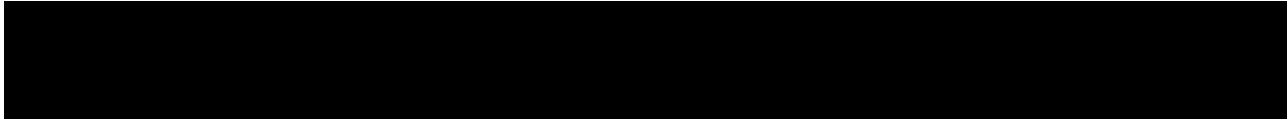


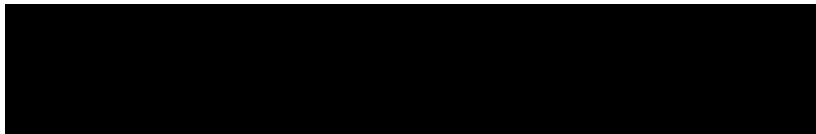
Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

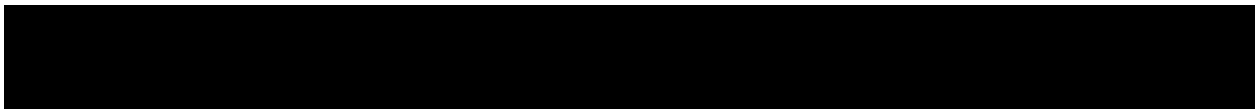


- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

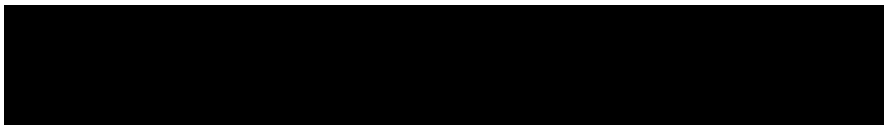


gegen

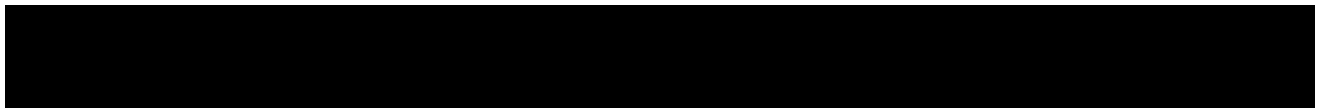


- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte



weitere Beteiligte:



- Beigeladene -

wegen der Vergabe von Leistungen zur Herstellung der Wettbewerbsfähigkeit gemäß
§ 16 Abs. 1 SGB II i.V.m. § 45 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 SGB III,

offenes Verfahren nach VgV,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt
durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Re-
gierungsrat Greimann und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Oberamtsrätin Clau-
dia Denz-Kinzel

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2020
am 26. März 2020 beschlossen:

- I. Es wird festgestellt, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag vom 14. Mai 2019 über Maßnahmen zur Herstellung der Wettbewerbsfähigkeit gemäß § 16 Abs. 1 SGB II i.V.m. § 45 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 SGB III unwirksam ist.
- II. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, beim Fortbestehen seiner Beschaffungsabsicht die Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beachten.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, welche der Antragsgegner zu tragen hat.
- IV. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
- V. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 25. Februar 2019 die Vergabe des Dienstleistungsauftrags zur Herstellung der Wettbewerbsfähigkeit gemäß § 16 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) i.V.m. § 45 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 3 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) im offenen Verfahren nach VgV europaweit aus (EU-[REDACTED]; Bezeichnung des Auftrags: [REDACTED]; Ref.-Nr.: [REDACTED]).

Die Auftragsunterlagen standen unter einer näher angegebenen Internetadresse zur Verfügung (Ziff. I.3 der Auftragsbekanntmachung). Darin waren die Kriterien für die Auftragserteilung wie folgt bestimmt: Preis - gewichtet mit 30 %, qualitativ bestes Konzept - gewichtet mit 70 % (Ziff. 5 der Aufforderung zur Angebotsabgabe [Bl. 104 der Vergabeakte [[VA]]]; Punkt 1.5.1 der Bewerbungsbedingungen [Bl. 109 d. VA]).

Der geschätzte Gesamtwert des Auftrags wurde in der Bekanntmachung mit 1,7 Mio. € angegeben (Ziff. II.1.5 der Bekanntmachung).

Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde wie folgt bestimmt: 25. März 2019, 10:00 Uhr (Ziff. IV.2.2 der Bekanntmachung); die Angebote waren bei der in der Auftragsbekanntmachung genannten Kontaktstelle einzureichen (Ziff. I.3 der Bekanntmachung).

Der Beginn der Laufzeit des Vertrages war am 13. Mai 2019 vorgesehen (Ziff. II.2.7 der Bekanntmachung).

Als weitere Angabe wurde festgelegt, dass die Aufträge elektronisch erteilt werden (Ziff. VI.2 der Bekanntmachung).

Bis zum Schlusstermin erfolgte zwischen dem Antragsgegner und sechs Unternehmen - darunter Antragstellerin und Beigeladene - E-Mail-Verkehr wegen neuer Informationen zum Vergabeverfahren.

Am 19. März 2019 gab die Antragstellerin ihr Angebot ab; am 22. März 2019 tat dies die Beigeladene und drei Tage später eine weitere Bieterin.

Am 25. März 2019, um 10:15 Uhr, fand der Submissionstermin statt. In der diesbezüglichen Niederschrift wurde der fristgerechte Eingang von drei elektronischen Angeboten notiert.

Am 29. März 2020 soll die Antragstellerin mit dem zuständigen Sachbearbeiter des Antragsgegners telefoniert haben; bei diesem Telefonat - welches vom Antragsgegner bestritten wird - soll er ihr gegenüber geäußert haben, dass sie die einzige Bieterin sei.

Mit Beschluss vom 8. Mai 2019 entschied der Kreisausschuss des Antragsgegners, den Auftrag an die Beigeladene zu vergeben.

Mit Schreiben vom 14. Mai 2019 erteilte der Antragsgegner der Beigeladenen entsprechend ihres Angebotes den Auftrag.

Am 27. Mai 2019 informierte er die Antragstellerin über seine Zuschlagsabsicht. Er teilte ihr den Namen der Beigeladenen als Zubezuschlagende und den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses - 7. Juni 2019 - mit; als Grund für die Nichtberücksichtigung der Antragstellerin erklärte er, dass sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hätte.

Mit Schriftsatz vom 28. Mai 2019 rügte die Antragstellerin, dass zum einen die Bieterinformation wegen unzureichender Angabe der Gründe vergaberechtswidrig sei. Zum anderen könne das Angebot der Beigeladenen nicht bezuschlagt werden, weil nach der telefonischen Auskunft nur sie - die Antragstellerin - einzige Bieterin gewesen sei, so dass die Beigeladene ein unwirksames Angebot abgegeben hätte.

Mit Schreiben vom 29. Mai 2019 unterrichtete der Antragsgegner die Beigeladene über die Rüge und wies sie darauf hin, dass der Vertragsschluss mit ihr - seines Erachtens - zur Zeit schwebend unwirksam sei.

