

**Titel:**

**Vergabestelle, Beiladung, Verfahrensbevollmächtigter, Angebotswertung, Vergabeverfahren, Indikative Angebote, Nachprüfungsverfahren, Weiter Beurteilungsspielraum, Entscheidungen der Vergabekammer, Verfahren vor der Vergabekammer, Verhandlungsverfahren, Vergabeunterlagen, Unterkriterien, Antragstellers, Wertungsmatrix, Schriftsätze, Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, Vergabevermerk, Subjektive Rechte der Bieter, Mehrere Bieter**

**Leitsätze:**

1. Der Vergabestelle steht bei der Bewertung einzelner Angebote allgemein ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Die Vergabekammer prüft die Bewertung der Vergabestelle nur daraufhin, ob diese ihren Beurteilungsspielraum verletzt hat, sie ersetzt insbesondere nicht die Wertung der Vergabestelle durch eine eigene Wertung.
2. Die Wertungsentscheidung muss den an sie zu stellenden vergaberechtlichen Anforderungen genügen. Dazu gehört, dass das vorgeschriebene Verfahren für die Bewertung eingehalten und der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt wird sowie die von der Vergabestelle selbst aufgestellten Vorgaben beachtet und keine sachwidrigen und gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstößenden Erwägungen angestellt werden.
3. Einer eigenständigen Begründung und Dokumentation zum Umstand, dass die Vergabestelle nicht bereits den Zuschlag auf das wirtschaftlichste indikative Angebot erteilt hat, bedarf es nicht. Die Tatsache, dass die Vergabestelle in das Verhandlungsverfahren eintreten wollte, ist bereits dadurch ausreichend dokumentiert, dass die Bieter zum Verhandlungsgespräch eingeladen wurden.
4. Die Vergabestelle muss die Vergabeentscheidung eigenständig treffen und darf sie nicht einem Dritten überlassen. Dieser Pflicht und Verantwortung im Hinblick auf eine eigene Vergabeentscheidung genügt ein Auftraggeber, wenn er die Wertung durch einen externen Dritten und dessen Zuschlagsvorschlag durch einen Prüfungsvermerk mit verantwortlicher Unterschrift billigt.

**Schlagworte:**

Vergabeverfahren, Beurteilungsspielraum, Konzeptbewertung, Gleichbehandlungsgebot, Dokumentationspflicht, Verhandlungsphase, Bewertungsgremium

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 59255

**Tenor**

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle und die Beigeladene war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt xx....,- €.

Auslagen sind nicht angefallen.

**Tatbestand**

1

1. Die Vergabestelle beabsichtigt in ihrem Verbandsgebiet eine Dienstleistungskonzession für die Stationierung eines Rettungshubschraubers im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorausgehendem Teilnahmewettbewerb für die Kalenderjahre 20xx bis 20xx zu vergeben. Mit Bekanntmachung vom xx.xx.... macht die Vergabestelle ein öffentliches Auswahlverfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Amtsblatt der EU bekannt.

2

2. Der Antragsteller und die Beigeladene gaben fristgerecht einen Teilnahmeantrag ab. Die Antragstellerin und die Beigeladene konnten ihre Eignung im Rahmen des Teilmachmewettbewerbes nachweisen und gaben nach Aufforderung der Vergabestelle ein indikatives Angebot ab.

**3**

Sodann wurden die beiden Bieter nach einer Verhandlungsrunde zur Abgabe eines finalen Angebotes bis zum xx.xx.... gebeten. Von der Möglichkeit, den Zuschlag ohne weitere Verhandlungen auf das wirtschaftlichste indikative Angebot zu erteilen, die unter II.1.4 der Bekanntmachung veröffentlicht wurde, machte die Vergabestelle keinen Gebrauch, sondern führte mit beiden Bietern ein Verhandlungsgespräch und forderte ein finales Angebot.

**4**

Nach Auswertung der finalen Angebote teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit Bieterinformationsschreiben vom xx.xx.... mit, dass ihr Angebot im Vergleich mit dem bestplatzierten Bieter bei der Konzeptbewertung geringfügig schlechter gewesen bewertet worden sei. Beim Leistungspreis habe sie zwar ... Punkte erzielt, in der Gesamtschau mit der Konzeptbewertung habe sie mit xx,x Punkten lediglich den zweiten Platz erzielen können.

**5**

3. Mit Schreiben vom 19.03.2020 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung zugunsten der Beigeladenen. Es sei nicht zu erkennen, weshalb die Antragstellerin im Vergleich zur Beigeladenen bei der Konzeptwertung ein schlechteres Ergebnis erzielen konnte. Die Antragstellerin müsste (im Vergleich) zur Bestbieterin jeweils die Höchstpunktzahl bei den festgelegten Unterkriterien Ausfallsicherheit, Fortbildung, Optimierung von Hygienemaßnahmen und Maßnahmen zur Verbesserung der Qualität der medizinischen Versorgung erhalten. Es sei ausgeschlossen, dass die Beigeladene im Vergabeverfahren ein besseres Konzept vorgelegt habe. Zudem erschließe sich die mitgeteilte Gesamtpunktzahl nicht.

**6**

4. Die Vergabestelle wies die Rüge mit Schreiben vom xx.xx.... zurück. Das Bieterinformationsschreiben entspreche den Vorgaben des § 134 Abs. 1 GWB. Dennoch habe sich die Vergabestelle entschlossen, der Antragstellerin die eigene Konzeptbewertung ihrer Punktberechnung zur Verfügung zu stellen, damit sie die Wertung ihrer Konzepte nachvollziehen könne. Die Vergabestelle habe ausschließlich die vorgegebenen und vorab bekannt gemachten Kriterien bei der Wertung einbezogen und ihre Entscheidung nur von sachlichen Erwägungen leiten lassen. Bei der Konzeptwertung könne nur positiv berücksichtigt werden, was tatsächlich zum Inhalt des jeweiligen Konzeptes gemacht worden sei. Soweit im Konzept Ausführungen zu Aspekten fehlen würden, könne dies negativ bewertet werden. Die Antragstellerin hätte nur dann eine Chance auf den Zuschlag, wenn sie in allen vier Unterkonzepten die maximale Punktzahl erreicht hätte. Zudem berichtigte die Vergabestelle die mitgeteilte Gesamtpunktzahl und fügte das eigene Bewertungsergebnis als Anlage bei.

**7**

5. Mit Schreiben vom xx.xx.... vertiefte die Antragstellerin ihre Rüge und führte detailliert aus, weshalb sie in allen Konzepten die Höchstpunktzahl erhalten müsste.

