

Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	15.01.2020
Aktenzeichen:	Verg 20/19
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2020:0115.VERG20.19.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 97 Abs 1 S 1 GWB, § 97 Abs 2 GWB, § 97 Abs 4 GWB, § 160 Abs 2 GWB, § 160 Abs 3 S 1 Nr 1 GWB ... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Januar 2020 – Verg 20/19 –, juris

Vergabenachprüfungsverfahren: Erforderlichkeit bzw. Inhalt einer Rüge; Anforderungen an eine Überprüfung durch den öffentlichen Auftraggeber

Orientierungssatz

1. Entzieht sich ein Vergaberechtsverstoß nicht vollständig der Einsichtmöglichkeit eines Antragstellers, muss er im Rahmen seiner Rügeobliegenheit zumindest tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen.(Rn.56)
2. Eine Rüge ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn der öffentliche Auftraggeber in seinem Nichtabhilfeschreiben zum Ausdruck gebracht hat, dass er auch auf eine Rüge unumstößlich an seiner Entscheidung festhalten wird.(Rn.67)
3. Hat sich ein öffentlicher Auftraggeber zu einer Überprüfung verpflichtet, ist er in der Wahl seiner Überprüfungs mittel grundsätzlich frei. Das gewählte Mittel muss jedoch geeignet und die Mittelauswahl frei von sachwidrigen Erwägungen getroffen worden sein.(Rn.71)

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 5. Juni 2019 (VK 11/19-L) wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird festgesetzt auf EUR 54.264,00.

Gründe

I.

- 1 Der Antragsgegner schrieb mit Bekanntmachung vom 13. November 2018 den Erwerb einer Landeslizenz zur Nutzung einer Software zur Erstellung von CO2-Bilanzen durch die Gemeinden und Gemeindeverbände in O. , die Bezirksregierungen, den S. sowie durch ihn selbst europaweit im offenen Verfahren aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachung Nr. 2018/S 218-499307). Der Vertrag sollte für eine Laufzeit von drei Jahren mit einer einmaligen Verlängerungsoption um drei Jahre geschlossen

werden. Der Antragsgegner behielt sich die Beauftragung mit Schulungen für ca. 12 bis 15 Nutzer je Schulung vor.

2 Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

3 Die bereitgestellte Software musste "mit Leistungsbeginn (01.04.2019) mindestens die BSKO-Konformität und die SECAP-Konformität erfüllen." In der Leistungsbeschreibung, die Teil der Vergabeunterlagen war, wurde unter Ziffer II. zum Auftragsgegenstand näher ausgeführt:

4 **"A. Grundvoraussetzungen**

5 (...) Sechs Monate nach Auftragserteilung müssen die O.-Kommunen mithilfe der bereitgestellten Software inkl. Daten in der Lage sein, ihre bereits erstellten Bilanzen einheitlich weiterführen zu können.

6 Die Software muss mindestens die folgenden Bilanzierungsmethoden darstellen können:

7 BSKO (Bilanzierungssystematik kommunal)

8 IPCC (Kyoto Protocol)

9 LCA (Life Cycle Analysis)

(...)

10 Es muss zudem eine einfache und übersichtliche Dateneingabe gewährleistet sein. Freiwählbare Einheiten (z.B. kWh, MWh, TJ, Liter, m³, etc.) sind vorzugeben. Diese Einheiten müssen von der Software auf Wunsch automatisch in andere Einheiten umgerechnet werden können. Es muss weiterhin möglich sein, dass alle Eingaben mit entsprechenden Quellen und Kommentaren versehen werden können. Eine Inter- und Extrapolationsfunktion, eine Import- und Exportfunktion für alle Tabellen und Daten (z.B. xls, csv) und eine entsprechende Kommentarfunktion müssen dazu vorhanden sein.

(...)

11 **C Inhaltliche Anforderungen**

12 1. Erstellung einer jährlichen Basisbilanz

13 Die Software muss die Funktion zur Erstellung einer Startbilanz für jeden Nutzer umfassen. Die Software muss es dem Nutzer ermöglichen, bereits ohne eigene aufwändige Dateneingabe auf Basis der vom Auftraggeber (oder einem vom Auftraggeber benannten Dritten) zentral bereitgestellten Daten (...), eine erste annäherungsweise Bilanzierung seiner Energie- und THG-Emissionen zu erstellen.

(...)

14 4. Benutzer-Handling

15 Die Software muss es auch ermöglichen, verschiedene Benutzerrollen (Administrator, Datenpflege, "read-only") einzurichten. Pro Kommune, Kreis, Bezirksregierung oder Land O. sind beliebig viele Benutzerregistrierungen vorzusehen. Für jeden Nutzer soll es die

Möglichkeit geben, spezifische Texte, Ankündigungen, Dokumente zu definieren und integrieren zu können.

(...)

16 6. Resultate für alle Bilanzierungsbereiche

17 Für sämtliche Bilanzierungsbereiche (...) sind die folgenden Bilanzen darzustellen:

18 Endenergie

19 Primärenergie (LCA)

(...)

20 8. Berichte

21 Folgende Berichtsformate müssen durch die Software erzeugt werden können:

22 (...) O.-Bericht (Inhalt und Standard in Anlehnung an den Musterbericht O. (...)).

