

OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018, 13 Verg 4 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.4.2019

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Celle > 2018 > 11.09.2018 - 13 Verg 4 / 18

OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018, 13 Verg 4 / 18

(Bieter obsiegt)

Normen:

§ 97 Abs. 2 GWB; § 173 GWB; § 160 GWB

Vorangegangene Entscheidung:

VK Lüneburg, Beschluss vom 25.07.2018, VgK - 21 / 2018

Stichworte:

Diskriminierende Zuschlagskriterien, Begründung, Gewichtung

Leitsatz (amtlich):

1. Es ist nicht anzunehmen, dass ein Bieter einen Vergabefehler erkennt, wenn ihm zwar die sachliche Grundlage dieses Fehlers bekannt ist, ihm aber die Relevanz dieses Umstandes nicht klar ist.
2. Der Beurteilungs- und Handlungsspielraum des Auftraggebers bei der Bestimmung und Gewichtung von Zuschlagskriterien ist überschritten, wenn qualitativen Wertungskriterien einzeln oder in ihrer Gesamtheit ein Gewicht zugemessen würde, dass sachlich nicht zu rechtfertigen ist und deshalb die Annahme naheliegt, dass die Kriterien so ausgestaltet wurden, dass nur ein oder einzelne Unternehmen realistische Aussichten auf den Zuschlag haben.
3. Kann eine Vorgabe nur von einem Unternehmen erfüllt werden, so kann die herausgehobene Gewichtung dieses Kriteriums nur dann erfolgen, wenn das Interesse des Auftraggebers an der Einhaltung seiner Vorgabe nicht ausreichend auch durch andere Vorgaben gesichert werden könnte, sodass auch Wettbewerbsunternehmen konkurrenzfähige Angebote abgeben können.
4. Verlangt der Auftraggeber, dass ein erheblicher Teil von Briefdienstleistungen schon am Folgetag zugestellt wird und begründet er dies damit, dass insbesondere längere Zustellzeiten als drei Tage nicht hinnehmbar sein sollen, begründet dies kein herausgehobenes Interesse an der Zustellung bereits am Folgetag.
5. Das Zuschlagskriterium eines einheitlichen codierten Systems benachteiligt bestimmte Unternehmen, wenn diese regelmäßig auf Nachunternehmen mit eigenen codierten Systemen zurückgreifen müssen.
6. Ein Zuschlagskriterium, dass nur ein Unternehmen erfüllen kann, muss sich in entsprechender Anwendung des § 31 Abs. 6 VgV daran messen lassen, ob hierfür sachlich begründbare Interessen des Auftraggebers bestehen.
7. Soll eine bestimmte Vorgabe des Auftraggebers eine von ihm beschriebene Gefahr vermeiden, so muss diese Gefahr tatsächlich gegeben sein und nicht bloß theoretisch beschreibbar sein.
8. Jedenfalls ist es sachwidrig, ein solches nicht näher fundiert begründetes Kriterium bei der Wertungsentscheidung mit einem Anteil von 20 % zu gewichten.

Entscheidungstext:

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts X durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht W., die Richterin am Oberlandesgericht M. und den Richter am Oberlandesgericht K. am 11. September 2018 beschlossen:

1. Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer N. beim N. Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr vom 25. Juli 2018 - VgK - 21/2018 wird bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängert.

2. Der Antragsgegner hat sich in der Verhandlung vor der Vergabekammer auf Antworten zu den Bieterfragen Nr. 125 und 142 bezogen, die in den dem Senat vorliegenden Akten nicht enthalten sind. Es wird aufgegeben, den aktualisierten Fragen- und Antwortenkatalog innerhalb von einer Woche vorzulegen.

3. Es war bislang unstrittig, dass die D. AG für sich selbst allgemein eine Quote der Schriftstücke, die am auf die Einlieferung folgenden Tag ausgeliefert werden (E+1-Quote), von 95 % angibt. Im Schriftsatz des Antragsgegners vom 10. September 2018 ist insoweit allerdings eine Quote von 85 % angegeben.

Es wird aufgegeben, innerhalb von einer Woche klarzustellen, ob es sich hierbei um einen Schreibfehler handelt. Anderenfalls ist dieser Vortrag zu belegen.

Gründe:

Der zulässige Antrag, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern, ist begründet.

Bei der Entscheidung über den Antrag nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB sind gemäß § 173 Abs. 2 Satz 2 GWB neben den Erfolgsaussichten der Beschwerde und dem Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens auch die Aussichten der Antragstellerin zu berücksichtigen, im Vergabeverfahren den Auftrag zu erhalten. Im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes ist es bei einer erfolgversprechenden Beschwerde regelmäßig geboten, dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung stattzugeben (Senat, Beschluss vom 8. Juli 2016 – 13 Verg 2/16 – juris Rn. 3). Die Erfolgsaussicht der vorliegenden Beschwerde ist nach der gebotenen summarischen Prüfung gegeben, wobei einzelne Fragen, insbesondere die Bewertung des Interesses des Antragstellers, eine Zustellung weitgehend schon am Folgetag sicherzustellen, abschließend erst nach der Erörterung in der mündlichen Verhandlung beurteilt werden sollen.

