

**OLG Karlsruhe (Vergabesenat), Beschluss vom 21.05.2021 – 15 Verg  
4/21****Titel:**

Präklusion von Rügen im Vergabeverfahren – wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer Bietergemeinschaft

**Normenketten:**

GWB § 122 Abs. 4 S. 2, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3

VOB/A § 2 EU Abs. 1 S. 3, § 6 EU Abs. 3 Nr. 2

**Redaktionelle Leitsätze:**

1. Wird in der Auftragsbekanntmachung ein fünfjähriger Referenzzeitraum angegeben, dieser aber in den Vergabeunterlagen auf 10 Jahre verlängert mit der Folge, dass sich der Teilnehmerkreis vergrößert, ist dieser Verstoß gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB für den Bieter auch ohne besondere vergaberechtliche Vorbildung erkennbar und kann gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB nur noch bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist oder bis zur Angebotsabgabe gerügt werden. (Rn. 18 – 21)

2. Geht ein Bieter davon aus, dass der öffentliche Auftraggeber ohne zureichenden Grund die Bieter zu einem erneuten Angebot aufgefordert hat, ist er verpflichtet, den angenommenen Verstoß sofort zu rügen. (Rn. 23 – 26)

3. Bei auf demselben Markt tätigen und grundsätzlich zueinander in einem potenziellen Wettbewerbsverhältnis stehenden Unternehmen ist die Bildung einer Bietergemeinschaft iSv § 6 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A wettbewerbsunschädlich, wenn die beteiligten Unternehmen jedes für sich zu einer Teilnahme an der Ausschreibung aufgrund ihrer betrieblichen und geschäftlichen Verhältnisse nicht leistungsfähig sind bzw. aufgrund derzeitiger Kapazitäten die Leistung nicht erbringen können und dies vertretbar dargelegt wird (Fortführung von OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 13184). (Rn. 33 – 35)

**Rechtsgebiet:**

Privates Baurecht, Vergaberecht

**Schlagworte:**

Bietergemeinschaft, indikatives Angebot, Rügepflicht, Präklusion, Leistungsbeschreibung, ungewöhnlich niedriges Angebot, unterbliebene Beiladung

**Fundstellen:**

NZBau 2022, 303

**ECLI:**

ECLI:DE:OLGKARL:2021:0521.15VERG4.21.0A

**Rechtskraft:**

unbekannt

## Tenor:

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 12.03.2021, Az. 1 VK 5/21 wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu tragen.
3. Der Wert der Beschwerde wird auf 1.300.000 € festgesetzt.

## Gründe:

I.

**1**Die Antragsgegnerin schrieb die Werkplanung, den Bau, die Inbetriebnahme, den Probetrieb und die Begleitung des Betriebs in den ersten Wochen nach Inbetriebnahme einer Bioabfallvergärungsanlage im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb europaweit aus.

**2**Ziffer III.1.3 der EU-Auftragsbekanntmachung stellte unter anderem die nachfolgende Eignungsanforderung zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit auf: □...□ 1□ Angaben über die Ausführung von Leistungen in den letzten bis zu 5 abgeschlossenen Kalenderjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, □...□." Ziffer 3 a□ des Teilnahmeantrags in seiner ersten Fassung sah einen Referenzzeitraum von 6 Jahren vor. Mit Schreiben vom 17.07.2019 teilte die Antragsgegnerin allen Bewerbern mit, dass der Referenzzeitraum von 6 Jahre auf 10 Jahre erhöht und infolgedessen Ziffer 3 a□ des Teilnahmeantrags geändert worden sei. Die Bewerber wurden in diesem Schreiben zudem aufgefordert, per Rückantwort zu bestätigen, dass sie die Änderungen vom 17.07.2019 zum Teilnahmewettbewerb zur Kenntnis genommen haben. Die Antragstellerin hat die geänderte Version des Teilnahmeantrags, dem ein Referenzzeitraum von 10 Jahren zu entnehmen war, eingereicht und mit der Antragsgegnerin am 30.07.2019 per Telefax übermittelter Rückantwort zugestimmt, dass die Änderungen vom 17.07.2019 Vertragsbestandteil werden. Nach Ziffer 13.8 letzter Absatz der Leistungsbeschreibung verlangte die Antragsgegnerin: „ □...□ Der Bieter trägt im Rahmen der Haftungsbegrenzung alle Mehrkosten, die durch Unterbrechungen bzw. Verschiebungen des Probetriebs entstehen, es sei denn, der Bieter hat diese nicht zu vertreten.“

**3**Antragstellerin und Beigeladene, bei der es sich um eine Bietergemeinschaft handelt, durchliefen den Teilnahmewettbewerb erfolgreich und gaben jeweils ein indikatives Angebot ab. Die Beigeladene bot in ihrem indikativen Angebot eine Geruchsstoffkonzentration von 500 GE im Abgas der Biofilteranlage an. Mit Schreiben vom 29.01.2020 forderte die Antragsgegnerin die Bieter zur Abgabe eines - gemäß Ziffer 4.2 des Leitfadens zur Ausschreibung im Verfahrensablauf ursprünglich nicht vorgesehenen - zweiten indikativen Angebots auf und teilte darin unter anderem mit: „□...□ bitten wir Sie, um ein weiteres indikatives Angebot. □...□. Die ... beabsichtigt nach Prüfung der eingegangenen zweiten indikativen Angebote erneut eine Verhandlungsrunde □...□ durchzuführen. □...□. Gemäß Leitfaden Kapitel 4.2 befindet sich das Verfahren wieder in Phase 2 □indikatives Angebot□. Nach Abgabe Ihres Angebotes folgt erneut Phase 3 □Bietergespräche□.“

**4**Antragstellerin und Beigeladene gaben jeweils ein weiteres indikatives Angebot ab. Die Beigeladene bot auch in diesem indikativen Angebot eine Geruchsstoffkonzentration von 500 GE an.

