



Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 85/14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Begleitforschung gem. § 17d Abs. 8 KHG“, [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Brinkmann auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 2014 am 24. Oktober 2014 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Bei fortbestehender Vergabeabsicht wird der Antragsgegnerin aufgegeben, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor der Versendung der Vergabeunterlagen zurück zu versetzen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Beigeladene trägt die zu ihrer zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen selbst.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] im Supplement zum Amtsblatt der EU die beabsichtigte Vergabe eines Auftrags über die Begleitforschung zu den Auswirkungen der Einführung des pauschalierenden Entgeltsystems für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen nach § 17d Abs. 8 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens gemeinschaftsweit bekannt ([...]).

§ 17d Abs. 1 KHG verpflichtet die „Vertragsparteien“ im Sinne des § 17b Abs. 2 Satz 1 KHG, d.h. den GKV-Spitzenverband, den Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. und die Deutsche Krankenhausgesellschaft e.V., zur Einführungen eines durchgängigen, leistungsorientierten und pauschalisierenden Vergütungssystems auf der Grundlage von tagesbezogenen Entgelten für die Vergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen von psychiatrischen und psychosomatischen Einrichtungen. Durch die Einführung bundesweiter pauschalierender Entgelte („PEPP“) soll dieses System die Krankenhausfinanzierung der psychiatrischen und psychosomatischen Einrichtungen nach einer budgetneutralen Übergangsphase (2013 bis 2016), einer anschließenden Konvergenzphase (bis 2021), in ein System bundeseinheitlicher Bewertungsrelationen mit landesweiten Ba-

sistentgeltwerten überführen. In § 17d Abs. 8 KHG hat der Gesetzgeber die Vertragsparteien darüber hinaus beauftragt, in Abstimmung mit dem federführenden Bundesministerium für Gesundheit eine Begleitforschung zu den Auswirkungen des neuen pauschalisierenden Vergütungssystems durchzuführen. Damit sollen insbesondere die Veränderungen der Versorgungsstrukturen und die Qualität der Versorgung, die Auswirkungen auf die anderen Versorgungsbereiche sowie Art und Umfang von Leistungsverlagerungen untersucht werden. Der Umsetzung dieses gesetzgeberischen Auftrags dient die vorliegende Ausschreibung.

Gegenstand des streitgegenständlichen Auftrags ist die Beantwortung von Forschungsfragen auf der Grundlage eines von den Vertragsparteien erarbeiteten Forschungskonzeptes. Der weit überwiegende Teil der Forschungsfragen ist auf der Grundlage einer Auswertung vorhandener Daten zu beantworten. Für die übrigen Fragen hat der Auftragnehmer die Daten in geeigneter Form selbst zu erheben und auszuwerten (Bekanntmachung, Ziff. II.1.5)). Der ausgeschriebene Vertrag sollte am 1. Oktober 2014 wirksam werden, beginnend mit einer sog. Nullpunktmessung (Datenjahre 2011 bis 2012), in deren Rahmen rd. 80 Forschungsfragen beantwortet werden sollen. An die Nullpunktmessung sollen sich insgesamt drei Forschungszyklen mit voraussichtlich jeweils 98 Forschungsfragen anschließen, welche die Datenjahre 2013 bis 2021 abdecken sollen. Die Ag hat sich das Recht einräumen lassen, den Vertrag optional um einen 4. Zyklus (Datenjahre 2022 bis 2024) sowie einen 5. Zyklus (Datenjahre 2025 bis 2027) zu verlängern.

Die Vertragsparteien haben die Ag mit der Durchführung der Ausschreibung beauftragt. Die Ag ist eine juristische Person des Privatrechts in der Rechtsform einer GmbH. Wie sich aus deren Satzung ergibt (Geschäftsgeheimnis der Ag), sind Gesellschafter der Ag [...]. Diese üben gemeinsame Kontrolle über die Ag aus; dies ergibt sich daraus, dass Gesellschafterbeschlüsse einstimmig ergehen.

Zu den Eignungsanforderungen verhält sich die Bekanntmachung – soweit vorliegend von Interesse – wie folgt:

„III.2.3) Technische Leistungsfähigkeit

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen.

Nr. 1...

Nr. 2. Beschreibung des Teams, das den Auftrag übernehmen soll. Für die für das Projekt verantwortlichen Mitarbeiter werden aussagekräftige Lebensläufe erwartet. Für das übrige Team ist darzulegen, über welche Vorkenntnisse (insbesondere ihre beruflichen Qualifikationen) seine Mitglieder in medizinischer, methodischer, statistischer und informationstechnischer Hinsicht verfügen.“

Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs forderte die Ag mit Schreiben vom 10. Juni 2014 die erfolgreichen Bewerber zur Abgabe eines ersten indikativen Angebots bis zum 11. Juli 2014 auf. Dem Aufforderungsschreiben ist zu entnehmen, dass die Ag von den Bietern Ausführungen zu Themen erwartet, die zur Beurteilung der Qualität der Leistung herangezogen werden. Dies sind das Konzept für die Datenerhebung, Datenanalyse und -auswertung (1.3.1), das Konzept zur Veröffentlichung der Forschungsergebnisse durch die Ag (1.3.2) und die Projektorganisation (1.3.3). Hinsichtlich der Projektorganisation wird ausgeführt, dass der Bieter in seinem Angebot zu erläutern hat, wie er das Projekt unter Einhaltung der in der Leistungsbeschreibung und dem Vertrag benannten inhaltlichen Vorgaben und Ausführungsfristen organisieren und durchführen will. Weiter heißt es dort:

„(i) Projektplan

...

(ii) Projektmanagement

Der Bieter hat im Weiteren zu beschreiben, welche Projektleiter und verantwortlichen Mitarbeiter mit der Durchführung der Begleitforschung betraut werden sollen. Für den Projektleiter und diese Mitarbeiter sind deren Erfahrungen mit vergleichbaren Datenerhebungen und -auswertungen und deren Kenntnisse des Vergütungssystems für psychiatrische und psychosomatische Leistungen in angemessener Form zu dokumentieren. Aus der Darstellung hat hervorzugehen, welche Bereiche von diesen Mitarbeitern persönlich bearbeitet und in welchem Umfang zusätzlich auf externen Sachverstand zurückgegriffen werden soll. ... „

Hinsichtlich der Zuschlagskriterien lässt sich dem Aufforderungsschreiben der Ag vom 10. Juni 2014 folgendes entnehmen:

„1.7 Zuschlagskriterien

1.7.1 Qualität (70 %)

Die Qualität wird anhand der folgenden Aspekte beurteilt:

- Konzept zur Datenerhebung, Datenanalyse und -auswertunggemäß den Vorgaben unter Ziffer 1.3.1 (50 %);*
- Konzept zur Veröffentlichung der Auswertungsergebnisse gemäß den Vorgaben unter Ziffer 1.3.2 (20 %);*
- Qualität der Projektorganisation zur Durchführung der Begleitforschung gemäß den Vorgaben unter Ziff. 1.3.2 (30 %).*

1.7.2. Honorar/Preis (30 %)

Maßgeblich für die Bewertung des Preises ist die vom Bieter in dem Preisblatt geforderte Vergütung.

(i) Um den für die Bewertung relevanten Preis zu ermitteln, werden die im Preisblatt angegebenen Pauschalen für die Nullpunktmessung sowie für den 1., 2., 3. und 4. Forschungszyklus addiert.....

(ii) Die Bewertung des Preises erfolgt wie folgt:

(a) Für den niedrigsten Gesamtangebotspreis wird die Höchstpunktzahl von 10 Punkten vergeben.

