

Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 26.10.2022
Aktenzeichen: Verg 18/22
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2022:1026.VERG18.22.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Zitiervorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Oktober 2022 – Verg 18/22 –, juris

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer des Rheinlands vom 30.03.2022 (VK 32/21 L) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin begehrt, die Beigeladene von dem Vergabeverfahren auszuschließen sowie hilfsweise, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Aufforderung zur Abgabe der finalen Angebote zurückzusetzen.
- 2 Der Antragsgegner schrieb mit Bekanntmachung vom ... IT-Dienstleistungen zum Betrieb und Hosting des LOGINEO NRW Messengers mit Videokonferenztool im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer ..., Anlage Ast 1). Gegenstand des zu vergebenden Auftrags sind gemäß Ziff. II.2.4 der Bekanntmachung "der zeitlich befristete Betrieb und das Hosting des LOGINEO NRW Messenger mit Videokonferenztool in einem für das MSB geeigneten, skalierbaren, flexiblen und ausfallsicheren Cloud Service sowie Leistungen des 2nd und des 3rd Level Supports und Leistungen der Weiterentwicklung von Messenger und Videokonferenztool". Vorgesehen ist eine Vertragslaufzeit von 12 Monaten mit einer seitens des Auftraggebers bestehenden zweimaligen Verlängerungsoption von jeweils sechs Monaten (Ziff. II.2.7 der Bekanntmachung).
- 3 Der Preis ist nicht das einzige Zuschlagskriterium (Ziff. II.2.5 der Bekanntmachung). Zuschlagskriterien sind gemäß der - als Bestandteil der Vergabeunterlagen vorliegenden - Wertungsmatrix (Anlage Ast 2), die Bestandteil der Vergabeunterlagen ist, mit 40% der Preis und mit 60% die Qualität des Gesamtkonzepts. Das Wertungskriterium "Qualität des Gesamtkonzepts" ist untergliedert in die Unterkriterien "Supportkonzept 10%", "Darstellung zu einer flexiblen und nachhaltigen Skalierung 15%", "Darstellung eines Verfügbarkeitskonzepts 15%", Datenschutz- und IT-Sicherheitskonzept 10%" und "Projektteam und Leistung 10%".
- 4 Die Ermittlung der Wertungspunkte im Zuschlagskriterium Preis erfolgt nach der Wertungsmatrix wie folgt:

- 5 *"Zur Ermittlung der Wertungspunkte im Zuschlagskriterium Preis wird der Wertungspreis (siehe Preisblatt) aller Anbieter herangezogen. Der Anbieter mit dem günstigsten Wertungspreis (Min.-Preis) erhält 40 Punkte. Ein Anbieter mit einem 1,5-fach so hohen Wertungspreis wie der Anbieter mit dem günstigsten Wertungspreis erhält 0 Punkte. Die Wertungspunkte für Angebote mit einem dazwischen liegenden Wertungspreis werden durch lineare Interpolation ermittelt. Die niedrigste vergebene Wertungspunktzahl im Zuschlagskriterium Preis ist 0; das heißt negative Punkte werden nicht vergeben."*
- 6 Die Abrechnung für den LOGINEO NRW Messenger erfolgt pauschal auf Basis der registrierten Nutzer. Der Preis ist je angefangene registrierte 100 Nutzer anzugeben (Ziff. 5.1 Leistungsbeschreibung). Für das Videokonferenz-Plugin JITSI erfolgt die Abrechnung in Abhängigkeit der tatsächlichen Nutzung. Der Preis ist je angefangene 100 Nutzer anzugeben (Ziff. 5.2 Leistungsbeschreibung).
- 7 In dem Bewertungsmodell zum Wertungspreis heißt es wie folgt:
- 8 *"1. Messenger Zur Ermittlung des Wertungspreises wird von 700.000 Nutzern ausgegangen. Es wird der durch den Anbieter genannte Monatspreis je 100 Nutzer herangezogen und ein Grundpreis Messenger ermittelt. Auf diesen wird der Mittelwert der Nachlassstaffel Messenger angewendet.*
- 9 *2. Videokonferenz-Plugin Zur Ermittlung des Wertungspreises wird eine Nutzung von 700.000 Nutzern zu 2 vollen Stunden bei 20 Tagen im Monat betrachtet. Es wird der durch den Anbieter genannte Monatspreis je 100 Nutzer pro Stunden herangezogen und ein fiktiver Monatspreis für das Videokonferenz-Plugin ermittelt. Auf diesen wird der Mittelwert der Nachlassstaffel Videokonferenz angewendet.*
- 10 Zu den Nutzungszahlen heißt es unter Ziff. 1.6 der Leistungsbeschreibung:
- 11 *"Aktuell nutzen ca. 700.000 Nutzer*innen an ca. 1.800 Schulen den Messenger. Zusätzlich nutzen derzeit ca. 600 Schulen Jitsi. Ein kontinuierlicher Anstieg ist weiterhin zu erwarten. Jitsi wird aktuell eingeführt, ein belastbares Mengengerüst liegt derzeit noch nicht vor. Allerdings wird davon ausgegangen, dass die Nutzerzahlen nach Einführung in den ersten Wochen stark ansteigen und sich den Nutzerzahlen des Messengers annähern. Die maximale Anzahl der Jitsi Nutzer ist durch die Anzahl der Messenger Nutzer nach oben beschränkt. Die maximale Nutzerzahl (Schüler*innen & Lehrer*innen) in NRW liegt derzeit bei ca. 2.650.000."*
- 12 Zu den Nutzerzahlen wurde gemäß Frage- und Antwortkatalog vom 07.05.2021 die nachfolgende Bieterfrage Nr. 4 gestellt:
- 13 *"In der Leistungsbeschreibung geben Sie unter Punkt "1.6 Mengen" an, dass aktuell 700.000 Nutzer/innen den Messenger nutzen und das(s) Jitsi von aktuell ca.600 Schulen genutzt wird. Für die Kalkulation ergeben sich für uns daraus folgende Fragen:*
- 14 *1.Messenger: Im Preisblatt wird nach dem Preis je angemeldetem Nutzer je Monat gefragt. Gehen wir recht in der Annahme, dass hier zur Kalkulation die Mindestanzahl von 700.000 Nutzer/innen zu Grunde gelegt werden kann?*
- 15 *Jitsi: Sie haben ca. 600 Schulen angegeben. Welche Nutzerzahl erhebt sich als kalkulatorische Mindestnutzerzahl daraus und kann zur Preisfindung zu Grunde gelegt werden?*

