Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsname:	Mobile Fahrkartenautomaten
Entscheidungsdatum:	01.03.2021
Aktenzeichen:	7 Verg 1/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGNAUM:2021:0301.7VERG1.21.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 160 Abs 2 GWB, § 160 Abs 3 S 1 Nr 2 GWB, § 160 Abs 3 S 1 Nr 3 GWB, § 173 Abs 1 S 3 GWB, § 173 Abs 2 GWB
Zitiervorschlag:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 01. März 2021 – 7 Verg 1/21 –, juris

---

Vergabenachprüfungsverfahren: Interessenabwägung bei der Entscheidung über die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde eines Bieters; Antragsbefugnis für die Rüge der vermeintlich fehlerhaften Bekanntmachung der Eignungskriterien; Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes; Umrechnungsmethode der Angebotspreise in Preispunkte; Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Prüfung der Richtigkeit eines Leistungsversprechens des Bieters - Mobile Fahrkartenautomaten

Leitsatz

Mobile Fahrkartenautomaten

1. Zu der im Rahmen von § 173 Abs. 2 GWB vorzunehmenden Abwägung der Interessen eines Bieters, dessen Angebot in der engeren Wahl steht, am effektiven Rechtsschutz gegenüber den Interessen der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens.(Rn.31)

2. In einem zweistufigen Vergabeverfahren fehlt einem Teilnehmer die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB für die Rüge der vermeintlich fehlerhaften Bekanntmachung der Eignungskriterien, wenn sowohl er selbst als auch der für den Zuschlag vorgesehene Bieter unter Berücksichtigung dieser Kriterien als geeignet ausgewählt wurden.(Rn.35)

3. Die Bekanntmachung von Eignungskriterien ist wirksam erfolgt, wenn die Einzelanforderungen zwar nicht im Bekanntmachungstext selbst, aber in einem Dokument aufgeführt sind, welches mit einem einfachen Klick (sog. Deep Link) ohne weiteres für jedes am Auftrag interessierte Unternehmen zugänglich ist.(Rn.35)

4. a) Die Vorschrift des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist entsprechend anwendbar, wenn der Auftraggeber in einem Verhandlungsverfahren eine Ausschlussfrist für die Einreichung von sog. Erstangeboten setzt (Bestätigung v. OLG Naumburg, Beschluss v. 18. August 2011 - 2 Verg 3/11 „Altpapierverwertungsanlage“).(Rn.39)

b) Bei der Beurteilung der Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes i.S.v. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 GWB ist ein objektiver Maßstab anzulegen, d.h. es kommt darauf an,

was ein fachkundiges Unternehmen des angesprochenen Bieterkreises bei Anwendung der im Vergabeverfahren üblicherweise anzuwendenden Sorgfalt zu erkennen vermochte. Hierfür ist ggf. auch zu berücksichtigen, dass sich eine Ausschreibung an eine relativ überschaubare Anzahl von hochspezialisierten Unternehmen richtet, welche jeweils einen bedeutenden Anteil an ihrem Gesamtumsatz mit öffentlichen Aufträgen erwirtschaften und wegen der typischerweise hohen Nettoauftragswerte regelmäßig an EU-weiten Ausschreibungen teilnehmen.(Rn.40)

c) Für einen solchen Bieter ist ohne weiteres erkennbar, dass eine Umrechnungsmethode der Angebotspreise in Preispunkte, bei welcher die Punkteverteilung nach Platzierung erfolgt, dazu führt, dass Preisabstände nicht in vollständig adäquate Punktabstände überführt werden, und dass dies im Einzelfall auch zu seinem Nachteil im Wettbewerb gereichen kann.(Rn.41)

5. Grundsätzlich ist ein öffentlicher Auftraggeber nur dann zu einer Prüfung der Richtigkeit bzw. Realisierbarkeit eines Leistungsversprechens des Bieters verpflichtet, wenn konkrete Tatsachen dieses Leistungsversprechen von vornherein als nicht plausibel erscheinen lassen.(Rn.45)

Orientierungssatz

Bei der im Rahmen von § 173 Abs. 2 GWB vorzunehmenden Abwägung der widerstreitenden Interessen sind das Interesse des Bieters an der Effektivität des Primärrechtsschutzes, dem ein gleichgerichtetes Interesse der Allgemeinheit an der Durchsetzung des Vergaberechts zur Seite steht, und das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des konkreten Aufgabenträgers zu berücksichtigen. Für das Gewicht des Interesses des Bieters sind auch die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels sowie u.U. die allgemeinen Aussichten des Bieters, den Auftrag zu erhalten, maßgeblich. Das vorgeschriebene Interesse der Allgemeinheit besteht vor allem an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens, wobei die besonderen Umstände des konkreten Beschaffungsvorhabens zu berücksichtigen sind.(Rn.31)

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Sachsen-Anhalt, 27. Januar 2021, 2 VK LSA 53/20
Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise
Irene Lausen, jurisPR-VergR 11/2021 Anm. 3 (Anmerkung)

Praxisreporte
Irene Lausen, jurisPR-VergR 11/2021 Anm. 3 (Anmerkung)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung
Festhaltung Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat, 18. August 2011, 2 Verg 3/11

Tenor

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 27. Januar 2021 bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel zu verlängern, wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, eine etwaige Erteilung des Zuschlags in diesem Vergabeverfahren dem Senat und den Verfahrensbeteiligten gegenüber unverzüglich mitzuteilen.