Mit Schreiben vom 4. Juni 2019 half er der Rüge nicht ab. Dabei legte er der Antragstellerin die wesentlichen Erwägungen nebst Bepunktungen für die getroffene Bewertung zu jedem Konzeptteil dar, welches sie ihm mit ihrem Angebot vorgelegt hatte, und wies auf das jeweilige Wertungsergebnis im Vergleich zu den übrigen Bieterinnen hin. Zudem teilte er ihr mit, dass zum Zeitpunkt der Submission drei Angebote vorgelegen hatten, die vergaberechtlichen Anforderungen entsprochen hätten. Er bestritt das Telefonat mit seinem Mitarbeiter und der Antragstellerin.

Daraufhin stellte diese mit Schriftsatz vom 5. Juni 2019 - eingegangen am selben Tag - ihren Nachprüfungsantrag, wobei sie zur Begründung im Wesentlichen den Inhalt ihrer Rügen wiedergab. Des Weiteren meinte sie, auch das Schreiben des Antragsgegners vom 4. Juni 2019 entspreche nicht den gesetzlichen Anforderungen an eine Bieterinformation über die Zuschlagsabsicht. Zwar weise es Gründe über die vorgesehene Nichtberücksichtigung ihres Angebotes auf, doch fehle die erforderliche Angabe des frühesten Zuschlagszeitpunkts. Da deshalb die Wartefrist zum Vertragsschluss noch nicht begonnen habe, sei auch aus diesem Grund kein wirksamer Vertrag geschlossen worden.

Die Antragstellerin beantragte,

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 160 ff GWB, verbunden mit der unverzüglichen Information des Antragsgegners gemäß § 169 Abs. 1 GWB in Textform;
2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist;
3. zu untersagen, den Zuschlag an die Beigeladene zu erteilen;
4. den Antragsgegner zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen;
5. hilfsweise andere, zur Wahrung der Rechte der Antragstellerin notwendige Anordnung zu treffen;
6. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB;
7. die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären;
8. die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dem Antragsgegner aufzuerlegen.

Am nächsten Tag übermittelte die Vergabekammer unter Hinweis auf das Zuschlagsverbot den Nachprüfungsantrag an den Antragsgegner, gab ihm Gelegenheit zur Stellungnahme und forderte von ihm unter Fristsetzung die Vergabeakte in Original an, die sie nachfolgend in Papierform erhielt. Zugleich informierte sie die Antragstellerin über die Übermittlung.

Mit Schriftsatz vom 12. Juni 2019 erwiderte der Antragsgegner auf den Nachprüfungsantrag, wobei er beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin keine Akteneinsicht zu gewähren;
3. der Antragstellerin die Kosten aufzuerlegen;
4. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsgegner für notwendig zu erklären.

In der Begründung bekräftigte er im Kern seine Rügeantwort. Er führte außerdem im Wesentlichen aus, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, weil die Antragstellerin das ungünstigste Angebot abgegeben hätte und somit keine Aussicht auf den Zuschlag habe; auch sei ihr durch die Bieterinformation über die Zuschlagsabsicht kein Nachteil entstanden, da sie inzwischen die erforderlichen Informationen mit Schreiben vom 4. Juni 2019 erhalten habe. Auf jeden Fall sei der Antrag unbegründet, denn neben ihrem Angebot seien noch zwei weitere Angebote - u.a. das der Beigeladenen - eingegangen, die wertbar gewesen waren und auch gewertet worden sind. Hinsichtlich der von der Antragstellerin vorgetragenen telefonischen Auskunft über die Anzahl der Angebote bzw. Bieterinnen hätte eine Verwechslung oder ein Missverständnis in der Kommunikation vorgelegen; es sei das zu Grunde liegende Vergabeverfahren mit einem Parallelverfahren verwechselt worden, das einen ähnlichen Vergabegegenstand und eine ähnliche Referenznummer hatte.

In der Folgezeit setzte sich die Kontroverse fort.

Am 3. Juli 2019 sah die Antragstellerin unter Aufsicht der Vergabekammer in die Vergabeakte ein, soweit ihr die Einsichtnahme aus wichtigen Gründen nicht zu versagen war.

Mit Schriftsatz vom 12. Juli 2019 machte sie mehrere Dokumentationsmängel in der Vergabeakte geltend, und zwar hinsichtlich der Kommunikation mit den Bietern, der Aufklärungsgespräche und der Verlängerung der Bindefrist. Überdies hätten sich Unregelmäßigkeiten bei der Angebotsabgabe ereignet, weil die Beigeladene kurzfristig, nämlich - wie sich aus der Vergabeakte ergebe - zwanzig Minuten nach elektronischer Registrierung und Herunterladen (Download) der Vergabe- bzw. Auftragsunterlagen, ein umfangreiches und vollständiges Angebot abgeben hätte; das gleiche sei auch bei einer weiteren Bieterin geschehen. Außerdem sei die Auskömmlichkeit der Angebote dieser Bieterinnen nicht geprüft worden. Ferner seien die Zuschlagskriterien mangels vorheriger Bekanntmachung rechtswidrig; ebenso die Angebotswertung wegen Ermessensausfall.

Dem trat der Antragsgegner entgegen, indem er sämtliche nunmehr geltend gemachten Vergabefehler in Abrede stellte. Zu den Dokumentationsmängeln trug er insbesondere vor, dass die eigentliche Vergabeakte sich aus der hier vorgenommenen elektronischen Dokumentation ergebe; die geltend gemachten Diskrepanzen von Zeitangaben und Nachrichtenstatus mit Kommunikationspartner würden auf der Herstellung der vorgelegten papiernen Vergabeakte beruhen.

In der Folgezeit wurde die Kontroverse vertieft.

Mit Verfügung vom 16. August 2019 wies die Vergabekammer die Beteiligten darauf hin, dass bis auf Weiteres davon auszugehen ist, dass die vorgelegte Vergabeakte ausgedruckte papierne Kopien der elektronischen Dokumentation über das gesamte Vergabeverfahren enthält. Andernfalls möge der Antragsgegner binnen einer bestimmten Frist dokumentationsrelevante Unterlagen nachreichen.

Daraufhin legte dieser mit Schriftsatz vom 30. August 2019 zur Vervollständigung der Vergabeakte weitere das Vergabeverfahren dokumentierende Unterlagen vor. Dazu teilte er u.a. mit, es würde sich dabei um Aktenbestandteile handeln, die nach Erhebung der Rüge und nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens entstanden seien. Darunter befand sich das Schreiben des Antragsgegners vom 14. Mai 2019, mit dem er den Auftrag erteilt hatte (Bl. 914 d. VA).

Mit Schriftsatz vom 10. September 2019 stellt die Antragstellerin folgenden Antrag:

1. In Abänderung des mit Schriftsatz vom 5. Juni 2019 gestellten Antrags zu 3.) wird beantragt, festzustellen, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirksam ist, hilfsweise den Vertragsschluss zu untersagen.
2. Akteneinsicht gemäß § 165 GWB in den nun zur Verfügung gestellten zweiten Teil der Vergabeakte.

