

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.04.2025, Verg 35/24

GWB § 97 Abs. 2, § 127 Abs. 1 Satz 1; VgV § 58 Abs. 3 Satz 2; VOB/A § 16d EU Abs. 2 Nr. 1

Eine Wertungsmethode, die einen individuell von jedem Bieter selbst zu bestimmenden sog. Bietungsfaktor enthält, ist wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vergaberechtswidrig.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.04.2025 - Verg 35/24

vorhergehend:

VK Bund, Beschluss vom 27.09.2024 - [VK 2-69/24](#)

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes, [VK 2 - 69/24](#) vom 27.09.2024 wird das Vergabeverfahren aufgehoben und in den Stand vor Auftragsbekanntmachung zurückversetzt.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Kosten des Beschwerdeverfahrens als Gesamtschuldner zu tragen einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

Die Antragsgegnerin hat auch die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer zu tragen einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich im Nachprüfungsverfahren gegen die bekannt gemachten Wertungskriterien sowie den aus ihrer Sicht vergaberechtswidrig erfolgten Ausschluss ihres Angebots aus dem Vergabeverfahren.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 13.03.2024 im offenen Verfahren (Ziff. 2.1 der Bekanntmachung) einen Auftrag zur schlüsselfertigen Errichtung von drei Unterakunftsgebäuden mit 321 Wohneinheiten in der Falckenstein- Kaserne in Koblenz aus (Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union 2024/S 52-151245). Zuschlagskriterien waren nach Ziff. 5.1.10 der Bekanntmachung der Preis mit 80 Prozent und die Qualität und Fristen mit 20 Prozent. Mit Änderungsbekanntmachung vom 26.03.2024 (Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union 2024/S 61-180666) machte sie zunächst die Beantwortung von Bieterfragen bekannt und verlängerte die Angebotsfrist sowie die Ausführungsfristen. Mit letzter Änderungsbekanntmachung vom 24.06.2024 (Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union 2024/S 121-374009) hat die Antragsgegnerin nachfolgende neue Zuschlagskriterien unter Ziff. 5.1.10 der Bekanntmachung bekannt gemacht und die

Angebotsfrist bis zum 12.07.2024 verlängert. Vorgesehen war eine Gewichtung des Preises mit 80% (Kriterium 1), der Ausführungszeiten mit 5% (Kriterium 2), der Dauer der Verjährung für Mängelansprüche mit 10 % (Kriterium 3), der Verbesserung der Wärmedurchgangskoeffizienten für opake Bauteile mit 2,5 % (Kriterium 4) sowie der Verbesserung der Wärmedurchgangskoeffizienten für transparente Bauteile mit 2,5 % (Kriterium 5). In der Beschreibung heißt es hierzu zu jedem Kriterium wie folgt:

"Beschreibung: Die Zuschlagskriterien, welche Gültigkeit haben, sind Preis, Ausführungszeiten, Dauer der Verjährungsfrist für Mängelansprüche, Verbesserung der Wärmedurchgangskoeffizienten für opake Bauteile (inkl. Bietungsfaktor) und Verbesserung der Wärmedurchgangskoeffizienten für transparente Bauteile (inkl. Bietungsfaktor) Gewichtung (Prozentanteil, genau)

In dem den Vergabeunterlagen beigegefügte "Beiblatt zu Formblatt 227" (Anlage BF 3), welches nach Ziff. 10.2 der "Besonderen Vertragsbedingung" (Anlage BF 21) mit den jeweiligen Angaben der Bieter Vertragsbestandteil wird, haben die Bieter Angaben zu den oben aufgeführten Kriterien Ausführungszeit, Dauer der Verjährungsfristen und dem angebotenen Wärmedurchgangskoeffizienten zu machen. Zugleich hat die Antragsgegnerin mit dem Formblatt die Wertungsmethode festgelegt. In jedem Wertungskriterium waren 0-10 Punkte zu erreichen, die mit einem Faktor entsprechend ihrer Gewichtung zu multiplizieren waren."

So ist für das Zuschlagskriterium Preis (80%) eine relative Bewertung vorgesehen, bei der derjenige Bieter die Höchstpunktzahl von 10 Punkten erhält, der das günstigste Angebot abgegeben hat (maximal zu erreichende Punktzahl $10 \times 80\% = 800$).

Für das Kriterium "Ausführungsfrist" erhält der Bieter je Woche schnellerer Ausführung im Verhältnis zur maximal zulässigen Ausführungsfrist (148 Wochen) 0,5 Punkte, so dass bei einer angebotenen Verkürzung von 20 Wochen maximal 10 Punkte zu erlangen sind (maximal zu erreichende Punktzahl $10 \times 5\% = 50$).

Für das Kriterium "Verjährungsfrist für Mängelansprüche" erhält der Bieter 0 Punkte, wenn er die Regelverjährungsfristen des § 13 VOB/B anbietet. Bietet er eine einheitliche Verjährungsfrist von 4 Jahren für Mängelansprüche an, erhält er 2 Punkte und für jedes darüber hinausgehende Jahr einer einheitlichen Verjährungsfrist jeweils weitere zwei Punkte, wobei 10 Punkten bei einer einheitlich angebotenen Verjährungsfrist von 8 Jahren erlangt werden können (maximal zu erreichende Punktzahl $10 \times 10\% = 100$).

Zudem Kriterium 4 "Verbesserung der Wärmedurchgangskoeffizienten für opake Bauteile" heißt es:

*"Der Höchstwert des mittleren Wärmedurchgangskoeffizienten der wärmeübertragenden Umfassungsfläche für opake Außenbauteile nach den Energieeffizienzfestlegungen für klimaneutrale Neu- und Erweiterungsbauten und Gebäudesanierungen des Bundes für beheizte Zonen mit Raumtemperaturen $T \geq 19^\circ \text{C}$, ..., beträgt $0,18 \text{ [W/(m}^2\text{*K)]}$. Eine Überschreitung bzw. Verschlechterung dieses Wertes führt zum Ausschluss.*

*Es wird eine angebotene Verbesserung dieses U-Wertes bewertet, wobei ein Wert von $0,14 \text{ [W/(m}^2\text{*K)]}$ als Grenze angesetzt wird. ...*

*Pro angebotene Verbesserung des mittleren U-Wertes von 0,18 [W/(m²*K) um jeweils 0,004 W/(m²*K) erhält der Bieter 1 Punkt [...]. Bei einer angebotenen Verbesserung des mittleren U-Wertes von 0,04 W/(m²*K) (und somit auf 0,14 W/(m²*K)) erhält der Bieter 10 Punkte.*

Diese Punktzahl wird dann mit dem individuell angebotenen Bietungsfaktor (> 0 bis 1; siehe separates Beiblatt "Bietungsfaktor") multipliziert.

*Punkte = (0,18 - U-Wert Angebot [zwischen 0,14 und 0,18]) * 100 * 2,5 * Bietungsfaktor [zwischen 0 und 1] - diese werden dann mit der Gewichtung multipliziert.*

Die höchste zu erreichende Gesamtpunktzahl bei diesem Kriterium beträgt 25 Punkte (10 Punkte x Faktor 2,5 [Gewichtung] x 1 [Bietungsfaktor])."

Im Anschluss an die Tabelle, in die der jeweilige U-Wert einzugeben ist, ist ein Bietungsfaktor anzugeben. Wird kein Bietungsfaktor angegeben, gilt der Bietungsfaktor 0. Hierzu heißt es wie folgt:

"Für vorgenanntes Kriterium biete ich abweichend vom - ansonsten geltenden Bietungsfaktor von 0 - verbindlich einen Bietungsfaktor (vgl. Beiblatt Bietungsfaktor) von

..... (Angabe > 0 bis 1 möglich)

an."

