



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

X ZB 3/17

Verkündet am:  
4. April 2017  
Anderer  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Vergabenachprüfungsverfahren

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Postdienstleistungen

GWB § 97 Abs. 1, 2, § 127 Abs. 1; VgV § 8 Abs. 1 Satz 2, § 58

- a) Es steht einer transparenten und wettbewerbskonformen Auftragsvergabe regelmäßig nicht entgegen, wenn der öffentliche Auftraggeber für die Erfüllung qualitativer Wertungskriterien Noten mit zugeordneten Punktwerten vergibt, ohne dass die Vergabeunterlagen weitere konkretisierende Angaben dazu enthalten, wovon die jeweils zu erreichende Punktzahl konkret abhängen soll.
- b) Ein Wertungsschema, bei dem die Qualität der Leistungserbringung und der nach der einfachen linearen Methode in Punkte umzurechnende Preis mit jeweils 50% bewertet werden, ist ohne Weiteres auch dann nicht vergaberechtswidrig, wenn nur eine Ausschöpfung der Punkteskala in einem kleinen Segment (hier: 45 bis 50 von 50 möglichen Punkten) zu erwarten ist. Die Wahl einer bestimmten Preisumrechnungsmethode kann vergaberechtlich nur beanstandet werden, wenn sich gerade ihre Heranziehung im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände als mit dem gesetzlichen Leitbild des Vergabewettbewerbs unvereinbar erweist.
- c) Der Gefahr einer Überbewertung qualitativer Wertungskriterien zum Nachteil einzelner Bieter ist durch eingehende Dokumentation des Wertungsprozesses zu begegnen. Die Nachprüfungsinstanzen untersuchen auf Rüge die Benotung des Angebots des Antragstellers als solche und in Relation zu den übrigen Angeboten, insbesondere zu demjenigen des Zuschlagspräferenten, und darauf hin, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden.

GWB § 179 Abs. 2; ZPO § 524, § 565 Satz 2

- a) Der Beschwerdegegner kann sich im Vergabenachprüfungsverfahren bis zum Ablauf der ihm gesetzten Frist zur Beschwerdeerwidrerung der Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer anschließen.
- b) Im Verfahren vor dem Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 2 GWB kann die Beschwerde nach Beginn der mündlichen Verhandlung nur mit Einwilligung des Gegners zurückgenommen werden.

BGH, Beschluss vom 4. April 2017 - X ZB 3/17 - OLG Dresden

Vergabekammer Sachsen

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. April 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Gröning, Dr. Bacher und Hoffmann und die Richterin Schuster

beschlossen:

Der Beschluss des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 2. Februar 2017 wird im Ausspruch zu 1 aufgehoben.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen vom 23. November 2016 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin wird dieser Beschluss aufgehoben, soweit darin zu ihrem Nachteil entschieden worden ist; der Nachprüfungsantrag wird auch insoweit zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens beider Instanzen zu tragen.

Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin deren zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendige Aufwendungen zu ersetzen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin auch vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

Der Beschwerdewert wird auf 360.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

1

1. Das vorliegende Nachprüfungsverfahren bezieht sich auf den von der Antragsgegnerin im offenen Verfahren ausgeschriebenen Abschluss von Rahmenverträgen über Postdienstleistungen in zwei Losen (Brief- und Paketpost) für die Dauer von sechs Jahren. Der Auftragnehmer soll das komplette Leistungsspektrum von der Abholung der Sendungen bei der Antragsgegnerin über alle erforderlichen Zwischenschritte bis zur Zustellung an die Empfänger erbringen und dabei in der Organisation der Zwischenschritte und des Erfolgs - etwa durch Eigenleistung oder über Nachunternehmer/Dienstleister - in gewisser Weise frei sein; von der Antragsgegnerin vorgegeben sind der Zustand der Sendungen bei Abholung und die Ablieferung innerhalb einer bestimmten Zeit an die Empfänger in einer bestimmten Sendungsform sowie bestimmte Berichtspflichten (Sendungsverfolgung, Meldungen des Sendeaufkommens etc.).

2

Den Zuschlag soll das wirtschaftlichste Angebot erhalten. Als Zuschlagskriterien sind mit jeweils 50% der Preis und die Qualität der Leistungserbringung angegeben. Für Letztere als zweites Zuschlagskriterium sind in den Vergabeunterlagen drei Unterkriterien mit jeweils zugeordneten Prozentwerten gebildet, und zwar:

1. Schwankungen im Sendungsaufkommen/Auftragsspitzen (15%)
2. Sicherstellung einer effektiven Leistungserbringung (25%) und
3. Zustellzeiten (10%).

3 Die Bieter sollen mit ihrem Angebot auf zwei bzw. vier Seiten darstellen, wie sie die Schwankungen im Sendungsaufkommen zu bewältigen und die effektive Leistungserbringung sicherzustellen gedenken. Dafür können beim ersten Unterkriterium maximal 15 Punkte und beim zweiten - das in den Vergabeunterlagen nochmals in vier Unterpunkte aufgegliedert ist (unten Rn. 45) - bis zu 25 Punkte errungen werden, außerdem bis zu 10 Punkte für die Zustellzeiten. Die Vergabestelle benotet die schriftlichen Darstellungen auf einer Skala von ungenügend (0 Punkte) über mangelhaft (1 Punkt), ausreichend (2 Punkte), befriedigend (3 Punkte) und gut (4 Punkte) bis zu sehr gut (5 Punkte). Die so erlangte Punktzahl wird dann mit dem Faktor 3 beim ersten und dem Faktor 5 beim zweiten Unterkriterium multipliziert.

