

Gericht:	OLG Rostock Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	30.09.2021
Aktenzeichen:	17 Verg 3/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGROST:2021:0930.17VERG3.21.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 17 Abs 10 S 2 VgV, § 17 Abs 13 VgV, § 57 Abs 1 Nr 2 VgV, § 57 Abs 1 Nr 4 VgV, § 97 Abs 6 GWB ... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Rostock, Beschluss vom 30. September 2021 – 17 Verg 3/21 –, juris

Leitsatz

1. Zu den inhaltlichen Anforderungen an die Darlegung der Antragsbefugnis und zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags bei Behauptungen „ins Blaue hinein“.
2. Zu den Voraussetzungen für ein amtswegiges Aufgreifen eines Vergaberechtsverstoßes durch die Vergabekammer.
3. Zur Auslegung der Vergabeunterlagen, hier insbesondere in Bezug auf die Angabe des Gegenstands einer als Public Private Partnership zu gründenden GmbH im Entwurf des Gesellschaftsvertrags.
4. Ein Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV kann nicht ohne Weiteres erfolgen, wenn die Abweichung letztlich durch die Vergabestelle verursacht ist.
5. Die Gründung einer ÖPP-Gesellschaft ist nur insoweit ausschreibungspflichtig, als sie mit dem öffentlichen Auftrag ein unteilbares Ganzes bildet.
6. Ein Bieter im Verhandlungsverfahren kann sich auf die Unzulässigkeit von „Nachverhandlungen“ mit nur einem Bieter dann nicht berufen, wenn nach der Wertung der letzten Angebote und der Beschränkung des Gegenstands der Verhandlungen sowohl ein Scheitern der Verhandlungen als auch eine Änderung der Wertungsreihenfolge unter jedem denkbaren Gesichtspunkt ausgeschlossen ist.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern, 19. Mai 2021, 2 VK 1/21
Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Oliver Jauch, jurisPR-VergR 12/2021 Anm. 3 (Anmerkung)

Zeitschriften

Martin Schellenberg, IZ 44/2021, 12

Praxisreporte

Oliver Jauch, jurisPR-VergR 12/2021 Anm. 3 (Anmerkung)

Tenor

1. Auf die sofortigen Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen wird der Beschluss der Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern vom 19.05.2021 - 2 VK 1/21 - abgeändert. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Gerichtskosten und die notwendigen Auslagen des Antragsgegners und der Beigeladenen im Beschwerdeverfahren trägt die Antragstellerin.

Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch den Antragsgegner im Beschwerdeverfahren war erforderlich.

3. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die dort entstandenen notwendigen Auslagen des Antragsgegners und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin.

Die Festsetzung der Gebührenhöhe für das Verfahren vor der Vergabekammer bleibt der Vergabekammer vorbehalten.

Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch den Antragsgegner und die Beigeladene im Verfahren vor der Vergabekammer war erforderlich.

4. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf bis zu ... € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Mit Bekanntmachung vom 25.03.2020 schrieb der Antragsgegner als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger „Abfalllogistikleistungen im Landkreis ...“, verbunden mit einer Beteiligung des privaten Partners an dem gemeinsamen Unternehmen mit 49 % als öffentlich private Partnerschaft (ÖPP)“ ab dem 01.01.2022 mit einer Laufzeit von 10 Jahren zuzüglich zweifacher Verlängerungsoption um je 5 Jahre im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb aus. Der Ausschreibung waren u.a. der Entwurf eines Gesellschaftsvertrags (Anlage BF1) und ein Verfahrensleitfaden (Anlage BF2) beigelegt. Auf die Regelung des Gegenstands des Unternehmens - einschließlich örtlicher Vorgaben - in § 2 des Gesellschaftsvertrags wird wegen der Einzelheiten verwiesen. Die gemeinsame Gesellschaft soll mit den ausgeschriebenen kommunalen Abfalllogistikleistungen beauftragt werden. Zudem war ein Konzept zum Aufbau von Gewerbebetrieb vorzulegen. Der Verfahrensleitfaden sieht in Nr. 3.1 folgende Zuschlagskriterien vor:

2

Kriterium	maximal
quantitativ	670
Umwelt I (Antriebsart)	25
Umwelt II (Energieeffizienz)	25
Organisations-/Personalkonzept	50
Verhandlungsergebnis Vertragswerk	50

Bruttolohn	100
Aufbau Gewerbebetrieb	
- Konzept	40
- Ergebnispotential	40
Summe	1.000

- 3 Nr. 3.3 enthält nähere Regelungen für die qualitativen Kriterien, hierbei Nr. 3.3.6 Vorgaben zum Kriterium „Aufbau von Gewerbebetrieb“. Wegen der Einzelheiten wird auf die entsprechenden Anlagen verwiesen. Für die Beantwortung von Bieterfragen zu „Aufbau von Gewerbebetrieb“ wird auf Anlage BF3, insbesondere auf die Antworten zu den Fragen 74 a) und 134 Bezug genommen. In Nr. 1.3.2 des Verfahrensleitfadens behält sich die Vergabestelle vor, Endverhandlungen nur mit einem Bieter zu führen und zunächst zurückgestellte Bewerber zu weiteren Verhandlungen aufzufordern.
- 4 Nach Abgabe indikativer Angebote forderte der Antragsgegner die Antragstellerin und die Beigeladene in Runde 2 (Ordner 10 Karton 4) zur Abgabe eines 1. und später in Runde 3 (Ordner 18 Karton 6) zur Abgabe eines 2. verbindlichen Angebots auf. Er behält sich jeweils vor, hierauf ohne weitere Verhandlungen den Zuschlag zu erteilen oder weitere Verhandlungen mit dem Bestbieter oder den bestplatzierten Bietern zu führen.
- 5 Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene gaben jeweils verbindliche Angebote ab. Im 1. verbindlichen Angebot sahen beide für das - einzubringende beziehungsweise aufzubauende - Gewerbebetrieb die Errichtung einer 100 %-igen Tochtergesellschaft des gemeinschaftlichen Unternehmens vor. Die Beigeladene zeigte in den Verhandlungen alternativ, aber unverbindlich anstelle eines Asset Deals die Möglichkeit eines Share Deals auf, bei dem das einzubringende Gewerbebetrieb aus einer 100 %-igen Tochter der Beigeladenen ausgegründet wird, das gemeinschaftliche Unternehmen 74,9 % der Geschäftsanteile dieses ausgegründeten Unternehmens erwirbt und die weiteren Geschäftsanteile bei der Tochter der Beigeladenen verbleiben. Nachdem der Antragsgegner diese Variante bevorzugte, nahm die Beigeladene sie in das 2. verbindliche Angebot auf. Das einzubringende Gewerbebetrieb enthielt nach dem Angebot der Beigeladenen auch Tätigkeiten außerhalb des Landkreises.
- 6 Der Vergabebericht vom 29.01.2021 (Karton 1 Ordner 26) enthielt nach Abschluss der 3. Verhandlungsrunde die Wertung der Angebote und die Empfehlung, eine weitere, 4. Angebotsrunde „nur über nicht wertungsrelevante Themen und nur mit der Beigeladenen“ durchzuführen. Diese Verhandlungen erfolgten per Videokonferenzen vom 09.02. und 12.02.2021 und per E-Mail-Verkehr. Mit Vergabebericht und -vorschlag vom 16.02.2021 (Karton 1 Ordner 26) empfahl die Vergabestelle den Zuschlag an die Beigeladene. Der Kreisausschuss stimmte dem mit Mehrheitsbeschluss vom 17.02.2021 zu.
- 7 Mit Vorabinformation vom 23.02.2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilen zu wollen. Diese rügte am 26.02.2021 (Anlage BF10):
- 8 - Die Wertung sei nicht ordnungsgemäß anhand der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien erfolgt. Bei ordnungsgemäßer Wertung habe das Angebot der Antragstellerin in den Zuschlagskriterien Energieeffizienz der Fahrzeugflotte, Organisations-

und Personalkonzept und Konzept zum Aufbau von Gewerbebetrieb besser bewertet werden müssen als das Angebot der Beigeladenen.