Die Bewertung des Kriteriums 5 "Verbesserung der Wärmedurchgangskoeffizienten für transparente Bauteile" entspricht in der Systematik derjenigen im Kriterium 4 "Verbesserung der Wärmedurchgangskoeffizienten für opake Bauteile". Der Höchstwert des mittleren Wärmedurchgangskoeffizienten der wärmeübertragenden Umfassungsfläche für transparente Außenbauteile beträgt 1,00 [W/(m²*K)]. Für eine angebotene Verbesserung des mittleren Werts um 0,02 W/(m²*K) erhält der Bieter 1 Punkt. Die maximal erreichbaren 10 Punkte erhält damit der Bieter, der einen Wert von 0,8 W/(m²*K) anbietet. Die ermittelte Punktzahl wird auch bei diesem Kriterium - zusätzlich zum Wertungsfaktor - mit dem auf dem Beiblatt zum Formular 227 einzutragenden Bietungsfaktor (> 0 - 1) multipliziert, so dass die höchste zu erreichende Gesamtpunktzahl bei diesem Kriterium 25 Punkte (10 x 2,5% x 1 [Bietungsfaktor]).

Der in den letzten zwei Kriterien anzugebende Bietungsfaktor wird in dem "Beiblatt Bietungsfaktor" (Anlage BF 4), welches ebenfalls nach Ziff. 10.3 der Besonderen Vertragsbedingungen (Anlage BF 21) Vertragsbestandteil ist, näher erläutert. Es heißt dort unter anderem:

"Die Bieter können, ergänzend zur vorgegebenen festen Gewichtung des AG, den Zuschlagskriterien "Technischer Wert - opake Bauteile" und "Technischer Wert - transparente Bauteile" mit einem jeweils individuell angebotenen Bietungsfaktor eine von ihnen gewollte Gewichtung geben. Der Bietungsfaktor liegt zwischen 0 und 1 und ist vom Bieter mit seinem Angebot anzugeben.

Wie dem Formblatt 227 sowie dem dazugehörigen Beiblatt zu entnehmen ist, wird die durch Übererfüllung erreichbare Punktzahl (Angebotspunktwert zwischen 0 und 10 Punkten) für die Wertung mit dem individuell angebotenen Bietungsfaktor und der angegebenen Gewichtung

multipliziert [Gesamtpunktzahl des jeweiligen Zuschlagskriteriums = Punkte (zwischen 0 und 10) x Gewichtung (in Prozent) x Bietungsfaktor (zwischen 0 und 1)]. Ebenso wirkt sich der Bietungsfaktor entsprechend den u.a. Formeln auf die potentielle Abschöpfung des Bietungsvorteils bei Nichterfüllung der angebotenen Übererfüllung aus.

Für den Fall, dass die angebotene Übererfüllung und somit das Leistungssoll aus den Bieterangaben bei den Zuschlagskriterien "Technischer Wert - opake Bauteile" und "Technischer Wert - transparente Bauteile" bei der späteren Bauausführung nicht erfüllt wird, wird eine Abschöpfung des im Vergabeverfahrens erlangten Bietungsvorteils vertraglich vereinbart.

Wie bereits erläutert, kann der Bieter der auftraggeberseitig festgelegten Gewichtung der Zuschlagskriterien "Technischer Wert - opake Bauteile" und "Technischer Wert - transparente Bauteile" mit seiner Angabe des o.a. Bietungsfaktors eine von ihm gewollte Gewichtung geben. Bietungsfaktoren kleiner 1 verringern den in der Vergabephase berücksichtigten Wertungsanteil."

Das Beiblatt enthält zudem eine dezidierte Darstellung der Formel - inklusive Berechnungsbeispielen -, zur Berechnung des abzuschöpfenden Bietungsvorteils für den Fall, dass der Bieter die von ihm angebotene und verbindlich vereinbarte Übererfüllung der Mindestanforderungen in Bezug auf den Wärmedurchgangskoeffizienten nicht erfüllt:

"Abzugsbetrag = ((Angebotspunktwert [auf Basis des angebotenen U-Werts; zwischen 0 und 10] - tatsächlich geleisteter Punktwert [auf Basis des tatsächlich geleisteten U-Werts; zwischen 0 und 10])/1000) x Gewichtung [in %] x Bietungsfaktor [zwischen 0 und 1] x Nettoangebotssumme Euro"

Die Antragsgegnerin hat Eignungsanforderungen zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit aufgestellt. So fordert sie unter anderem unter Ziff. 5.1.9 c):

"Sowohl präqualifizierte als auch nicht präqualifizierte Bieter haben, zusätzlich ... durch mindestens eine bestätigte Referenz, nachzuweisen:

- Durchführung von Planung und Bauausführung eines vergleichbaren Unterkunftsgebäudes/ Wohngebäudes mit mindestens 80 WE in den letzten 8 Jahren. Dieses Referenzobjekt muss in den letzten 8 Jahren fertiggestellt (alternativ: abgenommen) sein. Vom Referenzgeber ist die vertragsgemäße Ausführung der mit der zu vergebenden Leistung vergleichbaren Referenz zu bescheinigen. Diese Referenz hat die im Formblatt 124 für Referenznachweise genannten Mindestangaben zu enthalten.

- Erfahrung als Generalunternehmer.

Die mit Spiegelstrichen versehenen Anforderungen können durch mehrere bestätigte Referenzen nachgewiesen werden, sie müssen nicht alle zusammen in einer einzigen Referenzleistung erfüllt sein. Sie sind, unabhängig von einer möglichen Präqualifizierung des Bieters, der Vergabestelle auf Verlangen nach Angebotsabgabe vorzulegen."

Mit Rügeschreiben vom 11.07.2024 rügte die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin im Rahmen der Zuschlagskriterien eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist für Mängel- und Gewährleistungsansprüche auf bis zu acht Jahre vorgesehen habe. Mit Nachricht über die Vergabepattform vom 11.07.2024 (Anlage BF 6) lehnte die Antragsgegnerin eine Abhilfe ab.

Die Antragstellerin gab zum Submissionstermin ein Angebot ab. Die Antragsgegnerin teilte den Bietern mit Schreiben vom 16.07.2024 (Anlage ASt 20) das Submissionsergebnis zur Angebotshöhe mit, nach dem die Antragstellerin auf dem dritten Platz liege. Zugleich teilte sie mit weiterem Schreiben vom 16.07.2024 mit, dass die weiteren qualitativen Wertungskriterien noch nicht abschließend ausgewertet worden seien, dass jedoch das Wertungskriterium "Dauer der Gewährleistung" nach dem Stand der Auswertung keinen Einfluss auf die Bieterreihenfolge haben werde.

Mit weiterem Rügeschreiben ihrer damaligen bevollmächtigten Rechtsanwälte vom 17.07.2024 (Anlage BF 7) rügte die Antragstellerin, dass es sich bei den Qualitätskriterien um reine Alibikriterien gehandelt habe, die aufgrund ihrer geringen Gewichtung mit kleiner beziehungsweise gleich 5 Prozent keine Auswirkung auf die Zuschlagsentscheidung haben könnten. Die Vergaberechtswidrigkeit sei für einen durchschnittlichen Bieter nicht erkennbar gewesen. Die Antragsgegnerin half auch dieser Rüge mit Schreiben vom 18.07.2024 (Anlage BF 9) nicht ab.