Eine Kostenentscheidung bleibt der Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten.

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 140.000,00 € festgesetzt.

Gründe

A.

1 Die Antragsgegnerin, eine Beteiligungsgesellschaft privaten Rechts zur Erbringung von Nahverkehrsleistungen, leitete am 09.03.2020 ein EU-weites Vergabeverfahren zur Beschaffung von 176 mobilen Fahrkartenautomaten auf der Grundlage der Sektorenverordnung ein. Der Lieferauftrag, dessen Nettoauftragswert den maßgeblichen Schwellenwert von 428.000,00 € übersteigt, ist nicht in Lose unterteilt. Die Antragsgegnerin wählte ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb.

2 In der Auftragsbekanntmachung wurden die Teilnahmebedingungen durch die Eignungskriterien nach § 122 Abs. 2 Satz 2 GWB bezeichnet (vgl. Abschnitt III.1); sodann folgte zur Beschreibung der Bedingungen jeweils die Eintragung

3 „siehe Ausschreibungsunterlagen! Dateiname ´Bewerbungsbedingungen.pdf´“

4 Diese Unterlage war über einen sog. Deep Link abrufbar.

5 Die Antragsgegnerin behielt sich vor, den Zuschlag bereits auf das Erstangebot zu erteilen, ohne in Verhandlungen einzutreten. Sie wies darauf hin, dass die Bieter bei der Kalkulation der Angebotspreise berücksichtigen sollten, dass vergabefrei auch zusätzliche Leistungen vom Auftragnehmer abgefragt werden können (vgl. Ziffer VI.3) Zusätzliche Angaben).

6 Auf Anfrage eines interessierten Unternehmens veröffentlichte die Antragsgegnerin am 16.03.2020 ein Muster der Bewertungsmatrix über die eVergabeplattform. Weitere Ausschreibungsunterlagen wurden erst den in der Angebotsphase zugelassenen Bietern zugänglich gemacht.

7 Nach Prüfung und Bewertung der Teilnahmeanträge wählte die Antragsgegnerin insgesamt fünf Unternehmen, darunter auch die Antragstellerin und die Beigeladene, als Bieter aus und forderte sie zur Angebotsabgabe auf.

8 Die Ausschreibungsunterlagen enthielten die Information, dass die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots nach zwei Zuschlagskriterien erfolgen werde, dabei sollten das Kriterium Preis zu 40 % und das Kriterium Qualität zu 60 % in die Wertung einfließen. Die Bewertung der Angebote sollte auf der Grundlage eines Punktesystems vorgenommen werden; von maximal 40 Punkten entfielen somit maximal 16 auf den Preis und maximal 24 auf die Qualität. Für die Bewertung des Angebotspreises sah die Antragsgegnerin eine stufenweise Punktevergabe dergestalt vor, dass das niedrigste Angebot 100 % der Maximalpunktzahl (16 P.), das zweitplatzierte 75 % (12 P.), das drittplatzierte 50 % (8 P.), das viertplatzierte 25 % (4 P.) und alle weiteren Angebote 0 % (0 P.) erhalten sollte. Das Kriterium Qualität war in mehrere Unterkriterien untergliedert, welche sich auf

Einzelheiten der Produkteigenschaften und das Ausstattungsniveau bezogen. Die Verteilung der Punkte je Unterkriterium in Punktespannen maximal zwischen 0 bis 3 Punkten wurde in den Ausschreibungsunterlagen tabellarisch dargestellt. Das Unterkriterium 5.5 „Clientzugriff auf das Hintergrundsystem“ war im Lastenheft wie folgt beschrieben:

9 „Der Zugriff auf das Hintergrundsystem soll möglichst ohne Installation einer Zusatzsoftware erfolgen. Die Kompatibilität von auf den Clients ggf. erforderlichen Modulen / Komponenten (z.B. Webbrowser, Java, Flash, ...) darf sich nicht auf eine feste Versionsnummer beschränken. Die Nutzbarkeit des Clientzugriffs muss bei erforderlichen Sicherheitsupdates erhalten bleiben.“

10 In der Tabelle der Bewertungsmatrix war für dieses Unterkriterium hinterlegt, dass ein Angebot 2 Punkte erhalten sollte, wenn der Zugriff ohne Installation einer Zusatzsoftware möglich ist, und 0 Punkte, wenn die Funktion nur mit Installation einer Zusatzsoftware gewährleistet wird.

