

OLG Koblenz (Vergabesenat), Beschluss vom 01.09.2021 – Verg 1/21

Titel:

Vergabekammer, Beschwerde, Ausschreibung, Bieter, Leistungserbringung, Vergabe, Angebotsabgabe, Fahrzeug, Vergabeunterlagen, Bewerber, Auftragnehmer, Vergabeverfahren, Zuschlag, Wettbewerbsrecht, sofortige Beschwerde, sofortigen Beschwerde, angefochtene Entscheidung

Rechtsgebiete:

Handelsrecht, Sonstiges besonderes Verwaltungsrecht, Privates Baurecht, Vergaberecht

Schlagworte:

Vergabekammer, Beschwerde, Ausschreibung, Bieter, Leistungserbringung, Vergabe, Angebotsabgabe, Fahrzeug, Vergabeunterlagen, Bewerber, Auftragnehmer, Vergabeverfahren, Zuschlag, Wettbewerbsrecht, sofortige Beschwerde, sofortigen Beschwerde, angefochtene Entscheidung

vorgehend:

VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 30.04.2021 - [VK 2 - 5/21](#)

ECLI:

ECLI:DE:OLGKUBL:2021:0901.VERG1.21.0A

Rechtskraft:

rechtskräftig

Tenor:

Die gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 30. April 2021 - VK 2 - 5/21 - gerichtete sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens - einschließlich der insoweit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin - haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene je zur Hälfte zu tragen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 10.722,60 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1Die Antragsgegnerin schrieb am 20. Oktober 2020 die Verwertung von Altpapier, PPK- und Verkaufsverpackungen - lose Ware - vom 01. Januar 2021 bis 31. Dezember 2023 im Wege einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb nach § 3 Abs. 4 VOL/A aus. Eine EUweite Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der EU erfolgte nicht.

2Ausweislich des ausgeschriebenen Vertrages hat die Antragsgegnerin als zuständiger öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger die Systemführerschaft für die Altpapierentsorgung,

-verwertung und -vergabe. Nach den Vertragsunterlagen beträgt die jährliche Sammelmenge 7.000 t, die sich aus einem Mengenanteil, den die Antragsgegnerin mit Dualen Systemen verrechnet, und einem Mengenanteil von ca. 66%, der der hoheitlichen Sammlung zuzurechnen ist, zusammensetzt.

3Nach dem Leistungsverzeichnis ist vorgesehen, dass die seitens der Antragsgegnerin gesammelte Papiermenge an zentraler Stelle in ...[Z] (...[A]) vom Auftragnehmer übernommen und sodann zeitnah einer Verwertung entsprechend den gesetzlichen Anforderungen in einer dafür zugelassenen Anlage zugeführt wird. Der Auftragnehmer hat sicher zu stellen, dass in den Sammelmengen enthaltene Fehlwürfe und Störstoffe einer ordnungsgemäßen stofflichen oder thermischen Verwertung zugeführt werden. Das Altpapier verbleibt nach § 6 des Vertrages von der Übernahme bis zur Verwertung im Eigentum der Antragsgegnerin.

4Vorgesehener Vertragsbeginn ist nach § 7 Abs. 1 des ausgeschriebenen Vertrages der 1. Januar 2021. Der Vertrag endet danach frühestens zum 31. Dezember 2022, sofern einer der Vertragspartner bis zum 30. Juni 2022 kündigt. Erfolgt bis zu diesem Zeitpunkt keine Kündigung durch einen Vertragspartner, verlängert sich der Vertrag zu gleichen Konditionen um ein weiteres Jahr. Der Vertrag endet jedoch spätestens zum 31. Dezember 2023, ohne dass es einer Kündigung eines der Vertragspartner bedarf.

5Nach § 3 des Vertrages zahlt der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine Vergütung für das Recht zur Vermarktung der an der Umschlagstation übernommenen Sammelware. Die Vergütung ist variabel und wird an den Wert des EUWID-Index für „gemischte Ballen (1.02)“ auf Basis des Monats September gekoppelt. Jede monatliche Änderung des Index führt in gleichem, absolutem Umfang zu einer Erhöhung oder Senkung der Vergütung für den Monat, für den der Index ermittelt wurde. Ungeachtet dessen schuldet der Auftragnehmer dem Auftraggeber in jedem Fall, unabhängig vom Wert des aktuellen Index, für die Laufzeit des Vertrages eine Vergütung in Höhe von 1 €/Mg (netto) nach Abzug der Handlingkosten. Erlöse sind vom Auftragnehmer an den Auftraggeber auszukehren, Preise (Kostenanteil) sind vom Auftraggeber an den Auftragnehmer zu zahlen. Bei der Kalkulation des Preises (Kostenanteil) sind sämtliche Kosten zu berücksichtigen, die im Rahmen der Leistungserbringung anfallen. Zur Erläuterung hat die Antragsgegnerin im Vertrag die folgende Tabelle eingefügt:

Beispiel für die Ermittlung der Vergütung:

- Die Vergütung ergibt sich aus dem Angebotspreis des Auftragnehmers und den Veränderungen des Euwid-Indexes „gemischte Ballen (1.02)“ vom Basiswert September 2020 bis inkl. Dezemberwert 2020

Annahme: Angebotspreis auf Basis des Euwid-Indexes vom September 2020: 20€/Mg

Monat	Veränderung EUWID [€/Mg] zum Vormonat	Vergütung [€/Mg] für den lfd. Monat	Sammelmenge [Mg]	Vergütung [€/Mon]	Zahlung im
Sep. 2020	+/- 0	20	550		
Okt. 2020	+10	30	570		
Nov. 2020	+5	35	520		
Dez. 2020	-10	25	530		
Jan. 2021	-25	0	550	550	Feb. 21
Feb. 2021	+20	20	580	11.600	Mrz. 21

6Nach den Vergabeunterlagen erhält derjenige Bieter den Zuschlag, der das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich gemäß dem Preisblatt danach, welcher Bieter die höchste Wertungssumme angeboten hat. Die Wertungssumme errechnet sich aus dem Angebotspreis abzüglich der Handlingkosten. Das vorerwähnte Preisblatt war wie nachfolgend wiedergegeben gestaltet:

	Hohel. Bereich	Duale Systeme	
Anteil (%)	88,5	33,5	
Sammelmenge (Mg)	4.655	2.345	Gesamt
Angebotspreis (Eur/Mg)			
MwSt. 19 %	XX	XX	
Erlöse (Eur) (Angebotspreis x akt. Sammelmenge)			
Handlingkosten (Eur/Mg)			
MwSt. 19 %			
Handlingkosten brutto (Eur/t) (Handlingkosten x akt. Sammelmenge)			
Wertungssumme (Eur) (Erlöse -- Handlingkosten)			

7Aus der Begründung einer Beschlussvorlage für den Werkausschuss der Antragsgegnerin vom 21. Oktober 2020, wonach der Werkausschuss der Vergabe des Auftrags an den Bestbieter zustimmen möge, ergibt sich, dass die Antragsgegnerin von einem dramatischen Preisverfall auf dem Markt für Altpapier ausging. Die Höhe des Vermarktungserlöses sei daher an die Entwicklung des EUWID-Index gekoppelt worden. Als Mindestelerlös sei 1 €/Mg nach Abzug der Handlingkosten des Auftragnehmers festgelegt worden. Somit seien Zuzahlungen aufgrund eines fortgesetzten Preisverfalls ausgeschlossen. Da aufgrund der aktuellen Marktlage keine hohen Erlöse zu erwarten seien, sei die Vergabe der Leistung beschränkt ausgeschrieben worden.