(b) Für den höchsten Gesamtangebotspreis wird die niedrigste Punktzahl von 3 Punkten vergeben.

(c) Die übrigen Gesamtangebotspreise werden relativ zu diesen beiden Preisen auf eine Nachkommastelle genau bepunktet.

In die Gesamtwertung gehen die so ermittelten Preispunkte mit 30 % ein.

1.7.3 Bewertungsverfahren

Die Angebote erhalten Punkte zwischen 0 bis 10 im Wertungskriterium Qualität und seinen Unterwertungskriterien sowie zwischen 3 bis 10 im Wertungskriterium Preis. Die erzielte Punktzahl wird jeweils mit dem Prozentsatz der Gewichtung des jeweiligen Kriteriums multipliziert, um damit die gewichtete, endgültige Prozentzahl für dieses Kriterium zu errechnen. Diese Punktzahlen werden sodann addiert, um die Gesamtpunktzahl für das Angebot zu errechnen. Anhand dieser Punktzahl bemisst sich die Rangfolge der Angebote.“

Dem Aufforderungsschreiben lagen als Anlage bei u.a. die Leistungsbeschreibung, die Anlage Forschungsfragen, das Preisblatt und das Formular zur Angabe des Verhandlungsbedarfs.

Die Leistungsbeschreibung enthält insbesondere Ausführungen zu den Grundlagen der Beantwortung der Forschungsfragen (Ziff. 2.1), zu den Datengrundlagen (Ziff. 2.2), zur Bereitstellung der Daten (Ziff. 2.3), zum Verfahren der Befragungen (Ziff. 2.4) und zur Datenanalyse und -auswertung und Plausibilisierung der Daten (Ziff. 2.5). Soweit vorliegend von Interesse, ist den Ausführungen unter Ziff. 2.5. zu entnehmen:

„2.5.1 Datenplausibilisierung

Der Auftragnehmer hat die von ihm erhobenen Daten auf der Grundlage des von ihm erstellten und mit dem [...] sowie dem Begleitgremium abgestimmten Konzept zur Datenerhebung, -analyse und -auswertung zu plausibilisieren....

2.5.2 Deskriptive Analyse

Der Datenbewertung hat eine deskriptive Analyse voranzugehen. Dabei sind auch die identifizierten Störvariablen sowie deren Einfluss und Interdependenz zu beschreiben. Anlage C des Aufforderungsschreibens zur Angebotsabgabe führt bei den einzelnen Forschungsfragen bereits beispielhaft Störvariablen auf. Darüber hinaus sind der Einfluss der Datenerhebungsmethode (Messmethode) auf die Aussagekraft der Daten sowie die Aussagekraft und Repräsentativität der Daten hinsichtlich der einzelnen Forschungsfragen zu erörtern.

2.5.3 Verbale Interpretation

Zur Datenauswertung gehört neben einer deskriptiven Datenaufarbeitung jeweils eine verbale Interpretation der Daten. Zwischen den zur Verfügung stehenden Daten und der Forschungsfrage ist ein kausaler Zusammenhang herauszuarbeiten; Interdependenzen von Variablen sind aufzuzeigen und zu bewerten. Lässt sich ein kausaler Zusammenhang nicht quantitativ ermitteln, soll im Rahmen der verbalen Interpretation ein kausaler Zusammenhang (qualitativ) herausgearbeitet und bewertet werden.“

Der Ziff. 2.6. der Leistungsbeschreibung sind Ausführungen zum sonstigen Verfahren und zur Zusammenarbeit zu entnehmen. Der Ziff. 2.6.1 zufolge haben die Vertragsparteien auf Bundesebene gem. § 17b Abs. 2 KHG ein Begleitgremium gebildet. Aufgabe des Begleitgremiums ist es, die Ausschreibung und die Auftragsdurchführung zu begleiten. Das Gremium setzt sich zusammen aus Vertretern der Vertragsparteien. Wie sich aus dem Vergabevermerk vom 19. September 2014 ergibt, traf sich das Begleitgremium insbesondere am 26. Mai 2014 (Auswertung der Teilnahmeanträge), am 16. Juli 2014 (inhaltliche Besprechung der eingegangenen Angebote) und am 27. August 2014 (Bewertung der finalen Angebote). Dem Begleitgremium - mit im Verfahrensverlauf teilweise wechselnder Besetzung - gehörten jeweils [...].

Am 17. Juli 2014 fand eine Angebotspräsentation der ASt statt. Der hierzu angefertigten Aktennotiz vom 17. Juli 2014 lässt sich lediglich entnehmen, dass Gesprächsgegenstand Fragen der Vertragsgestaltung waren.

Mit Schreiben vom 28. Juli 2014 forderte die Ag die Bieter zur Abgabe eines letztverbindlichen Angebots bis zum 22. August 2014 auf.

Dem von [...], unter dem 19. September 2014 handschriftlich unterzeichneten Vergabevermerk zufolge ist das Angebot der ASt sowohl in preislicher als auch in qualitativer Hinsicht schlechter bewertet worden als das Angebot der Beigeladenen (Bg) (Vergabevermerk vom 19. September 2014, Seite 20).

Mit Schreiben vom 9. September 2014 informierte die Ag die ASt gem. § 101a GWB über ihre Absicht, den Zuschlag auf das Angebot der (Bg) zu erteilen. Zur Begründung führte die Ag aus, das Angebot der Bg habe bei der preislichen Wertung und der Wertung des Kriteriums „Datenanalyse und Datenauswertung“ besser abgeschnitten als das Angebot der ASt.

Hiergegen wandte sich die ASt mit anwaltlichem Rügeschreiben vom 12. September 2014. Darin machte sie u.a. eine unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie diverse Wertungsfehler geltend. Die Ag half dem Rügevorbringen in einem anwaltlichen Schreiben vom 15. September 2014 – Eingang bei der ASt am 16. September 2014 – nicht ab.

2. Mit einem per Fax am 19. September 2014 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Antrag übermittelte die Vergabekammer der Ag noch am selben Tag.

a) Die ASt meint, die Ag sei als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB zu qualifizieren. Die Ag sei gegründet worden, um die vom Gesetzgeber vorgesehene Einführung und Weiterentwicklung eines Vergütungssystems für Krankenhausleistungen zu begleiten. Darüber hinaus werde die Ag u.a. durch den GKV-Spitzenverband, der selbst als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren sei, beherrscht. Ferner unterstehe diese den Weisungen des Bundesministeriums für Gesundheit, mit dem auch die streitgegenständliche Begleitforschung abzustimmen sei (§ 17b Abs. 8 Satz 4 KHG i.V.m. § 17d Abs. 8 Satz 3 KHG). Hinzu komme, dass die Ag durch den sog. Systemzuschlag (§ 17b Abs. 5 i.V.m. Abs. 8 KHG) finanziert werde.

Die ASt vertritt die Auffassung, mit ihrem Vorbringen nicht gem. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert zu sein. Eine Präklusion komme von vornherein nur in Betracht, wenn zu der Tatsachenkenntnis eine – zumindest laienhafte – Rechtskenntnis hinzutrete. Die erforderliche Rechtskenntnis habe der ASt jedoch gefehlt. Für die ASt sei weder rechtlich erkennbar gewesen, dass die Vergabeunterlagen gegen das Verbot der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien verstoßen, noch habe sie die Vergaberechtswidrigkeit der Wertung der Angebotspreise erkennen können. Unabhängig davon sei die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB schon tatbestandlich nicht anwendbar, weil es keine „in der Bekanntmachung benannte Frist zur Angebotsabgabe“ gegeben habe.

