

Abschrift



EB	EINGEGANGEN Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte	Mit.
zdA		Katze
WV		Rückpr.
KIA		Stellung.
Buchh.		Zahlg.
8. JAN. 2010		
Fristablauf:		
Vorfriert:		
Kopie an: <i>SCG, CO</i>		

Kammergericht

Beschluss

Geschäftsnummer: 2 VERG 5/09
VK-B1-16/09 Vergabekammer des Landes Berlin

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

[REDACTED]

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

g e g e n

[REDACTED]

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

- Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

[REDACTED]

Beigeladene,

- Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

hat der Vergabesenat des Kammergerichts auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Dr. Hawickhorst und die Richter am Kammergericht Franck und Dr. Glaßer **b e s c h l o s s e n** :

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin, 1. Beschlussabteilung, vom 15. August 2009 – VK – B 1 – 16/09 – aufgehoben.
2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen im Vergabeverfahren „Verfahren des Landes Berlin zur Vergabe des Managements der öffentlichen Beleuchtung – 2008/S 252-33817 –“ unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats zu werten.
3. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
4. Von den Kosten des Nachprüfungsverfahrens – mit Ausnahme derjenigen der Beigeladenen – haben der Antragsgegner $\frac{3}{4}$ und die Antragstellerin $\frac{1}{4}$ zu tragen. Der Antragstellerin werden $\frac{1}{4}$ der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen auferlegt. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.
5. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts im Verfahren vor der Vergabekammer durch die Antragstellerin war notwendig.
6. Der Verfahrenswert wird auf bis zu 3.000.000,00 EUR festgesetzt.

I.

Der Antragsgegner schrieb im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 30. Dezember 2008 die „Wartung von öffentlichen Beleuchtungseinrichtungen und Verkehrsampeln“ in Berlin im offenen Verfahren aus. Für den dem Inhalt nach mit „Management der öffentlichen Beleuchtung“ bezeichneten Auftrag waren Angebote ursprünglich bis zum 17. März 2009 einzureichen; später wurde diese Frist bis zum 31. März 2009, 12.00 Uhr verlängert. Als Vertragsbeginn war der 1. Juli 2009 angegeben. Der auf sieben Jahre befristete Vertrag sollte durch Erklärung des Auftragge-

bers einmalig um drei Jahre verlängert werden können.

Die Verfahrensbeteiligten streiten darum, ob das von der Antragstellerin eingereichte Angebot auch in drei vom Antragsgegner beanstandeten Punkten den Anforderungen entsprach und der Antragsgegner dieses Angebot deswegen zu Unrecht ausgeschlossen hat. Weiter streiten sie um den möglichen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen.

Laut Ziffer II. 2. 2) der Bekanntmachung der Ausschreibung war mit dem Angebot zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit unter anderem einzureichen:

„Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung durch Vorlage einer Bestätigung der Versicherung;...“

In dem am 9. Januar 2009 bei ihr eingegangenen Schreiben des Antragsgegners vom 23. Dezember 2008 wurden der Antragstellerin die Vergabeunterlagen zugesandt. Hier hieß es insoweit zu den dem Angebot beizufügenden Unterlagen auf Seite 8 unter Ziffer 11. b)

„Eignungsnachweise“:

„ein Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung (§ 7 a Nr. 3 Abs. 2 lit. a) VOL/A).“

Den Vergabeunterlagen beigefügt war weiter der Text des abzuschließenden Managementvertrages, in dem es in § 34 Abs. 1 zum Versicherungsschutz des Auftragnehmers heißt:

„Der Auftragnehmer hat unverzüglich nach der Unterzeichnung dieses Vertrages den Abschluss einer angemessenen Haftpflichtversicherung nachzuweisen und diese während der Laufzeit des Vertrages aufrecht zu erhalten.“

Mit Anfrage vom 17. Februar 2009 wies die Antragstellerin den Antragsgegner darauf hin, dass die Haftpflichtversicherung laut Managementvertrag nicht näher spezifiziert sei. Im Schreiben heißt es:

„Die Art der Haftpflichtversicherung Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung und die Höhe sind nicht angegeben. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe Ziffer 11 b) sowie im Angebotsformular Teil 2, 3. Angebotsinhalt ist bereits dem Angebot der Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung beizufügen.“

Könnten Sie bitte darstellen was verbindlich ist bzw. zu welchem Zeitpunkt eine Haftpflicht-

versicherung nachzuweisen ist. Ist in diesem Zusammenhang eine Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Berufshaftpflichtversicherung gleichzusetzen?"

Der Antragsgegner reagierte auf die Anfrage mit seiner an alle Bieter gesandten „Bieterinformation Nr. 6 vom 26. Februar 2009. Auf Seite 14 dieser Information heißt es unter Punkt 14 „Haftpflichtversicherung (§ 34 Abs. 1 Management-Vertrag)“:

„Der Zeitpunkt des Nachweises ist in § 34 Abs. 1 des Management-Vertrages geregelt. Danach ist das Bestehen einer Haftpflichtversicherung „unverzüglich nach der Unterzeichnung dieses Vertrages“ nachzuweisen.

Unter Haftpflichtversicherung ist in diesem Zusammenhang eine Betriebshaftpflichtversicherung zu verstehen.

Im Übrigen siehe die Antwort auf Frage Nr. 2 der Bieterinformation Nr. 4.“

Die Bieterinformation Nr. 4 vom 18. Februar 2009 hatte sich unter Punkt 2 mit Fragen zum Umfang der geforderten Versicherung befasst. Die dort zitierte Frage lautet:

„Wird diese Anforderung durch die Vorlage eines Nachweises über das Bestehen einer Betriebshaftpflichtversicherung erbracht, nach der versichert ist: „die gesetzliche sowie die vertragliche Haftpflicht in gesetzlichem Umfang für Schadensereignisse, die während den Laufzeit der Versicherung eintreten und zwar für alle Aktivitäten, die sich aus dem Betriebscharakter des Versicherungsnehmers ergeben?“

Dazu heißt es:

„Ja. Der Nachweis wird insbesondere durch die Vorlage einer aktuellen Bestätigung der Versicherung über die Deckung erbracht.“

Ihrem unter dem 30. März 2009 fristgerecht eingereichten Angebot fügte die Antragstellerin ein Schreiben des niederländischen Unternehmens „Aon Risk Services“ vom 20. Februar 2009 bei, das mit „Versicherungsbestätigung“ überschrieben ist und in dem es heißt:

„Hiermit bestätigen wir, Aon Risk Services, Versicherungsmakler in Rotterdam, dass NV Nuon und/oder Alliander NV und/oder: Stadtlicht GmbH“...

„durch unsere Vermittlung eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat.“

...
 „Die Bescheinigung wird abgegeben innerhalb der Allgemeinen- und Sonderbedingungen die Police““in der holländischen Sprache und falls es Zweifelsfälle oder Unterscheide geben sollte, so gilt der Text in der holländischen Sprache als verbindlich.“

Der Antragsgegner hielt das Angebot der Antragstellerin insoweit für unvollständig und schloss es von der Wertung aus.

In Ziffer III. 2. 3) der Bekanntmachung der Ausschreibung war zur Darlegung der technischen Leistungsfähigkeit die Einreichung einer

„Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen, die mit der konkret zu vergebenden Leistung (Beleuchtung öffentlicher Straßen) vergleichbar ist, jeweils mit Angabe des jährlichen Auftragswertes, der Zahl der Lichtpunkte und sonstigen Beleuchtungseinrichtungen, der Leistungszeit, der öffentlichen oder privaten Auftraggeber...“

gefordert. Im Schreiben vom 23. Dezember 2008, mit dem der Antragsgegner zur Abgabe des Angebots aufgefordert wurde, wird ebenfalls eine diesen Anforderungen entsprechende Referenzliste gefordert.

Mit ihrem Angebot überreichte die Antragstellerin in Nr. 6 ihres Angebots „Erbrachte Leistungen“ eine gemäß dem Inhaltsverzeichnis 16 Projekte umfassende 19-seitige Aufstellung, der für drei der Projekte Bestätigungsschreiben der jeweiligen Auftraggeber und zusätzlich ein Bestätigungsschreiben eines Stadtwerkes beigelegt waren. Der Auftrag, auf den sich das Bestätigungsschreiben bezog, ist in der Aufstellung der 16 Projekte nicht enthalten.

Der Antragsgegner schloss das Angebot der Antragstellerin auch insoweit wegen der unzureichenden Angabe von Referenzen von der Wertung aus.

Schließlich heißt es unter der Rubrik „Besondere Bedingungen für Dienstleistungsaufträge“ unter Ziffer III. 3.2) der Bekanntmachung der Ausschreibung:

„Juristische Personen müssen die Namen und die berufliche Qualifikation der Personen angeben, die für die Ausführung der betreffenden Dienstleistung verantwortlich sein sollen.“

Im Schreiben vom 23. Dezember 2008, in dem die Antragstellerin zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurde, fehlte ein entsprechender Passus. In ihrem Angebot vom 30. März 2009 machte die Antragstellerin zu den für bei ihr für Dienstleistung verantwortlichen Personen keine Angaben. Der Antragsgegner schloss ihr Angebot auch mit Rücksicht darauf von der weiteren Wertung aus.

In Ziffer 13 des Schreibens vom 23. Dezember 2008 ist angegeben, dass die Vergabestelle sich vorbehalte, ergänzende Informationen, Unterlagen und Nachweise zu fordern, die zur Prüfung und Wertung des Angebots erforderlich seien. Weiter heißt es:

„Die Vergabestelle behält sich ferner vor, bei Fehlen wesentlicher Angaben und Unterlagen das Angebot auszuschließen. Es kann nicht darauf vertraut werden, dass fehlende Informationen, Unterlagen und Nachweise von der Vergabestelle nachgefordert werden.“

In ihrem Vorabinformationsschreiben vom 12. Mai 2009 ließ der Antragsgegner der Antragstellerin mitteilen, dass ihr Angebot auf der ersten Wertungsstufe auszuschließen sei, weil Teile der geforderten Angaben und Erklärungen gefehlt hätten. Es sei beabsichtigt, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Das Angebot der Beigeladenen hatte der Antragsgegner gewertet und hatte es bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit beim Zuschlagskriterium 2 („Erzielbare Energieeinsparung bei der Modernisierung der öffentlichen Beleuchtung“), das ein Gewicht von 10 Prozent hatte, mit „0 Punkten“ bewertet. Der Grund lag darin, dass der Antragsgegner die von den Bietern anzugebende Kennzahl „Ke“ (Watt je Euro) für nicht ausreichend plausibilisiert hielt.

Mit Schreiben vom 15. Mai 2009 ließ die Antragstellerin ihren Ausschluss rügen; mit Schreiben vom 19. Mai 2009 rügte sie darüber hinaus diskriminierendes Verhalten des Antragsgegners ihr gegenüber, weil die Beigeladene anders als sie Kenntnis von einem beabsichtigten Austausch von Gaslaternen gehabt habe, der mit einem beabsichtigten Austausch von 40.000 Gaslaternen weit über den Austausch von 8.400 Laternen hinausgehe, der allen Bietern bekannt gewesen sei.

Nachdem der Antragsgegner auch nach einem mit der Antragstellerin durchgeführten Informationsgespräch bei seiner Haltung geblieben war, hat die Antragstellerin am 25. Mai 2009 einen Antrag auf Durchführung eines Vergabenachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer des Landes Berlin eingereicht.

