

<b>Gericht:</b>	KG Berlin Vergabesenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	19.12.2019
<b>Aktenzeichen:</b>	Verg 9/19
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 160 Abs 2 GWB, § 166 Abs 1 S 3 GWB, Art 103 Abs 1 GG
<b>Zitiervorschlag:</b>	KG Berlin, Beschluss vom 19. Dezember 2019 – Verg 9/19 -, juris

---

### **Leitsatz**

1. Zur Darlegung einer Rechtsverletzung nach § 160 Abs. 2 GWB genügt im Allgemeinen ein Vortrag solcher auf eine Rechtsverletzung hindeutenden Tatsachen, die der Antragsteller aus seiner Sicht der Dinge für wahrscheinlich oder möglich halten darf, weil dafür objektive Anhaltspunkte vorliegen. Wird der Bieter allerdings über die inhaltlichen Gründe der Bewertung seines Angebotes vollständig im Unklaren gelassen, so dass er auch objektive Anhaltspunkte nicht vortragen kann, die die Wertung als fraglich erscheinen lassen, genügt es, wenn er die Wertung pauschal in Zweifel zieht. Das Vergabenachprüfungsverfahren dient hier zunächst der Verwirklichung des aus dem Transparenzgrundsatz sowie dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes folgenden Anspruchs, hinreichend über die Grundlagen der Angebotswertung informiert zu werden.
2. Bieter haben nicht nur Anspruch, über die Bewertung ihrer Angebote informiert zu werden, sondern auch - gegebenenfalls unter Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anderer Bieter oder des Auftraggebers - über die maßgeblichen Grundlagen der vergleichenden Bewertung der Angebote.
3. Beabsichtigt die Vergabekammer, ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten zu entscheiden (§ 166 Abs. 1 S. 3 GWB), wird sie wegen der erheblichen Bedeutung der mündlichen Verhandlung für die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes vor einem entsprechenden Vorgehen regelmäßig rechtliches Gehör zu gewähren haben, um den Anforderungen des Art. 103 Abs. 1 GG zu genügen.

Diese Entscheidung wird zitiert

### **Kommentare**

*Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht*

● Summa, 5. Auflage 2016, § 160 GWB

### **Tenor**

Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin vom 23. September 2019 gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin vom 12. September 2019 - VK-B1 -18/19 - wird bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache verlängert.

Der Antrag des Antragsgegners, ihm den Zuschlag auf den streitgegenständlichen Auftrag vorab zu gestatten, wird zurückgewiesen.

## Gründe

- 1 Der Antrag der Antragstellerin nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB hat Erfolg (I.), während der Antrag des Antragsgegners nach § 176 GWB zurückzuweisen war (II.).
- 2 I. Der Senat hatte auf den nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB statthaften Antrag der Antragstellerin die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde bis zu einer Entscheidung hierüber anzuordnen.
- 3 1. Dies war nach den gemäß § 173 Abs. 2 GWB maßgeblichen Gesichtspunkten geboten. Danach hat das Gericht den Antrag abzulehnen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen (§ 173 Abs. 2 S. 1 GWB). Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen (S. 2), wobei das Gericht bei seiner Entscheidung auch die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den öffentlichen Auftrag zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen hat (S. 3). Bei der Abwägung dieser Kriterien besteht Einigkeit, dass den summarisch zu prüfenden Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde erhebliche Bedeutung zukommt und dass die Anforderungen an das Beschleunigungsinteresse des Auftraggebers und der Allgemeinheit zunehmen, je höher die Wahrscheinlichkeit des Erfolges der Beschwerde ist (Stoye/Gielen in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 173 Rn. 39 m.w.N.).
- 4 2. Nach diesen Kriterien überwiegen die Interessen der Antragstellerin deutlich die Beschleunigungsinteressen des Antragsgegners. Denn nach summarischer Prüfung wird die sofortige Beschwerde der Antragstellerin voraussichtlich Erfolg haben (a), während die Beschleunigungsinteressen kaum des Antragsgegners kaum ins Gewicht fallen (b).
- 5 a) Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin dürfte bereits deswegen Erfolg haben, weil das Verfahren vor der Vergabekammer erheblichen rechtsstaatlichen Bedenken unterliegt. So hat die Vergabekammer der Antragstellerin zu Unrecht die Antragsbefugnis abgesprochen (aa) und auf dieser tatsächlich nicht bestehenden Grundlage wesentliche Verfahrensgrundsätze missachtet (bb).
- 6 aa) Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB, die die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen vergaberechtlichen Rechten und die Darlegung der Möglichkeit eines daraus erwachsenden Schadens erfordert, lediglich die Funktion eines groben Filters hat und dass die Anforderungen hieran nicht überspannt werden dürfen, weil sonst der vom Gesetzgeber eingeräumte Rechtsschutz nicht effektiv wahrgenommen werden kann (vgl. nur Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 160 GWB Rn. 24). Hierbei fehlt dem Bieter in vielen Fällen für eine eingehende Darlegung einer möglichen Rechtsverletzung aber die erforderliche Sachverhaltskenntnis und kann er eine solche auch gar nicht erlangen, weil etwa die Wertungsvorgänge der Sphäre des Auftraggebers angehören und dieser ihn über Einzelheiten nicht unterrichtet hat. Je weniger der Auftraggeber deswegen an