4 Bei der Laufzeit erhalten die Bieter zwischen 0 und 10 Punkten je nach dem Anteil der am auf den Einlieferungstag folgenden Tag ("E+1") zugestellten Briefsendungen, was nach näheren Vorgaben nachzuweisen ist. Die Punktwerte aller Unterkriterien werden anschließend für die Wertung mit den beim Preiskriterium erzielten Punktwert (unten Rn. 29) addiert.

5 Der Auftrag wurde am 20. August 2016 im Supplement zum Amtsblatt der EU veröffentlicht; am 30. August 2016 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin, soweit für das Beschwerdeverfahren von Interesse, der Angebotspreis sei im Verhältnis zur Qualitätsbewertung untergewichtet und die Bewertungsmatrix intransparent.

6 2. Die Vergabekammer hat die Berechnungsformel für die Bestimmung der bezüglich des Preiskriteriums erzielten Anzahl von Punkten für vergaberechtskonform erachtet, eine Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten (§ 168 Abs. 1 Satz 1 GWB) aber in der Verwendung des Systems zur Bewertung der Qualität in Bezug auf die ersten beiden Unterkriterien gesehen. Die

Vergabekammer hält dieses für intransparent und hat insoweit bemängelt, aus den Vergabeunterlagen gehe nicht hinreichend deutlich hervor, in welcher Hinsicht die Antragsgegnerin Angaben zur Bewältigung der Schwankungen im Sendungsaufkommen bzw. bei den Auftragsspitzen erwarte, und, das Bewertungssystem lasse im Zusammenspiel mit diesem unzulänglich dargestellten Erwartungshorizont nicht erkennen, welcher Zielerfüllungsgrad nötig sei, um für ein Konzept einen bestimmten Punktwert zu erreichen. Entsprechendes gelte für das zweite Kriterium der Sicherstellung einer effektiven und reibungslosen Leistungserbringung; auch insoweit sei nicht ersichtlich, wovon die zu erzielende Punktzahl im vorzulegenden Konzept abhängige.

7            3. Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin form- und fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Die Beschwerdeschrift ist der Antragsgegnerin am 12. Dezember 2016 mit der Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 5. Januar 2017 zugestellt worden.

8            Mit ihrer am 28. Dezember 2016 beim Oberlandesgericht eingegangenen Beschwerdeerwiderung hat die Antragsgegnerin die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde beantragt und sich dem Rechtsmittel der Antragsgegnerin zugleich mit dem Antrag angeschlossen, den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben, soweit hinsichtlich der Verwendung der Unterkriterien "Schwankungen im Sendungsaufkommen/Auftragsspitzen" und "Sicherstellung einer effektiven und reibungslosen Auftragserbringung" zu ihrem Nachteil entschieden worden ist.

9            4. Der Vergabesenat hat die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen und die Sache im Übrigen dem Bundesgerichtshof vorgelegt. Er erachtet die Anschlussbeschwerde für begründet und möchte den Nachprüfungsantrag auch insoweit zurückweisen. Daran sieht er sich durch die Recht-

sprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf gehindert, das im Zusammenhang mit der Erfüllung von Wirtschaftlichkeitskriterien eine Bewertung mit Punkten oder Noten ("Schulnoten") auch bei Verwendung von Unterkriterien ohne diesbezügliche ergänzende Erläuterungen nicht für zulässig erachte, weil dies nicht im Voraus erkennen lasse, welchen Erfüllungsgrad ("Zielerreichungsgrad") die Angebote aufweisen müssten, um mit den jeweils festgelegten Punkten bewertet zu werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Dezember 2015 - Verg 25/15, VergabeR 2016, 487, 489 f.; Beschluss vom 15. Juni 2016 - Verg 49/15, VergabeR 2016, 762, 767 f.).

## II.

10            Der Bundesgerichtshof hat aufgrund der zulässigen Divergenzvorlage ungeachtet der nur teilweisen Vorlage der Sache und ungeachtet der von der Antragstellerin erklärten Rücknahme der Beschwerde über die Beschwerde und über die Anschlussbeschwerde zu entscheiden.

11            1. Die Sache ist dem Bundesgerichtshof mit dem Vorlagebeschluss insgesamt angefallen und nicht nur im Umfang der Anschlussbeschwerde. Im Interesse der Rechtssicherheit und Klarheit ist der Beschluss des Vergabesenats deshalb aufzuheben, soweit er die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin betrifft (Ausspruch zu 1).

