

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte:
.....
(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:
Bevollmächtigte
.....
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene
Bevollmächtigte
.....
(Beigeladene - BGI)

Dienstleistungsauftrag: Betrieb Impfzentrum / mobile Impfteams für

Vergabeverfahren: Offenes Verfahren

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt aufgrund mündlicher Verhandlung vom 31.05.2022 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer am folgenden Beschluss:

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht wird die Vergabestelle verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand nach Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen und die Bieter unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern.

2. Die Vergabestelle und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin je zur Hälfte. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.
3. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der Antragstellerin für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig war.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt xxxx,- €.

Sachverhalt:

1.

Mit Auftragsbekanntmachung vom xx.xx.xxxx schrieb die Vergabestelle den Betrieb eines Impfzentrums / mobile Impfteams im offenen Verfahren aus. Der Schlusstermin für die Angebotsabgabe wurde auf den xx.xx.xxxx festgelegt.

Vertragsbeginn des ausgeschriebenen Vertrages ist der 01. Mai 2022, Vertragsende der 31. Dezember 2022. Der Auftrag kann zweimalig um jeweils drei Monate verlängert werden.

2.

Die vorgelegten Vergabe- und Auftragsunterlagen enthalten u.A. die Leistungsbeschreibung.

Dort heißt es unter 3.c „Betriebszeiten und Impfkapazitäten“:

„Das Impfzentrum ist grundsätzlich im Rahmen einer 5-Tage-Woche (einschließlich Feiertage) geöffnet zu halten. Zunächst ist eine Öffnung von Dienstag bis Samstag vorzusehen. Die betriebstäglichen Öffnungszeiten belaufen sich in der Regel von xx bis xx Uhr oder nach vorheriger Absprache von xx bis xx Uhr.

[...]

Mit einer Vorlaufzeit von 10 Tagen ist zu gewährleisten, dass auf Anforderung durch den Auftraggeber eine Ausdehnung des Betriebs auf eine 6- oder 7-Tage-Woche erfolgen kann.

[...]

Die sicherzustellende Minimalkapazität des Impfzentrums beläuft sich auf xxx Impfungen pro Tag bei einer 5-Tage-Woche. Dieser Wert weicht aufgrund der regionalen Erfahrungen von dem unter I. genannten Konzept der Bayerischen Staatsregierung ab. Pro Impfteam ist eine durchschnittliche Anzahl von xxx Impfungen je Tag durchzuführen und zu kalkulieren. Das heißt, dass mindestens 3 Impfteams zu kalkulieren und ab 03.05.2022 einsatzfähig bereitzustellen sind.

Die Maximalkapazität des Impfzentrums beträgt x.xxx Impfungen pro Woche, mithin x.xxx Impfungen je Tag bei einer 5-Tage-Woche. Der Auftragnehmer muss in der Lage sein, bedarfsgerecht auf Anforderung des Auftraggebers mit einer Vorlauffrist von 10 Tagen die Minimalkapazität bis auf die Maximalkapazität zu erhöhen oder in umgekehrter Reihenfolge wieder bis auf die Maximalkapazität zu reduzieren. Die Anpassungen der Kapazität könne dabei nach Festlegung des Auftraggebers schrittweise erfolgen.“

Im bei den vorgelegten Vergabeunterlagen beigelegten Vertragsentwurf über die Einrichtung, die Organisation und den Betrieb eines Impfzentrums in heißt es bei § 3 – Impfkapazitäten:

„(1) Der Auftragnehmer stellt sicher, dass ab Vertragsbeginn eine Impfkapazität von xxx Impfungen je Öffnungstag verfügbar ist, mithin x.xxx Impfungen bei einer 5-Tage-Woche (Minimalkapazität).

(2) Jedes Impfteam ist personell und organisatorisch so auszustatten, dass es eine Mindestanzahl von xxx Impfungen je Tag durchführen kann. Für die Minimalkapazität sind daher x Impfteams dauerhaft einsatzfähig zur Verfügung zu stellen.

(3) Auf Anforderung des Auftraggebers ist die Impfkapazität auf eine Maximalkapazität von x.xxx Impfungen pro Woche, mithin an jedem Öffnungstag x.xxx Impfungen bzw. x Impfteams (bei einer 5-Tage Woche) zu erweitern. Die Erweiterung kann auch schrittweise, entsprechend der Soll-Leistung eines Impfteams in Schritten von xxx Impfungen, angefordert werden. Sie ist vom Auftragnehmer innerhalb von 10 Tagen nach Zugang der Anforderung sicherzustellen, unabhängig von der Zahl der zusätzlich beauftragten Teams.

(4) Der Auftragnehmer hat auf Anforderung des Auftraggebers binnen einer Frist von 10 Tagen die Impfkapazität wieder auf die Minimalkapazität (Abs. 2) zu reduzieren. Die Reduzierung kann auch teilweise, entsprechend der Soll-Leistung eines Impfteams in Schritten von xxx Impfungen, angefordert werden. Sie ist vom Auftragnehmer innerhalb von 10 Tagen nach Zugang der Anforderung sicherzustellen, unabhängig von der Zahl der reduzierten Impfteams.

Nach der den vorgelegten Vergabeunterlagen beigefügten Wertungsmatrix der Vergabestelle wird bei dem Wertungskriterium III.2 – Reaktionszeit bei Kapazität Auf-/Abbau mit der Höchstpunktzahl 30 folgende Erläuterung gegeben:

„Der Bewerber hat darzustellen, welche Vorlaufzeiten für das Hoch- und Runterfahren der Impfkapazitäten benötigt werden. Die Vorlaufzeit muss jeweils in einer Spanne von 1-10 Tagen liegen. Bezüglich der Vorlaufzeiten des Hoch- und Runterfahrens wird ein Mittelwert gebildet. Die Bewertung erfolgt mittels linearer Interpolation. Der Bestbieter erhält die maximale Punktzahl. Die Bewertung der weiteren Bieter erfolgt nach folgender Abzugsformel:

*(Tagesdifferenz zum Bestbieter*Höchstpunktzahl)/Tage Bestbieter = Punktabzug von Höchstpunktzahl“*

3.

Nach den vorgelegten Vergabeunterlagen hat die Antragstellerin folgende Bieterfragen (Ifd. Nummer A-3) gestellt: „1. Was ist die maximale Anzahl an Teams und demzufolge Impflinien, die in den bereitgestellten Räumlichkeiten der ermöglicht werden sollen? 2. Ist es korrekt, dass alle verbleibenden Teams als mobile Teams eingeplant werden sollen?“

Dies wurde wie folgt beantwortet: „1. Dies hängt von dem vom Bieter vorzulegenden Konzept ab. Der Bieter möge darstellen, wie viele Impflinien er in den Räumen unter Berücksichtigung des Verwaltungsbereichs einrichten kann. Wie viele Linien davon tatsächlich betrieben werden, hängt allerdings von der Nachfrage an stationären und mobilen Impfungen ab. Die Einteilung wird bedarfsgerecht im Rahmen des durch die Verwaltungsleitung aufzustellenden Impfplans festgelegt. 2. Grundsätzlich müssen alle Teams (also nicht nur die verbleibenden) auch mobil eingesetzt werden können.“

4.

