
Datum: 29.05.2024
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: Verg 35/23
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2024:0529.VERG35.23.00

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch das in Ziff. 5 der „EU-Aufforderung zur Erstangebotsabgabe/Verhandlung“ festgelegte Wertungssystem zum Kriterium 2 sowie die auf dieser Grundlage getroffene Wertungsentscheidung in ihren Rechten verletzt ist.

Der Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 07.12.2023 (VK 2 – 82/23 BKartA) ist gegenstandslos.

Im Übrigen wird die sofortige Beschwerde zurückgewiesen.

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

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren wird für notwendig erklärt.

Die Antragstellerin hat von den Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin 2/3 zu tragen. Die Antragsgegnerin hat von den Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin 1/3 der Kosten zu tragen. Die Antragstellerin hat zudem die Kosten der notwendigen Rechtsverteidigung der Beigeladenen im Beschwerdeverfahren zu tragen.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin machte mit Absendung vom 05.06.2023 die beabsichtigte Vergabe der „Entwurfsplanung für drei Überführungsbauwerke in schneller Bauweise“ (Bekanntmachungsnummer ...) im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb europaweit bekannt. Der zu vergebende Auftrag betrifft drei in die Zuständigkeit der Antragsgegnerin fallende Brückenbauwerke über die A43 zwischen dem Autobahnkreuz C. und der Anschlussstelle C.1 (I., P. sowie A.). Nach Ziff. II.2.9 der Bekanntmachung sollten mindestens drei und höchstens fünf Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die Antragsgegnerin forderte mit Angebotsaufforderung vom 07.08.2023 (Anlage ASt 2) nach Auswertung der Teilnahmeanträge drei Unternehmen – neben der Antragstellerin und der Beigeladenen einen weiteren Teilnehmer – zur Abgabe eines Erstangebots bis zum 20.09.2023 auf.

Der Preis war nicht das einzige Zuschlagskriterium (vgl. Ziff. II.2.5 der Bekanntmachung). Nach Ziff. 5 der „EU-Aufforderung zur Erstangebotsabgabe/Verhandlung“ (Aufforderungsschreiben) waren neben dem Preis mit 40% Gewichtung die Erläuterungskonzepte „Projektspezifische Lösungsansätze mit dem Schwerpunkt Brückenbau in schneller Bauweise“ mit 60% Gewichtung weiteres Zuschlagskriterium.

Im Kriterium 1 „Honorar/Preis“ sollte bei der Wertung das günstigste Angebot 5 Punkte, ein fiktives Angebot mit dem 2,0-fachen des niedrigsten Preises sollte null Punkte erhalten und bei den dazwischenliegenden Angeboten sollte eine Interpolation mit bis zu drei Nachkommastellen erfolgen.

Im Kriterium 2 „Projektspezifische Lösungsansätze mit dem Schwerpunkt Brückenbau in schneller Bauweise“ sollte die Wertung wie folgt erfolgen:

„ ...

Die Erläuterungskonzepte mit dem Schwerpunkt „Brücken in schneller Bauweise“ werden wie folgt gewertet:

...

Die Wertung der Einzelkriterien erfolgt in einer Spanne von 0-5 Punkten, wobei nur volle Punktzahlen vergeben werden.

Die Wertung erfolgt unabhängig voneinander durch drei Ingenieure der Bauabteilung. Aus der Gesamtsumme der drei Einzelwertungen wird das arithmetische Mittel gebildet.

Der Bewerber mit der höchsten Punktzahl erhält 5 Punkte. Der Bewerber mit der niedrigsten Punktzahl erhält 0 Punkte. Dazwischen wird linear interpoliert und mathematisch auf volle Punkte aufgerundet.“

Die Leistungsbeschreibung enthält Bauwerkskenndaten zu allen drei Brückenbaumaßnahmen. Danach ist ein maximaler Vorfertigungsgrad der Unterbauten und des Überbaus vorzusehen und die Planung von innovativen Bauverfahren zur Erreichung des Ziels ausdrücklich erwünscht. Schließlich heißt es dort zu jedem der drei Bauprojekte:

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14

„Die Entwurfsplanung darf keine patent- oder urheberrechtlich geschützten Bauverfahren, Bauelement oder Bauteile beinhalten, die bei der späteren Vergabe der Bauleistung einen Auftragnehmer-Bau bevorzugt, oder diesem einen Vorteil gegenüber anderen Mitbietern gewährt.“

Nur die Antragstellerin und die Beigeladene gaben ein Angebot ab. Das Angebot der Antragstellerin war das preisgünstigste und erhielt beim Zuschlagskriterium Preis die volle Punktzahl. Bei der Wertung des Kriteriums 2 „Lösungsansätze mit dem Schwerpunkt Brückenbau in schneller Bauweise“ wurde das Angebot hingegen schlechter bewertet als das der Beigeladenen und erhielt null Punkte. Die Antragsgegnerin verzichtete auf eine Interpolation, weil es – angesichts des Umstands, dass nur zwei Angebote abgegeben worden waren – die niedrigste Gesamtpunktzahl erlangt hatte. 15

Mit Bieterinformationsschreiben vom 12.10.2023 (Anlage ASt 3) teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin gemäß § 134 GWB mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Zugleich teilte sie ihr die von ihr in den Kriterien Preis und „Projektspezifische Lösungsansätze“ erlangten Punkte sowie die erreichte Gesamtpunktzahl der Beigeladenen mit. 16

Nachdem die Antragstellerin um Aufklärung gebeten hatte (vgl. Anlage ASt 4), aus welchem Grund sie in dem Zuschlagskriterium „Projektspezifische Lösungsansätze“ nur null Punkte erlangt habe, übersandte die Antragsgegnerin ihr die „Angebotswertung Kriterium 2 – Zusammenfassung“ ihres Angebots (vgl. Anlage ASt 5). 17

