



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

(...)

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

gegen

(...)

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

unter Beteiligung der

(...)

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

wegen des Vergabeverfahrens „(...)“

Antragstellerin,

Antragsgegner,

Beigeladene,

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende xxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxx und den ehrenamtlichen Beisitzer xxx am 15.05.2020 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen).
3. Die Verfahrensgebühren werden auf xxx EUR festgesetzt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
5. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
6. Die Hinzuziehung jeweils eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung vom (...) im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union schrieb der Antragsgegner (...) in insgesamt vier Losen aus.

Die Antragstellerin gab u.a. für Los 1 ein Angebot ab. Mit Schreiben vom 12.07.2019 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin darüber, dass ihr Angebot für Los 1 nicht berücksichtigt werden könne. Das Angebot erhalte weniger Preispunkte als das des Zuschlagsbieters. Die Konzepte hätten gleich viele Wertungspunkte wie jene des Zuschlagsbieters erhalten. Die Schreiben wurde seitens der Antragstellerin am selben Tag auf der eVergabe-Plattform abgerufen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.07.2019 übersandte das Sekretariat der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin eine Rüge an die E-Mail-Adresse (...). Die E-Mail-Adresse enthielt hinter dem @ ein I zu viel, sodass die E-Mail und damit die Rüge den Antragsgegner nicht erreichte.

Die Antragstellerin hat am 19.07.2019 einen Nachprüfungsantrag gestellt. Die Kammer hat den Nachprüfungsantrag dem Antragsgegner am 22.07.2019 übermittelt.

Das Rügeschreiben wurde dem Antragsgegner am 23.07.2019 per Mail von (...) übersandt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Beschluss der Vergabekammer vom 20.09.2019 verwiesen. Mit diesem Beschluss hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat daraufhin sofortige Beschwerde beim Kammergericht eingelegt. Das Kammergericht hat durch Beschluss vom 06.01.2020 (AZ.: Verg 10/19) den Beschluss der Vergabekammer vom 20.09.2019 aufgehoben und die Vergabekammer verpflichtet, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut über die Sache, einschließlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens, zu entscheiden.

Der Beschluss des Kammergerichts vom 06.01.2020 sowie die Vergabeakten des Antragsgegners sind in der Geschäftsstelle der Vergabekammer am 11.02.2020 eingegangen, die Verfahrensakte des KG, die den Beschluss des KG vom 12.11.2019 zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung enthält, am 21.02.2020.

Mit Beschluss vom 11.02.2020 hat die Kammer die (...) beigeladen.

Die Kammer erteilte mit Schreiben vom 28.04.2020 den Verfahrensbeteiligten einen rechtlichen Hinweis. Mit Beschluss vom 28.04.2020 wurden der Antragstellerin und der Beigeladenen Akteneinsicht gewährt.

Die Antragstellerin machte von der Möglichkeit zur Stellungnahme auf den rechtlichen Hinweis der Kammer keinen Gebrauch.

Sie hält an ihrem bisherigen Vortrag vor der Kammer und dem Kammergericht fest. Weiterhin vertritt sie die Auffassung, dass es allgemeinen rechtlichen Grundsätzen entspreche, dass gesetzlich gesetzte Fristen voll ausgeschöpft werden dürften.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Zuschlagserteilung des Antragsgegners an die weitere Beteiligte aufzuheben und den Auftraggeber zu verpflichten, die Entscheidung über die Zuschlagserteilung auf Grund einer Neubewertung zu dem Zuschlagskriterium Qualität neu zu treffen,
2. ihr Akteneinsicht in die Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners notwendig war.

Der Antragsgegner hält an seinem bisherigen Vortrag vor der Kammer fest.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Beigeladenen Akteneinsicht zu gewähren,
3. sinngemäß: der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Beigeladene zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Beigeladene tritt im Wesentlichen den Ausführungen des Antragsgegners bei. Weiterhin ist sie der Ansicht, dass der Antragstellerin die Antragsbefugnis fehle. Die für ein „Mehr an Eignung“ streitenden Ausführungen der Antragstellerin seien auf Wertungsebene irrelevant und vor dem Hintergrund der Vergabeunterlagen ins Blaue hinein aufgestellt. Aus den Vergabeunterlagen ergebe sich, dass die Bewertung ausschließlich auf Grundlage der eingereichten Konzepte und unter Außerachtlassung vergaberechtswidriger Wissensvorsprünge erfolge. Sie ist der Ansicht, dass etwaige Beurteilungsfehler im Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Vorabinformationsschreibens am 12.07.2019 und vor dem Hintergrund der Vergabeunterlagen bewusst gewesen seien.