23 (Eingeklammerte Auslassungen im gesamten Beschluss durch Senat)

24 In der Leistungsbeschreibung war unter Ziffer IV.2. die Vorlage einer "Erklärung zur Erfüllung der Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung" gefordert:

25 "Der Bieter hat mit seinem Angebot aussagekräftige Nachweise vorzulegen, die belegen, dass der Bieter in der Lage ist, mit Auftragsbeginn eine Softwarelösung zur Verfügung zu stellen, die die oben genannten Anforderungen (II. dieser Leistungsbeschreibung) vollständig erfüllt. Angebote, die nicht belegen, dass alle aufgestellten Anforderungen erfüllt werden können, werden ausgeschlossen."

26 Auf eine Bieteranfrage erläuterte der Antragsgegner am 30. November 2018 die Anforderungen an die in der Leistungsbeschreibung geforderte Nachweisführung wie folgt:

27 "Unter '2. Erklärung zur Erfüllung der Mindestanforderungen gemäß II. dieser Leistungsbeschreibung/Angaben' wird erwartet, dass der Bieter insbesondere auf die Mindestanforderungen unter II. eingeht und im Angebot darstellt (schriftlich/grafisch), welche Lösungen die angegebene Software für die genannten Anforderungen zum Beginn der Vertragslaufzeit bereithält. Aussagekräftige Nachweise entsprechen dem Sinne der o.g. Ausführungen und beinhalten daher mehr als die bloße Erklärung, dass die genannten Mindestanforderungen gemäß Ziffer II. erfüllt werden."

28 Die Antragstellerin und der Beigeladene, die bis 2015 Kooperationspartner waren, gaben als einzige Bieter jeweils fristgerecht ein Angebot ab. Der Beigeladene reichte mit seinem Angebot ein 78 DIN A4-Seiten umfassendes Dokument "Erklärung zur Erfüllung der Mindestanforderungen gemäß Ziffer II der Leistungsbeschreibung/Angaben" ein, in dem er ausführlich zur Erfüllung der in der Leistungsbeschreibung aufgestellten Anforderungen Stellung nahm und deren Umsetzung bzw. Funktionsweise anhand zahlreicher Abbildungen erläuterte.

29 Nach Ablauf der Angebotsfrist sowie Öffnung und formeller Prüfung der Angebote bat der Antragsgegner den Beigeladenen mit Schreiben vom 11. Februar 2019 um Erläuterung des Angebotspreises und einzelner Punkte in seiner Erklärung zur Erfüllung der Mindest-

anforderungen. Nach Prüfung der Erläuterungen durch seine Vergabestelle und sein für L. zuständiges Fachreferat ... gelangte der Antragsgegner zu dem Ergebnis, dass der Beigeladene eine den Anforderungen der Leistungsbeschreibung entsprechende Software angeboten habe und in der Lage sein werde, bei Leistungsbeginn alle zwingenden Anforderungen zu erfüllen.

- 30 Das Angebot des Beigeladenen platzierte nach abschließender Angebotswertung vor dem Angebot der Antragstellerin auf dem ersten Rang.
- 31 Mit Schreiben vom 8. März 2019 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin seine Absicht mit, dem Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Die Antragstellerin rügte mit Anwaltsschreiben vom 12. März 2019 die beabsichtigte Zuschlagserteilung, weil "nach Kenntnis unserer Mandantin [...] eine Reihe der von Ihnen ausdrücklich als Mindestkriterien aufgestellten Leistungsanforderungen an den Beschaffungsgegenstand nicht erfüllt" würden und das Angebot des Beigeladenen auszuschließen sei. Dieser Beanstandung half der Antragsgegner am 13. März 2019 insoweit ab, als er die Zuschlagserteilung zwecks Prüfung der aufgeworfenen Punkte aussetzte. Eine Vertreterin des Antragsgegners erörterte telefonisch sowohl mit dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin als auch mit einem Mitarbeiter des Beigeladenen die Möglichkeit, die von den Bietern angebotenen Softwarelösungen einer verifizierenden Teststellung zu unterziehen. Den Inhalt der geführten Telefonate fasste der Antragsgegner mit dem an beide Bieter gerichteten Schreiben vom 15. März 2019 zusammen und bat um deren Zustimmung. Die Antragstellerin erklärte mit Anwaltsschreiben vom 18. März 2019 ihr Einverständnis mit einer Teststellung, der Beigeladene widersprach mit Anwaltsschreiben vom 22. März 2019 und rügte das Vorgehen als vergaberechtswidrig.
- 32 Daraufhin nahm der Antragsgegner von der beabsichtigten Teststellung Abstand und half der Beanstandung der Antragstellerin mit Schreiben vom 29. März 2019 nicht ab. Zur Begründung führte der Antragsgegner aus: Die telefonisch vorgeschlagene Teststellung habe dazu gedient, "die von Ihrer Mandantschaft erhobene Rüge, die offensichtlich auf einer detaillierten Kenntnis der Software beruht, ohne Verfahrensverzögerung transparent klären zu können und hierzu einen Echtbetrieb zu generieren." Der Beigeladene, so die Begründung weiter, erfülle "mit Leistungsbeginn nach hiesiger Überzeugung die in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestkriterien für das ausgeschriebene Softwaretool vollständig".
- 33 Die Antragstellerin hat am 2. April 2019 einen Nachprüfungsantrag gestellt und im Wesentlichen die Begründung ihres Schreibens vom 12. März 2019 wiederholt. Ergänzend hat sie vorgetragen, dass ihr die Software des Beigeladenen deshalb bekannt sei, weil einzelne ihrer Kunden zunächst zum Beigeladenen gewechselt, jedoch unzufrieden mit der vom Beigeladenen eingesetzten Software zur Antragstellerin zurückgekehrt seien und ihr auch die eingesetzte Software vorgeführt hätten. Ihr, der Antragstellerin, sei die Software des Beigeladenen zudem aus Vorträgen und Dokumentationen bekannt.
- 34 Darüber hinaus hat sie gerügt, dass das vom Antragsgegner angewandte Verfahren zur "Eignungsprüfung" untauglich sei. Der Antragsgegner habe die Angaben des Beigeladenen in seiner "Erklärung zur Erfüllung der Mindestanforderungen gemäß II. dieser Leistungsbeschreibung" nicht überprüft und auch nicht überprüfen können, weil allein anhand von Screenshots und schriftlichen Erläuterungen technisch nicht nachvollzogen werden könne, ob die vom Beigeladenen angebotene Software die geforderten Rechenoperationen vorzunehmen in der Lage sei. Vergaberechtswidrig sei auch, dass der An-

