

Gericht:	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	04.02.2022
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	54 Verg 9/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGSH:2022:0204.54VERG9.21.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 97 Abs 1 GWB, § 121 Abs 1 GWB, § 127 Abs 3 S 1 GWB, § 127 Abs 4 GWB, § 173 Abs 1 S 3 GWB ... mehr
Zitiervorschlag:	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 4. Februar 2022 - 54 Verg 9/21 -, juris

Leitsatz

1. Ein Antragsteller hat ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB, wenn die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag nur teilweise durch Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in ein früheres Stadium stattgegeben hat, ohne den Zuschlag wegen weiterer erhobener Rügen zu verbieten.
2. An eine Rüge eines Bieters in einem Vergabeverfahren sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Sie ist an keine bestimmte Form gebunden. Sie kann auch als Frage formuliert sein, solange der Bieter deutlich macht, dass er in einem bestimmten Sachverhalt einen Vergaberechtsverstoß sieht und Abhilfe erwartet.
3. Einem Konzept, in dem die Bieter lediglich allgemein die Vorteile des Beschaffungsgegenstandes beschreiben sollen, fehlt der notwendige Auftragsbezug, weil dadurch das qualitativ beste Angebot nicht ermittelt werden könnte.
4. Einem Konzept, in dem geplante Neuerungen und Innovationen beschrieben werden sollen, fehlt tendenziell der Auftragsbezug, weil es tendenziell nicht um die nachgefragte Leistung, sondern um eine möglicherweise in Zukunft anzubietende Leistung geht, für die ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden müsste.
5. Zwischen der in einem Konzept geforderten Darstellung der angebotenen Leistung und den Kriterien eines Bewertungsschemas muss ein objektiver Zusammenhang hergestellt werden können.

Orientierungssatz

- Zum Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde.
- Zu den Anforderungen an eine Rüge eines Bieters in einem Vergabeverfahren.
- Zum Auftragsbezug von in einem Vergabeverfahren geforderten Konzepten der Bieter.
- Zu Bewertungsschemata für Konzepte und Teststellungen.
- Zur Auslegung von Vergabeunterlagen.
- Zur Eindeutigkeit einer Leistungsbeschreibung.

Fundstellen

NZBau 2022, 363-367 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Kiel, 22. November 2021, VK-SH 20/21, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Praxisreporte

Jan Peter Scharf, jurisPR-VergR 5/2022 Anm. 2 (Anmerkung)

Literaturnachweise

Jan Peter Scharf, jurisPR-VergR 5/2022 Anm. 2 (Anmerkung)

Tenor

Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 22.11.2021 wird bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde verlängert.

Die Kostenentscheidung bleibt der abschließenden Entscheidung vorbehalten.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegner schrieben mit Bekanntmachung vom 18.08.2021 die Beschaffung eines Systems zur digitalen Dokumentation im offenen Verfahren mit einer Angebotsfrist bis zum 13.09.2021 aus. Zuschlagskriterien sind die Qualität und der Preis mit Gewichtungen von 65 % und 35 %. Bei der Qualitätsbewertung können Bieter maximal 65 Punkte erreichen, für die Bewertung der Sollkriterien maximal 17 Punkte, für die Bewertung von drei einzureichenden Konzepten jeweils maximal 10 Punkte und für die Bewertung der Teststellung maximal 18 Punkte. Die Bieter hatten mit dem Angebot ein Digitalisierungskonzept, ein Dokumentationskonzept und ein Innovationskonzept einzureichen. Mit dem Angebot war ein Tablet mit einer Demo-Version der Software-Lösung zu übersenden. Für die Konzepte und die Teststellung wurde in der Auftragsbekanntmachung jeweils ein Wertungsschema mitgeteilt.
- 2 Mit Schreiben vom 26.08.2021 rügte die Antragstellerin unter anderem die Vergaberechtswidrigkeit der Anforderung des Digitalisierungskonzepts und des Innovationskonzepts, die Vergaberechtswidrigkeit des Bewertungsschemas für die Konzepte und die Intransparenz der Teststellung. Die Antragsgegner wiesen die Rügen mit Schreiben vom 02.09.2021 zurück. Im Schreiben vom 07.09.2021 äußerte die Antragstellerin ihre Ansicht, dass, da kein Rahmenvertrag geschlossen werden solle, unklar sei, wie gemeinsam genutzte Installationskomponenten oder Lizenzen vertraglich abgebildet werden sollten. Die Antragsgegner antworteten darauf nicht.
- 3 Am 13.09.2021 gab die Antragstellerin ein Angebot ab. Geräte für die Teststellung reichte sie nicht ein.
- 4 Am 16.09.2021 stellte die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag. Sie hat, soweit es für diese Entscheidung von Bedeutung ist, im Wesentlichen ausgeführt, dem Digitalisierungskonzept und dem Innovationskonzept fehlten der Auftragsbezug. Das Digitalisierungskonzept solle sich nach dem Wortlaut der Ausschreibung und der Antwort auf ei-

