

Gericht:	OLG Frankfurt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	22.09.2020
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	11 Verg 7/20
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2020:0922.11VERG7.20.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 97 Abs 1 GWB, § 166 Abs 2 GWB, § 178 GWB, § 16 Abs 1 SGB 2, § 45 SGB 3
Zitiervorschlag:	OLG Frankfurt, Beschluss vom 22. September 2020 – 11 Verg 7/20 –, juris

Fortsetzungsfeststellungsklage nach Ausschreibung von Coaching-Dienstleistungen gem. § 16 Abs. 1 SGB II i.V.m. § 45 SGB III

Leitsatz

1. Die Erledigung eines Vergabenachprüfungsverfahrens kann gem. § 178, 166 Abs. 2 S. 2 GWB "in sonstiger Weise" auch dann eintreten, wenn das Verfahren durch andere als die im Gesetz aufgeführten Ereignisse, die weder dem Antragsteller noch dem Beigeladenen zuzurechnen sind, gegenstandslos wird.
2. Hat die Vergabestelle unter Verletzung der Warte- und Informationspflicht einem der Bieter den Zuschlag erteilt, so kann sich ein auf das negative Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch des unterlegenen Bieters ergeben, wenn die Vergabestelle die bei der Wertung berücksichtigten Unterkriterien den Bietern nicht hinreichend transparent mitgeteilt hat.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Landes Hessen, 26. März 2020, 69d - VK 19/2019, Beschluss

Tenor

Die Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt vom 26. 3. 2020 (Az.: 69d - VK 19/2019) werden mit folgender Maßgabe zurückgewiesen:

1. Es wird festgestellt, dass die Insolvenzschildnerin durch das Vorgehen des Antragsgegners in ihren Rechten gem. § 97 VI GWB verletzt worden ist,
2. dem Antragsgegner und der Beigeladenen werden zu gleichen Teilen die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragstellers auferlegt.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens beträgt 82.560 €.

Gründe

I.

- 1 Der Antragsteller ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Fa. X mbH (im Folgenden: Insolvenzschildnerin). Er wurde am 28.5.2020, d.h. während des Beschwerdeverfahrens bestellt und hat das Verfahren durch Schriftsatz vom 3.6.2020 aufgenommen. Streitstoff ist das folgende Vergabe(nachprüfungs)verfahren:
- 2 Der Antragsgegner schrieb am 25.02.2019 europaweit einen Dienstleistungsauftrag zur Herstellung der Wettbewerbsfähigkeit gemäß § 16 Abs. 1 SGB II i.V.m. § 45 SGB III aus (Auftragsbezeichnung ..., Referenznummer: ... - die folgenden unter „VKA“ angegebenen Blattzahlen beziehen sich auf die Akten des Nachprüfungsverfahrens). Dabei geht es, vereinfacht gesprochen, darum, durch Coachingprogramme bestimmte Sozialhilfeempfänger so zu unterstützen, dass ihr Sozialverhalten, Arbeitsverhalten und ihre Arbeitsmotivation gestärkt und dass sie am Arbeitsmarkt besser vermittelbar werden. Der Dienstleister soll innerhalb von 12 Monaten - optional 24 Monaten - dafür entsprechende Leistungen erbringen.
- 3 Die Interessenten konnten die Auftragsunterlagen, darunter die Bewerbungsbedingungen und die Leistungsbeschreibung, von einer Unterseite der Vergabepattform HAD herunterladen (Auftragsbekanntmachung Bl. 42 ff. VKA). Der Gesamtwert des Auftrages wurde zunächst mit 1,7 Mio. € geschätzt, diese Schätzung wurde auf 1,4 Mio. € reduziert. In die Wertung sollten zu 30 % der Preis (Monatspreis pro Maßnahmenplatz) und zu 70 % die Qualität des Dienstleistungskonzepts einfließen. Als Schlusstermin für die elektronisch über die Plattform eHAD einzureichenden Angebote war der 25.03.2019 vorgegeben. Der Vertragsbeginn war ursprünglich am 13.05.2019 vorgesehen und wurde dann auf den 01.05.2019 vorverlegt.
- 4 In Ziffer 1.8 der Leistungsbeschreibung sind für die „Herstellung der Wettbewerbsfähigkeit“ insgesamt 100 wiederbesetzbare Plätze vorgegeben (Bl. 68 VKA). In Ziffer 1.9 der Leistungsbeschreibung verspricht der Antragsgegner eine garantierte Zahlung für 70 Plätze.
- 5 Neben der Insolvenzschildnerin gaben auch die Beigeladene und eine weitere Bieterin Angebote ab (823, 864, 825 VA - diese wie die folgenden unter „VA“ angegebenen Blattzahlen beziehen sich auf den Ausdruck der elektronischen Vergabeakte). Die Angebotssumme der Insolvenzschildnerin lag bei 1,6 Mio. €, diejenige der Beigeladenen und der weiteren Bieterin lagen knapp unter 1 Mio. €.
- 6 Im Submissionstermin vom 25.03.2019 wurden die drei Angebote eröffnet und anschließend so bewertet, dass die Beigeladene den ersten, die weitere Bieterin den zweiten und die Insolvenzschildnerin den dritten Rang einnahmen.
- 7 Am 14.05.2019 erteilte der Antragsgegner der Beigeladenen elektronisch den Auftrag. Erst knapp 2 Wochen später, am 27.05.2019 informierte der Antragsgegner die Insolvenzschildnerin, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle, weil sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Hierzu wurde ein Formblatt verwendet (Anlage 7 VKA).
- 8 Am folgenden Tag rügte die Insolvenzschildnerin die fehlerhafte Bieterinformation und berief sich auch darauf, ihr sei telefonisch mitgeteilt worden, dass sie die einzige Bieterin gewesen sei. Mit Schreiben vom 04.06.2019 half der Antragsgegner der Rüge nicht ab

und erläuterte dies näher (Anlage 9 VKA). Am folgenden Tag leitete die Insolvenzschildnerin das Nachprüfungsverfahren ein und wiederholte ihre bisherigen Rügen. Zu diesem Zeitpunkt war ihr nicht bekannt, dass der Zuschlag bereits an die Beigeladene erteilt worden war.

