


<b>Gericht:</b>	Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken Vergabesenat	<b>Quelle:</b>	
<b>Entscheidungsdatum:</b>	18.05.2016	<b>Norm:</b>	§ 19 Abs 3 VOLA2
<b>Aktenzeichen:</b>	1 Verg 1/16	<b>Zitiervorschlag:</b>	Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 18. Mai 2016 - 1 Verg 1/16 -, juris
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss		

### Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Saarlandes, 28. Januar 2016, Az: 3 VK 02/2015

### Tenor

I. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 3. Vergabekammer des Saarlandes vom 28. Januar 2016 - 3 VK 02/2015 - wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners trägt die Antragstellerin. Die Zuziehung eines Rechtsanwalts wird für erforderlich erklärt.

III. Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 136.884,19 Euro festgesetzt.

### Gründe

#### A.

- 1 Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages, die der Antragsgegner als Aufgabenträger für den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV, Busverkehrsleistungen) für die Regio-Buslinie R1 durchführt.
- 2 Am 01.08.2015 hat der Antragsgegner im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Kennziffer 2015/S 147-271529 den betreffenden Dienstleistungsauftrag nach den Vorgaben der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) ausgeschrieben. Als einziges Zuschlagskriterium ist der „Niedrigste Preis“ angegeben. Der Vertragsbeginn ist für Juli 2016 vorgesehen; die Laufzeit des Vertrags soll 42 Monate betragen.
- 3 In dem bei den Vergabeunterlagen befindlichen Anschreiben wird ausgeführt, die in der Leistungsbeschreibung bezeichneten Leistungen seien Gegenstand der Ausschreibung, der dem Angebot zu Grunde liegende Leistungsumfang ergebe sich aus den „Fahrplänen“ (Anlage 2). Ferner wird darauf hingewiesen, dass dem Angebot die in „Anlage 1 Vordruck 1 genannten Nachweise (= Auflistung nach § 9 Abs. 4 VOL/A)“ beizufügen sind und dass Angebote, die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Nebenangebote hat der Antragsgegner ausgeschlossen. Rückfragen der Bieter waren spätestens bis zum 11.09.2015 an den Antragsgegner zu richten. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 28.09.2015, 11 Uhr.

- 4 Die Leistungsbeschreibung gliedert sich in fünf Ziffernbereiche. Ziffer 1 enthält unter 1.1 (2) den Hinweis, dass sich der Leistungsumfang „aus dem Fahrplan (Anlage 2) ergebe. Ziffer 3 führt unter Teilziffer 3.1.1. (Überschrift: Fahrplan) aus:
- 5 „Der beigefügte Fahrplan (vgl. Anlage 2) definiert die genauen Fahrzeiten und Linienverläufe, die Haltestellen und deren Bedienungsreihenfolge sowie die Anschlussverbindungen an den Verknüpfungspunkten für ein Normjahr. Diese dürfen vom Bieter nicht unterschritten werden.
- 6 Der Bieter legt mit seinem Angebot nach Verkehrstagen differenzierte Fahrplantabellen vor, aus denen hervorgeht, dass die fahrplantechnischen Mindestvorgaben dieser Ausschreibungsunterlagen eingehalten werden“
- 7 Der Leistungsbeschreibung folgen die „Unterlagen zur Angebotserstellung“ (Anlage 1) und der „Fahrplan“.
- 8 Bis zu dem im Anschreiben angegebenen Termin für Rückfragen (11.09.2015) gingen insgesamt acht Bieterfragen beim Antragsgegner ein, die durch zwei Informationsschreiben am 20.08.2015 und 02.09.2015, gerichtet an alle Bieter, beantwortet wurden. Nach dem 11.09.2015 kam es zu weiterer Korrespondenz zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner. Eine E-Mail vom 28.09.2015, die nachmittags nach dem Termin zur Angebotsabgabe und -öffnung einging, bezieht sich auf zwei Telefonate zwischen der Antragstellerin und einem Mitarbeiter des Antragsgegners vom 21. und 22.09.2015, bei dem es sich nicht um den in der Vergabebekanntmachung benannten Ansprechpartner des Antragsgegners handelte.
- 9 In der E-Mail heißt es:
- 10 „ ...Wir möchten uns herzlich bedanken für das Telefongespräch vom 21.09.2015 und ihren Rückruf vom 22.09.2015 und wir möchten festhalten, dass Sie uns den Punkt 3.1.1. Fahrplan wie folgt erörtert haben. Wir können in unserem Angebot einen Fahrplan vorlegen nach unserem Fahr- und Dienstplan. Wir legen mit unseren Unterlagen dar, dass wir den Fahrplan Anlage 2 in unseren Dienstplan umsetzen können. Darüber hinaus haben wir eine Leerfahrt in eine Besetztfahrt umgewandelt und eine kleine Taktlücke geschlossen. Dies wäre dann - wie Sie sagen - ein zusätzlicher Nutzen über den Mindestfahrplan hinaus.“
- 11 An der Ausschreibung haben sich insgesamt 4 Bieter, darunter die Antragstellerin und die Beigeladene, beteiligt. Außer der Antragstellerin haben die übrigen Bieter den ausgefüllten Unterlagen zur Angebotserstellung (Anlage 1 der Vergabeunterlagen) neben einem Handelsregisterauszug keine weiteren Unterlagen beigefügt. Das Angebot der Antragstellerin enthält darüber hinaus umfangreiche Unterlagen zum Fahrplan. Die Antragstellerin hat dabei Änderungen am vorgegebenen Fahrplan in der Weise vorgenommen, dass zusätzliche Fahrten angeboten werden (Umwandlung einer Leerfahrt in eine Besetztfahrt; Schließung einer Taktlücke).
- 12 Die Antragstellerin sowie ein weiterer Bieter haben des Weiteren in ihren Angeboten den von der Antragstellerin bereits am 24.09.2015 thematisierten Formelfehler des Excel-Preisblattes korrigiert. Die beiden übrigen Bieter haben dies nicht getan.
- 13 Der Antragsgegner hat alle vier Angebote gewertet und dabei kleinere Rechenfehler sowie den Formelfehler des Preisblattes korrigiert. Nach den Wertungspreisen hat die Beigeladene das Angebot mit dem niedrigsten Preis in Höhe von 777.887,96 Euro abgegeben. Die Antragstellerin folgt auf Platz 2 der Bieterreihenfolge mit einem Preis von 782.195,36 Euro, wobei die von der Antragstellerin angebotenen zusätzlichen Leistungen nicht in die Wertung mit eingeflossen sind.

