

1. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt



I. Entwurf
69d - VK - 49/2015

Leitsätze:

1. Zur ausnahmsweisen Bejahung des Drittschutzes bei § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A (a.F.).
2. Zur Bestimmung der Rügefrist i.S.v. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB (a.F.) bei vorheriger anwaltlicher Beratung sowie Marktkenntnis und -erfahrung.
3. In der Rüge sind zumindest Anknüpfungstatsachen oder Indizien vorzutragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergabeverstoß begründen. Der Bieter darf aufgrund seines Wissens subjektiv mögliche bzw. wahrscheinliche Vergabeverstöße behaupten, insbesondere wenn es um solche geht, die ausschließlich der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnen sind oder die das Angebot eines Mitbewerbers betreffen.
4. Bei der Bewertung eines Angebotes durch den Auftraggeber ist nur die Einhaltung der Grenzen des ihm zustehenden Ermessens- und Beurteilungsspielraum vergaberechtlich nachprüfbar. Der Kernbereich der Wertung, insbesondere die Bepunktung selbst, ist daher einer Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen nicht zugänglich.

Stichworte: Drittschutz bei § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A (a.F.); Rügefrist;
Rügeanforderungen; Nachprüfbarkeit der Angebotswertung

Normen: §§ 97 Abs. 4 Satz 1, 107 Abs. 3 Satz 1 GWB (a.F.), §§ 19 EG Abs. 5, Abs. 6 Satz 2 VOL/A (a.F.)

Streitgegenstand: Rahmenvereinbarung über Mobilfunkdienste,
Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach VOL/A (a.F.)

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren



- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED]
[REDACTED]

- Antragsgegner -

weitere Beteiligte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

wegen

Rahmenvereinbarung über Mobilfunkdienste,

Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach VOL/A,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ulber und den ehrenamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Wentz

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. April 2016
am 11. Mai 2016 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin.

- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 6. Dezember 2015 die Vergabe einer Rahmenvereinbarung für Mobilfunkdienste (ohne mobile Endgeräte) und Anbindung an das [REDACTED] zwecks Übertragung von Sprache und Daten, ca. [REDACTED] für sämtliche [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] sowie Tochtergesellschaften, im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach VOL/A europaweit aus (EU-ABl. [REDACTED] V-Nr./AKZ: [REDACTED]).

Nach Ziff. II.1.4 dieser Bekanntmachung war für die Rahmenvereinbarung eine Laufzeit von 36 Monaten vorgesehen, diese konnte um zwölf Monate verlängert werden (Ziff. II.2.1 der Bekanntmachung).

Als Zuschlagskriterium wurde das wirtschaftlich günstigste Angebot bestimmt (Ziff. IV.2.1 der Bekanntmachung).

In Ziff. VI.3, letzter Satz, der Bekanntmachung wurde verlautbart, dass die Angebotsfrist für das erste Angebot voraussichtlich am 6. März 2015 endet.

Beim anschließenden Teilnahmewettbewerb wurden am 5. Januar 2015 die eingegangenen Teilnahmeanträge geöffnet. Der Wettbewerb ergab, dass für die vorgesehene Leistung die Antragstellerin und die Beigeladene in Betracht kommen.

Vom 30. Januar bis 6. März 2015 wurde die erste Angebotsrunde durchgeführt. Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe am 30. Januar 2016 erhielten die Beteiligten die Vergabeunterlagen, welche u.a. die Ausschreibungs- und Rahmenbedingungen - ARB - (A2) mit Stand vom 28. Januar 2015, die Leistungsbeschreibung (A3) und den Kriterienkatalog (B2) mit Stand vom 28. Januar 2015 enthielten.

In Kap. 4.1 der ARB wurde über die Struktur der Vergabeunterlagen und des Angebots informiert; dabei wurde vorgegeben, dass Änderungen an den Vergabeunterlagen durch den Bieter unzulässig sind und zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen (Bl. 87-88 d. Vergabeakte [VA]).

In Kap. 5.1 bis 5.4 der ARB (Bl. 92-95 d. VA) wurden die Modalitäten zur Bewertung der Angebote bestimmt, wobei in Kap. 5.1 dargelegt wurde, dass nach der formalen Angebotsprüfung die Einhaltung der sog. Ausschlusskriterien (A-Kriterien), die in Leistungsbeschreibung und Kriterienkatalog mit „[A]“ gekennzeichnet waren, geprüft wird (Bl. 92 d. VA); sollten Angebote diese Kriterien erfüllen, waren sie gemäß Kap. 5.2 einer weiteren Leistungsbewertung - welche der Ermittlung der Leistungspunktzahl L (Qualität) diene - anhand der sog. Bewertungskriterien (B-Kriterien) zu unterziehen, die in den ebengenannten Unterlagen mit „[B]“ gekennzeichnet waren (Bl. 92 d. VA). Der Erfül-

lungsgrad der einzelnen in den Kriterien niedergelegten Leistungsanforderungen war nach folgendem Schema zu bewerten (Bl. 93 d. VA):

Wertebereich:	Punkte:	Zielerfüllungsgrad:
I	8 bis 10 Punkte	Hoher Zielerfüllungsgrad
II	4 bis 7 Punkte	Durchschnittlicher Zielerfüllungsgrad
III	0 bis 3 Punkte	Geringer Zielerfüllungsgrad

Bei voller Erfüllung einer Anforderung waren 10 Punkte zu vergeben, bei teilweiser Erfüllung hatte die Bewertung des Kriteriums entsprechend dem Zielerfüllungsgrad (0 bis 9 Punkte) zu erfolgen (Bl. 93 d. VA).

In Kap. 5.4 der ARB wurde die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes im Wesentlichen folgendermaßen festgelegt: „Das wirtschaftlichste Angebot wird nach der erweiterten Richtwertmethode gemäß der Unterlage für die Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen, Version 2.0, Stand: Juni 2010 (UfAB V) des Beschaffungsamtes des Bundesministeriums des Innern gebildet. Dabei wird die Kennzahl für das Leistungs-Preis-Verhältnis Z nach folgender Formel aus der Preiskennzahl P und der Leistungspunktzahl L ermittelt: $Z=L/P$ (...) Der Schwankungsbereich ist mit 5 % (...) in Abweichung vom führenden Wert Z festgelegt. Unter den Angeboten, bei denen das Leistungs-Preis-Verhältnis Z nicht mehr als 5% vom führenden Angebot abweicht, entscheidet allein die Gesamtzahl der erreichten Leistungspunkte (L). Über dieses abschließende Entscheidungskriterium wird das Angebot ermittelt, das den Zuschlag erhält.“ (Bl. 94-95 d. VA).

