

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.7.2019

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Celle > 2019 > 13.05.2019 - 13 Verg 2 / 19

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19

(Bieter unterliegt)

Fundstelle:

VergabeNews 7/2019, S. 117 (Kurzdarstellung)

Normen:

§ 124 Abs. 1 GWB; § 15 Abs. 5 VgV

Vorangegangene Entscheidung:

VK Lüneburg, Beschluss vom 26.03.2019, VgK - 03 / 2019 (Bieter unterliegt)

Stichworte:

Verhalten von Nachunternehmern, Ausschluss, Täuschung

Leitsatz (redaktionell):

1. Das Handeln von Nachunternehmern für sich genommen kann keinen Ausschlussstatbestand nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB begründen.
2. Ein Nachunternehmen wird auf Grundlage eines zivilrechtlichen Vertrages mit dem Haupt-Auftragnehmer tätig und nicht im Rahmen des dem Haupt-Auftragnehmer erteilten öffentlichen Auftrages.
3. Für einen Ausschluss wegen einer schwerwiegenden Täuschung oder der Zurückhaltung von Auskünften ist ein Verschulden im Sinne eines vorsätzlichen Handelns erforderlich.
4. Eine Aufklärung kann im laufenden Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden.

Entscheidungstext:

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Celle durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht W., den Richter am Oberlandesgericht K. und die Richterin am Oberlandesgericht M. am 13. Mai 2019 beschlossen:

1. Termin zur mündlichen Verhandlung wird anberaumt auf Dienstag, den 18. Juni 2019, 10:00 Uhr, Saal 153
2. Der Antrag der Antragstellerin vom 10. April 2019, gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer Niedersachsen beim

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.7.2019

Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr vom 26. März 2019 bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel zu verlängern, wird zurückgewiesen.

3. Der Senatsbeschluss vom 12. April 2019 ist damit gegenstandslos.

4. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, eine etwaige Zuschlagserteilung dem Senat und der Antragstellerin unverzüglich mitzuteilen.

5. Der Antragstellerin wird aufgegeben, bis zum 6. Juni 2019 mitzuteilen, ob das Beschwerdeverfahren fortgeführt werden soll.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 10. Juli 2018 die Leistung der Entsorgung von rund 20.000 t Restabfall pro Jahr aus. Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben jeweils ein Angebot ab. Dabei erklärte die Beigeladene in ihrer „Eigenerklärung zu Ausschlusskriterien“, dass für ihr Angebot keine Ausschlussgründe, insbesondere nicht nach § 124 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 8 GWB, vorlägen.

Mit Schreiben vom 12. Dezember 2018 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin, dass die Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen beabsichtigt sei. Die Antragstellerin beanstandete, dass das Schreiben nicht die Anforderungen des § 134 GWB erfülle, und rügte die beabsichtigte Zuschlagserteilung als vergaberechtswidrig. Insbesondere sei das Angebot der Beigeladenen auszuschließen. Ihrem Rügeschreiben fügte die Antragstellerin einen Presseartikel vom 13. April 2016 bei, in dem über ein Strafverfahren (u.a.) gegen einen Geschäftsführer der Beigeladenen berichtet wurde. Nachdem der Antragsgegner zunächst mit Schreiben vom 19. Dezember 2018 seine Vorabinformation vom 12. Dezember 2018 für gegenstandslos erklärt hatte und in eine erneute Prüfung und Wertung unter Berücksichtigung des Rügeschreibens der Antragstellerin eingetreten war, wies er mit Schreiben vom 31. Januar 2019 die Rüge der Antragstellerin zurück und kündigte wiederum die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene an. Eine erneute Rüge der Antragstellerin vom 4. Februar 2019 wies der Antragsgegner am 7. Februar 2019 zurück, woraufhin die Antragstellerin das Nachprüfungsverfahren beantragte.

Die Antragstellerin hat die Auffassung vertreten, die Beigeladene habe gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 8 GWB vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, weil – was unstreitig ist – gegen zwei ihrer Geschäftsführer ein Strafverfahren wegen unerlaubten Umgangs mit Abfällen (§ 326 StGB) eingeleitet worden sei. Hintergrund dieses Verfahrens war die rechtswidrige Entsorgung von ca. 275.000 t Asche aus der Abfallverbrennung. Diese Asche hatte eine Nachunternehmerin der Beigeladenen, die D. GmbH, zwischen 2008 und 2013 auf dem Grundstück der durch die Beigeladene betriebenen Müllverbrennungsanlage im sog. XXXpark ohne Genehmigung als Ersatzbaustoff eingesetzt (vgl. die Presseberichterstattung in Anlage AS 9, Bl. 116 ff. VgK).

