

OLG Jena

Beschluss

vom 07.05.2024

Verg 3/24

GWB § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1

**1. Für den Lauf der Präklusionsfrist ist nicht auf einen möglicherweise zu erwartenden Verstoß gegen Vergabevorschriften abzustellen, sondern auf den bereits eingetretenen oder vollzogenen Verstoß. Ebenso wenig wie einen vorsorglichen Nachprüfungsantrag gibt es eine Obliegenheit zu einer vorsorglichen Rüge, die zur Verhinderung bevorstehender Vergabeverstöße anzubringen wäre.**

**2. Zwischenentscheidungen, die geeignet sind, mit Blick auf die Auftragschancen der Bewerber oder Bieter Rechtswirkungen zu entfalten, sind rügefähig. Lediglich vorbereitende Handlungen des Auftraggebers unterfallen nicht der Rügeobliegenheit (hier bejaht für ein "Anhörungsschreiben" wegen beabsichtigten Ausschlusses).**

OLG Jena, Beschluss vom 07.05.2024 - Verg 3/24

#### **Beschluss:**

1. Der Beschluss der Vergabekammer des Freistaates Thüringen vom 21. Februar 2024 - Az. \_\_\_ - wird aufgehoben und die Vergabekammer verpflichtet, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut über die Sache, einschließlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens, zu entscheiden.

2. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 446.363.- Euro festgesetzt.

#### **Gründe:**

I.

Der Beschwerdegegner schrieb den in den Nrn. 11.1.1), 1.4), 2.4) und 2.7) des Supplements zum Amtsblatt der EU vom \_\_\_ (Tag der Absendung der Bekanntmachung) näher bezeichneten und im Zeitraum vom 01.10.2022 bis 30.09.2026 zu erbringenden "*Winterdienst und Störungsbeseitigung 2022-2026 auf Bundes- und Landesstraßen im Landkreis \_\_\_*" im Rahmen eines offenen Verfahrens europaweit aus. Der Beschwerdeführer beteiligte sich mit Angebotsabgabe vom 18.05.2022. Der Beschwerdegegner teilte der zweitplatzierten \_\_\_ mit Bieterinformation vom 08.07.2022 mit, dass beabsichtigt sei, nach Ablauf der Informationsfrist, frühestens am 19.07.2022, den Zuschlag auf das Angebot des Beschwerdeführers zu erteilen. Der Beschwerdegegner hat der T\_\_\_ zur Begründung der Nichtberücksichtigung ihres Angebotes mitgeteilt, dass sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung reichte die T\_\_\_ am 18.07.2022 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein. Das Nachprüfungsverfahren wird unter dem Az. \_\_\_ geführt und ist bei der Vergabekammer Freistaat Thüringen weiterhin anhängig. Der Beschwerdeführer ist dort Beigeladener.

Mit Schreiben vom \_\_\_ teilte die Vergabekammer mit, dass derzeit nicht absehbar sei, wann mit einer Entscheidung zu rechnen sei, und dass eine Entscheidung in der Sache \_\_\_ durch die Vergabekammer erst nach der Entscheidung des Thüringer Oberlandesgerichts in der Sache \_\_\_ ergehen werde.

Mit Anhörungsschreiben vom 31.08.2023 teilte der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer mit, dass beabsichtigt sei, ihn nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB wegen einer schwerwiegenden Täuschung von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, und legte die Gründe näher dar. Dem Beschwerdeführer wurde bis zum 19.09.2023 Gelegenheit gegeben, Stellung zu nehmen. Eine Stellungnahme des Beschwerdeführers ging bei dem Beschwerdegegner nicht ein. Mit Schreiben vom 26.09.2023 schloss der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren und sein Angebot von der Wertung aus. Zur Begründung führte der Beschwerdegegner aus, der Ausschluss erfolge gemäß § 42 Abs. 1 VgV iVm § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB wegen einer schwerwiegenden Täuschung in einem anderen Vergabeverfahren.

