

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.06.2019, 15 Verg 8 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.4.2020

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Karlsruhe > 2019 > 06.06.2019 - 15 Verg 8 / 19

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.06.2019, 15 Verg 8 / 19

(Bieter unterliegt)

Normen:

§ 160 GWB; § 163 GWB

Stichworte:

Erkennbarkeit einer willkürlichen Wertung, Aufgreifen von Amts wegen

Leitsatz (redaktionell):

1. Das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Verfahrens über die Auftragsvergabe überwiegt das Interesse eines Antragstellers, vor einer Zuschlagserteilung das Nachprüfungsverfahren abzuschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber für seinen laufenden Betrieb auf die Lieferung der betroffenen Materialien angewiesen ist.
2. Nicht jede rechtliche fehlerhafte Behandlung einer Sache durch den Vorsitzenden der Vergabekammer gibt aus objektiver Sicht Anlass zu Besorgnis, dieser könne voreingenommen oder parteiisch sein.
3. Ein angeblicher Vergabeverstoß, dass die Zuschlagskriterien so festgelegt sein können, dass kein wirksamer Wettbewerb gewährleistet ist und der Zuschlag willkürlich erteilt werden kann, ist für den Bieter ersichtlich, wenn aus den Vergabeunterlagen hervorgeht, dass nur 50 von insgesamt 394 Artikeln für die preisliche Wertung herangezogen werden sollen, ohne dass diese zu wertenden Artikel vorher bekannt gegeben werden.
4. Ein möglicher Vergabeverstoß, dass Wertungskriterien nicht ausreichend konkretisiert sind, ist für den Bieter erkennbar, wenn der Auftraggeber vorgelegte Konzepte werten will und er nicht darüber informiert, nach welchen Kriterien er diese Bewertung vornehmen will.
5. Ein Aufgreifen von Vergaberechtverletzungen von Amts wegen kommt jedenfalls dann nicht infrage, wenn dies zur Umgehung von § 160 GWB führen würde.

Entscheidungstext:

In Sachen

pp.

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - Vergabesenat - durch Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Hemmerich-Dornick, Richterin am Oberlandesgericht Dittmar und Richter am Oberlandesgericht Dr. Delius am 06.06.2019 beschlossen:

Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde der Antragstellerin wird abgelehnt.

Gründe

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.06.2019, 15 Verg 8 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.4.2020

Die Antragsgegnerin schrieb europaweit die Lieferung von Büromaterial außer Möbeln und Computern über einen webshop im offenen Verfahren aus.

Die Bieter haben einen Warenkatalog mit den Nettopreisen der einzelnen Artikel vorzulegen und einen Rabatt anzubieten gehabt, der für jeden bestellten Artikel gleich ist. Der Auftragnehmer soll die über den webshop bestellten Artikel innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Bestellung anliefern. Jede Bestellung soll getrennt kommissioniert und gepackt werden. Für die Ermittlung des Angebotspreises ist maßgeblich eine Liste von 394 Artikeln mit der Angabe von Mengen, die die Antragstellerin in den 12 Monaten vor Ausschreibung bestellt hatte. Außerdem haben die Bieter mehrere Konzepte zur Bestellung und Lieferung zu entwickeln gehabt.

Die Vergabe des Auftrags soll nach folgenden Kriterien erfolgen:

„1. Preis 60 %

Der Preis ergibt sich aus folgender Formel:

Einzelpreis (gemäß Katalogpreis) x Verbrauchsmenge (gemäß Anlage 4 „historische Artikel“) abzüglich angebotenen Rabatt. Auf diese Weise werden bis zu 50 Artikel ermittelt, die gleich oder gleichwertig sind. Die Summe aller (bis zu 50) Artikel ergibt den insgesamt zu bewertenden Preis für diese Ausschreibung.

2. Nutzungsmöglichkeit Webshop 15 %

Der Webshop wird das entscheidende Werkzeug für die dezentrale Bestellung und deren Akzeptanz sein. Daher testet der Auftraggeber mit einem für die Ausschreibung zur Verfügung gestellten Webshop-Zugang die Nutzungsmöglichkeit, Handhabung und Praktikabilität des Webshops. Die Zugangsdaten werden im Angebot (Anlage 3) genannt.