ne Bieterfrage nicht mit dem Angebot des Bieters, sondern mit dem Nutzen der digitalen Dokumentation an sich befassen. Eine Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote sei auf dieser Grundlage nicht möglich. Im Innovationskonzept würden hypothetische Überlegungen zu möglicherweise eintretenden Innovationen gefordert. Die Entwicklung während der Vertragslaufzeit von zehn Jahren sei nicht vorhersehbar. Es sei nicht überprüfbar, welche Prognose wie bewertet werde. Das Innovationskonzept sei unzumutbar, weil es die Bieter zwinge, geplante Innovationen preiszugeben, ohne dass sie Teil der vertraglich geschuldeten Pflichten wären. Es bestehe kein Zusammenhang zwischen dem geforderten Konzeptinhalt und dem Bewertungsschema. Das etwa honorierte Aufzeigen besonders praxistauglicher und effizienter Lösungsmöglichkeiten werde in den Konzepten nicht gefordert.

- 5 Die Vorgaben zur Teststellung seien intransparent. Es sei unklar, was Gegenstand der Bewertung sein werde. Bei der Ergonomie der Tablets solle auch die intuitive Bedienbarkeit der Software beurteilt werden, die damit nichts zu tun habe. Das Bewertungsschema sei intransparent. Es sollten Punkte nur für die Ergonomie und Haptik des Tablets, nicht aber für die ebenfalls bewertete Bedienerfreundlichkeit der Software vergeben werden. In den Notenstufen sei von den Anforderungen und Bedürfnissen der Antragsgegner und den Besonderheiten der Ausschreibung die Rede, wobei offen bleibe, was gemeint sei. Die Kriterien seien rein subjektiv und ermöglichen eine willkürliche Bewertung.
- 6 Die Leistungsbeschreibung sei unklar. Es sei bereits unklar, ob eine Rahmenvereinbarung geschlossen werden solle. Es sei unklar, wie beim Abschluss von Einzelverträgen mit den Antragsgegnern gemeinsam genutzte Installationskomponenten oder Lizenzen vertraglich abgebildet werden sollten, zum Beispiel wie sich die Kündigung durch einen einzelnen Auftraggeber auswirke. Auf eine Bieterfrage dazu hätten die Antragsgegner nicht geantwortet.
- 7 Die Antragstellerin hat unter anderem beantragt,
- 8 gegen die Antragsgegner das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten;
das Vergabeverfahren in den Stand vor Veröffentlichung der Bekanntmachung zurückzuversetzen und - bei fortbestehender Beschaffungsabsicht - unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.
- 9 Die Antragsgegner haben unter anderem beantragt,
- 10 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
- 11 Die Antragsgegner haben, soweit es für diese Entscheidung darauf ankommt, im Wesentlichen ausgeführt, das Digitalisierungskonzept stehe in Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand. Es würden nicht nur allgemeine Aussagen gefordert. Die Bieter hätten jeweils den Mehrwert ihrer Lösung und ihren konkreten Nutzen in Einsatzszenarien darstellen sollen. Das Innovationskonzept stehe in Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand. Auch hier werde der konkrete Projektbezug einem verständigen Bieter deutlich. Die digitale Dokumentationslösung müsse über zehn Jahre auf dem neusten technischen Stand gehalten werden. Das Konzept ermöglche die Beurteilung, ob die Lösung Innovationspotential habe oder statisch sei. Die Bieter sollten nicht zukünftige Entwicklungen vorausahnen, sondern darstellen, wie sie bisher mit technischen Neuerungen um-