- 14 Am 09.11.2015 teilte der Antragsgegner den unterlegenen Bietern mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag frühestens am 04.12.2015 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Anwaltsschreiben vom 11.11.2015, dass das Angebot der Beigeladenen unvollständig und daher nicht zuschlagsfähig sei. Ihr Angebot müsse ausgeschlossen werden, da die mit dem Angebot geforderten Fahr- und Dienstpläne nicht vorgelegt worden seien.
- 15 Nachdem der Antragsgegner der Rüge der Antragstellerin nicht abgeholfen hatte, beantragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 18.11.2015 die Einleitung des Vergabenachprüfungsverfahrens, mit dem sie im Wesentlichen die Zurückversetzung in einen rechtsfehlerfreien Stand und Wiederholung des Vergabeverfahrens sowie die Feststellung angestrebt hat, dass der Antragsgegner sie in ihren Rechten verletzt hat.
- 16 Im Rahmen ihres Nachprüfungsantrages hat sie daran festgehalten, dass die Beigeladene ein unvollständiges Angebot abgegeben habe, das gemäß § 19 Abs. 3 lit. a) EG VOL/A, der keinen Ermessensspielraum enthalte, auszuschließen sei. Zum anderen lägen keine vergleichbaren Angebote vor, da der Antragsgegner die Verdingungsunterlagen gegenüber der Antragstellerin in der Weise einseitig verändert habe, dass diese als einzige Bieterin ihrem Angebot Fahr- und Dienstpläne habe beifügen müssen.
- 17 Durch die zusätzlichen Anforderungen, die im Rahmen der Telefonate vom 21. und 22.09.2015 durch den Mitarbeiter des Antragsgegners an sie gestellt worden seien, habe sie Kalkulationsnachteile erlitten. Diese Handhabung der Ausschreibung sei unfair und verstoße eindeutig gegen das Diskriminierungsverbot des § 97 Abs. 2 GWB. Im Falle des Zuschlags an die Beigeladene bestehe keine Chance mehr, Bestellmittel des Antragsgegners zu erhalten, die hinsichtlich des streitgegenständlichen Linienbündels an andere Unternehmen wie die Beigeladene nicht mehr ausgeschüttet würden.
- 18 Der Wortlaut von Ziffer 3.1.1. der Leistungsbeschreibung „Der Bieter legt mit seinem Angebot ... vor...“ sei eindeutig und verpflichte den Bieter zwingend, Fahrplantabellen mit dem Angebot einzureichen. In einem ersten Telefonat vom 21.09.2015 sei ihr zwar mitgeteilt worden, dass ein Verweis auf den Normfahrplan genüge, während des zweiten Telefonates vom 22.09.2015 habe man ihr allerdings erklärt, dass sie differenzierte Fahrplantabellen vorlegen solle und dass ein zusätzlicher Nutzen über den Mindestfahrplan hinaus möglich sei, wenn sie eine Lehrfahrt in eine Besetztfahrt umwandle und eine kleine Taktlücke schließe. Obwohl nach den Vergabeunterlagen Nebenangebote unzulässig sein sollten, habe der Mitarbeiter des Antragsgegners die Antragstellerin damit aufgefordert, ein Nebenangebot abzugeben. Durch diese Erklärungen habe der Antragsgegner die Verdingungsunterlagen geändert, was vor Ablauf der Angebotsfrist auch zulässig sei, solange dies diskriminierungsfrei für alle Bieter erfolge und zu vergleichbaren Angeboten führe.
- 19 Die Bieterfrage sei auch nicht verspätet erfolgt. Unabhängig davon, dass nach § 12 Abs. 8 EG VOL/A Fragen nur rechtzeitig gestellt werden müssten, habe der Antragsgegner, der sich die Handlungen des die telefonischen Auskünfte erteilenden Mitarbeiters zurechnen lassen müsse, auch geantwortet. Dass der Antragsgegner die Bieterfrage der Antragstellerin und ihre Antwort nicht allen Bietern zugänglich gemacht habe, könne der Antragstellerin nicht zum Nachteil gereichen und führe zur unheilbaren Fehlerhaftigkeit des insoweit intransparenten und nicht diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahrens.
- 20 In diesem Zusammenhang sei auch ein eklatanter Verstoß gegen Dokumentationspflichten aus § 24 EG VOL/A festzustellen, wenn die Bieterfrage und die Antwort hierauf nicht einmal ordnungsgemäß dokumentiert wurden.