11 Bis zum Ablauf der Frist für die Einreichung der Erstangebote am 23.06.2020 gingen bei der Antragsgegnerin drei Angebote ein. Die Antragsgegnerin führte mit allen drei Bietern am 14.08.2020 zeitversetzt Verhandlungsgespräche. Die Bieter erhielten die Gelegenheit, bis zum 26.08.2020 ein Zweitangebot einzureichen, wovon alle drei Bieter Gebrauch machten.

12 In Auswertung aller fristgerecht eingegangenen Zweitangebote vergab die Antragsgegnerin auf das Angebot der Beigeladenen 34 Punkte und auf das Angebot der Antragstellerin 33 Punkte. Das dritte Angebot erhielt nur 25 Punkte. Hinsichtlich der Punkteverteilung zwischen dem Angebot der Beigeladenen und dem Angebot der Antragstellerin lagen die Vorzüge des erstplatzierten Angebots ausschließlich im Preis (+ 4 P.), während das zweitplatzierte Angebot der Antragstellerin in einer Kategorie der Qualitätsbewertung (Ziffer 4.12.1) 2 Punkte und in einer weiteren Kategorie (3.4.1.1) 1 Punkt mehr als das erstplatzierte Angebot erreichte. In der Kategorie 5.5 hatten beide Angebote jeweils 2 Punkte erhalten.

13 Die Antragsgegnerin informierte die Antragstellerin am 08.09.2020 darüber, dass im Ergebnis der Angebotsprüfung „ein Wettbewerber ein insgesamt wirtschaftlicheres Angebot“ abgegeben habe. Sie kündigte die Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen an, „jedoch nicht vor dem 18.09.2020, 24:00 Uhr MEZ“.

14 Die Antragstellerin rügte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 10.09.2020 mehrere Vergaberechtsverstöße. Sie vertrat die Auffassung, dass die Vorabinformation nicht den Anforderungen des § 134 Abs. 1, Abs. 2 GWB genüge, weil die Wartefrist zu kurz bemessen und die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots nicht hinreichend aussagekräftig benannt worden seien. Die Antragstellerin rügte weiter das Fehlen wirksam aufgestellter Eignungskriterien und die Untauglichkeit der bekanntgemachten und bei der Angebotsprüfung verwendeten Bewertungsmatrix. Die Punktevergabe beim Kriterium Preis führe zu zufälligen und willkürlichen Ergebnissen, weil kleinste Preisabstände in große Punktabstände münden könnten.

15 Die Antragsgegnerin half der Rüge der unzureichenden Vorabinformation teilweise ab, indem sie über das Vergabeportal eine anonymisierte Tabelle mit der Punkteverteilung für jedes Kriterium bzw. Unterkriterium für alle drei Angebote veröffentlichte. Darin gab sie auch die Größenordnung der Angebotssummen der Konkurrenzbieter an, was – unter

gleichartiger Offenlegung der Angebotssumme der Antragstellerin – in folgende Aufstellung mündete:

16 Erstplatzierter Bieter 1.950.000,00 € bis 1.985.000,00 €

17 zweitplatzierter Bieter 2.110.000,00 € bis 2.145.000,00 € und

18 drittplatzierter Bieter 2.950.000,00 € bis 3.025.000,00 €.

19 Im Übrigen verwies sie darauf, dass die zehntägige Wartefrist am 18.09.2020 auslaufe, so dass die Mitteilung, den Zuschlag nicht vor diesem Zeitpunkt zu erteilen, gesetzeskonform sei. Die weiteren Rügen wies die Antragsgegnerin inhaltlich zurück. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Rügeantwort vom 15.09.2020 verwiesen.

20 Mit einem zweiten Rügeschriftsatz vom 16.09.2020 beanstandete die Antragstellerin die Bewertung der Wirtschaftlichkeit des Angebots der Beigeladenen. Das Angebot dürfe beim Unterkriterium 5.5 keine Punkte erhalten, weil es marktbekannt sei, dass das von der Beigeladenen verwendete System die vorherige Installation einer Zusatzsoftware auf der „workstation“ erfordere. Dieser Rüge half die Antragsgegnerin nicht ab, worüber sie die Antragstellerin am 17.09.2020 informierte. Dabei bezog sie sich auf den Inhalt des Angebots der Beigeladenen, welches die Erforderlichkeit der Installation einer Zusatzsoftware nicht ausweise.

21 Mit Schriftsatz vom 18.09.2020, dort eingegangen am selben Tage, hat die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt mit dem Ziel beantragt, dass der Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen untersagt werden möge. Ihr sei aufzugeben, die Ausschreibung aufzuheben oder sie in den Stand vor der Versendung der Auftragsbekanntmachung zurückzuversetzen. Hilfsweise sei anzuordnen, dass die Antragsgegnerin bei fortbestehender Vergabeabsicht die Angebotswertung zu wiederholen habe. Sie wiederholte und vertiefte die vergaberechtlichen Beanstandungen aus ihren beiden Rügeschreiben.