8Die entsprechenden Vorverträge waren über ca. zehn Jahre hinweg im Wege EUweiter Ausschreibungen ebenfalls an die Beigedadene vergeben worden. Dabei hatte die Beigedadene jeweils stets die Handlingkosten mit ...angeboten und die Verträge insoweit auch erfüllt. Zu einer Änderung des Ausschreibungsverfahrens hatte sich die Antragsgegnerin im Jahre 2020 entschlossen, weil der Papierpreis zuvor derart verfallen war, dass die Antragsgegnerin im Rahmen der Vertragsabwicklung keine Zahlungen mehr erhalten, sondern vielmehr (Zu-)Zahlungen hatte leisten müssen. Aufgrund dieser Änderung des Marktes ging die Antragsgegnerin von einer gänzlich veränderten Perspektive aus.

9Die Antragsgegnerin forderte am 20. Oktober 2020 fünf Unternehmen auf, ein Angebot abzugeben. Unter diesen befand sich die Beigedadene.

10Unter Bezugnahme auf das bevorstehende Ende des seinerzeit aktuellen, noch EUweit im offenen Verfahren ausgeschriebenen und vergebenen, Vertrages über die Verwertung der PPK-Fraktion aus der Sammlung der Antragsgegnerin (Auftragsbekanntmachung Nr....) am 31. Dezember 2020 wandte sich die Antragstellerin am 6. November 2020 per E-Mail an die Antragsgegnerin und bat um Übersendung der (neuen) Auftragsbekanntmachung und aller relevanten Vergabeunterlagen. Am 9. November 2020 teilte die Antragsgegnerin ihr mit, dass die Ausschreibung als beschränkte Ausschreibung mit festgelegtem Bieterkreis durchgeführt werde, die Antragstellerin aber noch zur Angebotsabgabe zugelassen würde. Sie wies darauf hin, dass die Angebotsabgabe nur bis zum 11. November 2020, 10:00 Uhr, möglich sei.

11Neben weiteren Bietern gaben die Antragstellerin sowie die Beigedadene Angebote ab. Die Beigedadene erreichte mit ihrem Angebot den ersten, die Antragstellerin den letzten Biiterrang. Bei allen eingegangenen Angeboten übersteigt der im Preisblatt ausgewiesene

Angebotspreis den von der Antragsgegnerin angenommenen „Erlös pro Tonne Papier“ um ein Vielfaches.

12In einem Vermerk „Übersicht zur Submission [...]“ der Antragsgegnerin vom 9. Januar 2021 heißt es bzgl. der Auftragswertschätzung unter der Datumsangabe 13. Oktober 2020: „Kostenschätzung: ...Erlöse für 3 Jahre; Erlös pro Tonne Papier: ...*); Handlingkosten pro Tonne: ...; Reinerlös pro Tonne:...; Vermerk: *) In der Ausschreibung ist die Höhe der Erlöse an den Index 'mittlerer EUWID - Gemischte Ballen 1.02' gekoppelt. Es handelt sich nicht um feste Erlöse.“

13Die Antragsgegnerin erteilte am 16. November 2020 der Beigeladenen schriftlich den Zuschlag. Eine Information der Antragstellerin hierüber erfolgte nicht. Diese erkundigte sich jedoch mit E-Mail vom 5. Januar 2021 bei der Antragsgegnerin nach dem Sachstand. Daraufhin teilte die Antragsgegnerin mit, der Auftrag sei an die Beigeladene erteilt worden.

14Dies nahm die Antragstellerin zum Anlass, mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 7. Januar 2021 die Ausschreibung im Wege der beschränkten Ausschreibung mit der Begründung zu rügen, der maßgebliche Schwellenwert sei überschritten. Bei der Schätzung des Auftragswertes müsse der voraussichtliche Gesamtwert des Auftrags berücksichtigt werden, es dürfe nicht nur auf die Handlingkosten abgestellt werden. Es komme auch nicht auf den Saldo aus den Erlösen aus der Altpapierverwertung und den berechneten Kosten an. Der abgeschlossene Vertrag sei gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nichtig. Eine Rügeobliegenheit bestehe nicht.

15Am 25. Januar 2021 teilte die Antragsgegnerin durch ihre Verfahrensbevollmächtigten mit, dass der Rüge nicht abgeholfen werde. Die Antragstellerin habe es unterlassen, die behauptete falsche Verfahrenswahl vor Angebotsabgabe zu rügen. Weiterhin fehle es an einem Schaden der Antragstellerin, da sie ein Angebot abgegeben habe, das bei Durchführung einer europaweiten Ausschreibung mangels inhaltlicher Abweichungen in den Vergabeunterlagen nicht in anderer Form abgegeben worden wäre.

16Nachdem die Antragsgegnerin der Rüge nicht abgeholfen hatte, stellte die Antragstellerin einen am 1. Februar 2021 bei der Vergabekammer eingegangenen und der Antragsgegnerin übermittelten Nachprüfungsantrag vom selben Tag. Insoweit vertrat sie die Auffassung, der am 16. November 2020 geschlossene Vertrag sei für von Anfang an unwirksam zu erklären, da der geschätzte Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert erreiche bzw. übersteige. Maßgeblich sei die Summe aus den Verwertungserlösen und den Handlingkosten.

17Die Vergabekammer hat über den Nachprüfungsantrag mündlich verhandelt. In dem entsprechenden Termin hat die Beigeladene zunächst erläutert, dass gewöhnlich die Übernahme der gesammelten Papiermenge bei der ...[A] wie folgt abläufe: Zunächst melde sich das Transportfahrzeug bei der ...[A] an. Dann werde es dort verwogen und fahre anschließend zur Übernahmestelle. Dort werde auf Kosten der Antragsgegnerin das Altpapier in den LKW geschoben. Nach Verfüllung des LKW werde er erneut gewogen, es würden der Lieferschein und sonstige Papiere erstellt und das Fahrzeug ver lasse die ...[A] mit dem Ziel, die endgültige Verwertungsstelle anzusteuern. Als Fahrzeuge kämen Sattelzugmaschinen mit Schubbodenaufliegern zum Einsatz. Die Beigeladene hat weiter unter anderem mitgeteilt, dass sie von einer durchschnittlichen Wegstrecke von der ...[A] bis zur Verwertungsstelle von 100 km ausgehe. Eine Verpressung des Altpapiers zu Ballen finde im Zusammenhang mit der Leistungserbringung bei dieser Ausschreibung nicht statt. Üblicherweise gebe es in der Branche eine Umsatzrendite von 0 bis 3 Prozent. Ziel sei es, mit der Verwertungsstelle bzw.

der Papierfabrik eine 1:1 Kopplung der Verträge herbeizuführen, um entsprechende Risiken abzudecken.

18Auch die Antragsgegnerin hat im Verhandlungstermin vor der Vergabekammer unter anderem ausgeführt, sie gehe davon aus, dass es einem späteren Auftragnehmer durchaus möglich sei, bei der Veräußerung des Altpapiers an eine Verwertungsstelle einen Preis zu erzielen, der höher sei als der Betrag, welcher als Erlös an die Antragsgegnerin auszuzahlen und im Preisblatt als „Angebotspreis (€/Mg) x antizierte Sammelmenge“ definiert sei. Es sei durchaus üblich, dass bei Verträgen eines bezuschlagten Auftragnehmers mit einer Verwertungsstelle, bspw. einer Papierfabrik, entsprechend dem streitgegenständlichen Vertrag Preisgleitklauseln aufgenommen würden, sodass vom Grundsatz her Antragsgegnerin und Beigeladene mit den jeweiligen Vertragspartnern ein gleiches Preisverhältnis erzielen könnten.