- 9 Die Vergabekammer forderte bei dem Antragsgegner am Folgetag die Vergabeakte in Papierform an. Hierauf antwortete der Antragsgegner, offenbar sei für die Vergabekammer ein elektronischer Zugang zu der elektronischen Plattform, die bei der zentralen Aufgabevergabestelle geführt werde (eHAD bzw. AI Vergabemanagerplattform), nicht ausreichend. Der Antragsgegner kündigte an, einen Ausdruck der Vergabeakte zu erstellen, zu paginieren und an die Vergabekammer zu übersenden (Bl. 107 f. d.VKA).
- 10 Nach einer ersten Akteneinsicht (Bl. 178 VKA) rügte die Insolvenzschildnerin ergänzend mit Schreiben vom 12.07.2019 unterschiedliche Dokumentationsmängel und eine unterbliebene Auskömmlichkeitsprüfung. Die Insolvenzschildnerin warf dem Antragsgegner ferner vor, bei der Wertung der Konzepte andere Kriterien herangezogen zu haben als in der Ausschreibung vorgegeben. So habe der Antragsgegner mit „Checklisten“ gearbeitet, in denen Unterkriterien, wie z.B. „simuliertes Fallbeispiel...“ oder „Gender Mainstreaming“ enthalten gewesen seien, die sich aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ergäben.
- 11 Zuletzt hat die Insolvenzschildnerin einen Ermessensnichtgebrauch oder zumindest einen Ermessens Fehlgebrauch bei der Angebotswertung bemängelt. Nach der Bewertungslogik der Ausschreibung solle das einzureichende Dienstleistungskonzept gegenüber dem Preis deutlich übergewichtet werden. Es könne demnach erwartet werden, dass sich der Antragsgegner bei der Angebotswertung vertieft mit den eingereichten Konzepten auseinandersetzen werde. Das Konzept der Insolvenzschildnerin umfasse mehr als 80 Seiten. Der Antragsgegner habe dieses Konzept nur mit wenigen Sätzen bewertet (Bl. 212 ff. d. VKA). Dem trat der Antragsgegner unter Vorlage der Prüfbogen für die Angebote ausdrücklich entgegen (Bl. 292, 296, 315 f. VKA).
- 12 Die Vergabekammer wies den Antragsgegner am 16.08.2019 darauf hin, dass sie davon ausgehe, der eingereichte Ausdruck der Vergabeakte entspreche der vollständigen elektronischen Dokumentation über das gesamte Verfahren. Sollte diese Einschätzung unzutreffend sein, dann dürften weitere Unterlagen nachgereicht werden (Bl. 356 VKA). Dies geschah durch den nachfolgenden Schriftsatz des Antragsgegners, in dem darauf hingewiesen wurde, bei den nachgereichten Dokumenten handele sich um nach Rügeerhebung entstandene Unterlagen. Unter diesen Unterlagen befand sich allerdings auch das Schreiben der Auftragsvergabe vom 14.05.2019 (Bl. 914 d.A. VA - sowie Bl. 356 d.A. VKA).
- 13 Nach nochmaliger Akteneinsicht der Insolvenzschildnerin und Kenntnisnahme von der Zuschlagserteilung hat sie ihren Nachprüfungsantrag umgestellt. Sie hat nunmehr beantragt festzustellen, dass sie im Vergabeverfahren in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletzt worden sei. Ferner hat sie die Feststellung beantragt, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirksam sei, hilfsweise beantragt, den Vertragsschluss zu untersagen.
- 14 Im Vorfeld der mündlichen Verhandlung hat die Vergabekammer den Antragsgegner gebeten, ihr in der mündlichen Verhandlung den Zugang zu der Plattform zu ermöglichen, auf der die Vergabeunterlagen gespeichert sind (Schreiben v. 14.02.2020 - nicht pagi-

niert). In der mündlichen Verhandlung hat die Insolvenzschriftführerin die Vergabekammer u.a. darum gebeten, eine Überprüfung der Wertung der Angebote, insbesondere der Konzeptteile vorzunehmen. Der Antragsgegner hat zur mündlichen Verhandlung einen Laptop mitgebracht, mit dem eine Zugangsmöglichkeit zu der bei der Auftragsberatungsstelle Hessen gespeicherten Vergabeakte ermöglicht werden sollte. Hiervon hat die Vergabekammer keinen Gebrauch gemacht.

- 15 Durch die angefochtene Entscheidung vom 26.03.2020 hat die 1. Vergabekammer festgestellt, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag vom 14.05.2019 über die streitgegenständlichen Dienstleistungen unwirksam ist, und der Antragsgegner aufgegeben, beim Fortbestehen seiner Beschaffungsabsicht die Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beachten.
- 16 Zur Begründung ihrer Entscheidung hat die Vergabekammer folgendes ausgeführt:
- 17 Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, insbesondere sei der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB eröffnet und ein Nachprüfungsantrag auch noch statthaft, obwohl der Auftrag bereits an die Beigeladene erteilt worden sei. Eine Rügeverpflichtung der Insolvenzschriftführerin habe auf dieser Sachgrundlage nicht bestanden, da die Rüge die vom Gesetzgeber intendierte Warnfunktion nicht mehr habe erfüllen können. Nachdem der Auftrag bereits vergeben worden sei, habe die Insolvenzschriftführerin ein berechtigtes Interesse, die Unwirksamkeit des Vertragsschlusses feststellen zu lassen. Sie sei durch ihre Teilnahme an dem Vergabeverfahren antragsbefugt und habe auch darlegen können, dass Vergabefehler vorgelegen hätten, die zu einer Verschlechterung ihrer Zuschlagsaussichten führen könnten, woraus man einen Schadenseintritt herleiten könne.
- 18 Unstreitig habe der Antragsgegner gegen Informations- und Wartepflichten verstoßen. Für sich gesehen führe das zwar einen Schadenseintritt noch nicht zwingend herbei. Sofern das Vergabeverfahren im Übrigen fehlerfrei durchgeführt worden sei, drohe der Insolvenzschriftführerin als nicht berücksichtigtem Bieter durch eine fehlerhafte Information oder einen Zuschlag vor Ablauf der Wartefrist noch kein Schaden. Anders müsse die Sachlage aber bewertet werden, wenn ein weiterer Vergabeverstoß gegeben sei. Hier treffe dies zu, weil der Antragsgegner zum einen gegen die in § 8 Abs. 1 VgV normierte Dokumentationspflicht verstoßen habe. Die Vergabekammer gehe im Hinblick auf die Gestaltung des vorgelegten Ausdruckes (durchgehende Paginierung) und die Tatsache, dass sie zwei Mal auf die Pflicht zur Vorlage einer vollständigen Kopie der Vergabeakte hingewiesen habe, davon aus, dass sie die vollständige Vergabeakte auch in den Händen halte. In der Akte befinde sich allerdings das zur Angebotsabgabe zwingend notwendige Konzept der Beigeladenen nicht. Da dieses Konzept nicht Aktenbestandteil geworden sei, hätte zum anderen das Angebot der Beigeladenen zwingend ausgeschlossen werden müssen. Darin liege ein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV.
- 19 Der Vergabeverstoß sei potentiell schadenskausal, weil sich trotz der dritten Rangstelle der Insolvenzschriftführerin in der Bieterwertung deren Zuschlagschancen verschlechtert hätten.
- 20 Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Neben dem Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht habe der Antragsgegner gegen die Verpflichtung verstoßen, das Angebot der Beigeladenen zwingend auszuschließen. In Bezug auf den an zweiter Stelle bewerteten Mitbieter hätte eine Aufklärungspflicht im Hinblick auf die Auskömmlichkeit

von dessen Angebot bestanden. Offensichtlich sei der Antragsgegner auch dieser Verpflichtung nicht nachgekommen.