- 9 Der durchschnittliche Fahrzeugverbrauch sei offenbar unzutreffend gewertet. Sie selbst habe - näher bezeichnete - Maßnahmen für einen dauerhaft niedrigen Energieverbrauch dargestellt. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Beigeladene über entsprechende Maßnahmen nicht verfüge. Deren Angaben könnten nicht plausibel sein.
- 10 Im Organisations- und Personalkonzept habe sie die Erreichung des Ziels des Auftraggebers (Sicherstellung der Leistungserbringung durch den Auftragnehmer zum Leistungsbeginn und über die Gesamtlaufzeit) - mit näheren Ausführungen - stringent und konkret dargelegt. Insoweit habe ihr Konzept als sehr gut und deshalb mit der Höchstpunktzahl bewertet werden müssen. Im Gegensatz dazu müsse davon ausgegangen werden, das Konzept der Beigeladenen enthalte nicht die geforderten Mindestinhalte und Darstellungen.
- 11 Bei dem Konzept zum Aufbau von Gewerbebetrieb habe sie Maßnahmen zur Erreichung des vom Auftraggeber verfolgten Ziels (Generierung von Synergien und Skaleneffekten bei der Leistungserbringung des gemeinsamen Unternehmens) - mit näheren Ausführungen - stringent und konkret dargelegt. Insoweit habe ihr Konzept als sehr gut und deshalb mit der Höchstpunktzahl bewertet werden müssen. Im Gegensatz dazu müsse davon ausgegangen werden, das Konzept der Beigeladenen enthalte nicht die geforderten Darstellungen und es seien entgegen § 2 des Gesellschaftsvertrags auch solche Geschäftsfelder angeboten, die über das Einsammeln, Befördern und Entsorgen von Abfällen auf dem Gebiet des Landkreises hinausgehen. Zudem müsse davon ausgegangen werden, dass unzulässig nicht nur Abfalllogistik-, sondern auch Abfallentsorgungsleistungen gewertet seien.
- 12 - Das Angebot der Beigeladenen sei wegen Nichteinhaltung der Vorgaben der §§ 68 ff. Kommunalverfassung M-V auszuschließen. Es müsse davon ausgegangen werden, die Beigeladene habe einen öffentlichen Zweck nicht dargelegt und es liege ein Verstoß gegen das Örtlichkeitsprinzip vor.
- 13 - Der Antragsgegner habe gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot verstoßen, indem er die Vergabeunterlagen in unzulässiger Weise und ohne Unterrichtung aller Bieter geändert habe. Dies schließe sie daraus, dass neben den für alle angepassten Vergabeunterlagen individuell mit der Antragstellerin verhandelte Verträge Grundlage ihres Angebots sein sollten, insbesondere in Abweichung zu den Vergabeunterlagen die Gründung einer Tochtergesellschaft. Es sei davon auszugehen, dass gegenüber der Beigeladenen noch umfangreichere Änderungen vorgenommen wurden, weil ihr Angebot bei dem Kriterium Verhandlungsergebnis Vertragswerk besser bewertet sei als das der Beigeladenen.
- 14 Nach Zurückweisung der Rüge am 02.03.2021 hat die Antragstellerin am 05.03.2021 Nachprüfungsantrag eingereicht. Sie hat ihre Ausführungen aus der Rügechrift wiederholt und ergänzend geltend gemacht:
- 15 - Im Organisations- und Personalkonzept könne nach Marktkennntnissen der Antragstellerin die Beigeladene „nicht die technischen Angaben aufgrund ihrer Betriebsführung gemacht haben“.

- 16 - Für den nach ihrer Auffassung erforderlichen Ausschluss unter dem Gesichtspunkt kommunalwirtschaftlicher Vorgaben stützt sie sich auf § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV. Zwar handele es sich bei der kommunalrechtlichen Beurteilung nicht originär um eine vergaberechtliche Bestimmung im Sinn des § 97 Abs. 6 GWB. Mit den Vorgaben in den Vergabeunterlagen habe sich der Antragsgegner aber insoweit gebunden.
- 17 - Durch die unzulässig und ohne Unterrichtung aller Bieter vorgenommenen Änderungen an den Vergabeunterlagen seien unterschiedliche Leistungsanforderungen zugrunde gelegt, jedenfalls sei eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben.
- 18 Nach Akteneinsicht hat sie unter dem 30.04.2021 ergänzt:
- 19 - Hinsichtlich des Fahrzeugverbrauchs sei eine Nachreichung abweichender Angaben unzulässig.
- 20 - Eine 4. Verhandlungsrunde nur unter Beteiligung der Beigeladenen sei nach § 17 Abs. 10 Satz 1 VgV unzulässig.
- 21 - Zum Organisations- und Personalkonzept sei die Bewertung des Organigramms der Antragstellerin mit „befriedigend“ unzutreffend, in anderen Punkten sei trotz ausschließlich positiver Wertungsansätze eine Abwertung erfolgt, teilweise habe der Antragsgegner sich mit gestellten Anforderungen keinesfalls beschäftigt.
- 22 - Das Gewerbekonzept sei hinsichtlich der kommunalrechtlichen Zulässigkeit offenbar nachträglich und damit unzulässig angepasst worden.
- 23 In der mündlichen Verhandlung vom 10.05.2021 hat die Vergabekammer darauf hingewiesen, sie prüfe die Notwendigkeit des Ausschlusses des Angebots der Beigeladenen. Hierzu hat sie im Hinblick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse außerhalb der mündlichen Verhandlung dem Antragsgegner und der Beigeladenen mitgeteilt, sie sehe in dem nach dem Konzept der Beigeladenen einzubringenden Bestandsvertrag über gewerbliche Leistungen außerhalb des Landkreises und in den künftig vorgesehenen weiteren gewerblichen Leistungen außerhalb des Landkreises starke Anzeichen dafür, dass sich die Darstellung der Beigeladenen zum Ergebnispotential auf ein Gebiet erstrecke, das entgegen Punkt 3.3.6 des Verfahrensleitfadens über die Grenze des Landkreises hinausgehe. Die Beigeladene und der Antragsgegner haben dies mit Stellungnahmen vom 11.05.2021 verneint und hierzu ausgeführt. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 12.05.2021 Stellung genommen und zugleich gerügt, der Antragsgegner habe durch die Antwort auf Bieterfrage 134 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags(entwurfs) und Nr. 3.3.6 des Verfahrensleitfadens unabhängig von der kommunalrechtlichen Zulässigkeit Mindestanforderungen hinsichtlich des örtlichen Leistungsbereichs definiert. Insofern seien weitere Vergaberechtsverstöße erkennbar geworden, nämlich der unzulässige Verzicht auf Mindestanforderungen.
- 24 Mit Beschluss vom 19.05.2021 hat die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin stattgegeben und den Antragsgegner angewiesen, das Angebot der Beigeladenen unberücksichtigt zu lassen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Beschluss Bezug genommen. Zur Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt, das Zuschlagskriterium „Aufbau von Gewerbegebiet“ sei nach Nr. 3.3.6 des Vergableitfadens dahin zu verstehen, dass sämtliche in das Konzept einfließenden Vertragsleistungen auf dem Gebiet des Landkreises und keinesfalls außerhalb der Kreisgrenzen erbracht wer-

den dürften. Gegen dieses Örtlichkeitsprinzip verstoße das Konzept der Beigeladenen. Es sei deshalb nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, zudem auch nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV zwingend auszuschließen. Zu den weiteren Rügen der Antragstellerin enthält der Beschluss keine Ausführungen.