Weiterhin vertritt sie die Ansicht, dass die Rüge dem Antragsgegner auch am 23.07.2019 nicht wirksam zugegangen sei, da eine andere als in der Bekanntmachung zur Kommunikation angegebene E-Mail-Adresse verwendet wurde.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte sowie die beigezogenen Vergabeakten verwiesen.

Die Vergabekammer hat von der Regelung des § 166 Abs. 1 S. 3 GWB Gebrauch gemacht, wonach bei Unzulässigkeit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden kann.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Das KG hat in seinen Beschlüssen vom 12.11.2019 und 06.01.2020 keine abschließende Feststellung hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Rüge und damit insgesamt zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags getroffen, sondern die Kammer insofern verpflichtet, neu zu entscheiden.

1.

Die Antragstellerin hat die im Nachprüfungsverfahren vorgebrachten vermeintlichen Rechtsverstöße gegenüber dem Antragsgegner nicht fristgerecht gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt. Die Frist zur Erhebung der Rüge nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB war jedenfalls am 23.07.2019, als der Auftraggeber erstmals Kenntnis von der Rüge der Antragstellerin nehmen konnte, verstrichen.

Nach vorgenannter Vorschrift ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit ein Antragsteller den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß vor Einreichen des Nachprüfungsantrages erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat.

Positive Kenntnis im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB liegt bereits dann vor, wenn ein Bieter um jene Tatsache oder Indizien weiß, die den Schluss auf eine mögliche Rechtsverletzung zulassen und die es bei vernünftiger Betrachtung als gerechtfertigt erscheinen lassen, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden (vgl. nur OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.02.2007 – 17 Verg 7/6 mwN). Ebenso genügt die Einstufung des beanstandenden Verhaltens als rechtlich problematisch. Der Bieter muss auch im Falle von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB nicht das beanstandete Verhalten völlig durchdrungen oder gar umfassend rechtlich sicher eingestuft haben. Eine laienhafte Wertung dahingehend, dass sich aus den bekannten Umständen eine Missachtung vergaberechtlicher Vorschriften ergeben

könnte, ist ausreichend (vgl. BGH, Beschluss vom 26. 9. 2006 - X ZB 14/06 Rn. 35; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.12.2009, VII - Verg 32 / 09).

Nach Ansicht des OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27.06.2016 - 1 Verg 2 / 16 offenbart ein Bieter seine positive Kenntnis von einem vermeintlichen Vergaberechtsverstoß, wenn er sich mit einer konkreten Beanstandung an eine Vergabepflichtstelle oder eine Aufsichtsbehörde wendet.

Die Antragstellerin fasste ihre Beanstandungen in dem auf den 18.07.2019 datierten Schreiben zusammen, so dass sie über positive Kenntnis einer aus ihrer Sicht fehlerhaften Bewertung und Intransparenz des Vorabinformationsschreibens vor Einreichung des Nachprüfungsantrags am 19.07.2019 verfügte.

Die auch zum Zeitpunkt der fehlgeleiteten Rüge am 18.07.2019 anwaltlich vertretene Antragstellerin behauptet, dass die Bewertung ihrer Konzepte besser als jene der Beigeladenen hätte ausfallen müssen, da sie als Bestandsbieterin über die entsprechenden Kenntnisse vor Ort verfüge, die die Beigeladene nicht haben könne. Sollte diese Tatsache aus Sicht der Antragstellerin vergaberechtlich zu einer Betterbewertung führen müssen, waren ihr diese Umstände und ein daraus resultierender Vergaberechtsverstoß auch spätestens ab Erhalt der Vorabinformation am 12.07.2019 positiv bekannt. Diese Erkenntnis kann sie auch nicht erst durch eine Einsicht in die Akten gewinnen. Sie benötigt mithin für eine Rüge, dass die Bewertung fehlerhaft sei, nicht zwingend die Kenntnis der konkreten Bewertung wie sie in der Akte dokumentiert wurde.