**5**Mit Schreiben vom 06.05.2020 schloss die Antragsgegnerin das weitere indikative Angebot der Beigeladenen aus, da diese durch die angebotenen 500 GE eine Veränderung an den Vergabeunterlagen vorgenommen habe, die insoweit nicht verhandelbar gewesen seien. Aufgrund eines daraufhin von der Beigeladenen eingereichten Nachprüfungsantrags verpflichtete die Vergabekammer Baden-Württemberg die Antragsgegnerin mit Beschluss vom 06.07.2020, Az. 1 VK 18/20, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Ausschluss des zweiten indikativen Angebots der Beigeladenen zurückzusetzen und das zweite indikative Angebot der Beigeladenen wieder in die Angebotswertung aufzunehmen. Mit Schreiben vom 05.10.2020 forderte die Antragsgegnerin mehrere Bieter, hierunter auch Antragstellerin und Beigeladene, zur Abgabe eines finalen Angebots bis zum 02.11.2020 auf. Dem Schreiben war eine Liste mit der Überschrift „Mindestanforderungen zur Erstellung des finalen Angebotes“ beigelegt. Zudem enthielt das Schreiben den Hinweis, dass Abweichungen im finalen Angebot von diesen Mindestanforderungen zum Ausschluss des finalen Angebotes führen. Am 14.12.2020 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie nach Auswertung der Angebote beabsichtige, am 20.01.2021 den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Zur Begründung wurde ausgeführt, das Angebot der Antragstellerin habe Rang 2 erreicht. Beigefügt war eine Wertungsmatrix, der die im jeweiligen Zuschlagskriterium von der Antragstellerin erzielte Punktzahl zu entnehmen war.

**6**Mit Schreiben vom 22.12.2020 rügte die Antragstellerin die Vorabinformation als widersprüchlich. Sie machte geltend, bei der Beigeladenen handele es sich um eine gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auszuschließende wettbewerbsbeschränkende Bietergemeinschaft. Zudem müsse als Eignungsanforderung mindestens eine in den letzten 10 Jahren in Deutschland errichtete und in Betrieb genommene Referenzanlage benannt werden. Ihre Recherchen hätten jedoch ergeben, dass keines der voraussichtlichen Mitglieder der Bietergemeinschaft bislang eine Anlage realisiert habe, die die Anforderungen erfülle. Des Weiteren sei das finale Angebot bzw. bereits die indikativen Angebote der Beigeladenen wegen Nichteinhaltung einer Geruchsstoffkonzentration von 300 GE sowie einer Begrenzung der Haftung für durch Unterbrechungen bzw. Verschiebungen des Probetriebs entstehende Mehrkosten auszuschließen. Zudem sei die Angemessenheitsprüfung gemäß § 16 d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A unterblieben. Hierauf teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin Namen und Sitz der Mitglieder der Bietergemeinschaft mit und wies die Rügen im Übrigen zurück. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Voraussetzungen von § 1 GWB lägen nicht vor. Maßgebliche Eignungsanforderung seien insoweit die unter Ziffer III.1.3 der EUAuftragsbekanntmachung aufgeführten Vorgaben sowie die auf S. 3 Ziffer 3 a) des korrigierten Teilnahmeantrags aufgeführten Merkmale. Die Beigeladene habe die Anforderungen erfüllt. Bereits aus dem Preisabstand von weniger als 5% zu dem nächsthöheren Angebot, bei dem es sich nicht um das Angebot der Antragstellerin handele, folge, dass die Vermutungen der Antragstellerin zur Auskömmlichkeit des Angebotspreises bezogen auf die im finalen Angebot einzuhaltenden 300 GE nicht zuträfen. Ein ungewöhnlich niedriges Angebot liege nicht vor. Bei der Geruchsstoffkonzentration von 300 GE handele es sich um eine leistungsbezogene Vorgabe, die erst mit dem finalen Angebot eingehalten werden müsse. Diese Vorgabe halte das finale Angebot der Beigeladenen ein. Das Angebot der Beigeladenen sehe keine Haftungsbegrenzung vor.

**7**Hierauf reichte die Antragstellerin bei der Vergabekammer Baden-Württemberg einen Nachprüfungsantrag ein, mit dem sie begehrte, der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Das Angebot der Beigeladenen sei

auszuschließen, weil eine wettbewerbsbeschränkende Bietergemeinschaft vorliege. Sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft stellten auf ihren Homepages Referenzprojekte vor, die jeweils die Planung, Lieferung, Montage, Inbetriebnahme und den Probetrieb von Vergärungsanlagen betrafen. Jedes der Mitglieder der Bietergemeinschaft sei mithin markteintrittsfähig, so dass die Bildung der Bietergemeinschaft wettbewerbsbeschränkenden Charakter habe. In der Vergabebekanntmachung habe die Antragsgegnerin zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit die Vorlage von Referenzen über die Ausführung vergleichbarer Leistungen aus den letzten fünf Jahren gefordert. Nach ihren Recherchen erfülle keines der Mitglieder der Bietergemeinschaft diese Anforderung. Die Antragsgegnerin habe in einer korrigierten Fassung des Teilnahmeantrags den Referenzzeitraum auf zehn Jahre ausgedehnt, ohne jedoch die Anforderungen in der Vergabebekanntmachung zu korrigieren. Bei Widersprüchen zwischen der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen gehe der Wortlaut der Bekanntmachung vor. Die indikativen Angebote der Beigeladenen hätten vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, weil die Angebote nicht die maximal zulässige Geruchsstoffkonzentration von 300 GE im Abgas der Biofilteranlage einhielten. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer im Verfahren 1 VK 18/20 habe die Antragsgegnerin diese technische Spezifikation bereits als Mindestanforderung im Verhandlungsverfahren aufgestellt. Zudem halte auch das finale Angebot der Beigeladenen den vorgegebenen Grenzwert zur Geruchsstoffkonzentration von 300 GE nicht ein. Auch die mit Schreiben vom 22.12.2020 vorgebrachten weiteren Rügen zur Haftung für Mehrkosten und zum Vorliegen eines Unterkostenangebots halte sie aufrecht.

