



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der xxx GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführer xxx,
xxx, xxx Berlin

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte xxx,
xxx, xxx

gegen

das Land Berlin, vertreten durch die Berliner Feuerwehr,
diese vertreten durch den Landesbranddirektor xxx,
Rathausstraße 70-72, 12105 Berlin

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:
Xxx Partnerschaft von Rechtsanwälten xxx,
xxx, xxx Berlin
wegen Vergabe von notärztlichen Dienstleistungen

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende Soth-Schulz, den hauptamtlichen Beisitzer Weber und den ehrenamtlichen Beisitzer Frischmuth ohne mündliche Verhandlung am 06.08.2015 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf xxx € festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit Bekanntmachung vom 20.11.2014 über die amtliche Veröffentlichungsplattform des Landes Berlin im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb notärztliche und ärztliche Dienstleistungen unterteilt in Lose für insgesamt 17 Versorgungsregionen in Berlin aus. Dabei entsprach je ein Los einer der 17 unterteilten Versorgungsregionen. Der Zuschlag sollte ausweislich der Anlage IA 3 auf das wirtschaftlich günstigste Angebot nach der erweiterten Richtwertmethode nach UfAB V erfolgen.

Der Antragsgegner errechnete zur Beurteilung der Angebotspreise einen Korridor, in dem sich die Angebotspreise je nach der konkreten tariflichen Einstufung befinden müssten. Auf diese Weise ermittelte er einen Preiskorridor zwischen 300.000 und 580.000 Euro je Los. Innerhalb dieser Spannbreite sollte jeder Angebotspreis unter Zugrundelegung der Personalkosten ein angemessener und damit im Sinne des § 16 Abs. 6 S. 1 VOL/A nicht ungewöhnlicher Angebotspreis sein.

Im Laufe des Nachprüfungsverfahrens hat der Antragsgegner eine Erläuterung des Preisangebotes der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin vorgelegt.

Der vorliegende Nachprüfungsantrag betrifft das Los 16 – Lichtenberg.

Nachdem die Antragstellerin im Teilnahmewettbewerb als geeignet eingestuft worden war, reichte sie am 25.03.2015 ihr Angebot ein.

Mit Vorabinformationsschreiben vom 22.05.2015 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass man beabsichtige, den Zuschlag für das Los 16 – Lichtenberg am 02.06.2015 auf das Angebot des Bieters xxx GmbH (im Folgenden xxx) als Trägerin des Klinikums Hellersdorf zu erteilen.

Dieses wurde wie folgt begründet:

„ Auf ihr Angebot kann der Zuschlag nicht erteilt werden.

Erläuterung:

Bei dem Angebot des Krankenhauses xxx GmbH wurden 685 Leistungspunkte ermittelt. Der Angebotspreis beträgt 364.000,00 €. In Anwendung der Bewertungsstrategie wurde die Kennzahl 1,9 ermittelt.

Bei dem Angebot des Krankenhauses Sana Klinik in Berlin-Brandenburg GmbH (Sana) wurden 553 Leistungspunkte ermittelt. Der Angebotspreis beträgt 478.456,99 €. In Anwendung der Bewertungsstrategie wurde die Kennzahl 1,2 ermittelt.

Danach hat das Angebot xxx die höchste Kennzahl und ist einziges Angebot im Zuschlagskorridor. Das Angebot xxx soll den Zuschlag erhalten.“

Mit Schreiben vom 27.05.2015 rügte die Antragstellerin unter Fristsetzung für die Beantwortung bis zum 29.05.2015 dass kein wirksames Vorabinformationsschreiben nach § 101 a GWB vorliege. Eine auskömmliche und nachvollziehbare Preiskalkulation des Angebots der xxx fehle, mangels Mengenansätzen sei eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht sichergestellt, eine losbezogene Eignungsprüfung anhand der Angebote sei nicht vorgenommen worden, schließlich könnten sich bei der Anwendung des Wertungssystems unerwartete Effekte ergeben.

Mit Schreiben vom 28.05.2015 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass eine Prüfung der Rüge nicht innerhalb der gesetzten Frist möglich sei und der Zuschlagstermin vom 02.06.2015 auf den 10.06.2015 verschoben werde. Daraufhin bat die Antragstellerin den Antragsgegner mit Schreiben vom gleichen Tage, durch ein erneutes Vorabinformationsschreiben an sämtliche Verfahrensbeteiligte oder in anderer Weise für Rechtssicherheit zu sorgen; anderenfalls sehe sie sich zur Stellung eines Nachprüfungsantrages veranlasst.

Mit Schreiben vom 29.05.2015 stellte der Antragsgegner eine Rügeerwiderung bis zum 03.06.2015 in Aussicht.

Daraufhin forderte die Antragstellerin den Antragsgegner mit Schreiben vom 29.05.2015 zur Unterbrechung der laufenden gesetzlichen Wartefrist im Sinne von § 101 a Abs. 1 GWB entweder durch Ersetzung oder durch Ungültigkeitsvermerk des Vorabinformationsschreibens auf.

Die Antragstellerin stellte mit Schreiben vom gleichen Tag Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer übermittelte den Antrag dem Antragsgegner am 01.06.2015.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass ihr Nachprüfungsantrag zulässig sei. Insbesondere seien ihr die vermeintlichen Vergabeverstöße vorher nicht erkennbar gewesen.

Der Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens sei trotz Verschiebung der Zuschlagsfrist durch den Antragsgegner zur Wahrung der eigenen Rechtsposition erforderlich gewesen. Ungeachtet dessen sähen die Regelungen des GWB keine Wartefrist zwischen der Erklärung einer Rüge und der Einreichung eines Nachprüfungsantrags vor.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die Antragstellerin macht weiterhin die mit ihrer Rüge bereits dargelegten vermeintlichen Vergabeverstöße geltend. Sie ist der Ansicht, dass das Vorabinformationsschreiben vom 22.05.2015 unwirksam sei. Es sei weder ausführlich noch nachvollziehbar genug und entspreche daher nicht den gesetzlichen Anforderungen nach § 101 a GWB.

Ferner liege ein Verstoß gegen die Aufklärungspflicht nach § 16 Abs. 6 S. 1 VOL/A wegen eines ungewöhnlich niedrigen Preises von xxx vor. Der Antragsgegner sei zu einer Aufklärung vor abschließender Wertung der Angebote verpflichtet gewesen. Ausweislich einer von der Antragstellerin vorgelegten Gegenüberstellung des Angebots der Antragstellerin mit einem maximal günstigen fiktiv berechneten Angebot auf der Grundlage öffentlich verfügbarer Tarifdaten von xxx zeige sich, dass ein Angebotspreis von EUR 364.000 weder auskömmlich noch ordnungsgemäß kalkuliert sein könne. § 16 Abs. 6 VOL/A habe auch einen drittschützenden Charakter. Der Schutzzweck dieser Norm bestehe nämlich auch darin, das Vertrauen eines Bieters zu schützen, dass seinem auskömmlich und ordnungsgemäß kalkulierten Angebot nicht ein unseriös kalkuliertes Angebot vorgezogen wird. Vorliegend ergebe sich eine Abweichung von mehr als 30 Prozent zwischen dem Angebot der Antragstellerin und dem von xxx, sodass eine Aufklärung durch den Antragsgegner als Auftraggeber nach § 16 Abs. 6 VOL/A, § 3 S. 2 BerlAVG in jedem Fall hätte erfolgen müssen. Insofern ergebe sich ein Zuschlagsverbot wegen eines offenbaren Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung auch aus § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A. Zudem werde die Aufklärungspflicht auch nicht dadurch ersetzt, dass vorab ein preislicher Zuschlagskorridor gebildet wurde. Die Zuschlagsentscheidung beruhe damit auf einer nicht ordnungsgemäßen Wertung des Angebotes von xxx.