**8**

6. Mit Schriftsatz vom 20.03.2020 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung und beantragten:

1. es dem Antragsgegner zu untersagen, im „Auswahlverfahren Dienstleistungskonzession Betrieb ... am Standort ...“ den Zuschlag auf das Angebot der ... zu erteilen,
2. dem Antragsgegner aufzugeben, die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und das Ergebnis der Angebotswertung vergaberechtskonform und transparent mitzuteilen,
3. dem Antragsgegner aufzugeben, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer vergaberechtskonform anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu wiederholen,
4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen und

5. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

**9**

Die Widersprüche und Intransparenzen bei der Wertung würden fortbestehen. Auch der in der Nichtabhilfemitteilung vom xx.xx.... mitgeteilte Punktewert sei nicht nachvollziehbar und verstoße somit gegen § 134 Abs. 1 GWB. Bereits hiernach könne die Angebotswertung nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sein.

**10**

Bezüglich der Konzeptbewertung sei die Abpunktung der Antragstellerin in keinem Fall gerechtfertigt. Die Unterkriterien Ausfallsicherheit, Fortbildung, Optimierung von Hygienemaßnahmen und Maßnahmen zur Verbesserung der Qualität der medizinischen Versorgung hätten (auch im Vergleich) zur Beigeladenen mit der jeweiligen Höchstpunktzahl bewertet werden müssen. Die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin begründen unter Bezugnahme auf den Inhalt des jeweiligen Konzeptes, weshalb die Konzeptbewertung der Vergabestelle intransparent und nicht nachvollziehbar sei. Umfangreich legen die Bevollmächtigten der Antragstellerin unter Bezugnahme auf den Inhalt der Konzepte dar, weshalb aus ihrer Sicht die Vergabestelle eine unzutreffende Bewertung vorgenommen habe.

**11**

Zudem bestünden Anhaltspunkte, dass die Vergabestelle die Angebotswertung einer externen Beratungsfirma übertragen habe und deshalb keine Entscheidung durch die Vergabestelle erfolgt sei.

**12**

7. Mit Schriftsatz vom 27.03.2020 beantragen die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners.

**13**

Das Bieterinformationsschreiben von xx.xx.... genüge den Anforderungen des § 134 GWB. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, so wäre spätestens durch die weiteren Informationen der gegenständlichen Rüge abgeholfen worden, sodass keine Rechtsverletzung für die Antragstellerin mehr bestanden hätte. Jedenfalls sei keine eigenständige Rechtsverletzung mehr für die Antragstellerin erkennbar. Spätestens mit der Zusendung der Wertungsmatrix verfügte die Antragstellerin über die konkrete Auswertung der von ihr vorgelegten Konzepte.

**14**

Die durchgeführte Angebotswertung sei in rechtmäßiger Weise erfolgt. Zwar sei ein falscher Punktewert mitgeteilt worden, dies habe keinen Einfluss auf die Reihenfolge der Bieter gehabt. Die Antragstellerin habe einen geringeren Gesamtpunktewert als die Zuschlagsbieterin erzielt und hätte nur dann eine Chance auf den Zuschlag, wenn sie in allen Unterkriterien die maximale Punktzahl erhalten würde. Der falsch mitgeteilte Punktewert habe jedoch keine Auswirkungen auf die Reihenfolge der Wertungsentscheidung gehabt. Damit sei die Wertungsentscheidung weder widersprüchlich noch rechtswidrig.

**15**

Bei der Konzeptbewertung komme es nicht nur darauf an, dass bestimmte Aspekte in den Konzepten überhaupt vorhanden seien. Es sei vielmehr auch bei der Bewertung von Bedeutung, wie der Bieter diese Aspekte dargestellt habe, ob die Darstellung nachvollziehbar sei und im Vergleich mit dem anderen Angebot die bessere Zielerreichung erwarten lasse. Die Vergabestelle habe ausschließlich anhand der in den Vergabeunterlagen bekanntgemachten Kriterien und Gewichtung die Bewertung vorgenommen. Es gebe keine Anhaltspunkte für eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums der Vergabestelle, geschweige denn für eine willkürliche Wertung. Dies gelte umso mehr, wenn sich aus dem mitgeteilten Bewertungsmaßstab – wie hier – ausdrücklich ergebe, dass es dem Auftraggeber auf eine vollständige und präzise Darstellung der Konzepte zu den jeweiligen Unterkriterien entscheidend ankomme (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 11.06.2015 – 13 Verg 4/15). So sei den Bietern beispielsweise unter Ziffer 14.2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe ausdrücklich mitgeteilt worden, dass eine Bewertung mit 9-10 Punkten nur

dann erfolge, wenn in dem Konzept eine sehr schlüssige und überaus fundierte dargestellte und angebotene Herangehensweise dargelegt werde, die in allen Punkten sehr gut nachvollziehbar sei und in herausragender Weise der Zielerreichung einer qualitativ hochwertigen Luftrettung diene. 7-8 Punkte erhalte demgegenüber ein Konzept, das eine schlüssige, fundierte, gut dargestellte und angebotene Herangehensweise enthalte, die dargestellte und angebotene Herangehensweise gut nachvollziehbar sei und in besonderer Weise der Zielerreichung einer qualitativ hochwertigen Luftrettung diene.

## 16

Beim Unterkriterium Ausfallsicherheit habe die Antragstellerin im Vergleich zur Beigeladenen teilweise in ihrem Konzept keine konkreten Angaben gemacht. Es komme aber auf konkrete Zusicherungen und Aussagen im Konzept an, denn nur diese würden Vertragsbestandteil. Nicht maßgeblich sei, wozu der Bieter in der Lage sei, wenn eine Zusicherung nicht im Konzept verbindlich erfolgt sei. Die Beigeladene habe auch weitergehende präventive Maßnahmen in ihrem Konzept beschrieben. Solche Zusatzleistungen der Beigeladenen würden im Vergleich zu Antragstellerin das Angebot „besser“ machen, sodass ein Fehlen solcher Zusatzleistungen das Angebot der Antragstellerin „schlechter“ erscheinen lasse.

## 17

Auch beim Unterkriterium Fortbildung seien die Konzeptausführungen der Antragsteller im Verhältnis zur Beigeladenen weniger ausführlich und würden inhaltlich deutlich weniger abbilden, sodass die schlechtere Bewertung der Antragstellerin gerechtfertigt sei.

