

- Ausfertigung -

Geschäftsnummer:  
15 Verg 4/10  
1 VK 16/10  
Vergabekammer  
BW

16. Juni 2010



# Oberlandesgericht Karlsruhe

Vergabesenat

## Beschluss

EINGANG  
16. Juni 2010  
VERGABESENAT  
OBERLANDESGERICHT KARLSRUHE

In Sachen

**Bietergemeinschaft** [redacted], bestehend aus

1. [redacted]
2. [redacted]
3. [redacted]

- Antragstellerin / Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigte:  
[redacted]

gegen

**Landkreis** [redacted]

- Antragsgegnerin / Beschwerdegegnerin -

Prozessbevollmächtigte:  
[redacted]

Weitere Beteiligte:

**Bietergemeinschaft**, bestehend aus

1. [redacted]
2. [redacted]

- Beigeladene -

Prozessbevollmächtigte:  
[redacted]

wegen § 117 Abs. 4 GWB

- 2 -

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird Ziffer 5 des Beschlusses der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 16. April 2010 - 1 VK 16/10 - geändert:

Der Antragsgegner brauchte keinen Bevollmächtigten beizuziehen.

2. Die weitergehende sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu tragen.
4. Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 500.000,- € festgesetzt.

- 3 -

## Gründe

### I.

Der Antragsgegner schrieb europaweit im offenen Verfahren Abfallbeseitigungsleistungen aus, in Los 1 die Sammlung und den Transport von Restmüll, Sperrmüll und Bioabfall. Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben Angebote ab. Am 11.3.2010 veröffentlichte der Antragsgegner eine Beschlussvorlage an den Kreistag, die den Zuschlag für Los 1 an die Beigeladene empfahl. Daraufhin rügte die Antragstellerin Vergabefehler. Der Antragsgegner half der Rüge nicht ab. Die Antragstellerin beantragte am 19.3.2010 die Nachprüfung.

Die Antragstellerin hat vorgetragen, der Antragsgegner habe vergaberechtswidrig das Verfahren nicht in eigener Verantwortung durchgeführt; beim Aufklärungsgespräch sei ein Berater anwesend gewesen. Der Antragsgegner habe die Beschlussvorlage an den Kreistag nicht veröffentlichen dürfen; durch die Veröffentlichung, die detaillierte kalkulationserhebliche Tatsachen und weitere Einzelheiten enthalten habe, habe der Antragsgegner gegen die Grundsätze des Geheimwettbewerbs und der Vertraulichkeit verstoßen. Weiterhin sei das Angebot der Beigeladenen nicht kostendeckend; die Antragstellerin habe dagegen als derzeitig ausführendes Entsorgungsunternehmen viele Vorteile bei der Kalkulation des Angebots berücksichtigen können. Das Angebot der Beigeladenen beabsichtige zudem, sie, die Antragstellerin, vom Markt zu verdrängen. Weiterhin hätte die Beigeladene mangels Zuverlässigkeit, Fachkunde und Leistungsfähigkeit ausgeschlossen werden müssen; es fehlten Referenzen. Da sie, die Antragstellerin, von der Wertung durch die Kreistagsbeschlussvorlage Kenntnis erlangt habe, sei sie unheilbar nicht ordnungsgemäß nach § 101 a GWB informiert worden.

Der Antragsgegner hat entgegnet, der Antrag der Antragstellerin lasse kein Verfahrensziel erkennen und sei daher unzulässig. Die Rüge, er habe das Verfahren nicht eigenständig durchgeführt und die Beigeladene sei nicht leistungsfähig, erfolgte ins Blaue hinein und sei auch inhaltlich unzutreffend. Die Veröffentlichung der Beschlussvorlage sei kommunalrechtlich geboten gewesen. Nach Abgabe der Angebote und Wertung habe die Bekanntgabe des Bestbieters und der Höhe von dessen Angebot im Rahmen des kommunalrechtlichen Öffentlichkeitsprinzips Vorrang. Die Verpflichtung, die Angebote

- 4 -

auch nach Eröffnung vertraulich zu behandeln, solle nämlich nur verhindern, dass die Angebote nachträglich manipuliert würden und dass Bieter oder Außenstehende Einfluss auf die Wertung nähmen. Eine Auskömmlichkeitsprüfung sei aufgrund des geringen Preisabstands nicht erforderlich gewesen, aber trotzdem durchgeführt worden. Davon abgesehen wären durch einen Verstoß keine Rechte der Antragstellerin verletzt worden. Nach der Beschlussfassung des Kreistags sei die Antragstellerin auch ordnungsgemäß informiert worden.

Die Vergabekammer hat durch den angefochtenen Beschluss vom 16. April 2010, auf den wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten sowie der Entscheidung Bezug genommen wird, den Antrag zurückgewiesen. Die Rüge, der Antragsgegner habe nicht in eigener Verantwortung entschieden, sei unzulässig, da sie ins Blaue hinein erhoben worden sei. Die Anwesenheit eines Beraters beim Aufklärungsgespräch lasse nicht darauf schließen, dass der Antragsgegner nicht in eigener Verantwortung entschieden habe. Ob dieser mit der Veröffentlichung der Beschlussvorlage gegen den Geheimhaltungsgrundsatz verstoßen habe, könne offen bleiben. Jedenfalls habe die Rüge der Antragstellerin keinen Erfolg, weil keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass die Veröffentlichung zu einem Schaden der Antragstellerin geführt haben könnte. Auf das Verbot des Zuschlags auf ein unauskömmliches Gebot könne die Antragstellerin sich nicht berufen. Es schütze nicht die Konkurrenz, sondern nur die Vergabestelle. Dass sie durch das Angebot der Beigeladenen zum Marktaustritt gezwungen sein könnte, habe die Antragstellerin nicht dargelegt. Im Übrigen lägen die Voraussetzungen der Unauskömmlichkeit nicht vor, da das Angebot der Beigeladenen nur marginal unter dem der Antragstellerin liege. Die fehlende Leistungsfähigkeit der Beigeladenen und die Unvollständigkeit von deren Angebot habe die Antragstellerin wiederum ohne Substanz und somit ins Blaue hinein gerügt. Schließlich sei die Antragstellerin ordnungsgemäß informiert worden; dies sei nach dem Beschluss des Kreistags noch möglich gewesen, auch wenn der Antragstellerin die Beschlussvorlage schon bekannt gewesen sei.

Mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer verfolgt die Antragstellerin ihr Verfahrensziel weiter. Die Anforderungen, die die Vergabekammer an die Substantiierung des Antrags gestellt habe, seien überzogen. Der Vortrag, die Beigeladene habe ihre Eignung nicht nachgewiesen, ihr, der Antragstellerin, sei zu Ohren gekommen, die Beigeladene habe die geforderten Referenzen nicht nachgewiesen, au-

- 5 -

ßerdem könne sie, die Antragstellerin, sich auf ihre Marktkenntnisse stützen, sei ausreichend. Konkreter habe sie die Rüge nicht fassen können. Aufgrund der fehlenden Seite über Referenzen hätte das Angebot der Beigeladenen ausgeschlossen werden müssen. Die Veröffentlichung der Beschlussvorlage für den Kreistag widerspreche dem Geheimhaltungsgebot und damit dem Wettbewerbsprinzip. Der Verstoß gegen das Geheimhaltungsgebot habe sich auch zu ihren Lasten ausgewirkt. Die Beschlussvorlage enthalte über den von der Beigeladenen gebotenen Preis hinaus auch Angaben über die Vergütung innerhalb der bestehenden Vertragsbeziehung, an deren Geheimhaltung sie ein schutzwürdiges Interesse habe. Das Geheimhaltungsgebot sei absolut und könne nicht durch landesrechtliche Vorschriften außer Kraft gesetzt werden. Außerdem lasse die Landkreisordnung ausdrücklich Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgrundsatz zu, wovon der Antragsgegner hätte Gebrauch machen müssen. Ein weiterer Verstoß der Beigeladenen gegen das Vergaberecht bestehe darin, dass der Antragsgegner nicht ordnungsgemäß über die Auftragsvergabe informiert habe. Durch die Veröffentlichung der Kreistags-Beschlussvorlage sei die Information nach § 101 a GWB unterlaufen worden. Die Information habe nicht nachgeholt werden können. Dadurch, dass der Antragsgegner externe Berater hinzugezogen habe, habe er möglicherweise gegen den Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit der Vergabeentscheidung verstoßen. Konkretes hierzu könne der Vergabevermerk liefern. Schließlich hätte die Vergabekammer ermitteln müssen, ob die Beigeladene nicht ein Unterpreisangebot abgegeben habe, um sie, die Antragstellerin, vom Markt zu verdrängen. Dies liege deshalb nahe, weil die beiden Mitglieder der Beigeladenen auch jedes für sich die ausgeschriebene Leistung erbringen könnte.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 16. April 2010 aufzuheben,
2. das streitgegenständliche Vergabeverfahren aufzuheben, hilfsweise den Ausschluss der Beigeladenen festzustellen,

hilfsweise,

3. die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats über die Sache erneut zu entscheiden.

Der Antragsgegner und die Beigeladene beantragen jeweils,

- 6 -

die sofortige Beschwerde und den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung zurückzuweisen.

Beide verteidigen den Beschluss der Vergabekammer. Insbesondere bringen sie vor, dass die Rügen der Antragstellerin weitgehend ins Blaue hinein erhoben und daher unzulässig seien. Das betreffe den angeblichen Verstoß des Antragsgegners gegen den Wettbewerbsgrundsatz durch Hinzuziehung von Beratern und die angeblich fehlende Leistungsfähigkeit der Beigeladenen. Insofern fehle jeglicher tatsächlicher Vortrag, von dem auf einen Vergaberechtsverstoß geschlossen werden könnte. Auch hinsichtlich der Abgabe eines Unterpreisangebotes sei die Rüge unzulässig. Die Vorschrift diene nicht dem Schutz der Bieter. Soweit die Antragstellerin die angebliche Absicht der Beigeladenen anspreche, sie, die Antragstellerin, zu einem Marktaustritt zu zwingen, habe die Antragstellerin ebenfalls nicht rechtzeitig Tatsachen vorgetragen. Der Antragsgegner habe weiterhin nicht gegen das Geheimhaltungsverbot verstoßen. Die Angebotsfrist sei abgelaufen gewesen. Die Antragstellerin habe auch keinen konkreten Nachteil benannt. Aus dem vorliegenden Vergabeverfahren habe der Antragsgegner keinerlei Einzelheiten aus dem Angebot der Antragstellerin veröffentlicht.

Hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die vorbereitenden Schriftsätze Bezug genommen.

## II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, hat jedoch keinen Erfolg.

1. Verstoß gegen § 2 Nr. 3 VOL/A („Wettbewerbsgrundsatz“).

a) Der Nachprüfungsantrag ist nicht schon insgesamt deshalb als unzulässig zurückzuweisen, weil die Antragstellerin angeblich kein Ziel ihres Antrags genannt hat. Sie hat beantragt, das Vergabeverfahren aufzuheben, hilfsweise die Beigeladene auszuschließen. Damit hat sie konkrete Anträge gestellt, über die auch zu entscheiden ist.

b) Der Nachprüfungsantrag ist aber im Hinblick auf die genannte Rüge unzulässig. Der Antragstellerin fehlt die Antragsbefugnis.

