

Ausfertigung

**Vergabekammer des Landes Berlin**  
**1. Beschlussabteilung**  
**VK - B 1- 16/09**

Diese Ausfertigung stimmt  
mit dem Beschluss überein.



## **B e s c h l u s s**

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der XXX,  
vertreten durch den Geschäftsführer XXX,  
(Anschrift)

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte XXX,  
(Anschrift),

gegen

das Land Berlin,  
vertreten durch XXX,  
(Anschrift)

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:  
XXX Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
(Anschrift)

wegen Vergabe des Managements der öffentlichen Beleuchtung des Landes Berlin

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende Soth-Schulz, den hauptamtlichen Beisitzer Weber und den ehrenamtlichen Beisitzer Görwitz ohne mündliche Verhandlung am 15.07.2009 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf 20.100,-- € festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

## Gründe

### I.

Der Antragsgegner schrieb mit öffentlicher Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 30.12.2008 das Management der öffentlichen Beleuchtung des Landes Berlin, insbesondere Betriebsmanagement, Projektbaumanagement und Steuerung der öffentlichen Beleuchtung, im Offenen Verfahren aus. Der Vertrag mit einer Laufzeit von sieben Jahren nebst einmaliger Verlängerungsoption des Auftraggebers von weiteren drei Jahren sollte am 01.07.2009 in Kraft treten.

Als Teilnahmebedingung wird gemäß Ziffer III.2.2) der Vergabebekanntmachung unter der Überschrift „Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ unter anderem verlangt:

„Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung durch Vorlage einer Bestätigung der Versicherung; ...“.

Als weitere Teilnahmebedingung wird gemäß Ziffer III.2.3) der Vergabebekanntmachung unter der Überschrift „Technische Leistungsfähigkeit“ unter anderem verlangt:

„Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen, die mit der konkret zu vergebenden Leistung (Beleuchtung öffentlicher Straßen) vergleichbar sind, jeweils mit Angabe des jährlichen Auftragswertes, ...“.

Schließlich ist in Ziffer III.3.2) der Bekanntmachung vorgesehen, dass juristische Personen die Namen und die berufliche Qualifikation der Personen angeben müssen, die für die Ausführung der betreffenden Dienstleistung verantwortlich sein sollen.

In dem unter dem 23.12.2008 gefertigten Anschreiben zu den Vergabeunterlagen wird unter Punkt „11. Inhalt der Angebote – b) Eignungsnachweise“ ausgeführt:

„Zum Nachweis der Eignung sind dem Angebot die folgenden Unterlagen beizufügen:

(u. a.):

- die Angabe der wesentlichen, in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen, die mit der konkret zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, jeweils mit Angabe des jährlichen Auftragswertes, ...;
- ein Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung (§ 7a Nr. 3 Abs. 1 lit. b VOL/A).“

Unter Ziffer „13. Ergänzung des Angebotes“ heißt es weiter:

„Die Vergabestelle behält sich ferner vor, bei Fehlen wesentlicher Angaben und Unterlagen das Angebot auszuschließen. Es kann nicht darauf vertraut werden, dass fehlende Informationen, Unterlagen und Nachweise von der Vergabestelle nachgefordert werden.“

Als Anlage 3 lag dem Anschreiben der vorgesehene Management-Vertrag an. In dessen § 34 Abs. 1 heißt es:

„Der Auftragnehmer hat unverzüglich nach der Unterzeichnung dieses Vertrages den Abschluss einer angemessenen Haftpflichtversicherung nachzuweisen und diese während der Laufzeit des vorliegenden Vertrages aufrecht zu erhalten.“

Am 08.01.2009 erhielt die Antragstellerin, die das Management aufgrund Übergangsvertrages vom 05.03.2008 bis zum 30.06.2009 betrieben hat und es seitdem auf der Grundlage eines neuen Interimsvertrages betreibt, auf ihre Anforderung die Verdingungsunterlagen. Weitere Verdingungsunterlagen in Form von PDF-Dateien waren für die Bieter in einem elektronischen Datenraum zugänglich. Der Antragstellerin wurde der Zugang zu diesem Datenraum am 16.01.2009 gewährt.

Unter dem 19., 22. sowie 23.01.2009 erhob die Antragstellerin verschiedene Vergaberügen. Mit Schreiben vom 23.01. sowie 09.02.2009 half der Antragsgegner diesen Rügen zum Teil ab, zum Teil wies er sie sachlich zurück. Insoweit wird auf die entsprechenden Rügeschreiben und –antworten verwiesen.

Um den Widerspruch hinsichtlich des Vorlagezeitpunktes bezüglich der Haftpflichtversicherung aufzuklären, fragte die Antragstellerin beim Antragsgegner nach. Ihre Frage

„Im § 34 Abs. 1 des Management-Vertrages wird gefordert, dass der Auftragnehmer nach der Unterzeichnung des Vertrages eine angemessene Haftpflichtversicherung nachzuweisen hat. Die Art der Haftpflichtversicherung Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung und die Höhe sind nicht angegeben. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe Ziffer 11 lit. b sowie im Angebotsformular Teil 2, 3. Angebotsinhalt ist bereits dem Angebot der Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung beizufügen.“

Kann man darstellen, was verbindlich ist bzw. zu welchem Zeitpunkt eine Haftpflichtversicherung nachzuweisen ist? Ist in diesem Zusammenhang eine Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Berufshaftpflichtversicherung gleichzusetzen?“

beantwortete der Antragsgegner in der Bieterinformation Nr. 6 unter dem 26.02.2009 wie folgt:

„Der Zeitpunkt des Nachweises ist in § 34 Abs. 1 des Management-Vertrages geregelt. Danach ist das Bestehen der Haftpflichtversicherung „unverzüglich nach der Unterzeichnung dieses Vertrages“ nachzuweisen. Unter Haftpflichtversicherung ist in diesem Zusammenhang eine Betriebshaftpflichtversicherung zu verstehen. Im Übrigen siehe die Antwort auf Frage Nr. 2 der Bieterinformation Nr. 4.“

In der vorgenannten Bieterinformation Nr. 4 heißt es unter dem 18.02.2009 (vgl. Vergabeakten, Ordner 3, Bl. 1202) insoweit:

„2. Berufshaftpflichtversicherungsdeckung (Ziffer 11 lit. b des Anschreibens mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe)

Frage:

Als Eignungsnachweis wird ein Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung verlangt. Wird diese Anforderung durch die Vorlage eines Nachweises über das Bestehen einer Betriebshaftpflichtversicherung erfüllt, nach der versichert ist: „die gesetzliche sowie die vertragliche Haftpflicht im gesetzlichen Umfang für Schadensereignisse, die während der Laufzeit der Versicherung eintreten und zwar für alle Aktivitäten, die sich aus dem Betriebscharakter des Versicherungsnehmers ergeben“?

Antwort:

Ja. Der Nachweis wird insbesondere durch die Vorlage einer aktuellen Bestätigung der Versicherung über die Deckung erbracht.“

Fristgemäß gab die Antragstellerin unter dem 30.03.2009 ihr Angebot ab. Angaben der Namen und beruflichen Qualifikation der Personen, die für die Ausführung der Dienstleistung verantwortlich sein sollen, enthält das Angebot nicht.

Zu dem Angebot gehört ein unter dem 20.02.2009 in Rotterdam unterzeichnetes Schreiben des niederländischen Unternehmens XXX, das als „Versicherungsbestätigung“ überschrieben ist. In diesem Schreiben heißt es:

„Hiermit bestätigen wir, XXX, Versicherungsmakler in Rotterdam, dass XXX und/oder XXX und/oder:

(Antragstellerin)

(*Anschrift wie im Rubrum*)

durch unsere Vermittlung eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat.

...

Die Bescheinigung wird abgegeben innerhalb der Allgemeinen- und Sonderbedingungen die Police XXX in der holländischen Sprache und falls es

Zweifelsfälle oder Unterscheide geben sollte, so gilt der Text in der holländische Sprache als verbindlich.“

Weder war dem Schreiben der Text in holländischer Sprache noch eine beglaubigte Übersetzung des Originals in die deutsche Sprache durch einen vereidigten Übersetzer beigelegt.

Mit Vorabinformationsschreiben vom 12.05.2009 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass er beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der XXXXX GmbH zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin sei hingegen auf der ersten Wertungsstufe auszuschließen gewesen, da Teile der geforderten Angaben und Erklärungen fehlten.

Mit erneutem Rügeschreiben vom 15.05.2009, dem Antragsgegner vorab per Telefax übermittelt, wandte sich die Antragstellerin gegen ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren.

Eine weitere Rüge, die sich auf die geplante Umrüstung der Gas- auf elektrische Beleuchtung bezog, erfolgte unter dem 19.05.2009.

Am 20.05.2009 kam es zu einem Aufklärungsgespräch zwischen den Verfahrensbeteiligten. Dabei wurde der Antragstellerin insbesondere mitgeteilt, dass der Angebotspreis der Bestbieterin deutlich unter ihrem eigenen liege und der Bestbieterin aller Voraussicht nach auch dann der Zuschlag erteilt worden wäre, wenn das Angebot der Antragstellerin nicht hätte ausgeschlossen werden müssen und ihre Eignung sowie die Angemessenheit ihres Preises nachgewiesen wären.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 25.05.2009, am gleichen Tag bei der Vergabekammer eingegangen, Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Die Vergabekammer hat den Antrag dem Antragsgegner am Folgetag zugestellt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, ihr Antrag sei zulässig und begründet.