Zur Begründung führte sie aus, aus dem letzten schriftsätzlichen Vortrag des Antragsgegners ergebe sich zumindest konkludent, dass zwischen ihm und der Beigeladenen vor Beendigung des zu Grunde liegenden Vergabeverfahrens über den Auftragsgegenstand ein Vertrag zustande gekommen sei. Weil darüber Mitbieter nicht zuvor informiert worden seien, sei dessen Nichtigkeit gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB festzustellen.

Am 25. September 2019 sah die Antragstellerin in den ergänzend vorgelegten Teil der Vergabeakte ein, soweit ihr dies aus Gründen der Geheimhaltung nicht zu versagen war.

Nachfolgend führte die Antragstellerin ihren Vortrag zu ihrem Feststellungsantrag weiter aus.

Am 22. Oktober 2019 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen. Sie erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme zum bisher im Verfahren entstandenen Schriftverkehr, die sie auch wahrnahm, indem sie der Antragstellerin entgegnete. Insbesondere verneinte sie deren Auftragschancen, da sie von den eingegangenen Angeboten das ungünstigste abgeben hätte.

In der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2020 erklärte die Antragstellerin, dass sie bei der Ausgestaltung der Ausschreibung Kontakt mit dem Antragsgegner gehabt hätte. Sie hätte ihm ein von ihr erstelltes Ausschreibungskonzept ausgehändigt.

In der Verhandlung beantragt die Beigeladene,

den Nachprüfungsantrag abzulehnen;

die übrigen Beteiligten hielten ihre gestellten Anträge - die Antragstellerin den vom 10. September 2019 - aufrecht.

II.

Der Nachprüfungsantrag in Form des Feststellungsantrags vom 10. September 2019 ist zulässig und begründet.

Die Zulässigkeit des Antrags und die Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags richten sich nach den §§ 97, 134, 135 GWB in der ab 18. April 2016 anwendbaren Fassung, weil das Verfahren über die gegenständliche Auftragsvergabe nach dem 18. April 2016 eingeleitet wurde (§ 186 Abs. 2 GWB i.d.F. des Gesetzes vom 17. Februar 2016 [BGBl. I S. 203]).

1. Die Zulässigkeit beruht auf folgenden Erwägungen:

- a.) Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB sowie der Rechtsweg zur Vergabekammer gemäß §§ 155 ff GWB sind eröffnet (s. nur Ziekow/Völlink-Dittmann, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 155 GWB Rn. 17). Denn die Antragsgegnerin als Gebietskörperschaft ist öffentlicher Auftraggeber (§ 99 Nr. 1 GWB). Dem Rechtsstreit liegt ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 103 Abs. 4 GWB zu Grunde. Auch wurde der für das vorliegende Nachprüfungsverfahren gemäß § 3 Abs. 3 VgV zu Beginn des Vergabeverfahrens geltende Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge von 221.000,- € (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. c Richtlinie 2014/24/EU i.d.F. der Delegierten Verordnung [EU] 2015/2365 der Kommission vom 18. Dezember 2017 [EU-ABl. L 337/19]) ausweislich der Schätzung des Auftragswerts, wie sie sich aus Ziff. II.1.5 der Auftragsbekanntmachung ergibt, überschritten.
- b.) Der - wie vorliegend - auf Feststellung gerichtete Nachprüfungsantrag ist statthaft, wenn ein Vergabeverfahren stattgefunden hat und der öffentliche Auftraggeber den Auftrag erteilt hat (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 135 GWB Rn. 19).

Das ist hier der Fall.

Das zu Grunde liegende Vergabeverfahren begann spätestens mit der Absendung der Auftragsbekanntmachung am 21. Februar 2019 (Ziff. VI.5 der Bekanntmachung), weil der Antragsgegner damit – über seinen internen Beschaffungsbeschluss hinaus – eine Maßnahme traf, die dazu diente, sein Beschaffungsvorhaben zu veröffentlichen, um einen Auftragnehmer mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses zu ermitteln (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Kus, a.a.O., § 155 Rn. 19; s. Müller-Wrede-Diemon-Wies, GWB, 2016, § 155 Rn. 25, abweichend in § 156 Rn. 41).

Zudem wurde der mit der Auftragsbekanntmachung ausgeschriebene Auftrag vergeben, indem der Zuschlag an die Beigeladene erteilt wurde. Dies folgt aus dem Wortlaut des Schreibens des Antragsgegners vom 14. Mai 2019, in welchem er ihr u.a. mitteilte: „(...) wurde Ihrem Angebot der Zuschlag erteilt; wir erteilen Ihnen hiermit den Auftrag zur Durchführung der o.g. Maßnahme entsprechend Ihrem Angebot im Rahmen der Ausschreibung.“ (Bl. 914 d. VA). Da der Zuschlag die Annahme des Angebotes eines Bieters – hier das der Beigeladenen vom 22. März 2019 – darstellt (s. nur Müller-Wrede-Kadenbach, a.a.O., § 168 Rn. 40; Ziekow/Völlink-Ziekow, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 103 Rn. 13 ff), kam mit diesem Schreiben der Vertrag über die streitgegenständliche Leistung zwischen diesen Beteiligten zu Stande.

Dass der Beginn der Laufzeit schon am 13. Mai 2019 vorgesehen war (Ziff. II.2.7 der Bekanntmachung), ändert daran nichts, weil diese Zeitbestimmung allein Gegenstand des Vertragsinhalts ist und somit rückwirkend gilt.

Ohne Belang ist ferner die fehlende förmliche Unterzeichnung des Vertrages, da in den Schlussausführungen des Vertragstextes, der in Entwurfsfassung mit den Auftragsunterlagen allen Beteiligten verfügbar war, wie folgt statuiert wurde: „Der (...) Vertrag kommt mit Zuschlagserteilung (Zuschlagsbrief) zu Stande, ohne dass es dazu einer Unterzeichnung bedarf.“ (Bl. 413, 559 d. VA). Aus diesem Grunde ist auch die offensichtliche Faksimile-Unterschrift unter dem ebengenannten Schreiben unerheblich. Hinzu kommt, dass gemäß Ziff. VI.2 der Auftragsbekanntmachung vorgesehen war, die Aufträge ausschließlich elektronisch zu erteilen, womit zwar § 126 Abs. 3 BGB Rechnung getragen wurde; wegen der nicht nötigen Unterschrift bedurfte es jedoch keiner qualifizierten elektronischen Signatur, so dass für Anforderungen an die elektronische Form gemäß § 126a BGB kein Raum gegeben war. Demnach entfiel die originale eigenhändige Namensunterschrift beider Vertragsparteien. Für den Vertragsschluss war daher allein die Zuschlagserklärung als solche erforderlich, die hier durch das besagte Schreiben erfolgte.

Daneben folgt die Statthaftigkeit – wie auch gefordert (Ziekow/Völlink-Braun, a.a.O., § 135 GWB Rn. 103) – aus dem Umstand, dass mit Übermittlung der Antragschrift vom 5. Juni 2019 ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren eingeleitet wurde.

c.) Ein Verstoß gegen Rügeobliegenheiten liegt nicht vor.