Im Kriterienkatalog (Bl. 159 ff d. VA) wurden häufig - aber nicht ausnahmslos - Anforderungen an die Leistungserbringung gestellt und konkrete Zielvorgaben gemacht. In diesen Fällen waren die Wettbewerber aufgefordert, sofern die jeweiligen Anforderungen nicht erfüllt sein würden, anzugeben, welche Einschränkungen gegeben seien und was stattdessen angeboten werde.

Zugleich enthielt der Kriterienkatalog Wertungskriterien, bei denen die Wettbewerber lediglich aufgefordert waren, zu beschreiben, wie sie die Einzelleistung zu erbringen gedächten. Spezifische Anforderungen an die Leistungserbringung wurden dabei nicht gestellt; konkrete Zielvorgaben wurden nicht gemacht. Dies betrifft im Einzelnen die folgenden Kriterien: Nr. 3.1-(20) bis -(35), 3.4.-(8) und -(9), 3.5.-(15), 3.6.-(3), 3.7.-(3), 3.8.-(7) und -(9), 3.13.-(3), 3.14.-(1), 4.1.-(1), 4.3.-(6) und -(7), 5.1.-(16), 6.1.-(9), 6.3.-(17), 6.6.4.-(2) des (aktualisierten) Kriterienkatalogs.

Diesen Wertungskriterien war gemein, dass der Antragsgegner nicht angegeben hatte, wie genau er das Punkteschema jeweils anzuwenden gedenke, d.h. unter welchen Umständen er die jeweilige Leistungsanforderung mit welchem Zielerfüllungsgrad bewerten würde.

Ferner enthielt der Kriterienkatalog u.a. folgende Wertungskriterien: „Legen Sie Informationen zu durchgeführten Netztests (...) bei“, Nr. 3.1.-(29); „Nutzung von Datendiensten im Ausland, getrennt nach einzelnen Ländergruppen“, Nr. (3.9.-(5)); „Beschreiben Sie den Vorgang zur Sicherstellung der Anforderung, wenn der bevorzugte Roaming-Partner nur ein sehr schwaches Sendesignal hat“, Nr. 3.13.-(3), und „Zur Abrechnung der privaten Nutzung stellt der AN eine Lösung mit getrennter Rechnungsstellung (...) bereit“, Nr. 6.6.4.-(1).

Vom 7. bis 17. April 2015 wurden Bieterfragen gestellt und beantwortet.

Am 22. und 23. April 2015 wurde die erste Verhandlungsrunde durchgeführt.

In der Zeit vom 13. Mai bis 15. Juni 2015 fand die zweite Angebotsrunde mit vom Antragsgegner zuvor aktualisierten Vergabeunterlagen statt.

Darauf folgend wurden vom 29. Juni bis 9. Juli 2015 weitere Bieterfragen gestellt und beantwortet.

Sodann erfolgte am 15. und 16. Juli 2015 die zweite Verhandlungsrunde.

Es schloss sich die dritte Angebotsrunde mit wiederum aktualisierten Vergabeunterlagen an, die vom 31. Juli bis 3. September 2015 durchgeführt wurde. Dabei gab die Beigeladene ihr Angebot vom 24./28. August 2015 ab; die Antragstellerin tat dies mit Angebot vom 1. September 2015.

Vom 18. September bis 9. Oktober 2015 fand die vierte und letzte Angebotsrunde statt, bei der nur das preislich finale, d.h. letzte verbindliche Angebot (Best and final Offer - BafO -) abzugeben war; die Vergabeunterlagen wurden nicht aktualisiert. Dabei gaben die Beteiligten jeweils unter dem 5. Oktober 2015 ihr finales Angebot (BafO) ab.

In der Folgezeit wurden die Angebote gewertet.

Bei der Angebotsprüfung auf der dritten Wertungsstufe kam der Antragsgegner zu dem Ergebnis, dass die Angebote - d.h. jene beider Beteiligten - im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung nicht ungewöhnlich niedrig seien.

Auf der vierten Wertungsstufe brachte der Antragsgegner die Wertungskriterien, bei denen die Wettbewerber lediglich aufgefordert waren, zu beschreiben, wie sie die Einzelleistung zu erbringen gedächten, dadurch zur Anwendung, dass er die Angebote der Wettbewerber miteinander verglich. Dazu bewertete er jeweils die bessere der angebotenen Einzelleistung mit 10 Punkten, maß die aus seiner Sicht schwächere Einzelleistung sodann im Verhältnis daran und versah sie mit einem niedrigeren Punktwert. Waren die angebotenen Einzelleistungen aus seiner Sicht gleich gut, wurden sie auch gleich bewertet. In einem Fall nahm der Antragsgegner keinen relativen Vergleich der Angebote vor, sondern einen Vergleich zu einer am Markt verfügbaren Lösung [Nr. 3.11-(6) des Kriterienkatalogs].

Die Angebotsprüfung bei der vierten Wertungsstufe ergab, dass die Beigeladene das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe.

Am 5. November 2015 informierte der Antragsgegner die Beteiligten, dass der Beigeladene der Zuschlag erteilt werden soll.

Mit Schreiben vom 9. November 2015 rügte die Antragstellerin, dass die Beigeladene die Vergabeunterlagen geändert hätte.

Am 10. November 2015 rügte sie, die Beigeladene könne das Kriterium Nr. 3.4 -(6) des Kriterien-Kataloges nicht erfüllen.

Der Antragsgegner half den Rügen mit Schreiben vom 11. November 2015 erklärtermaßen nicht ab, da die Angebotswertung vergaberechtskonform durchgeführt worden sei.

Am 12. November 2015 erhob die Antragstellerin ihre dritte Rüge, in der sie - weitgehend unter Wiederholung ihrer vorherigen Rügen - vortrug, dass auch die Anforderungen in Nr. 3.4-(11) und -(12) sowie Nr. 3.5-(1) des Kriterien-Kataloges für die Beigeladene nicht zeitnah bzw. gar nicht erfüllbar seien.

Mit Schriftsatz vom 13. November 2015 stellte sie ihren Nachprüfungsantrag, den sie bei Weitem, aber nicht vollständig mit dem Inhalt ihrer Rügen begründete.