- gegangen seien und wie sie gedachten, das Produkt an zukünftige digitale Herausforderungen anzupassen. Die Darstellung der innovativen Lösungsansätze sei nicht unzumutbar. Der Geheimnisschutz werde eingehalten.
- 12 Die Teststellung sei transparent erfolgt. Ihr Gegenstand ergebe sich aus der Auftragsbekanntmachung. Die intuitive Bedienbarkeit sei Bestandteil der Ergonomie der Software. Die Benutzerfreundlichkeit der Software sei Bewertungskriterium, es handele sich ersichtlich um den Überbegriff für Haptik und Ergonomie. Die Bewertungskriterien seien für eine fachkundigen, verständigen Bieter verständlich.
- 13 Die Vergabekammer hat das Verfahren (nur) in den Stand vor der Aufforderung zur Übersendung der Hard- und Software für die Teststellung zurückversetzt. Zur Begründung hat sie, soweit es für diese Entscheidung darauf ankommt, im Wesentlichen ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei teilweise mangels rechtzeitiger Rüge unzulässig. Das betreffe unter anderem die Rüge der Unklarheit der vertraglichen Abbildung der gemeinsam genutzten Installationskomponenten und Lizenzen. Dazu habe die Antragstellerin vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zwar eine Bieterfrage gestellt, aber keine Rüge erhoben.
- 14 Der Nachprüfungsantrag sei nur teilweise begründet. Die Rüge gegen die Konzeptanforderung sei unbegründet. Diese habe den notwendigen Auftragsbezug. Die Anforderungen an das Digitalisierungskonzept seien transparent und bezögen sich auf das Angebot des Bieters, wie sich aus der Präambel ergebe. Das Konzept biete die Möglichkeit, spezielle Lösungswege zu beschreiben. Die Anforderungen an das Innovationskonzept seien transparent. Sie bezögen sich nach der Präambel auf die konkret zu erbringende Leistung. Auch wenn die Formulierung nicht gänzlich geglückt sei, werde deutlich, was darzustellen sei. Es sei klar, dass die Antragsgegner ein Produkt erwerben wollten, dass während der Vertragslaufzeit von zehn Jahren an Neuerungen angepasst werden könne und werde. Anpassungsbedarf sei zu erkennen und umzusetzen, bereits erkannte Entwicklungsmöglichkeiten seien darzustellen.
- 15 Der Angriff auf das Bewertungsschema sei unbegründet. Es ermögliche eine nachprüfbare und willkürfreie Wertung. Die Wertungsstufen unterschieden sich hinreichend, um deutlich zu machen, mit welchem Erfüllungsgrad welche Punktzahl erreicht werden könne. Grundlage für die Konzeptbeschreibung sei der Auftragsgegenstand.
- 16 Die ursprünglichen Regelungen zur Teststellung seien transparent und diskriminierungsfrei gewesen. Das Bewertungsschema sei nicht zu beanstanden. Es werde deutlich, dass Haptik und Ergonomie beurteilt werden sollten, wobei die Antragsgegner definierten, was sie darunter fassten, nämlich auch die Ergonomie der Software.
- 17 Hiergegen richtet sich die frist- und formgerecht eingereichte und begründete sofortige Beschwerde der Antragstellerin. Zur Begründung führt sie, soweit es für diese Entscheidung darauf ankommt, im Wesentlichen aus, der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Sie sei mit der Rüge der Unklarheit der vertraglichen Abbildung gemeinsam genutzter Komponenten und Lizenzen nicht präkludiert. Sie habe dazu nicht nur eine Frage gestellt, sondern im Schreiben vom 07.09.2021 eine Rüge formuliert.
- 18 Der Nachprüfungsantrag sei begründet. Dem Digitalisierungs- und dem Innovationskonzept fehle der Auftragsbezug. Das Digitalisierungskonzept fordere keine Darstellung des konkreten Angebots. Im Innovationskonzept seien rein hypothetische Überlegungen ge-

fordert. Sie blieben ohne Bedeutung für die Vertragsdurchführung, weil es keine vertragliche Pflicht zur Innovation geben könne. Geregelt sei auch nicht, wie Innovationen vergütet werden sollten. Das Innovationskonzept sei unzumutbar, weil es die Bieter zwinge, zukünftige Innovationen preiszugeben. Die Bewertung sei nicht überprüfbar, weil etwa im Digitalisierungskonzept nicht in einer Bewertungsstufe genannte effiziente Lösungswege und das Ausschöpfen der Möglichkeiten der digitalen Dokumentation dargestellt werden solle und nicht nachvollziehbar sei, wie die in einer Wertungsstufe genannte besondere Praxistauglichkeit und Effizienz von Lösungswegen bezogen auf in der Zukunft vielleicht entwickelte Innovationen bewertet werden könne.

- 19 Es sei unklar, was Gegenstand der Bewertung bei der Teststellung sein werde. Unklar seien die bewerteten Unterkriterien, weil die zur Bewertung vorgesehene Benutzerfreundlichkeit der Software im Bewertungsschema nicht mehr aufgegriffen werde. Sie könne nicht als Oberbegriff für die Haptik und Ergonomie des Tablets verstanden werden. Das Bewertungsschema sei intransparent. Denn es greife die zu bewertende Ergonomie und Haptik der Tablets nur bei der niedrigsten Punktestufe auf, während es ansonsten auf nicht näher definierte Anforderungen und Bedürfnisse der Antragsgegner und Besonderheiten der Ausschreibung abstelle. Das sei auch auf die Bieterfragen nicht aufgeklärt worden.
- 20 Nach der Leistungsbeschreibung werde ein Rahmenvertrag vergeben, während in der Antwort auf eine Bieterfrage mitgeteilt werde, dass Einzelverträge geschlossen werden sollten. Es sei dann unklar, wie gemeinsam genutzte Installationskomponenten oder Lizenzen vertraglich abgebildet werden sollten, was etwa im Falle der Kündigung durch einen Antragsgegner von Bedeutung sei.
- 21 Die Antragstellerin beantragt unter anderem,
- 22 gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern.
- 23 Die Antragsgegner beantragen unter anderem,
- 24 den Antrag nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB der Antragstellerin zur Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde abzulehnen.
- 25 Die Antragsgegner sind der Auffassung, der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde sei mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Sie verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer, soweit die Rügen der Antragstellerin erfolglos geblieben sind, unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

II.