Die Antragstellerin und 4 weitere Bieter gaben fristgerecht ein Angebot ab.

Die Antragstellerin hat in dem in den Angebotsunterlagen befindlichen Konzept bei dem Punkt „Reaktionszeit bei Kapazität Auf-/Abbau“ eine Vorlaufzeit für die Aufstockung der Betriebszeiten von fünf Tagen pro Woche auf sieben Tage pro Woche, eine Vorlaufzeit für die Aufstockung von xxx Teams mit xxx Impfungen pro Tag auf xxx Teams mit xxx Impfungen pro Tag sowie eine Vorlaufzeit für die Aufstockung von xxx Teams mit xxx Impfungen pro Tag auf xxx Teams mit x.xxx Impfungen pro Tag angegeben. Nach den

diese Angaben einleitenden Ausführungen der Antragstellerin beziehen sich diese Vorlaufzeiten auf das Hoch- und Herunterfahren unter Berücksichtigung der geforderten Kriterien.

Die Beigeladene hat in dem in den Angebotsunterlagen befindlichen Konzept zum Punkt „Reaktionszeit bei Kapazität Auf-/Abbau“ eine Vorlaufzeit für den „Kapazitäts-Aufbau“ und eine Vorlaufzeit für den „Kapazitäts-Abbau“ angegeben.

Die Vergabestelle hat ein Angebot von der Wertung ausgeschlossen und die übrigen Angebote am 28.03.2022 gewertet. Dabei hat die Vergabestelle beim Kriterium III.2. beim Angebot der Antragstellerin zunächst die hinsichtlich der Anpassung der Betriebszeiten angegebene Vorlaufzeit neben den für die Anpassung der mengenmäßigen Impfkapazitäten pro Tag (für die Anpassung von drei auf fünf und von fünf auf acht Teams) berücksichtigt und diese Zeiten sowohl für das Hoch- als auch das Runterfahren zugrunde gelegt. Bei der Bildung des Mittelwerts wurde jedoch nur auf die für die Betriebszeitaufstockung angegebene Zeit sowie den Zeitraum, der für die einmalige stufenweise Anpassung angegeben wurde (auf fünf bzw. acht Teams) abgestellt, die Zeiträume der stufenweisen Anpassung wurden somit nicht addiert. Bei der insoweitigen Bewertung des Angebots der Beigeladenen wurde der errechnete Mittelwert aufgerundet.

Mit Schreiben vom 31.03.2022 erhielt die Antragstellerin die Information, dass beabsichtigt sei, auf das Angebot der Antragstellerin nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Wartefrist den Zuschlag zu erteilen. Die Beigeladene wurde entsprechend informiert.

Mit Schreiben vom 07.04.2022 rügten die Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin.

5.

Die Vergabestelle nahm am 07.04.2022 eine Neubewertung vor und teilte der Antragstellerin mit Bieterinformationsschreiben vom 11.04.2022 mit, dass jetzt beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen am 26.04.2022 zu erteilen.

In Bezug auf das Kriterium III.2. hat die Vergabestelle bei dem Angebot der Antragstellerin die Angaben zur Betriebszeitaufstockung nicht mehr in die Wertung mit einbezogen. Zudem wurde bei den Zeitangaben für die mengenmäßige Anpassung (Tagesleistung) nicht mehr nur auf eine einzelne Stufe abgestellt.

Bei der insoweitigen Wertung des Angebots der Beigeladenen wurde der errechnete Mittelwert nicht mehr aufgerundet.

6.

Mit Schreiben vom 12.04.2022 und 20.04.2022 rügte ihrerseits die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung. Während die Antragstellerin insoweit zunächst eine mögliche Abwertung der Qualitätspunkte der Antragstellerin bzw. eine mögliche Aufwertung der Qualitätspunkte der Beigeladenen rügte, wurde dann hinsichtlich des Kriteriums III.2. eine Vergaberechtswidrigkeit aufgrund Intransparenz und verzerrender Wirkung sowie die fehlerhafte Bewertung gerügt.

7.

Mit Schreiben vom 25.04.2022 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung, welcher der Vergabestelle am gleichen Tag durch die Vergabekammer übermittelt wurde. Die Antragstellerin stellte folgende Anträge:

1. gegen die Antragsgegnerin ein Vergabenachprüfungsverfahren gem. §§ 160 ff. GWB einzuleiten, verbunden mit einer unverzüglichen Information der Antragsgegnerin gem. § 169 GWB in Textform,
2. die Vergabeakten der Antragsgegnerin beizuziehen und der Antragstellerin Akteneinsicht gem. § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in einen in das Ermessen der Vergabekammer gestellten Zeitpunkt zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen, sowie
5. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der Antragstellerin für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendig war.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Rügeobliegenheit eingehalten sei. Eine Rügeverpflichtung vor Ablauf der Angebotsfrist habe nicht bestanden. Dass die Berechnungsmethode zur Bewertung der Punktzahl beim Zuschlagskriterium III.2 „Reaktionszeit bei Kapazität Auf-/Abbau“ rechtswidrig sei, sei für die Antragstellerin erst mit Nichtabhilfeschriften vom 19.04.2022 erkennbar gewesen sei. Erst dann habe die Antragstellerin unter Beiziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten erkennen und rechtlich einordnen können, dass die Bewertungsmethodik zu einer Verzerrung der Bewertung

führt. Der Antrag sei auch in der Sache begründet, da das bezeichnete Zuschlagskriterium in mehrfacher Hinsicht vergaberechtswidrig sei. Es sei intransparent, da unklar sei, welche konkreten Vorlaufzeiten im Rahmen des Konzepts dargestellt werden sollen, ob also lediglich die mengenmäßige Erhöhung der Kapazitäten abgefragt werden sollte oder gleichzeitig auch eine Kapazitätserhöhung im Rahmen der Betriebszeiten. Es sei auch offengeblieben, für welche mengenmäßigen Bezugsgrößen die Vorlaufzeiten dargestellt werden sollten, ob etwa also auch eine stufenweise Aufstockung der Betriebszeiten gefragt war. Die insoweit für die Bewertung dieses Kriteriums verwendete Formel sei verzerrend und damit rechtswidrig. Denn nach dieser Formel führe bereits ein geringer Unterschied zum Bestbieter zu einer Bewertung mit 0 Punkten. Damit würde auch keine Differenzierung zu Geboten mit höheren Abständen zum Bestbieter ausgedrückt, die gleichfalls 0 Punkte erhielten. Das Angebot der Antragstellerin sei auch fehlerhaft gewertet worden: Die Vergabestelle gehe offenkundig davon aus, dass die Vorlaufzeiten für die Aufstockung des Personals den Vorlaufzeiten für den Abbau dieser Kapazitäten entsprächen. Es seien hier jedoch keine Vorlaufzeiten anzusetzen gewesen, da die Antragstellerin keine Vorlaufzeiten für den Kapazitätsabbau angegeben habe. Auch das Angebot der Beigeladenen sei fehlerhaft gewertet worden, da davon auszugehen sei, dass die im Rahmen des Bewertungskriteriums III.2 angegebenen Vorlaufzeiten hätten aufgerundet werden müssen.