Mit Rügeschreiben vom 13.10.2023 (Anlage ASt 6) rügte die Antragstellerin sowohl die Wertung ihres Angebots im Wertungskriterium 2 „Projektspezifische Lösungsansätze“ als auch die Bewertungsmethodik. Die Antragstellerin machte geltend, die Juroren hätten in den Unterkriterien 1 und 3 unzutreffend angenommen, es handle sich bei den eingereichten Plänen um ein Plagiat der I. Schnellbaubrücke und das entsprechende Bauverfahren sei patent- beziehungsweise urheberrechtlich geschützt. Im Unterkriterium 2 ginge die Antragsgegnerin fehlerhaft davon aus, dass die Antragstellerin die Stützweite von 43 m nicht erkannt habe. Vielmehr sei die Stützweite von 43 m in der Bauweise mit bewehrter Erde kombinierbar. Ein Widerlager aus KBE benötige entgegen den Ausführungen der Wertung keine Zulassung im Einzelfall (ZIE), was die Antragsgegnerin auch im Unterkriterium 5 verkannt habe. Schließlich sei auch die Behauptung im Unterkriterium 4, Bauformsteine seien eine veraltete Bauweise, falsch. Vielmehr handle es sich um eine effiziente, vielfach erprobte und angewandte Bauweise. Darüber hinaus sei die angewandte Bewertungsmethodik zur Qualitätsbewertung im Kriterium 2 „Projektspezifische Lösungsansätze“ insgesamt vergaberechtsfehlerhaft, weil es an einer linearen Interpolation fehle. 18

Die Antragsgegnerin half der Rüge mit Schreiben vom 19.10.2023 (Anlage ASt 8) nicht ab. Sie erklärte jedoch, dass sie die mit der Rüge vorgebrachten Punkte zum Anlass genommen habe, die Dokumentation des Bewertungsergebnisses noch einmal zu überdenken. Zu den einzelnen Unterpunkten führte sie aus, dass im Unterkriterium 1 mit der Einschätzung der Juroren, das Angebot der Antragstellerin stelle ein Plagiat dar, lediglich zum Ausdruck habe gebracht werden sollen, dass es dem Konzept der Antragstellerin an Eigenständigkeit fehle und die Ursprünglichkeit des Konzepts nicht nachvollziehbar sei. Teil der erwartbaren bepunkteten Analyse im Unterkriterium 2 wäre gewesen, die geforderte Stützweite von 43 m mit den eingereichten 36 m abzugleichen und überzeugend darzustellen, dass eine solche Kombination mit bewehrter Erde möglich sei. Insoweit sei für diese Bauweise eine Zulassung im Einzelfall (ZIE) einzuholen. Die zu Unterpunkt 3 gemachten Rügen seien richtig, hätten jedoch keinen Einfluss auf die vorgenommene Wertung genommen. Entscheidend für die 19

Angebotswertung sei gewesen, dass im vorgelegten Konzept nicht auf die aktuellen Fragestellungen eingegangen worden sei. Betreffend Unterpunkt 4 könnten sich auch erprobte, angewendete und bewährte Bauweisen als nicht das beste Konzept herausstellen. Betreffend die Bewertungsmethodik sei eine Interpolation unterblieben, weil nur zwei Angebote eingereicht worden seien.

Mit ergänzendem Rügeschreiben vom 19.10.2023 (Anlage ASt 9) rügte die Antragstellerin, dass das Wertungssystem in Bezug auf das Kriterium 2 in denjenigen Fällen vergaberechtswidrig sei, in denen – wie hier – tatsächlich nur zwei Bieter Angebote abgeben, denn das unterlegene Angebot erhalte selbst bei geringsten qualitativen Unterschieden zum führenden Angebot insgesamt nur null Punkte. 20

Mit Anwaltsschriftsatz vom 20.10.2023 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt zu dessen Begründung sie ihre Rügen in Bezug auf die Wertung ihres Angebots im Wertungskriterium 2 „Projektspezifische Lösungsansätze“ und betreffend die Bewertungsmethodik – keine Interpolation bei zwei eingereichten Angeboten – wiederholt hat. 21

Die Antragstellerin hat – was sich aus dem Beschluss der Vergabekammer, nicht aber dem Protokoll der mündlichen Verhandlung ergibt – beantragt, 22

- 1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 160 ff. GWB gegen die Antragsgegnerin anzuordnen; ~~23~~
- 2. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen und die Antragsgegnerin stattdessen zu verpflichten, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht die Prüfung und Wertung des Angebots der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen; 25

hilfsweise: 26

die Antragsgegnerin zu verpflichten bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Verfahren zurückzusetzen und die Wertungsmatrix für die Angebotswertung zu ändern und das Verhandlungsverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen; 27

- 3. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen; ~~28~~
- 4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin notwendig war; 30
- 5. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren; 31