Mit Schreiben vom 28.09.2023, dem Beschwerdegegner spätestens am 29.09.2023 zugegangen, rügte der Beschwerdeführer den Ausschluss und führte näher aus, dass der Beschwerdegegner das anwaltliche Bestimmungsschreiben mit Fristverlängerungsgesuch außer Acht gelassen habe und die Voraussetzungen für den Ausschluss wegen einer schwerwiegenden Täuschung nicht gegeben seien. Mit Schreiben vom 06.10.2023 half der Beschwerdegegner der Rüge nicht ab.

Mit Schriftsatz vom \_\_\_\_ stellte der Beschwerdeführer einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer, ließ den Vorwurf des Verstoßes gegen das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs fallen, führte aber im Übrigen weiter aus, dass die Voraussetzungen des Ausschlusses nicht gegeben seien. Der Beschwerdegegner trat dem Antrag entgegen.

Mit dem nunmehr angegriffenen Beschluss vom 21.02.2024 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen und zur Begründung ausgeführt, dass der Beschwerdeführer mit seinem Rügevorbringen gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert sei, denn der Beschwerdeführer habe den seinem Rügeschreiben vom 29.09.2023 zugrunde gelegten Verstoß gegen Vergabevorschriften spätestens am 31.08.2023 erkannt, aber die Frist zur Stellungnahme verstreichen lassen und erst mit Schreiben vom 29.09.2023 seine Rüge erhoben. Ergänzend wird auf die den Beteiligten bekannte Darstellung in dem angegriffenen Beschluss Bezug genommen.

Gegen diesen, dem Beschwerdeführer am 25.02.2024 zugestellten Beschluss richtet sich die am 04.03.2024 bei Gericht eingegangene Beschwerde.

Der Beschwerdeführer führt zur Begründung seiner Beschwerde aus, er sei mit seiner Rüge vom 29. September 2023 seiner Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB ordnungsgemäß nachgekommen. Voraussetzung der Rügeobliegenheit sei unter anderem, dass der (vermeintliche) Vergabeverstoß bereits begangen worden sei. Zukünftig drohende Vergaberechtsverstöße begründeten noch keine Rügeobliegenheit. Der Rügeobliegenheit unterlägen die vom Auftraggeber im Vergabeverfahren getroffenen Entscheidungen und diejenigen Zwischenentscheidungen, die relevante Festlegungen für später zu treffende Entscheidungen des Auftraggebers enthielten, etwa die Wahl der Vergabeverfahrensart und die Aufstellung von Vergabebedingungen und/oder die Unterlassung der Bekanntgabe notwendiger Kriterien in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen, immer vorausgesetzt, dass in solchen Entscheidungen der jeweilige (im späteren Nachprüfungsantrag geltend gemachte) Vergaberechtsverstoß zum Ausdruck komme. Eine Anhörung sei keine Entscheidung oder Zwischenentscheidung, die relevante Festlegungen für später zu treffende Entscheidungen des Auftraggebers enthalte.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, weil ein Ausschlussgrund nicht vorliege. Die seitens des Beschwerdeführers vorgenommenen und glaubhaft gemachten Maßnahmen erfüllten die Voraussetzungen einer erfolgreichen Selbstreinigung i.S.v. § 125 Abs. 1 GWB. Dies werde vom Beschwerdegegner ganz augenscheinlich jedenfalls mittlerweile auch so gesehen, weil er dem Beschwerdeführer in anderen (späteren) Verfahren den Zuschlag erteilt und ihn mithin als geeignet angesehen habe. Der Beschwerdegegner lasse sich mutmaßlich von den durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen und der Tatsache leiten,

dass der Vorfall mit der fehlerhaften Bescheinigung im Verfahren I\_\_\_ knapp zwei Jahre zurückliege und selbst der maximale Ausschlusszeitraum bei fakultativen Ausschlussgründen von drei Jahren (§ 126 Nr. 2 GWB) fast zu zwei Dritteln abgelaufen sei.

