

Vergabekammer Berlin



Vorblatt zum Beschluss

Aktenzeichen	VK B 2 – 3/11
Datum des Beschlusses	26. April 2011
Bestandskraft	Nein
Vergabeart	Öffentliche Ausschreibung nach VOB/A
Rechtsnormen	§§ 99 Abs. 3, 101a, 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB
Leitsätze	<ol style="list-style-type: none">1. Zur Abgrenzung von Bauauftrag und Dienstleistungsauftrag2. Die Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags hat die Vergabekammer, unabhängig von der Erfüllung der Rügeobliegenheiten, nach objektiven Kriterien und der objektiven Sachlage zu beurteilen.3. Die fehlerhafte Wahl der Verdingungsordnung, die zur nationalen an Stelle einer europaweiten Ausschreibung führt, unterfällt der Rügepflicht, wenn sie aus den Verdingungsunterlagen erkennbar ist.

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK - B 2 - 3/11

nicht bestandskräftig!



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

xxx

- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

gegen

xxx

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

wegen Vergabe des Auftrags Wartung, Störungs- und Schadensbeseitigung
...Los 2,4,6; **hier: Lose 2 und 6**

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 2011 durch den Vorsitzenden Schramm, den hauptamtlichen Beisitzer Kuhnle und den ehrenamtlichen Beisitzer Wilms-Posen am 26. April 2011 entschieden:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners trägt der Antragsteller.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners wird für notwendig erklärt.
4. Die Verfahrensgebühr wird auf xxx € festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner machte im Oktober 2010 die Maßnahme „Wartung, Störungs- und Schadensbeseitigung ... als Bauauftrag nach VOB/A auf den Vergabepattformen des Landes sowie des Bundes im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung bekannt.

Der Antragsteller betreibt ein Unternehmen für den Verkauf und die Instandhaltung von Beleuchtungskörpern, das in der Vergangenheit bereits mehrfach gleichartige Aufträge in Berlin ausgeführt hat. Er wurde vom Antragsgegner aufgefordert, ein Angebot abzugeben, und bot die bezeichneten Leistungen zu Bruttopreisen von xxx € für Los 2, xxx € für Los 4 sowie xxx € für Los 6 an. Darüber hinaus trug er in Ziffer 4.2 des Angebotsformularschreibens ein, einen unbedingten Preisnachlass von 6% bei gemeinsamer Vergabe der Lose 2 und 6 zu gewähren. Damit erwies er sich im Eröffnungstermin als preisgünstigster Bieter.

Den Zuschlag erteilte der Antragsgegner für die Lose 2 und 6 am 22. Dezember 2010 auf das Angebot eines anderen Unternehmens. Dem Antragsteller übersandte er mit Datum vom darauffolgenden Tag ein Schreiben, in dem er ohne Begründung lediglich mitteilte, dass der Zuschlag nicht auf das Angebot des Antragstellers erteilt werden konnte.

Hiergegen wandte sich der Antragsteller mit Schreiben seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 29. Dezember 2010. Darin rügte er, dass die Absage vergaberechtswidrig sei, weil sie nicht den Ablehnungsgrund und das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen benenne. Da es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um Dienstleistungen handele, die den maßgeblichen EU-Schwellenwert überschritten, fehle es damit an einer ordnungsgemäßen Erfüllung der Informations- und Wartepflicht im Sinn des § 101a GWB, was zur Unwirksamkeit des mit einem anderen Unternehmen geschlossenen Vertrages führe. Der Antragsteller sei hierdurch beschwert. Denn er habe das preisgünstigste Angebot abgegeben.

Der Antragsgegner wies die Rüge zurück, weil diese keine Rechtswirkung entfalten könne und im Übrigen präkludiert sei. Die zu vergebenden Leistungen seien – wie schon seit Jahren – als Bauleistungen nach VOB/A unterhalb des Schwellenwerts öffentlich ausgeschrieben gewesen und der Antragsteller habe hiergegen bis zur Angebotsabgabe nichts eingewendet. Die nunmehr eingereichte Rüge komme zu spät.

