

13 Verg 7/18

VgK - 31/2018 Vergabekammer L.

Verkündet am
19. März 2019
M.,
Justizsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

C. GmbH & Co. KG, W.Straße, O.,

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigte:
Anwaltsbüro K., A.Straße, B.,
Geschäftszeichen:

gegen

L. N., vertreten durch das Logistik Zentrum N., Außenstelle H., P.Straße, H.,

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte B., C.Straße, D.,

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts X durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht W., den Richter am Oberlandesgericht K. und die Richterin am Oberlandesgericht M. im schriftlichen Verfahren nach § 175 Abs. 2, § 69 Abs. 1 Halbs. 2 GWB mit einer Frist zur Einreichung von Schriftsätzen bis zum 7. März 2019 beschlossen:

1. Der Beschluss der Vergabekammer N. beim Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung vom 3. September 2018, Az. VgK – 31/2018 wird aufgehoben.

2. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch die vorgesehene Gewichtung der Zuschlagskriterien „Quote der garantierten E+1-Zustellung“, „einheitliches Codiersystem“ und „Möglichkeit der E+1-Zustellung“ im Verhältnis zu der Gewichtung des preislichen Kriteriums sowie durch die vorgesehene Vertragsregelung betreffend die Preisanpassungsklausel in ihren Rechten verletzt worden ist.

Die weitergehenden Feststellungsanträge werden zurückgewiesen.

3. Die Parteien tragen die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer zu gleichen Teilen. Sie tragen jeweils die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Gegenseite zur Hälfte.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten wird für beide Parteien für notwendig erklärt.

5. Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 21.688.906,35 € festgesetzt.

Gründe:

A.

Die Antragstellerin begehrt die Feststellung verschiedener Vergaberechtsverstöße in einem Vergabeverfahren über die Neuausschreibung eines Rahmenvertrages über Postdienstleistungen, nachdem der Auftraggeber das gegenständliche Vergabeverfahren aufgehoben hat.

Der Antragsgegner hat mit Bekanntmachung vom 20. April 2018 im offenen Verfahren einen Rahmenvertrag über Postdienstleistungen insbesondere für die unmittelbaren Landesbehörden des Landes N. europaweit ausgeschrieben.

Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden, das anhand der Zuschlagskriterien „Preis“ (zu 30 %), „Einheitliches Codiersystem“ (zu 20 %), „Möglichkeit der E+1-Zustellung“ (zu 20 %) und „Quote der garantierten E+1-Zustellung“ (zu 30 %) ermittelt werden sollte. Dabei war weiter vorgesehen, dass das Zuschlagskriterium „Preis“ dergestalt gewertet werden sollte, dass das Angebot mit dem niedrigsten Preis 300 Punkte erhält und das Angebot mit dem Doppelten des niedrigsten Preises 0 Punkte. Für die Ermittlung der dazwischenliegenden Preise sollte linear interpoliert werden. Weiter hatten die Bieter vertraglich zu garantieren, welche Quote der Sendungen am Folgetag zugestellt werden (E+1-Zustellung). Dabei sollten Sendungsströme zu Grunde gelegt werden, die zu 80-90 % landesweit und zu 10-20 % bundesweit zugestellt werden. Das Angebot mit der höchsten Quote sollte 300 Punkte erhalten. Für die anderen Angebote sollte ein Punktabzug von 10 % vom maximalen Punktwert für jeden Prozentpunkt erfolgen, um den die zugesicherte Quote niedriger ist. Darüber hinaus sollten die Bieter in einem Konzept darlegen, ob eine Zustellung einer Briefsendung bei Durchlauf der maximalen Anzahl an Unterauftragnehmern am Folgetag möglich ist. Soweit diese Möglichkeit landes- und bundesweite besteht, sollten Sie 200 Punkte erhalten und, sofern die Möglichkeit nur landesweit besteht, 100 Punkte. Schließlich sollten Sie in einem Konzept darlegen, ob ein „einheitliches Codiersystem“ verwendet wird, aufgrund dessen insgesamt „nur eine Codierung bzw. ein Stempel“ pro Sendung aufgebracht wird. Durch Unterauftragnehmer aufzubringende Stempel waren zu berücksichtigen, nicht jedoch durch die D. AG aufzubringende Stempel, soweit diese als Unterauftragnehmerin eingesetzt wird. Sofern ein einheitliches Codiersystem verwandt wird, sollten die Bieter 200 Punkte erhalten.

Die Antragstellerin rügte die Unzulässigkeit dieser Zuschlagskriterien sowohl für sich genommen als auch in ihrer Gewichtung, sowie verschiedene weitere vermeintliche Vergabefehler. Gegenüber der Vergabekammer hatte sie zunächst begehrt, die Zuschlagserteilung zu untersagen und – bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht – das Vergabeverfahren zurückzusetzen, die Vergabeunterlagen zu überarbeiten und den Bietern erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag durch Beschluss vom 3. September 2018 zurückgewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer und der Erwägungen der Vergabekammer wird auf den angefochtenen Beschluss Bezug genommen.

Nachdem der Senat in einem von einer anderen Antragstellerin betriebenen Parallelverfahren (Az. 13 Verg 4/18) durch Beschluss vom 11. September 2018 darauf hingewiesen hat, dass das Zuschlagskriterium des „einheitlichen Codiersystems“ sowie die Gewichtung der Zuschlagskriterien unzulässig sein dürften, hat der Antragsgegner das Vergabeverfahren unter anderem hinsichtlich der vorliegend streitgegenständlichen Lose aufgehoben und angekündigt, die nachgefragten Leistungen erneut im offenen Verfahren europaweit ausschreiben zu wollen.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass sich das Vergabeverfahren infolge dieser Aufhebung erledigt hat. Sie begehrt nunmehr im Beschwerdeverfahren unter Wiederholung und Vertiefung ihres bereits gegenüber der Vergabekammer gehaltenen Vorbringens die Feststellung verschiedener Vergaberechtsverletzungen insbesondere deshalb, weil aufgrund der beabsichtigten Neuausschreibung eine Wiederholungsfahr bestehe. Sie beantragt,

I. den Beschluss der Vergabekammer N. beim Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung vom 3. September 2018, Az. VgK – 31/2018 aufzuheben,

II. festzustellen, dass die Antragstellerin durch die im Vergabeverfahren vom Antragsgegner verwendeten im einzelnen bezeichneten Eignungskriterien, die Verwendung der Zuschlagskriterien „Quote der garantierten E+1-Zustellung“, „einheitliches Codiersystem“ und „Möglichkeit der E+1-Zustellung“, die unterschiedlichen Bewertungsmethoden beim Verhältnis Preis zur Quote der garantierten E+1-Zustellung sowie die vorgesehenen Vertragsregelungen betreffend die Vertragsstrafe, die Bearbeitungsgebühr, die Preisanpassungsklausel sowie die Laufzeitmessung in ihren Rechten verletzt worden ist.