12            a) Die Beschränkung der Divergenzvorlage auf einen Teil des Streitstoffs des Beschwerdeverfahrens ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur in dem Maße zulässig, in dem im Zivilprozess ein Teilurteil ergehen oder - was hier nicht einschlägig ist, weil es um Rechtsmittel unterschiedlicher Beteiligter geht - die Revision wirksam beschränkt werden könnte (BGH,

Beschluss vom 20. März 2014 - X ZB 18/13, VergabeR 2014, 538 Rn. 13 - Fahrbahnerneuerung I). Der Vergabesenat hat dies zwar im Ausgangspunkt nicht verkannt. Seine Annahme, ein Teilbeschluss sei zulässig, berücksichtigt aber nicht hinreichend, dass der Bundesgerichtshof grundsätzlich nicht lediglich die Vorlagefragen abstrakt beantwortet, sondern anstelle des Oberlandesgerichts in der Sache entscheidet, wenn kein Fall von § 179 Abs. 2 Satz 3 GWB vorliegt, und in diesem Rahmen die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilbeschlusses nicht vorliegen.

13            b) Ein Teilurteil (§ 301 ZPO) darf nach ständiger Rechtsprechung auch bei grundsätzlicher Teilbarkeit des Streitgegenstandes nicht ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen - auch infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht - besteht (BGH, Urteil vom 11. Mai 2011 - VIII ZR 42/10, BGHZ 189, 356 Rn. 13; Urteil vom 9. Februar 2017 - I ZR 91/15, juris Rn. 23 - Flughafen Lübeck). Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ist bereits dann anzunehmen, wenn Urteilelemente, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden können, unterschiedlich bewertet werden könnten (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2016 - XI ZR 305/14, BGHZ 210, 23 Rn. 29). Solche Gefahren bestehen im Streitfall bei Erlass eines Teilbeschlusses durch den Vergabesenat; dass der Bundesgerichtshof in derselben Instanz entscheidet und nicht als Rechtsmittelgericht, beruht auf der gesetzlichen Regelung und ist insoweit unerheblich.

14            Die vergaberechtliche Überprüfung der beiden paritätischen Wertungskriterien des Preises und der Qualität der Leistungserbringung kann zur Vermeidung von widersprüchlichen Beurteilungen nicht zwischen dem Bundesgerichtshof einerseits und dem Vergabesenat andererseits aufgeteilt werden. Die Antragstellerin macht unter anderem geltend, die Antragsgegnerin habe eine

rechtswidrige Gewichtung zwischen den beiden Bewertungskriterien "Preis" und "Qualität" vorgenommen. Über diesen Angriff kann nur aufgrund einer umfassenden Abwägung dieser beiden Kriterien und ihres Verhältnisses zueinander entschieden werden. Dies schließt eine Teilentscheidung über die Zulässigkeit eines der beiden Kriterien aus. Erachtete der Vergabesenat beispielsweise, wie geschehen, das Preiskriterium als vergaberechtskonform und käme der Bundesgerichtshof in Bezug auf das Qualitätskriterium zum gegenteiligen Ergebnis, würde durch diese beiden Entscheidungen nicht komplementär und einheitlich insgesamt über die Wertungskriterien entschieden. Entsprechend verhielte es sich im umgekehrt gedachten Fall (Vergaberechtswidrigkeit des Preiskriteriums und -konformität der Qualitätsbewertung). Bei Gefahr solcher Widersprüche ist ein Teilbeschluss durch den Vergabesenat unzulässig.

15            2. Die Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin ist statthaft und auch sonst zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt.

16            a) Im Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist das Institut der Anschlussbeschwerde allerdings nicht positiv geregelt. Ihre Statthaftigkeit im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren ist in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und in der Fachliteratur gleichwohl von Anfang an bejaht worden (vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 10. Januar 2000 - WVerg 1/99, BauR 2000, 1582, 1588; Thüringer OLG, Beschluss vom 5. Dezember 2001 - 6 Verg 4/01, VergabeR 2002, 256; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Mai 2002 - Verg 8-15/01 - juris Rn. 38; BayObLG, Beschluss vom 5. November 2002 - Verg 22/02, NZBau 2003, 342, 346; OLG Naumburg, Beschluss vom 26. Februar 2004 - 1 Verg 17/03, VergabeR 2004, 387, 390; Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 1. Aufl. Rn. 830; Beck'scher VOB-Kommentar/Gröning, 2001, § 116 GWB Rn. 17). Diese Auffassung ist zutreffend.



17            b) Die Anschlussbeschwerde ist auch sonst zulässig, insbesondere  
form- und fristgerecht eingelegt.

18            Der Senat hält mit dem vorlegenden Vergabesenat dafür, dass die Anschlussbeschwerde in Anlehnung an § 524 Abs. 2 Satz 2, § 521 Abs. 2 Satz 1 ZPO bis zum Ablauf der dem Beschwerdegegner - üblicherweise - für die Erwidern auf die Beschwerde gesetzten Frist eingelegt und begründet werden kann (ebenso OLG Naumburg, VergabeR 2004, 387, 390). Zwar könnte die Einlegung der Anschlussbeschwerde zeitlich auch an starre Fristen geknüpft werden, etwa - in Anlehnung an die Frist für die Einlegung und Begründung der sofortigen Beschwerde gemäß § 172 Abs. 1 GWB - an eine solche von zwei Wochen ab Zustellung der Beschwerdeschrift (BayObLG, NZBau 2003, 342, 346) oder an eine solche von einem Monat ab Zustellung der Beschwerdebeurteilungsschrift (vgl. § 127 Abs. 2 Satz 2 VwGO). Für eine solche stärkere Beschränkung des Rechts zur Anschlussbeschwerde fehlt es aber angesichts des Schweigens des Gesetzes an einer hinreichenden Rechtfertigung; es erschiene zudem unter prozessökonomischen Gesichtspunkten wenig sinnvoll, für die Anschließung an das Rechtsmittel der Gegenseite eine andere Frist zu postulieren als die dem Beschwerdegegner für die Beschwerdeerwidern gesetzte.