Insbesondere sei sie im Rahmen der Zulässigkeit ihres Antrags antragsbefugt. Der Ausschluss ihres Angebotes aus dem Vergabeverfahren sei rechtswidrig erfolgt. Ihr Angebot sei nicht unvollständig.

Hinsichtlich der geforderten Angaben zu den für die Ausführung der Leistung Verantwortlichen ist die Antragstellerin der Ansicht, dass diese Angaben nicht mit dem Angebot zu machen waren. Die entsprechende Anforderung in der Vergabebekanntmachung habe keinen Zeitpunkt der Mitteilung dieser Informationen enthalten.

Im Übrigen seien diese Angaben im Anschreiben zur Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vom 23.12.2008, dort insbesondere Ziffer 11 lit. b), nicht als Angaben oder Erklärungen genannt gewesen, die mit dem Angebot abzugeben waren. Die Antragstellerin habe daher darauf vertrauen dürfen, nicht wegen des Fehlens dieser Angaben ausgeschlossen zu werden.

Selbst wenn aber die Angaben zu den Verantwortlichen mit dem Angebot hätten vorgelegt werden müssen, so sei ein Ausschluss ihres Angebotes gleichwohl nicht gerechtfertigt, da die relevanten Angaben dem Antragsgegner ohnedies bekannt seien. Schließlich erbringe die Antragstellerin die ausgeschriebenen Dienstleistungen im Zu-

sammenhang mit der öffentlichen Beleuchtung in Berlin bereits seit XXX für den Antragsgegner.

Die Antragstellerin vertritt weiter die Auffassung, dass der angeblich fehlende Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung einen Ausschluss ihres Angebotes nicht zu rechtfertigen vermöge. Sie verweist insoweit auf die entsprechende Bieterinformation Nr. 6, in welcher der Antragsgegner bestätigt habe, dass der Nachweis des Bestehens einer Versicherung zum Zeitpunkt des Angebots noch nicht erforderlich gewesen sei und erst unverzüglich nach der Unterzeichnung des Management-Vertrages zu erbringen sei. Durch die Beantwortung der Frage habe der Antragsgegner in besonderem Maße einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Da die Antragstellerin infolgedessen mit dem Angebot gar keinen Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung hätte vorlegen müssen, könnten ihrer Ansicht nach die angeblichen Mängel auch nicht gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit a) VOL/A zum Ausschluss ihres Angebots führen.

Falls jedoch eine Versicherungsbestätigung tatsächlich bereits mit dem Angebot hätte vorgelegt werden müssen, so genüge die von der Antragstellerin vorgelegte Bestätigung der XXXXXXXXXXXXX der Sache nach für eine solche Bestätigung. Die Terminologie insbesondere in der Vergabebekanntmachung sei insoweit eindeutig: es werde nicht die Bestätigung durch einen ‚Versicherer‘ – nach dem Versicherungsvertragsgesetz das Versicherungsunternehmen -, sondern eine Bestätigung der ‚Versicherung‘ – also eine Bestätigung des Bestehens einer Versicherung – verlangt. In der kaufmännischen und juristischen Fachwelt werde insoweit klar unterschieden. Von daher bleibe die Autorenschaft der Bestätigung in der Vergabebekanntmachung völlig offen. Infolgedessen könne aus diesem Text auch nicht abgeleitet werden, dass die Bestätigung der Versicherung durch einen Versicherungsmakler nicht ausreiche oder dass in einer solchen Bestätigung im Einzelnen die Identität des Versicherers hätte genannt werden müssen. Im Übrigen handele es sich bei der vorgelegten Bestätigung um eine Form der Versicherungsbestätigung, die in den Niederlanden üblich sei und regelmäßig verwendet werde. Dies gelte sowohl hinsichtlich der Autorenschaft als auch hinsichtlich des Inhalts der vorgelegten Bestätigung. Bestätigungen dieser Art lasse sich die XXX-Gruppe regelmäßig erstellen; sie würden üblicherweise auch akzeptiert. In den Niederlanden sei es üblich und zulässig, dass Versicherungsmakler im Auftrag der Versicherer Bescheinigungen über das Bestehen einer Versicherung ausstellten.

Die Schlussfolgerung des Antragsgegners, wonach aufgrund des letzten Satzes der vorgelegten Bestätigung die verbindliche holländische Fassung hätte vorgelegt werden müssen, sei unrichtig. Diese Folgerung sei allenfalls dann richtig, wenn seine Auslegung der Bestätigung zutreffend wäre. Das sei sie aber nicht. Richtig sei vielmehr, dass die Bestätigung von XXX nur in deutscher Sprache abgegeben worden sei und dementsprechend auch als unterzeichnetes Original vorliege. Der letzte Satz der Bestätigung stelle nur klar, dass die Bestätigung im Rahmen der Allgemeinen und Sonderbedingungen der Versicherungspolice abgegeben werde, die ihrerseits in holländischer Sprache abgegeben werde. Sollte es insoweit Zweifelsfälle oder Unterschiede zwischen der deutschen Bestätigung und der holländischen Police geben, so gehe der Text der letzteren vor.

Auch sei die Antragstellerin in den Versicherungsschutz einbezogen. Mit der Formulierung „XXXX und/oder XXXX und/oder XXXX GmbH“ sei erkennbar gemeint, dass die Haftpflichtrisiken eines gegebenen Versicherungsfalles jeweils für einzelne, mehrere

oder alle drei genannten Unternehmen gedeckt seien (im Sinne von „sowohl ... als auch“).

Die Antragstellerin ist darüber hinaus der Ansicht, dass ihr Angebot nicht mit der Begründung hätte ausgeschlossen werden dürfen, dass im Rahmen der Auflistung der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen, die mit der konkret zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, für zahlreiche Referenzen nicht der jährliche Auftragswert genannt worden sei.

Ihr Angebot enthalte Kurzbeschreibungen einer Reihe von Projekten im Zusammenhang mit der Beleuchtung von Straßen oder Gebäuden. Von den dort genannten Projekten beträfen drei Projekte das Management und den Betrieb der Beleuchtung öffentlicher Straßen in einer Weise, die der konkret zu vergebenden Leistung am nächsten komme: die Beleuchtung öffentlicher Straßen im Land XXX, in der Stadt XXX sowie in der Stadt XXX. Für zwei dieser Projekte – XXX und XXX – habe die Antragstellerin selbst kurze Zusammenfassungen erstellt, welche in der Tat keine Angaben zu den jährlichen Auftragswerten enthielten. Für alle drei Projekte habe die Antragstellerin allerdings entsprechende „Bescheinigungen“ der Auftraggeber bzw. Leistungsempfänger beigefügt, die entsprechende Auftragswerte enthielten. Bei den übrigen von der Antragstellerin angeführten Projekten handele es sich um einmalige Aufträge zur Erstellung, Erneuerung oder Modernisierung von Beleuchtungssystemen, bei denen jeweils das Projektvolumen beziffert worden sei. Die Angabe eines jährlichen Auftragswerts sei insoweit ebenso entbehrlich wie sinnlos gewesen, da einige dieser Projekte eine Dauer von weniger als einem Jahr hatten, so dass die Angabe eines jährlichen Auftragswerts insoweit schlicht dem Gesamtvolumen des Projekts gleichzusetzen sei. Unabhängig davon stelle sich die Frage, ob bei diesen Projekten, die nicht dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbare Managementleistungen mit einem vergleichsweise konstanten jährlichen Auftragswert betrafen, eine Angabe überhaupt erforderlich gewesen sei, da ihre Erwähnung als zusätzliche Referenzen freiwillig erfolgt sei. Der Antragsgegner habe diese zusätzlichen Referenzen bei der Bewertung der Eignung außer Betracht lassen dürfen.

Die Antragstellerin vertritt weiter die Auffassung, der Ausschluss ihres Angebots sei auch deswegen rechtswidrig, da der Antragsgegner insoweit offenbar kein Ermessen ausgeübt habe. Das bedeute einen Verstoß gegen § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit a) VOL/A. Zudem verbiete § 242 BGB einen Ausschluss von Angeboten, bei denen nur unwesentliche Angaben fehlen. Bei allen drei Ausschlussgründen lägen – wenn überhaupt - bloße Bagatellfälle vor, welche Angaben oder Erklärungen beträfen, die keine wettbewerbliche Relevanz hätten.

Nach Ansicht der Antragstellerin hätte der Antragsgegner sie jedenfalls auffordern müssen, die angeblich fehlenden Angaben und Erklärungen zu vervollständigen und zu erläutern. Das ergebe sich entweder aus § 7a Nr. 5 letzter Satz VOL/A oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB. Das im Rahmen von § 7a Nr. 5 letzter Satz VOL/A grundsätzlich eröffnete Ermessen sei vorliegend wegen der Geringfügigkeit der vermeintlichen Mängel sowie wegen des widersprüchlichen Verhaltens des Antragsgegners auf Null reduziert.

Der Antragsgegner habe im Übrigen die Wertungsstufen unzulässig vermischt. In dem Aufklärungsgespräch am 20.05.2009 habe er der Antragstellerin die Bewertung ihres Angebots im Verhältnis zu dem der Bestbieterin im Einzelnen mitgeteilt.

Darüber hinaus vertritt die Antragstellerin die Auffassung, der Antragsgegner hätte die Bestbieterin ausschließen müssen. Das Angebot der Bestbieterin leide an einem Mangel, der den vermeintlichen Mängeln ihres eigenen Angebots gleichwertig sei. Es sei insoweit unwahrscheinlich wenn nicht gar ausgeschlossen, dass die Angebote dreier von vier Bietern wegen fehlerhafter Vergabeunterlagen angeblich an Mängeln leiden und ein einziger Bieter ein an diesen Maßstäben gemessen mangelfreies Angebot erstellt hat. Naturgemäß könne die Antragstellerin diese Rechtsverletzung nicht näher präzisieren, da sie bislang keinen Einblick in die Akten habe nehmen und insbesondere das Angebot der Bestbieterin nicht habe prüfen können.

