

**Gericht:** OLG Düsseldorf Vergabesenat  
**Entscheidungsdatum:** 15.02.2023  
**Aktenzeichen:** Verg 6/22  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2023:0215.VERG6.22.00  
**Dokumenttyp:** Beschluss  
**Quelle:**



**Zitiervorschlag:** OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Februar 2023 – Verg 6/22 –, juris

Diese Entscheidung wird zitiert

### **Kommentare**

*Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht*

● Reidt, § 165 Akteneinsicht; III. Versagung und Beschränkung der A...; 2. Keine generelle Beschränkung der Akteneinsicht auf die durch den Antragsteller bereits geltend gemachten Vergaberechtsverstöße

### **Tenor**

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird die Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes vom 21. Januar 2022, VK 2-131/21, aufgehoben.
2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das streitgegenständliche Vergabeverfahren in den Stand vor der Absendung der Bekanntmachung zurückzusetzen und die Vergabeunterlagen in Bezug auf die geforderte Leistung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu überarbeiten.
3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin als Gesamtschuldnerinnen zu tragen.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
5. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis 650.000,00 Euro festgesetzt.

### **Gründe**

#### **I.**

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 31. August 2021 im offenen Verfahren den Betrieb eines Bürgerservice zur Beantwortung telefonischer und schriftlicher Bürgeranfragen gerichtet an C. für die Dauer von zwei Jahren mit der Option zu einer Verlängerung um bis zu zwei Jahre EU-weit aus (Referenznummer der Bekanntmachung ...).
- 2 Der Preis war nicht das einzige Zuschlagskriterium. Neben diesem sollte mit ebenfalls 50 Prozent die Qualität der angebotenen Leistung in die Bewertung einfließen. Hierfür sollte die Qualität von insgesamt fünf Konzepten in den Kategorien "Neue Hotline", "Akute Hotline", "Inhaltliche Qualifikation", "Bürgeranfragen Service-Hotline", und "Bürgeranfragen BAföG" nach weiteren in den Bewerbungsbedingungen aufgeführten und mit 15,

20 oder 25 Prozent gewichteten Unterkriterien bewertet werden. Für deren Bewertung sah die Bewertungsmatrix in Ziffer 7.3.1, Ermittlung der Leistungspunktzahl, die Vergabe von 0 bis 5 Punkten vor, wobei ein den Anforderungen nicht entsprechendes Konzept mit 0 Punkten, ein den Anforderungen nur mit erheblichen Einschränkungen entsprechendes Konzept mit 1 Punkt, ein den Anforderungen mit Einschränkungen entsprechendes Konzept mit 2 Punkten, ein den Anforderungen im Wesentlichen entsprechendes Konzept mit 3 Punkten, ein den Anforderungen vollumfänglich entsprechendes Konzept mit 4 Punkten und ein der Zielerreichung besonders dienliches Konzept mit 5 Punkten zu bewerten war. Im Rahmen des qualitativen Unterkriteriums K4, Bürgeranfragen Service-Hotline, und K5, Bürgeranfragen BAFöG, waren entgegen der Bezeichnung keine Konzepte für die Vertragserfüllung zu erstellen, sondern jeweils fünf fiktive schriftliche Bürgeranfragen zu beantworten, deren Bewertung nach den unter Ziffer 6.2.4 der Bewerbungsbedingungen näher erläuterten Unterkriterien inhaltliche Richtigkeit (UK 4.1), sprachliche Richtigkeit und bürgernahe und adressatengerechte Formulierung (UK 4.2) sowie Erfassung und Beantwortung aller, auch implizit geäußelter Fragen und Anliegen (UK 4.3) erfolgen sollte. Ziffer 7.3.1 der Bewerbungsbedingungen schloss mit dem fettgedruckten Zusatz: "Mindestanforderung: Angebote, die bei einem Konzept (Qualitätskriterien K1 bis K5) weniger als 2 Punkte erhalten, kommen für den Zuschlag nicht in Betracht".

- 3 Mit Schreiben vom 29. November 2021 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Ihr Angebot könne nicht berücksichtigt werden, weil sie für das Konzept 4 lediglich eine Gesamtpunktzahl von 1,73 Punkten erhalten und damit die Mindestpunktzahl nicht erreicht habe. Mit Anwaltsschreiben vom 6. Dezember 2021 rügte die Antragstellerin die Nichtberücksichtigung ihres Angebots. Die Formulierung in den Bewerbungsbedingungen, wonach Angebote, die bei einem Konzept weniger als 2 Punkte erhalten, für den Zuschlag nicht in Betracht kommen, sei missverständlich und rechtfertige einen Ausschluss nicht. Zudem weise das Zuschlagskriterium Konzept 4 den nach § 127 Abs. 3 GWB erforderlichen Auftragsbezug nicht auf, da kein Zusammenhang zwischen dem ausgeschriebenen Betrieb einer Service-Hotline und der geforderten Beantwortung der schriftlichen Anfragen bestehe. Ohnehin lasse die Beantwortung von individuellen Musteranfragen keinen Rückschluss auf die zukünftige Beantwortung von Bürgeranfragen zu. Auch genüge die Forderung bürgernaher, adressatengerechter Formulierungen jedenfalls ohne die Vorgabe beispielhafter Antwortschreiben nicht Bestimmtheitsanforderungen. Im Übrigen sei ihre Bewertung subjektiv und willkürlich. Diese Rügen wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 7. Dezember 2021 zurück.
- 4 Die Antragstellerin beantragte darauf mit Anwaltsschriftsatz vom 9. Dezember 2021 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, zu dessen Begründung sie ihre vorgenannten Rügen wiederholte und vertiefte. Eine zum Ausschluss führende Mindestanforderung verstoße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, nur ein Konzept mit 0 Punkten entspreche nicht den Anforderungen. Vor diesem Hintergrund sei die Formulierung auch gar nicht als Ausschlusskriterium, sondern dahingehend zu verstehen gewesen, dass ein Angebot mit weniger als zwei Punkten bei einem Konzept keine Erfolgsaussichten habe; dies zumal die Ausschlussgründe offenbar abschließend in Ziffer 4.1 der Bewerbungsbedingungen geregelt seien. Ohnehin bilde eine schriftliche Beantwortung die den gewichtigeren Teil der Tätigkeit darstellenden telefonischen Anfragen nicht ab, die allgemeiner Natur seien; Anfragen zu spezielleren Themen seien an das Fachreferat weiterzuleiten. Bürgernah und adressatengerecht seien offene Begriffe, deren Erfüllung nicht objektiv bewertbar und überprüfbar sei. So sei die von ihr gewählte Darstellung in Textform

und tabellarisch ihrer Ansicht nach gerade positiv zu bewerten. Einzelne Fehler bei Recherche zur inhaltlichen Richtigkeit ließen keinen Rückschluss auf eine spätere Auftragsdurchführung zu und dürften nicht mit 0 Punkten bewertet werden. Stilfragen ließen sich unter keines der Unterkriterien subsumieren. Offensichtlich seien Konzeption und Bewertung an der Auftragsausführung durch die Beigeladene als Bestandsauftragnehmerin orientiert.