Sie hat ihren Ausschluss gerügt und die Auffassung vertreten, dass demgegenüber das Angebot der Beigeladenen auszuschließen sei. Nachdem der Antragsgegner offenbar strenge Maßstäbe angelegt und ihr Angebot sowie die Angebote zweier weiterer Bieter ausgeschlossen habe, so

dass allein das Angebot des Beigeladenen in die Wertung gekommen sei, erscheine es ausgeschlossen, dass das Angebot der Beigeladenen ordnungsgemäß gewesen sei. Jedenfalls gelte das für die gemäß Formblatt 7 der Verdingungsunterlagen anzugebende Kennziffer für die Energieeinsparung, den so genannten „Ke-Wert“, den die Beigeladene nicht plausibel angegeben habe. Hierzu hat sie behauptet, dies sei ihr bei der Erörterung beim Antragsgegner am 25. Mai 2009 bestätigt worden. Sie hat die Auffassung vertreten, dies sei mit der Nichtangabe dieses Wertes gleichzusetzen.

In demselben Gespräch sei ihr zudem mitgeteilt worden, dass der von der Beigeladenen angebotene Preis um 13 % unter dem von ihr angegebenen Preis gelegen habe und der Antragsgegner dies selbst für ungewöhnlich niedrig erachtet habe, ohne dass er eine Überprüfung des Angebots veranlasst habe. Insgesamt sei sogar ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung gegeben gewesen, das zum Ausschluss des Angebots der Beigeladenen führen müsse.

Im Übrigen hat sie die Meinung vertreten, dass das gesamte Vergabeverfahren aufzuheben sei, weil der Antragsgegner – wie sie dies bereits in ihren Schreiben vom 22. und 23. Januar 2009 gerügt habe – den Mitbieter ihr gesamtes Know-how einschließlich ihrer Einkaufspreise offenbart habe. Umgekehrt seien ihr aber kalkulationsrelevante Informationen, über die mindestens die Beigeladene verfügt habe, vorenthalten worden. Dies betreffe die über die Ausschreibung hinaus geplante Umrüstung weiterer Gasleuchten während der Laufzeit des Vertrages.

Sie hat zur Hauptsache beantragt,

1. festzustellen, dass sie in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist;
2. den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag unter Berücksichtigung ihres Angebots sowie unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu erteilen;
3. hilfsweise, die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.

Der Antragsgegner hat beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Der Antragsgegner hat den Ausschluss der Antragstellerin verteidigt und ihren Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig gehalten.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag ebenfalls für unzulässig gehalten und ihn ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss vom 15. Juli 2009 zurückgewiesen. Gegen den ihr am 20. Juli 2009 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 3. August 2009 sofortige Beschwerde eingelegt.

Sie hält an ihren im Verfahren vor der Vergabekammer erhobenen Einwendungen fest und beanstandet, dass sich die Vergabekammer – insbesondere was die nach ihrer Auffassung die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtfertigenden Mängel angeht – nicht mit ihnen befasst habe. Sie begehrt mit ihrer Beschwerde die Änderung der Entscheidung der Vergabekammer in erster Linie dahin, dass der Antragsgegner verpflichtet werden soll, den Zuschlag unter Berücksichtigung ihres Angebots und unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu erteilen.

Sie beantragt,

1. den Beschlusses der 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin vom 15. Juli 2009 (Az.: VK – B1 – 16/09) aufzuheben;
2. festzustellen, dass sie in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist;
3. den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag unter Berücksichtigung ihres Angebotes sowie unter Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zu erteilen;
4. hilfweise die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die vom Beschwerdegericht festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen;
5. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war;
6. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen, dem Antragsgegner aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. die Abweisung der Anträge der Antragstellerin;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen;
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Er verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer und hält den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin und die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene weiterhin für vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Die Beigeladene hat das Vorbringen des Antragsgegners unterstützt, aber eigene Anträge nicht gestellt. Sie meint, der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen der fehlenden Vorlage von Eignungsnachweisen sei schon mit Rücksicht darauf geboten gewesen, dass es dem Antragsgegner mit Rücksicht auf die Bedeutung der Anforderungen für den streitgegenständlichen Auftrag rechtlich gar nicht möglich gewesen sei, die in der Bekanntmachung angegebenen Anforderungen nachträglich zu reduzieren. Sie bestreitet, dass es sich bei ihrem Angebot um ein sogenanntes „Unterkostenangebot“ gehandelt habe. Jedenfalls könne die Antragstellerin gegen eine gleichwohl erfolgende Beauftragung nichts erinnern, weil es sich bei der Regelung der VOL/A, die sich mit der Prüfung „ungewöhnlich niedriger“ Angebote befasst, nicht um eine Vorschrift handele, die Mitbieter schütze.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf den Inhalt der Vergabeakten und der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Die ohne weiteres zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat auch in der Sache überwiegend Erfolg. Der auf den rechtswidrigen Ausschluss ihres Angebots gestützte Nachprüfungsantrag hat Erfolg (1.), während der auf den unterbliebenen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen gestützte Nachprüfungsantrag nur insoweit erfolgreich ist, als der Antragsgegner das Angebot der Beigeladenen neu werten muss (2.). Für eine Aufhebung des Vergabeverfahrens, das die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer noch angeregt hatte, ist kein Raum (3.). Der von der Antragstellerin gestellte Feststellungsantrag ist bereits unzulässig (4.).

1. Der Antragsgegner hat das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht wegen formeller Unvollständigkeit nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A von der weiteren Wertung ausgeschlossen und sie dadurch in ihren Rechten verletzt.
 - a) Dass der Senat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, soweit er sich auf den Ausschluss des eigenen Angebotes stützt, entgegen der Auffassung der Vergabekammer als zulässig ansieht, hat er bereits in seinem im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zum Aktenzeichen 2 Verg 6/09 am 31. August 2009 ergangenen Beschluss ausgeführt. Diesen Ausführungen ist auch unter dem Eindruck der dazu eingegangenen Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten nur wenig hinzuzufügen:

- aa)** Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, denn sie hat die von ihr geltend gemachten Rechtsverletzungen hinreichend substantiiert. Sie hat im Einzelnen dargelegt, weshalb sie den Ausschluss ihres Angebots durch den Antragsgegner als vergaberechtswidrig ansieht. Insoweit reicht es aus, wenn nach ihrem Vortrag eine Verletzung ihrer Rechte möglich erscheint (vgl. Byok in Byok/Jaeger, a.a.O., § 107 Rn. 970; Marx in Beck'scher Komm. zur VOB, VOB/A, §§ 107, 108 Rn. 24 a.E.). Nicht zu verlangen ist es, dass bereits festgestellt werden kann, dass der behauptete Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften tatsächlich vorliegt (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004 – X ZB 7/04 –). Gegen diese Auffassung des Senats haben weder der Antragsgegner noch die Beigeladene etwas erinnert, so dass der Senat zu ergänzenden Ausführungen keine Veranlassung sieht.
- bb)** Die Antragstellerin hat den aus ihrer Sicht zu Unrecht erfolgten Ausschluss aus dem Vergabeverfahren auch unverzüglich gerügt, § 107 Abs. 3 GWB, wobei die Vorschrift hier noch in ihrer alten Fassung anzuwenden ist, § 131 Abs. 8 GWB. Auch insoweit haben die Verfahrensbeteiligten nicht mehr zu vorläufiger Entscheidung des Senats nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB Stellung genommen. Der Senat hält insoweit an seinen Erwägungen fest:

Die auf den Zugang des Informationsschreibens am Dienstag, den 12. Mai 2009 am folgenden Freitag, den 15. Mai 2009 um 21.50 Uhr erhobene Rüge ihres Ausschlusses ist als unverzüglich anzusehen. Es ist anerkannt, dass dem Bieter insoweit selbst nach der insoweit positiven Kenntnis von den Tatsachen, die den Vergabefehler aus seiner Sicht begründen, noch Zeit einzuräumen, sich rechtlich beraten zu lassen und das Ergebnis dieser Beratung in eine Entscheidung umzusetzen (vgl. nur Marx in Beck'scher Komm., a.a.O., §§ 107, 108 GWB Rn. 29). Jedenfalls mit Rücksicht auf die vorliegend im Hinblick auf den Ausschluss des Angebots erhobenen Mängel, war die Rechtslage keineswegs eindeutig, wie sich auch aus der abweichenden Bewertung der Ausschlussgründe durch die Vergabekammer ergibt. Auch eine dem Antragsgegner am Montag, den 18. Mai 2009 zugegangene Rüge ist danach noch als unverzüglich anzusehen.

Soweit sich der Antragsgegner für den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin darauf gestützt hat, dass mit dem Angebot nicht die Namen der ausführenden verantwortlichen Personen genannt waren, war die Antragstellerin unter Zulässigkeitsgesichtspunkten nicht etwa gehalten, die Abweichung zwischen der Bekanntmachung und dem Aufforderungsschreiben hinsichtlich der vorzulegenden Unterlagen hinsicht-

lich der Namen und Qualifikation der verantwortlichen Personen zu rügen. Der insoweit von ihr gerügte Vergabeverstoß liegt nicht in der Divergenz zwischen Bekanntmachung und Aufforderungsschreiben, sondern darin, dass der Antragsgegner ihr Angebot trotz der Divergenz unmittelbar ausgeschlossen hat. Im Übrigen ist nichts dafür ersichtlich, dass der Antragstellerin diese Divergenz vor Eingang der Vorabinformation bekannt war,

§ 107 Abs. 3 S. 1 GWB a.F. Aus der Bekanntmachung allein konnte sich die Divergenz begrifflich nicht ergeben, so dass auch keine Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. bestand, die schon durch die Erkennbarkeit des Mangels ausgelöst worden wäre.

- b) Der auf den unrechtmäßigen Ausschluss ihres Angebots gestützte Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet, denn der Antragsgegner hat das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht von der Wertung ausgeschlossen. Er konnte sich für den Ausschluss nicht auf die Vorschrift des § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A stützen, die den Ausschluss eines Angebots nur ermöglicht, wenn es die geforderten Angaben und Erklärungen nicht enthält.

Allerdings ergibt sich nichts dafür, dass – wie es die Antragstellerin unter dem Aspekt „Vermischung von Wertungskriterien“ offenbar geltend machen will –, der Antragsgegner ihr Angebot bereits als formell ordnungsgemäß angesehen und daran gebunden ist. Sie verweist insoweit darauf, dass der Antragsgegner ihren Preis in die Wertung einbezogen habe, als er den Angebotspreis der Beigeladenen als „ungewöhnlich niedrig“ eingestuft habe. Nachdem der Antragsgegner zur Ermittlung eines „ungewöhnlich niedrigen Angebots“ aber auch auf bereits aus formellen Gründen ausgeschlossene Angebote zurückgreifen konnte, solange der Ausschluss nicht gerade auf den Preisangaben beruhte (vgl. Dicks in Kulartz u.a., § 25 Rn. 137), spricht dies nicht dafür, dass der Antragsgegner sich hier widersprüchlich verhalten hätte. Dafür ergibt sich auch nichts aus den Vergabeakten.

Die vom Antragsgegner angeführten drei Gründe, auf die er sich für den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin stützt, tragen einen Ausschluss jedoch nicht.

aa) Fehlender Versicherungsnachweis

Das Angebot der Antragstellerin ist nicht bereits deswegen als unvollständig anzusehen, weil es den Nachweis einer „Berufshaftpflichtversicherungsdeckung“ nicht enthalten hat, wie es sowohl die Bekanntmachung der Ausschreibung als auch das

Aufforderungsschreiben des Antragsgegners vom 23. Dezember 2008 vorsehen. Dabei kann es offen bleiben, ob die „Versicherungsbestätigung“ der „Aon Risk Services“ vom 20. Februar 2009 den Anforderungen, die an einen solchen Nachweis zu stellen sind, genügt. Auf Nachfrage der Antragstellerin hat der Antragsgegner nämlich auf die Vorlage eines entsprechenden Nachweises bereits mit dem Angebot in seiner an alle Bieter gerichteten „Bieterinformation Nr. 6“ vom 26. Februar 2009 verzichtet. Dieser Verzicht war auch wirksam; insoweit hält der Senat an seiner bereits im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vertretenen Auffassung auch unter dem Eindruck der dazu erfolgten Stellungnahme des Antragsgegners fest. Jedenfalls war der Hinweis zu Frage 14 der Bieterinformation Nr. 6 so missverständlich, dass der Antragsgegner das Angebot der Antragsteller wegen eines fehlenden Versicherungsnachweises nicht sofort ausschließen konnte.