Auch die Tatsache, dass über die Beigeladene in der Vergangenheit mehrfach negativ und überregional in der Presse berichtet wurde, insbesondere seit (...), musste der Antragstellerin bekannt gewesen sein. Den prominentesten Fall in (...) spricht sie im Nachprüfungsantrag selbst an. Wenn aus Sicht der Antragstellerin diese negative Presseberichterstattung den Rückschluss darauf zulasse, dass eine gute Konzeptbewertung ausscheide, war im Moment der Kenntnisnahme des Vorabinformationsschreibens, in dem die Beigeladene als Zuschlagsaspirantin genannt wurde, von den einen Vergaberechtsverstoß möglicherweise begründenden Tatsachen positive Kenntnis im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB vorhanden. Dass die Antragstellerin keinerlei Kenntnis von den in der Presse seit Jahren berichteten Vorfällen hatte und erst umfangreich recherchieren musste, um Erkenntnisse über die Beigeladene, die sich im selben Geschäftsumfeld wie die Antragstellerin bewegt, zu gewinnen, erscheint abwegig.

Soweit die Antragstellerin ebenfalls die mangelnde Transparenz des Vorabinformationsschreiben rügt, hatte sie auch hiervon unmittelbar nach Kenntnisnahme desselbigen positive Kenntnis. Denn aus ihrer Sicht fehlen Angaben zur konkreten Wertung, die nach ihrem Verständnis erforderlich seien. Auch hierfür bedurfte es keiner umfassenden Recherchen in Bezug auf die Beigeladene.

2.

Soweit das KG in seinem Beschluss zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vom 12.11.2019 die Frage aufwirft, ob ohne Akteneinsicht überhaupt eine Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB bestehen kann, diese Frage letztlich aber nicht entschied, vermag dies unter Zugrundelegung der gesetzlichen Anforderungen und des Gesetzeszwecks nicht zu einer abweichenden Entscheidung der Kammer zu führen.

a)

Sofern das Vorabinformationsschreiben nach § 134 Abs. 1 GWB wenig ausführliche Informationen erhält, sind auch die Anforderungen an die Substantiierung einer Rüge und zur Darlegung einer Rechtsverletzung im Rahmen der Antragsbefugnis abgesenkt, nicht aber das Erfordernis einer Rüge bzw. der Darlegung einer Rechtsverletzung abgeschafft.

Der öffentliche Auftraggeber ist gemäß § 134 Abs. 1 GWB verpflichtet u.a. die Gründe anzugeben, weshalb das Angebot nicht berücksichtigt werden soll. Er darf sich nicht auf Leerformeln beschränken, die nichts darüber aussagen, weshalb das Angebot nicht berücksichtigt werden soll. Sinn und Zweck des Vorabinformationsschreibens ist es, dem Bieter die Möglichkeit zu geben, die Gründe für die Nichtberücksichtigung seines Angebotes nachzuvollziehen und die Aussichten eines Rechtsschutzverfahrens abschätzen zu können. Eine umfangreiche Angabe der Gründe für die Auswahlentscheidung, wie sie im Vergabevermerk erforderlich sind, ist im Vorabinformationsschreiben nicht erforderlich. Insbesondere besteht keine Pflicht zur Angabe von Rängen oder Platzierungen (vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 07.05.2010, WVerg 6/10). Eine Nennung der für die Wertung der Angebote vergebenen konkreten Punktzahlen ist sogar im Hinblick auf die Wahrung berechtigter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ausgeschlossen, sofern eine Rückrechnung auf konkrete Angebotsbestandteile anderer Bieter möglich wäre. Genügt das Vorabinformationsschreiben nicht den Anforderungen des § 134 Abs. 1 S. 1 GWB, mindert dies die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.10.2018 – 15 Verg 7/18).