Nach Gewährung von Akteneinsicht hat die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren zusätzliche Rügen betreffend die Wertung der Angebote erhoben. Zum einen habe das Angebot der Beigeladenen betreffend das Kriterium „Umschlag- und Transportkosten im Fernbereich“ sowie bei der wertungsrelevanten Fahrtzeitberechnung monetär unter Zugrundelegung schlechterer Ausgangswerte bewertet werden müssen. Zum anderen sei dem Antragsgegner ein Fehler bei der Ermittlung der wertungsrelevanten Ausgangsparameter hinsichtlich des Zeitbedarfs für den Transport beim Angebot der Antragstellerin

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.7.2019

unterlaufen. Ferner hat die Antragstellerin auch die Wertung des Kriteriums „Umweltbezogene Bewertung“ beanstandet.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 26. März 2019 zurückgewiesen. Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, das Angebot der Beigeladenen habe nicht ausgeschlossen werden müssen; der Antragsgegner habe sich insoweit im Rahmen des durch § 124 GWB gewährten Beurteilungsspielraums gehalten. Insbesondere habe der Antragsgegner das ihm obliegende Ermessen hinsichtlich der Frage ausgeübt, ob ein Ausschlussstatbestand im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB zulasten der Beigeladenen vorliege. Die Auffassung des Antragsgegners, dass die umweltrechtswidrige Entsorgung der Asche nicht bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrages, sondern auf der Grundlage eines privaten, schuldrechtlichen Vertrages zwischen der Beigeladenen und der D. GmbH erfolgt sei, sei zumindest vertretbar und halte sich im Rahmen des dem öffentlichen Auftraggeber durch § 124 GWB zugemessenen Beurteilungsbzw. Ermessensspielraums. Denn durch die Verbrennung des Hausmülls in der Anlage der Beigeladenen sei abfallrechtlich ein neuer Abfall entstanden. Der Antragsgegner sei im Rahmen seiner Ermessensausübung auch zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Ausschlussstatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht vorliege. Das Verfahren gegen die Geschäftsführer der Beigeladenen sei in einem Fall gemäß § 170 Abs. 2 StPO und in einem anderen Fall gemäß § 153a StPO eingestellt worden. Es sei nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner deshalb davon ausgehe, dass dem Unternehmen keine schweren Verfehlungen nachgewiesen werden könnten. Da die Ausschlussstatbestände gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 GWB nicht vorlägen, scheide auch ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB aus. Im Übrigen sei die Beigeladene insofern allenfalls einem Irrtum über die Berichtspflicht unterlegen; Anhaltspunkte für eine vorsätzliche Täuschung seien nicht ersichtlich. Jedenfalls sei selbst bei Annahme eines der Beigeladenen zuzurechnenden vormaligen Ausschlussgrunds inzwischen Anwendungsverjährung gemäß § 126 Nr. 2 GWB eingetreten.

Die Vergabekammer hat ferner gemeint, dass auch die Angebotswertung des Antragsgegners nicht zu beanstanden sei. Es könne dahingestellt bleiben, ob die von der Antragstellerin erhobenen Rügen betreffend die monetäre Bewertung der Angebote berechtigt seien, denn der Antragsgegner habe diesen Rügen im Zuge des Nachprüfungsverfahrens abgeholfen, in dem er die Bewertung im Wege einer Alternativberechnung unter Zugrundelegung sämtlicher Annahmen und Interpretationen der Antragstellerin wiederholt habe. Auch danach ergebe sich keine Änderung der Rangfolge der Angebote. Zwar sei die ursprünglich dokumentierte umweltbezogene Bewertung des Angebots der Beigeladenen tatsächlich nicht vollständig vergaberechtskonform gewesen. Allerdings sei die fehlende Aufklärung vorliegend im Zuge des Nachprüfungsverfahrens und auf eigene Initiative der Beigeladenen erfolgt bzw. nachgeholt worden. Nachdem der Antragsgegner in zulässiger Weise die von der Beigeladenen unterbreiteten Angaben als plausibel akzeptiert habe, bedürfe es einer weiteren Aufklärung gemäß § 15 Abs. 5 VgV nicht mehr.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens weiterverfolgt.

Die Antragstellerin ist weiterhin der Auffassung, dass die Tatbestände der Ausschlussgründe nach § 124 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 8 GWB vorlägen. Auch wenn die illegale Abfallablagerung nicht unmittelbar durch die Beigeladene vorgenommen worden sei, stelle sich diese Ablagerung doch als umweltrechtlicher Verstoß (auch) der Beigeladenen selbst i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB dar. Dieser Verstoß sei entgegen der Auffassung der Vergabekammer auch bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags begangen worden, weil die Pflicht zur Entsorgung der Hausmüllabfälle auch die ordnungsgemäße Entsorgung sämtlicher dabei neu entstehender Abfälle umfasse. Der Tatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB knüpfe nicht zwangsläufig an die strafrechtlichen Ermittlungen an. Vielmehr könne unabhängig von dem Ausgang der Strafverfahren in dem umweltrechtlichen Verstoß der Beigeladenen eine schwere Verfehlung des Unternehmens gesehen werden. Auch bezogen auf