Die Antragsgegnerin hat beantragt, 32

- 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen; ~~33~~

- 2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin der Antragstellerin aufzuerlegen; 35
 - 3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären. 36
- Die mit Beschluss vom 23./30.10.2023 hinzugezogene Beigeladene hat keine Anträge gestellt. 37
- Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Ansicht vertreten, der Nachprüfungsantrag sei, soweit er gegen die Bewertungsmethode im Kriterium 2 gerichtet sei, bereits unzulässig, da er nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert sei. Die Bewertungsmethodik sei den Bietern spätestens mit Erhalt der Aufforderung zur Abgabe des Erstangebots vom 07.08.2023 bekannt gewesen, so dass etwaige Vergaberechtsfehler bereits zu diesem Zeitpunkt erkennbar gewesen seien. Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die von der Antragstellerin zugrunde gelegte Wertungsmatrix sei vergaberechtskonform. Die Auswahl und Festlegung der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung unterfielen einem weiten Bestimmungsrecht des Auftraggebers. Jedenfalls wäre auf das Angebot der Antragstellerin auch dann nicht der Zuschlag zu erteilen gewesen, wenn eine Interpolation der Wertungspunkte stattgefunden hätte. Dann hätte die Antragstellerin 2,25 Punkte erreicht, so dass ausgeschlossen werden könne, dass der Antragstellerin durch den von ihr behaupteten Vergaberechtsverstoß ein Schaden entstanden sei. 38
- Die konkrete Angebotswertung durch die Juroren sei zudem frei von Beurteilungs- und Ermessensfehlern erfolgt. Die im Vergleich zur Beigeladenen schlechtere Bewertung des Konzepts der Antragstellerin sei maßgeblich darauf zurückzuführen, dass diese keine projektspezifischen Lösungen vorgeschlagen, sondern sich auf allgemeingültige Vorschläge beschränkt habe, wie sich aus der mit Schriftsatz vom 27.10.2023 im Nachprüfungsverfahren eingereichten Tabelle ergebe, welche die in der Bewertung niedergeschlagenen qualitativen Unterschiede der beiden Konzepte zueinander deutlich mache. 39
- Die Vergabekammer hat mit dem angefochtenen Beschluss den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei insgesamt zulässig aber unbegründet. Die Rüge der Bewertungsmethodik sei nicht bereits nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Selbst wenn für die Antragstellerin die Vergaberechtswidrigkeit der Bewertungsmethodik erkennbar gewesen sein sollte – was die Vergabekammer im Ergebnis offen lässt –, habe ihr im Zeitpunkt der Angebotsabgabe jedenfalls die Tatsachenkenntnis gefehlt, dass lediglich zwei Angebote abgegeben werden würden, wodurch das „Alles-Oder-Nichts-Prinzip“ überhaupt erst zum Tragen gekommen sei. In der Sache habe der Nachprüfungsantrag keinen Erfolg. Zwar sei die seitens der Antragstellerin gerügte Wertungsmethodik vergaberechtswidrig, der Antragstellerin sei hierdurch jedoch kein Schaden entstanden. Das Angebot hätte selbst im Falle einer Interpolation keine Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt. Die Wertungsentscheidung habe die Antragsgegnerin in Bezug auf die gerügten Wertungsgesichtspunkte insgesamt beurteilungs- und ermessensfehlerfrei getroffen. 40
- Hiergegen hat die Antragstellerin am 19.12.2023 sofortige Beschwerde eingelegt. Sie ist der Ansicht, das Bewertungssystem sei fehlerhaft und rechtswidrig. Die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber missachte die Selbstbindung an die von ihr bekannt gemachte 41

Gewichtung der Kriterien, wenn dasjenige Angebot, welches in dem Kriterium 2 die niedrigste Punktzahl erlangt, mit null Punkten bewertet werde. Es sei – wenn nur zwei Angebote eingingen – offensichtlich, dass das „Alles oder Nichts“-Prinzip zu einer nicht hinnehmbaren Disproportionalität führe, denn einen Qualitätsnachteil könne das preislich günstigste Angebot niemals aufholen. Die bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien werde dadurch zur Makulatur. Dies sei auch nicht etwa deshalb unbeachtlich, weil der Antragstellerin – wie die Vergabekammer vorliegend annimmt – kein Schaden entstanden sei, und das Angebot der Antragstellerin auch bei einer fiktiven Interpolation keine Chance auf den Zuschlag gehabt hätte. Auf eine fiktive Interpolation dürfe nicht abgestellt werden, denn eine Wertung auf Grundlage einer nicht bekannt gemachten und die Gewichtung verändernden Wertungsmatrix sei unzulässig. Der öffentliche Auftraggeber sei an die im Vorhinein festgelegten und bekanntgemachten Zuschlagskriterien und deren Gewichtung gebunden. Eine fehlerhafte Wertungsmatrix sei zu ändern und das Verhandlungsverfahren mit richtiger Wertungsmatrix erneut durchzuführen. Die Wertung sei darüber hinaus ermessensfehlerhaft, denn die Juroren hätten in nahezu allen Unterkriterien ihre niedrige Bewertung mit der unrichtigen Annahme begründet, dass die Antragstellerin unberechtigter Weise die I.1-Schnellbaubrücke, die urheberrechtlich geschützt sei, als Plagiat verwende. Diese falsche Annahme bezüglich Plagiat und Urheberrechtsverletzung stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit der geringen Punktzahl, die sie, die Antragstellerin erlangt habe. Gleiches gelte für die – aus ihrer Sicht – fehlerhafte Annahme, dass die Antragstellerin bei ihrem Angebot die Zustimmung im Einzelfall (ZiE) für das Widerlager mit KBE übersehen habe, sowie die angeblich von der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigte Stützweite von 43 m.

Nachdem die Antragsgegnerin am 04.01.2024 über die Vergabepattform den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt hatte, hat die Antragstellerin hierzu ausgeführt, die Zuschlagserteilung sei nach § 134 GWB unwirksam. Sie habe mit der sofortigen Beschwerde inzident beziehungsweise ausdrücklich einen Antrag auf Verlängerung des Zuschlagsverbots nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB gestellt, was sowohl aus dem Antrag selbst als auch aus der Begründung der am 19.12.2023 eingereichten sofortigen Beschwerde erkennbar sei. Der gestellte Sachantrag, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zurückzusetzen, die Wertungsmatrix zu ändern und das Verhandlungsverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung des Vergabesenats zu wiederholen, mache nur Sinn, wenn das Zuschlagsverbot verlängert werde. Einen ausdrücklichen Sachantrag auch mit Blick auf § 173 Abs. 1 S. 3 GWB müsse die Beschwerdeschrift nicht enthalten, wenn sich einwandfrei aus der Beschwerdebegründung ergebe, welches Ziel der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde verfolge.

Die Antragstellerin beantragt, 43

- 1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 07.12.2023 aufzuheben; 445
- 2. ihrem Nachprüfungsantrag vom 20.10.2023 stattzugeben und die Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin zu verpflichten bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren zurückzusetzen, die Wertungsmatrix für die Angebotswertung zu ändern und das Verhandlungsverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung des Vergabesenats zu wiederholen; 46
- 3. der Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen; 47

sowie hilfsweise,

- 1. festzustellen, dass sie durch die ermessensfehlerhaft getroffene Wertung der Vergabestelle in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt sei; 490
- 2. festzustellen, dass ihr wegen dieser Verletzung Schadensersatzansprüche gegen die Antragsgegnerin zumindest in Höhe des negativen Interesses zustehen. 51

Die Antragsgegnerin beantragt, 52

- 1. die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zu verwerfen, jedenfalls zurückzuweisen; 534
- 2. die Feststellungsanträge zurückzuweisen; 55
- 3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen. 56