Der Inhalt des Vorabinformationsschreibens des Antragsgegners enthielt die Aussage, dass das Angebot der Zuschlagsaspirantin preislich günstiger sei und für die Konzepte jeweils

dieselben Wertungspunkte verteilt worden seien. Selbst wenn man annähme, dass die einzelnen Wertungspunkte mitgeteilt werden müssten, hätte die Antragstellerin ihre Rüge nicht weiter konkretisieren können. Denn letztlich beanstandet sie, dass ihre Konzepte als ebenso gut wie die der Beigeladenen bewertet wurden. Da sie jedoch als Bestandsbieterin im Gegensatz zur Beigeladenen über entsprechende Vor-Ort-Kenntnisse verfüge und ihre Leistungen im Gegensatz zur Beigeladenen nicht bemängelt worden seien, seien ihre Konzepte entsprechend besser zu bewerten als jene der Beigeladene.

Das KG bejahte in seinem Beschluss vom 12.11.2019 die Antragsbefugnis der Antragstellerin. Wenn die Behauptungen der Antragstellerin nach Ansicht des KG zur Bejahung der Antragsbefugnis ausreichen, mithin eine Rechtsverletzung in ausreichendem Maße dargelegt sei, dann muss dies nach Auffassung der Kammer auch für die positive Kenntnis eines Vergaberechtsverstoß gelten und eine Rügeobliegenheit auslösen. Die Rüge unterscheidet sich hinsichtlich der Darlegungspflicht einer Rechtsverletzung insofern nicht von der Antragsbefugnis (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 - Verg 20 / 19; OLG München, Beschluss vom 07.08.2007, Verg 8 / 07). In beiden Fällen muss eine Rechtsverletzung möglich erscheinen und eine Prüfung dahingehend ermöglichen, im Falle der Rüge durch den Auftraggeber, im Rahmen der Antragsbefugnis durch die Nachprüfungsinstanzen.

Sähe man dies anders, hätte dies die (teilweise) Abschaffung des Rügeerfordernisses als Zugangsvoraussetzung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 - Verg 20 / 19; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27.06.2016 - 1 Verg 2 / 16, abweichend KG, Beschluss vom 15.04.2002, Kart Verg 3 / 02) zum Nachprüfungsverfahren zur Folge. Ein Nachprüfungsantrag wäre sodann ohne vorherige Rüge zulässig, sofern mit diesem die Bewertung der Angebote durch den Auftraggeber angegriffen würde. Denn umfassende Details zur Bewertung sind in dem Vorabinformationsschreiben nach § 134 Abs. 1 GWB, wie oben ausgeführt, nicht anzugeben und daher häufig nicht enthalten, so dass sich, so die Ausführungen des KG in seinem Beschluss vom 12.11.2019, mögliche Verstöße oftmals erst nach einer eingehenden Akteneinsicht ergeben könnten.

Nach Ansicht des BayObLG, Beschluss vom 19.12.2000 - Verg 07 / 00 soll das Akteneinsichtsrecht jedoch im Falle der Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrags nicht bestehen, auf eine Offensichtlichkeit der Unzulässigkeit komme es nicht an. Nach der jüngeren und ständigen Rechtsprechung besteht das Recht zur Akteneinsicht nach § 165 Abs. 1 GWB zudem nur in entscheidungserheblichem Umfang (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2020 – Verg 10/18 sowie Beschluss vom 20.12.2019 - VII-Verg 35/19; OLG Naumburg, Beschluss vom 04.10.2019 - 7 Verg 3 / 19; OLG München, Beschluss vom 19.03.2019

– Verg 3/19; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.09.2017 - VII - Verg 19 / 17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.06.2017 - VII - Verg 7 / 17; OLG Jena, Beschluss vom 13.10.2015 - 2 Verg 6 / 15; KG, Beschluss vom 13.09.2012 - Verg 4/12; OLG Naumburg, Beschluss vom 01.06.2011 - 2 Verg 3/11; OLG München, Beschluss vom 08.11.2010 - Verg 20 / 10; OLG Jena, Beschluss vom 11.01.2007 - 9 Verg 9 / 06). Das Akteneinsichtsrecht erstreckt sich zudem nicht auf Umstände, die nicht oder nicht rechtzeitig gerügt wurden (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 11.01.2007 - 9 Verg 9 / 06). Nach der vorgenannten Rechtsprechung des OLG Jena kann sich eine Antragstellerin auch nicht darauf berufen, zu einem substantiierten Vorbringen hinsichtlich eines Vergaberechtsverstoßes mangels Akteneinsicht nicht in der Lage zu sein, denn der Antragstellerin wäre sodann ins Blaue hinein Akteneinsicht zu gewähren, um ihr eine Aufdeckung hypothetischer Vergaberechtsmängel erst zu ermöglichen, die sie anschließend zum Gegenstand einer Rüge machen könnte.

