

OLG Karlsruhe (Vergabesenat), Beschluss vom 20.09.2024 – 15 Verg 9/24

Titel:

Beschwerde, Vergabekammer, Leistungsbeschreibung, Bewerber, Vergabeverfahren, Dienstleistungen, Zuschlagserteilung, Teilnahmewettbewerb, Verhandlungsverfahren, Land, Zulassung, Vergabe, Vergabeunterlagen, Bieter, sofortige Beschwerde, aufschiebende Wirkung, aufschiebenden Wirkung

Rechtsgebiet:

Privates Baurecht, Vergaberecht

Schlagworte:

Antragsbefugnis, Informationspflicht, Eignungskriterien, Bewertungskriterien, Delegationsverbot, Preisgestaltung, Dokumentationspflicht, Eignungsprüfung, Verhandlungsverfahren, Preisprüfung, Änderung der Vergabeunterlagen, Wertungsentscheidung, Dokumentationsmangel

vorgehend:

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.08.2024 - 1 VK 38/24 (Rechtskraft: unbekannt)

ECLI:

ECLI:DE:OLGKARL:2024:0920.15VERG9.24.0A

Rechtskraft:

unbekannt

Tenor:

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 13.08.2024, Az.: 1 VK 38/24, bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern, wird abgelehnt.

Gründe:

I.

1Die Antragstellerin wendet sich im Beschwerdeverfahren wie im vorausgegangenen Nachprüfungsverfahren gegen den beabsichtigten Zuschlag im Vergabeverfahren über die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit Betrieb, Bereitstellung und Weiterentwicklung einer Bezahlkarte, insbesondere für Leistungsberechtigte nach dem Asylbewerberleistungsgesetz.

2Die Antragsgegner, 14 Bundesländer, schrieben vertreten durch die D. AÖR eine Rahmenvereinbarung mit vierjähriger Laufzeit über die Erbringung von Dienstleistungen für die Bezahlkarte als Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb europaweit aus. Die Antragsgegner stellten in Ziff. 5.1.9. Eignungskriterien zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit auf, wobei zum Nachweis der Erfahrung mit einem vergleichbaren Beschaffungsgegenstand Referenzen vorzulegen waren, die mit einem näher beschriebenen Punktesystem bewertet wurden. Anhand der Kriterien wurden die Bewerber ausgewählt, die zum Verhandlungsverfahren zugelassen wurden, darunter die Antragstellerin und die Beigeladene. Nach den von den Antragsgegnern bekannt gemachten Zuschlagskriterien sollte der Preis mit 40% und die Qualität mit 60% in die Wertung einfließen, wobei Bewertungskriterien der Qualität das Umsetzungskonzept mit 70% und das Servicekonzept mit 30% waren.

3Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe wurden den Bietern weitere Unterlagen zur Verfügung gestellt. Hierzu gehörte auch das Dokument „Teil A – Allgemeiner Teil“. Die Auftraggeber formulierten für das Umsetzungskonzept 19 Fragen, für das Servicekonzept 3 Fragen. Für die Antworten auf die einzelnen Fragestellungen sollten jeweils einzelne Punkte vergeben werden, die wiederum mit einem Gewichtungsfaktor versehen waren. Darüber hinaus haben die Auftraggeber in Ziffer 2.2.7.3.2.1.3 Teil A – Allgemeiner Teil festgelegt:

„In beiden Konzepten sind Themen bzw. Fallfragen gefordert. Beim Umsetzungskonzept beträgt die Anzahl 19, beim Servicekonzept beträgt die Anzahl der Gliederungspunkte 3.

Beim Umsetzungskonzept wird jede dieser Themen/Fallfragen mit je 0-5 Punkten bewertet. Da die jeweiligen Themen/Fallfragen von unterschiedlicher Wichtigkeit für den Auftraggeber sind, sind diese mit einem so genannten Gewichtungsfaktor von 1-3 versehen. Das heißt, je nach Wichtigkeit, werden die erreichten Punktwerte (0-5) mit dem jeweiligen Gewichtungsfaktor multipliziert. [...]

So können beim Umsetzungskonzept maximal 225 Leistungspunkte erreicht werden.

Beim Servicekonzept wird jeder Gliederungspunkt (I., II., III.) in Summe mit je 0-5 Punkten bewertet. Da die jeweiligen Gliederungspunkte von unterschiedlicher Wichtigkeit für den Auftraggeber sind, sind diese mit einem so genannten Gewichtungsfaktor von 1-3 versehen. Das heißt, je nach Wichtigkeit, werden die erreichten Punktwerte (0-5) mit dem jeweiligen Punktwert multipliziert.

So können beim Servicekonzept maximal 40 Leistungspunkte erreicht werden.“

4Die Punktwerte 0-5 wurden nach Notenstufen vergeben, wobei die Notenstufe „sehr gut“ einem Punktwert von 5 entspricht und definiert ist: „Die zur Aufgabenstellung

vorgelegten Ausführungen des Bieters entsprechen den Anforderungen des Auftraggebers in außergewöhnlichem Maße. (Das bedeutet eine erhebliche Übererfüllung der Anforderungen des Auftraggebers).“ Die Notenstufe „gut“ entspricht einem Punktwert von 4 und wird dahingehend definiert, dass „die zur Aufgabenstellung vorgelegten Ausführungen des Bieters den Anforderungen des Auftraggebers in besonderem Maße [entsprechen]. (Das bedeutet eine mehr als nur geringfügige, aber noch keine erhebliche Übererfüllung der Anforderungen des Auftraggebers)“. Die Notenstufe „befriedigend“ entspricht einem Punktwert von 3 und ist beschrieben: „Die zur Aufgabenstellung vorgelegten Ausführungen des Bieters entsprechen den Anforderungen des Auftraggebers voll. (Das ist der Mittelwert)“. Entsprechend waren die Punktwerte 2 – 0 den Notenstufen ausreichend, mangelhaft und ungenügend zugeordnet.

5Die Frist zur Angebotsabgabe endete am Montag, den 24.06.2024 um 12:00 Uhr. Die Antragstellerin hat am Freitag, den 21.06.2024 ihr Angebot abgegeben. Mit Vorabinformationsschreiben nach § 134 GWB vom 04.07.2024 teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht für den Zuschlag vorgesehen sei. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 05.07.2024 rügte die Antragstellerin die eingeschränkte Nachvollziehbarkeit der Absagemitteilung.

6Die Antragsgegner ließen mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 05.07.2024 mitteilen, sie würden die Anfrage der Antragstellerin bis zum 09.07.2024 (nachmittags) beantworten, was nicht erfolgte.