Die Entscheidung der Vergabekammer beruhe auf der entscheidungserheblichen Verletzung von Verfahrensgarantien im Bereich des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Die Vergabekammer habe Bezug auf beigezogene Akten und Vermerke genommen, die dem Antragsteller nicht vorgelegt worden seien. Durch Einvernahme des Rechtsanwaltes K\_\_\_ hätte ohne weiteres von der Vergabekammer festgestellt werden können, dass der Sachvortrag des Antragstellers zur Reaktion auf das Anhörungsschreiben vom 31.08.2023 wahrheitsgemäß und keineswegs vorgeschoben sei.

Der Senat sollte von dem ihm gemäß § 178 Satz 2 GWB eingeräumten Ermessen dahingehend Gebrauch machen, die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats über die Sache erneut zu entscheiden. Auch unter Berücksichtigung des Interesses der Beteiligten an einer unverzögerten und abschließenden Entscheidung könne die Zurückverweisung insbesondere dann zweckmäßig sein, wenn die Vergabekammer sich mit zahlreichen verfahrens- und materiellrechtlichen Fragen des Nachprüfungsverfahrens noch nicht auseinandergesetzt habe. Hier gehe es um die Frage der Eignung und Selbstreinigung des Beschwerdeführers. Dies seien typischerweise tatrichterliche Fragestellungen. Die Vergabekammer habe sich nicht mit den materiellen Rügen des Beschwerdeführers befasst, so dass keine Entscheidungsreife vorliege.

Der Beschwerdeführer beantragt:

1. Der Beschluss der Vergabekammer des Freistaates Thüringen vom 21. Februar 2024 - Az. \_\_\_ wird aufgehoben und die Sache wird zur erneuten Entscheidung an die Vergabekammer zurückverwiesen.
2. Hilfsweise: Für den Fall, dass der Antrag zu 1. nicht in vollem Umfang Erfolg haben sollte, wird der Beschluss der Vergabekammer des Freistaates Thüringen vom 21. Februar 2024 - Az. \_\_\_ - aufgehoben.
3. Dem Antragsgegner und Beschwerdegegner (im Folgenden nur: Antragsgegner) wird untersagt, das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen.
4. Hilfsweise: Dem Antragsgegner wird bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht

aufgegeben, die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebotes des Antragstellers nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Vergabesenats fortzuführen.

5. Höchsthilfsweise: Der Senat wirkt unabhängig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hin (vgl. § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB).

6. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsteller im Nachprüfungsverfahren wird für notwendig erklärt. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragstellers zu tragen.

Der Beschwerdegegner hat Gelegenheit zur Stellungnahme auf die Beschwerde erhalten.

Der Senat hat auf den entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers mit dem den Beteiligten bekanntgegebenen Beschluss vom 21.03.2024 die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde verlängert.

Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erklärt.

## II.

Die gemäß § 171 Abs. 1 GWB statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde des Antragstellers ist begründet. Der Nachprüfungsantrag des Antragstellers ist nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unzulässig. Der Senat macht auf der Grundlage des § 178 Satz 2 GWB von seinem Ermessen dahingehend Gebrauch, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Vergabekammer zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats über die Sache erneut zu entscheiden.

1. Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor der Einreichung des Antrages erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben, weil der gerügte Verstoß in dem Ausschluss vom 26.09.2023 besteht, den der Beschwerdeführer bereits spätestens am 29.09.2023 gegenüber dem Beschwerdegegner gerügt hat.

a) Die Rüge des Beschwerdeführers geht dahin, dass der Beschwerdegegner ihn von dem Vergabeverfahren und sein Angebot von der Wertung ausgeschlossen habe, obwohl die Voraussetzungen nach § 42 Abs. 1 VgV, 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB nicht gegeben seien, weil keine vorsätzliche Handlung vorliege, die in Bezug genommene Täuschung wegen der zwischenzeitlich erlangten und damals bereits erwartbaren Genehmigung von Lagerkapazitäten und wegen des Zeitablaufes bis zum Ausschluss nicht als schwerwiegend anzusehen sei, sie im vorliegenden Verfahren auch keine Rolle spiele, da eine entsprechende Angabe hier nicht verlangt worden sei, und der Beschwerdeführer eine Selbstreinigung nach § 125 GWB vorgenommen habe. Alles dies betrifft nicht die Anhörung vom 31.08.2023, sondern den Ausschluss vom 26.09.2023.

