


Gericht:	OLG Koblenz Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	23.05.2022
Aktenzeichen:	Verg 2/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGKOB:2022:0523.VERG2.22.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 97 Abs 1 S 1 GWB, § 160 Abs 3 GWB, § 173 Abs 1 GWB
Zitiervorschlag:	OLG Koblenz, Beschluss vom 23. Mai 2022 - Verg 2/22 -, juris

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Rheinland-Pfalz, 29. April 2022, VK 2 - 23/21

Tenor

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 29. April 2022 gerichteten sofortigen Beschwerde zu verlängern, wird abgelehnt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin ist ein öffentliches Unternehmen und betreibt das Müllheizkraftwerk [...]. Sie veröffentlichte im Supplement zum EU-Amtsblatt vom [...] eine Auftragsbekanntmachung zur Vergabe von Dienstleistungen „zum Transport und zur Entsorgung von Reststoffen aus der Abfallverbrennung (Schlacke; Filterstäube und Kesselausbruch) der [...]“ im offenen Verfahren. Der Gesamtwert des Auftrags war antragsgegnerseits zuvor auf [...] € geschätzt worden.
- 2 Die Leistungen sollten in zwei Lose aufgeteilt vergeben werden. Los 1 ist in der Auftragsbekanntmachung wie folgt beschrieben:
- 3 „Entsorgung der Schlacke Der Auftragnehmer übernimmt die im Müllheizkraftwerk des Auftraggebers anfallenden Schlacke nach den näheren Bestimmungen der Leistungsbeschreibung. Der Auftragnehmer soll eine integrierte Dienstleistung erbringen, zu der Schlackebunker-Management, Verladung und Transport, Aufbereitung der Schlacke, Verwertung oder Beseitigung der Reststoffe nach der Schlackeaufbereitung und die Dokumentation gehören. Es besteht die Möglichkeit, die komplette Leistung der Schlackeentsorgung anzubieten (inkl. Verwertung / Beseitigung der mineralischen Aufbereitungsreste) oder eine Leistung, bei der die mineralischen Aufbereitungsreste auf Deponiekontingende des Auftraggebers angedient werden.“
- 4 In der Auftragsbekanntmachung sind außerdem Eignungskriterien aufgeführt. So heißt es zu Ziffer III.1.2) der Bekanntmachung:
- 5 **„Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit**
- 6 Möglicherweise geforderte Mindeststandards:

- 7 [...]
- 8 7. ‚sichere Entsorgungsmöglichkeit für mineralische Aufbereitungsreste‘ (nur Los 1 - sofern keine Andienung auf [...] -Kontingente angeboten wird) Die Bieter müssen die beabsichtigte Verwertung / Beseitigung der mineralischen Aufbereitungsreste auf einem Formblatt beschreiben und den Abnahmevertrags über die gesamte angebotene Vertragslaufzeit vorlegen.“
- 9 In den Vergabeunterlagen finden sich ebenfalls Ausführungen zur Eignung der Bieter. Hinsichtlich des Loses 1 sind ausweislich Ziffer 1.3.2.1 1) g) „mit Blick auf die Entsorgungssicherheit und die Umweltqualität“ als Mindestanforderung unter anderem zu erfüllen und nachzuweisen:
- 10 *„Mindestanforderung ‚sichere Entsorgungsmöglichkeit für mineralische Aufbereitungsreste‘:*
- 11 Zur vollständigen Entsorgung der Schlacke, die die [...] zu gewährleisten hat, gehört die Verwertung oder Beseitigung der mineralischen Aufbereitungsreste. Daher muss die sichere Absteuerung der mineralischen Aufbereitungsreste gewährleistet sein.
- 12 Als Nachweis ist eine Beschreibung der beabsichtigten Verwertung/Beseitigung der mineralischen Aufbereitungsreste mit den Angaben auf dem Formblatt ‚sichere Entsorgungsmöglichkeit mineralische Aufbereitungsreste‘ einschließlich eines Abnahmevertrags über die gesamte angebotene Vertragslaufzeit vorzulegen.
- 13 Bieter, die auf die Deponiekontingente der [...] bei der [...], der [...] und der [...] andienen wollen, müssen das Formblatt ‚sichere Entsorgungsmöglichkeit mineralische Aufbereitungsreste‘ nicht ausfüllen.“
- 14 Gegenstand der Vergabeunterlagen war außerdem das in vorstehendem Passus erwähnte Formblatt „sichere Entsorgungsmöglichkeit mineralische Aufbereitungsreste“. In diesem heißt es unter anderem:
- 15 „Die mineralischen Aufbereitungsreste werden wie folgt entsorgt (kurze Beschreibung der Entsorgungsmöglichkeit mindestens mit Antworten auf die folgenden Fragen:
- 16 1. Ist eine Entsorgung auf einer Deponie vorgesehen?
- 17 2. Ist eine Entsorgung durch andere Maßnahmen vorgesehen?
- 18 Wenn ja, durch welche?
- 19 3. Ist die Abnahme der mineralischen Aufbereitungsreste bei einer Menge von 60.000 t/a - 67.000 t/a bis 2024 und danach von 68.000 t/a - 75.000 t/a Schlacke gesichert? Wenn ja, wie?
- 20 [...]
- 21 **Anlage zu diesem Formblatt:** Vertrag/Verträge über die Abnahme der mineralischen Aufbereitungsreste für die gesamte angebotene Vertragslaufzeit.“