- 21 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Beschlusses Bezug genommen. Er ist dem Antragsgegner und der Beigeladenen jeweils am 23.04.2020 zugestellt worden.
- 22 Der Antragsgegner und die Beigeladene haben durch die am 07.05.2020 beim Gericht eingegangenen Schriftsätze sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer eingelegt, mit der sie eine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung begehrt haben.
- 23 Sie werfen der Vergabekammer vor, eine objektiv fehlerhafte Entscheidung getroffen zu haben. Diese habe zwar zur Kenntnis genommen, dass der Antragsgegner in dem Vermerk „*Prüfungsbogen und Bewertung des Angebotes - Prüfungsteil A formelle Prüfung vom 28.03.2019*“ (Bl. 681 bis 684 VA) das Angebot der Beigeladenen als vollständig und das Konzept in sämtlichen Teilen als beigelegt notiert habe. Die Vergabekammer habe dies jedoch fehlerhaft nicht zum Anlass genommen, zu prüfen, ob der ihr vorliegende Ausdruck der Vergabeakte möglicherweise unvollständig war und habe lediglich lapidar festgestellt, dass der eben genannte Vermerk fehlerhaft gewesen sei.
- 24 Tatsächlich habe die elektronische Vergabeakte zu dem Angebot der Beigeladenen auch das abgeforderte Konzept enthalten, das als Anlage AG 2 (geheimhaltungsbedürftig) dem Gericht vorgelegt wird. Ausweislich des Signaturbeleges zu dem Angebot der Beigeladenen ergebe sich eindeutig, dass das Angebot auch das geforderte Konzept beinhaltet habe. Es sei lediglich versehentlich bei der Beantwortung der Anfrage der Vergabekammer nicht mit ausgedruckt und in die an die Vergabekammer übermittelte Papierakte eingeklebt worden.
- 25 Die Vergabeakte sei hier - entsprechend der gesetzlichen Vorgabe - ausschließlich elektronisch angelegt worden. Die elektronische Vergabeakte sei die einzige für die Entscheidung der Vergabekammer relevante Grundlage; der nachträglich erstellte Ausdruck der Vergabeakte sei lediglich die Kopie und nicht das Original. Verfahrensfehlerhaft habe die Vergabekammer davon abgesehen, in der mündlichen Verhandlung den angebotenen Einblick in die elektronische Vergabeakte zu nehmen. Dadurch sei nämlich die Verpflichtung der Nachprüfungsinstanzen, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen, verletzt worden (§ 163 Abs. 1 S. 1 GWB). Die Vergabekammer sei erst durch die Bitte der Insolvenzschildnerin auf Prüfung der geforderten Konzeptteile der Beigeladenen überhaupt darauf aufmerksam geworden, dass in der Papierakte dieses Konzept nicht enthalten gewesen sei. Sie hätte allerdings zugleich bemerken müssen, dass auf den Seiten 669 ff., insbesondere 697 bis 699 des Ausdrucks eine ausführliche qualitative Bewertung des Konzeptes durch den Antragsgegner durchgeführt worden ist. Dies hätte Anlass geben müssen, diesen Widerspruch aufzuklären.
- 26 Der Antragsgegner hat ursprünglich beantragt,
- 27 1. den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt vom 26.03.2020, Aktenzeichen 69d - VK 19/2019 aufzuheben,
- 28 2. dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auf-

wendungen des Antragsgegners sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen und

29 3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners im Verfahren vor der 1. Vergabekammer des Landes Hessen für notwendig zu erklären.

30 Die Beigeladene schließt sich inhaltlich den Ausführungen des Antragsgegners an und hat ursprünglich ebenfalls beantragt,

31 1. den obengenannten Beschluss aufzuheben sowie

32 2. dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

33 Der Antragsteller hat ursprünglich beantragt,

34 1. die sofortige Beschwerde des Antragsgegners und der Beigeladenen zurückzuweisen sowie

35 2. den Beschwerdeführern die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu gleichen Teilen aufzuerlegen.

36 Der Antragsteller tritt dem Ansinnen der Gegenseite inhaltlich entgegen. Er weist darauf hin, dass sich die Beigeladene erst am Freitag, den 22.03. um 13:12 Uhr auf der elektronischen Ausschreibungsplattform registriert und die Vergabeunterlagen heruntergeladen hat. Knapp 2 ½ Stunden später habe das Unternehmen ein umfangreiches Angebot abgegeben - wobei allerdings aufgrund der Erwägungen der Vergabekammer feststehe, dass ein Konzept von der Beigeladenen nicht vorgelegen habe. Dies sei innerhalb der Kürze der Zeit auch gar nicht „erstellbar“ gewesen.

37 Die Vergabeakte des Antragsgegners weise zahlreiche Mängel auf, die es nicht möglich machten, das Verfahren schlüssig nachzuvollziehen. Trotz zweier eindeutiger Hinweise der Vergabekammer und der nach der „Nachlieferung“ eines vollständigen Aktenordners geäußerten Frage der Insolvenzschriftführerin, ob man nun davon ausgehen dürfe, dass die Vergabedokumentation vollständig sei, wolle der Antragsgegner nun auf die elektronische Akte verweisen, was nicht mehr zulässig sei.

38 Neben dem Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht hätten sich weitere Vergabeverstöße herausgestellt, zum einen der trotz unvollständiger Angebotsabgabe unterbliebene Ausschluss der Beigeladenen, ebenso eine fehlende Auskömmlichkeitsprüfung im Hinblick auf das Angebot der Beigeladenen und der weiteren Bieterin und zuletzt eine rechtswidrige Angebotswertung.