Der Antragsgegner beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Er ist der Auffassung, das Vergabeverfahren habe sich nicht erledigt, beanstandet

die Zulässigkeit einzelner Rügen und verteidigt im Übrigen den angefochtenen Beschluss.

B.

Die zulässige sofortige Beschwerde ist mit den gestellten Fortsetzungsfeststellungsanträgen teilweise begründet.

I.

Die gestellten Fortsetzungsfeststellungsanträge sind teilweise zulässig.

Ein Fortsetzungsfeststellungsantrag ist nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB i.V.m. § 178 Satz 4 GWB zulässig, wenn sich das Nachprüfungsverfahren nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB erledigt hat, der ursprünglichen Nachprüfungsantrag zulässig war und der Antragstellerin ein besonderes Feststellungsinteresse zusteht (vgl. im Einzelnen Senat, Beschluss vom 30. Oktober 2014 – 13 Verg 8/14, juris Rn. 24 ff.; Steck in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 168 Rn. 37 ff.). Diese Voraussetzungen liegen hier überwiegend vor.

1. Der ursprünglich statthafte Nachprüfungsantrag hatte sich nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB in sonstiger Weise erledigt, indem der Antragsgegner das streitgegenständliche Vergabeverfahren unter anderem hinsichtlich der hier verfahrensgegenständlichen Lose 2 - 5 mit Schreiben vom 18. September 2018 aufgehoben hat. Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Aufhebung bestehen nicht. Unabhängig davon, ob eine Aufhebung eines Vergabeverfahrens rechtmäßig oder rechtswidrig erfolgt, führt sie jedenfalls zu einer Erledigung in sonstiger Weise (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Februar 2005 – Verg 72/04, juris Rn. 24; a.A. Antweiler in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 168 Rn. 61). Eine Erledigung in sonstiger Weise liegt vor, wenn das Nachprüfungsverfahren aus anderen als den in § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB genannten Gründen gegenstandslos wird; ein typischer Fall dieser Erledigung ist die Abhilfe durch den Auftraggeber im laufenden Nachprüfungsverfahren, durch die der Antragsteller insoweit klaglos gestellt wird (Steck a.a.O. Rn.

34). Dies ist hier durch die vorgenommene Aufhebung des Vergabeverfahrens erfolgt.

Dass diese Erledigung erst nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer eingetreten ist, ist unerheblich. Der Antragsteller im Vergabeverfahren ist – wie allgemein bei einer Erledigung zwischen den Instanzen – nicht gehindert, sein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nach Einlegung der sofortigen Beschwerde zu verfolgen.

2. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist insbesondere im Falle einer konkreten Wiederholungsgefahr gegeben (Senat a.a.O. Rn. 40 m.w.N.). Eine solche besteht hier, nachdem der Antragsgegner die erneute Ausschreibung der infrage stehenden Leistungen beabsichtigt und zudem die gerügten Vergabebedingungen weiter in der Sache verteidigt. Auf ein darüber hinaus möglicherweise bestehendes Schadensersatzinteresse der Antragstellerin kommt es insoweit nicht mehr an.

3. Der ursprüngliche Nachprüfungsantrag war allerdings nur teilweise zulässig.

a) Der maßgebliche Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU ist überschritten.

Auch war die Antragstellerin nach § 161 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hatte ein Interesse am Auftrag und beschrieb die Verletzung von Rechten aufgrund des Verstoßes gegen Vergabevorschriften.

Schließlich finden die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 103 Abs. 5 GWB auch Anwendung auf Rahmenvereinbarungen die – wie vorliegend – zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen geschlossen werden und dazu dienen sollen, Bedingungen für weitere öffentliche Aufträge festzulegen.

b) Die im Nachprüfungsverfahren erhobenen Rügen waren allerdings teilweise präkludiert.

aa) Der Nachprüfungsantrag ist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB unzulässig gewesen, soweit sich die Antragstellerin gegen eine fehlende Unterscheidung zwischen Eignungs- und Bewertungskriterien, gegen die Zulässigkeit des Bewertungskriteriums des einheitlichen Codiersystems, gegen die grundsätzliche Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums der Möglichkeit der Zustellung am Folgetag („E+1-Zustellung“) und gegen die grundsätzliche Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums der „Quote der garantierten E+1-Zustellungen“ gewendet hat. Diesbezüglich hatte die Antragstellerin bereits mit Schreiben vom 3. Mai 2018 Vergabeverstöße gerügt. Der Antragsgegner hat diese Rügen insoweit mit Schreiben vom 31. Mai 2018 zurückgewiesen. Dieses Antwortschreiben hat die Antragstellerin am 1. Juni 2018 erhalten. Der Nachprüfungsantrag ist demgegenüber erst am 10. Juli 2018 und mithin nach Ablauf der in § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB bestimmten Frist bei der Vergabekammer eingegangen.

Der Präklusion dieser Rügen steht nicht entgegen, dass der Antragsgegner unzureichend auf die maßgebliche Frist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hingewiesen hätte.

(1) Zwar ist grundsätzlich – hier schon nach § 37 Abs. 2 VgV i.V.m. Nr. VI. 4. 3. des Anhangs II der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 – bereits in der EU-Bekanntmachung auf diese Frist hinzuweisen (vgl. allgemein: Senat, Beschluss vom 4. März 2010 – 13 Verg 1/10, juris Rn. 34 ff.). Dieser Hinweis hat durch eine konkrete Benennung der Frist zu erfolgen. Es genügt nicht – wie vorliegend unter Nr. VI. 4.3) der Bekanntmachung geschehen – nur allgemein auf die Vorschrift des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. (1-) 4 GWB hinzuweisen (Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 GWB Rn. 201).

(2) Die Präklusionswirkung tritt vorliegend aber dennoch ein, weil der Antragsgegner insbesondere in dem die Rügen zurückweisenden Schreiben vom 31. Mai 2018 hinreichend deutlich auf diese Frist hingewiesen hat.

