**Vergabekammer Niedersachsen beim**

**Niedersächsischen Ministerium**

**für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr**

**Auf der Hude 2**

**21339 Lüneburg**

**Az.: VgK-22/2015**

**Lüneburg, den 08.07.2015**

**B e s c h l u s s**

In dem Nachprüfungsverfahren

der xxxxxx,

Verfahrensbevollmächtigte: xxxxxx

**- Antragstellerin -**

**gegen**

die xxxxxx,

**- Antragsgegnerin –**

**beigeladen:**

xxxxxx,

Verfahrensbevollmächtigte: xxxxxx

* **Beigeladene -**

**wegen**

Vergabeverfahren xxxxxx Beschaffung neuer Software für das Einwohnermeldewesen,

hat die Vergabekammer durch den Vorsitzenden MR Gause, die hauptamtliche Beisitzerin Dipl.-Ing. Rohn und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Dierks auf die mündliche Verhandlung vom 25.06.2015 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Verhandlungsverfahren auf den Zeitpunkt vor Aufforderung zur Abgabe des finalen Angebotes zurück zu versetzen, die Bieter unter Mitteilung einer festgelegten Leistung ohne Varianten erneut zur Abgabe eines finalen Angebotes aufzufordern, die Wertung der Angebote durchzuführen und in einer den Anforderungen des § 24 EG VOL/A genügenden Weise in der Vergabeakte zu dokumentieren. Dabei hat sie die aus den Entscheidungsgründen ersichtliche Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beachten.

Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurück gewiesen.

1. Die Kosten des Verfahrens hat die Antragsgegnerin zu 2/3, die Antragstellerin zu 1/3 zu tragen. Die Antragsgegnerin ist jedoch von der Entrichtung des auf sie entfallenden Gebührenanteils befreit.
2. Die Kosten werden auf xxxxxx € festgesetzt.
3. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu 2/3 zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts war für die Antragstellerin notwendig.

**Begründung:**

**I.**

Zur Beschaffung neuer Software für das Einwohnermeldewesen schrieb die Stadt xxxxxx mit europaweiter Bekanntmachung vom xxxxxx.2014 ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnehmerwettbewerb aus.

Der Auftrag umfasst

- die Lieferung eines EWO-Verfahrens auf Basis einer Standard – SW,

- ggfs. nötige Anpassungen des EWO-Fachverfahrens an die Anforderungen der Auftrag-  
 geberin,

- die Unterstützung bei Konfiguration und Inbetriebnahme des neuen EWO-Fachverfahrens,

- die Datenmigration aus SAP (GES KA- EWO),

- Schulung für ca. 50 Nutzer des neuen EWO-Fachverfahrens und

- Service und Wartung des Verfahrens über 5 Jahre.

Die im Teilnahmewettbewerb erfolgreichen Bieter wurden zur Vorlage indikativer Angebote aufgefordert. Mit den hierzu versandten Vergabeunterlagen wurden die Bieter u.a. über das Verfahren zur Angebotsbewertung informiert. Hiernach soll das wirtschaftlichste Angebot durch Ermittlung des Leistung-Preis-Verhältnisses mithilfe der Medianmethode gemäß UfAB V Version 2.0 Ziff. 4.21.4 ermittelt werden.

Der Wertigkeitsfaktor für die Leistung ist auf 70 % und der Wertigkeitsfaktor für den Preis auf 30 % festgesetzt. Für die Gesamtbewertung maßgeblich ist die Wertungszahl Z[Angebot], die Kennzahl für Leistung-Preis-Bewertung, die nach nachfolgender Formel berechnet wird:

Z[Angebot]=WF[Leistung]\*(L[Angebot]/L[Median])-WF[Preis]\*(P[Angebot]/P[Median])

Die Leistungsanforderungen sollen auf Basis des von den Bietern ausgefüllten Kriterienkatalogs zur Leistungsbeschreibung bewertet werden, wobei je nach Erfüllungsgrad 0-5 Bewertungspunkte vergeben werden sollen. Eine Bewertungsmatrix informiert über die Gewichtung der einzelnen Kriterien und ihre Bewertung. Die Leistungspunkte eines Kriteriums sind das Produkt der erreichten Bewertungspunkte und der angegebenen Gewichtung. Die in die Formel einzusetzende Leistungskennzahl L[Angebot] ist die Summe aller Leistungspunkte.

Die für die Bewertung des Angebots zu berücksichtigende Preiskennzahl P[Angebot] soll alle vom Auftraggeber an den Auftragnehmer zu entrichtenden Entgeltanteile über die Vertragslaufzeit enthalten. Sie wird anhand des vom Bieter auszufüllenden Preisblattes ermittelt.

Auf Basis der Indikativangebote fanden vom 08.04.2015 bis zum 17.04.2015 Bietergespräche im Rahmen der ersten Verhandlungsrunde statt. Nach Auswertung aller Gespräche wurde das Leistungsverzeichnis in einigen Punkten angepasst und konkretisiert.

Die Änderungen im Leistungsverzeichnis betreffen u.a. die Ziffern 3.2.5 - Datenmigration und 3.3.3 - Schulung der Administratoren und Anwender. Zur Datenmigration werden zwei Varianten und zur Schulung der Administratoren und Anwender werden drei Varianten beschrieben, die im Preisblatt zu bepreisen sind. Zum geänderten Preisblatt gibt die Vergabestelle folgende Hinweise:

„Im überarbeiteten Preisblatt ist vorgesehen, dass die dort angegebene Angebotsvariante bei den Punkten 3.1.7 und 3.3.3 der Leistungsbeschreibung als Angebotspreis anzugeben ist. Die Varianten sind als positive oder negative Abweichung zum Angebotspreis anzugeben. In die Preisbewertung fließen der Angebotspreis mitsamt der durch die Auftraggeberin ausgewählten Varianten ein.“

Das Preisblatt zum finalen Angebot wurde als Excel-Datei zur Verfügung gestellt.

Zur Ermittlung des Wertungspreises sind folgende Preise einzutragen:

* die Kosten für die abnahmereife Überlassung der Softwarelösung ohne Datenmigration
* **Migration** des Auftraggeber-Datenbestandes nach Ziffer 3.2.5 **Variante 2** der Leistungsbeschreibung
* **Schulung** der Anwender und Administratoren des Auftraggebers gemäß Ziffer 3.3.3 **Variante 1** der Leistungsbeschreibung sowie Vor-Ort-Betreuung
* Vorhalten der Wartungsleistungen gemäß EVB-IT Vertrag über einen kalkulatorischen Zeitraum von 48 Monaten unter Einschluss etwaiger Zusatzmodule

und soweit nicht bereits im Preis für die Überlassung enthalten

* Zusatzkosten Sondermodul digitale Akte K 6.3
* Zusatzkosten Sondermodul Bewohnerparkausweis K 6.4.

Aus diesen Preisen errechnet sich der Wertungspreis.

Hiernach werden zusätzlich Preise abgefragt für

* **Migration** des Auftraggeber-Datenbestandes nach Ziffer 3.2.5 **Variante 1** der Leistungsbeschreibung
* Kosten für **Schulung** gemäß Ziffer 3.3.3 **Variante 2** der Leistungsbeschreibung
* Kosten für Schulung gemäß Ziffer 3.3.3 Variante 3 der Leistungsbeschreibung

wobei jeweils einzutragen ist, inwieweit die hier angebotenen Varianten von den auf Seite 1 des Preisblattes abgefragten Varianten für Migration und Schulung abweichen. Soweit die Kosten geringer sind, ist ein Negativpreis einzutragen. Die zusätzlich abgefragten Preisangaben gehen nicht in den von Excel errechneten Wertungspreis ein.

Mit Schreiben vom 22.04.2015 wurden die Bieter aufgefordert, auf Basis überarbeiteter Vergabeunterlagen bis zum xxxxxx.2015 ihre finalen Angebote vorzulegen.

Zur Submission am xxxxxx.2015 lagen drei Angebote vor. Sie wurden geprüft und gewertet. Die Leistungsbewertung wurde für jedes Angebot in der Bewertungsmatrix dokumentiert. Nach diesen Eintragungen hat das Angebot der Antragstellerin bei sechs Kriterien nicht die volle Punktzahl erhalten. Die Spalte „Anmerkungen“ enthält jeweils stichwortartige Begründungen für die Abwertungen. Von 2250 möglichen Leistungspunkten erreichten die Antragstellerin 2134 und die Beigeladene 2207 Punkte.

Im Vermerk vom 08.05.2015 hat die Antragsgegnerin die erreichten Leistungs- und Preiskennzahlen für alle Angebote zusammengestellt. Die hier vermerkten Wertungspreise sind nicht identisch mit den durch Excel errechneten Wertungspreisen auf den Preisblättern der Bieter. Zur Ermittlung der Wertungspreise hat die Antragsgegnerin vermerkt:

„Bei der Ermittlung des Preises wurde für die **Datenmigration** die **Variante 1** (…) und für die **Schulung** die **Variante 2** (...) zu Grunde gelegt.“

Die Rangfolge der Angebote wurde nach den mittels der bekannt gegebenen Formel errechneten Wertungszahlen Z für Leistung-Preis-Bewertung ermittelt. Hierbei wurden die von der Antragsgegnerin errechneten Angebotspreise für die von ihr ausgewählte Variantenkombination berücksichtigt. Nach Maßgabe der Wertungszahlen Z für Leistung-Preis-Bewertung liegt das Angebot der Beigeladenen auf Rang 1 vor dem Angebot der Antragstellerin.

Mit **Informationsschreiben** vom 21.05.2015 wurden die Bieter über den für den 01.06.2015 beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen informiert. Der Antragstellerin wurde im Formblatt mitgeteilt, dass ihr Angebot aus technischen und funktionsbedingten Gründen nicht das wirtschaftlichste gewesen sei. Ihr Angebot habe 2134 Punkte erhalten, das Angebot des Bestbieters dagegen 2207 Punkte.

Mit **Rügeschreiben** vom 28.05.2015 beanstandete die Antragstellerin das Informationsschreiben als unzureichend, denn es enthalte keine den gesetzlichen Anforderungen genügenden Informationen. Bei Verwendung einer Referenzmethode und zugehöriger Matrix sei ein Auftraggeber gehalten, die Nichtberücksichtigung des Angebotes durch Mitteilung der im einzelnen vergebenen Punkte nebst Begründung zu erläutern, und zwar so, dass nachvollziehbar sei, was die Punktedifferenz zu anderen Bietern und insbesondere zum Bestbieter herbeiführt. Unter Hinweis auf die am 01.06.2015 endende Stillhaltefrist forderte sie die Antragsgegnerin auf, ihr bis zum 29.05.2015 die Angebotswertung vollständig offen zu legen. Im Einzelnen verlangte sie die Offenlegung der Ermittlung und Begründung aller Punktzahlen zu allen Wertungs- und Unterkriterien, die Ermittlung und Begründung der ermittelten Leistungs- und Preiskennzahl nach der angekündigten Medianmethode, die Mitteilung der Medianwerte Preis und Leistung und der Wertungszahlen Z aller besser platzierten Bieter. Soweit ihr Angebot bei einzelnen Kriterien nicht die Höchstpunktzahl erreicht habe, seien ihr außerdem die Merkmale und Vorteile der besser bewerteten Angebote und des für den Zuschlag vorgesehenen Angebotes unter Offenlegung der jeweiligen Punktzahlen und zugehörigen Begründungen mitzuteilen.