## 18

Auch beim Unterkriterium Hygiene wurden Ausführungen im Konzept der Antragstellerin fehlen. Es genüge auch nicht, wenn die Antragstellerin eine Richtlinie nenne, sondern es komme auf die konkrete Umsetzung in der Konzeptbeschreibung an. Die Vergabestelle unterstelle auch nicht, dass die Antragstellerin bestimmte Regelungen habe, aber es dürften nur solche Aussagen bewertet werden, die sich in den Konzepten wiederfänden.

## 19

Soweit die Antragstellerin vortrage, dass das Angebot der Beigeladenen abzupunkten sei, weil nur die Antragstellerin bestimmte positive Konzeptinhalte angeboten habe, führe dieses Argument nicht zu einer anderen Bewertung bei der Beigeladenen. Positive Leistungsmerkmale im Angebot der Antragstellerin seien bereits positiv in deren Wertung eingeflossen. Sofern Unterschiede zu den Konzeptinhalten der Beigeladenen bestehen würden, sei keine andere Bewertung gerechtfertigt. Der Vergabestelle stünde hier ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu und die Vergabestelle dürfe festlegen, welche Aspekte sie für wertungsrelevant halte.

## 20

Beim Unterkriterium Versorgungsqualität sei negativ aufgefallen, dass die von der Antragstellerin dargestellten Maßnahmen teilweise unstrukturiert wirkten. Der Gesamtansatz bzw. der Sinn für Verbesserung der medizinischen Versorgung sei nicht immer erkennbar.

## 21

Dagegen sei beim Konzept der Beigeladenen eine deutlichere Struktur in Bezug auf die Umsetzung etwaigen Verbesserungspotenzials für die Versorgungsqualität zu erkennen. Die Beigeladene habe zudem auch weitergehende verpflichtende Zusagen in ihrem Konzept gemacht als die Antragstellerin. Die Antragstellerin habe bei diesem Unterkriterium medizinische Versorgungsqualität acht von zehn Punkten erhalten und damit eine sehr schlüssige, fundierte und gut dargestellte Herangehensweise erläutert, welche gut nachvollziehbar sei. Dass die Antragstellerin nicht die volle Punktzahl, sondern einen Abzug erhalten habe, liege an den dargestellten negativen Punkten im Konzept.

## 22

Soweit die Antragstellerin den Vorwurf erhebe, die Wertung sei nicht durch die Vergabestelle, sondern durch eine externe Beratungsfirma durchgeführt worden, sei dies unzutreffend. Die Wertung der Angebote sei durch den Geschäftsleiter der Vergabestelle, die stellvertretende Geschäftsleiterin und den ärztlichen Leiter Rettungsdienst vorgenommen worden. Diese hätten die Konzepte ausführlich studiert und gemeinsam eine Wertungsentscheidung vorgenommen, welche dann in einer gemeinsamen Wertungsmatrix zusammengefasst worden sei. Der Unterzeichner dieses Schriftsatzes und anwaltlich Bevollmächtigte habe die Vergabestelle lediglich beraten und Formulierungsvorschläge gemacht. Diese

Wertungen würden aber das von den Vertretern der Vergabestelle gewonnene Wertungsergebnis wiedergeben.

**23**

8. Am 14.04.2020 und 21.04.2020 wurde der Antragstellerin unter Beachtung des Geheimschutzes Akteneinsicht gewährt.

**24**

9. Mit Schriftsatz vom 24.04.2020 betonen die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin, dass ein Verstoß gegen § 152 Abs. 3 GWB auch nach erfolgter Akteneinsicht vorliegen würde.

**25**

Die Bewertung der einzelnen Konzepte des indikativen Angebotes sei nahezu identisch mit der Bewertung des finalen Angebotes. Lediglich für das Konzept zur Ausfallsicherheit habe die Antragstellerin einen Punkt mehr erhalten. Bei allen anderen Unterkriterien habe die Antragstellerin jeweils die gleiche Punktzahl wie beim indikativen Angebot erhalten, obwohl die Antragstellerin ihr letztverbindliches Angebot nochmals überarbeitet habe und bestimmte negative Aspekte, die bei der Bewertung des indikativen Angebotes von der Vergabestelle noch bemängelt worden seien, behoben worden seien.

**26**

Die Antragstellerin hätte für das Konzept zu Hygiene die Höchstpunktzahl von 10 erhalten müssen. Nur für den Fall, dass die Höchstpunktzahl nur dann vorgesehen sei, wenn ein Konzept keine negativen Aspekte aufweisen dürfe, wäre die Bewertung nachvollziehbar. Dann dürften allerdings die Konzepte der Beigeladenen auch keine negativen Aspekte aufweisen, was bestritten werde. Nachdem aber die Vergabestelle in ihrem Schriftsatz vom xx.xx.... ausgeführt habe, dass alle Bieter gleich behandelt worden seien und negative wie positive Feststellungen gleichermaßen berücksichtigt worden seien, müsste die Vergabestelle auch negative Aspekte im Konzept der Beigeladenen festgestellt haben.

**27**

Zudem bestehe Grund zur Annahme, dass die Vergabestelle im Verhandlungsgespräch mit der Beigeladenen in weitaus größerem Umfang die negativen Aspekte erörtert habe. Insoweit sei auch ein Verstoß gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbes zu befürchten.

**28**

Der Wertungsmatrix könne auch nicht entnommen werden, dass bestimmte positive Aspekte des letztverbindlichen Angebotes der Antragstellerin tatsächlich positiv bei der Bewertung eingeflossen seien.

**29**

Es sei fehlerhaft, wenn die Vergabestelle beim Unterkriterium Ausfallsicherheit eine Aussage zum möglichen Ausfall des Personals des Kooperationspartners erwartet habe.

**30**

Die Vergabestelle habe die Entscheidung darüber, dass kein Zuschlag bereits auf die indikativen Angebote erfolge, nicht ausreichend dokumentiert.

**31**

Die Angebotswertung sei nicht durch die Vergabestelle erfolgt, sondern durch einen externen Dritten. Der Wertungsmatrix könne nicht entnommen werden, wer die Angebotswertung tatsächlich durchgeführt habe. Der Dokumentation könne nicht entnommen werden, weder durch Unterschrift noch durch Benennung der Personen, wer tatsächlich die Bewertung vorgenommen habe. In diesem Zusammenhang sei auch erwähnenswert, dass ein Vertreter der Verfahrensbevollmächtigten die Fragen im Verhandlungsgespräch gestellt habe. Die Verantwortung für die Vergabe einschließlich der Wertung dürfe nicht vollständig an externe Dritte übertragen werden. Die Vergabedokumentation müsse erkennen lassen, dass die in den einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens zu treffenden Entscheidungen vom Auftraggeber selbst getroffen worden sind.