**8**Die Antragsgegnerin hat ihren Antrag auf Zurückweisung des Nachprüfungsantrags damit begründet, dass sie für die indikativen Angebote nicht die Mindestanforderung an die Einhaltung einer Geruchsstoffkonzentration von 300 GE aufgestellt habe. Das finale Angebot der Beigeladenen halte den Wert von 300 GE ein. Der Umstand, dass sie den Bewertungszeitraum bezüglich der Referenzen auf zehn Jahre festgelegt habe, sei der Antragstellerin mit der Bereitstellung des geänderten Formblatts Teilnahmeantrag und damit vor Ablauf der Teilnahmefrist bekannt gewesen. Nachdem sie dies nicht fristgerecht gerügt habe, sei sie nunmehr mit der Rüge präkludiert. Entgegen der Behauptung der Antragstellerin enthalte das Angebot der Beigeladenen keine Haftungsbegrenzung für Mehrkosten, für das Vorliegen eines Unterkostenangebots bestünden keine Anhaltspunkte. Dass eine wettbewerbsbeschränkende Bietergemeinschaft vorliege, behaupte die Antragstellerin ins Blaue hinein.

**9**Die Beigeladene hat sich der Argumentation der Antragsgegnerin angeschlossen.

**10**Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag durch den angegriffenen Beschluss, auf den Bezug genommen wird, zurückgewiesen. Mit der Rüge, die Beigeladene habe keine Referenz aus den letzten fünf Kalenderjahren für Leistungen vorgelegt, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar seien, sei die Antragstellerin nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB ausgeschlossen. Denn ihr sei bekannt gewesen, dass die Antragsgegnerin schon in der ersten Fassung des Teilnahmeantrags einen Referenzzeitraum von sechs Jahren vorgegeben habe, den sie durch den mit Schreiben vom 17.07.2019 bekannt gegebenen geänderten Teilnahmeantrag auf zehn Jahre verlängert habe. Da eine Erweiterung des Referenzzeitraums dazu führe, dass die Ausschreibung einem größeren Teilnehmerkreis zugänglich gemacht werde, hätte schon zu diesem Zeitpunkt eine Rügeobliegenheit für die Antragstellerin bestanden. Eine entsprechende Rüge sei jedoch erst mit dem Nachprüfungsantrag erhoben worden. Auch die Rüge, das erste indikative Angebot der

Beigeladenen sei wegen Nichteinhaltung von Mindestanforderungen auszuschließen, sei nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 3 GWB präkludiert. Aus den Angaben des Leitfadens zur Ausschreibung habe sich ergeben, dass lediglich ein indikatives Angebot abzugeben gewesen sei. Nachdem die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 29.01.2020 die Bieter aufgefordert habe, erneut ein indikatives Angebot abzugeben, sei für die Antragsgegnerin wie für jeden durchschnittlich fachkundigen Bieter erkennbar gewesen, dass das Verfahren zurückversetzt worden sei und der Inhalt des ersten indikativen Angebots nicht mehr verfahrensrelevant gewesen sei. Soweit die Antragstellerin geltend mache, die Beigeladene habe die Haftung für bei einer Unterbrechung bzw. Verschiebung des Probetriebs entstehende Mehrkosten begrenzt, liege eine unbeachtliche Rüge ins Blaue hinein vor. Dies ergebe sich schon aus dem Rügeschreiben vom 22.12.2020, in dem sie formuliert habe, „sie gehe davon aus“ ... „da die Haftungsvorgaben voraussichtlich abgeändert worden seien“. Ebenso habe die Antragstellerin ins Blaue hinein gerügt, dass die Angemessenheitsprüfung nach § 16 d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A unterblieben sei. Dies gelte schon deshalb, weil erst ein Preisabstand von 20% zum nächsthöheren Angebot eine solche Prüfung erforderlich mache und die Antragstellerin selbst von einer Preisdifferenz zwischen ihrem Angebot und dem Angebot der Beigeladenen von ca. 17% ausgehe. Der Preisabstand zum nächsthöheren Angebot betrage zudem weniger als 5%. Ebenso ins Blaue hinein gerügt habe die Antragstellerin, die Beigeladene habe auch mit ihrem finalen Angebot eine 300 GE übersteigende Geruchsstoffkonzentration angeboten und es handle sich bei ihr um eine wettbewerbsbeschränkende Bietergemeinschaft. Soweit die Antragstellerin den Ausschluss des zweiten indikativen Angebots der Beigeladenen geltend mache, sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Angebot der Beigeladenen sei nicht auszuschließen, auch wenn ihr zweites indikatives Angebot eine Geruchsstoffbelastung von 500 GE vorgesehen habe, weil die Vorgabe von 300 GE nicht mit hinreichender Deutlichkeit von der Antragsgegnerin als Mindestanforderung formuliert worden sei. Soweit die Antragstellerin rüge, die Geruchsstoffkonzentration stelle zwar kein einem Verhandlungsverbot unterliegendes Zuschlagskriterium dar, könne jedoch aufgrund der Auswirkungen auf das Zuschlagskriterium der Investitionskosten auf eine vorgesehene Verringerung der Zahl der Angebote beeinflussen, sei der Antragstellerin kein Schaden entstanden, weil sie zur Abgabe eines finalen Angebots aufgefordert worden sei.

**11**Mit der sofortigen Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Ziel, den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu erreichen, weiter. Mit der Rüge, die indikativen Angebote der Beigeladenen seien auszuschließen, sei sie nicht präkludiert. Dies gelte auch für das erste indikative Angebot der Beigeladenen. Denn aus dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 29.01.2020 habe sie nicht entnehmen können, dass indikative Angebote anderer Bieter von zwingenden Vorgaben der Ausschreibung abweichen würden und folglich ein Ausschluss solcher Angebote geboten gewesen sei. Die indikativen Angebote der Beigeladenen seien zwingend auszuschließen gewesen, weil sie die Mindestvorgaben der Antragsgegnerin zur zulässigen Geruchsstoffkonzentration in der Abluft des Biofilters nicht eingehalten hätten. Im Übrigen spreche auch die Preisrelevanz der Vorgabe der Geruchsstoffkonzentration dafür, dass eine Mindestanforderung im Sinne von § 3 b EU Abs. 3 Nr. 5 VOB/A gestellt worden sei, weil die Einhaltung der Vorgabe einer maximalen Konzentration von 300 GE mit höheren Investitionskosten verbunden sei. Im Hinblick darauf, dass die Rücknahme, Verschärfungen oder Erleichterungen von bekanntgemachten Eignungskriterien grundsätzlich unzulässig und in der Folge unbeachtlich seien, habe es einer früheren Rüge im Hinblick auf die Verlängerung des Referenzzeitraums nicht bedurft. Auch die Rügen zur wettbewerbswidrigen

Bietergemeinschaft und zum Ausschluss der Haftung für Mehrkosten halte sie aufrecht. Die Entscheidung der Vergabekammer im Verfahren 1 VK 18/20 binde sie nicht, da sie an diesem Verfahren nicht beteiligt gewesen sei. Die gemäß § 168 Abs. 3 S. 1 GWB als Verwaltungsakt ergehende Entscheidung der Vergabekammer entfalte Bindungswirkung stets nur im Verhältnis zwischen den im Sinne von § 162 GWB Verfahrensbeteiligten und wirke nicht zulasten Dritter.