Da die mündliche Verhandlung bereits auf den 28. September 2018 anberaumt ist und somit das Vergabeverfahren durch die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nicht wesentlich verzögert wird, überwiegen die Interessen der Antragstellerin daran, dass der Antragsgegner den Zuschlag nicht vor der Entscheidung im Beschwerdeverfahren erteilt, auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Bindefrist der eingereichten Angebote bereits am 18. September 2018 endet.

Dass die Beschwerde Aussicht auf Erfolg hat, beruht auf folgenden Erwägungen:

1. Sowohl die sofortige Beschwerde als auch der Nachprüfungsantrag dürften überwiegend zulässig sein. Insbesondere dürfte die Antragstellerin nach § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt sein. Sie hat ein Interesse am

OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018, 13 Verg 4 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.4.2019

Auftrag und beschreibt die Verletzung von Rechten aufgrund des Verstoßes gegen Vergabevorschriften. Dass die Antragstellerin ihr Interesse am Auftrag - teilweise - nicht durch die Abgabe von Angeboten dokumentiert hat, dürfte unschädlich sein. Leidet das Vergabeverfahren - nach Auffassung des Antragstellers - unter erheblichen Vergaberechtsverstößen, ist es ausreichend, wenn das Interesse am Auftrag durch eine vorprozessuale Rüge und den abschließenden Nachprüfungsantrag dokumentiert wird (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Februar 2012 - VII - Verg 75/11, juris Rn. 27 m. w. N.). Gerade in Fällen, in denen sich ein Interessent an der Abgabe eines wirtschaftlicheren Angebotes aufgrund von ihm als vergaberechtswidrig beanstandeten Ausschreibungsbedingungen gehindert sieht, kann es sachgerecht sein, von einer Angebotsabgabe abzusehen, um nicht an einem vorsorglich abgegebenen unwirtschaftlicheren Angebot festgehalten zu werden (vgl. dazu näher etwa BKartA, Beschluss vom 18. Dezember 2017 – VK 3-139/07, juris Rn. 50 f.; Beschluss vom 2. Juli 2012 – VK 3-66/12, juris Rn. 90).

Die erhobenen Rügen dürften weitgehend auch nicht präkludiert sein.

a) Unzulässig dürfte der Nachprüfungsantrag allerdings nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB insoweit sein, als die Antragstellerin sich isoliert gegen das Zuschlagskriterium der preislichen Bewertung der Angebote wendet. Sie hatte dies mit Schreiben vom 2. Mai 2018 gerügt (S. 2, Bl. 197 VA), dies aber erst in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer am 19. Juli 2018 wieder ausdrücklich aufgegriffen (S. 4 des Protokolls vom 19. Juli 2018, Bl. 570 R VA) und mit Schriftsatz vom 23. Juli 2018 im Ansatz wiederholt (S. 4, Bl. 564 VA). Allein dadurch, dass sie mit der Antragsschrift das Rügeschreiben vom 2. Mai 2018 vorgelegt und insgesamt - pauschal - in Bezug genommen hatte, hat sie diese Rüge insoweit - zunächst - noch nicht ausreichend zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemacht.

Demgegenüber hat die Antragstellerin bereits in der Antragsschrift im Wesentlichen beanstandet, dass die konkret angegriffenen Auswahlkriterien - die zu garantierende Quote einer Zustellung am folgenden Tag sowie das einheitliche Codiersystem - nach der vorgesehenen Bewertung ein derartiges Gewicht haben, dass es ihr faktisch verwehrt sei, sich erfolgreich mit einem Angebot am Vergabeverfahren zu beteiligen, zumal der Preis der Angebote lediglich zu 30 % berücksichtigt werde und die ausdrücklich angegriffenen Kriterien das Preiskriterium erheblich überlagerten (S. 13 der Antragsschrift, Bl. 84 VA). Insoweit, als die Gewichtung des Preiskriteriums im Verhältnis zu der Gewichtung dieser weiteren Kriterien angegriffen ist, dürfte deshalb keine Präklusion nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB eingetreten sein. Der Antragsgegner hat auf die bezeichnete Rüge mit Schreiben vom 28. Mai 2018 - per Fax eingegangen bei der Antragstellerin am selben Tag - geantwortet. Die Antragsschrift vom 11. Juni 2018 ist am selben Tag - mithin innerhalb der vorgeschriebenen Frist von 15 Kalendertagen - bei der Vergabekammer eingegangen.