Das Angebot der Bestbieterin sei unvollständig gewesen. Sie habe keinen plausiblen Ke-Wert – Kennziffer für die beabsichtigte Energieeinsparung des Antragsgegners - angegeben.

Auch habe das Angebot der Bestbieterin von der Wertung ausgeschlossen werden müssen, da der angebotene Preis – rund fünf Mio. € unter dem Gesamtpreis der Antragstellerin - in einem offenbaren Missverhältnis zu der ausgeschriebenen und angebotenen Leistung stehe. Da die Antragstellerin mangels Akteneinsicht keine konkreteren Anhaltspunkte vortragen könne, müsse die Problematik der Unauskömmlichkeit des Angebots der Bestbieterin von Amts wegen durch die Kammer berücksichtigt werden.

Die Antragstellerin ist weiter der Ansicht, dass eine vollständige Verweigerung der Akteneinsicht rechtswidrig sei. Zumindest müsse ihr bei Einschätzung ihres Antrags als unzulässig Einsicht in die Aktenteile gewährt werden, die für die Klärung dieser Frage von Bedeutung sein können.

Die Antragstellerin hat des weiteren zur Frage der Ordnungsmäßigkeit der verschiedenen erhobenen Rügen, zur Problematik der Einstellung von Unterlagen in den Datenraum des Antragsgegners und damit verbundenen etwaigen Offenlegung von Betriebsgeheimnissen gegenüber Mitbietern, zur Frage etwaigen Fehlens von Berechnungsgrundlagen für die Wartungs- und Instandhaltungskosten der Berliner Gasleuchten sowie zur Problematik der in einer Kennzahl angezeigten Energieeinsparung ausführlich vorgetragen. Hinsichtlich dieses weiteren Vorbringens wird auf die ausgetauschten Schriftsätze verwiesen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist,
2. den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag unter Berücksichtigung ihres Angebots sowie unter Ausschluss des Angebots der XXXXXX GmbH zu erteilen,
3. hilfsweise, die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
4. ihr Akteneinsicht gemäß § 111 GWB zu gewähren,
5. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen und
6. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.



Der Antragsgegner beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin zu 1., 2., 3., 5. und 6. abzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für notwendig zu erklären und
4. der Antragstellerin nur insoweit Akteneinsicht zu gewähren, wie dies für die Beurteilung der Zulässigkeit und Begründetheit des Nachprüfungsantrags erforderlich ist.

Der Antragsgegner weist zunächst auf Wechsel der Ansprechpartner für die operativen Tätigkeiten sowie mehrmaligen Wechsel des Gesellschafters, der Firma wie auch der Geschäftsführung auf Seiten der Antragstellerin in den letzten Jahren hin.

Der Antragsgegner vertritt die Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und darüber hinaus auch unbegründet.

Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt.

Der Ausschluss ihres Angebotes aus dem Vergabeverfahren auf der ersten Wertungsstufe sei rechtmäßig erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei unvollständig. Ein Schaden der Antragstellerin komme daher nicht in Betracht, da die Antragstellerin keine Aussicht auf den Zuschlag habe.

Dem Angebot der Antragstellerin habe der Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung gefehlt.

Die entsprechende Anforderung in der Vergabebekanntmachung (Ziffer III.2.2) könne nur dahingehend verstanden werden, dass eine Bestätigung des Versicherers als Eignungsnachweis mit dem Angebot vorzulegen war. Der Begriff „Versicherung“ werde im allgemeinen Sprachgebrauch als Synonym für das Versicherungsunternehmen verwendet und verstanden. Des Weiteren ergebe es keinen Sinn, das Erfordernis einer „Bestätigung der Versicherung“ als „Bestätigung des Bestehens einer Versicherung“ auszulegen. Für die Darlegung dieser Anforderung hätte allein die Formulierung „Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung“ ausgereicht. Die zusätzliche Nennung der Nachweisart (Bestätigung der Versicherung) mache deutlich, dass eine Forderung auch an die Qualität des Nachweises gestellt wird. Würde man dieses Erfordernis im Sinne der Antragstellerin auslegen, so bestünde lediglich eine Doppelung des unmittelbar zuvor ausgesprochenen Erfordernisses der Vorlage eines Nachweises der Berufshaftpflichtversicherungsdeckung.

Unschädlich sei, dass die Nachweisart in dem Anschreiben mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht wiederholt worden sei, da eine in der Bekanntmachung genannte Anforderung mangels entsprechender Wiederholung nicht an Bedeutung verliere. Verbindlich seien die Angaben in der Vergabebekanntmachung.

Die Nachweise seien auch zwingend mit dem Angebot einzureichen gewesen, was auch durch den Hinweis in Ziffer 13 des Anschreibens mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe deutlich werde. Adressat des Management-Vertrages sei im Übrigen der Auftragnehmer und nicht der Bieter; der Vertrag taue daher nicht als Quelle für die notwendigen Eignungsnachweise im Stadium der Auftragsvergabe. Die Forderung einer unverzüglich nach der Vertragsunterzeichnung nachzuweisenden Haftpflichtver-

sicherung sei dementsprechend auch eine gesonderte Anforderung an den obsiegenden Bieter und nicht gleichzusetzen mit dem von allen Bietern vorzulegenden Eignungsnachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung.

Den geforderten Nachweis habe die Antragstellerin nicht erbracht, da das vorgelegte Papier von einem Versicherungsmakler stammt und die Versicherungsgesellschaft, bei der die Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen wurde, nicht einmal nennt. Die Bestätigung eines Versicherungsmaklers bleibe in ihrer Nachweisqualität hinter der Qualität einer Bestätigung des Versicherers zurück, da sie keine Aussage darüber treffe, ob eine Versicherung gegenwärtig noch fortbesteht.

Die von der Antragstellerin dargestellte Praxis hinsichtlich der Vorlage von Versicherungsbestätigungen in den Niederlanden sei vorliegend irrelevant.

Aus dem Wortlaut der Bestätigung („und/oder“) ergebe sich darüber hinaus nicht eindeutig, ob für die Antragstellerin tatsächlich ein Versicherungsschutz bestehe.

Schließlich sei am Ende der Bestätigung noch ein unklarer Hinweis auf die Verbindlichkeit des holländischen Originals aufgenommen, der die Bestätigung unvollständig erscheinen lasse.

Weiter habe die Antragstellerin versäumt, die jährlichen Auftragswerte der angeführten Referenzleistungen anzugeben.

Durch die Aufnahme der einzelnen Projekte in die eingereichte Liste mit insgesamt sechzehn Referenzleistungen zeige die Antragstellerin, dass sie diese erbrachten Leistungen für vergleichbar mit der konkret zu vergebenden Leistung halte. Auch sei keines dieser Projekte in Abgrenzung zu anderen Projekten von der Antragstellerin als „zusätzliche“ oder „freiwillige“ Referenz gekennzeichnet gewesen. Diese sechzehn Projekte habe die Antragstellerin selbst in tabellarischer Form zusammengefasst, wobei die Zusammenfassung jährliche Auftragswerte nicht enthielt. Die Antragstellerin habe nicht dargelegt, ob für die zwölf Projekte ohne zusätzliche Bestätigungsschreiben keine solchen erhältlich waren. Im Ergebnis habe die Antragstellerin für die Mehrzahl der angeführten Referenzprojekte keine jährlichen Auftragswerte angegeben.

Ergänzend weist der Antragsgegner darauf hin, dass das Projektvolumen eines Referenzauftrags keinen Aufschluss über den Auftragswert, also das Auftragshonorar des Bieters, gebe.

Im Übrigen dürfe der Bieter nicht eine Vielzahl verschiedener Projekte dem Angebot als Referenzen beifügen und es dann dem Auftraggeber überlassen, diese Vielzahl von Projekten auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung hin zu überprüfen. Vielmehr müsse der Auftraggeber davon ausgehen dürfen, dass die eingereichten Referenzprojekte von dem Bieter grundsätzlich als vergleichbar mit der konkret ausgeschriebenen Leistung angesehen werden.

Der Antragsgegner ist darüber hinaus der Ansicht, dass der Ausschluss auch aufgrund des Umstandes begründet ist, dass die Antragstellerin keine Angaben der Namen und der beruflichen Qualifikation der für die Leistungsausführung verantwortlichen Personen gemacht hat. Da diese Angaben gemäß Vergabebekanntmachung (III.3.2) von juristischen Personen gefordert wurden, habe die Antragstellerin auch in dieser Hinsicht ein unvollständiges Angebot vorgelegt.

Die Nennung der verantwortlichen Personen und ihrer beruflichen Qualifikation sei eine weitere Teilnahmebedingung, was sich u. a. durch die Bezeichnung als „besondere Bedingung für Dienstleistungsaufträge“ zeige. Auch die in die Zukunft gerichtete Formulierung „... sein sollen“ verdeutliche, dass diese Angaben nicht erst im Stadium der Auftragsausführung vorgelegt werden können, sondern bereits Bestandteil des

Angebots sein müssen. Der Antragsgegner habe auch keinerlei Einschränkung dahingehend vorgenommen, dass die Angaben nur auf Verlangen vorzulegen seien. Von diesem Erfordernis sei der Antragsgegner auch in den Verdingungsunterlagen nicht abgesehen. Eine Wiederholung der Eignungsnachweise brauche in den Verdingungsunterlagen nicht zu erfolgen.