Hinsichtlich der Rüge einer unvollständigen Bieterinformation ist eine diesbezügliche Beanstandung entbehrlich. Gleichwohl die Antragstellerin mit Schreiben vom 28. Mai 2019 solch eine Rüge erhob, bedurfte es dieser rückblickend nicht. Zwar wurde sie fristgerecht erhoben, da die beanstandete Bieterinformation tags zuvor erging und somit die Frist von zehn Kalendertagen gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gewahrt wurde, doch war die Antragstellerin insoweit von ihrer Rügepflicht befreit. Denn diese Pflicht besteht dann nicht, wenn ein Bieter von der unzureichenden Bieterinformation erst nach Vertragsschluss erfährt, weil dann die mit der Rüge bezweckte Korrektur des geltend gemachten Vergabeverstößes nicht mehr möglich ist (Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, a.a.O., § 135 Rn 76; s. Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, a.a.O., § 135 Rn. 33).

So verhält es sich auch hier. Infolge des schon erfolgten Vertragsschlusses konnte die Rüge vom 28. Mai 2019 ihre Warnfunktion für den Antragsgegner nicht mehr erfüllen und ihn zu einem vergabekonformen Verhalten anleiten.

Aus demselben Grund bedurfte auch der Antrag vom 10. September 2019 keiner vorherigen Rüge. Denn der mit der Rügeobliegenheit verfolgte Sinn und Zweck, nämlich es dem Auftraggeber zu ermöglichen, den dargelegten Fehler in einem frühestmöglichen Stadium des Vergabeverfahrens zu korrigieren, und damit unnötige Nachprüfungsverfahren vermeiden zu können (s. nur Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, wie vor), war wegen des Vertragsschlusses, der das Verfahren beendete (s. nur Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Müller, a.a.O. § 97 Rn. 21 [a.E.], - Kus, a.a.O., § 156 Rn. 27), nicht mehr erreichbar. Deswegen waren auch weitere Verstöße nicht mehr zu rügen.

- d.) Das erforderliche schutzwürdige Feststellungsinteresse, bei dem die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen (Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, a.a.O., § 135 Rn. 65), ist gegeben.

Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn Unternehmen ihr Interesse am Auftrag durch Abgabe eines Angebotes bekundet haben, was auch im Rahmen eines nicht ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahrens gilt (Ziekow/Völlink-Braun, a.a.O., § 135 GWB Rn. 19, 105; s. ferner Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, a.a.O., § 135 Rn. 68 [a.E.], 72). In der Regel wird das bei einer Geltendmachung eines Verstoßes gegen die Informations- und Wartepflicht i.S.v. § 134 GWB durch den bei der Zuschlagsentscheidung nicht berücksichtigten Bieter bejaht (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, a.a.O., § 135 Rn. 22).

Dem ist hier so. Bereits das von der Antragstellerin abgegebene Angebot vom 19. März 2019 und ihre Rüge vom 28. Mai 2019, mit der sie die Bieterinformation beanstandete, begründen ihr Feststellungsinteresse.

- e.) Zudem ist die Antragstellerin antragsbefugt.

Für die dafür vorausgesetzte Verletzung eigener Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB reicht es aus, dass diese nach der Darstellung des Antragstellers möglich erscheint. Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn der Antragsteller sich auf die Verletzung von subjektiven Rechten mit der Behauptung beruft, dass der Auftraggeber Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht eingehalten hat (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, a.a.O., § 135 Rn. 24).

Dem wurde hier bereits mit dem Vortrag in der Antragschrift Genüge getan.

- f.) Auch die Anforderungen an einen Schadenseintritt gemäß § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB sind erfüllt.

Als Schaden in diesem Sinne ist allgemein die mögliche Verschlechterung der Zuschlagsaussichten durch den beanstandeten Vergaberechtsverstoß anzusehen (Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, a.a.O., § 135 Rn. 70; Burgi/Dreherders./Hoffmann, Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB, 3. Auflg. 2017, § 135 Rn. 41; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, a.a.O., § 135 Rn. 25; Ziekow/Völlink-Braun, a.a.O., § 135 GWB Rn. 104, 105).

aa.) Allerdings reicht nach herrschender Meinung die – wie hier – geltend gemachte Verletzung der Informations- und Wartepflicht gemäß § 134 GWB als einziger Fehler nicht aus, da er nicht geeignet ist, einen Schaden i.S.v. § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB zu begründen (s. nur Burgi/Dreherders./Hoffmann, a.a.O., § 135 Rn. 42; a.A. Ziekow/Völlink-Braun, a.a.O., § 134 Rn. 111 f). Denn allein durch diesen Fehler werden die Chancen des Antragstellers auf den Zuschlag nicht in jedem Fall vereitelt. Ist das Vergabeverfahren im Übrigen fehlerfrei durchgeführt worden, droht ihm als nicht berücksichtigten Bieter durch eine fehlerhafte Information oder einen Zuschlag vor Ablauf der Wartefrist kein Schaden. Selbst bei Beachtung der Informations- und Wartepflicht hätten sich seine Chancen auf den Zuschlag nicht verbessert; vielmehr wäre auch in diesem Fall der für den Zuschlag vorgesehene Bieter erfolgreich gewesen (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, a.a.O., § 135 Rn. 26). Hinzu kommt, dass die Vorgaben des § 134 GWB den Einstieg in den Primärrechtsschutz im Wege eines Nachprüfungsverfahrens bezwecken, so dass der Wortlaut der eben genannten Vorschrift einschränkend auszulegen ist (Reidt/Stickler/Glahs-diess., Vergaberecht, 4. Auflg. 2018, § 135 GWB Rn. 9; i.E. ebenso Ziekow/Völlink-Braun, a.a.O., § 135 GWB Rn. 41); dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist somit Rechnung getragen, wenn – wie ebenfalls hier – nach Übermittlung eines Nachprüfungsantrags das Zuschlagsverbot gemäß § 169 Abs. 1 GWB ausgelöst ist, dem Antragsteller aber nicht mehr ein schützenswertes Interesse auf Einhaltung von § 134 GWB zukommt (Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, wie vor).

Auf den Umstand, dass hier nun ein Feststellungsantrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu Grunde liegt, kommt insoweit es nicht an, weil ursprünglich ein Nachprüfungsantrag auf Anordnung von Maßnahmen durch die Vergabekammer gemäß § 168 Abs. 1 GWB gestellt wurde; dass das durch seine Übermittlung ausgelöste Zuschlagsverbot ins Leere lief, beruht auf den Um-

ständen des Geschehens- und Verfahrensablaufes, wonach die Zuschlagserteilung erst nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens der Vergabekammer und der Antragstellerin bekannt wurde.