19Die Vergabekammer hat sich die von der ...[A] ausgestellten Wiegesccheine im Zusammenhang mit der städtischen Sammlung des Altpapiers unter anderem aus dem Zeitraum September 2021 bis 21. Oktober 2021 vorlegen lassen. Diesbezüglich hat sie die Beteiligten im Verhandlungstermin darauf hingewiesen, dass ausweislich der Wiegesccheine für den vogenannten Zeitraum die durchschnittliche Verlademenge Altpapier pro LKW 17,01 Mg betrage. Außerdem belaufe sich die durchschnittliche Verweilzeit, das heißt Anwesenheitszeit des LKW bei der ...[A] nach den ausgewerteten Wiegesccheiden auf genau 70,42 Minuten. Einwände insoweit haben die Beteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer nicht vorgebracht.

20Mit Beschluss vom 30. April 2021 hat die Vergabekammer festgestellt, dass der streitgegenständliche, am 16. November 2020 zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene, „Vertrag über die Verwertung von Altpapier und PPK Verkaufsverpackungen - lose Ware - aus der städtischen Altpapiersammlung“ von Anfang an unwirksam ist. Weiter hat sie angeordnet, dass die Antragsgegnerin, soweit sie an ihrer Beschaffungsabsicht festhält, die streitgegenständlichen Leistungen in einem europarechtskonformen Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB EUweit auszuschreiben hat.

21Zur Begründung hat die Vergabekammer im Wesentlichen ausgeführt, der Auftragswert überschreite im vorliegenden Fall den maßgeblichen Schwellenwert von 214.000,- €. Mithin hätte die hier in Rede stehende Leistung EUweit ausgeschrieben werden müssen. Erweise sich eine Auftragswertschätzung durch einen Auftraggeber als nicht tragfähig, habe die Vergabekammer eine eigenständige Auftragswertschätzung und Schwellenwertermittlung vorzunehmen, um erkennen zu können, ob eine Erreichung des Schwellenwertes vorliege. So liege der Fall hier. Denn die Schätzung der Antragsgegnerin werde dem Umstand nicht gerecht, dass in Fällen wie dem vorliegenden, in denen Gegenstand der ausgeschriebenen Leistung die Verwertung eines werthaltigen Stoffes sei, auch dessen Wert in die Schätzung einbezogen werden müsse. Werde wie im vorliegenden Fall die gesammelte Abfallmenge dem Auftragnehmer nicht übereignet, sondern ihm lediglich zur zeitnahen Verwertung überlassen, und zwar einerseits mit der Verpflichtung des Auftragnehmers, dem Auftraggeber hierfür einen bestimmten Geldbetrag pro Tonne zurückzuzahlen, andererseits mit dem Anspruch des Auftragnehmers, für die Verwertungsdienstleistung einen vertraglich vereinbarten Ausgleichsbetrag pro Tonne Altpapier zu erhalten, sei deshalb neben dem Rückzahlungsbetrag an den Auftraggeber auch die Höhe der Zahlungen des Auftraggebers an den Auftragnehmer zu berücksichtigen. Letztere würden im Rahmen des vorliegenden

Vertrages als „Handlingkosten“ bezeichnet. Der Auftragswert sei daher wie folgt zu errechnen: Wert des Altpapiers - Angebotspreis + Handlingkosten.

22Allein die Handlingkosten betrügen nach realistischer aber zurückhaltender Schätzung 214.452,- €. Da mit dieser Summe Auftragswert den Schwellenwert bereits überschreite, könne ein Ansatz weiterer Positionen offen bleiben. Denn es sei nach dem Verlauf der mündlichen Verhandlung nicht anzunehmen, dass ein Bieter einen an den Auftraggeber zu entrichtenden Preis pro Tonne Altpapier anbiete, der höher liege, als derjenige Preis, den er als Auftragnehmer bei der Verwertung des Altpapiers glaube erzielen zu können.

23Auch die Antragsbefugnis der Antragstellerin sei zu bejahen. Denn es sei ohne Weiteres nachvollziehbar, dass ein Bieter bei einer Angebotsfrist nach §§ 15, 16 VgV andere und bessere Möglichkeiten habe, ein wirtschaftlich konkurrenzfähiges Angebot abzugeben als die Antragstellerin im vorliegenden Verfahren. Dass innerhalb zweier Tage, die der Antragstellerin zur Ausarbeitung eines Angebots zur Verfügung gestanden hätten, nicht im gleichen Maße Verhandlungen mit Geschäftspartnern durchzuführen seien wie bei einer europaweiten Ausschreibung, liege auf der Hand.

24Die Antragstellerin habe auch nicht gegen eine zumindest in Betracht kommende Rügeobliegenheit verstoßen. Ob der Auftragswert den Schwellenwert erreicht oder überschritten habe, sei für die Antragstellerin allein aufgrund der Vergabeunterlagen allenfalls zu vermuten gewesen. Weiterhin sei für eine Erkennbarkeit der vermeintlichen Vergaberechtswidrigkeit eine spezielle Vergaberechtskenntnis oder die Auswertung verschiedener vergaberechtlicher Entscheidungen durch den angesprochenen Bieterkreis notwendig gewesen.

25Gegen diese Entscheidung wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. Insoweit wiederholt und vertieft sie zunächst ihr bereits im Verfahren vor der Vergabekammer gehaltenes Vorbringen.

26Darüber hinaus macht sie geltend,

die Vergabekammer habe verkannt, dass eine eigene Kostenschätzung durch sie nur so weit reichen könne, wie ihre - der Antragsgegnerin - eigene Kostenschätzung fehlerbehaftet gewesen sei. Dies sei insbesondere hinsichtlich der Handlingkosten nicht der Fall. Deren Höhe habe sie nämlich aus der vorangegangenen Ausschreibung übernommen. Dass diese Kostenschätzung zutreffend gewesen sei, zeige sich an dem Ausschreibungsergebnis in gleicher Höhe.

27Zudem sei das „Delta zwischen dem Marktpreis des Altpapiers und der Erlösauskehr“ entgegen der Ansicht der Vergabekammer nicht dem Auftragswert hinzuzurechnen. Denn dieses „Delta“ hänge von dem konkreten Angebot ab und könne sich auch auf „0“ belaufen.

28Die Vergabekammer habe weiter unzutreffenderweise eine Anfahrt zur Abholstelle bei der ...[A] von 66 km unterstellt. Denn die Betriebsstätte der Beigeladenen liege lediglich 5 km von der Abholstelle bei der ...[A] entfernt. Der Wert von 66 km beziehe sich richtigerweise vielmehr auf die durchschnittliche Entfernung zur Abladestelle (Papierfabrik).

29Sodann sei methodisch zu kritisieren, dass die Vergabekammer die Fahrzeug- und Personalkosten zu 100% angesetzt habe. Insoweit dürfe nur der Zeitanteil angerechnet werden, der tatsächlich auch für den streitgegenständlichen Auftrag aufgewendet werden müsse.

30Im Übrigen sei der vermeintliche Vergaberechtsverstoß für die Antragstellerin von Anfang an erkennbar gewesen. Sie hätte daher spätestens mit Angebotsabgabe eine Rüge anbringen müssen.

31Die Beigeladene trägt ergänzend vor, es sei nicht ersichtlich, dass es eine Marktveränderung zwischen dem Abschluss des - ebenfalls an sie vergebenen - Vorauftrags und der Einleitung des neuen Vergabeverfahrens gegeben habe, welche die Antragsgegnerin zu einer Neuberechnung der Handlungskosten gezwungen hätte. Zudem haben die Vergabekammer methodisch fehlerhaft außer Acht gelassen, dass sie - die Beigeladene - stets mit „Rundläufen“, also die LKW immer voll beladen, kalkuliere.

32Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 30.04.2021, Az. VK 2 - 5/21, aufzuheben;
2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

33Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer bei dem Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz vom 30.04.2021 (Az.: VK 2 - 5/21) zurückzuweisen.