- 16 Hierauf antwortete der Antragsgegner wie folgt:
- 17 *"Zu 1 Messenger: Dem Kapitel 1.6 der Leistungsbeschreibung ist zu entnehmen, dass aktuell ca. 700.000 Nutzer*innen an ca. 1.800 Schulen den Messenger nutzen. Insofern soll davon ausgegangen werden, dass nach Übergang des Betriebs des Messengers weiterhin mindestens ca. 700.000 Nutzer*innen an ca. 1.800 Schulen den Messenger nutzen.*
- 18 *Zu 1 Jitsi: Dem Kapitel 1.6 der Leistungsbeschreibung ist zu entnehmen, dass aktuell ca. 600 Schulen Jitsi nutzen. Mengengerüste zur tatsächlichen Anzahl von Jitsi-Nutzern liegen derzeit nicht vor. Als Näherungswert kann vom Verhältnis der Nutzerzahlen zu angeschlossenen Schulen beim Messenger ausgegangen werden. Für derzeit 600 an Jitsi angeschlossene Schulen ergäbe sich somit eine Mindestnutzerzahl von ca. 235.000 Nutzern. Wie in Kapitel 1.6 der Leistungsbeschreibung beschrieben, ist die maximale Anzahl der Jitsi Nutzer durch die Anzahl der Messenger Nutzer nach oben beschränkt.*
- 19 Auf die Bieterfrage Nr. 7 vom 20.05.2021, wie viele Nutzer nach der Berechnungsformel, nach der die Abrechnung auf Basis der tatsächlichen Nutzung erfolge, aktuell registriert seien, antwortete der Antragsgegner wie folgt:
- 20 *"Nach dieser Berechnungsgrundlage wären Stand März 2021 ca. 360.000 Nutzer registriert."*
- 21 Nach vorangegangenem Teilnahmewettbewerb gab die Antragstellerin am 24.06.2021 ein Angebot ab (vgl. Anlage Ast 3). Sie nutzt B. als Cloud-Infrastrukturprovider.
- 22 Mit Schreiben vom 29.07.2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin gemäß § 134 GWB mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der Beigeladenen zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht das wirtschaftlichste. Es sei dem Angebot der Beigeladenen sowohl in dem Wertungskriterium des Preises als auch dem der Qualität unterlegen.
- 23 Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 05.08.2021 (Anlage Ast 5) betreffend die Bewertung der Qualität des Konzepts eine fehlerhafte Anwendung der bekannt gemachten Bewertungsmethodik - nämlich relativ statt absolut - (Rüge 1), einen teilweisen Wertungsausfall (Rüge 2) und im Rahmen der Bieterinformation nach § 134 GWB eine fehlende Bekanntgabe der Gründe der Nichtberücksichtigung sowie eine fehlende Mitteilung der erzielten "Unterkriterienpunkte" (Rüge 3).
- 24 Mit Schreiben vom 06.08.2021 wies der Antragsgegner die Rüge vom 05.08.2021 zurück und teilte mit, dass der Angebotspreis der Antragstellerin der höchste Preis gewesen sei und den Angebotspreis des günstigsten Unternehmens um mehr als das Doppelte übersteige. Das Angebot sei daher beim Preis mit 0 Punkten bewertet worden (Anlage Ast 6). Das Rügezurückweisungsschreiben ist bei der Antragstellerin am 06.08.2021 um 09:19 Uhr per Fax (vgl. Anlage BF 7) und per Email um 9:27 Uhr (vgl. Anlage BF 8) eingegangen. Das Schriftstück wurde an die mit der Vergabe befassten Personen innerhalb der Antragstellerin um 10:06 Uhr (das Fax, vgl. Anlage BF 9) und um 10:18 Uhr (die Email, vgl. Anlage BF 10) weitergeleitet.
- 25 Ebenfalls am 06.08.2021 hat die Antragstellerin, vertreten durch ihre Prozessbevollmächtigten, den Nachprüfungsantrag (Anlage BF 2) per Fax um 10:02 Uhr (vgl. Anlage BF 6) und per Email um 10:06 Uhr (vgl. Anlage BF 5) an die Vergabekammer abgesandt.

Der Antrag ist bei der Vergabekammer um 10:10 Uhr eingegangen. Mit dem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin erneut gerügt, dass der Antragsgegner bei der Bewertung der Qualität des Konzepts von der für alle Bieter erkennbaren Bewertungsmethodik abgewichen und eine Bewertungsmethodik verwandt habe, die nicht in den Vergabeunterlagen bekannt gemacht worden sei, indem sie das Konzept der Antragstellerin in Relation zu dem Konzept der anderen Bieter und nicht - wie in den Vergabeunterlagen vorgegeben - nach einem absoluten Maßstab gewertet habe (Rüge 1). Zudem sei sie von einem nicht vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen (Rüge 4). Sie rügt weiter, dass das Bieterinformationsschreiben nicht die Anforderungen des § 134 GWB erfülle, da eine Begründung ihrer Nichtberücksichtigung fehle und die erzielten "Unterkriterienpunkte" nicht mitgeteilt worden seien (Rüge 3). Tatsächlich erfülle das von ihr eingereichte Konzept alle Anforderungen und Darstellungen und hätte daher bei der Qualität mit der Höchstpunktzahl von 60 Punkten bewertet werden müssen (Rüge 5).

- 26 Mit Schreiben vom 10.08.2021 an den Antragsgegner (Anlage Ast 7) hat die Antragstellerin gerügt, das Angebot der Beigeladenen hätte wegen eines ungewöhnlich niedrigen Preises von der Vergabestelle auf seine Auskömlichkeit überprüft und sodann von dem Vergabeverfahren nach § 60 VgV ausgeschlossen werden müssen (Rüge 6). Dass das Angebot der Beigeladenen mehr als 50% unterhalb des bereits sehr wettbewerblich kalkulierten Angebots der Antragstellerin liege, sei allein damit zu erklären, dass es sich entweder um ein die Kosten des Bieters nicht im Entferntesten deckendes Angebot handle (Var. 1 - Rüge 6), die Vergabeunterlagen intransparent seien und dem Angebot gänzlich andere Leistungsanforderungen als Kalkulationsgrundlage zugrunde lägen (Var. 2 - Rüge 7) oder dass das Angebot die in der Leistungsbeschreibung gesetzten Mindestanforderungen nicht erfülle (Var. 3 - Rüge 8).
- 27 Mit am 11.08.2021 bei der Vergabekammer eingegangenem Schriftsatz (Anlage Bf 4) hat die Antragstellerin auch diese Rügen zum Gegenstand des Vergabenachprüfungsverfahrens gemacht und mit Schriftsatz vom 26.11.2021 nach erfolgter Akteneinsicht weiter präzisiert. Neben der Unauskömlichkeit des Angebots der Beigeladenen und der unterlassenen beziehungsweise nicht hinreichenden (ohne eine Stellungnahme der Beigeladenen durchgeführte) Preisprüfung des Angebots (Rüge 6) hat sie insbesondere die unklare Leistungsbeschreibung gerügt. Der Antragsgegner habe im Rahmen der Ausschreibung betreffend die Nutzung des Messengers widersprüchliche und unrealistische Zahlen zugrunde gelegt. Eine geeignete Kalkulationsgrundlage sei aus diesem Grund nicht vorhanden gewesen. So seien statt 700.000 Nutzern des Messenger-Dienstes, wie im Preisblatt benannt und als Antwort auf die Bieterfrage Nr. 4 vom 07.05.2021 erklärt, tatsächlich lediglich 360.000 Nutzer registriert, wie sich auch aus der Antwort auf die Bieterfrage Nr. 7 vom 20.05.2021 ergebe. Die Antragstellerin als Bieterin habe eine eigene Kalkulationsgrundlage erstellen müssen und habe für die Kalkulation von den tatsächlichen Nutzerzahlen ausgehen dürfen bei gleichzeitiger Notwendigkeit für alle circa 5.500 Schulen eine jeweils eigene Messengerinstallation zur Verfügung stellen zu müssen (Rüge 7). Betreffend das Videokonferenztool gingen die Vergabeunterlagen ebenfalls fehlerhaft von einer prognostizierten Nutzerzahl von 700.000 aus. Tatsächlich hätten in den Monaten Juni bis September 2021 - und dies steht zwischen den Beteiligten nicht im Streit - zu Höchstzeiten lediglich 62 Nutzer das Tool genutzt (Rüge 9). Die Leistungsbeschreibung enthalte zudem weitere Unklarheiten, die es den Bietern unzumutbar machten, ein wirtschaftliches Angebot abzugeben. So sei allen Bietern unbekannt gewesen, welche Architektur die "LOGINEO NRW Messenger mit Videokonferenzsystem" aufweisen werde, die finale Architektur sollte einseitig durch den Antragsgegner vorgeschrieben werden, die

Zahl der Produktions-, Entwicklungs- und Qualitätssicherungsinstanzen sei offen, es sei unklar, für welche Komponenten der zukünftige Auftragnehmer verantwortlich sei und die Leistungsbeschreibung beinhalte ein Kalkulationsrisiko bezüglich der Vergütungsgrundlage für die Messenger-Dienste, da diese auf der Grundlage der zum Ende eines Monats registrierten Nutzer erfolge (Rüge 10).