Dass das KG in seinem Beschluss vom 06.01.2020 von dieser durch die ständige Rechtsprechung anerkannten einschränkenden Auslegung des Umfangs des Akteneinsichtsrechts abweichen wollte, ist für die Kammer nicht ersichtlich.

3.

Auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 32 VwVfG, wie sie das KG im Beschluss vom 12.11.2019 anspricht, kommt nach Auffassung der Kammer nicht in Betracht.

Bei den Rügefristen in § 160 Abs. 3 GWB handelt es sich um gesetzliche Fristen. Sie stehen nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten. Es handelt sich um sog. materiell-rechtliche Fristen, die für die Verfahrensbeteiligten verbindlich sind (vgl. Kallerhoff/Stamm in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 31 Rn. 8). Die Wiedereinsetzungsregelung des § 32 VwVfG findet dabei u.a. keine Anwendung, wenn eine Wiedereinsetzung mit dem Zweck einer gesetzlichen Frist unvereinbar wäre (vgl. Kallerhoff/Stamm a.a.O., § 31 Rn. 8; § 32 Rn. 6).

Der Ablauf materiell-rechtlicher Fristen wie vorliegend der Rügefristen wirkt im Nachprüfungsverfahren rechtsvernichtend und ist von Amts wegen seitens der Nachprüfungsinstanzen zu beachten (vgl. Gabriel/Mertens in: BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 14. Edition, Stand: 31.07.2018, § 160 Rn.134 f.). Präkludierte Rügen sind einer inhaltlichen Prüfung durch die Nachprüfungsinstanzen in der Regel nicht mehr zugänglich (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 13.06.2019 - 54 Verg 2/19; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 – VII Verg 24/18; OLG Celle Beschluss vom 11.02.2010 - 13 Verg 16/09). Der Auftraggeber soll bei Ausbleiben von möglicherweise gebotenen Rügen

das Vergabeverfahren fortsetzen dürfen, ohne dem "Risiko" nachträglicher Rügen ausgesetzt zu sein (vgl. OLG Schleswig a.a.O.). Die Regelungen zur Rügeobliegenheit dienen insbesondere der Rechtssicherheit und sollen Verzögerungen der Beschaffungsverfahren entgegenwirken (vgl. OLG München, Beschluss v. 19.09.2018 – Verg 6/18). Eine Wiedereinsetzung bei Versäumnis der Rügefrist ist daher ausgeschlossen (vgl. Wiese in: Kurlatz/Kus/Portz(Prieß, *GWB*, 4. Aufl. 2016, § 160 Rn. 132).

4.

a)

Anders als das KG in seinen Beschlüssen vom 12.11.2019 und 06.01.2020 in Betracht zog, jedoch nicht abschließend feststellte, ist nach Auffassung der Kammer auch unter Berücksichtigung der vom KG geäußerten Zweifel eine Rüge vor Einreichung eines Nachprüfungsantrags erforderlich (so auch VK Lüneburg, Beschluss vom 27.09.2016 - VgK - 39 / 2016) und vorliegend nicht ausnahmsweise entbehrlich.

Sinn und Zweck einer Rüge ist die frühzeitige Möglichkeit des Auftraggebers zur Überprüfung und ggf. Korrektur seiner Entscheidung und die Vermeidung unnötiger Nachprüfungsverfahren mit daraus resultierenden Verzögerungen der Beschaffungsverfahren (vgl. BGH, Beschluss vom 26.09.2006 – X ZB 14/06; OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.01.2019 – 54 Verg 3/18; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27.06.2016 - 1 Verg 2/16; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2006 – VII-Verg 26/06; VK Brandenburg, Beschluss vom 28.01.2019 - VK 22/18; VK München, Beschluss vom 24.11.2015 – Z3-3/3194/1/51/09/15).