Mit E-Mail vom 28.05.2015, 17:55 Uhr, **rügte** der Bevollmächtigte der Antragstellerin unter Verweis auf das bereits vorliegende Rügeschreiben der Antragstellerin **nochmals** ausdrücklich die Intransparenz der Wertungsentscheidung und des Absageschreibens vom 21.05.2015. Für den Fall, dass der Rüge nicht bis Freitag, den 29.05.2015, 9 Uhr, abgeholfen werde, kündigte er die Stellung eines Nachprüfungsantrages an.

Mit Schreiben gemäß § 101a GWB vom 29.05.2015 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin über die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes, indem sie alle Kriterien bekannt gab, bei denen das Angebot der Antragstellerin nicht die volle Punktzahl erhalten hat. Außerdem erhielt die Antragstellerin die Bewertungsmatrix für die Bewertung ihrer Leistung.

Mit **Nachprüfungsantrag** vom 29.05.2015 wandte sich die Antragstellerin an die Vergabekammer. Sie beanstandet das Informationsverhalten der Antragsgegnerin als Verstoß gegen § 101a GWB. Die Vorabinformation vom 21.05.2015 lasse die Wertungsentscheidung und die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes nicht nachvollziehen. Mit Schreiben vom 29.05.2015 habe die Antragsgegnerin zwar ergänzende aber insgesamt immer noch unzureichende Informationen gegeben. Offen gelegt werden müsse

* die Angebotswertung des Angebotes der Antragstellerin nach dem bekannt gemachten Bewertungssystem inklusive der Ermittlung und Begründung aller Punktzahlen unter allen Wertung-und Unterkriterien sowie der Ermittlung und Begründung der ermittelten Leistung-und Preiskennzahlen nach der von der Antragsgegnerin angekündigten Medianmethode,
* die Medianwerte Preis und Leistung sowie die Wertungszahl Z aller besser platzierten Bieter,
* Merkmale und Vorteile der besser bewerteten Angebote und des für den Zuschlag vorgesehenen Angebotes unter Offenlegung der jeweiligen Punktzahlen und zugehörigen Begründungen.

Die gegebenen Informationen versetzten sie nicht in die Lage, zu entscheiden, ob die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Wertungsentscheidung Aussicht auf Erfolg habe. Die Wahrung von Betriebs-und Geschäftsgeheimnissen oder sonstige Gründe könnten ihren Informationsansprüchen nicht entgegengehalten werden, denn sie fordere ausschließlich Informationen über die Angebotswertung.

Außerdem habe die Antragsgegnerin versäumt, die Stillhaltefrist gesetzeskonform neu in Gang zu setzen. Infolge hiervon sei ihr überhaupt keine Möglichkeit geblieben, die ergänzenden Informationen sachgerecht zu prüfen.

Die intransparente Verfahrensführung der Antragsgegnerin erschwere ihr die Inanspruchnahme des ihr gesetzlich zustehenden effektiven Primärrechtsschutzes. Im Hinblick auf den für den 01.06.2015 angekündigten Zuschlag habe sie zur Wahrung ihrer Rechte einen Nachprüfungsantrag stellen müssen.

Die Zuschlagsentscheidung sei zu beanstanden, denn die hierbei angewandte Medianmethode sei vergaberechtswidrig, weil bei dieser Bewertungsmethode die Entscheidung über den Zuschlag zwischen 2 Angeboten bei unveränderten Inhalten der betroffenen Angebote vom Inhalt eines dritten Angebotes abhängen könne. Da bei Abgabe der Angebote unklar sei, welcher Medianwert bei der Anwendung der Bewertungsmethode gebildet und angewendet wird, sei die Gewichtung der Zuschlagskriterien entgegen § 9 EG Abs.1 lit. b) VOL/A nicht hinreichend in den Vergabeunterlagen bekannt gemacht.

Die ergänzend übersandten Informationen ließen zudem erkennen, dass die Wertung ihres Angebotes grob fehlerhaft und auch die Vergabeentscheidung insgesamt falsch sei.

Die in der Spalte „Anmerkungen“ der Bewertungsmatrix gegebenen stichwortartigen Begründungen zur Abwertung der 6 mitgeteilten Kriterien seien falsch, unzureichend oder nicht nachvollziehbar. Bei der Wertung dieser Unterkriterien sei die Antragsgegnerin von unzutreffenden Sachverhalten und unvollständigen Tatsachen ausgegangen. Auch habe sie das Fehlen von Aspekten negativ bewertet, die sie nicht bekannt gemacht bzw. nach denen sie gar nicht gefragt habe. Damit habe die Antragsgegnerin bei der Punktvergabe ihren Wertungsspielraum rechtswidrig überschritten. Im Hinblick darauf, dass nach ihrer Einschätzung ihr Angebot das preislich günstigere sei und die Differenz der Leistungspunkte lediglich 73 Punkte betrage, dürfte bei korrekter Wertung der Zuschlag auf ihr eigenes Angebot und nicht auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen sein.

Nach Akteneinsicht beanstandete sie zusätzlich die nicht vergaberechtskonform gestaltete Aufnahme von Varianten für die Migrationsleistungen und die Schulungsleistungen als Wahlpositionen in das Leistungsverzeichnis des finalen Angebotes und die sich hieraus ergebende Bewertung der Angebotspreise durch die Antragsgegnerin.

Hiermit sei sie nicht präkludiert, denn nach der Rechtsprechung seien die engen Voraussetzungen, nach denen Wahl- bzw. Alternativpositionen in vergaberechtlich zulässiger Weise ausgeschrieben werden können, Spezialwissen, das bei einem Bieter nicht vorausgesetzt werden könne. Auch bei der Antragsgegnerin sei dieses Wissen offenbar nicht vorhanden. Zudem habe sie den Verstoß erst nach Kenntnis des Schreibens der Vergabekammer vom 11.06.2015, die die fehlerhafte Gestaltung und Bewertung der Wahlpositionen bereits erkannt hatte, und durch die Akteneinsicht erkennen können.

Vorliegend sei die Aufnahme der Varianten vergaberechtswidrig, weil die Antragsgegnerin vorab keine Kriterien festgelegt und bekannt gegeben habe, nach denen über deren Auswahl entschieden werden soll. Die Antragsgegnerin habe erkennbar auch keine sachlichen Erwägungen zur Auswahl angestellt und dokumentiert. Unter den gegebenen Bedingungen eröffne die Aufnahme der Wahlpositionen der Antragsgegnerin erhebliche Manipulationsmöglichkeiten. Die hiernach erfolgte Wertung sei vergaberechtswidrig und verletze sie in ihren Bieterrechten, denn bei Zugrundelegung anderer Ausführungsvarianten bei der Preisbewertung könne sich eine andere Rangfolge der Angebote - auch zu ihren Gunsten - ergeben.

Zur Beseitigung der Vergaberechtsverstöße müsse das Verfahren zurückversetzt werden. Vor Aufforderung zur finalen Angebotsabgabe müsse die Antragsgegnerin nicht nur entscheiden, welche der Ausführungsvarianten sie beauftragen will, sondern sie müsse auch ihre offenbar bestehenden Anforderungen und Erwartungen zu den einzelnen Leistungskriterien deutlich in der Bewertungsmatrix darlegen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag in dem Vergabeverfahren zu erteilen und ihr aufzugeben, die Wertung der Angebote transparent zu machen;
2. festzustellen, dass die ursprüngliche Information nach § 101a GWB nicht den vergaberechtlichen Anforderungen genügt hat.
3. hilfsweise, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen;
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin notwendig war;
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag abzuweisen;
2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragsgegnerin der Antragstellerin aufzuerlegen;
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären;

Sie hält den Nachprüfungsantrag mangels rechtzeitiger und inhaltlich konkreter Rüge für unzulässig. Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 28.05.2015 lediglich Informationswünsche vorgetragen, die zudem am 29.05.2015 erfüllt worden seien. Selbst wenn es sich um eine Rüge gehandelt hätte, wäre diese - eine Woche nach Erhalt des Informationsschreibens - verfristet gewesen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Über die gemäß § 101a GWB anzugebenden Gründe, warum ihr Angebot nicht bezuschlagt werden konnte, sei die Antragstellerin durch Übersendung der Bewertungsmatrix detailliert informiert worden. Sie konnte erkennen, bei welchen Kriterien sie nicht die volle Punktzahl erhalten hat. Sie habe keinen Anspruch auf Offenlegung sämtlicher Wertungsergebnisse, der besser bewerteten Funktionalitäten der anderen Bieter und deren Angebotspreise. Bei Kenntnis der Wertungszahlen Z für Leistung-Preis-Bewertung der besser platzierten Bieter könnte sie rechnerisch deren Angebotspreise ermitteln. Dies widerspreche zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens dem Grundsatz des Geheimwettbewerbs, denn es sei nicht auszuschließen, dass das Verfahren in einen früheren Stand zurückversetzt wird. In diesem Fall wäre der Wettbewerb durch ihre exklusive Kenntnis der Angebotspreise der anderen Bieter beeinträchtigt. Die Wertungszahl Z für Leistung-Preis-Bewertung ihres eigenen Angebotes könne die Antragstellerin selbst ermitteln.

Soweit die Antragstellerin die angeblich unzulässige Anwendung der Medianmethode beanstande, sei sie hiermit präkludiert. Eine entsprechende Rüge hätte sie vor Ablauf der Angebotsfrist vortragen müssen. Es treffe zwar zu, dass die Wertung zweier Angebote vom Inhalt eines dritten Angebotes abhänge. Da es nur einen Medianwert geben kann, sei aber nicht unklar, welcher Medianwert genutzt wird. Im Übrigen stehe einem Auftraggeber ein Ermessen zu, welche Kriterien er zur Beurteilung des wirtschaftlichen Angebots heranziehe und welche Bewertungsmethode er zu dessen Ermittlung nutze.

Grundlage der Bewertung seien die Aussagen der Bieter im Verhandlungsgespräch und ihre im finalen Angebot mitgeteilten Informationen gewesen. Den Verhandlungsgesprächen hätten die Bieter durchaus entnehmen können, worauf es der Vergabestelle ankommt. Nachträglich in die Wertung eingeführte versteckte Anforderungen und Erwartungen habe es nicht gegeben.