8.

Mit Schriftsatz vom 02.05.2022 nahm die Vergabestelle Stellung zur Antragsschrift und beantragte:

Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin sei wegen eines Verstoßes gegen die Rügeobliegenheit präkludiert, da der behauptete Verstoß gegen Vergaberecht durch die Bewertungsmethodik hinsichtlich des Kriteriums III.2 für die Antragstellerin erkennbar gewesen sei. Dieses Bewertungskriterium sei im Übrigen auch in der Sache nicht zu beanstanden. Es gehe insoweit aus den Vergabeunterlagen, insbesondere der Leistungsbeschreibung, eindeutig hervor, welche Angaben insoweit getätigt werden sollen. Im Hinblick auf den Ermessensspielraum der Vergabestelle bei der Festlegung der Bewertungskriterien sei das Kriterium III.2 auch in inhaltlicher Hinsicht fehlerfrei; die gewählte Formel habe einen Bezug zum Auftragsgegenstand und bringe insoweit den Willen der Vergabestelle zu einer schnellen Reaktion beim Auf- und Abbau von Kapazitäten zum Ausdruck.

9.

Hierzu nahm die Antragstellerseite mit Schriftsatz vom 11.05.2022 Stellung.

Im Wesentlichen wurde folgendes vorgetragen: Die nachträgliche Aufwertung des Konzepts der Beigeladenen auf deren Rüge erscheine ungerechtfertigt. Zudem sei das Angebot der Beigeladenen vom Vergabeverfahren auszuschließen bzw. es sei jedenfalls eine Angebotsaufklärung erforderlich, da angesichts der Antworten der Vergabestelle auf die Rügen der Antragstellerin davon auszugehen sei, dass die Beigeladenen ein ungewöhnlich niedriges Angebot abgegeben habe. Es sei zudem gegen das Mitwirkungsverbot des § 6 Abs. 1 VgV verstoßen worden, weil die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle die hiesige Beigeladene als Antragstellerin in einem Verfahren vor der Vergabekammer xxxxx vertreten. Daher sei die Beigeladene vom Vergabeverfahren auszuschließen, zumindest sei das Vergabeverfahren aufzuheben bzw. ab dem Zeitpunkt der Beteiligung der Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle zu wiederholen.

10.

Mit Schreiben vom 04.05.2022 wurde die Fa. xxxxx zum Verfahren beigeladen.

11.

Mit Schriftsatz vom 12.05.2022 nahm die Beigeladene Stellung und beantragte: den Nachprüfungsantrag in Teilen zu verwerfen, im Übrigen zurückzuverweisen.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen die Argumentation der Vergabestelle unterstützt und vertieft.

12.

Mit Schriftsatz vom 12.05.2022 hat die Vergabestelle Unterlagen zu einer Preisaufklärung gem. § 60 VgV vorgelegt. Die Preisaufklärung wurde von den Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle gegenüber der Beigeladenen mit Schreiben vom 29.04.2022 eingeleitet.

13.

Mit Schriftsatz vom 17.05.2022 bezog die Vergabestelleseite erneut Stellung.

Im Wesentlichen wurde folgendes vorgetragen: Es habe kein Mitwirkungsverbot für die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle gegeben, da diese am Vergabeverfahren nicht mitgewirkt hätten, da die Mandatierung erst nach Eingang der ersten Rüge der Antragstellerin erfolgt sei; es sei insoweit zwischen einer vergaberechtlichen Verfahrensbe-

gleitung einerseits und der rein prozessualen, originär anwaltlichen Vertretung andererseits zu entscheiden. Die einzige Handlung im Vergabeverfahren, bei der die Kanzlei beteiligt war, sei die zeitlich später erfolgte Formulierung der Preisauflärung in Bezug auf das Angebot der Beigeladenen nebst Kommunikation gewesen. Bei der Auswertung der Rückantwort seien die Verfahrensbevollmächtigten nicht beteiligt gewesen. Selbst wenn man insgesamt eine Mitwirkung im Sinne von § 6 VgV sehen wollte, sei die Vermutung eines Interessenkonflikts widerlegt, da die Preisauflärung erst auf Hinweis der Bevollmächtigten erfolgt sei. Ohnehin sei der Antragstellerin kein Schaden entstanden. Im Hinblick auf die Preisauflärung wurde ausgeführt, dass diese bis zur Zuschlagserteilung nachgeholt werden könne. Im Übrigen wurde die bisherige Argumentation vertieft und auf die Replik des Antragstellers dupliziert.

14.

Die Beigeladenenseite nahm mit Schriftsatz vom 19.05.2022 ergänzend Stellung. Im Wesentlichen wurde folgendes ausgeführt: Die mittlerweile durchgeführte Preisauflärung habe ergeben, dass keine Bedenken gegen das Angebot der Beigeladenen und dessen Auskömmlichkeit bestünden. Ein Interessenkonflikt im Hinblick auf die Bevollmächtigten der Vergabestelle bestehe nicht. Diese vertrete im hiesigen Fall nicht Interessen der Beigeladenen. Im Gegenteil hätten erst die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle auf die unterbliebene Preisauflärung hingewiesen. Ungeachtet dessen, dass kein Interessenkonflikt bestehe, komme ein Ausschluss der Beigeladenen nach dem angeführten § 124 Abs. 1 Nr. 5, 9 GWB nicht in Betracht, da dies nur für Personen gelte, die für den öffentlichen Auftraggeber im Auswahlprozess tätig waren – und nicht später. Selbst wenn man dies aufgrund der Beteiligung der Prozessbevollmächtigten an der Preisauflärung anders sehen sollte, würde dies als Rechtsfolge nicht den Angebotsausschluss rechtfertigen, sondern allenfalls – als mildere Maßnahme – eine Nachholung der Prüfung im Rahmen der Preisauflärung. Jedenfalls komme ein Angebotsausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB nicht in Betracht, da weder vorgetragen noch ersichtlich sei, dass die Beigeladene die Entscheidungsfindung der Vergabestelle in unzulässiger Weise beeinflusst habe.

15.

Mit Schriftsatz Ihrer Bevollmächtigten vom 25.05.2022 nahm die Antragstellerin ergänzend Stellung. Insoweit wurde insbesondere folgendes ausgeführt: Es ergebe sich aus der Vergabedokumentation nicht, ob die Beigeladene als X1 oder X2 firmiere. Daher erfülle das Informationsschreiben über den beabsichtigten Zuschlag nicht die Anforderungen des § 134 Abs. 1 GWB und es sei zweifelhaft, ob im Vergabeverfahren insb. im Hinblick