Unabhängig davon sei der Schutzzweck des § 16 Abs. 6 VOL/A aber bereits deswegen berührt, weil das unauskömmliche Angebot von xxx nur so verstanden werden könne, dass diese sich durch die Besetzung von Notarztstellen zusätzliche Notfallpatienten im eigenen Haus verschaffen möchte, die eigentlich in das nächstgelegene Krankenhaus zu verbringen wären. Wer solche Verstöße einkalkuliere, weise nicht die erforderliche Zuverlässigkeit auf und lasse keine rechtskonforme Leistungserbringung erwarten.

Die Bildung eines Preiskorridors, sei intransparent, nach der gewählten Wertungsmethode unzulässig und nach den angesetzten Beträgen nicht vertretbar.

Eine Nachholung der Aufklärung widerspreche der Neutralität des Auftraggebers im Wettbewerb.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, weil die Leistungsbeschreibung des Antragsgegners unvollständig sei und damit die Voraussetzungen für eine Vergleichbarkeit der Angebote im Wettbewerb fehlten. Die Einsatzzahlen aus dem Jahr 2013 seien in den Vergabeunterlagen zwar genannt, jedoch nicht als verbindliche Kalkulationsgrundlage vorgegeben worden. Dies stünde nicht im Einklang mit §§ 7 VOL/A, 8 EG VOL/A. Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass sie diesen Aspekt im laufenden Vergabeverfahren noch nicht hätte rügen können, da sie als bisherige Dienstleisterin über entsprechendes Wissen verfügte, das für die realistische Kalkulation eines Preisangebots erforderlich war und insofern für sie kein Bedürfnis bestanden habe, weitere Informationen zu erhalten.

Bei der Kalkulation der Angebote sei auch die Einsatzpauschale für die Ärzte zwingend einzukalkulieren gewesen. Diese sei mit den zu erwarten steigenden Einsätzen zu multiplizieren.

Weiterhin ist die Antragstellerin der Ansicht, dass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot wegen nicht bekanntgemachter Wertungskriterien vorliege. So hätte man bereits im Vorfeld einen „Zuschlagskorridor“ gebildet, der für die Bieter mangels Bekanntgabe nicht erkennbar gewesen sei. Dieser „Zuschlagskorridor“ sei vergaberechtlich nicht zulässig und stelle eine „versteckte“ Wertungsmatrix dar. Auch widerspreche er der für das Vergabeverfahren festgelegten Wertungsmethode.

Weiter verursache die Anwendung des Wertungssystems unerwartete Effekte. So benachteilige das vorgesehene Wertungssystem mit der vorliegenden Auswahl an Leistungskriterien systematisch leistungsfähige Bieter. Jedenfalls sei das Wertungssystem für sie nicht nachvollziehbar.

Des Weiteren mangle es der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin aufgrund einer ggfls. vorliegenden gesetzwidrigen Angebotskalkulation an der Eignung, denn letztere sowie der Angebotspreis könnten kommunal- bzw. haushaltsrechtlichen Vorgaben widersprechen.

Auch meint die Antragstellerin, dass es an einer losbezogenen Eignungsprüfung anhand der konkreten Angebote fehle. So habe das Ergebnis der Wertung aufgezeigt, dass eine losbezogene Eignungsprüfung der einzelnen Bewerber auf der ersten Stufe des Vergabeverfahrens fehle. Der Antragsgegner habe bislang nur auf der ersten Stufe des Vergabeverfahrens eine trägerbezogene Eignungsprüfung vorgenommen. Dieses stünde im Widerspruch zu § 6 Abs. 3 S. 1 VOL/A, da hiernach eine Eignungsprüfung immer auftrags- und damit losbezogen vorzunehmen sei. Im Übrigen führe diese übergreifende, nicht losbezogene Eignungsprüfung dazu, dass xxx als landeseigene Gesellschaft mit mehreren Standorten in Berlin in ungerechtfertigter Weise bevorzugt werde, was vergaberechtlich gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung gemäß § 97 Abs. 1 GWB verstoße.

Schließlich sei die Forderung nach einer Abgabe von Verpflichtungserklärungen zur Tariftreue, zur Mindestentlohnung und Sozialversicherungsbeiträgen sowie Frauenförderung als Nachweis zur persönlichen Lage des Bieters vergaberechtswidrig. Diese Nachweise seien nicht mehr von Art. 45 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG erfasst.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren jedenfalls zu Los 16 – Lichtenberg zurückzusetzen und durch geeignete Vorgaben und Informationen die Voraussetzungen für eine dem Grundsatz der Gleichbehandlung entsprechende Wertung im Wettbewerb zu schaffen, eine losbezogene Eignungsprüfung vorzunehmen sowie die Zuschlagswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabeakte zu gewähren und sodann Gelegenheit zu geben, den Antrag gegebenenfalls ergänzend zu begründen,
3. die Kosten des Verfahrens dem Antragsgegner aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

1. der Antragstellerin die beantragte Akteneinsicht zu versagen,
2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
3. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für den Antragsgegner notwendig war.

Der Antragsgegner vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig, in jedem Fall aber offensichtlich unbegründet sei.

Zum Sachverhalt weist der Antragsgegner zunächst darauf hin, dass in der Anlage IA 5 der Vergabeunterlagen die Notarzttalarmierungszahlen für das Jahr 2013 mitgeteilt worden seien, so dass die Behauptung der Antragstellerin, die Vergabeunterlagen hätten keine Einsatzzahlen als notwendige Kalkulationsgrundlage enthalten, offensichtlich falsch sei. Weiter sei der „Zuschlagskorridor“ ausdrücklicher Bestandteil der erweiterten Richtwertmethode gemäß UfAB V. In der Anlage IA 3 der Vergabeunterlagen werde nicht nur auf die Anwendung der erweiterten Richtwertmethode hingewiesen, sondern auch noch die Wirkungsweise und Ermittlung des Zuschlagskorridors ausführlich unter Angabe eines Berechnungsbeispiels erläutert.