- 28 Schließlich sei die Dokumentation des Vergabeverfahrens unter Verstoß gegen § 8 VgV unvollständig, da die Wertung der indikativen Angebote, das Protokoll der Verhandlung mit der Beigeladenen fehle. Zudem trage der Vergabevermerk kein Datum und der Urheber sei nicht erkennbar (Rüge 11).
- 29 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 30 1. gegen den Antragsgegner das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten,
- 31 2. dem Antragsgegner zu untersagen, im Vergabeverfahren "Betrieb und Hosting des LOGINEO NRW Messenger mit Videokonferenztool", EU-Amtsblatt ..., den Zuschlag auf das Angebot der Beizuladenden zu erteilen;
- 32 3. den Antragsgegner zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen vom Vergabeverfahren auszuschließen sowie das Angebot der Antragstellerin in der Angebotswertung zu belassen;
- 33 4. hilfsweise: den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren in den Stand vor Abgabe der finalen Angebote zurückzusetzen und in den Vergabeunterlagen transparente Kalkulationsgrundlagen für die Erstellung der Angebote vorzugeben, die die Erstellung vergleichbarer Angebote ermöglichen;
- 34 5. äußerst hilfsweise: den Antragsgegner bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, die Angebotswertung in vergaberechtskonformer Weise unter Beachtung der Rechtsansicht der Vergabekammer zu wiederholen;
- 35 6. hilfsweise: andere geeignete Maßnahmen zur Verhinderung einer Rechtsverletzung der Antragstellerin vorzunehmen;
- 36 7. der Antragstellerin gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;
- 37 8. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 4 S. 1 GWB für notwendig zu erklären.
- 38 Der Antragsgegner hat beantragt,
- 39 1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen;
- 40 2. festzustellen, dass die Zuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für den Antragsgegner zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen ist.
- 41 Die gemäß Beiladungsbeschluss vom 14.09.2021 zum Verfahren hinzugezogene Beigeladene hat beantragt,
- 42 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;

- 43 2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären.
- 44 Der Antragsgegner und die Beigeladene haben die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene verteidigt.
- 45 Die Vergabekammer hat mit dem angefochtenen Beschluss den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin teilweise als unzulässig und teilweise als unbegründet zurückgewiesen.
- 46 Unzulässig sei der Nachprüfungsantrag, soweit die Antragstellerin das Fehlen einer ordnungsgemäßen Mitteilung nach § 134 GWB rügt (Rüge 3). Insoweit fehle es bereits an einem Schaden der Antragstellerin im Sinne einer verringerten Chance auf den Zuschlag nach § 160 Abs. 2 S. 2 GWB.
- 47 Unzulässig nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 und Nr. 1 GWB sei der Antrag darüber hinaus, soweit die Antragstellerin rügt, die Zuschlagskriterien seien ungeeignet und deshalb vergaberechtswidrig. Die im Vergabenachprüfungsverfahren vorgetragene Ungeeignetheit der Zuschlagskriterien sei bereits aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Der gerügten vermeintlichen Fehlerhaftigkeit des Bewertungsmodells, welche sich daraus ergeben solle, dass der Antragsgegner von 700.000 Nutzern ausgeht, habe sich die Antragstellerin mutwillig verschlossen, da sowohl Ziff. 1.6 der Leistungsbeschreibung als auch das Bewertungsmodell für die Ermittlung des Wertungspreises sowie die Bieterfrage Nr. 4 und deren Antwort keinen Zweifel daran ließen, dass das Angebot auf der Grundlage von 700.000 Nutzern kalkuliert werden sollte (Rüge 7, 9).
- 48 Schließlich sei die Antragstellerin auch mit ihrer Rüge, die Angebotsunterlagen seien unklar und führten zu einer fehlenden Vergleichbarkeit der Angebote nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB ausgeschlossen. Für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter, der IT-Dienstleistungen gegenüber öffentlichen Auftraggebern im Rahmen europaweiter Ausschreibungen anbietet, seien die vermeintlichen Unklarheiten der Leistungsbeschreibung betreffend die Architektur der Software "LOGINEO NRW Messenger mit Videokonferenzsystem", durch die einseitige Vorgabe der finalen Architektur durch den Antragsgegner, die offene Zahl der Produktions-, Entwicklungs- und Qualitätssicherungsinstanzen; die unklare zukünftige Kompetenzverteilung und die gerügte Vergütungsgrundlage für Messenger-Dienste auf der Grundlage der zum Ende eines Monats registrierten Nutzer erkennbar gewesen (Rüge 10).
- 49 Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet.
- 50 Die seitens der Antragstellerin gerügte unvollständige und fehlerhafte Dokumentation des Vergabeverfahrens (§ 8 VgV) liege nicht vor (Rüge 11). Das Fehlen einer Wertung der indikativen Angebote der Bieter in der Vergabeakte sei unschädlich, da nicht diese, sondern die finalen Angebote Grundlage der Wertungsentscheidung seien. Das Protokoll des mit der Beigeladenen geführten Verhandlungsgesprächs befände sich in der Vergabeakte und der Umstand, dass dem Vergabevermerk entgegen § 8 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 VgV sowohl eine Unterschrift als auch das Datum seiner Erstellung fehlten, begründe keine Rechtsverletzung der Antragstellerin.
- 51 Soweit die Antragstellerin sich gegen die Wertung ihres Angebots wende, sei der Nachprüfungsantrag unbegründet (Rüge 5). Eine Änderung der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethodik liege nicht vor (Rüge 1). Die im Vergabevermerk do-

kumentierte Bewertung umfasse zudem alle Konzepte der Antragstellerin (Rüge 2, 4). Ob das Angebot der Antragstellerin bezüglich ihrer Konzepte zwingend mit der maximalen Punktzahl bewertet werden müsse, bedürfe keiner Prüfung durch die Vergabekammer, da auch eine erneute Bewertung des Angebots der Antragstellerin mit der maximalen Punktzahl dem Nachprüfungsantrag nicht zum Erfolg verhelfen könne, weil ihr Angebot aufgrund der Bewertung mit 0 Punkten beim Preis auch dann auf dem zweiten Rang hinter dem Angebot der Beigeladenen verbliebe, wenn sie beim Qualitätskonzept die Höchstpunktzahl von 60 Punkten erhalte (Rüge 5).