3. Umfang Produktkatalog 5 %

Anhand des (postalisch) übersandten Artikel-/Marktkataloges bzw. des Webshops wird der Umfang der bestellbaren Artikel ermittelt und bewertet (außer den „Ausgeschlossenen Produkten/Artikeln“, siehe o. g. Abschnitt).

4. Konzept Nutzerverwaltung 5 %

Der Bieter hat in einem Konzept darzulegen, wie sich Mitarbeiter der ... (und andere Berechtigte) selbstständig mit einem Formular registrieren können. In dem Nutzerkonzept ist auch zu erläutern, wie Nutzer selbstständig Veränderungen (zum Beispiel Wechsel der Organisationseinheit) im System des Webshops hinterlegen können.

Für den zentralen Einkauf der ... soll es einen Zugang als Administrator geben, um alle Nutzer der ... sehen und verwalten (eventuell auch löschen) zu können.

5. Konzept Oberführung bisheriges BML 5 %

Der Bieter hat in einem Konzept zu erläutern, wie eventuell noch vorhandene Artikel im Büromateriallager der ... (inklusive CD-Artikel) in das Lager und den Webshop des Bieters optional überführt werden können.

6. Konzept Reklamationen 5 %

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.06.2019, 15 Verg 8 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.4.2020

Der Bieter hat in einem Konzept darzulegen, wie mit falsch gelieferten oder fehlerhaften Artikeln umzugehen ist. Die Rücksendung solcher Artikel ist für die Nutzenden der ... kostenlos.4 7 Konzept Versand und Verpackung 5 %

Der Bieter hat in einem Konzept zu erläutern, wie der Versand und die Verpackung der bestellten Artikel möglichst umweltfreundlich erfolgen können. Insbesondere sollen Möglichkeiten aufgezeigt werden, wie Verpackung reduziert werden kann."

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin mit, dass dem Angebot der Beigeladenen der Zuschlag erteilt werden soll. Die Antragstellerin rügte daraufhin, dass die Vergabekriterien nicht vergaberechtskonform seien. Die Kriterien für die preisliche Wertung seien intransparent. Es sei unklar, auf welcher Grundlage der Preis ermittelt werde. Wie viele Artikel in die Wertung der Angebote einfließen und um welche Artikel es sich handelt, sei offen. Der Zuschlag könne daher in Abhängigkeit von Anzahl und Art der einbezogenen Produkte willkürlich erteilt werden. Die Kriterien zur Wertung der Konzepte „Nutzerverwaltung“, „Überführung bisheriges BML“ und „Versand/ Verpackung“ seien ebenfalls vergaberechtswidrig. Die Beschreibung der Anforderungen ließe eine ausreichende Konkretisierung vermissen. Wie ein Angebot ausgestaltet werden müsse, um eine bestmögliche Bewertung zu erzielen, sei nicht erkennbar. So fehle der Maßstab, wann eine Überführung des Materiallagers als gut und wann sie als weniger gut bewertet werde. Die Zuschlagskriterien seien so vage formuliert, dass der Antragsgegnerin eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt sei. Über dies müsse davon ausgegangen werden, dass bei der Konzeptwertung weitere, den Bieter nicht bekannt gegebene Wertungskriterien angewendet worden seien.