39 Während des Beschwerdeverfahrens hat sich folgendes ereignet:

40 Der Antragsgegner hat den Antragsteller unter Fristsetzung bis zum 9.7.2020 aufgefordert, mitzuteilen, ob er im Fall seiner Beauftragung an der Erfüllung des Vertrags festhalte. Ferner ist der Antragsteller aufgefordert worden, darzulegen, mit welchen persönlichen und sachlichen Betriebsmitteln die Insolvenzschriftführerin einen mit ihr zustand kommenden Vertrag zu erfüllen gedenkt. Der Antragsteller hat darauf nicht reagiert. Er ist daraufhin mangels Eignung und wegen seiner unkooperativen Haltung im Hinblick auf eine mögliche Erfüllung des Vertrags vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden (Bl. 97-99 d. A.). Der Antragsteller nimmt seinen Ausschluss vom Vergabeverfahren hin. Er

verweist darauf, dass die Insolvenzschildnerin zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vollumfänglich geeignet gewesen sei. Daher vertritt er die Ansicht, dass sich das Nachprüfungsverfahren durch diesen Ausschluss ohne sein Verschulden erledigt habe. Inhaltlich sei der Antragsteller nun auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beschränkt.

- 41 Der Antragsteller beantragt nun,
- 42 die sofortige Beschwerde des Antragsgegners und der Beigeladenen zurückzuweisen und
- 43 1. festzustellen, dass die Insolvenzschildnerin durch das Vorgehen des Antragsgegners in ihren Rechten gem. § 97 VI GWB verletzt worden ist,
- 44 2. dem Antragsgegner und der Beigeladenen zu gleichen Teilen die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Insolvenzschildnerin aufzuerlegen.
- 45 Seinen zuvor gestellten Antrag, festzustellen, dass der Antragsgegner bei rechtlich ordnungsgemäßigem Verfahren und fortbestehender Beschaffungsabsicht der Insolvenzschildnerin den Zuschlag hätte erteilen müssen, hat der Antragsteller im Senatstermin fallen gelassen.
- 46 Der Antragsgegner und die Beigeladene beantragen nun ergänzend
- 47 die eben genannten Feststellungs- und Kostenerstattungsanträge zurückzuweisen.
- 48 Der Senat hat im Verhandlungstermin Einsicht in die auf der Vergabepattform „Al Vergabemanager“ gespeicherte Vergabeakte genommen. Wegen des Ergebnisses wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen (Bl. 132 d. A.).

II.

- 49 1. Die sofortigen Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen sind zulässig. Sie sind form- und fristgerecht eingelegt und bezweckten die Beseitigung einer durch die angefochtene Entscheidung entstandenen Beschwerde.
- 50 2. Der nunmehr vom Antragsteller gestellte (Fortsetzungs-)feststellungsantrag ist zulässig, weil sich das Vergabeverfahren in sonstiger Weise erledigt hat.
- 51 Die Feststellung einer Rechtsverletzung durch die Nachprüfungsinstanzen kann gem. §§ 178, 166 II 2 GWB begehrt werden, wenn sich das Nachprüfungsverfahren durch Zuschlag, durch Aufhebung oder Einstellung bzw. in sonstiger Weise erledigt hat.
- 52 Eine Erledigung „in sonstiger Weise“ liegt beispielsweise dann vor, wenn die Beteiligten das Nachprüfungsverfahren übereinstimmend für erledigt erklären (Thiele in: Kulartz/Kus/Portz/ Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Rn 74). Eine Erledigung in sonstiger Weise wird aber auch dann angenommen, wenn das Nachprüfungsverfahren durch andere Ereignisse, die weder dem Antragsteller noch dem Beigeladenen zuzurechnen sind, unmittelbar gegenstandslos wird (vgl. Antweiler in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, 3. Aufl., Rn 62 zu § 168 GWB). Dies ist hier eingetreten:

- 53 Die Insolvenzschriftnerin ist wegen nicht mehr vorhandener Eignung gem. §§ 45, 57 VgV zwischenzeitlich wirksam vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, so dass er seinen Nachprüfungsantrag wegen Wegfalls der Antragsbefugnis (§ 160 II GWB) nicht mehr hätte aufrechterhalten können. Der Ausschluss wegen Wegfalls der Eignung ist der Insolvenzschriftnerin aufgrund der hier vorliegenden besonderen Bedingungen nicht zuzurechnen.
- 54 Der Nachprüfungsantrag der Insolvenzschriftnerin war Anfang Juni 2019 gestellt worden. Ausweislich des Vergabevermerks des Antragsgegners war die Insolvenzschriftnerin damals vollumfänglich für den Auftrag geeignet. Das Insolvenzverfahren ist erst am 28.5.2020 eröffnet worden. Die Insolvenzschriftnerin ist daher erst während des knapp 12 Monate andauernden erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahrens in eine solche wirtschaftliche Zwangslage geraten, dass sie nun nicht mehr in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass schon bei Einleitung des Nachprüfungsverfahrens entsprechende finanzielle oder wirtschaftliche Probleme bei der Insolvenzschriftnerin bestanden oder dass die zur Insolvenzeröffnung führende wirtschaftliche Zwangslage auf einem vorwerfbaren Fehlverhalten der Geschäftsleitung der Insolvenzschriftnerin beruht.
- 55 3. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Fortsetzungsfeststellungsbegehrens ist, dass der ursprüngliche Nachprüfungsantrag statthaft und zulässig war. Das hat die Vergabekammer mit Recht bejaht. Auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung kann verwiesen werden. Mit den Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen wird das nicht in Zweifel gezogen.
- 56 Der Antragsteller hat auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtsverletzung. Ein solches Feststellungsinteresse ist anzunehmen, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient und wenn ein solcher Schadensersatzprozess nach dem Vortrag des Antragstellers nicht völlig aussichtslos erscheint (Senat, Beschluss vom 21.7.2020, 11 Verg 9/19; Antweiler in: Burgi/Dreher aaO., Rn 66 zu § 168 GWB; Damaske in: Müller-Wrede, GWB- Kommentar, Rn 43 zu § 178 GWB).
- 57 Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Der Antragsteller hat angekündigt, Schadensersatzforderungen geltend zu machen. Dieses Begehren erscheint in Bezug auf den Ersatz des sog. negativen Interesses auch nicht offensichtlich aussichtslos, denn das Vergabeverfahren ist aus den nachfolgenden Gründen unter mehreren Gesichtspunkten rechtsfehlerhaft abgelaufen.
- 58 4. Der Feststellungsantrag ist begründet, weil die Insolvenzschriftnerin durch die Zuschlagserteilung an die Beigeladene in ihren Rechten verletzt worden ist. Unstreitig hat der Antragsgegner gegen die Informations- und Wartepflicht gem. § 134 GWB verstoßen, indem er der Beigeladenen ohne vorherige Benachrichtigung der Mitbewerber den Zuschlag erteilt hat. Die Vergabekammer hat bereits zutreffend herausgearbeitet, dass dieser Fehler für sich betrachtet noch nicht ausreicht, um einen Schaden des nicht berücksichtigten Bieters in Gestalt der Verschlechterung seiner Zuschlagschancen zu begründen. Wenn das Vergabeverfahren im Übrigen fehlerfrei durchgeführt worden ist, so kann die Verletzung der Informations- und Wartepflicht keinen Schaden beim Mitbieter herbeiführen, weil sich der für den Zuschlag vorgesehene Bieter auch dann durchgesetzt hätte und sich dementsprechend die Chancen des Mitbieters auf den Zuschlag selbst bei

Beachtung der gesetzlichen Vorgaben nicht verbessert hätten (vgl. die Erwägungen der Vergabekammer unter Ziffer II. 1. lit f mit den dortigen Nachweisen).