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.7.2019

das Fehlverhalten der Geschäftsführer folge aus dem Ausgang der Ermittlungsverfahren nicht, dass kein Nachweis des Vorliegens einer schweren Verfehlung erbracht sei. Schließlich sei auch der Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB erfüllt, weil die Beklagte über die umweltrechtlichen Verstöße habe berichten müssen. Verjährung sei nicht eingetreten, weil deren Beginn nicht vor dem Zeitpunkt liegen könne, in dem die Beigeladene die illegal abgelagerten Abfälle vollständig von ihrem Grundstück entfernt und ordnungsgemäß entsorgt habe, was bis heute nicht der Fall sei. Insoweit sei im Übrigen auch kein Grund ersichtlich, warum für den Verjährungsbeginn nicht – wie im Falle einer Kartellbeteiligung gemäß Entscheidung des EuGH in der Rechtssache V. (Urteil vom 24. Oktober 2018 – Rs. C-124/17) – der Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung über die Sanktionierung dieses Verstoßes, die hier nach Auffassung der Antragstellerin in der Einstellung gemäß § 153a StPO liege, relevant sein solle.

Die Antragstellerin hält auch an ihrer Auffassung fest, dass der Antragsgegner die Angebote in monetärer Hinsicht fehlerhaft bewertet habe; insoweit verweist sie auf ihr erstinstanzliches Vorbringen. Ferner geht sie nach wie vor davon aus, dass die umweltbezogene Bewertung der Angebote unter Fehlern leide. Soweit sich der Antragsgegner auf die Möglichkeit zur Bewertung des Angebots der Beigeladenen mit „realistischen Alternativzahlen“ berufen habe, sei er ohne Aufklärung des Angebots hierzu nicht befugt gewesen. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer sei dieser Vergabefehler auch nicht im Nachprüfungsverfahren geheilt worden. Die von der Beigeladenen nachgereichten Erklärungen sprengten die Grenze der zulässigen Aufklärung nach § 15 Abs. 5 VgV und stellten sich als versteckte Nachverhandlung des ursprünglichen Angebots dar, das damit unzulässigerweise inhaltlich abgeändert worden sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Antragstellerin wird auf die Beschwerdebegründung (Bl. 65 ff. d.A.) Bezug genommen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Lüneburg vom 26. März 2019 aufzuheben;
2. dem Antragsgegner zu untersagen, in dem Vergabeverfahren „Beseitigung und Behandlung von Siedlungsabfällen“ (Bekanntmachungs-Nr. 2018/S 130-296533) den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen;
3. dem Antragsgegner aufzugeben, die Angebotsprüfung und -wertung in dem vorbezeichneten Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts erneut vorzunehmen;
4. dem Antragsgegner die Kosten des erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten der sofortigen Beschwerde, jeweils einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, aufzuerlegen;
5. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten seitens der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war;

Zudem beantragt die Antragstellerin,

gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern.

Der Antragsgegner beantragt,

1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.7.2019

2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.

3. die Hinzuziehung als Bevollmächtigte für den Antragsgegner im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.

Ferner beantragt der Antragsgegner,

den Antrag gemäß § 173 Abs. 2 Satz 3 GWB zurückzuweisen.

Er verteidigt den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer und meint insbesondere weiterhin, dass der Tatbestand eines Ausschlussgrundes nach § 124 GWB nicht erfüllt sei. Jedenfalls stehe dem Antragsgegner auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessen zu, von dem er in zulässiger Weise gebraucht gemacht habe. Hilfsweise gelte – worauf die Vergabekammer nicht mehr eingegangen sei –, dass ein Ausschluss wegen Selbstreinigung gemäß § 125 GWB ausscheide. Höchst hilfsweise beruft sich der Antragsgegner auf Verjährung des Ausschlussgrundes gemäß § 126 GWB, weil die Verjährung des Delikts des § 326 StGB in der Begehungsform des Ablagerns nicht erst mit der Beendigung des rechtswidrigen Zustands beginne und die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache V. auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Soweit die Antragstellerin ihre Vorwürfe weiterer Wertungsfehler nur noch im Hinblick auf die umweltbezogene Wertung weiterverfolge, habe der Antragsgegner zwar im Vergabeverfahren „etwas unglücklich agiert“. Es sei jedoch keine unzulässige inhaltliche Änderung des Angebots bzw. Nachverhandlung vorgenommen worden, sondern lediglich gemäß § 15 Abs. 5 VgV aufgeklärt worden, dass die Angaben der Beigeladenen im Angebot korrekt und plausibel seien. Im Übrigen hätte der Antragsgegner auch die unvollständige Erläuterung nach § 56 Abs. 2 und Abs. 3 VgV nachfordern können. Die zunächst unzureichende Aufklärung habe während des Nachprüfungsverfahrens nachgeholt werden können.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens des Antragsgegners wird auf den Schriftsatz vom 26. April 2019 (Bl. 140 ff. d.A.) Bezug genommen.