Mit Schreiben ihrer nunmehrigen Verfahrensbevollmächtigten vom 24.07.2024 (Anlage BF 8) machte die Antragstellerin geltend, die Änderung der Wertungsmethode und der Zuschlagskriterien im laufenden Vergabeverfahren verstoße gegen den Transparenzgrundsatz, § 97 Abs. 1 S. 1 GWB (Rüge 1). Zudem sei im Zusammenhang mit den Änderungen der Zuschlagskriterien die Angebotsfrist lediglich um drei Wochen verlängert worden, was nicht der Mindestfrist des § 10a Abs. 4 EU VOB/A entspreche (Rüge 2). Die Festlegung des Zuschlagskriteriums "Verjährungsfrist" verstoße gegen die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung; die Möglichkeiten der Verlängerung der Verjährungsfrist widerspreche den Vorgaben des § 13 VOB/B und führe zu einer unangemessenen Benachteiligung der Bieter gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB (Rüge 3). Die Gewichtung von Zuschlagskriterien mit lediglich 2,5 Prozent verstoße gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gemäß § 97 Abs. 1 S. 2 GWB, weil der Preis zu den anderen Zuschlagskriterien in einem angemessenen Verhältnis stehen müsse, was nicht gewährleistet sei, wenn diese nur eine marginale Rolle spielten (Rüge 4). Schließlich verstoße die Möglichkeit der Bieter bei der Wertung des Wärmedurchgangskoeffizienten einen Bietungsfaktor anzugeben, gegen die Grundsätze des Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit nach § 97 Abs. 1 GWB sowie die Vorgaben des § 127 Abs. 4 GWB. Die qualitativen Unterschiede in den Angeboten würden durch die subjektive Festlegung des Bietungsfaktors durch die Bieter nivelliert (Rüge 5).

Mit Schreiben vom 25.07.2024 (Anlage BF 10) wies die Antragsgegnerin diese Rügen zurück.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 25.07.2024 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt, mit dem sie die zuvor erhobenen Rügen wiederholt und konkretisiert hat.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1.ein Vergabenachprüfungsverfahren einzuleiten;

2.der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren in denjenigen Verfahrensstand zurückzusetzen, der zur vergaberechtskonformen Wiederholung der von der Vergabekammer als rechtswidrig erkannten Verfahrensschritte unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer geboten ist;

3. der Antragstellerin Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren;

4. festzustellen, dass die Zuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war;

5. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag kostenpflichtig zurückzuweisen;

2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der der Antragsgegnerin entstandenen Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Die Rügen in Bezug auf die Wertungsmethode und den Bietungsfaktor seien nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert. Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag aber unbegründet.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer vom 16.08.2024 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass aufgrund der fortgeschrittenen Angebotswertung Zweifel daran bestünden, ob die Antragstellerin die Eignungsanforderungen erfülle. Die Antragsgegnerin hatte zuvor mit Schreiben vom 24.07.2024 mit Fristsetzung bis zum 09.08.2024 unter anderem die Vorlage einer bestätigten Referenz gemäß Ziff. 5.1.9 der Bekanntmachung "Technische und berufliche Leistungsfähigkeit" gemäß Ziff. (1) c) gefordert, woraufhin die Antragstellerin eine selbst aufgestellte Projektbeschreibung hinsichtlich des Projekts "Ersatzneubau Pflegeeinrichtung Schwemlingen" sowie weitere drei vom Auftraggeber bestätigte Referenznachweise mit Fertigstellung in den letzten acht Jahren vorgelegt hatte, wobei die letzteren Referenznachweise jeweils ein Unterkunftsgebäude mit weniger als 80 Wohneinheiten betrafen.

Im Anschluss an die mündliche Verhandlung hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 19.08.2024 (Anlage BF 11) die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass nach ihrer Prüfung keine der eingereichten Referenzen die Anforderungen erfülle. Der Antragstellerin ist zu diesem Prüfergebnis unter Verweis auf § 15 Abs. 2 EU VOB/A Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 22.08.2024 gewährt worden.

Mit Schreiben vom 23.08.2024 legte die Antragstellerin dar, dass die Referenz "Ersatzneubau Pflegeheim Schwemlingen" den Bau von 82 Wohneinheiten umfasse. Dem Schreiben war als Anlage 1 die bauliche Abnahmeerklärung beigelegt. Die Antragstellerin legte zudem weitere Referenzen vor.

Mit Email vom 29.08.2024 hat die Antragsgegnerin sodann Kontakt mit dem Referenzbeauftragten betreffend das Pflegezentrum Schwemlingen aufgenommen und um Bestätigung der Angaben gebeten. Mit Email vom 10.09.2024 hat der die Angaben bestätigt und eine Referenzbescheinigung zur Verfügung gestellt (Anlage BF 15).

Mit Schriftsatz vom 10.09.2024 (BF 16) hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sie beabsichtige

die Antragstellerin mangels Eignung auszuschließen, weil auf gesondertes Verlangen vorzulegende Unterlagen nicht gemäß § 16 Abs. 1 EU VOB/A nachgefordert werden dürften. Dies hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.09.2024 gegenüber der Antragsgegnerin und im Nachprüfungsverfahren mit Schriftsatz vom 13.09.2024 (Anlage BF 17) gerügt und darauf hingewiesen, dass ein Ausschluss mangels Eignung nicht zuletzt unter Berücksichtigung der Bestimmungen über die Angebotsaufklärung und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beurteilungsfehlerhaft und vergaberechtswidrig sei.

Mit Schreiben vom 23.09.2024 (Anlage BF 19) hat die Antragsgegnerin den Ausschluss der Antragstellerin vom Vergabeverfahren gemäß § 16 Nr. 4 EU VOB/A erklärt. Zur Begründung hat sie angeführt, die Antragstellerin sei der mit Schreiben vom 24.07.2024 unter Fristsetzung bis zum 09.08.2024 geforderten Vorlage der vom Referenzgeber als vertragsgemäß bestätigten Referenzen nicht nachgekommen. Die am 09.08.2024 vorgelegten Referenzen erfüllten die Anforderungen der Bekanntmachung nicht. Eine Nachfristsetzung sei gemäß § 16 Nr. 4 EU VOB/A nicht möglich. Gegen diesen Ausschluss ihres Angebots wandte sich die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.09.2024 (Anlage BF 20).

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 27.09.2024 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Betreffend die gerügte Vergaberechtswidrigkeit der vorgenommenen Änderungen der Zuschlagskriterien sowie die geltend gemachte vergaberechtswidrig zu kurz bemessene Verlängerung der Angebotsfrist von drei Wochen, sei die Antragstellerin bereits nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert gewesen (Rügen 1 und 2). Eine Vergaberechtswidrigkeit hätte sie auch ohne vertiefte Kenntnisse des Vergaberechts bis zum Ablauf der Angebotsfrist geltend machen können. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Zuschlagkriterium "Verjährungsfrist für Mängelansprüche" sei ein zulässiges Zuschlagskriterium, da der erforderliche Bezug zwischen dem Auftragsgegenstand und der Gewährleistungsfrist gegeben sei. Auch verstoße eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist nicht gegen das Regelungssystem des § 13 EU VOB/B und bürde den Bietern kein ungewöhnliches Wagnis nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/B auf, da die Antragsgegnerin in Bezug auf die Länge der Gewährleistungsfrist den Bietern keine Vorgaben gemacht habe (Rüge 3). Vergaberechtlich zulässig sei auch die gewählte Gewichtung der Qualitätskriterien. Da diese mit insgesamt 20 Prozent in die Wertung mit einfließen, handle es sich nicht um reine Alibikriterien (Rüge 4). Schließlich sei auch der bei den qualitativen Kriterien 4 und 5 (Wärmedurchgangskoeffizient) als zusätzlicher Faktor eingeführte Bietungsfaktor vergaberechtlich zulässig (Rüge 5). Angesichts des Umstands, dass ein Vergabefehler nicht feststellbar sei, könne die Frage, ob die Antragsgegnerin die Antragstellerin vergaberechtsfehlerfrei ausgeschlossen hat, offen gelassen werden.

Am 07.10.2024 im Nachgang zu der Entscheidung der Vergabekammer teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit erneutem Bieterinformationsschreiben, datierend auf den 23.09.2024, mit, dass sie wegen nicht nachgewiesener Eignung von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werde und der Zuschlag am 18.10.2024 auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werde. Das Schreiben enthielt eine vertiefte Begründung der Ausschlussentscheidung sowie eine fiktive Angebotswertung, nach der die Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hatte.