auf das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen, die Eignungsprüfung, die wirksame Abgabe des Angebots und die Preisaufklärung immer auf die richtige bzw. dieselbe juristische Person abgestellt worden ist. Im Hinblick auf die vorgetragene Intransparenz des Bewertungskriteriums III.2 wurde folgendes ausgeführt: Die Antragstellerin habe aufgrund der Formulierungen zu dem Kriterium in den Vergabeunterlagen davon ausgehen dürfen, dass sowohl Angaben zur stufenweisen Aufstockung der Kapazität abgefragt werden als auch Angaben zu Vorlaufzeiten bzgl. der Erhöhung der Impfdosen und der Betriebszeiten. Dass die Antragsgegnerin ihre Vergabeunterlagen so verstanden wissen will, dass im Angebot lediglich die Vorlaufzeiten für die Aufstockung der Impfdosen und Vorlaufzeiten für die Reduktion der Impfdosen anzugeben seien und es dabei auf die „Minimal- zur Maximalbesetzung“ ankomme, sei erst durch das Nichtabhilfes Schreiben vom 19. April 2022 deutlich geworden. Im Hinblick auf die Preisaufklärung wird ausgeführt, dass diese nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei: Da die Vergabestelle bereits interimswise die Beigeladene beauftragt habe und die Vermeidung eines Auftragnehmerwechsels für die Vergabestelle nach ihren eigenen Angaben handlungsleitend sei, könne insoweit nicht mehr von einer ergebnisoffenen Prüfung ausgegangen werden. Hinsichtlich des vorgetragenen Interessenkonflikts bei dem Bevollmächtigten der Vergabestelle wurde folgendes ausgeführt: Dieser habe jedenfalls durch die Mitwirkung an der Preisaufklärung am Vergabeverfahren mitgewirkt. In diesem Zusammenhang sei auch bedeutsam, dass der Beigeladenen offenbar vor der Rüge vom 07.04.2022 die Wertung ihres Angebots mit Punkten und Erläuterungen offen gelegt worden sei, so dass diese im Stande gewesen sei, substantiiert zu etwaigen Wertungsfehlern vortragen zu können, während kein Informationsschreiben an die Antragstellerin derartige Informationen erkennen gelassen hätten. Dies spreche für eine Bevorzugung der Beigeladenen. Die formale Nachholung der Preisaufklärung genüge nicht, um die Rechtskonformität des Verfahrens sicher zu stellen.

16.

Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 30.05.2022 nahm die Beigeladene ergänzend Stellung. Im Wesentlichen wurde folgendes ausgeführt: Die Beigeladene firmiere seit xxxx unter X2, zuvor unter X1. Es handele sich um ein und dieselbe juristische Person, wie aus dem aktuellen Handelsregisterauszug (HRB) hervorgehe. Es gehe aus dem Angebot und dem dort auf der letzten Seite aufgenommenen Firmenstempel hervor, dass die Beigeladene als X2 als Bieter aufgetreten ist. Die Aufnahme des früheren Firmennamens ließe sich vermutlich damit erklären, dass das System des Vergabeportals einen alten Datensatz der Beigeladenen automatisch abgerufen habe.

17.

Am 30.05.2022 hat die Vergabekammer wegen tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten die Entscheidungsfrist gem. § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB bis einschließlich 22.06.2022 verlängert.

18.

In der mündlichen Verhandlung vom 31.05.2022 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern und stellten die Anträge aus den jeweiligen Schriftsätzen.

19.

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf die im Nachprüfungsverfahren gewechselten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer, das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, Bezug genommen.

Begründung:

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a)

Beigeladene in diesem Verfahren ist die X2. Insoweit hat eine Berichtigung von Amts wegen zu erfolgen. Die Beigeladene firmiert seit xxxx unter X2 (vorher X1). Ein entsprechender Handelsregisterauszug, der den Sachverhalt belegt, lag dem Angebot bei. Es ist daher nicht zweifelhaft, wer die „richtige“ juristische Person tatsächlich ist, die das Angebot abgegeben hat. Die Beigeladene sollte zukünftig darauf achten, dass sie die entsprechenden Formblätter bei der Angebotsabgabe korrekt ausfüllt, damit solche Unklarheiten nicht auftreten.

b)

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

c)

Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

d)

Bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.

e)

Der Auftragswert übersteigt den für Dienstleistungsaufträge maßgeblichen Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

f)

Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht (§ 160 Abs. 2 GWB).

g)

Die gegen die Bewertungsmethodik hinsichtlich des Bewertungskriteriums III.2 (Reaktionszeit bei Kapazität Auf-/Abbau) gerichtete Rüge ist nicht gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Zwar wurde die Rüge erstmals mit Schreiben vom 20.04.2022 und damit nach Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe erhoben. Der gerügte Vergaberechtsverstoß war jedoch vorher nicht im Sinne des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB erkennbar.

Eine Rügepräklusion kommt insoweit nur bei auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhenden und ins Auge fallenden Rechtsverstößen in Betracht. Der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots bzw. seiner Bewerbung auffallen muss. Die Erkennbarkeit muss sich hierbei nicht nur auf die den Verstoß begründenden Tatsachen, sondern auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen. Von einem durchschnittlich fachkundigen Bieter, auf den hier abzustellen ist sind vertiefte Rechtskenntnisse, die es erlauben, die Vergaberechtskonformität einer Bewertungsmethodik zu beurteilen, nicht zu erwarten (vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 02.05.2018, Verg 3/18). Dafür spricht auch, dass die Überprüfung von Bewertungsmethoden rechtlich komplex und durch die Rechtsprechung noch nicht vollständig geklärt ist (immer noch aktuell: OLG Düsseldorf, B. v. 22.01.2014, VII-Verg 26/13). Zu berücksichtigen ist neben der Komplexität der rechtlichen Bewertung von Bewertungssystemen bzw. Bewertungsmethoden auch, dass diese eine Domäne des Auftraggebers sind, mit denen sich Bieter zumindest im Grundsatz nicht auskennen können und müssen (OLG Düsseldorf, B. v. 29.04.2015, VII Verg 35/14).

Die Vergabekammer schließt sich diesen Entscheidungen an, die sich aus Sicht der Vergabekammer auf den vorliegenden Fall übertragen lassen.

Die Rüge der Intransparenz im Hinblick auf das Bewertungskriterium III.2 ist nicht gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Zwar wurde die Rüge erstmals mit Schreiben vom 20.04.2022 und damit nach Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe erhoben. Der gerügte Vergaberechtsverstoß war jedoch vorher nicht im Sinne des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB erkennbar. Neben den dargestellten Grundsätzen kommt es insofern nach Auffassung der Vergabekammer auf folgende Überlegungen an: Da nach dem Transparenzgrundsatz hohe Anforderungen an die Qualität der Vergabeunterlagen zu stellen sind, die klar, genau und eindeutig formuliert sein müssen, um den Bietern zu ermöglichen, sie zu verstehen und in gleicher Weise auszulegen, trägt die Vergabestelle das Risiko einer Unklarheit. Diese Risikoverteilung würde unterlaufen und das Risiko der Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen in dem Maße auf den Bieter verlagert, in welchem man ihm eine Nachfrage- oder Rügeobliegenheit auferlegen würde. Demzufolge ist bei der Annahme einer solchen Obliegenheit des Bieters, auf Fehler in den Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen, in denjenigen Fällen Zurückhaltung geboten, in denen - wie vorliegend - Widersprüche oder Unklarheiten der Vergabeunterlagen betroffen sind. Ob von einer solchen Obliegenheit erst dann ausgegangen werden kann, wenn die Ausschreibungsunterlagen offensichtlich falsch sind, oder ob bereits sich aufdrängende Unklarheiten eine Rügepflicht auslösen, kann offenbleiben, wenn die Deutung des Antragstellers nachvollziehbar ist. (vgl. OLG Celle, B. v. 12.10.2021, 13 Verg 7/21).