34Sie ist der Auffassung,

die dokumentierte Schätzung der Antragsgegnerin sei nicht nachvollziehbar. Insbesondere seien Grundlagen für die Schätzungsannahmen nicht plausibilisiert. Zudem sei der Zeitpunkt der Schätzung unklar. Außerdem habe die Antragsgegnerin den Wert des Altpapiers nicht berücksichtigt und die Handlungskosten deutlich zu niedrig angesetzt. Die Auftragswertermittlung der Vergabekammer sei hingegen nicht zu beanstanden.

35Im Übrigen seien die Beschwerdeangriffe der Antragsgegnerin bezüglich der Entfernungen zur Abholstelle (...[A]) und zur Verwertungsstelle (Papierfabrik) unzutreffend. Die Vergabekammer habe die durchschnittliche Entfernung zur Abholstelle anhand der vorgelegten Wiegescheine ermittelt. Dabei habe die Kammer sieben nationale Unternehmen betrachtet, und zwar diejenigen mit der kürzesten Entfernung zur ...[A]. Für diese Unternehmen betrage die durchschnittliche Entfernung zur Abholstelle 66,56 Kilometer. Die Entfernung zur Verwertungsstelle habe die Beigeladene selbst mit 100 Kilometern beziffert. Außerdem habe die Vergabekammer Fahrzeug- und Personalkosten gerade auftragsbezogen - und nicht zu 100% - in Ansatz gebracht.

36Eine Rügeobligieheit habe sie nicht verletzt. Dies folge schon daraus, dass eine solche nach dem Gesetz nicht bestanden habe.

37Ergänzend wird auf den gesamten Inhalt der Akten des Verfahrens vor der Vergabekammer, insbesondere auf die angefochtene Entscheidung vom 30. April 2021, sowie auf die vorliegenden Gerichtsakten im Übrigen Bezug genommen.

II.

38Die zulässige - insbesondere statthafte (§ 171 Abs. 1 Satz 1 GWB), der gesetzlichen Form (§ 172 Abs. 3 GWB) und Frist (§ 172 Abs. 1 GWB) gemäß eingelegte sowie form- und fristgerecht begründete (§ 172 Abs. 2 GWB) - sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist unbegründet. Die Vergabekammer hat dem Nachprüfungsantrag vom 1. Februar 2021 zu Recht stattgegeben. Denn der Antrag ist zulässig und begründet.

39Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

40So ist der Antrag statthaft. Denn der sachliche Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts (§§ 97 ff. GWB) ist eröffnet. Insbesondere wird der maßgebliche Schwellenwert durch den geschätzten Wert des hier in Rede stehenden Auftrags zumindest erreicht (§ 106 Abs. 1 Satz 1 GWB). Tatsächlich wird der Schwellenwert sogar überschritten.

41Nach § 106 GWB gilt der vierte Teil des GWB nur für die Vergabe solcher öffentlicher Aufträge und Konzessionen sowie für die Ausrichtung solcher Wettbewerbe, deren geschätzter Auftrags- oder Vertragswert ohne Umsatzsteuer die jeweils festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschreitet. Maßgeblich für die daraus abzuleitende Frage der Statthaftigkeit eines Nachprüfungsverfahrens (§§ 155 ff. GWB) wegen Erreichens beziehungsweise Überschreitens der Schwellenwerte im Sinne des § 106 GWB i. V.m. § 3 VgV ist allein die objektive Rechtslage (vgl. Senat, Beschluss vom 24. März 2015 - Verg 1/15 -, juris, Rdnr. 14 und Rdnr. 16; OLG Karlsruhe, NZBau 2009, 403, 407; Ziekow/Völlink-Dittmann, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 155, Rdnr 19).

42Insoweit ist schon bei Zweifeln an der Erreichung des Schwellenwertes die Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen nicht gegeben (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 28. Januar 2021 - 54 Verg 6/20 -, juris, Rdnr. 56; OLG Celle, Beschluss vom 8. Mai 2019 - 13 Verg 10/18 -, juris, Rdnr. 72; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Dezember 2014 - VII Verg 24/14 -, juris, Rdnr. 20). Derartige Zweifel bestehen hier nicht. Denn der maßgebliche Auftragswert ist auf mindestens 214.452,- € zu schätzen und überschreitet damit in jedem Fall den vorliegend maßgeblichen Schwellenwert.

43Gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4_c) der RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG i.V.m. Art. 1 Nr. 1_c) der Delegierten Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe ist das Vergabennachprüfungsverfahren des vierten Teil des GWB seit dem 1. Januar 2020 nur dann eröffnet, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer 214.000,- € erreicht oder überschreitet. Dieser Schwellenwert galt mithin bereits zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens.

44Ob der Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert erreicht oder überschreitet, ist von dem öffentlichen Auftraggeber durch eine Schätzung zu ermitteln. Die Einzelheiten einer entsprechenden ordnungsgemäßen Schätzung sind für Fälle wie den vorliegenden in § 3 VgV näher geregelt.

45Die Kostenschätzung ist als ein der eigentlichen Ausschreibung vorgesetzter Vorgang (vgl. § 3 Abs. 3 VgV) mit Unsicherheiten und Unwägbarkeiten behaftet; sie kann daher nicht an den gleichen Maßstäben wie das Angebot der Teilnehmer am Ausschreibungsverfahren gemessen werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. März 2019 - VII Verg 42/18 -, juris, Rdnr. 31). Ihrem Gegenstand nach bildet sie eine Prognose, die dann nicht zu beanstanden ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller verfügbarer Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeitet wurde (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.).

46Dem Charakter der Prognose entsprechend können dabei lediglich die bei ihrer Aufstellung vorliegenden Erkenntnisse berücksichtigt werden, nicht jedoch solche Umstände, die erst im Nachhinein bei einer rückschauenden Betrachtung erkennbar und in ihrer Bedeutung ersichtlich werden (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). Methodisch setzt die Schätzung des

Auftragswerts zudem eine ernsthafte, realistische, vollständige und objektive Prognose voraus, die sich an den Marktgegebenheiten orientiert (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 28. Januar 2021 - 54 Verg 6/20 -, juris, Rdnr. 72, m.w.N.; OLG Celle, Beschluss vom 29. Juni 2017 - 13 Verg 1/17 -, juris, Rdnr. 42; Ziekow/Völlink-Greb, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 3 VgV, Rdnr. 11 f., m.w.N.; Pünder/Schellenberg-Alexander, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 3 VgV, Rdnr. 18 und Rdnr. 20). Der Auftraggeber muss eine Methode wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzergebnis ernsthaft erwarten lässt, und der Schätzung zutreffende Daten zugrunde legen (vgl. OLG Schleswig, a.a.O.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. März 2019 - VII-Verg 42/18 -, juris, Rdnr. 31). Pflichtgemäß geschätzt ist ein Auftragswert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der geplanten Beschaffung veranschlagen würde (vgl. Senat, Beschluss vom 6. Juli 2000 - 1 Verg 1/99 -, juris, Rdnr. 22; OLG Schleswig, a.a.O., m.w.N.; OLG Celle, Beschluss vom 29. Juni 2017 - 13 Verg 1/17 -, juris, Rdnr. 43; OLG Frankfurt, Beschluss vom 8. Mai 2012 - 11 Verg 2/12 -, juris, Rdnr. 58; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12. November 2008 - 15 Verg 4/08 -, juris, Rdnr. 30; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Mai 2002 - Verg 5/02 -, juris, Rdnr. 8; Pünder/Schellenberg-Alexander, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 3 VgV, Rdnr. 18; Dieckmann in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, 2. Aufl. 2019, § 3 VgV, Rdnr. 7).