Die Beigeladene beantragt,

1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen,

2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen und

3. die Hinzuziehung als Verfahrensbevollmächtigten für die Beigeladene zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.

Ferner beantragt die Beigeladene,

den Antrag gemäß § 173 Abs. 2 Satz 3 GWB zurückzuweisen.

Sie meint, es lägen keine Gründe vor, ihr Angebot auszuschließen. Insbesondere sei der Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB schon deshalb nicht gegeben, weil die Beklagte die rechtswidrige Entsorgung der Aschen und Schlacken nicht eigenständig durchgeführt habe und weil darüber hinaus nicht habe festgestellt werden können, dass diese Aschen und Schlacken im Zuge der Erfüllung konkreter öffentlicher Auftragsverhältnisse entstanden seien. Selbst wenn man von solchen Aufträgen an die Beigeladene ausgehe, sei daraus für den Rechtsverstoß der D. GmbH kein kausales öffentliches Auftragsverhältnis abzuleiten. Die Entsorgungsverantwortung der Beigeladenen für den Hausmüll habe mit dessen Verbrennung geendet und es sei neuer Abfall entstanden. Eine Zurechnung des Fehlverhaltens der D. GmbH scheide aus. Der

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.7.2019

Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB liege ebenfalls nicht vor, weil die Beigeladene weder Kenntnis von den Verstößen des Drittunternehmens gehabt noch Kontrollpflichten verletzt habe. Ferner fehle die notwendige „Schwere“ eines etwaigen Verstoßes, da die betreffenden Ermittlungsverfahren eingestellt worden seien. Jedenfalls habe der Antragsgegner den ihm eingeräumten Beurteilungsspielraum nicht überschritten. Die Beigeladene habe ferner durch ihre Mitwirkung an der Umsetzung des Ausbaus der illegal abgelagerten Abfälle erfolgreiche Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt. Ein etwaiger Ausschlussgrund sei auch verjährt, weil insofern für den Fristbeginn auf den Zeitpunkt der Tathandlung, spätestens aber auf den Zeitpunkt des Abschlusses der öffentlich-rechtlichen Verträge abzustellen sei. Schließlich habe die Beigeladene auch keine nachträgliche Änderung ihres Angebots vorgenommen, sondern der Antragsgegner habe lediglich Unklarheiten des Angebots aufgeklärt und die Beigeladene habe im Zuge dieser Aufklärung die von ihr für den Vertragszeitraum prognostizierten Werte belegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Beigeladenen wird auf ihren Schriftsatz vom 2. Mai 2019 (Bl. 177 ff. d.A.) Bezug genommen.

II.

Der gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB statthafte und auch im Übrigen zulässige Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern, ist unbegründet. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Hauptsache voraussichtlich keinen Erfolg. In einem solchen Fall ist dem Antragsteller eine Verlängerung des Zuschlagsverbots ungeachtet dessen zu versagen, ob das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens das Interesse des Antragstellers an einer Erlangung des Auftrags überwiegt (vgl. Senatsbeschluss vom 22. Januar 2014 – 13 Verg 12/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. August 2010 – Verg 32/10, juris Rn. 1).

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt. Sie hat in der Sache jedoch voraussichtlich keinen Erfolg. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag zu Recht als unbegründet zurückgewiesen.

Das Angebot der Beigeladenen war entgegen der Auffassung der Antragstellerin weder gemäß § 124 GWB auszuschließen (dazu im Folgenden unter 1.) noch hat der Antragsgegner dieses Angebot fehlerhaft bei der Wertung berücksichtigt (dazu im Folgenden unter 2.).

1. Die Vergabekammer hat zu Recht entschieden, dass der Antragsgegner das Angebot der Beigeladenen nicht gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 1 und/oder Nr. 3 bzw. Nr. 8 GWB vom Vergabeverfahren ausschließen musste. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Ausschlussgründe liegen bereits nicht vor (dazu nachfolgend a). Jedenfalls war die Entscheidung, von einem etwaigen Ausschlussgrund keinen Gebrauch zu machen, nicht ermessensfehlerhaft (dazu nachfolgend b). Auf die Fragen der Selbstreinigung und/oder Verjährung kommt es deshalb nicht mehr an (dazu nachfolgend c).

a) Die Voraussetzungen für einen fakultativen Ausschlussgrund liegen weder nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB vor (dazu aa) noch nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB (dazu bb) und/oder nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB (dazu cc).

aa) Das Angebot der Beigeladenen ist nicht deshalb vom Vergabeverfahren auszuschließen, weil das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat (§ 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB).