Die Beigeladene beantragt, 57

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen. 58

Zu den Hilfsanträgen stellt sie keine Anträge. 59

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, eine Beschwerde der Antragstellerin sei bereits mangels form- und fristgerecht eingelegter Beschwerde unzulässig. Der Beschwerdeschrift fehle die erforderliche qualifizierte elektronische Signatur. 60

Jedenfalls habe sich nach Ansicht der Antragsgegnerin und der Beigeladenen das Verfahren durch die Zuschlagserteilung vom 04.01.2024 erledigt. Der erteilte Zuschlag und der Vertragsschluss seien mit Übersendung der Vertragsdokumente an die Beigeladene am 15.01.2024 erneut beiderseitig bestätigt worden. 61

Die Antragsgegnerin verteidigt zudem die Entscheidung der Vergabekammer. Der Nachprüfungsantrag habe keine Aussicht auf Erfolg gehabt. 62

II. 63

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat teilweise – mit dem Hilfsantrag zu 1) – in der Sache Erfolg. 64

1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig. 65

a. Richtige Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin ist die B. des Bundes. Zwar hat die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag und die sofortige Beschwerde gegen die C.2 gerichtet und die Vergabekammer die C.2 als Antragsgegnerin im Rubrum aufgeführt. Insoweit handelt es sich um eine zu korrigierende Falschbezeichnungen. Die C.2 war zu keinem Zeitpunkt Partei des hiesigen Verfahrens. 66

Seit dem 01.01.2021 wird die Verwaltung der Bundesautobahnen gemäß Art. 90 Abs. 2 S. 1 GG in Bundesverwaltung geführt. Nach § 1 Abs. 1 InfrGG hat das Bundesministerium für 67

Verkehr und digitale Infrastruktur die Planung, den Bau, den Betrieb, die Erhaltung, die Finanzierung und die vermögensmäßige Verwaltung von Bundesautobahnen, soweit es sich um Aufgaben des Bundes handelt, zur Ausführung auf eine Gesellschaft privaten Rechts übertragen. Das ist die am 13.09.2018 gegründete B des Bundes, der die vorgenannten Aufgaben vollständig übertragen worden sind. Damit ist seit dem 01.01.2021 grundsätzlich die B des Bundes die richtige Antrags- und Beschwerdegegnerin (Senat, Beschl. v. 19.05.2021 – VII Verg 13/21, NZBau 2021, 694; vgl. auch *Herber*, in: NZV 2021, 57). Dementsprechend ist die B des Bundes auch in Ziff. I.1. der öffentlichen EU-weiten Bekanntmachung als öffentlicher Auftraggeber benannt worden.

b. Die Antragstellerin hat am 19.12.2023 form- und fristgerecht nach §§ 171, 172 GWB sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 07.12.2023 eingelegt. Das elektronische Dokument ist formgerecht nach §§ 175 Abs. 2, 72 Nr. 2 GWB i. V. m. § 130a Abs. 3 Alt. 2, Abs. 4 Nr. 2 ZPO von der verantwortenden Verfahrensbevollmächtigten signiert worden und auf einem sicheren Übermittlungsweg – über das besondere elektronische Anwaltspostfach nach § 31a Bundesrechtsanwaltsordnung – der elektronischen Poststelle des Gerichts übermittelt worden. § 130a Abs. 1 ZPO ist nicht nur auf vorbereitende Schriftsätze, sondern auch auf Anträge und Erklärungen anzuwenden und findet – auch wenn § 172 GWB keine unmittelbare Verweisung enthält – über die Verweisungsnorm der §§ 175 Abs. 2, 72 Nr. 2 GWB Anwendung. 68

Die einfache elektronische Signatur ist bei Übersendung auf einem sicheren Übertragungsweg ausreichend (BGH, Beschl. v. 07.09.2022 – XII ZB 215/22, NJW 222022, 3512; BSG, Beschl. v. 16.02.2022 – 5 B R 198/21 B, NJW 2022, 1334 Rn. 10; OLG Hamm, Beschl. v. 28.04.2022 – 30 U 32/22, NJW-RR 2022, 1423; *von Stelle*, in: BeckOK ZPO, 50. Aufl., § 130a Rn 16 ff. mwN.). Die einfache Signatur im Sinne des § 130a Abs. 3 S. 1 Alt. 2 ZPO meint die Wiedergabe des Namens am Ende des Textes, beispielsweise bestehend aus einem maschinenschriftlichen Namenszug unter dem Schriftsatz oder einer gescannten Unterschrift. Die einfache Signatur soll – ebenso wie die eigene Unterschrift oder die qualifizierte elektronische Signatur – die Identifizierung des Urhebers der schriftlichen Verfahrenshandlung ermöglichen und dessen unbedingten Willen zum Ausdruck bringen, die volle Verantwortung für den Inhalt des Schriftsatzes zu übernehmen und diesen bei Gericht einzureichen (BGH, Beschl. v. 07.09.2022 – XII ZB 215/22, NJW 222022, 3512; BSG, Beschl. v. 16.02.2022 – 5 B R 198/21 B, NJW 2022, 1334 Rn 10; BAGE 172, 186 = NJW 2020, 3476 Rn. 19 mwN). Dazu muss die Namenswiedergabe so entzifferbar sein, dass sie von den Empfängern des Dokuments ohne Sonderwissen oder Beweisaufnahme einer bestimmten Person als Verantwortlicher zugeordnet werden kann (BGH, Beschl. v. 07.09.2022 – XII ZB 215/22, NJW 222022, 3512; BSG, Beschl. v. 16.02.2022 – 5 B R 198/21 B, NJW 2022, 1334 Rn 9). Fehlt es hieran, ist das Dokument nicht ordnungsgemäß eingereicht. Die einfache Signatur soll gerade sicherstellen, dass die von dem Übermittlungsweg beA ausgewiesene Person mit der Person identisch ist, welche mit der wiedergegebenen Unterschrift die inhaltliche Verantwortung für das Dokument übernimmt (BGH, Beschl. v. 07.09.2022 – XII ZB 215/22, NJW 222022, 3512; BSG, Beschl. v. 16.02.2022 – 5 B R 198/21 B, NJW 2022, 1334 Rn 9; BAGE 172, 186 = NJW 2020, 3476 Rn. 16 mwN). Vorliegend enthält der per beA eingereichte Schriftsatz den maschinenschriftlichen Namenszug des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin. 69