tragsgegner die zwischen den Beteiligten geschlossene "Schiedsabrede", mit der die Durchführung einer Teststellung zur Überprüfung der Angebotsangaben des Beigeladenen vereinbart worden sei, nicht einhalte.

- 35 Nachdem die Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte genommen hatte, hat sie mit Schriftsatz vom 7. Mai 2019 zudem einen Verstoß gegen § 60 Abs. 1 und 2 Nr. 5 VgV gerügt, weil der Antragsgegner - so ihre Behauptung - nicht die Rechtmäßigkeit einer dem Beigeladenen gewährten staatlichen Zuwendung geprüft habe.
- 36 Sie hat beantragt,
- 37 dem Antragsgegner aufzugeben, das Angebot des Beigeladenen auszuschließen und ihr Angebot zu beauftragen, hilfsweise die Angebotswertung zu wiederholen oder die Beschaffungsmaßnahme erneut auszuschreiben.
- 38 Der Antragsgegner und der mit Beschluss vom 11. April 2019 zum Verfahren hinzugezogene Beigeladene haben beantragt,
- 39 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
- 40 Die Vergabekammer hat mit dem angegriffenen Beschluss den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Soweit die Antragstellerin die Forderung nach einer Teststellung zum Nachweis der Erfüllung der Mindestanforderungen erhebe, sei sie mit ihrer Rüge gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert und der Nachprüfungsantrag unzulässig. Der Nachprüfungsantrag sei im Übrigen unbegründet. Dem Antragsgegner seien keine Vergaberechtsfehler bei der Wertung des Angebots des Beigeladenen unterlaufen. Er habe die Eignung des Beigeladenen, den ausgeschriebenen Auftrag ordnungsgemäß durchzuführen, anhand der von ihm bekannt gegebenen Eignungskriterien durchgeführt. Die Antragstellerin könne nicht verlangen, dass der Antragsgegner zum Nachweis der Eignung eine in den Vergabeunterlagen nicht geforderte Teststellung durchführe. Die Verfahrensbeteiligten haben sich auch nicht wirksam telefonisch auf die Durchführung einer Teststellung geeinigt, weil eine solche Abrede gegen den Grundsatz der Transparenz verstieße. Der Antragsgegner sei schließlich fehlerfrei davon ausgegangen, dass die dem Beigeladenen gewährte Subvention keinen Einfluss auf den Angebotspreis des Beigeladenen habe.
- 41 Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt. Die Entscheidung der Vergabekammer sei fehlerhaft. Ihr Nachprüfungsantrag sei vollumfänglich zulässig. Sie sei auch nicht mit ihrer Rüge der fehlenden Teststellung präkludiert, weil dieser Fehler in den Vergabeunterlagen für sie jedenfalls in rechtlicher Hinsicht nicht erkennbar gewesen sei. Die Vergabekammer habe sich auch nicht damit auseinandergesetzt, dass nach gesicherter Erkenntnis der Antragstellerin die vom Beigeladenen angebotene Software zumindest Ende 2018 zahlreiche Mindestkriterien der Leistungsbeschreibung nicht erfüllt habe und aus diesem Grund vom Beigeladenen auch nicht angeboten worden sein könne.
- 42 Die Antragstellerin beantragt,
- 43 den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 5. Juni 2019, VK 11/19-L, aufzuheben und dem Antragsgegner aufzugeben, das Angebot des Beigeladenen auszuschließen und das Angebot der Antragstellerin zu beauftragen, hilfsweise die Angebotswertung zu wiederholen, äußerst hilfsweise die Beschaffungsmaßnahme erneut auszuschreiben, äu-

berst hilfsweise dem Antragsgegner zu untersagen, das Verfahren durch Zuschlag zu beenden;

44 Der Antragsgegner und der Beigeladene beantragen,

45 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

46 Sie verteidigen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die Entscheidung der Vergabekammer.

II.

47 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Sie ist teilweise unzulässig, im Übrigen unbegründet.