Sie beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 107 ff einzuleiten und diesen Nachprüfungsantrag der Antragsgegnerin zuzustellen;
2. die Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin aufzuheben und das Vergabeverfahren in den Stand vor der Angebotswertung des letzten verbindlichen Angebots zurück zu versetzen;
3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen auszuschießen und die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
4. der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabeakte der Antragsgegnerin zu gewähren;
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen;
6. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin notwendig war.

Die Vergabekammer übermittelte den Antrag am selben Tage an den Antragsgegner und forderte bei ihm fristsetzend die Vergabeakte an.

Mit Schriftsatz vom 19. November 2015 beantragte die Beigeladene, zum Verfahren beigeladen zu werden.

Mit Schreiben vom 23. November 2016 erwiderte der Antragsgegner auf den Nachprüfungsantrag und beantragte,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Zur Begründung trug er im Wesentlichen vor, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, da die Rügen mangels unverzüglicher Geltendmachung präkludiert seien. Die Antragstellerin hätte spätestens einen Tag nach Erhalt der Bieterinformation, mithin am 6. November 2015, rügen müssen, weil ihr am 5. November 2015 bekannt gewesen sei, dass die Beigeladene den Zuschlag erhalten soll; stattdessen hätte sie den Antragsgegner am 6. November 2016 nur um bestimmte Auskünfte ersucht. Zudem sei der Antrag wegen des rechtskonform durchgeführten Vergabeverfahrens unbegründet; die gegenteiligen Behauptungen der Antragstellerin würden allein auf Vermutungen beruhen, für die sie sich ausschließlich auf ihre eigene Marktkennntnis berufe.

Am 1. Dezember 2015 sah die Antragstellerin in die Vergabeakte ein, soweit ihr dies aus wichtigen Gründen nicht zu versagen war.

Mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2015 vertiefte die Antragstellerin ihren Vortrag, wobei sie insbesondere mehrere Wertungsfehler geltend machte. So sei die Gewichtung unkorrekt, da bestimmte Angaben im Vergabevermerk zu Unterkriterien gegenüber Hauptkriterien rechnerisch unstimmtig seien. Zudem verstoße die Bepunktung gegen bekanntgemachte Wertungsregeln, im Einzelnen seien zum einen weniger Punkte vergeben worden als der jeweiligen Begründung entnehmbar sei, zum zweiten hätten bei

bestimmten Kriterien mehr Punkte vergeben werden müssen als tatsächlich erteilt worden waren. Schließlich beanstandete sie, der Vergabevermerk sei nicht fortlaufend geführt und unterzeichnet worden.

Dem trat der Antragsgegner mit Schreiben vom 12. Januar 2016 entgegen, indem er vor allem den Standpunkt vertrat, dass Bewertungsmethode, Wertung und Gewichtung vergaberechtskonform durchgeführt worden seien; auch weise der Vergabevermerk keine Dokumentationsfehler auf. Ferner bedürfe die Antragstellerin wegen ihrer Beteiligung an gleichgelagerten Nachprüfungsverfahren vor einer anderen Vergabekammer keines Bevollmächtigten für das vorliegende Verfahren.

Am 14. Januar 2016 wurde die Beigeladene zum Verfahren beigezogen.

Sie sah am 21. Januar 2016 in die Vergabeakte ein, soweit ihr dies aus wichtigen Gründen nicht zu versagen war.

Mit Schriftsatz vom 26. Januar 2016 beantragt sie,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären.

Dies begründete sie zusammengefasst damit, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, weil die Antragstellerin mangels Schadensdrohung und -darlegung nicht antragsbefugt sei; denn aus dem Vortrag des Antragsgegners zum preislichen Abstand der Angebote sei hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin eine aussichtslose Rangstelle zu entnehmen. Ebenso sei der Antrag unbegründet, da das Angebot der Beigeladenen die verlangten Anforderungen erfülle und dem Antragsgegner kein Wertungsfehler unterlaufen sei.

In der Folgezeit vertieften die Beteiligten ihre Kontroverse.

Am 26. Januar 2016 beantragt die Antragstellerin hilfsweise,

die Vergabeentscheidung des Antragsgegners aufzuheben und das Vergabeverfahren in den Stand der dritten Angebotsrunde vor der Abgabe des letzten verbindlichen Gesamt-Angebotes zurückzusetzen.

Als Anlass für diesen Hilfsantrag verwies sie auf den letzten Vortrag des Antragsgegners.

Dieser stellt daraufhin mit Schreiben vom 5. Februar 2016 folgenden Antrag:

1. Der Nachprüfungsantrag einschließlich des hilfsweise von der Antragstellerin im Schriftsatz vom 26. Januar 2016 gestellten Antrags wird zurückgewiesen.
2. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich etwaiger zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendiger Aufwendungen des Antragsgegners auferlegt.

Als Begründung wiederholte er im Wesentlichen die Gründe für seinen ursprünglichen Antrag.

Nachfolgend setzten die Beteiligten ihre Kontroverse bis einschließlich der mündlichen Verhandlung fort.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig, aber – soweit er zulässig ist – nicht begründet.

- 1.) Die teilweise Zulässigkeit beruht auf folgenden Erwägungen:
 - a.) Der Antrag ist gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB in der bis zum 18. April 2016 geltenden Fassung teilweise unzulässig. Nach dieser Vorschrift sind Rügen von Verstößen gegen Vergabevorschriften präkludiert, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

Vorliegend kann die Antragsstellerin nach Einsichtnahme in die Vergabeakten nicht mehr damit gehört werden, dass der Antragsgegner gegen den vergaberechtlichen Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen habe, weil die Kriterien Nr. 3.1-(25), 3.11-(6) und 3.13-(3) des Kriterienkatalogs (s. Bl. 159 ff d. VA) wegen der jeweils fehlenden Zielvorgabe, nicht hinreichend bestimmt genug gewesen seien und der Antragsgegner bei der Wertung der Angebote auf der vierten Wertungsstufe deshalb andere Maßstäbe angelegt habe als er zuvor bekanntgegeben habe.

Zwar hatte der Antragsgegner hier die Zuschlagskriterien nicht ausnahmslos so unmissverständlich formuliert, dass auch fachkundige Bieter potentiell keinerlei Verständnisschwierigkeiten haben würden. Die Vergabekammer hat über die gerügten Zuschlagskriterien hinaus die Verwendung einer Vielzahl von Zuschlagskriterien festgestellt, bei denen keine konkreten Zielvorgaben gemacht wurden. Sie hat auch festgestellt, dass der Antragsgegner nahezu ausnahmslos einen relativen Vergleich zwischen einzelnen Angebotsteilen vorgenommen hatte, indem sie jeweils die bessere der angebotenen Einzelleistung mit 10 Punkten bewertet, die aus ihrer Sicht schwächere Einzelleistung sodann im Verhältnis daran gemessen und mit einem niedrigeren Punktwert versehen hat.