22 Der Vorsitzende der Vergabekammer verlängerte die am 23.10.2020 ablaufende gesetzliche Entscheidungsfrist mit Verfügung vom 21.10.2020 bis zum 27.11.2020 und verfügte jeweils weitere Verlängerungen der Bearbeitungsfrist am 24.11.2020 bis zum 30.12.2020 und am 18.12.2020 bis zum 03.02.2021. Mit Beschluss vom 08.12.2020 hat die Vergabekammer die Zuschlagsaspirantin beigeladen. Mit ihrer Verfügung vom 28.12.2020 hat die Vergabekammer darauf hingewiesen, dass sie der vorläufigen Auffassung sei, dass und weswegen der Nachprüfungsantrag insgesamt unzulässig sei, und dass sie eine weitergehende Einsicht der Antragstellerin in die Vergabedokumentation nicht für geboten erachte.

23 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss vom 27.01.2021 als unzulässig verworfen. Sie stützt ihre Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass der Antragstellerin für die Rüge eines fehlerhaften Vorabinformationsschreibens die Antragsbefugnis fehle, weil ein hierdurch eintretender Schaden auszuschließen sei – die Antragstellerin habe das Nachprüfungsverfahren rechtzeitig eingeleitet und inzwischen sämtliche von ihr für erforderlich erachtete Informationen erhalten. Ihr fehle die Antragsbefugnis auch für die Rüge der Nichterfüllung des Qualitäts-Unterkriteriums 5.5 durch die Beigeladene, weil ihre Rüge insoweit substanzlos sei. Mit der Rüge der Untauglichkeit des Preisbewertungssystems sei sie präk-

ludiert, weil der vermeintliche Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz für einen fachkundigen Bieter erkennbar gewesen sei.

24 Gegen diese ihr am 02.02.2021 zugestellte Entscheidung richtet sich die mit Schriftsatz vom 12.02.2021 erhobene und am 15.02.2021 vorab per Fax beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangene sofortige Beschwerde der Antragstellerin.

25 Die Antragstellerin ist der Meinung, dass ihr eine Antragsbefugnis bezüglich der Rüge der fehlerhaften Bewertung des Angebots der Beigeladenen im Qualitäts-Unterkriterium 5.5 nicht abzusprechen sei. Sie habe eine öffentlich zugängliche Eigenbekundung der Beigeladenen dargelegt. Die Vergabekammer habe insoweit die Anforderungen an den Inhalt einer Rüge überspannt. Diese Rüge sei auch begründet, denn die Beigeladene habe im Nachprüfungsverfahren keine belastbaren Informationen zur Erfüllung dieser Qualitätskategorie gegeben.

26 Die Antragstellerin wendet sich gegen die von der Vergabekammer angenommene Präklusion mit der Rüge der fehlerhaften Festlegung der Bewertungsmethode bezüglich des Angebotspreises. Eine die Rügeobliegenheit auslösende Erkennbarkeit sei jedoch in rechtlicher Hinsicht nicht gegeben gewesen, weil dem durchschnittlichen Bieter nicht abzuverlangen sei, dass er erkennt, ab welchem Grad der Abweichung der Umrechnung von Preisen in Preispunkte die Grenze zur Rechtswidrigkeit überschritten sei. Die Vorschriften im GWB und in der SektVO enthielten keine Bestimmungen über Anforderungen an ein zulässiges Bewertungssystem. In der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur sei diese Frage „im Fluss“. Die Rüge sei begründet, weil die Methode ermögliche, dass sich ein geringer Preisabstand überproportional auf die Punktezahl auswirke. Zugleich werde hierdurch eine Veränderung der bekanntgemachten Gewichtung bewirkt.

27 Die Antragstellerin hat zugleich mit ihrer sofortigen Beschwerde den Antrag gestellt, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel zu verlängern.

28 Zu diesem Antrag haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene jeweils mit Schriftsätzen vom 25.02.2021 Stellung genommen.

B.

29 I. Der Antrag der Antragstellerin ist nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB zulässig; er ist statthaft, weil die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin verworfen hat und das prozessuale Zuschlagsverbot nach §§ 169 Abs. 1 und 173 Abs. 1 Satz 1 und 2 GWB am 02.03.2021 entfällt.

30 II. Der Antrag ist unbegründet. Bei einer Gesamtabwägung aller möglicherweise betroffenen Interessen überwiegen hier die nachteiligen Folgen einer Verlängerung des prozessualen Zuschlagsverbots bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens.