- 7 -

Nach § 107 Abs. 2 GWB ist jeder Unternehmer antragsbefugt, der das schlüssig dargetut, ein Interesse am Auftrag zu haben und durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften in seinen Rechten verletzt zu sein. An die erforderliche Darlegung sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Die Darlegungslast darf nicht überspannt werden (BGH, Beschluss vom 26.9.2006 - X ZB 14/06 - juris Rn. 39; BVerfG, Beschluss vom 29.7.2004 - 2 BvR 2248/03 - juris Rn. 17; Senat, Beschluss vom 15.10.2008 - 15 Verg 9/08). Nicht erforderlich ist daher, dass der Antragsteller positive Kenntnis von den als Tatsache behaupteten Umständen hat. Er darf im Vergabenaachprüfungsverfahren vielmehr auch das behaupten, was er aus seiner Sicht der Dinge nur für wahrscheinlich oder möglich hält. Unzulässig und damit unbeachtlich sind demnach lediglich willkürliche, aufs Geratewohl oder ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen (BGH a.a.O., Senat a.a.O.). In Fällen eines unverschuldeten Informationsdefizits muss es genügen, dass ein Bieter konkrete Tatsachen vorträgt, die den hinreichenden Verdacht eines Vergaberechtsstoßes begründen (Senat, Beschluss vom 16.2.2009 - 15 Verg 2/09 -; OLG München, Beschluss vom 11.6.2007 - Verg 6/07 - juris Rn. 28; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.1.2008 - Verg 36/07 - juris Rn. 25).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze bietet der Sachvortrag der Antragstellerin keine hinreichenden Anhaltspunkte, dass der Antragsgegner Vergaberechtsverstöße begangen hat. Eine Vergabestelle hat gemäß § 2 Nr. 3 VOL/A 2006 (im Folgenden: VOL/A) die Verantwortung für den Beschaffungsvorgang zu tragen. Sie hat die Entscheidungen, insbesondere solche, in denen ein Beurteilungsspielraum auszufüllen bzw. ein Ermessen auszuüben ist, selbst zu treffen (vgl. OLG München, Beschluss vom 29.9.2009 - Verg 12/09 - juris Rn. 77; OLG Naumburg, Beschluss vom 26.2.2004 - 1 Verg 17/03 - juris Rn. 69). Die Antragstellerin hat aber keinen Umstand dargelegt, der den Verdacht eines Verstoßes gegen die Eigenverantwortlichkeit begründen könnte, durch den ihre Rechte beeinträchtigt worden sein könnten. Sie hat insoweit nur vorgetragen, dass beim Aufklärungsgespräch ein Berater anwesend gewesen sei, dass möglicherweise der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit verletzt worden sei, Konkretes hierzu sich aus dem Vergabevermerk ergeben könnte. Allein die Anwesenheit eines Beraters bei diesem Gespräch bietet jedoch keinen Anfangsverdacht und kein Indiz dafür, dass der Antragsgegner entgegen § 2 Nr. 3 VOL/A nicht die Verantwortung für den Beschaffungsvorgang getragen hat und die Entscheidungen, insbesondere solche, in denen ein Beur-

- 8 -

teilungsspielraum ausgefüllt bzw. ein Ermessen ausgeübt werden muss, nicht selbst getroffen hat bzw. treffen wird. Die Mitwirkung von Beratern / Sachverständigen am Vergabeverfahren wird durch § 6 VOL/A ausdrücklich zugelassen. „Nur“ die Verantwortung für die Vergabe darf nicht an den Sachverständigen übertragen werden. Da der Berater nach dem Vortrag der Antragstellerin nur anwesend war und nicht einmal er, sondern ein Mitarbeiter des Antragsgegners das Gespräch führte, spricht der Umstand der Anwesenheit dafür, dass der anwesende Dritte nur beratende, nicht aber entscheidende Funktion besaß. Jedenfalls bietet die Anwesenheit keinen Anhaltspunkt dafür, dass nicht der Antragsgegner bzw. ein Mitarbeiter die Wertung vorgenommen und den Zuschlagsvorschlag in der Kreistagsbeschlussvorlage selbst und eigenständig entschieden und ausgearbeitet hat. Auch die Vorlage gibt im übrigen keinen Hinweis auf eine Entscheidung, die der Berater zu verantworten hat. Im Gegenteil. Aus der Beschlussvorlage wird ersichtlich, dass nicht einmal der Verwaltung, sondern dem Kreistag auf breiter Tatsachen- und Rechtsgrundlage die Entscheidung über den Zuschlag vorbehalten ist.

Soweit die Antragstellerin darauf abstellt, dass der Vergaberechtsverstoß des Antragsgegner sich daraus ergebe, dass er keinen Vergabevermerk gefertigt habe - eine Beschlussvorlage sei kein Vergabevermerk; davon abgesehen sei dort nicht die Art und der Umfang der Beratung festgehalten -, hilft ihr dies auch nicht weiter. Der Verstoß ist ins Blaue hinein gerügt. Ihm fehlt jegliche tatsächliche Grundlage. Ein Vergabevermerk braucht nicht ausdrücklich als solcher bezeichnet zu sein. Wesentlich ist, dass er inhaltlich das Vergabeverfahren dokumentiert. Deshalb war es dem Antragsgegner auch unbenommen, die Wertung der Angebote und die Grundlagen der Entscheidung in einer Beschlussvorlage zusammenzufassen. Weiterhin kann daraus, dass die Beschlussvorlage die Tätigkeit und Mitwirkung eines Beraters nicht wiedergibt, nicht darauf geschlossen werden, dass der Antragsgegner gegen den Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit gemäß § 2 Nr. 3 VOL/A verstieß. § 2 Nr. 3 VOL/A verlangt, dass die Vergabestelle die erforderlichen Entscheidungen eigenverantwortlich trifft (vgl. OLG München, a.a.O.). Da es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass der Antragsgegner die Beschlussvorlage nicht eigenständig erstellt hat, hat er die niedergelegten Wertungen und Beurteilungen zumindest in eigener Zuständigkeit und Verantwortung nachvollzogen und nicht nur „abgenickt“.