In der Zusammenschau mit den die Bewertung der Angebote betreffenden Ausschreibungs- und Rahmenbedingungen vom 28. Januar 2015 hätte aber der Antragsstellerin schon im Moment der ihr obliegenden Prüfung der Vergabeunterlagen (VK Sachsen, Beschl. v. 4. September 2013 - Az.: 1/SVK/022-13 -; VK Südbayern, Beschl. v. 21. Oktober 2013 - Az.: Z3-3-3194-1-29 -08/13 -) klar sein müssen, dass das Wertungssystem in den Fällen, in denen der Antragsgegner lediglich eine Beschreibung der angebotenen Einzelleistung verlangt, nicht aber das Ziel benennt hatte, an dem er den Zielerfüllungsgrad messen will, unbestimmt und daher notwendig ausfüllungsbedürftig gewesen ist. Eine solche laienhafte und durch vernünftige Beurteilung hervorgebrachte rechtliche Wertung (OLG Naumburg, Beschl. v. 13. Mai 2008 - Az.: 1 Verg 3/08 -) wäre der Antragsstellerin möglich gewesen, weil sie sich zur Optimierung ihrer Angebotsteile in naheliegender Weise hätte fragen müssen, was der Antragsgegner eigentlich erwartet und wie er die Angebotsteile schließ-

lich bewerten will. Die dann aber gebotene Rüge hat sie nicht fristgerecht erhoben, da sie dies erst mit ihrem Schriftsatz vom 15. Dezember 2015, mithin nach Ablauf der am 6. März 2015 endenden ersten Angebotsfrist tat; dem Fristablauf steht die vierte und letzte Angebotsrunde nicht entgegen, weil diese am 9. Oktober 2015 endete und somit diese Zeitbestimmung auch als diesbezügliche Angebotsfrist galt, die aber mit in Rede stehender Rüge ebenfalls überschritten war. Aus dem Umstand, dass die Antragstellerin nicht gerügt hatte, schließt die Vergabekammer, dass diese sich im Moment der Prüfung der Vergabeunterlagen sehr wohl dessen bewusst gewesen sein musste, was von ihr erwartet werden würde, nämlich, Einzelleistungen in einer möglichst hohen Güte zu erbringen. Ihr musste auch bewusst gewesen sein, dass der Antragsgegner die Güte der von ihr angebotenen Einzelleistung im Zweifel durch einen Vergleich zu den am Vergabeverfahren beteiligten Wettbewerbern beurteilen werden würde. Die Antragstellerin verfügt nach ihren eigenen Angaben über eine ausgeprägte Kenntnis des Marktes. Im Wissen um die Leistungsfähigkeit ihrer Wettbewerber im Großkundengeschäft hatte sie also die Möglichkeit gehabt, die jeweiligen Einzelleistungen ihres Angebots zu optimieren, ohne dass der Antragsgegner konkrete Zielvorgaben hätte machen und ein bis in die letzten Unterkriterien und deren Gewichtung gestaffeltes Wertungssystem hätte aufstellen müssen (s. Müller-Wrede-Gnittke-Hattig, VOL/A, 3. Auflg. 2010, § 9 EG Rn. 31, wo eine solche Rechtspflicht verneint wird).

Soweit die Antragstellerin vorträgt, das Wertungskriterium Nr. 3.1-(29) - Informationen zu durchgeführten Netztests und deren Testergebnisse - sei ungeeignet, da die Netztests keinen Bezug zu den individuellen Anforderungen des Antragsgegners zeigen würden, ist dies ebenfalls präkludiert. Hier hätte die Antragstellerin schon bei der Kenntnisnahme der Vergabeunterlagen erkennen müssen, dass Testergebnisse in Netztests keinen solchen Bezug aufweisen, und hätte dies unverzüglich rügen müssen.

Gleiches gilt für das Vorbringen zu Kriterium Nr. 3.9-(5) des Kriterienkatalogs, in welchem der Antragsgegner die Nutzung der Datendienste im Ausland, getrennt nach einzelnen Ländergruppen, gefordert hatte. Soweit die Antragstellerin nun geltend macht, kein Netzbetreiber könne eine individuelle Sperrung von Ländergruppen realisieren, war dies ebenfalls unverzüglich nach Kenntnisnahme der Vergabeunterlagen und der Prüfung der Wertungskriterien durch die Antragstellerin erkennbar gewesen.

Ebensolches gilt für das Kriterium Nr. 3.13-(3) des Kriterienkatalogs hinsichtlich des Vorgangs zur Sicherstellung der Anforderung, wenn der bevorzugte Roaming-Partner nur ein sehr schwaches Sendesignal hat. Soweit die Antragstellerin meint, die Erwartungshaltung des Antragsgegners sei nicht nachvollziehbar und das Kriterium ungeeignet, da das Verfahren bei allen Netzbetreibern gleich sei, ist die Rüge ebenfalls verspätet. Für den Gesichtspunkt, das Kriterium sei nicht hinreichend bestimmt gewesen um eine Bewertung vornehmen zu können, ergibt sich dies schon aus den vorstehenden Ausführungen. Für den Gesichtspunkt, das Kriterium eigne sich nicht als Bewertungs-

grundlage, weil alle Netzbetreiber das gleiche Verfahren einsetzen, war dies bereits nach Kenntnisnahme und Prüfung der Vergabeunterlagen erkennbar gewesen und hätte bis Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gerügt werden müssen.

Soweit die Antragstellerin zum Kriterium Nr. 6.6.4-(1) des Kriterienkatalogs, namentlich zu den dortigen Vorgaben „Zur Abrechnung der privaten Nutzung stellt der AN eine Lösung mit getrennter Rechnungsstellung (...) bereit“, meint, diese Forderung basiere auf dem Wettbewerbs-Produkt und daher sei die Formulierung der Forderung im Hinblick auf die getrennte Rechnungsstellung nicht neutral, kann dem nicht gefolgt werden. Den einen Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität kann ein Antragsteller nicht mehr geltend machen, wenn sich bei der Wertung herausstellt, dass sein Angebot die Anforderung der Spezifikationen der Ausschreibung nicht erfüllt (s. Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 17). Ob die konkrete Formulierung gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verstößt, konnte die Antragstellerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt erkennen. Es ist nicht ersichtlich, warum eine aus Sicht der Antragstellerin nun vorliegende Kenntnis der Produkte der Wettbewerberin nicht schon bei Kenntnisnahme der Vergabeunterlagen bestanden haben soll.