7Mit Schreiben vom 09.07.2024 rügte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin folgende Vergaberechtsverstöße: Der mitgeteilte Zuschlagszeitpunkt verstoße gegen die in § 134 Abs. 2 GWB vorgesehene Stillhalte- und Wartefrist. Die Stillhalte- und Wartefrist diene als Mindestüberlegungsfrist zum Schutz der unterlegenen Bieter, falle ihr Ende auf einen Sonntag, ende die Frist erst mit Ablauf des nächstfolgenden Arbeitstages. Die Mitteilung vom 04.07.2024 sei daher für gegenstandslos zu erklären. Einer Auftragserteilung an die Beigeladene stünden mehrere Gründe entgegen: Dass die Beigeladene im Teilnahmewettbewerb ausgewählt worden sei, sei aus ihrer Sicht schon nicht nachvollziehbar. Zudem erweise sich die Vergabeentscheidung als intransparent, weil die Vorinformation nicht den Anforderungen des § 134 Abs. 1 GWB entspreche. Ungeachtet dessen stünde der beabsichtigten Zuschlagserteilung eine mutmaßlich vergabe- und wettbewerbswidrige Preisgestaltung der Beigeladenen entgegen, was von den Auftraggebern offenkundig nicht ausreichend geprüft worden sei. Auch sei davon auszugehen, dass das Angebot der Beigeladenen nicht hinreichend auf die Einhaltung der Vorgaben und Anforderungen der Leistungsbeschreibung geprüft worden sei.

Darüber hinaus lägen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass die Bewertung der Konzepte auf Beurteilungsfehlern beruhe. Das gelte sowohl für ihre Konzepte als auch für die der Beigeladenen. Hinzu komme, dass die Vorinformation den Eindruck erwecke, die Wertung sei nicht von den Auftraggebern, sondern von ihrem externen Dienstleister durchgeführt worden. Darin liege ein Verstoß gegen das Delegationsverbot. Bei der Durchsicht der Vergabeunterlagen im Zuge der Erstellung der Rüge seien zudem weitere fundamentale Vergabefehler aufgefallen, die einer Beendigung des Vergabeverfahrens durch eine Zuschlagserteilung ohnehin grundlegend entgegenstünden. Die Antragsgegner ließen mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 11.07.2024 die Rügen zurückweisen.

8Am 11.07.2024 reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag ein, mit dem sie die bereits im Rügeschreiben vorgebrachten Argumente wiederholte und vertiefte. Zudem rügte sie, dass gemäß Ziffer 2.5 der Leistungsbeschreibung nicht nur die auftraggebenden Bundesländer selbst, sondern alle durch die Auftraggeber benannten Gebietskörperschaften (also Kommunen) und andere öffentlich-rechtliche Stellen (also Anstalten oder juristische Personen des öffentlichen Rechts) aus der Rahmenvereinbarung abrufberechtigt seien. Die abrufberechtigten Stellen sollten dem Auftragnehmer von den Auftraggebern nach Zuschlagserteilung benannt werden. Im Bereich des AsylbLG sollten dies bis zu 900 Leistungsbehörden/Stellen sein. Änderungen sollten jederzeit möglich sein. Dies verstoße gegen § 21 Abs. 2 VgV.

9Durch den angegriffenen Beschluss, auf den wegen der Einzelheiten des Sachverhalts, der gestellten Anträge und der Ausführungen verwiesen wird, hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag gerichtet darauf, festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Bieterrechten verletzt sei, und das Verfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen, zurückgewiesen. Die Rüge einer unzureichenden Benennung der abrufberechtigten Auftraggeber/Bedarfsstellen und eines Verstoßes gegen § 21 Abs. 2 S. 2 VgV habe die Antragstellerin erst nach Erhalt des Vorabinformationsschreiben und deutlich nach Einreichung des eigenen Angebots und damit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB verspätet erhoben, so dass der Nachprüfungsantrag insoweit unzulässig sei. Dass abrufberechtigt nicht nur die Länder, sondern auch 900 weitere Stellen seien, sei aus den Vergabeunterlagen eindeutig hervorgegangen, sei doch dieser Umstand auch kalkulationsrelevant gewesen, so dass davon auszugehen sei, dass sich die Antragstellerin hiermit bei Erstellung des Angebots auseinandergesetzt habe. Die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB fehle der Antragstellerin, soweit sie einen Verstoß gegen die Informationspflicht nach § 134 Abs. 1 GWB gerügt habe. Denn die Antragstellerin

habe Vergabeverstöße vor Zuschlagserteilung gerügt und nach Zurückweisung der Rüge ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Unbeachtlich und ins Blaue hinein erfolgt sei die Rüge der Antragstellerin, dass die Beigeladene die Mindestanforderungen im Teilnahmewettbewerb nicht erfüllt habe und ihre Zulassung auf einer fehlerhaften Prüfung der Mindestanforderungen durch die Antragsgegner beruhe. Ebenso ins Blaue hinein erfolgt seien die Rüge der Antragstellerin, das Angebot der Beigeladenen enthalte vergabe- und wettbewerbswidrige Preise, und die Rüge, dass die Vorgaben und Anforderungen der Leistungsbeschreibung/Mindestkriterien von den Antragsgegnern zu Unrecht bejaht worden seien. Unsubstantiiert und damit unzulässig sei auch die Rüge der Antragstellerin, die Antragsgegner hätten durch die Beauftragung der D. AöR gegen das Delegationsverbot verstoßen. Zudem sei die Rüge, der Preis des Angebots der Beigeladenen sei unangemessen niedrig, unbegründet. Die Aufgreifschwelle von 20% werde nicht erreicht. Auch unbegründet sei die Rüge der Antragstellerin, das Angebot der Beigeladenen erfülle die Mindestanforderungen nicht. Auf das Leistungsversprechen eines Bieters dürfe sich der öffentliche Auftraggeber verlassen. Anlass für weitere Aufklärung habe nicht bestanden. Durch die Bewertung ihrer Konzepte sei die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt. Die Antragsgegner hätten ihre Bewertung ausführlich dokumentiert und entsprechend der bekannt gemachten Bewertungskriterien bewertet. Soweit die Antragstellerin rüge, dass bei ihrem Umsetzungskonzept die Ausarbeitung der Problematik der doppelten Kartenausstellung unzutreffend gewürdigt worden und daher die vorgegebene Punktzahl nicht richtig sei, treffe dies nicht zu. Die Beschreibung der Leistungspunkte habe es vorgesehen, dass bei voller Erfüllung der Leistungsbeschreibung drei Punkte vergeben würden, was auch erfolgt sei. Höhere Punktzahlen könnten nur vergeben werden, wenn das Konzept die Anforderungen der Leistungsbeschreibung übererfülle oder in außergewöhnlichem Maß übererfülle. Dass dies bei ihrem Konzept der Fall sei, habe die Antragstellerin nicht dargelegt.