- 21 Mit Beschluss vom 28.01.2015 (Bl. 16 ff. d.A.) hat die 3. Vergabekammer des Saarlandes den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen und zur Begründung ihrer Entscheidung ausgeführt, dass - ungeachtet bestehender Zweifel an der Zulässigkeit - der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet sei. Da das Angebot der Beigeladenen vollständig und zuschlagsfähig sei, sei die Wertung des Angebots der Beigeladenen durch den Antragsgegner vergaberechtskonform.
- 22 Gegen diesen, der Antragstellerin am 28.01.2016 zugegangenen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 10.02.2016 per Fax eingegangenen (Bl. 1 ff. d.A.) sofortigen Beschwerde, mit der sie ihre im Vergabeverfahren bereits vorgebrachten Argumente wiederholt und vertieft.
- 23 Die in dem Beschluss geäußerten Zweifel an der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages seien sowohl was die Rügeverpflichtung gemäß § 107 Abs. 2 GWB als auch die Antragsbefugnis der Antragstellerin anbelange, nicht berechtigt und im Ergebnis durch die Vergabekammer auch nicht als durchgreifend erachtet worden.
- 24 Die Verdingungsunterlagen hinsichtlich der Leistungsbeschreibung zu Ziffer 3.1.1. seien sehr wohl in einer Weise imperativ formuliert worden, dass die Bieter die Fahrpläne ihrem Angebot beilegen mussten. Darüber hinaus habe der Auftraggeber die Antragstellerin durch ihren Mitarbeiter noch eigens in Beantwortung ihrer Bieterfrage zur Vorlage von Dienst- und Umlaufplänen aufgefordert. Dass die Fahrpläne nicht in der Liste gemäß § 9 Abs. 4 EG VOL/A aufgeführt sind, sei unerheblich, da der Antragsgegner insoweit eine weitere Pflicht verletzt habe, indem er unvollständige Verdingungsunterlagen herausgegeben habe. Entgegen der Sichtweise der Vergabekammer könne der Leistungsbeschreibung neben den Bewerbungsbedingungen nicht lediglich „beschreibende Wirkung“ beigemessen werden; diese sei maßgeblicher Teil der Verdingungsunterlagen und werde mit dem Zuschlag Vertragsbestandteil.
- 25 Abweichungen von der Leistungsbeschreibung seien Änderungen der Vertragsunterlagen und führten zwingend gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. d) VOL/A zum Ausschluss vom Vergabeverfahren. Darüber hinaus handele es sich bei den Fahr- und Dienstplänen nicht um Nachweise im Sinne des § 9 Abs. 4 EG VOL/A, sondern um integrale Angebotsbestandteile, weshalb auch eine Nachforderung ausgeschlossen sei. Entgegen seiner telefonischen Zusage habe der Antragsgegner die von der Antragstellerin angebotenen Verbesserungen im Rahmen der Wertung nicht berücksichtigt, obwohl sie positiv im Sinne einer Mehrleistung vom geforderten Leistungsinhalt abgewichen seien.
- 26 Die in dem angefochtenen Beschluss herangezogene Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.06.2008 - VII Verg 22/08, sei nicht einschlägig, da es sich dort einerseits um eine Vergabe nach VOB/A im Bereich der Kampfmittelräumdienste handele und andererseits vorliegend die Besonderheit bestehe, dass der Antragstellerin auf ihre Bieterfrage mitgeteilt worden sei, sie müsse die geforderten Fahrpläne nicht nur beifügen, sondern auch im Sinne einer Dienst- und Umlaufplanung erläutern. Insoweit fehle es an der notwendigen Differenzierung zwischen Dienstplänen und Umlaufplänen einerseits und den vom Auftraggeber vorgegebenen Fahrplänen.
- 27 Selbst wenn man aber einen Ausschluss der Beigeladenen nur aufgrund des Fehlens von Fahr- und Dienstplänen als unzulässig ansehen wollte, sei gleichwohl das gesamte Vergabeverfahren aufzuheben und in Form einer diskriminierungsfreien Neubekanntmachung der geänderten Vertragsunterlagen zu wiederholen.
- 28 In der mündlichen Verhandlung vom 20.04.2016 hat die Antragstellerin ihren mit der sofortigen Beschwerde gestellten Antrag,

- 29 1. Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern,
- 30 im Hinblick auf den Beschluss vom 15.02.2016 (Bl. 149 ff. d.A.), durch den der Senat die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin einstweilen, bis zur Entscheidung über den Verlängerungsantrag, verlängert hat, zurückgenommen (Bl. 220 d.A.).
- 31 Sie beantragt im Übrigen (Bl. 3, 76, 220 d.A.):
- 32 2. Der Beschluss der Vergabekammer Saarbrücken vom 28.01.2016, Az. 3 VK 02/2015, wird aufgehoben.
- 33 3. Der Antragsgegner wird vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens angewiesen, das im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Az. 2015/S 147271529 am 01.08.2015 bekannt gemachte Verfahren zur Vergabe der Regio-Buslinie R1 in rechtsfehlerfreien Stand zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer (wohl des Beschwerdegerichts) zu wiederholen.
- 34 4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin durch diese wird für notwendig erklärt.
- 35 5. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer.
- 36 Für den Fall, dass der Antragsgegner das Verfahren ohne Ausspruch des Beschwerdegerichts freiwillig und umgehend in rechtsfehlerfreien Stand zurückversetzt, sowie für den Fall, dass der Antragsgegner dauerhaft vom Beschaffungsvorhaben Abstand nimmt, beantragt die Antragstellerin hilfsweise:
- 37 6. Der Beschluss der Vergabekammer Saarbrücken vom 28.01.2016, Az. 3 VK 2/2015 wird aufgehoben.
- 38 7. Es wird festgestellt, dass der Antragsgegner verpflichtet war, das im Supplement zum EU-Amtsblatt unter dem Az. 2015/S 147271529 am 01.08.2015 bekannt gemachte Verfahren zur Vergabe der Regio-Buslinie R1 in rechtsfehlerfreien Stand zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer (wohl Beschwerdegerichts) zu wiederholen.
- 39 8. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin durch diese wird für notwendig erklärt.
- 40 9. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer.
- 41 Der Antragsgegner beantragt (Bl. 161, 173, 220 d.A.):
- 42 1. Die sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.

- 43 2. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners wird für notwendig erklärt.
- 44 3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten zweckentsprechender Rechtsverfolgung des Antragsgegners.
- 45 Der Antragsgegner verweist darauf, dass die sofortige Beschwerde schon nicht den formalen Erfordernissen des § 117 Abs. 2 Nr. 2 GWB genüge, da sie pauschal auf den Vortrag im Verfahren der Vergabekammer zurückgreife und das Rechtsmittelziel nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit formuliere, § 117 Abs. 2 Nr. 1 GWB.
- 46 Der Antrag sei jedenfalls unbegründet, da Prüfung und Wertung der Angebote rechtsfehlerfrei vorgenommen worden seien. Nach den Vorgaben der Bewerbungsbedingungen habe keine Pflicht zur Vorlage von Fahrplänen bestanden, wovon jeder verständige Bieter ausgehen müssen und die anderen Bieter im Übrigen auch ausgegangen sind. Als einzige Vorgabe hätten die Bieter dem Angebot die in Anlage 1 Vordruck 1 genannten Nachweise beifügen müssen. Entgegen der Darstellung der Antragstellerin seien die Vergabeunterlagen weder intransparent im Rahmen des Telefonates vom 22.09.2015 abgeändert worden noch würde sich eine solche Änderung zum Schaden der Antragstellerin ausgewirkt haben, da ihr Angebot ordnungsgemäß gewertet worden sei. Das Angebot der Beigeladenen sei vollständig und im Hinblick auf den niedrigsten Wertungspreis auch zuschlagsfähig.
- 47 Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen M. und E. gemäß Beweisbeschlüssen vom 20.04.2016 (Bl. 222, 225 d.A.). Wegen des Ergebnisses wird auf die Sitzungsniederschrift vom 20.04.2016 (Bl. 222 ff. d.A.) verwiesen.
- 48 Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 20.04.2016 (Bl. 219 ff. d.A.) Bezug genommen.