31 1. Nach § 173 Abs. 2 GWB ist ein zulässiger Antrag nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB abzulehnen, wenn die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe des ausgeschriebenen Auftrags die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen sind das Interesse der Antragstellerin an der Effektivität des Primärrechtsschutzes, dem ein gleichgerichtetes Interesse der Allgemeinheit an der Durchsetzung des Vergaberechts zur Seite steht, und das Interesse der Allgemeinheit an ei-

ner wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des konkreten Aufgabenträgers zu berücksichtigen. Für das Gewicht des vorgenannten Interesses der Antragstellerin sind auch die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels sowie u.U. die allgemeinen Aussichten der Antragstellerin, den Auftrag zu erhalten, maßgeblich. Das vorbeschriebene Interesse der Allgemeinheit besteht vor allem an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens, wobei die besonderen Umstände des konkreten Beschaffungsvorhabens zu berücksichtigen sind.

32 2. Nach diesen Maßstäben ist zunächst darauf zu verweisen, dass zugunsten der Antragstellerin zu berücksichtigen ist, dass deren Angebot in der engeren Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots steht und bereits geringfügige Korrekturen der Punktebewertung zu einem Vorrücken dieses Angebots auf den ersten Platz führen könnten. Dies gilt jedoch nur für den Fall, dass das Rechtsmittel zumindest hinsichtlich einer der Rügen eine Aussicht auf Erfolg hat.

33 3. Hinsichtlich des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens ist zu beachten, dass sich die ausgeschriebenen Lieferleistungen auf die Ermöglichung einer Bereitstellung von Dienstleistungen im allgemeinen öffentlichen Interesse und im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge beziehen, nämlich auf die Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs mit Bussen und Straßenbahnen in der Landeshauptstadt. Der Beschaffungsbedarf wurde so definiert, dass er ab dem 01.08.2020 und teilweise – hinsichtlich der Umrüstung funktionsuntüchtiger bzw. veralteter Geräte im Bestand – kurzfristig zu erfüllen war. Das ergibt sich u.a. auch aus dem insoweit übereinstimmenden Inhalt des mit jedem Bieter geführten Verhandlungsgesprächs. Bereits im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass die Abwicklung des Vertrages nicht nur Voraussetzung für die Ersatzausstattung nach Funktionsausfall oder Vandalismus und für die Umrüstung der bestehenden Fahrzeugflotte sei, sondern auch für die Erstausrüstung der für das Jahr 2021 neu beschafften Busse. In ihrer Stellungnahme vom 25.02.2021 hat u.a. darauf verwiesen, dass die ausstehende Ersatzausstattung zu Einnahmeverlusten führe und die ausstehende Umrüstung die Aufgabenerfüllung unter den Bedingungen des Lockdowns teilweise erschwere, weil derzeit nicht in allen Bussen und Straßenbahnen ein kontaktloses Bezahlen angeboten werden könne. Wegen der vorgetragenen Einzelheiten wird auf den Inhalt der o.a. Stellungnahme Bezug genommen.

34 4. Entscheidend für die zu Ungunsten der Antragstellerin ausfallende Gesamtabwägung ist der Umstand, dass das Rechtsmittel nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand keine Aussicht auf Erfolg hat.

35 a) Der Senat geht davon aus, dass die Antragstellerin die vor dem Nachprüfungsverfahren erhobene und im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer zunächst noch angeführte Rüge der vermeintlich unzureichenden bzw. fehlerhaften Bekanntmachung von Eignungskriterien nicht weiterverfolgt. Insoweit ist nur vorsorglich anzuführen, dass der Antragstellerin insoweit eine Antragsbefugnis fehlte, weil ausgeschlossen ist, dass ihr durch einen solchen Vergabeverstoß ein Schaden droht. Sie selbst ist als geeignet ausgewählt und zur Angebotsabgabe aufgefordert worden; die Beigeladene ist unabhängig vom Inhalt des wirksam bekanntgegebenen Anforderungsprofils ebenfalls geeignet, denn sie ist von der Antragsgegnerin auch unter Berücksichtigung der höheren, von der Antragstellerin als nicht wirksam bekanntgemachten Teilnahmebedingungen als geeignet bewertet worden (vgl. zu dieser Konstellation auch OLG Rostock, Beschluss v.

12.08.2020, 17 Verg 3/20 „Intensivtransport-Hubschrauber II“). Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin aber auch zutreffend darauf verwiesen, dass die Bekanntmachung von Eignungskriterien als in der Auftragsbekanntmachung erfolgt angesehen wird, wenn die Einzelanforderungen zwar nicht im Bekanntmachungstext selbst, aber in einem Dokument aufgeführt sind, welches mit einem einfachen Klick (sog. Deep Link) ohne weiteres für jedes am Auftrag interessierte Unternehmen zugänglich ist (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.11.20211, VII-Verg 60/11 „Neubau Bundesinnenministerium“, VergabeR 2012, 505).