Ein Verstoß gegen die Bestimmung, auf die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB bereits in der Bekanntmachung hinzuweisen, kann durch einen späteren Hinweis in der Rügezurückweisung mit der Folge geheilt werden, dass die Präklusionsvorschrift

des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB Anwendung findet (befürwortend: Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 GWB Rn. 88 a.E.; dies andeutend auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. März 2012 – Verg 91/11, juris Rn. 28 a.E.; offen gelassen von BKartA, Beschluss vom 16. Oktober 2013 – VK 1 - 81/13, juris Rn. 86; a.A.: Jaeger in: MüKoVergabeR I, 2. Aufl., § 160 GWB, Rn. 89; ablehnend wohl auch Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 3. Aufl., § 107 Rn. 126 [Fn. 414 a.E.]). Dem Schutzzweck der Bestimmung, die als Rechtsbehelfsfrist einzuordnende Frist bereits in der Vergabebekanntmachung zu bezeichnen, wird für den jeweiligen Bieter durch einen solchen hinreichend transparenten Hinweis in der Rügezurückweisung in mindestens gleicher Weise genügt. Ein möglicher Irrtum über die Obliegenheit, fristgemäß einen Nachprüfungsantrag zu stellen, wird hierdurch ausreichend korrigiert, sodass eine mögliche Fristversäumung jedenfalls nicht mehr zurechenbar auf der insoweit unzureichenden Bekanntmachung beruht. Es besteht deshalb keine Rechtfertigung, in diesen Fällen die Präklusionswirkung des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB auszuschließen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sind die Erwägungen, aufgrund derer beispielsweise Eignungskriterien nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB im Grundsatz zwingend in der Auftragsbekanntmachung etc. aufzuführen sind (dazu zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – Verg 24/18, juris Rn. 48 ff. m.w.N.), nicht auf die vorliegende Rechtsfrage übertragbar, ob ein für sich genommen ausreichender Hinweis auf die Rechtsbehelfsfrist in der Rügezurückweisung Mängel eines vorangegangenen unzureichenden Hinweises in der Bekanntmachung heilen kann. Der Verpflichtung, Eignungskriterien bereits in der Bekanntmachung anzugeben, liegt die Erwägung zugrunde, dass potentielle Bieter bereits aus der Auftragsbekanntmachung die gestellten Anforderungen ersehen können, um anhand dieser Angaben zu entscheiden, ob sie sich überhaupt an der Ausschreibung beteiligen können und wollen (OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 55 ff.). Diese Bedeutung kommt dem Hinweis auf Rechtsbehelfsfristen jedoch nicht zu.

(3) Dass die Antragstellerin ihre Rügen teilweise mit Schreiben vom 11. Juni 2018 wiederholt und ergänzt hat, befreit nicht von der Obliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB.

bb) Diese Präklusion betrifft allerdings neben der Rüge der unzureichenden Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nur die grundsätzliche Zulässigkeit der bezeichneten Zuschlagskriterien.

Die Unzulässigkeit der Kriterien der Möglichkeit der E+1-Zustellung und der zu garantierenden E+1-Quote speziell im Hinblick auf die vermeintlich nicht hinreichend konkret zur Verfügung gestellten Daten zu den Sendungszielen hat die Antragstellerin demgegenüber erstmals mit Schreiben vom 11. Juni 2018 gerügt, ohne dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie die Unzulässigkeit insoweit bereits zuvor erkannt hatte und diese Rüge daher nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert gewesen wäre.

Auch soweit nicht die Zulässigkeit dieser Wertungskriterien als solcher, sondern vielmehr ihre Gewichtung im Verhältnis zur Gewichtung des Preiskriteriums infrage steht, ist die Rüge der Antragstellerin nicht präkludiert. Der Antragsgegner hatte in der Rügeantwort vom 31. Mai 2018 angekündigt, der Rüge betreffend das Zuschlagskriterium „Preis“ teilweise abzuweichen, ohne dass dort bereits der genaue Umfang der vorgesehenen Abhilfe erkennbar war. Eine isolierte Betrachtung der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien ohne Berücksichtigung der genauen Gewichtung des Preiskriteriums – gerade im Hinblick auf eine mögliche diskriminierende Wirkung – ist allerdings nicht möglich. Die Antragstellerin hatte deshalb zunächst keine hinreichende Veranlassung, die Gewichtung der weiteren Zuschlagskriterien isoliert im Nachprüfungsverfahren anzugreifen.

cc) Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB war der Nachprüfungsantrag darüber hinaus mit der Begründung unzulässig, die betreffend die Laufzeitmessung vorgesehene Vertragsbedingung in Nr. 2.11.1 der Leistungsbeschreibung sei intransparent. Eine entsprechende Rüge hat die Antragstellerin vor oder auch nur zeitgleich (vgl. dazu: Wiese in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, 4. Aufl., § 160 GWB Rn. 193; Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 GWB, Rn. 163 m.w.N.) mit Einreichen des Nachprüfungsantrages nicht gegenüber dem Antragsgegner geltend gemacht. Insbesondere hat sie mit Schreiben vom 3. Mai 2018 nur die Höhe der Vertragsstrafe sowie den Umstand gerügt, dass eine solche auf Grundlage einer u.U. kurzen Laufzeitmessung von gegebenenfalls wenigen Wochen verwirkt sein solle.

Dass die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag entsprechend begründet hatte, ohne positive Kenntnis des insoweit beanstandeten Vergaberechtsverstoßes gehabt zu haben, wendet sie nicht ein.

dd) Im Übrigen sind die im Nachprüfungsverfahren erhobenen Rügen aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung der Vergabekammer nicht präkludiert. Auch die Rüge intransparenter Eignungskriterien hat die Antragstellerin entgegen der Auffassung des Antragsgegners hinreichend bereits mit Schreiben vom 11. Juni 2018 (dort Nr. 2) gegenüber dem Auftraggeber ausgeführt.

II.

In dem Umfang, in dem Rügen ordnungsgemäß erhoben wurden, war der Nachprüfungsantrag und sind die Fortsetzungsfeststellungsanträge teilweise begründet.

1. Die Rüge, die bestimmten Eignungsanforderungen betreffend die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie im Hinblick auf die geforderten Angaben zur Firma und zum Firmenprofil seien intransparent, ist unbegründet. Grundsätzlich hat der Auftraggeber für die Eignungsprüfung zwei Möglichkeiten. Er kann sich darauf beschränken, die Eignungskriterien als solche (und die entsprechenden Nachweise) zu bezeichnen, und im Wege einer Gesamtwürdigung der ihm zu den einzelnen Kriterien zur Verfügung stehenden Informationen im Rahmen seines Beurteilungsspielraums die Eignung zu bejahen oder zu verneinen. Eine andere Möglichkeit ist das Aufstellen von Mindestanforderungen. Er ist somit berechtigt, aber keinesfalls verpflichtet, Mindestanforderungen für die Leistungsfähigkeit aufzustellen (Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 42 VgV, Rn. 10 sowie § 45 VgV, Rn. 4; Stolz in: Ziekow/Völlink, 3. Aufl., § 45 VgV, Rn. 7; OLG Koblenz, Beschluss vom 25. September 2012 – 1 Verg 5/12, juris Rn. 6). Dass der Antragsgegner vorliegend keine Mindestanforderungen aufgestellt hat und im Vorhinein nicht sicher erkennbar sei, wann etwa der geforderte Bonitätsnachweis als erbracht gelte, ist deshalb unbedenklich.