Nachdem die Antragsgegnerin die Rüge zurückgewiesen hatte, hat die Antragstellerin die Nachprüfung beantragt, durch die sie ihre erhobenen Rügen weiter verfolgt hat. Daneben hat sie geltend gemacht, dass die Information über die Absicht, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, nicht den gesetzlichen Anforderungen genüge und daher sie, die Antragstellerin, in ihren Rechten verletze. Nach Akteneinsicht hat die Antragstellerin weiterhin vorgetragen, dass der Verdacht, dass bei der Konzeptwertung weitere, den Bieter nicht bekannt gegebene Wertungskriterien angewendet worden seien, sich bestätigt habe. Außerdem entsprächen die Preisvergleiche zu Kopierpapier, Bleistiften, Textmarkern und Haftnotizzetteln nicht den Vorgaben der Vergabeunterlagen.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen. Hinsichtlich der Rüge einer Verletzung der Informationspflicht könne die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt sein. Das Schreiben der Antragsgegnerin habe ihr ermöglicht, angeblich vergaberechtswidriges Vorgehen zu rügen. Die Rüge, die preisliche Wertung der Angebote sei vergaberechtswidrig, sei präkludiert. Jeder sorgfältig planende Unternehmer habe bei Durchsicht der Vergabeunterlagen den Mangel an Transparenz erkennen können, dass die Antragsgegnerin sich nicht auf bestimmte Artikel festgelegt gehabt habe, und beim Auftraggeber zumindest nachfragen können, wie er die Artikel auszuwählen gedenke. Erkennbar sei auch gewesen, dass die Antragsgegnerin nicht dargelegt gehabt habe, wie die Preise der Bieter ins Verhältnis zueinander gesetzt und bepunktet würden. Jedem Bieter in einem EU-weiten Vergabeverfahren sei bekannt, dass bei derartigen Ungereimtheiten gegebenenfalls nachgehakt werden müsse. Ebenso sei der angebliche Verstoß bezüglich der nicht preislichen Wertungskriterien aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Die optional gewünschte Überführung des vorhandenen Büromaterials in das Lager des Bieters sei nicht beschrieben worden. Der Umstand, dass wegen fehlender Konkretisierung offen geblieben sei, wie ein Angebot ausgestaltet werden müsse, um gut bewertet zu werden, zeige, dass jedem Bieter spätestens bei der Ausarbeitung der Konzepte hätte auffallen müssen, dass konkrete Angaben fehlten.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.06.2019, 15 Verg 8 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.4.2020

Mit ihrer sofortigen Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Ziel weiter, dass das Verfahren in den Stand vor Aufforderung der Bieter zu Angebotsabgabe zurückversetzt wird. Die Entscheidung der Vergabekammer sei aufzuheben. Ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden. Über den Nachprüfungsantrag habe die Vergabekammer mit einer Vorsitzenden entschieden, die sie berechtigt wegen Befangenheit abgelehnt gehabt habe. Weiterhin sei sie dadurch, dass sie unzureichend von der Antragsgegnerin über die Gründe unterrichtet worden sei, warum ihr Angebot nicht berücksichtigt werde, in ihren Rechten verletzt. Ihre Rügen seien auch nicht unzulässig. Sie habe die Vergaberechtsverstöße der Antragsgegnerin erst aufgrund der rechtlichen Beratung ihres Verfahrensbevollmächtigten erkennen können. Aufgrund der Gesetzänderung seien Inhalt und Reichweite der Vorschriften über die Zuschlagskriterien kaum Gegenstand der Rechtsprechung gewesen. Über das Gebot der Transparenz und Gleichbehandlung bestehe in der Rechtsprechung eine unüberschaubare Differenzierung. Dass die Antragstellerin eine Formel zur Umrechnung vom angebotenen Preis in Punkte nicht angegeben habe, sei nach der Rechtsprechung für einen Bieter auch nicht erkennbar. Davon abgesehen seien die Verstöße gegen das Vergaberecht so schwerwiegend, dass sie von Amts wegen aufzugreifen seien. Die festgelegten Kriterien über die preisliche Wertung seien intransparent und damit rechtswidrig. Sie ermöglichten eine willkürliche Zuschlagserteilung. Es sei nicht mitgeteilt worden, wie die Gleichwertigkeit der Artikel habe ermittelt und sicher gestellt werden sollen. Der Antragsgegner habe eine beliebige Anzahl von bis zu 50 Artikeln auswählen können. Ein Teil des Bedarfs bleibe damit bei der Wertung zudem außer Betracht. Die Umrechnungsformel sei nicht vollständig bekannt gegeben. Ebenfalls vergaberechtswidrig seien die Kriterien zur Wertung der Konzepte Nutzerverwaltung, Überführung des Büromateriallagers sowie Versand/Verpackung. Die Wertungskriterien seien nicht ausreichend konkretisiert, was für einen Bieter schwierig zu erkennen sei. Es sei offen geblieben, wie ein Angebot auszugestalten gewesen sei. Die Nutzungsverwaltung sei unscharf und offen formuliert worden, so dass das Konzept habe frei bewertet und die Bewertung nicht überprüft werden können. Es sei nicht angesprochen worden, dass die Gegenstände des Büromateriallagers in das Eigentum des Bieters übergehen sollen. Es sei daher nicht erkennbar, welche Angaben die Antragsgegnerin für eine gute Wertung erwartet habe und wann ein Konzept gut und wann schlecht beurteilt würde. Schließlich habe sich der Verdacht aufgrund der Akteneinsicht erhärtet, dass in die Wertung nicht bekannt gemachte Kriterium eingeflossen seien. So sei das Angebot der Beigeladenen gut bewertet worden, weil sie Angaben zum Ankauf des Büromaterials gemacht habe. Die Akteneinsicht hätte weiter ergeben, dass einzelne Posten, die in die Preiswertung eingeflossen seien, nicht den Vorgaben entsprochen hätten. Wären die Vorgaben eingehalten worden, hätte sich nicht der Preisabstand zwischen ihrem Angebot und dem der Beigeladenen ergeben.