- (1) Der Senat hat weiterhin keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Möglichkeit, Anforderungen an Eignungsnachweise nach der Bekanntmachung der Ausschreibung zu modifizieren, so lange nicht zusätzliche Eignungsnachweise gefordert werden. Deshalb bleibt es dabei, dass es vorliegend keinen Bedenken unterliegt, dass der Antragsgegner die Vorgaben, die er in der Bekanntmachung hinsichtlich des Zeitpunkts der Vorlage eines Versicherungsnachweises als Eignungsnachweis im Sinne von § 17 Nr. 1 Abs. 2 m) VOL/A gemacht hat, nachträglich dadurch herabsetzen konnte, dass er den Zeitpunkt erst auf die Zeit nach Abschluss der Vertrages verlegte und damit auf die Vorlage eines entsprechenden Nachweises im Vergabeverfahren sogar ganz verzichtete. Anders als erschwerende Modifikationen und das spätere Aufstellen ergänzender Anforderungen (vgl. dazu die vom Antragsgegner zitierten Entscheidungen VK Bund, Beschluss vom 16. Februar 2006 – VK – 2/2006 – L – ; OLG Frankfurt, Beschluss vom 15. Juli 2008 – 11 Verg 4/08 – ; OLG Naumburg, Beschluss vom 2. Juli 2009 – 1 Verg 2/09) steht es dem Auftraggeber frei, seine Anforderungen im Laufe des Verfahrens zu modifizieren, so lange dadurch nicht der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und der im Vergabeverfahren zu wählende Transparenzgrundsatz verletzt werden (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 12. Dezember 2007 – VII Verg 34/07 Rn. 51 f – und Beschluss vom 4. Juni 2008 – VII 34/07 Rn. 43 zitiert jeweils nach Juris; Senat, Beschluss vom 20. August 2009 – 2 Verg 4/09; in engen Grenzen zur VOB/A dafür auch Weyand, VergabeR, 2. Aufl., § 17 VOB/A Rn. 4657; a.A. Rechten in Kulartz u.a., Komm. VOL/A; § 17 Rn. 34). Wie der Senat bereits im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ausgeführt hat, werden durch den nachträglichen Verzicht auf die Vorla-

ge des Versicherungsnachweises im Vergabeverfahren die vorgenannten Grundsätze nicht verletzt.

Soweit sich der Antragsgegner auf gegenteilige Entscheidungen stützt, die auf die überragende Bedeutung der Bekanntmachung für die Forderung von Eignungsnachweisen verweisen, befassen sich diese mit nachträglichen Forderungen nach anderen oder zusätzlichen Nachweisen, die in der ursprünglichen Bekanntmachung nicht vorgesehen waren (vgl. die Nachweise oben).

Der Senat vermag auch nicht zu erkennen, inwieweit ein nachträgliches Abrücken von ursprünglich geforderten Nachweisen gegen Art. 36 Abs. 1 der Vergaberichtlinie verstoßen soll. Zwar fordert deren Anhang VII zu Nr. 17, dass unter anderem Eignungskriterien in der Bekanntmachung zu nennen sind. Dass diese dann – insbesondere wenn es lediglich um einzelne Nachweise geht – nicht nachträglich abgeschwächt werden könnten, ergibt sich daraus nicht.

Vorliegend standen weder der Transparenz- noch der Gleichbehandlungsgrundsatz dem Verzicht des Antragsgegners entgegen. Es fehlt jeder Hinweis darauf, dass potenzielle Mitbieter sich deswegen gegen eine Teilnahme an der Vergabe entschieden und die Ausschreibungsunterlagen nicht angefordert hätten, weil der Auftraggeber den Versicherungsnachweis ursprünglich bereits mit der Abgabe des Angebots gefordert hatte. Den insoweit erhobenen Einwand des Antragsgegners, ein nachträglicher Verzicht auf in der Bekanntmachung der Ausschreibung noch verlangter Eignungsnachweise diskriminiere solche Bieter, die aufgrund hoher Anforderungen an die vorzulegenden Nachweise darauf verzichtet hätten, die Vergabeunterlagen überhaupt anzufordern, hatte der Senat im Übrigen bereits in seiner Entscheidung vom 30. August 2009 ausdrücklich berücksichtigt: Erleichtert der Auftraggeber seine ursprünglichen Anforderungen in einer Weise, dass anzunehmen ist, dass sich potenzielle Bieter, hätten sie die späteren Erleichterungen von Anfang an gekannt, ebenfalls an der Vergabe beteiligt und ein Angebot abgegeben hätten, kann von einem chancengleichen und transparenten Vergabeverfahren nicht mehr gesprochen werden.

Ein solcher Fall ist aber vorliegend nicht gegeben. Dass im Verzicht auf den bereits mit dem Angebot vorzulegenden **Nachweis** einer bestehenden „Berufshaftpflichtversicherungsdeckung“ ein so deutliches Herabsetzen der

Eignungsnachweise liegt, dass eine Diskriminierung potenzieller Bieter zu befürchten wäre, könnte nur angenommen werden, wenn es für den jeweiligen Bieter eine Schwierigkeit darstellte, eine tatsächlich bestehende Versicherung von seinem Versicherer auch bestätigt zu bekommen. Dafür fehlt jeder Anhaltspunkt. Eine ganz andere Frage ist es – und insoweit geht der Hinweis der Beigeladenen zu diesem Punkt ins Leere – wie der Verzicht auf das Bestehen einer solchen Versicherung selbst zu beurteilen wäre.

Offen bleiben kann, ob – wie der Antragsgegner meint – eine Herabsetzung der Anforderungen an die Vorlage von Eignungsnachweisen spätestens in den Vergabeunterlagen enthalten sein muss oder ob dies noch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann. Denn vorliegend interpretierte der Antragsgegner mit der in der Bieterinformation Nr. 6 gegebenen Antwort die in den Vergabeunterlagen gestellten Anforderungen und machte die Antwort damit zu ihrem Gegenstand.

- (2) Der Senat bleibt auch dabei, dass der Antragsgegner mit den Informationen, die er den Bietern in den „Bieter-Informationen Nr. 6“ gegeben hat, darauf verzichtete, dass ihm der Versicherungsnachweis – wie ursprünglich gefordert – bereits mit dem Angebot vorgelegt werden müsse. Soweit der Antragsgegner die insoweit gestellten Fragen in der Folge auch die darauf gegebenen Antworten anders verstehen will, überzeugt das den Senat nicht; auch die Beigeladene geht in ihrer Stellungnahme im Übrigen von einem mindestens missverständlichen Hinweis zu der Frage aus, zu welchem Zeitpunkt der Versicherungsnachweis vorgelegt werden müsse.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners bezieht sich die Frage zum Zeitpunkt der Vorlage der Nachweise nicht allein auf den Managementvertrag. Das gilt schon deshalb, weil dieser – für sich betrachtet – klar ist und insoweit keinen Anlass für eine Frage bot: Der Abschluss einer angemessenen Haftpflichtversicherung war nach dem Vertrag „unverzüglich nach der Unterzeichnung dieses Vertrages“ nachzuweisen. Damit konnte sich in der Tat ein Widerspruch zur Vergabebekanntmachung und den Vergabeunterlagen ergeben, nach denen dieser Nachweis bereits mit der Abgabe des Angebots vorgelegt werden musste. Anders, als es der Antragsgegner jetzt andeutet, war der nach § 34 des Management-Vertrages geforderte Nachweis auch nicht etwa von vornherein ein „aliud“ zu dem in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen geforderten Nachweis, etwa weil er sich etwa auf die gesamte Vertragslaufzeit zu

beziehen gehabt hätte. Die Vertragsregelung fordert lediglich die Vorlage eines Nachweises über ein bestehendes Versicherungsverhältnis und erlegte es seinem Vertragspartner weiter auf, die Haftpflichtversicherung während der Laufzeit des Vertrages aufrecht zu erhalten.

Jedenfalls hatte es der Antragsgegner auf die Frage, die die beiden unterschiedlichen Zeitpunkte der Vorlage der Nachweise thematisierte, in der Hand, klarzustellen, dass für ihn beide Zeitpunkte nebeneinander relevant waren. Beschränkte er sich bei seiner Antwort darauf mitzuteilen, dass es insoweit auf den Zeitpunkt des Managementvertrages ankomme, gilt allein dieser Zeitpunkt. Früher erhobene weitergehende Forderungen hatte der Antragsgegner damit verändert. Entscheidend für das Verständnis der Antwort ist insoweit die gestellte Frage. Bezieht sich diese auf zwei unterschiedliche Zeitpunkte für die Vorlage des Nachweises und wird in der Antwort dann einer der beiden Zeitpunkte als verbindlich benannt, soll allein dieser gelten. Anders konnten die Bieter das bei einer – hier folgt der Senat dem Antragsgegner – am objektiven Empfängerhorizont auszurichtenden Auslegung nicht verstehen. Dass sämtliche Bieter insoweit – wie auch immer geartete – „Nachweise“ vorgelegt haben, widerspricht dem nicht. Immerhin waren sie ursprünglich gefordert worden und später – jedenfalls im Erfolgsfall, in dem es zum Vertragsabschluss kam, ohnehin vorzulegen.

Gegen dieses Ergebnis lässt sich von vornherein nicht mit Erfolg allein mit der systematischen Stellung der Antwort in der Bieterinformation Nr. 6 argumentieren. Aber auch in sich überzeugt die Argumentation nicht. Es trifft zwar zu, dass sich die Überschrift zu Frage/Antwort Nr. 1 der Bieter-Information Nr. 6 ausdrücklich auf „mit dem Angebot einzureichenden Unterlagen“ bezieht. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass nicht auch noch an anderer Stelle einzureichende Nachweise behandelt werden konnten, zumal sich die zitierte Frage/Antwort Nr. 1 nur auf zum Management –Vertrag einzureichende Anlagen bezieht.

Schließlich vermag der Senat nicht nachzuvollziehen, was sich aus dem Hinweis des Antragsgegners auf Frage und Antwort Nr. 2 aus der Bieterinformation Nr. 4 für die von ihm vertretene Auslegung der Antwort zu Nr. 14 der Bieterinformation Nr. 6 ergeben soll. Es ist nicht ersichtlich, dass der ebenfalls von der Antragstellerin gestellte Frage, die in Nr. 2 in der Bieterinformation Nr. 4 wiedergegeben ist, die Annahme zugrunde liegt, dass der Versicherungsnachweis

mit dem Angebot eingereicht werden soll. Die Frage bezieht sich allein auf die mit der Versicherung abzudeckenden Risiken. Selbst wenn dem Antragsgegner aber zu folgen wäre, konnte die Unsicherheit der Antragstellerin über den Zeitpunkt, zu dem der Versicherungsnachweis vorzulegen sei, auch erst nach Stellung der in der Bieterinformation Nr. 4 beantworteten Frage entstanden sein. Diese Unsicherheit jedenfalls war es, die zu der Frage führte, die der Antragsgegner schließlich zu Nr. 14 der Bieterinformation Nr. 6 beantwortet hat.