Auch die bisherige Tätigkeit der Antragstellerin für den Antragsgegner entbinde die Antragstellerin nicht von der Angabe der Namen und Qualifikationen der in Zukunft für die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags Verantwortlichen. Zum einen kenne der Antragsgegner die berufliche Qualifikation der bei der Antragstellerin verantwortlichen Personen nur vom Hörensagen. Zum anderen könne der Antragsgegner ohne nähere Angaben der Antragstellerin nicht davon ausgehen, dass die bisher verantwortlichen Personen auch zukünftig für ihn zuständig sein werden. Vielmehr belege die Historie der Antragstellerin, dass es bei ihr in den vergangenen zehn Jahren mehrere Wechsel der Gesellschafter, der Geschäftsführung und der operativ tätigen Mitarbeiter gegeben habe. Von einer Kontinuität habe der Antragsgegner daher nicht ausgehen dürfen.

Im Übrigen umfasse die formale Vollständigkeit eines Angebots auch die Nennung von geforderten Angaben, selbst wenn diese bereits bekannt sein mögen.

Der Antragsgegner vertritt weiter die Auffassung, die Möglichkeit zur Vervollständigung oder Erläuterung der vorgelegten Angaben und Nachweise habe nicht bestanden. Die Vorschrift des § 7a Nr. 5 letzter Satz VOL/A habe keine Anwendung finden können, da sie sich nur auf bestimmte Qualitätsanforderungen sowie Normen für das Umweltmanagement beziehe, die vorliegend nicht betroffen seien. Selbst wenn man § 7a Nr. 5 letzter Satz VOL/A entgegen der gesetzlichen Systematik jedoch für anwendbar hielte, so habe das Angebot der Antragstellerin jedenfalls keine Nachweise, Bescheinigungen oder Erklärungen enthalten, die einer Erläuterung oder Vervollständigung zugänglich gewesen wären. Die nachträgliche Angabe der fehlenden jährlichen Auftragswerte und die nachträgliche Nennung der verantwortlichen Personen nebst Qualifikation hätte ebenso wie die Nachreichung einer Versicherungsbestätigung zur erstmaligen Vorlage bisher noch nicht eingereicherter Angaben und Nachweise geführt, worin nach Ansicht des Antragsgegners ein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot des § 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A bestanden hätte.

Im Übrigen sei mit Blick auf den von der Antragstellerin in Bezug genommenen § 242 BGB darauf hinzuweisen, dass der Antragsgegner keinen Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen habe, dass eine Nachforderung fehlender Unterlagen erfolgen wird. Vielmehr habe der Antragsgegner in Ziffer 13 des Anschreibens mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe explizit darauf hingewiesen, dass auf eine Nachforderung fehlender Unterlagen und Nachweise nicht vertraut werden kann.

Die Folge des Ausschlusses unvollständiger Angebote sei auch zwingend. Schließlich sei eine Vergleichbarkeit nur für solche Angebote gewährleistet, die alle geforderten Unterlagen enthalten.

Der zwingende Ausschluss eines unvollständigen Angebots hänge im Übrigen nicht davon ab, ob es sich bei fehlenden Nachweisen und Angaben um vermeintlich unwesentliche Angaben handelt. Das Kriterium der Wettbewerbsrelevanz könne bei der Entscheidung über den Ausschluss eines unvollständigen Angebots keine Berücksichtigung finden, jedenfalls gelte das für Einzelfallentscheidungen im Rahmen der Angebotsbewertung.

Im Übrigen behaupte die Antragstellerin ohne jeden Anhaltspunkt ins Blaue hinein, dass das Angebot der Bestbieterin unvollständig sei und daher hätte ausgeschlossen werden müssen. Diese Behauptung ins Blaue sei jedoch unrichtig.

Falsch sei insoweit insbesondere die Behauptung der Antragstellerin, der Antragsgegner habe ihr mitgeteilt, dass bei dem Angebot der Bestbieterin ein wesentlicher Preisbestandteil fehle (Ke-Wert).

Falsch sei weiter auch die Behauptung der Antragstellerin, dass von der Bestbieterin keine Belege in Textform für die Angemessenheit der angebotenen Preise gefordert worden seien. Vielmehr hätten die von der Bestbieterin in diesem Zusammenhang vorgelegten Unterlagen und das Ergebnis eines Aufklärungsgesprächs den Antragsgegner davon überzeugt, dass die Preise der Bestbieterin angemessen seien. Im Übrigen sei auch dieser Vortrag der Antragstellerin, wonach die Bestbieterin keinen auskömmlichen Preis angeboten habe, eine pauschale Behauptung, die jeder Tatsachengrundlage entbehre.

Der Antragsgegner hat des Weiteren zur Frage der Ordnungsmäßigkeit der verschiedenen erhobenen Rügen, zur Problematik der Einstellung von Unterlagen in seinen Datenraum, zur Frage etwaigen Vorenthaltens von Kalkulationsgrundlagen für die Wartungs- und Instandhaltungskosten der Berliner Gasleuchten sowie zur Problematik der in einer Kennzahl angezeigten Energieeinsparung umfänglich erwidert. Hinsichtlich dieses weiteren Vorbringens wird auf die ausgetauschten Schriftsätze verwiesen.

Die Vergabekammer hat von der Regelung des § 112 Abs. 1 S. 3 GWB Gebrauch gemacht, wonach bei Unzulässigkeit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden kann.

Ergänzend wird auf die Verfahrensakte sowie die Vergabeakten dieses Verfahrens Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Die Antragstellerin ist nicht antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB.

Denn sie hat nicht dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften im Sinne von Satz 2 der vorgenannten Vorschrift ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Ein Schaden kann einem Unternehmen nach einhelliger Auffassung nur dann entstehen, wenn das betreffende Angebot bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren eine wenn auch nur theoretische Chance auf den Zuschlag hat bzw. gehabt hätte (vgl. Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, § 107 Rnr. 974). Ist es gänzlich ausgeschlossen, dass auf ein bestimmtes Angebot der Zuschlag erteilt werden wird, so ist ein Schadenseintritt im vorgenannten Sinne auf Seiten des nämlichen Bieters selbst bei erwiesenen Vergabebefehlern nicht möglich.

Auf ein Angebot, das infolge des Vorliegens von Ausschlussgründen ordnungsgemäß vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden ist, kann auch bei Feststellung von Verfahrensverstößen der Zuschlag nicht erteilt werden.

Ausnahmen von den vorgenannten Grundsätzen, die sich aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergeben können (vgl. insoweit BGH, Beschluss v. 26.09.2006 – X ZB 14/06), sind vorliegend nicht gegeben (dazu nachfolgend unter C.)

Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin durch den Antragsgegner gemäß § 25 Nr. 1 VOL/A ist rechtmäßig.

Der Antragsgegner hat ordnungsgemäß von der ihm gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, Angebote, die nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten, vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.

A. Das Angebot der Antragstellerin ist hinsichtlich mehrerer vom Antragsgegner geforderter Erklärungen bzw. Angaben unvollständig.

#### 1. Haftpflichtversicherungsdeckung

Die Antragstellerin hat die Forderung des Antragsgegners, den Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung zu erbringen, nicht erfüllt.

a) Dabei kann die Frage des Zeitpunkts der Vorlage des Nachweises – bereits mit dem Angebot oder erst später, nämlich unverzüglich nach der Unterzeichnung des Management-Vertrages - vorliegend offen bleiben. Wenngleich einiges dafür spricht, dass der Antragsgegner mit seiner in der Bieterinformation Nr. 6 enthaltenen Antwort auf die entsprechend konkrete Nachfrage den Zeitpunkt der Vorlage unter Bezugnahme auf die einschlägige Vertragsregelung nach hinten verlagert („Danach ist das Bestehen der Haftpflichtversicherung „unverzüglich nach der Unterzeichnung dieses Vertrages“ nachzuweisen.“) und die diesbezügliche Differenzierung des Antragsgegners (vgl. insoweit S. 8 des Schriftsatzes v. 25.06.2009) zumindest mit Blick auf diese vorangegangene Information problematisch erscheint, so kommt es auf diesen Umstand vorliegend nicht mehr an.

Denn die Antragstellerin hatte sich entschlossen, den geforderten Nachweis bereits mit ihrem Angebot vorzulegen. Da sie den Nachweis unter dem 30.03.2009 und damit mehr als einen Monat nach Absetzung der vorgenannten Information des Antragsgegners über die Maßgeblichkeit des späteren Zeitpunkts erbracht hat, handelte sie ausdrücklich in Kenntnis dieser Sichtweise des Antragsgegners. An der von ihr erbrachten Erklärung, die sie unstreitig als „Versicherungsbestätigung“ vorlegt, muss sich die Antragstellerin nunmehr festhalten lassen.

Wollte man diese Frage anders entscheiden und Bescheinigungen, die in Kenntnis eines erst später eintretenden Vorlagezeitpunkts verfrüht erbracht werden, überhaupt nicht bewerten wollen, so würde dies die kaum zu beantwortende Frage aufwerfen, wozu derartige Bescheinigungen dann vorgelegt werden; sie wären praktisch „gegenstandslos“. Das macht insbesondere der vorliegende Fall nachgerade deutlich: es

ist die Antragstellerin höchstselbst, die darauf beharrt, den Versicherungsnachweis erst nach der Vertragsunterzeichnung erbringen zu müssen. Dann ist sie allerdings die Erklärung schuldig, wozu sie den Nachweis bereits mit dem Angebot vorgelegt hat, wenn nicht aus dem einzig einleuchtenden Grund, dieser Verpflichtung bereits zu einem früheren Zeitpunkt als gefordert nachkommen zu wollen.