b) Für den Lauf der Präklusionsfrist ist nicht auf einen möglicherweise zu erwartenden Verstoß gegen Vergabevorschriften abzustellen, sondern auf den bereits eingetretenen oder vollzogenen Verstoß (Pünder - Nowak, Vergaberecht, 3. A., § 160 GWB, Rn. 51; Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht/Jaeger, 4. A., GWB § 160, Rn. 55). Ebenso wenig wie einen vorsorglichen Nachprüfungsantrag gibt es eine Obliegenheit zu einer vorsorglichen Rüge, die zur Verhinderung bevorstehender Vergabeverstöße anzubringen wäre (Burgi/Dreher/Opitz/Vavra/Willner, Beckscher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 160, Rn. 47; OLG Koblenz, Beschluss vom 18. September 2003 - 1 Verg 4/03 -).

Gegenstand einer Rüge nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist der Rechtsverstoß, der in einer dem Antragsteller zur Kenntnis gelangten Vergabeentscheidung des Auftraggebers oder in der Auftragsvergabe zum Ausdruck kommt. Wenn die Rügeobliegenheit daneben auch auf Zwischenentscheidungen und Vorbereitungshandlungen des öffentlichen Auftraggebers Anwendung finden soll, muss dies aus den Vorschriften, mittels derer die Mitgliedstaaten die Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie umgesetzt haben, klar und eindeutig hervorgehen (EuGH, Urteil vom 28. Januar 2010 - C-456/08 -). § 160 Abs. 3 S. 1 GWB kann mit zureichender Deutlichkeit entnommen werden, dass sich die Rügeobliegenheit auch auf Zwischenentscheidungen (Vorfestlegungen) des Auftraggebers erstreckt. Die Rügeobliegenheit wird im Gesetz durch einen vom Antragsteller erkannten Verstoß gegen Vergabevorschriften begründet, und zwar einschränkungslos durch jeden realisierten Rechtsverstoß. Da Rechtsverstöße auch bei Zwischenentscheidungen vorkommen können, begründen diese bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die Rügeobliegenheit. Zwischenentscheidungen des Auftraggebers können z. B. liegen in der Auftragsbekanntmachung, in der Bekanntgabe der Vergabeunterlagen nebst Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis (einschließlich deren Änderung im laufenden Vergabeverfahren) oder in der dem Antragsteller vor einer Bieterinformation mitgeteilten Verfügung, seinen Teilnahmeantrag oder sein Angebot von der Wertung auszuschließen. Wesensmerkmal ist, dass es sich dabei um Entscheidungen des

Auftraggebers handelt, die geeignet sind, mit Blick auf die Auftragschancen der Bewerber oder Bieter Rechtswirkungen zu entfalten. Diese Eigenschaft fehlt den eine Entscheidung lediglich vorbereitenden Akten des Auftraggebers. Sie unterliegen keiner Rügeobliegenheit. Es darf vielmehr abgewartet werden, ob sie sich denn in einem Vergaberechtsverstoß realisieren. Der Antragsteller ist nicht gehalten, ein künftig mögliches Fehlverhalten des Auftraggebers vorsorglich und gewissermaßen "*auf Vorrat*" zu rügen (Ziekow/Völlink/Dicks, 4. Aufl. 2020, GWB § 160 Rn. 41); lediglich vorbereitende Handlungen des Auftraggebers unterfallen nicht der Rügeobliegenheit (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2012 - VII-Verg 11/12 -).

So liegt der Fall hier, denn das Anhörungsschreiben vom 31.08.2023 enthielt noch keine Vergabeentscheidung und auch keine Vorfestlegung, sondern sollte die noch zu treffende Entscheidung über den Ausschluss des Beschwerdeführers erst vorbereiten (vgl. a. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 2. Juli 2009 - 1 Verg 2/09 -, zum Aufklärungsersuchen).