Die vermissten Eigenschaften bei Wertung der Kriterien K 1.9, und K 1.13 seien im Verhandlungsgespräch nachgefragt worden. Sie wurden weder in der Produktpräsentation gezeigt, noch wurden sie im finalen Angebot von der Antragstellerin als Teil der Leistung beschrieben. Da sie nicht vorhanden sind und nach dem finalen Angebot auch nicht Bestandteil des ausgelieferten Produktes sein werden, sei die Abwertung gerechtfertigt. Im Falle des Kriteriums K 1.15 habe die Antragstellerin auf Nachfrage erklärt, dass sie die nachgefragten Funktionen - mit Zusatzkosten - anbieten könne. Offenbar habe sie aber zugunsten eines günstigeren Angebotspreises auf die Aufnahme dieser Funktionen in das Angebot verzichtet. Folglich konnten diese Funktionen auch nicht positiv bei der Bewertung berücksichtigt werden.

Zum Kriterium K 1.19 habe die Antragstellerin selbst bestätigt, dass die erwartete Funktion nicht in der vom Auftraggeber gewünschten Art und Weise sondern anders möglich wäre. Für diese Alternative habe die Antragstellerin keinen Anspruch auf die volle Punktzahl.

Auch beim Kriterium K 1.20 entspreche die angebotene Funktion nicht vollumfänglich den Anforderungen für dieses Kriterium. Beim Kriterium K 4.1 wurden zu Recht 0 Punkte vergeben, weil die Antragstellerin im Verhandlungsgespräch die Frage „Können Layout, Schriftgröße, Position der Buttons etc. angepasst werden?“ zweifelsfrei mit „Nein“ beantwortet habe. Die Angebotswertung sei in allen Punkten fehlerfrei erfolgt, insbesondere lägen keine rechtswidrigen Überschreitungen des Bewertungsspielraumes vor.

Mit ihrer Rüge der Vorgaben von Varianten für Migration und Schulung und deren Wertung erst im Nachprüfungsverfahren sei die Antragstellerin präkludiert. Sie sei bereits zum Zeitpunkt ihrer 1. Rüge anwaltlich beraten gewesen und könne sich daher nicht auf Unkenntnis berufen. Im Verhandlungsgespräch habe die Antragstellerin selbst Anregungen hierzu gegeben. Die Vergabestelle habe daraufhin die Abfrage verschiedener Varianten zum finalen Angebot angekündigt. Die Aufnahme der Wahlpositionen sei auch nicht unzulässig.

Die Beigeladene hält den Nachprüfungsantrag ebenfalls für unzulässig und im Übrigen für unbegründet. Sie unterstützt den Vortrag der Antragsgegnerin. Ergänzend trägt sie vor, das Verfahren dürfe nicht zum Zwecke von Nachverhandlungen zurückversetzt werden, da die Antragstellerin das Wertungsergebnis zu ihrem Angebot kenne und deshalb ein funktionierender Geheimwettbewerb nicht mehr gesichert sei.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss des Vorsitzenden vom 01.07.2014 gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB die Frist für die abschließende Entscheidung der Vergabekammer in diesem Nachprüfungsverfahren über die gesetzliche 5-Wochen-Frist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 GWB) hinaus bis zum 10.07.2015 verlängert.

Wegen des übrigen Sachverhaltes wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, das Protokoll der mündlichen Verhandlung am 25.06.2015 und die Vergabeakte Bezug genommen.

**II.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und zum Teil begründet. Die Antragstellerin ist in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt, soweit die Antragsgegnerin in der Aufforderung zum finalen Angebot die Bieter aufgefordert hat, auch für die im überarbeiteten Preisblatt erstmals angegeben Angebotsvarianten bei den Punkten 3.2.5 (Migration) und 3.3.3 (Schulung) der Leistungsbeschreibung einen Angebotspreis als positive oder negative Abweichung zum Angebotspreis anzugeben. Hiermit hat sich die Antragsgegnerin vorbehalten, erst nach Submission zu entscheiden, welche Angebotsvarianten sie bei der Wertung des Preises berücksichtigen wird und sich damit einen Einfluss auf die Rangfolge der Angebote bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes ermöglicht. Sie hat damit im Ergebnis sowohl gegen das Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung gemäß § 8 EG Abs. 1 VOL/A als auch gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstoßen.

Im Übrigen, insbesondere soweit die Antragstellerin die in der Vergabeakte dokumentierte Angebotswertung, die Punktevergabe für ihr eigenes Angebot zu den einzelnen Leistungskriterien und die Anwendung der Medianmethode beanstandet, ist der Nachprüfungsantrag dagegen unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantragsantrag ist zulässig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber i. S. des § 98 Nr. 1 GWB. Der streitbefangene Auftrag übersteigt auch den für die Zuständigkeit der Vergabekammer maßgeblichen Schwellenwert gem. § 100 Abs. 1 GWB. Danach gilt der 4. Teil des GWB nur für solche Aufträge, die die Auftragswerte erreichen oder überschreiten, die durch Rechtsverordnung nach

§ 127 GWB festgelegt sind. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um die Bereitstellung, Lieferung und Installation eines Verwaltungssoftwarepakets für das Einwohnermeldewesen inklusive Migration des vorhanden Datenbestandes und Schulung der zuständigen Mitarbeiter der Antragsgegnerin und damit um einen Dienstleistungsauftrag i. S. des § 1 EG VOL/A, für den gem. § 2 Abs. 1 VgV i. V. m. Art. 7 der Richtlinie 2004/18/EG in der seit 01.01.2014 geltenden Fassung ein Schwellenwert von 207.000,00 € für die Gesamtmaßnahme gilt. Die von der Antragsgegnerin vor Beginn des Vergabeverfahrens geschätzten Gesamtkosten (vgl. Ausschuss- und Ratsvorlage des Geschäftsbereichs xxxxxx vom xxxxxx.2014) überschreiten den Schwellenwert deutlich.

Die Antragstellerin war auch gem. § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung von Rechten durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, in dem sie vorträgt, die Antragsgegnerin habe zu Unrecht das Angebot der Beigeladenen als wirtschaftlichstes Angebot ermittelt. Die Angebotswertung sei nicht transparent. Die per E-Mail der Antragsgegnerin vom 21.05.2015 übersandte Information genüge nicht den Anforderungen des § 101a GWB. Bei Verwendung einer Referenzmethode und zugehöriger Matrix sei ein Auftraggeber gehalten, die Nichtberücksichtigung des Angebotes durch Mitteilung der im einzelnen vergebenen Punkte nebst Begründung zu erläutern, so dass nachvollziehbar sei, was die Punktedifferenz zu anderen Bietern und insbesondere zum Bestbieter herbeiführt. Auch das weitere Informationsschreiben der Antragsgegnerin vom 29.05.2015, in dem die Antragsgegnerin alle Kriterien bekannt gab, bei denen das Angebot der Antragstellerin nicht die volle Punktzahl erhalten hat und mit dem die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Bewertungsmatrix für die Bewertung der eigenen Leistung übersandte, genüge diesen Anforderungen nicht. Die ergänzend übersandten Informationen ließen zudem erkennen, dass die Wertung ihres Angebots grob fehlerhaft und auch die Vergabeentscheidung insgesamt falsch sei.

Voraussetzung für die Antragsbefugnis gem. § 107 Abs. 2 GWB ist, dass das Antrag stellende Unternehmen einen durch die behauptete Rechtsverletzung entstandenen oder drohenden Schaden darlegt. Das bedeutet, dass der Antragsteller diejenigen Umstände aufzeigen muss, aus denen sich schlüssig die Möglichkeit eines solchen Schadens ergibt (vgl. Boesen, Vergaberecht, § 107, Rdnr. 52). Nach herrschender Meinung und Rechtsprechung sind an diese Voraussetzung keine zu hohen Anforderungen zu stellen.

Es genügt für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages, wenn der Bieter schlüssig einen durch die Rechtsverletzung drohenden oder eingetretenen Schaden behauptet und darlegt, dass durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß seine Chancen auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein können (vgl. BVerfG, Urteil vom 29.07.2004 - 2 BvR 2248/03; Möllenkamp in: Kulartz/Kus/Portz, GWB Vergaberecht, § 107, Rdnr. 35 ff.). Ob tatsächlich der vom Bieter behauptete Schaden droht, ist eine Frage der Begründetheit (vgl. BGH, Beschluss vom 29.05.2006 - X ZB 14/06). Die Antragstellerin hat ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis dargelegt, indem sie vorgetragen hat, dass sie bei der aus ihrer Sicht gebotenen fehlerfreien Bewertung ihres eigenen Angebotes eine Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, zumal sie das preislich günstigste Angebot abgegeben hat.

Die Antragstellerin ist auch ihrer Pflicht gem. § 107 Abs. 2 Nr. 1 GWB nachgekommen, vor Anrufung der Vergabekammer die geltend gemachten Verstöße gegen die Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren gegenüber dem Auftraggeber unverzüglich zu rügen. Bei der Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB handelt es sich um eine Präklusionsregel unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben. Der Bieter soll Vergabefehler nicht auf Vorrat sammeln. Die Rügepflicht des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB entsteht, sobald ein Bieter oder Bewerber im Vergabeverfahren einen vermeintlichen Fehler erkennt. Vorausgesetzt ist die positive Kenntnis des Bieters von den Tatsachen.

Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin mit E-Mail vom 21.05.2015 gemäß § 101a GWB darüber informiert, dass der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden soll. Auf ihr Angebot könne der Zuschlag nicht erteilt werden, weil ihr Angebot aus technischen und funktionsbedingten Gründen nicht das wirtschaftlichste gewesen sei. Mit Rügeschreiben vom 28.05.2015 und im Anschluss daran noch einmal mit E-Mail ihres Verfahrensbevollmächtigten vom gleichen Tage hat die Antragstellerin diese Entscheidung der Antragsgegnerin gerügt.

Diese innerhalb von 7 Tagen nach Erhalt des Informationsschreibens abgesetzte Rüge erfolgte unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Antragstellerin im Vorfeld der Rüge eine Rechtsanwaltskanzlei konsultiert hat, noch unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB.

Es kann vorliegend unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des OLG München (Beschluss vom 19.12.2013 - Verg 12/13, zitiert nach ibr-online) dahinstehen, ob die Präklusionsregel gem. § 107 Ab. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH (vgl. Urteil vom 28.01.2010 in den Rs.C-406/08 und C-456/08) überhaupt noch anwendbar ist (zu den unterschiedlichen Auffassungen aktuell VK Südbayern, Beschluss vom 18.03.2015 - Z3-3-3194-1-62-12/14 OLG Dresden, Beschluss vom 07.05.2010, Az.: WVerg 6/10, und OLG Rostock, Beschluss vom 20.10.2010, Az.: 17 Verg 5/10, zitiert nach ibr-online; offen gelassen noch durch OLG Celle, Beschluss vom 16.09.2010, Az.: 13 Verg 8/10). Bei diesen beiden zum irischen und englischen Recht ergangenen Entscheidungen des EuGH ging es um die Frage, ob ein Nachprüfungsantrag zulässig ist, wenn das Verfahren nicht unverzüglich eingeleitet wird. Der EuGH hat in den dortigen Entscheidungen den Unverzüglichkeitsbegriff als zu unbestimmt bewertet.