- 26 Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.
- 27 1. Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig. Der Antragstellerin steht insbesondere ein Rechtsschutzbedürfnis zu.

- 28 Ein Rechtsschutzbedürfnis kann fehlen, wenn die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag nicht zurückgewiesen hat, sondern den Zuschlag verboten hat, ohne dabei den Rügen der Antragstellerin vollständig statzugeben, weil dann kein Zuschlag zu erwarten ist (OLG München, Beschluss vom 17.05.2005, Verg 9/05, Rn. 9 bei juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2004, VII Verg 39/04, Rn. 2 bei juris). Das soll auch gelten, soweit die Vergabekammer der Vergabestelle aufgegeben hat, bestimmte Verfahrensschritte zu wiederholen (Ulbrich in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 173, Rn. 30 f.).
- 29 Zwar scheidet ein Eilantrag nach § 173 Abs. 3 GWB aus, wenn die Vergabekammer den Zuschlag verboten hat. Es ist aber zweifelhaft, ob ein konkludentes Verbot darin gesehen werden kann, dass die Wiederholung von Verfahrensschritten angeordnet wird, weil der Zuschlag nach Erfüllung der Forderungen der Vergabekammer erteilt werden könnte (OLG Naumburg, Beschluss vom 03.04.2012, 2 Verg 3/12, Rn. 21 bei juris; OLG Naumburg, Beschluss vom 07.03.2008, 1 Verg 1/08, Rn. 19 bei juris; OLG Koblenz, Beschluss vom 29.08.2003, 1 Verg 7/03, Rn. 7 bei juris).
- 30 Nach der Ansicht des Senats spricht das Gebot des effektiven Rechtsschutzes für eine Anwendung des § 173 Abs. 1 S. 3 GWB, wenn der Zuschlag nicht ausdrücklich verboten worden ist. Denn der Zuschlag nach der Wiederholung der geforderten Vergabeschritte würde der Rechtsauffassung der Vergabekammer nicht widersprechen. Der Antragstellerin wäre zwar nach § 134 Abs. 1 GWB die Absicht des Zuschlages mitzuteilen, sodass sie dagegen einen Nachprüfungsantrag stellen könnte. Diesen könnte sie aber nur auf neue Rügen stützen. Ob sie nach Ablauf der aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren deren Neuanordnung beantragen könnte, erscheint zweifelhaft. Es gibt jedenfalls keinen Grund, aus dem die Zulässigkeit der Antragstellung dann aufgeschoben werden müsste.
- 31 Eine frühzeitige Entscheidung über den Antrag fördert zudem ein effizientes Vergabeverfahren, denn je nachdem, ob er abgelehnt oder ihm stattgegeben wird, kann die Vergabestelle das Verfahren fördern oder bis zur endgültigen Entscheidung über die Beschwerde davon absehen.
- 32 Eine Divergenzvorlage ist nach § 179 Abs. 2 S. 4 GWB im Eilverfahren nicht notwendig.
- 33 2. Nach § 173 Abs. 2 GWB wird der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung sind unter anderem die Erfolgs-aussichten der Beschwerde, die Aussichten des Antragstellers auf Erhalt des Auftrags und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen.
- 34 Bei der Auslegung ist das unionsrechtliche Gebot eines effektiven Rechtsschutzes zu berücksichtigen. Die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde haben daher entscheidendes Gewicht, sodass nur ausnahmsweise Gründe des Allgemeinwohls überwiegen können (Losch in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 173 GWB, Rn. 47; Wilke in: MKVergabeR I, 2. Aufl., § 173 GWB, Rn. 47). Hat die sofortige Beschwerde bei summarischer Prüfung hohe Erfolgsaussichten, wird dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung in der Regel statzugeben sein, hat sie dagegen nur geringe Erfolgsaussichten, ist ein schutzwürdiges Interesse an der Verlängerung in der Regel nicht anzu-