Die vorgelegte Versicherungsbestätigung durfte und musste daher – nach dem Verständnis des Antragsgegners ohnehin – auch unter Berücksichtigung der Argumentation der Antragstellerin einer Wertung im Sinne von § 25 Nr. 1 VOL/A unterzogen werden.

b) Mit der von der Antragstellerin vorgelegten „Versicherungsbestätigung“ der XXX vom 20.02.2009 ist der geforderte Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung nicht erbracht worden.

aa) Denn die Bestätigung stammt unstreitig lediglich von einem Versicherungsmakler und nicht von einem Versicherer.

Gefordert war von Seiten des Antragsgegners insoweit eine Bestätigung des Versicherers. Dass der Antragsgegner bei der Aufstellung der entsprechenden Anforderung anstatt des Terminus „Versicherer“ insoweit den Begriff „Versicherung“ verwendet hatte, ist vorliegend unschädlich.

Denn die Anforderung „Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung durch Vorlage einer Bestätigung der Versicherung“ kann nach Überzeugung der erkennenden Kammer nur auf eine einzige Weise sinnvoll ausgelegt werden, nämlich die, dass der Begriff „Versicherung“ als das versichernde Unternehmen aufzufassen ist. Die Formulierung im Ganzen ergibt lediglich dann einen Sinn, wenn mit „Versicherung“ das Versicherungsunternehmen gemeint ist. Legt man hingegen das gegenteilige Verständnis der Antragstellerin zugrunde, wonach Versicherung hier praktisch den Bestand der Versicherung beinhalten soll, „das Versicherte“ also, so hätte für eine derartige Auffassung der erste Teil der Anforderung („Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung“) bereits für sich alleine ausgereicht. Der Zusatz „durch Vorlage einer Bestätigung der Versicherung“ macht in Erweiterung der Grundanforderung ergänzend deutlich, „wer“ nach der Vorstellung des Antragsgegners Urheber des Nachweises sein muss. Ein etwaiges anderes sinnvolles Verständnis des Zusatzes erschließt sich daneben nicht.

Diese Interpretation verträgt sich im Übrigen reibungslos mit dem allgemeinen Sprachgebrauch, gemäß dem die Begriffe „Versicherung“ und „Versicherer“ im Prinzip synonym verwendet werden. In der Praxis wird bei der Nennung des Versicherers in aller Regelmäßigkeit der Ausdruck „Versicherung“ benutzt, und zwar unabhängig von dem Bildungsniveau des Sprechers.

Insoweit vermag auch der Hinweis der Antragstellerin auf die korrekte Terminologie unter Heranziehung verschiedener fachspezifischer Lexika vorliegend kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Es steht insoweit außer Frage, dass die formaljuristisch korrekte Bezeichnung für das versichernde Unternehmen die des „Versicherers“ ist, was sich bereits aus den Vorgaben des Versicherungsvertragsgesetzes ergibt (vgl. insoweit § 1 VVG). Darauf kommt es vorliegend jedoch nicht an. Denn bei der Vergabebekanntmachung handelt es sich gerade nicht um eine fachrechtliche Veröffentlichung.

Bei den Anforderungen geht es also nicht darum, einen rechtlichen Beitrag zu gestalten, der formaljuristischen Voraussetzungen entsprechen soll bzw. muss, sondern vielmehr darum, einer Vielzahl von Bietern Voraussetzungen sowie Handhabe für die Angebotserstellung bereitzustellen. Dazu müssen die Anforderungen nicht einem formalen Fundus an Rechtsbegriffen entnommen sein, sondern vielmehr als solche allgemein verständlich sein bzw. den Bietern deutlich machen, was seitens der jeweiligen Vergabestelle von ihnen erwartet bzw. gefordert wird. Genau das hat der Antragsgegner jedoch geleistet, indem er eine Anforderung aufgestellt hat, die bezüglich der Urheberschaft wie dargelegt in ihrer Gänze sinnvoll nur auf eine einzige Weise aufgefasst werden kann.

bb) Unabhängig von der unzulänglichen Urheberschaft ist der geforderte Nachweis der Haftpflichtversicherungsdeckung durch die vorgelegte Bestätigung aus einem weiteren Grund nicht erbracht worden.

Denn die Bestätigung des Versicherungsmaklers bringt nicht hinreichend eindeutig zum Ausdruck, dass der Abschluss einer Haftpflichtversicherung definitiv für die Antragstellerin vermittelt worden ist.

Insoweit teilt die Vergabekammer vollumfänglich die Bedenken, die der Antragsgegner aufgrund der unsicheren „und/oder“-Formulierung der Bestätigung hat („Hiermit bestätigen wir, XXX, Versicherungsmakler in Rotterdam, dass XXX *und/oder* XXX *und/oder*: XXX ... durch unsere Vermittlung eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat.“). Da die drei genannten Unternehmen infolge der fakultativen Verbindung über „oder“ in einem potentiellen Alternativverhältnis stehen, ist die Schlussfolgerung nicht fernliegend, dass für die Antragstellerin möglicherweise gerade kein Abschluss vermittelt worden ist.

Soweit die Antragstellerin darauf hinweist, es sei erkennbar gemeint, dass die Haftpflichtrisiken eines gegebenen Versicherungsfalles jeweils für einzelne, mehrere oder alle drei der genannten Unternehmen gedeckt seien, so ist dieser Ansatz kaum geeignet, bestehende berechtigte Zweifel zu zerstreuen. Denn zum einen hätte eine solche Absicht gerade auf einfache Weise im Wege einer bloßen „und“-Verknüpfung bewerkstelligt werden können. Zum anderen aber steht vorliegend noch die unklare Frage im Raum, warum eine Bestätigung lediglich für die Antragstellerin überhaupt noch die Bestätigung für zwei weitere Unternehmen beinhaltet, was die Zweifel hinsichtlich der „oder“-Verknüpfung umso mehr nährt. Erschwerend kommt in diesem Zusammenhang noch hinzu, dass die Bestätigung das bezogene Versicherungsunternehmen nicht nennt.

cc) Neben der Frage der Urheberschaft und der unklaren „und/oder“-Verknüpfung beinhaltet die von der Antragstellerin vorgelegte „Versicherungsbestätigung“ einen weiteren Mangel, der Zweifel an der Eindeutigkeit der Erklärung hervorruft.

Es handelt sich dabei um die Abschlusspassage der Bestätigung („Die Bescheinigung wird abgegeben innerhalb der Allgemeinen- und Sonderbedingungen die Police XXX in der holländischen Sprache und falls es Zweifelsfälle oder Unterscheide geben sollte, so gilt der Text in der holländische Sprache als verbindlich.“). Auch bezüglich dieser Formulierung teilt die Vergabekammer die Bedenken des Antragsgegners bezüglich der etwaigen Unvollständigkeit der Erklärung.

Zwar will die Antragstellerin diese Passage lediglich als Klarstellung verstanden wissen, gemäß der die Bestätigung im Rahmen der Allgemeinen und Sonderbedingungen der Versicherungspolice (diese in holländischer Sprache) abgegeben werde, deren holländischer Text im Zweifelsfalle bzw. bei Unterschieden zwischen der deutschen Bestätigung und der holländischen Police vorgehen soll.

Mit Blick auf den in der Bestätigung gewählten Passus vermag diese Argumentation jedoch nicht zu überzeugen; zumindest verbleiben auch insoweit Zweifel. So besagt die Regelung zum Vorrang des holländischen Originals als Einstieg gerade, dass die Bescheinigung innerhalb der Allgemeinen und Sonderbedingungen der holländischen Police abgegeben wird. Diese Formulierung setzt sich klar von Regelungen ab, die lediglich auf allgemeine Versicherungsbedingungen verweisen. Denn die Bescheinigung erfolgt *innerhalb der Bedingungen*, so dass die Bestätigung aus sich heraus nicht eindeutig erscheint. So ist es vorliegend etwa möglich, dass die Bedingungen Einschränkungen vorsehen, die sich unmittelbar auf den Bestand der Erklärung auswirken. Derartige Zweifel sind – gerade auch mit Blick auf den Mangel bezüglich der und/oder-Alternative (s.o. A. 1. b, bb), der auch in diesem Zusammenhang Bedeutung erlangen könnte – aus Sicht des Antragsgegners nicht hinnehmbar.

Auch wenn die von einem Bieter vorgelegten Bestätigungen wie vorliegend von einem EU-Ausländer in deutscher Sprache abgefasst worden sind, muss der Bieter für daraus resultierende etwaige Unklarheiten einstehen.

2. Anforderung „Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen, die mit der konkret zu vergebenden Leistung (Beleuchtung öffentlicher Straßen) vergleichbar sind, jeweils mit Angabe des jährlichen Auftragswertes“

Die Antragstellerin hat die Anforderung des Antragsgegners an die technische Leistungsfähigkeit, eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten vergleichbaren Leistungen unter Nennung des jährlichen Auftragswertes vorzulegen, nicht erfüllt.

Denn unstreitig enthält die sechzehn Projekte umfassende Referenzliste der Antragstellerin (vgl. Angebot der Antragstellerin, Vergabeakten, Ordner 41, Bl. 42 ff.) eine Vielzahl von Projekten, die jährliche Auftragswerte gerade nicht enthalten. Unter den benannten Projekten befindet sich jedenfalls eines, das von der Antragstellerin selbst als vergleichbar mit der gegenständlichen Auftragsvergabe eingestuft wird (öffentliche Beleuchtung in der Stadt XXX) und von ihrem Einwand, es handele sich insoweit um „freiwillige“ zusätzliche Referenzen, nach ihrem eigenen Vortrag bereits nicht betroffen ist.