## **B.**

### **I.**

- 49 Auf das Verfahren findet „altes Recht“ und nicht das am 18.4.2016 in Kraft getretene VergR Mod 6 Anwendung (§ 166 Abs. 2 VergR Mod 6).
- 50 Die sofortige Beschwerde ist gemäß § 116 Abs. 1 GWB statthaft und form- und fristgerecht eingelegt (§ 117 GWB).
- 51 Gemäß § 100 Abs. 1 GWB finden die Vorschriften des GWB über die Vergabe öffentlicher Aufträge Anwendung, da der Auftragswert der Gesamtmaßnahme - jedenfalls über 770.000 Euro - die durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegten Schwellenwerte, vorliegend den nach §§ 2 Nr. 3, 3 Abs. 4 VGV maßgeblichen Schwellenwert von 207.000 Euro, bei weitem überschreitet.
- 52 Beschwerdeberechtigt sind alle am Verfahren der Vergabekammer Beteiligten (§§ 109, 119 GWB). Die Antragstellerin ist durch die für sie sachlich nachteilige Entscheidung der Vergabekammer auch beschwert. Sie hat als nächst günstigste Bieterin das preisgünstigste Angebot abgegeben.

## II.

- 53 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin bleibt in der Sache ohne Erfolg.
- 54 Die Vergabekammer hat, auch unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweiserhebungen des Senats, zu Recht entschieden, dass die beabsichtigte Vergabe des Auftrages an die Beigeladene nicht vergaberechtswidrig ist und nicht festgestellt werden kann, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist, § 97 Abs. 7 GWB.
- 55 Das Angebot der Beigeladenen war nicht gemäß § 19 Abs. 3 lit. a EG VOL/A von der Wertung auszuschließen. Auch die weiteren die Durchführung des Vergabeverfahrens betreffenden Rügen rechtfertigen keine Aufhebung des Vergabeverfahrens im Sinne einer Zurückversetzung in einen rechtsfehlerfreien Stand.
- 56 Im Hinblick darauf war über die Hilfsanträge nicht zu entscheiden, da die dort genannten innerverfahrensrechtlichen Bedingungen nicht eingetreten sind.
- 57 1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
- 58 a) Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.
- 59 Danach ist antragsbefugt jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB geltend macht. Die Antragstellerin macht die Verletzung von Vergabevorschriften geltend. Ihrem Vorbringen lässt sich zudem entnehmen, dass ihr durch die behauptete Verletzung ein Schaden zu entstehen droht (§ 107 Abs. 2 S. 2 GWB), an dessen Darlegung keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Es reicht aus, dass ein Schadenseintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, NZBau 2004, 564; BayOblG, Beschluss vom 15.07.2002 - Verg 15/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.03.2004 - VII Verg 7/04, IBR 2004, 271).
- 60 b) Die durch den Antragsgegner geäußerten Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit der gestellten Anträge teilt der Senat unter Auslegung des Nachprüfungsbegehrens der Antragstellerin nicht.
- 61 Gemäß § 108 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Abs. 2 GWB soll der Vergabenachprüfungsantrag zwar gewisse Mindestanforderungen erfüllen. Die Antragschrift muss hinreichend klar erkennen lassen, worin das Verfahrensziel des Antragstellers besteht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.07.2001 - Verg 16/01). Im Hinblick darauf, dass im Verfahren vor der Vergabekammer kein Anwaltszwang besteht und weil wegen Art. 19 Abs. 4 GG der Zugang zu den Gerichten nicht unbillig erschwert werden darf, sind an das Begründungserfordernis allerdings keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (OLG München, Beschluss vom 29.09.2009 - Verg 12/09). Insbesondere kann sich das Begehren nachvollziehbar aus dem Zusammenhang der Antragsbegründung ergeben. Es genügt, wenn daraus jedenfalls im Wege der Auslegung hervorgeht, welche Rechtsfolgen der Antragsteller anstrebt (Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2013, § 108 Rz. 3).
- 62 Bei zutreffendem Verständnis ihres Nachprüfungsantrages ist der Antragstellerin in erster Linie daran gelegen, den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu erreichen, damit sie als zweitbeste Bieterin zum Zuge kommt. Daneben begehrt sie für den Fall, dass ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen nicht in Betracht kommt, die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in dem Umfang, wie dies zur Erreichung einer fehlerfreien Vergabe erforderlich ist. Die fehlende nähere Konkretisierung im Rahmen der Anträge ist auch deshalb unschädlich, weil

die Vergabekammer bzw. der Senat ohnehin nicht an Anträge der Beteiligten gebunden sind, § 114 Abs. 1 S. 2 GWB.