- 22 Die Bieter können eine Vertragslaufzeit von fünf oder zehn Jahren anbieten. Zudem ist - ausweislich der Auftragsbekanntmachung sowie der Vergabeunterlagen - der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium. Zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots berechnet die Antragsgegnerin vielmehr einen sogenannten Auswertungspreis, der sich neben dem eigentlichen Angebotspreis (arithmetischer Mittelwert aller Staffelpreise) für die angebotene Leistung auch aus der CO₂-Belastung (umweltbezogenes Kriterium) und einem eventuellen Zuschlag bei Nutzung der Deponiekontingente der Antragsgegnerin errechnet.
- 23 Am 6. August 2021 richtete die Antragstellerin folgende Bieterfrage an die Antragsgegnerin:
- 24 „Zu Anforderungen an eine sichere Entsorgungsmöglichkeit: Ist es für eine sichere Entsorgungsmöglichkeit notwendig, dass mit dem Angebot der/die finale(n) Ablagerungsort(e) der mineralischen Aufbereitungsreste genannt wird? Z.B. Standort(e) der Deponie(n) ?“
- 25 Die Antragsgegnerin antwortete hierauf mit Bieterinformation vom 9. August 2021:
- 26 „Als Nachweis ist eine Beschreibung der beabsichtigten Verwertung/Beseitigung der mineralischen Aufbereitungsreste mit den Angaben auf dem Formblatt ‚sichere Entsorgungsmöglichkeiten mineralische Aufbereitungsreste‘ einschließlich eines Abnahmevertrags über die gesamte angebotene Vertragslaufzeit vorzulegen. Werden die mineralischen Aufbereitungsreste auf eine Deponie verbracht, ist deren Standort anzugeben.“
- 27 Nachfolgend - am 12. August 2021 - gab neben anderen Bietern auch die Antragstellerin ein Angebot zu Los 1 ab. Das Angebot sieht vor, dass die Antragstellerin auf die Deponiekontingente der Antragsgegnerin zurückgreift.
- 28 Auch die Beigeladene gab ein Angebot nebst ausgefülltem Formblatt „Sichere Entsorgungsmöglichkeiten mineralische Aufbereitungsreste“ ab. Auf diesem gab sie an, dass erfahrungsgemäß zumindest Teilmengen auf einer Deponie entsorgt werden müssten, auch wenn die beabsichtigte stoffliche Verwertung Vorrang genieße. Weiter beschrieb die Beigeladene, wie die mineralischen Aufbereitungsreste verwertet werden würden. Schließlich erläuterte sie, wie die grundsätzliche Abnahme der mineralischen Reste über einen Vertragspartner gesichert sei und fügte insoweit erläuternde Unterlagen bei. Im Übrigen wies sie darauf hin, dass durch eine Beteiligung an einer Deponie eine gesicherte Entsorgungsmöglichkeit im Vertragszeitraum bestünde.
- 29 Mit ihrem für den Zuschlag nach den Zuschlagskriterien maßgeblichen Auswertungspreis erreichte die Beigeladene den ersten Bieterang. Das Angebot der Antragstellerin belegt den vierten Rang.
- 30 Dem entsprechend informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. September 2021 über ihre Absicht, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Auf das Angebot der Antragstellerin könne der Zuschlag nicht erteilt werden, da diese nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe.
- 31 Dies nahm die Antragstellerin zum Anlass, mit Schreiben vom 1. Oktober 2021 die antragsgegnerseits getroffene Auswahlentscheidung zu rügen. Ihre Rüge begründete die

