüge nachvollziehbar, wenn eine konkrete Darstellung zu Auffrischungsveranstaltungen und Nachweisen fehlt. Zwar wurden Auffrischungen im Konzept erwähnt, aber es wurde nicht konkret dargelegt, in welchen Bereichen und wann diese planmäßig erfolgen sollen. Dass solche konkreten Angaben eine bessere Bewertung begründen können, war durchaus der Erläuterung des Unterkriteriums zu entnehmen. Zusätzlich ist anzumerken, dass hier die Punktabzüge insgesamt moderat ausgefallen sind und insgesamt für das Wertungskriterium noch eine gute Wertung ausgesprochen wurde.

Im letzten Wertungskriterium 2.4 „*Bereitstellung von Technik*“ wurde lediglich ein Punkt wegen fehlender Beschreibung der Auswertungsmöglichkeiten im Quervergleich zum Konzept der Bg vorgenommen, die ausdrücklich im Unterkriterium erwähnt wurden. Dies ist nicht beurteilungsfehlerhaft, denn das Konzept der ASt erwähnt zwar Auswertungsmöglichkeiten der eingesetzten Software, beschreibt diese aber nicht näher und konkret wie im Unterkriterium gefordert.

Auch hinsichtlich der Bewertung des von der Bg eingereichten Konzepts sind keine Beurteilungsfehler ersichtlich. Auch für dieses wurde die dreiseitige Bewertungsmatrix ausgefüllt. Die Rüge der ASt beschränkt sich in der nicht hinreichend substantiierten Behauptung, dass bei einem Vergleich der Konzepte der ASt und der Bg augenscheinlich werde, dass das Konzept der Bg nicht in höherem Maße zu überzeugen vermöge. Bei einem von Amts wegen vorgenommenen Quervergleich der beiden Konzeptbewertungen konnte indes kein Beurteilungsfehler festgestellt werden.

- c) Die Nachforderung der im Angebot der Bg fehlenden, datenschutzrechtlichen Verschwiegenheitsverpflichtung nach BDSG eines im Angebot benannten, stellvertretenden Objektleiters ist durch § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV gerechtfertigt. Es handelt es sich hierbei um eine fehlende unternehmensbezogene Unterlage der Bg, die ermessensfehlerfrei nachgefordert werden konnte.

### III.

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

Die Kosten (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag sind der ASt aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterliegt.

Es entspricht nicht der Billigkeit, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen. Die Bg hat sich nicht aktiv in das Nachprüfungsverfahren eingebracht, hat keine Anträge gestellt, nicht schriftsätzlich vorgetragen, sondern lediglich an der mündlichen Verhandlung teilgenommen und damit kein Kostenrisiko für den Fall des Unterliegens auf sich genommen. Spiegelbildlich steht ihr im Fall des Obsiegens auch kein Aufwendungsersatzanspruch gegen die unterliegende ASt zu.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war hingegen nicht notwendig. Ob die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den öffentlichen Auftraggeber notwendig ist, kann nicht schematisch, sondern stets nur auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles entschieden werden. Dabei ist insbesondere darauf abzustellen, ob sich das Nachprüfungsverfahren hauptsächlich auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentriert hat. Ist dies der Fall, besteht im



Allgemeinen seitens des öffentlichen Auftraggebers keine Notwendigkeit, einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin einzuschalten. Denn in seinem originären Aufgabenbereich muss der öffentliche Auftraggeber sich selbst die notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse verschaffen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13, mit Anm. Wild, VergabeR 2015, 484 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2020 – VII-Verg 38/18 m.w.N).

Im vorliegenden Fall stellten sich nur Fragen zur hinreichenden Begründungstiefe einer Mitteilung gem. § 134 Abs. 1 Satz GWB sowie zur Angebotswertung in einem Konzeptwettbewerb. Die Prüfung solcher Fragen gehört zur ureigenen Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers, für die die Ag die nötigen Fach- und Rechtskenntnisse besitzen muss. Ob der öffentliche Auftraggeber hierfür selbst das nötige Personal vorhält oder sich externen Rechtsbeistandes bedient fällt in die Organisationsverantwortung des Auftraggebers, rechtfertigt aber nicht Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten als notwendig.

Auch der Grundsatz der Waffengleichheit spricht im vorliegenden Fall dagegen, die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten als notwendig anzuerkennen, denn die ASt hat ihrerseits auf die Hinzuziehung verzichtet und sich selbst vertreten.

#### 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 beigefügt 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.

Dr. Herlemann

Brune