- 5 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 6 1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor Angebotsbewertung zurückzusetzen und ihr Angebot in die Wertung einzubeziehen;
- 7 2. ihr Akteneinsicht zu gewähren;
- 8 3. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären;
- 9 4. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten ihrer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen;
- 10 Die Antragsgegnerin und die mit Beschluss vom 10. Dezember 2021 hinzugezogene Beigeladene haben beantragt,
- 11 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
- 12 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer zur zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen.
- 13 Die Beigeladene hat darüber hinaus beantragt,
- 14 3. ihr Akteneinsicht zu gewähren;
- 15 4. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.
- 16 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben vorgetragen, soweit die Antragsgegnerin Begriffe wie bürgernah und adressatengerecht kritisiere, sei sie damit bereits präkludiert. Die Anfragen bei der Hotline erfolgten in erheblichem Umfang per E-Mail und seien daher schriftlich zu beantworten. Die geforderte schriftliche Beantwortung der Musteranfragen zeige, ob insoweit Übereinstimmung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber bestünde und lasse daher durchaus Rückschlüsse auf die künftige Erledigung durch Mitarbeiter zu. Die Anforderung einer Mindestpunktzahl diene der Gewährleistung einer bestimmten Qualität. Dabei gehöre zur Adressatengerechtigkeit der Formulierungen auch der sprachliche Stil. Der notwendig subjektiv gefärbten Bewertung werde durch ein dreiköpfiges Bewertungsgremium fachkundiger Mitarbeiter hinreichend entgegengewirkt.
- 17 Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 21. Januar 2022 den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin teils verworfen und teils zurückgewiesen. Soweit die Antragstellerin die Unbestimmtheit der Begrifflichkeiten bürgernah und adressatengerecht sowie einen fehlenden Bezug des Wertungskriteriums Konzept 4 zum Auftragsgegenstand rüge, sei sie damit bereits wegen Erkennbarkeit aus den Vergabeunterlagen präkludiert. Im Übrigen sei ein solcher Bezug allerdings auch gegeben, Anfragen erreichten den Bürgerservice überwiegend per E-Mail. Auch ließe sich so die qualitative Vorstellung des Bieters

ermitteln. Die Forderung einer Mindestpunktzahl, die sich klar aus der Formulierung ergebe, sei nach den Erwägungsgründen 45, 90 und 92 zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU zulässig, um angemessene Mindeststandards zu gewährleisten, wie der Europäische Gerichtshof entschieden habe. Es sei nachvollziehbar, dass die mit der Beantwortung einhergehende Außendarstellung für die Antragsgegnerin von entscheidender Bedeutung sei. Eine Mindestanforderung von 2 Punkten sei bei einer Skala bis 5 Punkte auch nicht unangemessen hoch. Die konkrete Bewertung des Angebots der Antragstellerin halte sich im Rahmen des der Antragsgegnerin zukommenden Beurteilungsspielraums. Der zwangsläufig subjektiven Färbung derartiger Bewertungen habe die Antragsgegnerin durch ein dreiköpfiges Bewertungsteam fachlich versierter Prüfer hinreichend entgegen gewirkt.

- 18 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Der Ausschluss ihres das beste PreisLeistungsverhältnis erreichenden Angebots wegen Verfehlung der Anforderung einer Mindestpunktzahl von 2 Punkten beim Konzept 4 sei vergaberechtswidrig. Den Ausschluss von Angeboten regule Ziffer 7.1 der Bewerbungsbedingungen, keiner der dort genannten Ausschlussgründe sei erfüllt. Ein bloßer Hinweis am Ende der Ziffer 7.3.1 lasse demgegenüber die notwendige Eindeutigkeit vermissen. Auch könne eine letztendlich beliebige Punktzahl eines nur subjektiv bewertbaren Zuschlagskriteriums nicht zur Mindestanforderung erhoben werden, dies sei willkürlich und vermische Eignungs- und Zuschlagskriterien in unzulässiger Weise. Die schlechte Erfüllung von Zuschlagskriterien sei kein Ausschlussgrund, sondern könne nur zur Verschlechterung von Zuschlagschancen führen. Auch könnten wegen der abschließenden Aufzählung von Eignungskriterien nicht beliebig neue, noch dazu einer subjektiven Wertung unterliegende "weiche" Ausschlusskriterien kreiert und damit eine beliebige Ausschlussgrenze gesetzt werden. Gerade bei einer naturgemäß subjektiv geprägten Bewertung nach Schulnoten dürften geringfügige Wertungsunterschiede nicht zu erheblichen Wertungsdifferenzen führen. Dies sei aber vorliegend der Fall, wenn eine um 0,1 Punkte schlechtere Bewertung auf 1,9 Punkte bei einem Kriterium, was 0,06 Prozent der erreichbaren Gesamtpunktzahl entspreche, zum Ausschluss des Bieters von der Wertung führen könne. Hier bestehe zudem eine Missbrauchsgefahr. Auch die Wertung selbst sei fehlerhaft. So fehle beim Unterkriterium 4.2 ein konkreter Bezug zu den einzelnen Briefen, einzelne Bewertungspakete seien in den Kriterien gar nicht vorgesehen. Eine Fehlerhaftigkeit der Signatur Team BAFÖG und das Fehlen eines Hinweises auf die Beantwortung durch den Auftragnehmer habe mit der inhaltlichen Richtigkeit nichts zu tun. Eine zusätzliche tabellarische Darstellung sei gerade für einen promovierten Wissenschaftler hilfreich. Eine uneinheitliche Syntax nehme dem Schreiben nicht die Adressatengerechtigkeit. Gleiches gelte für das Fehlen der Erklärung im Namen der Ministerin zu antworten, für nicht durchgehend gendergerechte Formulierung und für die Verwendung von "wir". Zudem sehe die Bewertungsmatrix eine Gesamtnote und nicht den Durchschnitt von fünf Einzelnoten für jeden Brief vor. Hierdurch potenzierten sich einzelne wiederholende Fehler. Letztendlich könne dies alles aber dahinstehen, da Konzept 4 bereits der erforderliche Auftragsbezug fehle. Die Anforderungen gemäß Konzept 4 stünden entgegen § 127 Abs. 3 GWB mit dem Auftragsgegenstand nicht in Verbindung. Dieser werde in der Leistungsbeschreibung dahingehend bestimmt, dass der Auftragnehmer nur allgemeine Fragen zu den Leistungen sowie zu Aufbau und Zuständigkeit des Ministeriums eigenständig zu beantworten habe, während Anfragen zu spezielleren Themen in Abstimmung mit dem Ministerium und unter Verwendung abgestimmter Textbausteine und Sprachregelungen beantwortet würden. Gerade die als Anlage ASt 9 und 10 vorgelegten Antwortschreiben der Beigeladenen zeigten eine solche schablonenhafte Bewertung von

Anfragen unter Verwendung von Textbausteinen. Insoweit habe es die Antragsgegnerin im Übrigen auch versäumt, die im weiteren Sinne Vorbefassung der Beigeladenen als Bestandsbieterin zu kompensieren, etwa durch die Zurverfügungstellung von Kommunikationsrichtlinien oder Musterantworten.