36 b) Der Senat geht weiter davon aus, dass die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren die Rüge der inhaltlich unzureichenden bzw. unzutreffenden Vorabinformation nicht mehr verfolgt, weil auch hierzu keine Ausführungen mehr in der Beschwerdebegründung enthalten sind. Die Vergabekammer hat insoweit auch zu Recht ausgeführt, dass hinsichtlich einer u.U. anfangs unzureichenden Angabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots der Antragstellerin vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens eine Abhilfe durch die Antragsgegnerin erfolgt ist und im Übrigen – also wegen der vermeintlich fehlerhaften, tatsächlich aber nicht zu beanstandenden Angabe des frühestmöglichen Zeitpunkts der Zuschlagserteilung – jedenfalls kein Schaden (mehr) droht, weil die Antragstellerin das Nachprüfungsverfahren rechtzeitig vor der Zuschlagserteilung eingeleitet und die Vergabekammer durch die Übermittlung des Nachprüfungsantrags rechtzeitig ein prozessuales Zuschlagsverbot ausgelöst hat.

37 c) Die Vergabekammer hat zu Recht darauf erkannt, dass die Rüge des vermeintlich vergaberechtswidrigen Systems der Umrechnung von Preisen in Preispunkte nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert ist und deswegen eine Entscheidung in der Sache nicht geboten ist.

38 aa) Einem Bieter, wie hier der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Antragstellerin, obliegt es nach der vorgenannten Vorschrift, Vergaberechtsverstöße, welche auf der Grundlage der Ausschreibungsunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe zu rügen.

39 (1) Nach der Rechtsprechung des Senats ist diese Vorschrift nicht nur auf das Offene und das Nichtoffene Verfahren anwendbar, in denen der öffentliche Auftraggeber eine Angebotsfrist setzt, welcher ein Nachverhandlungsverbot zeitlich nachfolgt. Die Vorschrift ist insbesondere nach ihrem Zweck auch dann anwendbar, wenn – wie hier – in einem Verhandlungsverfahren eine Ausschlussfrist für die Einreichung eines Erstangebotes gesetzt wird, auch wenn in dem ausgewählten Verfahren nachträgliche Änderungen am Erstangebot grundsätzlich erlaubt sind (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 18.08.2011, 2 Verg 3/11 „Altpapierverwertungsanlage, VergabeR 2012, 93 *zu § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB a.F.*).

40 (2) Der Maßstab für die Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes i.S.v. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 GWB ist ein objektiver; es kommt darauf an, was ein fachkundiges Unternehmen des angesprochenen Bieterkreises bei Anwendung der im Vergabeverfahren üblicherweise anzuwendenden Sorgfalt zu erkennen vermochte. Die Antragstellerin geht noch zu Recht davon aus, dass es insoweit nicht nur auf die Erkenntnismöglichkeiten in tatsächlicher Hinsicht ankommt, sondern dass sich die Erkennbarkeit auch auf deren rechtliche Beurteilung bezieht und dass insoweit keine überspannten Anforderungen an die Rechtskenntnisse von Wirtschaftsteilnehmern gestellt werden dürfen. Die Antragstellerin verkennt jedoch, dass ein Bieter dann, wenn bei der Beschäftigung mit den Aus-

schreibungsunterlagen Ungereimtheiten oder möglicherweise wettbewerbsverzerrende Effekte ohne weiteres ersichtlich sind, er – auch laienhaft und für sich selbst – eine Beurteilung vornehmen muss, ob hierin möglicherweise ein Vergaberechtsverstoß liegt. Voraussetzung für die Begründung einer Rügeobliegenheit ist nicht etwa eine rechtliche Gewissheit vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes, sondern es genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass die konkrete Maßnahme des öffentlichen Auftraggebers, hier die Ausgestaltung der Wertungsmatrix, vergaberechtswidrig ist. Eine Begründung der Rügeobliegenheit ist erst recht nicht davon abhängig, ob der Bieter die Entscheidung der Nachprüfungsinstanz vorhersehen kann, sondern allein davon, dass er erkennen kann, dass mit der konkreten Maßnahme des öffentlichen Auftraggebers eine Verschlechterung seiner Zuschlagschance verbunden sein kann, die er für sachlich nicht gerechtfertigt hält.