Hierauf erwiderte der Antragsteller erneut, es handele sich um Dienstleistungen. Dies ergebe sich schon aus Anhang I Kategorie Nr. 1 (zur VOL/A). Die dort genannte Bezeichnung „Reparatur und Instandhaltung“ nehme Bezug auf die CPV-Referenznummern ab 50100000-6, wovon wiederum die Nummern 50232000 und 502321000 „Reparatur, Wartung und zugehörige Dienste im Zusammenhang mit öffentlichen Beleuchtungseinrichtungen“ ausdrücklich aufführen. Damit sei der EU-Schwellenwert überschritten und der Rechtsschutz nach dem GWB eröffnet. Die Rüge beziehe sich dagegen nicht auf die fehlerhafte Wahl der Verfahrensform, sondern vielmehr auf die Wertung der Angebote. Diesen Fehler habe er erst mit Kenntnisnahme von der Zuschlagsentscheidung geltend machen können.

In einem weiteren Antwortschreiben führte der Antragsgegner hierzu aus, dass Straßenbeleuchtungsanlagen nach dem Berliner Straßengesetz wesentlicher Bestandteil der öffentlichen Straßen seien und mit dem Straßenkörper eine funktionale Einheit bildeten. Die ordnungsgemäße Unterhaltung dieser baulichen Anlage sei insgesamt als Bauleistung anzusehen, da sie für die Funktion der Anlage unerlässlich sei. Im Übrigen bekräftigte er seine Ausführungen zur Rügepflicht.

Mit dem Nachprüfungsantrag verfolgt der Antragsteller sein Begehren weiter.

Er betont dabei, dass sich die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags, unabhängig von der Erfüllung der Rügeobligationen, nach objektiven Kriterien und der objektiven Sachlage beurteile. Was die Rügeverpflichtung als Zulässigkeitsvoraussetzung betreffe, sei diese durch die unverzügliche Geltendmachung der unzureichenden Information nach § 101a GWB erfolgt. Eine Rüge der falschen Verfahrensart sei entbehrlich gewesen, weil der Antragsgegner im Rahmen gleicharteter Ausschreibungen der vergangenen Jahre entsprechende Rügen regelmäßig mit stereotyp gleicher Begründung zurückgewiesen habe. Schließlich habe der Antragsteller die Wertung umgehend nach Kenntnisnahme als fehlerhaft gerügt.

Nach Akteneinsicht trägt er weiter vor, der Antragsgegner habe sein Angebot nicht wegen unangemessen niedriger Preise ausschließen dürfen. In den zwei Aufklärungsgesprächen habe er, der Antragsteller, seine Kalkulation vorgelegt sowie ausführlich die von ihm ermittelten und ausgewiesenen Zeitansätze zur Zufriedenheit der Teilnehmer erläutert. Soweit der Vergabevermerk dokumentiere, dem Antragsteller sei durch den Fachbereich erklärt worden,

dass seiner Beauftragung nicht zugestimmt werden könne, sei dies falsch. Vielmehr sei ihm der Eindruck vermittelt worden, er werde den Auftrag erhalten.

Der Antragsteller beantragt,

1. festzustellen, dass der in dem bezeichneten Vergabeverfahren erteilte Zuschlag für die Lose 2 und 6 unwirksam ist,
2. dem Antragsgegner zu untersagen, Leistungen der Lose 2 und 6 bis zur Beendigung des Zuschlagsverbots an die K GmbH zu beauftragen, von dieser anzunehmen und/oder die K GmbH für bereits erbrachte oder zukünftig trotz Zuschlagsverbots erbrachte Leistungen zu vergüten,
3. den Antragsgegner anzuweisen, die Angebotswertung nach der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen,
4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
5. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragstellers aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. die Anträge zurückzuweisen,
2. die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners festzustellen,
3. die Verfahrenskosten und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners dem Antragsteller aufzuerlegen.

Er hält den Antrag für offensichtlich unzulässig, weil der Antragsteller die Wahl der Verfahrensart nicht spätestens bei Angebotabgabe gerügt hat. Denn der Sachverhalt sei bereits der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen eindeutig zu entnehmen gewesen. Die Rüge sei auch nach der aktuellen Rechtsprechung nicht entbehrlich gewesen. Insbesondere sei die Wahl der falschen Verdingungsordnung ein Tatbestand, der die Rügepflicht auslöse. Hinsichtlich der niedrigen Angebotspreise habe die Mitarbeiterin des Antragsgegners, Frau A, dem Antragsteller bereits am 10. Dezember 2010 mitgeteilt, dass sein Angebot als nicht angemessen kalkuliert angesehen und daher ausgeschlossen werde. Somit sei die Rüge zu diesem Gesichtspunkt am 29. Dezember 2010 nicht mehr unverzüglich erfolgt. Damit sei der Antragsteller mit seinem Vorbringen präkludiert.