- 19 Die Antragstellerin beantragt,
- 20 1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes VK 2-131/21 vom 21. Januar 2022 aufzuheben;
- 21 2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Angebotsbewertung zurückzusetzen und ihr Angebot 30. September 2021 in die Wertung einzubeziehen;
- 22 3. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären;
- 23 4. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten ihrer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen;
- 24 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,
- 25 1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;
- 26 2. der Antragstellerin die Kosten aufzuerlegen.
- 27 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer. Sie tragen vor, die ausgeschriebene Leistungsbeschreibung auf die professionelle und qualitativ hochwertige Beantwortung von Bürgeranfragen, was eine große Flexibilität bei hohem Servicelevel und hoher Qualität erfordere. Dementsprechend seien in der Leistungsbeschreibung vom künftigen Auftragnehmer Berater mit hoher Kompetenz in Gesprächsführung und breitem Wissen zu politischen-, bildungs- und forschungsfachlichen Themen gefordert. Der Überprüfung und Gewährleistung dieser Anforderungen dienten die Konzepte 4 und 5 einschließlich der Mindestanforderung von 2 Punkten. Angebote die diese Anforderung nicht erfüllten, entsprächen nicht den Vorgaben des öffentlicher Auftraggebers und seien daher nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen. Die geforderte Qualität der schriftlichen Ausdrucksfähigkeit sei ein nach § 31 Abs. 3 VgV zulässiges Merkmal des Auftragsgegenstandes. Dabei sei die gewählte 2-Punkte-Schwelle auch verhältnismäßig. Mangelhafte Leistungen in einem Unterkriterium könnten durch bessere Leistungen in einem anderen Unterkriterium kompensiert werden, auf der Ebene der Konzepte müsse jedoch eine zumindest ausreichende Umsetzung gewährleistet sein, anderes sei in der Außenkommunikation eines Bundesministeriums nicht tolerabel und für diese untauglich. Dabei rechtfertigten auch geringfügige Abweichungen von den Vorgaben einen Ausschluss und zwar auch bei Kriterien mit subjektiver Prägung. Wer ein Angebot an der unteren Schwelle einreiche, risikiere den Ausschluss. Die Bewertung selbst genüge den Anforderungen, mit ihrer Kritik an den Begriffen bürgernah und adressatengerecht sei die Antragstellerin präkludiert. Gleiches gelte für die angebliche zu hohe Komplexität der Musteranfragen.
- 28 Der Senat hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung die Sach- und Rechtslage mit den Verfahrensbeteiligten erörtert. Die Bestimmtheit der Begrifflichkeiten bürgernah und adressatengerecht sei nicht Gegenstand der Beschwerde. Hingegen beanstandete die Antragstellerin weiterhin das Fehlen eines Auftragsbezugs, weil nur einfache Fragen eigen-

ständig und unter Verwendung von Textbausteinen zu beantworten seien. Dies erachtete der Senat für die zentrale Problematik des Falles. Hingegen sei die Konsequenz einer Nichterreichung der Mindestpunktzahl eindeutig formuliert. Derartige Mindestanforderungen an das Zuschlagskriterium Qualität seien auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zulässig und zwar allgemein, nicht nur im Bereich technischer Vorgaben. Eine Mindestanforderung von 2 Punkten bei einer Höchstpunktzahl von 5 Punkten begründe auch keine Missbrauchsgefahr, dies entspreche der Schulnote ausreichend. Auch die Wertung selbst begegne keinen Bedenken.

- 29 Der Senat hat zur Frage des erforderlichen Auftragsbezugs den Sachverhalt ergänzend aufgeklärt und die Antragsgegnerin zu den Aufgaben des Auftragnehmers in Bezug auf die Erstellung der Antwortschreiben befragt. Die Antragsgegnerin hat erklärt, es gebe Textbausteine und Sprachregelungen, um eine stets einheitliche Beantwortung zu gewährleisten. Der Dienstleister müsse die richtigen Textbausteine ziehen und sinnvoll und logisch verknüpfen, was ihr Verstehen voraussetze. Die beiden Schreiben an die Ministerin betreffenden Antwortschreiben fielen in die Kategorie der Entwurfserstellung, die übrigen drei Schreiben beträfen einfache und selbständig zu beantwortende Fragen.
- 30 Die Antragstellerin und die Beigeladene haben beide nachterminlich schriftsätzlich Stellung genommen und insoweit ihre Auffassungen bekräftigt. Die Beigeladene hat ergänzend vorgetragen, dass nicht in jedem Fall auf Textbausteine zurückgegriffen werden könne.

## II.

- 31 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist zulässig und begründet, wobei allerdings die vorrangig begehrte Rückversetzung in den Stand vor Angebotswertung ausscheidet. Das streitgegenständliche Vergabeverfahren ist bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor der Absendung der Bekanntmachung zurückzusetzen.
- 32 1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwerde der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ihren Nachprüfungsantrag teils verworfen und teils zurückgewiesen hat.
- 33 2. Die Beschwerde der Antragstellerin hat auch in der Sache Erfolg. Ihr Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet. Die Ausgestaltung des qualitativen
- 34 (Unter-) Kriteriums K 4 (Qualität des Konzeptes "Bürgeranfragen Service-Hotline") verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten, § 97 Abs. 6 GWB. Der gemäß § 127 Abs. 3 GWB erforderliche Auftragsbezug ist nicht gegeben.
- 35 a) Die Antragstellerin ist mit ihrer diesbezüglichen Rüge, die sie mit Anwaltsschreiben vom 6. Dezember 2021 an die Antragsgegnerin adressiert hat, nicht präkludiert. Einer Rüge bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe bedurfte es nicht.
- 36 aa) Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB müssen Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Die Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften ist objektiv zu bestimmen. Eine die Rügeobliegenheit auslösende Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevor-

schriften ist - immer bezogen auf den konkreten Einzelfall - zu bejahen, wenn der Verstoß von einem durchschnittlich fachkundigen Bieter des angesprochenen Bieterkreises bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen erkannt werden kann (Senatsbeschlüsse vom 3. April 2019, VII-Verg 49/18, juris, Rn. 183; vom 26. Juli 2018, VII-Verg 23/18; vom 28. März 2018, VII-Verg 54/17, juris, Rn. 17 und vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn. 37). Dabei muss sich die Erkennbarkeit sowohl auf die den Verstoß begründenden Tatsachen als auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (vgl. Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 160 Rn. 49).