19            3. Die von der Antragstellerin am Schluss der mündlichen Verhandlung erklärte Rücknahme der Beschwerde ist wirkungslos, da die Antragsgegnerin der Rücknahme nicht zugestimmt hat. Entscheidet der Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 2 Satz 2 GWB anstelle des Oberlandesgerichts, kann die sofortige Beschwerde in entsprechender Anwendung des § 565 Satz 2 ZPO ohne Einwilligung des Beschwerdegegners nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache zurückgenommen werden.

- 20 a) Mit der Vorschrift des § 565 Satz 2 ZPO will der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Rechtsmittelführer in einem Rechtsstreit, in dem die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache oder deshalb zugelassen worden ist, weil die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO), nach Beginn der mündlichen Verhandlung die höchstrichterliche Klärung der Rechtsfrage nicht mehr einseitig verhindern kann. Stimmt der Revisionsbeklagte einer Rücknahme des Rechtsmittels nicht zu, räumt das Gesetz ab diesem Zeitpunkt der höchstrichterlichen Entscheidung der Grundsatzfrage oder der Auflösung einer Divergenz Vorrang vor der Dispositionsbefugnis des Rechtsmittelklägers ein. Eine entsprechende Vorschrift für das Revisionsverfahren enthält etwa auch die Verwaltungsgerichtsordnung (§ 140 Abs. 1 Satz 2 VwGO).
- 21 b) Dem Sinn und Zweck dieser Regelung entspricht eine entsprechende Anwendung, wenn der Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 2 Satz 2 GWB anstelle des Oberlandesgerichts im Vergabenachprüfungsverfahren entscheidet. Soweit das Gesetz dieses Verfahren nicht näher regelt, ist grundsätzlich auf die sachnächsten Vorschriften der Zivilprozessordnung zurückzugreifen, wie es, wie ausgeführt, beispielsweise bei der auf die Anschlussbeschwerde anzuwendenden Frist geboten ist. Der Bundesgerichtshof entscheidet nach § 179 Abs. 2 GWB, wenn das an sich zur Entscheidung berufene Oberlandesgericht von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will. Das Gesetz sieht mithin aus § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entsprechenden Gründen eine höchstrichterliche Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung vor. Dass diese nicht in einem Revisions- oder Rechtsbeschwerdeverfahren erfolgt, ist lediglich dem Umstand geschuldet, dass das Gesetz das Vergabenachprüfungsverfahren besonders beschleunigen

will. Gerade unter Berücksichtigung dieser Besonderheit des Vergabenachprüfungsverfahrens entspricht es aber dem Sinn und Zweck der Befassung des Bundesgerichtshofs mit der Sache, dass der Rechtsmittelführer die Entscheidung der Divergenzfrage nach Beginn der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof ohne Zustimmung des Rechtsmittelgegners nicht mehr verhindern kann.

22                   4. Die Voraussetzungen des § 179 Abs. 2 Satz 1 GWB liegen vor.

23                   a) Dies ist nach ständiger Rechtsprechung der Fall, wenn das vorliegende Oberlandesgericht seiner Entscheidung als tragende Begründung einen Rechtssatz zugrunde legen will, der mit einem die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs tragenden Rechtssatz unvereinbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16, NZBau 2017, 23 Rn. 6 - Notärztliche Dienstleistungen). So verhält es sich hier. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in seinen beiden vom vorliegenden Vergabe Senat in Bezug genommenen Entscheidungen (OLG Düsseldorf, VergabeR 2016, 487 ff.; 762 ff.) in vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen beanstandet, dass in den Vergabeunterlagen nicht näher aufgeschlüsselt und erläutert war, wodurch bzw. wofür die den einzelnen Unterkriterien zugeordneten Punktbewertungen oder Benotungen errungen werden konnten. Dazu würde sich das vorliegende Oberlandesgericht in Widerspruch begeben, wenn es in der von ihm befürworteten Weise entschiede.

24                   b) Die Voraussetzungen für die Entscheidung durch den Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 2 GWB sind nicht nachträglich dadurch entfallen, dass das Oberlandesgericht Düsseldorf in einer neueren Entscheidung von seiner zur Divergenzvorlage führenden Rechtsprechung Abstand genommen hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017 - Verg 39/16). Für eine "Rück-

gabe" des Verfahrens an den vorliegenden Vergabesenat wegen Wegfalls der Vorlagevoraussetzungen ist nach der gesetzlichen Regelung kein Raum, weil der Bundesgerichtshof danach anstelle des Oberlandesgerichts entscheidet (§ 179 Abs. 2 Satz 2 GWB).

### III.

25 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet. Die Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin hat hingegen Erfolg und führt auch insoweit zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrags. Die von der Antragsgegnerin vorgesehenen Zuschlagskriterien stehen mit dem Gesetz in Einklang.

26 1. Die von der Antragsgegnerin für die Preisbewertung vorgesehene Methode hält - auch unter Berücksichtigung des sich durch die gewählten Zuschlagskriterien insgesamt eröffnenden Wertungsspielraums - der vergaberechtlichen Nachprüfung stand.