Vorliegend hat die Antragstellerin die Unterlagen so verstanden, dass auch Angaben zur stufenweisen Aufstockung der mengenmäßigen Kapazität (Tagesleistung) sowie zur Anpassung der Betriebszeiten erforderlich waren, nicht lediglich Angaben zur Anpassung der mengenmäßigen Kapazitäten. Diese Deutung war angesichts der verwendeten offenen Begrifflichkeiten bei der Erläuterung des Bewertungskriteriums III.2 und den einschlägigen Regelungen des Vertragsentwurfs und der Leistungsbeschreibung sowie der Interessenlage nicht fernliegend oder unverständlich, sondern objektiv nachvollziehbar (s. dazu näher unten). Zwar können die Vergabeunterlagen insoweit auch anders verstanden werden, so dass diese als objektiv uneindeutig einzustufen sind (s. dazu weiter unten). Da das Verständnis der Antragstellerin bei dieser Sachlage jedoch wie dargestellt nachvollziehbar ist, bestand nach den dargelegten Grundsätzen insoweit keine Rügeobliegenheit der Antragstellerin.

Im Hinblick auf den gerügten Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot des § 6 VgV besteht keine Rügepräklusion, da die Tätigkeit der Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle für die Antragstellerin erst nach Akteneinsicht im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erkennbar war.

h)

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

a)

Die bei dem Bewertungskriterium III.2 – Reaktionszeit Kapazität Auf-/Abbau zugrunde gelegte Bewertungsformel wirkt sich wettbewerbsverzerrend und gleichheitswidrig aus und ist daher vergaberechtswidrig.

Nach § 127 Abs. 1 Satz 1 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt, § 127 Abs. 1 Satz 2 GWB. Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB.

Damit kommt dem öffentlichen Auftraggeber bei der Gewichtung und Bewertung der Angebote ein Bestimmungsrecht zu. Eine Bewertungsmethodik kann vergaberechtlich nur beanstandet werden, wenn diese sich als mit dem gesetzlichen Leitbild des Vergabewettbewerbs unvereinbar erweist (vgl. OLG Düsseldorf, 02.05.2018, Verg 3/18; BGH, B. v. 04.04.2017, X ZB 3/17). Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Bewertungsmethodik nicht geeignet ist, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot, also das mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu erteilen (VK BW, B. v. 18.10.2016, 1 VK 41/16), insbesondere nicht geeignet ist, eine Angebotsbewertung gemäß den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und deren vorgesehener Gewichtung vorzunehmen (OLG Düsseldorf, B. v. 22.01.2014, VII-Verg 26/13), was insbesondere angenommen wird, wenn die Bewertungsmethodik sich wettbewerbsverzerrend auswirkt (OLG Düsseldorf, 29.04.2015, VII-Verg 35/14; VK Südbayern, 30.08.2016, Z 3 – 3 – 3194 – 1- 28 – 07/16).

Insofern hat die Rechtsprechung die Vergaberechtswidrigkeit bei einer Bewertungsformel angenommen, bei der etwa das beste Angebot die volle Punktzahl hinsichtlich eines Bewertungskriteriums erhielt, dagegen das schlechteste Angebot keine Punktzahl oder eine sehr niedrige Punktzahl. Denn dann kann es, insbesondere, wenn nur zwei Angebote eingehen, zu einer Unterbewertung von Angeboten kommen, insbesondere wenn die relativen Abstände zwischen den Angeboten gering sind. Dies kann dazu führen, dass bestimmte Bewertungskriterien gegenüber anderen einen unverdienten, ausschlaggebenden Rang erhalten und dass somit nicht mehr gewährleistet ist, dass Angebote nach dem

besten Preis-Leistungs-Verhältnis bewertet werden. Dann kann der Fall eintreten, dass ungewürdigt bleibt, ob Defizite bei einem Bewertungskriterium durch einen Vorsprung bei einem anderen Kriterium ausgeglichen werden können (OLG Düsseldorf, B. v. 22.01.2014, VII-Verg 26/13; OLG Düsseldorf, 29.04.2015, VII-Verg 35/14). Weiter hat die Rechtsprechung aus diesen Gründen die Vergabe von Punkten ohne Rücksicht auf die relativen Abstände zwischen den Angeboten als vergaberechtswidrig eingestuft (VK BW, B. v. 18.10.2016, 1 VK 41/16) bzw. Formeln beanstandet, die Abstände nicht linear und somit mit keinerlei Verzerrungen, sondern nur hyperbolisch bewerten (VK Südbayern, B. v. 30.08.2016, Z 3 – 3 – 3194 – 1- 28 – 07/016; a.A. OLG Düsseldorf, B. v. 02.05.2018, Verg 3/18).

Nach der gegenständlichen Bewertungsformel hinsichtlich des Kriteriums III.2 – Reaktionszeit Kapazität Auf-/Abbau -, bei der maximal 30 Punkte erreicht werden können, werden die Punkte nicht linear auf die möglichen Angaben (1-10 Tage) verteilt, sondern es werden Differenzpunkte zur Höchstpunktzahl, die für den Bestbieter vergeben werden, ermittelt. Dabei werden die Differenzpunkte nicht linear über die Spanne „Wert Bestbieter-maximal mögliche Tage (10)“ verteilt, sondern die Tagesdifferenz zum Bestbieter wird ins Verhältnis zu den Tagen des Bestbieters gesetzt. Der sich errechnende Faktor wird mit der Höchstpunktzahl multipliziert, das Ergebnis sind die Differenzpunkte zum Bestbieter. Zur Ermittlung des Tageswerts wird ein Mittelwert zwischen den angegebenen „Vorlaufzeiten des Hoch- und Herunterfahrens“ gebildet.

Ausgehend von einem Abstand des besten Angebots von einem Tag zum zweitbesten Bieter und von zwei Tagen zum drittbesten Bieter führt dies bei einem Mittelwert des Bestbieters von vier Tagen noch zu einer Bewertung des Zweitbieters mit 22,5 Punkten und des Drittbidders mit 15 Punkten. Bei einem Mittelwert des Bestbieters von drei Tagen führt dies noch zu einer Punktzahl des Zweitbieters von 20 Tagen und des Drittbidders von 10 Tagen. Bei einem Mittelwert des Bestbieters von zwei Tagen führt dies noch zu einer Punktzahl des Bestbieters von 15 Tagen, aber bereits zu einer Bewertung des Drittbidders mit null Punkten. Dagegen führt dies bei einem Mittelwert des Bestbieters von einem Tag zu einer Bewertung des Zweitbieters mit null Punkten und des Drittbidders von -30 bzw. null Punkten (der Umgang im Rahmen der Bewertung mit rechnerisch negativen Punkten bleibt unklar). Die Bewertungsformel führt somit dazu, dass sich gleiche Abstände bei den benötigten Tagen bei verschiedenen Werten des Bestbieters unterschiedlich stark auswirken. Insbesondere bei niedrigen Werten des Bestbieters werden Angebote mit geringen Abständen sehr gering oder mit null Punkten (ggf. sogar negativ) bewertet; wenn man davon ausgeht, dass rechnerische Negativpunkte mit null bewertet werden, führen niedrige Werte des Bestbieters auch dazu, dass Konkurrenzangebote bei unterschiedlichen Punktabständen zum Bestbieter gleich bewertet werden (mit null Punkten). Es ist zwar im