Weiterhin hat die Antragstellerin beantragt, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde zu verlängern. Ihre Beschwerde sei zulässig und begründet, da der Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei. Außergewöhnliche Nachteile der Antragsgegnerin oder der Allgemeinheit aufgrund einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung seien nicht ersichtlich. Das Beschaffungsvorhaben aufgrund des vorhandenen Büromateriallagers sei nicht so dringend, dass es keinen Aufschub der Entscheidung vertragen würde.

II.

Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde hat keinen Erfolg.

1. Gemäß § 173 Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB sind bei der Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers, die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers, den Auftrag zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Abzulehnen ist der Antrag gemäß § 173 Abs. 2 Satz 1 GWB, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.06.2019, 15 Verg 8 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.4.2020

nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen.

2. Das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Verfahrens über die Auftragsvergabe der Büromaterialbeschaffung der ... überwiegt das Interesse der Antragstellerin, vor einer Zuschlagserteilung das Nachprüfungsverfahren abzuschließen. Die Antragsgegnerin ist für ihren laufenden Betrieb auf die Lieferung von Büromaterial angewiesen. Das bisherige Lager wird nicht weiter bestückt, sondern soll aufgelöst werden. Es besteht die Möglichkeit, dass nicht jeder Bedarf an Büromaterial noch aus dem vorhandenen Bestand gedeckt werden kann, um den Betrieb bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens in vollem Umfang aufrecht zu erhalten. Demgegenüber hat das Interesse der Antragstellerin, das von ihr eingeleitete Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung abzuschließen, zurückzustehen. Denn ihre Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer bietet nach der summarischen, derzeit möglichen Prüfung der Sach- und Rechtslage keine hinreichende Aussicht auf Erfolg.

3. Zumindest im Ergebnis zurecht dürfte die Antragsgegnerin dem Angebot der Beigeladenen den Vorzug gegeben und die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen haben.

a) Ob die Vergabekammer das Ablehnungsgesuch der Antragstellerin zu Unrecht zurückgewiesen hat und die Vorsitzende der Vergabekammer daher zu Unrecht an der angefochtenen Endentscheidung mitgewirkt hat, kann offen bleiben. Hätte die Vorsitzende an der Endentscheidung nicht mitwirken dürfen, kann die fehlerhafte Mitwirkung nicht zu einem Erfolg der sofortigen Beschwerde führen. In der Mitwirkung läge ein Verfahrensmangel, der allenfalls zu einer Zurückverweisung führen könnte. Zu einer Zurückverweisung der Sache an die Vergabekammer besteht jedoch kein Grund. Eine Aufklärung des Sachverhalts, die der Vergabesenat nicht leisten könnte, ist nicht ersichtlich.

Anzumerken bleibt lediglich, dass nicht jede rechtlich fehlerhafte Behandlung einer Sache durch den Vorsitzenden aus objektiver Sicht Anlass zur Besorgnis gibt, dieser könne voreingenommen oder parteiisch sein.

b) Zutreffend hat die Vergabekammer die Beanstandung der Antragstellerin als unzulässig behandelt, sie sei unzureichend über die Gründe unterrichtet worden, aus denen ihr Angebot nicht berücksichtigt werden soll.