**32**

Ein offenes Bewertungssystem, wie im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren, hätte eines Bewertungsgremiums oder einer Zweitbewertung bedurft (VK Lüneburg, Beschluss vom 27.09.2016, VgK-39/2016).

**33**

10. Am 29.04.2020 wurde die Firma ... zum Verfahren beigeladenen.

**34**

11. Mit Schriftsatz vom 06.05.2020 tragen die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle vor, dass die Antragstellerin sich nicht inhaltlich mit der Angebotswertung auseinandergesetzt habe. Prüfungsmaßstab in diesem Nachprüfungsverfahren sei lediglich, ob die Vergabestelle den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum rechtmäßig ausgeübt habe. Die Vergabestelle habe sich an den in den Vergabeunterlagen enthaltenen Bewertungsmaßstab gehalten.

**35**

Dass es bei einer konzeptionellen Darstellung vor allem darauf ankomme, wie fundiert und präzise ein Bieter die von ihm angebotene Herangehensweise beschreibe, sei eine der Konzeptwertung immanent Tatsache. Der Auftraggeber könne vom Auftragnehmer bei der Leistungserbringung nur das positiv fordern, was ihm ausdrücklich zugesichert werde. Im Gegenzug dürfe die Vergabestelle bei der Wertung der Konzepte auch nur das positiv berücksichtigen, was in das Konzept des Bieters Eingang gefunden habe. Je vollständiger und präziser ein Bieter die von Ihnen angebotene Leistung beschrieben habe, desto besser könne der Auftraggeber nachvollziehen und feststellen, welchen konkreten Inhalt die angebotene Leistung habe.

**36**

Die Vergabestelle habe ein offenes Bewertungssystem angewandt. Dies zeichne sich dadurch aus, dass der Auftraggeber die eingegangenen Angebote zueinander in Relation setze. Inhaltlichen Abweichungen der Angebote würden ermittelt und unter Berücksichtigung des Zielerfüllungsgrades würde anschließend eine entsprechende Punktbewertung der Angebote erfolgen. Daher bestehe weder ein Rechtssatz noch eine sonstige Verpflichtung der Vergabestelle, dass sie bei einer bestimmten Anzahl positiver bzw. negativer Aspekte eine bestimmte Punktzahl vergeben müsse. Die Ausräumung von bestimmten negativen Aspekten im finalen Angebot (im Vergleich zum indikativen Angebot) müsse nicht zwingend zu einer besseren Bepunktung führen. Die von der Antragstellerin vorgenommenen Überarbeitungen bei den Unterkriterien Hygiene und Fortbildung brachten nach Ansicht der Vergabestelle keine spürbare Verbesserung der Zielerreichung. Somit sei auch nicht die Bestnote von 10 Punkten trotz Überarbeitung im finalen Angebot gerechtfertigt. Beim Konzept Ausfallsicherheit habe die Überarbeitung im finalen Angebot dazu geführt, dass die angebotene Leistung in der Gesamtschau verbessert worden sei. Daher sei hier auch eine entsprechend höhere Punktzahl vergeben worden.

**37**

Die Ausführungen der Antragstellerin zur Bewertung der Beigeladenen seien schon dem Grunde nach unzutreffend. Bei komplexen Dienstleistungen wie der Durchführung der Luftrettung gebe es nicht die eine „perfekte“ Leistung. Auch bei einer sehr guten und herausragenden Leistungserbringung könnte der Auftraggeber noch kleinere Unstimmigkeiten feststellen. Im Vergleich mit dem Angebot der Antragstellerin sei die angebotene Herangehensweise der Beigeladenen besser.

**38**

Die Behauptung der Antragstellerin, die Vergabestelle hätte bei den Verhandlungsgesprächen gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen, entbehre jeglicher Grundlage und werde zurückgewiesen. Es sei kein Bewerber im Verhandlungsgespräch auf negative Aspekte hingewiesen worden, in der Absicht, dass der Bewerber diese Aspekte verbessere. Die Verhandlungsgespräche dienten dazu, den Inhalt des Angebotes aufzuklären. Entsprechend habe die Vergabestelle lediglich unklare Punkte im Verhandlungsgespräch angesprochen.

**39**

Es sei nicht schädlich, dass die Vergabestelle ihre Entscheidung, nicht den Zuschlag auf ein indikatives Angebot zu erteilen sondern ins Verhandlungsverfahren einzutreten, nicht extra im Vergabevermerk dokumentiert habe. § 17 Absatz 11 VgV verpflichtet den Auftraggeber dazu, dass er auf die Möglichkeit des Zuschlages auf das indikative Angebot hinweise. Diese Vorschrift habe eine Warnfunktion. Wenn die Vergabestelle von der Möglichkeit, den Zuschlag auf das indikative Angebot zu erteilen, keinen Gebrauch mache, scheide ein Eingriff in subjektive Rechte der Bieter aus. Im konkreten Fall hätte die Antragstellerin zudem auch dann den Zuschlag nicht erhalten, wenn die Vergabestelle von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte, den Zuschlag auf das indikative Angebot zu erteilen.

**40**

Die Beratung der Vergabestelle im Vergabeverfahren durch die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin sei innerhalb der geltenden Vorgaben erfolgt. Das gesamte Vergabeverfahren sei vom Geschäftsführer bzw. seiner Stellvertreterin der Vergabestelle durchgeführt worden. Die Verfahrensbevollmächtigte der Vergabestelle, insbesondere der Unterzeichner dieses Schriftsatzes, habe die Vergabestelle lediglich beratend unterstützt. An den Verhandlungsgesprächen habe die Geschäftsführung als auch der ärztliche Leiter teilgenommen und sich aktiv beteiligt. Soweit der Unterzeichner dieses Schriftsatzes die Gesprächsführung bei den Verhandlungsgesprächen übernommen habe, lag dies daran, dass hierdurch eine einheitliche Gesprächsführung gewahrt werden sollte.

**41**

Ebenso habe die Wertung durch die Vertreter der Vergabestelle stattgefunden. Der Geschäftsführer, die stellvertretende Geschäftsführerin und der ärztliche Leiter hätten die Wertungsmatrix, die in der Vergabeakte zu finden sei, geprüft und zu eigen gemacht. Somit liege nachweislich eine Entscheidung des Auftraggebers und nicht etwa seiner Berater vor. Soweit die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vortragen, dass unter Bezugnahme auf die Entscheidung der Vergabekammer Niedersachsen ein Beurteilungsgremium oder ein Zweitbeurteiler erforderlich gewesen wäre, sei dieser Sachvortrag, wenn überhaupt eine solche Rechtspflicht bestehen sollte, bereits dadurch gegenstandslos, weil hier ein dreiköpfiges Team der Vergabestelle als Bewertungsgremium fungiert habe.