Da die Antragstellerin diese Rügen nicht bis Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gerügt hat, kann sie im vorliegenden Verfahren nicht mehr damit gehört werden.

- b.) Den Zweifeln der Antragstellerin zur Auskömmlichkeit des Angebotes der Beigeladenen, weil diese mutmaßlich ein ungewöhnlich niedriges Angebot i.S.v. § 19 EG Abs. 6 VOL/A vorgelegt haben könnte, kann mangels Zulässigkeit genauso wenig gefolgt werden.

Dem steht bereits die Antragsbefugnis entgegen, da § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A grundsätzlich keine bieterschützende Wirkung entfaltet, weil diese Vorschrift in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers vor der Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos dient (VK Bund, Beschl. v. 9. Dezember 2015 - Az.: VK 2-107/15 -; s. i.Ü. Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Scharf, VOL/A, 1. Aufl. 2013, § 19 EG Rn. 313 sowie die dortige Übersicht über die weiteren Meinungen in Rn. 314 und Rn. 315). Auch wenn man die Ansicht - die wohl tendenziell im Vordringen ist (s. die Rechtsprechungsübersicht bei Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand. 14. September 2015, § 19 EG VOL/A Rn. 22; s. ferner Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Dicks, VOL/A, 3. Aufl. 2014, § 19 EG Rn. 245) - teilen würde, solch ein Drittschutz sei ausnahmsweise und nur dann zu bejahen, wenn die Preisgestaltung des Billigbieters als wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise zu qualifizieren ist (Müller-Wrede-Horn, VOL/A, a.a.O., § 19 EG Rn. 251), führt dies hier zu keinem anderen Ergebnis. Diese enge Ausnahme setzt voraus, dass das Angebot in der zielgerichteten Absicht erfolgt ist, einen oder mehrere Wettbewerber vom Markt zu verdrängen (Weyand, a.a.O., § 19 EG VOL/A Rn. 22 m.w.N.; Müller-Wrede-Horn, a.a.O., § 19 EG Rn. 251). Die Darlegungs- und Beweislast für einen ausnahmsweise vorliegenden Drittschutz von § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A trägt derjenige, der sich zu seinen Gunsten darauf beruft (Müller-Wrede-Horn, a.a.O., § 19 EG Rn. 251 [a.E.]). Anhaltspunkte für solch einen gezielten Ver-

drängungswettbewerb mittels des Angebotes der Beigeladenen liegen hier nicht vor. Dergleichen wurde von der Antragstellerin weder dargelegt noch bewiesen, gleichwohl ihr der besagte Drittschutz bei Bejahung der Ausnahme zu Gute gekommen wäre.

c.) Die im Übrigen erhobenen Rügen sind zulässig.

Soweit der Antragsgegner meint, die vor der Einsicht in die Vergabeakte geltend gemachten Rügen seien – soweit sie nicht schon anderweitig präkludiert sind – nicht unverzüglich i.S.v. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB erhoben worden, geht er fehl. Unbeschadet der gebotenen Einzelfallbetrachtung bei Bestimmung der Rügefrist, beträgt die kürzeste angenommene Regelfrist ein bis drei Tage, während bei durchschnittlichen Fällen als Richtschnur ein Zeitraum von fünf bis sieben Werktagen als angemessen betrachtet wird, wobei manche Nachprüfungsinstanzen im Falle der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes ggf. etwas mehr Zeit zu billigen (s. nur Kulartz/Kus/Portz-Wiese, GWB, 3. Auflg. 2014, § 107 Rn. 106; Müller-Wrede-Hofmann, GWB, 2. Auflg. 2014, § 107 Rn. 32 – jew. m.w.N.; s. die Übersicht bei Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 14. September 2015, § 107 GWB Rn. 625 f, 627/1, 640 ff; krit. Heiermann/Zeiss-Summa, *jurisPK-Vergaberecht*, 4. Auflg. 2013/Stand: 2. Juli 2015, § 102 GWB Rn. 238, 240). Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch im Vergabeverfahren ein im Geschäftsleben üblicher Maßstab anzulegen ist, wonach an Sonn- und Feiertagen üblicherweise keine Bürotätigkeit stattfindet, so dass kein Bewerber bzw. Bieter gehalten ist, an allgemein arbeitsfreien Tagen eine Rügeschrift zu erarbeiten (Heiermann/Zeiss-Summa, a.a.O., § 107 GWB Rn. 237; Weyand, a.a.O., § 107 GWB Rn. 630 – jew. m.w.N.).

Hier hatte die Antragstellerin erstmals mit Schreiben vom 9. November 2015 auf die Bieterinformation vom 5. November 2015 gerügt; ihre letzte Rüge vor Antragstellung erfolgte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 12. November 2016. Damit betrug die wahrgenommene Rügefrist mindestens vier und höchstens sieben Kalendertage, einschließlich der Wochenendtage zwischen Bieterinformation und Rügen. Dieser Zeitraum ist für die Annahme einer unverzüglichen Rüge aus ebengenannten Erwägungen vertretbar.

Da in der vergaberechtlichen Rechtsprechung anerkannt ist, dass zur Abklärung, ob eine Rüge – und damit nachfolgend ein Nachprüfungsantrag – eingereicht werden soll, der Rat eines Anwalts eingeholt werden darf (OLG München, *Beschl. v. 19. Dezember 2013 – Az.: Verg 12/13 –*; VK Hessen, *Beschl. v. 17. April 2014 – Az.: 69d VK-11/2013 –*; Weyand, a.a.O., § 107 Rn. 626 m.w.N.), steht – entgegen der Auffassung des Antragsgegners – die vorherige anwaltliche Beratung der Unverzüglichkeit nicht entgegen; gleiches gilt für die Marktkenntnis und -erfahrung der Antragstellerin, weil dies die Beratung über eine etwaige Rügeerhebung nicht ersetzt.