In der mündlichen Verhandlung und ihrem weiteren Sachvortrag haben die Beteiligten die Rechtslage, die Kalkulation der angebotenen Preise und des Verrechnungslohns sowie des Arbeitsablaufs der zu erbringenden Leistungen ausführlich erörtert.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Verfahrensakte verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist hinsichtlich aller geltend gemachten Gesichtspunkte unzulässig.

1. Der Antrag ist statthaft. Die Voraussetzungen der §§ 97 ff. GWB, die eine Nachprüfung durch die Vergabekammer begründen, liegen vor. Insbesondere handelt es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um einen Dienstleistungsauftrag (§ 99 Abs. 4 GWB), der den Schwellenwert nach § 100 Abs. 1 GWB, § 2 Nr. 2 VgV von 193.000 Euro (seit dem 1.1.2010) überschreitet.

a) Da die Zuständigkeit der Vergabekammer nach objektiven Kriterien unabhängig vom Vorbringen der Beteiligten zu beurteilen ist (OLG Düsseldorf Beschl. v. 14.4.10 – Verg 60/09), war die Befolgung etwaiger Rügepflichten in diesem Zusammenhang nicht maßgebend. Die Vergabekammer hat hinsichtlich der Frage, ob der Rechtsweg zu ihr als Nachprüfungsinstanz gegeben ist, allein zu prüfen, ob der maßgebliche Schwellenwert erreicht oder überschritten ist (OLG Düsseldorf a.a.O.; Beschl. v. 20.6.01 – Verg 7/01; OLG Stuttgart, Beschl. v. 12.8.02 – 2 Verg 9/02; OLG Thüringen, Beschl. v. 22.11.2000 – 6 Verg 8/00).

b) Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist der Auftrag nicht als Bauauftrag, sondern als Dienstleistungsauftrag einzustufen.

aa) Nach § 99 Abs. 3 GWB sind Bauaufträge entweder Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- und Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

Zur Ausführung eines Bauvorhabens zählen alle Arbeiten, die für ein Bauwerk oder an einem solchen erbracht werden, wie sie sich zum Beispiel aus dem "Verzeichnis der Berufstätigkeit im Baugewerbe entsprechend dem Allgemeinen Verzeichnis der wirtschaftlichen Tätigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft (NACE)" ergeben, das als Anhang I Bestandteil der Ver-

gabekoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 2004/18/EG) geworden ist. Hieraus hervorgegangen ist das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV), das inzwischen in der Version 2008 vorliegt. Zu den dort aufgeführten Bauarbeiten zählt die „Installation von Straßenbeleuchtungsanlagen“ (CPV Code 45316110-9, ABl. EU v. 15.3.2008 L 74/161). Unter CPV Code 5023000-6 „Reparatur, Wartung und zugehörige Dienste in Verbindung mit Straßen und anderen Einrichtungen“ wird dagegen die „Wartung von öffentlichen Beleuchtungseinrichtungen und Verkehrsampeln“ (CPV Code 50232000-0) sowie „Wartung von Straßenbeleuchtungen“ (CPV Code 50232100-1) ausdrücklich genannt.