Der somit zulässige Nachprüfungsantrag sei auch begründet.

Die Ag habe in unzulässiger Weise Eignungs- und Zuschlagskriterien vermischt, indem sie in Ziff. 1.3.3 der Aufforderung zur Angebotsabgabe eine Darstellung der eingesetzten Mitarbeiter sowie deren Erfahrungen und Kenntnisse verlangt und nach Ziff. 1.7.1 auch bewertet habe. Einen entsprechenden Nachweis habe die Ag bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs (Ziff. III.2.3 der Bekanntmachung) gefordert. Kenntnisse und Erfahrungen des eingesetzten

Personals seien rein bieterbezogene Eignungsmerkmale, die bei der Wertung auf der vierten Stufe nicht herangezogen werden dürften.

Die Systematik der Wertung der Angebotspreise sei vergaberechtswidrig. Denn die Wertung des günstigsten Angebots mit 10 Punkten und des teuersten Angebots mit 3 Punkten sei disproportional und damit unzulässig. Dies gelte erst recht, wenn – wie vorliegend – auf der vierten Wertungsstufe nur zwei Angebote gewertet worden seien. Im Übrigen lasse die Begründung der Ag für diese gewählte Systematik den Schluss zu, dass dieses darauf abgezielt habe, private Anbieter zu bevorzugen. Denn ausweislich des Vergabevermerks habe die Ag mit dieser Systematik das Ziel verfolgt, einen evtl. Wettbewerbsvorsprung staatlicher Stellen gegenüber privaten Wettbewerbern auszugleichen.

Im Rahmen der Wertung habe die Ag zuvor nicht bekanntgemachte Wertungsmaßstäbe verwendet. Wie sich aus dem Vergabevermerk ergebe, habe die Ag bspw. bei der Wertung des Konzepts für die Datenerhebung, -analyse und -auswertung schwerpunktmäßig auf den Maßstab „deskriptive Aufbereitung“ abgestellt. Ein solcher Schwerpunkt habe den Vergabeunterlagen jedoch nicht entnommen werden können. Vergleichbares gelte für den Aspekt Datenschutz. In Ziff. 1.3.4 des Aufforderungsschreibens seien die Bieter aufgefordert worden, die Einhaltung der gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen zu bestätigen. Die entsprechende Bestätigung habe die ASt abgegeben. Für die Bieter sei nicht erkennbar gewesen, dass die Ag den Datenschutz auch auf der vierten Wertungsstufe berücksichtigen würde. Nach Ansicht der ASt dränge sich der Verdacht auf, dass die Ag ihre Wertungsmaßstäbe teilweise erst auf Basis des Angebots der Bg gebildet habe. Dadurch habe die Ag gegen den Transparenzgrundsatz und das Gleichbehandlungsgebot verstoßen.

Die Ag habe den Beurteilungsspielraum bei der Angebotswertung überschritten. Bei der Wertung der Qualität des Konzepts für die Datenerhebung, -analyse und -auswertung habe die Ag bspw. den methodischen Ansatz der künstlichen Generierung von PEPP-Pfaden kritisch gewürdigt. Diese Beurteilung der Ag widerspreche jedoch grundlegenden statistisch-mathematischen Gesetzmäßigkeiten. Nicht frei von Beurteilungsfehlern sei auch die Einschätzung der Ag, es fehlten Ausführungen zur Vorgehensweise bei der deskriptiven Aufarbeitung, wenn kein ökonomisches Auswertungsverfahren in Betracht komme. Die Einschränkung, „wenn kein ökonomisches Auswertungsverfahren in Frage kommt“ würde faktisch bedeuten, dass keine Analyse erfolgen könne, weder eine deskriptive Analyse noch eine sog. Inferenz-Analyse, bei der Schlussfolgerungen anhand von Daten mittels Hypothesentests gezogen werden.

Beurteilungsfehlerhaft sei es, dass die Ag das Angebot der Bg bei dem Kriterium „Datenanalyse und Datenaustausch“ besser bewertet habe als das Angebot der ASt. Die Ag habe in den Vergabeunterlagen klar zum Ausdruck gebracht, dass sie eine Begleitforschung auf der Grundlage eines methodisch-wissenschaftlichen Ansatzes unter Berücksichtigung nationaler und internationaler Erkenntnisse der Evaluationsforschung erwarte. Es sei jedoch auszuschließen, dass die Bg über die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfüge.

Die Ag habe die Wertung einem Begleitgremium anvertraut. Entgegen Ziff. 2.6.1 der Leistungsbeschreibung und § 17b Abs. 2 KHG hätte sich das Begleitgremium jedoch nicht nur aus Vertretern der Vertragsparteien im Sinne des § 17b Abs. 2 KHG rekrutiert, sondern auch aus externen Mitgliedern, [...]. Damit habe die Ag die Wertungsentscheidung nicht eigenverantwortlich getroffen.

Schließlich habe die Akteneinsicht ergeben, dass die Ag den sich aus § 24 EG VOL/A ergebenden Dokumentationspflichten nicht genügt habe. Der Vergabevermerk insgesamt sei datiert worden auf den 19. September 2014. An diesem Tag habe die ASt ihren Nachprüfungsantrag gestellt. Folglich habe die Ag den Vergabevermerk in Kenntnis der Rüge der ASt verfassen können. Ferner habe die Ag es versäumt, eine verfahrensbegleitende, zeitnahe Dokumentation zu erstellen. Hinzu komme, dass der Vergabevermerk von einem externen Dritten, den Verfahrensbevollmächtigten der Ag, erstellt worden sei, ohne dass erkennbar werde, inwiefern die Ag sich den Vermerk zueigen gemacht habe.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, auf der Grundlage des bisherigen Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erteilen,
2. der Ag aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und das Vergabeverfahren ab diesem Zeitpunkt unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
3. der ASt Akteneinsicht zu gewähren,
4. der Ag die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt aufzuerlegen,

5. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag ist der Auffassung, die ASt sei mit dem gegen Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien und die Wertungssystematik gerichteten Vorbringen nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Die ASt hätte die von ihr behaupteten Verstöße den Vergabeunterlagen ohne Weiteres entnehmen können und diese bis spätestens zum Ablauf der Angebotsabgabefrist rügen müssen. Insbesondere das Kriterium Projektorganisation sei der ASt aus einer früheren Ausschreibung der Ag zur Mengenentwicklung im G-DRG-System nach § 17b Abs. 9 KHG vertraut, an dem diese mit Erfolg teilgenommen habe.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet.

Entgegen der Auffassung der ASt liege eine unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien (Ziff. 1.3.3 i.V.m. Ziff. 1.7.1 des Aufforderungsschreibens) nicht vor. Für die Abgrenzung Zuschlagskriterium / Eignungskriterium sei maßgeblich, ob das betreffende Kriterium schwerpunktmäßig der Beurteilung der Eignung diene oder der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots. Vorliegend sei es für die Ag schwerpunktmäßig darauf angekommen, wie das Konzept und die damit angebotene Leistung zu beurteilen sei. Für die Beurteilung der Projektorganisation seien die Aspekte Projektplan und Projektmanagement maßgeblich gewesen. Der Projektplan, d.h. die Darstellung des zeitlichen Ablaufs der Projektdurchführung, weise keinen Bezug zu der persönlichen Qualifikation der Bieter auf. Auch das Projektmanagement betreffe nicht die abstrakte personelle Leistungsfähigkeit oder die personellen Ressourcen, sondern adressiere die Frage, wie der Bieter die zeitgerechte Ausführung der Begleitforschung gewährleisten will. Mit der Vorgabe, im Konzept die Erfahrungen und Kenntnisse der Projektleiter und Mitarbeiter darzustellen, habe die Ag lediglich den Zweck verfolgt, die Plausibilität der Angaben zu prüfen. Eine erneute Eignungsprüfung habe nicht stattgefunden.