47 Im Nachprüfungsverfahren kann die Kostenschätzung auf Nachvollziehbarkeit und Plausibilität geprüft werden. Dem Auftraggeber kommt jedoch ein Beurteilungsspielraum zu, dessen Einhaltung nur eingeschränkt überprüft werden kann (vgl. OLG Schleswig, a.a.O., Rdnr. 73, m.w.N.; OLG Celle, Beschluss vom 29. Juni 2017 - 13 Verg 1/17 -, juris, Rdnr. 44; OLG München, Beschluss vom 31. Januar 2013 - Verg 31/12 -, juris, Rdnr. 44; OLG Dresden, Beschluss vom 24. Juli 2012 - Verg 2/12 -, juris, Rdnr. 9; Dieckmann, a.a.O.). Fehlt indes eine ordnungsgemäße oder plausible Auftragswertschätzung, ist bei der Nachprüfung eine eigene Schätzung durchzuführen (vgl. OLG Schleswig, a.a.O., m.w.N.; OLG Celle, Beschluss vom 19. August 2009 - 13 Verg 4/09 -, juris, Rdnr. 27, m.w.N.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12. November 2008 - 15 Verg 4/08 -, juris, Rdnr. 34; Kapellmann/Messerschmidt-Schneider, VOB A und B, 7. Aufl. 2020, § 3 VgV, Rdnr.; 38; Dieckmann, a.a.O., Rdnr. 50; MünchKomm-Fülling, Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 VgV, Rdnr. 9; Heiermann/Zeiss/Summa-Lausen, jurisPK- Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 3 VgV, Rdnr. 33).

48 So liegt der Fall hier. Die vorliegend antragsgegnerseits vorgenommene Schätzung ist insgesamt unvertretbar. Infolgedessen ist es nicht zu beanstanden, dass die Vergabekammer den hier maßgeblichen Auftragswert in vollem Umfang eigenständig geschätzt hat.

49 Dabei gilt es auch zu beachten, dass die Schätzung des Auftragswertes gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 VgV bzw. - im Unterschwellenbereich - nach dem Primärrecht der Europäischen Union (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 29. Juni 2017 - 13 Verg 1/17 -, juris, Rdnr. 45) ordnungsgemäß und vollständig zu dokumentieren ist (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 28. Januar 2021 - 54 Verg 6/20 -, juris, Rdnr. 66; OLG Celle, a.a.O.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 7. Dezember 2010 - Verg W 16/10 -, juris, Rdnr. 19; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16. Dezember 2009 - 15 Verg 5/09 -, juris, Rdnr. 71, m.w.N.; OLG Bremen, ZfBR 2009, 696, 698; Dieckmann in: Dieckmann/Scharf/WagnerCardenal, VgV, UVgO, 2. Aufl. 2019, § 3 VgV, Rdnr. 8; Pünder/Schellenberg-Alexander, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 3 VgV, Rdnr. 22, m.w.N.; MünchKomm-Fülling, Europäisches und Deutsches

Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 VgV, Rdnr. 17). Dabei genügt es nicht, das bloße Ergebnis der Schätzungsüberlegungen des Auftraggebers schriftlich niederzulegen, sondern es bedarf auch einer Darlegung der der Schätzung zugrunde gelegten Annahmen und Prämissen sowie der resultierenden Berechnung des Auftragswerts (vgl. Dieckmann, a.a.O.; Pünder/Schellenberg-Alexander, a.a.O.). Wie eingehend die einzelnen Schritte des Schätzungsverfahrens zu dokumentieren sind, hängt von den Umständen des Falles ab (vgl. Dieckmann, a.a.O.). So bedarf es beispielsweise einer sorgfältigen und eingehenden Dokumentation der zu dem Ergebnis der Schätzung führenden Schritte, wenn der Auftraggeber - wie hier - aufgrund einer angenommenen Unterschreitung des Schwellenwertes von der Anwendung des Kartellvergaberechts abzusehen beabsichtigt (vgl. Dieckmann, a.a.O.). Eine unterlassene Dokumentation kann allerdings später - sogar noch im Beschwerdeverfahren - geheilt werden (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 28. Januar 2021 - 54 Verg 6/20 -, juris, Rdnr. 68, m.w.N.; OLG Celle, Beschluss vom 29. Juni 2017 - 13 Verg 1/17 -, juris, Rdnr. 47, m.w.N.).

50 Dem ist die Antragsgegnerin vorliegend nicht gerecht geworden. Denn sie hat die Schätzungsgrundlagen nicht in nachvollziehbarer Art und Weise dokumentiert. Insoweit wird - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - auf die entsprechenden, nach wie vor zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer in den Gründen der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

51 Insbesondere hatte die Antragsgegnerin nicht hinreichend dokumentiert, weshalb sie bei ihrer Auftragswertschätzung für die sogenannten Handlingkosten einen Ansatz von ... gewählt hatte. Diesen Dokumentationsmangel hat sie auch nicht später geheilt. Zwar haben sie und die Beigedachte zwischenzeitlich mitgeteilt, Grundlage des Ansatzes sei der Umstand gewesen, dass die Beigedachte über ca. zehn Jahre hinweg in den jeweiligen Vergaben stets die Handlingkosten mit ... angeboten und die Verträge insoweit auch erfüllt gehabt habe. Nach wie vor fehlt es jedoch an einer nachvollziehbaren Erläuterung, weshalb die Antragsgegnerin meinte, bezüglich der Handlingkosten auch für die hier in Rede stehende aktuelle Vergabe vom Vorjahreswert ausgehen zu dürfen.

52 Dies gilt umso mehr, als die Antragsgegnerin sich nach eigenen Angaben im Streitfall zu einer Änderung des Ausschreibungsverfahrens entschlossen hatte, weil der Papierpreis zuvor derart verfallen war, dass sie - die Antragsgegnerin - im Rahmen der Vertragsabwicklung keine Zahlungen mehr erhalten, sondern vielmehr (Zu-)Zahlungen hatte leisten müssen. Aufgrund dieser Änderung des Marktes ging die Antragsgegnerin von einer gänzlich veränderten Perspektive aus. Diese ganz offenbar tiefgreifende Änderung der Marktlage gab jedoch Anlass, eine deutliche Steigerung der angebotenen Handlingkosten zu erwarten. Denn in Anbetracht der geschilderten Situation am Papiermarkt war davon auszugehen, dass etwaige Bieter zukünftig ihren Gewinn - zumindest auch - mit den Handlingkosten würden erwirtschaften müssen, wenn von der Antragsgegnerin keine (Zu-)Zahlungen mehr zu erwarten sein würden. Darüber hinaus war in Anbetracht des Wechsels vom offenen Verfahren zur beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb das niedrigere Preisniveau zu berücksichtigen, das (idealerweise) Folge des durch das offene Verfahren entstehenden Wettbewerbs ist (vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, VOB A und B, 7. Aufl. 2020, § 3 VgV, Rdnr. 29, m.w.N.).

53 Der Ansatz der Handlingkosten mit dem Wert der Vorjahre entsprach und entspricht daher vorliegend nicht den oben dargestellten Anforderungen an eine ordnungsgemäße Auftragswertschätzung. Auch insoweit sind die Nachprüfungsinstanzen hier folglich zu einer

eigenen Schätzung berufen. Der Umstand, dass der Vorjahreswert durchaus - die verkennt der Senat nicht - eine taugliche Schätzungsgrundlage sein kann (vgl. Kapellmann/MesserschmidtSchneider, a.a.O., m.w.N.; MünchKomm-Fülling, Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 VgV, Rdnr. 7.), ändert daran aufgrund der vorstehend geschilderten Besonderheiten des vorliegenden Falles und der daraus folgenden Änderung der Kalkulationsgrundlagen (vgl. insoweit auch Ziekow/Völlink-Greb, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 3 VgV, Rdnr. 12, m.w.N.) nichts.