2. Die sofortige Beschwerde ist nur teilweise und zwar mit dem Hilfsantrag zu 1) begründet. Der von der Antragstellerin verfolgte Fortsetzungsfeststellungsantrag (Hilfsantrag zu 1) ist nach § 178 S. 3 und 4 GWB i.V.m. § 168 Abs. 2 GWB zulässig und begründet. Im Übrigen hat die sofortige Beschwerde keinen Erfolg. Dies gilt für den Hauptantrag zu 1) und 70

2), mit dem die Antragstellerin die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung begehrt und ihren ursprünglichen Nachprüfungsantrag weiterverfolgt. Auch der hilfsweise zu 2) gestellte Antrag auf Feststellung des Bestehens von Schadensersatzansprüchen gegen die Antragsgegnerin hat mangels Zulässigkeit keinen Erfolg.

a. Der auf Primärrechtsschutz gerichtete Hauptantrag zu 1) und 2) ist nicht (mehr) zulässig, nachdem sich das Nachprüfungsverfahren durch wirksame Zuschlagserteilung an die Beigeladene erledigt hat. 71

Ein wirksam erteilter Zuschlag kann gemäß § 168 Abs. 2 S. 1 GWB nicht mehr aufgehoben werden. Der seitens der Antragsgegnerin auf das Angebot der Beigeladenen erteilte Zuschlag ist weder wegen eines Verstoßes gegen das gesetzliche Zuschlagsverbot der §§ 169 Abs. 1, 173 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 134 BGB noch wegen eines Verstoßes gegen ein auf Antrag der Antragstellerin verlängertes Zuschlagsverbot der §§ 169 Abs. 1, 173 Abs. 1 S. 3 GWB i.V.m. § 134 BGB nichtig. 72

aa. Ein Verstoß gegen das gesetzliche Zuschlagsverbot (§§ 169 Abs. 1, 173 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 134 BGB) liegt nicht vor. 73

Zwar konnte der Zuschlag am 04.01.2024 noch nicht wirksam erteilt werden, weil die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde nach § 173 Abs. 1 S. 2 GWB erst zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, mithin erst mit Ablauf des 04.1.2024, endete und bis dahin das in § 169 Abs. 1 GWB geregelte Zuschlagsverbots galt. Die Antragsgegnerin hat der Beigeladenen aber nach Ablauf des 04.1.2024 den Zuschlag auf ihr Angebot erneut erteilt. Nach dem unwidersprochenen Vortrag der Antragsgegnerin hat sie der Beigeladene am 15.01.2024 die Vertragsdokumente übersandt und den Vertragsschluss im Einvernehmen mit der Beigeladenen bestätigt. Die Beigeladene hat bereits mit der Ausführung der Arbeiten und damit mit der Erfüllung des geschlossenen Vertrags begonnen. 74

bb. Das mit Ablauf des 04.01.2024 endende Zuschlagsverbot ist nicht nach §§ 169 Abs. 1, 173 Abs. 1 S. 3 GWB verlängert worden. 75

Nach § 173 Abs. 1 S. 2 GWB endet die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Das Beschwerdegericht kann auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern. Ein solcher auf die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gerichteter Beschluss nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB liegt nicht vor. Er kann nur auf Antrag des Beschwerdeführers erlassen werden (§ 173 Abs. 1 S. 3 GWB). Die Antragstellerin hat im Beschwerdeverfahren einen entsprechenden Antrag nicht gestellt. Ein solcher Antrag kann auch nicht als mit der Einlegung der sofortigen Beschwerde automatisch mitgestellt angesehen werden, weil – wie die Antragstellerin meint – der Nachprüfungsantrag nur Sinn mache, wenn das Zuschlagsverbot verlängert werde. Das widerspräche der eindeutigen gesetzlichen Regelung, die ein Entfallen der aufschiebenden Wirkung zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist vorsieht. Diese von Gesetzes wegen eintretende Wirkung kann nur verhindert werden durch ein gerichtliches Eingreifen. Eine dementsprechende Entscheidung des Beschwerdegerichts darf aber nicht von Amts wegen ergehen, sondern muss gemäß § 173 Abs. 1 S. 3 GWB von dem Beschwerdeführer gesondert beantragt werden (Senat, Beschl. v. 06.11.2000 – Verg 20/00, juris Rn 6). Es kann durchaus sachliche Gründe für einen Bieter geben, von einem Verlängerungsantrag, der zusätzliche Kosten auslöst, abzusehen, etwa, wenn er selbst die Erfolgsaussichten der Beschwerde als gering ansieht oder weil er der anstehenden Beschaffung „nicht mehr im Weg stehen“ will (vgl. *Vavra/Willner*, in: *Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 4. Aufl., § 173 76

Rn 12).

b. Der hilfsweise zu 1) gestellte Antrag auf Feststellung, dass die Antragstellerin durch die Wertung in ihren Rechten verletzt ist, ist zulässig und hat in der Sache Erfolg. 77

aa. Der Nachprüfungsantrag ist als Fortsetzungsfeststellungsantrag zulässig. 78

(1) Nach § 178 S. 4 GWB i.V.m. § 168 Abs. 2 S. 2 GWB stellt der Senat auf Antrag eines Beteiligten fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat, wenn sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise erledigt hat. Voraussetzung für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag ist dabei, dass sich das Nachprüfungsverfahren nach Eingang des Nachprüfungsantrags erledigt hat, der Nachprüfungsantrag also ursprünglich statthaft war (BGH, Beschl. v. 19.12.2000 – X ZB 14/00, NJW 2001, 1492). Hingegen kommt es für die Frage der Erledigung nicht darauf an, ob der Nachprüfungsantrag ursprünglich zulässig und begründet war (Senat, Beschl. v. 11.05.2011 – VII Verg 8/11, juris Rn 34). Das Vergabenaachprüfungsverfahren hat sich vorliegend durch wirksame Zuschlagserteilung nach § 168 Abs. 2 Var. 1 GWB erledigt. 79