Soweit die Antragstellerin behauptet, der Antragsgegner habe die Eignung des konkret vom Bieter einzusetzenden Personals nicht geprüft, sei dies nicht zutreffend. Mit Anlage T 1 habe der Antragsgegner eine Erklärung der Bieter eingefordert, dass die im Falle der Auftragserteilung vom Bieter zur Leistungserbringung eingesetzten Notärzte die Eignungsanforderungen gemäß Ziffer 3, 4 der Teilnahmebedingungen erfüllen. In den Ziffern 3, 4 der Teilnahmebedingungen werde weiterhin darauf hingewiesen, dass für jede Notärztin bzw. jeden Notarzt vor Aufnahme der konkreten Tätigkeit die aufgeführten Anforderungen nachzuweisen sind. Ein entsprechender Eignungsnachweis durch Eigenerklärung entspräche zunächst dem in § 6 Abs. 3 S. 2 VOL/A formulierten Grundsatz. Hinzu komme, dass im Stadium des Teilnahmewettbewerbs von den Bietern noch gar nicht verlangt werden könne, dass diese konkrete Nachweise zu konkreten Personen vorlegen. Ferner verkenne die Antragstellerin, dass ein Bieter entweder generell zur Erbringung der Leistungen in allen Losen geeignet sei oder in keinem Los. Daher sei die Verletzung der Rechte der Antragstellerin nicht erkennbar. Soweit die Antragstellerin sich auf eine unzureichende Eignungsprüfung des Krankenhauses Hellersdorf für das Los 16 bezieht, weist der Antragsgegner auf die Verlagerung der Einsatzstandorte weg von den Krankenhäusern zu den Feuerwachen hin, wodurch eine solche Verknüpfung gerade aufgegeben worden sei.

Die Ausführungen der Antragstellerin zu vermeintlichen Unterkostenangeboten öffentlicher Unternehmen seien vorliegend nicht relevant. Da xxx in der Rechtsform einer GmbH organisiert sei, unterliege sie nicht dem Haushaltsrecht.

Weiter ist der Antragsgegner der Ansicht, dass die Antragstellerin mit den geltend gemachten Vergabeverstößen teilweise bereits nach § 107 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB präkludiert sei.

So hätte eine Rüge hinsichtlich der Behauptung, dass aufgrund einer unvollständigen Leistungsbeschreibung die Voraussetzungen für die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben sei und zwingend erforderliche Kalkulationsgrundlagen fehlten, spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist erhoben werden müssen. Im Übrigen weist der Antragsgegner darauf hin, dass es nicht Aufgabe der Vergabestelle sei, den Bietern Details ihrer Kalkulation vorzuschreiben. Vergaberechtlich sei es ausschließlich erforderlich, von allen Bietern Preise für die gleiche Leistung zu verlangen und allen Bietern die gleichen Informationen als Kalkulationsbasis zur Verfügung zu stellen.

Die Rüge ungeeigneter Nachweise bzw. unvollständiger Eignungsprüfungen hätte nach § 107 Abs. 2 Nr. 2 GWB spätestens bis zum Ablauf der Teilnahmefrist erfolgen müssen.

Im Übrigen seien die Ausführungen der Antragstellerin nicht geeignet, eine Verletzung ihrer subjektiven Rechte darzulegen.

So entfalte die Vorschrift des § 16 Abs. 6 VOL/A keine Schutzwirkung zugunsten der Antragstellerin, die Norm diene ausschließlich dem Schutz des Auftraggebers. Ein Bieterschutz des § 16 Abs. 6 VOL/A käme allenfalls dann in Betracht, wenn ein tatsächlich unter den eigenen Kosten liegendes Angebot entweder in der gezielten Absicht abgegeben worden sei oder zumindest die Gefahr begründe, bestimmte Wett-

bewerber vom Markt zu drängen oder der Bieter aufgrund seines Unterkostengebotes in so große wirtschaftliche Schwierigkeiten zu geraten drohe, dass er die Leistung nicht erbringen kann und andere Bieter dann die Leistung nicht mehr übernehmen könnten. Für letzteres fehle es jedoch an jeglichem Sachvortrag der Antragstellerin.

Soweit die Antragstellerin rügt, dass Wertungssystem könne eine systematische Benachteiligung leistungsfähiger Bieter bewirken, weil es unerwartete Effekte verursachen könne, ist der Antragsgegner der Ansicht, dass die Antragstellerin in diesem Zusammenhang noch nicht einmal die Verletzung subjektiver Rechte geltend mache.

Hinsichtlich des geltend gemachten Verstoßes der mangelnden Eignung der xxx wegen gesetzwidriger Angebotskalkulation, ist der Antragsgegner der Ansicht, dass jegliche Substantiierung fehle und daher eine Rechtsverletzung zu Lasten der Antragstellerin nicht erkennbar sei.

Eine Eignungsprüfung habe unzweifelhaft stattgefunden, die allgemeine fachliche Eignung der Bieter umfasse auch die Eignung für alle Lose.

Soweit die Antragstellerin meint, dass die Abfrage von Verpflichtungserklärungen im Teilnahmewettbewerb vergaberechtswidrig gewesen sei, sei nicht erkennbar, weshalb die Antragstellerin dadurch in ihren subjektiven Rechten verletzt worden sei.

Auch fehle es bei mehreren, von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtsverstößen, an einem kausalen Schaden seitens der Antragstellerin. So hinsichtlich der angeblich fehlenden losbezogenen Eignungsprüfung und der angeblich unzulässigen Erklärungsforderungen.

Schließlich fehle es hinsichtlich der Rüge der mangelnden Vorabinformation an einem Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin für den Nachprüfungsantrag. Denn der Antragsgegner habe eine Beantwortung der entsprechenden Rüge der Antragstellerin mit Schreiben vom 29.05.2015 bis zum 03.06.2015 in Aussicht gestellt. Gleichzeitig habe der Antragsgegner verbindlich erklärt, einen Zuschlag auf das Los 16 erst am 10.06.2015 zu erteilen. Der Antragstellerin wäre somit auch bei einem Abwarten der angekündigten Rügeantwort eine Woche und damit ausreichend Zeit verblieben, einen Nachprüfungsantrag zur Wahrung des Suspensiveffektes rechtzeitig zu stellen.

Insgesamt fehle es der Antragstellerin daher bereits an der Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB.

Zudem sei der Nachprüfungsantrag aber auch unbegründet, was sich weitgehend bereits aus den Ausführungen zur Zulässigkeit ergebe. Ergänzend trägt der Antragsgegner vor, § 16 Abs. 6 VOL/A enthalte gerade keine verbindlichen Vorgaben dazu, wann ein Auftraggeber ein Angebot für ungewöhnlich niedrig einzustufen hat. Vorliegend habe der Antragsgegner eigene Berechnungen zu den Personalkosten der Bieter angestellt. Der Vortrag hinsichtlich eines Unterkostenangebots seitens der xxx sei rein spekulativ. Der Antragsgegner habe auch keine zwingenden Vorgaben für die Angebotskalkulation hinsichtlich der Einsatzpauschale gemacht. Eine andere Bewertung würde sich auch nicht aus § 3 BerlAVG ergeben. Die Vorschrift besage lediglich, dass sich der Auftraggeber bei Zweifeln an der Angemessenheit des Angebots die Kalkulationsunterlagen vorlegen lassen könne. Auch § 3 S. 2 BerlAVG würde keinen zwingenden Automatismus zwischen der Preisdifferenz des erstplatzierten Angebots und dem nächsthöherem Preis und möglichen begründeten Zweifeln an der Angemessenheit des Preises postulieren.