Aber selbst wenn der Senat dem Antragsgegner folgen würde und in seiner Antwort auf Frage 14 der Bieterinformation Nr. 6 keinen Verzicht auch die Vorlage eines Versicherungsnachweises bereits mit dem Angebot erkennen würde, war ihm jedenfalls ein sofortiger Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht möglich, weil sie den Versicherungsnachweis nicht schon mit dem Angebot vorgelegt hatte. Denn die von ihm gegebene Antwort in der Bieterinformation Nr. 6 war jedenfalls missverständlich. Ein auf dieses Missverständnis auch nur zurückführbar unvollständig gebliebenes Angebot konnte der Antragsgegner nicht ausschließen, ohne mit dem Ausschluss gegen den Rechtssatz zu verstoßen, nach dem nur die Nichtbefolgung einer vom Auftraggeber unzweideutig und unmissverständlich aufgestellten und von einem fachkundigen Bieter so zu verstehenden Forderung nach einer Einreichung von Unterlagen zum Anlass genommen werden darf, das betreffende Angebot von der weiteren Wertung auszuschließen. Verbleibende Unklarheiten gehen dagegen zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Dezember 2007 – VII Verg 34/07 – Rn. 52 zitiert nach juris). Inwieweit es dem Antragsgegner oblegen hätte, insoweit aufklärende „Verhandlungen“ nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A zu führen, kann offen bleiben, weil der Antragsteller solche „Verhandlungen“ ungeachtet der unverzüglich erhobenen Rüge, in der sich die Antragstellerin von Anfang an auf einen von ihr angenommenen Verzicht auf den Nachweis gestützt hat, nicht geführt und der Antragstellerin keine Gelegenheit zum Nachreichen des Nachweises gegeben hat.

bb) Fehlende Bezeichnung von verantwortlichen Personen

Auch soweit sich der Antragsgegner darauf gestützt hat, dem Angebot der Antragstellerin fehlten die Namen und beruflichen Qualifikationen der Personen, die für die Ausführung der jeweils zu erbringenden Dienstleistungen verantwortlich seien, trägt

auch dies einen Ausschluss des Angebots wegen Unvollständigkeit nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A nicht.

Zwar stellt die Bekanntmachung der Ausschreibung vom 23. Dezember 2008 eine entsprechende Anforderung an die Angebote in Ziffer III. 3.2). Wie auch die Vergabekammer nicht verkennt, wird diese Anforderung aber im Schreiben des Antragsgegners vom 23. Dezember 2008, in dem er die Antragstellerin zur Abgabe eines Angebots auffordert, nicht wiederholt. Soweit die Beigeladene hierzu die Auffassung vertreten hat, anders als bei der Frage des Versicherungsnachweises könne das schlichte Weglassen einer in der Bekanntmachung noch erhobenen Anforderung an das Angebot nicht als Verzicht darauf und als „Abmilderung“ der vom Antragsgegner insoweit für ein formell ordnungsgemäßes Angebot aufgestellten Voraussetzungen gewertet werden, kann das für die Entscheidung offen bleiben. Auch unabhängig davon, ob sich auch insoweit von einem Verzicht ausgehen lässt, hat der Antragsgegner durch Widersprüche in seinen Unterlagen Unklarheiten hinsichtlich der mit dem Angebot einzureichenden Unterlagen entstehen lassen. Wie bereits zu aa) a.E. ausgeführt darf nur die Nichtbefolgung einer vom Auftraggeber unzweideutig und unmissverständlich aufgestellten und von einem fachkundigen Bieter so zu verstehenden Forderung nach einer Einreichung von Unterlagen zum Anlass genommen werden, das betreffende Angebot von der weiteren Wertung auszuschließen. Verbleibende Unklarheiten gehen dagegen zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Dezember 2007 – VII Verg 34/07 – Rn. 52 zitiert nach juris). Ob die „Öffnungsklausel“ (gegebenenfalls sind dem Angebot weitere Unterlagen und Informationen beizufügen...) am Ende von Nr. 11 a) des Aufforderungsschreibens es dem Antragsgegner gestattet hätte, auf weitergehend in der Bekanntmachung geforderte Unterlagen zurückzukommen, kann dahinstehen, weil er dies nicht getan hat.

Anders als bei der Entscheidung des OLG Celle (Beschluss vom 31. Juli 2008 – 13 Verg 3/08) –, auf die sich insbesondere die Beigeladene für ihre abweichende Entscheidung gestützt hat, ergab sich aus der Abweichung zwischen Ausschreibung und Bekanntmachung vorliegend auch eine solche Unklarheit, weil objektiv nicht mehr eindeutig war, ob der Antragsgegner an der namentlichen Bezeichnung der verantwortlichen Mitarbeiter und ihrer beruflichen Qualifikationen noch festhalten wollte.

In dem Fall, den das OLG Celle zu beurteilen hatte, wurde von den potenziellen Bietern, die in einem bestimmten Geschäftsbereich noch keine vergleichbaren Arbeiten ausgeführt hatten, in der Bekanntmachung verlangt, mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen „entsprechende Leistungsnachweise“ zu erbringen. Das OLG sah in der Nicht-Wiederholung dieser Anforderung in den Ausschreibungsunterlagen und im Übersenden der Unterlagen auch an Bieter, die die zuvor geforderten Leistungsnachweise nicht erbracht hatten, keinen Verzicht auf die zunächst gestellten Anforderungen.

Der vom OLG Celle zu entscheidende Fall unterscheidet sich damit in zwei wesentlichen Punkten vom vorliegenden Sachverhalt. Zum einen waren die Leistungsnachweise bereits mit der Abforderung der Ausschreibungsunterlagen vorzulegen. Insofern konnten sich die Ausschreibungsunterlagen nach dem Aufbau des dortigen Vergabeverfahrens von vornherein nicht zu den vorzulegenden Leistungsnachweisen verhalten, weil diese entweder schon vorlagen oder aber – weil das betreffende Unternehmen bereits in dem genannten Geschäftsbereich tätig gewesen war – insgesamt nicht vorgelegt werden mussten. In diesem Fall wäre es sogar widersprüchlich gewesen, wenn der dortige Auftraggeber die Vorlage der bereits in der Bekanntmachung geforderten Unterlagen in den Vergabeunterlagen wiederholt hätte. Ein zweiter Unterschied liegt darin – und auch darauf hat das OLG Celle entscheidend abgestellt –, dass sich aus einem lediglich tatsächlichen Verhalten der Vergabestelle schwerlich auf einen vollständigen Verzicht auf die Vorlage jedweder Leistungsnachweise schließen lässt (vgl. a.a.O., Rn. 44 zitiert nach juris).

Im Hinblick auf beide Umstände liegt der vorliegend zu beurteilende Fall anders und auch das OLG Celle hat in jedenfalls einer späteren Entscheidung (vgl. Beschluss vom 2. Oktober 2008 – 13 Verg 4/08 –) auch formell unvollständige Angebote nach dem Gedanken von Treu und Glauben für unter bestimmten Voraussetzungen für wertungsfähig gehalten.

Zunächst waren die Nennung der verantwortlichen Mitarbeiter und ihre berufliche Qualifikation vorliegend nicht schon Voraussetzung dafür, die Vergabeunterlagen überhaupt erhalten zu können. Dies war nach Ziffer IV. 3.3) der Bekanntmachung allein davon abhängig, dass ein Betrag von 350,00 EUR gezahlt und der Anforderung der Unterlagen ein entsprechender Zahlungsnachweis beigefügt wurde. Insofern war es hier nicht etwa von vornherein sinnlos, diese Anforderung bei den Mindestbedin-

gungen, die der Antragsgegner an ein formell ordnungsgemäßes Angebot stellte, zu wiederholen. Denn die Angaben – anders will auch der Antragsgegner seine Bekanntmachung nicht verstanden wissen – waren erst mit der Abgabe des Angebots zu machen.

Auch ist im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden, ob der Antragsgegner durch bloßes Nicht-Wiederholen der entsprechenden Anforderung auf die Vorlage **jeglicher** Nachweise zur Leistungsfähigkeit verzichtet hat. Vielmehr zählte er in Nr. 11 des Aufforderungsschreibens zur Angebotsabgabe im Einzelnen „Unterlagen und Informationen“ auf, die mit dem zu unterschreibenden Angebot mindestens eingereicht werden müssten. Zu den unter Buchstabe b) aufgeführten Eignungsnachweisen sind auf mehr als einer Seite zahlreiche Unterlagen und Informationen genannt, ohne dass die Angabe der Namen und Qualifikationen der verantwortlichen Mitarbeiter darunter wären. Angesichts des Umfangs der der im Übrigen verlangten Nachweise, war es aus der objektiven Sicht eines Bieters auch keineswegs von vornherein ausgeschlossen, dass der Antragsgegner diese Angaben für ein ordnungsgemäßes Angebot nicht mehr verlangte. Das Aufforderungsschreiben wich nicht so erheblich von der Bekanntmachung ab, dass etwa eine Obliegenheit der Bieter zur Nachfrage ausgelöst worden wäre. Naturgemäß konnte sich die Anforderung zur Benennung der für die Ausführung „der betreffenden Dienstleistung“ Verantwortlichen nur auf diejenigen beziehen, die beim jeweiligen Bieter für die Durchführung des Vertrages vorgesehen waren. Ob diese dann – bei einem sich wie vorliegend hinziehenden Vergabeverfahren dann auch nach Abschluss des Vertrages auch tatsächlich und vor allem über die gesamte Laufzeit des Vertrages (7 Jahre + dreijährige Option!) zum Einsatz gelangen würden, ließ sich ersichtlich nicht vorhersagen. Der Anforderung nach Namen und Qualifikation der verantwortlichen Mitarbeiter kommt danach bei weitem nicht die Bedeutung zu, die ihr die Beigeladene zumessen will.

Mit Rücksicht auf den zuletzt genannten Umstand standen auch hier weder der Transparenz- noch der Gleichbehandlungsgrundsatz einem möglichen Verzicht des Antragsgegners entgegen. Die Anforderung hatte kein solches Gewicht, dass potentielle Mitbieter sich deswegen gegen eine Teilnahme an der Vergabe entschieden und die Ausschreibungsunterlagen nicht angefordert hätten. War lediglich die Angabe von verantwortlichen Personen gefordert, „die für die Ausführung der betreffenden Dienstleistung verantwortlich sein sollen“, wird lediglich auf eine entsprechende Absicht des Auftragnehmers abgestellt. Dass er dieses Personal überhaupt schon vertraglich gebunden vorhalten müsste, ergibt sich nicht.

Mit seiner Rechtsauffassung erschwert der Senat dem Antragsgegner auch die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht unangemessen. Dieser hatte es vielmehr der Hand, die Unterlagen insgesamt klar und widerspruchsfrei zu gestalten und dafür zu sorgen, dass die Ausschreibungsunterlagen mindestens die Anforderungen enthielten, die auch in der am selben Tage verfassten Bekanntmachung enthalten waren. Gerade mit Rücksicht darauf, dass das Aufforderungsschreiben zur Angebotsabgabe zu Nr. 11 tabellarisch Unterlagen und Informationen aufstellte, die mindestens einzureichen waren, konnte sich ein Bieter, jedenfalls wenn er nicht noch nachträglich etwa unter Bezugnahme auf die „Öffnungsklausel“ am Ende von Nr. 11 und in der Bekanntmachung geforderte zusätzliche Unterlagen oder Nachweise weitergehende Aufforderungen erhielt, darauf verlassen, mit der Einhaltung der genannten Mindestanforderungen habe er ein in formeller Hinsicht ausreichendes Angebot abgegeben. Dies gilt insbesondere mit Rücksicht auf den Umfang des Aufforderungsschreibens und der Verdingungsunterlagen: Angesichts eines 26-seitigen Aufforderungsschreibens, dem 12 Anlagen beigefügt waren – insgesamt mehr als 600 Seiten – war es den Bietern nicht zuzumuten, diese Unterlagen vor Erstellung des Angebots zunächst darauf durchzuarbeiten, ob sich Lücken zur ursprünglichen Bekanntmachung ergaben.