Die Möglichkeit, ein Nachprüfungsverfahren ohne vorherige Rüge in zulässiger Weise einzuleiten, widerspricht dem Sinn und Zweck eines Rügeerfordernisses (im Ergebnis so auch OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27.06.2016 - 1 Verg 2/16).

Zwischen der Rügefrist nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 *GWB* sowie der Stillhaltefrist nach § 134 *GWB* ist zu unterscheiden. Die Fristen laufen unabhängig voneinander, § 160 Abs. 3 S. 3 *GWB*. Droht aufgrund der ablaufenden Stillhaltefrist der Zuschlag, ist die Erhebung einer Rüge ggf. auch innerhalb einer kürzeren Frist als zehn Tagen erforderlich (vgl. Hofmann in: Müller-Wrede, *GWB Vergaberecht Kommentar*, 1. Aufl. 2016, § 160 Rn. 65; Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, *jurisPK-Vergaberecht*, 5. Aufl., Stand: 27.03.2020, § 160 Rn. 260). Zur Not ist eine Rüge wenige Stunden vor Einreichung des Nachprüfungsantrags bei der Kammer gegenüber dem Auftraggeber zu erheben (vgl. VK Lüneburg, Beschluss vom 27.09.2016 - VgK - 39 / 2016). Dass dies vorliegend und in Abweichung von dem dem Be-

schluss des KG vom 15.04.2002 – KartVerg 3/02 zugrunde liegenden Fall möglich war, ergibt sich aus der Tatsache, dass das Rügeschreiben auf den 18.07.2019 datierte und den Antragsgegner lediglich aufgrund eines Verschuldens des mandatierten Rechtsanwalts nicht erreichte. Auch übermittelte die Antragstellerin die Rüge nicht unmittelbar nach Einreichung des Nachprüfungsantrags bei der Kammer an den Antragsgegner (vgl. zu einem solchen Fall OLG München, Beschluss vom 07.08.2007 – Verg 8/07). Dieser recherchierte selbst und erhielt die Rüge sodann am 23.07.2019 und damit einen Tag nach Übermittlung des Nachprüfungsantrags durch die Kammer.

Soweit das KG in seinem Beschluss im Jahr 2002 darauf abstellte, dass es dem Antragsgegner unbenommen sei, der Rüge im laufenden Nachprüfungsverfahren abzuweichen und ihm daher durch die unmittelbare Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens kein Schaden entstünde, kann die Kammer dieser Argumentation vorliegend nicht folgen. Dies würde aufgrund des Gleichlaufs von Rügefrist und Wartefrist nach § 134 Abs. 2 GWB (bei einer Bieterinformation auf elektronischem Weg oder als Telefax) in der Konsequenz zu einem Wegfall der Rügeobliegenheit bei vermeintlichen Vergaberechtsverstößen führen. Das Ziel, Nachprüfungsverfahren zu vermeiden, würde so vereitelt werden (vgl. VK München, Beschluss vom 24.11.2015 – Z3-3/3194/1/51/09/15; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 01.04.2010 - 1 VK 13/10).

b)

Soweit das KG in seinem Beschluss vom 15.04.2002 - Kart Verg 3 / 02 die Auffassung vertritt, dass die Antragsbegründung nicht unmittelbar mit Einreichung des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer erfolgen muss, sondern nachgeholt werden kann, währenddessen die tatsächlichen Grundlagen geschaffen werden können, lässt sich dies mit dem Wortlaut des § 161 GWB nicht in Einklang bringen, soweit damit die Nachholung einer Rüge ermöglicht werden soll.

Denn gemäß § 161 Abs. 2 GWB ist im Nachprüfungsantrag darzulegen, dass eine Rüge gegenüber dem Antragsgegner *erfolgt ist*. Aus dem Wortlaut bzw. dem Tempus ergibt sich nach Auffassung der Kammer, dass auch nach dem Verständnis des Gesetzgebers eine Rüge vor Einreichung eines Nachprüfungsantrags bei der Kammer dem Auftraggeber zugegangen sein muss. Auch unterscheidet § 161 Abs. 2 GWB nicht danach, zu welchem Zeitpunkt eine Rüge gegenüber dem Auftraggeber erhoben worden sein muss. Der Gesetzgeber führt in seiner Begründung (vgl. BT-Drs. 18/6281, S.135) unter Verweis auf die Rechtsprechung aus, dass ein Rügeerfordernis nur bei Verstößen obsolet und damit nicht erforderlich sei, die erst im Nachprüfungsverfahren erkannt wurden. Auch daraus wird ersichtlich, dass

der Gesetzgeber eine Rüge für jene Verstöße, die vor Einreichung eines Nachprüfungsantrags erkannt wurden, gegenüber dem Auftraggeber für erforderlich erachtet.