- 37 Im Hinblick auf Vergabeunterlagen wird damit als Voraussetzung einer Rügepräklusion gefordert, dass der Inhalt der Unterlagen bei laienhafter rechtlicher Bewertung, also ohne Bemühung besonderen Rechtsrats, auf einen Vergaberechtsverstoß hindeutet. Das setzt regelmäßig voraus, dass die Rechtsvorschriften, gegen die verstoßen wird, zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der beteiligten Bieterkreise gehören (Senatsbeschlüsse vom 26. Juli 2018, VII-Verg 23/18 und vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn. 37; OLG München, Beschluss vom 22. Oktober 2015, Verg 5/15, juris, Rn. 43). Eine Rügepräklusion kommt in der Regel nur für auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepraxis beruhende und ins Auge fallende auftragsbezogene Rechtsverstöße in Betracht (vgl. Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 160 Rn. 49). Der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots beziehungsweise seiner Bewerbung auffallen muss (Senatsbeschluss vom 3. Aug. 2011, Verg 16/11, ZfBR 20212, 72, 74). Einer exakten rechtlichen Einordnung des Vergaberechtsverstoßes durch den Bieter bedarf es jedoch nicht (OLG Schleswig, Beschluss vom 22. Januar 2019, 54 Verg 3/18, BeckRS 2019, 590 Rn. 48).
- 38 bb) Eine solche Erkennbarkeit war vorliegend hinsichtlich des von der Antragstellerin in Zweifel gezogenen Auftragsbezugs nicht gegeben. Ein Fall offensichtlich fehlenden Bezugs lag gerade nicht vor. Die im Rahmen von Konzept 4 zu erstellenden Musterantworten stehen durchaus insoweit in Beziehung zum Auftragsgegenstand, als jedenfalls ähnliche Schreiben im Rahmen der Auftragsdurchführung zu erstellen sind. Das Erkennen eines Fehlens des Auftragsbezugs erforderte daher nicht nur einen genauen Abgleich der im Rahmen von Konzept 4 geforderten Antwortschreiben mit den nach der Leistungsbeschreibung vom Auftragnehmer geschuldeten, sondern vor allem auch das Wissen, dass ein Zuschlagskriterium nicht über die Grenze des Angebotsinhalts hinausgehen darf. Letzteres jedenfalls kann von einem durchschnittlich erfahrenen Bieter nicht gefordert werden. Dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer wertenden Teststellung nicht mehr verlangen darf, als später vertraglich geschuldet, muss ein durchschnittlich erfahrener Bieter ohne vertiefte spezifische Rechtskenntnisse nicht erkennen.
- 39 b) Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Dem qualitativen (Unter-)Kriterium K 4 fehlt der gemäß § 127 Abs. 3 GWB erforderliche Auftragsbezug, weshalb ein auf die Nichterfüllung der insoweit von der Antragsgegnerin festgelegten Mindestanforderung von 2 Punkten gestützter Ausschluss des Angebots der Antragstellerin diese in ihren Rechten verletzt, § 97 Abs. 6 GWB.
- 40 aa) Allerdings begegnet die Festlegung einer Mindestanforderung von 2 Punkten bei der Bewertung von K 1 bis K 5, deren Nichterreicherung zum Ausschluss des Angebots in der Wertungsstufe führt, als solche keinen vergaberechtlichen Bedenken. Es steht dem öffentlichen Auftraggeber frei, ein Ausschlusskriterium nur für den Fall zu formulieren, dass von den Bietern eine bestimmte Mindestpunktzahl nicht erreicht wird, wie vorlie-

gend im Rahmen qualitativ zu bewertende Arbeitsproben in den Kategorien K 4 und K 5 (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 13/19, NZBau 2020, 670 Rn. 50).

- 41 Der öffentliche Auftraggeber ist bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen im rechtlichen Ansatz ungebunden und weitestgehend frei (Senatsbeschluss vom 13. April 2016, VII-Verg 47/15, NZBau 2016, 656 Rn. 18 - VoIP-Telefone). Nach § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB kann er auch qualitative Aspekte berücksichtigen. Dabei ist es dem öffentlichen Auftraggeber gestattet im Rahmen eines solchen Verfahrens Mindestanforderungen hinsichtlich der Bewertung festzulegen (EuGH, Urteil vom 20. September 2018, C-546/16, NZBau 2018, 685 Rn. 27 - Montte). In Erwägungsgrund 90 zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU wird explizit darauf hingewiesen, dass es öffentlichen Auftraggebern freisteht, angemessene Qualitätsstandards in Form von technischen Spezifikationen oder von Bedingungen für die Auftragsausführung festzulegen, während die Richtlinie ihrem 92. Erwägungsgrund zufolge darauf abzielt, öffentliche Auftraggeber zur Wahl von Zuschlagskriterien zu ermutigen, mit denen sie qualitativ hochwertige Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen erhalten können, die ihren Bedürfnissen optimal entsprechen (EuGH, Urteil vom 20. September 2018, C-546/16, NZBau 2018, 685 Rn. 29 - Montte).
- 42 Der öffentliche Auftraggeber kann folglich eine seinen Bedürfnissen entsprechende Qualität bestimmen, die die abgegebenen Angebote gewährleisten müssen, und eine Untergrenze festlegen, die diese einhalten müssen. Insoweit steht Art. 67 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU, dessen Umsetzung § 127 Abs. 1 GWB dient und in dessen Lichte er auszulegen ist, nicht der Möglichkeit entgegen, in der Phase der Zuschlagserteilung in einem ersten Schritt Angebote auszuschließen, die bei der Bewertung eine vorab festgelegte Mindestpunktzahl nicht erreichen, weil ein Angebot, das eine solche Mindestpunktzahl nicht erreicht, grundsätzlich nicht den Bedürfnissen des öffentlichen Auftraggebers entspricht und bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht berücksichtigt zu werden braucht. Der öffentliche Auftraggeber muss in einem solchen Fall daher nicht bestimmen, ob der Preis eines solchen Angebots unter den Preisen der nicht ausgeschlossenen Angebote liegt, die die Mindestpunktzahl erreichen und daher seinen Bedürfnissen entsprechen (EuGH, Urteil vom 20. September 2018, C-546/16, NZBau 2018, 685 Rn. 32 - Montte).
- 43 Insoweit ist der öffentliche Auftraggeber nicht auf die Festlegung "harter" Ausschlusskriterien wie technischer Mindestanforderungen beschränkt. Nach Art. 67 Abs. 2 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU kann die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots auch auf der Grundlage von Kriterien wie der Qualität, einschließlich des technischen Wertes, erfolgen (EuGH, Urteil vom 20. September 2018, C-546/16, NZBau 2018, 685 Rn. 30 - Montte). Der technische Wert ist folglich nur ein mögliches qualitatives Ausschlusskriterium, was schon aus der Verwendung von "einschließlich" vor "technischen Wert" folgt, durch das ein Bereich erweitert werden kann, aber nie verengt wird. Daneben wird in Art. 67 Abs. 2 Unterabs. 1 lit. a der Vergaberichtlinie 2014/24/EU beispielsweise auch die Ästhetik und in lit. b die Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals genannt, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Damit hat der Normgeber ausdrücklich Kriterien zugelassen, deren Bewertung zwangsläufig subjektiv geprägt ist, weshalb der öffentliche Auftraggeber auch solche, von der Antragstellerin als "weiche" bezeichnete Ausschlusskriterien festlegen kann.