Dabei kommt es nicht darauf an, dass § 17 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A nur davon spricht, dass das Aufforderungsschreiben zur Angebotsabgabe alle Angaben enthalten müsse, die **außer den Verdingungsunterlagen** für den Entschluss zur Angabe eines Angebots notwendig sind und sich das Aufforderungsschreiben nach dieser Vorschrift möglicherweise auch nicht von vornherein als eine vom Bieter abzuarbeitende „Checkliste“ verstehen lässt. Das ändert aber nichts daran, dass der Antragsgegner das Aufforderungsschreiben – wie gerade dargelegt – vorliegend genau so ausgestaltet hat. Im Übrigen nimmt § 17 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A gerade nicht auf die Bekanntmachung Bezug, die neben dem Aufforderungsschreiben von besondere Bedeutung sei.

Die Möglichkeit, dass der Antragsgegner auf die Bezeichnung der verantwortlichen Personen nicht mehr fordern würde, schied für die Bieter auch nicht mit Rücksicht darauf aus, dass das Aufforderungsschreiben – wie die Beigeladene argumentiert – auf den „Grundfall“ zugeschnitten sei, dass eine natürliche Person als Bieter auftrete. Fungiere demgegenüber aber eine juristische Person als Bieter, seien nicht anders

als etwa bei einer Bietergemeinschaft naturgemäß ergänzende Unterlagen vorzulegen.

Abgesehen davon, dass es bei Aufträgen der vorliegenden Komplexität und dem gegebenen Umfang mindestens fern liegt, dass sich natürliche Personen um den Auftrag bemühen (vorliegend hat – soweit ersichtlich – nicht eine natürliche Person auch nur Interesse an der Auftragserteilung gezeigt), entfielen das Interesse des Auftraggebers an der Benennung der verantwortlichen Personen auch bei der Bewerbung eines einzelkaufmännisch geführten Unternehmens nicht, weil auch dieses arbeitsteilig arbeiten und einzelne Personen die Verantwortung für die verschiedenen Teilbereiche des Auftrags übernehmen müssten.

Nach alledem hat der Antragsgegner in seinem Aufforderungsschreiben die Mindestbedingungen für ein formell ordnungsgemäßes Angebot ausdrücklich als solche bezeichnet. Hierauf konnte sich die Antragstellerin jedenfalls zunächst verlassen. Ob die „Öffnungsklausel“ es dem Antragsgegner gestattet hätte, auf weitergehend in der Bekanntmachung geforderte Unterlagen zurückzukommen kann dahinstehen, weil er dies nicht getan hat.

cc) Referenzobjekte

Schließlich konnte auch die vom Antragsgegner beanstandete Unvollständigkeit der Referenzprojekte den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A nicht begründen. Ihr Angebot enthielt auch insoweit die geforderten Angaben und Erklärungen. Nachdem die Verfahrensbeteiligten zur Begründung des Senates in dem im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ergangenen Beschluss keine Stellung genommen bzw. auf ihre frühere Argumentation verwiesen haben, nimmt der Senat auch in diesem Verfahren auf die Begründung Bezug:

Das Angebot der Antragstellerin ist weder – worauf sich der Antragsgegner im Vergabevermerk allein gestützt hat – auszuschließen, weil die Antragstellerin nicht für jeden der von ihr genannten Referenzaufträgen den jährlichen Auftragswert angegeben hat, noch kann ihr Angebot im Hinblick auf die Referenzaufträge als derart unübersichtlich angesehen werden, dass es mangels Vergleichbarkeit mit den anderen Angeboten als unvollständig zu behandeln ist.

Nachdem der Antragsgegner den Bietern keine Mindestanzahl von anzugebenden

Referenzaufträgen vorgegeben hat, kann das Angebot nicht als im Sinne von § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A unvollständig angesehen werden, wenn bei einigen der angeführten Referenzaufträgen die Angabe des jährlichen Auftragswertes fehlt. Jedenfalls solange – wie es für den Referenzauftrag „Öffentliche Beleuchtung Geschäftsmodell Berlin“ außer Frage steht – nur ein Referenzauftrag die formellen Anforderungen der Ausschreibung erfüllt, kann das Angebot nicht als formell unvollständig angesehen und bereits deswegen von der weiteren Wertung ausgeschlossen werden (weitergehend: OLG Celle, Beschluss vom 24. Februar 2004 – 13 Verg 3/04 – BeckRS 2004 05848, unter II. 1.: kein Ausschluss auch bei gänzlichem Fehlen von Referenzen, wenn die Vorlage von Referenzen nicht deutlich als Mindestanforderung bezeichnet wird). Sind bei den übrigen Referenzaufträgen – was der Senat vorliegend nicht abschließend zu klären hat – die vom Antragsgegner vorgegebenen formellen Anforderungen nicht erfüllt, führt das allenfalls dazu, dass sie bei der vom Auftraggeber vorzunehmenden materiellen Prüfung der Geeignetheit der Antragstellerin nicht berücksichtigt werden können (vgl. zur Unterscheidung von formaler und materieller Eignungsprüfung: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. November 2008 – Verg 54/08 – BeckRS 2009 05998, unter II. 2. und 3).

Dass der Antragsgegner seine Anforderungen im Plural formuliert hat, führt auch nicht etwa dazu anzunehmen, dass mindestens zwei formell einwandfreie Referenzaufträge zu nennen gewesen wären. Zum einen hätte es dem Antragsgegner, der sich im Übrigen darauf auch nicht berufen hat, insoweit obliegen, dies klar und eindeutig als Mindestanforderungen zu definieren. Zum anderen spricht die Ausschreibung insoweit insgesamt von den wesentlichen Leistungen, die innerhalb der letzten drei Jahre erbracht worden seien. Diese können damit auch im Rahmen eines einzigen Auftragsverhältnisses erbracht worden sein. Im Übrigen hat auch die Beigelade nur einen Referenzauftrag genannt.

Durch die Nennung von Referenzaufträgen, von denen einige offenbar auch nach Auffassung der Antragstellerin nicht den Anforderungen Ausschreibung genügen, ist das Angebot der Antragstellerin auch nicht in einer Weise unübersichtlich geworden, die die Vergleichbarkeit mit anderen Angeboten schwerwiegend beeinträchtigen würde. Allerdings ist es anerkannt, dass ein unvollständiges und mit Rücksicht darauf nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A auszuschließendes Angebot auch dann vorliegen kann, wenn es die geforderten Angaben zwar enthält, diese sich aber so ungeordnet in den Angebotsunterlagen befinden, dass sich das Angebot mit den Angeboten von Mitbewerbern mit zumutbarem Aufwand nicht vergleichen lässt (vgl. Dittmann in Ku-

lartz u.a., a.a.O., § 25 Rn. 86 a.E.). Das ist in der Rechtsprechung im Regelungsbe-
reich der VOB/A etwa dann angenommen, wenn geforderte Hersteller und Typenan-
gaben nicht in die dafür vorgesehenen Listen eingetragen wurden und sich techni-
sche Daten zu mehr als 400 Leistungspositionen auf sonstigen Blättern des Angebots
befanden (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 20. Juni 2005 – 9 Verg 3/05 –; Rn. 35 ff zi-
tiert nach juris) oder sich der Bieter nicht an die ihm vorgegebene Gliederung der
Vergabestelle gehalten hat (vgl. OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 8. Februar 2005
– 11 Verg 24/04 – Rn. 115 ff zitiert nach juris).

Davon kann hinsichtlich der von der Antragstellerin eingereichten Referenzliste keine
Rede sein. In der Übersicht über den Inhalt ihres Angebots verwies die Antragstelle-
rin wegen der Referenzliste auf Ziffer 6 des Angebots. Dem sechsten Abschnitt ihres
Angebots stellte sie wiederum ein Inhaltsverzeichnis voran, in dem sie zu den Ziffern
1 – 16 einzelne Projekte nannte. Den dazu beigefügten Anlagen stellte sie ein Anla-
genverzeichnis voran, in dem vier Bestätigungsschreiben genannt wurden, die sich
anschließend im Angebot befinden. Eines dieser Bestätigungsschreiben bezieht sich
auf ein Projekt, das sich nicht unter den 16 Kurzvorstellungen befindet.

Diese eingereichte Liste nebst Bestätigungen setzte den Antragsgegner ohne weite-
res in den Stand, die genannten Referenzaufträge mit zumutbarem Aufwand auf ihre
Vergleichbarkeit zu überprüfen. Nachdem der Antragsgegner – wie bereits dargelegt
– insoweit keine Mindestanzahl vorgegeben hatte, reichte bereits ein vergleichbares
Referenzobjekt aus, um das Angebot als vollständig anzusehen. Insoweit sieht der
Antragsgegner selbst das unter der laufenden Nummer 1 genannte Objekt ein-
schließlich der insoweit eingereichten Bestätigung als ausreichend an.

2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hat nur teilweise Erfolg, soweit sie den Nichtaus-
schluss des Angebots der Beigeladenen rügt. Insoweit ist ihr Nachprüfungsantrag zulässig
aber nur insoweit begründet, als die bislang erfolgte Wertung des Angebots der Beigeladenen
zu beanstanden ist. Dagegen ist der Antragsgegner nicht verpflichtet, das Angebot der Beige-
ladenen auszuschließen.
 - a) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch insoweit zulässig.
 - aa) Die Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens im Hinblick auf einen fehlerhaft unter-
bliebenen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen setzt die Möglichkeit voraus,
dass die Rechte der Antragstellerin im vorliegenden Verfahren dadurch verletzt wor-

den sein können, §§ 107 Abs. 2, 97 Abs. 7 GWB. Diese Voraussetzung ist erfüllt. Denn bei einem Ausschluss des Angebots der Beigeladenen ergibt sich für die Antragstellerin die Möglichkeit, den Auftrag zu erhalten, so dass der unterbliebene Ausschluss der Beigeladenen zu einem Schaden der Antragstellerin führen kann.

Dies ist nach den Erörterungen zu 1. schon deswegen der Fall, weil der Antragsgegner das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht ausgeschlossen und weitergehend zu werten hat. Bei dem von der Antragstellerin verlangten Ausschluss des Angebots der Beigeladenen verbliebe ihr Angebot als einziges in der Wertung. Auf die vom Antragsgegner im Lauf des Nachprüfungsverfahrens aufgeworfene Frage der fehlenden Eignung der Antragstellerin kommt es insoweit ebenso wenig an, wie auf die Frage, wie realistisch eine Auftragsvergabe bei Fortsetzung des Vergabeverfahrens ist. Ausreichend ist insoweit bereits allein die Möglichkeit, dass sich die Chance der Antragstellerin durch den behaupteten Vergabeverstoß verschlechtert hat (vgl. Dreher in Immega/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 107 Rn. 25). Daran kann vorliegend kein Zweifel bestehen: Bei einem Ausschluss des Angebots der Beigeladenen erhält die Antragstellerin als letzte verbliebene Bieterin entweder den Auftrag oder aber – bei einem Ausschluss auch ihres Angebotes auf einer späteren Wertungsstufe – die Ausschreibung ist nach § 26 Nr. 1 VOL/A mit der Folge aufzuheben, dass die Antragstellerin bei fortbestehendem Beschaffungsinteresse im Rahmen einer neuen Ausschreibung die Chance hat, den Auftrag zu erhalten. Dass ihr auch dieses mangels Eignung von vornherein nicht möglich wäre, legt der Antragsgegner nicht dar.