Das OLG München hat in seiner Entscheidung vom 19.12.2013 - Verg 12/13 offen gelassen, ob die Präklusionsregel des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nach diesen Entscheidungen des EuGH überhaupt noch anwendbar ist oder dem Europarecht widerspricht. Zumindest aber lasse sich den EuGH-Entscheidungen entnehmen, dass der Primärrechtsschutz nicht durch zu unklare Anforderungen verhindert werden soll. Das bedeutet auch, dass bei einer Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen nicht zu kleinlich zu verfahren ist (ebenso bereits OLG München, Beschluss vom 06.08.2012 - Verg 14/12, zitiert nach ibr-online). Im Ergebnis hat das OLG München eine innerhalb von sieben Werktagen nach Kenntniserlangung vom gerügten Sachverhalt erfolgte Rüge noch als unverzüglich i. S. des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB gewertet. Zur Begründung hat das OLG betont, dass in der vergaberechtlichen Rechtsprechung auch anerkannt ist, dass zur Abklärung, ob eine Rüge - und damit nachfolgend ein Nachprüfungsantrag - eingereicht werden soll, der Rat eines Anwalts eingeholt werden darf bzw. dem Bieter eine Überlegungsfrist zuzubilligen ist. Dies ist in Anbetracht der nicht leicht durchschaubaren rechtlichen Fragen und der nicht unerheblichen finanziellen Folgen, welche sich an die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens knüpfen, auch berechtigt.

Die Antragstellerin ist mit ihrem Nachprüfungsantrag entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin auch nicht präkludiert, soweit sie sich erstmals im Zuge des Nachprüfungsverfahrens gegen die Anwendung der Medianmethode im Zuge der Preisbewertung sowie gegen erst im Zuge der Angebotswertung durch die Antragsgegnerin getroffene Entscheidung über die berücksichtigten Varianten gewandt. hat. Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, dass die Antragstellerin bezüglich dieser gerügten Sachverhalte mit ihrem Vortrag gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert ist. Danach ist ein Antrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Zwar ist vorliegend unstreitig, dass die Antragsgegnerin den Bietern mit den Vergabeunterlagen bekannt gemacht hat, dass sie die Angebotswertung anhand der Medianmethode durchführen wird. Sie hat auch die konkrete Anwendung der Medianmethode erläutert. Über die Berücksichtigung der Varianten war die Antragstellerin wie auch die übrigen Bieter spätestens aufgrund des Preisblattes zum finalen Angebot informiert. Es kann jedoch vorliegend nicht unterstellt werden, dass allein aufgrund dieser Tatsachenkenntnis für die Antragstellerin auch erkennbar war, dass die Vorgabe und Berücksichtigung der Varianten und die Anwendung der Medianmethode möglicherweise - wie sie nunmehr im Zuge des Nachprüfungsverfahrens geltend macht – vergaberechtswidrig ist. Dabei ist vorliegend nicht entscheidend, ob für die Frage der Erkennbarkeit ein objektiver Maßstab (des durchschnittlichen Antragstellers) oder ein subjektiver Maßstab (des konkreten Antragstellers) anzulegen ist (vergleiche dazu Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 3. Aufl., § 107 GWB, Rn. 93, 83, m. w. N.). Auch für einen fachkundigen und mit öffentlichen Auftragsvergaben vertrauten Bieter muss nicht bekannt sein, dass die Medianmethode in der vergaberechtlichen Fachliteratur zum Teil kritisiert wird, weil im Ausnahmefall die Entscheidung über den Zuschlag zwischen zwei Angeboten bei unveränderten Inhalten der betroffenen Angebote von dem Inhalt eines dritten Angebots abhängen kann. Zudem wird vereinzelt kritisiert, dass bei der Medianmethode zum Zeitpunkt der Abgabe der Angebote unklar bleibt, welcher Medianwert bei der Anwendung der Bewertungsmethode gebildet und angewendet wird (vgl. Bartsch, NZBau, 2012, S. 393 ff.; Brackmann/Berger, VergabeR 2015, S. 313).

Die Antragstellerin musste auch nicht notwendiger Weise erkennen, dass die Aufnahme und Handhabung der Varianten durch die Antragsgegnerin möglicherweise unzulässig ist, weil sie eine vergaberechtswidrige Aufnahme und Auswahl von Wahlpositionen darstellen. Das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 13.04.2011 – Verg 58/10) hat zur Frage der diesbezüglichen Erkennbarkeit entschieden dass ein Zusammenhang mit Varianten oder Wahlpositionen liegender Rechtsverstoß weder unter Zugrundelegung eines objektiven noch eines subjektiven Maßstabes erkennbar ist. Zumindest können Bieter einen derartigen Vergaberechtsverstoß nur erkennen, wenn sie wissen, unter welchen engen Voraussetzungen Alternativpositionen in vergaberechtlich zulässigerweise ausgeschrieben werden können. Insoweit handelt es sich aber um vergaberechtliches Spezialwissen, dass weder bei der Antragstellerin noch bei einem anderen Bieter vorausgesetzt werden kann. Die Antragstellerin hat vorgetragen, dass sie zum Zeitpunkt der Abgabe des finalen Angebotes noch nicht anwaltlich vertreten war.

Der Nachprüfungsantrag ist daher zulässig.

1. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet. Die Antragsgegnerin hat sowohl gegen das Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung gemäß § 8 EG Abs. 1 VOL/A als auch gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstoßen, indem sie sich in der Aufforderung zum finalen Angebot vorbehalten hat, erst nach Submission zu entscheiden, welche Angebotsvarianten sie bei der Wertung des Preises berücksichtigen wird. Sie hat sich damit einen Einfluss auf die Rangfolge der Angebote bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes vorbehalten (im Folgenden a). Soweit die Antragstellerin die in der Vergabeakte dokumentierte Angebotswertung und die Punktevergabe für ihr eigenes Angebot zu den einzelnen Leistungskriterien beanstandet, ist der Nachprüfungsantrag dagegen unbegründet. Die Antragsgegnerin hat sämtliche Angebote ausschließlich nicht nur anhand des Zuschlagskriteriums des niedrigsten Preises, sondern auch anhand der als Hauptzuschlagskriterium festgelegten Leistungsbewertung unter Zugrundelegung der bekannt gemachten Bewertungskriterien und der bekannt gemachten Gewichtung gewertet (im Folgenden b). Auch die bekannt gemachte und in der Vergabeakte dokumentierte Anwendung der Medianmethode ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden (im Folgenden c).
2. Die Antragsgegnerin hat gegen das Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung gemäß § 8 EG Abs. 1 VOL/A und gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstoßen, indem sie sich in der Aufforderung zum finalen Angebot vorbehalten hat, erst nach Submission zu entscheiden, welche Angebotsvarianten sie bei der Wertung des Preises berücksichtigen wird. Weder die Voraussetzungen für die Aufnahme von vergaberechtlich nur ausnahmsweise zulässigen und erforderlichen Wahl-/Alternativpositionen in die Vorgaben für das finale Angebot noch die Kriterien für die Entscheidung über die erst bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes zum Tragen kommenden Alternativen gehen aus der vorliegenden Dokumentation des Vergabeverfahrens hervor.

Wahlpositionen sind Leistungspositionen, in denen sich der Auftraggeber noch nicht festgelegt hat, sondern mehrere Alternativen der Leistungserbringung ausschreibt, von denen er nach Kenntnisnahme der Angebotsinhalte eine Alternative für den Zuschlag auswählt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011 – Verg 58/10, zitiert nach ibr-online). Davon zu unterscheiden sind Bedarfs- oder Eventualpositionen. Während sich bei der Wahlposition der Auftraggeber vorbehält, die Grundpositionen durch die Alternativposition zu ersetzen (vgl. OLG München, Beschluss vom 27.01.2006, Verg 1/06) handelt es sich bei Bedarfs-oder Eventualpositionen um Leistungen, bei denen zum Zeitpunkt der Erstellung der Leistungsbeschreibung noch nicht feststeht, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sie tatsächlich zur Ausführung kommen werden. Solche Positionen enthalten nur eine im Bedarfsfall erforderliche Leistung, über deren Ausführung erst nach Auftragserteilung und nicht bereits bei Erteilung des Zuschlags entschieden wird (vgl. Wirner in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 3. Aufl., 5. Los, § 7 VOB/A, Rn. 40).

Da die Antragsgegnerin sich vorbehalten hat, den Zuschlag zwar wie von Anfang an festgelegt und bekannt gemacht auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, aber erst mit dem Zuschlag zu entscheiden, ob und welche Varianten hinsichtlich der Migration des Auftraggeber-Datenbestandes und der Schulung der Anwender und Administratoren zum Tragen kommen, hat sie Wahlpositionen in dem genannten Sinne mit der Aufforderung zum finalen Angebot festgelegt und abgefordert.

Gemäß § 8 EG Abs. 1 VOL/A ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind. Grundsätzlich erfolgt die Beschreibung der Leistung deshalb durch Grundpositionen (Normalpositionen). Diese Positionen enthalten Leistungen, die vom Auftraggeber verbindlich nachgefragt werden und ohne jeden Vorbehalt zur Ausführung gelangen sollen. Da der Auftraggeber die Entscheidung über die Ausführung einer Wahlposition aber in der Regel erst mit Zuschlagserteilung trifft, sind Wahlpositionen im Grundsatz nicht mit dem Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung zu vereinbaren und daher grundsätzlich vergaberechtswidrig (vgl. Wirner, a. a. O., § 7 VOB/A, Rdnr. 50, m. w. N.). Die Aufnahme eines begrenzten Anteils an Wahlpositionen wird in der Literatur dann für zulässig erachtet, wenn der Auftraggeber aus objektiven Gründen nicht in der Lage ist festzulegen, in welcher Art und Weise eine bestimmte Leistung ausgeführt werden soll bzw. muss. Unabhängig davon sollten Wahlpositionen wegen der hiermit verbundenen Unwägbarkeiten für die Bieter und der nachteiligen Auswirkungen auf die Transparenz der Ausschreibung nach wie vor nur sehr zurückhaltend eingesetzt werden. Denn ebenso wie Bedarfspositionen beeinträchtigen auch Wahlpositionen die Transparenz und die Gleichbehandlung der Bieter im Vergabeverfahren, da sie die Vorhersehbarkeit der Leistungsangebote anderer Bieter erschweren (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.03.2004 – VII Verg 7/04, zitiert nach ibr-online). Auch Wahlpositionen verschieben einen Teil des Planungsrisikos auf die Bieter und können in Extremfällen den Charakter der Leistungsbeschreibung oder gar des Vergabeverfahrens verändern (vgl. Traupel in: Müller-Wrede, VOL/A, 4. Aufl., § 8 EG, Rn. 34, m. w. N.).