Gegen den Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 11.10.2024 - eingegangen am selben Tag - sofortige Beschwerde eingelegt. Sie ist der Ansicht, der Ausschluss ihres Angebots sei vergaberechtswidrig erfolgt. Die durchgeführte Aufklärung

habe ergeben, dass die von ihr eingereichte Referenz (Pflegezentrum Schwemlingen) den aufgestellten Anforderungen genüge. Dieses Auslegungsergebnis müsse die Antragsgegnerin berücksichtigen. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag begründet, da die festgelegte Wertungsmethode mit der Möglichkeit zur Angabe eines Bietungsfaktors vergaberechtswidrig sei. Der anzugebende Bietungsfaktor ermögliche keine objektive Wirtschaftlichkeitsbewertung, da ihm kein objektiver Mehrwert gegenüberstehe. Durch den Bietungsfaktor würden gerade nicht Wärmedurchgangskoeffizienten und Lebenszykluskosten, sondern allein das Leistungsversprechen als solches bewertet. Durch die Angabe eines hohen Bietungsfaktors könne eine hohe Punktzahl erreicht werden, ohne dass dem ein tatsächlicher produktbezogener Mehrwert gegenüberstünde. Die Bieter könnten durch subjektive Festlegungen des Bietungsfaktors Einfluss auf die Wirtschaftlichkeitsbewertung nehmen, und die qualitativen Unterschiede würden durch die subjektiven Angaben der Bieter nivelliert. Schließlich stelle die geforderte Angabe des Bietungsfaktors eine zusätzliche, das gesetzliche Höchstmaß übersteigende Vertragsstrafe und damit eine unangemessene Benachteiligung des Bieters nach § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB dar. Die Regelung zur Abschöpfung des Bietungsvorteils bürde der Antragstellerin auch ein unzumutbares Wagnis nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A auf und verstoße gegen die vergaberechtlichen Vorgaben in § 8a Abs. 1 S. 1 EU VOB/A.

Die Antragstellerin beantragt,

- 1.den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes in Bezug aufzuheben;
- 2.der Antragsgegnerin aufzugeben, den Ausschluss der Antragstellerin zurückzunehmen;
- 3.der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand der Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen und die Zuschlagskriterien nach den vom Senat getroffenen Maßgaben vergaberechtsgemäß auszugestalten;
- 4.der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen;
- 5.festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

- 1.- hilfsweise - die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 27.09.2024 ([VK 2-69/24](#)) kostenpflichtig zurückzuweisen;
- 2.festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller nicht notwendig war.

Die mit Beiladungsbeschluss vom 26.02.2025 zum Verfahren hinzugezogene Beigeladene beantragt,

- 1.die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen;

2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der Aufwendungen der Beigeladenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer. Sie sind der Ansicht, die Beschwerde habe bereits deshalb keine Aussicht auf Erfolg, weil das Angebot der Antragstellerin wirksam ausgeschlossen worden sei und der Antragstellerin mithin kein Schaden drohe. Neben dem zwingenden Ausschlussgrund des § 16 Nr. 4 EU VOB/A sei das Angebot auch nach § 16 Nr. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 EU VOB/A wegen unzulässiger Änderungen der Vergabeunterlagen auszuschließen, weil die Antragstellerin im Angebotsschreiben unter dem Punkt "Anlagen, die Vertragsbestandteil werden" das aufgeführte "Beiblatt Bietungsfaktor" nicht angekreuzt habe, was die Antragsgegnerin erstmals im Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 20.11.2024 geltend macht.

Die Beigeladene ist darüber hinaus der Ansicht, es fehle der Antragstellerin die Antragsbefugnis. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes könne sich ein Bieter, der durch eine bestandskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde, nicht auf seine zweite Chance berufen. Die Antragstellerin habe den nach der Entscheidung der Vergabekammer erklärten Ausschluss ihres Angebots vom 07.10.2024 nicht gerügt, weshalb er bestandskräftig geworden sei.

Im Übrigen verteidigen die Antragsgegnerin und die Beigeladene den in den qualitativen Kriterien zum Wärmedurchgangskoeffizienten anzugebenden Bietungsfaktor als vergaberechtlich.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, der Bietungsfaktor sei kein Zuschlagskriterium, sondern ein vom Bieter anzugebender Faktor, der die Belastbarkeit seines Leistungsversprechens abbilden solle. Das Zuschlagskriterium selbst und die Punktevergabe folgten einem schlichten Wenn-Dann-Schema und die Gewichtung sei in den Vergabeunterlagen festgelegt worden. Weder einem Zuschlagskriterium noch einem Faktor müsse zwingend ein "Produktbezogener Mehrwert" gegenüberstehen. Dies folge aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Az.: C-448/01 - Wienstrom). Soweit der Bietungsfaktor subjektiv-individuell festgelegt werde und auf die Wertung Einfluss nehme, verstoße dies nicht gegen vergaberechtliche Grundsätze, da Bieter mit subjektiven Angaben jenseits der Mindestanforderungen regelmäßig auf eine Angebotswertung Einfluss nehmen würden. Die Angabe des Bieters, inwieweit er zu seinem Leistungsversprechen stehe oder nicht, könne nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung der Bieter führen.

Die Beigeladene führt darüber hinaus an, es sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass beim Wärmedurchgangskoeffizienten über den Bietungsfaktor eine vertragliche Konsequenz mit dem Leistungsversprechen verknüpft werde. Der Bieter verspreche die Einhaltung des Wärmedurchgangskoeffizienten als qualitatives Merkmal. Dass der Bieter durch die eigene subjektive Angabe eines Bietungsfaktors Einfluss auf das Wertungsergebnis nehmen könne, sei nicht vergaberechtswidrig, denn der Bieter tätige bei allen Zuschlagskriterien - wie beim Preis oder allen sonstigen Kriterien - subjektive Festlegungen und nehme damit naturgemäß auf das Wertungsergebnis Einfluss. Nicht die Gewichtung von 2,5 Prozent der Kriterien 4 und 5 (Wärmedurchgangskoeffizient) werde geändert, sondern lediglich der erreichbare Punktwert vom Bieter. Dies ergebe sich bereits aus der eindeutigen mathematischen Formel. Der Sache

nach werde durch die Angabe des aus Sicht des Bieters erreichbaren Wärmedurchgangskoeffizienten und dem von ihm anzugebenden Bietungsfaktor nichts anderes als ein Leistungsversprechen mit gesondert erklärter Risikoübernahme abgefragt, da das Nichterreichen des angegebenen Werts nach dem Grad der Risikoübernahme durch die Abschöpfung des Bietungsvorteils sanktioniert werde. Der Bieter prognostiziere hierdurch, wie wahrscheinlich er den Wärmekoeffizienten auf ein bestimmtes Maß verbessern könne. Dies sei vergleichbar mit Angaben zum Preis, bei denen der Bieter im Zuge der Kalkulation eine Prognose erstellt, ob seine Mitarbeiter innerhalb der von ihm kalkulierten Zeit eine bestimmte Leistung erbringen.

II.

Die nach §§ [171](#), [172](#) GWB zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache Erfolg.