- 44 Gerade die zu erwartende Qualität bei der Bearbeitung der Anfragen, deren Ermittlung Konzept 4 nach der Intension der Antragsgegnerin dient, gehört folglich zu den tauglichen Kriterien für die Festlegung eines qualitativen Mindeststandards. Die Kriterien müssen lediglich die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten, um einen objektiven Vergleich des relativen Werts der Angebote und somit einen wirksamen Wettbewerb sicherzustellen; der öffentliche Auftraggeber darf sich keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen (EuGH, Urteil vom 20. September 2018, C-546/16, NZBau 2018, 685 Rn. 31 - Montte).
- 45 Diesen Anforderungen genügt aber auch eine qualitative Bewertung, wenn sie den für eine solche geltenden Anforderungen entspricht. Der öffentliche Auftraggeber hat die Bewertung selbst vorzunehmen; die Wertungsentscheidung ist nicht delegierbar, die an ihr beteiligten Personen müssen Vertreter des öffentlichen Auftraggebers sein (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 6/19, NZBau 2020, 318 Rn. 44). Diese haben zu prüfen, inwieweit die Angebote die in der Bewertungsmatrix aufgestellte Anforderung erfüllen (Senat, a. a. O. Rn. 48). Die Bewertung muss in sich und in Relation zu den übrigen Angeboten nachvollziehbar sein. Es muss klar sein, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Bewertung eingegangen sind. Der Auftraggeber ist daher verpflichtet, die Gründe für seine Auswahlentscheidung eingehend zu dokumentieren (§ 8 Abs. 1 Satz 2 VgV). Die Bewertungsentscheidungen sind daraufhin überprüfbar, ob die jeweilige Bewertung im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17, NZBau 2017, 366 Rn. 53 - Postdienstleistungen). Es muss nachvollziehbar sein, weshalb ein Mitbewerber besser bewertet wurde (OLG Düsseldorf, 2. Kartellsenat, Beschluss vom 13. Juni 2018, 2 U 7/16, BeckRS 2018, 15885 Rn. 104); die Wertungen müssen im Quervergleich mit den besser bewerteten Angeboten stimmig sein (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 6/19, NZBau 2020, 318 Rn. 54), insbesondere demjenigen des Zuschlagsprätendenten (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17, NZBau 2017, 366 Rn. 53 - Postdienstleistungen). Genügt die Bewertung diesen Anforderungen, sind Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung gewährleistet, eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit ist nicht gegeben.
- 46 bb) Die Antragsgegnerin hat das Erreichen einer Punktzahl von mindestens 2 Punkten auch eindeutig, unmissverständlich und unübersehbar als Ausschlusskriterium für jedes der fünf qualitativen Kriterien aufgestellt.
- 47 (1) Vergabeunterlagen müssen klar und verständlich sein, aus ihnen muss für die Bieter eindeutig und unmissverständlich hervorgehen, was von ihnen verlangt wird (BGH, Urteil vom 15. Januar 2013, X ZR 155/10, NZBau 2013, 319 Rn. 7 - Parkhaus; BGH, Urteil vom 3. April 2012, X ZR 130/10, NZBau 2012, 513 Rn. 9 - Straßenausbau). Für die Leistungsbeschreibung ergibt sich dies ausdrücklich aus §§ 121 Abs. 1 Satz 1 GWB, 31 Abs. 1 VgV, wonach der Leistungsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben ist, so dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können (Senatsbeschluss vom 13. Dezember 2017, VII-Verg 19/17, NZBau 2018, 242 Rn. 37 - LKW-Mautsystem III). Infolge der übergeordneten Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung aus § 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB, die durch §§ 121 Abs. 1 Satz 1 GWB, 31 Abs. 1 VgV für einen Teilbereich nur näher ausgeformt werden, gelten die für die Leistungsbeschreibung formulierten Anforderungen für andere Teile der Vergabe-

unterlagen entsprechend (Senatsbeschluss vom 28. März 2018, VII-Verg 52/17, NZBau 2018, 563 Rn. 31).

- 48 Die Frage, welcher Erklärungswert den maßgeblichen Teilen der Vergabeunterlagen zukommt, ist nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13, NZBau 2014, 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18. Juli 2017, 11 Verg 7/17, BeckRS 2017, 121590 Rn. 59). Dabei ist im Rahmen einer normativen Auslegung auf den objektiven Empfängerhorizont der potenziellen Bieter bzw. Bewerber, also einen abstrakten Adressatenkreis, abzustellen (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13, NZBau 2014, 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera). Es kommt nicht darauf an, wie die Antragstellerin als einzelne Bewerberin die Unterlagen verstanden hat, sondern wie der durchschnittliche Bewerber des angesprochenen Bewerberkreises sie verstehen musste oder konnte. Entscheidend ist die Verständnismöglichkeit aus der Perspektive eines verständigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Unternehmens, das über das für eine Angebotsabgabe oder die Abgabe eines Teilnahmeantrags erforderliche Fachwissen verfügt (Senat, NZBau 2016, 235 Rn. 40 - BSI, sowie Senatsbeschluss vom 5 November 2014, VII-Verg 21/14, BeckRS 2015, 11625; Lampert in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 121 Rn. 77).
- 49 (2) Bei Anwendung dieser Grundsätze konnte den Bewerbungsbedingungen ein Ausschluss des Angebots bei Nichterreichen von mindestens zwei Punkten in einem der fünf qualitativen Kriterien K 1 bis K 5 und damit bei Nichterreichen von mindestens zwei Punkten bei Beantwortung der Bieterfragen bei 4 eindeutig und unmissverständlich entnommen werden.
- 50 Die Aussage "Angebote, die bei einem Konzept (Qualitätskriterien K1 bis K5) weniger als 2 Punkte erhalten, kommen für den Zuschlag nicht in Betracht" ist eindeutig. Ein durchschnittlich verständiger Bieter entnimmt ihr, dass ein Angebot, das in einem der fünf Qualitätskriterien weniger als zwei Punkte erzielt, bei der Zuschlagserteilung nicht weiter berücksichtigt, sondern bereits im ersten Schritt ausgeschlossen wird. Ein dahingehendes Verständnis, ein derartiges Angebot habe lediglich wenig Aussichten auf Erfolg, ist mit der Formulierung, dass diese Angebote für einen Zuschlag "nicht in Betracht" kommen nicht zu vereinbaren. Was nicht in Betracht kommt, kommt nicht zum Zuschlag. Dieses Verständnis wird durch die Überschrift "Mindestanforderung" noch verstärkt. Eine Mindestanforderung bezeichnet das Minimum, um überhaupt ausgewählt werden zu können. Was die Mindestanforderung nicht erfüllt, kann nicht bezuschlagt werden.
- 51 Die Formulierung als Ausschlusskriterium erfährt auch nicht dadurch eine Relativierung, dass in Ziffer 7.1 der Bewerbungsbedingungen ebenfalls Ausschlusskriterien geregelt sind. Die mit "Prüfung in formeller Hinsicht, der Eignung und von Ausschlussgründen" überschriebene Ziffer 7.1 befasst sich mit formalen Anforderungen wie Vollständigkeit der Unterlagen und Prüfung der Referenzen sowie der Ausschlussgründe der §§ 123, 124 GWB, also mit Ausschlussgründen, die vor Eintritt in die Wertung zu prüfen sind. Auf Ziffer 7.1 folgt mit Ziffer 7.2, Prüfung ungewöhnlich niedriger Preise und Kosten, als weiterer möglicher Ausschlussgrund der nach § 60 Abs. 3 VgV, aber nur für Fall, dass sich - wie dort beschrieben - ein ungewöhnlich niedriger Preis nicht zufriedenstellend aufklären lässt. Vor diesem Hintergrund sieht der durchschnittlich verständige Bieter Ziffer 7.1 nicht nur nicht als abschließend in Bezug auf Ausschlussgründe an, sondern erwartet auf der Wertungsstufe angesiedelte Ausschlusskriterien, wie eine Mindestpunktzahl in Bezug