48 1. Die sofortige Beschwerde ist unzulässig, soweit die Vergabekammer einen Verstoß gegen § 60 VgV verneint hat. Diese Ausführungen hat die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde nicht ordnungsgemäß angegriffen. Es fehlt insoweit an einer gemäß § 172 Abs. 2 Nr. 2 GWB erforderlichen Begründung des Rechtsmittels. Nach dieser Vorschrift muss die Beschwerdebegründung die Angabe der Tatsachen und Beweismittel enthalten, auf die sich die Beschwerde stützt. Zwar dürfen bei der Anwendung von § 172 Abs. 2 GWB keine hohen Anforderungen gestellt werden (OLG Fankfurt a.M., Beschluss vom 18. April 2006, 11 Verg 1/06 - juris, Rn. 22; Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 172 GWB Rn. 13). Zu fordern ist aber eine Darlegung der Tatsachen und Beweismittel, die nach Ansicht des Beschwerdeführers eine abweichende Entscheidung gebieten.

49 Hieran fehlt es. Die Beschwerdebegründung der Antragstellerin enthält keinerlei Ausführungen dazu, aus welchen Gründen die Erwägungen der Vergabekammer zur fehlenden Ursächlichkeit der gewährten Fördermittel für den niedrigen Angebotspreis unzutreffend sein sollen. Auch eine Bezugnahme auf ihr Vorbringen vor der Vergabekammer fehlt. Dem Vorbringen des Antragsgegners, dass die diesbezüglichen Feststellungen der Vergabekammer mit der sofortigen Beschwerde offenbar nicht gerügt worden seien (Ss. vom 2. Juli 2019, dort S. 6, Bl. 55 d.GA.), ist die Antragstellerin weder schriftsätzlich noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat entgegengetreten.

50 2. Soweit zulässig, ist die sofortige Beschwerde der Antragstellerin unbegründet. Ihr Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig, im Übrigen unbegründet.

51 a. Der Antragstellerin fehlt die Antragsbefugnis im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB, soweit sie dem Antragsgegner die Verletzung einer "Schiedsabrede" vorwirft, mit der die Durchführung einer Teststellung zur Überprüfung der Angebotsangaben des Beigeladenen vereinbart worden sei. Es kann dahinstehen, ob die Antragstellerin insoweit überhaupt die Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften rügt. Jedenfalls hat die Antragstellerin den Abschluss der behaupteten Abrede nicht schlüssig vorgetragen. Aus dem von ihr in Bezug genommen Schreiben des Antragsgegners vom 15. März 2019, mit dem dieser um die Zustimmung der Beteiligten zu einer Teststellung bat, ergibt sich der Abschluss der behaupteten Abrede gerade nicht. Dass sich der Antragsgegner mit einem Vertreter des Beigeladenen, was dieser bestreitet, telefonisch rechtswirksam auf die Durchführung einer Teststellung geeinigt

habe, behauptet die Antragstellerin lediglich ins Blaue hinein, ohne dass dafür Anhaltspunkte ersichtlich sind.

- 52 b. Der Nachprüfungsantrag ist gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB unzulässig, soweit die Antragstellerin die Zuschlagserteilung an den Beigeladenen als vergaberechtsfehlerhaft beanstandet, weil die von diesem angebotene Software nicht alle der als Mindestkriterien aufgestellten Leistungsanforderungen bis zum Vertragsbeginn am 1. April 2019 erfüllen würde. Sie hat den behaupteten Vergaberechtsverstoß trotz Kenntnis nicht innerhalb einer Frist von zehn Tagen ab Kenntniserlangung gerügt.
- 53 aa. Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller einen Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Die Rügeobliegenheit wird nur ausgelöst, wenn der Antragsteller eine feststellbare und im Streitfall vom öffentlichen Auftraggeber nachzuweisende positive Kenntnis von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen hat. Darüber hinaus muss er aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung zugleich die positive Vorstellung von einem Verstoß gegen Vergabevorschriften gewonnen haben (Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 40). Dem gleichzustellen ist, wenn der Antragsteller in tatsächlicher oder rechtlicher Unkenntnis in einer Weise verharrt, die mit Blick auf einen möglichen Vergaberechtsverstoß als ein mutwilliges Sich-der-Erkenntnis-Verschließen zu bewerten ist (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06 - juris Rn. 35; Senatsbeschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 54/18 - juris, Rn. 49).
- 54 Die Antragstellerin hat den behaupteten Vergaberechtsverstoß mit Erhalt der Mitteilung vom 8. März 2019, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werde, in tatsächlicher Hinsicht erkannt. Sie hatte nach eigenen Angaben "gesicherte Erkenntnis", dass die vom Beigeladenen angebotene Software zumindest Ende 2018 13 Mindestkriterien der Leistungsbeschreibung nicht erfüllt habe und aus diesem Grund bei Leistungsbeginn nicht erfüllen werde, und damit das Bewusstsein, dass das beanstandete Verhalten des Antragsgegners gegen Vergaberecht verstößt. Die Zehn-Tages-Frist begann mit Kenntnis und endete mit Ablauf von zehn Kalendertagen mit Ablauf des 18. März 2019. Bis zum Ablauf dieser Frist ist dem Antragsgegner kein Rügeschreiben zugegangen
- 55 bb. Das Schreiben vom 12. März 2019, mit dem die Antragstellerin geltend gemacht hat, nach ihrer "Kenntnis" verfüge die vom Beigeladenen angebotene Software nicht alle in der Leistungsbeschreibung geforderten Mindestkriterien, erfüllt nicht die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Rüge im Sinne von § 160 Abs. 3 S. 1 GWB.
- 56 (1) Zwar ist an Rügen ein großzügiger Maßstab anzulegen (OLG Dresden, Beschluss vom 6. Februar 2002, WVerg 4/02 - juris, Rn. 19; OLG München, Beschluss vom 7. August 2007, Verg 8/07 - juris, Rn. 11 f.; Senatsbeschluss 13. April 2011, VII-Verg 58/10 - juris, Rn. 53). Da ein Bieter naturgemäß nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines - oft nur beschränkten - Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es um Vergabeverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen (Senatsbeschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10 - juris, Rn. 53; OLG Frankfurt, Beschluss vom 9. Juli 2010, 11 Verg 5/10 - juris Rn. 51; OLG Dresden, Beschluss vom 6. Juni 2002, WVerg 4/02 - juris Rn. 18 f.). Der Antragsteller muss aber -