Ob die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung gemäß § 134 Abs. 1 GWB, die Antragstellerin über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots zu informieren, ausreichend nachgekommen ist, kann offen bleiben. Denn der Antragstellerin hat durch eine eventuelle Verletzung der genannten Informationspflicht kein Schaden entstehen können. Folge eines Verstoßes gegen die Informationspflicht ist nämlich gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB die Nichtigkeit des Vertrags, den der öffentliche Auftraggeber mit dem Unternehmer, der nach der vorgenommenen Wertung das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat, geschlossen hat. Die Antragsgegnerin hat aber noch keinen Vertrag mit der Beigeladenen geschlossen, weil die Antragstellerin rechtzeitig angebliche Vergaberechtsverstöße gerügt und nach Zurückweisung der Rüge das Nachprüfungsverfahren eingeleitet hat.

c) Wohl zutreffend hat die Vergabekammer entschieden, dass die Antragstellerin mit ihrer Rüge, dass die Kriterien der preislichen Wertung intransparent sind und gegen § 97 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GWB verstoßen, gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert ist. Die Antragstellerin hätte die Verstöße bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe rügen müssen. Sie rügte die angeblichen Verstöße aber erst nach Angebotsabgabe. Der Antrag dürfte daher unzulässig sein.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.06.2019, 15 Verg 8 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.4.2020

Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist ein Bieter mit einem Nachprüfungsantrag ausgeschlossen, wenn er Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat. Die Antragstellerin hat nach Angebotsabgabe gerügt und im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht, die Kriterien für die preisliche Wertung seien vergaberechtswidrig. Es verstoße gegen den Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn lediglich bis zu 50 Artikeln bei der preislichen Wertung berücksichtigt würden, so dass ein erheblicher Teil des Bedarfs außer Acht bleibe. Zudem sei nicht festgelegt worden, wie viele Artikel der preislichen Wertung zugrunde gelegt würden und welche Artikel. Damit stehe der Antragsgegnerin frei, wie viele Artikel und welche sie für die Wertung aussuche. Die Vorgaben ermöglichten ihr eine willkürliche Zuschlagserteilung. Außerdem sei nicht erkenntlich, nach welcher Formel die Preise zueinander ins Verhältnis gesetzt und bepunktet würden. Dass diese Vorgaben für die preisliche Wertung angeblich nicht vergaberechtskonform sind, ist jedoch aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Erkennbar ist ein Vergaberechtsverstoß, wenn sich die zugrunde liegenden Tatsachen aus den Vergabeunterlagen ergeben und von einem Bieter der Verstoß gegen Bestimmungen des Vergabeverfahrens erkannt werden kann. Erkannt werden können muss der Verstoß nicht lediglich in tatsächlicher Hinsicht, sondern auch in rechtlicher Hinsicht. Maßstab ist, ob ein durchschnittlicher Bieter, der sich nicht zum ersten Mal an einer Ausschreibung beteiligt, sondern schon über gewisse Erfahrung in Vergabeverfahren verfügt, bei Anwendung der üblichen Sorgfalt und unter Zugrundelegung der üblichen Kenntnis den Rechtsverstoß sehen kann und muss (vgl. EuGH, Urteil v. 23.03.2015 - C-538/13; Hofmann in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, § 160 Rn. 72). Vertiefte vergaberechtliche Kenntnisse dürfen nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden; es besteht auch regelmäßig keine Verpflichtung, die Rechtmäßigkeit durch einen Vergaberechtsfachmann überprüfen zu lassen. Ein Unternehmer, der an einem EU-weiten Vergabeverfahren teilnimmt, muss aber zumindest den Text der einschlägigen Verfahrensordnungen zur Kenntnis nehmen; Ungereimtheiten oder Widersprüchlichkeiten der Vergabeunterlagen muss er nachgehen, auch wenn er die genaue Rechtslage nicht kennt. Insbesondere Verstöße, die dem Unternehmer bei der Kalkulation ins Auge springen oder ihm bei der Erstellung des Angebots Probleme bereiten, muss ein Unternehmer erkennen (vgl. Dicks in Ziekow/Völlink, VergabeR, 3. Aufl., § 160 GWB Rn. 49).