b) Zulässig sind auch die Rügen, die sich darauf beziehen, dass der Antragsgegner die vorgesehenen Abholzeiten bei den einzelnen Behörden etc. nicht vollständig und die Zielgebiete, in die Sendungen in der Vergangenheit gerichtet waren, mit Ausnahme der groben Schätzung einer landes-/bundesweiten Verteilung überhaupt nicht mitgeteilt hat, dennoch aber Angaben nicht nur zur Möglichkeit einer Zustellung am nächsten Tag, sondern insbesondere die Garantie einer bestimmten Quote von am nächsten Tag zuzustellen Schriftstücken fordert. Diesen Gesichtspunkt hat die Antragstellerin zwar erstmals mit Rügeschreiben vom 8. Juni 2018 (Bl. 220 VA) beanstandet. Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass sie sich bereits zuvor - insbesondere in Vorbereitung der Rüge vom 2. Mai 2018 - intensiv mit den Vergabeunterlagen befasst haben dürfte, lässt sich doch aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung der Vergabekammer nicht feststellen, dass sie diese möglichen Vergaberechtsverstöße positiv erkannt hat, sodass diese Rügen nicht nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB präkludiert sind. Zwar ist - worauf sich der Antragsgegner im Schriftsatz vom 18. Juli 2008 bezogen hat (Bl. 494 f. VA) - anhand der Bieterfragen Nr. 70 und 97 vom 16./23. Mai 2018 erkennbar, dass sich die Antragstellerin mit Zustellbereichen beschäftigt hat. Auch wenn dies den genannten

OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018, 13 Verg 4 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.4.2019

Bieterfragen nicht zu entnehmen ist, liegt auch nahe, dass sie dabei erkannte hat, dass genaue Zustellgebiete in der Liste der Abholstellen nicht angegeben waren. Dass sie zu diesem Zeitpunkt aber bereits die Relevanz dieses Umstandes für die geforderten Angaben zur Zustellung am nächsten Tag erkannte hat, lässt sich hiernach nicht sicher feststellen.

c) Der Antragsgegner hat weiter eine Präklusion insoweit geltend gemacht, als das Zuschlagskriterium der „Quote der E+1-Zustellung“ als solches gar nicht gerügt worden sei. Dies trifft zu. Der Senat versteht den Vortrag der Antragstellerin allerdings dahin, dass nicht gerügt werden soll, dass überhaupt ein solches Zuschlagskriterium bestimmt wurde, sondern dies nur einerseits vor dem Hintergrund nicht ausreichender Informationen über Abholzeiten und Zustellgebiete und andererseits im Hinblick auf die Gewichtung dieses Kriteriums beanstandet wurde.

d) Der Antragsgegner hat weiter eingewandt, dass auch die erst mit Schriftsatz vom 17. Juli 2018 (Bl. 549 VA) ausdrücklich erhobene Beanstandung einer intransparenten Formulierung des Wertungskriteriums der einheitlichen Codierung verspätet und damit unzulässig sei. Die mögliche mangelnde Transparenz hatte die Antragstellerin allerdings zuvor als solche nicht gerügt. Die Rüge betreffend das einheitliche Codiersystem vom 2. Mai 2018 bezog sich nicht auf eine mögliche Intransparenz dieses Kriteriums. Entsprechendes wurde zwar in der Rüge vom 8. Juni 2018 knapp angesprochen (S. 4, Bl. 223 VA). Diese Rüge hat der Antragsgegner aber nicht beantwortet. Eine Präklusion nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB greift insoweit daher nicht.

Zudem wurde ohnehin erst in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer deutlich, dass der Antragsgegner ein Verständnis dieses Zuschlagskriteriums hat, das nicht hinreichend transparent sein dürfte.

2. Der Nachprüfungsantrag dürfte auch überwiegend begründet sein. Unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalls – insbesondere der Gewichtung der entsprechenden Kriterien – dürfte die Bestimmung der angegriffenen Zuschlagskriterien insbesondere gegen das Diskriminierungsverbot nach § 97 Abs. 2 GWB verstoßen und daher - so wie bislang erfolgt – unzulässig sein.

a) Für sich genommen ist es zwar zulässig, dass sich der Auftraggeber eine bestimmte Quote der Sendungen, die an dem auf den Einlieferungstag folgenden Tag zugestellt werden, vertraglich garantieren lässt. Dem dürfte jedenfalls im Verhältnis zur Antragstellerin auch nicht entgegen stehen, dass den Bietern Einzelheiten zu Abholzeiten nur unvollständig und zu den genauen Zustellgebieten nicht mitgeteilt werden. In der Gesamtschau einerseits der Formulierung und Gewichtung dieses Zuschlagskriteriums für sich genommen und andererseits der zu erwartenden Auswirkungen auf die Vergabeentscheidung in der Gesamtschau mit den Auswirkungen der weiteren Zustellkriterien dürfte es jedoch in vergaberechtlich unzulässiger Weise insbesondere die Antragstellerin sowie allgemein Wettbewerber der D. AG diskriminieren, die sich nicht darauf beschränken wollen, Postsendungen bloß einzusammeln und zur weiteren Beförderung und Zustellung an die D. AG zu übergeben.