2. Im Übrigen bestehen weder Bedenken gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages - wie die Vergabekammer in der angefochtenen Entscheidung bereits ausgeführt hat - noch gegen die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde.

3. Der Senat macht von dem ihm mit § 178 Satz 2 GWB eingeräumten Ermessen dahingehend Gebrauch, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut über die Sache zu entscheiden.

Die Entscheidung darüber, ob der Vergabesenat bei Erfolg der sofortigen Beschwerde zugleich in der Sache entscheidet oder ob er die Sache zur erneuten Sachentscheidung an die Ausgangsinstanz zurückverweist, steht gemäß § 178 Satz 2 GWB im Ermessen des Vergabesenats. Dabei nimmt der Vergabesenat eine Gesamtabwägung der von seiner Entscheidung tangierten, berechtigten Interessen vor. Unter den regelmäßig tangierten Interessen sind insbesondere in den Blick zu nehmen das regelmäßige Interesse der Vergabestelle an einer möglichst unverzögerten, abschließenden Entscheidung über die geltend gemachten Vergaberügen, ferner das regelmäßige Interesse der Verfahrensbeteiligten an der Vollständigkeit und Ordnungsgemäßheit des erstinstanzlichen Verfahrens, insbesondere auch im Hinblick auf eine dort ggf. vorzunehmende Sachaufklärung, und der Grad der Wahrscheinlichkeit, mit der der Beschwerdeführer letztlich auch in der Sache obsiegen dürfte (KG, Beschluss vom 21. Dezember 2018 - Verg 7/18 -). Auch unter Berücksichtigung des Interesses der Beteiligten an einer unverzögerten und abschließenden Entscheidung kann die Zurückverweisung insbesondere dann

zweckmäßig sein, wenn die Vergabekammer sich mit zahlreichen verfahrens- und materiellrechtlichen Fragen des Nachprüfungsverfahrens noch nicht auseinandergesetzt hat (Willenbruch u.a. - Raabe, Vergaberecht, 5. A., § 178 GWB, Rn. 15).

Im Beschluss der Vergabekammer wurden zahlreiche weitere potenzielle vergaberechtliche Probleme nicht (näher) thematisiert, welche eine Überprüfung und gegebenenfalls Tatsachenfeststellung erfordern. Der Senat kann daher derzeit nicht abschließend die Erfolgsaussichten des Vergabenachprüfungsantrages in der Sache bewerten. Die Rügen des Antragstellers sind nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand jedenfalls nicht offensichtlich unbegründet. Würde der Senat in der Angelegenheit selbst entscheiden, würde den Verfahrensbeteiligten für die entscheidungserheblichen Fragen damit komplett eine Instanz genommen (vgl. dazu OLG Celle, Beschluss vom 3. Dezember 2009 - 13 Verg 14/09 -; OLG Frankfurt, Beschluss vom 5. Oktober 2010 - 11 Verg 7/10 -).

4. Da danach das endgültige Ergebnis des Beschwerdeverfahrens in der Sache noch nicht feststeht, war der Vergabekammer mit der Zurückverweisung zugleich die Entscheidung über die Verfahrenskosten zu übertragen (KG, Beschluss vom 21. Dezember 2018 - Verg 7/18 -; OLG Celle, Beschluss vom 3. Dezember 2009 - 13 Verg 14/09 -; Thüringer Oberlandesgericht in Jena, Beschluss vom 23. Januar 2003 - 6 Verg 11/02 -).

5. Die Festsetzung des Gegenstandswertes für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Wie die Vergabekammer festgestellt hat (vgl. Seite 12 des angefochtenen Beschlusses), hat das - maßgebliche (Willenbruch - Schneevogl, Vergaberecht, 5. A., § 182 GWB, Rn. 96) - Angebot des Beschwerdeführers einen Bruttoauftragswert von 8.927.260,05 Euro.

Zitiervorschlag:

OLG Jena Urt. v. 7.5.2024 – Verg 3/24, IBRRS 2025, 0084

© Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG 2025