10Mit der hiergegen gerichteten sofortigen Beschwerde begehrt die Antragstellerin die Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und die Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats fortzuführen. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr Vorbringen vor der Vergabekammer. Zu Unrecht habe die Vergabekammer angenommen, ihre Rüge der Abrufberechtigung der Leistungsbehörden sei präkludiert. Die Vergabekammer habe nicht zwischen tatsächlichen und rechtlichen Elementen der Erkennbarkeit unterschieden. Mit der rechtlichen Zulässigkeit der Abrufberechtigung habe sie, die Antragstellerin, sich mangels vergaberechtlicher Kenntnisse nicht auseinandergesetzt; diese Kenntnis habe sie erst durch die nachträgliche Prüfung ihres Verfahrensbevollmächtigten

erhalten. Sie habe keine Rügen ins Blaue hinein erhoben. Da es sich insoweit im Wesentlichen um Umstände handle, die ihrem Kenntnisbereich entzogen seien, sei nach der Rechtsprechung ein großzügiger Maßstab anzulegen. Die Vergabekammer habe die Anforderungen überspannt. Sie habe die Rügen aufgrund ihrer Marktkenntnis, der im Internet verfügbaren Informationen sowie sonstiger Recherchen, etwa im EU-Amtsblatt zu weiteren Ausschreibungen getroffen. Auch die Rüge des Verstoßes gegen das vergaberechtliche Delegationsverbot sei ausreichend substantiiert. Wie sie schon vor der Vergabekammer vorgetragen habe, sei die Eignungsprüfung und Auswahlentscheidung der Beigeladenen im Teilnahmewettbewerb durch den Antragsgegner ebenso fehlerhaft wie die Angebotsprüfungen und Kalkulation der Beigeladenen. Die Preisgestaltung des Angebots der Beigeladenen sei vergabe- und wettbewerbswidrig. Zudem hätten die Antragsgegner die Vergabeunterlagen intransparent geändert; eine Vergleichbarkeit der Angebote sei nicht mehr gewährleistet. Am 21.06.2024 habe die Vergabestelle nämlich nicht wie sonst geschehen, Frage und Antwort bezüglich einer Bieteranfrage zusammen veröffentlicht, sondern klarstellende Hinweise ohne die dazugehörigen Bieterfragen veröffentlicht. Im Hinweis Nr. 1 vom 21.06.2024 sei klargestellt worden, dass die in Ziff. 3.3.3 der Leistungsbeschreibung aufgenommene Anforderung, SEPA-Lastschriften und Überweisungen zu ermöglichen, auch durch eine funktional gleichwertige Lösung erfüllt werden könne, die ohne IBAN und SEPA - Überweisung/Lastschrift einmalige und wiederkehrende Verpflichtungen des Leistungsberechtigten gegenüber Dritten erfülle. Dies stelle eine kalkulationsrelevante wesentliche Änderung dar, was ihr zunächst nicht aufgefallen sei. Es sei aber nicht auszuschließen, dass anders als sie die Beigeladene oder andere Bieter dies bei der Kalkulation ihres Angebots berücksichtigt hätten. Zudem weiche das Angebot der Beigeladenen nach ihrer Überzeugung von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung ab. Hierzu habe sie entgegen den Feststellungen der Vergabekammer konkrete Anhaltspunkte vorgetragen. Weder dürfte die Beigeladene in der Lage sein, die Nutzung der Bezahlkarte als Debitkarte über den SEPA-Zahlungsverkehr zu ermöglichen, noch die Anforderungen der Leistungsbeschreibung zu den Personenverbänden erfüllen. Ihre, der Antragstellerin, Konzepte hätten die Antragsgegner fehlerhaft bewertet. Zudem leide das Vergabeverfahren an einem Dokumentationsmangel. Mit Schriftsatz vom 31.07.2024 hätten die Antragsgegner vorgetragen, es bestehe während des Vergabeverfahrens keine Pflicht, einen Vergabevermerk anzufertigen. Dies verstoße gegen § 8 Abs. 1 VgV, sei doch nach der Rechtsprechung anerkannt, dass alle ermessenslenkenden Erwägungen zeitnah zu dokumentieren seien.

11Die Antragstellerin hat zudem beantragt, gemäß § 173 Abs. 1 GWB die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung der

Vergabekammer bis zur abschließenden Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern. Ihr Interesse an einer Entscheidung über ihr Rechtsmittel vor Zuschlagserteilung überwiege die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe. Die sofortige Beschwerde habe Aussicht auf Erfolg. Die Antragsgegner hätten nicht dargelegt, dass die Zuschlagserteilung eilbedürftig sei. Zudem sei die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes erforderlich, weil ihr Anspruch auf rechtliches Gehör dadurch verletzt worden sei, dass sie nur rudimentäre Einsicht in die Vergabeakte erhalten habe, und sie daher keine Möglichkeit gehabt habe, ihr Rügevorbringen im Nachprüfungsverfahren weiter zu vertiefen und sich zu den entscheidungserheblichen Gesichtspunkten einzulassen. Zudem stütze die Vergabekammer ihre Entscheidung auf Dokumente und Informationen, die sie nicht habe einsehen können.

12Die Antragsgegner und die Beigeladene treten dem Antrag entgegen. Abgesehen davon, dass die sofortige Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg habe, sei die Vergabe eilbedürftig. Auf Seiten der Allgemeinheit bestehe ein erhebliches Interesse an der raschen Einführung einer einheitlichen Lösung für die Bezahlkarte.

II.

13Der nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB statthafte Antrag der Antragstellerin, die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde anzuordnen, hat keinen Erfolg. Im Interesse des zügigen Abschlusses des Vergabeverfahrens ist die aufschiebende Wirkung der Beschwerde nicht zu verlängern.

141. Ein Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB ist gemäß § 173 Abs. 2 Satz 1 GWB abzulehnen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der erforderlichen Abwägung sind gemäß § 173 Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB 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 Verfahrens zu berücksichtigen.

15Hier überwiegt das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Verfahrens über die Auftragsvergabe und das Interesse der Antragsgegner, zeitnah eine Bezahlkarte mit einheitlichen Mindeststandards im Asylbereich einzuführen, das Interesse der Antragstellerin, dass das von ihr eingeleitete Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung beendet wird.