auf die Qualität, gerade in der auf die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots bezogenen Ziffer 7.3. und dort insbesondere in der die qualitative Bewertung regelnden Ziffer 7.3.1. Dort ist das Ausschlusskriterium einer Mindestpunktzahl von zwei Punkten der qualitativen Bewertung nachfolgend folgerichtig im letzten Absatz geregelt und durch Fettdruck unübersehbar hervorgehoben.

- 52 cc) Die Festlegung einer Mindestpunktzahl von zwei Punkten ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Im Rahmen einer Bewertungsskala von 0 bis 5 Punkten ist die Festlegung eines Mindestwerts von 2 Punkten sachlich gerechtfertigt, eine Missbrauchsgefahr wird hierdurch nicht begründet.
- 53 Die die Berücksichtigung qualitativer Aspekte bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots gestattenden Vorschriften §§ 127 Abs. 1 Satz 3 GWB und § 58 Abs. 2 Satz 2 GWB sind im Lichte des Art. 67 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU auszulegen, dessen Umsetzung sie dienen. Art. 67 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU, der an die Stelle der Vorgängervorschrift Art. 53 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2004/18 getreten ist, legt fest, dass das "wirtschaftlich günstigste Angebot" "aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers" zu bestimmen ist und räumt somit dem öffentlichen Auftraggeber einen größeren Ermessensspielraum ein (EuGH, Urteil vom 26. März 2015, C-601/13, EuWZ 2015, 433 Rn. 28 - Ambisig). Dabei darf der öffentliche Auftraggeber im Interesse für ihn bestmöglicher Bedarfsdeckung qualitative Gesichtspunkte der Leistungserbringung hervorheben, solange den qualitativen Wertungskriterien nicht einzeln oder in ihrer Gesamtheit ein Gewicht zugemessen wird, das sachlich nicht zu rechtfertigen ist und deshalb die Annahme nahelegt, dass die Kriterien so ausgestaltet wurden, dass nur ein oder einzelne Unternehmen realistische Aussichten auf den Zuschlag haben, während andere Anbieter trotz Vergabe im offenen Verfahren (§ 119 Abs. 3 GWB) und objektiv gegebener Eignung (§ 122 GWB) von vornherein chancenlos wären (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17, NZBau 2017, 366 Rn. 37, 38 - Postdienstleistungen).
- 54 Die Festlegung einer Mindestpunktzahl von zwei Punkten hält sich in diesem Ermessensspielraum. Die Bewertungsmatrix der Antragsgegnerin sieht die Vergabe von 0 bis 5 Punkten vor, also eine an den Schulnoten orientierte Bewertung vor, bei der 0 Punkte der Note 6, ungenügend, und 5 Punkte der Note 1, sehr gut, entspricht. Ein derartiges am Notensystem orientiertes Wertungssystem begegnet als solches keinen vergaberechtlichen Bedenken (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17, NZBau 2017, 366 Rn. 39 - Postdienstleistungen; Senatsbeschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16, NZBau 2017, 296 Rn. 26).
- 55 In diesem Wertungssystem entspricht folglich die von der Antragsgegnerin festgelegte Mindestpunktzahl von zwei Punkten der Note ausreichend. Die Note ausreichend ist im Notensystem die schlechteste Note, mit der die Leistungsprüfung bestanden ist. Leistungen, die nicht zumindest mit glatt ausreichend bewertet worden sind, stellen jedenfalls in der Sekundarstufe II zum Bestehen nicht hinreichende Minderleistungen dar. Die Festlegung einer Mindestpunktzahl von 2 Punkten ist von daher folgerichtig.
- 56 Die Antragsgegnerin ist auch ansonsten nicht gehindert, Leistungen, die den Anforderungen nur mit erheblichen Einschränkungen entsprechen, für die ihre Bewertungsmatrix 1 Punkt vorsieht, als zur Erfüllung ihrer Qualitätserwartungen nicht hinreichend zu betrachten und auf einer die Anforderungen mit Einschränkungen entsprechenden Leistung, für die ihre Bewertungsmatrix den festgelegten Mindestwert von 2 Punkten vorsieht, zu bestehen. Hierdurch erhält das einzelne Wertungskriterium kein sachlich nicht gerechtfertig-

tiges Gewicht. Die Festlegung der Mindestanforderung ist sachlich gerechtfertigt. Gerade in Bezug auf die Außenkommunikation einer obersten Bundesbehörde bestehen Verkehrserwartungen, denen eine den Anforderungen nur mit erheblichen Einschränkungen entsprechende Beantwortung von Bürgerfragen nicht gerecht würde.