Antragstellerin damit, dass die Beigeladene den geschuldeten Entsorgungserfolg nicht sicherstellen und auch nicht nachweisen könne. Ausweislich der Vergabeunterlagen werde eine sichere Entsorgungsmöglichkeit für die mineralischen Aufbereitungsreste verlangt. Der Auftragnehmer schulde somit den endgültigen Entsorgungserfolg. Denn die Antragsgegnerin habe als Erzeuger selbst die endgültige Entsorgung der Schlacke sowie der mineralischen Aufbereitungsreste zu gewährleisten. Dem entsprechend fordere die Antragsgegnerin auch die endgültige Entsorgung der Schlacke und der mineralischen Aufbereitungsreste von ihrem Auftragnehmer. Deshalb habe ein Bieter im Formblatt „Sichere Entsorgungsmöglichkeit mineralische Aufbereitungsreste“ auch eine Anlage oder Maßnahme, in der die mineralischen Aufbereitungsreste endgültig entsorgt werden, benennen und einen auf eine solche Anlage oder Maßnahme lautenden Abnahmevertrag vorlegen müssen. Die seitens der Beigeladenen in deren Angebot benannte Anlage könne die Schlacke oder die mineralischen Aufbereitungsreste aber lediglich annehmen, zwischenlagern und gegebenenfalls aufbereiten bzw. behandeln. In der Anlage könne jedoch nicht die endgültige Entsorgung der Schlacken oder mineralischen Aufbereitungsreste erfolgen. Es sei somit unklar und unbekannt, was anschließend mit den Abfällen geschehen solle. Daher sei die endgültige Entsorgung der Schlacke oder der mineralischen Aufbereitungsreste ungewiss. Die Beigeladene könne die endgültige Entsorgung mithin nicht gewährleisten; sie habe auch nicht den antragsgegnerseits insoweit geforderten formellen Nachweis der Entsorgungssicherheit geführt.