- 63 b) Der Nachprüfungsantrag ist auch nicht gemäß § 107 Abs. 3 GWB wegen nicht rechtzeitiger Rüge des Vergabeverstößes unzulässig.
- 64 Nachdem die Antragstellerin per Fax vom 09.11.2015 darüber informiert wurde, dass sie den Zuschlag nicht erhalten werde, hat sie mit Schriftsatz vom 11.11.2015 gegenüber dem Antragsgegner eine schriftliche Rüge des Inhalts erhoben, dass das Angebot der Beigeladenen nicht zuschlagsfähig und daher zwingend gemäß § 19 Abs. 3 lit. a EG VOL/A auszuschließen sei. Die Rüge ist vor Stellung des Nachprüfungsantrages erfolgt, der am 18.11.2015 und damit innerhalb der Ausschlussfrist des § 107 Abs. 3 GWB gestellt wurde.
- 65 Die Obliegenheit zur vorprozessualen Rüge ist zwingende Sachentscheidungs- oder Zugangsvoraussetzung für das Nachprüfungsverfahren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.08.2000 - Verg 9/00; Ziekow/Völlink, a.a.O., § 107 Rz. 36). Im Lichte der europarechtlich gewährten Rechtsschutzgarantie sind die Bestimmungen über die Rügeobliegenheit allerdings restriktiv auszulegen. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners hat die Antragstellerin jeweils unverzüglich nach Kenntnis eines sie betreffenden Vergaberechtsverstößes in das laufende Vergabenauchprüfungsverfahren eingeführt.
- 66 2. Nach Maßgabe ihres so ausgelegten Begehrens ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unbegründet.
- 67 a) Der Vergabekammer ist zuzustimmen, dass das Angebot der Beigeladenen nicht gemäß § 19 Abs. 3 lit. a EG VOL/A wegen nicht vollständig vorgelegter Nachweise von der Angebotswertung auszuschließen ist.
- 68 aa) Nach dieser Vorschrift sind Angebote, die bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht die geforderten oder die nach Maßgabe von § 19 Abs. 2 EG VOL/A nachgeforderten Erklärungen und Nachweise enthalten, auszuschließen. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall jedoch nicht gegeben, da die Beigeladene wie auch die übrigen Bieter die vom Auftraggeber nach den Verdingungsbedingungen geforderten Erklärungen und Nachweise innerhalb der Angebotsfrist vollständig vorgelegt haben und die Beigeladene nicht verpflichtet war, gesonderte Fahr- und Dienstpläne vorzulegen.
- 69 Die formalen Anforderungen an die Angebote hat die Antragsgegnerin in den Bewerbungsbedingungen unter Ziffer 4 definiert (Bl. 23 d. VA). Hiernach waren lediglich die in Anlage 1 Vordruck 1 genannten Nachweise gefordert und keine Fahr- und Dienstpläne. Gemäß § 9 Abs. 4 EG VOL/A sind Auftraggeber verpflichtet, Nachweise, die zwingend im Vergabeverfahren vorzulegen sind, in einer abschließenden Liste zusammenzustellen. Hieran hat sich der Antragsgegner gehalten und in den Bewerbungsbedingungen unter Ziffer 4 im Sinne dieser Pflicht unter dem ausdrücklichen Hinweis auf § 9 Abs. 4 EG VOL/A lediglich ausgeführt, dass die in Anlage 1 Vordruck 1 enthaltenen Nachweise beizufügen sind. Diese Vorgaben waren bei verständiger Würdigung zunächst so zu verstehen, dass dem Angebot keine Fahrpläne beizufügen sind, wenn der Ausschreibungsfahrplan angeboten wird. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Unterlagen, auf die der Auftraggeber im Rahmen des Bezugs auf § 9 Abs. 4 EG VOL/A nicht hinweist, als nicht wirksam gefordert gelten mit der Folge, dass der Bieter solche Nachweise mit seinem Angebot nicht vorlegen muss (Müller/Wrede, VOL/A, 4. Aufl., § 9 EG Rz. 70). Durch die Unterschrift unter dem Vordruck Nr. 1, die der Bieter unter Beifügung der dort geforderten, als abschließend bezeichneten Nachweise geleistet hat, hat er alle Bewerbungsbedingungen erfüllt.
- 70 bb) Auch der Hinweis der Antragstellerin auf die Formulierung in der Leistungsbeschreibung (Bl. 78 ff. der Vergabeakten) unter Ziffer 3.1.1. "Der Bieter legt mit seinem Angebot nach Verkehrstagen differenzierte Fahrplantabellen vor, aus denen hervorgeht, dass die fahrplantechnischen



Mindestvorgaben dieser Ausschreibungsunterlagen eingehalten werden“ vermag den Rechtsstandpunkt, das Angebot der Beigeladenen habe zwingend ausgeschlossen werden müssen, nicht zu stützen.

- 71 Diesem Passus lässt sich unter Berücksichtigung des sonstigen Inhalts der Leistungsbeschreibung, insbesondere aber den in Anlage 1 Vordruck 1 ausschließlich genannten Nachweisen, die keine Fahr- und Dienstpläne erwähnen, nicht entnehmen, dass der Bieter, der durch seine Unterschrift auf den Vordruck die Bezugnahme auf die Fahrpläne und deren Einhaltung gewährleistet, jeweils zwingend nochmals die vom Auftraggeber vorgegebenen Fahrpläne ausdrucken und mit seinem Angebot vorlegen muss. Der Vergabekammer ist darin zu folgen, dass hierdurch lediglich Mindestanforderungen in dem Sinne formuliert werden, dass diese Vorgaben vom Bieter in seinem Angebot nicht unterschritten werden. Da die Regelung sich innerhalb der Leistungsbeschreibung befindet, sollte ersichtlich nicht eine zwingend vorgegebene Art der Angebotserstellung geregelt werden.
- 72 Im Übrigen waren alle Bieter in der Pflicht, zu bestätigen, dass die von ihnen angebotenen Fahrpläne dem Ausschreibungsplan entsprechen. Dies konnte dadurch geschehen, dass sie im Rahmen des Vordruckes 1 erklärt haben, dass der in der Anlage zur Leistungsbeschreibung vorgegebene Ausschreibungsplan akzeptiert wird. Darüber hinaus stand es den Bietern frei, innerhalb der Standards des Ausschreibungsfahrplanes Fahrpläne pp. vorzulegen und weitere und zusätzliche Fahrten anzubieten. In letzterem Fall mussten sie das Einhalten der Standards des Ausschreibungsfahrplanes im Sinne von Ziffer 3.1.1. der Leistungsbeschreibung durch Vorlage eines individuellen Angebotsfahrplans belegen. In den Bewerbungsbedingungen findet sich ansonsten an keiner Stelle der Hinweis, dass Dienst- und Fahrpläne vorzulegen waren. Keiner der anderen Bieter hat dies auch getan.
- 73 cc) Selbst wenn man aber - bei isolierter Betrachtung - die unter Ziffer 3.1.1. der Leistungsbeschreibung enthaltene Erklärung als für den Bieter missverständlich ansehen würde, führt das Fehlen differenzierter Fahrplantabellen nicht zum Ausschluss des Angebots der Beigeladenen von der Wertung.
- 74 aaa) Zur Ermittlung seines Erklärungsgehalts ist das Angebot der Beigeladenen auszulegen. Hierzu ist die Vergabestelle nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.012.2004 - VII- Verg 70/04, BA 6, VergabeR 2005, 212). Maßstab der Auslegung ist, wie ein mit den Umständen vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durfte und musste (BayObLG VergabeR 2002, 77; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.09.2006 - VII-Verg 36/06).
- 75 Vordruck 1 ist mit der Überschrift „Erklärung über die Abgabe eines Angebotes“ versehen und enthält u. a. den Satz “ Ich biete die Ausführung aller in den Verdingungsunterlagen formulierten Leistungen zu den von mir in den beiliegenden Preisblättern (Vordruck 2) genannten Preisen und mit allen die Preise betreffenden Angaben an. Alle in den anliegenden Verdingungsunterlagen formulierten Anforderungen werden von mir akzeptiert und erfüllt. Dies gilt insbesondere für die Erfüllung der in den Anlagen der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Fahrpläne“. Es folgt auf Vordruck 1 eine Auflistung aller Angaben und Vordrucke, welche das Angebot umfasst. Das Zusammenspiel von Leistungsbeschreibung und Unterlagen zur Angebotserstellung und „Fahrplan“ war danach vom Auftraggeber klar definiert und von der Beigeladenen auch eingehalten.
- 76 Danach wurde die Leistungsbeschreibung mit dem vom Antragsgegner vorgegebenen Ausschreibungsplan nebst den ergänzenden Vertragsbedingungen Bestandteil des Angebots der Beigeladenen. Da sich die Beigeladene (wie auch die die übrigen Bieter) in der Erklärung über die Abgabe eines Angebotes (Vordruck 1) zur Erfüllung der in den Anlagen der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Fahrpläne verpflichtet hat, gab es für den Antragsgegner auch keinen Anlass, weitere Erklärungen und Nachweise nachzufordern. Es lag bereits ein vollständiges