Grundsätzlich ist dem Auftraggeber zwar ein weiter Beurteilungs- und Handlungsspielraum dafür eröffnet, anhand der Bestimmung und Gewichtung von Zuschlagskriterien festzulegen, welche Qualität die Leistung vorzugsweise haben soll, wie mithin das wirtschaftlich günstigste Angebot zu bestimmen ist. Dieser Beurteilungsspielraum ist nur eingeschränkt gerichtlich daraufhin zu kontrollieren, ob Verfahrensvorschriften und Begründungspflichten beachtet worden sind, der Sachverhalt richtig ermittelt wurde und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorliegt (EuG, Urteil vom 29. Januar 2013 – T-339/10 und T-532/10, juris Rn. 54 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2017 – VII-Verg 31/16, juris Rn. 24).

OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018, 13 Verg 4 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.4.2019

Auch ist zu berücksichtigen, dass ein hoher Einfluss von Qualitätskriterien auf die Zuschlagsentscheidung zwar u. U. einzelnen Anbietern, namentlich dem ressourcenstarken früheren Inhaber eines Monopols, mehr als anderen Bewerbern entgegenkommt, was allerdings die Verwendung eines bestimmten Wertungsschemas für sich genommen noch nicht als vergaberechtswidrig erscheinen lässt (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, a. a. O. Rn. 37). Ein Auftraggeber ist nicht gehalten, grundsätzlich sachgerechte Zuschlagskriterien so zu formulieren, dass bestehende Wettbewerbsvorteile ausgeglichen oder nivelliert werden (BKartA, Beschluss vom 24. September 2014 – VK 2 – 67/14, juris Rn. 100).

Die Grenze zur Vergaberechtswidrigkeit ist jedoch überschritten, wenn qualitativen Wertungskriterien einzeln oder in ihrer Gesamtheit ein Gewicht zugemessen würde, das sachlich nicht zu rechtfertigen ist und deshalb die Annahme nahelegt, dass die Kriterien so ausgestaltet wurden, dass nur ein oder einzelne Unternehmen realistische Aussichten auf den Zuschlag haben, während andere Anbieter trotz Vergabe im offenen Verfahren und objektiv gegebener Eignung von vornherein chancenlos wären (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, a. a. O. Rn. 38). Zu berücksichtigen ist auch, ob die Kriterien dem mit ihrer Bestimmung verfolgten Zweck, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln, zuwiderlaufen oder sachfremde Erwägungen angestellt werden (OLG Düsseldorf a.a.O.).

(1) Insgesamt kommt dem Gesichtspunkt einer Zustellung am Folgetag ein erhebliches Gewicht für die Zuschlagsentscheidung zu, hinter dem weitere Kriterien deutlich zurücktreten. Diese herausgehobene Gewichtung dürfte nicht aufgrund objektiv begründbarer Interessen des Antragsgegners bzw. der Behörden zu rechtfertigen sein, die die Postdienstleistungen in Anspruch nehmen werden.

Zwar ist nicht zu verkennen und als solches auch nicht näher begründungsbedürftig, dass ein erhebliches und ohne weiteres berücksichtigungsfähiges Interesse daran besteht, dass Postsendungen zeitnah und fehlerfrei zugestellt werden. Es ist aber nicht zu erkennen, dass dieses Interesse nicht ausreichend auch durch andere Vorgaben etc. gesichert werden könnte, die auch Wettbewerbsunternehmen der D. AG ermöglichen, konkurrenzfähige Angebote abzugeben. So hat der Antragsgegner bereits gefordert, die Einhaltung einer E+2-Quote von 95 % zuzusichern. In Betracht kommen könnte auch die Forderung nach der weitergehenden Zusicherung, eine E+1-Quote von beispielsweise 80 % einzuhalten, möglicherweise auch einer bestimmten E+3-Quote, wobei der Senat insoweit zunächst unterstellt, dass solche Forderungen von potentiellen Bietern weitgehend erfüllbar wären. Bereits hierdurch würde eine hohe Zustellgeschwindigkeit zugesichert.

Die erhebliche Gewichtung des Kriteriums der garantierten E+1-Quote führte – auch unter Berücksichtigung der vorgesehenen Wertungsmethode – demgegenüber angesichts der von der D. AG beworbenen Einhaltung einer E+1-Quote von 95 % voraussichtlich zu erheblichen Wettbewerbsnachteilen für deren Konkurrenten. Ein besonderes erhebliches Bedürfnis an einer Zustellung bereits an dem auf den Einlieferungstag folgenden Tag, das es rechtfertigte, die Zusage einer noch höheren E+1 Quote als beispielsweise 80 % in diesem besonderen Maße zu honorieren, ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

(a) Der Antragsgegner hat hierzu unter anderem in der Rügeantwort vom 28. Mai 2018 ausgeführt, dass eine rechtzeitige Zustellung eine erhebliche Rolle in der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung spiele, ohne aber eine besondere Bedeutung einer Zustellung schon am Folgetag herauszuarbeiten.