Die Wertungssystematik hinsichtlich der Angebotspreise sei nicht zu beanstanden. Diese sei den Bietern transparent bekannt gemacht worden, sei widerspruchsfrei und genüge dem Gebot

der Gleichbehandlung aller Bieter. Die Ag habe sich für die vorliegende Wertungssystematik entschieden, um den Besonderheiten der Ausschreibungen der Ag Rechnung zu tragen. An den Ausschreibungen der Ag in der Vergangenheit hätten sich staatliche und universitäre Einrichtungen, aber auch private Anbieter beteiligt. Die staatlichen Anbieter hätten bessere Möglichkeiten zur Quersubventionierung als private Anbieter. Um diesen Wettbewerbsvorteil auszugleichen, habe die Ag sich für die streitgegenständliche Systematik entschieden. Das von der ASt beanstandete „Alles oder nichts Prinzip“ liege gerade nicht vor, weil selbst der teuerste Bieter noch 3 Punkte erhalte. Im Übrigen sei auszuschließen, dass der ASt ein Schaden entstanden sei. Denn das Angebot der ASt sei - unabhängig von der anzuwendenden Wertungssystematik – wegen des höheren Preises schlechter zu werten als das Angebot der Bg.

Die Ag tritt der Auffassung der ASt entgegen, der Angebotswertung nicht bekannt gemachte Maßstäbe zugrunde gelegt zu haben. Es sei zwar zutreffend, dass die Ag bei der Angebotswertung das jeweils andere Angebot mit im Blick gehabt habe. Daraus könne allerdings nicht der Schluss gezogen werden, die Ag habe das Angebot der Bg zum Maßstab für die Wertung des Angebots der ASt gemacht.

Die Wertung der Angebote sei frei von Beurteilungsfehlern. Die ASt versuche, ihren eigenen Ansatz als Maßstab zugrunde zu legen. So habe die Ag sich bspw. aus Gründen des Datenschutzes bewusst dafür entschieden, dem Auftragnehmer in großen Teilen nur hoch-aggregierte Daten zur Verfügung zu stellen. Die damit verbundenen methodischen Einschränkungen habe die Ag bewusst in Kauf nehmen wollen. Hiervon weiche das Angebot der ASt ab, indem diese angeboten habe, den von ihr so bezeichneten „[...]“ durch Nutzung von 15 ökonomischen Auswertungen zu erreichen. Ziff. 2.3.4 der Leistungsbeschreibung habe diese „bis zu 15 eigenen ökonomischen Analysen“ jedoch ausdrücklich als optionale Leistungen des Auftragnehmers definiert.

Die gegen das Begleitgremium gerichteten Angriffe der ASt träfen in der Sache nicht zu. Das Begleitgremium habe sich ausschließlich aus Vertretern der Gesellschafter der Ag zusammengesetzt. Soweit der GKV-Spitzenverband nicht nur eigene Mitarbeiter, sondern auch Vertreter der wesentlichen, unter seinem Dach organisierten [...] eingebunden habe, entspreche dies einer ständigen Übung. Dies gelte auch für die [...].

Die Ag sei ihrer Pflicht zur zeitnahen und fortlaufenden Dokumentation des Vergabeverfahrens vollumfänglich nachgekommen. Die Eintragungen im Vergabevermerk seien stets in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang zum jeweiligen Verfahrensschritt erfolgt. Die Bedeutung des

Datums 19. September 2014 am Ende des Vergabevermerks erschöpfe sich in der Aussage, dass alle Verfahrensschritte bis zu diesem Zeitpunkt in den Vermerk aufgenommen worden seien. Es sei auch nichts dagegen zu erinnern, dass die Ag sich bei Abfassung des Vergabevermerks ihrer Verfahrensbevollmächtigten bedient habe. Dies ändere nichts daran, dass die Ag selbst die Wertungsentscheidung getroffen habe.

- c) Die mit Beschluss vom 22. September 2014 zum Verfahren hinzugezogene Bg äußerte sich schriftsätzlich nicht zum Nachprüfungsantrag, verzichtete in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer auch auf die Stellung von Anträgen.
- d) Der ASt und der Bg ist antragsgemäß Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Rahmen (§ 111 Abs. 2 GWB) gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung vom 17. Oktober 2014 hatten die Beteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die von der Ag übermittelten Vergabeakten wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist vollumfänglich gegeben.

- a) Der Zugang zum Nachprüfungsverfahren ist eröffnet, die Statthaftigkeit des Antrags nach § 102 GWB mithin gegeben, da der avisierte Vertrag einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 Abs. 1, 4 GWB darstellt. Die Ag nimmt zu Recht ihre Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 Nr. 2 GWB an:

Dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, dem Verband der privaten Krankenversicherung sowie der Deutschen Krankenhausgesellschaft als den im „*Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze*“ (KHG) als „*Vertragsparteien*“ bezeichneten Einrichtungen kommt generell eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe zu, nämlich zunächst die Vereinbarung eines diagnosebasierten Vergütungssystems (Abrechnung nach Fallpauschalen) und in der Folge die Aufgabe der kontinuierlichen Weiterentwicklung dieses Vergütungssystems im Rahmen der Einführung eines pauschalierten

Entgeltsystems. Diese Aufgabe stellt sich einmal in Bezug auf DRG-Krankenhäuser, wobei DRG für „*Diagnosis Related Groups*“ (= diagnosebasierte Gruppenbildung für Fallpauschalen als Basis des neuen Krankenhausfinanzierungssystems) steht. Auf die Tätigkeit der Vertragsparteien im Rahmen von DRG-Krankenhäusern bezieht sich die Vorschrift des § 17 b Abs. 2 KHG; nach § 17 b Abs. 8 KHG ist von den Vertragsparteien Begleitforschung zu den Auswirkungen des neuen Vergütungssystems zu leisten. Parallel verhält es sich mit dem hier streitgegenständlichen Auftrag, der systematisch in den Kontext des § 17 d KHG einzuordnen ist; diese Bestimmung bezieht sich auf die Einführung eines pauschalierenden Entgeltsystems für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen. Auch hier haben die Vertragsparteien nach § 17 d Abs. 8 KHG Begleitforschung zu den Auswirkungen des neuen Vergütungssystems auf psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen durchzuführen. Diese Evaluationsaufgaben in Bezug auf die Umstellung des Finanzierungssystems von Krankenhäusern und psychiatrischen Einrichtungen liegen im Allgemeininteresse. Die ihnen obliegenden Aufgaben haben die Vertragsparteien, wie in § 17 b Abs. 5 Nr. 1 KHG und in § 17 d Abs. 6 KHG ausdrücklich zugelassen, auf ein eigenes DRG-Institut, nämlich die von ihnen in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts [...], deren Gesellschafter die Vertragsparteien sind, übertragen.