**12**Sie beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 12.03.2021, Az. 1 VK 5/21 aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebote unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen neu zu werten.

**13**Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

**14**Unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrags vor der Vergabekammer verteidigen sie deren Entscheidung.

**15**Den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zurückgenommen.

**16**Die Akten der Vergabekammer Baden-Württemberg, Az. 1 VK 18/20, waren beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

II.

**17**Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet.

**18**1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, soweit die Antragstellerin rügt, die Beigeladene sei nicht geeignet, weil sie keine Referenzen aus dem vom der Antragsgegnerin bekannt gemachten Zeitraum von bis zu fünf Jahren vorlegen könne und schon ihr erstes indikatives Angebot nicht die Mindestvorgabe von 300 GE eingehalten habe, weil die Rügen präkludiert sind. Die Rüge einer Haftungsbeschränkung erhob sie ins Blaue hinein.

**19**a) Nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB sind Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber zu rügen. Erkennbar ist ein Vergabeverstoß, wenn ein Bieter, der mit den wichtigsten Regeln der öffentlichen Auftragsvergabe vertraut ist, ihn ohne besonderen Rechtsrat erkennen kann (vgl. Senat, Beschluss vom 26.01.2021, 15 Verg 12/20 - juris). Hierbei kann erwartet werden, dass der Bieter die einschlägigen Vergabevorschriften kennt, die Vergabeunterlagen sorgfältig durchliest und Ungereimtheiten oder Widersprüchlichkeiten nachgeht (Röwekamp/Kus/Portz/Prieß/Wiese, Kommentar zum GWB, 5. Aufl. 2020, § 160 Rn. 127).

**20**§ 122 Abs. 4 S. 2 GWB bestimmt, dass Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind. In der Auftragsbekanntmachung war ein fünfjähriger Referenzzeitraum angegeben. Abweichend hiervon bestimmte Ziffer 3 a des Teilnahmeantrags in der ersten Fassung sowie Seite 11 zweiter Absatz des Leitfadens zur Ausschreibung, Stand Juni 2019 einen Referenzzeitraum von sechs Jahren und Ziffer 3 a des geänderten Teilnahmeantrags und Seite 11 zweiter Absatz des Leitfadens zu Ausschreibung, Stand Juli 2019 einen Referenzzeitraum von zehn Jahren. Die Antragstellerin hat zudem ausdrücklich bestätigt, die Änderungen vom 17.07.2019 zum Teilnahmewettbewerb zur Kenntnis genommen zu haben und diesen zudem ausdrücklich zugestimmt. Anders als in dem von der Vergabekammer Münster entschiedenen Fall (vgl. Beschluss vom 15.11.2019, VK 2-30/19 - juris) erfolgt die

Änderung der Anforderung an die Eignung nicht im Rahmen von Bieterfragen und deren Beantwortung, sondern in den (geänderten) Vergabeunterlagen. Zudem hat die Antragsgegnerin durch die von den Bietern geforderte Rückantwort, mit der sie ihre Zustimmung zu den geänderten Bedingungen als Vertragsbestandteil erklärten, deutlich gemacht, dass für die Beurteilung der Eignung der nachträglich geänderte Referenzzeitraum von zehn Jahren maßgeblich ist. Ausreichend, um den Verstoß gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB zu erkennen, war damit schon die Lektüre der der Antragstellerin vorliegenden Unterlagen. Besonderer vergaberechtlicher Kenntnisse bedurfte es insoweit nicht. Um zu beurteilen, dass die Ausdehnung des Referenzzeitraums von 5 auf 10 Jahre keine (möglicherweise zulässige) bloße Konkretisierung der schon zuvor ordnungsgemäß bekanntgemachten Anforderungen war, bedurfte es ebenfalls keiner besonderen vergaberechtlichen Vorbildung. Hierfür genügte es, die Vorgaben zur Kenntnis zu nehmen und sie miteinander zu vergleichen.

**21** Den behaupteten Vergabeverstoß rügte die Antragstellerin aber erst mit ihrem Nachprüfungsantrag. Dass die Erweiterung des Referenzzeitraums zur Zulassung eines größeren Teilnahmekreises führte, war als mittelbare Folge für die Antragstellerin damit ebenfalls erkennbar. Es ist der Antragstellerin daher auch verwehrt, die Nichteinhaltung dieses bekanntgemachten Eignungskriteriums zu rügen (vgl. Röwekamp/Kus/Portz/Prieß/Wiese, a.a.O., § 160 Rn. 97).

**22** Die Rüge wäre im Übrigen unbegründet. Im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wird die Eignung bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs geprüft und es dürfen gemäß § 3 b EU Abs. 2 Nr. 2 bzw. Abs. 3 Nr. 2 VOB/A nur geeignete Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Ein Rückschritt auf diese bereits abgeschlossene Stufe kann deshalb nur dann erfolgen, wenn entweder dem Auftraggeber erst nachträglich Umstände bekannt werden, die an der Eignung des Bieters Zweifel erwecken, aber bereits bei der ersten Überprüfung gegeben waren, oder wenn der Bieter erst nach der ersten Überprüfung Tatsachen schafft, die an seiner Eignung zweifeln lassen (vgl. BGH, NZBau 2014, 185 Rn. 33; Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, VOB/A-EU § 16 b EU Rn. 6). Dies war nicht der Fall. Die Referenzen reichte die Beigeladene mit dem indikativen Angebot ein, die Antragsgegnerin ließ sie zum Verhandlungsverfahren zu und forderte sie auf, ein finales Angebot abzugeben. Umstände, ihre Eignung insoweit anders zu beurteilen, gab es nicht.