Ohne jeglichen Belang ist die vom Antragsgegner geltend gemachte Heilung der Bieterinformation durch sein Schreiben vom 4. Juni 2019. Gleichwohl eine Heilung des Verstoßes gegen § 134 GWB durch Nachholung der ordnungsgemäßen Bieterinformation, die selbst noch im laufenden Nachprüfungsverfahren erfolgen könnte, grundsätzlich möglich ist (Willenbruch/Wiedekind-Stumpf, Vergaberecht, 4. Aufl. 2017, § 135 GWB Rn, 9; s. Burgi/Dreher-ders./Hoffmann, a.a.O., § 135 Rn. 28; i.E. ebenso Ziekow/Völlink-Braun, wie vor [a.E.]), scheidet indes die Heilung eines Verstoßes gegen die Informationspflicht als solche gerade nach Vertragsschluss aus (Burgi/Dreher-ders./Hoffmann, wie vor). Hier wurde der Vertrag schon drei Wochen vor der erwähnten Bieterinformation, nämlich am 14. Mai 2019, geschlossen. Diese Information war also nicht mehr heilbar.

bb.) Insgesamt wird gemeinhin vorausgesetzt, dass ein weiterer Verstoß gegen das Vergaberecht geltend zu machen ist (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. Dezember 2019 - Az.: Verg 53/18 -; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, wie vor; Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, wie vor; Burgi/Dreher-ders./Hoffmann, a.a.O., § 135 Rn. 42; i.E. wohl ebenso Reidt/Stickler/Glahs-diess., wiewor).

Zwar wurde hier neben dem Verstoß gegen die Pflicht zur vollständigen und nachvollziehbaren Bieterinformation, welcher Gegenstand der Rüge vom 28. Mai 2019 war, nachfolgend mit dem Antrag vom 10. September 2019 - in dessen Begründung die fehlende Bieterinformation über den Vertragsschluss gerügt wurde - auch ein Verstoß gegen die Pflicht zur Abgabe einer Information überhaupt beanstandet. Auch kommt ein Verstoß gegen die Wartepflicht i.S.v. § 134 Abs. 2 GWB in Betracht, da mit dem bereits am 14. Mai 2019 getroffenen Vertragsschluss und dessen späteren Bekanntwerden erst im Nachprüfungsverfahren weder die 15-tägige Wartefrist des § 134 Abs. 2 Satz 1 GWB noch die zehntägige Wartefrist des § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB eingehalten wurde. Doch genügt dies nicht, weil gerade über die Verstöße gegen § 134 GWB hinaus - mithin eine Verletzung von anderen, d.h. zusätzlichen Bestimmungen des Vergaberechts neben dieser Vorschrift - ein vergaberechtswidriges Verhalten vorliegen muss.

Das ist hier der Fall. Es wurde u.a. gegen die dem Antragsgegner obliegende Dokumentationspflicht von § 8 Abs. 1 VgV verstoßen.

Die Vergabeakte weist zwar in der Aufstellung „Vermerke über Ereignisse“, datierend vom 29. Mai 2019, (Bl. 42 - 52 d. VA) keine Notiz über verfahrensrelevante Handlungen in dem Zeitraum von 25. März bis 27. Mai 2019 auf, obwohl sich aus dem Verlauf des Vergabeverfahrens ergibt, dass in dieser Zeit der Submissionstermin mit der Öffnung der eingegangenen Angebote und die Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene stattfanden. Doch ist dies unschädlich. Denn trotzdem die einschlägige Seite 10 der eben genannten Aufstellung keinen Eintrag über diese Ereignisse enthält (Bl. 51 d. VA),

sind die Ereignisse an anderer Stelle der Vergabeakte - hinsichtlich der Submission in der gesonderten Niederschrift über die Eröffnung der Angebote (Bl. 826 - 827 d. VA), hinsichtlich der Zuschlagserteilung in dem Schreiben des Antragsgegners vom 14. Mai 2019 (Bl. 914 d. VA) - zu entnehmen, so dass dem Dokumentationserfordernis gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 VgV Genüge getan ist. Da für die Dokumentation kein zusammenhängendes Schriftstück notwendig ist, reicht eine durchgängige Dokumentation durch separate Schriftstücke aus, wenn sich daraus die Begründung der einzelnen Verfahrensstufen ergibt (Heiermann/Zeiss/Summa-Hillmann, jurisPK, 5. Aufl. 2016, Stand: 1. Oktober 2016, § 8 VgV Rn. 14; Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß- Zeise, VgV, 2017, § 8 Rn. 6).

Dem wurde hier mit den beiden eben genannten Unterlagen Rechnung getragen. In ihnen wurden die relevanten Ereignisse schriftlich fixiert; als Bestandteile der Vergabeakte können mit ihrer Hilfe die von ihnen wiedergegebenen einzelnen Schritte des Vergabeverfahrens nachvollzogen werden.

Vielmehr liegt ein Dokumentationsfehler zu den Angebotsunterlagen der Beigeladenen vor.

Gemäß Ziff. 6. der Ergänzung zur Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes mussten die Bieter ihrem Angebot eine Konzeption nach Maßgabe von Punkt 1.5.2, Ziff. 2 der Bewerbungsbedingungen beifügen (Bl. 105 d. VA). Danach hatten die Angebote ein Konzept nach bestimmten Vorgaben zu enthalten, die in der vorgenannten Bedingung konkret dargelegt wurden; das Konzeptteil 1 sollte Angaben über die Einordnung der angebotenen Leistung in die Gesamtstrategie und Umsetzung der Maßnahmeninhalte machen, das Konzeptteil 2 sollte Angaben über Personal, Organisation und pädagogischen Ansatz beinhalten sowie das Konzeptteil 3 sollte Angaben zum Qualitätsmanagement, Berichtswesen und Evaluation zum Gegenstand haben (Bl. 112 - 114 d. VA).

Diese Unterlagen waren den Bietern mit den Auftragsunterlagen unter der in der Auftragsbekanntmachung angegebenen Internetadresse elektronisch verfügbar (Ziff. I.3 der Bekanntmachung).

Aufgrund der abgegebenen Angebote ist davon auszugehen, dass die genannten Unterlagen auch den Beteiligten zur Verfügung standen und sie davon Gebrauch machten. Anhaltspunkte für etwaige Hinderungsgründe wurden weder vorgetragen noch sind sie ersichtlich.

Allerdings ist nicht ersichtlich, dass die Beigeladene ein Konzept gemäß Punkt 1.5.2, Ziff. 2 der Bewerbungsbedingungen ihrem Angebot beigefügt hat. Die in der mündlichen Verhandlung im Rahmen des Streitgesprächs von der Antragstellerin nachdrücklich ersuchte eingehende nochmalige Prüfung aller vorliegenden Angebote durch die Vergabekammer ergab keine Anhaltspunkte, dass die Beigeladene solch ein Konzept abgegeben haben könnte. In ihren Angebotsunterlagen, die in der Vergabeakte eingeordnet sind, (Bl. 503 - 581 d. VA) fehlt dieses Konzept; es ist darin weder zusammengefaßt noch getrennt in die drei verlangten Konzeptteile enthalten.

Beim Angebot der Antragstellerin (Bl. 395 - 502 d. VA) und bei dem der weiteren Bieterin (Bl. 582 - 668 d. VA) ist das nicht der Fall, vielmehr haben diese jeweils das verlangte Konzept mit den drei Konzeptteilen vorgelegt (Bl. 433 - 503, 623 - 667 VA).