- nehmen (Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 173 GWB, Rn. 52 f.; Wilke in: MKVergabeR I, 2. Aufl., § 173 GWB, Rn. 50).
- 35 3. Bei einer summarischen Prüfung steht nicht fest, dass die sofortige Beschwerde der Antragstellerin keine oder nur geringe Aussicht auf Erfolg hat, sodass ein überwiegenderes Interesse an einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung besteht. Dem steht kein überwiegenderes Interesse der Antragsgegner an einem zügigen Abschluss des Vergabeverfahrens entgegen. Auf die absolute Dauer des Vergabeverfahrens können sie sich insoweit nicht berufen, nachdem sie die erste Ausschreibung nach dem Teilerfolg des Nachprüfungsantrags aufgehoben haben.
- 36 Die sofortige Beschwerde ist zulässig. Sie ist begründet, soweit der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet ist.
- 37 a) Hinsichtlich der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags wird zunächst auf die Ausführungen der Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss verwiesen. Diese sind, insbesondere im Hinblick auf die Darlegung des Auftragsinteresses der Antragstellerin, zutreffend, mit Ausnahme der Zurückweisung einer Rüge wegen Präklusion.
- 38 Zu Unrecht hat die Vergabekammer die Rüge als präkludiert angesehen, es sei unklar, wie bei dem Abschluss getrennter Verträge gemeinsam genutzte Komponenten und Lizenzen vertraglich abgebildet werden sollten. Die Rüge ist im Schreiben vom 07.09.2021 erhoben worden. Es ist nicht bloß eine Bieterfrage gestellt worden.
- 39 Die Rüge eines Vergabeverstoßes ist an keine bestimmte Form gebunden (Summa in: jurisPK Vergaberecht, 5. Auflage, § 160 GWB, Rn. 168; Gabriel/Mertens in: Beck OK Vergaberecht, 22. Ed., § 160 GWB, Rn. 182; Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, § 160 GWB, Rn. 68; Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage, § 160 GWB, Rn. 52; Jaeger in: MKVergabeR I, 2. Auflage, § 160 GWB, Rn. 62). Es reicht jede Form der Kommunikation, die geeignet ist, dem Empfänger eine bestimmte Information zu vermitteln (Summa, a. a. O.).
- 40 An den Inhalt einer Rüge sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es reicht, wenn der Bieter einen Sachverhalt schildert und dabei deutlich macht, dass er ihn als Verstoß gegen das Vergaberecht ansieht und Abhilfe erwartet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.12.2016, VII Verg 15/16, Rn. 20 bei juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.12.2011, Verg 81/11, Rn. 25 bei juris; Summa in: jurisPK Vergaberecht, 5. Auflage, § 160 GWB, Rn. 295; Gabriel/Mertens in: Beck OK Vergaberecht, 22. Ed., § 160 GWB, Rn. 194, 197; Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, § 160 GWB, Rn. 70; Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage, § 160 GWB, Rn. 53; Jaeger in: MKVergabeR I, 2. Auflage, § 160 GWB, Rn. 62). Die Auslegung der Erklärung des Bieters erfolgt nach dem objektiven Empfängerhorizont, da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt (OLG München, Beschluss vom 11.06.2007, Verg 6/07, Rn. 26 bei juris).
- 41 Es würde danach auch eine bloße Bieterfrage als Rüge anzusehen sein, wenn sich aus ihr ergibt, was als vergaberechtswidrig beanstandet wird. Im Schreiben vom 07.09.2021 hat die Antragstellerin aber sogar die beanstandete Unklarheit positiv formuliert. Eine Frage hat sie insoweit nicht gestellt. Die Fragen bezogen sich auf Zeit und Umfang der zu erbringenden Leistung. Dass die Antragstellerin Abhilfe verlangte, ergibt sich bei verständiger Würdigung ihrer Rüge bereits daraus, dass sie die Frage überhaupt ansprach. Sie hat zudem sogar einen Vorschlag unterbreitet, wie dem Problem abzuheften wäre.

- 42 b) Der Nachprüfungsantrag dürfte bei summarischer Prüfung teilweise begründet sein.
- 43 aa) Die Anforderung von Konzepten als Zuschlagskriterium dürften teilweise zu beanstanden sein.
- 44 (1) Nach § 127 Abs. 3 S. 1 GWB müssen die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Nach § 127 Abs. 4 S. 1 GWB müssen sie so festgelegt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.
- 45 Danach muss ein Zuschlagskriterium zumindest mittelbar auf den Inhalt des Angebots bezogen sein (Wiedemann in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 127, Rn. 59, 61; Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 127 GWB, Rn. 15; Hözl in: MKVergabeR I, 2. Aufl., § 127 GWB, Rn. 67 bei juris; Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 127 GWB, Rn. 94 f.; Müller-Wrede in: Müller/Wrede, GWB-Vergaberecht, § 127, Rn. 120). Es muss so weit wie möglich objektiviert sein und sich zur Beurteilung der angebotenen Leistung eignen (Wiedemann in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 127, Rn. 69 f.). Ausgeschlossen sind Kriterien, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen (EuGH, Urteil vom 12.11.2009, C-199/07, Rn. 55 bei juris; OLG München, Beschluss vom 10.02.2011, Verg 24/10, Rn. 63 bei juris).
- 46 Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien hat der Auftraggeber einen Ermessensspielraum, der nur begrenzt auf die Vertretbarkeit überprüfbar ist (OLG Celle, Beschluss vom 24.02.2015, 13 Verg 1/15, Rn. 105 bei juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.05.2012, VII Verg 3/12, Rn. 10 bei juris).
- 47 Die Zuschlagskriterien müssen außerdem nach § 97 Abs. 2 GWB hinreichend transparent sein. Die Anforderungen in den Vergabeunterlagen müssen ein Maß an Klarheit, Präzision und Eindeutigkeit aufweisen, dass jeder gebührend informierte und mit der üblichen Sorgfalt handelnde Bieter sie im gleichen Sinn versteht und auf dieser Grundlage sein Angebot erstellen kann (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.11.2017, VII Verg 16/17, Rn. 24 bei juris; Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 127 GWB, Rn. 147).
- 48 Ist ein Kriterium missverständlich formuliert worden, darf es bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nicht berücksichtigt werden (BGH, Urteil vom 03.06.2004, X ZR 30/03, Rn. 14 bei juris). Bei der Verwendung eines unzulässigen Zuschlagskriteriums ist das Verfahren in der Regel in den Stand vor Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung zurückzuversetzen (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 127 GWB, Rn. 150).
- 49 (2) Nach diesen Kriterien ist die Anforderung und Bewertung von Konzepten zur Leistungserbringung grundsätzlich ein zulässiges Zuschlagskriterium. Denn sie ermöglicht einen Qualitätswettbewerb darüber, wie die Bieter die ausgeschriebene Leistung erbringen wollen oder welche Vorteile ihr Angebot sonst bietet.
- 50 Das von den Antragsgegnern geforderte Digitalisierungskonzept wäre unbedenklich, wenn es darum ginge, die Vorteile des eigenen Angebots darzustellen. Dagegen wäre ein Konzept, das nur allgemein die Vorteile der digitalen Dokumentation beschreiben