- bb)** Die Antragstellerin hat den aus ihrer Sicht zu Unrecht erfolgten unterlassenen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen auch unverzüglich gerügt, § 107 Abs. 3 GWB a.F., sobald ihr dies im Verlauf des Vergabeverfahrens bekannt geworden sind, § 107 Abs. 3 S. 1 GWB a.F. Im Einzelnen ist zwischen den einzelnen Gründen zu differenzieren:

Soweit sie sich für den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen auf den beabsichtigten Zuschlag auf ein nicht hinreichend erläutertes „Unterpreisangebot“ stützt, oblag es der Antragstellerin nicht, diesen Umstand vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zunächst gegenüber dem Antragsgegner gesondert zu rügen. Nichts anderes gilt, soweit sie geltend macht, der Antragsgegner habe das Angebot der Beigeladenen wegen unzureichender Angabe der Kennzahl zur Energieeinsparung (so genannter „Ke-Wert“) wegen Unvollständigkeit zu Unrecht nicht ausgeschlossen.

Sie konnte beide von ihr angenommenen Vergabeverstöße – wie geschehen – sofort mit zum Gegenstand des zu diesem Zeitpunkt ohnehin wegen weiterer von ihr gerügter Vergabeverstöße beabsichtigten Nachprüfungsantrages machen. Verlangte man es der Antragstellerin ab, neben dem wegen des Ausschlusses ihres Angebots ohnehin schon beabsichtigten Nachprüfungsantrages parallel außerhalb dieses Nachprüfungsverfahrens zunächst noch eine Rüge wegen des Nichtausschlusses des Angebotes der Beigeladenen an den Antragsgegner zu richten, wäre dies eine unnötige vom Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit nicht geforderte Förmerei. Der Zweck der Vorschrift des § 107 Abs.3 GWB besteht darin, unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden und dem Antragsgegner die Möglichkeit zu geben, dem Mangel vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens abzuweichen (vgl. Dreher in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 107 Rn. 60, der allerdings irrtümlich auf vermeidbare „Vergabeverfahren“ abstellt, insoweit aber ersichtlich Nachprüfungsverfahren meint). Nicht anders, als wenn ein Mangel während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens erkannt wird, reicht es aus, wenn ein Bieter noch nicht gerügte Mängel in einen ohnehin schon beabsichtigten Nachprüfungsantrag aufnimmt und auf diese Weise gegenüber dem Auftraggeber geltend macht. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Einreichung eines solchen Antrags wegen der bereits gerügten Mängel unverzüglich nach Kenntnis weiterer noch nicht gerügter Vergabeverstöße erfolgt (vgl. zur nachträglichen Geltendmachung erst im Nachprüfungsverfahren erkannter weiterer Mängel: Reidt in Reidt u.a., Vergaberecht, 2. Aufl., § 107 Rn. 36 a; Dreher in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 107 Rn. 61).

Daran, dass die Antragstellerin die behaupteten Vergabeverstöße unverzüglich geltend gemacht hat, besteht kein Zweifel, denn sie hat von den dieser Rüge zu Grunde liegenden Tatsachen beim Bietergespräch am Mittwoch, den 20. Mai 2009 erfahren, das nach der Vorabinformation vom 12. Mai 2009 und der Rüge ihres Ausschlusses vom 15. Mai 2009 vereinbart worden war. Bei diesem Gespräch vermittelte ihr der Antragsgegner im Einverständnis mit der Beigeladenen Kenntnis von der Höhe des von der Beigeladenen angebotenen Preises. Weiter macht sie geltend, bei dieser Gelegenheit erfahren zu haben, dass es der Beigeladenen nicht gelungen sei, den von ihr angegebenen „Ke-Wert“ zu plausibilisieren. Wenn die Antragstellerin den Nichtausschluss der Beigeladenen aus diesen Gründen in ihrem am gleichen Tage bei der Vergabekammer eingegangenen Nachprüfungsantrag am Montag, den 25. Mai 2009 rügte, ist dies ohne weiteres als unverzüglich anzusehen. Stets ist dem Bieter, der Kenntnis von einem Vergabeverstoß erlangt hat, noch eine ausreichende Zeit einzuräumen, um die Sach- und Rechtslage zu prüfen, zu entscheiden, ob er die

erkannten Tatsachen zum Gegenstand einer Rüge machen will und schließlich die Rüge auszuarbeiten (vgl. nur: Dreher in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 107 Rn. 52).

- b)** Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hat in der Sache insoweit Erfolg, als dass der Antragsgegner verpflichtet ist, die Prüfung des „ungewöhnlich niedrigen Angebots“ der Beigeladenen nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A erneut vorzunehmen. Dagegen ist der Antragsgegner nicht verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen von der Wertung auszuschließen.
- aa)** Der Antragsgegner ist nicht verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen wegen eines unplausibel angegebenen „Ke-Wertes“ nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A wegen formeller Unvollständigkeit auszuschließen. Insoweit hatte der Antragsgegner in seiner Bieterinformation Nr. 5 klargelegt, dass eine fehlende Plausibilität des im Hinblick auf die beabsichtigten Energiesparmaßnahmen anzugebenden „Ke-Wertes“ (lediglich) dazu führe, dass insoweit eine Bewertung mit 0 Punkten erfolge. Dies hat die Antragstellerin damals nicht gerügt und kann deswegen jetzt nicht geltend machen, unplausible Angaben seien als nicht geschrieben zu behandeln und das Angebot wegen formeller Unvollständigkeit auszuschließen. Der Antragsgegner hat sich hinsichtlich der nach seiner Beurteilung unplausiblen Angaben an die von ihm gemachten Vorgaben gehalten und das Angebot der Beigeladenen im Hinblick auf die Plausibilisierung des „Ke-Wertes“ mit 0 Punkten bewertet. Ausschließen musste er es deswegen nicht.
- bb)** Auch der Umstand, dass der Antragsgegner das Angebot der Beigeladenen als ungewöhnlich niedrig bewertet hat und die darauf gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A durchgeführte Überprüfung vergaberechtlich zu beanstanden ist, führt nicht dazu, dass er das Angebot der Beigeladenen ausschließen muss. Insoweit hat der Nachprüfungsantrag aber insofern Erfolg, als der Antragsgegner zur Wiederholung dieser Überprüfung verpflichtet ist.

Der Antragsgegner hat den von der Beigeladenen angebotenen Preis selbst als ungewöhnlich niedrig bewertet und daraufhin eine Überprüfung des Angebots nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A durchgeführt. Von dieser Einstufung des Angebotspreises geht auch der Senat aus, denn soweit ersichtlich hat niemand dagegen Einwände erhoben und auch sonst ist für eine Verletzung des dem Antragsgegners insoweit zuzugestehenden Beurteilungsspielraums nichts ersichtlich. Tritt ein Auftraggeber aber in diese

Prüfung ein, oblag es ihm – zunächst vor allem im eigenen Interesse – die Gründe dafür aufzuklären und nachzuvollziehen. Erst dann erst kann er gegebenenfalls weiter prüfen, ob der Bieter für seine Preisgestaltung stichhaltige und nicht aus übergeordneten Gesichtspunkten zu beanstandende Gründe hat, oder aber, ob die angebotenen Preise nicht in diesem Sinne schlüssig gemacht werden konnten und das Angebot deswegen auszuschließen ist (vgl. Noch in Müller-Wrede, VOL/A, 2. Aufl., § 25 Rn. 259 f). Eine solche Prüfung ist vorliegend ausweislich des Vergabevermerks nicht ordnungsgemäß erfolgt ((1)). Die Prüfungspflicht hat jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden auch Schutzwirkung für dritte Bieter, die um den Auftrag mit dem zu überprüfenden Angebot konkurrieren ((2)).

- (1) Die Höhe des von der Beigeladenen angebotenen Preises beruhte ganz maßgeblich auf der Höhe der von ihr kalkulierten Vergütung für das Betriebsmanagement. Deswegen hat der Antragsgegner seine Prüfung auch zu Recht auf diesen Einzelposten bezogen (vgl. Dicks in Kulartz, a.a.O., § 25 Rn. 136). Bei seiner Überprüfung hat er aber ausweislich des Vergabevermerks die von der Beigeladenen in diesem Zusammenhang zu Grunde gelegte Zusatzvergütung nach § 26 des Managementvertrages nicht betrachtet, das Angebot aber dennoch als „angemessen“ angesehen. Demzufolge hat er auch nicht in Betracht gezogen, inwieweit ein sich bei einer vollständigen Prüfung möglicherweise ergebendes „Unter-Kosten-Angebot“ aufgrund der dann zu treffenden Prognoseentscheidung (vgl. dazu Dicks in Kulartz, a.a.O., § 25 Rn. 140) trotzdem „bezuschlagungsfähig“ ist. Der bloße – offenbar als Hilfserwägung – in den Vergabevermerk aufgenommene Hinweis, angesichts der wirtschaftlichen Stärke der Beigeladenen sei selbst dann, wenn nicht kostendekend kalkuliert worden sei, nicht zu erwarten, dass die Beigeladene infolge des streitgegenständlichen Auftrages in Insolvenzgefahr gerate, reicht insoweit nicht aus, zumal der Antragsgegner aufgrund der vorliegend gegebenen Umstände auch in den Blick zunehmen hatte, dass er mit einer Auftragserteilung nicht seine Verpflichtung, wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen, verletzte, § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A.
- (a) Nach den eigenen Angaben der Beigeladenen beruhte der von ihr kalkulierte Preis maßgeblich auf der Höhe der erwarteten Zusatzvergütung. Auf das Schreiben des Antragsgegners vom 28. April 2009, mit dem er die Beigeladene aufforderte, die ungewöhnlich niedrigen Preise zunächst schriftlich und mündlich zu erläutern, reagierte die Beigeladene zunächst

mit Schreiben vom 4. Mai 2009. Sie erläuterte ihre Preise und gab in diesem Zusammenhang Erklärungen für die Kalkulation der Entgelte für die Vorbereitung der Leistungserbringung, die Managementleistungen, die Steuerung und die Projektbuentgelte ab. Zu den Entgelten für die Managementleistungen führte sie aus, dass sie durch Synergieeffekte mit bestehenden Geschäftstätigkeiten in Berlin und Hamburg wesentliche Kosten vermeiden könne. Schon aufgrund dieser Effekte gelange sie zu dieser Position zu einem Entgelt (folgend: „Entgelt A“), das unter dem marktüblichen Entgelt liege. Von diesem ohnehin schon niedrigen Entgelt habe sie dann noch kalkulatorisch die Zusatzvergütungen abgesetzt (folgend: „Abzug B“), die sie vom Antragsgegner nach § 26 des Managementvertrages aufgrund der Durchführung energiesparender Modernisierungsmaßnahmen erwarte. Hieraus ergebe sich das schließlich genannte Gesamtentgelt, das nach dem Abzug nur noch etwa 42 % des bereits unter dem Marktpreises liegenden „Entgelt A“ betrug.

In dem darauf am 5. Mai 2009 geführten Erläuterungsgespräch ließ die Beigeladene gemäß dem Protokoll unter anderem darauf hinweisen, dass es sich auf ihr Angebot kostendämpfend ausgewirkt habe, dass sie die Infrastruktur ihres Konzerns nutzen könne. Auf den Vorhalt des Antragsgegners, die eingeplanten Modernisierungen, die zu den Rückvergütungen nach § 26 des Managementvertrages führten, hingen von der Höhe vom Land Berlin noch zur Verfügung zu stellender Mittel ab und könnten deshalb nicht sicher kalkuliert werden, wiesen die Vertreter der Beigeladenen darauf hin, dies könne durch Einsparungen an anderer Stelle kompensiert werden. Am Ende des Erläuterungsgesprächs gelangten die Vertreter des Antragsgegners zu der Auffassung, dass der Preis weiterhin nicht hinreichend erläutert sei. Der Beigeladenen wurde die Möglichkeit zu einer ergänzenden schriftlichen Stellungnahme bis zum 7. Mai 2009 eingeräumt.