**42**

12. Mit Schriftsatz vom 08.05.2020 zeigen die Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen ihre Bestellung an und stellen folgende Anträge:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
3. Der Beigeladenen wird Einsicht in die Vergabeakte gewährt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen.

**43**

13. Am 08.05.2020 wurde den Verfahrensbevollmächtigten unter Beachtung des Geheimschutzes eingeschränkt Akteneinsicht gewährt.

**44**

14. Mit Schriftsatz vom 19.05.2020 tragen die Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen vor, dass der Vergabestelle keine fehlerhafte bzw. intransparente Wertung des Angebotes der Antragstellerin vorgeworfen werden könne.

**45**

Auch die Wertung des Angebots der Beigeladenen sei nicht zu beanstanden.

**46**

Soweit sich die Antragstellerin auf Mängel der Dokumentation berufen möchte, müsse dem entgegengehalten werden, dass auch die Heilung eines Dokumentationsmangels mit schriftsätzlichem Vortrag im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens erfolgen könne.

**47**

Die Entscheidung der Vergabestelle, den Zuschlag nicht bereits auf die indikativen Angebote zu erteilen, gehöre nicht zu den in § 6 Abs. 2 KonzVgV genannten Mindestanforderungen der Dokumentationspflicht. Die Möglichkeit der Bezuschlagung des wirtschaftlichsten indikativen Angebotes sei lediglich für die Ausrichtung der Angebote von Bedeutung.

**48**

15. Die Vergabestelle habe im Rahmen des Verhandlungsgespräches im Rahmen der Aufklärungsmöglichkeit daraufhin gewirkt, Unklarheiten zu beseitigen. Die Antragstellerin habe keinen Nachweis erbracht, dass die Vergabestelle die vergaberechtlichen Grenzen überschritten habe.

**49**

Mit Schriftsatz vom 19.05.2020 vertiefen die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin ihren Sachvortrag.

**50**

Es werde nicht der Bewertungsmaßstab angegriffen, sondern die vergaberechtswidrige Anwendung. Ein offenes Bewertungssystem schließe nicht aus, dass es auch vergaberechtswidrig angewandt werden könne. Die Vergabestelle dürfe auch nicht willkürlich bestimmen, wie stark bestimmte positive bzw. negative Aspekte bei der Wertung ins Gewicht fallen. Gegenüber dem indikativen Angebot habe die Antragstellerin im finalen Angebot 2 negative Aspekte behoben und zusätzlich sei noch ein positiver Aspekt aufgenommen worden. Trotz dieser Verbesserungen habe die Vergabestelle das Konzept des Unterkriteriums „Hygiene“ nicht besser bewertet. Dies sei nicht nachvollziehbar.

**51**

Die Angebotswertung dürfe ausschließlich anhand des mitgeteilten Bewertungsmaßstabs erfolgen. Im Nachprüfungsverfahren hätten die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle aber erklärt, dass es vor allem darauf ankomme, wie vollständig, fundiert und präzise die Bieter ihre Herangehensweise beschreiben würden. Dagegen sei in den Vergabeunterlagen maßgeblich, wie schlüssig und nachvollziehbar der Bieter die von ihm angebotene Herangehensweise beschreibe. Soweit die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle die „vollständige und präzise“ Darstellung bewerten möchten, sei dies ein anderer Bewertungsmaßstab als in den Vergabeunterlagen. Zudem stelle sich die Frage, wie bei einem offenen Bewertungssystem überhaupt von einem vollständigen Angebot ausgegangen werden könne. Beim Unterkriterium „Konzept Ausfallsicherheit“ hätten die Bieter Ausführungen zu Rückfallebenen bei Personalausfällen machen müssen und den Ausfall der Kooperationspartner betrachten müssen. Es sei ein bedeutender Unterschied, ob es um den Ausfall von vereinzelterem Personal oder der vollständige Ausfall eines Kooperationspartners betrachtet werden müsse. Zudem dürfe das von den Kooperationspartnern zur Verfügung gestellte Personal weder positiv noch negativ berücksichtigt werden, denn dieses sei vorgegeben und es dürfe hier keinen Unterschied bei den Bieter geben.

**52**

Nach dem Sachvortrag der Antragstellerin müsse davon ausgegangen werden, dass auch die Konzepte der Beigeladenen Schwächen und Unstimmigkeiten und folglich eine gewisse Anzahl negativer Aspekte beinhalten würden. Dies würde die Bewertung der Konzepte mit der Höchstpunktzahl 10 ausschließen.

**53**

Weiter vertiefen die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin ihren Sachvortrag in Bezug auf

- Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Bieter in den Verhandlungsgesprächen
- fehlende Dokumentation über die Entscheidung nach § 17 Abs. 11 i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 2 KonzVgV – Angebotswertung durch externe Dritte
- Notwendigkeit eines Beurteilungsgremiums oder eines Zweitbeurteilers.

**54**

16. Mit Schriftsatz vom 03.06.2020 vertieft die Beigeladene ihren Sachvortrag.

**55**

17. In der mündlichen Verhandlung am 18.06.2020 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

**56**

Die ASt stellt die Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 20.03.2020 mit der Maßgabe, dass der Antrag zu Ziffer 3. wie folgt gefasst wird:

**57**

Dem Antragsgegner ist aufzugeben, das Vergabeverfahren ab der Entscheidung über die Zuschlagserteilung auf der Stufe der Erstangebote zu wiederholen und anschließend die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer rechtskonform anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien durchzuführen.

**58**

Alle übrigen Anträge gestellt mit dem Nachprüfungsantrag vom 20.03.2020 bleiben unverändert bestehen.

**59**

Die VSt und die BGI bleiben bei ihren Anträgen aus den Schriftsätzen vom 27.03.2020 bzw. 08.05.2020.

## **Gründe**

**60**

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

**61**

a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

**62**

b) Das GWB ist auch bei Dienstleistungskonzessionen anwendbar.

**63**

c) Die Vergabestelle ist als Zweckverband öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.

**64**

d) Der Schwellenwert ist überschritten (§ 106 GWB).