**23b)** Die Rüge, bereits das erste indikative Angebot der Beigeladenen hätte ausgeschlossen werden müssen, kann die Antragstellerin schon deshalb nicht erheben, weil die Antragsgegnerin lediglich das indikative Angebot der Bieter bewertete, das diese nach Zurückversetzung der Verfahrens abgaben.

**24** Indem die Vergabestelle den Bietern mit Schreiben vom 29.01.2020 mitteilte, „gemäß Leitfaden Kapitel 4.2 befindet sich das Verfahren wieder in Phase 2 (indikatives Angebot)“, brachte sie erkennbar zum Ausdruck, dass sie das Verfahren in den Stand vor Abgabe eines indikativen Angebots zurückversetzte.

**25** Stellt der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen einen erheblichen Fehler fest, ist er zu einer Fehlerkorrektur grundsätzlich berechtigt (vgl. BGH, Beschluss vom 26.09.2006, X ZB 14/06 - juris Rn. 23; MüKoEuWettbR/Fett, 2. Aufl. 2018, GWB § 119 Rn. 60). Wegen der damit verbundenen Manipulationsgefahr wäre allerdings die Gewährleistung eines transparenten Wettbewerbs mit einer im Belieben des Auftraggebers stehenden Wiederholung der Angebotsabgabe nicht zu vereinbaren. Folglich steht es nicht im Belieben öffentlicher Auftraggeber, vor oder nach Submission den Bietern Gelegenheit zu einer

Änderung ihrer Angebote einzuräumen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.01.2011, VII-Verg 46/10 - juris Rn. 30; Beschluss vom 12.01.2015, VII-Verg 29/14 - juris Rn. 23). Eine solche Zurückversetzung unterliegt vielmehr uneingeschränkt der Kontrolle der Nachprüfungsinstanzen (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.), sofern dieser Umstand fristgerecht und ordnungsgemäß gerügt wird.

**26** Obwohl der Antragstellerin die Umstände, die nach ihrer Auffassung vergaberechtlich zu beanstanden sind, aufgrund des Schreibens vom 29.01.2020 bekannt waren, erhob sie eine diesbezügliche Rüge nicht; auch sie gab ein weiteres indikatives Angebot ab.

**27c)** Die Rügen zum Ausschluss der Haftung für Mehrkosten erhob die Antragstellerin ins Blaue hinein.

**28aa)** Da ein Bieter naturgemäß nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines - oft nur beschränkten - Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es um Vergabeverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011, VII-Verg 58/10 - juris Rn. 53; OLG Frankfurt, Beschluss vom 09.07.2010, 11 Verg 5/10 - juris Rn. 51; OLG Dresden, Beschluss vom 6. Juni 2002, WVerg 4/02 - juris Rn. 18 f.). Der Antragsteller muss aber - wenn sich der Vergaberechtsverstoß nicht vollständig seiner Einsichtsmöglichkeit entzieht - zumindest tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.08.2019, VII-Verg 56/18 - juris; OLG München, Beschluss vom 11.06.2007, Verg 6/07 - juris Rn. 31). Ein Mindestmaß an Substantiierung ist einzuhalten; reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen reichen nicht aus (OLG Brandenburg, Beschluss vom 29. 05.2012, Verg W 5/12 - juris Rn. 4; OLG München, Beschluss vom 02.08.2007, Verg 7/07 - juris Rn. 15 f; Ziekow/Völlink/Dicks, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 160 Rn. 18).

**29bb)** Die Rüge, die Beigeladene habe die Haftung für Mehrkosten im Rahmen von Unterbrechungen und des Probetriebs ausgeschlossen, erfolgte, ohne Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die einen solchen Verdacht nahelegen könnten. Hierfür sprechen bereits, worauf die Vergabekammer zutreffend hingewiesen hat, die Formulierungen im Rügeschreiben der Antragstellerin. Wenn sie darin vorbringt, es sei davon auszugehen, dass die Beigeladene eine entsprechende Haftungsbeschränkung angeboten habe, mutmaßt sie nur.

**302. a)** Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag zulässig.

**31** Da zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes an den Inhalt einer Rüge keine hohen Anforderungen zu stellen sind, erhob die Antragstellerin die Rüge, es liege eine wettbewerbswidrige Bietergemeinschaft vor, nicht ins Blaue hinein. Sie begründete ihre Rüge mit ihr (aus dem Internet) zugänglichen Informationen. Über weitere Informationen verfügte sie nicht. Die der Rüge zugrunde liegenden Behauptungen sind auch nicht rein spekulativ, da die Mitglieder der Bietergemeinschaft jedenfalls grundsätzlich auf dem gleichen Markt tätig sind und dies jedenfalls nach einer teilweise vertretenen Ansicht ausreichen kann, einen Wettbewerbsverstoß zu begründen, sofern für den Zusammenschluss keine nachvollziehbaren Gründe dargelegt werden. Zulässig ist auch die Rüge, das zweite indikative Angebot der Beigeladenen halte die Mindestbedingung einer Geruchsbelastung von 300 GE nicht ein. Denn damit rügt die Antragstellerin zugleich die Entscheidung der Antragsgegnerin,



die Beigeladene zur Abgabe eines finalen Angebots aufgefordert zu haben. Dass das Angebot der Beigeladenen nicht ausgeschlossen wurde, erfuhr die Antragstellerin erst durch das Bieterinformationsschreiben. Die Rüge, auch das finale Angebot der Antragsteller der Beigeladenen halte die Vorgabe nicht ein, hält die Antragstellerin in der Beschwerde nicht aufrecht.

**32b)** Insoweit ist ihr Nachprüfungsantrag aber unbegründet.

**33aa)** Nach den hier einschlägigen Vorschriften des § 6 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A sind Bietergemeinschaften Einzelbewerbern grundsätzlich gleichgestellt. Beschränkt wird dies dahingehend, dass gemäß § 2 EU Abs. 1 S. 3 VOB/A wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen nicht erlaubt sind. Ein Ausschluss setzt daher grundsätzlich den Nachweis voraus, dass eine Absprache mit dem Zweck einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung in Bezug auf die konkrete Vergabe getroffen wurde (vgl. etwa OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.02.2012, Verg W 1/12 in BeckRS 2012, 5195).