Hinblick auf die Bestimmungsfreiheit der Vergabestelle nicht zu beanstanden, dass dem Kriterium der Reaktionszeit bei Kapazitätsaufbau und Kapazitätsabbau eine hohe Bedeutung beigemessen wird, was sich auch in den zu vergebenden 30 Punkten widerspiegelt – damit besteht ein Anreiz, möglichst geringe Vorlaufzeiten anzugeben. Denn bei einem dynamischen Infektionsgeschehen kann es für den Erfolg der Impfkampagne bedeutungsvoll sein, dass Impfkapazitäten möglichst kurzfristig angepasst werden können (insbesondere erhöht werden können), um auf geänderte Lagen wie sich dynamisch verändernde Infektionslagen und sich auf dynamisch und kurzfristig ändernde Empfehlungen und Vorgaben anpassen zu können. Es kann dabei offenbleiben, ob es insoweit grundsätzlich auch gerechtfertigt sein kann, möglichst geringe Tage dadurch zusätzlich zu belohnen, dass sie bei gleichbleibenden Abständen zu den weiteren Angeboten bei geringen absoluten Werten relativ besser gewichtet werden. Denn die konkret verwendete Formel ist nicht mehr von der Bestimmungsfreiheit der Vergabestelle gedeckt und vergaberechtlich unzulässig. Dies liegt zum einen im dargestellten Ausmaß der verzerrenden Bewertung, zum anderen in der starken Ungleichbehandlung verschiedener Angebote durch einerseits hohe Bewertungsunterschiede bei kurzen Abständen zwischen den angegebenen benötigten Tagen, andererseits – im Fall niedriger Mittelwerte des Bestbieters – gleicher Bewertung von Angeboten, bei denen verschiedene Tage angegeben sind, begründet. Diese Effekte sind sachlich nicht mehr gerechtfertigt: Zwar kann aus den genannten Gründen ein Interesse daran bestehen, Anreize für die Abgabe möglichst kurzer Zeiträume für die Kapazitätsanpassung zu setzen. Es ist aber sachlich nicht gerechtfertigt, dass unterlegene Angebote mit geringen Abständen zum Bestbieter gerade im Fall niedriger Mittelwerte des Bestbieters keinen oder nur einen sehr geringen Wert erhalten sollen. Denn in diesen Fällen haben auch diese einen sehr guten objektiven Wert im Hinblick auf eine schnelle Reaktion auf dynamisches Infektionsgeschehen bzw. dynamische Lagen hinsichtlich der Impfkampagne und entsprechenden Empfehlungen und Vorgaben. Bei derart objektiv guten Angeboten leuchtet die sachliche Rechtfertigung von Bewertungen mit einer geringen Punktzahl oder null Punkten sowie die gleiche Bewertung mit null Punkten bei verschiedenen Abständen zum Bestbieter nicht ein. Das Bewertungskriterium III.2 erhält somit einen verzerrenden Ausschlag.

Die Bewertungsformel zum Bewertungskriterium III.2 ist somit jedenfalls übermäßig wettbewerbsverzerrend und gleichheitswidrig, so dass die Gewährleistung der Zuschlagsentscheidung nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unterlaufen ist. Es ist somit vergaberechtswidrig.

b)

Das Bewertungskriterium III.2 – Reaktionszeit bei Kapazität Auf-/Abbau verstößt gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB. Gem. § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB müssen die Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

Das bedeutet, dass die Kriterien klar und eindeutig formuliert sein müssen (BGH, U. v. 22.07.2010, VII ZR 213/08). Dabei ist ausschlaggebend, ob alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ihre genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können (EuGH, U. v. 14.01.2021, C-387/19). Die Ungenauigkeit eines Zuschlagskriteriums darf nicht zu Lasten der Bieter gehen (BGH, U. v. 12.09.2013, VII ZR 227/11; OLG München, B. v. 20.03.2014, Verg 17/13).

Das Bewertungskriterium III.2. wird in der Bewertungsmatrix aus den Vergabeunterlagen u.A. wie folgt erläutert: „Der Bewerber hat darzustellen, welche Vorlaufzeiten für das Hoch- und Herunterfahren der Impfkapazitäten benötigt werden. Die Vorlaufzeit muss jeweils in einer Spanne von 1-10 Tagen liegen.“ Aus dieser Beschreibung ergeben sich keine Anhaltspunkte, auf welche Mengengrößen hinsichtlich der Impfkapazitäten abzustellen ist, also in Bezug auf welche Größen Zeiten für das Hoch- und Herunterfahren anzugeben sind. Auch kann aus diesen Angaben nicht herausgelesen werden, auf welches Betriebszeitenszenario abzustellen ist bzw. ob auch eine zeitliche Ausweitung der Kapazitäten abgefragt wird. Schließlich lässt sich diesen Erläuterungen keine Aussage darüber entnehmen, ob das Hoch- und Herunterfahren in einem Zug oder schrittweise erfolgen soll.

Zur Deutung können ergänzend der den Vergabeunterlagen beiliegende Mustervertragsentwurf und die ebenfalls den Vergabeunterlagen beiliegende Leistungsbeschreibung herangezogen werden. Der Vertragsentwurf trennt zwischen der Regelung von Betriebszeiten (§ 2) und Impfkapazitäten (§ 3). Die Ausweitung der Betriebszeiten von einer 5-Tage-Woche auf bis zu sieben Tage pro Woche ist bei den Betriebszeiten geregelt, ebenso wie eine Vorlauffrist von zehn Tagen. In § 3 ist die sog. Minimal- und Maximalkapazität beschrieben sowie die Verpflichtung, innerhalb von zehn Tagen auf die Maximalkapazität heraufzufahren bzw. wieder auf die Minimalkapazität zu reduzieren, wobei die jeweilige Anpassung auch schrittweise angefordert werden könne. In Ziffer II.3.c. der Leistungsbeschreibung finden sich Regelungen zu den Betriebszeiten und zu den Impfkapazitäten. Zunächst ist geregelt, dass die Ausweitung des Betriebs von einer 5-Tage-Woche auf eine 6- oder 7-Tage-Woche mit einer Vorlaufzeit von 10 Tagen angefordert werden kann. Dann ist die Minimal- und Maximalkapazität geregelt und beschrieben, dass bei

Anforderung eine Erhöhung von der Minimalkapazität auf die Maximalkapazität bzw. eine entsprechende Reduzierung in maximal zehn Tagen erfolgen muss sowie dass die Anpassungen nach entsprechender Anforderung auch schrittweise erfolgen müssen.