In einem 18-seitigen Schreiben vom 7. Mai 2009 erläuterte die Beklagte darauf ihre Kalkulation ergänzend. Zu dem im Hinblick auf die Managementleistungen kalkulierten Entgelt verweist sie ab Seite 8 dieses Schreibens wiederum auf ihre Einbindung in den Vattenfall-Konzern und auf Synergieeffekte, die noch nicht vollständig „eingestellt“ gewesen seien und gelangt unter Berücksichtigung dieser Effekte zu einem kalkulatorischen

Entgelt, das praktisch (nämlich zu 99 %) dem zunächst kalkulierten „Entgelt A“ entspricht. Anschließend nennt sie 3 Positionen, die ihr „eine weiter verbesserte Angebotskalkulation“ ermöglichen und gibt insoweit zu Position 1 etwa 97 % der zunächst kalkulierten Zusatzvergütung gemäß § 26 des Managementvertrages an. Zu den Positionen 2. und 3. nennt die Beigeladene weitere Einsparmöglichkeiten, die in der Summe etwa die Hälfte der Position 1 ausmachen. Von diesen 50 % wiederum entfallen allein 75 % auf die Position 3., die mit weiteren Synergie- und Optimierungspotenzialen begründet wird, die bislang noch nicht eingestellt worden seien. Setzt man das (geringste) Einsparpotenzial zu Position 2. gleich a, ergibt sich für die Einsparpotenziale – gerundet – das folgende Bild.

- | | |
|---|-------------|
| 1. Zusatzvergütung nach § 26 Managementvertrag: | aa aa aa aa |
| 2. Weiteres Einsparpotenzial | a |
| 3. Weitere Synergie- und Optimierungspotenziale | aa a |

Damit beruhte das von der Beigeladenen kalkulierte Entgelt für die von ihr zu erbringenden Managementleistungen weiter auf der Zusatzvergütung gemäß § 26 des Managementvertrages.

Hierauf hat sich die Beigeladene in ihrer ersten schriftlichen Erläuterung der Kalkulation gestützt und hat daran im Grundsatz auch bei der mündlichen Erörterung festgehalten, auch wenn sie auf den Vorhalt des Antragsgegners, dass der Umfang der Modernisierung und damit auch die zu erzielenden Vergütungen nicht in ihrer Hand lägen, relativierend auf weitere Einsparmöglichkeiten hingewiesen hat.

Diese hat sie in ihrer zweiten schriftlichen Stellungnahme zwar ergänzend erläutert, geht aber zunächst unverändert von einer nach ihren Angaben bereits unter den marktüblichen Preisen liegende Kalkulation des Entgelts A aus und nennt dann zu drei Punkten Einsparpotentiale, von denen die Höhe der Zusatzvergütung nach § 26 Managementvertrag nicht nur praktisch unverändert geblieben ist, sondern auch das Doppelte der Summe der beiden jetzt zusätzlich genannten Einsparpotentiale erreicht. Damit bleibt die Rückvergütung der entscheidende Faktor, zumal die Begründung der übrigen nachträglich eingeführten Einsparpotenziale wenig überzeugend erscheint.

Soweit die Beigeladene auf Synergieeffekte und Effekte aus „Bau- und Modernisierungsprogrammen“ verweist, die bislang „noch nicht betrachtet worden seien“, ist das nicht nachvollziehbar. Es waren eben jene Effekte, mit denen sie schon die Kalkulation des unter dem Marktpreis liegende Entgelt A begründet hatte. Sie wurden im zweiten Erläuterungsschreiben mit dem Hinweis doppelt verwertet, dass es neue Synergien gäbe, die man bislang „noch nicht betrachtet“ habe. Nachdem sich das Entgelt A aber – wie dargelegt – infolge der Einsparpotenziale bereits von vornherein auf ein Gesamtentgelt verringert hatte, das nur noch 42 % des schon unter dem Marktpreis liegenden Entgelts A ausmachte, ist dieser Hinweis nicht überzeugend. Ersichtlich war die Antragstellerin von vornherein darauf bedacht, knapp zu kalkulieren. Entdeckte sie nach dem Hinweis des Antragsgegners in wenigen Tagen noch Einsparpotenziale solchen Ausmaßes, musste sie etwaige Kalkulationsfehler im ersten Angebot konkret darlegen.

War aber die Höhe der Zusatzvergütung der maßgebliche Grund dafür, dass der von der Beigeladenen angebotene Preis so niedrig war, konnte der Antragsgegner den ungewöhnlich niedrigen Preis nicht als erläutert ansehen, ohne sich mit der Frage der Zusatzvergütung überhaupt befasst zu haben. Er hat demgegenüber im Vergabevermerk vor allem auf fünf Gründe abgestellt, die bei ihm zur Überzeugung geführt haben, dass insbesondere auch Kostenvorteile der Beigeladenen beim jährlichen Entgelt für Managementleistungen gegeben seien, die das Entgelt als angemessen erscheinen ließen. Diese Gründe erscheinen – worauf es entscheidend aber nicht einmal ankommt – wenig überzeugend, weil einige davon bei anderen Bietern so genauso gegeben sind und so jedenfalls nicht ohne weitere Erläuterung zur Begründung eines ihnen gegenüber günstiger zu kalkulierenden Preis herangezogen werden können. Entscheidend ist aber, dass er einen für die Höhe des Angebotspreises maßgeblichen Umstand nicht betrachtet, auf den sich der betroffene Bieter gerade gestützt hatte. Damit verletzte er den ihm grundsätzlich zustehenden und nur auf die Einhaltung seiner Grenzen überprüfbaren Beurteilungsspielraum (vgl. zu allem: Dicks in Kulartz, a.a.O., § 25 Rn. 140 m.w.N.; auch Noch in Müller-Wrede, a.a.O., § 25 Rn. 261).

Der Antragsgegner ist nur aufgrund eines Beurteilungsfehlers dazu gelangt, das ungewöhnlich niedrige Angebot als erläutert und angemessen anzusehen. Wie sich aus seinen eigenen Ausführungen zur vierten Wertungsstufe bei der Beurteilung des Zuschlagskriteriums „Erzielbare Energieeinsparung bei der Modernisierung der öffentlichen Beleuchtung“ ergibt, hält der Antragsgegner das von der Beigeladenen vorgelegte Modernisierungskonzept selbst für nicht plausibel und hat es mit 0 Punkten bewertet. Da aber die Kalkulation des Entgelts für Managementleistungen auf der Umsetzung eben jenes Modernisierungskonzeptes beruht, weil sich ohne die Verwirklichung des Konzepts die kalkulatorisch von der Beigeladenen nach wie vor zu Grunde gelegten Rückvergütungsbeträge nach § 26 Managementvertrages nicht erreichen lassen, hat die Beigeladene dem Antragsgegner entgegen seiner Bewertung zur Stufe drei der Wertung diese Kalkulation nicht schlüssig begründet. Auf der dritten Wertungsstufe sieht er, ohne dass sich der Vergabevermerk zur Problematik der Rückvergütung überhaupt verhält, stillschweigend denselben Umstand als schlüssig begründet an, mit dem er sich im Vergabevermerk auf der vierten Wertungsstufe von S. 40 bis S. 52 ausführlich auseinandersetzt und im Einzelnen darlegt, weshalb er die Angaben der Beigeladenen für nicht plausibel hält.

- (b) Aufgrund seines zu (a) erörterten Beurteilungsfehlers ist der Antragsgegner nicht mehr dazu gelangt zu prüfen, ob der Beigeladenen – wenn sich nach ordnungsgemäßer Prüfung ergeben sollte, dass sich das Angebot nicht als angemessen darstellt – auch auf ein „Unter-Kosten-Angebot“ ein Zuschlag erteilt werden könnte. Hierzu könnte er nach einer Prognose gelangen, nach der die Beigeladene zum angebotenen Preis voraussichtlich gleichwohl zuverlässig und vertragsgerecht leisten werde. Zusätzlich hätte er zu klären, inwieweit er mit einer Auftragserteilung trotz fehlender Darlegung des Preises nicht gegen seine Verpflichtung, wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen, § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A, verstieße. Für die Annahme eines solchen Verstoßes gibt es vorliegend eine Reihe von Anhaltspunkten, die der Antragsgegner im Rahmen des ihm insoweit zustehenden Beurteilungsspielraums gegebenenfalls zu bewerten haben wird:

So ist inzwischen weitgehend anerkannt, dass der Auftraggeber insoweit

Angebote ausschließen muss, die die Gefahr begründen, dass ein oder mehrere bestimmte Mitbewerber vom Markt verdrängt werden (vgl. etwa OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 626 ff (628); bestätigt im Beschluss vom 28.4.2008 – Verg 55/07 –). Hierfür hat die Antragstellerin im laufenden Nachprüfungsverfahren eine Reihe von Umständen vorgetragen, die der Antragsgegner gegebenenfalls zu beurteilen haben wird.

Weiter wird der Antragsgegner im Rahmen seiner Verpflichtung, gegen unlautere Wettbewerbspraktiken vorzugehen, gegebenenfalls zu beurteilen haben, inwieweit es insoweit zu beanstanden ist, dass die Unterpreisigkeit des Angebots eines Unternehmens, dessen Leistungen im Rahmen des abzuschließenden Managementvertrages auch dazu beitragen soll, dass das Land Berlin seine selbst gesteckten Energieeinsparungsziele erreicht, möglicherweise gerade darauf beruht, dass die in Aussicht genommenen Vorhaben zur Energieeinsparung unplausibel sind und das sich daraus ergebende Insolvenzrisiko gerade dadurch aufgefangen wird, dass das Unternehmen dem gleichen Konzern angehört wie der Stromlieferant, dessen Leistungen eingespart werden sollen. Dabei verkennt der Senat nicht, dass diese Praxis vielfach üblich zu sein scheint. Eine Vergabestelle, die in dieser Situation einem unterpreisigen Angebot den Zuschlag erteilen will, muss sich mit den sich daraus für die Auftragsdurchführung möglicherweise ergebenden Risiken auseinandersetzen.

- (2) Die Antragstellerin kann sich auch als Konkurrentin der von der Überprüfung ihres Angebots unmittelbar betroffenen Beigeladenen auf die Verletzung der Prüfungspflichten durch den Antragsgegner berufen, weil sie dadurch in ihren Rechten verletzt wird, § 97 Abs. 7 GWB. Dabei verkennt der Senat nicht, dass in der Literatur teilweise darauf hingewiesen wird, die in § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A geregelte Prüfungspflicht des Auftraggebers entfalte Schutzwirkung nur für den Bieter, dessen Angebot nach einer solchen Überprüfung ausgeschlossen worden ist oder dem ein solcher Ausschluss drohe (Dicks in Kulartz, a.a.O., § 25 Rn. 147). Abgesehen davon, dass zur Frage des bieterschützenden Charakters von § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A auch andere Auffassungen vertreten werden (vgl. Noch in Müller-Wrede, a.a.O., § 25 Nr. 270), erscheint zweifelhaft, ob die zuerst genannte Auffassung tatsächlich so zu verstehen ist, dass die Prüfungspflichten nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A für Konkurrenten ausnahmslos nicht als bieterschüt-

zend angesehen werden können. Einer solchen Auffassung könnte sich der Senat nicht anschließen.

Jedenfalls wenn die unterlassene Prüfung Umstände betraf, die – wären sie sie geprüft und dann aufgrund eines Beurteilungsfehlers zu Lasten der Konkurrenten des überprüften Angebots falsch beurteilt worden – von Mitbieter im Nachprüfungsverfahren aufzugreifen gewesen wären, können diese auch rügen, dass diese Umstände überhaupt nicht in Betracht gezogen wurden. Insoweit kann der Rechtsschutz der Mitbieter nicht davon abhängen, welcher Art der Beurteilungsfehler ist, der der Vergabestelle unterlaufen ist. Prüft und beurteilt sie einen Umstand unter Überschreitung des ihr insoweit zustehenden Spielraums, wäre dies – jedenfalls unter weiteren Voraussetzungen – im Nachprüfungsverfahren (dazu sogleich) geltend zu machen. Trifft sie ihre Entscheidung ohne denselben überhaupt in Betracht zu ziehen, kann das nicht anders sein.