Auch sei der „Preiskorridor“ als Aufgreifschwelle für eine Preisprüfung gemäß § 16 Abs. 6 S. 1 VOL/A nicht zu beanstanden. Der Auftraggeber sei auch nicht verpflichtet, diese Aufgreifschwelle vorab den Bietern mitzuteilen, da es sich gerade nicht um ein Zuschlagskriterium oder Ausschlusskriterium, sondern lediglich um einen Indikator für ein möglicherweise niedriges Angebot und eine damit einhergehende Aufklärungsnotwendigkeit handele.

Im Übrigen meint der Antragsgegner, dass durch das jetzige Vorliegen einer Erläuterung des Preisangebots seitens der xxx, welches die Kalkulation des Angebots schlüssig darlege und die Auskömmlichkeit des Angebotspreises belege, die Anordnung der Rückversetzung und Angebotsaufklärung im Beschluss der Vergabekammer unnötig mache, da dieses zum gleichen Ergebnis führe. Zudem sei die nachträgliche Preisauflärung durch den Auftraggeber auch nicht präkludiert und führe auch nicht zu einer Verhinderung einer wettbewerbskonformen Auftragserteilung.

Die Vergabekammer hat von der Regelung des § 112 Abs. 1 S. 3 GWB Gebrauch gemacht, wonach bei Unzulässigkeit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden kann.

Ergänzend wird auf die Verfahrensakte sowie die Vergabeakten dieses Verfahrens Bezug genommen.

II.

A.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Soweit die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag eine Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung und damit fehlende Voraussetzungen für eine Vergleichbarkeit der Angebote geltend macht (dazu nachfolgend 1.), ist sie mit ihrem Vorbringen präkludiert.

Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis unzulässig (dazu nachfolgend 2. bis 9.).

Ein Akteneinsichtsrecht ergibt sich bei dieser Rechtslage nicht (B.).

1.

Mit ihrem Vorbringen, aufgrund der unvollständigen Leistungsbeschreibung seien die Voraussetzungen für eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben, es liege mithin ein Verstoß gegen §§ 7 VOL/A, 8 VOL/A vor, ist die Antragstellerin gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert.

Nach dieser Vorschrift ist ein Antrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gerügt werden. Die Antragstellerin hat geltend gemacht, die Vergabeunterlagen würden keine verbindliche Vorgabe dazu enthalten, mit welchen Einsatzzahlen die Bieter ihre Angebote kalkulieren sollen. Dieser Umstand war aus den Vergabeunterlagen für die Antragstellerin eindeutig erkennbar. Dies gilt unabhängig davon, ob man als Maßstab für die Erkennbarkeit eines vermeintlichen Rechtsverstoßes eine auf den jeweiligen

Bieter bezogene individuelle Betrachtung als maßgebend ansieht oder auf das Normalverständnis eines fachkundigen, verständigen Bieters abstellt. Die Antragstellerin hat diesen vermeintlichen Verstoß unstreitig erst mit ihrem Rügeschreiben vom 27.05.2015 aufgegriffen. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang vorträgt, für sie als bisherige Dienstleisterin habe kein Bedürfnis bestanden, weitere Informationen zu erhalten, sind derartige Zweckmäßigkeitserwägungen im Rahmen der Erkennbarkeit einer vermeintlich unvollständigen Leistungsbeschreibung nicht relevant.

2.

Soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen die Aufklärungspflicht wegen eines ungewöhnlich niedrigen Preises der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin xxx geltend macht, ermangelt es der Antragstellerin an der erforderlichen Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB, da sie insoweit keine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen kann.

a)

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin kommt dem § 16 Abs. 6 VOL/A vorliegend keine bieterschützende bzw. drittschützende Wirkung zu, so dass die Antragstellerin sich in diesem Zusammenhang nicht auf eine Rechtsverletzung im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB berufen kann.

Zwar besteht zwischen dem Angebotspreis des Bestbieters xxx und dem Angebotspreis des nächstplatzierten Bieters, hier der Antragstellerin, eine Preisdifferenz von ca. 30 %, so dass den Auftraggeber grundsätzlich eine Prüfungspflicht zur Aufklärung des gegebenenfalls unangemessen niedrigen Preises trifft, da zumindest bei einer Preisdifferenz von mehr als 20 % widerlegbar vermutet wird, dass der Bestbieter aufgrund seiner Preiskalkulation in Gefahr gerät, seinen Leistungsverpflichtungen nicht antragsgemäß nachkommen zu können (OLG Brandenburg, Beschluss vom 22.03.2011, Verg W 18/10; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.08.2014, 15 Verg 7/14)

Die Antragstellerin ist durch die als verletzt behauptete Vorschrift über die Preisprüfung in § 16 Abs. 6 VOL/A jedoch nicht in ihren Bieterrechten geschützt. Die Regelung des § 16 Abs. 6 VOL/A dient primär dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers, denn letzterer soll vor der Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos geschützt werden. Eine bieterschützende Wirkung der Vorschrift zugunsten eines Mitbewerbers, hier der Antragstellerin, wird von der Rechtsprechung regelmäßig allenfalls dann angenommen, wenn das an den Auftraggeber gerichtete Gebot, wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen, den Ausschluss des als unangemessen niedrig beanstandeten Preisangebots fordert (vgl. Wagner in Heiermann/Zeiss, juris PraxisKommentar Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 16 VOL/A Rn. 189; BKartA Bonn, Beschluss vom 14. Oktober 2013 – VK 2 -86/13-, Rn. 66; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.05.2011- Verg 45/11 –IBR 2011, 603; VK Bund v. 04.01.2013 - VK 1-133/12). Hierunter fallen Angebote mit unangemessen niedrigem Preis, die in der zielgerichteten Absicht der Marktverdrängung abgegeben worden sind oder die zumindest die Gefahr begründen, dass bestimmte Wettbewerber nicht nur von einer einzelnen Auftragsvergabe sondern ganz vom Markt verdrängt werden (BKartA Bonn, Beschluss vom 14. Oktober 2013 – VK 2 - 86/13 –, Rn. 66).

Sofern aufgrund des Missverhältnisses eine Schlechtleistung des Bieters droht, ist die wettbewerbsbeschränkende Wirkung darin zu sehen, dass die am Vergabeverfahren beteiligten Bieter, die die ausgeschriebene Leistung zu angemessenen Prei-

sen angeboten haben, nicht mehr in die Ausführung des Vertrages eintreten können, da eine Übernahme aufgrund einer anderweitigen Bindung ihrer Kapazitäten ausgeschlossen ist (Wagner in Heiermann/Zeiss, a.a.O., § 16 VOL/A Rn. 202; OLG Düsseldorf Beschluss v. 09.05.2011 - VII-Verg 45/11-IBR 2011, 603).