- 52 Das Angebot der Beigeladenen erfülle im Übrigen sämtliche Anforderungen der Leistungsbeschreibung, so dass ein Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV ausscheide (Rüge 8). Das Angebot sei auch nicht nach § 60 Abs. 3 VgV wegen Unauskömlichkeit auszuschließen (Rüge 6). Die Preisprüfung des Antragsgegners begegne keinen inhaltlichen Bedenken.
- 53 Gegen den ihr am 31.03.2022 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12.04.2022 - eingegangen am 14.04.2022 - sofortige Beschwerde eingelegt. Zur Begründung der sofortigen Beschwerde führt sie aus, die Beigeladene sei auszuschließen, da ihr Angebot nicht die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfülle (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV). Die hierzu getroffenen Feststellungen der Vergabekammer genügten nicht dem Interesse der Antragstellerin auf rechtliches Gehör. Zudem sei das Angebot unauskömmlich und daher zwingend nach § 60 Abs. 3 VgV auszuschließen. Eine hinreichende Preisprüfung nach § 60 Abs. 2 VgV habe der Antragsgegner nicht durchgeführt, insbesondere, weil sie es unterlassen habe, die Beigeladene zu beteiligen. Jedenfalls seien die Vergabeunterlagen vergaberechtswidrig unklar und die abgegebenen Angebote nicht miteinander vergleichbar. Der Preisunterschied lasse sich nur dadurch erklären, dass die Antragstellerin und die Beigeladenen die Vergabeunterlagen unterschiedlich verstanden hätten. Die Antragstellerin habe die Vergabeunterlagen dahingehend verstanden, dass bereits bei Leistungsbeginn für jede Schule des Landes (circa 5.500) der Betrieb einer eigenen Messenger-Installation zwingend vorzusehen sei, wodurch hohe Fixkosten durch das Vorhalten entsprechender Rechenkapazitäten verursacht werden und der Angebotspreis von den Bietern in Abwesenheit einer Vorgabe der Kalkulationsgrundlage durch den Antragsgegner auf Basis einer eigenen Schätzung erfolgen solle. Tatsächlich seien die Vergabeunterlagen hinsichtlich der Zielarchitektur, insbesondere in Bezug auf die Anzahl der bei Leistungsbeginn bereits in Betrieb befindlichen Messenger-Installationen, sowie hinsichtlich der Kalkulationsgrundlage und der zugrunde zu legenden Nutzerzahl für die Kalkulation unklar. Auch die Bieterfrage Nr. 4 habe hierauf keine Antwort gegeben.
- 54 Erstmals im Beschwerdeverfahren rügt die Antragstellerin, dass aufgrund der rein nutzungsabhängigen Vergütungsstruktur und dem Absehen der Zusicherung fester Mindestumsatzzahlen oder einer nutzungsunabhängigen Grundvergütung für den Bieter beziehungsweise Auftragnehmer ein unzumutbares Kalkulationsrisiko bestehe (Rüge 12). Das eigentliche Verwendungsrisiko werde auf die Bieter abgewälzt. Der Auftragnehmer müsse vorliegend ganz erhebliche Vorhalteaufwendungen tätigen, ohne dass ihm hierfür eine bestimmte Mindest- oder Grundvergütung verbindlich von dem Antragsgegner zugesagt werde. Der Auftragnehmer müsse nach Ziff. 1.3 der Anlage zur Leistungsbeschreibung für jede Schule eine Messenger Installation vorsehen. Für die vom Antragsgegner vorgegebene Software Matrix Synapse müsse mit einem Bedarf von 2 GB Arbeitsspeicher pro Installation (Schule) kalkuliert werden. Das seien bei einem Vollausbau von

5.500 Schulen 11.000 GB nutzungsunabhängiger Arbeitsspeicher, der 24 Stunden an 7 Tagen in der Woche zur Verfügung zu stellen sei. Es sei durch die nutzungsabhängige Vergütung nicht einmal die Deckung der Fixkosten gewährleistet.

55 Die Bewertung der Angebote sei nach absoluten Maßstäben geboten. Schließlich begehrt die Antragstellerin weiter Akteneinsicht in die Preisprüfung des Angebots der Beigeladenen und etwaige Kommunikation zwischen den Parteien nach der Abgabe der indikativen und finalen Angebote, einschließlich der Verhandlungsprotokolle.

56 Die Antragstellerin beantragt,

57 1. den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 30.03.2022 (Az.: VK 32/21-L) aufzuheben;

58 2. den Antragsgegner zu verpflichten, die Beigeladene vom Vergabeverfahren auszuschließen und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Angebot der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des hiesigen Senats zu werten;

59 3. der Antragstellerin erweiterte Akteneinsicht zu gewähren;

60 4. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;

61 5. hilfsweise für den Fall, dass dem Antrag zu 2) nicht entsprochen wird,

62 den Antragsgegner zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor der Aufforderung zur Abgabe der finalen Angebote zurückzusetzen, die Bieter unter Berücksichtigung des hiesigen Senats auf Grundlage überarbeiteter Bedingungen, die für alle Bieter einheitliche und verlässliche Kalkulationsgrundlagen enthalten, zur Abgabe neuer Angebote aufzufordern.

63 Der Antragsgegner beantragt,

64 die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 30.03.2022 (Az VK 32/21-L) zurückzuweisen.

65 Die Beigeladene beantragt,

66 die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 30.03.2022 (VK 32/21-L) zurückzuweisen.

.

67 Der Antragsgegner und die Beigeladene verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer.

II.

68 Die nach §§ 171, 172 GWB zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag vom 12.05.2021 im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

69 1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nur teilweise zulässig.

- 70 a. Die Antragstellerin ist hinsichtlich der im Beschwerdeverfahren weiter verfolgten Rügen insgesamt antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse an dem Auftrag dokumentiert. Zudem macht sie die Verletzung von Vergabevorschriften geltend und zwar einen Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, gegen § 60 Abs. 2 und 3 VgV, eine fehlende Bestimmtheit der Vergabeunterlagen, das Bestehen eines unzumutbaren kalkulatorischen Risikos aufgrund der rein nutzungsabhängigen Vergütungsstruktur und der fehlenden Zusicherung fester Mindestumsatzzahlen sowie eine vergaberechtsfehlerhafte Wertung der Angebote. Hierdurch sei ihr ein Schaden durch Beeinträchtigung ihrer Zuschlagschancen entstanden.
- 71 b. Der Nachprüfungsantrag ist in Bezug auf die Rügen 7, 9 und 12 unzulässig.
- 72 aa. Soweit die Antragstellerin beanstandet hat, der Antragsgegner habe betreffend die Nutzerzahlen des Messengers im Rahmen der Vergabe unrealistische beziehungsweise widersprüchliche Zahlen angesetzt, so dass eine geeignete Kalkulationsgrundlage gefehlt habe und die Antragstellerin eine eigene erstellen müssen unter Zugrundelegung der tatsächlichen Nutzerzahlen bei gleichzeitiger Notwendigkeit für alle circa 5.500 Schulen eine jeweils eigene Messengerinstallation durchzuführen (Rüge 7), sind die Voraussetzungen des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB erfüllt.
- 73 Nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Vergaberechtsverstöße, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. 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 durchschnittlichen fachkundigen Bieter des angesprochenen Bieterkreises bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen erkannt werden kann (Senat, Beschl. v. 03.04.2019 - VII Verg 49/18, juris Rn 183; Beschl. v. 26.07.2018 - VII Verg 23/18; Beschl. v. 28.03.2018 - VII Verg 54/17, juris Rn 17 und Beschl. v. 15.01.2020 - VII Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn 37). Dabei muss sich die Erkennbarkeit sowohl auf die den Verstoß begründenden Tatsachen als auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (*Dicks*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn 49). In Bezug auf die zu rügenden Vergaberechtsverstöße, welche sich aus den Vergabeunterlagen ergeben (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB) ist für eine Präklusion mithin erforderlich, 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 (Senat, Beschl. v. 26.07.2018 - VII Verg 23/18; Beschl. v. 15.01.2020 - VII Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn 37; OLG München, Beschl. v. 22.10.2015 - Verg 5/15, juris Rn 43). Eine Rügepräklusion kommt damit in der Regel nur für auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhende und ins Auge fallende Rechtsverstöße in Betracht (vgl. *Dicks*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn 49). Der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebotes beziehungsweise seiner Bewerbung auffallen muss (Senat, Beschl. v. 03.08.2011 - VII Verg 16/11, ZFBR 2021, 72, 74). Daher genügt es nicht, wenn die gerügten Verstöße gegen das Transparenz und Wirtschaftlichkeitsgebot bereits in der Leistungsbeschreibung angelegt waren (Senat, Beschl. v. 02.05.2018 - VII Verg 3/18, zitiert nach juris Rn 24 ff.). So können etwa von einem durchschnittlich fachkundigen Bieter, auf den abzu-