tatsächlichen Gründen für einen Ausschluss des Angebots des Antragstellers oder für eine sonst abschlägige Wertung seines Angebots preisgibt, desto geringer sind die Anforderungen an die Darlegung einer Rechtsverletzung. Deshalb genügt im Allgemeinen ein Vortrag solcher auf eine Rechtsverletzung hindeutender Tatsachen, die der Antragsteller aus seiner Sicht der Dinge für wahrscheinlich oder möglich halten darf, weil dafür objektive Anhaltspunkte vorliegen (vgl. statt aller nur Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 18 m.w.N.). Wird der Bieter allerdings über die inhaltlichen Gründe der Bewertung seines Angebotes vollständig im Unklaren gelassen, so dass er auch objektive Anhaltspunkte nicht vortragen kann, die die Wertung als fraglich erscheinen lassen, muss es für die Antragsbefugnis genügen, wenn er die Wertung entsprechend pauschal in Zweifel zieht.

- 7 Vor diesem Hintergrund ist es verfehlt, einem Bieter, der die mögliche mangelhafte Wertung der qualitativen Zuschlagskriterien und eine mögliche mangelhafte Dokumentation dieser Wertung rügt, die Antragsbefugnis wegen einer angeblich unzureichenden Substantiierung abzusprechen, wenn diesem Bieter, wie vorliegend, die Angebotswertung weder von der Vergabestelle noch im Rahmen der begehrten Akteneinsicht von der Vergabekammer noch sonst offengelegt wurde. Dies würde erkennbar auf eine auch europarechtlich im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz unzulässige vollständige Versagung des Vergaberechtsschutzes in diesem Bereich hinauslaufen. Denn ein Bieter kann in einer solchen Lage immer nur vermuten, dass eine Angebotswertung nicht ordnungsgemäß erfolgt und dokumentiert worden sein könnte, wenn ihm die Wertung und ihre Dokumentation nicht zugänglich gemacht worden sind und auch die Angaben in der Bieterinformation nach § 134 GWB, wie vorliegend, derart allgemein gehalten sind, dass sich daraus keine Rückschlüsse auf Einzelheiten der Angebotswertung ergeben. Deswegen kann dem Bieter in einer solchen Lage die ihm gar nicht mögliche nähere Darlegung der unzureichenden Angebotswertung nicht als eine seiner Antragsbefugnis entgegenstehende unzureichende Darlegung einer Verletzung in eigenen vergaberechtlichen Rechten vorgehalten werden. Vielmehr dient das Vergabennachprüfungsverfahren hier zunächst der Verwirklichung seines aus dem Transparenzgrundsatz aus § 97 Abs. 1 S. 1 GWB sowie dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes bezüglich seiner kartellvergaberechtlichen Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB folgenden Anspruchs, hinreichend über die Grundlagen der Angebotswertung informiert zu werden (vgl. zu § 134 GWB Dreher/Hoffmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, a.a.O., § 134 GWB Rn. 12 m.w.N.), und zwar notfalls über die von den Nachprüfungsinstanzen zu gewährende Einsicht in die Vergabeakten.
- 8 Hierbei ist den Bieter nicht nur die Bewertung ihrer eigenen Angebote zu offenbaren, sondern sind ihnen - gegebenenfalls unter Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anderer Bieter oder des Auftraggebers - auch die maßgeblichen Grundlagen der vergleichenden Bewertung der Angebote zugänglich zu machen. Denn nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehört zu einer ordnungsgemäßen Wertung von qualitativen Kriterien auch eine hinreichend dokumentierte vergleichende Wertung der konkurrierenden Angebote (BGH, Beschluss vom 4. April 2017 - X ZB 3/17 juris Rn. 53). Sobald und soweit dem Bieter die ihm gebührenden Informationen über die Angebotswertung vorliegen, hat er gegebenenfalls die von ihm erhobenen Rügen zu konkretisieren, um den Anforderungen aus § 160 Abs. 2 GWB zu genügen; lässt sich dann eine fehlerhafte Angebotswertung nicht feststellen, wird die Rüge dagegen für erledigt zu erklären sein.

