



## Neues zum Vergaberecht 02/2020



Liebe Leserinnen und Leser,

vorliegend finden Sie die 2. Ausgabe 2020 unseres Informationsdienstes "Neues zum Vergaberecht". Nachdem wir die erste Ausgabe dieses Jahres aus aktuellem Anlass voll und ganz der Corona-Pandemie widmeten, möchten wir mit vorliegender Ausgabe wieder zu dem wie gewohnt breiten Ansatz zurückkehren und aktuelle, praxisrelevante Entscheidungen diskutieren. Denn wiewohl die Gefahr der sog. „zweiten Welle“ nach wie vor besteht, gehen die Beschaffungen – zudem unter höchstem zeitlichen und wirtschaftlichen Druck – weiter: Die Milliarden an Fördermitteln müssen im Markt platziert werden, was zu einem bereits jetzt spürbaren Anstieg der Verfahren führt. Gleichzeitig steigt die Bieterbeteiligung, denn die Öffentliche Hand erscheint in der Krise als solventerer und zuverlässigerer Partner, als mancher private Auftraggeber. Umso wichtiger sind daher vergaberechtssichere Verfahren, denn die Kehrseite des grundsätzlich zu begrüßenden höheren Interesse ist stets ein Anstieg von vergaberechtlichen Beanstandungen in Krisenzeiten.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre und freuen uns über Ihre Anregungen, Rückfragen oder kritischen Anmerkungen. Schreiben Sie uns unter: [vergaberecht@leinemann-partner.de](mailto:vergaberecht@leinemann-partner.de).

Weiterführend möchten wir auf die neu erschienene Textsammlung Vergaberecht 2020 hinweisen. Diese können Sie direkt bei uns [erwerben](#).

Die neue Ausgabe unseres [Kanzleimagazins](#) ist außerdem erschienen. Diesmal porträtieren wir den Standort Berlin.

Mit den besten Grüßen aus Frankfurt  
Jonas Deppenkemper

## Themen

Daniel Altenburg, München

**Fehlende Finanzierbarkeit für zu teures Angebot: Ausschreibung kann aufgehoben werden!**

Kristin Beckmann, Köln

**Haftstrafe für Bürgermeister bei unwirtschaftlicher Direktvergabe?**

Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

**Angebot vorab per E-Mail: (K)ein Problem?**

Timm Freiheit, Frankfurt am Main

**Keine Akteneinsicht bei substanzlosem Vortrag**



Daniel Altenburg, München

## Fehlende Finanzierbarkeit für zu teures Angebot: Ausschreibung kann aufgehoben werden!

Ein öffentlicher Auftraggeber darf nach einer Entscheidung der VK Sachsen-Anhalt (**Beschluss vom 06.06.2019 – 3 VK LSA 18/19**) bei Erfüllung aller Voraussetzungen an eine sorgfältig vorgenommene und ordnungsgemäß dokumentierte Kostenschätzung eine Bauvergabe bei einer deutlichen Überschreitung des Hauptangebotes gegenüber der Kostenschätzung nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A aufheben.

Die Auftraggeberin, das Land Sachsen-Anhalt, schrieb Tiefbauarbeiten aus. An der Ausschreibung beteiligte sich aufgrund der allgemein sehr guten Auftragslage nur ein Unternehmen. Kurz nach dem Eröffnungstermin informierte die Auftraggeberin die Bieterin, dass ihr Angebot mit 42,34 % über der Kostenschätzung liegt und dieses „unangemessen hoch“ sei. Im Übrigen fehlen im Haushaltsplan eingestellte Mittel für den zu teuren Auftrag. Die Auftraggeberin werde daher das Angebot nicht berücksichtigen und das Vergabeverfahren aufheben, da kein bezuschlagungsfähiges Angebot vorliege.

Hiergegen wendet sich die Bieterin im Nachprüfungsverfahren vor der der VK Sachsen-Anhalt mit zwei Argumenten: Einerseits, dass das abgegebene Angebot eine angemessene Preiskalkulation aufweist und andererseits, dass die Kostenschätzung des Landes jedenfalls zu beanstanden ist.