16Denn die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer bietet nach summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage keine Aussicht auf Erfolg. Sind die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde gering, so kann das Interesse des Beschwerdeführers das Interesse an einem zügigen Verfahrensabschluss in der Regel nicht überwiegen. Gründe, trotz fehlender Erfolgsaussichten des Rechtsmittels dennoch ein Überwiegen der Interessen der Antragstellerin an der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zu bejahen, sind hier nicht ersichtlich. Die abstrakte Möglichkeit, dass sich entgegen der Entscheidung der Vergabekammer und der vorläufigen Ansicht des Senats in der mündlichen Verhandlung noch etwas an der Einschätzung des Senats ändert, genügt nicht für eine andere Bewertung, denn sonst könnte die aufschiebende Wirkung praktisch nie abgelehnt werden (Burgi/Dreher/Opitz/Vavra/Willner, 4. Aufl. 2022, GWB § 173 Rn. 27, beck-online). Maßgeblicher neuer Vortrag der Antragstellerin, der zu einer streitentscheidend anderen Beurteilung der Sach- und Rechtslage führen könnte, ist ungeachtet der Frage, ob der Antragstellerin weitergehende Akteneinsicht zu gewähren ist, angesichts des Stands des Vergabeverfahrens, der erhobenen Rügen und der umfassenden Dokumentation der maßgeblichen Verfahrensschritte und Entscheidungen der Vergabestelle nicht zu prognostizieren.

172. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist gemäß § 171 GWB statthaft und auch sonst zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt (§ 172 Abs. 1 und 2 GWB), dürfte aber in der Sache keinen Erfolg haben. Die Vergabekammer dürfte den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu Recht zurückgewiesen haben.

a) Informationsschreiben der Antragsgegner

18aa) Wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat, ist die Antragstellerin mangels Darlegung eines eventuellen Schadens durch den angeblichen Vergaberechtsverstoß nicht antragsbefugt. Da die Antragsgegner noch keinem Angebot den Zuschlag erteilt haben, kann eine ordnungsgemäße Unterrichtung nach § 134 GWB lediglich für die Einhaltung der Rügefrist und die Substantiierung eines Vergaberechtsverstoßes der Antragsgegner von Bedeutung sein. Die Antragstellerin hat aber innerhalb der gesetzlichen Frist den Antragsgegnern zahlreiche Verstöße vorgeworfen. Dass ihr weitere Verstöße aufgrund unzureichender Unterrichtung unbekannt geblieben sein könnten, ist nicht ersichtlich und hat die Antragstellerin auch nicht angedeutet.

19bb) Zudem erfüllt die Mitteilung der Antragsgegner vom 04.07.2024 (Anl. Ast 24), dass sie beabsichtigen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, die Anforderungen von § 134 Abs. 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein öffentlicher Auftraggeber den Bietern, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, unter anderem die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung mitzuteilen. Zwar darf

sich die Unterrichtung eines Bieters nicht auf Leerformeln beschränken. Erforderlich aber auch ausreichend ist die Information, wenn sie den unterlegenen Bieter in die Lage versetzt, seine Position im Vergabeverfahren zu erkennen und die Sinnhaftigkeit eines Nachprüfungsantrags zu überprüfen (vgl. Ziekow/Völlink/Braun, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 134 GWB Rn. 85 ff.). Hierfür ist nicht notwendig, dass die vollständigen Gründe des Vergabevermerks genannt werden oder die Begründung demjenigen eines schriftlichen Verwaltungsaktes entspricht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.08.2001 – Verg 28/01, juris zu § 13 VgV).

20Um ihre Position im Vergabeverfahren zu erkennen und die Erfolgsaussichten einer Vergabenachprüfung beurteilen zu können, war der Inhalt der Mitteilung vom 04.07.2024 ausreichend. Mit dem Hinweis, „dass ihr Angebot insbesondere in preislicher Hinsicht nicht für den Zuschlag vorgesehen werden kann“, machten die Antragsgegner hinreichend deutlich, dass das Angebot der Antragstellerin preislich nicht das Günstigste ist. Zwar verwendet das Informationsschreiben bei der Mitteilung zum Preis den Ausdruck „wirtschaftlicheres Angebot“, im inhaltlichen Kontext musste die Antragstellerin dies jedoch dahingehend verstehen, dass ihr Angebot preislich nicht das günstigste ist. Denn im Anschluss hieran enthält das Informationsschreiben nähere Ausführungen zur Bewertung der Konzepte. Zudem wird darüber informiert, dass auch im Leistungsteil das Angebot der Antragstellerin nicht auf Platz eins liegt, was dann näher erläutert wird.

b) Eignung der Beigeladenen

21aa) Die Rüge der mangelnden Eignung der Beigeladenen erhob die Antragstellerin „ins Blaue hinein“, und sie ist damit unzulässig.

22Nach der Rechtsprechung ist an Rügen zwar ein großzügiger Maßstab anzulegen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011 – VII-Verg 58/10, juris Rn. 53; OLG München, Beschluss vom 07.08.2007 – Verg 8/07, juris Rn. 11 f.; OLG Dresden, Beschluss vom 06.02.2002 – WVerg 4/02, juris Rn. 19). Da ein Bieter naturgemäß nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines – oft nur beschränkten – Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es um Vergaberechtsverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011 – VII-Verg 58/10, juris Rn. 53; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 09.07.2010 – 11 Verg 5/10, juris Rn. 51; OLG Dresden, Beschluss vom 06.06.2002 – WVerg 4/02, juris Rn. 18 f.). Der Antragsteller muss aber zumindest tatsächliche Anhaltspunkte oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen (siehe OLG München, Beschluss vom 11.06.2007 – Verg 6/07, juris Rn. 31). Ein

Mindestmaß an Substantiierung ist einzuhalten; reine Vermutungen zu eventuellen Vergaberechtsverstößen reichen nicht aus (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011 – VII-Verg 58/10, juris Rn. 53; OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.05.2012 – Verg W 5/12, juris, Rn. 4; OLG München, Beschluss vom 07.08.2007 – Verg 8/07, juris Rn. 11 f.). Da die Rüge einerseits den öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen soll, einen etwaigen Vergaberechtsverstoß zeitnah zu korrigieren (Beschleunigung des Vergabeverfahrens, Selbstkontrolle des öffentlichen Auftraggebers), und andererseits Zugangsvoraussetzung zum Nachprüfungsverfahren ist, ist es unabdingbar, dass der Antragsteller – um unnötige Verzögerungen des Vergabeverfahrens zu vermeiden und einem Missbrauch des Nachprüfungsverfahrens vorzubeugen – bereits frühzeitig diejenigen Umstände benennt, aufgrund derer er vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes ausgeht. Aus Gründen der Beschleunigung wie auch zur Vorbeugung gegen den Missbrauch der Rüge beziehungsweise des Nachprüfungsverfahrens ist dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht zuzumuten, auf gänzlich unsubstantiierte Rügen hin in eine (ggf. erneute) Tatsachenermittlung einzutreten. Daher ist der Antragsteller gehalten, schon bei Prüfung der Frage, ob ein Vergaberechtsverstoß zu rügen ist, Erkenntnisquellen auszuschöpfen, die ihm ohne großen Aufwand zur Verfügung stehen. Zudem muss er, um eine Überprüfung zu ermöglichen, angeben, woher seine Erkenntnisse stammen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011 – VII-Verg 58/10, juris Rn. 53 f.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.11.2012 – Verg W 10/12, juris Rn. 5).