(2) Das erforderliche Feststellungsinteresse der Antragstellerin liegt vor. Das Feststellungsinteresse rechtfertigt sich grundsätzlich durch jedes gemäß vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falls anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (Senat, Beschl. v. 01.12.2021, VII-Verg 54/20, NZBau 2022, 605 Rn. 26; Beschl. v. 29.01.2014, VII-Verg 28/13, BeckRS 2014, 4285; Beschl. v. 11.05.2011, [VII-Verg 8/11](#), juris Rn. 35 und Beschl. v. 04.05.2009, [VII-Verg 68/08](#), juris Rn. 126 m. w. N.). Ein solches Feststellungsinteresse kann insbesondere gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient. In geeigneten Fällen kann mit einem Feststellungsantrag auch der Gefahr einer Wiederholung begegnet werden. Es soll dadurch sichergestellt werden, dass dem Antragsteller die Früchte des von ihm angestrebten Nachprüfungsverfahrens nicht verloren gehen (Senat, Beschl. v. 01.12.2021, VII-Verg 54/20, NZBau 2022, 605 Rn. 26). Da mit § 168 Abs. 2 S. 2 GWB gerade erreicht werden soll, dass die im Nachprüfungsverfahren erarbeiteten Ergebnisse für einen späteren Schadenersatzprozess gesichert werden, genügt für die Zulässigkeit des Feststellungsantrags die nicht auszuschließende Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches des Bieters gegen den Auftraggeber (OLG München, Beschl. v. 19. 7. 2012 – Verg 8/12, NZBau 2012, 658, 660). Dabei reicht es bereits aus, dass der Antragsteller vorträgt, er beabsichtige, Schadensersatzansprüche gegen den Auftraggeber geltend zu machen (OLG Jena, Beschl. v. 30. 3. 2009 – 9 Verg 12/08, BeckRS 2010, 04965; OLG Koblenz, Beschl. v. 4. 2. 2009 – 1 Verg 4/08, BeckRS 2009, 5152). Die Antragstellerin, die nicht ausdrücklich vorgetragen hat, vor den Zivilgerichten Schadensersatzansprüche geltend machen zu wollen, hat dies jedoch durch ihren hilfsweise zu 2) gestellten Antrag, mit dem sie die Feststellung des Bestehens von Schadensersatzansprüchen gegenüber der Antragsgegnerin im vorliegenden Verfahren geltend macht, hinreichend zum Ausdruck gebracht. 80

bb. In der Sache hat die Antragstellerin mit ihrem Fortsetzungsfeststellungsbegehren (Hilfsantrag zu 1) Erfolg. Ohne das erledigende Ereignis wäre der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin erfolgreich gewesen. 81

(1) Wie die Vergabekammer zu Recht angenommen hat, war der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zulässig.

(a) Die Antragstellerin ist antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB). Sie hat durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse an dem öffentlichen Auftrag zum Ausdruck gebracht. Zudem macht sie geltend, sowohl aufgrund einer – wegen Verstoßes gegen § 127 Abs. 1 S. 1 GWB – Vergaberechtswidrigkeit der Wertungsmatrix als auch aufgrund einer vergaberechtswidrigen Wertung an sich in ihren subjektiven Rechten verletzt worden zu sein (§ 97 Abs. 6 GWB), wodurch ihr ein Schaden aufgrund einer verringerten Zuschlagschance entstanden sei. 83

(b) Die Antragstellerin hat die Rügefrist des § 160 Abs. 3 Nr. 1, 3 GWB gewahrt und den Nachprüfungsantrag innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB eingereicht. 84

(aa) Die Antragstellerin ist mit ihrer Rüge, die in den Vergabeunterlagen enthaltene Wertungsmethodik im Kriterium 2 „Projektspezifische Lösungsansätze mit dem Schwerpunkt Brücken in schneller Bauweise“ (null Punkte oder volle Punktezahl) sei vergaberechtswidrig, nicht nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB präkludiert. 85

Gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller einen Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichung des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Vergaberechtsverstöße, die 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, juris Rn 183; Beschl. v. 26.07.2018 – VII Verg 23/18; Beschl. v. 28.03.2018 – VII Verg 54/17, juris Rn 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, 4. Aufl., § 160 Rn 49). 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, juris Rn 43). 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, 4. 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, juris Rn 24 ff.). So können etwa von einem 86

durchschnittlich fachkundigen Bieter, auf den abzustellen ist (vgl. *Wiese*, in: *Kulartz / Kus / Portz / Prieß*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, § 160 GWB Rn. 157 mwN), etwa vertiefte Rechtskenntnisse, die es erlauben, die Vergaberechtskonformität eines Bewertungssystems zu beurteilen, nicht zu erwarten (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.04.2015, VII-Verg 35/14, juris Rn. 59). So liegt der Fall hier. Von der Antragstellerin, kann auch als fachkundiger Bieterin des angesprochenen Bieterkreises keine vertiefte Rechtskenntnis in Bezug auf die Vergaberechtskonformität eines Bewertungssystems verlangt werden. Das gilt insbesondere für die vorliegende rechtlich komplexe Problematik der Ungeeignetheit eines Bewertungsschemas mit einer Interpolation, das für den schlechtesten Bieter – unabhängig von seinem Abstand zum Bestbieter – nur null Punkte vorsieht (Alles-oder-Nichts-Prinzip). Zudem hat der Antragsteller unwiderlegt erst im Nachprüfungsverfahren erfahren, dass sich nur zwei Bieter mit Angeboten beteiligt haben (Senat, Beschl. v. 22.01.2014 – VII Verg 26/13, juris Rn 30), was die Auswirkungen des Bewertungsschemas zumindest verschärft hat.