Diese Differenzierung entspricht auch dem gewachsenen Begriff der Bauleistungen im Sinn des § 1 VOB/A. Danach sind Bauleistungen Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Diese Arbeiten gehen regelmäßig mit fühlbaren Eingriffen in die vorhandene Bausubstanz einher (Korbion in: Ingenstau/Korbion VOB Komm. § 1 VOB/A Rn 22). Dabei wird davon ausgegangen, dass alle Arbeiten im Zusammenhang mit der Neuerrichtung eines Bauwerks („herstellen“) Bauarbeiten sind. Ebenso sind die Änderung und Beseitigung einer baulichen Anlage regelmäßig als Bauleistungen anzusehen, weil sie ohne Eingriff in die Substanz nicht vorstellbar sind. Dagegen kann beim Begriff Instandhaltung zwischen reinen Maßnahmen zur Erhaltung des zum bestimmungsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands (Sollzustands) und Instandsetzungen als Maßnahmen zur Wiederherstellung des Sollzustands unterschieden werden (Korbion a.a.O.). Reine Instandhaltungsmaßnahmen wie Reinigung, Pflege, Wartung oder die Beseitigung von Verschleißerscheinungen bzw. kleineren Schäden werden nach allgemeinem Verständnis aufgrund ihrer nicht oder nur sehr geringfügig in die Substanz eingreifenden Wirkung nicht als Bauleistung qualifiziert (Weyand, *ibr-online-Komm. Vergaberecht*, § 99 GWB, Rn 1154; VK Berlin, *Beschl. v. 2.6.09 – VK-B-2-12/09*). Unschärf ist der Begriff Reparatur, weil hierunter sowohl Wartungsarbeiten als auch Umbauarbeiten ohne wesentlichen Substanzeingriff verstanden werden kann (Korbion a.a.O.). Maßgebend für die Einordnung als Bauarbeiten wird daher immer sein, inwieweit in nennenswertem Umfang in die Substanz eines Bauwerks eingegriffen wird.

Darauf, ob die Straßenbeleuchtung nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) BerlStrG zum Straßenkörper gehören, kommt es entgegen dem Vorbringen des Antragsgegners nicht an. Denn nicht jede Arbeiten an einer Straße sind zwangsläufig als Bauarbeiten anzusehen. Insbesondere dürfte die Straßenreinigung schwerlich als Bauleistung einzustufen sein, nur weil sie am Straßenkörper durchgeführt wird.

bb) Die ausgeschriebenen Leistungen enthalten sowohl Positionen, die nach dieser Abgrenzung als Bauarbeiten zu fassen sind, als auch Positionen, die unter Dienstleistungen fallen. So ist die Position 1.1 (Wartung) ausschließlich als Dienstleistung anzusehen, während

die Positionen 1.2 (Störungsbeseitigung) und 1.3 (Schadensbeseitigung) dann Elemente von Bauleistungen enthalten, wenn sie über den Austausch defekter Bauteile hinaus Eingriffe in die Bausubstanz (beispielsweise Erdarbeiten) erforderlich machen. Hinsichtlich der Einordnung des vorliegenden Auftrags kommt es daher auf den Schwerpunkt der Auftragsleistungen an. Dabei ist in der Regel darauf an, welcher Anteil deutlich überwiegt. Ein reiner Instandsetzungsanteil von 25% rechtfertigt jedenfalls noch nicht die Annahme eines Bauauftrags (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.06 - Verg 35/06).

Legt man diesen Maßstab dem vorliegenden Auftrag zugrunde, so lässt sich ihr Schwerpunkt, sowohl, was Zweck und Inhalt der Arbeiten betrifft, als auch hinsichtlich ihres Anteils am Gesamtpreis, klar an den Pflege- und Wartungsarbeiten festmachen. Denn die Auftragnehmer haben routinemäßig alle Beleuchtungsanlagen auf ihre Funktionsfähigkeit zu überprüfen, die Beleuchtungskörper zu reinigen und defekte Teile auszutauschen. Reparaturen, die Erdarbeiten und im äußersten Fall auch dem Aufstellen eines neuen kompletten Beleuchtungskörpers verbunden sind, bleiben die Ausnahme. Sie machen im Durchschnitt deutlich weniger als ein Drittel der Endpreise der eingereichten Angebote aus. Deshalb sind Anteil und Bedeutung der reinen Bauarbeiten als so gering anzusehen, dass sie vorliegend allenfalls untergeordnete Nebenarbeiten sind.

Gemäß § 99 Abs. 7 Satz 2 GWB galt der zu vergebende Auftrag daher als Dienstleistung. Er hätte somit nach VOL/A im Offenen Verfahren ausgeschrieben werden müssen, weil der hierfür geltende Schwellenwert überschritten war.

c) Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Berlin folgt aus § 106a Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 GWB.