c) Möglicherweise hat das OLG Naumburg in seiner von der Antragstellerin vorgelegten Entscheidung vom 27.5.2010 - 1 Verg 1/10 - hinsichtlich der Substantiierung der Rüge geringere Anforderungen gestellt. Trotzdem ist das vorliegende Beschwerdeverfahren nicht gemäß § 124 Abs. 2 Satz 3 GWB dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen. Denn für eine Vorlageverpflichtung wäre weiterhin Voraussetzung, dass die Rechtsfrage entscheidungserheblich / ergebnisrelevant ist (vgl. Summa in: jurisPK-VergR, 2. Auflage 2008, § 124 Rn. 12). Diese Voraussetzung ist aber nicht erfüllt. Denn die Beschwerde wäre in diesem Punkt auf jeden Fall unbegründet. Die Vergabeakten geben auch nicht den geringsten Hinweis dafür, dass ein Dritter, Externer, im Vergabeverfahren irgendeine Wertung vorgenommen oder Entscheidung getroffen haben könnte. Es finden sich diesbezüglich nicht einmal schriftliche Unterlagen, die einem externen Berater zugeordnet werden könnten.

## 2. Verstoß gegen § 22 VOL/A

a) Insoweit ist der Antrag der Antragstellerin zulässig. Sie hat den angeblichen Verstoß des Antragsgegners unverzüglich gerügt und die Rüge substantiiert.

b) Ein Verstoß gegen den Vertraulichkeitsgrundsatz gemäß § 22 Nr. 6 VOL/A kann jedoch nicht festgestellt werden.

aa) Nicht näher eingegangen zu werden braucht im Rahmen des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens darauf, dass der Antragsgegner in der veröffentlichten Kreistagsbeschlussvorlage vom 11.3.2010 die Antragstellerin als aktuelle Dienstleisterin und die Kosten der Dienstleistungen sowie Einzelheiten zu Leistungen der aktuellen Ausschreibung angab. Darin kann keine Verletzung des Vertraulichkeitsgebotes nach § 22 Nr. 6 VOL/A liegen.

Die Nennung der Antragstellerin als aktuellen Dienstleisterin und der Kosten ihrer Dienstleistungen sind keine Daten aus dem vorliegenden aktuellen Vergabeverfahren, deren Bekanntgabe die Antragstellerin als Verstoß gegen § 22 Nr. 6 VOL/A rügen kann. Deren Veröffentlichung könnte auf das zur Nachprüfung vorliegende Verfahren keinen Einfluss haben. Es handelt sich um Daten aus einem bestehenden Vertragsverhältnis. Die Tatsache, dass die Antragstellerin bzw. deren Mitglieder den Zuschlag erhielten und die Höhe des Gebots waren zudem wahrscheinlich sowieso gemäß § 28 a VOL/A zu

- 10 -

veröffentlichen. Im Übrigen könnte jeder Bürger über die Verwaltung die Daten, soweit sie unbekannt sein sollten, erfragen, ohne dass diese die Antwort verweigern könnte. Eine Verletzung des Vertraulichkeitsgebots kann auch nicht darin liegen, dass der Antragsgegner in der Beschlussvorlage Einzelheiten über die Grundlagen der Angebote des aktuellen Vergabeverfahrens veröffentlicht hat. Denn dies sind - bekannte - Tatsachen, die Bieter bei ihren Angeboten zu berücksichtigen hatten und Gegenstand der Verdingungsunterlagen und zumindest teilweise auch der öffentlichen Bekanntmachung waren.

bb) Aber auch soweit der Antragsgegner in der Beschlussvorlage vom 11.3.2010 den Namen der Beigeladenen und die Höhe deren Angebots nannte, unterlief dem Antragsgegner kein Vergaberechtsverstoß.

Fraglich erscheint zwar, ob §§ 29, 30 Landkreisordnung (LkrO) eine Veröffentlichung der Beschlussvorlage vor der Kreistagssitzung in der Form gebot, dass diese allgemein zugänglich war. Abgesehen davon, dass § 30 Abs. 1 LkrO nur die Öffentlichkeit der Sitzungen anordnet, nicht aber eine Veröffentlichung einer - begründeten - Beschlussvorlage, kann § 30 LkrO als Landesvorschrift wohl nicht ohne weiteres das in § 22 Nr. 6 VOL/A geregelte Vertraulichkeitsgebot relativieren oder gar einschränken. Denn § 22 VOL/A ist über § 4 VgV und § 97 Abs. 6 GWB bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Anwendungsbereich des § 100 Abs. 1 GWB, wie im vorliegenden Fall, bindendes Bundesrecht. Letztendlich kann die Frage aber mangels Entscheidungsrelevanz offen bleiben.