Soweit sich ein Mitbewerber darauf beruft, dass der Angebotspreis des Bestbieters in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung steht und der Bestbieter daher nicht in der Lage sein wird, die ausgeschriebene Leistung ordnungsgemäß zu erbringen, hat er konkret darzulegen, weshalb vom Bestbieter keine ordnungsgemäße Leistungserbringung erwartet werden kann. Des Weiteren hat er darzulegen, aus welchen Gründen es ihm bzw. den anderen am Vergabeverfahren beteiligten Bietern in diesem Fall nicht mehr möglich ist, in die Ausführung des Vertrages einzutreten.

Die Antragstellerin hat diesbezüglich allerdings keine Ausführungen gemacht.

Für eine behauptete Marktverdrängungsabsicht liegt die Darlegungs- und Beweislast bei demjenigen, der sich darauf beruft (OLG München v. 21.05.2010 Verg 2/10; Wagner in Heiermann/Zeiss, a.a.O., § 16 VOL/A Rn. 204).

Auch diesen Anforderungen kommt die Antragstellerin vorliegend nicht nach.

Der Antragstellerin ist es nicht gelungen, substantiiert Anhaltspunkte für eine Verdrängungsabsicht oder auch nur die Gefahr einer solchen durch xxx darzulegen. Die Ausführungen der Antragstellerin stellen diesbezüglich reine Mutmaßungen dar. Insbesondere soweit die Antragstellerin sich in diesem Zusammenhang auf eine unzulässige Patientenakquise der xxx für ihr eigenes Haus durch die Besetzung von Notarztstellen bezieht, ist ihr Vortrag rein spekulativ.

Auch der bloße Verdachtsmoment oder der Hinweis, dass man selbst an der Grenze der Auskömmlichkeit kalkuliert habe, genügen für sich genommen nicht. Von der Antragstellerin war vielmehr darzulegen, dass sie nach der Zuschlagserteilung auf dem sachlich und örtlich relevanten Markt nicht mehr vertreten sein wird (KG Berlin v. 23.06.2011 – 2 Verg 7/10 – IBR 2012, 103; Wagner in Heiermann/Zeiss, a.a.O., § 16 VOL/A Rn. 204).

Auch die Ausführungen der Antragstellerin, dass xxx in ihrer Angebotskalkulation die an die Notärzte zu zahlenden Einsatzpauschalen nicht berücksichtigt habe, mithin ein Unterkostenangebot vorliege, führen zu keiner Bejahung einer gezielten und planmäßigen Verdrängung von Wettbewerbern sowie wettbewerbsbeschränkenden Wirkung, die einen Drittschutz des § 16 VOL/A zur Folge hätte. Denn die schlichte Absicht, einen Bestandsauftragnehmer mit einem günstigeren Preis in einem konkreten Vertragsverhältnis abzulösen, ist als ureigenes Wesensmerkmal jedes Wettbewerbs anzusehen und mithin nicht als wettbewerbswidrig zu qualifizieren.

Darüber hinaus ist im Hinblick auf die vermeintliche Nichtberücksichtigung der Einsatzpauschalen im Angebot von xxx darauf hinzuweisen, dass ein Angebot selbst dann, wenn ein Bieter einzelne Kalkulationsparameter nicht oder nicht vollständig seiner Kalkulation zu Grunde legt, nicht zwangsläufig unauskömmlich ist, wenn diese Vorgehensweise sachlich gerechtfertigt erscheint. Die Angebotskalkulation betrifft den Kernbereich unternehmerischen Handelns im Wettbewerb um öffentliche Aufträge und damit die Freiheit des Wettbewerbs schlechthin. Detailkalkulationen gehören dabei zum allgemeinen Risiko unternehmerischer Tätigkeit. Anhaltspunkte dafür, dass xxx sich vorliegend nicht an geltendes Tarifrecht halten wird, sind nicht ersichtlich.

b)

Eine andere Beurteilung zur Drittschutzwirkung des § 16 Abs. 6 VOL/A lässt sich weder aus der Rechtsprechung des Kammergerichts (Beschluss vom 10.12.2009, 2 Verg 5/09) noch aus einer geänderten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 31.10.2012, VII – Verg 17/12) herleiten.

Das Kammergericht hat in der o.g. Entscheidung keine grundsätzlich abweichende Aussage zur Drittschutzwirkung der seinerzeit geltenden und inhaltlich vergleichbaren Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A getroffen. Es hat die Drittschutzwirkung vielmehr auf Fälle beschränkt, in denen für den Auftraggeber feststeht, dass er mit der Auftragserteilung wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen begünstigt. Dies entspricht der oben dargestellten Rechtslage. Ausdrücklich bestätigt wird dies auch durch einen späteren Beschluss des Kammergerichts (KG Berlin, Beschluss vom 23.06.2011, 2 Verg 7/10), in dem ausgeführt wird, dass die inhaltsgleiche Vorschrift des § 25 Nr. 2 VOL/A in erster Linie den Schutz des Auftraggebers bezweckt. Erst wenn für den Auftraggeber feststehe, dass mit der Auftragserteilung wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen begünstigt werden oder das Unterkostenangebot in der zielgerichteten Absicht abgegeben wurde, Mitbewerber nicht nur von der Erteilung des Auftrags im jeweiligen Vergabeverfahren, sondern insgesamt vom Markt zu verdrängen, entfalte die Vorschrift bieterschützende Wirkung.

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich gerade mit Blick auf den Wettbewerbsgedanken, der als allgemeiner Grundsatz für das Nachprüfungsverfahren in § 97 Abs. 1 GWB zum Ausdruck kommt. Es ist nicht Sinn und Zweck eines Nachprüfungsverfahrens, welches dem Beschleunigungsgrundsatz unterliegt und keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle darstellt, einem nicht berücksichtigten Bieter generell die Möglichkeit einzuräumen, das Angebot des Zuschlagsbieters unter Hinweis auf Kalkulationsmängel anzugreifen, wenn nicht Anhaltspunkte für die oben dargelegten von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmetatbestände wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens dargelegt werden. Geschützt werden soll der Auftraggeber davor, dass aufgrund eines unauskömmlichen Angebots die Leistungserbringung nicht ordnungsgemäß erfolgt. Aus diesem Grunde ist der Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen zur Aufklärung verpflichtet. Ziel der Vorschrift ist es nicht, Wettbewerber untereinander vor günstigen Angeboten von Konkurrenten zu schützen bzw. ihnen zu diesem Zweck eine gesetzliche Handhabe zu geben.