stellen ist (vgl. *Wiese*, in: *Kulartz / Kus / Portz / Prieß*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, § 160 GWB Rn. 157 mwN), vertiefte Rechtskenntnisse, die es erlauben, die Vergaberechtskonformität eines Bewertungssystems zu beurteilen, nicht zu erwarten werde (vgl. auch OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 29.04.2015, VII-Verg 35/14, juris Rn. 59*).

- 74 Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe waren die gerügten vermeintlichen Vergabeverstöße, dass die Vergabeunterlagen mit Blick auf die für die Kalkulationsgrundlage zugrunde zu legenden Nutzerzahlen nicht hinreichend bestimmt und die tatsächlichen Nutzerzahlen von den in den Vergabeunterlagen angegebenen Zahlen abwichen, für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter erkennbar.
- 75 Ob die Antragstellerin den vermeintlichen in der nicht eindeutigen Leistungsbeschreibung liegenden Vergaberechtsverstoß widersprüchlicher oder unrealistischer Nutzerzahlen betreffend den Messenger tatsächlich erkannt hat im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB, kann vorliegend offen bleiben. Dieser gerügte Verstoß war jedenfalls aus den Vergabeunterlagen erkennbar und damit bis zur Angebotsabgabe nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB zu rügen. Spätestens bei der Kalkulation des Angebotspreises hätte die Antragstellerin erkennen müssen, dass ein Widerspruch besteht zwischen der im Preisblatt benannten, der Kalkulation zugrunde zu legenden, Nutzerzahl von 700.000 Nutzern einerseits und der seitens des Antragsgegners auf die Bieterfrage Nr. 7 vom 20.05.2021 genannten tatsächlich registrierten Nutzerzahl von 360.000 Nutzern andererseits, die ihr auch aufgrund ihrer Position als Bestandsbieterin bekannt gewesen sein dürfte, besteht. Einer exakten rechtlichen Einordnung des Vergaberechtsverstoßes durch den Bieter bedarf es hierfür nicht. Der Bieter muss die mit der Rüge verbundene Rechtsfrage nicht vollständig durchdringen, sondern ist nur gehalten, die auf einen Vergaberechtsverstoß hindeutenden Tatsachen zu benennen (OLG Schleswig, *Beschl. v. 22.01.2019 - 54Verg 3/18, BeckRS 2019, 590 Rn 48*). Das war der Antragstellerin vorliegend als erfahrene Bieterin ohne Bemühung besonderen Rechtsrats möglich. Keinesfalls durfte sie unter Verzicht auf eine Rüge ihrer Kalkulation eine eigene Schätzung der zu erwartenden Nutzerzahlen zugrunde legen. Hierfür finden sich keinerlei Anhaltspunkte in den Vergabeunterlagen.
- 76 bb. Soweit die Antragstellerin rügt, dass betreffend das Videokonferenztool die Vergabeunterlagen von einer fehlerhaft prognostizierten Nutzerzahl von 700.000 ausgingen, weil in den Monaten Juni bis September 2021 zu Höchstzeiten lediglich 62 Nutzer das Tool genutzt hätten (Rüge 9), ist diese Rüge nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ausgeschlossen. Dass die in den Vergabeunterlagen prognostizierten Nutzerzahlen betreffend das Videokonferenztool von den tatsächlichen Nutzerzahlen so erheblich abweichen würden, war den Vergabeunterlagen nicht zu entnehmen. Die Antragstellerin hatte hiervon als Bestandsbieterin jedoch im Sommer vor Einreichung ihres Nachprüfungsantrags am 06.08.2021 betreffend die Monate Juni und Juli Kenntnis und hätte es nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB rügen müssen.
- 77 cc. Soweit die Antragstellerin erstmals im Beschwerdeverfahren rügt, dass aufgrund der rein nutzungsabhängigen Vergütungsstruktur und dem Absehen der Zusicherung fester Mindestumsatzzahlen oder einer nutzungsunabhängigen Grundvergütung für den Bieter beziehungsweise Auftragnehmer ein unzumutbares Kalkulationsrisiko bestehe, weil das eigentliche Verwendungsrisiko auf die Bieter abgewälzt werde und der Auftragnehmer vorliegend ganz erhebliche Vorhalteaufwendungen tätigen müsse, ohne dass ihm hierfür eine bestimmte Mindest- oder Grundvergütung verbindlich von dem Antragsgegner zugesagt werde (Rüge 12), ist die Antragstellerin mit diesem Vorbringen ebenfalls

nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Sowohl die Vergütungsstruktur als auch das Fehlen von zugesicherten Mindestmengen ergibt sich bereits aus den Vergabeunterlagen, so dass die Antragstellerin den Umfang der Abwälzung des Verwendungsrisikos auf sie und den darin möglicherweise beinhalteten Vergaberechtsverstoß hätte erkennen können und vor Abgabe ihres Angebots rügen müssen.