wenn sich der Vergaberechtsverstoß nicht vollständig seiner Einsichtsmöglichkeit entzieht - zumindest tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen (Senatsbeschluss vom 16. August 2019, VII-Verg 56/18; OLG München, Beschluss vom 11. Juni 2007, Verg 6/07 - juris, Rn. 31). Ein Mindestmaß an Substantiierung ist einzuhalten; reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen reichen nicht aus (OLG Brandenburg, Beschluss vom 29. Mai 2012, Verg W 5/12 - juris, Rn. 4; Beschluss vom 20. November 2012, Verg W 10/12 - juris Rn. 5; OLG München, Beschluss vom 2. August 2007, Verg 7/07, juris Rn. 15 f.). Da die Rüge einerseits den öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen soll, einen etwaigen Vergaberechtsverstoß zeitnah zu korrigieren (Beschleunigung des Vergabeverfahrens, Selbstkontrolle des öffentlichen Auftraggebers), und andererseits Zugangsvoraussetzung zum Nachprüfungsverfahren ist, ist es unabdingbar, dass der Antragsteller - um unnötige Verzögerungen des Vergabeverfahrens zu vermeiden und einem Missbrauch des Nachprüfungsverfahrens vorzubeugen - bereits frühzeitig diejenigen Umstände benennt, aufgrund derer er vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes ausgeht. Aus Gründen der Beschleunigung wie auch zur Vorbeugung gegen den Missbrauch der Rüge bzw. des Nachprüfungsverfahrens ist dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht zuzumuten, auf gänzlich unsubstantiierte Rügen hin in eine (ggf. erneute) Tatsachenermittlung einzutreten. Ähnlich dem dem Untersuchungsgrundsatz des § 163 GWB zugrunde liegenden Gedanken kann er sich vielmehr auf das beschränken, was von den Bietern vorgebracht wird oder ihm sonst bekannt sein muss. Daher ist der Antragsteller gehalten, schon bei Prüfung der Frage, ob ein Vergaberechtsverstoß zu rügen ist, Erkenntnisquellen auszuschöpfen, die ihm ohne großen Aufwand zur Verfügung stehen. Zudem muss er, um eine Überprüfung zu ermöglichen, angeben, woher seine Erkenntnisse stammen (siehe zur Berufung auf Branchen- und Marktkennntnis Senatsbeschluss, aaO., Rn. 53 f.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 2. November 2012, Verg W 10/12 - juris, Rn. 5). Formulierungen wie "nach unserer Kenntnis" oder "nach unserer Informationslage" genügen in der Regel nicht (Senatsbeschlüsse vom 16. August 2019, VII-Verg 56/18, und vom 12. Juni 2019, VII-Verg 54/18, S. 16 f.).

- 57 Hieran gemessen ist das Schreiben der Antragstellerin vom 12. März 2019 inhaltlich unzureichend. Eine Auslegung des "Rügeschreibens" entsprechend §§ 133, 157 BGB aus Sicht einer verständigen Vergabestelle ergibt, dass die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung des Antragsgegners angreift, weil aus ihrer Sicht die vom Beigeladenen angebotene Software die Mindestkriterien bei Leistungsbeginn am 1. April 2019 nicht erfüllen werde. Zwar befasst sich die Antragstellerin in ihrem Schreiben ausschließlich mit dem seinerzeit aktuellen Zustand der Software des Beigeladenen ("erfüllt nicht", "werden nicht vorgesehen", "enthält diese Möglichkeit der Eintragung nicht", "Diese Funktionen gibt es (...) nicht", "was die Software (...) nicht ermöglicht" etc.) und stellt auch im Nachprüfungsverfahren zur Untermauerung ihres Vorwurfs auf den Entwicklungsstand der vom Beigeladenen entwickelten Software im Dezember 2018 ab. Bei verständiger Würdigung dieses Vorbringens aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers auf Auftraggeberseite wollte die Antragstellerin damit zum Ausdruck bringen, dass die Software diese Funktionen (auch) zum Vertragsbeginn am 1. April 2019 nicht erfüllen wird. Eine Rüge, die allein auf die Nichterfüllung der Leistungsanforderungen bei Angebotsabgabe abzielte, wäre offensichtlich sinnlos, weil die anzubietende Software nach den Vergabeunterlagen die geforderten Eigenschaften zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht aufweisen musste, wie der Antragstellerin bekannt war.