Die Tätigkeit der Vertragsparteien sowie der insoweit akzessorischen [...] ist nichtgewerblicher Art, eine Gewinnerzielungsabsicht liegt nicht vor. Dies ergibt sich daraus, dass die Finanzierung der Tätigkeit der Ag über den sog. DRG-Systemzuschlag erfolgt, §§ 17 b Abs. 5 Nr. 1, 17 d Abs. 5 KHG. Dieser Zuschlag dient ausschließlich zur Finanzierung der den Vertragsparteien übertragenen Aufgaben, die sie über die Ag wahrnehmen; nach § 17 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 KHG muss sichergestellt werden, dass der Systemzuschlag ausschließlich für die gesetzlichen Aufgaben verwendet wird, § 17 b Abs. 5 S. 5 KHG schließt die Heranziehung des DRG-Systemzuschlags zur Deckung allgemeiner Haushalte der Vertragsparteien oder zur Finanzierung herkömmlicher Verbandsaufgaben ausdrücklich aus. Der Zuschlag wird für jeden abzurechnenden Krankenhausfall erhoben und wird von den Krankenhäusern je Krankenhausfall dem selbstzahlenden Patienten oder dem jeweiligen Kostenträger in Rechnung gestellt; der DRG-Systemzuschlag ist in der Folge an die Ag abzuführen (vgl. zu alledem §§ 17 b Abs. 5 S. 7, 17 d Abs. 5 KHG). Nach der Darlegung der Ag in der mündlichen Verhandlung behält die Ag aber nur den Anteil am DRG-Systemzuschlag, der für die Finanzierung der genannten Aufgaben erforderlich ist, der Rest wird an die Krankenhäuser zurückgeführt,

um deren Aufwand für Datenerhebungen und Datenzulieferungen an die Ag abzudecken. Damit ist die Gewinnerzielungsabsicht und folglich die Gewerblichkeit der Tätigkeit der Ag zu verneinen.

Wie diese Darlegungen bereits deutlich gemacht haben, erfolgt die Finanzierung der Ag durch Gesetz, welches die Rechtsgrundlage für den DRG-Systemzuschlag bietet. Damit ist eine mittelbare staatliche Finanzierung der Ag über Gesetz gegeben (grundlegend EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2007, C-337/06 – Bayerischer Rundfunk u.a.; EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, C-300/07 – Oymanns). Zwar sind die Vertragsparteien befugt, die Höhe des DRG-Systemzuschlags selbst festzulegen, was zunächst eine Einigung der Krankenkassenseite (gesetzlich und privat) voraussetzt, der gemeinsam eine Stimme zukommt; sodann muss sich die Krankenkassenseite mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft als weiterer Vertragspartnerin einigen. Dies schließt jedoch einmal die mittelbare Finanzierung durch öffentliche Stellen nicht aus (vgl. EuGH, NZBau 2013, 717 ff. – Ärztekammer Westfalen-Lippe). Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang aber vielmehr, dass die Ag keine spezifische Gegenleistung für den je Krankenhausfall zu leistenden DRG-Zuschlag erbringt. Die der Ag von den Vertragsparteien übertragenen und bereits dargestellten Aufgaben sind allgemeiner Natur und dienen - zusammengefasst ausgedrückt - der Überprüfung und Weiterentwicklung des neuen Krankenhausfinanzierungssystems auf der Basis von Fallpauschalen. Dies stellt aber keine konkrete Gegenleistung für einen abgerechneten Krankenhausfall dar. Zwar ist die Besonderheit gegeben, dass die Mitglieder von zwei der drei Vertragsparteien, die die Ag tragen, den DRG-Zuschlag letztendlich auch selbst zu bezahlen haben, nämlich die gesetzlichen Krankenkassen sowie die privaten Krankenversicherungen. Das Krankenhaus stellt den Zuschlag den Krankenkassen bzw. Krankenversicherungen zusammen mit der Fallpauschale für die Behandlung des Versicherten in Rechnung und führt ihn in der Folge an die Vertragsparteien bzw. an die Ag als das von diesen gegründete Institut ab, § 17 b Abs. 5 S. 7 KHG. Nach Inrechnungstellung durch das Krankenhaus hat die gesetzliche oder private Krankenkasse für ihren Versicherten diesen Zuschlag also zusammen mit der Fallpauschale an das Krankenhaus zu entrichten, welches ihn dann aber an die Ag –und damit mittelbar an die Vertragsparteien- zurückführt, allerdings zweckgebunden für die gesetzlichen Aufgaben der Ag. Die gesetzlichen Krankenkassen, der ca. 90 % aller Krankenversicherten angehören und damit die Majorität, bezahlen den DRG-Zuschlag bei einer materiellen Betrachtungsweise letztendlich aus den Beiträgen, welche die gesetzlich Versicherten nach den gesetzlichen

Regelungen des SGB V zwangsläufig entrichten müssen. Dieses System der gesetzlichen Krankenversicherung hat dazu geführt, dass die gesetzlichen Kassen als öffentliche Auftraggeber anzusehen sind (EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, a.a.O., Oymanns).

Da somit der DRG-Zuschlag, welcher die Finanzierung der Ag gewährleistet, auf gesetzlicher Grundlage erhoben wird und sich im überwiegenden Teil aus den gesetzlich vorgegebenen Beiträgen der gesetzlich Versicherten speist, ist eine überwiegende mittelbare staatliche Finanzierung i.S.v. § 98 Nr. 2 GWB und damit die öffentliche Auftraggebereigenschaft der Ag zu bejahen.

- b) Die ASt ist mit ihrem gesamten Vorbringen auch nicht präkludiert nach § 107 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 GWB. Festzustellen ist zwar, dass sich ein wesentlicher Teil des Vorbringens der ASt auf die Grundlagen der Ausschreibung bezieht, die teils in der Bekanntmachung, teils in der Aufforderung zur Angebotsabgabe sowie in der Leistungsbeschreibung geregelt sind. Dies gilt für die Beanstandung einer Doppelberücksichtigung von Eignungsaspekten auf der Wertungsebene (Qualifikation des Personals), die sich aus einer Zusammenschau von Bekanntmachung und Angebotsaufforderungsschreiben ergibt, sowie für die vorgegebene Preiswertung (teuerstes Angebot 3 Punkte, günstigstes Angebot 10 Punkte). Intention der Rügetatbestände des § 107 Abs. 3 Nr. 2, 3 GWB ist es zwar gerade, eine Konstellation wie die vorliegende zu vermeiden, wonach die Vergaberechtskonformität der Vergabegrundlagen erst nach Erhalt der Mitteilung nach § 101 a GWB in Zweifel gezogen wird. Bei einer Zurückversetzung des Vergabeverfahrens wird der Auftraggeber nämlich wieder an den Anfang des Verfahrens zurückgeworfen, was einen erheblichen - insbesondere zeitlichen - Eingriff in den Beschaffungsvorgang zur Folge hat. Allerdings kann die Präklusion nach § 107 Abs. 3 Nr. 2, 3 GWB nur im Fall der „Erkennbarkeit“ des vermeintlichen Fehlers greifen; alles andere wäre vor dem Hintergrund des Bieterschutzes mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen. Die Erkennbarkeit hat aber nicht nur eine tatsächliche, sondern daneben auch eine rechtliche Komponente. Hier war in tatsächlicher Hinsicht definitiv erkennbar, wie die Preiswertung erfolgen sollte; ebenso war die teilweise Deckungsgleichheit von Bekanntmachung und Wertungskriterien bezüglich der Personalqualifikation deutlich. Diese tatsächliche Erkennbarkeit reicht aber nicht aus. Hinzukommen muss, dass für den durchschnittlichen, fachkundigen Bieter, der als Adressat der Vergabeunterlagen den objektiven Empfängerhorizont prägt, im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre auch erkennbar sein muss, dass die tatsächlichen Vorgaben in rechtlicher Hinsicht fehlerhaft sind bzw. sein könnten. Dies liegt