Das OLG Düsseldorf hat in seiner o.g. Entscheidung seine Rechtsprechung zur Drittschutzwirkung auch nicht aufgegeben, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass die Frage des subjektiven Rechts eines konkurrierenden Mitbewerbers im streitgegenständlichen Verfahren keiner näheren Erörterung bedurfte.

c)

Unabhängig von den obigen Ausführungen scheidet eine Rechtsverletzung der Antragstellerin aber auch aus, weil der Antragsgegner im Laufe des Nachprüfungsverfahrens seiner Aufklärungspflicht nachgekommen ist und den vermeintlichen vergaberechtlichen Verstoß dadurch geheilt hat. Anhaltspunkte für eine beurteilungsfehlerhafte Prüfung konnte die Antragstellerin nicht vorbringen. Soweit sie sich mit ihrer fiktiven Kalkulation darauf bezieht, dass xxx die Einsatzpauschalen in der Kalkulation nicht berücksichtigt hätte, lässt sich eine derartige Verpflichtung den Vergabeunterlagen nicht entnehmen und ergibt sich auch nicht aus der Beantwortung der Bieterfrage Nr. 7. Die Vergabeunterlagen sehen lediglich die Angabe eines Pauschalpreises vor ohne einzelne Kalkulationsparameter vorzugeben. Der Text der vollständigen Bieterfrage Nr. 7 und die Formulierung in der Antwort zeigen, dass es in diesem Zu-

sammenhang lediglich darum ging zu klären, ob die Einsatzpauschalen zusätzlich vergütet werden.

Der Antragsgegner war mit seinem diesbezüglichen Vorbringen auch nicht präkludiert. Zum einen existieren für eine nachträgliche Heilung vermeintlicher Vergaberechtsverstöße keine gesetzlichen Präklusionsregeln, zum anderen kann die Antragstellerin eine Rechtsverletzung nicht damit begründen, dass die Vergabestelle ein gerade aus Sicht der Antragstellerin vergaberechtlich fehlerhaftes Verfahren nicht beibehält. Eine nicht wettbewerbskonforme Auftragserteilung durch die nachgeholte Preisauflklärung ist nicht erkennbar. Schließlich hätte die Vergabekammer auch nur die Rückversetzung und Angebotsauflklärung anordnen können. Dass dies inhaltlich zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, ist eine reine Mutmaßung.

Die Vergabekammer gibt in diesem Zusammenhang den Hinweis, dass die vom Antragsgegner vorgelegten Erläuterungen von xxx und der Prüfungsvermerk die Kalkulation des Angebotes schlüssig wiedergeben, sachlich nachvollziehbar sind und keine Anhaltspunkte für Beurteilungsfehler der Vergabestelle bei der nachträglichen Prüfung enthalten.

d)

Soweit die Antragstellerin geltend macht, das Angebot von xxx hätte auf der Grundlage des vergaberechtswidrigen Preiskorridors nicht in der Wertung verbleiben dürfen, sondern hätte als Unterkostenangebot aufgeklärt und ausgeschlossen werden müssen, mangelt es ihr ebenso an der Antragsbefugnis. Unabhängig davon, wie der Verstoß gegen die Aufklärungspflicht begründet wird, vermag dies nichts an der mangelnden Antragsbefugnis zu ändern.

3.

Hinsichtlich des Vorwurfs, dass das Angebot der xxx im offenbarem Missverhältnis zwischen Preis und Leistung steht und daher gemäß § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A nicht bezuschlagt werden dürfe, ist der Nachprüfungsantrag gemäß § 107 Abs. 2 GWB unzulässig.

Der Antrag ermangelt insoweit ebenfalls der erforderlichen Antragsbefugnis, da die Antragstellerin auch insoweit keine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen kann.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin kommt dem § 16 Abs. 6 VOL/A, hier insbesondere dem § 16 Abs. 6 Satz 2 VOL/A vorliegend keine bieterschützende bzw. drittschützende Wirkung zu. Einen Bieterschutz im Rechtssinn kann auch die Vorschrift des § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A nur entfalten, wenn das Gebot wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu unterbinden, den Ausschluss eines als unangemessen niedrig gerügten Preisangebots erfordert. Das betrifft Angebote, die in der Absicht der Marktverdrängung abgegeben worden sind oder zumindest die Gefahr begründen, dass bestimmte Wettbewerber vom Markt ganz verdrängt werden, des Weiteren Angebote, deren Preisgestaltung den Bieter in so erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen, dass er den Auftrag nicht zu Ende ausführen kann und die übrigen Bieter nicht mehr in die Ausführung des Auftrages eintreten können (Dicks in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl., § 16 Rn. 224).

Insoweit kann auf weitere Ausführungen an dieser Stelle verzichtet und diesbezüglich auf die bereits gemachten Ausführungen unter A. 2. verwiesen werden.

Der Antragstellerin ist es insbesondere nicht gelungen, substantiiert eine Verdrängungsabsicht oder auch nur die Gefahr einer Verdrängung durch xxx vorzutragen. Die Ausführungen der Antragstellerin bleiben diesbezüglich, vor allem hinsichtlich einer möglichen Patientenakquise, rein spekulativ. Ebenso hat sie nicht dargelegt, dass im Falle der nicht ordnungsgemäßen Auftragsdurchführung andere Bieter in die Ausführung des Auftrages nicht mehr eintreten könnten.

Im Übrigen wäre ein eventuelles Unterkostenangebot seitens xxx nicht per se unzulässig. Denn ein Zuschlag darf von dem Auftraggeber auch dann auf ein Angebot erteilt werden, das für den Bieter keinen Gewinn erwarten lässt, sofern die Prognose gerechtfertigt ist, dass der Anbieter auch zu diesem Angebotspreis vertragsgerecht und zuverlässig leisten können wird (OLG München v. 21.05.2010 Verg 2/10). Anhaltspunkte dafür, dass dies vorliegend nicht der Fall sein könnte, sind von der Antragstellerin nicht dargebracht worden. Der rein spekulative Hinweis auf eine unzulässige Patientenakquise ist insoweit nicht ausreichend.

4.

Hinsichtlich des Vorwurfs, der Antragsgegner habe Wertungskriterien nicht bekannt gemacht, indem er vorab einen „Zuschlagskorridor“ gebildet habe und dadurch gegen das Transparenzgebot verstoßen, fehlt es der Antragstellerin ebenfalls an der Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB, da die Antragstellerin insoweit keine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen kann.

Die Kammer geht davon aus, dass die Antragstellerin sich mit diesem Vorbringen nicht auf den in der Anlage IA 3 der Vergabeunterlagen genannten Zuschlagskorridor, der Bestandteil der erweiterten Richtwertmethode gemäß UfAB V ist, bezieht, sondern auf den vom Antragsgegner festgelegten Preiskorridor zwischen 300.000 und 580.000 Euro je Los. Dies ergibt sich trotz der Verwendung des Begriffs „Zuschlagskorridor“ aus ihrem Vortrag.