(1) Eine Zurechnung des – möglicherweise gemäß § 326 StGB strafbaren – Verhaltens der D. GmbH bzw. der für sie handelnden Personen kommt im Rahmen des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht in Betracht. Die Vorschrift

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.7.2019

erfasst nur Verstöße des Bieterunternehmens, das durch seine Organe handelt. Insoweit kann offenbleiben, ob die Zurechnungsnorm des § 123 Abs. 3 GWB, auf die ausdrücklich nur in § 124 Abs. 1 Nr. 3 Bezug genommen wird, im Rahmen des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB analog Anwendung findet (dagegen: Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 1, § 124 GWB Rn. 20; Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 124 GWB Rn. 10; dafür: BeckOK VergabeR/Prieß/Friton, 10. Edition Stand; 15.4.2017, § 124 GWB Rn. 90), weil die danach erforderliche rechtskräftige Verurteilung einer für die Leitung des Unternehmens der Beigeladenen verantwortlichen Person unstreitig nicht vorliegt. Jedenfalls kann das Handeln von Nachunternehmern für sich genommen keinen Ausschlussstatbestand nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB begründen (vgl. Opitz, a.a.O.; Conrad in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 9 f.).

(2) Zwar kann ein Verstoß des Hauptauftragnehmers gegen gesetzliche Kontrollpflichten gegenüber Nachunternehmern einen Verstoß i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB begründen (vgl. Beck'scher Vergaberechtskommentar, a.a.O.). Anknüpfungspunkt für eine derartige Pflichtverletzung der Beigeladenen, zu der die Antragstellerin mangels näherer Kenntnis nichts Konkretes vorträgt, könnten vorliegend zwei Gesichtspunkte sein: Zum einen ist gegen einen der Geschäftsführer der Beigeladenen Anklage (mit unbekanntem Inhalt) erhoben worden; das Verfahren wurde später gemäß § 153a Abs. 2 StPO eingestellt. Zum anderen ergibt sich aus der Vergabeempfehlung Teil II, dass offenbar zumindest der zuständige Landkreis davon ausging, dass die verantwortlichen Personen im Unternehmen der Beigeladenen Kenntnis von den „vor ihrer Nase“ stattfindenden abfallrechtlichen Verstößen gehabt haben müssten. Diese Kenntnis hat jedoch die Beigeladene stets bestritten und sie ist bis heute nicht festgestellt worden.

Eine weitergehende Aufklärung der Vorgänge im Unternehmen der Beigeladenen seitens des Antragsgegners – etwa durch Anforderung der Anklageschrift und ggf. weiterer Teile der Strafakten – zur Prüfung einer möglichen Kontrollpflichtverletzung war jedoch vorliegend entbehrlich, weil es sich bei dem ursprünglich an die Beigeladene erteilten Auftrag, in dessen Rahmen die D. GmbH als Nachunternehmerin eingeschaltet wurde, nicht um einen öffentlichen Auftrag i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB handelte.

Insofern ist bereits nicht davon auszugehen, dass – wie die Vergabekammer (auf S. 14 unten des angefochtenen Beschlusses) angenommen hat – „die Aschen aus der Verbrennung von ursprünglich zumindest auch im Rahmen von öffentlichen Aufträgen gesammelten Hausmüllfraktionen“ stammten; denn nach den Feststellungen in der Vergabeempfehlung Teil II sowie nach den Angaben des Antragsgegners in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer (vgl. Protokoll S. 2, Bl. 657 VgK) war die Beigeladene in dem in Rede stehenden Zeitraum nicht Auftragnehmerin eines öffentlichen Auftrags. Soweit die Beigeladene danach allenfalls „in relativ geringem Umfang als Nachunternehmer für S. Hausmüll verarbeitet“ hat (vgl. Vergabeempfehlung Teil II, S. 11 unten), dessen Aschen sie wiederum an die D. GmbH weitergegeben haben mag, ändert dies nichts daran, dass die Beigeladene insoweit nicht i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB „bei der Ausführung öffentlicher Aufträge“, sondern aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages mit dem unmittelbaren Adressaten des öffentlichen Auftrags (S.?) gehandelt hat.

Aus denselben Gründen ist die Annahme der Vergabekammer zutreffend, dass die D. GmbH als (weitere) Nachunternehmerin nicht im Rahmen öffentlicher Aufträge tätig geworden ist, sondern auf der Grundlage eines zivilrechtlichen Vertrages mit der Beigeladenen.