- 25 Gegen den am 19.05.2021 zugestellten Beschluss wenden sich der Antragsgegner mit seiner am 01.06.2021 und die Beigeladene mit ihrer am 02.06.2021 eingegangenen sofortigen Beschwerde.
- 26 Der Antragsgegner meint, der Nachprüfungsantrag vom 05.03.2021 sei in allen Punkten bereits unzulässig. Hinsichtlich der Rügen zu den Bereichen Aufbau von Gewerbegebiet, Energieeffizienz der Fahrzeugflotte, Organisations- und Personalkonzept, kommunalwirtschaftliche Vorgaben und Gleichbehandlungsgrundsatz und Transparenzgebot beschränke sich der Nachprüfungsantrag auf Behauptungen ins Blaue hinein ohne auch nur entfernte Anhaltspunkte. Es fehle insoweit an der Antragsbefugnis. Hinsichtlich der Rügen zu der Durchführung des Verhandlungsverfahrens nach § 17 VgV, dem Gleichbehandlungsgrundsatz und einem vermeintlich zwingenden Ausschluss der Beigeladenen - gerügt seien im Übrigen nur kommunalwirtschaftsrechtliche Vorgaben und die konkrete Bewertung des Zuschlagskriteriums, nicht aber ein Verstoß gegen Mindestanforderungen oder sonstige Vorgaben der Leistungsbeschreibung - sei die von Beginn an anwaltlich beratene Antragstellerin präkludiert. Im Übrigen enthalte auch das Angebot der Antragstellerin Inhalte, die nach dieser Auffassung zum zwingenden Ausschluss hätten führen müssen. Ohnehin sei die Antragstellerin mit Rügen im in diesem Punkt nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 12.05.2021 entsprechend § 296a ZPO präkludiert. Der Nachprüfungsantrag sei aber auch unbegründet. Das Angebot der Beigeladenen sei nicht wegen Verstoßes gegen das Örtlichkeitsprinzip auszuschließen. Die Leistungserbringung im Landkreis sei keine Mindestanforderung, wie schon der Einleitungssatz zu Ziffer 3.3 des Verfahrensleitfadens verdeutliche. Dies hätten auch Antragstellerin und Beigeladene so gesehen. Ein Ausschluss verstieße im Übrigen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, weil dann auch das Angebot der Antragstellerin auszuschließen sei. Die Vergabekammer habe den Umfang zulässiger Amtsermittlung überschritten, weil sie sich nicht auf die Rügen beschränkte.
- 27 Der Antragsgegner beantragt,
- 28 1. den Beschluss der 2. Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern vom 19.05.2021 - 2 VK 1/21 - aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Beschwerdegegnerin vom 05.03.2021 zurückzuweisen,
- 29 2. der Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung seitens des Beschwerdeführers aufzuerlegen,
- 30 3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung für den Beschwerdeführer vor der Vergabekammer als notwendig anzusehen.
- 31 Die Beigeladene macht geltend, der Nachprüfungsantrag sei bereits deshalb unzulässig, weil bei Zutreffen der Auslegung der Vergabekammer die Antragstellerin - die offenbar Entsorgungs-, Fuhrpark- und Werkstatteleistungen außerhalb des Landkreises angeboten habe - nicht antragsbefugt sei. Einen unterbliebenen Ausschluss ihres - der Beigelade-

nen - Angebots wegen Verstoßes gegen eine Mindestanforderung zur Örtlichkeit habe die Antragstellerin vor dem insoweit nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 12.05.2021 auch gar nicht gerügt. Die Vergabekammer habe diesen Aspekt nicht von Amts wegen aufgreifen dürfen. Der Nachprüfungsantrag sei zudem unbegründet. Eine Mindestanforderung zur Örtlichkeit sei den Vergabeunterlagen tatsächlich nicht zu entnehmen. Die Beteiligten hätten dies auch nicht so verstanden. Es sei zwischen Mindestanforderungen im Sinn eines Ausschlussgrundes und Mindestanforderungen im Sinn von grundlegenden Erwartungshaltungen an vorzulegende Konzeptinhalte zu unterscheiden. Zudem habe der Antragsgegner die Zulässigkeit des einzubringenden Gewerbegeschäfts bestätigt. Auch hinsichtlich der weiteren - von der Vergabekammer nicht behandelten - Rügen sei der Nachprüfungsantrag unzulässig und unbegründet. Die Rügen seien ins Blaue hinein erfolgt, hinsichtlich des Gleichbehandlungsgrundsatzes zudem verspätet. Auch eine Zurückversetzung des Verfahrens komme nicht in Betracht, weil sie voraussetze, dass ohne sie eine Verletzung drittschützender Normen zu besorgen wäre, durch die der Antragstellerin ein Schaden droht.

32 Die Beigeladene beantragt,

33 1. den Beschluss der 2. Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern vom 19.05.2021
- 2 VK 1/21 - aufzuheben,

34 2. den Vergabenachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 05.03.2021 zurückzu-
weisen,

35 3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zu zweckentspre-
chenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen,

36 4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten seitens der Beigela-
denen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

37 Die Antragstellerin beantragt,

38 1. die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zurückzu-
weisen,

39 2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für
notwendig zu erklären,

40 3. der Antragsgegnerin und Beigeladenen die Kosten des Beschwerdeverfahrens so-
wie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen
Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen.

41 Sie macht geltend, nach dem von ihr vorgelegten Gewerbekonzept werde weder die ge-
meinsame Gesellschaft noch die für das Gewerbegeschäft gegründete Tochtergesell-
schaft außerhalb des Landkreises tätig. Sie erbrächten insbesondere keine Entsorgungs-
leistungen außerhalb des Kreisgebiets. Der beabsichtigte Rückgriff auf Nachunterneh-
mer sei vom Antragsgegner in den Verhandlungen bestätigt worden. Inzwischen seien
auf der Vergabeplattform und im Bürgerinformationssystem weitere Informationen zum
beabsichtigten Zuschlag veröffentlicht, insbesondere zur beabsichtigten Gründung ei-
ner Tochtergesellschaft. Danach sei der Beigeladenen - anders als ihr, der Antragstelle-
rin - kalkulationsrelevant zugestanden worden, das Gewerbegeschäft unter dem eige-
nen Namenszug und mit einer größeren Beteiligung als 49 % durchzuführen. Den Ver-

stoß gegen das Örtlichkeitsprinzip habe sie bereits in der Rügeschrift behandelt und der Antragsgegner dies auch zum Anlass genommen, den Ausschluss zu prüfen. Sie selbst habe im Übrigen wegen der Vorgaben - kalkulationsrelevant - davon abgesehen, Leistungen und Verträge aus benachbarten Regionen in die Gesellschaft einzubringen.

- 42 Zu der Frage der Beteiligung der Tochter der Beigeladenen an der (gewerblichen) Tochter des gemeinschaftlichen Unternehmens mit 25,1 % erwidert der Antragsgegner, hierdurch werde die Tochter der Beigeladenen nicht in die Leistungserbringung eingebunden. Auch habe die Firmierung nichts damit zu tun, dass das Führen der Betriebshofstandorte „unter der ÖPP-Flagge“ und damit als Standort der ÖPP-Gesellschaft als vorzugswürdig bezeichnet wurde. Eine Ungleichbehandlung liege nicht vor.
- 43 Der Senat hat der Beigeladenen unter Zurückweisung des Gesuchs im Übrigen teilweise ergänzende Akteneinsicht gewährt (V 30, VI 264, 274).

II.