Angebot vor, das nicht von der Leistungsbeschreibung abwich und den Ausschreibungsfahrplan verbindlich anbot.

- 77 bbb) Auf die formale Rücksendung der vorgegebenen Fahrpläne mit dem Angebot kann es bei richtigem Verständnis auch deshalb nicht ankommen, weil dies zu keinem anderen rechtlichen Ergebnis geführt hätte. Dem Interesse des Auftraggebers an einer vollständigen und eindeutigen Vertragsunterlage war genüge getan. Die physische Beifügung der vom Auftraggeber vorgegebenen Fahrpläne hätte darüber hinaus für diesen keinen weitergehenden Aufklärungs- und Erkenntniswert besessen.
- 78 Der Hinweis auf die Entscheidung des OLG Koblenz (Beschluss vom 30.03.2012, 1 Verg 1/12) vermag den Rechtsstandpunkt der Antragstellerin nicht zu stützen. Hinsichtlich der Frage, ob ein Angebot auszuschließen ist, weil es von der Leistungsbeschreibung abweicht, bekräftigt das OLG Koblenz gerade den Rechtsstandpunkt, dass entscheidend allein die Frage ist, ob die vertraglich geschuldete Leistung exakt dem entspricht, was der Auftraggeber haben will, wenn er den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin erteilen würde. So liegt der Fall hier.
- 79 dd) Selbst wenn man die Anforderung der Ziffer 3.1.1. entgegen dem Rechtsstandpunkt des Senats als zwingende Pflicht zur Abgabe von Fahr- und Dienstplänen ansehen würde, dürfte der Antragsgegner die Beigeladene nicht zwingend ausschließen.
- 80 Er wäre vielmehr nach der vom OLG Düsseldorf vertretenen Auffassung (Beschluss vom 17.07.2013 - VII Verg 10/13) verpflichtet gewesen, die Fahr- und Dienstpläne nachzufordern. Der Antragsgegner hat sich das Recht zur Nachforderung von Unterlagen unter Ziffer 4 der Bewerbungsunterlagen ausdrücklich vorbehalten und gerade keinen zwingenden Ausschluss bestimmt. Es handelt sich auch nicht um integrale Vertragsbestandteile, die nicht nachgefordert werden können (so VK Thüringen, Beschluss vom 12.04.2013-250-4002-2400/2013E-008-SOK; VK Brandenburg, Beschluss vom 06.08.2013 - 11/13).
- 81 b) Die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens ist auch nicht dadurch beeinträchtigt, dass nach Darlegung der Antragstellerin zu ihren Lasten einseitig ein Abändern der Vergabeunterlagen erfolgt ist und damit gegen das Diskriminierungsverbot aus § 97 Abs. 2 und 7 GWB verstoßen wurde.
- 82 aa) Insbesondere wurden die Anforderungen der Vergabe nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahmen nicht nachträglich aufgrund der erfolgten Bieteranfrage der Antragstellerin und der daraufhin geführten Telefonate vom 21. und 22.09.2015 geändert.
- 83 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin stand der Vergabestelle im Sinne eines geordneten Vergabeverfahrens „als Herrin des Vergabeverfahrens“ auch die Möglichkeit offen, klare Regeln für Bieterfragen vorzugeben, gegen die die Antragstellerin durch ihre verspätete und noch dazu mündlich gehaltene Rückfrage verstoßen hat (Weyand, Vergaberecht, 4. Aufl., § 12 VOL/A Rz. 135; VK Sachsen, Beschluss vom 24.04.2008, 1 SVK/015-08).
- 84 Unabhängig davon lässt sich den Angaben des telefonischen Gesprächspartners der Antragstellerin, des Zeugen M., in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer wie auch im Rahmen seiner ergänzenden Vernehmung durch den Senat keine Abänderung der Verdingungsunterlagen und Zulassung von Nebenangeboten entnehmen. Der Zeuge hat glaubhaft bekundet, im Rahmen der Telefonate zum Ausdruck gebracht zu haben, dass er keine rechtsverbindlichen Auskünfte erteilen könne, da er nicht der zuständige Sachbearbeiter sei, und es nach seinen Erfahrungen aus früheren, ähnlich gelagerten Vergabeverfahren ausreiche, den Normfahrplan per Unterschrift auf dem Vordruck zu bestätigen. Erst nachdem ihm Bedenken gekommen seien, habe er der Antragstellerin tags drauf mitgeteilt, dass es aus Gründen der Vorsicht besser sein könnte, Fahrpläne vorzulegen, wenn man weitere Fahrten anbieten möchte bzw. falls die Antragstellerin Änderungen daran vornehmen wollte. Vor dem Hintergrund einer von der Antrag-