Soweit der Antragsgegner des Weiteren der Ansicht ist, bei den vor Akteneinsicht erhobenen Rügen handele es sich um Verdachtsrügen, verkennt er, dass der Bieter behaupten darf, was er auf der Grundlage seines – oft nur beschränkten – Informationsstandes redlicherweise für wahrscheinlich oder für möglich halten darf; dies entbindet ihn aber nicht davon, wenigstens Anknüpfungstatsachen oder Indizien vorzutragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergabeverstoß begründen (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 23; s. Ziekow/Völlink-Dicks, *Vergaberecht*, 1. Auflg. 2011, §

107 GWB Rn. 40 [Fn. 124]; s. Kulartz/Kus/Portz-Wiese, a.a.O., § 107 Rn. 94). Er darf somit aufgrund seines Wissens subjektiv mögliche bzw. wahrscheinliche Vergabeverstöße behaupten, insbesondere wenn es um solche geht, die ausschließlich der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnen sind oder die das Angebot eines Mitbewerbers betreffen (OLG Frankfurt, Beschl. v. 9. Juli 2010 - Az.: 11 Verg 5/10 -; Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 23).

Hier berief sich die Antragstellerin bei ihren Rügen auf ihre Marktkenntnis und -erfahrung sowie auf Faltblätter, sog. Flyer, mit bestimmten Angaben der Beigeladenen.

Zwar wird ein substanzloses Vorbringen, das lediglich auf eigene Erfahrung des Antragstellers oder Informationen von Hörensagen beruht, teils als unzulässig erachtet (Heiermann/Zeiss-Summa, a.a.O., § 108 GWB Rn. 38), allerdings ist der Antragstellerin ihr insoweit beschränkter Informationsstand zugute zu halten, da ihre Rüge Umstände betreffen, die ihr aus Geheimhaltungsgründen verschlossen waren und sind; es liegt in der Natur der Sache, dass diese Umstände redlicherweise nur Antragsgegner und Beigeladener bekannt waren. Mit ihrem Verweis auf Marktkenntnis und -erfahrung sowie veröffentlichten Angaben der Beigeladenen hat sie immerhin die ihr verfügbaren Anknüpfungstatsachen für ihre Behauptungen und Vermutungen dargetan. Dies reicht im vorliegenden Fall aus, um die Rügen nicht als substanzlos anzusehen. Damit ist hinreichend Verdacht auf Vergabeverstöße gegeben.

Soweit die Beigeladene die Antragsbefugnis der Antragstellerin mangels entstandenem oder drohendem Schaden verneint hat, weil nach dem Vortrag des Antragsgegners sich zwischen den Angeboten ein preislicher Abstand befinden würde, so dass nach Ansicht der Beigeladenen das Angebot der Antragstellerin sich auf einem aussichtslosen Rang befinde, ist dem entgegenzuhalten, dass nur zwei Angebote - nämlich das der Antragstellerin und das der Beigeladenen - zur Angebotswertung vorlagen. Die Antragstellerin hat in ihrer Antragschrift vom 13. November 2015 selbst erklärt, dass sie davon ausgeht, dass sie und die Beigeladene die einzigen im Vergabeverfahren verblieben Bieter sind; die Antragschrift wurde der Beigeladenen mit ihrer Beiladungen zur Wahrung rechtlichen Gehörs zugesendet. Demnach hätte die Antragstellerin schon aufgrund dieser Konstellation ohne die Vergabeverstöße auf einen aussichtsreicheren Platz kommen können, wofür - was hier der Fall ist - ein schlüssiger Vortrag ausreicht (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 14; Kulartz/Kus/Portz-Möllenkamp, a.a.O., § 107 Rn. 49 ff). Daher ist der Antragsvoraussetzung zum Schaden i.S.v. § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB Genüge getan.

2.) Der Antrag hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB nicht verletzt, da der Antragsgegner die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten hat. Insbesondere hat er das Angebot der Beigeladenen vergaberechtskonform geprüft und gewertet.

a.) Bei der Auswahl der Angebote hat der Antragsgegner das der Beigeladenen gemäß § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, § 19 Abs. 5 EG VOL/A zu Recht weiter berücksichtigt. Nach diesen Vorschriften muss die Eignung eines Bieters, insbesondere der Umstand, dass er zu den ausgeschriebenen Leistungen in der

Lage ist, im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung geklärt sein und in diesem Zeitpunkt bejaht werden können. Der Auftraggeber darf jedenfalls dann keinen Auftrag an einen Bieter vergeben, der aufgrund gesicherter Erkenntnisse nicht in der Lage ist, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4. Februar 2013 - Az.: VII-Verg 52/12 -). Andernfalls ist ein Angebot zwingend nur dann auszuschließen, wenn die Vergabestelle die Eignung eines Bieters verneint oder die Wertung offensichtlich nicht tragfähig ist (OLG Frankfurt, Beschl. v. 13. Dezember 2011 - Az.: 11 Verg 8/11 -). Der dem Auftraggeber in dieser Hinsicht zustehende Beurteilungsspielraum ist im Nachprüfungsverfahren insofern nur eingeschränkt überprüfbar.

Die Nachprüfungsinstanzen haben lediglich zu untersuchen, ob das vorgeschriebene Verfahren für die Bewertung eingehalten, der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt, die selbst aufgestellten Vorgaben beachtet und keine sachwidrigen oder gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßenden Erwägungen angestellt wurden (s. Müller-Wrede-ders., a.a.O., § 7 EG Rn. 14; VK Hessen, Beschl. v. 8. Februar 2016 - Az.: 69d VK-37/2015 -).

Anhaltspunkte, dass der Antragsgegner die rechtlichen Grenzen des ihm bei der Bewertung zustehenden Beurteilungsspielraums, überschritten hatte, liegen indes nicht vor.

Gesicherte Erkenntnisse in Bezug auf das etwaige Fehlen der technischen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen sind hier nicht gegeben. Zwar hat die Antragsstellerin im Nachprüfungsverfahren gerügt, die Beigeladene könne - entgegen Nr. 3.5-(1) des Kriterienkatalogs - für einzelne Nutzer/Nutzergruppen des Antragsgegners keine Kopplung an ein Datennetz des Antragsgegners (Daten-CN) per transparenten IP-VPN-Link (Direktanbindung, nicht über das Internet) anbieten. Der Antragsgegner hat aber selbst nach dem Vortrag der Antragsstellerin in der mündlichen Verhandlung keine Zweifel an der technischen Leistungsfähigkeit der Beigeladenen geäußert. Das Vorbringen der Antragsstellerin musste beim Antragsgegner auch keine solchen Zweifel hervorrufen. Die vom Antragsgegner geforderte Dienstleistung mag - wie die Antragsstellerin meint - komplex sein und ihre Erbringung einen hohen Aufwand erfordern. Die Beigeladene mag - wie ihr Faltblatt (Flyer) zum mobilen VPN-Internet, vorgelegt als Anlage „Ast 8“, nahelegt - auch in einem anderen Zusammenhang werbend mit einer technischen Lösung aufgetreten sein, die der Anforderung des Antragsgegners nicht oder nicht vollständig entsprochen haben könnte. Dies allein aber musste den Antragsgegner nicht veranlassen, über die erfolgte Eignungsprüfung hinaus, aufzuklären, ob die Beigeladene gerade im Erfüllungszeitpunkt tatsächlich keine transparente Ende-zu-Ende-Übermittlung anbieten können würde. Eine zur Aufklärung verpflichtende Sachlage hat die Antragsstellerin nämlich nicht dargelegt. Diese hätte nur dann vorgelegen, wenn sich dem Antragsgegner Zweifel an der fehlenden Leistungsfähigkeit der Beigeladenen derart aufgedrängt haben müssten, dass er nicht mehr berechtigterweise von der uneingeschränkten Erfüllung des Vertrages hätte ausgehen dürfen. Jedoch war das hier nicht der Fall.