- 44 1. Zunächst war das von Seiten der Vergabekammer verwendete Rubrum „Landkreis ..., vertreten durch den Landrat, dieser vertreten durch den Abfallwirtschaftsbetrieb, dieser wiederum vertreten durch den Betriebsleiter ...“ mit Blick auf § 5 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 42 Abs. 1 der Eigenbetriebsverordnung für Mecklenburg-Vorpommern (EigVO M-V) dahingehend zu korrigieren, dass der Betriebsleiter als unmittelbares Vertretungsorgan des Landkreises - mit einem den Eigenbetrieb als Funktionseinheit kenntlichmachenden Zusatz (vgl. § 5 Abs. 4 EigVO M-V) - auszuweisen ist: „Landkreis ..., Eigenbetrieb Abfallwirtschaft, vertreten durch den Betriebsleiter ...“ (vgl.: BeckOK BGB/Schäfer, 59. Ed. 1.8.2021, BGB § 167 Rn. 40).
- 45 2. Die nach § 171 Abs. 1 GWB statthaften sofortigen Beschwerden sind auch im Übrigen zulässig, insbesondere fristgemäß eingelegt und begründet worden (§ 172 GWB). In der Sache führen sie zur Abänderung der Entscheidung.
- 46 a) Das Angebot der Beigeladenen ist abweichend vom angefochtenen Beschluss nicht zwingend auszuschließen.
- 47 aa) Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, soweit die Antragstellerin kommunalwirtschaftsrechtliche Vorgaben (öffentlicher Zweck, Territorialprinzip) verletzt vermutet. Zwar betrifft die Rüge nicht die Eignung der Beigeladenen wegen eines für sie geltenden kommunalrechtlichen Betätigungsverbots (zur Unzulässigkeit der Nachprüfung insoweit OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2020 - VII-Verg 36/19 -, Rn. 78, juris), sondern die kommunalrechtliche Zulässigkeit der der Betätigung des Gemeinschaftsunternehmens beziehungsweise der Tochtergesellschaft wegen der Beteiligung des Antragsgegners. Die kommunalrechtliche Zulässigkeit stellt insoweit eine (selbstverständliche) gesetzliche Anforderung an die (unmittelbare oder mittelbare) Betätigung des öffentlichen Auftraggebers selbst dar und fällt in dessen Risikosphäre, Bieterschutz entfaltet sie nicht. Die §§ 68 ff. Kommunalverfassung M-V werden weder von § 97 Abs. 6 GWB noch von anderen vergaberechtlichen Anknüpfungsnormen - insbesondere § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV - umfasst. Daran ändert nichts, dass der Antragsgegner die kommunalrechtliche Zulässigkeit deklaratorisch in die Vergabeunterlagen aufgenommen hat. Durch die bloße Wiederholung geltender gesetzlicher Anforderungen wird deren Nachprüfung nicht eröffnet. Bieterschutz besteht nur insoweit, als die vom Antragsgegner als Grundlage für die

eigenständige Beurteilung geforderte Stellungnahme nicht vorgelegt wird, die Vergabeunterlagen also unvollständig sind. Das ist nicht der Fall.

- 48 bb) Soweit die Antragstellerin mit Schriftsatz nach der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer geltend gemacht hat, mit der Antwort auf Bieterfrage 134 sei (nachträglich) eine (über die kommunalrechtlichen Anforderungen hinausgehende) örtliche Begrenzung der Leistungserbringung als Mindestanforderung aufgestellt, die die Beigeladene nicht erfülle, ist sie damit präkludiert. Die Rüge hätte unberücksichtigt bleiben müssen. Sie hat auch keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gegeben, weil sie unabhängig vom Stand des Nachprüfungsverfahrens verspätet im Sinn des § 160 Abs. 3 GWB ist. Dabei kann letztlich offen bleiben, ob eine Rüge bereits bis zum Ablauf der Angebotsfrist hätte erfolgen müssen. Jedenfalls mit dem Nachprüfungsantrag hätte dieser Gesichtspunkt geltend gemacht werden können und müssen. Denn die Antragstellerin hatte mit der Erstellung der Rüge und des Nachprüfungsantrags einen Fachanwalt beauftragt, dem die Vergabeunterlagen bekannt waren und der in anderem Zusammenhang Leistungen der Beigeladenen außerhalb des Landkreises gerügt hat. Abweichend von den Ausführungen im angefochtenen Beschluss (Seite 13, II.A.2.a) vermag der Senat dem Rügeschreiben und dem Nachprüfungsantrag eine solche Rüge des Verstoßes gegen Mindestkriterien nicht zu entnehmen. Ausführungen zur Örtlichkeit im Zusammenhang mit kommunalverfassungsrechtlichen Fragen und der qualitativen Wertung der Angebote genügen nicht. Es handelt sich nicht lediglich um eine abweichende rechtliche Beurteilung, sondern um einen anderen Sachverhalt und damit vergaberechtlich um einen anderen Rügegegenstand.
- 49 Die Vergabekammer war auch nicht berechtigt, einen Verstoß gegen Mindestanforderungen hinsichtlich der örtlichen Betätigung nach § 163 GWB von Amts wegen aufzugreifen. Die Vergabekammer darf grundsätzlich keine Vergaberechtsverstöße aufgreifen, die - wie hier - nicht rechtzeitig gerügt wurden und deshalb präkludiert sind (OLG Celle, Beschluss vom 11. Februar 2010 – 13 Verg 16/09 –, Rn. 45, juris; Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 163 GWB (Stand: 01.02.2021), Rn. 13). Eine Ausnahme besteht nur für schwerwiegende und offenkundige Vergaberechtsverstöße. An einer Offenkundigkeit fehlt es aber, wenn die Feststellung der (angeblichen) Vergaberechtswidrigkeit wie hier das Ergebnis einer komplexen Auslegung und Bewertung ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. September 2019 – VII-Verg 10/19 –, Rn. 38, juris; Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 163 GWB (Stand: 01.02.2021), Rn. 19_1).
- 50 Welche Folgen ein unberechtigtes Aufgreifen eines vermeintlichen Vergaberechtsverstoßes hat, kann der Senat letztlich offen lassen. Denn auch in der Sache hielte die Entscheidung der Vergabekammer einer Überprüfung insoweit nicht stand. Nr. 3.3.6 des Verfahrensleitfadens kann bereits wegen des Einleitungssatzes in Nr. 3.3 nicht als örtliche Eingrenzung im Sinn eines Ausschlusskriteriums - und nicht lediglich als wertungsrelevante Erwartungshaltung des Auftraggebers zum Inhalt des Konzepts - verstanden werden. Aus der zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle (Beschluss vom 25. März 2021 – 13 Verg 1/21 –, juris) ergibt sich nichts Anderes. Aber selbst wenn mit den Vergabeunterlagen im Übrigen eine über das Kommunalverfassungsrecht hinausgehende örtliche Begrenzung der Leistungserbringung im Sinn einer Mindestanforderung aufgestellt worden wäre, käme ein Ausschluss schon deshalb nicht in Betracht, weil der An-

tragsgegner der Beigeladenen die Zulässigkeit der Einbringung des Vertrags als Annex-tätigkeit in den Verhandlungen bestätigte.