Diese Regelungen lassen wegen der entsprechenden begrifflichen Trennung die Deutung zu, dass bei dem Kriterium III.2 nur auf Angaben bzgl. der mengenmäßigen Anpassung (Anpassung der Tagesleistung) abgestellt wird und nicht auch auf eine Anpassung der Betriebszeiten. Dafür spricht auch, dass die Leistungsbeschreibung nur hinsichtlich der mengenmäßigen Anpassung die zeitliche Grenze von zehn Tagen – wie die Erläuterungen zum Kriterium III.2 – nicht als nach unten starr beschreibt und dass nur von einer Ausweitung der Betriebstage gesprochen wird, nicht von einer konsekutiven Reduzierung. Dies ist jedoch nicht die einzige objektiv durch einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter mögliche Deutung, da der bei den Erläuterungen zum Kriterium III.2 verwendete Ausdruck „Impfkapazität“ neutral ist und begrifflich auch zeitlich bemessene Kapazitäten erfassen kann, zumal auf die „Vorlaufzeiten“ abgestellt wird, ein Begriff, den der Vertragsentwurf und die Leistungsbeschreibung nur bei den Betriebszeiten verwendet. Dem stehen auch die jeweiligen Ausführungen zum zeitlichen Rahmen nicht entgegen, da die Vorgabe von zehn Tagen bei der mengenmäßigen Anpassung (Tagesleistung) im Vertragsentwurf – anders als in der Leistungsbeschreibung – auch nicht zwingend als nach unten flexibel beschrieben gelten muss. Umgekehrt schließt die Vorgabe einer Vorlaufzeit hinsichtlich der Anpassung der Betriebszeiten nicht aus, dass diese unterschritten werden kann, zumal hier ebenso wie bei der mengenmäßigen Anpassung (Tagesleistung) ein Interesse bestehen dürfte, dass diese zügig erfolgt (ebenso dürfte ein Interesse daran bestehen, Betriebszeiten wieder reduzieren zu können). Dafür, dass auch Angaben zur Anpassung der Betriebszeiten von Bedeutung sein könnten, spricht auch, dass die Vergabestelle zunächst selbst die von der Antragstellerin angegebenen Zeiten für die Aufstockung der Betriebszeiten in die Bewertung mit einbezog. Das Bewertungskriterium III.2 ist somit insofern uneindeutig und intransparent.

Auch aus diesem Grund ist die Bezugsgröße für das Hoch- und Runterfahren unklar. Auch bei einer rein mengenmäßigen Betrachtung (Tagesleistung) ist die Bezugsgröße für das Hoch- und Runterfahren nicht klar. Insoweit können die dargestellten Regelungen im Vertragsentwurf und in der Leistungsbeschreibung zwar so gedeutet werden, dass es um die dargestellte mengenmäßige Minimal- bzw. Maximalkapazität geht, zumal nach dem Vertragsentwurf mit der Minimalkapazität begonnen werden soll. Dies geht aus der Erläuterung des Kriteriums III.2 jedoch nicht eindeutig hervor, da in keiner Weise Zielgrößen definiert werden oder auf die Begrifflichkeiten „Minimal- und Maximalkapazität“ Bezug genommen wird. Für andere objektiv mögliche Deutungsvarianten spricht auch, dass nach der Antwort auf die Bieterfrage A-3 auch die Betrachtung möglich war, dass die maximale

Anzahl von Teams durch den Bieter in seinem vorzulegenden Konzept festgelegt werden kann. Es ist somit auch eine andere Bezugsgröße für die Kapazitätsanpassung als die beschriebene Maximalkapazität denkbar. Für die Uneindeutigkeit der Bezugsgröße spricht auch, dass nach dem Vertragsentwurf und der Leistungsbeschreibung eine stufenweise Anpassung der mengenmäßigen Kapazitäten möglich ist und gefordert werden kann, so dass auch andere Zielgrößen als die Minimal- oder Maximalkapazität denkbar sind.

Auch wenn man annimmt, dass die Möglichkeit der stufenweisen Anpassung keinen Einfluss auf die Bezugs- oder Zielgrößen hat, ist das Kriterium III.2. im Hinblick auf die im Vertragsentwurf und in der Leistungsbeschreibung ermöglichte Anforderung der stufenweisen Anpassung uneindeutig und intransparent. Es bleibt damit offen, ob Angaben zur stufenweisen Anpassung (auf die gegebene Gesamt-Zielgröße) erforderlich sind. Zwar geht die Erläuterung zum Kriterium III.2 darauf nicht ein, die Ermöglichung der stufenweisen Anpassung im Vertragsentwurf und in der Leistungsbeschreibung könnte jedoch auch dafürsprechen, dass insoweit Angaben erforderlich sind, zumal die Vergabestelle auch an diesen Angaben ein Interesse haben dürfte.

c)

Es liegt ein Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot des § 6 Abs. 1 VgV vor, denn die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle handelten als Beschaffungsdienstleister der Vergabestelle, bei denen ein Interessenkonflikt besteht und wirkten in dem Vergabeverfahren mit.

Eine Mitwirkung der Verfahrensbevollmächtigten am Vergabeverfahren als Beschaffungsdienstleister der Vergabestelle liegt hier vor.

Der Begriff des Beschaffungsdienstleisters ist weit zu verstehen und erfasst auch den Rechtsanwalt der Vergabestelle, der bei der Durchführung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber berät. Mitwirken ist das aktive Tätigwerden für den Auftraggeber (VK Saarland, B.v. 09.09.2019, 2 VK 01/2019).

Offenbleiben kann, ob bei der Mitwirkung am Vergabeverfahren zwischen einer vergaberechtlichen Verfahrensbeteiligung einerseits und der reinen prozessualen, originär anwaltlichen Vertretung unterschieden werden muss, wie der Verfahrensbevollmächtigte der Vergabestelle meint.

Denn die Verfahrensbevollmächtigten haben an der Preisauflärung gem. § 60 VgV mitgewirkt. Die Preisauflärung ist Bestandteil des Vergabeverfahrens, auch wenn sie wie hier im Nachprüfungsverfahren nachgeholt wird. Im Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten vom 17.05.2022 wurde insoweit angegeben, dass diese die Formulierung der

Preisauflklärung in Bezug auf das Angebot der Beigeladenen übernommen habe und die Kommunikation übernommen habe. Es sei nach Mandatierung insoweit festgestellt worden, dass die Auflklärung – trotz objektiver Notwendigkeit – noch nicht erfolgt ist. Damit sind die Verfahrensbevollmchtigten der Vergabestelle im Vergabeverfahren aktiv tchtig geworden. Hierbei findet auch Bercksichtigung, dass die Formulierung der Fragen den Gegenstand und somit das Ausmau und das Ergebnis der Prfung nach § 60 Abs. 1, 2 VgV beeinflusst.

Laut dem Preisauflklärungsschreiben der Verfahrensbevollmchtigten der Vergabestelle vom 29.04.2022 haben diese zudem auch die Angebote geprft und insofern mitgewirkt.

Ein Interessenkonflikt besteht fr Personen, die an der Durchfhrung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang eines Vergabeverfahrens haben knnen und die ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persnliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhngigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeintrchtigt knnte, § 6 Abs. 2 VgV.