**65**

e) Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Sie hat vorgetragen, dass sie ein Interesse an der Durchführung des Rettungsdienstes hat. Sie macht geltend, dass ihr durch den beabsichtigten Zuschlag ein Schaden zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.

**66**

f) Die Antragstellerin hat die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung rechtzeitig am xx.xx.... gerügt.

**67**

g) Die Antragstellerin ist auch mit ihrem Vorbringen nicht nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB präkludiert, soweit sie die fehlerhafte Konzeptbewertung rügt. Zutreffend tragen die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vor, dass nicht der Bewertungsmaßstab angegriffen werde, sondern dessen vergaberechtswidrige Anwendung durch die Vergabestelle.

**68**

h) Der Auftrag wurde noch nicht vergeben.

**69**

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

**70**

Die Bewertung des Angebots der Antragstellerin durch die Vergabestelle erfolgte ordnungsgemäß. Die zunächst arithmetisch fehlerhafte Ermittlung der Gesamtpunktzahl, die keinen Einfluss auf die Wertungsreihenfolge hatte, wurde zwischenzeitlich von der Vergabestelle zutreffend berichtigt. Auch die weiteren behaupteten Verstöße lassen keine Vergabeverstöße der Vergabestelle erkennen, die eine Korrektur der Vergabeentscheidung der Vergabestelle notwendig erscheinen lassen. Somit ist die Antragstellerin nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

**71**

a) Die Konzeptbewertung durch die Vergabestelle ist nicht zu beanstanden.

**72**

Der Vergabestelle steht bei der Bewertung einzelner Angebote allgemein ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Die Vergabekammer prüft die Bewertung der Vergabestelle nur daraufhin, ob diese ihren Beurteilungsspielraum verletzt hat, sie ersetzt insbesondere nicht die Wertung der Vergabestelle durch eine eigene Wertung (vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 01.03.2019 – RMF-SG21-3194-4-3).

**73**

„Die Nachprüfungsinstanzen untersuchen auf Rüge die Benotung des Angebots des Antragstellers als solche und in Relation zu den übrigen Angeboten, insbesondere zu demjenigen des Zuschlagsprätendenten, und darauf hin, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden.“ (vgl. BGH, Beschluss vom 04.04.2017 – X ZB 3/17)

#### **74**

Die Wertungsentscheidung muss den an sie zu stellenden vergaberechtlichen Anforderungen genügen. Dazu gehört, dass das vorgeschriebene Verfahren für die Bewertung eingehalten und der Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt wird sowie die von der Vergabestelle selbst aufgestellten Vorgaben beachtet und keine sachwidrigen und gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstörenden Erwägungen angestellt werden (vgl. VK Nordbayern, a.a.O.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017 – Verg 39; OLG München, Beschluss vom 25.09.2014).

#### **75**

Ferner ist zu beachten, dass bei der Bewertung von Angeboten nicht davon auszugehen ist, dass der Bieter im Grundsatz die volle Punktzahl erhalten muss und es der Vergabestelle obliegt, negative Aspekte im Angebot entsprechend bei der Punktwertung abzuziehen, sondern es ist zunächst von 0 Punkten und einer Addition von Punkten nach dem jeweiligen Angebotsinhalt auszugehen (vgl. VK Sachsen, a.a.O.; VK Bund, Beschluss vom 25.10.2013 – VK 2-90/13).

#### **76**

Der EuGH setzt als Maßstab für die Bewertung und Einstufung der Angebote an, dass bei der Bewertung keine Veränderung der bekannt gemachten Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung erfolgen darf. Hingegen sei die VSt nicht verpflichtet, den potentiellen Bietern bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen die Bewertungsmethode zur Kenntnis zu bringen (EuGH, Urteil vom 14.7.2016, C-6/15).

#### **77**

Zuletzt ist voranzustellen, dass lediglich die Bewertung des Angebots der Antragstellerin und nicht die Bewertungskriterien als solche auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden. Rechtsverstöße, die bereits in der Bewertungsmatrix selbst angelegt sind, wurden nicht von der Antragstellerin gerügt und wären selbst bei Erhebung einer entsprechenden Rüge nach Angebotsabgabe nicht mehr zu berücksichtigen, da insoweit die Präklusion gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB eingetreten ist.

#### **78**

Ausgehend von diesen dargestellten Grundsätzen kann die Vergabekammer im verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsverfahren nicht erkennen, dass die Vergabestelle den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum bei der Bewertung der Konzepte überschritten hat und die Konzepte der Antragstellerin aus sachwidrigen Gründen (auch in Relation zur Beigeladenen) zu schlecht bewertet hat.

#### **79**

Die Konzeptbewertung durch die Vergabestelle erfolgte nachvollziehbar, indem die positiven und negativen Aspekte des jeweiligen Angebots übersichtlich gegenübergestellt wurden. Die aufgeführten positiven und negativen Aspekte in der jeweiligen Wertungsmatrix lassen erkennen, welche Gründe die Vergabestelle bewogen hat, der Beigeladenen (im Vergleich zur Antragstellerin) eine höhere Punktzahl zu gewähren.

#### **80**

Die Vergabekammer kann somit nicht erkennen, dass die Vergabestelle bei der Wertung der Konzepte ihren Beurteilungsspielraum überschritten hat.

#### **81**

Die Vergabedokumentation belegt, dass sich die Vergabestelle ausführlich und intensiv mit der Auswertung der Konzepte der beiden Bieter beschäftigt hat und sich ausschließlich von sachlichen Kriterien hat leiten lassen. Aus Gründen des Geheimschutzes kann auf den Inhalt der Konzepte der Antragstellerin und der Beigeladenen nicht näher eingegangen werden. Dennoch ist die Vergabekammer bei ihrer Überprüfung berechtigt (analog § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 Abs. 1 Satz 3 GWB) sämtliche in der Vergabedokumentation enthaltenen und bei der Entscheidung der Vergabestelle zugrundeliegenden Tatsachen, auch soweit diese wegen ihrer Geheimhaltungsbedürftigkeit der Antragstellerin nicht offenbart werden durften, zu berücksichtigen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019, Verg 6/19).