soll, unzulässig, weil es nicht geeignet wäre, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln. Die Antragsgegner haben sich bereits entschieden, Hard- und Software für eine digitale Dokumentation zu beschaffen und benötigen keine Darstellung der Vorteile dieser Entscheidung. Solcher Darstellung in den Konzepten würde der Bezug zu dem jeweiligen Angebot fehlen. Durch die allgemeine Darstellung wäre es nicht möglich, das qualitativ beste Angebot zu ermitteln.

- 51 Was mit dem Text in der Auftragsbekanntmachung gemeint ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Der Inhalt einer Ausschreibung ist nach den Regeln der §§ 133, 157 BGB auszulegen, wobei es auf den objektiven Empfängerhorizont eines fachkundigen, mit der angefragten Leistung vertrauten Bieters ankommt (BGH, Beschluss vom 07.01.2014, X ZB 15/13, Rn. 31 bei juris; OLG Frankfurt, Beschluss vom 01.10.2020, 11 Verg 9/20, Rn. 48 bei juris). Nach den Regeln der Auslegung ist von dem Wortlaut der Erklärung auszugehen.
- 52 Die Auslegung ergibt nicht eindeutig, dass die Bieter die Vorteile des eigenen Angebots darstellen sollen. Dafür spricht zwar die Präambel, nach der in den Konzepten der Mehrwert der eigenen Lösung dargestellt werden soll. Auch der erste Satz zur Beschreibung des Digitalisierungskonzepts bezieht sich noch auf die Lösung des Bieters.
- 53 Die folgenden Sätze zielen aber bis auf den letzten Halbsatz auf die allgemeine Darstellung der Vorteile der digitalen Dokumentation ab. Dieses Verständnis wird erhärtet durch die Antwort auf eine Bieterfrage. Auf die Frage, was mit „Notsituationen im Rettungsdienst“ gemeint sei, antworteten die Antragsgegner unter anderem, dass der „Vorteil zur Papierdoku“ beschrieben werden solle. Dieser Anforderung fehlt der Bezug zu den individuellen Angeboten.
- 54 Es kommt hinzu, dass die Beschreibungen des geforderten Inhalts der weiteren Konzepte durchgehend sprachlich die Auseinandersetzung mit der eigenen Leistung fordern. Das erschwert eine Auslegung dahin, dass auch bei dem Digitalisierungskonzept die Darstellung der Vorteile der eigenen Lösung gewünscht ist.
- 55 Eine eindeutige Auslegung dahin, dass die Bieter hätten darstellen sollen, wie gerade ihr Angebot den Mehrwert digitaler gegenüber papierner Dokumentation realisiert, ist danach nicht möglich. Es hätte deswegen etwa ein Konzept, das allgemein die Vorteile der digitalen Dokumentation dargestellt hätte, nicht ohne weiteres mit 0 Punkten bewertet werden können.
- 56 (3) Die Anforderung des Innovationskonzepts hat zwar grundsätzlich den notwendigen Leistungsbezug, soweit es um die konkrete Darstellung der Entwicklungsfähigkeit der angebotenen Lösung geht. Problematisch ist die geforderte Darstellung der geplanten Neuerungen und Innovationen. Zwar werden auch insoweit keine hypothetischen Ausführungen verlangt, weil sich die Darstellung auf die Planung der Bieter beziehen soll. Tendenziell verlässt die Anforderung aber den Leistungsbezug.
- 57 Denn tendenziell geht es nicht mehr um die vom Bieter angebotene Leistung, sondern um eine möglicherweise in Zukunft anzubietende Leistung. Aus dem Vertragsentwurf ergibt sich keine Regelung für eine Vergütung des Auftragnehmers für die Lieferung innovativer Lösungen. Im Falle von Neuerungen und Innovationen wäre von den Antragsgegnern zu entscheiden, ob sie beschafft werden sollen. Der Inhalt der neuen Leistung und die Vergütung des Anbieters wären zu vereinbaren. Das würde wohl nach § 132 Abs. 1

GWB ein neues Vergabeverfahren erfordern, weil es um eine wesentliche Vertragsänderung gehen dürfte.