- 32 Ebenfalls am 1. Oktober 2021 hat die Antragstellerin bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag gestellt. Zu dessen Begründung hat sie mitgeteilt, die Beigeladene erfülle nicht die bekanntgemachten Eignungsanforderungen, die die Antragsgegnerin mit dem Formblatt „Sichere Entsorgungsmöglichkeit mineralische Aufbereitungsreste“ aufgestellt habe. Die Beigeladene habe es unterlassen, für die deponierungsbedürftigen Teilmengengen die entsprechende Deponie zu benennen und einen entsprechenden Abnahmevertrag über ein Deponierungskontingent vorzulegen. Darüber hinaus habe die Beigeladene nicht die konkreten Verwertungsmaßnahmen benannt, bei denen die von ihr - der Beigeladenen - bei der Aufbereitung hergestellten Splitte Verwendung fänden, und auch insoweit keinen Abnahmevertrag vorgelegt.
- 33 Mit Schriftsatz vom 30. März 2022 hat sie dann weiter vorgetragen,
- 34 sie hätte ganz andere Leistungen angeboten und demzufolge auch ganz andere - nämlich um mindestens [...] bis [...] % niedrigere - Preise angeboten, wenn die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen - anders als geschehen - hinreichend klar zum Ausdruck gebracht hätte, dass lediglich die Aufbereitung habe nachgewiesen werden müssen, die anschließende Entsorgung aber flexibel habe bleiben dürfen und nicht vorab vertraglich über fünf oder zehn Jahre zu fixieren gewesen sei, ja nicht einmal vorab habe benannt werden müssen. Dann wäre auch die Wertungsreihenfolge ganz anders ausgefallen. Nur die Uneindeutigkeit der Eignungsanforderungen bzw. -nachweise bezüglich der „Mindestanforderung sichere Entsorgungsmöglichkeit für mineralische Aufbereitungsreste“ in den Ausschreibungsunterlagen habe bei ihr zu der Entscheidung geführt, die Deponiekontingente der Antragsgegnerin in Anspruch zu nehmen. Mit ihrer Rüge, dass die Vergabeunterlagen so zu verstehen seien, dass der Zuschlag nicht auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden dürfe, habe sie zugleich gerügt gehabt, dass die Vergabeunterlagen aus Bietersicht nicht in dem von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen im vorliegenden Nachprüfungsverfahren vertretenen Sinne hätten verstanden werden können bzw. nicht hinreichend klar hätten verstanden werden müssen.

- 35 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 36 der Antragsgegnerin die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen zu Los 1 der „Vergabe der Leistung zum Transport und zur Entsorgung von Reststoffen aus der Abfallverbrennung (Schlacke; Filterstäube und Kesselausbruch)“ zu untersagen und sie zu verpflichten, die zu Los 1 dieser Vergabe eingegangenen Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten.
- 37 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 38 den Antrag der Antragstellerin vom 01. Oktober 2021 abzuweisen.
- 39 Sie ist der Ansicht,
- 40 der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig. Es liege nur eine unbeachtliche Rüge „ins Blaue hinein“ vor. Im Übrigen erfülle die Beigeladene sämtliche Eignungsanforderungen.
- 41 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 29. April 2022 als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat sie im wesentlichen ausgeführt, die viertplatzierte Antragstellerin sei nicht antragsbefugt. Denn sie habe nicht vorgetragen, dass und aufgrund welcher Umstände die an zweiter und an dritter Stelle platzierten Angebote nicht bezuschlagt werden dürften. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang vorgebracht habe, aufgrund einer vermeintlichen Unklarheit der Vergabeunterlagen daran gehindert gewesen zu sein, ein wirtschaftlicheres Angebot als das tatsächlich abgegebene zu unterbreiten, sei sie nach § 160 Abs. 3 GWB präkludiert. Im Übrigen - so die Vergabekammer - dürfte der Nachprüfungsantrag auch unbegründet sein. Die maßgeblichen Eignungskriterien seien eindeutig gefasst worden. Die Beigeladene habe sie erfüllt.
- 42 Gegen diese Entscheidung wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. Mit dieser macht sie geltend,
- 43 die Ausschreibungsunterlagen der „Mindestanforderung sichere Entsorgungsmöglichkeit für mineralische Aufbereitungsreste“ seien nicht eindeutig zu verstehen und damit unklar. Folglich verstießen sie gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB. Denn sie - die Antragstellerin - sei nach wie vor davon überzeugt, dass mit der „Mindestanforderung sichere Entsorgungsmöglichkeit für mineralische Aufbereitungsreste“ gerade die endgültige Entsorgung, sei es durch Verwertung oder Beseitigung, gesichert sein muss und dementsprechend auch die „Letztanlage“ samt entsprechendem Entsorgungsvertrag vorgelegt werden müsse.
- 44 Insoweit sei sie auch nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert. Eine Rügeobliegenheit habe vorliegend nur bestehen können, wenn die Vergabeunterlagen zum Angebotszeitpunkt unklar gewesen seien. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen. Denn aus objektivem Bieterhorizont seien sie nur dahingehend zu verstehen gewesen, dass die Angabe der „Letztanlage“ und die Vorlage entsprechender Abnahmeverträge für die mineralischen Aufbereitungsreste über die Vertragslaufzeit von fünf oder zehn Jahren erforderlich seien. Sie habe die Unklarheit der Vergabeunterlagen also gar nicht gekannt. Eine Unklarheit sei für sie als durchschnittlich fachkundige, die übliche Sorgfalt anwendende Bieterin auch nicht erkennbar gewesen.