27 a) Die Antragstellerin meint, der Preis werde infolge der gewählten Berechnungsmethode entgegen den Vergabeunterlagen faktisch nicht mit 50 % berücksichtigt, sondern wettbewerbsverzerrend völlig entwertet. Diese Rüge geht an dem Erklärungsgehalt der Angaben in den Vergabeunterlagen zur Gleichbewertung von Preis und Qualität vorbei und greift deshalb nicht durch.

28 aa) Wie die in den Vergabeunterlagen angekündigte paritätische Bewertung von Preis und Qualitätskriterien zu verstehen ist, ergibt sich aus der Sicht der angesprochenen Bieter nicht durch isolierte Interpretation dieser Angaben, sondern unter Berücksichtigung der gesamten Erläuterungen der beabsichtigten Wertung in den Vergabeunterlagen. Danach ist erkennbar, wie die angekündigte jeweils hälftige Bewertung von Preis und Qualität gehandhabt werden

soll, nämlich in der Weise, dass auf den günstigsten Preis einerseits und die bei der Qualität der Leistung maximal mögliche Bewertung andererseits jeweils die Hälfte der höchstens zu erreichenden Punktzahl entfällt.

29

Die Bewertung des Preises mit 50% erfolgt danach durch Umrechnung des Preises in einem Punktesystem mit maximal 50 Punkten. Der niedrigste Angebotspreis (Gesamtsumme sechs Jahre brutto) je Los erhält 50 Punkte. Zur Berechnung des Abstands der teureren Angebote wird der niedrigste Angebotspreis der in die letzte Wertungsstufe gelangten Angebote mit der maximal zu vergebenden Punktzahl (50 Punkte) multipliziert und das Ergebnis durch die jeweiligen höheren Angebotspreise der übrigen Bieter dividiert. Die Ankündigung der hälftigen Berücksichtigung des Preises ist deshalb für sich genommen nicht irreführend.

30

bb) Der Rückgriff auf diese Bewertungsmethode kann der Antragsgegnerin vergaberechtlich auch nicht wegen seiner vermeintlichen wettbewerbsverzerrenden Wirkung verwehrt werden.

31

(1) Der Antragstellerin ist allerdings zuzugeben, dass unter der von ihr angenommenen Prämisse, der Wettbewerb lasse eine Spreizung der Angebotspreise von allenfalls 10 % erwarten, die gesamte Punkteskala nicht annähernd ausgeschöpft, sondern nur der Bereich zwischen 50 und etwa 45 Punkten belegt werden dürfte. Das vergaberechtlich erfahrene Oberlandesgericht teilt diese Einschätzung. Sie erscheint auch in Anbetracht des beiderseitigen Vorbringens zu den Rabattspannen der Deutschen Post AG gegenüber sogenannten Konsolidierungsunternehmen für vorsortiert angelieferte Massensendungen durchaus plausibel. Den eingereichten Unterlagen zufolge hat die Deutsche Post 2016 insoweit etwa bei Einlieferungen ab 250 Briefen im regionalen Versand zwar einen Rabatt von 45 % auf das reguläre Porto gewährt.

Dieser Rabattierung bei Konsolidierungsleistungen müssen aber die Preisgestaltungsmöglichkeiten von Konkurrenten der Deutschen Post im Wettbewerb um den vorliegend ausgeschriebenen Auftrag schon deshalb nicht entsprechen, weil sie auch Beiträge zu den eigenen Fixkosten erwirtschaften und, wenn sie, wie die Antragstellerin, nur im regionalen Bereich eigene Zusteller einsetzen können, im überregionalen Versand Subunternehmer einschalten und bezahlen müssen.

32           (2) Auch wenn bei der Preisbewertung nach der hier eingesetzten "einfachen linearen Methode" eine volle Ausschöpfung der Punkteskala nicht annähernd zu erwarten ist, rechtfertigt das nicht, der Antragsgegnerin ihre Anwendung zu untersagen. Diese durchaus gängige Methode (vgl. dazu Krohn in: von Wietersheim (Hrsg.) "Vergabe von Postdienstleistungen", Schriftenreihe des forum vergabe e.V., S. 164) kann nicht per se als vergaberechtswidrig bewertet werden. Das gilt umso mehr, als in der Fachliteratur nachvollziehbar aufgezeigt wird, dass auch andere Bewertungsmethoden unter Umständen zu als unbillig oder widersprüchlich empfundenen Ergebnissen führen können (vgl. etwa Kii-ver/Kodym, NZBau 2015, 59; Bartsch/von Gehlen/Hirsch, NZBau 2012, 393; Roth, NZBau 2011, 75; Schneider, NZBau 2002, 555 und dazu OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 578 ff.) und dem Auftraggeber insoweit nicht ohne Weiteres angesonnen werden kann, sich für oder gegen eine alternative Berechnungsmethode zu entscheiden. Mit einer Diskrepanz zwischen der Spreizung der zu erwartenden Angebotspreise und der Spreizung der zu erwartenden Qualitätsbewertungen bringt der Auftraggeber zum Ausdruck, dass er der Qualität der Leistung erhebliches Gewicht beimessen und einen etwas niedrigeren Preis gegebenenfalls geringer gewichten will als ein qualitativ etwas besseres Angebot; dies ist für sich genommen nicht rechtswidrig. In welchem Umfang eine solche Diskrepanz auftritt, hängt überdies vom Einzelfall und von dem Spielraum ab, den insoweit die Kriterien bieten, nach denen die Qualität der angebo-

tenen Leistungen zu bewerten ist. Das Argument der Antragstellerin, selbst ein den niedrigsten um das Fünzigfache übersteigender Preis erhalte immer noch einen Punkt, ist deshalb für das Verhältnis zwischen Preis- und Qualitätsbewertung ohne Aussagekraft.