Im Übrigen ist die Prognoseentscheidung des Antragsgegners, dass die Beigeladene eine fachgerechte Vertragserfüllung erwarten lässt, nicht zu beanstanden. Sie findet ihre ausreichende Tatsachengrundlage in den Feststellun-

gen des Vergabevermerks. Dass dem Antragsgegner eine inhaltliche Bewertung des Angebots der Beigeladenen nach den Kriterien Nr. 3.5-(2) ff des Kriterienkatalogs offensichtlich möglich war, lässt den Rückschluss zu, dass der Antragsgegner in diesem Punkt zulässigerweise von der Leistungsfähigkeit der Beigeladenen ausgegangen ist und dass sich seine Bewertung im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsermessens hält.

- b.) Dies gilt gleichermaßen für die Behauptung, das Kriterium Nr. 3.4-(6) des Kriterienkatalogs sei durch die Beigeladene nicht erfüllbar, zumal die Antragstellerin dies allein in ihrer Rüge vom 10. November 2015 geltend gemacht hatte, aber nicht mehr in ihrer Antragschrift vom 13. November 2015 vorgebracht hat. Auch ihre nachfolgenden schriftsätzlichen Äußerungen, insbesondere die im Schriftsatz vom 15. Dezember 2015 und im Schriftsatz vom 4. Februar 2016, enthalten dazu keinen Vortrag.

Da die Beteiligten mit ihrem Vortrag den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens abgrenzen, mit dem sich die Nachprüfungsinstanzen - insoweit allerdings ungebunden - zu befassen haben (Heiermann/Zeiss-Summa, a.a.O., § 110 Rn. 14, 17; s. Müller-Wrede-Schneevogl, a.a.O., § 110 Rn. 4), ist diese Behauptung als gegenstandslos zu betrachten.

- c.) Auch die Behauptung, dass die Beigeladende die Kriterien Nr. 3.4-(11) und -(12) des Kriterienkatalogs nicht erfüllen könne, da sie die diesbezüglichen Leistungsmerkmale nach Auffassung der Antragstellerin nicht vor Ende des Jahres 2017 zur Verfügung stellen könne, greift nicht durch.

Denn bei diesen Kriterien handelt es sich ausweislich des Kriterienkatalogs jeweils um sog. Bewertungskriterien (B-Kriterien) (Bl. 166 d. VA). Im Gegensatz zu den sog. Ausschlusskriterien (A-Kriterien) führen diese nicht zum Ausschluss des Angebotes, sondern zu einer weiteren Leistungsbewertung. Abgesehen davon, dass es darauf ankommt, ob der Bieter zum Zeitpunkt des Angebotes die geforderte Leistung - wie hier - überhaupt angeboten hat, ist bei der Leistungsbewertung der immanente Beurteilungsspielraum nur - wie dargelegt - eingeschränkt nachprüfbar. Eine Überschreitung von Grenzen des Beurteilungsspielraums ist auch insoweit nicht erkennbar, zumal es sich bei der Auffassung der Antragstellerin über die künftige (Nicht-)Verfügbarkeit lediglich um ihre eigene Prognose handelt, die aber die Prognoseentscheidung des Antragsgegners nicht ersetzt.

- d.) Ferner weist die Vergabeakte für die Behauptung der Antragstellerin, die Beigeladene hätte ihr Angebot durch Beifügung eigener Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder durch entsprechende Verweise oder durch Preis- bzw. -Leistungsvorbehalte geändert, keine Anhaltspunkte auf.

Ebenso entbehren aus demselben Grund die Behauptungen, die Beigeladene würde bei internationaler Datennutzung über die geforderte Kostengrenze hinaus Daten abrechnen und sie würde Tarife und Konditionen auch freien Mitarbeitern, Journalisten und Korrespondenten des Antragsgegners anbieten, der Tatsachengrundlage.

- e.) Soweit die Antragstellerin geltend macht, der Antragsgegner habe bei einer Vielzahl von Kriterien eine vergaberechtswidrige Wertung vorgenommen, ist

dieses Vorbringen – sofern es nicht schon aus Gründen der Rügepräklusion als unzulässig angesehen wurde – unbegründet.

Bei der Bestimmung der Wirtschaftlichkeit des Angebots stehen dem Auftraggeber Ermessens- und zudem Beurteilungsspielräume zu: Hinsichtlich der Auswahl der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung hat er einen eigenen Ermessensspielraum; hinsichtlich der Wertung der Angebote anhand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien verbleibt ihm ein jedoch nur beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum (s. Müller-Wrede-ders., a.a.O., § 97 Rn. 59).

Beanstandungen an der Bewertung des Angebots durch den Antragsgegner in der vierten Wertungsstufe können, da ihm insoweit ein Beurteilungsspielraum eröffnet ist, nur – wie bereits ausgeführt – auf das Zugrundelegen eines falschen Sachverhaltes, auf Nichteinhaltung allgemeingültiger Bewertungsmaßstäbe, auf Ungleichbehandlung, Willkür oder sachfremde Erwägungen gestützt werden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27. Juli 2005 – Az.: VII-Verg 108/04 –). Den Nachprüfungsinstanzen ist es bei der Überprüfung verwehrt, ihre eigene Bewertung an die Stelle der Bewertung des Antragsgegners zu setzen; bei festgestellten Bewertungsfehlern ist indes die Wiederholung der Bewertung anzuordnen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27. Juli 2005 – Az.: VII-Verg 108/04 –).