- 45 Die Antragstellerin beantragt,
- 46 1. unter Aufhebung des Beschlusses der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 29.04.2022 - VK 2 - 23/21 - der Antragsgegnerin die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen zu Los 1 der „Vergabe der Leistung zum Transport und zur Entsorgung von Reststoffen aus der Abfallverbrennung (Schlacke; Filterstäube und Kesselausbruch)“ zu untersagen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren zu Los 1 der „Vergabe der Leistung zum Transport und zur Entsorgung von Reststoffen aus der Abfallverbrennung (Schlacke; Filterstäube und Kesselausbruch)“ aufzuheben oder andere geeignete Maßnahmen zu treffen, um die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen;
- 47 2. hilfsweise, insbesondere für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder in sonstiger Weise, festzustellen, dass die Antragsgegnerin die Vorschriften über das Vergabeverfahren verletzt hat und sie - die Antragstellerin - dadurch in ihren Rechten verletzt worden ist;
- 48 3. die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 GWB bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.

49 Die Antragsgegnerin wie auch die Beigeladene treten dem entgegen. Sie sind der Auffassung, die sofortige Beschwerde der Antragstellerin sei ohne jede Aussicht auf Erfolg.

50 Ergänzend wird auf den gesamten Inhalt der Akten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der dort vorgelegten Vergabeakten sowie auf die vorliegenden Gerichtsakten im Übrigen Bezug genommen.

II.

- 51 Der auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde über den in § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB bestimmten Zeitraum hinaus gerichtete Antrag der Antragstellerin ist nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB zulässig. In der Sache hat er aber keinen Erfolg; er ist unbegründet.
- 52 Gemäß § 173 Abs. 2 GWB ist ein Antrag wie der vorliegend zu bescheidende abzulehnen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung sind das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers, die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen (vgl. zu allem Vorstehenden *Senat*, Beschluss vom 23. März 2022 - Verg 1/22 -; Beschluss vom 8. November 2021 - Verg 5/21 -; Beschluss vom 14. Oktober 2020 - Verg 7/20 -; Beschluss vom 12. Oktober 2020 - Verg 8/20 -; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Februar 2020 - 15 Verg 1/20 -, juris, Rdnr. 15; OLG Dresden, Beschluss vom 21. August 2019 - Verg 5/19 -, juris, Rdnr. 11; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 3. Mai 2018 - 11 Verg 5/18 -, juris, Rdnr. 41; Beschluss vom 24. August 2017 - 11 Verg 12/17 -, juris, Rdnr. 52).
- 53 Dabei sind die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde vorrangig zu berücksichtigen (vgl. *Senat*, a.a.O.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Juli 2019 - Verg 51/16 -, juris,