- 78 dd. Der Senat kann vorliegend die mit Blick auf die Widersprüchlichkeit der Vergabeunterlagen und Kalkulationsgrundlage behaupteten Vergaberechtsverstöße auch nicht von Amts wegen berücksichtigen. Die Frage, ob besonders schwerwiegende Verstöße entgegen § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB auch ohne vorherige Rüge von Amts wegen von einem Vergabesenat aufgegriffen werden können (so wohl OLG München, Beschl. v. 22.01.2016 - Verg 13/15, BeckRS 2016, 121692), bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Ein derart schwerwiegender Verstoß gegen Vergabevorschriften, der ein Absehen von der gesetzlich vorgesehenen Rügeobliegenheit rechtfertigen würde, liegt hier mit der behaupteten Intransparenz der Vergabeunterlagen jedenfalls nicht vor.
- 79 c. Der Nachprüfungsantrag ist in Bezug auf die Rügen Nr. 1, 5, 6 und 8 hingegen mangels Rügepräklusion zulässig.
- 80 aa. Die Rügen sind zulässig und nicht nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert, soweit die Antragstellerin einen unterlassenen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV (Rüge 8) beziehungsweise nach § 60 Abs. 3 VgV (Rüge 6) beanstandet. Von diesen vermeintlichen Vergaberechtsverstößen hatte sie bei Einreichung des Nachprüfungsantrags keine Kenntnis, wie sich erstmals aus ihren Ausführungen im Schriftsatz vom 14.09.2022 ergeben hat.
- 81 Gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller einen Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichung 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 (*Dicks*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 GWB Rn 40). Das Entstehen der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB setzt positive Kenntnis des vertretungsberechtigten Organs des Antragstellers (vgl. BayObLG, Beschl. v. 22.01.2002 - Verg 18/01), eines sonst beauftragten Vertreters (§ 166 Abs. 1 BGB) oder eines sog. Wissensvertreters (analog § 166 Abs. 1 BGB) voraus (OLG Naumburg, Beschl. v. 05.12.2008 - 1 Verg 9/08 stellt auf die Kenntnis des fachkundigen Mitarbeiters des Bieters ab; vgl. auch *Dicks*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn 42). Wissensvertreter ist, wer nach der Geschäftsorganisation des Antragstellers dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen, die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und an die Geschäftsleitung weiterzugeben (vgl. BGH, Urt. v. 25.10.2018 - IX ZR 168/17; *Schubert*, in: MünchKomm BGB, 9. Aufl., § 166 Rn 28). Die Kenntnis einer mit der formalen Durchsicht beauftragten Bürokräft genügt nicht (OLG Naumburg, Beschl. v. 05.12.2008 - 1 Verg 9/08).
- 82 Daran fehlt es vorliegend. Die Antragstellerin, vertreten durch ihre Prozessbevollmächtigten, hat den Nachprüfungsantrag am 06.08.2021 um 10:02 Uhr per Fax (vgl. Anlage BF 6) und um 10:06 Uhr per Email (vgl. BF 5) an die Vergabekammer abgesandt, wobei der Antrag dort um 10:10 Uhr eingegangen ist. Das Rügeabweisungsschreiben, aus dem

sich ergibt, dass der Angebotspreis der Antragstellerin das günstigste Angebot um mehr als das Doppelte übersteigt, ist bei der Antragstellerin zwar per Fax am 06.08.2021 um 09:19 eingegangen. An die mit der Vergabe befasste Person innerhalb der Antragstellerin, auf die es bei der Bestimmung des Zeitpunkts der Kenntniserlangung ankommt, wurde dieses Fax erst um 10:06 Uhr (vgl. Anlage BF 9) und damit nach Einreichung des Nachprüfungsantrags weitergeleitet. Das mit dem Schreiben erlangte Wissen, welches nach Ansicht der Antragstellerin den Schluss auf die Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen erlaubt, wonach sich die erheblichen Preisunterschied nur dadurch erklären lassen, dass das Angebot der Beigeladenen entweder die Anforderungen an die Serverarchitektur nicht erfülle (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV) oder das Angebot unauskömmlich (§ 60 Abs. 3 VgV) sei, wurden mithin erst nach Absendung des Nachprüfungsantrags erlangt, so dass keine Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB bestand.

- 83 bb. Der Nachprüfungsantrag ist des Weiteren zulässig, soweit sich die Antragstellerin gegen die Wertung ihres Angebots wendet (Rügen 1 und 5). Dies hatte sie bereits mit Rügeschreiben vom 05.08.2021 und damit vor Einreichung des Nachprüfungsantrags im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt, nachdem der Antragsgegner ihr mit Schreiben vom 29.07.2021 nach § 134 GWB mitgeteilt hatte, dass sie den Zuschlag der Beigeladenen erteilen werde und betreffend die Wertung der Qualität ihres Angebots (Rüge 5) mit dem Nachprüfungsantrag weiter vertieft. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens wendet sich die Antragstellerin gegen die Entscheidung der Vergabekammer lediglich insoweit, als diese die gerügte fehlerhafte Anwendung der Bewertungsmatrix (relativ statt absolut - Rüge 1) durch den Antragsgegner bei der Vergabe der Leistung verneint hat und ihr Angebot nicht die Höchstpunktzahl bei der Qualität erhalten habe.
- 84 d. Nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind die Rügen 2, 3, 4, 10 und 11.
- 85 Soweit die Vergabekammer die Rüge zurückgewiesen hat, der Antragsgegner sei bei der Wertung von einem nicht vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen (Rüge 2) und habe nicht alle ihre Konzepte (Rüge 4) umfasst, wird dies mit der Beschwerde nicht angegriffen.
- 86 Gleiches gilt, soweit die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag in Bezug auf die Rüge der vermeintlichen Unklarheiten der Leistungsbeschreibung betreffend die Architektur der Software "LOGINEO NRW Messenger mit Videokonferenzsystem", durch die einseitige Vorgabe der finalen Architektur durch den Antragsgegner, die offene Zahl der Produktions-, Entwicklungs- und Qualitätssicherungsinstanzen; die unklare zukünftige Kompetenzverteilung und die gerügte Vergütungsgrundlage für Messenger-Dienste auf der Grundlage der zum Ende eines Monats registrierten Nutzer (Rüge 10) als unzulässig nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB zurückgewiesen hat.
- 87 Darüber hinaus ist nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens, dass die Vergabekammer nach § 8 VgV den Nachprüfungsantrag in Bezug auf die Rüge einer unvollständigen und fehlerhaften Dokumentation des Vergabeverfahrens - wegen Fehlens der Angebotswertung der indikativen Angebote, Fehlen des Verhandlungsprotokolls mit der Beigeladenen und Vergabevermerk ohne Datum und ohne Erkennbarkeit des Urhebers - (Rüge 11) als unbegründet zurückgewiesen hat.
- 88 Soweit die Antragstellerin noch im Vergabenachprüfungsverfahren das Fehlen einer ordnungsgemäßen Mitteilung nach § 134 GWB gerügt (Rüge 3) und die Vergabekammer diese Rüge wegen fehlender Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB mangels eines Scha-

dens der Antragstellerin als unzulässig zurückgewiesen hat, ist dies schließlich ebenfalls nicht Gegenstand der Beschwerde der Antragstellerin.