- 58 Die Rüge ist jedoch substanzlos, weil das Schreiben nicht offenlegt, aus welchen Tatsachen die Antragstellerin den Schluss zieht, dass der Beigeladene nicht in der Lage sein wird, in dem verbleibenden Zeitraum bis zum Vertragsbeginn am 1. April 2019 die geforderte Software bereitzustellen. Die Ausführungen der Antragstellerin, nach ihrer "Kenntnis" verfüge die vom Beigeladenen angebotene Software über "eine Reihe" der Muss-Kriterien nicht, betreffen zum einen nur den bei Angebotsabgabe aktuellen Entwicklungsstand der Software und lassen zum anderen Angaben dazu vermissen, worauf diese Kenntnis gründet, insbesondere um welche Informationen aus welchen Quellen es sich handeln soll. Diese Angaben werden erst im Nachprüfungsantrag nachgeholt und dort auch nur insoweit, als sie den - für die Zuschlagsentscheidung nicht relevanten - Entwicklungsstand der Software im Dezember 2018 betreffen. Sie können die unzureichende Rüge nicht heilen.
- 59 (2) Die Rüge war auch nicht ausnahmsweise entbehrlich.
- 60 Die Rügeobliegenheit entfällt ausnahmsweise, wenn eine Rüge ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann und daher "reine Förmelerei" wäre. Ihren Zweck, dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit der Selbstkontrolle zu geben, Rechtsverstöße ohne Durchführung eines zeitverzögernden Vergabenachprüfungsverfahrens zu korrigieren (Senatsbeschluss vom 22. August 2000, Verg 9/00; BayObLG, Beschluss vom 20. August 2001, Verg 9/01, NZBau 2002, 348; OLG Brandenburg Beschluss vom 10. Januar 2012, Verg W 18/11, VergabeR 2012, 521, 522; OLG Celle Beschluss vom 11. Februar 2010, 13 Verg 16/09, VergabeR 2010, 669, 674; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27. Juni 2016, 1 Verg 2/16; Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 37; Jaeger in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 3), kann eine Rüge dann nicht erfüllen, wenn der öffentliche Auftraggeber eindeutig zu erkennen gibt, dass er unumstößlich an seiner Entscheidung festhält und auch auf eine Rüge unter keinen Umständen von seiner Entscheidung abrücken wird (Senatsbeschlüsse vom 16. August 2019, VII-Verg 56/18, und vom 11. Januar 2012, VII-Verg 67/11; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27. Juni 2016, 1 Verg 2/16 - juris, Rn. 85 ff.; OLG Stuttgart, Beschluss vom 11. Juli 2000, 2 Verg 5/00, NZBau 2001, 462; Jaeger in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 67; Hofmann in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, Kommentar, 2016, § 160 Rn. 86 f.).
- 61 Hiervon kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Der Antragsgegner hat vielmehr im Gegenteil das unzureichende Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 12. März 2019 zum Anlass genommen, den diesbezüglichen Sachverhalt zu prüfen, und damit zum Ausdruck gebracht, sich mit dem Vorbringen der Antragstellerin auseinandersetzen und gerade nicht an der ursprünglichen Auswahlentscheidung unter allen Umständen festhalten zu wollen. Auf eine inhaltlich substantiierte Rüge konnte auch nicht deshalb verzichtet werden, weil der Antragsgegner die Beanstandungen im "Rügeschreiben" aufgegriffen hat und davon ausging, dass die Antragstellerin "offensichtlich" über eine "detaillierte Kenntnis der Software" verfüge.
- 62 cc. Soweit die Antragstellerin erstmals mit Schriftsatz vor der Vergabekammer gerügt hat, dass der Antragsgegner vergaberechtsfehlerhaft die Erfüllung der geforderten Eigenschaften der Software nicht mittels einer verifizierenden Teststellung überprüft habe, ist ihr Antrag zulässig.