Die Bewertung des von der Antragstellerin vorgelegten Angebotes weist keine der eben genannten Beurteilungs- bzw. Ermessensfehler auf. Bei keinem der zahlreichen Kriterien, bei denen die Antragstellerin eine fehlerhafte Punktevorgabe geltend gemacht hat, gibt es Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsgegner die Grenzen der ihm zustehenden Ermessens- und Beurteilungsspielräume überschritten hätte. In zahlreichen Punkten – so u.a. bei den Kriterien Nr. 3.1-(1) bis (3) des Kriterienkatalogs – räumt die Antragstellerin ein, dass ihr Angebot von den Vorgaben abweicht, hält aber einen geringeren Punktabzug für angemessen als den, welchen der Antragsgegner vorgenommen hatte.

Die Bepunktung ist jedoch Sache des Antragsgegners, zumal dies den Kernbereich der Wertung betrifft. Er selbst entscheidet, ob eine Abweichung einen hohen Grad an Bedeutsamkeit für die mit dem Auftrag verfolgten Zwecke aufweist oder ob ihnen eine geringe Bedeutung zukommt. Weicht das Angebot nominell gering von der Zielvorgabe ab, also etwa 1 %, kann die Bedeutung der Abweichung für die verfolgten Zwecke gleichwohl hoch sein. Bei weiteren Leistungsanforderungen geht die Antragstellerin bei ihrem Angebot von einer Vollerfüllung aus und kann eine geringere, d.h. nicht der Vollerfüllung entsprechenden Bepunktung nicht nachvollziehen – so etwa zu Nr. 3.1-(31) des Kriterienkatalogs. In diesen Fällen gibt es keinerlei Hinweise auf einen Fehlgebrauch des Beurteilungsermessens. Insbesondere ist der Antragsgegner bei seiner Bewertung von zutreffenden Sachverhalten ausgegangen. Insgesamt ist nicht erkennbar, dass er sich bei seiner Bewertung von sachfremden Erwägungen leiten ließ oder willkürliche Entscheidungen getroffen hat. Das durch die Ausschreibungs- und Rahmenbedingungen (ARB) vorgesehene Vorgehen ist diskriminierungsfrei eingehalten worden.

- f.) Schließlich ist auch ein Verstoß gegen die Dokumentationspflicht gemäß § 20 VOL/A nicht gegeben.

Gemäß § 20 VOL/A hat die Vergabestelle über die Vergabe eine Dokumentation anzufertigen, die u.a. jeweils getroffene Maßnahmen und eine Begründung ihrer einzelnen Entscheidungen enthält (Müller-Wrede-Diehl, VOL/A, 4. Auflg. 2014, § 20 Rn. 4, 8 i.V.m. § 24 EG Rn. 9; s. VK Hessen, Beschl. v. 26. Mai 2014 - Az.: 69d VK-07/2014 -). Die Dokumentation dient dem Ziel, die Entscheidungen der Vergabestelle transparent und sowohl für die Bieter als auch für die Nachprüfungsinstanzen überprüf- und nachvollziehbar zu machen (Müller-Wrede-Diehl, a.a.O., § 20 Rn. 5, § 24 EG Rn. 3; s. VK Hessen, Beschl. v. 26. Mai 2014 - Az.: 69d VK-07/2014 -).

Soweit Entscheidungen getroffen werden, sind nicht nur diese selbst zu dokumentieren, sondern auch zu begründen (s. VK Hessen, Beschl. v. 26. Mai 2014 - Az.: 69d VK-07/2014 -). Der Inhalt der Begründung hat so detailliert dokumentiert zu sein, dass die von der Vergabestelle getroffene Entscheidung für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Lesers, der sich mit der Dokumentation befasst, nachvollziehbar ist (s. Müller-Wrede-Diehl, a.a.O., § 20 Rn. 5, 8 i.V.m. § 24 EG Rn. 10, 27, 28; s. VK Hessen, Beschl. v. 26. Mai 2014 - Az.: 69d VK-07/2014 -, Beschl. v. 12. Februar 2008 - Az.: 69d VK-01/2008 -).

Diesen Anforderungen trägt die Vergabeakte (Bl. 1-788 d. VA) Rechnung. Insbesondere weist sie keine Anhaltspunkte auf, dass die darin enthaltenen Unterlagen das Vergabeverfahren nicht zeitnah dokumentieren.

Gleiches gilt für den Vergabevermerk (Bl. 1-19 d. Vergabevermerks). Zwar enthält er die Angabe „Stand: 16.11.2015“ (Bl. 1 d. Vergabevermerks), doch folgt daraus nicht zwingend, dass er erst an diesem Tag verfasst wurde. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist vielmehr davon auszugehen, dass es sich hierbei um den Bearbeitungsstand handelt. Da § 20 VOL/A kein Unterschriftserfordernis bestimmt, ist die hier fehlende Unterzeichnung des Vergabevermerks unschädlich.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 4; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 2) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben.

Da die Antragstellerin - was vorherrschend nötig ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 16) - ihr Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,- €. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (s. Müller-Wrede/Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 4, 6, 7). Dabei ist sich am Bruttoauftragswert des Angebots der Antragstellerin zu orientieren (OLG Frankfurt, Beschl. v. 29. August 2014 – Az.: 11 Verg 3/14 –; Weyand, a.a.O., § 128 GWB Rn. 19, 283; Heiermann/Zeiss-Summa, jurisPK-Vergaberecht, a.a.O., VT 2 zu § 128 GWB, Rn. 9, 10). Aus diesem ergibt sich hier unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von ████████ €.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen zu tragen (§§ 128 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB). Die Aufwendungen der Beigeladenen sind erstattungsfähig, da sie sich – wie erforderlich (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 29; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28) – mit demselben Rechtsschutzziel wie der Antragsgegner aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt, indem sie eigene Sach- und Rechtsüberlegungen schriftlich und in der mündlichen Verhandlung geäußert sowie dort einen Antrag gestellt hat. Sie waren daher der unterlegenen Antragstellerin aus Gründen der Billigkeit aufzuerlegen (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene war angesichts – wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 – Az.: 11 Verg 10/13 –; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 29; s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 33, 33a) – der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 HVwVfG). Eine Beteiligung an gleichgelagerten Nachprüfungsverfahren vor eine anderen Vergabekammer steht dem nicht entgegen, zumal jede Nachprüfungsinstanz das vor ihr anhängige Verfahren nach den Umständen des Einzelfalls zu würdigen und zu entscheiden hat.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -,
Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main,

einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abwei-

chende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Harnisch
Vorsitzender

Ulber
Hauptamtliche Beisitzerin