**34**Unabhängig davon, ob der Senat sich der Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 08.06.2016, VII-Verg 3/16 - juris) und des Kammergerichts (Beschluss vom 24.10.2013, Vergabe 11/13 - juris) anschließt oder ob er an seiner bisherigen, durch die Einführung von § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB bestärkten Rechtsprechung festhält, wonach das Eingehen einer Bietergemeinschaft eine grundsätzlich zulässige, weil so vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit darstellt, sich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen und die Eingehung einer Bietergemeinschaft nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Umstände auf eine Absicht der beteiligten Unternehmen schließen lassen, sich unberechtigte Wettbewerbsvorteile zu verschaffen (Senat, Beschluss vom 08.01.2010, 15 Verg 1/10 - juris Rn. 16; Senat vom Beschluss vom 05.11.2014, 15 Verg 6/14 - juris Rn. 41), ist auch unter Geltung der strengeren Vorgaben nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Kammergerichts bei auf demselben Markt tätigen und grundsätzlich zueinander in einem potenziellen Wettbewerbsverhältnis stehenden Unternehmen die Bildung einer Bietergemeinschaft wettbewerbsunschädlich, wenn etwa die beteiligten Unternehmen jedes für sich zu einer Teilnahme an der Ausschreibung aufgrund ihrer betrieblichen und geschäftlichen Verhältnisse nicht leistungsfähig sind bzw. aufgrund derzeitiger Kapazitäten die Leistung nicht erbringen können und dies vertretbar dargelegt wird (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.06.2016, a.a.O.).

**35**Die Beigeladene hat die Entscheidung ihrer Mitglieder, sich an der Bietergemeinschaft zu beteiligen, nachvollziehbar dargelegt. Diese Entscheidung unterliegt der Einschätzungsprärogative der beteiligten Unternehmen und ist nur beschränkt auf die Einhaltung ihrer Grenzen kontrollierbar (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.06.2016, a.a.O.). Die vorgebrachten Umstände rechtfertigen die Bewerbung als Bietergemeinschaft.

**36bb)** Die Antragsgegnerin hat dadurch, dass sie das Vergabeverfahren in den Stand vor Ausschluss des (zweiten) indikativen Angebots der Beigeladenen zurückversetzte und deren Angebot wieder in die Angebotswertung aufnahm, nicht vergaberechtliche missachtet.

Vorschriften

**37(1)** Die Vergabekammer Baden-Württemberg hat in dem von der Beigeladenen im Hinblick auf den Ausschluss ihres indikativen Angebots eingeleiteten Nachprüfungsverfahren (Az. 1 VK 18/20) festgestellt, dass der Ausschluss fehlerhaft war, die Entscheidung der Antragsgegnerin, das indikative Angebots der Beigeladenen wegen Nichteinhaltung der Geruchsstoffkonzentration von 300 GE auszuschließen, aufgehoben und bestimmt, dass das

Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Ausschluss des indikativen Angebots der Beigeladenen zurückzusetzen und das indikative Angebot der Beigeladenen wieder in die Angebotswertung aufzunehmen ist. Dem ist die Antragsgegnerin nachgekommen und hat den von der Vergabekammer in dem nicht angegriffenen Beschluss festgestellten Verstoß durch die Aufnahme des Angebots der Beigeladenen in die Auswahl, die zur Abgabe eines finalen Angebots aufgefordert wurden, beseitigt. Eine über die Umsetzung des Vergabekammerbeschlusses hinausgehende Entscheidung in Bezug auf die Zulassung des indikativen Angebots der Beigeladenen hat die Antragsgegnerin nicht getroffen.

**38(2)** Die unterbliebene Beiladung der Antragstellerin im Verfahren 1 VK 18/20 ändert an diesem Ergebnis nichts. Im Vergabeverfahren besteht anders als im Verwaltungsverfahren nicht die Möglichkeit, abweichende Sachanträge zu stellen, wie dies § 66 S. 2 VwGO für den notwendig Beigeladenen vorsieht. Der Beigeladene im Vergabeverfahren hat dieselben Rechte und Pflichten wie ein „geborener“ Verfahrensbeteiligter. Er kann Akteneinsicht nehmen und hat Anspruch darauf, mit seinen tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen (einschließlich Beweisanträgen oder -anregungen) gehört zu werden. Er muss allerdings den Verfahrensstand so hinnehmen, wie er zum Zeitpunkt der Beiladung besteht (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 162 GWB, Stand: 16.09.2019 Rn. 25).

**39** Beizuladen sind Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung der Vergabekammer „schwerwiegend berührt“ werden können. Das bedeutet, dass nicht alle Teilnehmer am Wettbewerb beigeladen werden müssen. Entscheidend sind immer die Umstände des Einzelfalles. Sachgerecht ist die Beiladung von Unternehmen, deren wirtschaftliche Interessen unter Berücksichtigung ihrer derzeitigen Wettbewerbsposition durch den Ausgang des Vergabeverfahrens in schwerwiegender Weise tangiert werden können (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, a.a.O., § 162 GWB Rn. 13; Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht 4. Aufl. 2018, § 162 Rn. 31).

**40** Eine Beiladung der jetzigen Antragstellerin zum Verfahren 1 VK 18/20 war unter diesem Gesichtspunkt nicht zwingend geboten. Die Beigeladene stellte den Nachprüfungsantrag nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs und Vorliegen der indikativen Angebote sowie vor Beginn der Verhandlungen mit den Bietern. Zu diesem Zeitpunkt war nicht gesichert zu beurteilen, ob ein Verbleib des Angebots der Beigeladenen im Verfahren, dieses Ziel verfolgte sie mit ihrem Nachprüfungsantrag, die Wettbewerbsposition der Antragstellerin „schwerwiegend berührt“. Tatsächlich berührte die Entscheidung der Vergabekammer die Rechtsposition der Antragstellerin auch nicht schwerwiegend, weil ihr hierdurch keine Rechtsnachteile entstanden sind. Denn auch mit ihr wurde weiterverhandelt und sie wurde zur Abgabe eines finalen Angebots aufgefordert.