Vorliegend ist in der Vergabeakte nicht dokumentiert, aus welchen Gründen oder Erwägungen die Antragsgegnerin für die Abforderung des finalen Angebots erstmals die Varianten aufgenommen hat. Die Antragsgegnerin hat im Zuge des Nachprüfungsverfahrens schriftsätzlich und auch in der mündlichen Verhandlung erläutert, dass sich die Abfrage der Optionen gerade aus einem intensiven und fruchtbaren Verhandlungsgespräch mit der Antragstellerin ergeben habe. Es seien gerade die Vorschläge der Antragstellerin gewesen, die Datenaufarbeitung während der Migration zu übernehmen sowie Schulungen auch in anderen als den Arbeitsräumen der Antragsgegnerin aufzunehmen. Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer vertiefend erläutert, dass bei Abgabe der finalen Angebote hausintern bei ihr noch nicht klar gewesen sei, welche Varianten letztlich zum Zuge kommen. Dies gelte insbesondere für die Varianten zu den Mitarbeiterschulungen. Die Fragen, zu welchem Zeitpunkt (Wochenendschulungen oder nicht) und in welcher Intensität und an welchen Orten entsprechende Schulungen stattfinden, hänge sowohl vom organisatorischen Ablauf bei der Antragsgegnerin als auch von der Zustimmung des Personalrates ab. Die Antragsgegnerin habe sich daher erst zum Zeitpunkt der Wertung der finalen Angebote endgültig entscheiden können, welche Variante vorliegend zum Zuge kommen kann. Dabei ist vorliegend zwischen den Beteiligten unstrittig, dass sowohl die Antragstellerin als auch die übrigen Bieter im Zuge der Verhandlungen darüber informiert wurden, dass die Antragsgegnerin über die Varianten erst im Rahmen der Wertung entscheiden wird.

Es ist nach Auffassung der Vergabekammer nicht zu beanstanden, wenn ein Auftraggeber im Zuge eines Verhandlungsverfahrens die Modalitäten für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen gegenüber dem Stand zur Abforderung der indikativen Angebote modifiziert. Gerade zur Ermöglichung derartiger Modifizierungen und Optimierungen der zu beschaffenden Leistungen dient das Verhandlungsverfahren. Es wäre der Antragsgegnerin vorliegend jedoch ohne weiteres möglich gewesen, den nachvollziehbar bestehenden hausinternen Abstimmungsbedarf hinsichtlich der organisatorischen Abläufe und der Beteiligung des Personalrates bezüglich der Aufnahme der Varianten zur Migration des Datenbestandes und der Schulung der Anwender und Administratoren zu decken, bevor sie die Bieter zur Abgabe des finalen Angebotes auffordert. Denn dann hätte sie bereits mit der Aufforderung zur Abgabe des finalen Angebotes den Bietern mitteilen können, für welches Modell der Leistungserbringung unter Berücksichtigung der Varianten sie sich entschieden hat. Damit hätte sie zugleich dem Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gemäß § 8 EG VOL/A und auch dem vergaberechtlichen Transparenzgebot gemäß § 97 Abs. 1 GWB entsprochen.

Unabhängig von der vorliegend nicht ersichtlichen zwingenden Notwendigkeit der Aufnahme von Wahlpositionen in Form der abgefragten Varianten ist vorliegend aus der Dokumentation in der Vergabeakte nicht ersichtlich, ob und welche Kriterien für die Inanspruchnahme der ausgeschriebenen Varianten maßgebend sein sollen. Der vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz gebietet es jedoch, dass der Auftraggeber, der Wahlpositionen verwendet, den Bietern diese Kriterien und Maßstäbe mitteilt, damit sachfremde und intransparente Beweggründe für die Entscheidung über die zum Tragen kommenden Alternativen von vornherein ausgeschlossen werden. Vorliegend aber hat die Antragsgegnerin sich – ob gewollt oder nicht – mit der vorbehaltenen Entscheidung über die Varianten erst im Zeitpunkt des Zuschlags einen Einfluss auf die Rangfolge der Angebote bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes vorbehalten. Ein solcher Vorbehalt wäre allenfalls zu vernachlässigen, wenn die abgeforderten Varianten so geringe Auswirkungen hätten, dass eine konkrete Auswirkung auf die Rangfolge auszuschließen ist. Dies ist aber vorliegend gerade nicht der Fall. Die Überprüfung der Vergabekammer hat ergeben, dass in dem Fall, dass sich die Antragsgegnerin im Zeitpunkt der Angebotswertung für die Beauftragung der ursprünglichen, im Preisblatt vorgegebenen Variantenkombination und nicht für die letztendlich gewählten Varianten entschieden hätte, die Antragstellerin anstelle der Beigeladenen das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hätte – und zwar sogar unabhängig von der von ihr im Übrigen beanstandeten Wertung der Leistung. Die Vorgabe und Berücksichtigung der Varianten in der vorliegenden Art und Weise war daher vergaberechtswidrig.

1. Soweit die Antragstellerin die in der Vergabeakte dokumentierte Angebotswertung und die Punktevergabe für ihr eigenes Angebot zu den einzelnen Leistungskriterien beanstandet, ist der Nachprüfungsantrag dagegen unbegründet. Die Antragsgegnerin hat sämtliche Angebote ausschließlich nicht nur anhand des Zuschlagskriteriums des niedrigsten Preises, sondern auch anhand der als Hauptzuschlagskriterium festgelegten Leistungsbewertung unter Zugrundelegung der bekannt gemachten Bewertungskriterien und der bekannt gemachten Gewichtung gewertet. Sie hat sich bei der Punktevergabe auch im Rahmen des dabei durch § 19 EG Abs. 8 VOL/A gewährten Beurteilungsspielraum gehalten.

Die Antragsgegnerin hat ausweislich des mit der Vergabeakte vorgelegten Vergabevermerks „Protokoll zur Angebotswertung der finalen Angebote“ vom 07./08.05.2015 nebst für alle Angebote beigefügter Bewertungsmatrices die Angebotswertung in vergaberechtlich nicht zu beanstandender Weise durchgeführt und Wertung und Ergebnis in einer den Anforderungen des § 24 EG VOL/A genügenden Weise in der Vergabeakte dokumentiert. Sie hat ihrer Bewertung keine sachfremden oder mit den bekannt gemachten Unterkriterien nicht zu vereinbarenden Maßstäbe zugrunde gelegt.

Die Antragsgegnerin hatte die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.04.2015 zur Abgabe des finalen Angebotes aufgefordert. Darin teilte die Antragsgegnerin den Bietern mit, dass nach Auswertung aller Gespräche das für das indikative Angebot vorgegebene Leistungsverzeichnis in einigen Punkten angepasst und konkretisiert werden muss. Die modifizierten Punkte des Leistungsverzeichnisses wurden sodann mitgeteilt. Das Aufforderungsschreiben schließt mit dem Hinweis, dass im Übrigen die Bedingungen der Aufforderung zur Abgabe des indikativen 1. Angebots gelten mit der zusätzlichen Aufforderung, im Zweitexemplar die Änderungen gegenüber dem vorläufigen Angebot farblich kenntlich zu machen. Im Anschreiben wurde auf die beigefügten Unterlagen verwiesen. Dabei handelt es sich um ein überarbeitetes Leistungsverzeichnis, eine überarbeitete Bewertungsmatrix, ein überarbeitetes Preisblatt, den Entwurf des EVB-IT-Vertrages, den Entwurf einer Teleservicevereinbarung und eine Erläuterung zur Auswertung der Elternbriefe. Aufforderungsschreiben und Unterlagen wurden den Bietern per E-Mail vom 22.04.2015 übersandt.

Hiernach soll das wirtschaftlichste Angebot durch Ermittlung des Leistung-Preis-Verhältnisses mithilfe der Medianmethode gemäß UfAB V Version 2.0 Ziff. 4.21.4 ermittelt werden. Der Wertigkeitsfaktor für die Leistung ist auf 70 % und der Wertigkeitsfaktor für den Preis auf 30 % festgesetzt. Für die Gesamtbewertung maßgeblich ist die Wertungszahl Z, die nach nachfolgender Formel berechnet wird:

Z[Angebot]=WF[Leistung]\*(L[Angebot]/L[Median])-WF[Preis]\*(P[Angebot]/P[Median])

Die für die Bewertung des Angebots zu berücksichtigende Preiskennzahl P[Angebot] soll alle vom Auftraggeber an den Auftragnehmer zu entrichtenden Entgeltanteile über die Vertragslaufzeit enthalten. Sie wird anhand des vom Bieter auszufüllenden Preisblattes ermittelt.

Das Zuschlagskriterium „Leistung“, das nach den Festlegungen der Antragsgegnerin bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes mit 70 % gewichtet wurde, war untergliedert in mehrere Leistungskriterien (K 1.1 bis K 6.8). Die Leistungsanforderungen sollten auf Basis des von den Bietern ausgefüllten Kriterienkatalogs zur Leistungsbeschreibung bewertet werden, wobei je nach Erfüllungsgrad 0-5 Bewertungspunkte vergeben werden sollten. Die mit der Aufforderung zur Abgabe des finalen Angebotes übersandte überarbeitete Bewertungsmatrix informierte die Bieter über die Gewichtung der einzelnen Kriterien und ihre Bewertung. Dabei sind die Leistungspunkte eines Kriteriums das Produkt der erreichten Bewertungspunkte und der angegebenen Gewichtung. Die in die Formel einzusetzende Leistungskennzahl L [Angebot] ist dabei die Summe aller Leistungspunkte.

Die Bewertungsmatrix enthält die Anforderungen zu den einzelnen Kriterien, den jeweiligen Bewertungsfaktor („Gewichtungspunkte“), die Bewertungspunkte (max. 5) sowie Spalten zu den jeweils maximal möglichen und vom jeweiligen Bieter erreichten Leistungspunkten. Ferner wurden den Bietern unter „Zielerfüllungsgrad“ die Bewertungsmaßstäbe mitgeteilt. Danach sollten 0 bis 1 Punkte die Angebote erhalten, die aus der Darstellung erkennen lassen, dass den Anforderungen zum jeweiligen Kriterium nicht oder nur unzureichend genügt wird. 2-3 Punkte für das jeweilige Kriterium sollten die Angebote erhalten, deren Darstellung erkennen lässt, dass den Anforderungen teilweise bis ausreichend genügt wird. 4-5 Punkte schließlich sollten für die Angebote vergeben werden, deren Darstellung erkennen lässt, dass den Anforderungen größtenteils bis voll umfänglich genügt wird. Ganz rechts schließlich enthält die Bewertungsmatrix eine Spalte „Anmerkungen“, in der die Antragsgegnerin für jedes Kriterium die konkrete Bewertung kurz begründet hat, soweit die Angebote die mögliche Höchstpunktzahl verfehlt haben.