(bb) Soweit die Antragstellerin darüber hinaus die Vergaberechtswidrigkeit der Wertungsentscheidung an sich aufgrund von unrichtigen Sachverhaltsannahmen und Ermessensfehlern gerügt hat, hat sie die Rüge unmittelbar nach Erhalt des Bieterinformationsschreibens vom 12.10.2023 und Übermittlung der Angebotswertung (Anlage ASt 5) mit Rügeschreiben vom 13.10.2023 innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB ausgesprochen. 87

(2) Der Nachprüfungsantrag hätte ohne das erledigende Ereignis in der Sache Erfolg gehabt. Die von der Antragsgegnerin verwendete Bewertungsmatrix ist vergaberechtswidrig, weil sie nicht geeignet ist, eine Angebotswertung gemäß den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und deren vorgesehener Gewichtung vorzunehmen und damit gegen das Gebot, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 127 Abs. 1 S. 1 und 3 GWB), verstößt, indem zum Kriterium 2 „Projektspezifische Lösungsansätze“ vorgesehen ist, dass der Bewerber mit dem besten Wertungsergebnis in diesem Kriterium 5 Punkte und der Bewerber mit dem schlechtesten Wertungsergebnis 0 Punkte erhält – unabhängig davon, welchen Punkteabstand sein Angebot zu dem am besten bewerteten Angebot hat. Die Antragstellerin ist hierdurch in ihren Rechten (§ 97 Abs. 6 GWB) verletzt. 88

(a) Der Zuschlag ist auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Dieses bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis (§ 127 Abs. 1 S. 1 und 3 GWB). Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit die Angebote die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllen (§ 127 Abs. 1 S. 2 GWB). Die Zuschlagskriterien spiegeln dementsprechend wider, wie der Auftraggeber im jeweiligen Vergabeverfahren das Preis-Leistungs-Verhältnis bewerten möchte, wenn sich bei den Angebotspreisen einerseits und der Qualität des Angebots andererseits unterschiedliche Rangfolgen ergeben. Hierfür ist ihm ein weiter Beurteilungs- und Handlungsspielraum eröffnet; der Auftraggeber muss seinen Beschaffungsbedarf in den Schranken wirtschaftlicher und fiskalischer Vernunft und den aus § 97 GWB abzuleitenden Regeln für den Vergabewettbewerb frei definieren können; zu dieser Definition gehört auch, welche Qualität die Leistung vorzugsweise haben soll (BGH, Beschl. v. 04.04.2017 – X ZB 3/17 – Postdienstleistungen, juris Rn 34). 89

(b) Vorliegend hat die Antragsgegnerin den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten. Das von ihr gewählte Bewertungssystem steht einer transparenten und wettbewerbskonformen Auftragsvergabe (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) entgegen, weil es nicht geeignet ist, eine Angebotswertung gemäß den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und deren vorgesehener Gewichtung vorzunehmen und verstößt damit gegen das Gebot, den 90

Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 127 Abs. 1 S. 1 und 3 GWB), weil zum Kriterium 2 „Projektspezifische Lösungsansätze“ vorgesehen ist, dass der Bewerber mit dem besten Wertungsergebnis in diesem Kriterium 5 Punkte und der Bewerber mit dem schlechtesten Wertungsergebnis 0 Punkte erhält – unabhängig davon, welchen Punkteabstand sein Angebot zu dem am besten bewerteten Angebot hat.

(aa) Der Senat hat bereits mit Beschluss vom 22.01.2014 (VII Verg 26/13, juris) ein solches Wertungssystem als vergaberechtswidrig beurteilt. Wesentliche Gründe der Entscheidung waren, dass durch ein solches Bewertungssystem die Kriterien Preis und Leistung (Qualität) in Bezug auf die Bieter verschieden und mithin gleichheitswidrig bewertet würden. Beim schlechtesten Angebot wird dabei die Leistung (Qualität) unterbewertet, nämlich gar nicht, beim besseren Angebot wird sie demgegenüber regelgerecht gewertet. Damit wird die bekannt gegebene Gewichtung von Preis und Leistung (Qualität) beim schlechtesten Angebot aufgegeben und zu seinem Nachteil verändert. Das Leistungskriterium erhält praktisch einen unverdienten, ausschlaggebenden Rang, wenn man davon ausgeht, dass ein Angebot, das im Wertungssystem des öffentlichen Auftraggebers allein beim Preiskriterium Wertungspunkte erlangt, realistischer Weise nicht in die engere Wahl für einen Zuschlag gelangen kann. Zudem missachte die öffentliche Auftraggeberin bei einem derartigen Wertungssystem ihre eigene Selbstbindung an die Gewichtung des Zuschlagskriteriums Leistung (hier: Kriterium 2 „Projektspezifische Lösungsansätze“) mit 60 Prozent bei der Wertung, weil sie dieses auf die Wertung der Angebote nicht übertragen hat, wenn das Kriterium Leistung in Bezug auf das in diesem Punkt am schlechtesten bewertete Angebot tatsächlich nicht gewertet wird. 91

(bb) An diesen zutreffenden Ausführungen hält der Senat auch in vollständig anderer Besetzung fest, wobei klarstellend hervorzuheben ist, dass die obigen Erwägungen nicht nur für den Fall gelten, dass – wie in dem der Entscheidung des Senats (Beschl. v. 22.01.2014 – VII Verg 26/13, juris) zugrundeliegenden Fall – zwei Angebote eingegangen sind, sondern auch dann, wenn das Bewertungssystem unabhängig von der Anzahl der eingegangenen Angebote die Bewertung des schlechtesten Angebots mit null Punkten vorsieht und diese Bewertung mit null Punkten unabhängig davon erfolgt, welchen Punkteabstand dieses Angebot zu den anderen Angeboten hat. 92

Zwar können grundsätzlich auch Wertungssysteme, welche null Punkte für den schlechtesten Bieter in einem Wertungskriterium vorsehen, eine transparente und wettbewerbskonforme Auftragsvergabe gewährleisten (Senat, Beschl. v. 22.01.2014 – VII Verg 26/13, juris Rn 23) – wie etwa vorliegend im Kriterium 1 „Honorar/Preis“. Voraussetzung dafür ist aber, dass nicht das schlechteste Angebot völlig unabhängig von seinem Punkteabstand zu den anderen Angeboten mit null Punkten bewertet wird. In diesen Fällen ist das Bewertungssystem nicht geeignet eine Angebotswertung gemäß den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und deren vorgesehener Gewichtung vorzunehmen und führt zu einer gleichheitswidrigen Bewertung. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass dann – auch bei einer Vielzahl eingegangener Angebote – ein Bieter null Punkte erlangt, obwohl sein Angebot – wenn es auch das schlechteste ist – von den erlangten Punkten lediglich minimal hinter denen der anderen Bieter liegt und alle Angebote tatsächlich eng beieinander liegen. Gleichwohl würde sein Angebot dennoch nicht bewertet werden. 93