Das Nachprüfungsverfahren hatte jedoch keinen Erfolg. Die Entscheidung der VK Sachsen-Anhalt schließt sich der bisherige Rechtsprechung an und spricht noch einmal alle Aspekte für eine rechtmäßige bzw. unrechtmäßige Aufhebung eines Vergabeverfahrens an:

1. Bieter haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Zuschlagserteilung – der öffentliche Auftraggeber hat demgemäß auch keine Pflicht zum Vertragsschluss (sog. „Kontrahierungszwang“, vgl. § 63 VgV).
2. Voraussetzung für eine vergaberechtskonforme Aufhebung des Verfahrens bei einem nicht wirtschaftlichen Ergebnis ist stets, dass der Auftraggeber die Kosten für die Ausführung der Leistung vorab ordnungsgemäß geschätzt und dokumentiert hat. Nach dem Bundesgerichtshof sind daran strenge Maßstäbe zu legen (BGH, Urteil vom 12.06.2001 – X ZR 150/99), wobei auch anerkannt ist, dass es sich bei einer Kostenschätzung um eine Prognose handelt, die von den Ausschreibungsergebnissen abweichen darf (BGH, Urteil vom 20.11.2012 – X ZR 108/10).

Eine korrekte Kostenschätzung des Auftragswertes wird auf Grundlage aller verfügbaren sowie kostenrelevanten Faktoren und Daten angemessen und methodisch vertretbar getroffen und ist

wirklichkeitsnah. Erforderlich ist außerdem, dass die ex-ante Kostenschätzung zeitnah vor der Bekanntmachung erfolgt und ggfs. anzupassen ist. Ein Sicherheitsaufschlag auf das Ergebnis der geschätzten Kosten ist in Höhe von 10 % gefordert, da der öffentliche Auftraggeber zu berücksichtigen hat, dass es sich bei der Kostenermittlung nur um eine Schätzung handelt und Überschreitungen in der Praxis üblich sind. Die VK Sachsen-Anhalt hatte betreffend der hier zu beurteilenden Kostenschätzung keinerlei Bedenken, sodass diese ordnungsgemäß erfolgt war.

3. Das bezuschlagungsfähige Angebot muss „deutlich“ über der Kostenschätzung liegen, um eine Aufhebung erst zu ermöglichen. Die Gerichte entscheiden hier je nach Einzelfall und haben „deutliche“ Überschreitungen bei Werten von 37 %, 50 % oder – wie in diesem Fall – bei 42,34 % bejaht.

4. Hinzutreten muss ferner, dass die Aufhebung im Rahmen einer umfassenden Einzelfallbetrachtung ermessensfehlerfrei abgewogen worden ist. Bei dieser Interessenabwägung muss berücksichtigt werden, dass dem öffentlichen Auftraggeber nicht das Risiko einer deutlichen überhöhten Preisbildung auferlegt wird und andererseits die Aufhebung nicht missbraucht wird, um das Ergebnis der Ausschreibung beliebig zu korrigieren (BGH, Urteil vom 20.11.2012 – X ZR 108/10). Die Aufhebung einer Ausschreibung ist deswegen immer dann vergaberechtskonform, wenn den öffentlichen Auftraggeber keinerlei Verantwortlichkeit hinsichtlich des Aufhebungsgrundes trifft (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.08.2018 – Verg 14/17). Die fehlende Finanzierung durfte somit nicht auf Fehler des Auftraggebers bei der Ermittlung des Finanzierungsbedarfs zurückzuführen sein. Ist die Finanzierung z.B. bereits bei der Kostenschätzung erkennbar nicht gesichert, ist eine spätere Aufhebung deshalb rechtswidrig (VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 12.09.2018 – 3 VK LSA 49/18). Die VK Sachsen-Anhalt konnte in jenem Fall jedoch keine Fehler feststellen, weswegen die Aufhebungsentscheidungen nicht zu beanstanden war und der Nachprüfungsantrag keinen Erfolg hatte.

#### **Fazit:**

Da der öffentliche Auftraggeber keinem Kontrahierungszwang unterliegt, kann er das Vergabeverfahren immer und auch ohne Vorliegen eines Aufhebungsgrundes wirksam aufheben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2013 – Verg 16/13). Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Aufhebung des Verfahrens auch rechtmäßig erfolgt ist, mit der sich die VK Sachsen-Anhalt im Rahmen von § 17 EU VOB/A zu beschäftigen hatte. Die Kammer hat die Aufhebungsentscheidung sowohl als wirksam als auch rechtmäßig angesehen. Das an der ordnungsgemäßen Kostenschätzung gemessene deutlich teurere Angebot und die mangelnde Finanzierbarkeit des Vorhabens berechtigten damit als „schwerwiegender Grund“ gem. § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zur Aufhebung der Ausschreibung.