Selbst wenn man vom Vorliegen eines öffentlichen Auftrags an die Beigeladene ausginge, ergäbe sich aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung keine Haftung der Beigeladenen gemäß § 22 Satz 2 KrWG, der die Verantwortlichkeit der zur Verwertung und Beseitigung von Abfall Verpflichteten bis zum endgültigen und ordnungsgemäßen Abschluss der Entsorgung statuiert. Denn nachdem die Beigeladene die ihrer Entsorgung unterliegenden Abfälle verbrannt hatte, war mit den hierbei angefallenen Aschen und

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.7.2019

Schlacken durch die Veränderung der Natur und Zusammensetzung der Abfälle neuer Abfall gemäß § 3 Abs. 8 Nr. 1 KrWG entstanden, so dass die Verantwortung der Beigeladenen für diesen Abfall aus den (unterstellt) öffentlichen Aufträgen zu diesem Zeitpunkt endete (vgl. Kropp in: v. Lersner/Wendenburg/Kropp/Rüdiger, Recht der Abfall- und Kreislaufwirtschaft, § 15 KrWG Rn. 24; Beckmann in: Ladmann/Röhner, Umweltrecht, Stand: 88. EL September 2018, § 5 KrWG Rn. 14; Dippel in: BeckOK Umweltrecht/Giesberts/Reinhardt, 49. Edition Stand 01.10.2018, § 22 KrWG Rn. 10; BVerwG, Urteil vom 28. Juni 2007 – 7 C 5/07, juris Rn. 22). Auf eine etwaige – von der Antragstellerin lediglich vermutete – abweichende schuldrechtliche Regelung im Verhältnis zwischen der Beigeladenen und einem etwaigen öffentlichen Auftraggeber kommt es insofern nicht an, weil § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB nur Verstöße gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen erfasst.

bb) Die Vergabekammer hat auch zutreffend entschieden, dass der Antragsgegner nicht zum Ausschluss des Angebots der Beigeladenen nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wegen einer nachweislich schweren Verfehlung der Beigeladenen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit verpflichtet war, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wurde.

Bei dem Begriff „schwere Verfehlung“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zukommt. „Schwere Verfehlungen“ sind erhebliche Rechtsverstöße, die geeignet sind, die Zuverlässigkeit eines Bewerbers grundlegend in Frage zu stellen. Sie müssen schuldhaft begangen worden sein und erhebliche Auswirkungen haben (vgl. OLG München, Beschluss vom 21. Mai 2010 – Verg 02/10, juris Rn. 166; Hausmann/von Hoff, a.a.O., Rn. 26; BeckOK VergabeR, a.a.O., Rn. 32).

Die vom Antragsgegner im vorliegenden Fall angestellten Ermittlungen haben ergeben, dass etwaige Verfehlungen der Beigeladenen bzw. ihrer Geschäftsführer im Zusammenhang mit der Abfallentsorgung

* nicht zu umweltrechtlichen Sanktionen gegen die Beigeladene geführt haben;

* in strafrechtlicher Hinsicht zwei Ermittlungsverfahren gegen die Geschäftsführer der Beigeladenen zur Folge hatten, von denen eines mangels hinreichenden Tatverdachts gemäß § 170 Abs. 2 StPO sowie das andere gemäß § 153a Abs. 2 StPO eingestellt worden ist;

* Gegenstand von zwei öffentlich-rechtlichen Verträgen waren, in denen sich – grob zusammengefasst – die Beigeladene als Gesamtschuldnerin mit der D. GmbH zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes und zur Ergreifung weiterer Maßnahmen mit dem Ziel der Verhinderung künftiger Verstöße verpflichtet hat. Diese Vereinbarungen sind nach Auskunft des zuständigen Landkreises vollumfänglich und teilweise vorfristig erfüllt worden.

Unter diesen Umständen teilt der Senat die Auffassung der Vergabekammer, dass der Antragsgegner jedenfalls nicht gehindert war, die etwaigen Verfehlungen der Geschäftsführer der Beigeladenen nicht als „schwer“ i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB zu bewerten, zumal auch die Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 153a Abs. 2 StGB voraussetzte, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung durch die Erteilung von Auflagen und Weisungen beseitigt werden konnte und die Schwere der Schuld nicht entgegenstand. Deshalb hielt sich auch die Prognoseentscheidung des Antragsgegners, dass etwaige Verfehlungen der Geschäftsführer der Beigeladenen insbesondere angesichts der Mitwirkung des Unternehmens an der Herstellung umweltrechtskonformer Zustände nicht die Integrität des Unternehmens in Frage stellten, im Rahmen des Beurteilungsspielraums des Antragsgegners.

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.7.2019

cc) Schließlich liegen auch die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB nicht vor, weil die Beigeladene im Vergabeverfahren nicht in Bezug auf Ausschlussgründe eine schwerwiegende Täuschung begangen bzw. Auskünfte zurückgehalten hat.