33            b) Unter diesen Umständen kann die Wahl einer bestimmten Preisumrechnungsmethode vergaberechtlich vielmehr nur beanstandet werden, wenn sich gerade ihre Heranziehung im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände als mit dem gesetzlichen Leitbild des Vergabewettbewerbs unvereinbar erwiese. Das lässt sich im Streitfall indes nicht feststellen. Die Preisbewertungsmethode begegnet auch in der Gesamtschau unter Einschluss der Qualitätskriterien nicht solchen vergaberechtlichen Bedenken, dass die Verwendung des vorgesehenen Wertungsschemas zur Vermeidung von Rechtsverletzungen einzelner Bieter und Schädigung ihrer geschützten Interessen (vgl. § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB) untersagt werden müsste.

34            aa) Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Dieses bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis (§ 127 Abs. 1 Satz 1, 3 GWB). Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit die Angebote die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllen (§ 127 Abs. 1 Satz 2 GWB). Die Zuschlagskriterien spiegeln dementsprechend wider, wie der Auftraggeber im jeweiligen Vergabeverfahren 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 die-

ser Definition gehört auch, welche Qualität die Leistung vorzugsweise haben soll.

35 Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes vom 17. Februar 2017 (BGBl. I S. 203) sind ihm dabei insoweit Grenzen gesetzt, als der Preis bzw. die Kosten in der Angebotswertung zwingend berücksichtigt werden müssen (vgl. BT-Drucks. 18/6281 S. 111 zu § 127 Abs. 1 RegE VergRModG). Diese Sichtweise stimmt mit der Richtlinie 2014/24 EU über die öffentliche Auftragsvergabe überein (vgl. dort Erwägungsgrund 90 Abs. 1, 92 Abs. 3). Sind zwei Angebote qualitativ in jeder Hinsicht gleichwertig, ist der Zuschlag zwingend auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. 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. Eine allzu einseitige Ausrichtung am Preis birgt, worauf auch der Bundesgerichtshof hingewiesen hat, die Gefahr, dass Vergabeentscheidungen getroffen werden, die sich letztlich als unwirtschaftlich erweisen, weil sie qualitativen Unterschieden der Leistung nicht Rechnung tragen (BGH, NZBau 2017, 230 Rn. 21 - Notärztliche Dienstleistungen).

36 bb) Im Streitfall geht es zwar mit Postdienstleistungen um die Beschaffung vergleichsweise weitgehend standardisierter Leistungen (unten Rn. 40). Aber auch bei einer in dieser Weise geprägten Nachfrage ist der öffentliche Auftraggeber nicht gehindert, Qualitätskriterien in die Wertung einfließen zu lassen (BT-Drucks. 18/6281 aaO) und die Bewertung der Angebote, wie im Streitfall, in erheblichem Maße davon abhängig zu machen, inwieweit kontinuierlich eine zügige und reibungslose Erbringung der Dienstleistung mit möglichst geringem Reklamationsaufkommen gewährleistet ist.



37            Dabei kann ein hoher Einfluss von Qualitätskriterien auf die Zuschlagsentscheidung, wie er im Streitfall zu verzeichnen ist, unter Umständen einzelnen Anbietern, namentlich dem ressourcenstarken früheren Inhaber eines Monopols, mehr als anderen Bewerbern entgegenkommen. Dieser Umstand lässt die Verwendung des von der Antragsgegnerin konzipierten Wertungsschemas für sich genommen aber noch nicht als vergaberechtswidrig erscheinen. Öffentliche Auftraggeber sind zwar generell verpflichtet, ihren Bedarf in transparentem Wettbewerb unter Gleichbehandlung der Bieter zu decken (§ 97 Abs. 1, 2 GWB). Es stellt für sich ohne Weiteres aber noch keine vergaberechtlich zu beanstandende Ungleichbehandlung dar, wenn ein Wertungsschema, das ein öffentlicher Auftraggeber in der Position der Antragsgegnerin anwendet, der selbst nur Nachfrager ohne eigene Regulierungsverantwortung ist und grundsätzlich die für ihn bestmögliche Bedarfsdeckung anstreben darf, qualitative Gesichtspunkte der Leistungserbringung wie geschehen hervorhebt.

38            cc) Die Grenze zur Vergaberechtswidrigkeit der Verwendung eines solchen Wertungsschemas wäre 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 (§ 119 Abs. 3 GWB) und objektiv gegebener Eignung (§ 122 GWB) von vornherein chancenlos wären. In einer solchen Fallgestaltung würden die Wertungskriterien bei der gebotenen wertenden Betrachtung der Sache nach Eignungskriterien bilden und bestimmte Bieter entgegen den für das offene Verfahren geltenden Grundsätzen ausschließen. Dafür, dass dies im Streitfall der Fall wäre, hat die Antragstellerin jedoch nichts geltend gemacht, und hierfür ist auch nichts erkennbar.