- 57 dd) Gleichwohl kann der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht auf das Nichterreichen der Mindestpunktzahl bei 4 gestützt werden. Das Zuschlagkriterium 4 ist in seiner konkreten Ausgestaltung vergaberechtswidrig; der gemäß § 127 Abs. 3 GWB erforderliche Auftragsbezug ist nicht gegeben.
- 58 (1) Nach § 127 Abs. 3 GWB müssen die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, was voraussetzt, dass sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.
- 59 Die Festlegung der Zuschlagskriterien hängt folglich vom Auftragsgegenstand ab (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012, C-368/10, NZBau 2012, 445 Rn. 91 - Havelaar). Die Zuschlagskriterien müssen es ermöglichen, das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebots im Verhältnis zu dem in den Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012, C-368/10, NZBau 2012, 445 Rn. 91 - Havelaar). Qualitätskriterien müssen sich demnach auf die ausgeschriebene Leistung beziehen (Senatsbeschluss vom 19. November 2014, EuZW 2015, 157 Rn. 15); sie müssen auf den Inhalt des Angebots bezogen sein (Wiedemann in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, *GWB-Vergaberecht*, 5. Aufl. 2020, § 127 GWB Rn. 59).
- 60 Zwar ist diese Auftragsbezogenheit weit zu verstehen. So ist es nicht erforderlich, dass sich ein Zuschlagskriterium auf eine echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses bezieht, weshalb es einem öffentlichen Auftraggeber beispielsweise im Rahmen der Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom nicht verwehrt ist, ein Kriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012, C-368/10, NZBau 2012, 445 Rn. 91 - Havelaar). Auch kann er beispielsweise im Rahmen eines öffentlichen Auftrags über die Erbringung von städtischen Busverkehrsdienstleistungen Umweltschutzkriterien wie die Höhe der Stickoxidemissionen oder den Lärmpegel der Busse berücksichtigen (EuGH, Urteil vom 17. September 2002, C-513/99, EuZW 2002, 628 Rn. 69 - Concordia Bus Finland).
- 61 Es ist aber stets der von § 127 Abs. 3 Satz 1 GWB geforderte Auftragsbezug zu wahren (Opitz in Burgi/Dreher, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 4. Aufl. 2022, GWB § 127 Rn. 76). Der Gegenstand des Auftrags bildet daher die äußere Grenze für die Wahl und die Heranziehung der Kriterien für die wirtschaftliche Bewertung der Angebote (Opitz in Burgi/Dreher, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 4. Aufl. 2022, GWB § 127 Rn. 97). Über die Grenzen des Inhalts eines an dem eindeutig bestimmten und bekanntgemachten Gegenstand des Auftrags orientierten Angebots darf ein Zuschlagskriterium nicht hinausgehen (Wiedemann in Röwekamp/ Kus/Portz/Prieß, *GWB-Vergaberecht*, 5. Aufl. 2020, § 127 GWB Rn. 59, 61 unter Verweis auf die englische Fassung des Art. 67 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU "linked to the subject-matter of the public contract"). Auch soweit der Auftragnehmer nicht zu einem bestimmten Leistungserfolg verpflichtet werden soll, sondern nur zu einer Tätigkeit in bestimmter Qualität, darf der öffentliche Auf-

traggeber daher keine Konzepte verlangen und bewerten, die auf vom konkreten Auftrag losgelöste "Fähigkeiten" des Unternehmens zielen (Opitz in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 127 Rn. 76). Vom Bieter darf folglich nicht anderes und auch nicht mehr verlangt werden, als das, was er später im Rahmen des Auftrags zu erbringen hätte.

- 62 (2) Diesen Anforderungen wird das qualitative (Unter-)Kriterium K4, bei dem u.a. die inhaltliche und sprachliche Richtigkeit der Antwortschreiben bewertet werden soll, nicht gerecht. Die Bieter sollten alle fünf Bürgerfragen völlig eigenständig ohne Hilfestellung durch das C. beantworten, obwohl dies nach der Leistungsbeschreibung so nicht geschuldet ist.
- 63 Nach Abschnitt A.2. der Leistungsbeschreibung (dort Seite 7) beantwortet der Auftragnehmer nur den Teil der eingehenden Anfragen völlig eigenständig, bei denen es sich um allgemeine Fragen zum C. handelt, wie z.B. zur Leitung, zum Aufbau des Ministeriums und zu den Zuständigkeiten. Alle anderen Anfragen werden - soweit vorhanden - mit abgestimmten Textbausteinen bzw. Sprachregelungen beantwortet oder, sollten solche nicht vorliegen, zwingend und umgehend an das entsprechende Fachreferat im C. übermittelt, so dass eine Beantwortung von dort erfolgen bzw. in die Wege geleitet werden kann (Abschnitt B der Leistungsbeschreibung, S. 11, 15). Der Auftragnehmer hatte neben allgemeinen Fragen zum C. zwar auch Anfragen zu spezielleren Themen zu beantworten, dies aber mit abgestimmten Textbausteinen beziehungsweise Sprachregelungen. Seine Aufgabe beschränkt sich folglich in der Regel darauf, von den zur Gewährleistung einer einheitlichen Beantwortung geschaffenen, bereits existierenden Textbausteinen und Sprachregelungen die richtigen zu ziehen und sinnvoll und logisch zu verknüpfen, wie die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage eingeräumt hat.
- 64 Die von der Antragstellerin in Ermangelung dieser Textbausteine demgegenüber geforderte vollkommen freie Beantwortung der Bürgeranfragen geht klar über eine solche Leistung hinaus, da es sich bei den gewählten Themen der Bürgeranfragen (Informationen über die deutsche Forschungs- und Wissenschaftslandschaft, Finanzierungsmöglichkeiten eines Studiums, Ausbildungsmöglichkeiten nach der 10. Klassen, Kritik an schleppender Digitalisierung an deutschen Schulen und die Wiedergutmachung von Schäden durch coronabedingte Schulschließungen) gerade nicht um allgemeine Fragen zum C. handelt. Die freie Formulierung solcher Bieteranfragen erfordert ein nicht unerhebliches Maß an sachlicher Auseinandersetzung mit dem Thema und stilistischer Kreativität bei der Abfassung. In den Textbausteinen sind hingegen bereits die gewünschten Formulierungen enthalten, die lediglich in dem vorgegebenen Stil miteinander verbunden werden müssen. Auch dürften einige der von der Antragstellerin selbst zu recherchierenden Information bereits in Textbausteinen erhalten sein. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass nicht in jedem Fall auf Textbausteine zurückgegriffen werden kann. So ist der Auftragnehmer etwa nach Abschnitt B 1.04 der Leistungsbeschreibung auf gesonderte Anforderung auch zur Erstellung eines Antwortentwurfs bei komplexem fachlichem Inhalt verpflichtet. Abgesehen davon, dass dies in Bezug auf Musteranfragen gerade nicht geltend gemacht worden ist, erleichtern Textblöcke und Sprachregelungen die Arbeit aber auch dann, wenn sie den konkreten Sachverhalt nicht erfassen, da ihnen über die konkrete Thematik hinaus, Erwartungen der Auftraggeberin zu Stil und Aufbau entnommen werden können. Entsprechendes gilt auch für die vom Auftragneh-

mer nach Abschnitt B 4. geschuldete Kontrolle und Fortentwicklung der Textbausteine, die als solche auch gar nicht Gegenstand der Teststellung war.