Abgesehen von der Frage, ob der „Preiskorridor“ an sich überhaupt als Wertungskriterium zu klassifizieren ist, hat die Antragstellerin nicht dargelegt, dass sie durch die Anwendung des „Preiskorridors“ in einem subjektiven Recht verletzt ist. Das Angebot der Antragstellerin wurde nicht aufgrund des „Preiskorridors“ abgelehnt. Vielmehr befand sich ihr Angebot innerhalb des gebildeten „Preiskorridors“ und wurde nicht ausgeschlossen.

5.

Auch bezüglich des Vorwurfs, dass unerwartete Effekte bei der Anwendung des Wertungssystems eine systematische Benachteiligung leistungsfähiger Bieter bewirken könnten, ist der Nachprüfungsantrag unzulässig.

Dem Antrag ermangelt es diesbezüglich an der erforderlichen Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB, da die Antragstellerin mit ihrem Vortrag insoweit keine Rechtsverletzung darlegt.

Abgesehen von der mangelnden, nicht substantiierten Begründung, inwieweit das vorgesehene Wertungssystem mit der vorgesehenen Auswahl an Leistungspunkten aufgrund unerwarteter Effekte im gewählten Bewertungssystem systematisch eine Benachteiligung von leistungsfähigen Bietern zur Folge haben soll, geben die Ausführungen der Antragstellerin auch keinen Aufschluss darüber, in welchen subjektiven Rechten sie verletzt sein könnte. Eine solche Verletzung wird auch nicht von der Antragstellerin geltend gemacht.

6.

Der Nachprüfungsantrag ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB auch im Hinblick auf den Vorwurf, die Angebotskalkulation und damit der Angebotspreis der xxx widerspreche kommunal- bzw. haushaltsrechtlichen Vorgaben und sei daher gesetzeswidrig, unzulässig.

Abgesehen von der Frage, ob die xxx als GmbH dem Haushaltsrecht unterliegt, fehlt es der Antragstellerin bereits an der erforderlichen Antragsbefugnis.

Denn das Haushaltsrecht ist seiner Natur gemäß Innenrecht, das lediglich die Verwaltung bindet und daher nur beschränkte Außenwirkung hat. So würde es z.B. allenfalls zu einer Nichtigkeit eines Vertrages kommen, wenn der Verstoß gegen das Haushaltsrecht im krassen Widerspruch zum Gemeinwohl stünde und beiden Vertragspartnern zuzurechnen wäre (BGH, 24.04.2014, VII ZR 164/13). Ein ähnlicher Verstoß müsste auch in der vorliegenden Konstellation geltend gemacht werden, um eine Antragsbefugnis der Antragstellerin anzunehmen. Diesbezüglich ist die Antragstellerin jedoch weiteren Vortrag schuldig geblieben.

Des Weiteren stellt die Antragstellerin insbesondere nicht substantiiert dar, inwieweit sie selbst, ohne einen eventuellen Verstoß gegen kommunal- bzw. haushaltsrechtliche Vorgaben seitens der xxx, eine bessere Zuschlagschance gehabt hätte, sodass es der Antragstellerin auch deshalb an der erforderlichen Antragsbefugnis fehlt.

7.

Ferner ist der Nachprüfungsantrag auch im Hinblick auf den Vorwurf einer fehlenden losbezogenen Eignungsprüfung anhand der Angebote, mithin eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 3 Satz 1 VOL/A gemäß § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB, unzulässig.

Insoweit fehlt es der Antragstellerin an der erforderlichen Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB.

Abgesehen von der Frage, ob vorliegend wirklich eine fehlende losbezogene Eignungsprüfung fehlt und mithin ein Verstoß gegen § 6 Abs. 3 Satz 1 VOL/A vorliegt, bleiben die Ausführungen der Antragstellerin unsubstantiiert und legen nicht dar, inwieweit sie selbst durch eine angeblich fehlende losbezogene Eignungsprüfung in ihren Rechten betroffen sein soll.

Insbesondere hat die Antragstellerin nicht dargelegt, inwiefern sie bei der Vornahme der fehlenden losbezogenen Eignungsprüfung zumindest eine bessere Zuschlagschance gehabt hätte. So trägt sie nichts dazu vor, inwieweit sich beim Hinzudenken der angeblich fehlenden losbezogenen Eignungsprüfung ihre Chance auf den Zuschlag für ihr Angebot erhöht hätte.

Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang geltend macht, bei einer übergreifenden nicht losbezogenen Eignungsprüfung werde die xxx als landeseigene Gesellschaft mit mehreren Klinikstandorten bevorzugt, ermangelt es ihr ebenfalls an der Antragsbefugnis, da sie insoweit keine Rechtsverletzung dargelegt hat. Der Kammer erschließt sich hier schon im Ansatz kein vermeintlicher Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Schließlich sind die Unternehmensgröße und die Anzahl der Standorte eines Bieters ein billiger Wettbewerbsvorteil.

8.

Auch bezüglich des Vorwurfs, dass der Antragsgegner vergaberechtswidrige Abfragen von Verpflichtungserklärungen im Teilnahmewettbewerb verlangt habe, ist der Nachprüfungsantrag gemäß § 107 Abs. 2 GWB unzulässig.

Der Antragstellerin fehlt auch diesbezüglich die erforderliche Antragsbefugnis.

Denn die Antragstellerin hat in der Antragsschrift lediglich allgemeine Ausführungen zu einer vergaberechtswidrigen Abfrage von Verpflichtungserklärungen im Teilnahmewettbewerb angestellt. Eine Verletzung eigener Rechte bzw. eigenes Betroffensein durch den vermeintlichen Verstoß, das als Voraussetzung für die Antragsbefugnis zumindest in einem geringen Maße möglich sein muss, hat sie gerade nicht dargetan. Ein nachvollziehbarer Vortrag zu der möglichen Beeinträchtigung ihrer Aussichten, den Zuschlag zu erhalten, fehlt.

9.

Soweit die Antragstellerin über die erörterten vermeintlichen Vergabeverstöße hinaus einen weiteren Verstoß gegen § 101 a GWB bzw. die Unwirksamkeit des Vorabinformationsschreibens geltend macht, so fehlt ihr bezüglich dieses Vorwurfs die gemäß § 107 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis. Denn die Antragstellerin kann nicht darlegen, inwieweit ihr durch den behaupteten Verstoß gegen § 101 a GWB ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 107 Abs. 2 S. 1 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Bieterrechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Eine fehlerhafte Bieterinformation wirkt sich jedoch nicht auf das Wettbewerbsergebnis und damit auch nicht nachteilig auf die Zuschlagschancen des betroffenen Bieters aus, so dass ein vermeintlicher Verstoß gegen § 101 a GWB für sich betrachtet noch keine Antragsbefugnis im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB begründen kann (s. OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.02.2012, Verg W 1/12).

So verhält es sich auch vorliegend. Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, inwiefern sie bei einer aus ihrer Sicht ordnungsgemäßen Begründung des Vorabinformationsschreibens eine bessere Zuschlagschance gehabt hätte. Auch bei Hinwegdenken des behaupteten Verstoßes gegen § 101 a GWB hätten sich die Chancen der Antragstellerin, dass ihr Angebot für das Los 16 den Zuschlag erhält, nicht erhöht.