54 Die Schätzung der Antragsgegnerin war und ist auch deshalb fehlerhaft, weil bei dieser - auch hierauf hat die Vergabekammer zu Recht hingewiesen - der Wert des dem Auftragnehmer zur Verwertung überlassenen Altpapiers keine Berücksichtigung gefunden hat. Diesbezüglich wird ebenfalls - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - auf die entsprechenden Ausführungen der Vergabekammer in den Gründen der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

55 Diesen ist aus Sicht des Beschwerdegerichts lediglich hinzuzufügen, dass das Erfordernis der Berücksichtigung des entsprechenden Werts bereits aus § 3 Abs. 1 Satz 3 VgV folgt. Danach sind ausdrücklich auch von dem öffentlichen Auftraggeber vorgesehene Prämien oder Zahlungen an den Bewerber oder Bieter zu berücksichtigen. Hiermit soll deutlich gemacht werden, dass - umfassend - alle geldwerten Zuwendungen zu berücksichtigen, das heißt in die Wertschätzung einzubeziehen sind (vgl. Dieckmann in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, 2. Aufl. 2019, § 3 VgV, Rdnr. 14, m.w.N.). Deshalb werden sogar andere Formen der Leistungserbringung durch den Auftraggeber unter den Begriff der „Zahlungen“ subsumiert, wenn es sich um einen geldwerten Vorteil handelt (vgl. Heiermann/Zeiss/Summa-Lausen, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 3 VgV, Rdnr. 31). Ein solcher liegt zum Beispiel auch gerade dann vor, wenn ein Unternehmen im Rahmen eines Vertrags über die Entsorgung von Alttextilien berechtigt ist, die Textilien selbst zu verwerten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Dezember 2014 - VII-Verg 24/14 -, juris, Rdnr. 18 ff.; Heiermann/Zeiss/Summa-Lausen, a.a.O.). Dass eine solche Fallgestaltung mit der vorliegenden vergleichbar ist, liegt ohne Weiteres auf der Hand.

56 Ausgehend von alledem ist die seitens der Vergabekammer vorgenommene Auftragswertschätzung nicht zu beanstanden. Auch insoweit wird - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - auf die entsprechenden Ausführungen der Vergabekammer in den Gründen der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Der Senat macht sich die sorgfältige Schätzung des Auftragswerts durch die Vergabekammer in vollem Umfang zu eigen.

57 Insoweit ist im Hinblick auf das Beschwerdevorbringen ergänzend darauf hinzuweisen, dass die Vergabekammer das „Delta zwischen dem Marktpreis des Altpapiers und der Erlösauskehr“ richtigerweise mit (zumindest) 0,- € oder einem positiven Betrag bewertet hat. Denn Antragsgegnerin und Beigedadene haben der Vergabekammer gegenüber ausdrücklich erklärt, einem späteren Auftragnehmer werde es durchaus möglich sein, bei der Veräußerung des Altpapiers an eine Verwertungsstelle einen Preis zu erzielen, der höher sei als der Betrag, welcher als Erlös an die Antragsgegnerin auszuzahlen und im Preisblatt als „Angebotspreis (€/Mg) x antizierte Sammelmenge“ definiert sei. Es sei durchaus üblich, dass bei Verträgen eines bezuschlagten Auftragnehmers mit einer Verwertungsstelle, bspw. einer Papierfabrik, entsprechend dem streitgegenständlichen Vertrag Preisgleitklauseln aufgenommen würden, sodass vom Grundsatz her Antragsgegnerin und Beigedadene mit den jeweiligen Vertragspartnern ein gleiches Preisverhältnis erzielen könnten. Üblicherweise gebe es in der Branche eine Umsatzrendite von 0 bis 3 Prozent. Ziel sei es, mit der Verwertungsstelle bzw.

der Papierfabrik eine 1:1 Kopplung der Verträge herbeizuführen, um entsprechende Risiken abzudecken. Insoweit erinnert im Übrigen auch die Beschwerde nichts Substantielles.

58Auch die sogenannten Handlingkosten hat die Vergabekammer fehlerfrei geschätzt. Die insoweit erhobenen Einwände sowohl der Antragsgegnerin als auch der Beigeladenen greifen nicht durch.

59So handelt es sich bei den seitens der Vergabekammer in Ansatz gebrachten 66 km um die - sogar zugunsten der Antragsgegnerin - anhand der Wiegescheine ermittelte durchschnittliche Anfahrtstrecke der Nachunternehmer. Aufgrund des zu erwartenden Nachunternehmereinsatzes kommt es - anders als die Antragsgegnerin meint - auf den Sitz des Auftragsnehmers - hier der Beigeladenen oder der Antragstellerin - nicht an.

60Darüber hinaus ist der Einwand der Antragsgegnerin, die Vergabekammer habe die Personal- und Fahrzeugkosten „zu 100%“ angesetzt schlicht unzutreffend. Die Vergabekammer hat diese Kosten vielmehr - wie aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung unschwer zu ersehen ist - gerade streng auftragsbezogen und überdies ebenfalls eher zugunsten der Antragsgegnerin als zu deren Ungunsten ermittelt.

61Soweit die Beigeladene - gänzlich pauschal - behauptet, auch die Anfahrt zur Abholstelle werde von ihr voll beladen kalkuliert, greift ihr Einwand schon aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht durch. Denn insoweit fehlt es ihrem Vorbringen - hierauf hat der Senat im Rahmen des Verhandlungstermins vom 7. Juli 2021 ausdrücklich hingewiesen - an jeder tatsächlichen Grundlage. Insoweit ist insbesondere nicht ohne Weiteres ersichtlich, dass überhaupt ein Transportgut sinnvollerweise zu der Abholstelle zu liefern wäre.

62Dabei verkennt der Senat nicht, dass im Vergabenachprüfungsverfahren behauptet werden darf, was der Betreffende aus seiner Sicht der Dinge für wahrscheinlich oder möglich hält (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - X ZB 14/06 -, Rdnr. 39). Eine willkürliche, aufs Geradewohl oder ins Blaue hinein - ohne tatsächliche Anhaltspunkte - aufgestellte Behauptung wie die hier in Rede stehende ist allerdings dennoch unzulässig und unbeachtlich (vgl. BGH, a.a.O.; OLG Hamburg, Beschluss vom 30. März 2020 - 1 Verg 1/20 -, juris, Rdnr. 5, m.w.N.).

63Der hier zur Entscheidung stehende Nachprüfungsantrag ist auch nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB wegen eines Verstoßes der Antragstellerin gegen eine ihr gegenüber bestehende Rügeobliegenheit unzulässig. Denn eine solche bestand vorliegend gerade nicht.

64Verfahrensgegenständlich ist vorliegend ein auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gerichteter (Nachprüfungs-)Antrag. Bei einem solchen Antrag besteht nach dem eindeutigen Wortlaut des § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB gerade keine Rügeobliegenheit des antragstellenden Bieters.

65Die vorzitierte Norm setzt auch nicht (mehr) voraus, dass der antragstellende Bieter weder an dem durchgeführten Vergabeverfahren beteiligt wurde noch zumindest von diesem Kenntnis hatte. Für eine entsprechende einschränkende Auslegung der Vorschrift ist - anders als Beigeladene und Antragsgegnerin meinen - sowohl angesichts ihres eindeutigen Wortlauts als auch der Gesetzesgeschichte kein Raum. Insoweit fehlt es jedenfalls an einem normativen Anknüpfungspunkt.

66Diesbezüglich gilt es insbesondere zu beachten, dass die Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer De-facto-Vergabe bis zum 17. April 2016 ausdrücklich die fehlende Beteiligung anderer Unternehmen an der Auftragsvergabe voraussetzte (§ 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F.).

67Hierauf nahm § 107 Abs. 3 Satz 2 des GWB in der bis zum 17. April 2016 geltenden Fassung hinsichtlich des Nichtbestehens einer Rügeobliegenheit Bezug.