- 51 cc) Die Vergabekammer ist darüber hinaus von einem zwingenden Ausschluss des Angebots der Beigeladenen nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV ausgegangen, weil das Konzept mit Blick auf Leistungen außerhalb des Landkreises nicht den Vorgaben entspreche. Auch diesen Gesichtspunkt hätte die Vergabekammer nicht aufgreifen dürfen. Zudem trägt bereits der rechtliche Ansatz nicht. Eine inhaltlich unzureichende Unterlage ist nicht mit einer fehlenden gleichzusetzen, die gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV zum Ausschluss des Angebots von der Wertung führt. Die Vorschrift bezieht sich nur auf das körperliche Fehlen von geforderten oder nachgeforderten Unterlagen. Sind die geforderten Unterlagen vorhanden, aber inhaltlich unzureichend, ist dies kein Anwendungsfall des § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. September 2019 – VII-Verg 10/19 –, juris).
- 52 dd) Soweit die Vergabekammer von Amts wegen einen zwingenden Ausschluss wegen starker Anzeichen, die Darstellung der Beigeladenen zum Ergebnispotential erstrecke sich auf ein Gebiet außerhalb des Landkreises, untersuchte, hat sie diesen Ansatz zu Recht nicht weiterverfolgt. Ein Ausschlusskriterium ist insoweit nicht betroffen.
- 53 ee) Demgegenüber ist der Nachprüfungsantrag in Bezug auf die erstmals in der Beschwerdeerwiderung enthaltene Rüge der 25,1 %-Beteiligung der Tochter der Beigeladenen an der Tochtergesellschaft des Gemeinschaftsunternehmens zulässig. Mit der Rüge ist die Antragstellerin insbesondere nicht nach § 160 GWB präkludiert, weil sie von der Gestaltung erst im laufenden Beschwerdeverfahren Kenntnis erlangt hat.
- 54 In der Sache führt die Beanstandung allerdings nicht zum Ausschluss des Angebots der Beigeladenen. Dabei kann an dieser Stelle offen bleiben, ob eine Abweichung von den Vergabeunterlagen überhaupt vorliegt.
- 55 Zwar ist der Ausschluss bei einer Abweichung nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV grundsätzlich zwingend und liegt nicht im Ermessen der Vergabestelle. Er kann aber nicht ohne Weiteres erfolgen, wenn die Abweichung letztlich durch die Vergabestelle verursacht ist (für missverständliche oder widersprüchliche Angaben in den Vergabeunterlagen vgl. BGH, Urteil vom 03. April 2012 – X ZR 130/10 –, Rn. 11, juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2005 – VII-Verg 71/04 –, Rn. 28, juris; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 12. September 2016 – 7 Verg 5/16 –, Rn. 32, juris; unter Verweis auf den gemäß § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB generell geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, letztlich aber offen lassend auch Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 17. Juni 2021 – Verg 6/21 –, Rn. 57, juris).
- 56 So liegt der Fall hier. Das 1. indikative Angebot und das 1. verbindliche Angebot der Beigeladenen sahen noch einen Kauf des Gewerbegegeschäfts durch die gemeinsame Gesellschaft (sog. Asset-Deal) und damit letztlich eine 51 %-Beteiligung vor. Im Bietergespräch am 08.10.2020 (zum indikativen Angebot) erklärte sie, es sei auch ein Share-Deal denkbar. Im Bietergespräch am 02.12.2020 (zum 1. verbindlichen Angebot; Karton 5 Ordner 15) wurde dann ein alternativer Share-Deal mit einer Beteiligung der gemeinsamen Gesellschaft zu 74,9 % an der Tochter der Beigeladenen beziehungsweise an einer aus dieser ausgegliederten Gesellschaft erörtert. Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe in der 3. Angebotsrunde (Karton 5 Ordner 15) übersandte der Antragsgegner der Beigeladenen zuvor verhandelte „Bedingungen und Prämissen ...“. Darin ist enthalten, die Tochter der Beigeladenen werde Gewerbegegeschäft auf eine neu zu gründende GmbH abspal-

ten und anschließend 74,9 % der Geschäftsanteile hieran an die gemeinsame Gesellschaft übertragen. Dem entspricht das 2. verbindliche Angebot (Karton 7 Ordner 21). Wenn aber der Antragsgegner gerade auf einen solchen Inhalt anträgt, rechtfertigt die (vermeintliche) Abweichung des dementsprechenden Angebots von der Ausschreibung den Ausschluss nicht. Vielmehr wäre das Verfahren so weit zurückzusetzen, dass ein zuschlagsfähiges Angebot abgegeben werden kann.

- 57 b) Die gegen die Wertung gerichteten Rügen bleiben ebenfalls ohne Erfolg.
- 58 aa) Der Nachprüfungsantrag ist bereits unzulässig, soweit die Antragstellerin rügt, beim Fahrzeugverbrauch könne die Beigeladene nicht gleich gut bewertet werden und deren Angaben seien unplausibel, es „müsse“ davon ausgegangen werden, die Beigeladene verfüge nicht über entsprechende Maßnahmen, und hinsichtlich des Organisations- und Personalkonzepts „müsse“ davon ausgegangen werden, das Konzept der Beigeladenen enthalte nicht die geforderten Mindestinhalte und Darstellungen, „nach Marktkennnissen“ der Antragstellerin könne die Beigeladene „nicht die technischen Angaben aufgrund ihrer Betriebsführung gemacht haben“.
- 59 (1) Antragsbefugt ist nach § 160 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, eine Verletzung in eigenen, bieterschützenden Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend macht und einen dadurch entstandenen oder drohenden Schaden darlegt. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes, der durch das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren sichergestellt werden soll, kann die Antragsbefugnis allerdings nur dem Antragsteller abgesprochen werden, bei dem eine Rechtsbeeinträchtigung offensichtlich nicht gegeben ist. Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist insoweit die schlüssige Behauptung der Rechtsverletzung erforderlich, aber regelmäßig auch ausreichend (BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 –, BGHZ 169, 131-153, Rn. 19 - 20; Beschluss vom 18. Mai 2004 – X ZB 7/04 –, BGHZ 159, 186-197, Rn. 21). Ob der Rechtsverstoß tatsächlich vorliegt, ist eine Frage der Begründetheit.
- 60 Ein schlüssiger Vortrag setzt hierbei nicht voraus, dass der Antragsteller positive Kenntnis von den als Tatsache behaupteten Umständen hat. Vielmehr genügt im Allgemeinen ein Vortrag solcher auf eine Rechtsverletzung hindeutender Tatsachen, die der Bieter auf der Grundlage seines - oft nur beschränkten - Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, weil dafür objektive Anhaltspunkte vorliegen. Die Substantiierungsanforderungen sind umso geringer, je weniger Informationen der Antragsteller hat und haben kann (KG Berlin, Beschluss vom 19. Dezember 2019 – Verg 9/19 –, Rn. 6, juris). Ein Mindestmaß an Substantiierung ist aber einzuhalten. Auch muss der Antragsteller angeben, woher seine Erkenntnisse stammen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2020 – VII-Verg 36/19 –, Rn. 73, juris). Reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Januar 2020 – VII-Verg 20/19 –, Rn. 56, juris; Beschluss vom 01. April 2020 – VII-Verg 30/19 –, Rn. 59, juris; Beschluss vom 14. Oktober 2020 – VII-Verg 36/19 –, Rn. 73, juris), willkürliche, ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen, die nur abstrakte Möglichkeit einer Rechtsverletzung oder die ohne weiteren Tatsachenvortrag unterlegte Behauptung, das Angebot des für den Zuschlag vorgesehenen Konkurrenten sei nicht wertungsfähig oder diesem Bieter fehle die notwendige Eignung, reichen nicht aus (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 GWB (Stand: 11.01.2021), Rn. 85 ff.).
- 61 (2) Die genannten Beanstandungen der Antragstellerin sind auf dieser Grundlage Behauptungen ins Blaue hinein ohne jede Substanz. Sie bieten weder der Vergabestelle

noch den Nachprüfungsinstanzen Ansätze und Anlass für weitergehende Untersuchungen. Es ist nicht zu erkennen, worauf die Marktkenntnisse beruhen und worin sie bestehen. Die inhaltsleere, keiner auch nur ansatzweisen Validierung zugängliche Reklamation solcher Kenntnisse genügt nicht. Hieran ändert auch die (floskelhafte) Rügeantwort des Antragsgegners, die Wertung zum Fahrzeugverbrauch sei nochmals geprüft worden, nichts. Hieraus ist nicht zu folgern, die Angaben in der Rüge hätten genügend Anlass für eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der pauschalen Beanstandung gegeben. Auch hinsichtlich des Ergebnispotentials als zweitem Teilkriterium zum Aufbau von Gewerbe-geschäft fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten, es könnten nicht nur Abfallogistik-, sondern auch Abfallentsorgungsleistungen gewertet sein. Auch insoweit handelt es sich um einen unsubstantiierten Verdacht ins Blaue hinein. Zwar wohnt der Ausschreibungskonzeption eine gewisse Fehlerträchtigkeit inne, indem das Konzept auch Entsorgungsleistungen umfassen darf, in die Wertung des Ergebnispotentials aber nur Logistikleistungen einfließen dürfen. Dass sich dies aber bei der Beigeladenen realisiert habe, ist nicht ansatzweise zu erkennen, zumal der Antragsgegner in den Bieterfragen selbst nochmals ausdrücklich auf den Wertungsumfang hingewiesen hatte und sich der Problematik offenbar bewusst war. Würde man das in der Konzeption der Ausschreibung angelegte abstrakte Risiko fehlerhafter Angaben genügen lassen, wäre die Nachprüfung stets eröffnet. Mit vergaberechtlichen Grundsätzen steht das nicht in Einklang.