- 89 2. Der Nachprüfungsantrag ist - soweit zulässig - unbegründet.
- 90 a. Das Angebot der Beigeladenen ist nicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen (Rüge 8). Mit ihrem Angebot hat die Beigeladene keine Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vorgenommen.
- 91 Das Angebot der Beigeladenen berücksichtigt die Vorgaben der Leistungsbeschreibung, was der Antragsgegner unter Zuhilfenahme eines externen Sachverständigen, der Firma C., in vergaberechtlich nicht zu beanstandender Weise überprüft hat.
- 92 aa. Hierbei ist es vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass sich der Antragsgegner zur Auswertung der Angebote externer sachverständiger Hilfe bedient hat. Denn die technische Übereinstimmung der Angebote mit dem der Ausschreibung zugrunde gelegten Leistungsverzeichnis erforderte neben einem erheblichen Arbeitsaufwand auch fachliches Spezialwissen, über das die Mitarbeiter behördlicher Vergabestellen nicht immer verfügen. Der Auftraggeber muss den sachverständigen Vorschlag aber überprüfen und die Vergabeentscheidung in eigener Verantwortung treffen. Dies kann auch dadurch erfolgen, dass er sich die vorgeschlagene sachverständige Wertung - wie im Streitfall - zu eigen macht (vgl. Senat, Beschl. v. 16.10.2013- Verg 16/13 Rn 28 zitiert nach juris; OLG Dresden, Beschl. v. 29.05.2001, WVerG 3/01 - juris Tz. 6; OLG Celle, Beschl. v. 18.12.2003, 13 Verg 22/03 - juris Tz. 27; OLG Naumburg, Beschl. v. 26.02.2004, 1 Verg 17/03 - juris Tz. 69; vgl. auch Senat, Beschl. v. 18.10.2000, Verg 3/00 - juris Rn 78, 79)
- 93 bb. Fehler bei der Prüfung der Angebote sind nicht erkennbar. Der Antragsgegner hat insbesondere durch die beauftragte Firma C. die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen ausgewertet (vgl. Bl. 996 - 1038 Vergabekammerakte), wobei die Auswertung des Angebots der Antragstellerin 25 Seiten und die des Angebots der Beigeladenen 17 Seiten umfasst. Explizit durch die fachtechnische Stellungnahme der Firma C. (vgl. "Fachtechnische Stellungnahme zum Schriftsatz von C. 1. vom 09.02.2022" von C., Anlage AG 1) hat der Antragsgegner den Einwand der Antragstellerin, das Angebot der Beigeladenen erfülle nicht die Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung, insbesondere in Bezug auf die Anforderung der Leistungsbeschreibung, dass je Schule (ca. 5.500) eine eigene Messenger-Installation vorzusehen sei, überprüft. Demnach sieht auch das Angebot der Beigeladenen eindeutig für jede Schule eine eigene Messenger-Installation vor, wobei die Antragstellerin als auch die Beigeladene von der gleichen Arbeitsspeicherkonfiguration ausgehen.
- 94 b. Das Angebot der Beigeladenen war nicht nach § 60 Abs. 3 S. 1 VgV als unauskömmlich auszuschließen (Rüge 6). Die Preisprüfung war ordnungsgemäß. Insbesondere ist der Antragsgegner in nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangt, dass die geringe Höhe des Angebotspreises der Beigeladenen zufriedenstellend aufgeklärt ist.
- 95 aa. Zwar erscheint das Angebot der Antragstellerin ungewöhnlich niedrig und hat gemäß § 60 Abs. 1 VgV Veranlassung zur Aufklärung gegeben.
- 96 Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangt der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung (§ 60 Abs. 1 VgV). Die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, in eine Preisprüfung einzutreten, kann sich aus dem Preis- und Kostenabstand zu den Konkurrenz-

angeboten aber auch aus Erfahrungswerten, insbesondere aus Erkenntnis-se aus vorangegangenen vergleichbaren Ausschreibungen oder aus einem Vergleich mit der eigenen Auftragswertschätzung des Auftraggebers ergeben (BGH, Urteil vom 20. November 2012, X ZR 108/10; Senatsbeschlüsse vom 16. April 2020, VII-Verg 37/19, und vom 13. Dezember 2017, VII-Verg 33/17 - juris, Rn. 96; OLG Celle, Beschluss vom 10. März 2016, 13 Verg 5/15). Das Angebot der Antragstellerin übersteigt das Angebot der Beigeladenen um mehr als das Doppelte.

- 97 bb. Der Antragsgegner hat die Preisaufklärung ordnungsgemäß durchgeführt. Zwar hat der Antragsgegner - wie § 60 Abs. 1 S. 2 VgV vorsieht - die Beigeladene nicht um Aufklärung über die preisliche Zusammensetzung ihrer Angebote ersucht.
- 98 Der öffentliche Auftraggeber hat grundsätzlich mittels der in § 60 Abs. 2 VgV vorgeschriebenen Aufklärung dem betreffenden Bieter die Möglichkeit zu geben, den Eindruck eines ungewöhnlich niedrigen Angebots zu entkräften oder beachtliche Gründe aufzuzeigen, dass sein Angebot annahmefähig ist. Dafür hat er an den Bieter eine eindeutig formulierte Anforderung zu richten, mit der er Erläuterungen zu den angebotenen Preisen verlangt und Gelegenheit gibt, die "Seriosität" des Angebots nachzuweisen (EuGH, Urteil vom 29. März 2012, C-599/10 - juris, Rn. 28 ff.; OLG Celle, Beschluss vom 30. September 2010, 13 Verg 10/10; Lausen in Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, § 60 Rn. 15). Das Gebot einer Aufklärung durch das betroffene Bieterunternehmen besteht jedoch nicht um seiner selbst willen. Sofern der öffentliche Auftraggeber aufgrund anderweitiger gesicherter Erkenntnisse zu der beanstandungsfreien Feststellung gelangt, das Angebot eines Bieters sei nicht ungewöhnlich oder unangemessen niedrig, darf er auf eine Aufklärung durch den betroffenen Bieter verzichten (Senat, Beschl. v. 20.12.2017 - Verg 8/17 Rn 92; Senat, Beschl. v. 02.08.2017 - Verg 17/17 Rn 44 zitiert nach juris; so wohl auch Wagner, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl., § 60 VgV Rn. 12; vgl. dazu ebenfalls: OLG Düsseldorf, NZBau 2018, 169 - Abfallsammlung und Transport; OLG Düsseldorf, ZfBR 2016, 709 mwN). Eine Aufklärung nach § 60 I 2 VgV hat nicht lediglich aus formalen Gründen zu erfolgen. Dies verbietet sich auch wegen der dem öffentlichen Auftraggeber nur in begrenztem Umfang zur Verfügung stehenden verwaltungsmäßigen und finanziellen Ressourcen sowie wegen des Beschleunigungsgebots, dem Vergabeverfahren im Allgemeinen unterliegen (Senat, Beschl. v. 20.12.2017 - Verg 8/17 Rn 92).
- 99 Dies zugrunde gelegt bedurfte es vorliegend einer gesonderten Aufklärung durch die Beigeladene selbst nicht. Bereits aus der eingeholten fachtechnischen Bewertung (vgl. Bewertung der Angebotspreise SVA und TSI, Bl. 991 - 995 Vergabekammerakte) ergab sich die Auskömmlichkeit des Angebotspreises der Beigeladenen. Im Rahmen der fachtechnischen Bewertung sind die einzelnen Angebotspositionen der Antragstellerin und der Beigeladenen gegenübergestellt worden. Die Preisunterschiede wurden untersucht. Unter dem Aspekt, dass die Beigeladene für das Hosting die ... (**Geschäftsgeheimnis**), erscheint ihr Angebotspreis demnach plausibel. Die seitens der Antragstellerin ermittelten vermeintlich notwendigen Fixkosten können für die Frage der Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen nicht herangezogen werden.
- 100 c. Die Wertung der Angebote erfolgte vergaberechtsfehlerfrei im Sinne des § 127 Abs. 1 GWB (Rüge 1).
- 101 aa. Insbesondere ist der Antragsgegner bei deClr Bewertung nicht von der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmethode abgewichen und hat das Angebot der

Antragstellerin bei der Bewertung der Qualität der Unterlagen nicht an dem Konzept der Beigeladenen gemessen und damit einen relativen statt einen absoluten Bewertungsmaßstab angewandt.