Ausweislich der in der Vergabeakte enthaltenen, von der Antragsgegnerin ausgefüllten Bewertungsmatrices und dem Protokoll zur Angebotsbewertung der finalen Angebote vom 07./08.05.2015 hat die Antragstellerin insgesamt 2134 und die Beigeladene 2176 Leistungspunkte erhalten.

Sämtliche Kriterien waren auch Gegenstand des 1. Tages (16.04.2015) des insgesamt 2-tägigen Verhandlungsgesprächs, das die Antragsgegnerin mit den Bietern geführt hat. Die ausführlichen Protokolle sind in der Vergabeakte enthalten.

Durch die Dokumentation im Protokoll zur Angebotswertung, den ausgefüllten Bewertungsmatrices und den Protokollen zum Verhandlungsgespräch wird die Leistungsbewertung der einzelnen Angebote in einer den Anforderungen des § 24 EG VOL/A genügenden Weise nachvollziehbar. Eine Überprüfung der Bewertungsmatrices durch die Vergabekammer hat ergeben, dass die Antragstellerin ebenso wie die Beigeladene in den meisten Leistungskriterien die höchst mögliche Punktzahl erreicht hat. Verfehlt hat die Antragstellerin die Höchstpunktzahl in den Kriterien K 1.9, K 1.13, K 1.15, K 1.19 und K 1.20. Dabei ist für die Bewertung des Angebots der Antragstellerin angesichts der Gewichtung dieser Einzelkriterien und des Abstandes der erzielten Leistungspunkte zu den maximal möglichen Leistungspunkten vorliegend die Bewertung hinsichtlich der Kriterien K1.9, K1.15 und K1.20 relevant. Würde die Antragstellerin hier die Höchstpunktzahl oder annähernd die Höchstpunktzahl erzielen, würde sie den Punkteabstand zur Beigeladenen aufholen und hätte unter Berücksichtigung des Preises – auch bei der von der Antraggegnerin getroffenen Variantenwahl - das wirtschaftlichste Angebot abgegeben.

Zu den von der Antragsgegnerin festgelegten und bekannt gemachten Anforderungen an diese für die streitgegenständliche Bewertung letztlich relevanten Kriterien, der diesbezüglichen Bewertung des Angebots der Antragstellerin und der dokumentierten und im Zuge des Nachprüfungsverfahrens von der Antragsgegnerin weiter erläuterten Punktevergabe im Einzelnen:

K 1.9

Zu diesem Kriterium hatte die Antragsgegnerin in der Bewertungsmatrix folgende Anforderung formuliert: „Zeigen sie die unterschiedlichen Suchmöglichkeiten im Pass-und Ausweisregister.“ Erreichbar waren für dieses Kriterium maximal 40 Leistungspunkte. Die Antragstellerin hat 32 Leistungspunkte erhalten. Zur Begründung hat die Antragsgegnerin unter Anmerkungen festgehalten: „Im Bestellwesen nicht möglich.“ Die Antragstellerin vertritt dagegen die Auffassung, dass die Bestellverwaltung nicht Bestandteil des Pass- und Ausweisregisters ist. Sie diene nur der Kommunikation mit der Bundesdruckerei. Ihrer Auffassung nach hätte die Antragsgegnerin sämtlichen Bietern nach Durchführung der Verhandlungen erläutern müssen, dass es ihr auf diese Funktion ankommt. Ihre Software sei selbstverständlich in der Lage, auch eine derartige Funktion zu erfüllen. Sie sei aber eben nicht Gegenstand des Kriteriums K 1.9 gewesen. Die Antragsgegnerin hat demgegenüber in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage der Vergabekammer erläutert, dass ihrer Auffassung nach das Bestellwesen integraler Bestandteil der abgefragten Leistungen für die Suchmöglichkeiten im Pass- und Ausweisregister ist. Sie hat dies auch dahin gehend erläutert, dass es möglich sein müsse, ein Dokument - wenn etwa Fehler auffallen - aus der Kommunikation herauszunehmen bzw. zurückzurufen. Sinnvoll sei eine Suchmöglichkeit nach Bestellnummern. Dies sei im Falle des Angebotes der Antragstellerin nicht ersichtlich gewesen. Deswegen habe dies zu einer geringeren Punktebewertung geführt. Die Antragsgegnerin erläuterte ihre Auffassung, dass die Antragstellerin sehr wohl gewusst habe, dass es ihr auch etwa auf die Suche nach Bestellnummern bei Pass- und Ausweisanträgen ankam. Sie verweist auf ihr Protokoll über den 1. Tag des Verhandlungsgesprächs, das am 16. April stattgefunden hat. Dort heißt es unter C „Erörterung von Fragen aus dem Leistungsverzeichnis“ unter 2.:

„Gibt es eine Suche nach Bestellnummern bei Pass-/Personalausweisanträgen?“

Die Antwort der Antragstellerin lautete zu diesem Punkt:

„Nein das kann auf Wunsch implementiert werden“

Bei anderen Fragen hat die Antragstellerin dagegen geantwortet: „Das wird bei Auslieferung möglich sein“ oder „Ja, wird bei Auslieferung möglich sein.“ Letztere Antworten haben sich dann auch punkteerhöhend ausgewirkt. Die Antwort „Nein, das kann auf Wunsch implementiert werden“ zeigte aber eben aus Sicht des der Antragsgegnerin, dass die Suche nach Bestellnummern so nicht möglich war. Sie ist in der Folge auch - unstreitig - im auf die Verhandlungsrunden folgenden finalen Angebot von der Antragstellerin nicht angeboten worden.

Der Punktabzug für dieses Kriterium ist nach Auffassung der Vergabekammer vorliegend nachvollziehbar. Die Antragstellerin konnte aus der Sicht eines erfahrenen Bieters aufgrund der Frage der Antragsgegnerin im Verhandlungsgespräch ohne weiteres erkennen, dass der Antragsgegnerin die Funktion einer Suche nach Bestellnummern bei Pass-/Personalausweisanträgen wichtig war. Die Antragsgegnerin war entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht gehalten, die Antragstellerin im Verhandlungsgespräch noch einmal ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Aufnahme dieser Funktionen wünschenswert ist und dass das Angebot diesbezüglich zu optimieren ist. Zweck des Verhandlungsgesprächs ist es nicht, Stärken und Schwächen der einzelnen Angebote und der ihnen zugrunde liegenden Inhalte und Konzepte zu nivellieren. Dies würde dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 1 GWB widersprechen. Die vorliegend mit 4 von 5 erreichbaren Leistungspunkten immer noch überdurchschnittliche Bewertung des Angebotes der Antragstellerin zum Kriterium K 1.9 ist daher nachvollziehbar und nicht willkürlich.

K 1.15

Zu diesem Kriterium hatte die Antragsgegnerin in der Bewertungsmatrix folgende Anforderung formuliert: „Überwachung Meldepflicht/Bußgelder/Erzwingungshaft. Besitzt ihr Verfahren ein Konzept zur Überwachung der Meldepflicht mit den daraus resultierenden ordnungsrechtlichen Maßnahmen? Stellen Sie diese, wenn vorhanden, kurz dar“. Auf die Frage, ob das Verfahren des Bieters ein Konzept zur Überwachung der Meldepflicht mit den daraus resultierenden ordnungsrechtlichen Maßnahmen besitzt (diese sollte der Bieter kurz darstellen - sofern vorhanden), hat die Antragstellerin ausweislich des Protokolls über das Verhandlungsgespräch, 1. Tag (Nr. 17) geantwortet:

„Ja, in einem Modul „Behördliche Ermittlungsverfahren“. Das Modul ist nicht Teil des Angebots. Ohne das Modul geht es über Formulare und Wiedervorlagen.“

Die Antragsgegnerin hat diese Antwort zum Anlass genommen, das Angebot der Antragstellerin sehr niedrig zu bewerten. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass die Darstellung nur teilweise erkennen lasse, „dass eine Einbeziehung ins Meldewesen erfolgt. Workaround nur über Vermerk und Wiedervorlagen möglich.“

Die Antragstellerin macht wiederum geltend, dass hier offenbar Kriterien der Bewertung zum Tragen kamen, die nicht bekannt gegeben wurden. Auch diese Frage habe sie klar mit „Ja“ beantwortet. Wenn ihr bewusst gewesen wäre, dass es genau auf diese Funktion angekommen ist, hätte sie diese entsprechend angeboten. Ihrer Auffassung nach habe jeder Hinweis darauf gefehlt, dass etwa die Vielfalt und Variabilität der der Funktionen, die zum Einzelkriterium anzubieten waren, Auswirkungen auf die Punktebewertung haben. Dies sei zumindest nicht transparent dargestellt worden.

Die Antragsgegnerin hat darauf hingewiesen, dass sie am 2. Verhandlungstag die Bieter gefragt hat, ob ihnen am bisherigen Kriterienkatalog, der nahezu nahtlos aus der Phase der indikativen Angebote übernommen wurde, irgendetwas unklar ist. Die Antragstellerin habe keine Anmerkungen gemacht, dass ihr irgendetwas unklar gewesen wäre. Die Antragsgegnerin vertritt deshalb die Auffassung, dass sie nicht überrascht sein dürfe, dass die unterschiedlichen Leistungsmerkmale der einzelnen Konzepte und Angebote sich Punkte erhöhend oder Punkte vermindert auswirken.

Die Antragstellerin hat demgegenüber erwidert, sie vermisse die Festlegung der Antragsgegnerin hinsichtlich einzelner Funktionen, die mit den einzelnen Konzepten konkret angeboten werden mussten. Sie weist darauf hin, dass sie mit der Auskunft, dass die entsprechende Funktion über ein Zusatzmodul angeboten werden kann, ihrer Auffassung nach die entsprechenden Anforderungen und die Frage der Antragsgegnerin zum entsprechenden Kriterium K 1.15 ausreichend und vollständig beantwortet hat. Wenn die Antragsgegnerin konkret weitere Funktionen hätte haben wollen, dann hätte sie dies natürlich anbieten können.

Die Vergabekammer teilt jedochdie Auffassung, dass es gerade kennzeichnend für die Bewertung der einzelnen Kriterien im Verhandlungsverfahren ist, das die unterschiedlichen Stärken und Schwächen der Angebote zum Tragen kommen.

Die Antragstellerin hätte die konkrete Nachfrage der Antragsgegnerin im Verhandlungsgespräch zum Anlass nehmen können, das von ihr erwähnte Modul „Behördliche Ermittlungsverfahren“ mit dem finalen Angebot anzubieten. Es bleibt ihrer freien Kalkulation überlassen, auf dieses Modul - etwa zugunsten eines niedrigeren Angebotspreises – zu verzichten. Es ist dann aber nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin diesen Verzicht im finalen Angebot zum Anlass genommen hat, das Angebot der Antragstellerin diesbezüglich lediglich mit 7 von 35 möglichen gewichteten Leistungspunkten und damit unterdurchschnittlich zu bewerten.