68Auf die Regelung dieser Voraussetzung hat der Gesetzgeber dann bei Neufassung der entsprechenden Vorschrift durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203) verzichtet. Im Gegensatz zum Wortlaut des § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. knüpft die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht mehr an die fehlende Beteiligung anderer Unternehmen an der Auftragsvergabe an, sondern ausschließlich an der unterlassenen Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union. Daher ist muss auch ein Unternehmen, das sie Möglichkeit hatte, sich an der Ausschreibung zu beteiligen, auf Grund der klaren gesetzlichen Regelung des § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht vorab die unterlassene europaweite Bekanntmachung bei einer de-facto Vergabe rügen (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 9. April 2021 - Verg 2/20 -, juris, Rdnr. 18; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 4. Dezember 2020 - 15 Verg 8/20 -, juris, Rdnr. 24; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2017 - VII-Verg 13/17 -, juris, Rdnr. 20; VK Bund, Beschluss vom 25. März 2020 - VK 1 - 12/20 - , juris, Rdnr. 45; VK Südbayern, Beschluss vom 5. August 2019 - Z3-3-3194-1-14-05/19 -, BeckRS 2019, 23408, Rdnr. 68; Beschluss vom 18. Juli 2019 - Z3-3-3194-1-14-05/19 -, juris, Rdnr. 78; Horn, jurisPR-VergR 11/2020 Anm. 5, E.; jurisPR-VergR 1/2020 Anm. 6, D.). Dies gilt umso mehr, als die Präklusionsvorschriften des § 160 Abs. 3 GWB streng, das heißt eng (restriktiv) auszulegen sind, damit der durch Unionsrecht garantierte Primärrechtsschutz nicht mehr als durch die EU-Rechtsmittelrichtlinien (RL 89/665/EWG, RL 92/13/EWG4 sowie die zusammenfassende RL 2007/66/EU) erlaubt eingeschränkt wird (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2016, 235, 236, Rdnr. 16, m.w.N.; MünchKomm-Jaeger, Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rdnr. 50, m.w.N. und Rdnr. 96).

69Das der Regelung zugrunde liegende Europarecht gebietet eine Auslegung des § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB in dem hier seitens Antragsgegnerin und Beigeladener vertretenen Sinne ebenfalls nicht. Insoweit bedarf es auch - anders als die Beigeladene meint - keines Vorabentscheidungsersuchens an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 3 AEUV.

70Dabei verkennt der Senat nicht, dass - insoweit ist der Beigeladenen zuzustimmen - das maßgebliche europäische Recht den Wegfall der Rügeobliegenheit in der vorliegenden Konstellation nicht erfordert. Es steht ihm indes auch nicht entgegen, sodass es dem nationalen Gesetzgeber freisteht, einen solchen Wegfall - wie hier seitens der deutschen Legislative geschehen - anzuordnen.

71Denn die Rechtsmittelrichtlinien enthalten lediglich die im Rechtsschutzinteresse der unterlegenen Wettbewerber und der effektiven Durchsetzung des materiellen Vergaberechts an ein Nachprüfungsverfahren bei Vergabeentscheidungen zu stellenden Mindestanforderungen (vgl. Pünder/Schellenberg-Fehling, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 97 GWB, Rdnr. 22) und bewirken mithin gerade keine Vollharmonisierung des entsprechenden Rechtsmittelrechts (vgl. Insoweit auch Grabitz/Hilf/Nettesheim-Tietje, Das Recht der Europäischen Union, Werksstand: 72. EL Farbruar 2021, Art. 114 AEUV, Rdnr. 38 ff.). Dem entsprechend finden die in § 160 GWB enthaltene Regelung und insbesondere die darin festgelegten Präklusions- und Ausschlussfristen auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts keine konkreten Vorgaben (vgl. Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rdnr. 3). So stehen die europäische Rechtsmittelrichtlinien zwar weder einer Festsetzung angemessener Ausschlussfristen durch den nationalen Gesetzgeber noch einer Rügeobliegenheit grundsätzlich entgegen (vgl.

Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O.). Es sind aber auch an keiner Stelle der Richtlinien spezielle Fristvorgaben für die sekundärrechtlich vorgesehenen Nachprüfungsverfahren enthalten (vgl. Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O.). Zudem ist in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2007/66/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge eine Rügeobliegenheit ausdrücklich nur als fakultatives Instrument der Regelung des Zugangs zu Nachprüfungsverfahren vorgesehen („Die Mitgliedsstaaten können verlangen, dass die Person, die ein Nachprüfungsverfahren anzustrengen beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber über den behaupteten Verstoß und die beabsichtigte Nachprüfung unterrichtet, [...]“ Hervorhebung durch den Senat). Auch aus Erwägungsgrund 11 der vorbezeichneten Richtlinie wird deutlich, dass die europäischen Normgeber eine Rügeobliegendheit keineswegs als obligatorisch qualifizieren („Wenn ein Mitgliedsstaat verlangt, dass eine Person, die ein Nachprüfungsverfahren anstrengen will, den öffentlichen Auftraggeber darüber in Kenntnis setzt, [...]“ Hervorhebung durch den Senat).

72 Dabei verkennt der Senat nicht, dass die Mitgliedstaaten nach den Rechtsmittelrichtlinien verpflichtet sind, eine wirksame und rasche Überprüfung der Entscheidung öffentlicher Auftraggeber sicherzustellen (Art. 1 Abs. 1 der RL 89/665/EWG und Erwägungsgrund 2 der RL 2007/66/EG, vgl. OLG Celle, NZBau 2020, 535, 536, Rdnr. 29), und dass die vollständige Verwirklichung der mit den Rechtsmittelrichtlinien verfolgten Ziele gefährdet wäre, wenn Bewerber und Bieter in jedem Stadium des Vergabeverfahrens Verstöße gegen die Regeln über die Auftragsvergabe rügen und dadurch den öffentlichen Auftraggeber zwingen könnten, das gesamte Verfahren erneut durchzuführen, um den Verstoß zu beheben (vgl. EuGH, NZBau 2007, 798, 800, Rdnr. 51 - Lämmerzahl; 2003, 162, 166, Rdnr. 75 - Universale Bau AG). Gleiches gilt hinsichtlich des Umstands, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen grundsätzlich dem sich aus den Rechtsmittelrichtlinien ergebenden Effektivitätsgebot (vgl. insoweit Erwägungsgrund 1 der RL 89/665/EWG und Erwägungsgrund 1 der RL 2007/66/EG) genügt, da sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit ist (vgl. EuGH, NZBau 2003, 162, 166, Rdnr. 76 - Universale Bau AG). Diesen Grundsätzen hat der deutsche Gesetzgeber für Fallkonstellationen wie der hier in Rede stehende nämlich ganz eindeutig dadurch Genüge getragen, dass er für Anträge nach § 135 Abs. 2 Nr. 2 GWB die (Antrags-)Fristenregelung des § 135 Abs. 2 GWB sowie den Ausschlusstatbestand des § 135 Abs. 3 GWB geschaffen hat.

