

Titel:

Unzulässigkeit des Vergabenachprüfungsverfahrens bei zwar rechtswidrig, aber wirksam erteiltem Zuschlag – Anforderungen an ein Akteneinsichtsgesuch

Normenketten:

GWB § 165 Abs. 1, § 168 Abs. 2 S. 1, § 175 Abs. 2

BGB § 138 Abs. 1

Leitsätze:

1. Ein Anspruch auf Akteneinsicht besteht nur, wenn ein substantiierter und potenziell entscheidungserheblicher Sachvortrag vorliegt. Er besteht insbesondere dann nicht, wenn der Nachprüfungsantrag zweifelsfrei unzulässig ist. (Rn. 13) (redaktioneller Leitsatz)
2. Eine pauschale Rüge ohne tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien ist unzulässig. (Rn. 16) (redaktioneller Leitsatz)
3. Ein wirksam erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden, auch wenn das Vergabeverfahren rechtswidrig war. Ein Nachprüfungsantrag nach bereits wirksam erteiltem Zuschlag ist unstatthaft. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Zuschlag, Aufhebung, wirksam, anfechtbar, Akteneinsicht, Sittenwidrigkeit, Nachprüfungsantrag, Zulässigkeit, substantiiert, Leistungsfähigkeit

Vorinstanz:

Vergabekammer München, Beschluss vom 10.04.2025 – 3194.Z3-3_01-25-10

Fundstellen:

VergabeR 2026, 105

NZBau 2025, 813

LSK 2025, 27105

Tenor

1. Der Antrag der Antragstellerin auf Einsicht in die von der Bestbieterin zur technischen Leistungsfähigkeit vorgelegten Unterlagen wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin erhält Gelegenheit, bis zum 2. Oktober 2025 mitzuteilen, ob sie die sofortige Beschwerde aufrechterhält.
3. Die Beteiligten erhalten Gelegenheit, binnen gleicher Frist zum Streitwert Stellung zu nehmen. Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für das Verfahren auf bis zu [...] € festzusetzen.

Gründe

I.

1

Die Antragsgegnerin schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom [...] einen „Rahmenvertrag Wartung Kanalreinigung Ölabscheider Fettabscheider“ im Wege eines offenen Verfahrens aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. In dem Dokument „Ergänzungen Leistungsbeschreibung“ wurde unter anderem festgelegt, dass eine digitale Dokumentation der Kanalreinigung zu erfolgen hat und in den Spül-Saugfahrzeugen hierfür eine Installation vorhanden sein muss, die verschiedene, im einzelnen aufgezählte Punkte aufzeichnet.

2

Die Antragstellerin, die Bestbieterin und weitere Bieter gaben jeweils form- und fristgerecht ein Angebot ab.

3

Der von der Vergabestelle mitgeteilten Absicht, am 4. Februar 2025 den Zuschlag auf das Angebot der Bestbieterin zu erteilen, hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 27. Januar 2025 widersprochen. Sie hat vorgebracht, die Bestbieterin, die beauftragt werden solle, könne die geforderten Anforderungen nicht erfüllen; dies erkläre auch den Preisunterschied.

4

Auf Anforderung der Vergabestelle legte die Bestbieterin mit Schreiben vom 30. Januar 2025 diverse Nachweise vor, unter anderem zu der in den Spül-Saugfahrzeugen vorhandenen Installation zur digitalen Dokumentation der Kanalreinigung.

5

Mit Schreiben vom 4. Februar 2025 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, die Bestbieterin habe Nachweise zur Aufklärung aller zu erfüllenden Bedingungen erbringen können. Der Zuschlag gehe daher an die Bestbieterin.

6

Am 6. Februar 2025 wurde der Zuschlag erteilt.

7

Am 20. Februar 2025 hat die Antragstellerin bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag gestellt und beantragt, der Antragsgegnerin aufzugeben, den Zuschlag nicht an die Bestbieterin zu erteilen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Bestbieterin sei technisch nicht leistungsfähig. Sie könne mit dem bei ihr vorhandenen Maschinenpark die Anforderung der lückenlosen Sensorschnittstellendokumentation der Arbeiten nicht erfüllen. Ferner hat die Antragstellerin nach § 165 Abs. 1 GWB um Akteneinsicht in die Vergabeakte gebeten.

8

Die Vergabekammer hat mit Beschlüssen vom 3. und vom 14. März 2025 der Antragstellerin Einsicht in teilgeschwärzte Schreiben der Antragsgegnerin und der Bestbieterin gewährt.