umso näher, als die Vorgaben von unmittelbaren normativen Regelungen des Vergaberechts abweichen, die für jeden Bieter direkt in den Vorschriften auffindbar und nachlesbar sind. Dies ist aber weder in Bezug auf die Umrechnung des Preises in Punkte im Rahmen der Wertung noch in Bezug auf die Vermischung von Eignungs- und Wertungsaspekten der Fall. Die Frage, wie Preise zulässigerweise im Rahmen von Gewichtungen und Wertungsformeln in Punkte umgerechnet werden dürfen, ist komplex und nicht normativ geregelt. Was die Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien anbelangt, so ist ein entsprechendes Verbot ebenfalls nicht expressis verbis normiert, sondern ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. z.B. Bundesgerichtshof, Urteil vom 15. April 2008 – X ZR 129/08). Die Übersichtlichkeit der Rechtslage ist derzeit auch insoweit eingeschränkt, als die Vergabeverordnung für nachrangige Dienstleistungen eine andere Vorgabe in den Vergabeunterlagen zulässt (§ 4 Abs. 2 Sätze 2 ff. VgV). Die neue Vergabekoordinierungsrichtlinie 2014/24/EU enthält in Abweichung von dem genannten Trennungsgrundsatz in ihrem Art. 67 Abs. 2, 1. Uabs., lit. b) ebenfalls eine neue Regelung, der zufolge die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung betrauten Personals zulässiges Zuschlagskriterium sein kann, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Eine Erkennbarkeit im Rechtssinn kann für den durchschnittlichen Bieter bei dieser Sachlage nicht angenommen werden (zu den vorstehenden Grundsätzen vgl. grundlegend und ausführlich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2014 – VII-Verg 26/13; ferner Beschluss vom 9. April 2014 – VII-Verg 36/13).

Was die Frage anbelangt, ob die Ag ihre Anforderungen an die Leistungserbringung und ihre Maßstäbe für die Bewertung derselben hinreichend transparent gemacht hat, so bestand keine Rügeobliegenheit. Erst im Rahmen der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens, insbesondere im Zuge der Gewährung von Akteneinsicht, konnte für die ASt deutlich werden, dass die Ag offenbar andere Maßstäbe herangezogen hat, als die ASt dies auf der Basis der Unterlagen angenommen hatte. Da die ASt zunächst keine Unklarheit gesehen hatte, bestand aus ihrer Sicht weder ein Anlass, beim Auftraggeber nachzufragen, noch eine Rügeobliegenheit im rechtlichen Sinne. Dass hier unterschiedliche Vorstellungen zwischen ASt und Ag darüber bestanden, wo die Schwerpunkte bei der Leistungserbringung liegen und damit eine Art von „Dissens“, wurde für die ASt erst im Zuge der Akteneinsicht erkennbar.

Ungeachtet der Frage, ob das Merkmal der Unverzüglichkeit in § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB angesichts der Rechtsprechung des EuGH noch Bestand haben kann (EuGH, Urteil vom 28. Januar 2010, C-406/08), war die von den Verfahrensbevollmächtigten der ASt eingereichte Rüge unverzüglich angebracht und damit ausreichend, um den Eintritt der Präklusion zu vermeiden. Die Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist gewahrt.

- c) Die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB ist bei der ASt als der nach der vorliegenden Wertung zweitplatzierten Bieterin problemlos gegeben und bedarf daher keiner näheren Darlegung.
2. Der Nachprüfungsantrag ist auch in der Sache begründet. Die Grundlagen der Ausschreibung sind tangiert, so dass die Ag - fortbestehende Beschaffungsabsicht unterstellt - diese zu korrigieren und auf geänderter Basis neue Angebote einzuholen hat.
- a) Einmal ist die Vorgabe, wie der Preis in Wertungspunkte „übersetzt“ wird, nicht vergaberechtskonform:

Nach dem in Ziffer 1.7.2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorgesehenen System soll das Angebot mit dem höchsten Preis 3 Punkte, dasjenige mit dem niedrigsten Preis 10 Punkte erhalten. Diese Punktwertvorgabe hat zur Folge, dass das teuerste Angebot in jedem Fall sehr schlecht im Vergleich zum günstigsten Angebot abschneidet, und zwar auch dann, wenn der relative Preisabstand zwischen den Angeboten nur sehr gering ist. Besonders augenfällig wird dieses Problem, wenn - wie hier - auf der vierten Wertungsstufe überhaupt nur zwei Angebote vorliegen. Aus Gründen der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen kann an dieser Stelle nicht konkret auf die Preisgestaltung dieser beiden Angebote eingegangen werden. Generell ist aber festzuhalten, dass es wettbewerbsverzerrend wirkt, wenn ein nur geringfügig teureres Angebot lediglich 3, das geringfügig günstigere Angebot dagegen 10 Punkte bei der Preisbewertung erzielt. Der relative Preisabstand wird so in der Punktevergabe nicht angemessen abgebildet. Dem teureren Angebot wird es unverhältnismäßig erschwert, diesen Preisabstand durch eine gute qualitative Wertung kompensieren zu können. Dies gilt auch dann, wenn - wie hier - die Preiswertung im Verhältnis zur qualitativen Wertung mit lediglich 30 % ins Gewicht fällt. Die Wertungsvorgaben sind von zentraler Bedeutung für die letztendliche Vergabeentscheidung des Auftraggebers und müssen jede Art von Wettbewerbsverzerrung vermeiden.

Ein geringer Preisabstand wird durch diese Bepunktungsvorgaben nicht mehr angemessen abgebildet. Die Spreizung zwischen 3 und 10 Punkten führt nicht nur zu nicht sachgerechten, sondern weitergehend zu wettbewerbsverzerrenden Ergebnissen und ist daher nicht in Einklang zu bringen mit dem Gleichbehandlungs- und dem Wettbewerbsgrundsatz, § 97 Abs. 1 GWB (grundlegend zu der Problematik einer „0 zu 100“-Bepunktung – dort bezogen auf die qualitative Wertung - OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2014 – VII-Verg 26/13). Auch wenn dem Auftraggeber bei Festlegung der anzuwendenden Wertungsformeln ein weiter Beurteilungsspielraum zusteht, ist dieser vorliegend überschritten. Die Problematik mag sich zwar im vorliegenden Verfahren angesichts des Umstandes, dass nur zwei Angebote vorliegen, besonders zugespitzt darstellen. Sie ist aber im Kern ebenso gegeben, wenn mehrere Angebote vorliegen. In jedem Fall hat der Auftraggeber von vornherein ein System zu wählen, welches bei allen Konstellationen trägt, da ja einerseits vorab nicht klar ist, welche und wie viele Angebote eingehen werden, und andererseits die Wertungsmaßstäbe - wie die Ag in ihrem Vergabevermerk nach der Erkenntnis, dass es nur zwei Angebote gibt, ebenfalls richtig gesehen hat - nicht im Nachhinein und in Abweichung von den Vergabeunterlagen geändert werden dürfen.