**41(3)** Unerheblich ist, dass die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 168 Abs. 3 GWB für das nicht beigeladene Unternehmen keine Bindungswirkung entfaltet (vgl. Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 162 Rn. 35; Ziekow/Völlink/Dicks, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 179 Rn. 8). Bei der Frage, inwieweit eine unterbliebene Beiladung Rechte auslöst, sind auch die Wertungen über die Anfechtbarkeit einer Entscheidung im Fall der erfolgten Beiladung zu beachten.

**42** Wenn die Antragstellerin, unterstellt sie wäre im Verfahren 1 VK 18/20 beigeladen worden, keinen zulässigen Antrag auf ein Rechtsmittel hätte stellen können, insbesondere keine Beschwerde hätte einlegen können, besteht auch unter Berücksichtigung effektiven

Rechtsschutzes und des verfassungsrechtlich garantierten Grundsatzes des rechtlichen Gehörs kein Erfordernis, dass ihr als nicht beigeladener Bieterin die Möglichkeit der Überprüfung der (rechtskräftigen) Entscheidung der Vergabekammer in einem neuen, nunmehr von ihr angestregten Vergabeverfahren eröffnet wird. Die unterbliebene Beiladung kann nicht dazu führen, dass eine sonst nicht gegebene Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet wird.

**43**Zwar kann ein Beigeladener selbst Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer einlegen. Voraussetzung ist aber, dass er antragsbefugt ist. Die Antragsbefugnis setzt neben dem Interesse des Antragstellers am Auftrag und der Darlegung einer Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB voraus, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (st. Rspr. etwa: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.04.2018, VII/Verg 56/17 - juris Rn. 17). Da ein Nachprüfungsverfahren dem Schutz der unberücksichtigten Bieter dient (EuGH, Beschluss vom 15.10.2009, C-275/08 in EuZW 2009, 858 ff. Rn. 36), besteht der drohende Schaden darin, dass durch den einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten auf den Zuschlag zumindest verschlechtert werden können (BGH, Beschluss vom 10.11.2009, X ZB 8/09 - juris Rn. 32).

**44**In Bezug auf das Angebot der Antragstellerin stand eine Rechtsverletzung im Vergabeverfahren 1 VK 18/20 nicht im Raum. Denn es ging allein um den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen. Die Antragstellerin ist auch nicht dadurch in ihren Rechten verletzt, dass die Vergabestelle aufgrund der Entscheidung der Vergabekammer das Angebot der Beigeladenen nicht ausschloss und die Beigeladene am Verfahren weiter teilnahm. Die Entscheidung der Vergabekammer betraf ein Verfahrensstadium, in dem die Verhandlung mit den Bietern aufgrund ihrer Erstantgebote bevorstand. Der Verbleib des Angebots der Beigeladenen im Wettbewerb änderte an den Wettbewerbschancen der Antragstellerin nichts. Sowohl mit ihr als auch mit der Beigeladenen wurde verhandelt und beide wurden zur Abgabe eines finalen Angebots aufgefordert. Sofern die Antragstellerin argumentiert, wäre das indikative Angebot der Beigeladenen ausgeschlossen worden, hätte auf ihr Angebot der Zuschlag erteilt werden müssen, weil ihr finales Angebot das zweitplatzierte war, ist dies nicht zwingende Folge der Entscheidung der Vergabekammer darüber, dass das Angebot der Beigeladenen im Wettbewerb zu verbleiben hatte. Ob die Wertung der finalen Angebote der im Wettbewerb verbleibenden Bieter im Hinblick auf den dem Verhandlungsverfahren innewohnenden dynamischen Prozess - gemäß § 3 b EU Abs. 3 Nr. 6 VOB/A verhandelt der öffentliche Auftraggeber mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Angebot mit Ausnahme der endgültigen Angebote mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern - dieselbe Bieterreihenfolge zum Ergebnis gehabt hätte, wenn die Beigeladene kein finales Angebot abgegeben hätte, lässt sich nicht feststellen.

**45**(4) Zudem ist die Antragstellerin deshalb nicht in ihren Rechten verletzt, weil es nicht zu beanstanden ist, dass die Vergabekammer im Verfahren 1 VK 18/20 den Ausschluss des indikativen Angebots der Beigeladenen als vergaberechtswidrig behandelt hat.

**46**Im Verhandlungsverfahren gilt, dass indikative Angebote, auf die ein Zuschlag gerade nicht erfolgen soll, nicht bei jeder Abweichung von den Vergabeunterlagen auszuschließen sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.06.2017, VII-Verg 7/17 - juris Rn. 41; Opitz in Burgi/ Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 16 EU VOB/A Rn. 20). Soweit allerdings der öffentliche Auftraggeber bereits zwingende Anforderungen für die indikativen Angebote aufstellt, sind diese als Mindestanforderungen noch § 3 b EU Abs. 3 Nr.