Der Interessenkonflikt wird vorliegend gem. § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV vermutet, da die Verfahrensbevollmchtigten der Vergabestelle einen Bieter beraten bzw. sonst untersttzen. Dabei genügt eine aktuelle Beratungsttigkeit fr den Bieter. Auf eine konkrete mandatsbezogene Ttigkeit im konkreten Vergabeverfahren kommt es nicht an (VK Saarland, B. v. 09.09.2019, 2 VK 01/2019).

Die Verfahrensbevollmchtigten der Antragsgegnerin vertreten die Beigeladene parallel in einem Verfahren vor der Vergabekammer (Az. V.....), bei der die hier Beigeladene als Antragstellerin auftritt. Die hiesige Antragstellerin ist in dem Verfahren von der VK Beigeladene.

Die Vermutung wurde nicht widerlegt.

§ 6 Abs. 3 ist widerleglich ausgestaltet. Eine Widerlegung setzt voraus, dass der Nachweis gefhrt werden kann, dass eine Interessenkollision ausgeschlossen ist. Hierfr ist die Vergabestelle darlegungs- und beweisbelastet. Die Eigenerklrung, nicht befangen zu sein, reicht hierzu nicht aus. Der Nachweis kann grundsztlich auch durch organisatorische Maunahmen gefhrt werden, wenn dadurch ausgeschlossen wird, dass innerhalb der Organisationseinheit vom Mitwirkungsverbot betroffene Personen auch tatschlich nicht mitwirken knnen (VK Saarland, B. v. 09.09.2019, 2 VK 01/2019). Zur Widerlegung eines Interessenkonflikts und/oder einer Auswirkung auf die Vergabeentscheidung ist eine umfassende und ordnungsgemae Dokumentation unerlsslich. Dafr mssen zeitnah die Tatsachen und Umstnde aktenkundig gemacht werden, aus denen die Widerlegung der Vermutung eines Interessenkonflikts hergeleitet wird. Hierzu gehren

nicht nur der Entscheidungsvorgang, also wer wann und in welcher Weise an Entscheidungen mitgewirkt hat, sondern auch vorbeugende Maßnahmen, Dienstanweisungen, Zuständigkeits- und Vertretungsregelungen etc. (Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A+B, VgV, § 6 VgV, Rn. 33).

Vorliegend ist die Angabe der Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle, dass keinerlei Beratung oder Unterstützung zum Vergabeverfahren und zur Angebotswertung stattgefunden hat, als Eigenerklärung nicht ausreichend, zumal laut dem Preisaufklärungsschreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle vom 29.04.2022 diese zudem auch die Angebote geprüft und insofern mitgewirkt haben. Hingegen sind keine organisatorischen Maßnahmen zur Vermeidung der Mitwirkung von Personen mit einem Interessenkonflikt vorgetragen worden oder sonst aus der Vergabedokumentation ersichtlich. Die Vermutung des § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV ist damit nicht widerlegt.

d)

Die Antragstellerin ist auch in ihren Rechten verletzt.

Im Hinblick auf die beanstandete Bewertungsformel beim Bewertungskriterium III.2 ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Rangfolge der Angebote bei anderen Formelvarianten bzw. korrigierter Bewertungsformel und erneuter Angebotsabgabe ändert und die Antragstellerin den Zuschlag erhalten könnte, zumal die Wahl des Wertungssystems von der Vergabestelle zu treffen ist, zahlreiche Bewertungssysteme denkbar sind und die Möglichkeit besteht, dass die Vergabestelle angesichts der Ausführungen der Vergabekammer nicht an der bekanntgegebenen Gewichtung festhält. Dafür spricht auch die Möglichkeit der Anpassung des Bewertungskriteriums III.2 bzw. der Angebote im Hinblick auf die Rüge der Intransparenz. Zwar hat sich die zusätzliche Angabe der Dauer der Ausweitung von Betriebszeiten durch die Antragstellerin nicht ausgewirkt, da die Vergabestelle dies bei der zweiten Bewertung weggelassen hat und auch die Intransparenz hinsichtlich der Bezugsgröße hat sich nicht ausgewirkt, da die Antragstellerin die in Vertragsentwurf und Leistungsbeschreibung geregelte Maximalkapazität angegeben hat, auf die hier aus Sicht der Vergabestelle abzustellen war. Auswirkung entfaltet jedoch die Intransparenz im Hinblick auf die Frage der stufenweisen Anpassung der Kapazitäten. Die Antragstellerin führt insoweit im Nachprüfungsantrag vom 25.04.2022 aus, dass bei Verzicht auf Zwischenschritte eine geringere Vorlaufzeit hätte dargestellt werden können. Sinngemäß wurde insoweit ausgeführt, dass der Verzicht auf Zwischenschritte die für das Hochfahren auf die finale Zielgröße benötigte Gesamtzeit wegen der Verzichts auf Zwischenschritte verringert hätte. Die Vergabekammer hält dies für möglich, zumal dem soweit ersichtlich nicht entgegengetreten wurde. Damit ist insoweit auch eine Auswirkung auf die Bewertung und

die Rangfolge der Angebote möglich, auch unter Berücksichtigung der möglichen Anpassung des Kriteriums III.2. sowohl im Hinblick auf die Rüge der Intransparenz und im Hinblick auf die Rüge der fehlerhaften Bewertungsmethodik und einer in Reaktion hierauf möglichen Anpassung der Angebote.

Die Rechtsverletzung ist auch im Hinblick auf die Nichtbeachtung des § 6 VgV zu bejahen, da die jedenfalls unter Nichtbeachtung des § 6 VgV vorgenommene Preisaufklärung Einfluss auf die Zuschlagsentscheidung hat.

e)

Nachdem das Vergabeverfahren insofern fehlerhaft war, ist zur Heilung der Fehler erforderlich, dass das Verfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand unmittelbar in den Stand nach Auftragsbekanntmachung zurückversetzt wird und die Bieter unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer mit im Hinblick auf die dargestellten Fehler korrigierten Unterlagen erneut zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die Angebotsaufforderung muss jedenfalls hinsichtlich des Bewertungskriteriums III.2 korrigiert werden. Dagegen war der von der Antragstellerin wegen der Einschlägigkeit von § 6 VgV vorgetragene Ausschluss der Beigeladenen nach § 124 Abs. 1 Nr. 5 bzw. Nr. 9 GWB nicht veranlasst.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a)

Die Vergabestelle und die Beigeladene tragen die Verfahrenskosten gesamtschuldnerisch je zur Hälfte, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen sind, § 182 Abs. 3 Satz 1,2 GWB.

b)

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der Antragstellerin ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

c)

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war für die Antragstellerin notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der Antragstellerin nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

d)

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und Abs. 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der Antragstellerin und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €. Bei der Berechnung wurde der Auftragswert für den regulären Vertragszeitraum (01.05.2022 bis 31.12.2022) vollständig und für die optionalen Verlängerungszeiträume (.....) jeweils mit 50 % berücksichtigt.

Die Vergabestelle ist gemäß § 182 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG von der Zahlung der Gebühr befreit.

e)

Soweit ein Kostenvorschuss von der Antragstellerin geleistet wurde, wird dieser nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die Antragstellerin zurücküberwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

Für den an der Unterschrift verhinderten
Vorsitzenden

.....