Die hohen Voraussetzungen an eine ordnungsgemäße Kostenschätzung hat die Rechtsprechung aufgestellt, um zu verhindern, dass Vergabeverfahren beliebig aufgehoben werden. Denn wenn der Auftraggeber den Preis nur subjektiv für überhöht hält, obwohl er den gegebenen Marktverhältnissen entspricht, reicht dies nicht zur Aufhebung des Vergabeverfahrens. Hat der öffentliche Auftraggeber hingegen die Kostenschätzung des Auftragswertes ordnungsgemäß und methodisch korrekt durchgeführt und diese dokumentiert, kann der Auftraggeber bei deutlich überhöhten Angeboten wirksam und auch vergaberechtskonform aufheben.

Gegen die Aufhebungsentscheidung kann oberhalb der Schwellenwerte nach § 160 GWB ein Nachprüfungsverfahren vor der zuständigen Vergabekammer eingeleitet werden, in dem die Rechtmäßigkeit der Aufhebungsentscheidung überprüft wird. Die Vergabekammer überprüft die

Kostenschätzung und ob erkenntliche Ermessensfehler vorliegen.

Den Bietern stehen im Falle einer vergaberechtswidrigen Aufhebung Schadensersatzansprüche in Form von Angebotserstellungskosten und/oder entgangenem Gewinn zu. Denn mit der Teilnahme der Bieter an einem förmlichen Vergabeverfahren entsteht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis mit Sorgfalts- und Schutzpflichten, deren Verletzung Schadensersatzansprüche gem. §§ 280, 311 Abs. 2 BGB begründen (BGH, Urteil vom 27.11.2007 – X ZR 18/07). Diese Ansprüche sind vor den Zivilgerichten zu verfolgen, wobei die Entscheidung der Vergabekammer Bindungswirkung hat.

Die Rechtsprechung billigt denjenigen Bietern Ersatz ihres entgangenen Gewinns zu, bei denen die Ausschreibung absichtlich aufgehoben worden ist, damit sie den Auftrag nicht erhalten (sog. „Scheinaufhebung“, OLG München, Beschluss vom 4.4.2013 – Verg 4/13). Ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns besteht dann aber nur, wenn der betroffene Bieter den Auftrag bei rechtmäßiger Durchführung des Vergabeverfahrens hätte erhalten müssen und der ausgeschriebene oder ein diesem wirtschaftlich gleichzusetzender Auftrag vergeben worden ist (OLG Schleswig, Urteil vom 19.12.2017 - 3 U 15/17).



Kristin Beckmann, Köln

## Haftstrafe für Bürgermeister bei unwirtschaftlicher Direktvergabe?

Leitprinzip des Vergaberechts ist nach § 97 Abs. 1 S.2 GWB der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Wann ein Verstoß hiergegen auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann, hatte der BGH jüngst zu entscheiden.

### Der Sachverhalt

Ein Oberbürgermeister, der nach der Geschäftsordnung zur eigenständigen Vergabe von Aufträgen bis zu einer Höhe von EUR 25.000 berechtigt war und höhere Ausgaben nur im Einvernehmen mit dem Stadtrat oder einem Ausschuss tätigen durfte, beauftragte ein privates Detektivbüro im Wege der Direktvergabe, um das Fehlverhalten einiger Mitarbeiter des städtischen Baubetriebshofs nachzuweisen. Ohne vorab die Marktüblichkeit der Preise überprüft zu haben, kam letztlich eine Honorarsumme in Höhe von über EUR 300.000,00 zusammen, die der angeklagte Oberbürgermeister zur Zahlung freigab.

Die strafrechtliche Relevanz dieses Vorgehens war Gegenstand der BGH-Entscheidung.

### Die Entscheidung

Der BGH, Beschluss vom 8. Januar 2020 - **5 StR 366/19** - stellte fest, dass das LG Saarbrücken zutreffend von einer Verletzung des Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsgebots ausging. Dieses bezweckt die bestmögliche Nutzung der öffentlichen Ressourcen, indem die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln angestrebt wird. Der BGH führt aus, dass dieses Prinzip indes nur solche Maßnahmen verhindern soll, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlicht unvereinbar sind. Der Sparsamkeitsgrundsatz verpflichtete deshalb nicht zur Kostensenkung um jeden Preis.