- 39           2. Auch die vorgesehene Methode der Qualitätsbewertung ist entgegen der Auffassung der Vergabekammer nicht zu beanstanden. Im Streitfall steht es einer transparenten und wettbewerbskonformen Auftragsvergabe (§ 97 Abs. 1 Satz 1 GWB) nicht entgegen, dass die von den Bietern vorgelegten Konzepte für die Kompensation von Schwankungen im Sendungsaufkommen/Auftragspitzen und zur Sicherstellung einer effektiven Leistungserbringung im Rahmen der Angebotswertung benotet werden und einen der jeweiligen Note zugeordneten Punktwert erhalten, ohne dass die Vergabeunterlagen weitere konkretisierende Angaben dazu enthalten, wovon die jeweils zu erreichende Punktzahl für das Konzept konkret abhängen soll. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen.
- 40           a) Gegenstand des Vergabeverfahrens sind im Streitfall mit der Abholung, Weiterleitung und Zustellung postalischer Sendungen weitgehend standardisierte Dienstleistungen (oben Rn. 36), die im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses in mehr oder minder massenhafter Wiederkehr zu erbringen sind. Die bis zur Aushändigung jeder einzelnen Sendung an den jeweiligen Empfänger zu erbringenden Einzelleistungen von der Abholung und Beförderung von Brief- oder Paketsendungen bis hin zu deren Ablieferung beim Empfänger sind für sich und in ihrer Abfolge in den Vergabeunterlagen konkret und erschöpfend beschrieben.
- 41           b) Soweit die Bieter ihre Konzepte für die Erfüllung der Qualitätsunterkriterien schriftlich darstellen sollen, hat der Wettbewerb partiell das Gepräge eines Vergabeverfahrens mit funktionaler Leistungsbeschreibung (§ 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV, vgl. dazu Prieß/Simonis in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 31 Rn. 14). Gegenstand der Wertung sind insoweit die vom einzelnen Bieter zur Bewältigung eines deutlich überdurchschnittlichen Anfalls von Sendungen vorgesehenen Vorkehrungen zur Gewährleistung einer

insgesamt gleichwohl zeitnahen Zustellung. Sinngemäß das Gleiche gilt für die von ihm vorgeschlagenen Maßnahmen gemäß den Anforderungen der Vergabeunterlagen zum Unterkriterium der Sicherstellung einer effektiven Leistungserbringung.

42            Gegenstand der Angebotswertung ist insoweit in einem ersten Schritt die prognostische Beurteilung, ob bzw. inwieweit die aus den Konzepten ersichtlichen Maßnahmen zur Bewältigung von Auftragsspitzen bzw. Sicherstellung einer effektiven Leistungserbringung beitragen können. Je nachdem, in welchem Maße die Lösungsvorschläge aus Sicht der Antragsgegnerin insoweit Erfolg versprechen, erhält das jeweilige Konzept in einem zweiten Schritt eine entsprechende Benotung und die nach dem Schlüssel in den Vergabeunterlagen zu errechnende Punktzahl.

43            c) Die von der Vergabekammer geforderten weiteren Erläuterungen der Auftraggeberin zu ihren Erwartungen an die Inhalte des einzureichenden Konzepts sind rechtlich nicht geboten.

44            aa) Dass das Unterkriterium "Schwankungen im Sendungsaufkommen/ Auftragsspitzen" auf die Sicherstellung einer möglichst rückstaufreien Bewältigung der angefallenen Post auch in Spitzenlastzeiten zielt, versteht sich für die Bieter von selbst. Infolge der ergänzenden Informationen in den Vergabeunterlagen, dass bei Los 1 im Tagesdurchschnitt ein Aufkommen von ca. 8.000 Sendungen zu erwarten sei, es jedoch zu Abweichungen von bis zu 40% kommen könne, etwa wenn zu einem vom Auftraggeber vorgegebenen Stichtag teilweise bis zu mehrere tausend Sendungen mit Gebühren- oder Grundsteuerbescheiden gleichzeitig versendet und mit dem Datum dieses Tages frei gemacht werden müssten, und dass Los 2 durchschnittlich 30 Paket-sendungen täglich betreffe, die tatsächliche Anzahl aber zwischen 5 und 100

Paketen schwanken könne, können die Bieter sich ein Bild davon machen, wofür ihr Konzept eine taugliche Lösung anbieten muss.

45           bb) Entsprechendes gilt für das zweite Unterkriterium der Sicherstellung einer effektiven Leistungserbringung mit Blick darauf, dass in der Leistungsbeschreibung folgende Unterpunkte gebildet sind:

- Sicherstellung der Zustellung in Häusern, bei denen aufgeschlossen bzw. geklingelt werden muss;
- Reaktionsweise bei Notfällen wie Personal- oder Fahrzeugausfällen oder extremen Wetterbedingungen;
- Reklamationsmanagement und Reklamations- und Erreichbarkeitszeiten;
- internes Qualitätsmanagement zur Gewährleistung der anforderungsgerechten Leistungserbringung (unter anderem Darstellung des Umgangs von [gemeint: mit] betriebsinternen Änderungen bezüglich Software oder eingesetzter Technik sowie sonstige Weiterbildungsmaßnahmen).