41 bb) Legt man diesen rechtlichen Maßstab an, so ist einerseits zu berücksichtigen, dass sich die vorliegende Ausschreibung an eine relativ überschaubare Anzahl von hochspezialisierten Unternehmen richtet, welche jeweils einen bedeutenden Anteil an ihrem Gesamtumsatz mit öffentlichen Aufträgen erwirtschaften und wegen der typischerweise hohen Nettoauftragswerte insbesondere regelmäßig an EU-weiten Ausschreibungen teilnehmen (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation zuletzt KG Berlin, Beschluss v. 20.03.2020, Verg 7/19 „U-Bahn-Fahrzeuge“). Andererseits stellt auch die Antragstellerin nicht in Abrede, dass ihr durch die Vergabeunterlagen die Bewertungsmatrix vollständig, d.h. nicht nur hinsichtlich der Kriterien und deren prozentualen Gewichtung, sondern auch hinsichtlich sämtlicher Unterkriterien einschließlich der Offenlegung der Maßstäbe der Punkteverteilung im Detail und der Umrechnungsmethode der Preise in Preispunkte bekanntgegeben worden sind. Die zur Anwendung vorgesehene Bewertungsmethode war im höchstmöglichen Maße transparent gemacht worden. Für jeden fachkundigen Bieter bestand die Möglichkeit, anhand verschiedener Angebotsstrategien deren Erfolgsaussichten abzuschätzen. Für einen solchen Bieter, der sich im Rahmen seiner Angebotserarbeitung mit der Bewertungsmatrix beschäftigte, war ohne weiteres erkennbar, dass die Preisabstände nicht vollständig in adäquate Punktabstände – i.S. einer linearen Interpolation – umgerechnet werden, sondern stufenweise in starre Punktabstände überführt werden sollten. Es war offenkundig, dass der Auftraggeber damit einen besonders starken wirtschaftlichen Anreiz für eine niedrige Preisbildung setzen wollte. Es war ebenso offenkundig, dass es im Rahmen der Qualitätsbewertung kein einziges Unterkriterium gab, mit dem eine aus der Bewertung des Angebotspreises herrührende 4-Punkte-Differenz allein hätte ausgeglichen werden können. Da ein fachkundiger Bieter regelmäßig über Kenntnisse des Marktsegments verfügt, in dem er tätig ist, war für den angesprochenen Bieter auch erkennbar, welche der Qualitäts-Unterkriterien eher einen marktüblichen Standard für mobile Fahrkartenautomaten beschrieben und deswegen kein oder allenfalls ein geringes Differenzierungspotenzial im Wettbewerb eröffneten und bei wie vielen Qualitäts-Unterkriterien für ihn selbst eine Chance zur Absetzung von Konkurrenzangeboten (d.h. zu einer höheren Punkteausbeute) bestand. Einem Bieter in der Situation der Antragstellerin musste daher bewusst sein, dass die Methode der Punkteverteilung hinsichtlich des Zuschlagskriteriums Preis auch zu seinem Nachteil im Wettbewerb gereichen konnte, und er konnte in der Laiensphäre durchaus beurteilen, ob er diese Wettbewerbsbedingungen annehmen und akzeptieren will oder nicht, und falls nicht, ob er mit Aussicht auf Erfolg hätte geltend machen können, dass diese Wettbewerbsregeln sachlich nicht gerechtfertigt sind. Genau hierauf stellt die Rügeobliegenheit i.S.v. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ab: Der Bieter soll sich frühzeitig, schon während der Angebotserstellung, entscheiden, ob er eine Vorgabe des öffentlichen Auftraggebers in den Aus-

schreibungsunterlagen hinnimmt oder sie als einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Wettbewerbs ansieht und wegen der damit verbundenen Gefahr der Verschlechterung seiner Zuschlagschancen gegenüber dem Auftraggeber auf deren Abänderung vor Ablauf der Angebotsfrist dringt.

42 d) Die Vergabekammer hat schließlich nach der derzeitigen Bewertung der Sach- und Rechtslage auch zutreffend darauf abgestellt, dass die Rüge der fehlerhaften Bewertung des Angebotes der Beigeladenen hinsichtlich des Qualitäts-Unterkriteriums 5.5 keine ausreichende Substanz aufweist und deswegen weder der Antragsgegnerin eine Veranlassung zu einer vertieften Prüfung gab noch den Nachprüfungsinstanzen einen Einstieg in eine Begründetheitsprüfung eröffnet.

43 aa) Das Vorbringen zu einer Rüge muss nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont des öffentlichen Auftraggebers die Beanstandung eines konkreten Vergaberechtsverstoßes beinhalten. Welche Anforderungen an die Substanz einer Rüge zu stellen sind, hängt auch von den Erkenntnismöglichkeiten des Bieters ab. Wenn sich der Vergaberechtsverstoß nicht vollständig seiner Einsichtsmöglichkeit entzieht, muss der Antragsteller zumindest tatsächliche Anknüpfungspunkte oder Indizien vortragen, die den hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Dem öffentlichen Auftraggeber ist in der Regel nicht zuzumuten, auf gänzlich unsubstantiierte Rügen hin in eine (ggf. erneute) Tatsachenermittlung einzutreten (vgl. nur OLG Naumburg, Beschluss v. 02.06.2020, 7 Verg 2/20 „Fassadenarbeiten“; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.01.2020, Verg 20/19 „Software-Anforderungen“, OLG Düsseldorf, Beschluss v. 01.04.2020, Verg 30/19 „Kanalbauarbeiten“).