Eine Rüge kann in Ausnahmefällen entbehrlich sein, wenn sie ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann und daher reine Förmerei wäre (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 - Verg 20/19). Nach Auffassung der Kammer liegt eine vergleichbare Fallgestaltung dem anhängigen Nachprüfungsverfahren jedoch nicht zugrunde. Denn weder hat der Antragsgegner vor dem Nachprüfungsantrag gegenüber der Antragstellerin zu erkennen gegeben, dass er einer Rüge ohnehin nicht abhelfen werde (vgl. OLG Koblenz v. 18.09.2003 - 1 Verg 4/03), noch handelt es sich um einen Vergaberechtsverstoß, der seitens der Antragstellerin erst im laufenden Nachprüfungsverfahren erkannt wurde. Auch stellt die Rüge im vorliegenden Verfahren keine unnötige Förmerei dar, wie dies das KG in seinem Beschluss vom 15.04.2002, Kart Verg 3 / 02 und dem dortigen Fall annahm. Der Antragsgegner wurde vorliegend von dem Nachprüfungsantrag überrascht. Es gab zuvor keine streitigen Auseinandersetzungen mit der Antragstellerin hinsichtlich der Bewertung. Auch erschwerte der Antragsgegner nicht durch sein Verhalten den Rechtsschutz der Antragstellerin. Auch wäre dem Antragsgegner genug Zeit verblieben, um über die Rüge zu entscheiden, wenn sie ihn wie beabsichtigt am 18.07.2019 erreicht hätte.

3.

Aufgrund der eingetretenen Präklusion ist eine Nachprüfung der behaupteten Rechtsverletzung, vorliegend der Bewertung, durch die Kammer nicht mehr zulässig (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 13.06.2019 - 54 Verg 2/19; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 – VII Verg 24/18; OLG Celle Beschluss vom 11.02.2010 - 13 Verg 16/09). Der Untersuchungsgrundsatz der Nachprüfungsinstanzen darf nicht zu einer Umgehung der Präklusionsvorschriften führen (vgl. OLG Schleswig a.a.O. m.w.N; im Ergebnis so auch KG, Beschluss vom 15.04.2004 – 2 Verg 22/03.).

4.

Die Kammer hat vorliegend ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten entschieden.

§ 166 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. GWB gestattet es der Kammer, bei Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags nach Lage der Akten zu entscheiden. Auf eine Verzichtserklärung der Verfahrensbeteiligten kommt es in diesen Fällen nicht an (vgl. Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., Stand: 01.10.2016, § 166 Rn.20).

Nach den obigen Ausführungen ist der Nachprüfungsantrag nach freier Überzeugung der Kammer unzulässig. Eine mündliche Verhandlung würde diesbezüglich zu keiner anderen Bewertung führen und insbesondere keinen weiteren Erkenntnisgewinn versprechen. In diesen Fällen ist eine mündliche Verhandlung aus Sicht des Gesetzgebers überflüssig (vgl. Begründung zu § 122, BT-Drucks. 13/9340, S. 19). Die Kammer hat mit Schreiben vom 20.04.2020 einen ausführlichen Hinweis gegeben und ihre Einschätzung zur Zulässigkeit des Antrags mitgeteilt. Zu diesem Hinweis bestand Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon die Antragstellerin keinen Gebrauch machte. Sie erklärte lediglich, auf eine mündliche Verhandlung nicht verzichten zu wollen. Auch nimmt die Antragstellerin in ihrem letzten Schriftsatz vom 12.05.2020 zur Stellungnahme auf den Schriftsatz der Beigeladenen Bezug auf ihre bisherigen Schriftsätze zur Vermeidung von Wiederholungen und hält an ihren bisherigen Ausführungen fest. Die Kammer erwartete daher nicht, dass sich die Antragstellerin in einer mündlichen Verhandlung anders als im bisherigen schriftsätzlichen Vortrag äußert. Im schriftsätzlichen Vorgehen der Verfahrensbeteiligten wurden die jeweiligen Argumente umfassend ausgetauscht, einer weitergehenden Sachverhaltsaufklärung bedarf es zur Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nicht.