Denn durch die Veröffentlichung der Beschlussvorlage vom 11.3.2010 verletzte der Antragsgegner nicht den Vertraulichkeitsgrundsatz gemäß § 22 Nr. 6 VOL/A. Nach § 22 Nr. 6 Abs. 1 VOL/A sind Angebote und ihre Anlagen vertraulich zu behandeln. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ausnahmslos kein anderer Bieter oder kein Dritter davon Kenntnis erlangen darf, welcher Bieter das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat, wie hoch dieses Angebot ist und wie viele Angebote abgegeben wurden. Bei einer Auslegung der Vorschrift in dieser Weise wäre nämlich § 22 Nr. 6 Abs. 2 VOL/A überflüssig. Nach § 22 Nr. 6 Abs. 2 VOL/A hat die Vergabestelle sicherzustellen, dass gewerbliche Schutzrechte, die bestehen oder beantragt werden sollen und Gegenstand des Angebots sind, nur den mit der Sache Befassten zur Kenntnis gelangen dürfen. Dieser Anordnung bedürfte

es nicht mehr, wenn sogar der gesamte Inhalt eines Angebots und der Name des Bieters keiner Person außerhalb der Vergabestelle bekannt werden dürften. Die absolute Geheimhaltung zumindest bis zum Zuschlagszeitpunkt wäre auch mit § 27 a VOL/A und § 101 a GWB nicht zu vereinbaren. Diese Vorschriften ordnen an, dass nicht berücksichtigten Bietern die Tatsache der Zurückweisung des Angebots und (§ 27 a VOL/A: auf Antrag) die Gründe für Ablehnung des Angebots mitzuteilen sind. Andererseits ist die Verhandlung über die Öffnung der Angebote gemäß § 22 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A nicht einmal für Bieter zugänglich und ist weder Bietern noch Öffentlichkeit Einsicht in die Verhandlungsniederschrift zu gewähren. Unter Berücksichtigung des Sinns von § 22 Nr. 6 VOL/A, (auch) sicherzustellen, dass die Angebote nachträglich nicht mehr verändert werden und ein fairer Wettbewerb gewährleistet ist, dass Außenstehende keinen Einfluss auf die Weiterbehandlung der Angebote und die Entscheidung über den Zuschlag nehmen können (vgl. Müller-Wrede, VOL/A, 2. Aufl., § 22 Rn. 15; Kulartz /Marx/ Portz / Prieß, VOL/A, § 22 Rn. 52), ist daher das Vertraulichkeitsgebot je nach Stand des Vergabeverfahrens unterschiedlich streng zu handhaben. Schon vor dem Zuschlag können jedenfalls und müssen teilweise, wie oben ausgeführt, einzelne Daten eines Angebots einem anderen Bieter mitgeteilt werden.

Die Geheimhaltung auch des Namens des Bieters mit dem wirtschaftlichsten Gebot, dem der Beigeladenen, der Höhe des Gebots und der Anzahl der abgegebenen Gebote ist bei dem Stand des vorliegenden Vergabeverfahrens nach dem Zweck des Vertraulichkeitsgebots zum Zeitpunkt der Veröffentlichung nicht mehr erforderlich gewesen. Das Vergabeverfahren war schon weitgehend abgeschlossen. Die Verwaltung hatte die Wertung der Angebote abgeschlossen und eine Vorentscheidung über den Zuschlag getroffen. Die Vorentscheidung war im zuständigen Kreistagsausschuss in nichtöffentlicher Sitzung behandelt worden. Es stand nur noch die formelle Entscheidung über den Zuschlag durch den zuständigen Kreistag aus, eine Entscheidung, die nicht in dessen Ermessen stand und die auch erwartungsgemäß dem Beschlussvorschlag entsprach. Eine Einflussnahme Dritter auf die Zuschlagsentscheidung erscheint nahezu ausgeschlossen. Dafür, dass die Kreistagsmitglieder für die Beschlussfassung in öffentlicher Sitzung über die genannten Daten unterrichtet wurden, bestanden zudem sachliche Gründe. Die zukünftigen Kosten der Abfallentsorgung sind von erheblichem öffentlichen Interesse. Die Einwohner des Kreises sind unmittelbar durch die Entsorgungsleistungen und durch die Gebührenzahlungspflicht betroffen. Der Kreistag ist eines ihrer kommunalen Vertretungsorgane, das ihre Interessen wahrzunehmen und in diesem Fall über die Vergabe

der Entsorgungsleistungen zu entscheiden hat. Die Bekanntgabe des Namens des voraussichtlichen zukünftigen Entsorgungsunternehmers und dessen Kosten stellen daher keine Vergaberechtsverletzung dar, wenn der Zweck des Vertraulichkeitsgebots die Geheimhaltung nicht mehr gebieten.

Zur Erreichung des Zwecks muss eine mögliche Beeinflussung des Verfahrens durch die Veröffentlichung auch nicht vollständig ausgeschlossen sein. Dies lässt sich aus der rechtlichen Gestaltung des Vergabeverfahrens schließen. Nach § 27 a VOL/A bzw. 101 a GWB müssen vor Zuschlagserteilung den Mitbewerbern die Nichtberücksichtigung ihres Angebots und die Gründe dafür mitgeteilt werden. Dadurch wird einem Bieter die Möglichkeit, ein Nachprüfungsverfahren anzurufen, und die Möglichkeit, dass das Vergabeverfahren in einen früheren Stand zurückversetzt wird, eröffnet. Aufgrund dieser gesetzlichen Regelung kann ebenfalls nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass Bieter von ihren Aussichten im Vergabeverfahren Kenntnis erlangen und dies im weiteren Vergabeverfahren sogar verwerten.