1. Der Nachprüfungsantrag ist - soweit die Rügen noch Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind - insgesamt zulässig.

a. Die Antragstellerin wendet sich im Nachprüfungsverfahren gegen den Ausschluss ihres Angebots und kritisiert die Wertungsmethode aufgrund des Bietungsfaktors als vergaberechtswidrig. Nicht mehr Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind demgegenüber die Rügen 1 bis 4. Soweit die Antragstellerin die Änderung der ursprünglich bekannt gemachten Wertungsmethode und der Zuschlagskriterien im laufenden Verfahren als Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz (Rüge 1) oder die Verlängerung der Angebotsfrist um lediglich drei Wochen als vergaberechtsfehlerhaft beanstandet hat (Rüge 2), verfolgt sie diese Rügen im Beschwerdeverfahren nicht weiter, nachdem die Vergabekammer sie als nach § [160](#) Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert angesehen hat. Ebenfalls nicht mehr Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind die Rügen, das Zuschlagskriterium "Verjährungsfrist für Mängelansprüche" stelle als Zuschlagskriterium eine unangemessene Benachteiligung der Bieter nach § [307](#) Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB dar (Rüge 3), und die Gewichtung der Zuschlagskriterien verstoße gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nach § [97](#) Abs. 1 GWB (Rüge 4).

b. Für die übrigen geltend gemachten Vergaberechtsverstöße liegt die erforderliche Antragsbefugnis nach § [160](#) Abs. 2 GWB vor. Gemäß § [160](#) Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § [97](#) Abs. 4 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, sofern ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

aa. Die Antragstellerin hat vorliegend durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse an dem Auftrag dokumentiert und macht im Beschwerdeverfahren geltend, die von der Antragsgegnerin festgelegte Wertungsmethode mit der Möglichkeit der Angabe eines Bietungsfaktors sei vergaberechtswidrig und verstoße gegen die Grundsätze des Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit nach § [97](#) Abs. 1 GWB sowie die Vorgaben des § [127](#) Abs. 4 GWB. Zudem sei der Ausschluss ihres Angebots vergaberechtswidrig unter Verstoß gegen § [16](#) Nr. 4 EU VOB/A sowie § [16](#) Nr. 2 i. V. m. § [13](#) Abs. 1 Nr. 5 EU VOB/A erfolgt. Durch diese Vergaberechtsverstöße sei sie in ihren Rechten (§ [97](#) Abs. 6 GWB) verletzt worden.

bb. Die Antragstellerin hat zudem hinreichend nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden droht. Ein Schaden droht, wenn der Antragsteller im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte (BGH, Beschl. v. 10.11.2009 - [X ZB 8/09](#), [NZBau 2010, 124](#) Rn 32), wenn also die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (BVerfG, Beschl. v. 29.07.2004 - [2 BvR 2248/03](#), [NZBau 2004, 564](#), 565). Der grundsätzliche Anspruch eines Bieters auf ein fehlerfreies Vergabeverfahren wird in seiner Durchsetzbarkeit im Nachprüfungsverfahren also kraft Gesetzes auf (potentiell) schadenskausale Vergaberechtsverstöße begrenzt (OLG Koblenz, Beschl. v. 04.02.2009 - [1 Verg 4/08](#), [ZfBR 2009, 292](#), 294). Das Nachprüfungsverfahren ist kein abstraktes Instrument zur Fehlerkontrolle, sondern dient dem Individualrechtsschutz (OLG Thüringen, Beschl. v. 12.04.2012 - [2 Verg 2/12](#), Rn. 116; OLG München, Beschl. v. 11.04.2013 - [Verg 3/13](#), [BeckRS 2013, 7174](#)). Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist daher erforderlich, dass der den Nachprüfungsantrag stellende Bieter schlüssig behauptet, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften im Verlauf des Vergabeverfahrens verletzt worden sein sollen und dass er ohne die Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zuschlags hätte, so dass der behauptet eingetretene oder drohende Schaden auf die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften zurückzuführen ist (BGH, Beschl. v. 18.05.2004 - [X ZB 7/04](#), [BeckRS 2004, 6261](#); Senat, Beschl. v. 16.02.2006 - [VII-Verg 6/06](#), [BeckRS 2006, 4700](#) Rn 13).

Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen ist die Antragstellerin antragsbefugt. Ihre Chancen auf Zuschlagserteilung sind durch die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße verschlechtert worden. Ohne Erfolg macht die Beigeladene in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 25.03.2025 unter Hinweis auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 09.02.2023, Az. [C-53/22](#) geltend, das Angebot der Antragstellerin sei rechtskräftig ausgeschlossen worden, weshalb der Antragstellerin durch eine vergaberechtlich zu beanstandende Wertungsmethode kein Schaden drohe. Der mit Schreiben vom 23.09.2024 erklärte Angebotsausschluss ist jedoch nicht in Bestandskraft erwachsen. Die Antragstellerin war nicht gehindert, den geltend gemachten Verstoß gegen § 16 Nr. 4 EU VOB/A sowie § 16 Nr. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 EU VOB/A zum Gegenstand des Vergabenachprüfungsverfahrens zu machen, ohne dass es hierzu einer Rüge gegenüber der Antragsgegnerin bedurfte. Es ist keine Rügepräklusion gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1- 3 GWB eingetreten. Die Antragsgegnerin hat den Angebotsausschluss während des laufenden und noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Vergabenachprüfungsverfahrens nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer und vor der Entscheidung der Vergabekammer vom 27.09.2024 erklärt. Das ebenfalls auf den 23.09.2024 datierte Schreiben vom 07.10.2024 (Anlage BF 23) stellt keine neue Entscheidung über den Ausschluss dar, sondern stützt die Entscheidung zusätzlich auf eine weitere Begründung. Eine Rüge der Antragstellerin vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens war daher zeitlich gar nicht möglich und demzufolge auch nicht erforderlich. Weitere mögliche Vergaberechtsverstöße können selbst dann zum Gegenstand des bereits eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens gemacht werden, wenn das Nachprüfungsverfahren zunächst unzulässig war, weil es aufgrund eines nicht, nicht unverzüglich oder inhaltlich unzureichend gerügten Verstoßes eingeleitet worden ist (Senat, Beschl. v. 18.09.2024 - [Verg 16/24](#), [BeckRS 2024, 33912](#) Rn 46; Senat, Beschl. v. 13.04.2011 - [VII Verg 58/10](#), [ZfBR 2011, 508](#), 512). Es muss sich nur um einen weiteren Vergaberechtsverstoß handeln, der zulässig beanstandet, insbesondere - wie vorliegend - nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert ist (Senat, Beschl. v. 18.09.2024 - [Verg 16/24](#), [BeckRS 2024, 33912](#) Rn 46; Senat, Beschl. v. 13.04.2011 - [VII Verg 58/10](#), [ZfBR 2011, 508](#), 512). Ob ein erst später im laufenden Vergabenachprüfungsverfahren erkannter oder erkennbarer

Verfahrensverstoß zumindest unmittelbar und unverzüglich vor der Vergabekammer oder gegebenenfalls im Beschwerdeverfahren geltend zu machen ist (Brandenburgischen OLG, Beschl. v. 10.01.2012, [Verg W 18/11](#) mwNachw.; Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 Rn. 68), bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Dieses Erfordernis ist vorliegend erfüllt. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 24.09.2024 adressiert an die Vergabekammer (Anl. BF 20) den Ausschluss ihres Angebots beanstandet.

c. Der Nachprüfungsantrag ist nicht nach § [160](#) Abs. 3 GWB unzulässig.

aa. Zwar hat die Antragstellerin die Vergaberechtswidrigkeit der Wertungsmethode aufgrund des Bietungsfaktors erst mit Schreiben ihrer jetzigen Verfahrensbevollmächtigten vom 24.07.2024 (Anlage BF 8) und damit nach Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gerügt. Dies führt aber nicht zur Rügepräklusion nach § [160](#) Abs. 3 Satz 1 GWB.