Die angeblichen Verstöße gegen §§ 97 Abs. 1 Satz 2, 127 Abs. 4 GWB, die Gegenstand der Rüge der Antragstellerin sind, waren für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter erkennbar.

Gemäß § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB sind Zuschlagskriterien so festzulegen und zu bestimmen, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen (vgl. auch Art. 67 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, nach dem die Zuschlagskriterien nicht zur Folge haben dürfen, dass dem öffentlichen Auftraggeber uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen wird. Sie müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.)

Liest ein nicht einmal durchschnittlich fachkundiger Bieter die Kriterien für die preisliche Wertung, die die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen veröffentlicht hat, fallen ihm die Umstände, die die Antragstellerin gerügt hat, sofort ins Auge. Er weiß nicht, wie viele der vorgegebenen 394 Artikel für die preisliche Wertung herangezogen werden. Denn es ist lediglich bestimmt, dass bis zu 50 Artikel ermittelt werden, die gleich oder gleichwertig sind. Nach welchen Kriterien die Artikel ausgewählt werden, ist ebenfalls nicht genannt. Die Antragstellerin wusste also, dass die Antragsgegnerin es damit unüberprüfbar in der Hand hat, die zur Wertung herangezogenen Artikel nach der Umsatzstärke oder nach anderen Kriterien auszuwählen. Ebenfalls fällt sofort auf, dass lediglich ein Teil der 394 Artikel in die Wertung einfließt und damit die Wertungsgrundlage nicht breit ist. Auch zur Gleichheit oder Gleichwertigkeit der Artikel finden sich keine nähere Angaben. Legt ein Bieter den

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.06.2019, 15 Verg 8 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.4.2020

Text von § 127 Abs. 4 GWB neben die Vergabeunterlagen, müssen ihm daher die angeblichen Diskrepanzen zwischen den rechtlichen Anforderungen und den Festlegungen der Vergabeunterlagen auffallen.

Das Gleiche gilt für das Verhältnis der Bieterpreise untereinander; hierzu schweigt die Leistungsbeschreibung.

d) Auch der Nachprüfungsantrag bezüglich der Wertung der Konzepte zu Nutzerverwaltung, Überführung Materiallager sowie Versand/Verpackung ist wohl gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB unzulässig. Die Antragstellerin hat die angebliche Vergaberechtswidrigkeit der Wertungskriterien aus den Vergabeunterlagen erkennen können und müssen und hätte daher die Verstöße bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe rügen müssen. Dass die Wertungskriterien angeblich nicht ausreichend konkretisiert sind und offen bleibt, wie ein von der Antragsgegnerin günstig bewertetes Angebot auszugestalten ist, was die Antragstellerin beanstandet, ist unmittelbar aus den Konzeptvorgaben ersichtlich. Sie rügte die angeblichen Verstöße aber erst nach Angebotsabgabe.

Wie schon ausgeführt worden ist, müssen gemäß § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB die Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass XXX der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Nach Lektüre der Vorgaben zu den drei Konzepten kann nach Auffassung der Antragstellerin ein Bieter nicht wissen, welche Vorstellungen die Antragsgegnerin von einer Umsetzung hegt und welche Konzeptausarbeitungen sie als gut oder weniger gut einschätzen wird. Insbesondere wird zu keinem der Konzepte darüber informiert, nach welchen Kriterien die Antragsgegnerin die mit den Angeboten vorgelegten Konzepte bewerten würde, ob sie ein Punkteschema verwenden würde oder ob sie lediglich Angebote, die ihren Vorstellungen entgegen kommen, voll bewerten und die, die ihren Vorstellungen nicht entgegen kommen, gar nicht bewerten würde. Fehlen jegliche Anhaltspunkte in den Vergabeunterlagen, wie die Antragstellerin meint, muss sie bei deren gebotenen sorgfältigen Lektüre und bei ihren Überlegungen zum eigenen Angebot davon ausgegangen sein, dass die Antragsgegnerin in ihrer Bewertung völlig frei und ihre Bewertung mangels in den Vergabeunterlagen mitgeteilten Kriterien nicht überprüfbar ist.