Rdnr. 61; Beschluss vom 3. August 2018 - Verg 30/18 -, juris, Rdnr. 38; Beschluss vom 9. April 2014 - VII Verg 8/14 -, juris, Rdnr. 2; OLG München, Beschluss vom 19. März 2019 - Verg 3/19 -, juris, Rdnr. 63; OLG Rostock, Beschluss vom 21. Januar 2019 - 17 Verg 8/18 -, juris, Rdnr. 15; OLG Schleswig, Beschluss vom 25. August 2017 - 54 Verg 3/17 -, juris, Rdnr. 25; OLG Celle, Beschluss vom 8. Juli 2016 - 13 Verg 2/16, juris, Rdnr. 3; OLG Hamburg, Beschluss vom 2. Oktober 2012 - 1 Verg 2/12 -, juris, Rdnr. 70, m.w.N.; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, Stand: 20. April 2020, § 173 GWB, Rdnr. 41 f.; Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 173 GWB, Rdnr. 53; MünchKomm-von Werder, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 173 GWB, Rdnr. 47 f.; Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rdnr. 23; Burgi/Dreher/Opitz-Vavra/Willner, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 173, Rdnr. 25, m.w.N.). Wenn nämlich die Beschwerde ohnehin nicht zum Erfolg führen kann, kann das Interesse des Beschwerdeführers an der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung von vornherein die Interessen der Vergabestelle bzw. der Allgemeinheit nicht überwiegen (vgl. *Senat*, a.a.O.; OLG Schleswig, a.a.O.; Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O.; Burgi/Dreher/Opitz-Vavra, a.a.O.). In einem solchen Fall ist dem Verlängerungsantrag der Erfolg zu versagen, ohne dass es noch einer Interessenabwägung bedarf (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2014 - VII Verg 2/14 -, BeckRS 2014, 6496; MünchKomm-von Werder, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 173 GWB, Rdnr. 50, m.w.N.).

- 54 Danach kann dem Verlängerungsantrag der Antragstellerin nicht stattgegeben werden. Denn die sofortige Beschwerde hat bei der gebotenen und im Verfahren nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB allein möglichen summarischen Prüfung (vgl. *Senat*, a.a.O.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Februar 2020 - 15 Verg 1/20 -, juris, Rdnr. 16; OLG Dresden, Beschluss vom 21. August 2019 - Verg 5/19 -, juris, Rdnr. 12; OLG München, Beschluss vom 30. Juli 2018 - Verg 05/18 -, juris, Rdnr. 14; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 3. Mai 2018 - 11 Verg 5/18 -, juris, Rdnr. 42; Beschluss vom 24. August 2017 - 11 Verg 12/17 -, juris, Rdnr. 53; Dieck-Bogatzke in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rdnr. 28) auf der Grundlage der bis zum heutigen Tage eingegangenen Schriftsätze keine Aussicht auf Erfolg. Zudem ist auch im Übrigen kein Grund ersichtlich, der Antragsgegnerin weiterhin den Abschluss des Vergabeverfahrens durch Erteilung des Zuschlags zu versagen.
- 55 Dabei kann offenbleiben, ob der antragstellerseits im Beschwerdeverfahren allein noch geltend gemachte Verstoß gegen das aus § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB folgende Transparenzgebot tatsächlich zu bejahen ist oder nicht. Denn entweder ist dies nicht der Fall: dann ist der Nachprüfungsantrag unbegründet. Oder aber der Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt vor: dann ist der Nachprüfungsantrag (insoweit) nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB bereits unzulässig.
- 56 Die Antragstellerin ist vorliegend der Ansicht, Auftragsbekanntmachung und Vergabeunterlagen - einschließlich der Bieterinformation vom 9. August 2021 (vgl. insoweit OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 23. Dezember 2021 - 11 Verg 6/21 -, juris, Rdnr. 61) - seien hinsichtlich der streitgegenständlichen Eignungsanforderungen nicht eindeutig formuliert. Sie seien deshalb unklar und verstießen aus diesem Grund gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB.
- 57 Ein entsprechender Verstoß liegt allerdings nur dann vor, wenn die Mehrdeutigkeit (hier: der Eignungskriterien) aus Sicht der durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt besteht (vgl. EuGH, NZBau 2010, 643, 647, Rdnr. 58; BGH, NZBau 2010, 622, 625, Rdnr. 30; OLG Düsseldorf, NZBau 2018, 248, 249, Rdnr. 20, m.w.N.; OLG