**82**

Soweit die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin die Vergaberechtswidrigkeit damit begründen, dass die Vergabestelle sich nicht an den eigenen Bewertungsmaßstab gehalten habe, weil die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle in ihrem Schriftsatz vom 27.03.2020 auf Seite 8 vorgetragen haben, dass es dem Auftraggeber auf eine vollständige und präzise Darstellung der Konzepte zu den jeweiligen Unterkriterien entscheidend ankomme (Bewertungsmaßstab gemäß den Vergabeunterlagen sei aber die Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit der Konzepte), ist dieser behauptete Vergabeverstoß zurückzuweisen. Zum einen ist diese Textpassage aus dem Zusammenhang des Schriftsatzes vom 27.03.2020 gerissen und berücksichtigt nicht, dass die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle hier auf die Entscheidung des OLG Celle, Beschluss vom 11.06.2015 – 13 Verg 4/15 verwiesen haben. Nachfolgend haben die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle in diesem Schriftsatz vom 27.03.2020 den Bewertungsmaßstab, der den Vergabeunterlagen zugrunde lag, zutreffend zitiert.

**83**

Zum anderen ist dieser Schriftsatz erst nach der Wertung durch die Vergabestelle erstellt worden und kann somit denklogisch gar keinen Einfluss auf die bereits erfolgte Bewertung haben.

**84**

Die Bewertung des Angebots der Antragstellerin im Unterkriterium Ausfallsicherheit erfolgte durch die Vergabestelle ordnungsgemäß. Der Umstand, dass die Vergabestelle das Konzept der Antragstellerin im finalen Angebot im Vergleich zum Konzept des indikativen Angebotes um einen Punkt besser bewertet hat, zeigt, dass die Vergabestelle erneut die Bewertung vornahm und auch tatsächliche Verbesserungen im finalen Angebot berücksichtigt hat. Zutreffend trägt die Vergabestelle in diesem Zusammenhang vor, dass bei einem offenen Bewertungssystem, das das Gefüge einer funktionalen Leistungsbeschreibung hat, es keinen konkreten Zielerfüllungsgrad gibt, sondern die Angebote vergleichend zu bewerten sind. Somit besteht keine Verpflichtung der Vergabestelle, dass das Konzept eines Bieters zwingend mit einer bestimmten Punktzahl bewertet werden muss.

**85**

Wie die Vergabestelle zutreffend ausführt, kommt es bei der Bewertung auf konkrete Zusicherungen und Aussagen im Konzept an, denn nur diese werden Vertragsbestandteil. Nicht maßgeblich sei, wozu der Bieter in der Lage sei (selbst wenn man erkennen könne, dass der Bieter dazu in der Lage wäre), wenn diese Zusicherung nicht im Konzept verbindlich zugesagt worden sei. Die Beigeladene habe weitergehende präventive Maßnahmen in ihrem Konzept Ausfallsicherheit beschrieben. Die Bewertung der Antragstellerin durch die Vergabestelle mit 9 von 10 Punkten ist nach Auffassung der Vergabekammer nicht zu beanstanden. Die Vergabestelle hat sich innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bewegt.

**86**

Auch beim Unterkriterium Fortbildung hat die Vergabestelle nachvollziehbar und innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums dargelegt, dass die Ausführungen der Antragstellerin im Verhältnis zu den Ausführungen der Beigeladenen weniger ausführlich seien und inhaltlich deutlich weniger abbilden würden, sodass die schlechtere Bewertung der Antragstellerin gerechtfertigt sei.

**87**

Gleiches gilt auch für die Konzepte bei den Unterkriterien Hygiene und Versorgungsqualität. Nach der Einsicht in die Konzepte der Antragstellerin und der Beigeladenen und in die Bewertungsmatrix ist die Wertung der Vergabestelle nach Auffassung der Vergabekammer sachlich nachvollziehbar und diskriminierungsfrei erfolgt.

**88**

Zutreffend führt die Vergabestelle aus, dass sie das Konzept der Beigeladenen selbst dann mit der Höchstpunktzahl werten darf, wenn auch dort negative Aspekte auffallen. Bei einem offenen Bewertungssystem, das dem Bieter Möglichkeiten einräumt, seine beabsichtigte Leistungserbringung eigenständig zu beschreiben, hat der Wettbewerb das Gefüge einer funktionalen Leistungsbeschreibung. Somit kommt es – wie die Vergabestelle zutreffend betont – vor allem darauf an, die Vor- und Nachteile der Angebote miteinander zu vergleichen und das Angebot, welches besser erscheint, mit der höheren Punktzahl zu bewerten. Zwar ist die Vergabestelle auch berechtigt, mehreren Bietern die Höchstpunktzahl zuzusprechen, wenn bei der vergleichenden Bewertung aber Qualitätsunterschiede ausgemacht werden, ist das qualitativ bessere Konzept auch mit der höheren Punktzahl zu bewerten. So liegt der Fall hier. Dieser

Verpflichtung ist die Vergabestelle nachgekommen, so dass es vergaberechtlich nicht schädlich ist, wenn auch das Konzept der Beigeladenen negative Aspekte aufweisen sollte.

#### **89**

b) Eine eigenständige Begründung und Dokumentation zum Umstand, dass die Vergabestelle nicht bereits den Zuschlag auf das wirtschaftlichste indikative Angebot erteilt hat, bedarf es nach Auffassung der Vergabekammer nicht. Die Tatsache, dass die Vergabestelle in das Verhandlungsverfahren eintreten wollte, ist bereits dadurch ausreichend dokumentiert, dass die Bieter zum Verhandlungsgespräch eingeladen wurden. § 17 Abs. 11 VgV bzw. § 12 KonzVgV soll die Bieter lediglich informieren und warnen, dass die Vergabestelle – auch ohne in das Verhandlungsverfahren einzutreten – berechtigt ist, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Einer gesonderten Dokumentation (nach § 6 KonzVgV) mit Begründung, aus welchen Gründen kein Zuschlag auf das wirtschaftlichste indikative Angebot erteilt wurde, bedarf es nicht, denn es handelt sich bei dem ausgeschriebenen Verhandlungsverfahren um den „Regelfall“, wenn nach dem indikativen Angebot in die Verhandlungsphase eingetreten wird und die Bieter nach Abschluss der Verhandlungen ein endgültiges Angebot abgeben können. Der Fall ist auch nicht vergleichbar – wie der Vertreter der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat – mit einem Dokumentationsmangel dergestalt, dass keine Niederschrift über das Verhandlungsgespräch in der Vergabeakte dokumentiert wird.

#### **90**

Auch der Umstand, dass die Antragstellerin ihr Konzept zur Ausfallsicherheit im finalen Angebot verbessern konnte, belegt, dass der Eintritt in die Verhandlungsphase sachlich gerechtfertigt war, denn Sinn und Zweck der Verhandlungen ist es, die Angebote inhaltlich zu verbessern (§ 17 Abs. 10 VgV i.V.m. § 12 KonzVgV).