(1) Nach § [160](#) Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Vergaberechtsverstöße, die aufgrund der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht 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 Vergabevorschriften ist - immer bezogen auf den konkreten Einzelfall - zu bejahen, wenn der Verstoß von einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter des angesprochenen Bieterkreises bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen erkannt werden kann (Senat, Beschl. v. 03.04.2019 - VII Verg 49/18; Beschl. v. 26.07.2018 - VII [Verg 23/18](#); Beschl. v. 28.03.2018 - [VII Verg 54/17](#) und Beschl. v. 15.01.2020 - 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 (Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 Rn 48). In Bezug auf die zu rügenden Vergaberechtsverstöße, welche sich aus den Vergabeunterlagen ergeben (§ [160](#) Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB) ist für eine Präklusion mithin erforderlich, 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 (Senat, Beschl. v. 26.07.2018 - VII [Verg 23/18](#); Beschl. v. 15.01.2020 - VII Verg 20/19, [BeckRS 2020, 1327](#) Rn 37; OLG München, Beschl. v. 22.10.2015 - [Verg 5/15](#)). Eine Rügepräklusion kommt damit in der Regel nur für auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhende und ins Auge fallende Rechtsverstöße in Betracht (vgl. Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 Rn 49). Der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebotes beziehungsweise seiner Bewerbung auffallen muss (Senat, Beschl. v. 03.08.2011 - [VII Verg 16/11](#), ZFBR 2021, 72, 74). Daher genügt es nicht, wenn die gerügten Verstöße gegen das Transparenz- und Wirtschaftlichkeitsgebot bereits in der Leistungsbeschreibung angelegt waren (Senat, Beschl. v. 02.05.2018 - [VII Verg 3/18](#)). So können etwa von einem durchschnittlich fachkundigen Bieter, auf den abzustellen ist (vgl. Wiese, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Auflage, § [160](#) GWB Rn. 126 f. mwN), etwa vertiefte Rechtskenntnisse, die es erlauben, die Vergaberechtskonformität eines Bewertungssystems zu beurteilen, nicht zu erwartet werde (vgl. auch Senat, Beschl. v. 29.04.2015, [VII Verg 35/14](#)).

(2) Ausgehend von diesen Maßstäben war die geltend gemachte Vergaberechtswidrigkeit des Bietungsfaktors, der bei den Zuschlagskriterien 4 und 5 (Wärmedurchgangskoeffizient) als

zusätzlicher Faktor anzugeben war, für die Antragstellerin nicht erkennbar. Es handelt sich um komplexe Fragen der Vergaberechtskonformität eines Wertungssystems, die rechtlich zu bewerten sind. Auch ist nichts dafür ersichtlich, dass die Antragstellerin die gerügten Vergaberechtsverstöße im Sinne des § 160 Abs. 3 Nr. 1 und 2 bzw. 3 GWB vor dem Ablauf der Angebotsfrist und damit vor der Beratung durch ihre damaligen Verfahrensbevollmächtigten beziehungsweise ihre aktuellen Verfahrensbevollmächtigten erkannt hätte oder hätte erkennen können.

bb. Wie bereits oben unter b.bb. ausgeführt ist der Nachprüfungsantrag auch in Bezug auf den geltend gemachten vergaberechtswidrigen Ausschluss der Antragstellerin vom Vergabenaachprüfungsverfahren nicht nach § 160 Abs. 3 GWB unzulässig.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Wertungsmethode der Antragsgegnerin ist vergaberechtswidrig, soweit sie für die Bewertung der Zuschlagskriterien 4 und 5 (Verbesserung der Wärmedurchgangskoeffizienten für opake und transparente Bauteile) einen individuell von jedem Bieter selbst zu bestimmenden sog. Bietungsfaktor enthält.

Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob bedingt durch den Bietungsfaktor tatsächlich eine variable Gewichtung des jeweiligen Zuschlagskriteriums in einer Spanne von 0 % - 2,5 % festgelegt worden ist (siehe unter 1.) oder ob er bei Annahme einer festen Gewichtung von 2,5 % eine eigenständige Variable der Wertungsmethode darstellt (siehe unter 2.).

1. Sollte die Antragsgegnerin für die Zuschlagskriterien 4 und 5 (Verbesserung der Wärmedurchgangskoeffizienten für opake und transparente Bauteile) durch den individuell vom Bieter zwischen > 0 und 1 zu bestimmenden Bietungsfaktor tatsächlich eine variable Gewichtung in einer Spanne von 0 % - 2,5 % festgelegt haben, liegt ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) vor.

a. Vieles spricht dafür, dass die Antragsgegnerin tatsächlich eine variable Gewichtung hat festlegen wollen. Der Inhalt der Änderungsbekanntmachung vom 24.06.2024 und die Angaben in den Vergabeunterlagen bedürfen insoweit der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB.

Die Angaben in der Auftragsbekanntmachung vom 24.06.2024 sind nicht eindeutig. So heißt es zwar bei dem jeweiligen Zuschlagskriterium "Gewichtung (Prozentanteil, genau)". Ein genauer Prozentanteil für die Gewichtung liegt aber nicht nur dann vor, wenn der Auftraggeber ihn vorher festlegt, sondern auch dann, wenn eine vorgegebene Gewichtung mit einem individuellen Bietungsfaktor multipliziert wird. Dass der Bietungsfaktor für die bekannt gemachten Zuschlagskriterien und deren Gewichtung aus Sicht des objektiven Erklärungsempfängers offenbar auch eine Rolle spielen sollte, ergibt sich daraus, dass hinter der Nennung des Zuschlagskriteriums (Verbesserung der Wärmedurchgangskoeffizienten für opake und transparente Bauteile) jeweils der Klammerzusatz "inkl. Bietungsfaktor" aufgeführt ist. Nicht eindeutig sind zudem die Angaben der Antragsgegnerin in den übrigen Vergabeunterlagen. Im "Beiblatt zu Formblatt 227" (Anlage BF 3) ist zwar für die in Rede stehenden Zuschlagskriterien 4 und 5 explizit eine Gewichtung von 2,5 % und folgende Berechnungsmethode genannt: erzielte Punkte x 2,5 (Gewichtung) x Bietungsfaktor. Hierbei kann die Stellung des Bietungsfaktors innerhalb der Berechnungsformel allerdings nicht als belastbares Auslegungskriterium herangezogen werden. Faktoren einer mathematischen Formel können beliebig in ihrer Position

vertauscht werden, ohne dass dies einen Einfluss auf das mathematische Ergebnis hätte. Nur der Vollständigkeit halber weist der Senat darauf hin, dass sowohl im "Beiblatt Bietungsfaktor" (Anlage BF 4) als auch im "Beiblatt zu Formblatt 227" (Anlage BF 3, vgl. Ziff. 4 Abs. 6) die Antragsgegnerin die folgende Formel verwendet: $\text{Angebotspunktwert} \times \text{Gewichtung} \times \text{Bietungsfaktor}$. Soweit im "Beiblatt zu Formblatt 227" bei der Beschreibung der Berechnungsformel unter Ziff. 4 Abs. 3 und 4 der Bietungsfaktor vor der Gewichtung genannt wird, die Position also verschiedentlich dargestellt werden, dürfte dies dem Umstand geschuldet sein, dass der Position eines Faktors bei einer Multiplikation für das Ergebnis keine Bedeutung zukommt.

Allerdings ist im "Beiblatt Bietungsfaktor" (Anlage BF 4) neben der festen Gewichtung des Auftraggebers von einer vom Bieter "gewollten" Gewichtung die Rede, die durch den individuell angebotenen Bietungsfaktor bestimmt werden kann. So heißt es dort unter Ziff. 1 im ersten und vierten Absatz wörtlich:

"Die Bieter können, ergänzend zur vorgegebenen festen Gewichtung des AG, den Zuschlagskriterien "Technischer Wert - opake Bauteile" und "Technischer Wert - transparente Bauteile" mit einem jeweils individuell angebotenen Bietungsfaktor eine von ihnen gewollte Gewichtung geben. Der Bietungsfaktor liegt zwischen 0 und 1 und ist vom Bieter mit seinem Angebot anzugeben.

...

Wie bereits erläutert, kann der Bieter der auftraggeberseitig festgelegten Gewichtung der Zuschlagskriterien "Technischer Wert - opake Bauteile" und "Technischer Wert - transparente Bauteile" mit seiner Angabe des o.a. Bietungsfaktors eine von ihm gewollte Gewichtung geben. Bietungsfaktoren kleiner 1 verringern den in der Vergabephase berücksichtigten Wertungsanteil."