e) Die angebliche Vergaberechtswidrigkeit der Bewertungsvorgaben in den Vergabeunterlagen ist nicht von Amts wegen aufzugreifen. Ein Aufgreifen von als intransparent beanstandeten Auswahlkriterien von Amts wegen kommt grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. OLG München, Beschluss vom 10.8.2017 - Verg 3/17 - juris Rn. 96). Auch ausnahmsweise besteht kein Anlass, von Amts wegen eine Prüfung vorzunehmen. Ob ausnahmsweise eine Prüfung von Amts wegen in Betracht zu ziehen ist, wenn ein so schwerwiegender Fehler vorliegt, dass eine tragfähige Zuschlagsentscheidung bei Fortsetzung des Verfahrens praktisch nicht möglich ist, etwa weil lediglich willkürliche oder sachfremde Zuschlagskriterien verbleiben oder das vorgegebene Wertungssystem so unbrauchbar ist, dass es jede beliebige Zuschlagserteilung ermöglicht (vgl. OLG München a.a.O., Rn. 97; Dicks a.a.O., § 163 Rn. 7), kann offen bleiben. Ein Aufgreifen von Vergaberechtsverletzungen von Amts wegen käme nämlich allenfalls dann in Betracht, wenn sich die Vergaberechtsverletzung aus Anlass der Prüfung behaupteter Rechtsverstöße aufdrängen muss. Eine inhaltliche Prüfung der von der Antragstellerin gerügten oben genannten Vergaberechtsverstöße erfolgt jedoch nicht, weil ihr Nachprüfungsantrag insofern unzulässig ist. Die von der Antragstellerin gewünschte Prüfung würde letztlich zu einer Umgehung von § 160 GWB führen.

f) Die Rügen, die die Antragstellerin aufgrund der während des Nachprüfungsverfahrens gewährten Akteneinsicht erhoben hat, dürften ebenfalls nicht zum Erfolg des Nachprüfungsantrags führen.

aa) In die Wertung des von der Beigeladenen errichteten Konzepts zur Überführung des bisherigen Büromateriallagers sind nicht Kriterien eingeflossen, die aufgrund der Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin nicht hätten herangezogen werden dürfen. Die Antragsgegnerin darf vielmehr werten, dass die Beigeladene

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.06.2019, 15 Verg 8 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 17.4.2020

den Einkauf der Materialien angeboten und einen Preis geboten hat. Die Beschreibung dieses Konzepts in den Vergabeunterlagen ist nämlich offen, was die Antragstellerin gerade gerügt hat. Die Bieter haben daher einen Ankauf anbieten können; es gibt aber auch andere Möglichkeiten, das Büromateriallager der Antragsgegnerin zu dem jeweiligen Bieter zu überführen, beispielsweise die Übernahme der Materialien in das eigene Lager des Bieters und die dortige Verwaltung für die Antragsgegnerin.

bb) Soweit die Antragstellerin rügt, dass die Antragsgegnerin für die preisliche Wertung Papier, Bleistifte, Textmarker und Haftnotizzettel herangezogen hat, die nicht den Vorgaben der Ausschreibung entsprechen, erscheint eine Rechtsverletzung der Antragstellerin im Ergebnis ausgeschlossen. Die Plazierung ihres Angebots würde sich nicht - so stark - verbessern, dass ein Zuschlag auf ihr Angebot möglich erschiene.

Der preisliche Abstand zwischen Antragstellerin und Beigeladener, der wesentlich durch die große Menge Kopierpapier bestimmt ist, würde sich, wie die Antragsgegnerin unwiderlegt dargelegt hat, bei Wahl eines anderen, den Vorgaben entsprechenden Papiers noch vergrößern. Demgegenüber fallen die Wahl „nicht gleichwertiger“ Bleistifte und Haftnotizzettel aufgrund ihrer deutlich geringeren Menge und Preise nicht ins Gewicht.

Der Umstand, dass sich dadurch, dass vier unterschiedlich farbige Textmarker verglichen worden sind, diese Position deutlich zu hoch gewichtet worden sei, kann die Antragstellerin nicht mehr geltend machen. Mit dieser Rüge ist sie, wie oben unter c) ausgeführt worden ist, ausgeschlossen.

Dr. Hemmerich-Dornick

Dittmar

Dr. Delius