2. Das Zuschlagskriterium der zu garantierenden E+1-Quote ist auch im Hinblick auf die vermeintlich nicht hinreichend konkret zur Verfügung gestellten Daten zu den Sendungszielen nicht grundsätzlich vergaberechtswidrig.

Es ist für sich genommen zulässig, dass sich der Auftraggeber eine bestimmte Quote der Sendungen, die an dem auf den Einlieferungstag folgenden Tag zugestellt werden, vertraglich garantieren lässt (im Folgenden: E+1-Quote; näher unter a)). Dem steht nicht entgegen, dass Einzelheiten zu den genauen Zustellgebieten den Bietern nicht mitgeteilt werden (dazu näher unter b)).

a) Grundsätzlich ist es zulässig, die vertraglich zugesicherte Zustellgeschwindigkeit und hier insbesondere die E+1-Quote als eines von mehreren Zuschlagskriterien zu berücksichtigen.

Der Zuschlag ist auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, das sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt, § 127 Abs. 1 Satz 1, 3 GWB. Die vom Auftraggeber vorgegebenen Zuschlagskriterien spiegeln dabei wieder, wie dieser das Preis-Leistungs-Verhältnis bewerten möchte, wenn sich bei den Angebotspreisen einerseits und der Qualität des Angebots andererseits unterschiedliche Rangfolgen ergeben. Hierfür ist ihm ein weiter Beurteilungs- und Handlungsspielraum eröffnet. Der Auftraggeber muss seinen Beschaffungsbedarf in den Schranken wirtschaftlicher und fiskalischer Vernunft und der aus § 97 GWB abzuleitenden Regeln für den Vergabewettbewerb frei definieren können. Zu dieser Definition gehört auch, welche Qualität die Leistung vorzugsweise haben soll. Neben dem Preis bzw. den Kosten kann der öffentliche Auftraggeber eine Vielzahl qualitativer Zuschlagskriterien festlegen (§ 127 Abs. 1 Satz 4 GWB), die grundsätzlich umso größeres Gewicht haben sollen, desto weniger es sich bei dem nachgefragten Wirtschaftsgut um eine marktübliche, standardisierte Leistung handelt. Aber auch bei standardisierten Leistungen ist der öffentliche Auftraggeber nicht gehindert, Qualitätskriterien in die Wertung einfließen zu lassen und die Bewertung der Angebote in erheblichem Maße davon abhängig zu machen, inwieweit kontinuierlich eine zügige und reibungslose Erbringung der Dienstleistung mit möglichst geringem Reklamationsaufkommen gewährleistet ist (BGH, Beschluss vom 4. April 2017 – X ZB 3/17, juris Rn. 34 - 36). Insbesondere ist er nicht gehindert, auch die voraussichtliche Zustellzeit als Qualitätskriterium zu berücksichtigen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Februar 2011 – VII - Verg 5/11, juris Rn.

8). Die Höhe der E+1-Quote korreliert unmittelbar nicht nur mit einer hohen Zustellgeschwindigkeit, sondern auch mit einem geringen Anteil etwa an fehlerhaft als nicht zustellbar behandelten Sendungen.

Der Zulässigkeit dieses Kriteriums steht entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht entgegen, dass im Rahmen der Wertungsentscheidung nicht überprüfbar sein mag, inwieweit die Angaben der Bieter zutreffend sind. Vielmehr rechtfertigt sich das Interesse des Auftraggebers insoweit aufgrund der vertraglichen Bindung des erfolgreichen Bieters an die abgegebene Garantie, die bei der weiteren Vertragsdurchführung durch das Vertragsstrafenversprechen und die Möglichkeit einer Kündigung des Rahmenvertrages für den Fall näher bestimmter Unterschreitungen der garantierten Zustellquote sanktioniert ist.

Dass die Bereitschaft der Bieter zur Angabe einer belastbaren Zustellquote davon abhängen mag, für „wie eindeutig und rechtlich belastbar“ sie die Vertragsbedingungen betreffend diese Sanktionsmöglichkeiten erachten und für wie realistisch sie die Gefahr einschätzen, dass eine Unterschreitung der garantierten Quote festgestellt wird, führt entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht zu einer unzulässigen Diskriminierung.

b) Der Abfrage einer vertraglich zu garantierenden E+1-Quote und der Bewertung dieses Kriteriums steht grundsätzlich auch nicht entgegen, dass der Antragsgegner Daten zu Zustellgebieten der einzelnen Sendungen aus der Vergangenheit nicht mitgeteilt hat. Insoweit war im Grundsatz die Vorgabe ausreichend, dass Bieter auf der Grundlage einer Prognose kalkulieren sollten, nach der 10 - 20 % der Sendungen bundesweit und 80 - 90 % der Sendungen landesweit zuzustellen waren.

aa) Grundsätzlich ist der Auftragsgegenstand nach § 121 GWB in der Leistungsbeschreibung so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben. Hiernach besteht insbesondere das Gebot, alle kalkulationsrelevanten Umstände so eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. April 2013 – VII - Verg 50/12, juris Rn. 17; Prieß/Simonis in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, 4. Aufl., § 121 Rn. 40 ff.). Dieses

Gebot wird zwar regelmäßig für preisrelevante Umstände erörtert, erfasst nach seinem Sinn und Zweck aber auch sonstige Umstände, die Relevanz für die Kalkulation einzelner Angebotsbedingungen haben.

Dieses Gebot gilt dabei nicht uneingeschränkt. Es endet an der Grenze des Mach- und Zumutbaren und bestimmt sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Auftraggeber ist nicht gehalten, zusätzlich zu den ihm vorliegenden Erkenntnissen aufwendig neue Daten zu erheben, um die Grundlagen für die Kalkulation für die Bieter zu optimieren. Die Beschaffung notwendiger Informationen über preisbeeinflussende Umstände darf allerdings allenfalls dann den Bietern überlassen werden, wenn sie sich diese Informationen mit verhältnismäßig geringem Aufwand - jedenfalls geringerem Aufwand als der Auftraggeber - beschaffen können und die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gefährdet ist (Senat, Beschluss vom 15. Dezember 2005 – 13 Verg 14/05, juris Rn. 20). Der öffentliche Auftraggeber hat insgesamt diejenigen Daten bekannt zu geben, über die er liquide verfügt oder die er sich – gemessen an den Grundsätzen der Zumutbarkeit – mit der Ausschreibung adäquaten Mitteln, in der für das Vergabeverfahren zur Verfügung stehenden vergleichsweise kurzen Zeit und mit den dafür in der Regel nur begrenzt verfügbaren administrativen Ressourcen beschaffen kann (OLG Düsseldorf a. a. O.; Prieß/Simonis in: Kurlatz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 31 Rn. 5).