Zwar hat die Beigeladene in ihrer Eigenerklärung keine Angaben zu den Ermittlungen gegen ihre Geschäftsführer im Zusammenhang mit der unzulässigen Abfallentsorgung gemacht. Für einen Ausschluss wegen einer schwerwiegenden Täuschung oder der Zurückhaltung von Auskünften ist jedoch ein Verschulden im Sinne eines vorsätzlichen Handelns erforderlich (vgl. Hausmann/von Hoff, in: Kulartz/Kus/Port/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 124 GWB Rn. 57). Daran fehlt es hier: Die Beigeladene hat mit Schreiben vom 11. Januar 2019 gegenüber dem Antragsgegner nachvollziehbar ausgeführt, aus welchen Gründen sie von einer Mitteilung der – ihrer Auffassung nach keinen Ausschlussgrund begründenden – Tatsachen abgesehen hat. Insoweit wird auf die Zusammenfassung dieses Schreibens im Beschluss der Vergabekammer (dort S. 17) verwiesen. Nachdem auch die weitere Aufklärung durch den Antragsgegner ergeben hat, dass – wie oben unter aa) und bb) ausgeführt – keine Ausschlussgründe gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 GWB vorliegen, kann das Unterlassen der Beigeladenen nicht als vorsätzliche schwerwiegende Täuschung bzw. Zurückhaltung von Auskünften angesehen werden.

b) Jedenfalls war die Entscheidung des Antragsgegners, von einem etwaigen Ausschlussgrund keinen Gebrauch zu machen, nicht ermessensfehlerhaft.

Bezüglich der fakultativen Ausschlussgründe des § 124 GWB kommt dem öffentlichen Auftraggeber auf der Rechtsfolgenseite ein – durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenztes – Ermessen zu. Es handelt sich um eine Prognoseentscheidung dahingehend, ob von dem Bieter zukünftig trotz des fakultativen Ausschlussgrundes eine sorgfältige, ordnungsgemäße und gesetzestreue Auftragsdurchführung zu erwarten ist. Angesichts dessen können die Nachprüfungsinstanzen die Entscheidung des Auftraggebers, einen Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen oder hiervon abzusehen, nur auf Ermessensfehler prüfen. Solche liegen wiederum vor, wenn die vom Auftraggeber getroffenen Sachverhaltsermittlungen und -feststellungen oder die Anwendung vergaberechtlicher Rechtsbegriffe auf willkürlichen, sachwidrigen Erwägungen beruhen oder aber das Ermessen auf null reduziert war und der Auftraggeber das verkannt hat (vgl. Hausmann/von Hoff, a.a.O., Rn. 71; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. November 2018 – Verg 31/18, juris Rn. 74; Senatsbeschluss vom 9. Januar 2017 – 13 Verg 9/16, juris Rn. 52 m.w.N.).

Gemessen an diesen Grundsätzen durfte der Antragsgegner im vorliegenden Fall jedenfalls davon ausgehen, dass trotz eines aufgrund etwaiger Verfehlungen der Beigeladenen bzw. ihrer Geschäftsführer in den Jahren 2009 bis 2013 unterstellten fakultativen Ausschlussgrundes die begründete Erwartung bestand, die Beigeladene werde die ausgeschriebenen Leistungen ordnungsgemäß erbringen. Wie oben ausgeführt, war der Beigeladenen allenfalls ein Verstoß gegen Kontrollpflichten nachzuweisen, der jedoch zu keiner strafrechtlichen Verurteilung geführt hatte. Soweit die Beigeladene dennoch mit dem Abschluss der öffentlich-rechtlichen Verträge tatsächliche (Mit-)Verantwortung für den rechtswidrigen Zustand übernommen hatte, hatte sie die daraus resultierenden Verpflichtungen erfüllt. Ferner hatte die Beigeladene die Zusammenarbeit mit der D. GmbH eingestellt und betreibt die Anlage zur Aufbereitung von HMVA-schen nunmehr selbst über eine 100 %-ige Tochtergesellschaft. Unter Abwägung dieser und aller weiteren Gesamtumstände kann selbst für den Fall eines unterstellten fakultativen Ausschlussgrundes ein Ermessensfehler des Antragsgegners nicht angenommen werden.

c) Auf die – von der Vergabekammer nicht geprüfte – Frage, ob die von der Beigeladenen ergriffenen Maßnahmen eine erfolgreiche Selbstreinigung i.S.v. § 125 GWB darstellen, kommt es nach alledem nicht mehr an.

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.7.2019

Gleiches gilt für die Prüfung der Verjährung eines etwaigen Ausschlussgrundes gemäß § 126 Nr. 2 GWB, die die Vergabekammer unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verjährungsbeginn bei § 326 StGB bejaht hat.

2. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist auch die Angebotswertung nicht zu beanstanden. Der Antragsgegner hat das Angebot der Beigeladenen nicht offensichtlich fehlerhaft bewertet bzw. das Angebot der Beigeladenen zu Unrecht überhaupt in der Wertung berücksichtigt (so aber S. 32 der Beschwerdebegründung, Bl. 96 d.A.). Fehler der Angebotswertung liegen weder hinsichtlich der monetären Bewertung vor (dazu nachfolgend a) noch hinsichtlich der umweltbezogenen Bewertung (dazu nachfolgend b).

a) Soweit die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer Fehler bei der monetären Bewertung geltend gemacht hatte, hat die Vergabekammer zu Recht von einer inhaltlichen Prüfung dieser Rügen abgesehen, nachdem der Antragsgegner ihnen mit Schriftsatz vom 14. März 2019 (dort Anlage 2, Bl. 594 ff. VgK) abgeholfen hat. Denn die monetäre Neuberechnung unter Zugrundlegung des Vorbringens der Antragstellerin hat zu keiner Änderung der Rangfolge der Angebote geführt. Insoweit erhebt die Antragstellerin auch in der Beschwerdebegründung (dort auf S. 33, Bl. 97 d.A.) keine Einwendungen gegen die Neuberechnung, sondern verweist lediglich auf ihren erstinstanzlichen Vortrag, der aus den vorstehenden Gründen unerheblich ist.

b) Hinsichtlich der von der Antragstellerin weiter gerügten Fehler bei der umweltbezogenen Bewertung hat die Vergabekammer ebenfalls zutreffend darauf hingewiesen, dass die vom Antragsgegner zunächst vorgenommene Bewertung des Angebots mit „realistischen Alternativzahlen“ unzulässig gewesen ist und dass auf dieser Basis der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen nicht hätte erteilt werden dürfen. Wie die Vergabekammer jedoch weiter zu Recht annimmt, ist die stattdessen erforderliche Aufklärung des – auf den ersten Blick des Antragsgegners nicht plausiblen – Angebots der Beigeladenen zulässigerweise im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erfolgt.

Dass eine Aufklärung im laufenden Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden kann (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – VII-Verg 35/15, juris Rn. 39; Beschluss vom 2. August 2017 – VII-Verg 17/17, juris Rn. 44), stellt dem Grunde nach auch die Antragstellerin nicht in Abrede. Soweit die Antragstellerin annimmt (auf S. 36 ff. der Beschwerdebegründung, Bl. 100 ff. d.A.), die nachgereichten Erläuterungen der Beigeladenen würden die Grenzen der Aufklärung gemäß § 15 Abs. 5 VgV sprengen und sich vielmehr scheinbar als versteckte Nachverhandlung des ursprünglichen Angebots darstellen, handelt es sich infolge der teilweisen Schwärzungen der Schriftsätze der übrigen Verfahrensbeteiligten lediglich um eine Vermutung, die sich nach Prüfung des Schriftsatzes der Beigeladenen vom 15. März 2019 (dort S. 13 ff., Bl. 632 ff. VgK) durch den Senat und Abgleich seines Inhalts mit dem ursprünglichen Angebotsinhalt als unzutreffend erweist. Insbesondere hat die Beigeladene entgegen der Annahme der Antragstellerin als Anlage zu ihrem Angebot die „Behördliche Bestätigung der Energieeffizienz nach der R1-Formel“ für den Berichtszeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2017 sowie eine „Energiebilanz“ für die Jahre 2015 bis 2017 vorgelegt. Bei der fehlenden Zahl, die der Antragsgegner im Rahmen seiner „Alternativberechnung“ anhand der ITAD-Website ermittelt hatte, handelte es sich um den Durchsatz für das Jahr 2017, nachdem die Beigeladene in ihrem Angebot als Angabe TL1 – nach Auffassung des Antragsgegners versehentlich – den Durchsatz nur für die Jahre 2014 bis 2016 mitgeteilt hatte. Da Gegenstand der umweltbezogenen Bewertung ausweislich der Vergabeunterlagen der prognostizierte Zustand während der Vertragslaufzeit sein sollte, musste sich die Plausibilisierung der saldierten Stromabgabe nicht 1:1 aus den Daten der Vergangenheit ergeben, wenn der Bieter im ausgeschriebenen Vertragszeitraum technische Optimierungen plante, die zu einer Veränderung der Stromabgabe führen würden. Eben diese bis zum Leistungsbeginn im Januar 2021 geplanten Maßnahmen hat die Beigeladene im Schriftsatz vom 15. März 2019 nachvollziehbar erläutert und damit die Plausibilität ihrer

OLG Celle, Beschluss vom 13.05.2019, 13 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 26.7.2019

Prognosen für den Antragsgegner begründet. Eine inhaltliche Änderung des Angebots war damit entgegen der Vermutung der Antragstellerin nicht verbunden; vielmehr hält sich der Inhalt der ergänzenden Angaben der Beigeladenen im Rahmen einer zulässigen Aufklärung des Angebotsinhalts gemäß § 15 Abs. 5 VgV.

III.

Eine Entscheidung über die Kosten des Verfahrens gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB ist nicht veranlasst; diese ergeht zusammen mit der Entscheidung in der Hauptsache.

W.

K.

M.