Unabhängig von der zum Teil fehlenden Angabe der jährlichen Auftragswerte ergeben sich im Umgang mit dieser Anforderung jedoch noch weitere Schwierigkeiten.

Dabei erwächst das maßgebliche Problem im Zusammenhang mit den vorzulegenden Referenzen gerade daraus, dass sich die Antragstellerin offenkundig nicht an die Vorgabe gehalten hat, mit der konkret zu vergebenden Leistung *vergleichbare* Leistungen (nebst jährlichem Auftragswert) der letzten drei Jahre anzugeben.



Vielmehr hat die Antragstellerin eine Vielzahl von Referenzen vorgelegt, die mit der gegenständlichen Auftragsvergabe (Management der öffentlichen Beleuchtung des Landes Berlin für einen Zeitraum von optional zehn Jahren) gerade nicht vergleichbar sind (vgl. etwa Anstrahlung der Botschaft XXX für die Zeit der Fußballweltmeisterschaft 2006, Lichtinszenierung Schloss XXX). Sie hat des Weiteren andere Referenzen angegeben, bei denen die Vergleichbarkeit unklar erscheint (vgl. etwa Behindertengerechter Ausbau von Lichtsignalanlagen im Land XXX mit noch offenen Programmen seit 2007). Schließlich hat die Antragstellerin auch Referenzen vorgelegt, die bereits nicht in den abgefragten Zeitraum fallen (vgl. Anstrahlung des Rathauses von XXX).

Zwar hat die Antragstellerin zu vier Projekten, von denen eines in der vorgenannten Referenzliste nicht enthalten ist, separate Bestätigungsschreiben vorgelegt (vgl. Angebot der Antragstellerin, Vergabeakten, Ordner 41, Bl. 62 ff.). Ein Teil dieser Schreiben betrifft aber wiederum mit dem gegenständlichen Auftrag nicht vergleichbare Leistungen (vgl. Fassadenbeleuchtung des XXX Hotel).

Insoweit trägt die Antragstellerin selbst vor, dass lediglich drei dieser Projekte das Management und den Betrieb der Beleuchtung öffentlicher Straßen in einer Weise betreffen, „die der hier konkret zu vergebenden Leistung am nächsten kommt“ (s. S. 28 der Antragschrift). Bei einem dieser von der Antragstellerin selbst als vergleichbar eingeschätzten Projekte – der öffentlichen Beleuchtung in der Stadt XXX – ist wiederum der jährliche Auftragswert nicht enthalten bzw. jedenfalls nicht zweifelsfrei erkennbar.

Offenkundig vertritt die Antragstellerin insoweit die Auffassung, es stehe ihr bei der geforderten Angabe mit der anstehenden Auftragsvergabe vergleichbarer Referenzen frei, eine Vielzahl teils vergleichbarer, teils nicht vergleichbarer Referenzen vorzulegen und es anschließend dann der Vergabestelle zu überlassen, die vergleichbaren (und im Übrigen auch den abgefragten Zeitraum betreffenden) Referenzen von den nicht vergleichbaren zu scheiden („... Erwähnung als zusätzliche Referenzen freiwillig erfolgt“; s. S. 29 der Antragschrift).

Diese Auffassung nebst der daraus resultierenden Vorgehensweise ist jedoch rechtsirrig. Insbesondere bei umfangreichen Angeboten ist der öffentliche Auftraggeber gerade nicht verpflichtet, sich die geforderten Angaben und Erklärungen selbst aus dem Angebot zusammenzusuchen (vgl. insoweit Dittmann in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 1. Auflage 2007, § 25 Rnr. 86). So verhält es sich vorliegend: es war eben nicht die Aufgabe des Antragsgegners, die tauglichen von den untauglichen Referenzen zu trennen. Vielmehr war dem Antragsgegner durch seine klare Anforderung vergleichbarer Referenzen im Gegenteil eine Betrachtung dahingehend gestattet, dass vorgelegte Referenzen aus Sicht des jeweiligen Bieters vorab als „vergleichbar“ eingeschätzt worden waren.

3. Angabe der Namen und beruflichen Qualifikation der Personen, die für die Ausführung der betreffenden Dienstleistung verantwortlich sein sollen

Die Antragstellerin hat auch die Anforderung des Antragsgegners, die Namen und berufliche Qualifikation der Personen anzugeben, die für die Ausführung der betreffenden Dienstleistung verantwortlich sein sollen, nicht erfüllt.

Denn die Antragstellerin hat die vorgenannten Angaben in ihrem Angebot unstreitig nicht gemacht.

Ebenso unstreitig sah die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften als Besondere Bedingung für Dienstleistungsaufträge diese Angabe als zwingende Anforderung vor (insoweit eindeutig: Ziffer III.3.2 der Bekanntmachung).

Zwar trifft es zu, dass diese Forderung unter Punkt „11. Inhalt der Angebote – b) Eignungsnachweise“ des unter dem 23.12.2008 gefertigten Anschreibens zu den Vergabeunterlagen nicht noch einmal ausdrücklich wiederholt worden ist.

Allerdings ist eine Wiederholung der bereits geforderten Nachweise in der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. den Vergabeunterlagen jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn das Aufforderungsschreiben unabhängig von der unterbliebenen konkreten Wiederholung der nämlichen Anforderung entsprechend offen formulierte Bestimmungen enthält, die gerade auch die Vorlage nicht explizit erneut genannter, aber im Wege der Vergabebekanntmachung bereits einschränkungslos aufgestellter Anforderungen umfasst.

Genau das ist vorliegend aber der Fall. So enthält das Anschreiben zu den Vergabeunterlagen gleich mehrere Passagen, die auf die Vorlagepflicht bereits aufgestellter Anforderungen mit dem Angebot verweisen. So heißt es in Ziffer „11. Inhalt der Angebote“ unter „a) Bestandteile des Angebotes“ ausdrücklich: „Mit dem zu unterschreibenden Angebot müssen *mindestens* folgende Unterlagen und Informationen eingereicht werden: ...“ sowie weiter: „Gegebenenfalls sind dem Angebot weitere Unterlagen und Informationen beizufügen ...“. In Ziffer „11. Inhalt der Angebote – b) Eignungsnachweise“ heißt es ergänzend: „Es ist darauf zu achten, dass die Informationen und Nachweise für das sich bewerbende Unternehmen vorgelegt werden.“

Diese Formulierungen können aus Sicht der erkennenden Kammer nicht anders verstanden werden, als dass („mindestens“!) sämtliche bereits zwingend aufgestellten Anforderungen eben mit dem Angebot vorzulegen waren, mit Ausnahme lediglich solcher, für die gegebenenfalls ein die vorgenannten allgemeinen Vorlageregeln überholender späterer Zeitpunkt definitiv festgelegt worden wäre.

Irgendwelche konkreten Anhaltspunkte für einen derartigen späteren Vorlagezeitpunkt der Anforderung zu den Namen und Qualifikationen der für die Leistungsausführung Verantwortlichen werden jedoch weder von der Antragstellerin vorgetragen noch sind sie sonst wie ersichtlich.

Die vorgenannte Öffnungsklausel hinsichtlich des Umfangs bzw. Inhalts der mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen führt im Übrigen dazu, dass es auf die von der Antragstellerin angeführte potentiell veränderte Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zu dieser Problematik bereits nicht mehr ankommt. Denn die Grundannahme der Antragstellerin, der Antragsgegner habe die Anforderung bezüglich der Angabe der Leistungsverantwortlichen zumindest auf einen späteren Zeitpunkt ver-

schoben wenn nicht ganz auf diese verzichtet, greift infolge der vorgenannten Passagen der Vergabeunterlagen bereits nicht durch.

Nur vorsorglich sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Angabe der Leistungsverantwortlichen auch nur zeitgleich mit der Vorlage der Angebote sinnvoll erscheint. Wollte man diese Angabe tatsächlich auf einen späteren Zeitpunkt – etwa den der Vertragsunterzeichnung – verlagern, so käme hinzu, dass zu einem Zeitpunkt die Eignung betreffende Angaben geliefert würden, zu dem die zweite Wertungsstufe bereits längst abgeschlossen wäre. Zu Recht weist der Antragsgegner insoweit auf den Wortlaut der Anforderung hin: „die ... verantwortlich *sein sollen*“.

Schließlich vermag auch der – im Übrigen teilweise bestrittene – Vortrag der Antragstellerin, die relevanten Angaben seien dem Antragsgegner bekannt, kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen.

Unabhängig von dem Umstand, dass eine aktuelle schriftliche Erklärung des Unternehmens (hier zur Frage des gegenwärtig konkret für die Leistungsausführung vorgesehenen verantwortlichen Personals) nicht mit einem - behaupteten - abstrakten Wissensstand gleichzusetzen ist, so läuft die Argumentation jedenfalls auf eine Überstrapazierung der an eine Vergabestelle zu stellenden Anforderungen hinaus. Der Ansatz der Antragstellerin würde nämlich bedeuten, dass eine Vergabestelle im Falle des Nichtvorliegens von Unterlagen ihre eigenen – und im Einzelfall letztlich spekulativen - Überlegungen an die Stelle gesicherter dokumentierter Fakten setzen würde, was durch die Einforderung entsprechender Unterlagen gerade vermieden werden soll. Der Wissenstand um die Gegebenheiten eines Unternehmens mag im einen Fall gut sein, im anderen Fall hingegen weniger gut, so dass einer Vergabestelle die wenig zur Objektivierung des Verfahrens beitragende Aufgabe zukäme, je nach Kenntnis über bestimmte Bieter über deren Ausschluss zu entscheiden. In letzter Konsequenz würde dann ein Unternehmen, das der jeweiligen Vergabestelle bekannt ist, mit Blick auf die Vorlage bestimmter Unterlagen bevorzugt behandelt, wozu es keinen sachlichen Grund gibt. Hinzu kommt insoweit noch, dass sich auch bei einem der Vergabestelle bekannten Unternehmen die Verhältnisse kurzfristig verändern können.