- 59 Die Vergabekammer hat allerdings im Ergebnis auch mit Recht festgestellt, dass hier neben dem Verstoß gegen § 134 GWB weitere Vergabeverstöße aufgetreten sind, die die Insolvenzschuldnerin in ihrer Rechtsposition beeinträchtigt, d.h. ihre Zuschlagschancen verschlechtert haben:
- 60 a. Der Senat kann zwar nach der im Verhandlungstermin durchgeführten Einsichtnahme in die elektronische Vergabeakte einen Verstoß des Antragsgegners gegen seine Dokumentationspflicht gem. § 8 VgV nicht feststellen. Er kann auch den damit in Zusammenhang stehenden Vorwurf nicht teilen, es sei versäumt worden, das Angebot der Beigeladenen gem. § 57 I Nr. 2 VgV von der Wertung auszuschließen, weil diese es versäumt habe, das unter Punkt 1.5.2., Ziffer 2 der Bewerbungsbedingungen geforderte Konzept einzureichen.
- 61 Der Antragsgegner hat dem Senat eine Zugangsmöglichkeit auf den Massespeicher des Servers der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V., Wiesbaden verschafft. Die Auftragsberatungsstelle betreibt die auch hier vom Antragsgegner genutzte Plattform „AI Vergabemanager“. Mit Hilfe des elektronischen Zugangs konnte im Verhandlungstermin die dort elektronisch gespeicherte Vergabeakte eingesehen werden. Sie enthält auch das von der Beigeladenen eingereichte Konzept zur Durchführung des Auftrags.
- 62 Es spielt im Ergebnis keine Rolle, dass das Konzept der Beigeladenen nicht in dem für die Vergabekammer angefertigten Ausdruck der Vergabeunterlagen enthalten war. Das war hier zwar außerordentlich misslich, denn die Vergabekammer hatte auf einem vollständigen Ausdruck der Unterlagen bestanden und dies dem Antragsgegner auch mehrfach unmissverständlich klargemacht. Trotzdem kann sich der Antragsgegner darauf berufen, dass die vom Auftraggeber elektronisch geführte Vergabeakte als Dokumentationsbeleg maßgeblich war.
- 63 Der Gesetzgeber verlangt von den öffentlichen Auftraggebern, das Vergabeverfahren fortlaufend in Textform nach § 126b BGB zu dokumentieren, wozu auch die Kommunikation mit den Unternehmen und die Vergabeunterlagen gehören (§ 8 I VgV). Für die Kommunikation mit den Beteiligten ebenso wie für das Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren sind grundsätzlich elektronische Mittel zu verwenden (§ 9 I VgV). Als dauerhafter Datenträger i. S. des § 126b II BGB ist jedes Medium anzusehen, dass es dem Empfänger ermöglicht, eine an ihn gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass die Erklärung unverändert während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich gemacht werden kann (vgl. dazu Knauff, Elektronische öffentliche Auftragsvergabe, NZBau 2020, 421 ff.). Der Antragsgegner hat die Vergabeakte gesetzeskonform elektronisch geführt, so dass es allein auf die Vollständigkeit der elektronischen Akte ankam, die hier zu bejahen ist.
- 64 Die Beanstandung des Antragstellers, das Abspeichern der Vergabeakte auf dem Server einer dritten Person (hier der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V.) erfülle nicht die Voraussetzungen des § 8 VgV, weil die Akte dann nicht dem Auftraggeber selbst unbeschränkt und dauerhaft zugänglich sei, kann der Senat nicht teilen. Wenn sich die Vergabestelle über einen ihr zugeteilten Code bzw. (Zugangs-)schlüssel jederzeit den Zugang und damit auch die Einsichtnahmemöglichkeit zu Dokumenten verschafft hat, die auf einem (Dritt-)Server gespeichert sind, so sind jedenfalls keine Gründe ersichtlich, die sie

daran hindern könnten, auch den Nachprüfungsinstanzen einen ungehinderten Zugang zu der Vergabeakte zu verschaffen.