- 62 bb) Antragsbefugt ist die Antragstellerin demgegenüber in Bezug auf die Wertung des Angebots der Beigeladenen insoweit, als sie nach Akteneinsicht unter dem 30.04.2021 ergänzt hat, hinsichtlich des Fahrzeugverbrauchs sei eine Nachreichung abweichender Angaben unzulässig und ohne die Nachreichung unplausible Angaben seien mit 0 Punkten zu bewerten. Für einen solchen Verstoß spricht, dass das Thema nach Einreichung des 2. verbindlichen Angebots aufgeklärt wurde. Mit der Rüge ist die Antragstellerin nicht nach § 160 Abs. 3 GWB präkludiert, weil sie vor der Akteneinsicht hierzu keine Erkenntnisse hatte.
- 63 Die Nachprüfung ist in diesem Punkt allerdings unbegründet. Es liegt weder eine Abänderung des 2. verbindlichen Angebots noch die unzulässige Nachreichung zwingend erforderlicher Angebotsunterlagen durch die Beigeladene vor. Der Energieverbrauch wurde erstmals mit dem 2. verbindlichen Angebot (3. Verhandlungsrunde) abgefragt. Die Fahrzeuge waren einerseits mit Anzahl und Typ im Angebotsformular zum jeweiligen Leistungsgegenstand einzutragen, andererseits mit der Gesamtzahl der jeweiligen Typen in der Tabelle zum Angebotsformular. Die Beigeladene gab im 2. verbindlichen Angebot (Ordner 21 Karton 7) unter Nr. 3.3.7 des Angebotsformulars für die Stellplatzreinigung eine bestimmte Anzahl von Fahrzeugen eines Typs an. Die Fahrzeugbezeichnung enthielt allerdings insoweit einen Widerspruch, als Typ und Gesamtgewicht nicht zusammen passten und unterschiedlichen Fahrzeugkategorien zuzuordnen waren. Dieser Widerspruch wäre indes bereits durch Auslegung aufzulösen gewesen, weil die im Angebotsformular eingetragene Zahl der Fahrzeuge bei Abstellen auf die Typbezeichnung höher wäre als die in der Tabelle zum Angebotsformular Punkt 2.2.2 (Ordner 21) angegebene Gesamtzahl dieses Typs, bei Abstellen auf das Gesamtgewicht aber kein Widerspruch besteht. In dieser Richtung erläuterte die Beigeladene die Unklarheit auch im Aufklärungsgespräch vom 27.01.2020 (richtig offensichtlich 2021; Ordner 10 Karton 4). Diese Erläuterung ist vom Angebot gedeckt. Darüber hinaus gab es geringfügige Rundungsdifferenzen, die ebenfalls aufgeklärt werden konnten.

- 64 cc) Der Nachprüfungsantrag ist hinsichtlich des Konzepts zum Aufbau von Gewerbe-
schaft zulässig, soweit die Antragstellerin rügt, das Angebot weiche von (zwingenden)
Vorgaben ab, indem entgegen § 2 des Gesellschaftsvertrags auch solche Geschäftsfelder
angeboten seien, die über das Einsammeln, Befördern und Entsorgen von Abfällen auf
dem Gebiet des Landkreises hinausgehen. Hierfür bestehen Anhaltspunkte; ob das Ver-
ständnis zutrifft, ist eine Frage der Begründetheit.
- 65 In der Sache hat eine Abwertung des Angebots der Beigeladenen in diesem Punkt nicht
zu erfolgen. Der Senat teilt die Auslegung der Vergabekammer nicht.
- 66 (1) Welcher Erklärungswert Vergabeunterlagen zukommt, ist anhand der für die Aus-
legung von Willenserklärungen geltenden Grundsätze (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln.
Maßgeblich ist der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter, also eines abs-
trakt bestimmten Adressatenkreises (BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 – X ZR 78/07 –, Rn.
10, juris; Urteil vom 19. April 2016 – X ZR 77/14 –, Rn. 12, juris; siehe auch *Senat*, Be-
schluss vom 17. Juli 2019 – 17 Verg 1/19 –, Rn. 52, juris).
- 67 (2) Nach diesen Maßstäben ist allenfalls davon auszugehen, dass eine den kommunal-
verfassungsrechtlichen Regelungen entsprechende Einschränkung der wirtschaftlichen
Betätigung außerhalb des Landkreises erfolgte. Annex Tätigkeiten - zu denen der Antrags-
gegner die hier fraglichen Geschäfte außerhalb des Landkreises ohne erkennbaren Beur-
teilungsfehler zählt - sind nach den §§ 68 ff. Kommunalverfassung M-V aber zulässig.
- 68 Eine weitergehende Einschränkung ist Nummer 3.3.6 des Verfahrensleitfadens nicht zu
entnehmen. Danach hat das Konzept den Aufbau nicht hoheitlicher Abfalllogistikleistun-
gen im Gebiet des Landkreises zu behandeln und den kommunalwirtschaftsrechtlichen
Vorgaben zu entsprechen. Damit ist aber gerade keine Aussage getroffen, Annex Tätig-
keiten außerhalb des Landkreises seien unzulässig oder würden zur Abwertung führen,
die Regelung solle also über das Kommunalverfassungsrecht hinausgehen. Eine so weit-
gehende Eingrenzung ergibt sich auch nicht aus dem Bezug auf § 2 des Entwurfs eines
Gesellschaftsvertrags. Der Wortlaut des § 2 Abs. 1, Abs. 2 lässt eine Deutung der territo-
rialen Begrenzung sowohl bezogen nur auf das Hauptgeschäft als auch hinsichtlich der
gesamten Tätigkeit einschließlich Annex Tätigkeiten zu. Zu berücksichtigen ist allerdings,
dass die Angabe des Gegenstands des Unternehmens im Gesellschaftsvertrag nach § 3
Abs. 1 Nr. 2 GmbHG lediglich der (groben) Umgrenzung der Geschäftsführungsbefugnis
dient und haftungsrechtliche Bedeutung haben kann, nicht aber weitere Tätigkeiten kon-
stitutiv ausschließt. Anzugeben ist der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit der Gesell-
schaft, allzu ausdifferenzierte Angaben sind aber nicht erforderlich (Cziupka in: Scholz,
GmbHG, 12. Aufl. 2018 ff., § 3 GmbHG, Rn. 10). Gerade Annex Tätigkeiten sind danach
zulässig. Es ist auch nicht zu erkennen, der Antragsgegner könne hier ein Interesse an
einer über das Kommunalverfassungsrecht - das Annex Tätigkeiten in anderen Gebieten
gestattet - hinausgehende örtliche Einschränkung haben. Tatsächlich haben jedenfalls
Antragsgegner und Beigeladene die Vergabeunterlagen so gemeint beziehungsweise
verstanden. Ob auch die Antragstellerin zunächst dieser Deutung gefolgt ist, kann offen
bleiben.
- 69 Die Antwort auf Bieterfrage 134 ändert an diesem Verständnis nichts. Sie stellt nach
dem Vorstehenden keine bloße Klarstellung des Inhalts dar. Als nachträgliche, konstitu-
tive Änderung der Bedingungen kann sie aber nicht verstanden werden. Zwar wäre bei
isolierter Betrachtung eine Auslegung im Sinn einer Ausschließlichkeit zumindest vertret-

bar. Eine isolierte Betrachtung losgelöst von den weiteren Regelungen kommt aber nicht in Betracht. Maßgeblich zu beachten ist, dass die Frage 134 lediglich den Inhalt des Gewerbesgeschäfts - nur Abfalllogistik oder auch Abfallentsorgung - betrifft und diese Frage mit Satz 1 der Antwort hinreichend geklärt ist. Für die in Satz 2 der Antwort erfolgte Aussage, durch die zu gründende Gesellschaft dürften ausschließlich Leistungen auf dem Gebiet des Landkreises erbracht werden, bot die Bieterfrage keinerlei Anlass. In einer solchen, nicht durch Bieterfrage motivierten Auskunft kann aber eine grundlegende Änderung der Vergabebedingungen nicht gesehen werden, wenn der Auftraggeber die Abweichung von der bisherigen Regelung nicht ausdrücklich klarstellt und ordentlich bekanntmacht. Anderenfalls steht bereits das Erklärungsbewusstsein des Auftraggebers in Zweifel. Insoweit kann offen bleiben, ob eine solche nachträgliche Änderung vergaberechtlich überhaupt zulässig wäre.