- 9        bb) Auf der Grundlage der unzutreffend verneinten Antragsbefugnis hat die Vergabekammer sodann zu Unrecht der Antragstellerin unter Verstoß gegen die Vorgaben des § 165 GWB keine Einsicht die Vergabeakten gewährt, entgegen § 162 GWB von der Beiladung der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin abgesehen und die nach § 166 Abs. 1 S. 1 GWB in aller Regel gebotene mündliche Verhandlung versäumt; die Voraussetzungen des § 166 Abs. 1 S. 3 GWB für eine Entscheidung nach Lage der Akten waren nicht gegeben, weil der Nachprüfungsantrag ersichtlich nicht unzulässig war, soweit die Antragstellerin die Wertung ihres Angebotes gerügt hat. Zudem hat die Vergabekammer es entgegen Art. 103 Abs. 1 GG unterlassen, der Antragstellerin rechtliches Gehör zu ihren (unrichtigen) Rechtsauffassungen zu gewähren; die Annahme, zu einem entsprechenden Hinweis bestehe keine Pflicht (Gröning in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, a.a.O., § 166 GWB Rn. 29; Horn in: Müller-Wrede, a.a.O., § 166 GWB Rn. 34), erscheint wegen der erheblichen Bedeutung einer mündlichen Verhandlung für die effektive Wahrnehmung von prozessualen Rechten zweifelhaft, weswegen die Gewährung rechtlichen Gehörs auch allgemein geübter Praxis entsprechen dürfte (Horn, a.a.O.).
- 10      cc) Ob die weiteren von der Antragstellerin erhobenen vergaberechtlichen Rügen durchgreifen, bedarf danach keiner weiteren, auch nur summarischen Prüfung. Allerdings neigt der Senat zu der Annahme, dass die gegen die Vorgaben des Antragsgegners zur qualitativen Wertung der Angebote erhobene Rüge, es läge insoweit mangels Leistungsbezugs der Zuschlagskriterien ein Verstoß gegen § 127 GWB, § 58 VgV, erkennbar im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB war, so dass die Antragstellerin, insoweit der Vergabekammer folgend, mit dieser Rüge präklidiert wäre. Wegen der Rüge einer Verletzung der Hinweispflicht aus § 134 GWB besteht Übereinstimmung, dass allein die Verletzung dieser Vorgaben zu einem Eingreifen der Vergabenachprüfungsinstanzen keinen Anlass gibt, sondern stets, wie hier jedenfalls nach derzeitigem Sach- und Streitstand, eine weitere dies erfordernde vergaberechtliche Rechtsverletzung feststellbar sein muss (Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, GWB, a.a.O., § 134 Rn. 123 m.w.N.).
- 11      b) Demgegenüber sind ins Gewicht fallende Beschleunigungsinteressen des Antragsgegners, die einer Anordnung der aufschiebenden Wirkung bis zu einer Hauptsacheentscheidung entgegenstünden, nicht erkennbar. Die ausgeschriebenen Leistungen werden derzeit auf der Grundlage einer Interimsvergabe erbracht. Das Nachprüfungsverfahren ist vergleichsweise schnell betrieben worden; im Beschwerdeverfahren steht Termin zur mündlichen Verhandlung bereits Mitte Januar 2020 an. Eine mögliche Verzögerung durch eine Zurückverweisung des Verfahrens an die Vergabekammer wegen der vorgenannten erheblichen Rechtsverletzungen bei der Verfahrensgestaltung (§ 178 Abs. 1 S. 2 GWB) steht nicht entgegen, zumal die Vergabekammer neben den Aufsichtsbehörden (vgl. 155 GWB) eine der Selbstkorrektur dienende Institution des Antragsgegners ist, auch wenn sie ihre Tätigkeit nach Maßgabe von § 157 GWB unabhängig und in eigener Verantwortung ausübt.
- 12      II. Der Antrag des Antragsgegners, ihm zu gestatten, den beabsichtigten Zuschlag zuerteilen, ist gemäß § 176 Abs. 1 S. 1 GWB statthaft und auch sonst zulässig. In der Sache hat er jedoch keinen Erfolg, weil die Abwägung der in § 176 Abs. 1 GWB genannten Umstände, die den in § 173 Abs. 2 GWB aufgeführten entsprechen, hier aus den vorstehenden Erwägungen (oben I.) dazu führt, dass die Interessen der Antragstellerin an einem effektiven Primärrechtsschutz im Rahmen des anhängigen Vergabenachprüfungsverfah-

rens die Interessen des Antragsgegners und der Allgemeinheit an einem beschleunigten Vergabeverfahren überwiegen.