- 65 ee) Soweit die Antragstellerin das Fehlen einer Kompensation der Vorteile der Beigeladenen aufgrund ihrer Tätigkeit als Bestandsbieterin bemängelt, ist zwar ein Verstoß gegen § 7 VgV schon deswegen nicht gegeben, weil die Beigeladene die Durchführung der Ausschreibung nicht als sogenannte Projektantin (vgl. hierzu Dreher/Hoffmann in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, VgV § 6 Rn. 55) vorbereitet oder die Antragsgegnerin diesbezüglich beraten hat.
- 66 Die Vorenthaltung der der Beigeladenen aufgrund dieser Tätigkeit zur Verfügung stehenden Textbausteine gegenüber der Antragstellerin stellt sich jedoch im Hinblick auf den in § 97 Abs. 2 GWB normierten Grundsatz, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet, zumindest als problematisch dar.
- 67 Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll, gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen (EuGH, Urteil vom 24. Mai 2016, C-396/14, NZBau 2016, 506 Rn. 38 - MT Højgaard).
- 68 Zwar ist der öffentliche Auftraggeber auch im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot nicht berechtigt und schon gar nicht verpflichtet, Wettbewerbsvorteile, die ein Unternehmen als bisheriger Auftragnehmer des Auftraggebers gewonnen hat, auszugleichen (OLG Koblenz, Beschluss vom 5. September 2002, 1 Verg 2/02, NZBau 2002, 699, 704; OLG Schleswig, Beschluss vom 13. Juni 2019; 54 Verg 2/19, NZBau 2019, 806 Rn. 169; Opitz in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 124 Rn. 87; Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, GWB § 97 Rn. 82). Dieser Wissensvorsprung ist systemimmanent und vermag eine abweichende Behandlung nicht rechtfertigen (vgl. EuGH, Urteil vom 25. Januar 2001, C-172/99, NZBau 2001, 221 Rn. 24 - Liikenne).
- 69 Vorliegend erschöpft sich der Vorsprung der Beigeladenen aber nicht in ihrem im Rahmen der Auftragsdurchführung erlangtem Wissen, sondern die Antragsgegnerin hat ihr mit den Textbausteinen und Sprachregelungen konkrete Werkzeuge zur Verfügung gestellt, die es ihr ermöglicht haben, ihr Angebot im Rahmen der Teststellung Konzept 4 direkt an den in den Textbausteinen und Sprachregelungen verkörperten Erwartungen der Antragsgegnerin auszurichten. Insoweit war ihr Angebot in einem Ausmaß nicht den gleichen Bedingungen wie das der Antragstellerin unterworfen, welches über den als systemimmanent hinzunehmenden Wissensvorsprung eines Bestandsbieters deutlich hinausging.
- 70 Ob damit der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt ist, kann jedoch hier offenbleiben, weil die Antragsgegnerin nach dem vorstehend unter dd) Ausgeführten ohnehin allen Bietern die Textbausteine oder Sprachregelungen zur Verfügung stellen muss, wenn sie an dem Zuschlagskriterium Konzept 4 festhalten will.
- 71 c) Wegen des Verstoßes des Zuschlagskriteriums Konzept 4 gegen das in § 127 Abs. 3 GWB normierte Erfordernis des Auftragsbezugs ist das streitgegenständliche Vergabe-

verfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor der Absendung der Bekanntmachung zurückzusetzen. Die von der Antragstellerin beantragte Rückversetzung in den Stand vor Angebotswertung scheidet aus.

- 72 Das in § 97 Abs. 1 GWB normierte Transparenzgebot erfordert, dass der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen alle Zuschlagskriterien und Unterkriterien, die er anzuwenden gedenkt, sowie deren Gewichtung angibt. Die Wertung darf nur anhand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und Unterkriterien erfolgen (Senatsbeschluss vom 27. März 2013, VII-Verg 53/12, BeckRS 2013, 21180). Das bedeutet, dass sich der öffentliche Auftraggeber während des gesamten Verfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten muss, weshalb die Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens erst recht nicht geändert werden dürfen (EuGH, Urteil vom 4. Dezember 2003, C-448/01, NZBau 2004, 105 Rnrn. 92, 93 - Wienstrom). Somit kann im Fall der Nichtigerklärung einer Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums durch die Nachprüfungsinstanz der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen, da dies auf eine Änderung der in dem fraglichen Verfahren anwendbaren Kriterien hinausläufe. Erweist sich seine Entscheidung bezüglich eines der von ihm festgelegten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren als rechtswidrig, ist er vielmehr verpflichtet, die Ausschreibung zu widerrufen (EuGH, Urteil vom 4. Dezember 2003, C-448/01, NZBau 2004, 105 Rnrn. 94, 95 - Wienstrom). Das Verfahren ist daher bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor der Absendung der Bekanntmachung zurückzusetzen (Opitz in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 127 Rn. 164).
- 73 Dass die Antragstellerin eine Rückversetzung vor die Absendung der Bekanntmachung nicht beantragt hat, hindert eine diesbezügliche Entscheidung nicht. Der Senat ist in entsprechender Anwendung von § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Dem steht die fehlende Verweisung in § 178 GWB auf § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB nicht entgegen. Dem Beschwerdegericht stehen, wenn es in der Sache selbst entscheidet, die gleichen Befugnisse wie der Vergabekammer zu Gebote (BayObLG, Beschluss vom 5. November 2002, Verg 22/02, NZBau 2003, 342, 345; Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 178 Rn. 11). Im Rahmen der erhobenen Rüge prüft der Senat umfassend die Vergaberechtsverstöße und ergreift ohne Bindung an die Anträge diejenigen Maßnahmen, welche er für geboten hält, um eine begründet geltend gemachte Rechtsverletzung des Antragstellers zu beseitigen und ein rechtskonformes Vorgehen des öffentlichen Auftraggebers bei der im Streit stehenden Beschaffung sicherzustellen (Vavra/Willner in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 178 Rn. 7).

### III.

- 74 Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3, Abs. 4, § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 Satz 1 GWB. Die Antragstellerin hat ihr Verfahrensziel vollständig erreicht, auch wenn das Ausmaß der Rückversetzung des Vergabeverfahrens über ihren Antrag hinausgeht (Senatsbeschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14, NZBau 2016, 235 Rn. 178). Insoweit ist neben der Antragsgegnerin auch die Beigeladene verpflichtet. Ein Beigeladener ist dann kostenrechtlich wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren auch nutzt, um sich mit einer sachlichen Stellungnahme und eines Antrags auf

Zurückweisung des Begehrens des Antragstellers am Verfahren zu beteiligen (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 63).

- 75 Dabei sind gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG auch die Gebühren und Auslagen der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin erstattungsfähig, da deren Hinzuziehung im Verfahren vor der Vergabekammer in Anbetracht der dort aufgetretenen Schwierigkeiten im Ergebnis notwendig war. Hierüber ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalls zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge; Senatsbeschlüsse vom 16. März 2020, VII-Verg 38/18, BeckRS 2020, 29123 Rn. 34 und vom 15. Mai 2018, VII-Verg 58/17; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 2. November 2017, 11 Verg 8/17, ZfBR 2018, 198, 199). Entscheidend ist, ob der Beteiligte unter den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen und hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen, wobei neben Gesichtspunkten wie der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, der Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen auch rein persönliche Umstände bestimmend sein können (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge). Vorliegend stellten sich schwierige Fragen zum Erfordernis der Auftragsbezogenheit von Zuschlagskriterien, deren Beantwortung von einem normalen Bieter wie der Antragstellerin nicht erwartet werden kann.
- 76 Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56); allerdings bezogen auf die gesamte Laufzeit des Vertrages, wobei die optionale Verlängerung der Vertragslaufzeit um bis zu zwei Jahre nur zur Hälfte zu berücksichtigen ist, um der Ungewissheit darüber, ob der Auftraggeber das Optionsrecht ausüben wird, Rechnung zu tragen (BGH, Beschluss vom 18. März 2014, X ZB 12/13, NZBau 2014, 452 Rn. 7, 13).