Hieraus folge, dass ein Entscheidungsträger im Bereich der öffentlichen Verwaltung nicht stets pflichtwidrig handelt, wenn er nicht das sparsamste, also niedrigste, Angebot wählt. Beim Unterlassen eines Preisvergleichs oder einer Ausschreibung komme eine Strafbarkeit vielmehr nur bei evidenten und schwerwiegenden Pflichtverstößen in Betracht. Zudem konnte im Rahmen der Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht belegt werden, dass der Angeklagte von vornherein einen Auftrag im Wert von über 25.000 Euro vergeben wollte und deshalb seine Treuepflicht verletzt hat.

Vorliegend führte nicht bereits der Umstand, dass eine Detektei, deren Honorar über den marktüblichen Preisen lag, beauftragt wurde, zu einem strafrechtlich relevanten Pflichtverstoß des Bürgermeisters. Vielmehr durfte dieser bei der Vergabe auch Faktoren wie Seriosität, Auftreten am

Markt, Größe, Dauer des Bestehens, vorliegende Bewertungen und den persönlichen Eindruck berücksichtigen. Daher war der Tatbestand der Untreue mangels eines evidenten und schwerwiegenden Pflichtverstoßes vorliegend nicht erfüllt.

Bezüglich der fehlenden Markterkundung entschied der BGH, dass dies zwar vor dem Hintergrund des Wirtschaftlichkeitsgebots aus § 97 Abs. 1 GWB pflichtwidrig erscheint. Allerdings seien bei der Beurteilung einer Strafbarkeit die Besonderheiten der konkreten Dienstleistung zu beachten. Bei Detektivdienstleistungen herrschten große Unterschiede zwischen den Detekteien und das Berufsbild sei unregelt, sodass ein evident übersetzter Preis nicht feststellbar sei.

Allerdings verwies der BGH die Sache mit dem Hinweis, dass die Voraussetzungen einer vorsätzlichen Treupflichtverletzung durch Unterlassen vorliegen könnten, an das LG Saarbrücken zurück: Der angeklagte Oberbürgermeister hätte spätestens zu dem Zeitpunkt, als die Forderung einer Abschlagszahlung in Höhe von 100.000 Euro im Raum stand, bemerken müssen, dass der Rahmen einer eigenständigen Auftragsvergabe weit überschritten war. Dass er es daraufhin unterlassen hat, den Vertrag zu kündigen, wozu er jederzeit ohne Einhaltung einer Frist berechtigt gewesen wäre, und den Sachverhalt dem Stadtrat zur Entscheidung über die Fortsetzung des Vertrages vorzulegen, könne nach Auffassung des Senats einen Untreuevorwurf begründen.

### **Praxishinweise**

Auch dann, wenn eine Direktvergabe naheliegt, sollte stets eine Markterkundung in Betracht gezogen werden. Zumindest in Fällen, in denen eine Überschreitung bestimmter festgelegter Wertgrenzen möglich erscheint – etwa dann, wenn keine Pauschalangebote zugrunde liegen – sollte eine vorherige detaillierte Schätzung des voraussichtlichen Aufwands erfolgen und bei Annäherung an die Wertgrenze entsprechend reagiert werden, ggfs. auch mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens.

Der hier entschiedene Fall unterstreicht eindrücklich, dass auch kleinere Aufträge im Unterschwellenbereich im Zweifel ausgeschrieben werden sollten, um auch nur den Anschein eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge von vornherein auszuschließen. Denn bei Einhaltung der vergabe- und haushaltsrechtlichen Vorgaben kann die Erfüllung des Straftatbestandes der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB ausgeschlossen werden und strafrechtliche Konsequenzen sind nicht zu befürchten.



Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

## Angebot vorab per E-Mail: (K)ein Problem?

Das OLG Frankfurt am Main hat mit Beschluss vom 18.02.2020 (**11 Verg 7/19**) darüber entschieden, ob ein Angebot schon deshalb auszuschließen ist, weil es vor form- und fristgerechter Abgabe über die Vergabeplattform, formwidrig und per E-Mail vorab an die Vergabestelle übermittelt wurde.

Während das OLG Karlsruhe (Beschluss vom 17.03.2017 - 15 Verg 2/17) dies (wohl) anders bewertet und davon ausgeht, dass die Formwidrigkeit des unverschlüsselten Angebots vorab auf das später korrekt eingereichte Angebot durchschlage, dieses also „infiziert“, vertritt das OLG Frankfurt hier eine bieterfreundlichere Position und lehnt eine „Infizierung“ und somit einen Ausschluss ab.