Betreffend den hier infrage stehenden Abschluss einer Rahmenvereinbarung sind die Gebote der Bestimmtheit, Eindeutigkeit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung noch weiter eingeschränkt. So bestimmt § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV, dass das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben ist, aber nicht abschließend festgelegt zu werden braucht. Entsprechendes gilt auch für andere Leistungsbedingungen wie etwa die Leistungszeit (Haak/Koch in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 4. Aufl., § 21 VgV Rn. 5, 17; Poschmann in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 21 VgV Rn. 45), gerade wenn solche Vertragselemente bei der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung noch nicht feststehen. Auch hier ist der öffentliche Auftraggeber aber verpflichtet, seinen voraussichtlichen Bedarf so sorgfältig zu ermitteln, wie dies möglich und zumutbar ist. Ist dies nicht möglich, reicht es auch aus, bisherige Erfahrungswerte zugänglich zu machen, die dem Bieter möglichst präzise mitzuteilen sind, damit sie selbst die in der

Zukunft erfolgenden Einzelaufträge hinreichend sicher prognostizieren können (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Oktober 2015 – VII - Verg 28/14, juris Rn. 148 f., 155; Beschluss vom 7. November 2011 – VII - Verg 90/11, juris Rn. 10; Zeise in: Kurlartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 21 Rn. 16; Hillmann in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 21 VgV Rn. 16).

Bei den hier infrage stehenden Angaben zu den Zielgebieten handelt es sich um kalkulationsrelevante Umstände in dem vorgenannten Sinne. Zwar ist nicht auszuschließen, dass einzelne potentielle Bieter – so möglicherweise die D. AG – auf diese Angaben für die Erstellung eines Angebotes nicht wesentlich angewiesen sind, weil die Zustelldauer für sie unabhängig von den genauen Zielgebieten kalkuliert werden kann. Dies ist jedoch für andere Bieter, die für Transport und Zustellung der Sendung gegebenenfalls Nachunternehmer einsetzen müssen, unter Umständen nicht in gleichem Maße der Fall, so dass sie abhängig von den genauen Zielgebieten gegebenenfalls mit längeren Zustellzeiten kalkulieren müssen. Solche Bieter könnten gehalten sein, den sichersten Weg zu gehen und gegebenenfalls für diese Sendungen eine längere Zustellzeit einzukalkulieren, als dies bei Kenntnis des genauen Zielgebiets nötig wäre. Hierdurch erlitten sie Wettbewerbsnachteile, die durch die Mitteilung des genauen Zielgebiets vermieden werden könnten.

bb) Ausgehend von den vorgenannten Grundsätzen wäre eine Ermittlung und Zurverfügungstellung konkreterer Daten aus der Vergangenheit aber nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich.

(1) Der Antragsgegner hat diese Daten jedenfalls nicht vollständig erhoben, auch wenn einzelne der bisherigen Leistungserbringer diese Daten mitgeteilt haben mögen. Soweit die Antragstellerin selbst die bisherige Leistungserbringerin war, liegen ihr diese Daten ohnehin vor, so dass sie durch das Unterlassen des Antragsgegners schon nicht beschwert ist.

Die nachträgliche Erhebung dieser Daten wäre – wenn tatsächlich und insbesondere datenschutzrechtlich überhaupt noch möglich – mit einem ganz erheblichen personellen, finanziellen und zeitlichen Aufwand verbunden, der den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit nicht mehr entspräche.

(2) Ohnehin hätten solche historischen Daten allenfalls eine begrenzte Aussagekraft für die für die Kalkulation der Angebote erforderlichen Prognosen. Zwar mag sich aus ihnen ergeben, dass einzelne Behörden überwiegend an regionale Adressaten versenden, beispielsweise innerhalb eines Landkreises. Soweit dies allerdings nicht der Fall ist, ist eine wesentliche Bedeutung dieser Daten für die Kalkulation nicht zu erkennen. Es hängt gerade von der Geschwindigkeit und Zuverlässigkeit des jeweiligen örtlichen Zustellunternehmens ab, ob die Antragstellerin dieses vor dem Hintergrund der gebotenen Einhaltung zugesicherter Zustellquoten überhaupt als Nachunternehmen beauftragen kann und – wenn ja – mit welcher Zustellgeschwindigkeit sie rechnen kann. Historische Daten gäben hiernach nur dann Kalkulationssicherheit, wenn zu erwarten wäre, dass sich auch die genaue kleinteilige örtliche Verteilung der Zustellgebiete nicht ändern würde, wovon aber nach Auffassung des Senats jedenfalls überwiegend nicht ausgegangen werden kann.

(3) Insgesamt ist es danach ausreichend, dass der Antragsgegner die insoweit wesentlichen Bedingungen prognostiziert, was hier durch die Kalkulationsvorgabe geschehen ist, dass zu 10 - 20 % bundesweite und zu 80 - 90 % landesweite Sendungsströme zu berücksichtigen seien.

Zwar ist nicht zu verkennen, dass eine nähere Substantiierung dieser Prognose nicht erfolgt ist. Auch Prognosen sind auf hinreichend sorgfältig erhobene Erfahrungswerte zu stützen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Februar 2013 – VII - Verg 44/12, juris Rn. 24). Hier hat der Antragsgegner allein dargelegt, diese Prognose aus der vergangenen Ausschreibung übernommen zu haben, ohne auch nur die damals maßgeblichen Erfahrungswerte offen zu legen. Ein erheblicher Nachteil ist für die Bieter aufgrund einer möglicherweise nicht hinreichenden Absicherung dieser Prognose jedoch nicht zu erkennen. Ihnen ist erlaubt, die entsprechenden erforderlichen Angaben auf der Grundlage dieser Prognose zu kalkulieren. Sollte sich diese nachträglich als wesentlich unrichtig erweisen, wäre gegebenenfalls auch eine Korrektur vertraglich zugesicherter Zustellquoten nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 2 BGB vorzunehmen.

Richtig ist auch, dass gerade Bieter der Art der Antragstellerin, die ein eigenes Zustellnetz nur in einem verhältnismäßig kleinen örtlichen Bereich haben und im Übrigen auf Nachunternehmer angewiesen sind, ein erhebliches Interesse daran haben dürften, abzuschätzen, welcher Teil der Sendungsströme nur lokal zuzustellen ist, so dass sie die Zustellung ohne Einsatz von Nachunternehmern zeitnah ausführen können. Dass insoweit hinreichend tragfähige Erfahrungswerte mit zumutbarem Aufwand zu ermitteln gewesen wären, ist aber nicht erkennbar.