Diese Formulierungen deutet also eher darauf hin, dass die "feste Gewichtung" von 2,5 % lediglich eine Berechnungsgröße für die durch den Bietungsfaktor zwischen > 0 und 1 mögliche variable Gewichtung in einer Spanne von 0 % - 2,5 % ist.

b. Sollte die Gewichtung der Zuschlagskriterien 4 und 5 tatsächlich mittels einer Spanne erfolgen, wäre dies wohl nicht von vornherein vergaberechtswidrig.

So räumt § 58 Abs. 3 Satz 2 VgV dem öffentlichen Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit ein, die Gewichtung mittels einer Spanne anzugeben, deren Bandbreite angemessen sein muss. Anstatt die Gewichtung einzelner Zuschlagskriterien starr festzulegen, kann der öffentliche Auftraggeber diese flexibel halten, indem er einem Zuschlagskriterium nicht einen bestimmten Prozentsatz zuweist, sondern eine Spanne (z.B. zwischen 30-50 %) bestimmt, innerhalb derer die jeweilige Gewichtung liegen soll. Die konkrete Gewichtung erfolgt dann erst bei der Bewertung der Angebote (Gnittke/Hattig, in: Müller-Wrede, VgV, 2. Aufl., § 58 Rn. 222, 224). Hiervon darf aber nur im Ausnahmefall Gebrauch gemacht werden. Spannen verstoßen regelmäßig gegen das Transparenzgebot, weil sich die Bieter bei der Erstellung ihrer Angebote nicht sicher darauf einstellen können, anhand welcher konkreter Maßstäbe die Angebote bei der Wertung miteinander verglichen werden (Steck, in: Ziekow/Völlink, 5. Aufl., VgV § 58 Rn. 38).

Unabhängig davon, ob die genannte Regelung aus der VgV auf § 16d Abs. 2 Nr. 2 VOB/A-EU

übertragen werden kann und die Voraussetzungen für die nur ausnahmsweise gestattete Angabe einer Gewichtungsspanne vorliegen, läge hier in jedem Fall ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Es ist in jedem Fall unzulässig, innerhalb derselben Spanne auf unterschiedliche Angebote unterschiedliche Gewichtungsprozentsätze anzuwenden (Gnittke/Hattig, in: Müller-Wrede, VgV, § 58 Rn. 225; Steck, in: Ziekow/Völlink, 5. Aufl., VgV § 58 Rn. 38; Kraus, VergabeR 2011, 171, 176). Gerade zu solchen unterschiedlichen Gewichtungsprozentsätzen würde es vorliegend aber kommen, je nachdem welcher Bietungsfaktor von dem einzelnen Bieter zwischen > 0 und 1 angegeben wird.

2. Ein Vergaberechtsverstoß liegt aber auch dann vor, wenn es sich bei dem Bietungsfaktor neben dem ermittelten Punktwert und der Gewichtung um eine eigenständige Variable der Bewertungsmethode handeln sollte, so wie die Antragsgegnerin geltend macht. Insoweit liegt ein Verstoß gegen § 127 Abs. 1 S. 1 GWB, § 16 d Abs. 2 Nr. 1 VOB/A-EU und den Gleichbehandlungsgrundsatz vor.

Eine Bewertungsmethode zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots gemäß § 127 Abs. 1 S. 1 GWB, § 16 d Abs. 2 Nr. 1 VOB/A-EU ist dann erforderlich, wenn - so wie hier - nicht nur der Preis, sondern auch die Leistungsstärke des Angebots anhand weiterer Zuschlagskriterien bewertet werden soll. Da bei einer Bewertung von Preis und Leistung die Angebotspreise in Euro vorliegen und die Leistungsstärke der Angebote in Leistungspunkten, stellt sich die Frage, welches Mehr an Leistung welches Mehr an Preis rechtfertigt. Um das objektiv beantworten zu können, muss das Preis-Leistungsverhältnis durch eine mathematische Formel, die Zuschlagsformel einer Bewertungsmethode, dargestellt werden. Dabei hat der öffentliche Auftraggeber die einzelnen Berechnungsgrößen transparent und unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes festzulegen. Damit ist nicht zu vereinbaren, wenn es dem Bieter überlassen bleibt, eine Variable der mathematischen Umrechnung eigenständig mit der Folge zu bestimmen, dass das von dem Auftraggeber gefundene Wertungsergebnis abgeändert wird.

Die Antragsgegnerin hat sich bei der Bewertung der Unterkriterien 4 und 5, die dann zu tragen kommt, wenn der Bieter die an den Wärmedurchgangskoeffizienten gestellte Mindestanforderung unterschreitet bzw. die Anforderung übererfüllt, für eine Bewertung nach Punkten entschieden. Für jede Verbesserung des mittleren Werts um $0,02 \text{ W}/(\text{m}^2 \cdot \text{K})$ erhält der Bieter 1 Punkt bis maximal 10 Punkte. Dies ist vergaberechtlich nicht zu kritisieren. Zu beanstanden ist aber, dass der Bieter durch Angabe eines Bietungsfaktors zwischen > 0 und 1 die Punktebewertung der Antragsgegnerin verändern kann, ohne dass die Antragsgegnerin hierauf Einfluss hat. Im Extremfall kann dies dazu führen, dass verschiedene Bieter denselben Wärmedurchgangskoeffizienten angeboten und von der Antragsgegnerin hierfür dieselbe Punktzahl erhalten haben, jedoch aufgrund eines unterschiedlichen Bietungsfaktors der eine Bieter 2,5 Punkte ($10 \text{ Punkte} \times 0,1 \text{ Bietungsfaktor} \times 2,5 \text{ Gewichtung}$) und der andere 25 Punkte ($10 \text{ Punkte} \times 1 \text{ Bietungsfaktor} \times 2,5 \text{ Gewichtung}$) erhält. Dies ist mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung nicht zu vereinbaren. Ohne Erfolg macht die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang geltend, der Angebotsinhalt sei wegen des unterschiedlichen Bietungsfaktors nicht gleich. Dies ist tatsächlich aber nicht der Fall. Der vom Bieter anzugebende Bietungsfaktor ist nicht Inhalt der angebotenen und im Rahmen der Zuschlagskriterien 4 und 5 zu bewertenden Leistung. Die nachgefragte Bauleistung umfasst die schlüsselfertige Errichtung von drei Unterkunftsgebäuden, wobei ein niedrigerer als der von der Antragsgegnerin vorgegebene Wärmedurchgangskoeffizient für opake und transparente Bauteile angeboten werden kann. Der anzugebende Bietungsfaktor ist ein reiner Berechnungsfaktor. Er ist (zunächst) nur Bestandteil der Wertungsformel. Im Fall der Zuschlagserteilung und Nichterfüllung des angebotenen