K 1.20

Zu diesem Kriterium hatte die Antragsgegnerin in der Bewertungsmatrix folgende Anforderung formuliert: „Zeigen Sie auf, wie aus dem Verfahren heraus individuell zusammengestellte Auswertung erfolgen können“ erörtert. Die Antragsgegnerin hatte in diesem Zusammenhang die Frage gestellt: „Ist es möglich, eine selbst zusammengestellte Auswertung für erneute Anwendung zu speichern? In welchem Format wird die ausgegebene Datei zur Verfügung gestellt?“

Das Angebot der an Antragstellerin hat hier mit 60 von 100 möglichen gewichteten Leistungspunkten eine durchschnittliche Bewertung erhalten. Zu Begründung hat die Antragsgegnerin in der Bewertungsmatrix ausgeführt: „Keine individuelle Auswertung und Listenerstellung im Direktverfahren beim Anwender möglich**“.** Die Antragsgegnerin hat diese Bewertung auf Nachfrage der Vergabekammer dahin gehend erläutert, das nach ihren Feststellungen das angebotene Maß an Individualität vorliegend im Vergleich zu anderen Angeboten nicht gereicht habe. Es sei nicht möglich, über die Grundfunktion hinaus individuell konfigurierte Auswertungen zu speichern und wieder zu verwenden. Dies sei im Falle der anderen Bieter anders gewesen.

Die Antragstellerin hat hierzu vorgetragen, dass die Wertung unzutreffend sei und auf ihre entsprechende Darstellung im Angebot „3.1.7 Anlage zum Leistungsverzeichnis - Referenz 1.20 (Seite 3)“ verwiesen. Dort heißt es:

„Neben der sofortigen und auf unterschiedliche Einzelanforderungen bezogenen Auswertung gibt es auch die Möglichkeit, gleichartige immer wiederkehrende Auswertungen automatisiert ablaufen zu lassen. Dazu wird die benötigte Auswertung einmalig eingerichtet und dann mit einem Zeitplan verbunden abgespeichert.“

Nach Auffassung der Antragsgegnerin genügt dies aber nicht den Anforderungen an eine höhere Bewertung. Sie hat diesbezüglich wieder auf ihr Protokoll über die Führung des Verhandlungsgesprächs Tag 1 verwiesen. Nach der dortigen Dokumentation unter C 15 hat die Antragstellerin auf die Frage: „Gibt es die Möglichkeit, kundenspezifische individuelle Auswertungen zu erstellen?“ geantwortet:

„Ja. Über Listen und Statistiken, die einzelnen Auswertungen in der Liste können vom Kunden angepasst werden. Dies kann auch gespeichert werden als neues Template.“

Dies genügt nach Auffassung der Antragsgegnerin nicht den entsprechenden Anforderungen an eine individuell abzuspeichernde und zu erstellende Unterlage. Die Antragstellerin erklärt, dass die niedrige Bewertung gerade auch unter Berücksichtigung der Vermerke im Protokoll überraschend gewesen ist. Sie habe schließlich die entsprechende Frage, ob individuelle Auswertungen erstellt werden können, ausdrücklich mit ja beantwortet. Für sie sei aber nicht im Rahmen des Verhandlungsgesprächs erkennbar gewesen, dass noch weitere detailliertere Ausführungen dazu zu machen sind und gegebenenfalls höhere Anforderungen gestellt werden.

Die Antragsgegnerin hat jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass es nicht Aufgabe des Auftraggebers im Rahmen eines Verhandlungsgesprächs ist, dem Bieter darzulegen, wie er sein Angebot auf die Höchstpunktzahl in den einzelnen Kriterien optimieren kann. Sie hat vielmehr die entsprechenden Fragen und Antworten berücksichtigt und dann zur Grundlage der Angebotswertung gemacht.

Anhaltspunkte für eine willkürliche Punktevergabe sind auch diesbezüglich wie auch hinsichtlich der übrigen Kriterien nicht erkennbar. Insgesamt ist daher festzustellen, dass die Antragsgegnerin bei der Leistungsbewertung ausschließlich die Kriterien, Maßstäbe und Feststellungen berücksichtigt hat, die sie den Bietern mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe und der Leistungsbeschreibung bekannt gemacht hatte. Entscheidend ist dabei, dass die Antragsgegnerin bei der Leistungsbewertung keine sachfremden, überraschenden oder unter die Kriterien nicht zu subsumierenden Gesichtspunkte hat einfließen lassen. Die Antragsgegnerin hat sich bei der Punktevergabe im Rahmen des den Auftraggebern durch § 19 EG Abs. 8 VOL/A gewährten Beurteilungsspielraums gehalten.

1. Die von der Antragsgegnerin festgelegte und bekannt gemachte Formel für die Ermittlung des Referenzwertes und insbesondere die Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis genügt den Anforderungen des vergaberechtlichen Transparenzgrundsatzes, des Wettbewerbsgrundsatzes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes und ist nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin hatte bereits mit Aufforderung zur Abgabe der indikativen Angebote und unverändert auch mit der Aufforderung zur Abgabe der finalen Angebote bekannt gegeben, dass die Wertung der verbindlichen Angebote nach der Medianmethode gemäß UfAB V – Version 2.0 Ziff. 4.21.4 erfolgt. Den Wertigkeitsfaktor für die Leistung hat sie dabei auf 70 % festgesetzt, den Wertigkeitsfaktor für den Preis auf 30 %. Die Bewertungsmethode hat sie dabei wie folgt erläutert:

„Bei dieser Vorgehensweise erfolgt die Bildung des Referenzwertes jeweils durch die Ermittlung des Medianwertes (Median) aller zur Wertung herangezogenen Leistungskennzahlen sowie des Median aller zur Wertung herangezogenen Preiskennzahlen. Der Median einer Reihe ist die Zahl unterhalb und oberhalb derer jeweils die Hälfte der Reihenglieder angesiedelt ist. Er teilt die kleineren 50 % von den größeren 50 % der Werte einer Reihe. Die Formel für die Gesamtbewertung ist dabei wie folgt definiert:

Z[Angebot]=WF[Leistung]\*(L[Angebot]/L[Median])-WF[Preis]\*(P[Angebot]/P[Median])

Die einzelnen Formelbestandteile sind dabei wie folgt definiert:

Z [Angebot] = Kennzahl für Leistung-Preis-Bewertung des zu bewertenden Angebots

WF [Leistung] = Wertigkeitsfaktor für die Leistung (70)

L [Angebot] = Leistungskennzahl des zu bewertenden Angebots

L [Median] = Median aller Leistungskennzahlen

WF [Preis] = Wertigkeitsfaktor für den Preis (30)

P [Angebot] = Preiskennzahl des zu bewertenden Angebots

P [Median] = Median aller Preiskennzahlen.“

Die für die Bewertung des Angebots zu berücksichtigende Preiskennzahl P[Angebot] soll alle vom Auftraggeber an den Auftragnehmer zu entrichtenden Entgeltanteile über die Vertragslaufzeit enthalten. Sie wird anhand des vom Bieter auszufüllenden Preisblattes ermittelt.

Bei der von der Antragsgegnerin gewählten Bewertungsmethode handelt es sich um eine von 2 möglichen, sogenannten gewichteten Richtwertmethoden, die das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern in seiner Unterlage für die Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen (UfAB V) – Version 2.0 für den Fall empfiehlt, dass der Auftraggeber bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes Leistung und Preis unterschiedlich gewichten möchte. Es handelt sich daher bei der gewählten Medianmethode um eine für IT-Ausschreibungen in der Praxis übliche Bewertungsmethode. In der UfAB V wird unter 4.21.4 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei den gewichteten Richtwertmethoden die tatsächliche exakte prozentuale Gewichtung von Preis und Leistung erst nach der 4. Wertungsstufe errechnet werden kann, so dass diese erst nach Abschluss des Bewertungsverfahrens feststeht. Weiter ist dort folgender ausdrücklicher Hinweis aufgenommen:

„Bei der vorstehend vorgestellten Medianmethode können alle Angebote, die gewertet werden, den Median beeinflussen – ein Teil davon unmittelbar – und in diesem Fall Einfluss auf die Bestimmung der Rangfolge und die Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes haben. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung eines Angebotes, welches auf einem der hinteren Wertungsplätze liegt, Einfluss auf die Rangfolge der Erstplatzierten Angebote haben kann. Hierin ist ein gewisses vergaberechtliches Risiko zu sehen… Aus diesem Grunde empfiehlt die UfAB, die Medianmethode bei Verhandlungsverfahren, bei welchen die Reduzierung von Bietern bzw. Angeboten während des Verfahrens vorgesehen ist, nicht anzuwenden. Denn das Ausscheiden von Angeboten kann sich hier unmittelbar auf die Rangfolge der verbleibenden Angebote auswirken, ohne dass diese selbst ihre Leistung oder ihren Preis ändern.“

(Hervorhebung durch die Vergabekammer).

Die Antragstellerin hat erstmals im Zuge des Nachprüfungsverfahrens beanstandet, dass die Anwendung der Medianmethode bei der Angebotswertung vergaberechtswidrig sei, weil durch diese Bewertungsmethode überraschende Effekte (sogenannte „Flipping.-Effekte“) auftreten könnten. Die Entscheidung über den Zuschlag zwischen zwei Angeboten könne bei unveränderten Inhalten der betroffenen Angebote von dem Inhalt eines dritten Angebotes abhängen. Zudem bleibe bei der Medianmethode zum Zeitpunkt der Abgabe der Angebote unklar, welcher Medianwert bei der Anwendung der Bewertungsmethode gebildet und angewendet wird. Insofern sei die Gewichtung der Zuschlagskriterien entgegen § 9 EG Abs. 1 lit. b VOL/A nicht hinreichend in den Vergabeunterlagen bekannt gemacht worden.