- 63 (1) Anders als die Vergabekammer meint, greift die Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB nicht, weil der behauptete Vergaberechtsverstoß aus den Vergabeunterlagen in rechtlicher Hinsicht nicht erkennbar war.
- 64 Die Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften ist objektiv zu bestimmen. Eine die Rügeobliegenheit auslösende Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften ist - immer bezogen auf den konkreten Einzelfall - zu bejahen, wenn der Verstoß von einem durchschnittlich fachkundigen Bieter des angesprochenen Bieterkreises bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen erkannt werden kann (Senatsbeschlüsse vom 3. April 2019, VII-Verg 49/18 - juris, Rn. 183; vom 26. Juli 2018, VII-Verg 23/18; und vom 28. März 2018, VII-Verg 54/17 - juris, Rn. 17). Im Hinblick auf Vergabeunterlagen wird damit als Voraussetzung einer Rügepräklusion gefordert, dass der Inhalt der Unterlagen bei laienhafter rechtlicher Bewertung, also ohne Bemühung besonderen Rechtsrats, auf einen Vergaberechtsverstoß hindeutet. Das setzt regelmäßig voraus, dass die Rechtsvorschriften, gegen die verstoßen wird, zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der beteiligten Bieterkreise gehören (Senatsbeschluss vom 26. Juli 2018, VII-Verg 23/18; OLG München, Beschluss vom 22. Oktober 2015, Verg 5/15 - juris, Rn. 43). Einer exakten rechtlichen Einordnung des Vergaberechtsverstoßes durch den Bieter bedarf es nicht (OLG Schleswig, Beschluss vom 22. Januar 2019, 54 Verg 3/18, BeckRS 2019, 590, Rn. 48).
- 65 Hier konnte ein durchschnittliches Fachunternehmen nicht erkennen, ob die Durchführung einer Teststellung zur Überprüfung der Einhaltung der Mindestanforderungen rechtlich geboten war. Ob und unter welchen Voraussetzungen der öffentliche Auftraggeber zur Verifizierung der Angebote eine Teststellung durchführen und dies vorab bekanntgeben muss, ist in Rechtsprechung und vergaberechtswissenschaftlicher Literatur nicht abschließend geklärt (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 16. Dezember 2009, VII-Verg 32/09 - juris, Rn. 90 ff.; zum Verfahren der Teststellung jüngst Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 13/19; Dreher/Aschoff, NZBau 2016, 144, 147 f.). Diesbezügliche Rechtskenntnisse sind von einem durchschnittlichen Bieterunternehmen des hier angesprochenen Bieterkreises nicht zu erwarten. Ob in den Fällen einer anwaltlichen Vertretung und Beratung des betroffenen Bieters ein höherer individueller Sorgfaltsmaßstab gilt (offengelassen in Senatsbeschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16 - juris, Rn. 36), kann vorliegend dahinstehen. Dass der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin im hier maßgeblichen Zeitpunkt des Fristablaufs zur Angebotsabgabe für diese tätig war und sie beraten hat, steht nicht fest.
- 66 (2) Die Antragstellerin ist mit ihrer Rüge auch nicht gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Es spricht zwar viel dafür, dass die Antragstellerin den behaupteten Rechtsverstoß nach Erhalt des Nichtabhilfeschreibens des Antragsgegners vom 29. März 2019 erkannt hat. Nachdem der Antragsgegner in seinem Nichtabhilfeschreiben deutlich gemacht hatte, dass er den Zuschlag ohne Durchführung einer Teststellung erteilen wird, hatte die Antragstellerin in tatsächlicher Hinsicht Kenntnis vom beanstandeten Verhalten des Antragsgegners und - fachanwaltlich vertreten - zugleich die positive Vorstellung von einem Verstoß gegen Vergaberechtsvorschriften.
- 67 Die Rüge ist jedoch ausnahmsweise entbehrlich, weil der Antragsgegner in seinem Nichtabhilfeschreiben zum Ausdruck gebracht hat, dass er auch auf eine Rüge unumstößlich an seiner Entscheidung festhalten wird. Mit seinem Hinweis, dass er eine verifizierende Teststellung lediglich als "Kompromiss" vorgeschlagen habe und diese ohne Zustimmung

mung des Beigeladenen nicht zum Tragen komme, hat er deutlich gemacht, dass aus seiner Sicht eine rechtliche Verpflichtung zur Teststellung nicht bestehe und er den Zuschlag ohne vorherige Teststellung der Software erteilen werde. Zudem lässt die Feststellung des Antragsgegners, dass der Beigeladene "mit aussagekräftigen Nachweisen belegt" habe, "in der Lage zu sein, die in der Leistungsbeschreibung gestellten Anforderungen mit Leistungsbeginn zu erfüllen", nur den Schluss zu, dass der Antragsgegner seine Zuschlagsentscheidung unumstößlich getroffen hat und diese Entscheidung auch nicht durch eine Rüge in Zweifel ziehen werde.

- 68 b. Der Nachprüfungsantrag ist, soweit zulässig, unbegründet.
- 69 Der Antragsgegner hat seine Entscheidung, den Zuschlag auf das Angebot des Beigeladenen zu erteilen, ohne Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 GWB) getroffen. Der Antragsgegner ist beanstandungsfrei aufgrund der vorgelegten "Erklärung zur Erfüllung der Mindestanforderungen" des Beigeladenen zu der Einschätzung gelangt, der Beigeladene werde seine Leistungsversprechen erfüllen und mit Auftragsbeginn eine Software mit den geforderten Eigenschaften zur Verfügung stellen. Ob der Antragsgegner überhaupt verpflichtet war, die Angaben des Beigeladenen in seinem Angebot zu überprüfen, kann dahinstehen (aa.). Jedenfalls war er nicht verpflichtet, diese Überprüfung mittels einer verifizierenden Teststellung durchzuführen (bb.).
- 70 aa. Der öffentliche Auftraggeber ist grundsätzlich nicht verpflichtet zu überprüfen, ob die Bieter ihre mit dem Angebot verbindlich eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen auch einhalten werden. Vielmehr darf er sich grundsätzlich auch ohne Überprüfung auf die Leistungsversprechen der Bieter verlassen (Senatsbeschluss vom 15. Juli 2015, VII-Verg 11/15 - juris, Rn. 51; OLG München, Beschluss vom 11. Mai 2007, Verg 4/07, NJOZ 2008, 2351, 2356; Opitz in Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 127 Rn. 116). Eine Überprüfungspflicht des öffentlichen Auftraggebers ergibt sich nur dann, wenn konkrete Tatsachen das Leistungsversprechen eines Bieters als nicht plausibel erscheinen lassen (Senatsbeschluss vom 15. Juli 2015, VII-Verg 11/15 - juris, Rn. 51; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 16. Juni 2015, 11 Verg 3/15 - juris, Rn. 82 bei der Entscheidung über die Eignung). In diesen Fällen muss aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter (§ 97 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 GWB) der öffentliche Auftraggeber bereit und in der Lage sein, das Leistungsversprechen der Bieter effektiv zu verifizieren (EuGH, Urteil vom 4. Dezember 2003, C-448/01 - juris, Rn. 50 *Wienstrom* für die Erfüllung von Zuschlagskriterien; Kulartz/Opitz/Steding, Vergabe von IT-Leistungen, 2. Auflage 2015, 157 f.; Dreher/Aschoff, NZBau 2006, 144, 147 ff.; Opitz in Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 127 Rn. 115).
- 71 Ob - was zweifelhaft ist - den Antragsgegner gemessen an diesen Maßstäben eine Pflicht zur Überprüfung der Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens des Beigeladenen traf, bedarf hier keiner Entscheidung, weil er einer solchen Verpflichtung jedenfalls durch die Forderung an die Bieter in Ziffer IV.2. der Leistungsbeschreibung, nach einem (schriftlichen/grafischen) Nachweis zur Erfüllung der Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung und dessen Überprüfung durch das eigens hinzugezogene Fachreferat nachgekommen ist.