(c) Schließlich kann – anders als es die Vergabekammer in der angefochtenen Entscheidung angenommen hat – nicht festgestellt werden, dass der Antragstellerin durch die vergaberechtswidrige Wertungsmatrix kein Schaden entstanden wäre. 94

Zutreffend ist zwar, dass die Feststellung einer mindestens nicht ausschließbaren Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers neben einer Rechtsverletzung für den Erfolg eines Nachprüfungsantrags unerlässlich ist (Senat, Beschl. v. 15.06.2010 – VII Verg 10/10, juris Rn 20 f.; Senat, Beschl. v. 14.04.2010 – VII Verg 60/09). Eine solche nicht ausschließbare Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers kann vorliegend aber nicht festgestellt werden. Sofern die Antragsgegnerin an dem Beschaffungsvorhaben festgehalten hätte, hätte sie das Verfahren in den Stand vor Angebotsabgabe und Übersendung korrigierter Vergabeunterlagen zurückzusetzen müssen. Eine bloße Wiederholung der Angebotswertung wäre nicht ausreichend gewesen, um den in den Vergabeunterlagen liegenden Fehler zu beheben. Dem öffentlichen Auftraggeber steht aber ein Entscheidungsspielraum zu, in welcher Weise er das Wertungssystem korrigieren will (vgl. Senat, Beschl. v. 22.01.2014 – VII Verg 26/13, juris Rn 27). Wie die Antragsgegnerin diesen Spielraum vorliegend ausgefüllt hätte und zu welchem Wertungsergebnis sie dann gekommen wäre, kann indes nicht beurteilt werden.

(d) Ob darüber hinaus die auf der Grundlage des vergaberechtsfehlerhaften Wertungssystems getroffene Wertungsentscheidung vergaberechtswidrig war, bedarf nach alledem keiner Entscheidung. 96

c. Der hilfsweise zu 2) gestellte Antrag auf Feststellung, dass der Antragstellerin wegen der Verletzung ihrer Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB Schadensersatzansprüche gegen die Antragsgegnerin zustehen, ist nicht statthaft und daher unzulässig. Nach § 168 Abs. 2 S. 2 GWB kann nach Erledigung des Nachprüfungsverfahrens auf Antrag eines Beteiligten lediglich das Vorliegen einer Rechtsverletzung festgestellt werden. Für die Entscheidung über das Bestehen von Schadensersatzansprüchen sind die Zivilgerichte zuständig. 97

III. 98

Die Kostenentscheidung betreffend das Beschwerdeverfahren beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Demnach entspricht es der Billigkeit, dass die Antragstellerin, die mit ihrem ursprünglichen Nachprüfungsantrag und dem hilfsweise zu 2) gestellten Feststellungsantrag unterlegen ist, 2/3 der Kosten einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin trägt und die Antragsgegnerin 1/3 der Kosten einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt. 99

Die Antragstellerin hat darüber hinaus die notwendigen Auslagen der Beigeladenen zu tragen. Ein Beigeladener ist kostenrechtlich dann wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Verfahren auch nutzt, indem er sich mit einer sachlichen Stellungnahme an diesem beteiligt (BGH, Beschl. v. 26.09.2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn 63; OLG Celle, Beschl. v. 27.08.2008 – 13 Verg 2/08; *Frister*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 175 GWB Rn 26). Dies ist vorliegend im Beschwerdeverfahren in Bezug auf den weiter verfolgten Nachprüfungsantrag geschehen, mit dem die Antragstellerin unterlegen ist. In Bezug auf die Feststellungsanträge hat die Beigeladene weder eigene Anträge gestellt noch sich mit einer eigenen Stellungnahme beteiligt, so dass die Beigeladene nicht unterlegen ist und es der Billigkeit entspricht, dass die Antragstellerin die notwendigen Auslagen der Beigeladenen insgesamt trägt. 100

Über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die dort zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten ist, nachdem sich das 101

Vergabenachprüfungsverfahren durch Aufhebung des Vergabeverfahrens erledigt hat, gemäß § 182 Abs. 3 S. 5, Abs. 4 S. 1-3 GWB nach billigem Ermessen zu befinden. Demnach tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene die Kosten als Gesamtschuldner (§ 182 Abs. 3 S. 2 GWB), da sie voraussichtlich unterlegen gewesen wären. Die Beigeladene ist vorliegend im Nachprüfungsverfahren kostenrechtlich wie die Antragsgegnerin des Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, da sie die durch die Beiladung begründete Stellung im Verfahren auch nutzte, indem sie sich mit einer sachlichen Stellungnahme an diesem beteiligt hat (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 63; OLG Celle, Beschluss vom 27. August 2008, 13 Verg 2/08; Frister in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 175 GWB Rn. 26), auch wenn sie keinen Verfahrens Antrag gestellt hat.

Im Nachprüfungsverfahren sind gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG auch die Gebühren und Auslagen der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin erstattungsfähig, da deren Hinzuziehung im Verfahren vor der Vergabekammer in Anbetracht der dort aufgetretenen Schwierigkeiten im Ergebnis notwendig war. Hierüber ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalls zu entscheiden (BGH, Beschl. v. 26.09.2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn 61 - Polizeianzüge; Senat, Beschl. v. 16.03.2020 – VII-Verg 38/18, BeckRS 2020, 29123 Rn 34; Senat, Beschl. v. 15.05.2018 – VII-Verg 58/17; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 02.11.2017 – 11 Verg 8/17, ZfBR 2018, 198, 199). Entscheidend ist, ob der Beteiligte unter den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen und hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (BGH, Beschl. v. 26.09.2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn 61 - Polizeianzüge). Das kann vorliegend nicht angenommen werden. Es stellten sich schwierige Fragen in Bezug auf die Vergaberechtskonformität eines Bewertungssystems mit Blick auf die rechtlich komplexe Problematik der Ungeeignetheit eines Bewertungsschemas, das für den schlechtesten Bieter – unabhängig von seinem Abstand zum Bestbieter – null Punkte vorsieht (Alles-oder-Nichts-Prinzip). 102

Der Beschwerdewert wird auf bis 50.000,00 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). 103