- 70 dd) Zulässig ist der Nachprüfungsantrag wiederum, soweit die Antragstellerin die Wertung des eigenen Angebots beanstandet. Dies betrifft die Kriterien Umwelt II (Fahrzeugverbrauch), Organisations- und Personalkonzept (einschließlich der unter dem 30.04.2021 nach Akteneinsicht erfolgten Beanstandung der Wertungsbegründung, die ihr zuvor nicht bekannt war) und Aufbau von Gewerbesgeschäft. Zu diesen Kriterien führt sie jeweils konkrete, wertungsrelevante Gesichtspunkte an, die nach ihrer Auffassung (nur) die Höchstnote rechtfertigen. Ob tatsächlich Beurteilungsfehler vorliegen, ist eine Frage der Begründetheit.
- 71 Ob die Rügen der Antragstellerin zur Wertung des eigenen Verbrauchs und der eigenen vorgelegten Konzepte in der Sache zutreffen, kann letztlich offen bleiben. Denn selbst wenn dies der Fall wäre und sie in den jeweiligen Wertungskriterien die Höchstpunktzahl erreichte, würde dies die Wertungsreihenfolge nicht ändern, könnte sie also den Zuschlag nicht erhalten. Dann aber entsteht ihr durch die behaupteten Wertungsfehler kein Schaden.
- 72 c) Auch mit der Beanstandung weitergehender Verfahrensfehler dringt die Antragstellerin nicht durch.
- 73 aa) Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, soweit die Antragstellerin geltend macht, die Zulassung der Auslagerung der gewerblichen Geschäfte in eine Tochtergesellschaft stelle eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen und eine Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatzes dar. Zwar sind die in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien nach § 17 Abs. 10 S. 2 VgV von den Verhandlungen ausgeschlossen. Hinsichtlich der Auslagerung gewerblicher Geschäfte in eine Tochtergesellschaft liegt aber bereits keine unzulässige Änderung der Mindestanforderungen oder Zuschlagskriterien vor. Vielmehr stellt sich diese Variante als Weiterentwicklung der Verträge im Ergebnis der Verhandlungen dar, ohne von zwingenden Vorgaben abzuweichen. Der zwingende Ausschluss einer solchen Gestaltung ist den ursprünglichen Vergabeunterlagen nicht zu entnehmen. Vielmehr ist die Beteiligung an Unternehmen mit dem gleichen Gegenstand bereits in § 2 Abs. 2 des ersten Entwurfs des Gesellschaftsvertrags angelegt. Im Übrigen war die Antragstellerin wegen der Zulassung ihres eigenen Konzepts hinreichend über die Variante einer Tochtergesellschaft informiert, so dass eine Diskriminierung oder Intransparenz bereits deshalb nicht vorliegt, ihr kein Schaden entstanden ist und sie sich auf eine vermeintliche Änderung nicht berufen könnte. Inzwischen geht sie auch selbst von der Zulässigkeit dieser Gestaltungsvariante aus.

- 74 bb) Auch die Abforderung des „74,9 %-Angebots“ von der Beigeladenen verstößt weder gegen § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV (Verhandlungsverbot) noch gegen § 17 Abs. 13 VgV (Gleichbehandlung und Transparenz) noch liegt eine Abweichung von den Vergabeunterlagen im Sinn des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vor (die lediglich wegen der Verursachung durch den Antragsgegner nicht zum Ausschluss des Angebots führte, aber die Zurückversetzung des Verfahrens erforderte).
- 75 Ein Verstoß läge nur vor, wenn nach den Vergabeunterlagen - insbesondere der Ausschreibung (Karton 2 Ordner 1), dem Bewerbermemorandum und der Leistungsbeschreibung - auch die gewerblichen Leistungen im Rahmen einer 51 %-igen Beteiligung des Antragsgegners erbracht werden sollten. Denn bei Beteiligung des Gemeinschaftsunternehmens an einer Tochtergesellschaft mit 74,9 % ist der Antragsgegner an den in dieser Tochtergesellschaft angesiedelten (gewerblichen) Leistungen rechnerisch lediglich mit (51 % von 74,9 % =) 38,2 % beteiligt. Das ist indes nicht der Fall.
- 76 Der ausgeschriebene öffentliche Auftrag umfasst zunächst die vom Antragsgegner zu beauftragenden hoheitlichen Abfalllogistikleistungen. Diese sind aber vollständig im gemeinschaftlichen Unternehmen angesiedelt, die Beteiligungsquote von 51:49 also gewährleistet. Darüber hinaus ist das mit der Ausschreibung angeforderte Konzept zum Aufbau eines Gewerbegeäfts zwar ein öffentlicher Auftrag, nicht aber dessen Umsetzung. Die beabsichtigte gewerbliche Tätigkeit ist kein öffentlicher Auftrag, sondern lediglich die Beteiligung der gemeinsamen Gesellschaft an einem Gewerbeunternehmen. Für eine solche Beteiligung sehen die Ausschreibungsunterlagen - insbesondere der Entwurf des Gesellschaftsvertrags - Mindestquoten nicht vor. Auftraggeber dieser Leistungen ist nicht der öffentliche Auftraggeber, sondern sind Dritte, insbesondere Gewerbetreibende. Auch eine Konzession liegt nicht vor, weil unabhängig von der Gestattung durch den Landkreis jeder diese Leistungen erbringen kann (dazu Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 105 GWB (Stand: 12.12.2018), Rn. 29, 62; Ziekow in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, GWB § 105 Rn. 11). Eine abweichende Beurteilung ist auch nicht wegen der vorgesehenen Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens als öffentlich-private Partnerschaft (ÖPP beziehungsweise PPP) geboten. Die Gründung einer ÖPP-Gesellschaft ist nur insoweit ausschreibungspflichtig, als sie mit dem öffentlichen Auftrag ein unteilbares Ganzes bildet (vgl. EuGH, Urteil vom 22. Dezember 2010 - C-215/09 -, juris; Ziekow in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, GWB § 103 Rn. 55, 59). Auch das ist hier aber nur hinsichtlich der hoheitlichen, nicht aber der gewerblichen Leistungen der Fall. Die an dem rein gewerblichen Unternehmen mit 25,1 % beteiligte Tochtergesellschaft der Beigeladenen wird insoweit auch nicht als nicht am Vergabeverfahren beteiligtes Unternehmen in die Erbringung der ausgeschriebenen (hoheitlichen) Leistungen eingebunden.
- 77 cc) Eine Ungleichbehandlung liegt nicht hinsichtlich der Firmierung vor. Zwar müssen die Betriebshofstandorte „unter der ÖPP-Flagge“ geführt werden. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, einen Namensbestandteil des privaten Partners in der Firma des gemeinschaftlichen ÖPP-Unternehmens zu führen.
- 78 dd) Für andere, wesentliche und mitteilungs pflichtige Abweichungen der Verhandlungsergebnisse zeigt die Antragstellerin Anhaltspunkte nicht auf. Es handelt sich nur um eine Vermutung ins Blaue hinein, die die Nachprüfung nicht eröffnet. Anhaltspunkte ergeben sich insbesondere nicht daraus, dass das Angebot der Beigeladenen hinsichtlich des Verhandlungsergebnisses zum Vertragswerk schlechter bewertet ist als das der Antragstel-

lerin. Unterschiede in der Vertragsgestaltung und deren Bewertung sind dem Verhandlungsverfahren und dem Wertungssystem immanent und lassen Rückschlüsse auf unzulässige Abweichungen nicht zu. Insoweit stellen sich die Angebote nicht als Ergebnis unterschiedlicher Leistungsanforderungen, sondern der Verhandlungen dar. Die Vergleichbarkeit ist anhand der in den Vergabeunterlagen vorgesehenen, einheitlichen Anforderungen und Wertungskriterien sichergestellt.