Die Antragstellerin geht zu Recht davon aus, dass bei der Medianmethode nicht auszuschließen ist, dass ein dritter, abgeschlagener Bieter im Verhandlungsverfahren sein Preisangebot ändert, ohne sich damit für einen Spitzenplatz zu qualifizieren, was dann gleichwohl zur Folge hat, dass der beste und der zweitbeste Anbieter ihren Platz tauschen, ohne dass jene ihre Angebote verändert hätten (vgl. Bartsch/von Gehlen/Hirsch, NZBau 2012, Seite 393 ff., 396). Im vorliegenden Fall ist nach der Dokumentation in der Vergabeakte jedoch nicht ersichtlich, dass ein derartiger unerwarteter „Flipping“-Effekt zu besorgen ist. Der vorliegende Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass ein geändertes Preisangebot eines dritten Bieters Einfluss auf die Rangfolge der preislich erstplatzierten Angebote hat.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass es Sache des Auftraggebers ist, die Kriterien für die Zuschlagserteilung zu bestimmen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 24.2.2015 – 13 Verg 1/15). Darin spiegelt sich sein Bestimmungsrecht wieder, worauf es ihm bei dem beabsichtigten Auftrag ankommt und was er als „wirtschaftlich“ ansieht. Die Festlegung der auftragsbezogenen Kriterien für die Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebotes unterliegt einem weiten Spielraum des Auftraggebers. Bei der Bestimmung der Kriterien für das wirtschaftlichste Angebot ist er weitgehend ungebunden, bestimmten Faktoren eine Bedeutung zuzumessen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2010 - VII-Verg 48/09, zitiert nach ibr-online). Die Kontrolle der Nachprüfungsinstanzen hat sich darauf zu beschränken, ob ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand gegeben ist und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler   
oder ein Ermessensfehlgebrauch vorliegt. Insbesondere hat der Auftraggeber insoweit für Gleichbehandlung und Transparenz Sorge zu tragen. Er muss Zuschlagskriterien festlegen, diese ordnungsgemäß bekannt geben und die Bewertung anhand aller bekannt gegebenen Kriterien vornehmen.

Diesen Anforderungen genügt die vorgegebene – für IT-Ausschreibungen nach der UfAB V übliche – Medianmethode. Die erforderliche Transparenz hat die Antragsgegnerin durch ihre Ausführungen auf Seite 12 der Aufforderung zur Abgabe der indikativen Angebote hergestellt, in dem Berechnung und die Funktionsweise der Medianmethode ausführlich erläutert wurden. Die Methode ermöglicht zudem eine sachgemäße Wertung. Zwar steht vor Durchführung der Angebotswertung der maßgebliche Median selbst noch nicht fest, wohl aber der Weg dorthin, so dass Manipulationen ausgeschlossen werden können. Auch ist es völlig normal und im Sinne des vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatzes auch erforderlich, dass das Ergebnis der Wertung eines Angebotes im Wettbewerb immer auch von den anderen Angeboten abhängig ist. Die Beigeladene hat insofern zu Recht darauf hingewiesen, dass „bessere“ und preisgünstigere Angebote immer höhere Chancen auf den Zuschlag haben als Angebote mit „schlechterer“ Leistung und höheren Preisen. Die Rangfolge der Angebote steht notwendigerweise erst zum Abschluss des Wettbewerbs fest.

Die von der Antragsgegnerin gewählte Bewertungsmethode ist daher vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Soweit die Antragstellerin mit ihrem Antrag zu 2 das Informationsschreiben vom 21.05.2015 als unzureichend beanstandet hat, ist festzustellen, dass eine Rechtsverletzung nicht vorliegt, da die Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens durch die gewährte Akteneinsicht und die schriftsätzlichen Erläuterungen der Antragsgegnerin die notwendigen Informationen erhalten hat, soweit sie unter Beachtung der Beschränkungen zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen der übrigen Bieter gemäß § 111 GWB offen gelegt werden durften.

Unabhängig davon ist zu berücksichtigen, dass die gesetzlichen Anforderungen an den Begründungsinhalt und die Begründungstiefe des Informationsschreibens nur sehr gering sind. Nach § 101a Abs. 1 GWB hat der Auftraggeber die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, lediglich über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühsten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. Nach der Gesetzesbegründung zur vormaligen Regelung des Informationsschreibens in § 13 VgV konnte die Information auch durch einen Standardtext erfolgen, der die jeweilige für den Einzelfall tragende Begründung enthalten musste. Dieser Grundsatz gilt unverändert. Die amtliche Begründung zu § 101a GWB enthält keinen Hinweis, dass die inhaltlichen Anforderungen an die Bieter- und Bewerberinformation abweichend von der bisherigen Normlage geregelt werden sollten (vgl. Kühnen in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 3. Aufl., § 101a GWB, Rn. 11, mit weiteren Nachweisen). An den Inhalt der Bieterinformation sind keine übertrieben strengen Anforderungen zu stellen. Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, dass der Auftraggeber den Namen des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters in einer eindeutig identifizierenden Weise angibt sowie die tragenden Gründe bezeichnet, aufgrund derer das Angebot des zu unterrichtenden Bieters nicht zum Zuge kommen soll.

Vorliegend hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Informationsschreiben vom 21.05.2015 informiert, dass ihr Angebot aus technischen und funktionsbedingten Gründen nicht das wirtschaftlichste gewesen ist. Ihr Angebot habe 2134 Punkte erhalten, das Angebot des Bestbieters dagegen 2207 Punkte. Vorliegend hätte es stattdessen nahe gelegen, den Bietern jeweils die eigene Bewertungsmatrix mit den Anmerkungen der Antragsgegnerin mit dem Informationsschreiben zuzusenden und ihnen zugleich die eigene Wertungskennzahl Z und die Wertungskennzahl Z des auf Rang 1 liegenden Bieters - nicht aber die Summe der gewichteten Leistungspunkte des Bestbieters - mitzuteilen. Weitere Informationen waren jedenfalls nicht erforderlich.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB trifft die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist dabei an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Aufgrund der oben unter II. 2. a festgestellten Tatsache, dass die Antragsgegnerin die Entscheidung über die von ihr bevorzugten Varianten erst im Rahmen der Wertung der finalen Angebote getroffen hat, war die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Verhandlungsverfahren auf den Zeitpunkt vor Aufforderung zur Abgabe des finalen Angebotes zurück zu versetzen, die Bieter unter Mitteilung einer festgelegten Leistung - ohne Varianten - erneut zur Abgabe eines finalen Angebotes aufzufordern, die Wertung der Angebot durchzuführen und in einer den Anforderungen des § 24 EG VOL/A genügenden Weise in der Vergabeakte zu dokumentieren. Dabei hat sie die aus den Entscheidungsgründen ersichtliche Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beachten.

Um alle drei in diesem Verhandlungsverfahren verbliebenen Bieter unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nunmehr auf den gleichen Kenntnisstand für die Kalkulation des neuen finalen Angebotes zu versetzen, ist die Antragsgegnerin gehalten, allen Bietern die bisherige Bewertung der Leistung des jeweils eigenen Angebotes durch Übersendung der entsprechenden Bewertungsmatrix und allen Bietern alle Summen der gewichteten Leistungspunkte mitzuteilen.

Im Übrigen war der Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

**III. Kosten**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 GWB in der seit dem 24.04.2009 geltenden Fassung (Art. 1 Nr. 27 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechtes vom 20.04.2009, BGBl. I, S. 790).

Die in Ziffer 3 des Tenors festgesetzte Gebühr ergibt sich aus einer Interpolation des Auftragswertes innerhalb des Gebührenrahmens nach § 128 Abs. 2 GWB. Die von der Vergabekammer festzusetzende regelmäßige Mindestgebühr beträgt 2.500 €, die Höchstgebühr 50.000 € und die Höchstgebühr in Ausnahmefällen 100.000 €.

Die Gebührenermittlung erfolgt anhand einer Gebührentabelle des Bundeskartellamtes in der zzt. gültigen Fassung aus Dezember 2009. Hiernach wird der Mindestgebühr von 2.500 € (§ 128 Abs. 2 GWB) eine Ausschreibungssumme von bis zu 80.000 € zugeordnet und dem regelmäßigen Höchstwert von 50.000 € (§ 128 Abs. 2 GWB) eine Ausschreibungssumme von 70 Mio. € (höchste Summe der Nachprüfungsfälle 1996-1998) gegenübergestellt. Dazwischen wird interpoliert.

Unter Zugrundelegung des von der Antragsgegnerin geprüften, in der Vergabeakte dokumentierten und gewerteten Angebotspreises der Antragstellerin in der gewerteten Variante ergibt sich eine Gebühr in Höhe von xxxxxx €. Diese Gebühr schließt einen durchschnittlichen sachlichen und personellen Aufwand ein. Gutachterkosten oder Kosten durch Zeugenvernehmungen in der mündlichen Verhandlung sind nicht angefallen.

Die in Ziffer 2 des Tenors verfügte Kostentragungspflicht folgt aus § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB. Danach hat ein Beteiligter, soweit er im Nachprüfungsverfahren unterliegt, die Kosten zu tragen. Hier war zu berücksichtigen, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nur zu einem Teil begründet ist.

Die Antragsgegnerin ist jedoch von der Pflicht zur Entrichtung ihres Kostenanteils gemäß § 128 Abs. 1 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 BVwKostG **befreit** (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 13.07.2005, Az.: 13 Verg 9/05; OLG Dresden, Beschluss vom 25. 01. 2005, Az.: WVerg 0014/04).

Gemäß Ziffer 4 des Tenors hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen gemäß § 128 Abs. 4 GWB zu erstatten. Gemäß § 128 Abs. 4 GWB i. V. m. § 80 Abs. 2 VwVfG in entsprechender Anwendung war auf den Antrag der Antragstellerin gem. Ziffer 4 des Tenors auszusprechen, dass die Zuziehung eines Rechtsanwalts im Nachprüfungsverfahren für die Antragstellerin notwendig war. Ungeachtet der Tatsache, dass das GWB für das Nachprüfungsverfahren 1. Instanz vor der Vergabekammer keine rechtsanwaltliche Vertretung vorschreibt, bedurfte die Antragstellerin gleichwohl wegen der Komplexität des Vergaberechts und des das Nachprüfungsverfahren regelnden Verfahrensrechts einerseits sowie auch der Komplexität des konkreten streitbefangenen Vergabeverfahrens rechtsanwaltlicher Beratung und Begleitung.

Angesichts der Tatsache, dass die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren überwiegend unterlegen ist, hat sie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten der Antragstellerin zu 2/3 tragen. Die Beigeladene war an der Kostenquote nicht zu beteiligen, weil sie keinen eigenen Antrag gestellt hat.

Die **Antragstellerin** wird aufgefordert, innerhalb einer Frist von einem Monat nach Rechtskraft dieses Beschlusses den auf sie entfallenden Gebührenanteil von **xxxxxx €** unter Angabe des Kassenzeichens

**xxxxxx**

auf folgendes Konto zu überweisen:

**xxxxxx**

**xxxxxx**

#### IV. Rechtsbehelf

Gemäß § 116 GWB kann gegen diese Entscheidung sofortige Beschwerde eingelegt werden. Diese ist beim Oberlandesgericht Celle, Schloßplatz 2, in 29221 Celle, schriftlich einzulegen. Die Beschwerde ist gem. § 117 GWB binnen einer Notfrist von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung einzulegen.

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

Die sofortige Beschwerde ist gem. § 117 Abs. 2 GWB mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerdebegründung muss enthalten:   
  
1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Kammer angefochten wird und eine

abweichende Entscheidung beantragt wird,

2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.  
  
Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten. Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer.   
  
Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

Gause Rohn Dierks