Auch ist den Angebotsunterlagen der Beigeladenen, die dafür in Betracht kommen, ein Hinweis auf entsprechende Anlagen nicht zu entnehmen (Bl. 503 - 505, 517, 572 - 574, 577 - 578 d. VA). Gegenteiliges geht ebenso wenig aus der Paginierung dieser Unterlagen in der Vergabeakte hervor; sie ist durchgängig und weist an einschlägiger Stelle keine Lücken auf (Bl. 503 - 581 d. VA).

Nichts Anderes folgt aus dem Schriftverkehr im vorliegenden Nachprüfungsverfahren: Mit Schriftsatz vom 11. Juni 2019 reichte der Antragsgegner die Vergabeakte unter korrekter Nennung von Anzahl der Ordner und jeweils paginierter Blattzahl bei der Vergabekammer ein; mit Verfügung vom 16. August 2019 erteilte die Vergabekammer den Beteiligten den Hinweis, dass sie davon ausgeht, dass die vorgelegten Unterlagen die Dokumentation über das gesamte Vergabeverfahren enthalten, andernfalls bat sie um Nachreichung; mit Schriftsatz vom 30. August 2019 legte der Antragsgegner ihr weitere Unterlagen der Vergabeakte vor, um - wie er dabei mitteilte - die Akte zu vervollständigen; diese waren gleichfalls korrekt fortlaufend paginiert.

Danach ist davon auszugehen, dass die Vergabeakte seitdem komplett ist.

Doch auch die nachgereichten Unterlagen (Bl. 860 - 1062 d. VA) weisen weder ein Konzept als Ganzes noch einzelne Konzeptteile - sei es zusammengefasst, sei es gesondert aufgeführt - auf; genau so wenig sind ihnen Hinweise darauf entnehmbar.

Demzufolge ist das Angebot der Beigeladenen nicht vollständig.

Demgegenüber wurde es in dem Vermerk „Prüfungsbogen und Bewertung des Angebotes - Prüfungsteil A [formelle Prüfung]“ vom 28. März 2019 (Bl. 681 - 684 d. VA) als vollständig, das Konzept in sämtlichen Teilen als beigelegt notiert (Bl. 681, 683 d. VA).

Da eine separate Dokumentation einzelner Schriftstücke ausreicht, ist dieser Vermerk dokumentationsrelevant.

Seine Aussage gibt aber nicht den Inhalt der vorgelegten Vergabeakte wieder, entspricht mithin nicht den Tatsachen.

Der Vermerk ist demnach fehlerhaft.

Ob dieser Dokumentationsmangel das Erfordernis der Schadenskausalität erfüllt, wonach es genügt, dass gerade solch ein Mangel sich zum Nachteil der Antragstellerin ausgewirkt haben kann (Müller-Wrede- Hofmann, a.a.O.,

§ 160 Rn. 33; Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 160 GWB Rn. 22; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Möllenkamp, a.a.O., § 160 Rn. 99; s. Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, a.a.O., § 160 Rn. 35; s. ferner Heiermann/Zeiss/Summarders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 91, der insoweit eine Rechtsverletzung verneint), kann hier dahingestellt bleiben. Gleichermaßen kann dahinstehen, dass dieser Mangel nicht – wie erforderlich (s. nur Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, a.a.O., § 160 Rn. 41; Burgi/Dreherders./Hoffmann, a.a.O., § 135 Rn. 28 [s. Fn. 63]; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Möllenkamp, a.a.O., § 160 Rn. 87 f) – geltend gemacht wurde, weil er der Antragstellerin im Rahmen der eingeschränkten Akteneinsicht, bei der ihr eine Einsichtnahme in die Angebotsunterlagen der Mitbieter – also auch in diejenigen der Beigeladenen – gemäß § 165 Abs. 2 GWB versagt wurde, nicht erkennbar war.

Denn ein weiterer Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen folgt aus dem Umstand, dass das unvollständige Angebot der Beigeladenen in der Wertung auch hinsichtlich des fehlenden Konzepts trotz dieses Mangels bepunktet wurde und nicht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde.

Gemäß Punkt 1.5.1, Ziff. 2 Absatz 5 der Bewerbungsbedingungen ist ein Konzeptteil mit 0 Punkten zu bewerten, wenn er fehlt (Bl. 110 d. VA). Nach Punkt 1.5.1, Ziff. 2 Absatz 9 dieser Bedingungen führt die Bewertung eines Konzeptteils mit 0 Punkten bereits an dieser Stelle – d.h. im ersten Schritt der Punktevergabe, wo jeder Konzeptteil wertungsmäßig mit 0 bis 3 Punkten versehen wird (s. Bl. 110 d. VA) – zum Ausschluss des Angebotes aus der weiteren Wertung und aus dem Vergabeverfahren (Bl. 111 d. VA).

Demgegenüber wurden beim Angebot der Beigeladenen die Konzeptteile 1, 2 und 3 jeweils mit mehreren Punkten bewertet (Bl. 686 – 687, 875 d. VA), obgleich diese Teile ausweislich der Vergabeakte nicht vorhanden waren.

Das Angebot der Beigeladenen wurde somit in der weiteren Wertung berücksichtigt (Bl. 688 – 691, 875 d. VA); es erzielte in der Gesamtwertung die Bestpunktzahl (Bl. 680, 688 d. VA).

Damit verblieb es entgegen der Bewerbungsbedingungen noch im Vergabeverfahren, obwohl es nach diesen auszuschließen war.

Der Antragsgegner hat demnach bereits gegen eigene, selbstaufgestellte Vorgaben zum Vergabeverfahren verstoßen. Dies läuft zugleich § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV zuwider; danach sind Angebote ohne die geforderten Unterlagen zwingend auszuschließen (Ziekow/Völlink-Herrmann, a.a.O., § 57 VgV Rn. 5; Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Dittmann, a.a.O., § 57 Rn. 7). Wegen der eindeutigen und zumutbaren Vorgabe zur Beifügung eines Konzepts (Punkt 1.5.2, Ziff. 2 der Bewerbungsbedingungen) sowie vor allem wegen der ebenso eindeutig formulierten Rechtsfolge bei Nichterfüllung dieser Vorgabe und des Zeitpunkts ihres Eintritts, nämlich schon während des Wertungsvorgangs, (Punkt 1.5.1, Ziff. 2, Absatz 9 der Bedingungen) scheidet eine – wie grundsätzlich nötig (Ziekow/Völlink-Herrmann, a.a.O., § 57 VgV

Rn. 26, 30; s. Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, a.a.O., § 57 VgV Rn. 71) - Nachforderung der fehlenden Unterlagen aus.

Der schadensrelevante weitere Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen beruht folglich auf dem fehlenden Ausschluss des unvollständigen Angebotes der Beigeladenen (Punkt 1.5.1, Ziff. 2, Absatz 9 der Bewerbungsbedingungen, § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV).

cc.) Durch diesen Verstoß haben sich die Aussichten der Antragstellerin auf Erteilung des Auftrags verschlechtert; er ist - wie vorausgesetzt wird (Willenbruch/Wiedekind-Kadenbach, a.a.O., § 160 GWB Rn. 37) - potentiell schadenskausal.

Ausweislich der Gesamtbewertung der drei eingereichten Angebote erzielte das Angebot der Antragstellerin Rang 3 (Bl. 680, 688 d. VA).