Das Ergebnis, dass der Antragsgegner das Vertraulichkeitsgebot nicht verletzt, wird durch einen Blick auf die Regelungen der VOB/A (2006) erhärtet. Zwar ordnet § 22 Nr. 8 VOB/A die sorgfältige Verwahrung und Geheimhaltung der Angebote und ihrer Anlagen an. Die Eröffnung der Angebote, in deren Rahmen u.a. die Namen der Bieter und die Endpreise ihrer Angebote verlesen werden (§ 22 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A), ist jedoch bieteröffentlich (§ 22 Nr. 1 Satz 1 VOB/A). Die Bieter haben auch Einsicht in die zu fertigende Niederschrift über den Eröffnungstermin (§ 22 Nr. 7 Satz 1 VOB/A). Das Vergabeverfahren nach VOB/A sieht den Grundsatz des ordentlichen Wettbewerbs nicht einmal dadurch gefährdet, dass Bieter ihre Konkurrenten und deren Angebotssumme mit Eröffnung der Angebote kennen lernen. Die Unterschiede des VOB-Verfahrens zum VOL-Verfahren ist nicht so groß, dass es gerechtfertigt wäre, das Vertraulichkeitsgebot völlig unterschiedlich zu behandeln.

Wenn der Antragsgegner in einer Beschlussvorlage für den Kreistag, der allein über den Zuschlag zu entscheiden hat, die Anzahl der abgegebene Gebote, den Namen des Bieters mit dem wirtschaftlichsten Gebot und die Höhe dieses Gebots - ohne weitere Einzelheiten aus den Angeboten und ihren Anlagen - mitteilt, ist daher der Vertraulichkeitsgrundsatz gemäß § 22 Nr. 6 Abs. 1 VOL/A nicht verletzt (vgl. zur VOB Heiermann / Riedl / Rusam, VOB, 11. Aufl., A § 25 Rn. 180).

### 3. Verstoß gegen § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A

Der Nachprüfungsantrag hat mit dieser Rüge ebenfalls keinen Erfolg.

a) Die diesbezügliche Rüge ist, auch wenn man geringe Anforderungen an die Substantiierungslast stellt, unzulässig. Die Rüge ist ins Blaue hinein erhoben. Der Vortrag der Antragstellerin enthält keine tatsächliche Ausführungen zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A. Der Antragstellerin wäre Tatsachenvortrag aber möglich und zumutbar gewesen, da sie die Preise der ausgeschriebenen Leistungen selbst kalkulierte und auch die Höhe des Angebots der Antragstellerin kennt. Sie wäre daher in der Lage gewesen, die angebliche Unauskömmlichkeit näher zu begründen.

Da der Nachprüfungsantrag bezüglich der Rüge der Unauskömmlichkeit schon mangels konkretisierender Ausführungen schon unzulässig ist, kann offen bleiben, ob bzw. inwieweit die genannte Vorschrift drittschützende Wirkung hat (vgl. insoweit OLG Jena, Beschluss vom 5.6.2009 - 9 Verg 5/09 - juris Rn. 28 ff.; OLG München, Beschluss vom 21.5.2010 - Verg 2/10 - juris Rn. 172).

b) Die Rüge wäre auch unbegründet.

Die Antragstellerin hat keine Umstände dargelegt, die darauf schließen lassen, dass das Angebot der Beigeladenen möglicherweise ungewöhnlich niedrig ist und deshalb gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A hätte ausgeschlossen werden müssen. Solche Umstände sind auch sonst nicht ersichtlich.

aa) Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A darf der Antragsgegner dem Angebot der Beigeladenen den Zuschlag nicht erteilen, falls deren Preis in offenbarem Missverhältnis zur Leistung steht. Ein offenes Missverhältnis setzt voraus, dass der angebotene Gesamtpreis derart eklatant von dem an sich angemessenen Preis abweicht, dass die Unangemessenheit ohne detaillierte Überprüfung sofort ins Auge fällt. Eine erhebliche Differenz zwischen dem zu überprüfenden und dem nächst höheren Angebot reicht nicht aus, um einen ungewöhnlich niedrigen Preis anzunehmen. Vielmehr darf der niedrige Preis auch wettbewerblich nicht begründet sein (vgl. OLG München, a.a.O., Rn. 173). Diese Voraussetzungen sind nicht ansatzweise erfüllt. Der Abstand zwischen dem An-

– 14 –

gebot der Beigeladenen und dem der Antragstellerin ist marginal, wie der Antragsgegner unwidersprochen vorgetragen und die Vergabekammer unangefochten festgestellt hat. Schon aus diesem Grunde kann zumindest ohne gewichtige Argumente, die die Antragstellerin nicht gebracht hat, nicht von einem offenbaren Missverhältnis ausgegangen werden. Ein solches gewichtiges Argument stellt auch nicht der Vortrag der Antragstellerin dar, sie habe aufgrund ihrer Erfahrungen im Landkreis durch die derzeitige Leistungserbringung Kalkulationsvorteile. Denn von einem sorgfältig kalkulierenden Bieter wird erwartet, dass er die Grundlagen der Kalkulation gründlich ermittelt und berücksichtigt. Wenn die Antragstellerin vor der letzten Angebotsabgabe nicht die gebotene Sorgfalt aufgebracht haben sollte, kann dies jetzt nicht zu Lasten der Beigeladenen gehen. Hinzu kommt, dass die Vergabestelle die Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A überprüft hat. Dabei hat sie nicht feststellen können, dass deren Angebot aus betriebswirtschaftlicher oder rechtlicher Sicht nicht nachvollziehbar ist, so dass sie das Angebot der Beigeladenen nicht hat ausschließen können. Dass der Antragsgegner seinen Beurteilungsspielraum, der ihm insoweit zugestanden hat und der nur eingeschränkt überprüfbar ist (vgl. OLG Jena, a.a.O., Rn. 35), fehlerhaft ausgenutzt haben könnte, ist ebenfalls nicht ersichtlich.