44 bb) (1) Im vorliegenden Fall hat die Antragsgegnerin auf die Rüge der Antragstellerin mitgeteilt, dass sich die Beigeladene in ihrem Angebot zu einer Nutzbarkeit ihres Systems ohne die Installation einer zusätzlichen Software auf den jeweiligen Arbeitsstationen (Clients) verpflichtet hat. Auf den ersten Blick entsprach damit das Angebot der Beigeladenen den Vorgaben des Qualitäts-Unterkriteriums für die Vergabe von zwei (Leistungs-)Punkten, so dass die Angebotswertung der Antragsgegnerin (auch) insoweit den bekanntgemachten Bewertungsmaßstäben entsprach, also nicht vergaberechtswidrig war. Hiergegen hat die Antragstellerin keine Einwendungen vorgebracht (und nach ihren Erkenntnismöglichkeiten auch nicht vorbringen können).

45 (2) Soweit die Antragstellerin beanstandet, dass die Antragsgegnerin keine vertiefte Prüfung der Richtigkeit bzw. der Realisierbarkeit dieser Angabe im Angebot der Beigeladenen vorgenommen habe, ist ein Vergaberechtsverstoß nicht schlüssig vorgetragen. Denn grundsätzlich gilt, dass ein Auftraggeber nur dann zur Überprüfung, ob der Bieter sein Leistungsversprechen erfüllen wird, verpflichtet ist, wenn konkrete Tatsachen sein Leistungsversprechen als nicht plausibel erscheinen lassen (vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.01.2020, Verg 20/19 „Software-Anforderungen“; ähnlich *zur Erfüllung der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben bei der Leistungsausführung* OLG Karlsruhe, Beschluss v. 29.05.2020, 15 Verg 2/20 „Wertstoffe“).

46 (3) Die Vergabekammer hat zutreffend ausgeführt, dass der wiederholte Hinweis der Antragstellerin auf einen im Internet veröffentlichten Werbeprospekt der Beigeladenen eine solche Prüfungspflicht für die Antragsgegnerin unter mehreren Aspekten nicht auszulösen vermag. Einerseits hat die Beigeladene sich in ihrem Angebot nicht auf die dortige Darstellung bezogen, sondern ihre Leistungen unter Bezug auf die Leistungsanforderungen der Antragsgegnerin angeboten. Weiter ist dem Text der PDF-Datei („stabi-

le Client-Server-Datenbank (open source)“) nicht zu entnehmen, dass es für den Zugriff der von der Beigeladenen im vorliegenden Vergabeverfahren angebotenen Arbeitsstationen auf das hier angebotene Hintergrundsystem der Installation einer zusätzlichen Software i.S. des Bewertungskriteriums bedürfte. Andererseits kommt es für die Einhaltung der Leistungsanforderungen des Auftraggebers allein auf den Zeitpunkt des Beginns der Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen an, so dass der pauschale Verweis der Antragstellerin darauf, dass die Konkurrenzprodukte in der Vergangenheit und in anderen Auftragsverhältnissen nicht ohne zusätzliche Software funktionstüchtig gewesen seien, ohne Substanz bleiben und ebenfalls keinen Anhalt für ein vergaberechtswidriges Verhalten der Antragsgegnerin bieten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.01.2020, Verg 20/19 „Software-Anforderungen“).

47 (4) Die Antragstellerin hat weder in ihrer Stellungnahme zu einem entsprechenden Hinweis der Vergabekammer noch in ihrer Beschwerdeschrift näher darlegen können, worin das vergaberechtlich zu beanstandende Verhalten der Antragsgegnerin insoweit liegen soll. Die substanzlose Behauptung, dass die von der Beigeladenen angebotenen Geräte die Anforderungen des Bewertungskriteriums 5.5 – entgegen der ausdrücklichen Angabe und dem mit dem Angebot abgegebenen Leistungsversprechen – nicht erfüllen, genügt für eine Aberkennung der Leistungspunkte für die Beigeladene durch die Antragsgegnerin nicht.

48 (5) Schließlich ist darauf zu verweisen, dass die Antragsgegnerin inzwischen im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens weitere Ausführungen der Beigeladenen zu diesem Gesichtspunkt erhalten hat, mit denen die Beigeladene die Realisierbarkeit des vorgenannten Leistungsversprechens bekräftigt hat. Diese Auskünfte wären selbst dann, wenn eine weitere Überprüfung der Ernsthaftigkeit der Angaben der Beigeladenen zu ihren Leistungsversprechungen geboten gewesen wäre, ausreichend gewesen. Insoweit ist darauf zu verweisen, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei einer solchen Überprüfung nicht auf bestimmte Mittel beschränkt ist, sofern die gewählte Art und Weise der Angebotsaufklärung geeignet und von ihr frei von sachwidrigen Erwägungen ausgewählt wurde (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.01.2020, Verg 20/19 „Software-Anforderungen“).

49 III. Die Festsetzung des Kostenwerts beruht auf §§ 50 Abs. 2, 63 Abs. 2 GKG.