In der Begründung der Zuschlagskriterien hat er weiter ausgeführt, seinen Kunden sei eine schnelle und zuverlässige Zustellung sehr wichtig. In der Vergangenheit seien verschiedene Probleme entstanden, die auf den Einsatz von Unterauftragnehmern zurückzuführen seien, nämlich u.a. lange Laufzeiten von mehr als drei Tagen. Deshalb bestehe eine erhebliche Unzufriedenheit mit der bisherigen Leistungserbringung und es werde gefordert, weniger auf den Preis zu achten, die Qualität in den Vordergrund zu stellen und eine zügige und sichere Zustellung zu gewährleisten, damit die Abläufe der Dienststellen möglichst nicht beeinträchtigt werden.

OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018, 13 Verg 4 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.4.2019

Diese Begründung lässt erkennen, dass insbesondere längere Zustellzeiten als drei Tage – sowie Fehler in der Zustellung im Allgemeinen – als nachteilig für die Aufgabenerfüllung der betroffenen Behörden erachtet werden. Ein herausgehobenes Interesse an einer Zustellung bereits am Folgetag ist damit aber ebenfalls nicht begründet.

(b) Auch sonst ist ein herausgehobenes Interesse an einer Zustellung bereits am Folgetag, das die vorgenommene Gewichtung rechtfertigen könnte, nicht erkennbar. Es ist zwar naheliegend, dass überlange Zustellzeiten von mehr als drei Tagen nicht nur den Arbeitsablauf in den betroffenen Behörden häufig erheblich beeinträchtigen werden. Auch ist die Unzufriedenheit mit der bisherigen Leistungserbringung in der öffentlichen Verwaltung verbreitet bekannt, ohne dass der Senat allerdings ihre Berechtigung einschätzen könnte. Es ist aber nicht ersichtlich, dass eine Zustellung nicht bereits am Folgetag, sondern erst am über- oder gar drittnächsten Tag die Arbeitsabläufe und die Aufgabenerfüllung der Behörden allgemein mehr als nur unerheblich beeinträchtigte.

Der Antragsgegner hat in Nr. 3.6 der Leistungsbeschreibung durch Bezugnahme auf § 2 Nr. 3 der Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) bestimmt, dass der Auftragnehmer sicherzustellen hat, dass im Jahresdurchschnitt mindestens 95 % der Postsendungen am zweiten auf den Einlieferungstag folgenden Werktag ausgeliefert werden (E+2-Quote). Die Antragstellerin hat diese Mindestanforderung nicht beanstandet, so dass davon auszugehen ist, dass sie nach ihrer Einschätzung in der Lage ist, diese zu erfüllen. Schon durch diese sicherzustellende Quote wird – soweit sie im späteren Betrieb eingehalten wird – gewährleistet, dass der weit überwiegende Teil der Sendungen in weniger als drei Tagen zugestellt wird. Die Leistungsbeschreibung enthält unter Nr. 3.6 darüber hinaus den Appell, anzustreben, dass alle inländischen Sendungen spätestens am dritten Tag nach der Einlieferung zugestellt werden. Nr. 2.22 der Leistungsbeschreibung enthält Vertragsstrafenversprechen unter anderem für den Fall einer Überschreitung u.a. der sicherzustellenden E+2-Quote. Einer daneben erfolgenden Zusicherung einer besonders hohen E+1-Quote dürfte zur Vermeidung besonders langer Zustellzeiten keine nennenswerte eigenständige Bedeutung zukommen.

Ob eine zeitnahe Zustellung – beispielsweise innerhalb von höchstens drei Tagen – auch durch weitere vertragliche Vereinbarungen abgesichert werden könnte, etwa durch ein Vertragsstrafenversprechen für jeden Fall einer drei Tage überschreitenden Zustellzeit, muss hier nicht entschieden werden (vgl. dazu auch weiter S. 14 des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 17. Juli 2018, Bl. 554 VA). Denkbar wäre insoweit möglicherweise auch, eine E+1-Quote von 80 % entsprechend § 2 Nr. 3 PUDLV vertraglich zusichern zu lassen (was entgegen der wohl von der Vergabekammer vertretenen Auffassung bislang durch Nr. 3.6 der Leistungsbeschreibung nicht bestimmt ist). Dass auch eine solche Quote von Konkurrenzunternehmen der D. AG nicht eingehalten werden könnte, ist nicht dargelegt.

Aber auch im Hinblick auf ein im Einzelfall bestehendes Bedürfnis einer schnelleren Information eines Adressaten ist die Zusicherung einer E+1-Quote allenfalls sehr eingeschränkt von Bedeutung. Zum einen bestehen sowohl unter Berücksichtigung der bereits heute als auch der absehbar gegebenen elektronischen Kommunikationsmöglichkeiten Alternativen der Informationsübermittlung. Zum anderen wäre eine postalische Informationsübermittlung in diesen Fällen angesichts dessen, dass eine Zustellung am Folgetag ersichtlich nicht ohne Einschränkungen garantiert werden kann, ohnehin nicht hinreichend sicher.