Wäre das Angebot der Beigeladenen ausgeschlossen worden, wären nur noch zwei Angebote - darunter das der Antragstellerin - in der Wertung verblieben.

Für die Annahme einer aussichtsreichen Rangstelle muss das Angebot eines Antragstellers nicht unbedingt den ersten Platz erringen, um seine Antragsbefugnis zu bejahen (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 160 GWB Rn. 34). Erforderlich ist nicht, dass der Antragsteller den Zuschlag auch tatsächlich erhalten würde, wenn der Vergabefehler nicht vorläge; ausreichend ist vielmehr, dass die Zuschlagserteilung an ihn jedenfalls nicht ausgeschlossen ist (Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 39). Wenn - wie hier - der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium ist, reicht es aus, dass sich sein Angebot nach der bisherigen Wertung nicht auf einen abgeschlagenen Rang befindet (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 31; s. Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 109), mithin nicht jedwede realistische Zuschlagschance fehlt (Gabriel/Krohn/Neun-ders., Handbuch Vergaberecht, 2. Auflg. 2017, § 41 Rn. 58 [a.E.]). Entscheidend ist, dass der Vergaberechtsverstoß überhaupt geeignet ist, die Chance des Antragstellers auf den Zuschlag zu beeinträchtigen (OLG Frankfurt, Beschl. v. 30. August 2011 - Az.: 11 Verg 3/11 -; Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, a.a.O., § 160 Rn. 36; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Möllenkamp, a.a.O., § 160 Rn. 86).

Dem ist hier so. Der Nichtausschluss des Angebotes der Beigeladenen erhöhte die Anzahl derjenigen Angebote, die bei der Wertung berücksichtigt wurden. Damit war zwar ein höherer Wettbewerbsdruck immanent, doch minderte dies zugleich die Zuschlagschancen der Antragstellerin, weil ihr Angebot schon aufgrund der Anzahl der Mitbieter in einer größeren Konkurrenz mit deren Angeboten stand. Umgekehrt wäre die Zuschlagserteilung an sie nicht ausgeschlossen gewesen, wenn bei erfolgtem Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen nur noch ihr Angebot und das der weiteren Mitbieterin gewertet worden wären - zumal sie bei letztgenanntem die Prüfung von dessen Auskömmlichkeit beanstandet und somit dessen Wertung gerügt hat.

2. Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Auftrags vom 14. Mai 2019 gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist auch begründet.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt, da der Antragsgegner die Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht eingehalten hat.

- a.) Der Antragsgegner hat seine Informations- und Wartepflicht gemäß § 134 GWB verletzt, indem er die Antragstellerin entgegen § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB unzureichend über die Gründe über die vorgesehene Nichtberücksichtigung ihres Angebotes informiert hat und indem er entgegen § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB die Wartefrist von zehn Kalendertagen nicht eingehalten hat.

Im Rahmen der Informationspflicht sind an den Inhalt der Information zwar grundsätzlich keine übersteigerten Anforderungen zu stellen; so muss das Informationsschreiben nicht dergestalt mit Gründen für die Nichtberücksichtigung versehen werden, dass sie einem Vergabevermerk oder der Begründung eines schriftlichen Verwaltungsaktes entsprechen (Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, a.a.O., § 134 Rn. 61); auch darf zum Zwecke der Verwaltungsvereinfachung ein vorformuliertes Schreiben benutzt werden (Reidt/Stickler/Glahs-diess., a.a.O., § 134 Rn. 35). Jedoch darf die Information sich nicht in einer formelhaften, schematischen Formulierung oder pauschalen Begründung erschöpfen, sondern muss den unterlegenen Bieter in die Lage versetzen, seine Position im Vergabeverfahren zu erkennen und die Sinnhaftigkeit eines Nachprüfungsverfahrens zu prüfen (Ziekow/Völlink-Braun, a.a.O., § 134 GWB Rn. 86; Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, a.a.O., § 134 Rn. 69; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, a.a.O., § 134 Rn. 26, 27). Nicht ausreichend sind allgemeine Floskeln ohne Bezug zum konkreten Vergabeverfahren; wenn z.B. angegeben wird, das Angebot eines Mitbieters sei wirtschaftlicher gewesen, dann muss auch dargelegt werden, warum dieses Angebot als wirtschaftlicher bewertet wurde (Heiermann/Zeiss/Summa-Sommer, a.a.O., § 134 GWB Rn. 32; Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, wie vor).

Solch eine Darlegung fehlt hier. Die Bieterinformation vom 27. Mai 2019 enthält lediglich die allgemeine Angabe, dass die Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hätte (Bl. 704 - 706 d.VA.). Konkrete Hinweise sind nicht enthalten; ein mit „Erläuterung“ überschriebenes Textfeld ist leer (Bl. 706 d.VA.). Damit waren der Antragstellerin die näheren Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes nicht nachvollziehbar, ihre Position im Vergabeverfahren war ihr nicht erkennbar.

Da an die Begründung der Nichtberücksichtigung gemeinhin höhere Anforderungen zu stellen sind, wenn - wie vorliegend - neben dem Preis auch andere Zuschlagskriterien über die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots entschieden haben (Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, a.a.O., § 134 Rn. 70; Ziekow/Völlink-Braun, a.a.O., § 134 Rn. 88), reicht die alleinige Mitteilung, das unterlegene Angebot sei nicht das wirtschaftlichste gewesen, nicht aus (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Maimann, a.a.O., § 134 Rn. 28).

So verhält es sich auch hier mit der erteilten Bieterinformation, die - wie vorstehend bereits ausgeführt - durch das Schreiben des Antragsgegners vom 4. Juni 2019 nicht mehr geheilt werden konnte.

Die dem Antragsgegner obliegende Wartefrist von § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB wurde schon dadurch nicht eingehalten, dass er den Zuschlag gerade vor der Bieterinformation erteilt hatte, obwohl dies zehn Kalendertage erst nach der Information stattfinden darf; die Bieterinformation erfolgte am 27. Mai 2018, die Zuschlagserteilung war schon am 14. Mai 2019 geschehen.

- b.) Der für die Begründetheit des Nachprüfungsantrags erforderliche weitere Verstoß ist gegeben (Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, a.a.O., §135 Rn. 79).

Denn daneben hat der Antragsgegner entgegen § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV und entgegen Punkt 1.5.1, Ziff. 2 Absatz 9 der Bewerbungsbedingungen das Angebot der Beigeladenen vom Vergabeverfahren nicht ausgeschlossen.

Dieser Vergaberechtsverstoß hat sich – wie nötig (Müller-Wrede-Gnittke/Hattig, a.a.O., §135 Rn. 78 f) – kausal auf die Zuschlagschance der Antragstellerin nachteilig ausgewirkt.

Wäre der Ausschluss durchgeführt worden, dann wären nur noch das Angebot der Beigeladenen und das der weiteren Mitbieterin in der Wertung verblieben. Gleichwohl das Angebot dieser Mitbieterin preislich günstiger als das der Antragstellerin ist, wäre letztgenanntes zuschlagsfähig.