73 Im Übrigen spricht gerade die Fristenregelung des § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB für einen generellen Entfall der Rügeobliegenheit in Fällen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Denn § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB stellt hinsichtlich des Fristbeginns ausdrücklich auf die Information „der betroffenen Bieter und Bewerber“ ab. Dieser Regelung zugrunde liegt Art. 2_f Abs. 1_a) zweiter Spiegelstrich der RL 89/665/EWG (in der Fassung der RL 2007/66/EG). Danach reicht es für den Beginn der 30-Tages-Frist gerade nicht aus, lediglich den Vertragsschluss mitzuteilen. Die Mitteilung an die „betroffenen Bieter und Bewerber“ muss zudem, um die hier in Rede stehende Frist in Gang zu setzen, ausdrücklich auch eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Art. 41 Abs. 2 der RL 2004/18/EG enthalten. Diese Gründe setzten aber die Existenz mindestens eines weiteren Wirtschaftsteilnehmers voraus, dessen Bewerbung bzw. Angebot abgelehnt wurde. Denn es handelt sich insoweit um die Gründe für die Ablehnung der Bewerbung des nicht erfolgreichen Bewerbers sowie um die Gründe für die Ablehnung des Angebots des nicht berücksichtigten Bieters. Darüber hinaus hat der

öffentliche Auftraggeber „jeden Bieter, der ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht hat, über die Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots sowie über den Namen des Zuschlagsempfängers oder der Parteien der Rahmenvereinbarung“ zu unterrichten (vgl. Zu allem Vorstehenden Senat, Beschluss vom 27. Januar 2021 - Verg 1/19 -, BeckRS 2021, 10061, Rdnr. 54). Die 30-tägige (Antrags-)Frist des § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB setzt also gerade das Vorliegen einer der hier in Rede stehenden vergleichbaren Fallgestaltung voraus (vgl. Senat, a.a.O., Rdnr. 55). Für diese Frist bestünde indes gar kein Bedürfnis, wären die entsprechenden Fallgestaltungen bereits dem Regime des § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB mit der Antragsfrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB unterworfen.

74 Soweit der Senat bei alledem eine Auslegung des relevanten Europarechts vorgenommen hat, bedurfte es eines Vorabentscheidungsersuchens an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht. Einer solchen Vorlage bedarf es nämlich dann nicht, sofern die richtige Auslegung und die Reichweite des Unionsrechts derart offenkundig sind, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (acte clair, vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81 -, juris, Rdnr. 16; BVerfG, Beschluss vom 15. Januar 2015 - 1 BvR 499/12 -, juris, Rdnr. 9; BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2020 - IX ZB 55/19 -, juris, Rdnr. 22; Beschluss vom 11. Februar 2020 - XI ZR 648/18 -, juris, Rdnr. 12, m.w.N.; Urteil vom 18. Juni 2019 - XI ZR 768/17 -, juris, Rdnr. 69; Urteil vom 12. September 2017 - XI ZR 590/15 -, juris, Rdnr. 36; OLG Düsseldorf, Urteil vom 1. Oktober 2020 - 6 O 97/20 -, juris, Rdnr. 89).

75 So liegt der Fall hier. Wie sich den entsprechenden obigen Ausführungen entnehmen lässt, sind die richtige Auslegung und die Reichweite des Unionsrechts nämlich - soweit vorliegend von entscheidungserheblicher Relevanz - angesichts des Wortlauts, der Regelungssystematik und des Regelungszwecks der einschlägigen Rechtsmittelrichtlinien derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt.

76 Im Übrigen wäre aber auch kein Verstoß der Antragstellerin gegen eine etwaige Rügeobliegenheit festzustellen. Auch die entsprechenden Ausführungen der Vergabekammer sind nicht zu beanstanden, weshalb der Senat - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - auf sie ebenfalls Bezug nimmt.

77 Folglich kommt es auf die Frage, ob in Fällen wie dem vorliegenden eine Rügeobliegenheit des unterlegenen Bieters besteht, schon gar nicht entscheidend an. Des in diesem Zusammenhang seitens der Beigeladenen angeregten Vorabentscheidungsersuchens an den Europäischen Gerichtshof bedurfte es daher auch mangels Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage(-n) nicht.

78 Der Zulässigkeit des vorliegenden Nachprüfungsantrags stehen auch weder seine Verfristung noch die fehlende Antragsbefugnis der Antragstellerin entgegen. Insoweit nimmt der Senat ebenfalls auf die entsprechenden, nach wie vor zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer in den Gründen der angefochtenen Entscheidung Bezug.

79 Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

80 Da es sich vorliegend - insoweit wird zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags verwiesen - um einen dem vierten Teil des GWB unterfallenden öffentlichen Auftrag handelt, durfte eine Direktvergabe ohne Durchführung eines wie auch immer ausgestalteten europaweiten wettbewerblichen Verfahrens gemäß § 119 Absätze 1 und 2 GWB nicht erfolgen. Die Antragsgegnerin hat den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im

Amtsblatt der Europäischen Union vergeben, ohne dass ihr dies gesetzlich gestattet war. Der antragstellerseits beanstandete Vertrag ist daher von Anfang an unwirksam (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

81 Dies war seitens der Vergabekammer gemäß § 135 Abs. 1 GWB a.E. festzustellen. Darüber hinaus war - in entsprechender Anwendung von § 168 Abs. 1 GWB (vgl. insoweit Ziekow/Völlink-Steck, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 178 GWB, Rdnr. 11, m.w.N.; Burgi/Dreher-Vavra, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 178, Rdnr. 7) - die Verpflichtung der Antragsgegnerin auszusprechen, im Falle fortbestehender Beschaffungsabsicht die hier in Rede stehenden Leistungen in einem europarechtskonformen Vergabeverfahren EUweit auszuschreiben (vgl. Senat, Beschluss vom 27. Januar 2021 - Verg 1/19 -, BeckRS 2021, 10061, Rdnr. 74; VK Baden-Württemberg, ZfBR 2019, 89, 89; Ziekow/Völlink-Braun, a.a.O., § 135, Rdnr. 111, m.w.N.).

82 Die das Beschwerdeverfahren betreffende Kostenentscheidung folgt aus §§ 175 Abs. 2, 71 GWB. Es entspricht der Billigkeit, der Antragsgegnerin die durch ihr begründetes Rechtsmittel entstandenen Kosten aufzuerlegen. In gleichem Maße gilt dies zudem auch für die Beigeladene. Denn diese hat sich durch umfangreiches Vorbringen - sowohl schriftsätzlich als auch im Senatstermin vom 7. Juli 2021 - substantiell am Beschwerdeverfahren beteiligt und Partei für die Ansicht der Antragsgegnerin ergriffen (vgl. insoweit OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2015 - VII-Verg 34/15 -, juris, Rdnr. 34; Pünder/SchellenbergLandsberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 182, Rdnr. 54). Dass sie keinen eigenen Antrag gestellt hat, ändert daran nichts (vgl. Pünder/Schellenberg-Landsberg, a.a.O.).

83 Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Sie fußt - mangels anderweitiger tauglicher Grundlagen - auf dem seitens der Vergabekammer geschätzten Gesamtwert des verfahrensgegenständlichen Auftrags von (mindestens) 214.452,- €. Dabei war das „Delta zwischen dem Marktpreis des Altpapiers und der Erlösauskehr“ - ebenfalls mangels anderweitiger tauglicher Schätzungsgrundlagen - mit 0,- € zu bemessen.

84 Insoweit verkennt der Senat nicht, dass der Wert eines Beschwerdeverfahrens wie des vorliegenden nach der vorzitierten Norm regelmäßig nach der Bruttoangebotssumme des Angebotes des jeweiligen Antragstellers zu bemessen ist. Wenn aber eine solche Bruttoangebotssumme nicht festgestellt werden kann ist auf den objektiven Wert des ausgeschriebenen Auftrags abzustellen (vgl. Senat, Beschluss vom 27. Januar 2021 - Verg 1/19 -, BeckRS 2021, 10061, Rdnr. 78; OLG Naumburg, Beschluss vom 25. Februar 2010 - 1 Verg 14/09 -, juris, Rdnr. 29).

85 So liegt der Fall hier, macht die Antragstellerin doch gerade geltend, in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren günstiger kalkulieren zu können, als ihr dies im Streiffall möglich war. Sie möchte also ihrem bislang abgegebenen Angebot gar nicht zum Erfolg verhelfen.

Ziturvorschlag:

OLG Koblenz Beschl. v. 1.9.2021 – Verg 1/21, BeckRS 2021, 46903