23Mit dem Rügeschreiben vom 09.07.2024 (AST 27) beanstandete die Antragstellerin die mangelnde Eignung der Beigeladenen, weil diese nicht die in den Vergabeunterlagen zu Ziffer 5.4.2.2 lit. b geforderten Nachweise der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit erbringen könne. Sie begründet dies mit ihrer Marktkennntnis, nach der der Fokus und der Tätigkeitsschwerpunkt der Beigeladenen in der Bereitstellung von Zahlungssystemen im Bereich des E-Commerce liege, und verweist zudem auf die auf der Internetseite der Beigeladenen aufgeführten Referenzen sowie auf eine Recherche auf der EU-Vergabeplattform, die zwei Projekte einer Bietergemeinschaft, an der die Beigeladene beteiligt gewesen sei (L. und H.), ergeben habe, die aber nicht bereits sechs Monate implementiert seien. Ungeachtet der Frage, ob die pauschale Behauptung der eigenen Marktkennntnis, ohne diese näher zu erläutern, für das Vorbringen tatsächlicher Anhaltspunkte oder Indizien genügt, hat die Antragstellerin diese Behauptung aufs Geratewohl aufgestellt. Zwar ist die Antragstellerin in ihren Erkenntnisquellen eingeschränkt, die von ihr vorgetragenen Anhaltspunkte sind aber unzureichend. Sie lässt unberücksichtigt, dass auch Referenzen über Bezahlkarten privater Auftraggeber gewertet wurden und weder eine EUweite Ausschreibung noch eine Selbstvornahme verlangt waren. Es kamen daher

eine Vielzahl von Referenzkonstellationen in Betracht, zu denen die Antragstellerin nichts vorzutragen weiß. Im Übrigen ist unstreitig, dass die Beigeladene eine Unterlassungserklärung hinsichtlich einer auf der Homepage der Antragstellerin veröffentlichten vergleichenden Darstellung der von beiden Unternehmen angebotenen Bezahlkarten erwirkte, so dass sie die Beigeladene im hiesigen Verfahren offensichtlich zu Unrecht als „Newcomerin“ darstellt.

24bb) Ein Wertungsausschluss des Angebots der Beigeladenen aufgrund der Vorlage einer den aufgestellten Anforderungen nicht genügenden Referenz kommt zudem nicht mehr in Betracht, nachdem die Antragsgegner die Eignung der Beigeladenen im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs bejaht und die Beigeladene zum Verhandlungsverfahren zugelassen haben. Im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb prüft der öffentliche Auftraggeber gemäß § 42 Abs. 2 Satz 1 und § 52 Abs. 1 i.V.m. § 51 VgV die Eignung der am vorgeschalteten Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen, bevor er sie zum Verhandlungsverfahren zulässt. Dadurch wird mit der positiven Eignungsprüfung – anders als im offenen Verfahren – ein Vertrauenstatbestand für die zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Unternehmen begründet. Sie müssen nicht damit rechnen, der ihnen durch die Erstellung der Angebote und Teilnahme am Wettbewerb entstandene Aufwand könnte dadurch nachträglich nutzlos werden, dass der Auftraggeber ihre Eignung auf – wie hier – gleichbleibender tatsächlicher Grundlage später nochmals abweichend beurteilt (vgl. BGH, Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB 15/13, juris Rn. 33; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.03.2021 – VII-Verg 9/21, juris Rn. 47; Senat, Beschluss vom 21.05.2021 – 15 Verg 4/21, NZBau 2022, 303 Rn. 22). Ob und unter welchen Voraussetzungen Mitbieter im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb einen Vergaberechtsverstoß, der in der fehlerhaften Bejahung der Eignung eines Unternehmens am Ende des Teilnahmewettbewerbs liegt, ab der Begründung des Vertrauenstatbestands hinzunehmen haben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.03.2021, a.a.O.) bzw. ob es mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 RL 2007/66/EG zu vereinbaren ist, wenn konkurrierende Bieter, die nicht zur Angebotsabgabe zugelassen wurden, im Nachprüfungsverfahren nicht geltend machen können, dass die Eignungsprüfung eines zugelassenen Bieters vergaberechtswidrig erfolgte, weil er zB die Mindestanforderungen an die Eignung nicht erfüllt (vgl. zu diesem Aspekt: Ziekow/Völlink/Steck, 5. Aufl. 2024, VOB/A § 16b EU Rn. 7, beck-online), kann im Streitfall dahinstehen. Denn aus der Bejahung der Eignung der Beigeladenen ist der Antragstellerin kein Schaden entstanden, da sie ebenso wie die Beigeladene zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurde. Die Teilnahme der Beigeladenen, selbst wenn diese keine ausschreibungskonforme Referenz besäße, erschwerte der Antragstellerin die Abgabe eines wettbewerblich interessanten Angebots nicht.

c) Vergabe- und wettbewerbswidrige Preisgestaltung

25aa) Ob es sich bei der Beantwortung der Bieterfrage vom 21.06.2024, in der „klargestellt“ wird, dass die in Ziffer 3.3.3 der Leistungsbeschreibung aufgenommene Anforderung, SEPALastschriften und Überweisungen zu ermöglichen, auch durch eine funktional gleichwertige Lösung erfüllt werden kann, die ohne IBAN und SEPA-Überweisung/Lastschrift einmalige und wiederkehrende Verpflichtungen des Leistungsberechtigten gegenüber Dritten erfüllt, um eine wesentliche Änderung in den Vergabeunterlagen i.S.v. § 20 Abs. 3 Nr. 2 VgV handelt, die eine Verlängerung der Angebotsfrist erfordert, muss nicht entschieden werden. Die Rüge ist unzulässig. Denn abgesehen davon, dass die Antragstellerin einen möglichen Verstoß nicht vor Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe rügte, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB, kann ihr kein Schaden entstanden sein, denn sie hat nicht vorgetragen, dass sie in diesem Fall ein anderes Angebot abgegeben hätte.

26bb) Die Rüge eines unangemessen niedrigen Preises ist jedenfalls unbegründet. Ob in einem Fall, wie dem vorliegenden, bei dem der Preis nur mit 40% in die Wertung eingeht, ein isolierter Vergleich der Preise belastbare Grundlage für die Beurteilung der Angemessenheit sein kann, braucht nicht entschieden zu werden (vgl. Senat, Beschluss vom 21.05.2021 – 15 Verg 4/21, NZBau 2022, 303 Rn. 48). Nach § 60 VgV ist eine Preisprüfung des Auftraggebers grundsätzlich erst angezeigt, wenn die sogenannte Aufgreifschwelle von in der Regel 20% zum nächstgünstigen Angebot erreicht ist (vgl. BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16, juris Rn. 15; Senat, Beschluss vom 21.05.2021 – 15 Verg 4/21, a.a.O.; Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl. 2023, § 60 VgV, Rn. 11). Anders als die Antragstellerin mutmaßt, beträgt der Preisabstand zum nächsthöheren Angebot, bei dem es sich im Übrigen nicht um dasjenige der Antragstellerin handelt, weniger als 4% und in Bezug auf den Mittelwert aller Angebote knapp 16%.