Dies beruht auf dem Umstand, dass diese beiden verbliebenen Angebote sich erheblich im Preis unterscheiden (Bl. 4-6, 396, 589 d. VA), was deren Aufklärung gemäß §§ 60 Abs. 1 und 2 VgV bedurft hätte.

Für die Frage der Notwendigkeit einer Preisaufklärung gemäß § 60 Abs. 1 VgV durch den Antragsgegner kommt es maßgeblich auf den Abstand des Angebots des preislich günstigsten Anbieters zu dem in der Rangfolge nächstfolgenden Angebot an. Nach vorherrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist ein erheblicher Unterschied dann gegeben, wenn das preislich günstigste Angebot um mindestens 20 % niedriger ist als das Angebot des zweitplatzierten Bieters (s. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25. April 2012 – Az.: Verg 61/11 –; OLG Frankfurt, Beschl. v. 9. Mai 2017 – Az.: 11 Verg 5/17 –; Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, a.a.O., § 60 VgV Rn. 10; s. Ziekow/Völlink-Sterck, a.a.O., § 60 VgV Rn. 4; s. ferner Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Dicks, a.a.O., § 60 Rn. 9 – jew. m.w.N.). Ab einer Preisdifferenz von mehr als 20 % kann widerlegbar vermutet werden, dass der Preis oder die Kosten im Verhältnis zur angebotenen Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen (Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, wie vor).

Hier beträgt die Preisdifferenz weit über 20 %. Demzufolge wäre der Antragsgegner auf jeden Fall gehalten gewesen, den Preis bei der Mitbieterin aufzuklären. Anhaltspunkte für ein Aufklärungsverlangen i.S.v. § 60 Abs. 1 VgV liegen aber nicht vor.

Dass dieses Aufklärungsverlangen wegen der damaligen Verfahrenssituation, bei der die Beigeladene in der Wertung verblieb und als Bestplatzierte gewertet wurde, nicht stattfand, ist für die Schadenskausalität ohne Belang. Denn aufgrund der Möglichkeit einer Ablehnung bei nicht zufriedenstellender Erklärung des ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises gemäß § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV,

kann nicht ausgeschlossen werden, dass schließlich nur noch das Angebot der Antragstellerin zu bezuschlagen wäre.

Ohne Belang ist die Höhe des Angebotes der Antragstellerin im Vergleich zur geringeren Höhe des Konkurrenzangebotes, weil der Antragsgegner insoweit nicht verpflichtet war, diesen Umstand zu überprüfen. Die Überprüfungspflicht gemäß § 60 Abs. 1 VgV bezieht sich nach dem Wortlaut dieser Vorschrift und nach dem Willen des Normgebers nur auf ungewöhnlich niedrige Angebote (Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Dicks, a.a.O., § 60 Rn. 13; Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, a.a.O., § 60 VgV Rn. 45).

- c.) Auf den Vortrag der Antragstellerin, sie hätte bei der Ausgestaltung der Ausschreibung Kontakt mit dem Antragsgegner gehabt und ihm ein von ihr erstelltes Ausschreibungskonzept dem Antragsgegner ausgehändigt, kommt es nicht an.

Eine daraus folgende Wettbewerbsverzerrung i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB scheidet aus, weil für diese Vorschrift vorausgesetzt wird, dass das in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogene Unternehmen dadurch Informationen, Kenntnisse oder Fähigkeiten erlangt hat, die ihm als späteren Wettbewerbs Teilnehmer zugutekommen und ihm einen Vorteil verschaffen können (Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 124 GWB Rn. 84; Müller-Wrede-Conrad, a.a.O., § 124 Rn., § 124 Rn. 125; s. Burgi/Dreher-Opitz, a.a.O., § 124 Rn. 82 f).

Ob eine vorherige Einbeziehung der Antragstellerin schon durch von ihr vorgenommenen Kontakt und Aushändigung eines Konzepts in Betracht kommt, kann selbst bei - wie geboten (Burgi/Dreher-Opitz, a.a.O., § 124 Rn. 81; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Hausmann/von Hoff, a.a.O., § 124 Rn. 43) - weiter Auslegung des Begriffs „einbezogen“ i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB dahinstellt sein.

Denn gegen einen Wettbewerbsvorteil spricht bereits die hohe Preisdifferenz zwischen dem Angebot der Antragstellerin einerseits und den Angeboten der beiden anderen Mitbieterinnen andererseits (Bl. 4 - 6 d. VA). Vor allem spricht dagegen, dass die Antragstellerin in der Gesamtwertung auf den dritten, mithin den letzten Rang platziert wurde (Bl. 680, 688 d. VA). Folglich wirkten sich Kontakt und Konzeptaushändigung an den Antragsgegner nicht zu ihrem Vorteil aus.

- d.) Auch kommt es nicht auf ihren Vortrag um die kurzfristige, aber umfangreiche Angebotsabgabe der Mitbieterinnen an, zumal es keine Vorgabe zum Umfang der Unterlagen zu den Angeboten und dessen Auswirkung auf die Wertung gab sowie Anhaltspunkte, die für eine Vorbefassung der Mitbieterinnen sprechen würden, nicht ersichtlich sind.

Nach alledem war dem Nachprüfungsantrag in Form des Feststellungsantrags stattzugeben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (s. Müller-Wrede-Schröder,

a.a.O., § 182 Rn. 13,14; s. Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 4) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben, die zu dessen Übermittlung führte.

Da der Antragsgegner - was vorherrschend nötig ist (Heiermann/Zeiss/Summarders., a.a.O., § 182 GWB Rn. 15: „Begehren [...] zurückweist“; vgl. Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 16: „wirtschaftliches Begehren“; vgl. insges. Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 18) - sein Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist er als im Verfahren unterlegen anzusehen. Er trägt damit gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 182 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,- €. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 9; vgl. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 21, 23). Dabei ist sich am Bruttoauftragswert des Angebots der Antragstellerin zu orientieren (OLG Frankfurt, Beschl. v. 29. August 2014 - Az.: 11 Verg 3/14 -; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 7). Aus diesem ergibt sich hier unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von ████████ €.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen (§ 182 Abs. 4 Satz 1 GWB).

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind erstattungsfähig. Die Beigeladene hat sich - wie für die Erstattung vorausgesetzt wird (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 37; Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 100 f) - mit eigenen Sach- und Rechtsüberlegungen sowie Antragstellung am Nachprüfungsverfahren aktiv beteiligt. Damit ist hier ein ausdrücklicher, bewusster und gewollter Interessengegensatz zwischen Beigeladener und Antragstellerin, der für die Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen von Beigeladenen gemeinhin erforderlich ist (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 38; s. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 101), gegeben.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 - Az.: 11 Verg 10/13 -; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 31; s. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 153, 156 ff) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber dem ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragsgegner notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 HVwVfG).

Es wird darauf hingewiesen, dass ein Kostenfestsetzungsverfahren hinsichtlich der Aufwendungen der Beteiligten vor der Vergabekammer gemäß § 182 Abs. 4 Satz 5 GWB nicht stattfindet (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 42; Burgi/Dreher-Krohn, a.a.O., § 182 Rn. 40).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -,
Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main,

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Harnisch
Vorsitzender

Greimann
Hauptamtlicher Beisitzer