Wärmedurchgangskoeffizienten wirkt er sich sodann bei der Höhe des abzuschöpfenden Bietungsvorteils aus. Ein separat vom Auftraggeber zu bewertendes Zuschlagskriterium "Vertragstreue" oder "Erfüllungswahrscheinlichkeit" hat die Antragsgegnerin aber ebenso wenig festgelegt wie die "Bereitschaft zur Risikoübernahme" in Bezug auf die Abschöpfungsregelung. Es ist auch nicht so, dass die Antragsgegnerin - so ihr Vortrag - mittels des Bietungsfaktors die Wahrscheinlichkeit bewertet, ob der Bieter seine Zusage für einen geringeren Wärmedurchgangskoeffizienten im Falle der Zuschlagserteilung wird einhalten können. Eine solche Bewertung findet durch die Antragsgegnerin anhand des Bietungsfaktors nicht statt. Die Antragsgegnerin bestimmt die Höhe des Bietungsfaktors nicht. Dies macht allein der jeweilige Bieter im Wege der Selbsteinschätzung, ohne dass in den Vergabeunterlagen und dort insbesondere im "Beiblatt zu Formular 227" (Anlage BF 3) und "Beiblatt Bietungsfaktor" (Anlage BF 4) vorgegeben ist, was mit dem Bietungsfaktor und dessen Höhe überhaupt zum Ausdruck gebracht werden soll und nach welchen Kriterien er zu bestimmen ist. Er ist daher in sein Belieben gestellt und eröffnet Manipulationsgefahren. Hinzu kommt, dass eine Überprüfung der Höhe des angegebenen Bietungsfaktors durch die Antragsgegnerin nicht erfolgt und nach ihrem Vorbringen auch nicht beabsichtigt ist. Soll der Bietungsfaktor aber - so wie die Antragsgegnerin zuletzt mit Schriftsatz vom 01.04.2025 vorgetragen hat - ein Gradmesser zur Bewertung des Leistungsversprechens im Rahmen der vom öffentlichen Auftraggeber vorzunehmenden Prognose über die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung dieses Versprechens sein, kann er diese Prognose nicht dem Bieter überlassen. Nicht nur die Wertung der Angebote ist alleinige Sache des öffentlichen Auftraggebers, sondern auch die Einschätzung, ob der Bieter sein Leistungsversprechen wird erfüllen können. Dabei darf ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Bieter ihre vertraglichen Zusagen auch erfüllen werden (vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 07.09.2022 - [15 Verg 8/22](#), [NZBau 2022, 615](#) Rn 35; Senat, Beschl. v. 15.01.2020 - VII Verg 20/19; Senat, Beschl. v. 26.08.2018 - [Verg 23/18](#), BeckRS 2018, 55846 Rn 62; Senat, Beschl. v. 15.07.2015 - [VII Verg 11/15](#); KG Berlin, Beschl. v. 21.11.2014 - [Verg 22/13](#)). Sollten sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass dies zweifelhaft ist, ist der öffentliche Auftraggeber - bevor er das Angebot ausschließt - aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter (§ 97 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 GWB) gehalten, durch Einholung ergänzender Informationen die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens beziehungsweise die hinreichende Leistungsfähigkeit des Bieters zu verifizieren (EuGH, Urt. v.04.12.2003, [C-448/01](#) - Wienstrom; Senat, Beschl. v. 15.01.2020 - VII Verg 20/19; Senat, Beschl. v. 26.08.2018 - [Verg 23/18](#), BeckRS 2018, 55846 Rn 62; KG Berlin, Beschl. v. 21.11.2014 - [Verg 22/13](#); vgl. auch OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.11.2012 - [Verg W 10/12](#), [BeckRS 2013, 7532](#)), wobei er in der Wahl seines Überprüfungsmitels im Grundsatz frei ist (Senat, Beschl. v. 15.01.2020 - VII Verg 20/19; OLG München, Beschl. v. 11.05.2007 - [Verg 4/07](#), [NJOZ 2008, 2351](#), 2356; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 127 GWB Rn 28).

Würde daher durch den Bietungsfaktor tatsächlich die selbst eingeschätzte Erfüllungswahrscheinlichkeit zum Ausdruck gebracht, dürfte die Antragsgegnerin einen geringeren Bietungsfaktor als 1 gar nicht ohne weiteres hinnehmen, sondern müsste in eine Aufklärung eintreten und ggfls. einen Angebotsausschluss in Erwägung ziehen.

b. Ist somit die für die Zuschlagskriterien 4 und 5 vorgesehene Wertungsmethode vergaberechtswidrig, bedarf es keiner weiteren Ausführungen dazu, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen worden ist. Das Vergabeverfahren ist in den Stand vor Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen, so dass die Antragstellerin unabhängig von dem erklärten Angebotsausschluss eine sog. zweite Chance erhält.

3. Ein weitergehendes - über das durch die Vergabekammer gewährte Akteneinsichtsrecht hinausgehendes - steht der Antragstellerin nicht zu. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. u.a. Senat, Beschl. v. 09.01.2020 - [VII-Verg 10/18](#) = VergabeR 2020, 541 ff.) hat der Anspruch auf Akteneinsicht im Vergabenachprüfungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (ebenso OLG Naumburg, Beschl. v. 01.06.2011 - [2 Verg 3/11](#)). Die Beschleunigungsbedürftigkeit von Vergabenachprüfungsverfahren steht einem gänzlich voraussetzungslosen Akteneinsichtsanspruch aus § [165](#) Abs. 1 GWB entgegen (Senat, Beschl. v. 14.12.2020 - VII-Verg 30/20; Senat Beschl. v. 25.09.2017 - [VII-Verg 19/17](#)). Ein Anspruch auf Akteneinsicht setzt vielmehr über den Wortlaut von § [165](#) Abs. 1 GWB hinaus einen das Akteneinsichtsgesuch begründenden beachtlichen und entscheidungserheblichen Sachvortrag voraus. Das Akteneinsichtsrecht besteht nur in dem Umfang, wie es zur Durchsetzung der subjektiven Rechte des Antragstellers erforderlich ist (Senat, Beschl. v. 19.02.2020 - [VII-Verg 26/17](#)). Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, inwieweit eine weitere Akteneinsicht zur Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte erforderlich ist.

4. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach §§ [175](#) Abs. 2, [72](#) Nr. 2 GWB i. V. m. § [156](#) Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist nicht angezeigt. Die Entscheidung des Senats beruht auf der Rechtsfrage der Zulässigkeit des Bietungsfaktors, zu der sich die Beigeladene und auch die übrigen Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung umfassend erklärt haben. Nachdem der Beigeladenen nach Schluss der mündlichen Verhandlung und Klärung des Vorliegens von Geschäftsgeheimnisses Einsicht in die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten aus dem Vergabekammerverfahren gewährt worden ist, hat die Beigeladene innerhalb der nach eigenen Angaben benötigten Frist von zwei Wochen zur Auswertung der Vergabekammerakten keine neuen entscheidungserheblichen Umstände vorgetragen, die eine Wiedereröffnung der Verhandlung rechtfertigen können.

III.

Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin nach § [182](#) Abs. 3 S. 1, § [182](#) Abs. 4 S. 1 GWB zu tragen. Eine Kostenhaftung des Beigeladenen entsteht nur, wenn der Beigeladene auf Seiten der obsiegenden Partei das Verfahren entweder durch einen Antrag oder in sonstiger Weise wesentlich aktiv fördert, sich also schriftsätzlich in relevanter Weise äußert oder an der mündlichen Verhandlung teilnimmt (Senat, Beschl. v. 10.5.2012 - [VII-Verg 5/12](#), [BeckRS 2012, 12845](#); Losch, in: Ziekow/Völlink, VergabeR, 4. Aufl., § 182 Rn 37 m.w.N.). Die Beigeladenen hat sich vorliegend nicht aktiv oder schriftsätzlich auf Seiten der Antragsgegnerin am Nachprüfungsverfahren beteiligt und keinen Verfahrens Antrag gestellt.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin nach § [182](#) Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. § [80](#) VwVfG war notwendig. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens waren nicht allein auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen, sondern schwierige Rechtsfragen betreffend das Wertungssystem.

Die Kostenentscheidung betreffend das Beschwerdeverfahren beruht auf § [175](#) Abs. 2 i.V.m. § [71](#) GWB. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben als unterliegende Parteien die Kosten des Beschwerdeverfahrens als Gesamtschuldner zu tragen. Eine Pflicht zur Kostentragung besteht für die Beigeladenen, da sie sich aktiv an dem Beschwerdeverfahren durch Einlassung zur Sache oder mit Sach- oder Verfahrensanträgen beteiligt hat (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 27.08.2008 - [13 Verg 2/08](#); Frister, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § [175](#) GWB Rn 26).

Der Beschwerdewert wird auf bis 1.350.000,00 EUR festgesetzt. 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 des Antragstellers (Senat, Beschl. v. 10.02.2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56).