- 65 Letztlich musste der Senat allerdings über die vom Antragsteller aufgeworfene Frage keine abschließende Entscheidung treffen, weil das Vergabeverfahren weitere Rechts- und Verfahrensmängel enthält, die zu einer Verschlechterung der Zuschlagschancen der Insolvenzschuldnerin geführt haben:
- 66 b. Die Insolvenzschuldnerin hatte zulässigerweise während des Nachprüfungsverfahrens gerügt, dass es der Antragsgegner unterlassen hat, die von ihm letztendlich herangezogenen Kriterien zur Bewertung des Konzeptteiles den Bietern bei der Ausschreibung transparent vorzugeben (§ 97 Abs. 1 GWB). Da sie erst durch die nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gewährte Akteneinsicht Kenntnis von den maßgeblichen Umständen erhalten hatte, war die Insolvenzschuldnerin mit dieser Rüge nicht präkludiert.
- 67 Ausweislich der Bewerbungsbedingungen sollte die Wertung der Angebote in vier Stufen erfolgen. In der ersten Wertungsstufe sollten die formellen Anforderungen geprüft werden, in der zweiten Wertungsstufe die geforderten Eignungsnachweise, in der dritten Wertungsstufe die Auskömmlichkeit der Preise und in der vierten Wertungsstufe dann die Kriterien für die Auftragserteilung (Ziffern 1.1 - 1.5. der Bewerbungsbedingungen - Bl. 108 ff. VA).
- 68 Unter Ziffer 1.5 der Bewerbungsbedingungen ist näher dargelegt, wie die Kriterien für die Auftragserteilung in der 4. Wertungsstufe bemessen sind. Danach unterfällt das in der Gesamtwertung mit 70% bewertete Konzept in drei Konzeptteile. Jeder Konzeptteil wird mit einer Punktzahl von 0 bis 3 Punkten versehen und dann mit der Einzelgewichtung der einzelnen Konzeptteile (50%/40%/10%) multipliziert.
- 69 Ziffer 1.5.1. - Unterpunkt 2. erläutert, wie die Qualität des durch den Bieter einzureichenden Konzeptes bewertet werden soll, d.h. welche Anforderungen an das Erreichen der Punktzahlen von 0 - 3 gestellt werden. Dort heißt es auszugsweise, dass ein Konzeptteil mit einem Punkt bewertet wird, wenn die genannten Anforderungen mit Einschränkungen erfüllt werden oder die Konzeption inhaltlich Unschärfen enthält, die Konzeption der Maßnahme / Beauftragung aber insgesamt eine erfolgreiche Durchführung erwarten lässt. Ein Konzeptteil wird dagegen mit 2 Punkten bewertet, wenn die genannten Anforderungen erfüllt sind und die Konzeption inhaltlich schlüssig dargestellt ist sowie im Hinblick auf die Zielsetzung der Maßnahme/Beauftragung Erfolg verspricht. Ein Konzeptteil wird mit 3 Punkten bewertet, wenn die Konzeption in besonderer Weise (z.B. kreative Ideen) dienlich ist und dies in der Konzeption inhaltlich schlüssig dargestellt ist (Bl. 110 f. VA).
- 70 Die Anforderungen an das Angebot sind bezogen auf die Konzepte in Ziffer 1.5.2 Unterpunkt 2. dargelegt. Demnach sollen die Angebote ein Konzept enthalten, in welchem die nachfolgend nachvollziehbar erläuterten Angaben zu machen sind und sich die geforderten Inhalte der Leistungsbeschreibung wiederfinden.
- 71 So wird beispielsweise in der nachfolgenden Beschreibung des Konzeptteils 1 gefordert, dass das Konzept der Maßnahme der Grundlogik des im kommunalen Jobcenter MTK verwendeten Fallsteuerungssystems (ZRF) zu entsprechen hat, dass die Stärken- und Ressourcenorientierung im Maßnahmeverlauf zu jeder Zeit gegeben sein muss und dass die

angebotene Maßnahme eine individuelle Verhaltensänderung beim Teilnehmer bewirken soll.

- 72 Diese Anforderungen an das Konzept sind im Kontext der Ausschreibung als Unterkriterien zu verstehen. Unterkriterien sind solche Kriterien, die der Ausfüllung und näheren Bestimmung eines Hauptkriteriums dienen und präziser darstellen, worauf es der Vergabestelle ankommt (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 28.5.2013 - 11 Verg 6/13; weitere Nachweise bei Müller/Wrede, GWB Vergaberecht, Rn 111 zu § 127 GWB).
- 73 Die oben dargestellten und die weiter in den Bewerbungsbedingungen dargestellten Anforderungen erfüllen diese Aufgabe einer weitergehenden Konkretisierung und Differenzierung der Vorgabe. Sie sind von dem Antragsgegner ganz offensichtlich auch als Unterkriterien angesehen und bewertet worden. Er hat im Rahmen der qualitativen Prüfung für alle Konzeptteile Checklisten aufgestellt, in denen diese Anforderungen als Einzelkriterien formuliert und durch eine Bezugnahme auf die Angebotsunterlagen der Bieter auch überprüft wurden (Bl. 673 ff VA). Nach dem eigenen Verständnis des Antragsgegners sollte diese Checkliste Bestandteil der Gesamtwertung sein.
- 74 Unterkriterien sind an den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen nach § 97 I und II GWB zu messen. Sie können daher nur dann in die Wertung der Angebote einfließen, wenn diese Kriterien den Bietern vorher bekannt gemacht worden sind (vgl. Müller-Wrede aaO. sowie Lux in: Müller-Wrede aaO., Rn 24 zu § 97 GWB). Wenn dies unterbleibt, ist eine rechtmäßige Zuschlagserteilung nicht möglich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2014 - Verg 36/13; VK Nordbayern, Beschluss vom 26.11.2018 - RMF-SG21-3194-3-31; Beschluss vom 17.03.2017 - 21VK3194-01/17; VK Brandenburg, Beschluss vom 01.03.2017 - VK2/17)
- 75 Die Bekanntmachung der Unterkriterien ist hier nicht rechtskonform geschehen, weil der Antragsgegner in seinen „Checklisten“ zur qualitativen Bewertung der Angebote verschiedene Unterkriterien geprüft hat, die sich aus den Bewerbungsbedingungen gar nicht und aus der Leistungsbeschreibung jedenfalls nicht vollumfänglich mit der erforderlichen Klarheit entnehmen lassen.
- 76 Der Antragsteller hat dazu vorgebracht, dass für den Konzeptteil 1 in den Checklisten ein Prüfungspunkt *„simuliertes Fallbeispiel für einen idealtypischen Ablauf“* aufgelistet ist und dass geprüft wurde, ob dies in den Angeboten enthalten ist. Für den Konzeptteil 2 gilt Entsprechendes für den Prüfungspunkt *„exemplarische Darstellung: Ausfall von Beratern damit Zielerreichung der Maßnahme möglich bleibt“* und für den Konzeptteil 3 für die Prüfungspunkte *„Darstellung Netzwerk“* und *„Gender Mainstreaming einhalten“*.
- 77 Das Unterkriterium *„Darstellung Netzwerk“* findet sich weder in den Bewerbungsbedingungen noch in der Leistungsbeschreibung. Das Unterkriterium *„exemplarische Darstellung: Ausfall von Beratern damit Zielerreichung der Maßnahme möglich bleibt“* wird in den Bewerbungsbedingungen als solches nicht angesprochen und auch in der Leistungsbeschreibung in dieser Form nicht erläutert. Man kann bestenfalls vermuten, dass die Bewerber für dieses Kriterium angeben sollen, wie sie eine Vertretungsregelung im Urlaubs- und Krankheitsfall sicherstellen wollen (Leistungsbeschreibung Bl. 127 VA). Das Unterkriterium *„simuliertes Fallbeispiel für einen idealtypischen Verlauf“* lässt sich bei verständiger Würdigung eines Bieters noch am ehesten aus der Leistungsbeschreibung herauslesen. Dort wird - wenn auch unter anderen, nicht das vorzulegende Konzept betreffenden Punkten *„versteckt“* - die Erwartung geäußert, dass der Auftragnehmer an-

hand simulierter Fallbeispiele zwei aus seiner Sicht idealtypische Abläufe der Maßnahme beschreibt (Bl. 130 VA). Das Unterkriterium „*Gender Mainstreaming einhalten*“ wird in den Bewerbungsbedingungen nicht aufgeführt. Auch eine Lektüre der Leistungsbeschreibung kann einem verständigen Bieter nicht die erforderliche Klarheit verschaffen, dass er hierzu in seinem Konzept entsprechende Ausführungen machen muss. Dagegen spricht, dass dieser Gesichtspunkt zur Erläuterung der Zielgruppe beschrieben und als Verpflichtung für die Durchführung der Maßnahme formuliert ist (Bl 125 VA). Ein verständiger Bieter kann daraus ohne weiteres entnehmen, dass er ohnehin aufgrund der Leistungsbeschreibung verpflichtet ist, den Grundsatz des Gender Mainstreaming einzuhalten, ohne dies in seinem Angebot nochmals gesondert ansprechen zu müssen.