5 VOB/A zu beachten (OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG München, Beschluss vom 21.04.2017, Verg 1/17- juris Rn. 64). Erforderlich ist, dass der öffentliche Auftraggeber die Mindestanforderungen eindeutig und unmissverständlich als unverhandelbar und zwingend für die Abgabe der indikativen Angebote aufstellt (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; Ziekow/Völlink/Völlink, VgV, 4. Aufl. 2020, § 17 Rn. 22). Die Frage, welcher Erklärungswert Vergabeunterlagen und den darin formulierten Anforderungen zukommt, ist nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen zu entscheiden. Dabei ist im Rahmen einer normativen Auslegung auf den objektiven Empfängerhorizont des potentiellen Bieters, also einen abstrakten Adressatenkreis, abzustellen (BGH, Beschluss vom 07.01.2014, X ZB 15/13 - juris). Hierbei können auch im Laufe des Verhandlungsverfahrens ergehende Erläuterungen zu den Ausschlusskriterien eine Rolle spielen (vgl. OLG München, Die Vergabeunterlagen formulieren die Vorgabe einer Geruchsstoffkonzentration von 300 GE nicht eindeutig und unmissverständlich als Mindestanforderung für die indikativen Angebote. So heißt es zwar in Ziffer 11.8 der Leistungsbeschreibung, dass die Geruchsstoffkonzentration im Abgas der Biofilteranlage insgesamt 300 GE nicht überschreiten darf. Allerdings bezeichnete die Antragsgegnerin in der Leistungsbeschreibung an mehreren Stellen (etwa Ziffer 9.6 oder 9.8) ihre Vorgaben ausdrücklich als Mindestanforderungen; diese Bezeichnung wählte sie bei den Vorgaben zur Geruchsstoffkonzentration nicht. Zudem bezieht sich Ziffer 4 der Leistungsbeschreibung auf die immissionsschutzrechtliche Genehmigung, die als Grenze der Geruchsstoffimmission im Abgas der Biofilter maximal 500 GE vorsah. Auch aus der Antwort der Vergabestelle auf die Bieterfrage der Antragstellerin vom 25.10.2019 ergab sich nicht eindeutig, dass bereits für die indikativen Angebote als Mindestforderung ein Grenzwert von 300 GE einzuhalten war. Zwar antwortete die Vergabestelle, dass ein Grenzwert von 300 GE gefordert werde und die Bieter bei der Auslegung von den Angaben in der Leistungsbeschreibung, d.h. dem Wert von 300 GE ausgehen sollen und bat um Berücksichtigung bei der Kalkulation. Sie machte aber auch hierdurch nicht deutlich, ob dies bereits für die indikativen Angebote als Mindestbedingung gefordert wurde. Auch die Antwort verwendete die Bezeichnung „Mindestbedingung“ nicht, obwohl dies an anderen Stellen der Leistungsbeschreibung der Fall war. Zwar beschäftigte sich eine weitere Bieteranfrage vom 31.01.2020 damit, dass die Leistungsbeschreibung teilweise „kann“ und „muss“ verwendet. Die Antwort der Vergabestelle bezog sich jedoch nicht auf die Geruchsstoffkonzentration, sondern auf andere, davon unabhängige Leistungsvorgaben. Zudem fehlt eine eindeutig und unmissverständlich Bestimmung in den Vergabeunterlagen, dass es sich bei dem geforderten Grenzwert um eine unverhandelbare und zwingende Mindestanforderung für die indikativen Angebote handelt. Ergänzend wird auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer Bezug genommen Beschluss vom 24.01.2017, Verg 1/17- juris Rn. 66).

**473.** Das Angebot der Beigeladenen ist auch nicht nach § 16 d EU Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 1 VOB/A auszuschließen.

**48**Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, muss der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung verlangen. Preise oder Kosten erscheinen dann als ungewöhnlich niedrig, wenn sie erheblich unterhalb der eingegangenen Konkurrenzangebote, einer qualifizierten Kostenschätzung oder Erfahrungswerten des Auftraggebers mit wettbewerblicher Preisbildung aus anderen Ausschreibungen liegen (vgl. Senat, Beschluss vom 06.08.2014, 15 Verg 7/14 in BeckRS 2014, 20739; Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, VgV § 60 Rn. 3).

**49**Ob in Fällen wie dem vorliegendem, bei dem der Preis nur mit 40% in die Wertung eingeht (35% Investitionskosten; 5% Wartungs- und Instandhaltungskosten), ein isolierter Vergleich der Preise belastbare Grundlage für die Beurteilung der Angemessenheit sein kann, braucht nicht entschieden zu werden. Eine Prüfpflicht des Auftraggebers besteht nur, wenn sich ein prozentualer Abstand zum Angebot des nächstplazierten Bieters von 20% der Gesamtauftragssumme ergibt (vgl. Ziekow/Völlink/Steck, 4. Aufl. 2020, VOB/A-EU § 16 d EU Rn. 10 mwN). Vorliegend betrug der preisliche Abstand des Angebots der Beigeladenen zum preislich nächstgelegenen Angebot weniger als 5%.

III.

**50**Weitergehende Akteneinsicht war der Antragstellerin nicht zu gewähren. Insbesondere hat die Vergabekammer in ihrem Schreiben vom 22.02.2021 darauf hingewiesen, dass die Beigeladene mit Schriftsatz vom 16.02.2021 die Gründe für die Bildung der Bietergemeinschaft mitgeteilt hat. Einem darüber hinaus gehenden Anspruch auf Akteneinsicht, insbesondere auch in Bezug auf die Darlegung der Gründe im Einzelnen steht das vom Vergabesenat zu beachtende Interesse der Mitglieder der Bietergemeinschaft am Schutz ihrer geheimhaltungsbedürftigen unternehmensbezogenen Informationen und Daten entgegen. Soweit die Rügen unzulässig sind, besteht ein Anspruch auf Akteneinsicht nicht. Ob es sich bei der Vorgabe von 300 GE um eine schon bei der Auswahl der indikativen Angebote zu beachtende Mindestanforderung handelt, konnte die Antragstellerin aufgrund der ihr vorliegenden Vergabeunterlagen beurteilen.

IV.

**51**Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 175 Abs. 2, 71 S. 1 GWB (n.F.) GWB. Der Beschwerdewert wird entsprechend § 50 Abs. 2 GKG festgesetzt.

**52**Einer Vorlage an den Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 2 GWB bedarf es nicht. Durch die Entscheidung weicht der Senat nicht von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs ab. Den Entscheidungen der Oberlandesgerichte Frankfurt (Beschluss vom 20.12.2000, 11 Verg 1/00 nach BeckRS 2000, 30469938), Düsseldorf (Beschluss vom 22.09.2005, VII-Verg 49/05 - juris) und Celle (Beschluss vom 05.09.2003, 13 Verg 19/03 in ZfBR 2003, 821) und des Kammergerichts (Beschluss vom 13.03.2008, 2 Verg 18/07 in NZBau 2008, 466 - beckonline) lagen mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbare Sachverhalte zugrunde. In den zitierten Entscheidungen ging es um die Bindungswirkung im Fall einer erfolgten oder unterbliebenen Beiladung. Diese beurteilt der Senat nicht anders als die genannten Oberlandesgerichte.

Zitiervorschlag:

OLG Karlsruhe Beschl. v. 21.5.2021 – 15 Verg 4/21, BeckRS 2021, 46032