Formmängel bzw. Streit hierüber bleiben somit auch in Zeiten der E-Vergabe keinesfalls „Schnee von gestern“, sondern brandaktuell, wie bereits die vielen Verfahren zur Frage des fristgerechten „Uploads“ der Angebotsunterlagen belegen.

In Zeiten der analogen Ausschreibungen waren Klassiker der Formverstöße vor allem (teils lediglich Sekunden) verspätete Angebote (st. Rspr. vgl. nur VK Bund, Beschluss vom 26.10.2016 - VK 1-92/16) oder unzuverlässige Post- und Kurierdienstleister. Ebenso einhellig wurde stets entschieden, dass geöffnete oder beschädigte (und somit „quasi“ geöffnete) Angebote auszuschließen sind. Und dies selbst dann, wenn die einer Öffnung gleichkommenden Beschädigung durch den Zusteller, also den beauftragten Kurierdienst, zu vertreten war (vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 04.09.2014 - 1 VK 40/14).

Mit Einführung der Vorschriften über die E-Vergabe stellte sich die Frage, wie diese sehr strikten, aber gleichwohl gefestigten Grundsätze in die digitale Welt „übersetzt“ werden können. Bislang – und dies erscheint konsequent – wurden an die formalen Voraussetzungen weiterhin sehr hohe Anforderungen gestellt: Entschieden wurde etwa, dass das „Versendungsrisiko“, also in der digitalen Welt das Risiko der fristgerechten und vollständigen Übermittlung (sog. „Übermittlungsrisiko“), weiterhin und grundsätzlich bei den Bietern verbleibt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.06.2019 - Verg 8/19). Ebenso bleibt es dabei, dass ein Angebot, das nicht den Anforderungen an die elektronische Signatur entspricht, wie in der Vergangenheit ein nicht unterschriebenes Angebot, auszuschließen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.09.2018 - Verg 32/18).

Auch insofern neue Probleme folgen grundsätzlich dieser strikten Linie: So ist etwa nach Ansicht der VK Bund (Beschluss vom 31.01.2020 - VK 2-102/19 (nicht bestandskräftig)) ein Angebot, das von einer Mutter eines ARGE Mitglieds hochgeladen wird, zumindest dann auszuschließen, wenn die

Vergabeunterlagen vorsehen, dass Angebote vom Account des konkreten Bieters hochzuladen sind.

### **Sachverhalt:**

Im vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall ging es nun um die Frage, inwieweit ein Angebot, das vor formgerechter Einreichung über die Vergabeplattform per unverschlüsselter E-Mail an den Auftraggeber versandt wurde, auszuschließen ist:

Ungeachtet der eindeutigen Vorgabe, wonach Angebote über die Vergabeplattform einzureichen sind, reichte der Bieter fristgerecht, allerdings formwidrig per E-Mail ein unverschlüsseltes Angebot ein. Die E-Mail enthielt das Anschreiben, während das Angebot selbst als Anlage beigefügt war und vom Öffentlichen Antragsgegner nicht geöffnet wurde.

Auf unverzüglichen Hinweis des Auftraggebers, wonach die Einreichung per E-Mail formwidrig sei, reichte der Bieter das Angebot sodann - nach wie vor fristgerecht – nochmals über die Vergabeplattform ein.

Das erste abgegebene Angebot wurde mangels Einhaltung der Formvorschrift ausgeschlossen.

Allerdings schloss der Auftraggeber auch das zweite, insoweit form- und fristgerecht über die Vergabeplattform eingereichte Angebot aus, da dieses von dem ersten unverschlüsselten Angebot „infiziert“ sei; die Formwidrigkeit des ersten Angebots (per E-Mail) also auf das korrekt eingereichte, zweite Angebot durchschlage.

Hiergegen wandte sich der Bieter und die Vergabekammer gab seinem Antrag statt, wogegen sich wiederum die sofortige Beschwerde des öffentlichen Auftraggebers richtete, über die nun das OLG Frankfurt zu entscheiden hatte.