Die Vergabekammer erkennt nicht, dass bei der rechtlichen Bewertung auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist, eine schematische Betrachtung unabhängig von den konkreten Umständen des jeweiligen Vergabeverfahrens sich mithin verbietet. Vorliegend hat die Ag ihre Entscheidung für diese Vergabe von Preispunkten mit ihren Erfahrungen aus früheren Vergabeverfahren erklärt, wo aufgrund des inhomogenen Bieterfeldes eine ganz erhebliche Preisdivergenz der Angebote zu konstatieren gewesen sei. Dabei habe es eine Vielzahl von Angeboten gegeben. Nach den Erkenntnissen der Ag sei die große Preisdivergenz darauf zurückzuführen, dass sich regelmäßig auch Hochschulen und andere staatliche Einrichtungen um die von der Ag ausgeschriebenen Aufträge bewerben würden, die aufgrund verschiedener Umstände, wie z.B. öffentliche Förderung, Einbindung von Doktoranden etc., bei den Personalkosten erheblich günstiger anbieten könnten als rein private Konkurrenten. Allerdings führt diese Beobachtung bei der Ag dazu, dass sie nunmehr erstmalig die Vergabe von 3 Punkten statt wie in vorangegangenen Vergabeverfahren von 0 Punkten für das teuerste Angebot vorgesehen hat. Zu beanstanden ist die Punktevergabe für den Preis aber unter dem Gesichtspunkt, dass die pauschale Vergabe von 3 Punkten für das teuerste Angebot ungeachtet des relativen

Abstands zum weiteren Angebotsfeld wettbewerbsverzerrend wirkt, so dass sich nicht die Frage von weniger Punkten, sondern vielmehr eines anderen Systems zur Abbildung des relativen Preisabstands stellt. Der entscheidende Punkt ist, dass der relative Preisabstand zwischen den Angeboten in irgendeiner Weise auch bei der Wertung zum Tragen kommen muss. Das Vorgehen der Ag ist sicherlich ein Schritt in die richtige Richtung, reicht aber nicht aus, um eine wettbewerbskonforme Preiswertung zu gewährleisten. Sachgerecht aus Sicht der Vergabekammer scheint beispielsweise ein System, wonach ein (fiktives) Angebot, das doppelt so teuer ist wie das günstigste, 0 Punkte erhält, und zwischen diesem und dem billigsten interpoliert wird. Auch wenn dieses System durchaus auch zur Folge haben kann, dass ein Angebot mit 0 Preispunkten zu bewerten ist, so ist danach doch über das günstigste Angebot als Anker eine Rückkopplung zum relativen Preisabstand gegeben. Die Problematik, wonach Universitäten aufgrund der dortigen Besonderheiten nach Darlegung der Ag ungleich günstiger anbieten können, lässt sich über die Preiswertung nur begrenzt abfangen; sie sind zugelassene Wettbewerbsteilnehmer und haben möglicherweise Wettbewerbsvorteile gegenüber rein privaten Konkurrenten, die in den Grenzen von § 19 EG Abs. 6, 7 VOL/A legitim sind.

- b) In Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt lässt sich jedoch festhalten, dass es die ASt [...] ist, welche den höheren Preis angeboten hat. [...]. Allerdings hat die ASt auch bei der Wertung der Qualität schlechter abgeschnitten als die Bg. Wäre die qualitative Angebotsbewertung mithin nicht zu beanstanden, so hätte die ASt - nach welchem System auch immer - die Bg bei den Preispunkten jedenfalls nicht überholen können. Die ASt beanstandet die Grundlagen der Ausschreibung aber zu Recht auch unter dem Aspekt der qualitativen Vorgaben. Es verhält sich bei dieser Sachlage nicht so, dass sich das wettbewerbsverzerrende Bepunktungssystem nicht zu Lasten der ASt ausgewirkt hat und man daher von einer fehlenden Rechtsverletzung, § 114 Abs. 1 S. 1 GWB, auszugehen hätte. Die qualitative Bewertung ist aus folgenden Gründen vergaberechtswidrig:

aa) Ein wesentlicher Grund für das schlechtere Abschneiden des Angebots der ASt bei der qualitativen Wertung liegt darin, dass es beim Wertungskriterium „Qualität des Konzepts für die Datenerhebung, -analyse und -auswertung“ einen Punktabzug zu verzeichnen hat. Wie sich aus der Begründung des Vergabevermerks ergibt (S. 15 ff.), ist dies darauf zurückzuführen, dass das Angebot der ASt [...]. Dieser Ansatz wird, wie der Gesamtkontext des Vergabevermerks deutlich macht, isoliert betrachtet auch klar positiv bewertet. Der zum Punktabzug führende Mangel wird aber darin gesehen, dass es an der

deskriptiven Aufarbeitung der Daten fehle, wenn kein ökonometrisches Verfahren in Frage komme [...]. Kurz gefasst, besagen die Ausführungen im Vergabevermerk (die zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nicht detaillierter wiedergegeben werden können), dass die ASt mit ihrem Angebot entgegen dem in der Leistungsbeschreibung und im Vertrag gesetzten Schwerpunkt der deskriptiven Analyse vorrangig auf die ökonometrischen Analysen zwecks Herleitung kausaler Zusammenhänge abgestellt habe.

Das vergaberechtliche Problem liegt aber darin, dass die Ag tatsächlich weder in der Leistungsbeschreibung noch im Vertrag einen Schwerpunkt auf die deskriptive Analyse gesetzt hat. Auf Seite 18 der Leistungsbeschreibung wird zunächst verlangt, dass die Daten zu plausibilisieren sind (Ziffer 2.5.1). Sodann hat „*der Datenbewertung (...) eine deskriptive Analyse vorauszugehen*“ (Ziffer 2.5.2). Als nächster Schritt nach der deskriptiven Analyse hat jeweils eine verbale Interpretation der Daten zu erfolgen, wobei ein kausaler Zusammenhang zwischen den zur Verfügung stehenden Daten und der Forschungsfrage herauszuarbeiten ist (Ziffer 2.5.3). Aus diesen Vorgaben ist nicht erkennbar, dass ein Schwerpunkt des Auftrags in der deskriptiven Analyse liegen soll; die Vorgaben lesen sich vielmehr im Sinne eines Stufenverhältnisses: zunächst die Plausibilisierung, dann die Beschreibung und zuletzt auf dieser Basis die Interpretation sowie die Herausarbeitung kausaler Zusammenhänge. Da der Gesamtauftrag „*Begleitforschung zu den Auswirkungen der Einführung des pauschalierenden Entgeltsystems für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen*“ lautet, liegt die Annahme nahe, dass es vorrangig nicht nur um die deskriptive Beschreibung von Daten gehen soll, sondern dass es gerade die Herausarbeitung kausaler Zusammenhänge ist, die vorrangig interessieren. Auch dem Vertrag ist keine Schwerpunktsetzung bezüglich der deskriptiven Analyse zu entnehmen, im Gegenteil; [...]. Das Vorliegen eines Stufenverhältnisses wird hierdurch bestätigt; es kommt dem Auftraggeber danach vorrangig auf die verbale Interpretation und auf die kausale Analyse an. Nur wenn diese aufgrund des Datenmaterials nicht möglich ist, bleibt es bei der rein deskriptiven Analyse.