Bremen, ZfBR 2012, 621, 623; MünchKomm-Knauff, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 97 GWB, Rdnr. 24; Burgi/Dreher/Opitz-Dörr, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 97 Abs. 1, Rdnr. 43). Ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz liegt mithin nur dann vor, wenn die Vorgaben und Formulierungen in den Vergabeunterlagen auch nach erfolgter Auslegung noch mehrdeutig sind (vgl. BGH, a.a.O.; OLG Celle, Beschluss vom 12. Oktober 2021 - 13 Verg 7/21 -, juris, Rdnr. 57; OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG München, NZBau 2014, 456, 460). Entscheidend ist also nach §§ 133, 157 BGB der objektive Empfängerhorizont eines verständigen und sachkundigen Bieters (vgl. BGH, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O., 250, Rdnr. 24, m.w.N.; OLG Jena, Beschluss vom 3. Mai 2017 - 2 Verg 1/17 -, juris, Rdnr. 39; OLG München, a.a.O.; Beschluss vom 3. November 2011 - Berg 14/11 -, BeckRS 2011, 26151; MünchKomm-Knauff, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 97 GWB, Rdnr. 24; Burgi/Dreher/Opitz-Dörr, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 97 Abs. 1, Rdnr. 43).

- 58 Ob im vorliegenden Fall die antragstellerseits eingewandte Mehrdeutigkeit aus Sicht des durchschnittlich fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt bestand und besteht, kann vorliegen dahinstehen. Denn bejahendenfalls wäre die Mehrdeutigkeit - dies liegt ohne Weiteres auf der Hand - für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter zumindest erkennbar und daher antragstellerseits gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB bis spätestens zum Ablauf der Angebotsfrist zu rügen gewesen. Eine entsprechende Rüge ist aber bis zu diesem Zeitpunkt - dies stellt auch die Antragstellerin nicht in Abrede - nicht erfolgt.
- 59 Nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB sind Vergaberechtsverstöße, die aufgrund der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber zu rügen. Hinsichtlich der Erkennbarkeit ist ebenfalls - wie bei der Frage des Vorliegens einer dem Transparenzgebot widersprechenden Mehrdeutigkeit von Bekanntmachung und/oder Vergabeunterlagen - auf den Maßstab eines durchschnittlich fachkundigen Bieters abzustellen, der die übliche Sorgfalt anwendet (vgl. EuGH, NZBau 2015, 306, 311, Rdnr. 55; OLG Schleswig, Beschluss vom 12. November 2020 - 54 Verg 2/20 -, juris, Rdnr. 73; OLG Düsseldorf, NZBau 2019, 742, 744, Rdnr. 25; KG, Beschluss vom 15. Februar 2019 - Verg 9/17 -, juris, Rdnr. 36; OLG Rostock, Beschluss vom 21. Januar 2019 - 17 Verg 8/18 -, BeckRS 2019, 28975, Rdnr. 15; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, Stand: 21. Juni 2021, § 160 GWB, Rdnr. 267; BeckOK Gabriel/Mertens/Prieß/Stein-Gabriel/Mertens, 23. Edition, Stand: 31. Januar 2021, § 160, Rdnr. 162 f.; Ziekow/Völlink/Dicks, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 160, Rdnr. 50). Die Frage des Vorliegens einer dem Transparenzgebot widersprechenden Mehrdeutigkeit von Bekanntmachung und/oder Vergabeunterlagen sowie die Frage der Erkennbarkeit einer entsprechenden Mehrdeutigkeit sind mithin nach ein und demselben Maßstab zu beurteilen.
- 60 Im Übrigen verkennt der Senat nicht, dass sich das Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit in § 160 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB nicht ausschließlich auf die den Vergabeverstöß begründenden Tatsachen, sondern zudem auf deren rechtliche Bewertung als Vergaberechtsverstöße bezieht (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; KG, a.a.O.; OLG Frankfurt am Main, NZBau 2017, 569, 571, Rdnr. 46; MünchKomm-Jaeger, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 160 GWB, Rdnr. 81, m.w.N.; Ziekow/Völlink/Dicks, a.a.O., Rdnr. 48; Burgi/Dreher/Opitz-Horn/Hofmann, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 160 GWB, Rdnr. 50). Insoweit darf von einem Durchschnittsbieter im oben dargestellten Sinne - auch