### **Entscheidung:**

Das OLG Frankfurt teilt die Ansicht der Vergabekammer und hält den Ausschluss des zweiten, korrekt eingereichten Angebots für unzulässig:

Der Senat weist in seiner Entscheidung insbesondere darauf hin, dass das eigentliche Angebot formgerecht (insbesondere verschlüsselt) und auch fristgerecht abgegeben wurde und dies unabhängig davon, dass vor Angebotsabgabe eine unverschlüsselte Abgabe des Angebots per E-Mail erfolgte. Die beiden Angebote seien isoliert zu betrachten, eine „Infizierung“ sei nicht anzunehmen:

Da die Abgabe mehrerer Angebote grundsätzlich zulässig ist, sei ein Rückschluss von einem Angebot auf das andere jedenfalls nicht zwingend. Zudem sei es auch tatsächlich zu keiner vorfristigen Öffnung des ersten Angebots durch den Öffentlichen Auftraggeber gekommen, sodass vom Inhalt des Angebots per E-Mail keine Kenntnis genommen wurde.

### **Kurzbesprechung/ Kritik:**

Die Entscheidung des OLG Frankfurt folgt der grundsätzlich vom BGH (Urteil vom 18.06.2019 - X ZR 86/17) eingeschlagenen Linie einer tendenziell bieterfreundlichen Handhabung des Vergaberechts. Da formale Ausschlüsse letztlich im Interesse keines Beteiligten liegen, ist die Entscheidung insoweit interessensgerecht.

Problematisch ist jedoch, dass die zunehmende Aufweichung möglicherweise strenger, dafür

jedoch klarer und somit im Ergebnis auch „fairer“ Regeln, die Gefahr der Beliebigkeit birgt, die sowohl die anwaltliche Beratung, als auch die Abschätzung etwaiger Verfahrensrisiken hinsichtlich eines Vergabenaachprüfungsverfahrens erschweren.

Zu bedenken ist außerdem, dass es auch im Falle der geöffneten/ beschädigten Angebote (in Papierform) zu keiner Zeit auf eine tatsächliche, vorherige Kenntnisnahme vom Angebotsinhalt ankam: Vielmehr genügte es, wenn der Umschlag mit dem Angebot geöffnet eingeht oder auch nur so weit beschädigt ist, dass vom Inhalt des Angebots Kenntnis genommen werden könnte. Dies erscheint auch sachgerecht, da ansonsten der Öffentliche Auftraggeber willkürlich über einen Ausschluss entscheiden könnte, indem er die E-Mail öffnet (Ausschluss) oder die E-Mail nicht öffnet (kein Ausschluss), zumal der Absender der E-Mail (und somit auch der Bieter) anhand der E-Mail-Adresse vor dieser Entscheidung identifizierbar ist.

Der Annahme, dass das „vorab per E-Mail“ eingereichte Angebot nicht notwendigerweise dem letztlich formgerecht eingereichten Angebot entspricht, kann zunächst zugestimmt werden; gleichwohl erscheint es realitätsfern, dass dies die Regel ist: Im Gegenteil wird es nämlich in der Mehrzahl der Fälle so sein, dass die Bieter exakt dasselbe Angebot schlicht doppelt einreichen. Hierbei werden zwar zwei Dateien generiert; im Ergebnis handelt es sich jedoch um dasselbe Angebot (in Kopie).

Vor diesem Hintergrund erscheint der Ansatz des OLG Karlsruhe, zudem unter Berücksichtigung der Analogie zu den geöffneten/ beschädigten Angeboten aus der „Papierzeit“, überzeugender.



Timm Freiheit, Frankfurt am Main

## Keine Akteneinsicht bei substanzlosem Vortrag

**OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2020 – Verg 10/18**

Antragssteller müssen im Nachprüfungsverfahren positive Kenntnis von den behaupteten Vergaberechtsverstößen haben. Ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen im Nachprüfungsverfahren begründen keinen Akteneinsichtsanspruch.