Die Ag hat die andere, vorrangig die deskriptive Analyse in den Focus rückende Schwerpunktsetzung, auf welche sie nun im Vergabevermerk abstellt, nicht transparent gemacht. In der mündlichen Verhandlung hat sie zwar erläutert, dass die im Vermerk genannte Schwerpunktsetzung rein quantitativ gemeint sei, also – so auch im Vermerk angedeutet - einfach rein tatsächlich bei der überwiegenden Zahl der Forschungsfragen keine ökonometrische Analyse im Sinne einer Herleitung von Kausalitäten möglich sein

werde, weil die verfügbaren Daten hierfür nicht ausreichten ([...] S. 16 des Vergabevermerks). Auch dies war aber aus den Vorgaben nicht erkennbar; anzunehmen war aus den geschilderten Vorgaben von Leistungsbeschreibung und Vertrag sowie aus dem Gesamtkontext vielmehr, dass Ziel die Herleitung von Kausalitäten sein sollte und das Bemühen des Auftragnehmers dahin gehen sollte, dieses Ziel auch wo immer möglich zu erreichen. Dass im Rahmen des Verhandlungsgesprächs am 17. Juli 2014 etwas anderes kommuniziert worden wäre, ergibt sich ebenfalls nicht. Aus dem Vermerk über das Bietergespräch ergibt sich nicht, dass die ASt hier auf die Schwerpunktsetzung beim deskriptiven Element hingewiesen worden wäre, ihr mithin noch die Möglichkeit eröffnet worden wäre, ihr im Nachgang zu diesem Gespräch angefordertes finales Angebot noch entsprechend auszurichten. Laut Protokoll über das Gespräch (Aktennotiz vom 17. Juli 2014) wurde dort nur die Verhandlungsbedarfsliste abgearbeitet, welche die ASt selbst mit ihrem Angebot eingereicht hatte. Die Ergebnisse sind festgehalten und haben den kaufmännischen Teil des Vertrags (Haftungsfragen etc.) zum Gegenstand. Die ASt war sichtlich überrascht davon, dass die Ag den Schwerpunkt im Rahmen der Wertung auf der rein deskriptiven Analyse gesetzt hat, und hat vorgetragen, sie hätte ihr gesamtes Angebot anders ausgerichtet und kalkuliert, wenn dies klar aus den Vergabeunterlagen hervorgegangen wäre.

Sowohl die ASt (S. 21 ihres finalen Angebots) als auch die Bg (S. 38 des finalen Angebots) haben Ausführungen zur deskriptiven Analyse gemacht, wobei sich beide Angebote rein vom Umfang her hier nicht unterscheiden. Eine Neuwertung ist aber zur Heilung des Vergabefehlers nicht ausreichend, da die Vorgaben unklar waren und offenbar unterschiedlich von den Bietern verstanden wurden; eine Basis für vergleichbare Angebote ist damit nicht gelegt. Erschwerend kommt in diesem Zusammenhang hinzu, dass die Ag zwar die Vergabe von 0 bis 10 Punkten bei den qualitativen Kriterien transparent gemacht hat, nicht aber, welcher Maßstab hier gelten soll, also was für die Erzielung eines bestimmten Punktwerts vorausgesetzt wird (vgl. zu dieser Problematik OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. April 2014 – VII Verg 36/13, dort sub B.2.b)). Der Ag ist zuzugeben, dass die Hinterlegung von Punkten mit Zielvorstellungen, wann der Punktwert erreicht ist, nur in allgemeiner Form erfolgen kann, zumal es um die Bewertung von Konzepten geht, die der Bieter zu erarbeiten hat und damit in gewissem Umfang um eine Art kreative Leistung. Exakte Vorgaben des Auftraggebers für die Punktwerte würden hier die Eigenleistung vorwegnehmen. Dennoch eröffnet das völlige Fehlen zu viel Spielraum bei der Bewertung, willkürliche Bewertungen sind nicht ausgeschlossen (OLG

Düsseldorf, a.a.O.). Konkret im vorliegenden Fall hätte die Ag auch an dieser Stelle ihre Schwerpunkte akzentuieren und deutlich machen können, dass ein sehr detailliertes Eingehen auf die deskriptive Analyse einen hohen Punktwert bedingt.

Die Ag muss ihre Vorstellungen bei fortbestehender Beschaffungsabsicht klar in der Leistungsbeschreibung zum Ausdruck bringen sowie jedenfalls ansatzweise deutlich machen, welcher Erwartungshorizont ihrerseits für eine gute Bewertung besteht.

bb) Ein weiteres Problem besteht in der Berücksichtigung der Zusammensetzung des Teams auf der Wertungsebene. Bedenken bestehen an dieser Stelle weniger in Bezug auf die Tatsache als solche, dass die Qualifikation des Teams überhaupt in die Wertung einfließen soll; angesichts der nachgefragten Forschungsleistung ist durchaus nachvollziehbar, dass es der Ag auf die handelnden Personen bei Auftragsdurchführung ankommt, ein Auftragsbezug ist mithin gegeben. Problematisch ist vorliegend allerdings, dass das konkrete Team einschließlich Lebensläufen und Vorkenntnissen in bestimmten Bereichen bereits im Rahmen der Eignungsprüfung abgefragt und geprüft worden war (Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung). Danach haben sich beide Bieter mit ihren Teams als geeignet erwiesen. Wird nun die Qualifikation auf der Wertungsebene erneut herangezogen, so läuft dies in der Sache gerade darauf hinaus, dem in den Augen des Auftraggebers besser geeigneten Bieter einen Vorteil bei der Wertung zu verschaffen. Die Berücksichtigung eines „Mehr an Eignung“ auf der Wertungsebene ist jedoch unzulässig (vgl. z.B. Bundesgerichtshof, Urteil vom 15. April 2008 – X ZR 129/06). Nicht stimmig ist die Vorgehensweise der Ag innerhalb des von ihr gesetzten Systems und ungeachtet der Unzulässigkeit der Doppelverwertung an dieser Stelle auch insoweit, als sie die Berücksichtigung der Teamqualifikation bei der Wertung zwar angekündigt, dann tatsächlich im Vermerk hierauf aber gar nicht abgestellt hat; die Bieter mussten damit zunächst davon ausgehen, dass ein besonders hochqualifiziertes Team einen Wertungsvorteil bringt, haben also möglicherweise entsprechend hohe Personalkosten einkalkuliert, der ihnen nach der vorgenommenen Wertung dann aber gar nicht zum Vorteil gereicht. Die Ag muss sich an dieser Stelle entscheiden, ob sie die Qualifikation der den Auftrag ausführenden Mitarbeiter schon bei der Eignung und damit –bei Nichterfüllung der vorgegebenen Qualifikation- als Grund für die Verneinung der Eignung heranziehen will oder aber als Kriterium, dessen nicht optimale Erfüllung lediglich Nachteile bei der Angebotswertung bringen soll, mithin über eine gute Bepunktung bei anderen Wertungskriterien kompensierbar sein soll.

Nach alledem ist der Nachprüfungsantrag begründet. Nach § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB trifft die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag das Verfahren jedenfalls in den Stand vor der Versendung der zu überarbeitenden Vergabeunterlagen zurück zu versetzen, um den Bietern neue Angebote in Kenntnis der Zuschlagskriterien zu geben. Sollte die Ag auch die Eignungsanforderungen modifizieren wollen, so steht es ihr frei, das Verfahren auch in den Stand vor Bekanntmachung zurück zu versetzen, mithin aufzuheben. Da die Vergabekammer aber an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden ist, kommt eine so weitgehende Anordnung nicht in Betracht, da die Beseitigung der Rechtsverletzung der ASt auch möglich ist, wenn lediglich die Vergabeunterlagen korrigiert werden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG.

Danach hat die Ag als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen. Das Nachprüfungsverfahren hat komplizierte Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen, welche die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen.

Dagegen entspricht es nicht der Billigkeit im Sinne des § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB, die Bg als unterliegende Partei zu betrachten und sie an der Tragung der Kosten bzw. der Aufwendungen der ASt zu beteiligen. Zwar hat die ASt einen spezifischen Interessengegensatz gegenüber der Bg begründet, indem sie die Wertung des Angebots der Bg als beurteilungsfehlerhaft beanstandete. Die Bg ihrerseits hat jedoch kein Prozesskostenrisiko auf sich genommen. Denn sie hat sich weder durch Schriftsätze am Verfahren beteiligt noch Anträge gestellt. Ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen hat die Bg selbst zu tragen.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, 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.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.