stellerin offensichtlich ins Auge gefassten individuellen Angebotssituation hat dieser lediglich darauf hingewiesen, dass beim Abweichen vom Ausschreibungsfahrplan die Vorlage von Fahr-  
bahntabellen ein geeignetes Mittel sein könne, um zu dokumentieren, dass die im Ausschrei-  
bungsfahrplan definierten Mindestvorgaben eingehalten werden. Für die Richtigkeit dieser An-  
gaben spricht im Übrigen maßgeblich der Inhalt der E-Mail der Antragstellerin vom 28.09.2015,  
in der es heißt " Wir können in unserem Angebot einen Fahrplan vorlegen nach unserem Fahr-  
und Dienstplan. Wir legen mit unseren Unterlagen dar, dass wir den Fahrplan in der Anlage 2 in  
unseren Dienstplan umsetzen können".

- 85 Der Zeuge, der die Verdingungsunterlagen nicht gekannt hat, hat damit im Rahmen der Telefo-  
nate für seine Gesprächspartnerin erkennbar lediglich generelle, auf allgemeinen Kenntnissen  
beruhende Auskünfte erteilt. Dass er nicht der für dieses Vergabeverfahren eigentliche, in den  
Vergabeunterlagen angegebene zuständige Ansprechpartner war, war der Antragstellerin auch  
bewusst.
- 86 Für den Senat ist nicht erkennbar, dass im Rahmen dieser Telefonate gegenüber der Geschäfts-  
führerin der Antragstellerin irgendwelche verbindlichen Zusagen hinsichtlich der Abgabe von  
Nebenangeboten und deren Wertung gemacht wurden. Der Zeuge hat dies ausdrücklich ver-  
neint und darauf hingewiesen, dass er mit seinem Rückruf am nächsten Tag lediglich verhin-  
dern wollte, dass die Antragstellerin für den Fall Rechtsnachteile dadurch erleidet, dass sie mög-  
licherweise Zusatzfahrten anbietet und keine Fahrpläne vorlegt, die die Mindestanforderungen  
der Ausschreibung einhalten.
- 87 Die Angaben des Zeugen M. sind plausibel und glaubhaft. Ihnen stehen auch nicht die Bekun-  
dungen des Zeugen E. entgegen, der das zweite Telefonat im Büro der Mitgeschäftsführerin  
der Antragstellerin über die Lautsprecheranlage mitgehört haben will. Abgesehen davon, dass  
der Zeuge angegeben hat, dass die Mitgeschäftsführerin die Möglichkeit ins Spiel gebracht hat,  
dass eigentliche Leerfahrten ggfls. als Besetztfahrten zusätzlich zu den Fahrplanvorgaben der  
Vergabestelle angeboten werden könnten, vermochte der Zeuge nicht zu bestätigen, dass über  
die Folgen weitergehender Angebote gesprochen oder irgendwelche Zusagen durch den Ge-  
sprächspartner gemacht wurden. Soweit dem Zeugen aus dem Gespräch erinnerlich war, dass  
man prinzipiell Leerfahrten als Besetztfahrten zusätzlich angeben könne und man dies in einem  
„Nebenantrag“ machen könne, so begegnet jedenfalls letztere Aussage doch erblichen Zwei-  
feln. Der Zeuge gebrauchte eine Formulierung, die so bislang nicht von der Antragstellerin be-  
hauptet wurde und deren Sinngehalt er selbst nicht kannte. Berücksichtigend, dass der Zeuge  
E. die Erläuterung des Zeugen M. auch mit der Aussage „prinzipiell“ begleitete, stehen seine  
Angaben nicht einmal in relevantem Widerspruch zu denjenigen des Zeugen M., der mangels  
Kenntnis der konkreten Vergabebedingungen erklärtermaßen nur Angaben genereller Natur ge-  
macht hat.
- 88 Eine Abänderung der Vergabebedingungen zu Lasten der Antragstellerin ist mithin nicht gege-  
ben.
- 89 bb) Abgesehen von diesen Erwägungen lässt sich nicht festzustellen, dass der Antragstellerin  
aus der Vorlage der zusätzlichen Unterlagen ein Nachteil entstanden ist, denn ihr Angebot wur-  
de unstreitig gewertet.
- 90 Der Auftrag wurde ihr ausschließlich deshalb nicht zugeschlagen, weil sie nicht das niedrigst-  
preisigste Angebot, was das einzige Zuschlagskriterium war, abgegeben hatte. Ihre Darlegun-  
gen, durch das Ausdrucken ihres Angebotsfahrplanes und die Erstellung der Unterlagen seien  
unnötigerweise Ressourcen blockiert worden, die sie anderenfalls in die Erstellung des Angebo-  
tes hätte stecken können, sind unsubstantiiert und nicht geeignet, einen ihr entstandenen ver-  
gaberechtlich relevanten Nachteil darzutun.
- 91 c) Soweit die Antragstellerin zusätzlich eine Umwandlung von Leerfahrten in Besetztfahrten an-  
geboten hat, ist nicht ersichtlich, dass dieser Umstand mit Blick auf den Ausschreibungsfahrplan

im Rahmen des maßgeblichen Bewertungskriteriums (Preisgünstiges Angebot) zu einer anderen Wertung hätte führen müssen.