- 72 bb. Der Antragsgegner war bei der Auswahl der Mittel zur Überprüfung nicht beschränkt, insbesondere nicht zur Durchführung einer verifizierenden Teststellung verpflichtet.
- 73 Der öffentliche Auftraggeber ist in der Wahl seiner Überprüfungsmittel grundsätzlich frei (OLG München, Beschluss vom 11. Mai 2007, Verg 4/07, NJOZ 2008, 2351, 2356; OLG Frankfurt a.M. Beschluss vom 16. Juni 2015, 11 Verg 3/15 - juris, Rn. 82 zur Eignungsbeurteilung). Er ist im Interesse einer zügigen Umsetzung der Beschaffungsabsicht und einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens und aus Gründen seiner begrenzten Ressourcen und administrativen Möglichkeiten nicht auf eine bestimmte Methode oder bestimmte Mittel der fachlichen Prüfung festgelegt (Senatsbeschluss vom 5. Juli 2012, VII-Verg 13/12 - juris, Rn. 13; Wagner in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 56 VgV Rn. 29 ff.; Dreher/Aschoff, NZBau 2006, 144, 147; für eine niederschwellige Prüfung Pauka in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 56 VgV Rn. 11 f.). Das vom Auftraggeber gewählte Mittel zur Überprüfung muss jedoch geeignet und die Mittelauswahl frei von sachwidrigen Erwägungen getroffen worden sein. Der öffentliche Auftraggeber ist nur dann auf ein bestimmtes Mittel der Verifizierung zu verweisen, wenn dieses das einzige geeignete Mittel der Überprüfung der Bieterangaben darstellt und dem öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung steht (Dreher/Aschoff, NZBau 2006, 144, 147).
- 74 Gemessen daran stand es dem Antragsgegner frei, die Angaben des Beigeladenen in seinem Angebot anhand einer schriftlichen und grafischen Darstellung über die angebotene Software zu überprüfen. Die Durchführung einer verifizierenden Teststellung war nicht das einzige geeignete Mittel. Der Antragsgegner war anhand der Darstellungen in der Lage zu überblicken, welche Lösungen die anzubietende Software für die in der Leistungsbeschreibung aufgestellten Anforderungen bereithält und ob die Vorgaben der Leistungsbeschreibung realistisch eingehalten werden können. Sie versetzten ihn zudem in die Lage, hinsichtlich einzelner Komponenten konkrete Rückfragen an den Beigeladenen zu stellen. Dass einer solchen Darstellung - so die Behauptung der Antragstellerin - jegliche Aussagekraft im Hinblick auf die hier geforderten Eigenschaften fehlte, ist nicht ersichtlich und wird von der Antragstellerin auch nicht mit substantiellen Gründen vorgetragen. Es trifft auch nicht zu, dass "Rechenoperationen einer Software" allein anhand einer "dynamischen" Teststellung beurteilt werden könnten. Damit verkennt die Antragstellerin, dass von den Bietern die Lieferung der geforderten Software nicht bei Angebotsabgabe, sondern erst bei Leistungsbeginn verlangt war. Zwar kann eine verifizierende Teststellung grundsätzlich auch während der Entwicklungsphase der Software vor Leistungsbeginn durchgeführt werden (vgl. zu einer solchen Sachverhaltskonstellation Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 13/19). Ihr Erkenntniswert ist jedoch geringer, weil sie nur Aufschluss über den Entwicklungsstand der Software im Zeitpunkt des Testlaufs gibt und in der Regel keine sicheren Schlüsse über die Erfüllbarkeit des Angebots bei Leistungsbeginn erlaubt.

III.

- 75 Die Entscheidung bezüglich der im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 GWB. Es entspricht gemäß § 78 S. 2 GWB der Billigkeit, der Antragstellerin die durch das unbegründete Rechtsmittel verursachten Kosten aufzuerlegen, einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, der in der

mündlichen Verhandlung vor dem Senat einen eigenen Antrag gestellt und sich in relevantem Umfang schriftlich und mündlich am Beschwerdeverfahren beteiligt hat.

- 76 Die Wertfestsetzung beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Bei der Bemessung des Streitwerts war zu berücksichtigen, dass der Vertrag, auf dessen Abschluss das dem Nachprüfungsverfahren zugrunde liegende Vergabeverfahren zielt, der Vergabestelle gestattet, seine Laufzeit über den fest vorgesehenen Vertragszeitraum zu verlängern und optional weitere Leistungen (Schulungen) zu beauftragen.