- 58 Ist danach die geforderte Darstellung geplanter Neuerungen und Innovationen unzulässig, ist sie auch für die Bieter unzumutbar. Eine solche Darstellung geplanter Entwicklungen betrifft Geschäftsgeheimnisse der Bieter. Es kann unzumutbar sein, wenn die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen gefordert wird, die mit dem Auftrag nicht in Zusammenhang stehen (Herrmann in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 57 VgV, Rn. 28). Das wäre bei der Abforderung von Informationen, die zur Bewertung der konkreten Angebote nicht geeignet sind, der Fall.
- 59 bb) Das Wertungsschema für die Konzepte erscheint zum Teil nicht hinreichend geeignet.
- 60 (1) Auch bezüglich des gewählten Wertungsschemas gilt, dass der Auftraggeber einen nur begrenzt überprüfbaren Bewertungsspielraum hat. Das gewählte Bewertungskonzept muss aber tauglich sein, um eine Bewertung der Angebote zu ermöglichen (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 127 GWB, Rn. 118). Es muss nach § 127 Abs. 4 S. 1 GWB eine willkürfreie, überprüfbare Bewertung ermöglichen.
- 61 Die ausschreibende Stelle muss sich um die Objektivität der Zuschlagskriterien bemühen. Diese müssen aber nicht gänzlich frei von subjektiven Wertungen sein (Wiedemann in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 127, Rn. 75).
- 62 Es gilt außerdem das grundsätzliche Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 GWB. Ein Bewertungssystem, bei dem nach bestimmten Abstufungen für die abgefragten Kriterien Punkte verteilt werden, genügt bereits dann den Anforderungen an eine transparente Auftragsvergabe, wenn die Bieter aus dem Inhalt der Ausschreibung und der Art der zu vergebenden Leistung erkennen können, worauf es dem Auftraggeber ankommt. Näherer Angaben dazu, wovon die Punkteverteilung konkret jeweils abhängt, bedarf es nicht (BGH, Beschluss vom 04.04.2017, X ZB 3/17, Rn. 39 ff. bei juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2017, Verg 39/16, Rn. 43 bei juris; VK Bund, Beschluss vom 18.04.2018, VK 1 - 25/18, Rn. 84 bei juris).
- 63 Danach muss nachvollziehbar sein, welche Darstellung zur Erlangung einer bestimmten Punktzahl geführt hat. Ein Bieter muss bereits bei der Erstellung des Angebots in der Lage sein, einen Zusammenhang zwischen der geforderten Darstellung und den Kriterien für die Punktevergabe herzustellen. Auch eine Überprüfung der Bewertung ist nur möglich, wenn der Zusammenhang zwischen der geforderten Darstellung und den Kriterien der Bewertung in objektiver Weise hergestellt werden kann.
- 64 (2) Geht man davon aus, dass das Digitalisierungskonzept nach der zumindest möglichen Auslegung nur die Darstellung der Vorteile der digitalen Dokumentation gegenüber der Papierdokumentation fordert, so fehlt der notwendige Zusammenhang. Denn diese Darstellung könnte nur von allen Bieter in der gleichen Weise erfolgen. Eine Einschätzung, ob mehr oder weniger effiziente und praxistaugliche Lösungen angeboten werden, wäre nicht möglich.
- 65 (3) Es ist außerdem nicht zwangslässig möglich, einen Zusammenhang zwischen den im Innovationskonzept geforderten Ausführungen und den Kriterien des Bewertungsschemas herzustellen. Auch wenn man davon ausgeht, dass konkrete Planungen dargestellt werden sollen, erschließt sich nicht, wie dabei geeignete Lösungsansätze für sich stellende

Probleme beschrieben werden können (5 Punkte) oder Lösungswege, die die technischen Möglichkeiten vollständig ausschöpfen und eine effiziente Leistungserbringung gewährleisten (7 Punkte) oder besonders praxistauglich und effizient sind (10 Punkte). Das sind Merkmale, die sich auf die Erbringung der Leistung beziehen, nicht auf die Frage, ob und wie das System weiterentwickelt wird.