- 92 aa) Ein Nebenangebot liegt nach der Rechtsprechung immer dann vor, wenn ein Bieter eine andere als nach der Leistungsbeschreibung vorgesehene Art der Ausführung anbietet. Der Begriff „Nebenangebot“ setzt eine Abweichung vom geforderten Angebot voraus, und zwar eine Abweichung jeder Art, unabhängig von ihrem Grad, ihrer Gewichtung oder ihrem Umfang (VK Lüneburg, Beschluss vom 12.06.07 - VK 23/2007). Als Nebenangebote sind alle Angebote anzusehen, die, und sei es auch nur geringfügig, von dem vom Auftraggeber geforderten Angebot abweichen (Müller/Wrede, a.a.O., § 19 EG Rz. 178, § 15 EG Rz. 40 mwN). Ob das Angebot der Antragstellerin, das vorliegend alle Anforderungen der Ausschreibung erfüllt und lediglich darüber hinausgehende Leistungen anbietet, ein Nebenangebot im vorbeschriebenen Sinne darstellt, braucht allerdings nicht entschieden zu werden.
- 93 bb) Die Abgabe von Nebenangeboten war nämlich nach den Vergabeunterlagen ausdrücklich ausgeschlossen. Nach dem dargestellten Inhalt der Telefonate, kann auch aus der maßgeblichen Empfängersicht der Bieterin nicht davon ausgegangen werden, dass der Zeuge M. trotz Unkenntnis der Vergabeunterlagen der Antragstellerin entgegen seiner eigenen Aussage verbindlich zusagen wollte und zugesagt hat, dass die Antragstellerin ein Nebenangebot abgeben könne, das zwingend in die Wertung miteinfließt.
- 94 Nach den maßgeblichen schriftlichen Verdingungsunterlagen, die als alleiniges Wertungskriterium den „günstigsten Preis“ vorsehen, war die Wertung des Antragsgegners mithin nicht zu beanstanden.
- 95 cc) Eines vertieften Eingehens auf die unter den Obergerichten diskutierte und dem BGH als Divergenzvorlage vorliegende Frage, ob Nebenangebote und Niedrigstpreisvergabe kombinierbar sind - bejahend: OLG Schleswig, Beschluss vom 15.04.2011 - 1 Verg 190/10; OLG Koblenz, Beschluss vom 27.07.2010 - 1 Verg 6/10; OLG Celle, Beschluss vom 03.06.2010 - 13 Verg 6/10; tendenziell bejahend BGH, Beschluss vom 23.01.2013 - X ZB 8/11; Verneinend: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.2010 - Verg 39/10; OLG Jena, Beschluss vom 16.09.2013 - 9 Verg 3/13 - bedarf es unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen nicht.
- 96 d) Dem Antragsgegner ist ferner kein Verstoß gegen die Dokumentationspflichten aus § 24 EG VOL/A anzulasten. Denn die telefonische Anfrage vom 21.09.2015 war als Bieterfrage präkludiert und als solche vom Antragsgegner nicht als für alle Bieter thematisierungs- und weiterleitungsbedürftig angesehen worden. Unabhängig davon ist nicht ersichtlich, wie sich ein evtl. Versäumnis des Auftraggebers, den Inhalt der beiden Telefonate zu dokumentieren, auf die Rechtsstellung der Antragstellerin in dem Vergabeverfahren negativ ausgewirkt hat. In jedem Einzelfall muss vom Bieter vorgetragen und geprüft werden, ob die konkrete Art des Verstoßes in einer Rechtsverletzung der Antragstellerin resultiert (OLG München, Beschluss vom 02.11.2012 - Verg 26/12; OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.01.2007 -11 Verg 11/06; Müller/Wrede, VOL/A, 4. Aufl., § 24 EG Rz. 52 mwN). Das war vorliegend nicht der Fall.
- 97 e) In der von der Antragstellerin als vergaberechtswidrig beanstandeten „Korrektur von Kalkulationsblättern“ bei zwei Bietern kann keine Diskriminierung der Antragstellerin gesehen werden. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer Bezug genommen werden.
- 98 Nach alledem war die Beschwerde zurückzuweisen.

**C.**

- 99 Die Entscheidung über die Kosten des erfolglosen Beschwerdeverfahrens beruht auf §§ 120 Abs. 2, 78 S. 2 1. Altern. GWB, § 97 ZPO. Die Kosten des Antrags nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB, den die Antragstellerin zurückgenommen hat, sind Kosten des Beschwerdeverfahrens, über die einheitlich im Rahmen der Entscheidung über die Hauptsache - wie geschehen - zu entscheiden war.
- 100 Die angefochtene Entscheidung war auch insoweit aufrechtzuerhalten, als die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten in dem Verfahren vor der Vergabekammer für den Antragsgegner für notwendig erklärt wurde. Diese war auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens für notwendig zu erklären (§ 120 Abs. 1 GWB), denn einem öffentlichen Auftraggeber wird die Hinzuziehung eines Anwalts jedenfalls dann zuzubilligen sein, wenn sich in dem Nachprüfungsverfahren schwierige Rechtsfragen aufwerfen, die unter Berücksichtigung der Bedeutung der Sache sowie der den Antragsgegner treffenden Pflicht zur Beschleunigung und Verfahrensförderung die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe notwendig erscheinen lassen (zu den Abwägungskriterien vgl. BayObLG VergabeR 2004, 259; OLG Düsseldorf VergabeR 2004, 266/270 ff.)
- 101 Die Festsetzung des Geschäftswertes des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Auszugehen ist von 5 % der Bruttoauftragssumme, was regelmäßig der pauschalierten Gewinnerwartung des Bieters entspricht, unter Berücksichtigung der Laufzeit des Vertrages von 3,5 Jahren.

#### **D.**

- 102 Eine Vorlagepflicht gemäß § 124 Abs. 2 GWB besteht nicht. Der Senat weicht in den seine Entscheidung leitenden Erwägungen weder von der Rechtsauffassung eines anderen Beschwerdegerichts noch von derjenigen des Bundesgerichtshofs ab.
- 103 Eine Abweichung liegt nämlich nicht schon immer dann vor, wenn sich die Begründungen von Entscheidungen nicht miteinander in Einklang bringen lassen. Erforderlich ist vielmehr, dass die tragende Begründung der einen Entscheidung nicht mit der die andere Entscheidung tragenden Begründung übereinstimmt, was namentlich einen im Wesentlichen gleichen oder vergleichbaren Sachverhalt voraussetzt (vgl. Kulartz/Kus/Portz, § 124 GWB Rz. 12 mwN). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben.
- 104 gez. H.-P. Schmidt                      Fritsch-Scherer                      Dr. K. Schmidt