3. Auch das Zuschlagskriterium der „Möglichkeit der E+1-Zustellung“ ist nicht grundsätzlich vergaberechtswidrig. Es hat einen Bezug zu der Zustellgeschwindigkeit und steht damit in einer hinreichenden Verbindung mit dem Auftragsgegenstand i.S.d. § 127 Abs. 3 Satz 1 GWB. Es ist grundsätzlich vom Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gedeckt. Die von der Antragstellerin hervorgehobene möglicherweise geringere Bedeutung für die Bewertung der Qualität der angebotenen Leistung ist im Zusammenhang mit der konkreten Gewichtung dieses Zuschlagskriteriums zu berücksichtigen (dazu unten).

4. Die Gewichtung der vorgenannten Zuschlagskriterien verstößt im Verhältnis zur Gewichtung des Preiskriteriums unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalls allerdings gegen das Diskriminierungsverbot nach § 97 Abs. 2 GWB und ist daher - so wie bislang erfolgt – unzulässig.

In der Gesamtschau einerseits der Formulierung und Gewichtung dieser Zuschlagskriterien für sich genommen und andererseits der zu erwartenden Auswirkungen auf die Vergabeentscheidung unter Berücksichtigung der weiteren Zuschlagskriterien diskriminieren sie in vergaberechtlich unzulässiger Weise insbesondere die Antragstellerin sowie allgemein Wettbewerber der D. AG, 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 gerichtlich nur eingeschränkt 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).

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.; vgl. zum Ganzen auch: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Juni 2017 – VII-Verg 53/16, juris Rn. 33).

a) Insgesamt kommt dem Gesichtspunkt einer Zustellung am Folgetag nach der vorgesehenen Wertungsmatrix ein erhebliches Gewicht für die Zuschlagsentscheidung zu, hinter dem weitere Kriterien deutlich zurücktreten. Diese herausgehobene

Gewichtung führt voraussichtlich zu einer erheblichen Benachteiligung der bezeichneten Bieter und ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht aufgrund objektiv begründbarer Interessen des Antragsgegners bzw. der Behörden zu rechtfertigen, 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 % entsprechend § 2 Nr. 3 PUDLV einzuhalten (was bislang durch Nr. 3.6 der Leistungsbeschreibung nicht bestimmt ist), 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 führt – 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.

aa) Der Antragsgegner hat hierzu ausgeführt, dass eine rechtzeitige Zustellung eine erhebliche Rolle in der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung spiele, ohne aber eine besondere Bedeutung einer Zustellung schon am Folgetag konkret 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. Diese Begründung lässt erkennen, dass insbesondere längere Zustellzeiten als drei Tage – sowie Fehler in der Zustellung im Allgemeinen – als besonders nachteilig für die Aufgabenerfüllung der betroffenen Behörden erachtet werden. Ein herausgehobenes Interesse an einer Zustellung bereits am Folgetag ist damit aber jedenfalls nicht begründet.

bb) 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 bei einem gewissen Anteil der Sendungen 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.

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.

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 auf dem Standardweg in diesen Fällen angesichts dessen, dass eine Zustellung am Folgetag ersichtlich nicht ohne Einschränkungen garantiert werden kann, ohnehin nicht hinreichend sicher. Gegebenenfalls müsste in solchen Fällen auch ein gesondertes Produkt gewählt werden, bei dem eine Zustellung am Folgetag garantiert wird.

b) Diese sachlich nicht gebotene herausgehobene Berücksichtigung des Kriteriums einer Zustellung am Folgetag führt sowohl für sich genommen als auch in der Gesamtschau der Zuschlagskriterien dazu, 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 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. In diesem Fall wäre aber nur ein eingeschränkter Preiswettbewerb möglich, so dass die sachlich nicht gebotene besondere Berücksichtigung einer Zustellung am

Folgetag die Abgabe preislich günstigerer und voraussichtlich auch in der Gesamtschau wirtschaftlicherer Angebot verhindern wird.

Aus vergleichbaren Gründen hat die Vergabekammer des Bundes 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 könnten. 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 wirtschaftlichsten 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 insbesondere ohne Inanspruchnahme der D. AG als Nachunternehmerin 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.

aa) Der Preis fließt nach der Bewertungsmatrix ohnehin schon für sich genommen mit 30 % eher in geringem Umfang in die Wertungsentscheidung ein. Auch wenn ihm

formal damit das gleiche Gewicht wie dem Zuschlagskriterium der E+1-Quote zukommt, besteht unter Berücksichtigung des Parteivortrags doch nicht die Aussicht, dass eine nicht bloß unerheblich geringere E+1-Quote durch einen niedrigeren Preis kompensiert werden könnte. Die Wertungsformel betreffend das Kriterium der E+1-Quote führt zu einem recht steilen Punkteverlauf. Es ist zu erwarten, dass Wettbewerbsunternehmen der D. AG für dieses Kriterium keine oder allenfalls wenige Punkte erhalten werden, sofern sie sich nicht auf bloße Konsolidierungsleistungen beschränken und die wesentlichen Zustelldienste durch die D. AG als Nachunternehmerin erbringen lassen.

Die vorgesehene Wertungsformel für das Preiskriterium, wonach ein um 10 % höherer Preis gegenüber dem niedrigsten Angebot zu einem Punktabzug von 10 % der insoweit möglichen Punkte (insgesamt mithin zu einem Punktabzug von 3 %) führt, lässt im Hinblick auf die vorgetragene zu erwartende geringe Spreizung der Angebotspreise aufgrund der geringen Preisunterschiede im Postmarkt erwarten, dass die insoweit realistisch möglichen Wertungsvorteile erheblich hinter den durch die Wertung des Kriteriums der E+1-Quote bedingten Nachteile zurückbleiben werden.

bb) Auch unter Berücksichtigung der übrigen Wertungskriterien ist nicht zu erwarten, dass Nachteile aufgrund der Wertung der zuzusichernden E+1-Quote kompensiert werden könnten.

Mit einem Anteil von 20 % fließt die Möglichkeit einer Zustellung am nächsten Tag in die Wertung ein, wobei dieses Kriterium die betroffenen Wettbewerbsunternehmen der D. AG ebenfalls benachteiligt. Eine bessere Bewertung gegenüber Geboten der D. AG ist insoweit jedenfalls nicht zu erwarten. Im Gegenteil werden Wettbewerbsunternehmen Wertungspunkte in diesem Bereich voraussichtlich nur oder jedenfalls insbesondere dann erzielen können, wenn sie sich auf Konsolidierungsleistungen beschränken und im Übrigen die D. AG als Nachunternehmerin vorsehen. Auch dieses Wertungskriterium benachteiligt daher Wettbewerbsunternehmen.