- 66 Man könnte die Beschreibung zwar so verstehen, dass die Weiterentwicklung des Systems das zu lösende Problem ist. Aber auch dann ist die Frage, wann die Lösung als besonders praxistauglich und effizient eingeschätzt werden könnte. Es ginge dabei um die Praxis der IT-Entwicklung, auf die sich die ausgeschriebene Leistung nicht bezieht.
- 67 cc) Das für die Teststellung vorgesehene Wertungsschema dürfte intransparent sein und damit gegen § 97 Abs. 1 GWB verstoßen. Es dürfte entgegen § 127 Abs. 4 GWB zu keiner willkürfreien und überprüfbaren Bewertung führen.
- 68 (1) Das Bewertungsschema erfasst seinem Wortlaut nach nicht alle Eigenschaften, die bewertet werden sollen. Auch die Auslegung ergibt kein klares Ergebnis.
- 69 Bewertet werden soll in der Teststellung unter anderem die Benutzerfreundlichkeit der Software. Sie wird aber in dem Bewertungsschema nicht mehr erwähnt. Danach sollen nur Punkte für die Ergonomie und Haptik der Tablets vergeben werden.
- 70 Es ist auch nicht zwanglos eine Auslegung dahin möglich, dass die Benutzerfreundlichkeit der Software unter den Begriff der Ergonomie gefasst und dort mit gewertet wird. Zwar wird bei der Beschreibung des Bewertungsgegenstands angegeben, dass die Ergonomie der Software durch Inaugenscheinnahme und nach intuitiver Bedienbarkeit bewertet wird. Punkte werden aber nur für die Ergonomie der Tablets vergeben, die nicht mit der Benutzerfreundlichkeit der Software gleichgesetzt werden kann. Bei der Erläuterung der Punktevergabe wird vielmehr die Einleitung der Darstellung der Bewertungsgegenstände aufgegriffen. Danach gab es drei Gegenstände, nämlich neben der Haptik und Ergonomie der Tablets auch die Benutzerfreundlichkeit der Software.
- 71 (2) In der Beschreibung der Notenstufen werden die Begriffe der Anforderungen und Bedürfnisse der Auftraggeber und der Besonderheiten der Ausschreibung verwendet, deren Bedeutung sich nicht ohne weiteres erschließt. In der Antwort auf die Bieterfrage 11 haben die Antragsteller angegeben, die Anforderungen und Bedürfnisse ergäben sich aus der Leistungsbeschreibung. Soweit sie auf die Frage nach den Besonderheiten der Ausschreibung geantwortet haben, es seien keine Ausführungen generischer Art gewünscht, unterlagen sie offenbar dem Irrtum, es gehe um die Bewertung der Konzepte.
- 72 Setzt man die Anforderungen und Bedürfnisse der Antragsgegner mit den Anforderungen in der Leistungsbeschreibung gleich, so ergibt sich kein sinnvolles Wertungssystem. Wenn etwa die in der Leistungsbeschreibung dargestellten Anforderungen und Bedürfnisse in wesentlichen Punkten außer Acht gelassen werden, ist das Angebot auszuschließen, soweit Musskriterien betroffen sind, und kann nicht mit einem Punkt bewertet werden.
- 73 Bei den übrigen Notenstufen besteht ebenfalls Unklarheit. Der Grad der Erfüllung der Leistungsbeschreibung, die mit den Anforderungen und Bedürfnisse gemeint sein soll, lässt sich nicht mit der zu bewertenden Haptik und Ergonomie der Tablets in Verbindung bringen.

- 74 Eine sinnvolle Auslegung ginge dahin, dass die Anforderungen des Einsatzes der Dokumentation im Rettungsdienst gemeint sind. Denn es soll gerade in bestimmten Szenarien die Praxistauglichkeit der Geräte und der Software geprüft werden. Eine solche Auslegung wird aber dadurch behindert, dass sich die ebenfalls genannten Besonderheiten der Ausschreibung auf den Einsatz im Rettungsdienst beziehen sollen.
- 75 dd) Die zu erbringende Leistung dürfte entgegen § 121 Abs. 1 GWB teilweise nicht hinreichend eindeutig beschrieben sein. Unklar ist, wie die Preise für im Angebotsformular abgefragte Pauschalen auf die Antragsgegner verteilt werden sollen.
- 76 Hinreichend deutlich dürfte noch sein, dass der Zuschlagsempfänger mit den Antragsgegnern Einzelverträge schließen soll. Zwar wird in der Leistungsbeschreibung unter Ziff. 2 (S. 3) ein Rahmenvertrag erwähnt, der vom Landkreistag abgeschlossen werden soll. Der den Vergabeunterlagen beiliegende Vertragsentwurf stellt jedoch klar, dass es um Einzelverträge geht.
- 77 Aus dem beabsichtigten Abschluss von Einzelverträgen mag sich durch Auslegung noch hinreichend deutlich ergeben, dass Lizenzen, Serverzugang und Wartung gesondert vereinbart werden sollen. Die Preisbildung für Wartung und Serverzugang ist aber nicht geregelt. Im Angebot soll jeweils nur eine Pauschale angegeben werden. Aus dem Vertragsentwurf erschließt sich nicht, wie der Preis für die einzelnen Antragsgegner daraus gebildet werden soll. Das wäre aber kalkulationsrelevant, da etwa im Fall der Kündigung des Vertrages mit einem der Antragsgegner erkennbar sein muss, ob die Pauschalen anteilig wegfallen oder eine Umlage für die übrigen Antragsgegner erhöht wird.