9

Mit Beschluss vom 10. April 2025 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen und zur Begründung ausgeführt, der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags stehe der der Bestbieterin wirksam erteilte Zuschlag entgegen. Ein wirksam erteilter Zuschlag könne nicht aufgehoben werden. Der Vertrag sei nicht nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Aus der Vergabeakte ergäben sich keinerlei Anhaltspunkte für ein kollusives Zusammenwirken der Antragsgegnerin und der Bestbieterin. Der öffentliche Auftraggeber dürfe grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Bieter seine vertraglichen Zusagen erfüllen werde. Zudem habe die Antragsgegnerin die von der Antragstellerin vorgebrachten Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Bestbieterin zum Anlass genommen, bei dieser eine Aufklärung durchzuführen. Die Bestbieterin habe fristgemäß geantwortet und entsprechende Nachweise vorgelegt. Die Gewährung einer weitergehenden Akteneinsicht sei nicht veranlasst.

10

Gegen diesen Beschluss der Vergabekammer wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. Sie begehrt die Aufhebung des Zuschlags, hilfsweise die Feststellung, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat und der von der Antragsgegnerin mit der Bestbieterin geschlossene Rahmenvertrag unwirksam ist. Die Handhabe der Vergabekammer, der Antragstellerin Einsicht in die von der Bestbieterin vorgelegten Nachweise (Anlagen) betreffend ihre Leistungsfähigkeit zu verweigern, sei greifbar rechtswidrig. Anhand der Anlagen hätte sie den Nachweis führen können, dass es für die Vergabestelle offenkundig gewesen sei oder sie sich bewusst der Erkenntnis verschlossen habe, dass die Bestbieterin technisch nicht leistungsfähig sei. Ein dennoch erteilter Zuschlag sei grundsätzlich unwirksam. Der Senat werde nochmals ausdrücklich um Akteneinsicht in die von der Bestbieterin vorgelegten „Nachweise“ hinsichtlich ihrer technischen Leistungsfähigkeit (Schnittstellendokumentation des Spülvorgangs) ersucht.

11

Die Antragsgegnerin ist der sofortigen Beschwerde entgegengetreten. Die Antragstellerin behaupte ohne jegliche Substantiierung ins Blaue hinein, sie könne anhand der Anlagen den Nachweis führen, dass es für die Vergabestelle offenkundig gewesen sei oder sie sich bewusst der Erkenntnis verschlossen habe, dass

die Bestbieterin technisch nicht leistungsfähig sei. Die Antragstellerin habe mit Beschluss der Vergabekammer vom 14. März 2025 die beantragte Akteneinsicht erhalten.

II.

12

1. Der Antrag der Antragstellerin auf Einsichtnahme in die von der Bestbieterin zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit vorgelegten Unterlagen war abzulehnen. Ein Anspruch auf Einsichtnahme nach § 175 Abs. 2, § 165 Abs. 1 GWB besteht nicht.

13

a) Ein Anspruch auf Einsicht in die Akten der Vergabestelle besteht nur in dem Umfang, wie er zur Durchsetzung des effektiven Rechtsschutzes erforderlich ist (so u. a. OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. Februar 2022, 11 Verg 8/21, VergabeR 2022, 570 [juris Rn. 89]). Er hat eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Juli 2024, Verg 11/24, NZBau 2025, 254 [juris Rn. 55]). Ein Anspruch auf Akteneinsicht setzt über den Wortlaut von § 165 Abs. 1 GWB hinaus einen das Akteneinsichtsgesuch begründenden beachtlichen und potenziell entscheidungserheblichen Sachvortrag voraus (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021, Verg 9/21, VergabeR 2022, 118 [juris Rn. 50] m. w. N.). Er dient nicht dazu, mithilfe von gewährter Akteneinsicht zusätzliche Informationen zur Untermauerung bislang substanzloser Mutmaßungen zu erhalten (OLG Düsseldorf, NZBau 2025, 254 [juris Rn. 59]; Beschluss vom 12. August 2021, Verg 27/21, BeckRS 2021, 56263 Rn. 47; Beschluss vom 29. Juni 2017, Verg 7/17, NZBau 2017, 619 [juris Rn. 43]; OLG München, Beschluss vom 8. November 2010, Verg 20/10, VergabeR 2011, 228 [juris Rn. 3]). Er besteht dann nicht, wenn der Nachprüfungsantrag zweifelsfrei unzulässig ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. April 2023, Verg 27/22, NZBau 2024, 490 [juris Rn. 51]).

14

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Antragstellerin die begehrte Akteneinsicht nicht zu gewähren. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig. Bei der Rüge der Antragstellerin vom 27. Januar 2025 handelt es sich um eine Rüge ins Blaue hinein. Zudem fehlt es an hinreichend substantiiertem Sachvortrag zu der von der Antragstellerin behaupteten Nichtigkeit der Zuschlagserteilung.