Mit einem Anteil von weiteren 20 % fließt das Wertungskriterium des einheitlichen Codiersystems in die Gesamtwertung ein. Auch dieses Wertungskriterium benachtei-

ligt Wettbewerbsunternehmen der D. AG, solange sie sich nicht auf Konsolidierungsleistungen beschränken und letztgenanntes Unternehmen im Übrigen als Nachunternehmerin in Anspruch nehmen. Aufgrund des regelmäßig erforderlichen Nachunternehmereinsatzes ist zu erwarten, dass sie auch bei diesem Wertungskriterium ansonsten keine Wertungspunkte erlangen können (vgl. dazu näher sogleich).

5. Das Zuschlagskriterium des „einheitlichen Codiersystems“ ist in dem vorliegenden Verfahren nicht zulässig gerügt. Im Hinblick auf die beabsichtigte Wiederholung der Ausschreibung weist der Senat allerdings auf seine Ausführungen in dem Parallelverfahren mit Beschluss vom 11. September 2018 hin (13 Verg 4/18):

„(...)

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 aufgebrachten 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.

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 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 „Rüchläuferstempeln“ 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 Modalität-

ten 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 – C-368/10, 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. 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.“

6. Die in Nr. 2.22 der Leistungsbeschreibung vorgesehene Regelung der Vertragsstrafe verstößt nicht gegen Vergaberecht, diskriminiert insbesondere die Antragstellerin nicht entgegen § 97 Abs. 2 GWB und verstößt auch nicht gegen den Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB.

a) Ein solcher Vergaberechtsverstoß liegt weder aufgrund einer möglicherweise unverhältnismäßigen Höhe der Vertragsstrafe noch aufgrund eines möglicherweise zu kurzen Referenzzeitraums der zugrunde zu legenden Laufzeitmessungen vor. Hiermit möglicherweise im Zusammenhang stehende Nachteile träfen im Ausgangspunkt alle Bieter in gleicher Weise. Eine unzulässige diskriminierende Wirkung gerade gegenüber der Antragstellerin ist nicht ersichtlich.

Ob die entsprechenden Vertragsbedingungen sonst rechtlichen Bedenken begegnen mögen – etwa im Hinblick auf §§ 307, 343 BGB – ist im Hinblick auf die nach § 160 Abs. 2, § 168 Abs. 1 GWB allein entscheidungserhebliche Übereinstimmung mit dem Vergaberecht unerheblich.

Vertragsklauseln wie die vorgenannten werden von den Vergabenachprüfungsinstanzen grundsätzlich nicht auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit geprüft, da letztere keine Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB sind. Außerhalb des Vergabeverfahrens und des Anwendungsbereichs vergaberechtlicher Vorschriften liegende Rechtsverstöße sind im Vergabenachprüfungsverfahren grundsätzlich nicht zu überprüfen. Sie können ausnahmsweise nur dann zum Gegenstand eines solchen Verfahrens gemacht werden, wenn es eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm gibt, die im Nachprüfungsverfahren entscheidungsrelevant ist. Nach dem Wegfall des Verbots der Überbürdung eines unzumutbaren Wagnisses können Vertragsklauseln nur noch unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit einer für den Bieter oder Auftragnehmer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation beanstandet werden, wobei dahinstehen kann, ob dies aus dem Rechtsgedanken von Treu und Glauben oder dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herzuleiten ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017 – VII-Verg 9/17, juris Rn. 74 f.).

Eine solche Unzumutbarkeit macht die Antragstellerin schon nicht mit Substanz geltend. Sie ist auch sonst nicht ersichtlich. Den Bietern ist eine vernünftige kaufmännische Kalkulation in Anbetracht der Vertragsstrafenregelung nicht unzumutbar. Ihnen ist zuzumuten, gewisse Preis- und Kalkulationsrisiken zu tragen. Zu solchen Risiken gehört auch das der Verwirkung einer Vertragsstrafe. Den Bietern ist hier möglich und zumutbar, abzuschätzen, ob und in welchem Umfang es zur Verwirkung einer

Vertragsstrafe kommen kann, und dieses Risiko in ihrer Kalkulation entsprechend zu berücksichtigen. Dem steht nicht entgegen, dass die vorgesehene Laufzeitmessung nach Nr. 2.11.1 der Leistungsbeschreibung nur „in Anlehnung“ an näher genannte DIN-Normen erfolgen soll, was ohnehin von der Antragstellerin nicht zulässig gerügt ist. Selbst wenn die Regelungen insoweit zu unbestimmt wären, hinderte dies die Antragstellerin doch nicht, das Risiko einer Verwirkung der Vertragsstrafe wegen Überschreitung zugesicherter Laufzeiten in noch ausreichendem Umfang einzuschätzen.

Ein umfassenderer Prüfungsmaßstab folgt entgegen der möglicherweise von der Antragstellerin vertretenen Auffassung auch nicht aus der in Bezug genommenen Entscheidung des Oberlandesgerichts X vom 18. Januar 2018. Das Oberlandesgericht hat dort einen Ausschluss späterer Einwendungen im Zivilverfahren nur für den Fall angenommen, dass die Vereinbarung einer nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksamen Vertragsbedingung einen Vergabefehler darstellt (OLG X, Urteil vom 18. Januar 2018 – 11 U 121/17, juris Rn. 41 ff.; anders wohl verstanden von Summa in: jurisPK-Vergaberecht, § 156 GWB Rn. 66.1).

b) Die weitere Rüge, die Regelung zur Laufzeitmessung sei intransparent, ist nicht zulässig erhoben.

7. Betreffend die in Nr. 2.24 der Leistungsbeschreibung vorgesehene Bearbeitungsgebühr gelten die vorstehenden Erwägungen unter Nr. 6.a) entsprechend. Auch insoweit liegt jedenfalls ein Vergaberechtsverstoß nicht vor. Ob die sofortige Beschwerde insoweit mangels näherer Begründung dieser früheren Rüge überhaupt zulässig ist, kann offen bleiben.