### **Der Sachverhalt**

Der Antragsgegner, eine kommunale Gebietskörperschaft, beabsichtigt die Direktvergabe von Busverkehrsleistungen an die Beigeladene, die als Verkehrsunternehmen zu 100 % in kommunalem Eigentum steht. Der Antragsgegner ist zu 12,5 % an der Beigeladenen beteiligt. Als die Antragstellerin durch die veröffentlichte Vorinformation von der geplanten Vergabe erfuhr, erklärte sie ihr Interesse an dem Auftrag und erkundigte sich nach den Gründen für die beabsichtigte Direktvergabe. Nach Rückmeldung des Antragsgegners rügte die Antragstellerin neun Vergaberechtsverstöße. Dem im Nachprüfungsverfahren vor der VK Rheinland geltend gemachten Antrag der Antragstellerin, dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag an die Beigeladene zu erteilen und den Antragsgegner zu verpflichten, statt einer Direktvergabe ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen, gab die VK statt. Der Antragsgegner legte sofortige Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein. Dort ruhte das Verfahren zunächst auf Grund zweier Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH (vgl. EuGH, Urt. v. 21.3.2019 – C 266/17 und 267/17). Auf Anforderung des OLG legte der Antragsgegner seine Vergabeakte vor, die u.a. einen als vertraulich gekennzeichneten "Wirtschaftsplan 2019" der Beigeladenen enthielt. Die Antragstellerin beantragte sodann Akteneinsicht in diesen Teil der Vergabeakte. Der Antragsgegner beantragte die Zurückweisung des Akteneinsichtsanspruchs und wies auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit des Wirtschaftsplans 2019 wegen darin enthaltener Geschäftsgeheimnisse hin.

### **Die Entscheidung**

Der Akteneinsichtsanspruch der Antragstellerin ist nicht begründet. Der Akteneinsichtsanspruch aus § 165 Abs. 1 GWB ist nach dem OLG Düsseldorf zwar gänzlich voraussetzungslos zu gewähren, die Beschleunigungsbedürftigkeit von Vergabenachprüfungsverfahren stehe ihm jedoch grundsätzlich entgegen.

Ausnahmsweise wäre ein Anspruch auf Akteneinsicht begründet, wenn die Antragstellerin tatsächliche Anhaltspunkte für Vergaberechtsverstöße vorgetragen hätte. Der Sachvortrag müsse begründend, beachtlich und entscheidungserheblich sein, was jedoch der Antragstellerin nicht

gelungen sei. Der erkennende Senat am OLG Düsseldorf verweist auf seine ständige Rechtsprechung, wonach der Anspruch auf Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion habe. Hiernach ist es unzulässig, ins Blaue hinein Fehler oder mögliche Vergaberechtsverstöße in der Hoffnung zu rügen, mithilfe von gewährter Akteneinsicht zusätzliche Informationen zur Untermauerung bislang substanzloser Mutmaßungen zu erhalten.

Auch die grundsätzliche Darlegungslast des Antragsgegners bezüglich der Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe (§ 108 GWB) ergebe keinen Anspruch auf Einsichtnahme in die Vergabeakten. Den Inhalt der Vergabeakte zu prüfen, bleibe der Nachprüfungsinstanz vorbehalten.

Ergänzend weist das OLG Düsseldorf darauf hin, dass auch bei substantiiertem Sachvortrag ein Akteneinsichtsanspruch nicht ohne weiteres gegeben wäre. Der hier den Antragsgegner interessierende Wirtschaftsplan 2019 der Beigeladenen war als Geschäftsgeheimnis gekennzeichnet. Auch dies hätte einem Akteneinsichtsanspruch der Antragstellerin als wichtiger Grund im Sinne von § 165 II GWB entgegengestanden.

### **Praxishinweise**

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf macht deutlich, wie essentiell substantiiertes Parteivortrag im Nachprüfungsverfahren ist. Ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen im Nachprüfungsverfahren sind unzulässig und unbeachtlich. Das Nachprüfungsverfahren dient nicht als Instrument zur Suche von Vergaberechtsverstößen. In diesem Sinne steht das OLG Düsseldorf in einer Linie mit Entscheidungen weiterer Oberlandesgerichte und auch des BGH (BGH, Beschl. v. 26.09.2006 – X ZB 14/06; OLG Naumburg, Beschl. v. 01.06.2011 – 2 Verg 3/11; OLG München, Beschl. v. 08.11.2010 – Verg 20/10). Ein Antragssteller muss vielmehr bereits positive Kenntnis vom tatsächlichen Sachverhalt als auch von dessen rechtlicher Bedeutung haben (vgl. auch OLG Dresden v. 23.04.2009 – W Verg 11/08). Da in der Praxis aber gerade diese positive Kenntnis regelmäßig schwierig bis unmöglich zu erlangen ist, empfiehlt es sich umso mehr, die vergaberelevante Rechtsprechung heran zu ziehen. Bei gefestigter Rechtsprechung können mögliche Vergaberechtsverstöße sehr viel eher identifiziert werden als bei noch nicht hinreichend geklärten Rechtsfragen.