bb) Mit keinerlei tatsächlichen Anhaltspunkten hat die Antragstellerin auch ihre Behauptung gestützt, dass die Beigeladene beabsichtige, sie vom Markt zu verdrängen. Allein der Umstand, dass sie nicht Zuschlag für das Los 1 erhält, lässt einen solchen Schluss auch nicht im Entferntesten zu, zumal sie den Zuschlag für Los 2 erhalten soll. Sie hat den Umfang ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht dargelegt. Abgesehen davon, ist es gerade Sinn der - gebotenen - europaweiten Ausschreibung, dass ein Wettbewerb angeregt wird und stattfindet. Der Umstand, dass die Mitglieder der Beigeladenen auch allein in der Lage wären, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen, sich aber trotzdem zu einer Bietergemeinschaft zusammengeschlossen haben, beinhaltet auch keinen Verdrängungswettbewerb. Dass sie sich allein deshalb zusammenschlossen, um einen Wettbewerb auszuschließen, ist ebenfalls nicht einmal ansatzweise ersichtlich.

#### 4. Fehlende Fachkunde

a) Der Nachprüfungsantrag ist im Hinblick auf diese Rüge zulässig. Die Rüge ist nicht ins Blaue hinein erhoben. Die Antragstellerin hat vorgetragen, dass - nach ihrer Kenntnis

- die Beigeladene die in der Ausschreibung geforderten Referenzen nicht vollständig vorgelegt habe, es fehle eine Seite. Die Antragstellerin hat damit einen konkreten tatsächlichen Umstand genannt, der den Verdacht auf einen beachtlichen Fehler im Angebot der Beigeladenen begründet. Nähere Kenntnisse sind ihr verwehrt. In solchen Fällen eines unverschuldeten Informationsdefizit muss es genügen, dass die Antragstellerin die konkrete Tatsache vorgetragen hat, die den hinreichenden Verdacht eines Vergabe-rechtsstoßes begründet (vgl. Senat, Beschluss vom 20.3.2009 - 15 Verg 2/09 -; OLG München, Beschluss vom 11.06.2007 - Verg 6/07 - juris Rn. 28).

Die Rüge ist auch nicht verspätet erhoben. Es ist nicht feststellbar, dass die Antragstellerin erhebliche Zeit vor der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer, als sie ihre maßgeblichen Ausführungen dazu machte, Kenntnis davon erlangt hatte, dass möglicherweise eine Seite im Angebot der Beigeladenen fehlt.

b) Die Rüge ist jedoch unbegründet. Zwar fehlt tatsächlich, wie der Antragsgegner in dem Vergabevorschlag für den Kreistag festgehalten hat, eine Seite der Referenzen, die die Beigeladene vorzulegen hatte. Jedoch wird durch das Fehlen der Seite nicht der Ausschlussgrund gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 2 Buchst. a, 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A erfüllt. Denn das Angebot enthält auch ohne die fehlende Seite die von der Ausschreibung geforderten Angaben und Erklärungen. Es ist vollständig. Nach Nr. 2.1.12 Angebotsteil III der Ausschreibung hatten die Bieter dort näher beschriebene Referenzen anzugeben. Für die Angaben war nicht ein bestimmtes Formular mit einer bestimmten Anzahl von Seiten vorzulegen. Ein Fehler der Beigeladenen kann deshalb nicht darin liegen, dass ein Formular oder ein bestimmter Teil des Formulars mit dem Angebot nicht vorgelegt wurde. Im Rahmen der Prüfung des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A kann daher nur maßgeblich sein, ob die Beigeladene die geforderten Referenzen angegeben hat. Dies ist aber, wie oben schon erwähnt, der Fall unabhängig davon, ob den Erklärungen der Beigeladenen zu ihren Referenzen eine Seite fehlt oder nicht.

c) Soweit die Antragstellerin ins Feld führt, dass der Antragsgegner nicht beachtet habe, dass die Beigeladene angeblich nicht geeignet / leistungsfähig sei, ist dem nicht näher nachzugehen. Die Antragstellerin beruft sich zwar insofern auf ihre Marktkenntnis. Sie legt jedoch nicht einmal dar, in welchem Bereich die Beigeladene Defizite aufweisen

soll und wie sich dies auf die ausgeschriebenen Leistungen auswirken könnte. Mangels näherer Bezeichnung ist es unmöglich, dieser Rüge näher nachzugehen.

#### 5. Verstoß gegen § 101 a GWB

Der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Rüge einer nicht ordnungsgemäßen Information nach § 101 a GWB ist zulässig, hat jedoch keinen Erfolg. Der Antragsgegner unterrichtete die Antragstellerin von der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die Beigeladene mit Schreiben vom 23.3.2010. Der Umstand, dass die Antragstellerin schon zuvor von dem beabsichtigten Zuschlag durch die veröffentlichte Kreistagsbeschlussvorlage Kenntnis erlangt hatte, machte das Unterrichtungsschreiben nicht unheilbar unwirksam.