8. Die nach Nr. 2.25 Abs. 7 der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preisanpassungsklausel diskriminiert demgegenüber Bieter, die – wie die Antragstellerin – die D. AG nicht oder nur in geringem Umfang als Nachunternehmerin einsetzen wollen, entgegen § 97 Abs. 2 GWB in unzulässiger Weise.

a) Während Bieter insoweit, als sie die D. AG als Nachunternehmerin in Anspruch nehmen, mit deren derzeit maßgeblichen Preisen rechnen können und im Fall von Preiserhöhungen durch die Preisanpassungsklausel weitgehend vor negativen

Auswirkungen geschützt sind, müssen Bieter beim Einsatz anderer Nachunternehmer mit Risikozuschlägen kalkulieren, um für den Fall möglicher Preiserhöhungen abgesichert zu sein, sofern es ihnen nicht möglich ist, mit den vorgesehenen Nachunternehmen entsprechend langfristige Preisbindungen zu vereinbaren. Auch im Fall der individuellen Vereinbarung längerer Preisbindungen ist allgemein zu erwarten, dass eine solche Vereinbarung nur gegen Vereinbarung höherer Preise mit dem jeweiligen Nachunternehmen möglich sein wird, weil dieses seinerseits Risikozuschläge im Hinblick auf mögliche Kostensteigerungen einkalkulieren wird. Während im Fall des Einsatzes der D. AG als Nachunternehmerin das Risiko einer Preiserhöhung damit wirtschaftlich von dem Auftraggeber zu tragen ist, fällt es im Falle der Beauftragung sonstiger Nachunternehmer dem Bieter zur Last.

Diese Ungleichbehandlung trifft die potentiellen Bieter entgegen der Auffassung der Vergabekammer voraussichtlich nicht in gleichem Maße. Sie begünstigt vielmehr solche Bieter, die – wie insbesondere Konsolidierungsunternehmen – als Nachunternehmerin ausschließlich oder jedenfalls weit überwiegend die D. AG einsetzen wollen, während Bieter, die weitergehend die Zustellung selbst ausführen oder auf Konkurrenzunternehmen zurückgreifen wollen, benachteiligt werden. Die Erwägung, dass kein privates Zustellunternehmen für bundesweite Zustellungen „völlig“ auf die Dienste der D. AG als Universaldienstleister verzichten könne, trägt diesem Unterschied nicht Rechnung.

b) Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt.

Zwar trifft es zu, dass Konkurrenzunternehmen regelmäßig keinen maßgeblichen Einfluss bzw. Verhandlungsspielraum bei der Preisbestimmung der D. AG haben werden und die jeweiligen Preise der D. AG für Nachunternehmerleistungen auch regelmäßig nicht ohne weiteres vertraglich werden absichern können. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, nur das Kalkulationsrisiko beim Einsatz der D. AG als Nachunternehmerin zu übernehmen. Auch die Absicherung gegenüber Preiserhöhungen sonstiger Nachunternehmer wird regelmäßig – wie ausgeführt – nur unter Inkaufnahme anderer wirtschaftlicher Nachteile möglich sein. Es trifft zu, dass es den Bietern vergaberechtlich – und auch sonst – zuzumuten ist, das Risiko etwaiger Preiserhöhungen der

Nachunternehmer selbst zu tragen oder etwa durch Risikozuschläge bei den Angebotspreisen abzufedern. Dies gilt aber in gleichem Maße betreffend sowohl Nachunternehmerleistungen der D. AG als auch sonstiger Konkurrenzunternehmen.

III.

1. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die dort entstandenen notwendigen Aufwendungen der Beteiligten sind nach § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 GWB hälftig zu teilen.

Obwohl die Antragstellerin unter Zugrundelegung der Auffassung des Senats mit ihren ursprünglich vor der Vergabekammer gestellten Anträgen obsiegt hätte, die Zuschlagserteilung zu untersagen und – bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht – das Vergabeverfahren zurückzusetzen, die Vergabeunterlagen zu überarbeiten und den Bietern erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben, ist für die Kostenentscheidung insoweit nur ein Teilerfolg des Nachprüfungsantrags zugrunde zu legen. Nach Stellung eines Fortsetzungsfeststellungsantrags richtet sich die zu treffende Kostenentscheidung allein nach dem Ergebnis des Fortsetzungsfeststellungsverfahrens (Summa in: jurisPK-Vergaberecht, § 182 GWB, Rn. 41). Auch die Kostengrundentscheidung betreffend die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer ist nach der Erledigung der Hauptsache neu zu treffen (vgl. Summa a.a.O. Rn. 44).

Mit den gestellten Fortsetzungsfeststellungsanträgen obsiegt die Antragstellerin in etwa zur Hälfte. So sind insbesondere zwar die beanstandeten Zuschlagskriterien entgegen ihrem Feststellungsbegehren überwiegend grundsätzlich zulässig, in ihrer konkreten Gewichtung aber unzulässig. Auch sonst ist das Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens bei wertender Betrachtung in etwa ausgeglichen.

2. Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 78 GWB.

3. Sowohl für die Antragstellerin als auch für den Antragsgegner war die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts nach § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB, § 80 Abs. 2 VwVfG notwendig.

Für Bieter ist die Hinzuziehung eines Rechtsbeistands im Regelfall als notwendig anzuerkennen (vgl. Thiele in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, § 182 GWB, Rn. 31 m.w.N.). Ein Ausnahmefall, in dem der Antragsteller seine Interessen auch ohne die Einschaltung eines Bevollmächtigten ausreichend und umfassend hätte wahrnehmen können, liegt nicht vor.

Für die Vergabestelle besteht zwar im Regelfall keine Notwendigkeit, einen anwaltlichen Beistand hinzuzuziehen, wenn das Nachprüfungsverfahren schwerpunktmäßig auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen zum Gegenstand hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2014 – VII-Verg 37/13, juris Rn. 10; Thiele a.a.O., Rn. 32, jew. m.w.N.). Unter Berücksichtigung der Umstände des vorliegenden Einzelfalls bestand vorliegend eine solche Notwendigkeit jedoch auch vor dem Hintergrund, dass der Auftragsgegner im Vergabeverfahren durch die zentrale Beschaffungsstelle vertreten wird. Es stellten sich gerade im vorliegenden Nachprüfungsverfahren schwierige und in Einzelheiten zum Teil noch nicht geklärte Rechtsfragen betreffend die Abgrenzung des Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers und das Vorliegen einer unzulässigen Diskriminierung. Auch wenn der öffentliche Auftraggeber diese Problematik bereits bei der Vorbereitung der Ausschreibung beurteilen musste, hält der Senat dennoch die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts im Nachprüfungsverfahren für erforderlich.

4. Die Festsetzung des Gegenstandswertes folgt aus § 50 Abs. 2 GKG unter Berücksichtigung einer Vertragslaufzeit von zwei Jahren und einer Verlängerungsoption um weitere zwei Jahre, wobei letztere nur mit 50 % des darauf entfallenden Auftragswertes angesetzt ist.

W.

M.

K.