15

aa) Der Nachprüfungsantrag ist bereits deshalb unzulässig, weil es sich bei der Rüge der Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 27. Januar 2025 um eine Rüge ins Blaue hinein handelt.

16

(1) An Rügen ist ein großzügiger Maßstab anzulegen. Ein Bieter darf im Nachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines – oft nur beschränkten – Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf (vgl. BayObLG, Beschluss vom 9. April 2025, Verg 1/25 e, juris Rn. 35; Beschluss vom 20. Januar 2023, Verg 14/22, VergabeR 2023, 572 [juris Rn. 67]; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Dezember 2022, Verg 11/22, NZBau 2024, 362 juris Rn. 51 f. jeweils m. w. N.). Der Antragsteller muss zumindest tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Eine pauschale, „ins Blaue hinein“ erhobene Rüge, die sich in reinen Vermutungen erschöpft (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 [juris Rn. 39]; BayObLG, Beschluss vom 9. April 2025, Verg 1/25 e, juris Rn. 35; OLG Düsseldorf, NZBau 2024, 362 [juris Rn. 52 f.]; OLG München, Beschluss vom 7. August 2007, Verg 8/07, VergabeR 2007, 802 [juris Rn. 18]) oder nicht plausibel ist (vgl. BayObLG, VergabeR 2023, 572 [juris Rn. 69 ff.]; Summa in Summa/Schneevogl, jurisPK-Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, § 160 GWB Rn. 102), genügt dagegen nicht.

17

(2) Die Rüge der Antragstellerin genügt diesen Anforderungen nicht. Der Rüge kann zwar eine vergaberechtliche Beanstandung entnommen werden, nämlich dass die Bestbieterin nicht leistungsfähig sei. Die Antragstellerin hat in der Rüge jedoch nicht ansatzweise dargetan, weshalb die Bestbieterin nicht in der Lage sei, die in der Ausschreibung gestellten Anforderungen zu erfüllen. Tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien, die einen hinreichenden Verdacht auf den von ihr gerügten Vergaberechtsverstoß begründen, hat sie nicht vorgetragen. Sie hat lediglich pauschal behauptet, laut den Ergänzungen im Leistungsverzeichnis auf Seite 6 Absatz 20 Kanalreinigung könne die Bestbieterin die

geforderte Anforderung nicht erfüllen. Der Umstand, dass die Bestbieterin nicht in der Lage sei, die Anforderungen zu erfüllen, erkläre den preislichen Unterschied. Dahingestellt bleiben kann, ob aus einem niedrigeren Angebotspreis der Schluss gezogen werden kann, die Bestbieterin sei technisch nicht leistungsfähig, da – wie die Antragsgegnerin vorgetragen hat und sich aus den eingereichten Angeboten ergibt – das Angebot der Antragstellerin bei der Position 1.1.1 „Kanalreinigung Misch- und Schmutzwasserhaltungen“ günstiger ist als das Angebot der Bestbieterin.

18

(3) Die Antragstellerin hat zwar im Nachprüfungsverfahren ihre Rüge dahingehend konkretisiert, das einzusetzende Fahrzeug müsse laut Leistungsverzeichnis über umfangreiche Sensorik und elektronische Dokumentationsschnittstellen verfügen und es habe eine lückenlose elektronische Dokumentation zu erfolgen. Die Bestbieterin könne mit dem bei ihr vorhandenen Maschinenpark die Anforderung der lückenlosen Sensorschnittstellendokumentation der Arbeiten nicht erfüllen, weil bei ihren Fahrzeugen die entsprechende Hardware nicht verbaut sei und auch nicht nachgerüstet werden könne bzw. eine solche Hardware nicht innerhalb der einschlägigen Leistungszeiträume beschafft werden könne. Auch dies genügt jedoch nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge, da die Antragstellerin keinerlei tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vorträgt, die einen hinreichenden Verdacht auf die technische Leistungsunfähigkeit der Bestbieterin begründen. Es handelt sich um bloße Mutmaßungen der

19

Antragstellerin. Woher diese stammen, legt die Antragstellerin nicht offen. Sie hat lediglich Beweis für ihre Behauptung angeboten durch Parteieinvernahme der Geschäftsführer der Antragstellerin und der Bestbieterin, Erholung eines Sachverständigengutachtens sowie Inaugenscheinnahme ihrer Fahrzeuge und der Fahrzeuge der Bestbieterin.

20

bb) Der Nachprüfungsantrag ist zudem unstatthaft, da im Zeitpunkt seiner Einreichung der Zuschlag bereits erteilt war und die Zuschlagserteilung wirksam ist.

21

(1) Der Zuschlag wurde am 6. Februar 2025 erteilt und damit vor Eingang des Nachprüfungsantrags am 20. Februar 2025.