- 78 Da das Angebot der Insolvenzschuldnerin für den Konzeptteil 3, im Rahmen dessen das zuletzt genannte Unterkriterium bei ihr als fehlend markiert worden ist, nicht die volle Punktzahl von 3 Punkten erhalten hat, lässt sich derzeit nicht ausschließen, dass die Bewertung der Angebote aufgrund des dargestellten Transparenzmangels zu einer Verschlechterung ihrer Zuschlagschancen geführt hat. Dies gilt im Ergebnis jedenfalls nach einer Gesamtschau der nachfolgend dargestellten weiteren Verfahrensmängel.
- 79 c. Der Antragsteller reklamiert mit Recht eine fehlerhafte Dokumentation der Angebotswertung. Er weist darauf hin, dass das von ihm vorgelegte Konzept einen Umfang von ca. 80 Seiten habe und stellt weiter klar, dass der Konzeptteil nach den Bewertungskriterien des Antragsgegners auch einen erheblichen finanziellen Wert innehave. Der Antragsgegner habe die einzelnen Konzeptteile jeweils nur mit einem oder mit wenigen Sätzen kommentiert und ohne nähere Begründung angemerkt, warum das Angebot die Anforderungen erfüllt und mit jeweils (nur) „2“ Punkten bewertet worden sei. Es lasse sich daher der Dokumentation nicht entnehmen, dass der Antragsgegner sein Ermessen bei der Bewertung der Angebote ausgeübt habe.
- 80 Der Senat teilt diese Einschätzung. Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Gründe für die Auswahlentscheidung und den Zuschlag zu dokumentieren (§ 8 Abs. 1 Satz 2 VgV). Insbesondere dann, wenn er sich dafür eines aus Preis und qualitativen Aspekten zusammengesetzten Kriterienkatalogs bedient, bei dem die Angebote hinsichtlich der Qualitätskriterien mittels eines Benotungssystems bewertet werden und die Bewertungsmethode des Preises nur enge Kompensationsmöglichkeiten für qualitative Abzüge erwarten lässt, muss der Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind. Nur dies ermöglicht es den Nachprüfungsinstanzen, zu untersuchen, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben worden sind (BGH, Beschluss vom 4.4.2017, X ZB 3/17 Rn 52 - Postdienstleistungen). Die Vergabestelle muss dementsprechend die Angebotswertung dergestalt dokumentieren, dass die Bepunktung der Konzepte, einschließlich genauer Ausführungen zu den Erwägungen einer jeden Wertungskategorie, für die Nachprüfungsinstanzen nachvollziehbar gemacht wird (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 22. 12. 2016 - 1 VK 50/16).
- 81 Der Senat hat sich bei der Nachprüfung der Dokumentation an den Prüfungsbögen vom 27/28.3.2019 zu orientieren, die der Zuschlagserteilung vom 29.5.2019 zugrunde liegen (Bl. 669 ff. VA). Die während des Nachprüfungsverfahrens unter demselben Datum erweiterten Prüfungsbögen (Bl. 300 ff. VKA - Schriftsatz des Antragsgegners vom

24.7.2019) können dagegen nicht herangezogen werden. Es ist zwar grundsätzlich möglich, mangelhafte Dokumentationen im Nachprüfungsverfahren nachzuholen. Das gilt aber dann nicht, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass die erforderliche Ermessensentscheidung „nachgeholt“ wird, weil die Vergabestelle erst später inhaltliche Ausführungen zur Qualität der Angebote macht (vgl. dazu OLG München, Beschluss vom 9.3.2018 - Verg 10/17). So liegt der Fall hier. In der ursprünglichen Dokumentation wird beispielsweise die Wertung zum Konzeptteil 3 der Insolvenzschuldnerin mit folgendem Satz festgehalten:

- 82 *„Insgesamt entspricht der Konzeptteil 3 den Anforderungen und wird daher mit 2 Punkten bewertet“* (Bl. 687 VA).
- 83 In dem im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Prüfungsbogen wird diese Aussage um folgenden Text ergänzt:
- 84 *„Der Bieter hält ein zertifiziertes Qualitätsmanagement - System vor. Die im Konzeptteil 3 vorgestellten Instrumente beim Qualitätsmanagement, dem Berichtswesen und der Evaluation sind umfänglich dargestellt. Der Ablaufplan ist mit einem Hinweis auf die jeweiligen Bedarfe der Teilnehmer eher allgemein gehalten, und lässt somit keine Rückschlüsse auf einen konkreten Maßnahmeablauf zu. Ein beispielhafter Tagesablauf wird nicht geschildert. Hinweise auf Inhalte der Workshops werden nicht gegeben, es gibt keine Erläuterung zu den in der Liste genannten Aktivierungen“* (Bl. 306 VKA).
- 85 Allein diese Gegenüberstellung lässt bereits die Annahme zu, dass sich der Antragsgegner erstmals im Nachprüfungsverfahren inhaltlich mit den einzelnen Aspekten aus dem Konzept der Insolvenzschuldnerin auseinandergesetzt hat. Ein solches „Nachschieben“ nicht dokumentierter und auch nicht vorab vorgenommener Ermessens- und Beurteilungserwägungen birgt die Gefahr, dass keine ergebnisoffene Prüfung angestellt wurde, sondern die Rechtfertigung der bereits getroffenen Entscheidung im Vordergrund stand (OLG München aaO.).
- 86 Die demnach maßgebliche ursprüngliche Dokumentation der Prüfbögen (Bl. 669 ff. VA) war nicht ausreichend, weil sie den Nachprüfungsinstanzen keine Möglichkeit eröffnet, die Plausibilität der Bewertung nachzuvollziehen. Dies gilt auch dann, wenn man die qualitative Prüfung in einer Gesamtschau der oben schon angesprochenen „Checklisten“ und der im Anschluss daran ausformulierten eigentlichen „Bewertung“ nachvollziehen will.
- 87 Der Antragsgegner wollte die Konzepte der Bieter ausweislich seines eigenen Bewertungsschemas auf ihre Schlüssigkeit und auf ihre Erfolgsaussichten hin überprüfen. Das ist sicher nicht einfach, wenn dafür Kriterien herangezogen werden müssen, die verhältnismäßig unbestimmt auszuformulieren sind. Es entbindet aber den Auftraggeber nicht davon, sich im Rahmen der Prüfung der Angebote mit deren Vollständigkeit, Stimmigkeit und vor allem ihrer Plausibilität, bezogen auf den zu erwartenden Erfolg, auseinanderzusetzen und diese im Verhältnis zueinander zu gewichten, um feststellen zu können, ob und wenn ja, warum die Angebote die Erwartungen erfüllen (2 Punkte) oder sogar in besonderer Weise einen Erfolg versprechen (3 Punkte). Gerade diese Prüfung lässt sich aber aus der Dokumentation nicht ableiten.
- 88 Liegt - wie hier - eine fehlerhafte Dokumentation vor, dann muss das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, in der die Dokumentation unzureichend ist, wiederholt werden