27 Zudem haben die Antragsgegner am 27.06.2024 die Beigeladene um Aufklärung wegen eines Preises gebeten, die diese fristgemäß vollständig beantwortet hat (Anl. BG 1 und BG 2).

d) Intransparente Änderung der Vergabeunterlagen – keine Vergleichbarkeit der Angebote

28 Der öffentliche Auftraggeber ist berechtigt, die Vergabeunterlagen im laufenden Vergabeverfahren zu ändern, sei es zur Korrektur von Vergaberechtsverstößen oder aus Gründen der Zweckmäßigkeit, sofern dies nur in einem transparenten Verfahren und diskriminierungsfrei geschieht. Die Änderungsbefugnis des Auftraggebers bezieht sich auf alle Bestandteile der Vergabeunterlagen, so die

Leistungsbeschreibung, Zuschlagskriterien, Unterkriterien und Gewichtungen (vgl. BGH, Beschluss vom 26.09.2006 – X ZB 14/06, juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.09.2016 – VII-Verg 7/16, juris Rn. 36). Ungeachtet der Frage, ob mit der Bieterinformation vom 21.06.2024, in der „klargestellt“ wird, dass die in Ziffer 3.3.3 der Leistungsbeschreibung aufgenommene Anforderung, SEPA-Lastschriften und Überweisungen zu ermöglichen, auch durch eine funktional gleichwertige Lösung erfüllt werden kann, die Antragsgegner die Leistungsbeschreibung änderten, bieten die Mehrzahl der Bieter ebenso wie die Antragstellerin Lösungen an, die die Vorgaben von Ziffer 3.3.3. der Leistungsbeschreibung wie ursprünglich gefordert umsetzen.

29Die Behauptung der Antragstellerin, der Hinweis Ziff. 5 zu den ATM-Entgelten, „es wird klargestellt, dass der Auftragnehmer weder berechtigt noch verpflichtet ist, dem Leistungsberechtigten Entgelte für Abhebungen in Rechnung zu stellen. Er wird jedoch anfallende zusätzliche, nicht durch den Vertrag abgedeckte Forderungen dem Auftraggeber monatlich mitteilen und ihn in die Lage versetzen, diese Beträge entweder selbst zu tragen oder sie dem Leistungsberechtigten zu belasten“ sei auf direkte oder indirekte Veranlassung der Beigeladenen erfolgt, ist rein spekulativ.

e) Unzureichende Prüfung des Angebots der Beigeladenen

30aa) Der öffentliche Auftraggeber darf ohne Widerspruch zu § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Bieter seine vertraglichen Zusagen erfüllen wird (Senat, Beschluss vom 07.09.2022 – 15 Verg 8/22, NZBau 2022, 615 Rn. 35; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.08.2018 – Verg 23/18, juris Rn. 71; KG, Beschluss vom 21.11.2014 – Verg 22/13, juris Rn. 36). Erst wenn sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass dies zweifelhaft ist, ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, durch Einholung ergänzender Informationen die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens beziehungsweise die hinreichende Leistungsfähigkeit des Bieters zu prüfen (Senat, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O.; KG, a.a.O.).

31bb) Solche Zweifel mussten die Antragsgegner nicht aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren haben. Die Antragstellerin schließt aus ihr öffentlich zugänglichen Informationen und ihrer „Marktkenntnis“ darauf, dass die Beigeladene die Anforderungen zu 3.3.3. „Bereitstellung eines Workflows für Positiv-/Negativlisten für Lastschriften und Überweisungen“ nicht erfüllen kann. Dass ein Unternehmen in einem umkämpften Marktumfeld, wie vorliegend und anhand der Vielzahl der Bieter erkennbar, aus Gründen des Wettbewerbs nicht alle eingesetzten Tools öffentlich macht, liegt auf der Hand. Sie hat die Angaben im Rahmen ihres Umsetzungskonzepts dargestellt; die Antragsgegner haben sie als überzeugend befunden. Der Vorwurf der Antragstellerin, die Beigeladene könne die Anforderungen zu Personenverbänden nach Ziff. 3.2.5 und 3.2.20.6 der Leistungsbeschreibung sowie zu Limits und Beschränkungen der Karte und bezüglich der Anpassung der

einzelnen Bezahlkarten auf Länderebene nicht erfüllen, entbehrt jeder objektivierbaren Grundlage. Begründeter Anlass, an dem Leistungsversprechen der Beigeladenen, das im Rahmen des Umsetzungskonzeptes erläutert wurde, zu zweifeln, besteht mithin nicht.

32Oben Gesagtes gilt auch für die Bewertung der Konzepte der Beigeladenen durch die Antragsgegner.

f) Fehlerhafte Bewertung des Konzepts der Antragstellerin

33aa) Grundlage für den Zuschlag ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt (§ 127 Abs. 1 S. 2 GWB, § 58 Abs. 1 VgV). Bei der Wertung der Angebote genießt der öffentliche Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum, der von den Nachprüfungsinstanzen nur dahin überprüfbar ist, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wurde, keine sachwidrigen Erwägungen für die Entscheidung herangezogen wurden und nicht gegen allgemein gültige Bewertungsgrundsätze verstoßen wurde. Auch wenn dem öffentlichen Auftraggeber bei der Bewertung und Benotung ein Beurteilungsspielraum zusteht, sind seine diesbezüglichen Bewertungsentscheidungen insbesondere auch daraufhin überprüfbar, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden (BGH, Beschluss vom 04.04.2017- X ZB 3/17, juris Rn. 53; MüKoEuWettbR/Hözl, 4. Aufl. 2022, GWB § 127 Rn. 53 mwN). Bei seiner Überprüfung berücksichtigt der Senat analog § 175 Abs. 2 i.V.m. § 70 Abs. 2 S. 4 GWB sämtliche in der Vergabedokumentation enthaltenen und der Entscheidung der Antragsgegner zugrundeliegenden Tatsachen, auch soweit diese wegen ihrer Geheimhaltungsbedürftigkeit der Antragstellerin nicht offenbart werden dürfen (vgl. zur Verwertbarkeit geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen im Vergabenaachprüfungsverfahren BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16, juris Rn. 60 f.).