Da es der Antragstellerin hinsichtlich der Rüge eines mangelhaften Vorabinformationsschreibens schon an der erforderlichen Antragsbefugnis fehlt, ist die Frage, ob die fehlende Aufschlüsselung der Punkteverteilung einen Verstoß gegen § 101 a GWB darstellt, nicht mehr von Relevanz.

Dennoch gibt die Vergabekammer hinsichtlich dieser Rüge den Hinweis, dass das vorliegende Vorabinformationsschreiben vom 22.05.2015 den Anforderungen des § 101 a GWB genügt.

Es ist zwar zutreffend, dass sich aus dem Vorabinformationsschreiben die Verteilung der Leistungspunkte auf die einzelnen in den Vergabeunterlagen angegebenen Leistungskriterien (Anlage IA 3 Bewertungsstrategie Teil A) nicht ergibt. Eine solche Mitteilung ist aber nicht notwendig gewesen, um den Voraussetzungen des § 101 a GWB zu entsprechen. Die bloße Nennung der erzielten Leistungspunkte im Vorabinformationsschreiben reicht hierfür aus.

Der Auftraggeber darf sich bei der Begründung kurz fassen. Die Vorschrift schreibt ihm nicht vor, Informationsschreiben mit umfangreichen Begründungen zu versehen, die beispielsweise der Begründung eines schriftlichen Verwaltungsaktes entsprechen oder die vollständigen Gründe des Vergabevermerks enthalten (vgl. Mentzini in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht Handkommentar, 2. Auflage 2015, § 101 a GWB Rnr. 28; Höß in: Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, Vergaberecht - Gesamtkommentar zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe 2013, § 101 a GWB Rnr. 19; OLG Düsseldorf v. 06.08.2001, Verg 28/01; VK Baden-Württemberg, 10.01.2011, 1 VK 69/10; 07.09.2010, 1 VK 42/10). Die Begründung für eine Nichtberücksichtigung kann auch durch eine knappe Information in einem vorformulierten Standardschreiben erfolgen (vgl. Höß in: Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, a.a.O., § 101 a GWB Rnr. 19; VK Nordbayern, 18.11.2011, 21. VK-3194-36/11). Der unterlegene Bieter bzw. Bewerber muss jedoch eine auf den konkreten Einzelfall zugeschnittene Begründung für die Nichtberücksichtigung seines Angebots erhalten (Zeiss in: Heiermann/Zeiss, a.a.O., § 101 a GWB Rnr. 34). Zumindest in Ansätzen muss der Bieter bzw. Bewerber aufgrund der Mitteilung nachvollziehen können, welche konkreten Erwägungen für die Vergabestelle bei der Nichtberücksichtigung seines Angebots ausschlaggebend waren (vgl. Höß in: Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, a.a.O., § 101 a GWB Rnr. 19).

Vorliegend enthielt das Vorabinformationsschreiben, insbesondere unter Berücksichtigung der Vergabeunterlagen, so viel an Informationen, dass die Antragstellerin eindeutig und nachvollziehbar erkennen konnte und auch noch kann, an welchen Bewertungskriterien ihr Angebot scheiterte. Einerseits war ihre Leistungspunktzahl geringer als die der xxx, andererseits war ihr Angebotspreis höher als der der xxx. Vor allem im Hinblick darauf, dass an die Begründung der Nichtberücksichtigung gem. § 101 a GWB keine überspannten Anforderungen gestellt werden sollten, war eine darüber hinausgehende detaillierte Erläuterung und Aufschlüsselung der Angebotsbewertung durch den Auftraggeber nicht geschuldet (vgl. Kühnen in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 101 a GWB Rn. 11).

Soweit die Antragstellerin darüber hinaus eine generelle Intransparenz der Wertung geltend macht, erschöpft sich ihr Vortrag im Übrigen in einer bloßen Behauptung.

B.

Der Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des Antragsgegners gemäß § 111 GWB war infolge der Unzulässigkeit des Antrags zurückzuweisen.

Insoweit folgt aus der Sicherung effektiven Rechtsschutzes, dass dem Antragsteller bei einem unzulässigen Nachprüfungsantrag kein Akteneinsichtsrecht oder ein solches nur in dem Umfang zusteht, in dem die Vergabeakten zur Beantwortung der Zulässigkeitsfrage eingesehen werden müssen (vgl. Byok in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 111 Rn. 6; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschlüsse v. 12.12.2001 – Verg 19/01 – und 19.12.2000 – Verg 10/00; Verg 07/00). Dabei darf ein Akteneinsichtsrecht nicht dazu führen, dass ein von vornherein unzulässiger Antrag erst im Wege der Akteneinsicht substantiiert werden würde.

Der unterlegenen Antragstellerin fallen gemäß § 128 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 128 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Angebotspreis der Antragstellerin zugrunde gelegt und sich an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes orientiert. Den daraus ermittelten Wert in Höhe von xxx € hat sie, da sowohl Akteneinsicht als auch mündliche Verhandlung unterblieben sind, auf den tenorierten Betrag reduziert.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war erforderlich.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011 - 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss vom 30.09.2011 - Verg 7/11). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169,131). Grundsätzlich muss der Auftraggeber in einem Fall, in dem sich die Streitpunkte auf auftragsbezogene Fragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentrieren, die erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse in seinem Aufgabenbereich organisieren und bedarf auch im Nachprüfungsverfahren keines anwaltlichen Bevollmächtigten (OLG Brandenburg, Beschluss vom 11.12.2007, Verg W 6/07). Maßgeblich sind die objektiv anzuerkennenden Erfordernisse im jeweiligen Einzelfall anhand einer ex ante-Prognose. Treten indes weitere nicht einfach gelagerte Rechtsfragen hinzu, kann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig sein.

Vorliegend ging es um eine Vielzahl vergaberechtlicher Verstöße. Zwar ist der Nachprüfungsantrag im Ergebnis von der Kammer als unzulässig zurückgewiesen worden, gleichwohl waren diese im Lichte des Vergaberechts zu würdigen sowie hinsichtlich ihrer Relevanz mit Blick auf den breit angelegten Angriff im Rahmen des Nachprüfungsantrags zu bewerten.

Im Übrigen geht die Vergabekammer davon aus, dass ein Antragsgegner zum Zeitpunkt der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens schwerlich die weitere Entwicklung des Verfahrens, so z.B. nach Gewährung von Akteneinsicht, absehen kann und daher auf Grund der kurzen in Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer geltenden Fristen im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens frühzeitig bestrebt ist, das Vergabeverfahren durch Inanspruchnahme fachkundigen Rechtsrates zügig voranzutreiben, um es zu einem zeitnahen Abschluss zu bringen. Letztlich kommt hier diesbezüglich das Gebot der Waffengleichheit zum Tragen.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerin war daher notwendig.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen (vgl. hierzu www.berlin.de/erv) beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Vorsitzende

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer

Soth-Schulz

Weber

Frischmuth