(2) Diese sachlich wohl nicht gebotene herausgehobene Berücksichtigung des Kriteriums einer Zustellung am Folgetag dürfte sowohl für sich genommen als auch in der Gesamtschau der Zuschlagskriterien dazu führen, dass im Wesentlichen nur ein oder einzelne Unternehmen – nämlich insbesondere die D. AG sowie konzernmäßig verbundene Unternehmen – realistische Aussichten auf den Zuschlag haben, während andere Anbieter – nämlich insbesondere konzernfremde Wettbewerber der D. AG, die nur ein örtlich begrenztes

OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018, 13 Verg 4 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.4.2019

eigenes Zustellgebiet haben und im Übrigen für die Weiterbeförderung und Zustellung auf Nachunternehmer angewiesen sind – trotz Vergabe im offenen Verfahren und objektiv gegebener Eignung von vornherein chancenlos sind, soweit sie nicht weitgehend auf die D. AG als Nachunternehmerin zurückgreifen.

(3) Aus vergleichbaren Gründen hat die Vergabekammer des Bundes deshalb eine Ausschreibung als diskriminierend und unzulässig erachtet, in der eine E+1 Quote von 90 % vorgegeben wurde (BKartA, Beschluss vom 16. November 2010 – VK 3 - 111/10, juris Rn. 72 f.).

Das Oberlandesgericht D. hat demgegenüber zwar die Forderung der Zusicherung einer bestimmten E+1-Quote als zulässig erachtet, wenn die besonderen Vorteile der D. AG (aufgrund des flächendeckenden eigenen Zustellnetzes) durch eine entsprechende Organisation der Konkurrenzunternehmen oder durch Preisabschläge kompensiert werden könnte. In dem dort streitgegenständlichen Vergabeverfahren kam der zuzusichernden E +1-Quote, die dort ohnehin „nur“ 80 % betrug, nur eine untergeordnete Bedeutung für die Wertungsentscheidung zu. Während der Preis dort mit 80 % in die Wertung einfluss, gingen Leistungspunkte – die auch auf andere Wertungskriterien entfielen – insgesamt nur mit 20 % ein (vgl. die Darstellung in BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2010 – VK 3 - 132/10, juris Rn.14 ff, 35 ff.). Vergleichbar war das Zuschlagskriterium der Zustellzeiten auch in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Verfahren nur mit 10 % gewichtet (BGH, Beschluss vom 4. April 2017 a.a.O., Rn. 2), so dass es auch dort nur eine untergeordnete Bedeutung für die Ermittlung des wirtschaftlichen Angebotes hatte und die Möglichkeit einer Kompensation insbesondere durch einen günstigen Preis nahe lag.

Im vorliegenden Fall bestehen aber keine konkret dargelegten Anhaltspunkte dafür, dass durch eine entsprechende Organisation der Wettbewerbsunternehmen die Abgabe eines hinsichtlich der E+1-Quote konkurrenzfähigen Angebotes möglich wäre. Es ist auch nicht zu erwarten, dass der Wettbewerbsnachteil in diesem Bereich durch einen niedrigen Preis oder durch eine besondere Qualität betreffend weitere Zuschlagskriterien ausgeglichen werden könnte.

b) Auch das Zuschlagskriterium des „einheitlichen Codiersystems“ dürfte jedenfalls in der Gesamtschau unter Berücksichtigung seiner Gewichtung Konkurrenzunternehmen der D. AG in unzulässiger diskriminierender Weise benachteiligen, soweit sich diese nicht auf bloße Konsolidierungsleistungen beschränken und im Übrigen die D. AG als Nachunternehmerin einsetzen wollen.

aa) Die bezeichneten Konkurrenzunternehmen werden durch dieses Zuschlagskriterium in erheblicher Weise benachteiligt, weil sie jedenfalls für die überregionale Zustellung regelmäßig auf Nachunternehmer angewiesen sein werden und diese Nachunternehmer nach dem unbestrittenen Vortrag der Antragstellerin regelmäßig eine eigene Codierung / Steuerzeichen zusätzlich zu der bereits vom Auftragnehmer aufgebrauchten Codierung aufbringen werden. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Antragstellerin sind solche Codierungen sowohl für die Zustellung als auch für die Abrechnung erforderlich.

Zwar erscheint es grundsätzlich möglich, dass Wettbewerbsunternehmen der D. AG entweder für sich oder auch gemeinsam mit der D. AG ein einheitliches Codiersystem entwickeln. Unabhängig von der grundsätzlichen praktischen Umsetzbarkeit war und ist dies unter Berücksichtigung des unstreitigen Vortrags der Antragstellerin aber jedenfalls nicht in dem zeitlichen Rahmen des vorliegenden Vergabeverfahrens möglich. Die Wettbewerbsunternehmen arbeiten mit unterschiedlichen Sortiermaschinen und eigener Software (Bl: 409 f., 550 f. VA). Es ist plausibel, dass eine Umstellung jedenfalls nicht kurzfristig möglich ist. Zudem ist auch nicht ersichtlich, dass entsprechende Forderungen eines einheitlichen Codiersystems bereits zuvor gestellt worden wären, so dass sich Anbieter zumutbarer Weise hierauf hätten einstellen können.

OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018, 13 Verg 4 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.4.2019

Da bei einer Leistungserbringung durch ein solches Wettbewerbsunternehmen daher nur in Ausnahmefällen, in denen ein Nachunternehmereinsatz nicht erforderlich ist, nur eine einheitliche Codierung aufgebracht werden wird, kann ein einheitliches Codiersystem von diesen Unternehmen absehbar nicht angeboten werden, so dass insoweit keine Wertungspunkte zu erzielen sind. Die D. AG – und möglicherweise auch konzernmäßig mit dieser verbundene Unternehmen – verwenden demgegenüber nach der Auffassung des Antragsgegners ein „einheitliches Codiersystem“ entsprechend der vorgesehenen Bewertungsmatrix.

Eine Ungleichbehandlung erfolgt auch gegenüber solchen Wettbewerbsunternehmen, die lediglich Konsolidierungsleistungen anbieten und sich im Übrigen der D. AG als Nachunternehmerin bedienen. Nach dem in der Bewertungsmatrix enthaltenen Hinweis soll die D. AG als Postuniversaldienstleisterin nicht als Unterauftragnehmerin zählen. „Codierungen bzw. der D. AG“ (richtigerweise muss es ersichtlich heißen: „Codierungen bzw. Stempel der D. AG“) sollen entsprechend nicht mitgezählt werden. Auch wenn dies nach der Begründung des Auftraggebers Wettbewerbsunternehmen die Möglichkeit geben soll, sich insoweit mit Aussicht auf Erfolg am Vergabeverfahren zu beteiligen, erfolgt doch eine Benachteiligung gegenüber solchen Unternehmen, die sonstige Nachunternehmer in Anspruch nehmen wollen.

bb) Diese Benachteiligung bzw. Ungleichbehandlung dürfte nicht aufgrund sachlich begründbarer Interessen des Antragsgegners gerechtfertigt sein. Eine Rechtfertigungsbedürftigkeit besteht insoweit nicht nur aufgrund des allgemeinen Diskriminierungsverbots, sondern auch entsprechend § 31 Abs. 6 VgV aufgrund mangelnder Produktneutralität, weil die Vorgabe eines einheitlichen Codierungssystems im Wesentlichen allein durch die D. AG zu erfüllen sein wird.

(1) Nach § 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 VgV kann eine Bewertung der Qualität der Leistung zwar auch die Ästhetik berücksichtigen. Auch steht der optische Eindruck der Briefumschläge im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand i.S.d. § 127 Abs. 3 GWB. Schließlich besteht auch ein wesentliches Interesse gerade der Behörden, für die der Antragsgegner handelt, an einer seriösen Außendarstellung.

Das formulierte Zuschlagskriterium des einheitlichen Codiersystems ist aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung der Vergabekammer, auf die der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, jedoch im Wesentlichen ungeeignet, ein seriöses Gesamtbild der Briefumschläge sicherzustellen. Zum einen fallen die Aufdrucke verschiedener Transportdienste, soweit sie beispielhaft zu den Akten gereicht wurden und nicht durch Rückläufer bedingt waren, auch nach Auffassung des Senats nicht wesentlich störend ins Gewicht. Zum anderen hat der Auftraggeber naheliegende Möglichkeiten zur Sicherung eines ansprechenden ästhetischen Eindrucks nicht genutzt, wie beispielsweise eine Größenbeschränkung für Aufdrucke oder das Verbot der Werbung, wobei nicht zu verkennen ist, dass eine Bewertung der Ästhetik im Ganzen erhebliche Bewertungsunsicherheiten mit sich brächte.

(2) Entgegen der Auffassung der Vergabekammer dürften aber auch „organisatorische Gründe“ dieses Zuschlagskriterium nicht rechtfertigen.

Der Antragsgegner beruft sich darauf, durch ein einheitliches Codiersystem werde das potentielle Risiko von Fehlzustellungen minimiert. Würden mehrere Stempel oder Aufkleber aus Unachtsamkeit übereinander angebracht, hätte dies zur Folge, dass Sendungen unter Umständen durch die Überlappung verschiedener Codierungen durch Sortiermaschinen oder Mitarbeiter nicht richtig gelesen werden könnten, was zu falschen oder verspäteten Auslieferungen führen könne. Ein einheitliches Codiersystem verhindere zudem Abrechnungsfehler.