34bb) Gemessen daran führen die gegen die Wertungsentscheidung gerichteten Angriffe der Antragstellerin nicht zum Erfolg.

35(1) Selbst wenn sie mit ihrer Rüge zur Bewertung ihres Umsetzungskonzepts unter lfd. Nr. 10 „Wie stellen Sie sicher, dass doppelte Ausstellungen verhindert werden? ...“ durchdringen würde und die Antragsgegner diese Antwort nicht nur mit 2 Punkten hätten bewerten dürfen, hätte sie allenfalls erreichen können, dass ein Punktwert von 3 vergeben wird. Denn hiermit wird nach der zugrunde zu legenden Beschreibung im Leistungsverzeichnis bewertet, dass die zur Aufgabenstellung vorgelegten Ausführungen des Bieters den Anforderungen des Auftraggebers voll entsprechen.

Dafür, dass ihre Ausführungen zu Punkt 10 des Leistungskonzepts eine Bewertung rechtfertigen würden, wonach die Anforderung erheblich (fünf Punkte) oder mehr als nur geringfügig (vier Punkte) übererfüllt würde, gibt der Vortrag der Antragstellerin nichts her. Denn sie beanstandet, dass ihre Ausführungen wegen Mängeln abgewertet worden seien, obwohl solche nicht vorgelegen hätten, da die Darstellung von Alternativen nicht verlangt gewesen sei. Damit macht sie zugleich geltend, dass ihre Ausführungen den Vorgaben anders als von den Antragsgegnern gewertet, den Vorgaben entsprechen (drei Punkte).

36Ob in der Bewertung mit 2 statt mit 3 Punkten ein vergaberechtlicher Verstoß liegt, kann offenbleiben, weil auszuschließen ist, dass es hierdurch zu einer Beeinträchtigung der Auftragschancen der Antragstellerin gekommen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.08.2019 – VII-Verg 56/18, juris Rn. 104; Beschluss vom 08.09.2017 – VII-Verg 39/16 – juris Rn. 51). Die lfd. Nr. 10 ist mit einem Gewichtungsfaktor von 2 versehen, die Antragstellerin hätte daher nicht 155 Punkte, sondern 157 Punkte erhalten können. Im Hinblick auf ihre preisliche Platzierung würde dies unter Anwendung der von den Antragsgegnern vorgegebenen Berechnungsparametern nicht zu einer Verschiebung innerhalb der Reihenfolge der Bieter führen.

37(2) Die Behauptung, ihr Servicekonzept hätte durchgehend mit fünf Punkten bewertet werden müssen, weil die Vorabinformation nicht einen Kritikpunkt an ihrem Servicekonzept geäußert habe, entbehrt jeder sachlichen Grundlage und jeglicher inhaltlicher Auseinandersetzung mit der detaillierten Begründung der Bewertung ihres Konzepts, die der Antragstellerin durch Überlassung der Anlage AG 1 durch die Antragsgegner bekannt ist. Ein Servicekonzept, das die Anforderungen erfüllt, ist nach den bekannt gemachten Bewertungskriterien der Antragsgegner grundsätzlich mit drei Punkten zu bewerten. Dies war vorliegend der Fall, weil das Servicekonzept der Antragstellerin in den einzelnen Unterkategorien mit drei oder mehr Punkten bewertet wurde.

g) Verstoß gegen das Delegationsverbot

38Der Vorwurf, die Antragsgegner hätten die Zuschlagsentscheidung nicht wie erforderlich selbst getroffen, sondern diese vergaberechtswidrig der D. AöR überlassen, trifft nicht zu. Es kann dahingestellt bleiben, ob die D. AöR überhaupt als „externer Berater“ angesehen werden kann. Denn die Vergabeentscheidungen werden durch die von den Antragsgegnern bevollmächtigte Arbeitsgemeinschaft unter Beteiligung der Länder B.-W., H., N. und H. getroffen, wie sich der Vergabeakte eindeutig entnehmen lässt.

h) Benennung der abrufberechtigten Stellen

39aa) Die Rüge, die abrufberechtigten Auftraggeber seien in der Bekanntmachung nicht hinreichend benannt, ist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Nach dieser Vorschrift 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 Erkennbarkeit ist objektiv zu bestimmen anhand dessen, was ein durchschnittlicher Bieter bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen erkennen kann. Maßgeblich ist daher, ob der Bieter den Vergaberechtsverstoß bei sorgfältiger Prüfung ohne besonderen Rechtsrat hätte erkennen können und müssen, wobei zu fordern ist, dass der Bieter mit den wichtigsten Regeln des Vergaberechts vertraut ist (vgl. Senat, Beschluss vom 05.11.2014 – 15 Verg 6/14, BeckRS 2015, 4323 Rn. 30, beck-online; Beschluss vom 20.07.2011 – 15 Verg 6/11, juris Rn. 31).

40 Dies ist im Streitfall anzunehmen. § 21 Abs. 2 S. 2 VgV lautet: Die Einzelauftragsvergabe erfolgt ausschließlich zwischen den in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung genannten öffentlichen Auftraggebern und denjenigen Unternehmen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Einzelauftrags Vertragspartei der Rahmenvereinbarung sind. In Ziff. 2.5 der Leistungsbeschreibung, die den Bietern am 11.04.2024 zur Verfügung gestellt wurde, heißt es: „Aus der Rahmenvereinbarung sind alle durch die Auftraggeber benannten für eine durch eine Bezahlkarte abzuwickelnde Leistung zuständigen Gebietskörperschaften und andere öffentlich-rechtlichen Stellen der auftraggebenden Länder und/oder diese selbst abrufberechtigt. Die abrufberechtigten Stellen werden dem Auftragnehmer von den auftraggebenden Ländern nach Zuschlagserteilung benannt. Änderungen sind jederzeit möglich.“ Diese Regelung wurde in der Leistungsbeschreibung, die den Bietern im Rahmen der finalen Angebotsrunde am 17.06.2024 zur Verfügung gestellt wurde, dahingehend ergänzt, dass es sich hierbei um bis zu 900 Leistungsbehörden/Stellen handeln könne.