46           Damit werden den Bietern die Anforderungen der Antragsgegnerin unter Transparenz Gesichtspunkten hinreichend verdeutlicht. Die Forderung der Vergabekammer nach Unterlegung der erzielbaren Noten bzw. Punkte mit konkretisierenden Informationen zu den von der Antragsgegnerin mit der Erfüllung der Unterkriterien verbundenen Erwartungen läuft darauf hinaus, ihr die Durchführung eines partiell anderen Vergabeverfahrens aufzuerlegen, als es ihren eigentlichen Intentionen entspricht, und den Bietern direkt oder mittelbar Lösungskomponenten vorzugeben, die diese zwangsläufig aufgreifen würden, um in der Angebotswertung bestehen zu können. Damit würde die Antragsgegnerin gezwungen, Aufgaben zu übernehmen, deren Lösung sie im Rahmen der funktionalen Ausschreibung in vergaberechtlich unbedenklicher Weise auf die Bieter delegieren wollte.

47 Diese Bewertung steht im Übrigen in Einklang mit der neuesten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - C-6/15, VergabeR 2016, 721 - Dimarso), die auch das Oberlandesgericht Düsseldorf zum Anlass für die Korrektur seiner Rechtsprechung genommen hat.

48 d) Ob es unter außergewöhnlichen Umständen, etwa wenn die Komplexität des Auftragsgegenstands besonders vielschichtige Wertungskriterien erforderlich macht, bei Verwendung eines Benotungs- oder Punktbewertungssystems durch die Vergabestelle zur Vermeidung einer intransparenten Wertung erforderlich sein könnte, dass der Auftraggeber seine Vorstellungen oder Präferenzen zum denkbaren Zielerreichungsgrad erläutert und damit Anhaltspunkte für eine günstige oder ungünstige Benotung vorgibt, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung.

#### IV.

49 Für den Fall, dass die Antragsgegnerin den Auftrag im ausgeschriebenen Vergabeverfahren, in dem die ursprüngliche Frist zur Abgabe der Angebote bis zum 3. November 2016 bemessen war, oder in einem neuen Verfahren mit gleichen Wertungskriterien vergeben möchte, weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin.

50           1. Von der Frage der generellen Zulässigkeit des zugrunde gelegten Wertungsschemas zu trennen ist die Frage der Vergaberechtskonformität der auf seiner Grundlage durchgeführten Wertung.

51           Mit dem hohen Stellenwert der Qualität der Leistungserbringung für die Zuschlagserteilung in diesem Wertungssystem geht die Verpflichtung der Vergabestelle zu einer besonders sorgfältigen Benotung der vorgelegten Konzepte einher. Auf das Unterkriterium der Sicherstellung einer effektiven Leistungserbringung entfällt ein Viertel aller überhaupt erreichbaren Wertungspunkte. Es wird in den Vergabeunterlagen mit dem großen Interesse an einer effektiven Leistungserbringung begründet, die die amtlichen Betriebsabläufe möglichst nicht stört. An diesem das Qualitätskriterium begründenden und damit für die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung ausschlaggebenden Interesse der Antragsgegnerin wird sich die Benotung auszurichten haben. Beispielsweise können Unterschiede im internen Qualitätsmanagement unterschiedliches Gewicht haben oder gar ohne Bedeutung sein, wenn es fernliegt, dass sie das Qualitätsinteresse der Antragsgegnerin berühren könnten.

52           2. Der Gefahr, dass die Offenheit des im Streitfall vorgesehenen Wertungsschemas zu einer nicht hinreichend transparenten Vergabe führt, ist durch eingehende Dokumentation des Wertungsprozesses zu begegnen.

53           Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Gründe für die Auswahlentscheidung und den Zuschlag zu dokumentieren (§ 8 Abs. 1 Satz 2 VgV). Insbesondere dann, wenn er sich dafür, wie im Streitfall, eines aus Preis und qualitativen Aspekten zusammengesetzten Kriterienkatalogs bedient, bei dem die Angebote hinsichtlich der Qualitätskriterien mittels eines Benotungssystems bewertet werden und die Bewertungsmethode des Preises nur enge Kompensationsmöglichkeiten für qualitative Abzüge erwarten lässt (oben Rn. 31), muss der

Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind. Wird die Auswahlentscheidung zur Vergabenachprüfung gestellt, untersuchen die Nachprüfungsinstanzen auf Rüge gerade auch die Benotung des Angebots des Antragstellers als solche und in Relation zu den übrigen Angeboten, insbesondere demjenigen des Zuschlagsprätendenten. Auch wenn dem öffentlichen Auftraggeber bei der Bewertung und Benotung ein Beurteilungsspielraum zustehen muss, sind seine diesbezüglichen Bewertungsentscheidungen in diesem Rahmen insbesondere auch darauf hin überprüfbar, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden.

V.

54 Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 analog, § 78 GWB. Die von den Beteiligten nicht angefochtene Gebührenfestsetzung durch die Vergabekammer bleibt unberührt.

Meier-Beck

Gröning

Bacher

Hoffmann

Schuster

Vorinstanz:

OLG Dresden, Entscheidung vom 02.02.2017 - Verg 7/16 -