- 102 Zwar mag das nach § 134 GWB verfasste Informationsschreiben des Antragsgegners vom 29.07.2021 auf eine relative Bewertung der Konzepte hindeuten, wenn es dort heißt, dass es dem für die Vergabe ausgewählten Bieter besser gelungen sei, sich an den für die Bewertung der Zuschlagkriterien gegebenen Hinweisen abzuarbeiten. Ausweislich der in der Vergabedokumentation niedergelegten Auswertung der Angebote (vgl. Bl. 991 - 1038 Vergabekammerakte) - welche der Senat bei der Entscheidung berücksichtigt hat - hat der Antragsgegner die Angebote bei der Qualität des Konzepts nach einem rein absoluten und nicht vergleichenden Maßstab bewertet.
- 103 Die Auswertung des Angebots der Antragstellerin umfasst 25 Seiten (Bl. 996 - 1020 Vergabekammerakte). Dabei hat die C. bei der Qualitätsbewertung zu jedem einzelnen Unterkriterium "Supportkonzept" (10%), "Darstellung zu einer flexiblen und nachhaltigen Skalierung" (15%), "Darstellung eines Verfügbarkeitskonzepts" (15%), "Datenschutz- und IT-Sicherheitskonzept" (10%) und "Projektteam und Leistung" (10%) den Angebotsinhalt der Antragstellerin ausführlich dargestellt, diesem die in den Angebotsbedingungen bekanntgegebene Erwartungshaltung des Auftraggebers gegenüber gestellt, beides miteinander verglichen und auf dieser Grundlage das Ergebnis seiner getroffenen Bewertung begründet. Ebenso ist bei der Auswertung des Angebots der Beigeladenen verfahren worden. Ein Vergleich der beiden Angebote in Relation zueinander hat nicht stattgefunden.
- 104 bb. Auf die Frage, ob die Antragstellerin im Rahmen der Bewertung der Qualität vergaberechtswidrig eine zu niedrige Punktzahl erreicht hat, kommt es im Ergebnis nicht an und bedarf vorliegend keiner Entscheidung, da ihr hierdurch kein Schaden durch Beeinträchtigung ihrer Zuschlagschancen entstanden ist. Selbst wenn die Antragstellerin unter Zugrundelegung des absoluten Bewertungsmaßstabs für die Qualität ihres Konzepts die maximale Punktzahl erlangt hätte, läge ihr Angebot in der Wertung immer noch hinter dem der Beigeladenen. Die Beigeladene hat bei dem Zuschlagskriterium "Preis" die maximale Punktzahl (60 Punkte), während die Antragstellerin nur 0 Punkte erreicht hat.
- 105 3. Ein Akteneinsichtsrecht in die Preisprüfung des Angebots der Beigeladenen und in eine etwaige Kommunikation zwischen den Parteien nach Abgabe der indikativen und finalen Angebote, einschließlich der Verhandlungsprotokolle besteht nicht. Die Voraussetzungen eines Akteneinsichtsanspruchs der Antragstellerin nach § 165 Abs. 1 GWB liegen nicht vor.
- 106 a. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. u.a. Senatsbeschluss vom 9. Januar 2020 - VII-Verg 10/18, zitiert nach juris, Tz. 23 = VergabeR 2020, 541 ff.) hat der Anspruch auf Akteneinsicht im Vergabenachprüfungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (ebenso OLG Naumburg, Beschluss vom 1. Juni 2011 - 2 Verg 3/11, zitiert nach juris, Tz. 4). Die Beschleunigungsbedürftigkeit von Vergabenachprüfungsverfahren steht einem gänzlich voraussetzungslosen Akteneinsichtsanspruch aus § 165 Abs. 1 GWB entgegen (Senatsbeschlüsse vom 14. Dezember 2020 - VII-Verg 30/20 - und vom 25. September 2017 - VII-Verg 19/17, zitiert nach juris, Tz. 9). Ein Anspruch auf Akteneinsicht setzt vielmehr über den Wortlaut von § 165 Abs. 1 GWB hinaus einen das Akteneinsichtsgesuch begründenden beachtlichen und entscheidungserheblichen Sachvortrag voraus. Das Akteneinsichtsrecht be-

steht nur in dem Umfang, wie es zur Durchsetzung der subjektiven Rechte des Antragstellers erforderlich ist (Senatsbeschluss vom 19. Februar 2020 - VII-Verg 26/17, zitiert nach juris, Tz. 79). Im Fall eines unzulässigen Nachprüfungsantrags reicht es daher nur so weit, wie die Vergabeakten zur Beantwortung der Zulässigkeitsfrage eingesehen werden müssen (vgl. Byok, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl., § 165 GWB Rn. 6; Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 165 GWB Rn. 4). Auch soweit der Nachprüfungsantrag - aus rechtlichen Gründen, für welche die Akteneinsicht unerheblich ist - offensichtlich unbegründet ist, besteht kein Akteneinsichtsrecht (Senatsbeschlüsse vom 14. Dezember 2020 - VII-Verg 30/20 - und vom 16. Februar 2012 - VII-Verg 2/12, zitiert nach juris, Tz. 13 m.w.N.; Reidt, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., § 165 GWB Rn. 16). Einen Akteneinsichtsanspruch nicht zu begründen vermögen des Weiteren willkürliche, aufs Geratewohl oder ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen, weil sie im Vergabenachprüfungsverfahren unzulässig und unbeachtlich sind (Senatsbeschluss vom 29. Juni 2017 - VII-Verg 7/17, zitiert nach juris, Tz. 43; OLG Hamburg, Beschluss vom 30. März 2020 - 1 Verg 1/20, zitiert nach juris, Tz. 5; OLG München, Beschluss vom 8. November 2010 - Verg 20/10, zitiert nach juris, Tz. 3). Das Akteneinsichtsrecht besteht schließlich von vornherein nicht in Bezug auf Dokumente, die gar nicht Bestandteil der Vergabe- oder Verfahrensakten sind (vgl. Senatsbeschluss vom 23. Januar 2020 - VII-Verg 27/19). Nach (§ 165 Abs. 2 GWB scheidet ein Akteneinsichtsrecht grundsätzlich aus, soweit Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen dem entgegenstehen.

- 107 b. Dies zugrunde gelegt, scheidet ein Akteneinsichtsrecht der Antragstellerin in Bezug auf die Preisprüfung des Angebots der Beigeladenen und in eine etwaige Kommunikation zwischen den Parteien nach Abgabe der indikativen und finalen Angebote, einschließlich der Verhandlungsprotokolle aus. Soweit der Nachprüfungsantrag nicht bereits unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, steht dem Akteneinsichtsrecht der Antragstellerin ein höheres Interesse der Beigeladenen an der Geheimhaltung ihrer sich in ihrem Angebot befindenden Geschäftsgeheimnisse entgegen, die Gegenstand der Preisprüfung, einschließlich der Verhandlungsprotokolle sind, auf die sich das Akteneinsichtsgesuch bezieht.
- 108 Nur der Vollständigkeit halber weist der Senat darauf hin, dass er die Tatsachen, die der Antragstellerin zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der Beigeladenen nicht zugänglich gemacht werden, gleichwohl bei seiner Entscheidung berücksichtigen darf und berücksichtigen wird (vgl. BGH, Beschl. v. 31.01.2017, X ZB 10/16, juris Rn. 60).

III.

- 109 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels.
- 110 Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners und der Beigeladenen hat die Vergabekammer vergaberechtsfehlerfrei nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. § 80 VwVfG bejaht.
- 111 Der Beschwerdewert wird auf bis 2.300.000,00 EUR festgesetzt. Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des auf die fest vorgesehene Laufzeit entfallenden Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin (Senat, Beschl. v. 10.02. 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56). Die Verlängerungsoption von weiteren zweieinhalb Jahren ist mit fünf Prozent der Hälfte des Auftragswertes für die-

sen Zeitraum zu berücksichtigen (BGH, Beschl. v.18.03.2014 - X ZB 12/13, NZBau 2014, 452).