Das Schreiben nach § 101 a GWB soll einen Bieter, dessen Angebot nicht berücksichtigt wird, von dem beabsichtigten Zuschlag an einen anderen Bieter unterrichten, damit der benachrichtigte Bieter die Möglichkeit hat, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, bevor durch einen Zuschlag vollendete Tatsachen geschaffen werden (Zeiss in jurisPK-VergR, 2. Auflage 2008, § 101 a GWB). Eine Verletzung dieser Informationspflicht hätte zur Folge, dass ein Zuschlag nach § 101 b GWB innerhalb der dort genannten Frist unwirksam wäre, wenn dies in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt würde. Da eine Unterrichtung vom beabsichtigten Zuschlag der Gewährung effektiven Rechtsschutzes dient und eine Verletzung der Unterrichtungspflicht unter Umständen die Unwirksamkeit eines Zuschlags zur Folge hat, nicht aber die Fehlerhaftigkeit des gesamten Vergabeverfahrens, kann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zugang des Informationsschreibens nach § 101 a GWB nicht zu dessen unheilbarer Unwirksamkeit führen. Vielmehr läuft nur sein Zweck leer, einem Bieter die Möglichkeit zu bieten, seine Rechte in einem Nachprüfungsverfahren zu wahren. Soweit er durch das Schreiben Kenntnis von eventuellen weiteren Vergaberechtsfehlern erhält, kann er diese nachträglich in das Nachprüfungsverfahren einführen. Der Umstand, dass die Antragstellerin ihre Rüge schon erhoben und das Nachprüfungsverfahren eingeleitet hatte, bevor der Antragsgegner die Antragstellerin durch Schreiben vom 23.3.2010 von der Absicht unterrichtete, dass sie den Zuschlag für Los 1 der Beigeladenen erteilen wolle, hat demnach keine Auswirkungen auf das vorliegende Vergabeverfahren.



## 6. Notwendigkeit der Beiziehung eines Bevollmächtigten

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit die Antragstellerin die Entscheidung der Vergabekammer beanstandet, dass der Antragsgegner einen Bevollmächtigten beiziehen musste, zulässig und hat Erfolg. Entgegen der Ansicht der Vergabekammer benötigte der Antragsgegner im Verfahren vor der Vergabekammer keinen Bevollmächtigten.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG sind die Kosten für die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts nur erstattungsfähig, wenn die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war. Ob eine Notwendigkeit bestand, ist eine Frage des Einzelfalls (BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06 - juris Rn. 61). Maßgeblich ist, ob ein verständiger Beteiligter unter Beachtung seiner Pflicht, die Kosten so gering wie möglich zu halten, die Beauftragung eines Bevollmächtigten für notwendig erachten durfte. Zu fragen ist also, 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, der im Hinblick auf eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren von Bedeutung ist, hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen. Hierfür können neben Gesichtspunkten wie der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, der Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen auch rein persönliche Umstände bestimmend sein wie etwa die sachliche und personelle Ausstattung des Beteiligten, also beispielsweise, ob er über eine Rechtsabteilung oder andere Mitarbeiter verfügt, von denen erwartet werden kann, dass sie gerade oder auch Fragen des Vergaberechts sachgerecht bearbeiten können, oder ob allein der kaufmännisch gebildete Geschäftsinhaber sich des Falls annehmen muss (BGH, a.a.O.; vgl. auch Summa in : jurisPK-VergR, a.a.O., § 128 GWB Rn. 70).

Legt man diesen Maßstab an, hätte der Antragsgegner keinen Bevollmächtigten beauftragen dürfen. Er ist keine kleine Kommune mit zwei Volljuristen. Von seinen Mitarbeitern kann erwartet werden, dass sie die maßgeblichen Rechtsvorschriften kennen, die mit einer Auftragsvergabe jenseits der Schwellenwerte verbunden sind. Dazu gehört auch, dass sie Rechtsfragen schwierigerer Art beantworten können sowie in der Lage sind, ihren bereits vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens eingenommenen Standpunkt vor der Vergabekammer zu verteidigen. Die Mitarbeiter des Antragsgegners hät-

- 18 -

ten somit selbständig das Verfahren vor der Vergabekammer führen können. Besondere Verfahrenspflichten oder -obliegenheiten waren nicht zu beachten. Von ihnen wurde die Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung und eine Verfahrensförderung verlangt (§ 113 Abs. 2 GWB). Sie mussten ihre eigene Tätigkeit darstellen und rechtfertigen. Zur Stellungnahme auf die Rügen der Antragstellerin bedurfte es nicht der Beantwortung schwieriger rechtlicher Fragen aus Rechtsgebieten, mit denen sie sich nicht schon hatten auseinandersetzen müssen. Auch der von der Antragstellerin erhobene Vorwurf der Verletzung des Vertraulichkeitsgebots rechtfertigte nicht die Hinzuziehung eines besonderen Rechtsberaters aus dem Fachgebiet des Vergaberechts. Mit der Frage, ob einen Tagesordnungspunkt im Kreistag in öffentlicher oder in nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln ist, hat sich ein Kommunaljurist sowieso ständig auseinanderzusetzen. Von den juristischen Mitarbeitern des Antragsgegners konnte diese Auseinandersetzung im Rahmen des Verfahrens vor der Vergabekammer ebenfalls erwartet werden, zumal sie sich damit im Zweifel sowieso schon im Vorfeld befasst hatten.

Nach alledem konnte der Antragsgegner die Aufgaben vor der Vergabekammer eigenständig erledigen. Er war nicht auf die Hilfe eines externen Bevollmächtigten angewiesen, auch soweit die hauseigenen Juristen keine speziellen Erfahrungen im Vergaberecht hatten.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 120 Abs. 2, 78 Satz 2 GWB bzw. hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen auf §§ 120 Abs. 2, 78 Satz 1 GWB. Die Anordnung der Kostenerstattung ist angemessen.

Den Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens hat der Senat entsprechend § 50 Abs. 2 GKG auf die Gebührenstufe festgesetzt, in deren Rahmen sich 5 % der Angebotssummen von Antragstellerin und Beigeladener bewegen.

Heister  
Vors. Richter am  
Oberlandesgericht

Dr. Künschner  
Richter am  
Oberlandesgericht

Dr. Delius  
Richter am  
Oberlandesgericht

Ausgefertigt

  
Schmitt, JSin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