B. 1. Auch der Vortrag der Antragstellerin, der Ausschluss ihres Angebotes sei jedenfalls auch deswegen rechtswidrig, da der Antragsgegner insoweit offenbar kein Ermessen ausgeübt habe, vermag kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen.

Denn dem Antragsgegner stand für die im Rahmen des § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A getroffene Ausschlussentscheidung kein Ermessensspielraum zu.

Mit Blick auf die Systematik der VOL/A zu dieser Fragestellung ist das „Können“ in § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A lediglich als bloße Erlaubnisnorm aufzufassen, nach der die jeweilige Vergabestelle neben den zwingenden Ausschlussgründen des Absatzes 1 des § 25 Nr. 1 noch die Möglichkeit hat, weitere Ausschlussgründe zu definieren (Abs. 2), was sie nicht muss, aber eben *kann*. Dieses Verständnis der Vorschrift verträgt sich reibungslos mit der in § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A unmittelbar zitierten Parallelvorschrift des § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOL/A, wonach „die Angebote ... die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten *müssen*“. Diese Vorschrift kann sinnvoll – und im Übrigen nach ihrem eindeutigen Wortlaut - nur so verstanden werden, dass die jewei-

lige Vergabestelle Erklärungen fordern *kann*; tut sie das und macht also von dieser Möglichkeit Gebrauch, dann *muss* ein jedes Angebot die geforderten Erklärungen auch enthalten.

Unabhängig von dieser systematischen Auslegung des § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A erscheint das Erfordernis einer Ermessensausübung auch nach dem Sinn und Zweck des § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A als Fehlverständnis der Vorschrift. Schließlich trifft eine Vergabestelle mit der Entscheidung, bestimmte Erklärungen zu fordern, eine Vorabentscheidung über die entsprechend dem Gleichbehandlungsgebot von ausnahmslos allen Bietern vorzulegenden Unterlagen und damit auch eine Entscheidung über den grundsätzlichen inhaltlichen bzw. sachlichen Bezug einer jeweiligen Unterlage zur betreffenden Vergabe (wobei die unberechtigte Anforderung eines vergabefremden Dokumentes rügefähig ist). Verlangte man für den Fall, dass – wie vorliegend – ein Unternehmen eine geforderte Unterlage nicht vorlegt, eine (quasi zweite) Ermessensausübung zur Überprüfung, ob die Nichtvorlage ausnahmsweise unschädlich ist bzw. sein könnte, so würde der betreffende Bieter unter Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gegenüber den übrigen Bietern ungerechtfertigt privilegiert.

Insoweit hält die erkennende Kammer an ihrer bisherigen Rechtsprechung fest (vgl. VK Berlin, Beschluss v. 02.08.2006 – VK - B1- 33/06; Beschluss v. 07.08.2006 – VK – B1 – 34/06; ebenso eindeutig auch VK Bund, Beschluss v. 29.07.2005 – VK 3 – 76/05).

Selbst wenn man jedoch entgegen dieser Auffassung eine Ermessensentscheidung verlangte, so ist im vorliegenden Fall jedenfalls nicht erkennbar, inwieweit dem Antragsgegner hier ein Ermessensmissbrauch anzulasten sein sollte. Bei den streitgegenständlichen Dokumenten und Angaben handelt es sich allesamt um solche, denen eine grundsätzliche Wettbewerbsrelevanz zukommt und deren Vorlage von einer Vergabestelle gefordert werden darf.

Die Antragstellerin hat insoweit auch nichts Gegenteiliges substantiiert vorgetragen. Insbesondere hat sie auch zu keiner der drei von ihr nicht erfüllten und nunmehr ihren Ausschluss begründenden Anforderungen innerhalb der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe (vgl. § 107 Abs. 3 S. 2 GWB) eine Rüge bezüglich des etwaigen Fehlens der grundsätzlichen Wettbewerbsrelevanz erhoben.

Insoweit hätte es gerade im Gegenteil einen Vergabefehler des Antragsgegners begründet, wenn er über das Fehlen der geforderten Unterlagen hinweggesehen hätte.

2. Auch der Vortrag der Antragstellerin, der Antragsgegner hätte sie gemäß § 7a Nr. 5 letzter Satz VOL/A jedenfalls auffordern müssen, die angeblich fehlenden Angaben und Erklärungen zu vervollständigen und zu erläutern, führt zu keinem anderen Ergebnis.

Denn die Vorschrift des § 7a Nr. 5 letzter Satz VOL/A ist auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar.

Der streitgegenständliche abschließende Satz des § 7a VOL/A ist strukturell lediglich dem Absatz 2 der Ziffer 5. der Vorschrift zugeordnet. Er bezieht sich somit auf die Vor-

lage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen bezüglich der Erfüllung bestimmter Normen für das Umweltmanagement, die vorliegend nicht betroffen sind.

Mit Blick auf die Systematik der Norm schließt sich die Kammer der gemäß Vortrag der Antragstellerin bestehenden Auffassung, § 7a Nr. 5 letzter Satz VOL/A sei als § 7a Nr. 6 VOL/A zu verstehen und demzufolge auf den gesamten § 7a VOL/A anzuwenden, nicht an.

Selbst wenn man die Vorschrift des § 7a Nr. 5 letzter Satz VOL/A vorliegend jedoch für grundsätzlich anwendbar hielte, so vermag sie unter den streitgegenständlichen Voraussetzungen kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Denn der Antragsgegner hatte bezüglich aller drei Ausschlussgegenstände keinerlei Möglichkeit, von dieser Vorschrift konkret Gebrauch zu machen.

#### a) Haftpflichtversicherungsdeckung

Die Bestätigung stammte unstreitig lediglich von einem Versicherungsmakler und entsprach der Anforderung des Antragsgegners insoweit nicht (s.o. A. 1. b aa). Eine Erläuterung war infolge der Eindeutigkeit insoweit nicht erforderlich bzw. gar nicht möglich. Eine Vervollständigung der Bescheinigung ist insoweit bereits überhaupt nicht denkbar.

Auch hinsichtlich der Abschlusspassage der Bestätigung (s.o. A. 1. b cc) ist es kaum möglich, dass eine Erläuterung – eine Vervollständigung erst recht – die bestehenden Zweifel gänzlich auszuräumen imstande ist.

Zwar kann die Antragstellerin, wie in ihren Schriftsätzen zu diesem Nachprüfungsverfahren auch geschehen, ihre Auffassung dartin, wie die Passage nach ihrem Dafürhalten aufzufassen sein soll. Damit werden jedoch die dargestellten Zweifel und damit verbundenen Interpretationsmöglichkeiten der Bestätigung im Verhältnis zu dem Makler und insbesondere zu dem unbekanntem Versicherungsunternehmen gerade nicht beseitigt, da sie der schriftlichen Fassung der Erklärung weiterhin anhaften. Die aus der unklar formulierten Übersetzung resultierenden Fragen verbleiben, was mit Blick auf etwaige künftig abzuwickelnde Versicherungsfälle nicht hinnehmbar ist.

#### b) Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten vergleichbaren Leistungen nebst jährlichem Auftragswert

Eine Vervollständigung verbietet sich insoweit, da ein wesentlicher Mangel der von der Antragstellerin vorgelegten Vielzahl an Referenzen gerade darin bestand, dass objektiv bereits nicht erkennbar war, welche Referenzen nun vergleichbar waren und welche gerade nicht. Die Antragstellerin hatte u. a. gerade auch objektiv nicht verlangte Referenzen vorgelegt (vgl. insoweit ausführlich oben A. 2.).

Diesbezüglich ist jedoch auch eine Erläuterung der verschiedenen Referenzen für den Antragsgegner nicht zumutbar. Wie bereits dargelegt hatte die Antragstellerin unstreitig etliche Referenzen angegeben, die der Anforderung – teils mangels Vergleichbarkeit, teils infolge zeitlicher Abweichung – nicht entsprachen. Da es bereits nicht Aufgabe der Vergabestelle war bzw. ist, sich die geforderten Angaben aus dem Angebot zusammenzusuchen (s.o.), wirkt sich dieses auch unmittelbar auf das ihr im Rahmen der Norm eingeräumte Ermessen aus, das insoweit eingeschränkt ist.

c) Angabe der Namen und beruflichen Qualifikation der Personen, die für die Ausführung der betreffenden Dienstleistung verantwortlich sein sollen

Da die Antragstellerin diese Angaben überhaupt nicht gemacht hat, kommt eine Erläuterung bereits aus tatsächlichen Gründen insoweit nicht in Betracht. Gleiches gilt für eine Vervollständigung. Denn auch eine solche setzt begriffsnotwendig voraus, dass überhaupt eine Angabe vorliegt, die einer Vervollständigung zugänglich sein kann (vgl. Hausmann in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 1. Auflage 2007, § 7a Rnr. 160; Gnittke in: Müller-Wrede, VOL/A, 2. Auflage 2007, § 7a Rnr. 115).