Dass die zu Unrecht erfolgte Verneinung eines offenbaren Missverhältnisses zwischen Leistung und Preis nach § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A oder die nach einer Prüfung des Angebots nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A zu Unrecht beabsichtigte Auftragserteilung jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen von konkurrierenden Mitbieter angegriffen werden kann, ist inzwischen geklärt.

So ist weithin anerkannt, dass die Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A nicht bloße Ordnungsvorschrift ist, die dem Interesse des Auftraggebers dient und ihn vor allem davor bewahrt, auf unauskömmliche Angebote den Zuschlag erteilen zu müssen. Sie hat vielmehr – unter im Einzelnen umstrittenen Voraussetzungen – auch bieterschützenden Charakter (vgl. Stickler in Reidt u.a., a.a.O., § 97 Rn. 44 a.E.; Noch in Müller-Wrede, a.a.O., § 25 Rn. 266ff und 462 ff).

In der Rechtsprechung ist der bieterschützende Charakter der Vorschrift zunächst mitunter ohne weiteres bejaht worden (vgl. OLG Jena NZBau 2000, 349 ff (352) und zur Parallelvorschrift des § 25 Nr. 3 Abs.1 VOB/A: OLG Celle, NZBau 2000, 105 f), vgl. auch noch OLG Saarbrücken NZBau 2004, 117 ff (118)). Auch das Bayerische Oberste Landesgericht hatte seine anfangs ablehnende Haltung dazu aufgegeben, und jedenfalls einen möglichen drittschützenden Charakter der Vorschriften bejaht (vgl. BayObLG, NZBau 2003, 105 ff (107)). Das OLG Düsseldorf hatte demgegenüber von vornherein darauf hinge-

wiesen, dass die Vorschrift jedenfalls in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers und keinesfalls dem Schutz des Bieters vor seinem eigenen zu niedrigen Angebot diene. Gegenüber der Annahme einer Schutzwirkung zu Gunsten dritter Bieter hatte es zunächst deutliche Skepsis erkennen lassen, konnte die Frage aber zunächst noch offen lassen (OLG Düsseldorf, VergabeR 2001, 128 f (128)). Später hat sich insoweit festgelegt und den schützenden Charakter der Vorschrift zu Gunsten von Konkurrenten des Bieters lediglich insoweit bejaht, als den Auftraggeber die Pflicht aus § 2 Nr. 1 Abs.2 VOL/A und aus § 2 Nr. 1 S. 3 VOL/A die Pflicht treffe, wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen im Wettbewerb zu bekämpfen. Er müsse deswegen Angebote ausschließen, die in der zielgerichteten Absicht abgegeben wurden oder mindestens die Gefahr begründen, dass ein oder mehrere bestimmte Mitbewerber vom Markt verdrängt werden. Außerdem seien solche Unterkostenangebote auszuschließen, deren Ausführung den Bieter im konkreten Einzelfall voraussichtlich selbst in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen wird, so dass er den Auftrag nicht vertragsgerecht ausführen kann (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 626 ff (628); bestätigt im Beschluss vom 28.4.2008 – Verg 55/07 –). Dieser Auffassung haben sich in der Folge die Oberlandesgerichte Koblenz (VergabeR 2005, 392 ff (402)) und Brandenburg (NZBau 2007, 332 ff (336)) angeschlossen und auch die Oberlandesgerichte Celle (vgl. Beschluss vom 18.12.2003 – 13 Verg 22/03 –) und Jena (Beschluss vom 5. Juni 2009 – 9 Verg 5/09 – scheinen dieser Auffassung zuzuneigen. Das OLG München hält dagegen die Voraussetzungen, unter denen das OLG Düsseldorf den bieterschützenden Charakter der Vorschrift annehmen will, für wenig praktikabel, hat die Frage aber – soweit ersichtlich – bislang offen gelassen (vgl. NJOZ 2008, 2351 ff (2353)).

Wie oben zu (1) (b) dargelegt, kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass eine vom Antragsgegner durchgeführte Prüfung der von der Beigeladenen erwarteten Zusatzvergütung entsprechend dem zum Problembereich der Plausibilität des „Ke-Wertes“ durchgeführten Prüfung auf der vierten Wertungsstufe dazu hätten gelangen lassen, dass auch die Erwartungen der Beigeladenen an die von ihr erwartete Zusatzvergütung unrealistisch sind. Dies scheint dem Senat sogar nahe liegend. Dann aber stellten sich die weiteren zu (1) (b) erörterten Fragen. Ihre Beurteilung kann jedenfalls potenziell zu einem Ausschluss des Angebots der Beigeladenen führen, und zwar auch im Interesse der Wahrung der Rechte der Antragstellerin als Konkurrentin.

- c) Aus den Darlegungen zu b) ergibt sich zugleich, dass der Antragsgegner nicht verpflichtet ist, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen. Bei der Prüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots steht dem Auftraggeber – wie oben erörtert – ein Beurteilungsspielraum zu, der nur der eingeschränkten Nachprüfbarkeit durch die Nachprüfungsinstanzen unterliegt (vgl. Noch in Müller-Wrede, a.a.O., § 25 Rn. 270). Insoweit hat der Senat bereits Bedenken, das Ergebnis der bereits erfolgten Beurteilung der Plausibilität des „Ke-Wertes“ auf der vierten Wertungsstufe auf die Bewertung der Zusatzvergütung auf der dritten Wertungsstufe zu übertragen, weil diese Beurteilung zwar weitgehend nach denselben Grundsätzen erfolgen wird, aber eben doch noch auf eine erreichbare Zusatzvergütung hin zu beurteilen ist. In keinem Falle könnte der Senat aber die sich vorliegend an eine Verneinung einer angemessenen Vergütung anknüpfenden weiteren Fragen der Marktverdrängungsabsicht, der objektiven Gefahr der Marktverdrängung oder eines sonstigen wettbewerblich unlauteren Verhaltens der Beigeladenen klären. Denn damit setzte er seine Beurteilung unzulässiger Weise an die Stelle der Beurteilung durch den Antragsgegner, die noch aussteht.
3. Für eine Aufhebung des Vergabeverfahrens ist kein Raum, die Antragstellerin hat insoweit auch keinen ausdrücklichen Antrag gestellt und insoweit lediglich auf Aufhebungsgründe verwiesen, die der Senat aber nicht erkennen kann.
- a) So kommt die Aufhebung des Verfahrens nach § 26 Nr. 1 b) VOL/A wegen wesentlicher Veränderungen der Grundlagen der Ausschreibung im Hinblick auf ein vom Berliner Gesetzgeber zu erlassendes Klimaschutzgesetz schon deswegen nicht in Betracht, weil ein solches Gesetz, dessen Entwurf weit reichende zusätzliche Umrüstungen der Straßenbeleuchtung von Gas auf Strom erforderlich machen mag, nicht verabschiedet ist. Schon deshalb stellt sich die Frage eines insoweit behaupteten Informationsvorsprungs der Beigeladenen nicht.
- b) Soweit die Antragstellerin gemeint hat, das Vergabeverfahren sei gemäß § 26 Nr. 1 d) VOL/A aus schwerwiegendem Grund wegen Vorenthaltung wesentlicher Kalkulationsunterlagen aufzuheben, kommt eine solche Aufhebung zwar in Betracht, wenn den Bietern Kalkulationsunterlagen, die ihnen nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A zur Verfügung zu stellen sind, nicht zur Verfügung gestellt werden (vgl. Prieß in Kulartz ua., a.a.O., § 8 a Rn. 70 ff). Das Verfahren muss in einem solchen Fall aber insoweit mit derart gravierenden Mängeln behaftet sein, dass diese im Rahmen einer chancengleichen und wettbewerbsgerechten

Eignungs- und Angebotsprüfung nicht mehr heilbar sind. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.

Die Antragstellerin rügt, dass Vorgaben fehlten, durch welche Leuchten die auszutauschenden 8.400 Gasleuchten ersetzt werden sollten. Je nach Typ träten insoweit Kostenunterschiede bis zu 132.000 EUR jährlich auf. Zum einen hatte aber der Antragsgegner insoweit etwa die Wartungsintervalle konkretisiert und auch die Erstausstattung war nicht vom Auftragnehmer zu realisieren. Zum anderen war der Auftragnehmer in die Entwicklung der Konzepte eingebunden; dies war Teil des Vertrages und unterlag der Abstimmung zwischen den Parteien.

- c) Soweit die Antragstellerin schließlich darauf verwiesen hat, in der Veröffentlichung von Details aus dem laufenden Vertrag mit dem Antragsgegner gegenüber Mitbietern liege ein schwerwiegender Grund, um das Vergabeverfahren nach § 26 Nr. 1 d) VOL/A wegen Veröffentlichung von Betriebsgeheimnissen der Antragstellerin aufzuheben, so vermag sich der Senat auch dem nicht anzuschließen.

Der Senat hält insoweit an seiner den Verfahrensbeteiligten mit Zwischenverfügung vom 22. September 2009 mitgeteilten Rechtsauffassung auch unter dem Eindruck der darauf erfolgten Stellungnahme der Antragstellerin fest: Mit einer Aufhebung des Vergabeverfahrens könnte einem insoweit etwa gegebenen Mangel nicht mehr begegnet werden, weil die Geheimnisse – so denn von einer unzulässigen Veröffentlichung auszugehen wäre – auch bei einer künftigen Vergabe bekannt wären. Soweit die Antragstellerin dagegen geltend machen macht, die Kenntnis der Fülle von einzelnen Details, die im Datenraum zur Verfügung gestanden haben, seien allenfalls per „Screen-shot“ kopierbar gewesen, so dass sie Mitbewerbern bei realistischer Bewertung jetzt nicht mehr zur Verfügung stünden, ist zwar plausibel aber unerheblich: Relevant waren die Informationen nicht hinsichtlich der Kosten etwa einzelner Bestandteile des Lagers, sondern vor allem hinsichtlich der generell zu erzielenden Einkaufspreise, der Organisation der Nachunternehmer und der Verträge. Gerade wenn sie die Relevanz hatten, die ihnen nach dem Vorbringen der Antragstellerin zukamen, ist davon auszugehen, dass sie jedenfalls im Grunde den Konkurrenten nach wie vor zur Verfügung stehen. Nach alledem kann dahinstehen, inwieweit die – beschränkte - Veröffentlichung der Daten gegenüber anderen Bietern durch den sonst bei der Antragstellerin aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit für den Antragsgegner bestehenden Informationsvorsprung gerechtfertigt war.

4. Soweit die Antragstellerin beantragt hat, die Verletzung ihrer Rechte festzustellen, ist ihr Antrag unzulässig, weil die Konstellation des § 114 Abs. 2 S. 2 GWB (Erledigung des Nachprüfungsverfahrens) nicht gegeben ist (vgl. Reidt in Reidt u.a., a.a.O., § 114 Rn. 53 f).

Die Kostenentscheidung ergeht im Hinblick auf das Beschwerdeverfahren in entsprechender Anwendung von § 92 Abs. 1 ZPO (BGH NZBau 2001, 151 ff). Im Hinblick auf das Verfahren vor der Vergabekammer beruht die Kostenentscheidung auf § 128 Abs. 3 und 4 GWB, wobei die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für die Antragstellerin ohne weiteres notwendig war, § 80 Abs. 2 und 3 S. 2 VwVfG (vgl. Stockmann in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 128 Rn. 17).

Die Wertfestsetzung ergibt sich nicht anders als im einstweiligen Rechtsschutzverfahren aus § 50 Abs. 2 GKG.

Dr. Hawickhorst

Dr. Glaßer

Franck