(VK Brandenburg, Beschluss vom 20.3.2018 - VK 1-37/17). Es lässt sich daher nicht ausschließen, dass die Insolvenzschriftstellerin auch aufgrund dieses Vergabefehlers in ihren Zuschlagschancen beeinträchtigt worden ist.

- 89 d. Vor diesem Hintergrund kann es letztlich offenbleiben, ob der Antragsgegner auch eine Prüfung der Auskömmlichkeit der Konkurrenzangebote unterlassen und damit gegen § 60 I VgV verstoßen hat. Die Insolvenzschriftstellerin hat diesen Vergabeverstoß ebenfalls zulässigerweise während des Nachprüfungsverfahrens gerügt. Da sie erst durch die nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gewährte Akteneinsicht Kenntnis von den maßgeblichen Umständen erhalten hatte, war die Insolvenzschriftstellerin mit dieser Rüge nicht präkludiert.
- 90 Es spricht einiges dafür, dass diese Rüge berechtigt war. Wenn der Endpreis eines Angebotes ungewöhnlich niedrig erscheint, so verlangt § 60 Abs. 1 VgV von dem öffentlichen Auftraggeber, dass er dieses Angebot auf seine Auskömmlichkeit hin überprüft. Wenn dies nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden kann, darf er nach pflichtgemäßem Ermessen den Zuschlag auf dieses Angebot ablehnen (§ 60 Abs. 3 VgV). § 60 Abs. 1 bis 3 VgV dient in erster Linie dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers vor der Eingehung wirtschaftlicher Risiken. Auf die Beachtung dieser Vorgaben können sich grundsätzlich aber auch die anderen Teilnehmer am Vergabeverfahren berufen (BGH, Beschluss vom 31.01.2017, X ZB 10/16 Rn - notärztliche Dienstleistungen).
- 91 Als Bezugspunkt für die Plausibilitätsprüfung des Auftraggebers dienen zum einen die anderen Angebote, zum anderen die eigenen Kostenschätzungen des Auftraggebers selbst. Der Antragsgegner hat einen Auftragswert in Höhe von 1,4 Millionen Euro für die beiden potentiellen Vertragsjahre kalkuliert. Mit ihren Angeboten von knapp einer Million Euro lagen die Beigeladene und die weitere Bieterin um mehr als 30% unter diesem Auftragswert.
- 92 Der Antragsgegner hat seine Einschätzung der Auskömmlichkeit dieser Angebote zum einen auf die von ihm vorgelegte Budgetkalkulation gestützt (Bl. 299 VKA). In dieser Budgetkalkulation gelangt er auf Grundlage der von ihm vorgegebenen Parameter (Personal und Ausstattung) zu einem Jahresbudget des Dienstleisters von rund 473.000 EUR. Darin ist ein Gewinn von 5% einkalkuliert. Da dem Dienstleister nur 70 Teilnehmerplätze garantiert werden, wäre bei Nichtüberschreiben dieser Teilnehmeranzahl eine Auskömmlichkeit nur bei einem Angebot von 563,23 EUR als Monatspreis pro Maßnahmeplatz gegeben. Die Angebote der Beigeladenen und der weiteren Bieterin lagen dagegen ca. 30 % unterhalb dieses Preises. Die Budgetkalkulation kann demnach für sich gesehen nicht als Beleg einer Auskömmlichkeit dieser Angebote angesehen werden.
- 93 Ergänzend hat der Antragsgegner allerdings auch vorgetragen, er habe angenommen, dass die Beigeladene und die weitere Bieterin ihre Angebote auf der Basis von 100 Teilnehmern kalkuliert hätten und damit eine hinreichende Auskömmlichkeit sichergestellt hätten. Für diese Betrachtung lässt sich anführen, dass in den Bewerbungsbedingungen kein auf die Anzahl der Teilnehmer gerichteter Bezugspunkt für den als Monatspreis pro Maßnahmenplatz anzugeben war (Ziffer 1.5.2. Unterpunkt 1 - Bl. 112 VA).
- 94 Der Antragsgegner ist in dieser Annahme zumindest von der Beigeladenen bestätigt worden. Sie hat im Verhandlungstermin vortragen lassen, dass sie fest mit der vollen

Teilnehmerzahl gerechnet habe und auf diese Weise dann auch auskömmlich hätte agieren können.

- 95 Ob sich der Antragsgegner allerdings auf seine Annahme verlassen durfte oder ob er zumindest bei der Beigeladenen und der weiteren Bieterin rückfragen und eine Auskömmlichkeitsprüfung dieser beiden Angebote auf Basis der garantierten Teilnehmeranzahl hätte anstellen können, bleibt aus den dargelegten Gründen fraglich. Letztlich kann diese Frage ebenso offenbleiben, wie die weitere Frage, ob dieser Vergabeverstoß zwingend zu einem Ausschluss der Mitbieter der Insolvenzschildnerin hätte führen müssen. Die Frage spielt auch deshalb keine Rolle, weil der oben unter lit. b) behandelte Transparenzverstoß ohnehin zu einer Wiederholung des Vergabeverfahrens hätte führen müssen.
- 96 Daher kann nicht zuverlässig abgeschätzt werden, dass die Insolvenzschildnerin den Zuschlag hätte erhalten müssen, so dass sich ein Schadensersatzanspruch der Insolvenzschildnerin auf das negative Interesse beschränken dürfte.

III.

- 97 Die Kostenentscheidung folgt aus § 175 II, 78 GWB.
- 98 Die Wertfestsetzung folgt aus § 50 II GKG. Der Wert des Beschwerdeverfahrens orientiert sich nach der Bruttoauftragssumme der Insolvenzschildnerin.