Die Unzulässigkeit muss nach § 166 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. GWB auch nicht offensichtlich sein, so dass bei jeder Art der Unzulässigkeit eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung im schriftlichen Verfahren erfolgen kann (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 05.10.2004 - Verg W 12/04).

Die Entscheidung nach Lage der Akten widerspricht auch vorliegend nicht der Rechtsauffassung des KG in dessen Beschluss vom 06.02.2020.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat die Antragstellerin die Kosten des Verfahrens zu tragen. Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB umfasst dies auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners. Es entspricht darüber hinaus der Billigkeit, die Aufwendungen der Beigeladenen gemäß § 182 Abs. 4 S. 2 GWB der Antragstellerin aufzuerlegen. Denn die Beigeladene hat vorliegend eigene Sachanträge gestellt und das Verfahren durch kontinuierliche Schriftsätze aktiv gefördert (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.05.2012 – Verg 5/12). Der Vortrag der Beigeladenen erschöpfte sich dabei insbesondere nicht in einer Wiederholung des Vortrags der Antragsgegnerin, sondern ging in verschiedenen Aspekten darüber hinaus.

Angesicht der rechtlichen Schwierigkeiten des Verfahrens waren die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten für den Antragsgegner und die Beigeladene gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG notwendig.

In der Regel ist die anwaltliche Vertretung aufgrund der Komplexität der Rechtsmaterie, der regelmäßig gebotenen Eile der Schriftsaterstellung sowie der Herstellung der „Waffengleichheit“ vor der Vergabekammer, auch für die Vergabestelle, erforderlich (vgl. OLG München, Beschluss vom 24.01.2012 Verg 16/11 und Beschluss vom 28.02.2011, Verg 23/10).

Vorliegend hat die Antragstellerin mit ihrem Antrag eine unzureichende Vorabinformation nach § 134 GWB sowie eine fehlerhafte Bewertung der eigenen Konzepte und der Konzepte der Beigeladenen geltend gemacht. Darüber hinaus waren Detailfragen im Kontext der Rüge sowie die Auslegung der §§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 161 GWB streitig und rechtlich sehr komplex, sodass es sich insgesamt um keinen einfach gelagerten Fall handelte, bei dem der Antragsgegner seine Interessen ohne die Einschaltung eines Rechtsbeistandes hätte wahrnehmen können. Allein die Frage einer Präklusion nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB war (bzw. ist noch immer) offensichtlich rechtlich nur schwer zu klären. Für eine interessengerechte Vertretung waren bereits insoweit Kenntnisse und Erfahrungen in kontradiktorischen Verfahren erforderlich (s. insoweit OLG München, Beschluss vom 28.02.2011, Verg 21/10).

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes heran. Dabei legt die Kammer den Bruttoangebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 – 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragstellerin zugrunde. Bei linearer Interpolation (vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 15. Oktober 2012 – Verg 18/12, IBRRS 2012, 3900; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. April 2004 – VII – Verg 9/04, VPRRS 2013, 0551; Krohn, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 14) dieses von der Gebührentabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwertes ergibt sich eine Gebühr in Höhe rund (...) EUR, die auch dem durchschnittlichen Aufwand der Kammer entspricht. Unter Berücksichtigung der Nichtdurchführung einer mündlichen Verhandlung, aber der Erteilung eines ausführlichen rechtlichen Hinweises hat die Kammer die Gebühr auf den tenorierten Betrag reduziert.

Da die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren unterlegen ist, hat sie auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich oder als elektronisches Dokument gemäß den Vorschriften über den elektronischen Rechtsverkehr beim Kammergericht, Eißholzstr. 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

Hauptamtlicher Beisitzer

Ehrenamtlicher Beisitzer

xxx

xxx

xxx