#### **91**

Zudem hat die Vergabestelle angemerkt, dass die Antragstellerin auch bei einem Zuschlag auf das indikative Angebot nicht die Bestbieterin gewesen wäre. Somit ist ein Schaden der Antragstellerin schon aus diesem Grund nicht erkennbar.

#### **92**

c) Keinen Mangel in der Dokumentation, der zu einer Zurückversetzung des Vergabeverfahrens führen müsste, liegt in dem Umstand, dass die Konzeptbewertungen nicht vom Bewertungsgremium (Geschäftsführer, stellvertretende Geschäftsführerin und ärztlicher Leiter) unterzeichnet wurden. Es ist glaubhaft und nachvollziehbar, dass die anwaltlichen Bevollmächtigten der Vergabestelle, die auch bereits bei den Verhandlungsgesprächen zugegen waren, selbst nicht dem Wertungsgremium angehörten, sondern lediglich eine beratende Funktion eingenommen haben. Es entspricht den gängigen Gepflogenheiten, dass (anwaltliche) Berater das Bewertungsgremium unterstützen und Hilfestellung geben bzw. Formulierungsvorschläge machen, die abschließende Wertungsentscheidung aber von den Vertretern des öffentlichen Auftraggebers selbst getragen werden muss. Die Erklärung der anwaltlichen Bevollmächtigten der Vergabestelle, dass alle drei Vertreter der Vergabestelle, die bei beiden Verhandlungsgesprächen zugegen waren, gemeinsam die Wertungsentscheidung getroffen haben, ist glaubhaft und wurde in der mündlichen Verhandlung noch einmal vorgetragen. Soweit ein Dokumentationsmangel vorliegen sollte, weil in der Vergabeakte die Wertungsentscheidung nicht durch die Mitglieder des Wertungsgremiums unterschrieben wurde, kann dieser Dokumentationsmangel durch die glaubhafte Erklärung, wer dem Bewertungsgremium angehörte, geheilt werden. Es besteht kein Zweifel, dass der ärztliche Leiter Rettungsdienst aufgrund seiner Fachkenntnisse dem Bewertungsgremium angehören sollte und zusammen mit der Geschäftsführung das Wertungsgremium bildete.

#### **93**

Der Geschäftsführer und die stellvertretende Geschäftsführerin haben mit ihrer abschließenden Unterschrift am Ende des Vergabevermerks eindeutig dokumentiert, dass es sich um eine eigenständige Entscheidung der Vergabestelle handelt. In Ziffer 9 des Vergabevermerks vom 02.03.2020 hat die Geschäftsführung auch auf die Wertungsmatrix verwiesen.

#### **94**

d) Die Mitwirkung und Unterstützung eines externen Dritten bei der Durchführung des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

#### **95**

Es ist richtig, dass die Vergabestelle die Vergabeentscheidung eigenständig treffen muss und nicht einem Dritten überlassen darf.

**96**

Dieser Pflicht und Verantwortung im Hinblick auf eine eigene Vergabeentscheidung genügt ein Auftraggeber, wenn er die Wertung durch einen externen Dritten und dessen Zuschlagsvorschlag durch einen Prüfungsvermerk mit verantwortlicher Unterschrift billigt (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.06.2010 – 11 Verg 4/10; OLG München, Beschluss vom 29.09.2009 Verg 12109, jeweils zitiert nach ibronline). Nicht zulässig ist es hingegen, die Verantwortung für die Vergabe an externe Dritte vollständig zu übertragen. Der Auftraggeber hat das Handeln der eingeschalteten Stelle zu begleiten, zu überwachen und gegebenenfalls zu korrigieren. Die Mitwirkung am Vergabeverfahren darf sich nicht auf ein bloßes „Abnicken“ beschränken. (VK Lüneburg, Beschluss vom 02.11.2018, VgK-40-/2018).

**97**

Diese Grenze der unzulässigen Übertragung der Vergabeentscheidung auf einen externen Dritten hat die Vergabestelle hier nicht überschritten und hat die „Herrschaft“ über das Vergabeverfahren nicht abgegeben. Der „Vergabevermerk-Verfahren“ wurde am 02.03.2020 durch den Geschäftsführer und dessen Stellvertreterin unterzeichnet. Zudem ist die Vergabestelle auch immer mit „eigenen“ Schreiben gegenüber den Bieterinnen aufgetreten und die Geschäftsführung und der ärztliche Leiter waren bei den Verhandlungsgesprächen zugegen. Die Geschäftsführung der Vergabestelle hat das Vergabeverfahren somit aktiv begleitet und mit Unterschrift gebilligt.

**98**

e) Anhaltspunkte, dass die Vergabestelle gegen das Gleichbehandlungsgebot verstößen haben könnte, weil sie das Angebot der Beigeladenen in größerem Umfang in Bezug auf negative Aspekte der eingereichten Konzepte im Verhandlungsgespräch aufgeklärt hat, sind nicht ersichtlich. Es handelt sich um eine unsubstantiierte Behauptung „ins Blaue“ hinein. Diese Rüge ist unzulässig und unbegründet.

**99**

f) Ob die Konzeptbewertung tatsächlich durch ein Bewertungsgremium oder einen Zweitbeurteiler erfolgen muss, wie die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die Entscheidung der VK Lüneburg, Beschluss vom 27.09.2016, VgK 39/2016 vorträgt, kann dahinstehen, denn die Bewertung erfolgte durch den Geschäftsführer, stellvertretende Geschäftsführerin und den ärztlichen Leiter Rettungsdienst und somit durch ein Gremium.

**100**

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

**101**

a) Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1, 3 u. 5 GWB).

**102**

b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt und der BGI ergibt sich aus § 182 Abs. 4 GWB.

**103**

c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt und die BGI notwendig (§ 182 Abs. 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

**104**

Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der VSt und der BGI nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Da die ASt rechtsanwaltlich durch eine auf das Vergaberecht spezialisierte Anwaltskanzlei vertreten war, ist es im Sinne einer Gleichstellung auch sachgerecht, dass sich die VSt und die BGI von einer auf das Vergaberecht spezialisierten Anwaltskanzlei vertreten ließen. Die BGI hat sich im Nachprüfungsverfahren beteiligt und Anträge gestellt.

**105**

Aus Gründen der Billigkeit waren die Kosten der BGI der unterlegenen Partei aufzuerlegen.

**106**

d) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt aus dem Angebot und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x....,- €.

**107**

e) Die von der ASt zu tragende Gebühr in Höhe von xx....- € wird mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von x....,- € verrechnet.