41 Damit war es der Antragstellerin möglich, den behaupteten Vergabeverstoß, dass nicht alle öffentlichen Auftraggeber, die zum Abruf berechtigt sein sollen, in der Bekanntmachung benannt wurden, durch einen Vergleich zwischen dem Verordnungstext und den Ausschreibungsunterlagen zu erkennen. Bei genauem Studium der Bekanntmachung ergab sich, dass darin lediglich die einzelnen Bundesländer aufgeführt sind und nicht andere öffentlich-rechtliche Stellen, die selbst zum Abruf berechtigt sein sollten, wie dies nach den Ausschreibungsunterlagen aber vorgesehen war. Dass nicht nur die Länder selbst, sondern insbesondere auch kreisfreie Städte und Landkreise diejenigen Stellen sein würden, die zum Abruf berechtigt sein würden und die in den

Ausschreibungsunterlagen allgemein benannt waren, wusste die Antragstellerin bereits deshalb, weil sie, wie ihrem Beschwerdevorbringen zu entnehmen ist, bereits eine Vielzahl kreisfreier Städte und Landkreise mit vergleichbaren Bezahlkarten versorgt. Die Antragstellerin kann sich auch nicht darauf berufen, sie habe zwar den Sachverhalt erkannt, bzw. erkennen können, eine rechtliche Wertung aber nicht vornehmen können und müssen. Die Ankündigung einer späteren Benennung der Abrufberechtigten war so offensichtlich nicht mit dem Wortlaut der als bekannt vorauszusetzenden Norm des § 21 Abs. 2 S. 2 VgV vereinbar, dass auch eine rechtlich nicht vorgebildete Bieterin von einer Vergaberechtswidrigkeit auszugehen hatte.

42bb) Letztlich kann aber dahinstehen, ob die Aufzählung der Bundesländer in der Bekanntmachung, ohne die weiteren abrufberechtigten Stellen zu benennen, den Vorgaben von § 21 Abs. 2 S. 2 VgV – auch mit Blick auf den Erwägungsgrund 60 der RL 2014/24/EU – genügt bzw. ob und unter welchen Voraussetzungen der Kreis der Abrufberechtigten auf Auftraggeberseite erweitert werden kann. Denn ein solcher Verstoß ist nicht von Amts wegen zu prüfen. Er würde nämlich nicht dazu führen, dass die Ausschreibung schwerwiegend fehlerhaft wäre. Eine Prüfung von Amts wegen kommt allenfalls in Fällen in Betracht, in denen ein so schwerwiegender Fehler vorliegt, dass eine tragfähige Zuschlagsentscheidung bei Fortsetzung des Verfahrens praktisch nicht möglich ist. Zunächst einmal betrifft die beanstandete Regelung nicht die Rahmenvereinbarung selbst. Zwar dient der Abschluss der Rahmenvereinbarung dazu, Einzelaufträge in einem privilegierten Verfahren nach vereinfachten und weitgehend formlosen Verfahrensschritten zu erteilen. Voraussetzung der privilegierten Vergabe ist folglich, dass die Rahmenvereinbarung ihrerseits taugliche Grundlage für den Abruf ist. Daher muss sie auf der Grundlage eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens zwischen den Vertragspartnern abgeschlossen worden sein, weiterhin Bestand haben sowie auch inhaltlich den Einzelauftrag erfassen. Fehlt eine dieser Voraussetzungen kann der geplante Abruf oder der Vertragsschluss nicht auf die Rahmenvereinbarung gestützt und muss als eigenständiger öffentlicher Auftrag gegebenenfalls neu ausgeschrieben werden (Zeise in Kulartz/Kus/Marx/ Portz/Prieß, VgV, § 21 Rn. 40).

43 Ein Abruf durch die in der Bekanntmachung bereits ausdrücklich genannten 14 Bundesländer und damit ein privilegierter Vertragsschluss ist jedenfalls ohne Zweifel möglich. Ein Abrufrecht der Länder sieht auch Ziff. 2.5 der Leistungsbeschreibung ausdrücklich vor. Eine tragfähige Zuschlagserteilung ist daher möglich.

i) Dokumentationsmangel

44aa) Die Rüge einer unzureichenden Dokumentation nach § 8 VgV ist unzulässig.

45Die Antragstellerin behauptet lediglich ins Blaue hinein, die Antragsgegner hätten das Verfahren entgegen § 8 Abs. 1 VgV nicht laufend dokumentiert. Begründeter Anhalt, dies aus der Äußerung der Antragsgegner im Schriftsatz vom 31.07.2024: „Einen zusätzlichen Vergabevermerk musste die Vergabestelle nicht erstellen. Ein solcher Vermerk ist erst erforderlich, wenn das Verfahren beendet ist“ zu schließen, besteht nicht. Denn mit diesem Hinweis gaben die Antragsgegner lediglich die Gesetzeslage wieder. § 8 VgV unterscheidet – entsprechend Art. 84 der RL 2014/24/EU – zwischen Vergabedokumentation und Vergabevermerk. In der Verordnungs-Begründung heißt es (BR-Drs. 87/16 zur Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 162): „§ 8 dient der Umsetzung von Artikel 84 der RL 2014/24/EU und entspricht im Grundsatz dem bisherigen § 24 EG VOL/A. In Übereinstimmung mit den Vorgaben des Artikels 84 der RL 2014/24/EU wird nunmehr zwischen der von Beginn des Vergabeverfahrens an bestehenden Dokumentationspflicht und der Pflicht zur Erstellung eines Vergabevermerks (spätestens) nach Abschluss des Vergabeverfahrens unterschieden.“ Die einzelnen Verfahrensschritte wurden aber, wie die Vergabeakte eindeutig zeigt, durchgängig festgehalten.

46bb) Ungeachtet dessen wäre die Rüge auch unbegründet. Die Bestimmungen in § 8 VgV verlangen eine fortlaufende Dokumentation der maßgeblichen Stufen des Vergabeverfahrens und vorliegend insbesondere eine Dokumentation der Wertungsentscheidung der Antragsgegner, die es erlaubt, sie inhaltlich nachzuvollziehen. Dieser Vorgabe sind die Antragsgegner im Rahmen der Anfertigung einer Bewertungsmatrix zu den jeweiligen Konzepten (Umsetzungskonzept/Servicekonzept) nachgekommen.

47Ein Bieter kann sich ohnehin nur dann auf eine fehlende oder unzureichende Dokumentation stützen, wenn sich die diesbezüglichen Mängel auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben. Die Dokumentation ist kein Selbstzweck (vgl. OLG München, Beschluss vom 02.11.2012 – Verg 26/12, juris Rn. 26; OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. Januar 2007 – 11 Verg 11/06, juris Rn. 43). Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die festzustellenden Dokumentationsmängel den Wertungsvorgang an sich betreffen und ohne hinreichend detaillierte und nachvollziehbare Dokumentation sowohl aus der Sicht eines Mitbieters wie der Nachprüfungsorgane nicht überprüft und nicht festgestellt werden kann, ob sich die Vergabestelle im Rahmen ihres Wertungsspielraumes bewegt und eine sachlich richtige Entscheidung getroffen hat oder sich von unsachlichen, vergaberechtsfernen Gesichtspunkten hat leiten lassen (OLG Frankfurt, a.a.O.). Eine solche Prüfung ist jedoch möglich.

Zitiervorschlag:

OLG Karlsruhe Beschl. v. 20.9.2024 – 15 Verg 9/24, BeckRS 2024, 24756

[© Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)