- 79 ee) Die Rüge der Antragstellerin, der Antragsgegner habe eine 4. Verhandlungsrunde unter Beteiligung nur der Beigeladenen nicht durchführen dürfen, ist zulässig. Zwar waren derartige „Endverhandlungen“ bereits in Nr. 1.3.2 des Verfahrensleitfadens angelegt und wurden den Bietern mit jeder Aufforderung zur Angebotsabgabe nochmals bekanntgemacht. Mit der Rüge dieser vergaberechtswidrigen Regelung in den Vergabeunterlagen ist die Antragstellerin nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert. Die Rügepräklusion umfasst in der Regel auch (Folge-) Fehler, die untrennbar mit dem nicht gerügten Vergaberechtsverstoß zusammenhängen und/oder sich zwingend aus ihm ergeben (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 GWB (Stand: 21.06.2021), Rn. 314). Das ist hinsichtlich der tatsächlichen Verhandlungen im Rahmen der 4. Verhandlungsrunde aber nicht der Fall. Diese sind nicht für sich genommen unbedenklich und nur bei Berücksichtigung der vorangegangenen, nicht gerügten Bedingungen vergaberechtswidrig, sondern stellen auch bei isolierter Betrachtung einen Verstoß dar. Die unterlassene Rüge legitimiert nicht den späteren, neuen Verstoß. Die Antragstellerin rügte die tatsächlichen Verhandlungen mit der Beigeladenen am 30.04.2021 und damit rechtzeitig, weil sie hiervon erst durch die Akteneinsicht erfahren hatte. Der Antragstellerin kann auch nicht entgegengehalten werden, ihr könne gar kein Schaden entstehen, weil die Wertungsreihenfolge durch die weiteren Verhandlungen nicht geändert werden könne. Für die Prüfung der Zulässigkeit ist auf den Kenntnishorizont der Antragstellerin abzustellen. Weil sie aber über den konkreten Inhalt der Verhandlungen nichts weiß, kann auf dieser Grundlage ein drohender Schaden nicht ausgeschlossen werden.
- 80 Abweichend von der Vorberatung kann der Senat im Ergebnis der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung letztlich offen lassen, ob die 4. Verhandlungsrunde nur mit der Beigeladenen gegen § 17 Abs. 10 Satz 1, Abs. 12 Satz 2 VgV verstößt (vgl. dazu Mutschler-Siebert/Baumann in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK VergabeR, 20. Ed. 30.04.2021, § 119 GWB Rn. 22; Schneevogl/Peshteryanu in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK VergabeR, 20. Ed. 30.04.2020, § 17 VgV Rn. 22; Butler in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Aufl., § 10 Rn. 53; Ortner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 17 VgV (Stand: 13.07.2020), Rn. 55-56; Kling in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 119 GWB Rn. 42; Hirsch/Kaelble in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 2017, § 17 VgV Rn. 72; Fett in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 17 VgV Rn. 91; Pünder/Klafki in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl., § 17 VgV Rn. 31, 35, beck-online; Ganske in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., § 119 GWB Rn. 38; von Hoff/Queisner in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 119 GWB Rn. 37; Voppel in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Aufl. 2018, § 17 Rn. 48; Völlink in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 17 Rn. 20, 32; für die Zulässigkeit einer linearen Verhandlungsstrategie - sog. preferred bidder - bei faktisch nur noch einem in Betracht kommenden Angebot demgegenüber Dieckmann in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, 2. Aufl. 2019, VgV § 17 Rn. 19; für die Zulässigkeit von Schlussverhandlungen über letzte Feinheiten Haak/Koch in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 4. Aufl., § 17 VgV Rn. 10, allerdings unter Verweis auf Kulartz in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß,

VgV, 4. Aufl., § 17 Rn. 25 und in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 119 GWB Rn. 36, wo diese Auffassung jetzt nicht mehr vertreten wird, vgl. von Hoff/Queisner in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 119 GWB Rn. 37). Denn ein solcher Vergaberechtsverstoß könnte der Antragstellerin einen Schaden nicht verursachen. Zwar betrafen die Verhandlungen durchaus noch Fragen, die Auswirkungen auf die Risikostruktur des Vertragsverhältnisses haben konnten (vgl. den Vermerk der Bevollmächtigten des Antragsgegners vom 17.02.2021 - Ordner 26 - und den Vergabevermerk vom 16.02.2021 in Anlage C auf Seite 4 ff.). Es handelte sich indes ausschließlich um Anforderungen des Antragsgegners, die eine Veränderung einzelner Bedingungen zu dessen Gunsten bewirken sollten. Insofern konnte sich das Verhandlungsergebnis der 4. Verhandlungsrunde allenfalls zugunsten der Beigeladenen auswirken, die Wertungsreihenfolge aber keinesfalls zugunsten der Antragstellerin ändern. Selbst bei Ablehnung jeglicher Zugeständnisse durch die Beigeladene unter Aufrechterhaltung des 2. verbindlichen Angebots - letztlich also einem „Scheitern“ dieser Verhandlungsrunde - hätte es bei der Wertung dieses Angebots bleiben müssen und der Antragsgegner keine vergaberechtlich zulässige Möglichkeit gehabt, auf das schlechter bewertete Angebot der Antragstellerin zurückzugreifen.

- 81 3. a) Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf den §§ 78, 175 Abs. 2 GWB. Dies umfasst auch die Beigeladene, die sich am Nachprüfungsverfahren aktiv beteiligt und insoweit das Risiko eigener Kostentragung übernommen hat.
- 82 Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch den Antragsgegner war für notwendig zu erklären (§ 175 Abs. 1 Satz 2 GWB). Für die Beigeladene ergibt sich die Notwendigkeit demgegenüber unmittelbar aus § 175 Abs. 1 Satz 1 GWB, ohne dass es einer Feststellung des Senats bedarf.
- 83 b) Der Senat hat bei Abänderung der Entscheidung der Vergabekammer zugleich nach § 182 GWB über die dort entstandenen Kosten zu entscheiden. Die unter Berücksichtigung der Kostenfreiheit des Antragsgegners festgesetzte, insofern durch die Vergabekammer ggf. noch anzupassende Gebührenhöhe bleibt unberührt.
- 84 Für das Verfahren vor der Vergabekammer ist die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter sowohl durch den Antragsgegner als auch die Beigeladene für notwendig zu erklären (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfg M-V).
- 85 c) Der Streitwert ist für das Beschwerdeverfahren auf 5 % der Bruttoauftragssumme festzusetzen (§ 50 Abs. 2 GKG). Maßgeblich ist der gesamte Vertragszeitraum (*Senat*, Beschluss vom 23.01.2017 - 17 Verg 3/16; BGH, Beschluss vom 18. März 2014 - X ZB 12/13 -, Rn. 8, juris) einschließlich aller Verlängerungsoptionen, wobei für den optionalen Zeitraum ein angemessener Abschlag - in der Regel 50 % - vorzunehmen ist (*Senat*, Beschluss vom 16.01.2019 - 17 Verg 6/18; BGH, Beschluss vom 18. März 2014 - X ZB 12/13 -, Rn. 13, juris).
- 86 Der Senat legt der Schätzung den inzwischen bekannt gegebenen Wirtschaftlichkeitsvorbehalt (berechnet auf die Vertragsdauer von 10 Jahren einschließlich Mehrwertsteuer und Entgelterhöhungen, abgezinst) zuzüglich 50 % für die Verlängerungsoptionen von insgesamt 10 Jahren zugrunde.