wenn er weder umfassend die vergaberechtlichen Literatur und Rechtsprechung noch im Einzelnen die Rechtsprechung zur Auslegung der maßgeblichen Bestimmungen kennen muss - zumindest in aller Regel erwartet werden, dass er den Text der einschlägigen Verfahrensordnungen zur Kenntnis nimmt und mit den wichtigsten Regeln des Vergaberechts vertraut ist sowie weiß, welchen Mindestanforderungen die Vergabeunterlagen genügen müssen (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 16. Dezember 2016 - 7 Verg 6/16 -, juris, Rdnr. 57; Heiermann/Zeiß/Summa-Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, Stand: 21. Juni 2021, § 160 GWB, Rdnr. 277). Zu diesen Mindestanforderungen gehört auch eine Wahrung des in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB normierten Transparenzgebotes insbesondere im Hinblick auf das Gebot einer eindeutigen Fassung von Eignungskriterien (vgl. insoweit auch OLG Jena, Beschluss vom 3. Mai 2017 - 2 Verg 1/17, juris, Rdnr. 39; OLG Naumburg, a.a.O.).

- 61 Trotz alledem hat die Antragstellerin den hier in Rede stehenden - vermeintlichen - Vergaberechtsverstoß nicht binnen der Angebotsfrist gerügt. Insbesondere ist die Bieterfrage vom 6. August 2021 nicht als Rüge im Sinne von § 160 Abs. 3 GWB zu qualifizieren. Denn diese war - ohne jegliche Erläuterung des Hintergrunds der Frage - als schlichte Verständnisfrage formuliert. Damit war ihrem Inhalt bei verständiger Würdigung jedoch nicht zu entnehmen, dass es sich nicht nur um eine bloße (Verständnis-)Frage handelte, sondern dass das Vorgebrachte als an den Auftraggeber adressierte Mitteilung zu verstehen sein sollte, die derzeitige Vorgehensweise als vergaberechtswidrig zu erachten, verbunden mit der ernstgemeinten Aufforderung an den Auftraggeber, den betreffenden Vergaberechtsverstoß zu beseitigen (vgl. insoweit auch Burgi/Dreher/Opitz-Horn/Hofmann, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 160 GWB, Rdnr. 71, m.w.N.).
- 62 Sollte die streitgegenständliche Mehrdeutigkeit nicht bestehen, wäre die vorliegend in Rede stehende Fassung der hier maßgeblichen Eignungskriterien im Übrigen jedenfalls nicht in dem antragstellerseits vertretenen Sinne, sondern vielmehr so zu verstehen, wie Antragsgegnerin, Beigeladene und Vergabekammer dargelegt haben. Insoweit nimmt der Senat - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - auf die zu Randnummer 17 der Gründe des angefochtenen Beschlusses gemachten Ausführungen der Vergabekammer Bezug.
- 63 Sähe man dies anders, fehlte es der Antragstellerin - hierauf ist nach dem Vorstehenden lediglich der Vollständigkeit halber hinzuweisen - jedenfalls an der nach § 160 Abs. 2 GWB erforderlichen Antragsbefugnis. Auch insoweit nimmt der Senat - ebenfalls zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - auf die entsprechenden Ausführungen der Vergabekammer in den Gründen der angefochtenen Entscheidung (dort Rdnr. 7 ff.) Bezug.
- 64 Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Kosten des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB stellen Kosten des Beschwerdeverfahrens dar, über die (erst) mit der Hauptsacheentscheidung zu befinden ist (vgl. Senat, Beschluss vom 23. März 2022 - Verg 1/22 -; Beschluss vom 8. November 2021 - Verg 5/21 -; OLG Rostock, Beschluss vom 21. Juli 2017 - 17 Verg 3/17 -, juris, Rdnr. 10; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 20. Januar 2016 - 11 Verg 8/15 -, BeckRS 2016, 5259, Rdnr. 5; MünchKomm-von Werder, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 173 GWB, Rdnr. 71, m.w.N.; Burgi/Dreher/Opitz-Vavra/Willner, a.a.O., § 173, Rdnr. 35, m.w.N.; Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 173 GWB, Rdnr. 59; Dieck-Bogatzke in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rdnr. 33, m.w.N.).