Dem lässt sich zwar entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht entgegenhalten, dass Steuerungszeichen gerade die Zustellqualität sichern sollen. Vielmehr resultiert aus diesem Umstand die von

OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018, 13 Verg 4 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.4.2019

dem Antragsgegner jedenfalls theoretisch beschriebene Gefahr. Auch überzeugt der Vortrag der Antragstellerin, die Zustellung berücksichtige allein die Daten des Adressfeldes, nicht, weil unklar bleibt, welche Bedeutung dann Steuerungszeichen haben sollen, die gerade die Zustellqualität sichern sollen.

Der Vortrag des Antragsgegners lässt aber nicht erkennen, dass die beschriebene Gefahr konkret gegeben ist und nicht bloß theoretisch beschrieben werden kann. Konkrete Beispiele dafür, dass in der Vergangenheit eine Überlappung entsprechender Aufdrucke, Aufkleber oder Stempel (vor Aufbringung von „Rückläuferstempeln“ etc.) zu einer verzögerten oder fehlerhaften Zustellung geführt haben können, legt er nicht dar, wobei nicht zu verkennen ist, dass ihn solche Beispiele regelmäßig nicht erreichen werden. Er beruft sich aber auch nicht etwa auf allgemeine Erfahrungswerte, die seine Behauptung stützen könnten. Schließlich bleibt auch offen, wie groß überhaupt die Gefahr ist, dass sich Aufkleber, Stempel oder Aufdrucke überlappen.

Im Übrigen wäre es ohnehin nicht nachvollziehbar, dass der Antragsgegner in Fällen, in denen die D. AG als Nachunternehmerin eingesetzt werden soll, mehrfache Stempelung etc. in Kauf nimmt, obwohl die Gefahr von Zustellfehlern etc. in diesen Fällen ausgehend von seinem grundlegenden Vortrag in gleichem Maße erhöht sein dürfte.

cc) Letztlich besteht hiernach zwar ein gewisses objektivierbares Interesse des Auftraggebers, abstrakten, letztlich nicht auszuschließenden Gefährdungen durch ein – transparent zu formulierendes – Bewertungskriterium zu begegnen. Aufgrund seiner nicht näher fundierten Bedeutung dürfte es aber jedenfalls sachwidrig sein, dieses Kriterium bei der Wertungsentscheidung mit einem Anteil von 20 % zu gewichten. Auch wenn dem Auftraggeber insoweit ein weiter Beurteilungsspielraum zusteht, dürfte dieser hier zumindest in der Gesamtschau überschritten sein.

c) Schließlich dürfte das Zuschlagskriterium des „einheitlichen Codiersystems“ jedenfalls in der bisherigen Ausgestaltung intransparent und damit nach § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB unzulässig sein. Das Transparenzgebot erfordert unter anderem, dass Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, präzise und eindeutig formuliert werden, so dass zum einen alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter die genaue Bedeutung dieser Bedingungen und Modalitäten verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zum anderen der Auftraggeber tatsächlich überprüfen kann, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012 – C368/10, juris Rn. 109). Diesen Anforderungen dürfte die Beschreibung dieses Zuschlagskriteriums nicht genügen.

aa) Dass der Begriff des „einheitlichen Codiersystems“ unscharf und im Hinblick auf die tatsächlich geforderten Bedingungen eher widersprüchlich ist, ist ausgehend von der Darstellung dieses Kriteriums in der Bewertungsmatrix letztlich unschädlich. So beschreibt die Antragstellerin die Codiervorgänge bei von ihr beförderten Sendungen dahin, dass sowohl sie als auch mögliche Nachunternehmer jeweils einen sog. UPOC (universellen Postcode) aufbrächten. Ausgehend von diesem Vortrag läge selbst vielfachen Aufdrucken in diesen Fällen nicht nur ein einheitliches sondern sogar dasselbe Codiersystem zugrunde. Der Antragsgegner hat durch die nähere Beschreibung des Zuschlagskriteriums jedoch klargestellt, dass ein „einheitliches Codiersystem“ nur dann vorliegen soll, wenn maximal eine Codierung bzw. ein Stempel pro Sendung vorhanden ist, wobei eine Ausnahme nur insoweit greifen soll, als die D. AG Nachunternehmerin ist und weitere Codierungen bzw. Stempel aufbringt.

bb) Während diese Beschreibung für sich genommen durchaus hinreichend präzise und damit transparent wäre, hat der Antragsgegner diese Transparenz dadurch aufgehoben, dass er in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer vom 19. Juli 2018 (Seite 4 f. des Protokolls) sein Verständnis dahin beschrieben hat, dass es nicht notwendig sei, dass sich ein einheitliches Codiersystem auf einen Stempel reduzieren lasse. Selbst das aus drei Stempeln bestehende System der D. AG werde als einheitliches Codiersystem angesehen.

OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018, 13 Verg 4 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.4.2019

Die Frankierung werde ohnehin nicht als Codierung betrachtet. Unter Berücksichtigung dieser erläuternden Erwägungen sind klare Definitionen nicht mehr erkennbar. Das Zuschlagskriterium dürfte derzeit nicht willkürfrei anzuwenden sein.