22

(2) Ein wirksam erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB. Die Zuschlagserteilung ist nicht nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Die Antragstellerin hat zwar eine Nichtigkeit der Zuschlagserteilung nach § 138 Abs. 1 BGB in den Raum gestellt, es fehlt jedoch auch insoweit an einem hinreichend substantiierten Sachvortrag.

23

Ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist. Dabei sind nicht nur der objektive Inhalt des Geschäfts, sondern auch die Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, und die von den Parteien verfolgten Absichten und Beweggründe zu berücksichtigen. Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit und eine Schädigungsabsicht ist nicht erforderlich, es genügt, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt, wobei dem gleichsteht, wenn sich jemand bewusst oder grob fahrlässig der Kenntnis erheblicher Tatsachen verschließt (BGH, Urt. v. 10. Oktober 1997, V ZR 74/96, NJW-RR 1998, 590 [juris Rn. 12]). Hierfür reicht ein schlichter Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen nicht aus (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Dezember 2022, Verg 1/22, NZBau 2023, 678 [juris Rn. 69]). Die Vertragsnichtigkeit ergibt sich nicht schon aus dem Verstoß gegen Vorschriften, die allein für das Vergabeverfahren relevant sind (OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 11. Oktober 2024, 6 Verg 2/24, NZBau 2025, 329 [juris Rn. 64]; OLG Düsseldorf, NZBau 2023, 678 [juris Rn. 69]; NZBau 2024, 497 [juris Rn. 48]; OLG Celle, Beschluss vom 24. Oktober 2019, 13 Verg 9/19, NZBau 2020, 535 [juris Rn. 66]; Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 168 GWB Rn. 28). Ansonsten liefe die in § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB zum Ausdruck gekommene Wertentscheidung des Gesetzgebers, im Interesse der Rechtssicherheit den geschlossenen Vertrag auch dann wirksam zu lassen, wenn das Vergabeverfahren rechtswidrig war, das zum Zuschlag geführt hat, ebenso leer wie die Regelung der Feststellung der Unwirksamkeit nach § 135 GWB. Vielmehr bedarf es bei Rechtsgeschäften, bei denen nicht der Vertragspartner benachteiligt, sondern die eine Vertragspartei mit

der anderen zum Nachteil eines Dritten abschließt, für die Annahme einer Nichtigkeit eines entsprechenden Bewusstseins bei beiden Vertragspartnern (OLG Düsseldorf, NZBau 2023, 678 juris Rn. 69).

24

Substantiierten Sachvortrag zu Umständen, die ausnahmsweise eine Sittenwidrigkeit begründen könnten, hat die Antragstellerin nicht gehalten.

25

Derartige Umstände sind auch aus der Vergabeakte nicht ersichtlich.

26

2. Die sofortige Beschwerde hat in der Hauptsache keine Erfolgsaussichten, da die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zutreffend als unzulässig verworfen hat. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen unter Ziffer II. 1) b) Bezug genommen.

27

3. Auch der hilfsweise im Beschwerdeverfahren geltend gemachte Fortsetzungsfeststellungsantrag hat keine Aussicht auf Erfolg.

28

(a) Für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist nach dem Gesetzeswortlaut nur dann Raum, wenn sich ein Nachprüfungsverfahren nach seiner Einleitung erledigt hat (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, BGHZ 146, 202 [juris Rn. 25 ff.]; OLG Düsseldorf, NZBau 2024, 490 [juris Rn. 36]; OLG München, Beschluss vom 30. Januar 2020, Verg 28/19, juris Rn. 8; Fett in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 168 GWB Rn. 54).

29

(b) Für eine analoge Anwendung des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist mangels planwidriger Regelungslücke kein Raum (BGH, BGHZ 146, 202 [juris Rn. 35 ff] zur inhaltsgleichen Vorgängervorschrift § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB a. F; OLG München, Beschluss vom 30. Januar 2020, Verg 28/19, juris Rn. 14).

30

4. Der Senat beabsichtigt, den Streitwert auf bis zu [...] € festzusetzen.

31

Der Streitwert beträgt in Verfahren über die Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer 5% der Bruttoauftragssumme des Angebots, § 50 Abs. 2 GKG. Die Angebotssumme des Angebots der Antragstellerin beläuft sich auf [...] € für ein Jahr. Da der Vertrag eine feste Laufzeit von vier Jahren und eine Verlängerungsoption von einem Jahr hat, für die ein Abschlag von 50% zu veranschlagen ist (BGH, Beschluss vom 18. März 2014, X ZB 12/13, NZBau 2014, 452 Rn. 13), errechnet sich insgesamt eine Bruttoauftragssumme in Höhe von [...] € (4,5 x [...] €). 5% hiervon ergeben [...] €.