C. Zu dem unter A. und B. dargestellten Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin aus dem Wettbewerb gibt es keine Alternative. Insbesondere wird der Ausschluss durch die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Frage gestellt.

Insbesondere die im Jahr 2006 insoweit ergangene Grundsatzentscheidung des BGH X ZB 14/06 (Beschluss v. 26.09.2006) führt zu keinem anderen Ergebnis.

Dieser Entscheidung des BGH lag ein Fall zugrunde, in dem aus objektiven Gründen keiner der Bieter eine bestimmte Bedingung erfüllen konnte.

Der BGH führt insoweit aus, dass, wenn der öffentliche Auftraggeber die Unvollständigkeit des Angebots eines Bieters zum Anlass nehmen will, dieses Angebot nicht zu werten, jedenfalls auch diejenigen Angebote anderer Bieter ausgeschlossen werden müssen, die ebenfalls an dem beanstandeten oder einem gleichwertigen Mangel leiden. Ein Bieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschlossen wird, dessen Angebot zu Recht ausgeschlossen werden kann oder dessen Angebot ausgeschlossen werden muss, könne deshalb in seinen Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein, wenn ein anderes Angebot trotz Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht ausgeschlossen wird und den Zuschlag erhalten soll oder wenn sich der beabsichtigte Zuschlag aus einem anderen Grund verbietet.

Um der insoweit dargelegten Ausnahme vom Grundsatz der fehlenden Antragsbefugnis bei rechtmäßigem Angebotsausschluss zu entsprechen, hätte es der Antragstellerin mindestens obliegen, einen den Ausschluss der Bestbieterin rechtfertigenden Angebotsmangel darzutun.

Genau das hat die Antragstellerin jedoch nicht getan.

Wie sie in ihrem Schriftsatz vom 17.06.2009 (dort S. 41) selbst ausführt, hat sie „über die auf den Seiten 36 und 37 ff. des Nachprüfungsantrags dargestellten“ Anhaltspunkte hinaus keine weiteren Anhaltspunkte zur Unvollständigkeit und Unauskömmlichkeit des Angebots der Bestbieterin. Zwar schafft es die Antragstellerin in den zitierten Stellen (wie auch in ihrem Vortrag ganz allgemein), durch einen breiten und z. T. redundanten Stil den Anschein einer Berechtigung zu suggerieren. Gleichwohl beinhalten auch die vorgenannten Passagen keinerlei substantiierte geschweige denn belastbare Tatsachen, was den vermeintlich zwingenden Ausschluss der Bestbieterin betrifft. Vielmehr gehen die Ausführungen der Antragstellerin über den Rang pauschalen Spekulierens und Mutmaßens nicht hinaus (vgl. etwa die bloße Behauptung: „Nach den Ergebnissen des Gespräches mit der Auftraggeberin am 20. Mai 2009 hatte XXX keinen plausiblen Ke-Wert angegeben.“; vom Antragsgegner indes bestritten).

Die Antragstellerin versteigt sich insoweit gar zu dem Vortrag, es sei mindestens unwahrscheinlich wenn nicht ausgeschlossen, dass die Angebote dreier von vier Bietern angeblich an Mängeln leiden und nur einer der Bieter ein mangelfreies Angebot erstellt habe.

Mehrfach merkt die Antragstellerin am Rande ihrer unsubstantiierten Ausführungen an, dass sie noch keine Einsicht in die Vergabeakten nehmen konnte. Sie droht insoweit ergänzenden Vortrag nach erfolgter Einsichtnahme an. Offensichtlich ist sie der Überzeugung, dass es im Falle fehlenden Tatsachenvortrags ausreicht, sich den Zugang zu den Akten zu verschaffen, um dann bislang nicht erbrachten Sachvortrag nachträglich aufzuliefern. Ergänzend führt die Antragstellerin an, die Vergabekammer müsse den Sachverhalt im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes selbst weiter aufklären, soweit die Akteneinsicht beschränkt werde.

Insoweit irrt die Antragstellerin. Denn die Verpflichtung der Kammer zur weiteren amtswegigen Ermittlung und Rechtsprüfung richtet sich gerade maßgeblich danach, ob der Vortrag der Beteiligten oder der sonstige Tatsachenstoff hinreichend Anlass zur Prüfung gibt. Der Untersuchungsgrundsatz wird ergänzt und eingeschränkt durch die Mitwirkungspflichten der Beteiligten, insbesondere des Antragstellers. Der Kammer obliegt eine Aufklärungs- und Ermittlungspflicht gerade nur insoweit, als das Vorbringen der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der Gestaltungsmöglichkeit dazu Veranlassung gibt (vgl. Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage 2005, § 110 Rnr. 1016; Maier in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 1. Auflage 2006, § 110 Rnr. 6). Reine Mutmaßungen eines Antragstellers geben zu amtswegigen Ermittlungen danach gerade keinen Anlass (Byok, wie vor, m.w.N.).

Darüber hinaus setzt die Amtsermittlungspflicht einen zulässig gestellten Antrag voraus (vgl. OLG München, Beschluss v. 07.08.2007 - Verg 8/07; Beschluss v. 28.06.2007 - Verg 7/07). Verfahrensfehler, die nicht zulässigerweise zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemacht werden können, sind einer Entscheidung durch die Kammer insoweit entzogen (Maier in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 1. Auflage 2006, § 110 Rnr. 10).

D. Der Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des Antragsgegners gemäß § 111 GWB war infolge der Unzulässigkeit des Antrags zurückzuweisen.

Insoweit folgt aus der Sicherung effektiven Rechtsschutzes, dass dem Antragsteller bei einem unzulässigen Nachprüfungsantrag kein Akteneinsichtsrecht oder ein solches nur in dem Umfang zusteht, in dem die Vergabeakten zur Beantwortung der Zulässigkeitsfrage eingesehen werden müssen (vgl. Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage 2005, § 111 Rnr. 1040; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschlüsse v. 12.12.2001 – Verg 19/01 – und 19.12.2000 – Verg 10/00; Verg 07/00).

Zwar hat die Antragstellerin vorliegend vorgetragen, dass ihr im Falle der Einschätzung ihres Antrags als unzulässig Einsicht in jene Aktenteile gewährt werden müsse, die für die Klärung dieser Frage von Bedeutung sein können.

Doch auch dieser allgemeine Einwand führt vorliegend nicht zu einer auch nur teilweisen Gewährung von Akteneinsicht.

Denn soweit bei der Beurteilung der Zulässigkeit die drei Ausschlussgründe in Rede stehen, die die Antragstellerin bei ihrem Angebot verwirklicht hat, geht es gerade um die von ihr selbst vorgelegten und als unzureichend eingestuften Unterlagen. Diese sind der Antragstellerin selbst aber hinlänglich bekannt.

Soweit hingegen die Frage zur Beurteilung ansteht, ob im Rahmen der Zulässigkeit des Antrags ihre Antragsbefugnis im Lichte etwaiger Unvollständigkeit des Angebots der Bestbieterin zu bejahen sein könnte, begehrt die Antragstellerin quasi zielgerichtet Einsicht in das Angebot der Konkurrentin.

Der Antrag war gerade mit dieser Zielrichtung jedoch ebenfalls zurückzuweisen. Denn ihm steht gemäß § 111 Abs. 2 GWB ein wichtiger Grund in Form der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Bestbieterin entgegen.

Zwar muss Akteneinsicht im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes grundsätzlich generell und umfassend erfolgen. Es müssen dabei aber die schützenswerten Interessen der anderen Beteiligten berücksichtigt werden.

Mit Hilfe der Einsicht in die Kalkulation der Bestbieterin zum Ke-Wert und zur Auskömmlichkeit würde die Antragstellerin Kenntnisse über die Preisgestaltung der Bestbieterin erhalten. Sie könnte dieses Wissen künftig verwerten. Das entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck des Vergabenachprüfungsverfahrens. Es soll mit Hilfe der Akteneinsicht lediglich der gebotene Rechtsschutz sichergestellt werden. Angesichts der obigen Ausführungen hat der Nachprüfungsantrag keinen Erfolg; somit verbietet eine Abwägung der beteiligten Interessen die Gewährung der beantragten Akteneinsicht auch im hilfsweise reduzierten Umfang (vgl. insoweit OLG Bremen, Beschluss v. 17.11.2003 – Verg 6/2003).

### III.

Der unterlegenen Antragstellerin fallen gemäß § 128 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Gemäß § 128 Abs. 4 S. 2 GWB hat die unterlegene Antragstellerin darüber hinaus die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch den Antragsgegner war auch notwendig.

Im Hinblick sowohl auf die anwaltliche Vertretung der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren als auch unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten in der Darlegung der Sach- und Rechtslage hält die Vergabekammer die Hinzuziehung eines vergaberechtlich-kundigen Bevollmächtigten durch den Antragsgegner zur Darstellung, Erläuterung und Vertretung der Rechtspositionen des Antragsgegners im Nachprüfungsverfahren für erforderlich.



Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 128 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Antragstellerin hatte in der Antragschrift (dort S. 16) einen Auftragswert zugrunde gelegt, der lediglich den regulären Vertragszeitraum von sieben Jahren umfasste. Auf der Grundlage des Preisblattes der Antragstellerin (vgl. Angebot der Antragstellerin, Vergabeakten, Ordner 41, Bl. 107/108) hat die Vergabekammer den optionalen Zeitraum von weiteren drei Jahren in die zu erwartende Auftragssumme als Grundlage für die Verfahrensgebühr einbezogen. Die Kammer hat sich an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes orientiert.

#### IV.

##### Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Elßholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung 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.

Vorsitzende

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer

Soth-Schulz

Weber

Görwitz