2. Soweit der Antragsteller die Feststellung der Unwirksamkeit des Zuschlags für die Lose 2 und 6 wegen Verletzung der in § 101a GWB geregelten Informations- und Wartepflicht begehrt, ist der Antrag unzulässig, weil es an einer rechtzeitigen Rüge nach § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB hinsichtlich der fehlerhaften Wahl der Verdingungsordnung fehlt.

a) Unstreitig hat der Antragsteller die Wahl der öffentlichen Ausschreibung nach VOB/A nicht bis zur Angebotsabgabe gerügt.

aa) Vergaberechtsverstöße, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, müssen spätestens zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt werden (§ 107 Abs. 3 Nr. 2 GWB). Das Gleiche gilt nach § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB für Verstöße, die sich aus den Vergabeunterlagen ergeben. Eine Rügepflicht besteht auch für den Fall, dass ein Bieter die Feststellung der Un-

wirksamkeit nach § 101b Nr. 1 GWB im Rahmen eines Vergabeverfahrens beantragt. Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB.

Die damit verbundene Präklusion von nicht innerhalb der Angebotsfrist gerügten, anhand der Verdingungsunterlagen erkennbaren Vergaberechtsverstößen ist mit Art. 1 Abs. 4 der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG vereinbar (Weyand, *ibr-online-Komm. Vergaberecht*, § 107 GWB Rn 3164/1 m.w.N.).

bb) Die fehlerhafte Wahl der Verfahrensart war für den Antragsteller aus den Verdingungsunterlagen erkennbar.

Erkennbar sind Regelverstöße, die bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen von einem durchschnittlichen Unternehmen erkannt werden, wobei die Erfahrungen, die ein Unternehmen mit öffentlichen Aufträgen erworben hat, korrigierend zu berücksichtigen sind (Weyand, *ibr-online-Komm. a.a.O. Rn 1955 f.*).

Der Aufforderung zur Angebotsabgabe war eindeutig zu entnehmen, dass der Auftraggeber eine Öffentliche Ausschreibung nach VOB/A durchführen wollte. Weiterhin war im beigefügten Leistungsverzeichnis die Art der durchzuführenden Arbeiten im Einzelnen unter Angabe der Mengen aufgeführt. Daran konnte ein Bieter bei Erstellung seines Angebotes erkennen, dass es sich im Wesentlichen um Wartungsarbeiten, also Dienstleistungen, handelte und der Auftragswert für die ausgeschriebenen Lose um ein Mehrfaches über dem EU-Schwellenwert lag, während der Schwellenwert für Bauaufträge deutlich nicht erreicht werden konnte.

Soweit nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 27.2. 08 - VII-Verg 41/07) die individuellen Verhältnisse des Auftragnehmers als maßgeblich erachtet werden, weil die Rügeobliegenheit eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) darstellt, der wiederum in der durch die Anforderung der Bewerbungs- oder Vergabeunterlagen begründeten schuldrechtlichen Sonderverbindung zum Auftraggeber wurzelt, kann dies hier zu keinem anderen Ergebnis führen. Vielmehr wird unter diesem Gesichtspunkt die Auffassung bestärkt, dass es gerade dem Antragsteller unter den gegebenen Verhältnissen zumutbar war, die vermeintlich fehlerhafte Wahl der Verfahrensart mit der Folge einer entfallenden Vorabinformation und verminderter Rechtsschutzmöglichkeiten zu erkennen und dies entsprechend bis zur Angebotsabgabe zu rügen. Denn nach eigenem Bekunden hatte er schon mehrfach an vergleichbaren Ausschreibungen teilgenommen und bereits dort die Ansicht vertreten, es handele sich um Dienstleistungen, die nach VOL/A zu vergeben gewesen wären. Er habe dies in früheren Vergabeverfahren bereits vorgebracht.

Als mit den Vergabevorschriften vertrauter Bieter muss ihm daher bewusst gewesen sein, dass er bei einer Öffentlichen Ausschreibung keine Mitteilung nach § 101a GWB, sondern lediglich eine Unterrichtung nach § 19 VOB/A erwarten durfte. Diesen Umstand griff er im vorliegenden Verfahren allerdings erst an, als ihm ein abschlägiger Bescheid zuzuging.

Die Rüge der unvollständigen Information kam mithin zu spät und genügt daher nicht den Anforderungen des § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB.

b) Der Antragsteller kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Präklusionswirkung nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urt. v. 11.10.07 – C-246/01) der Richtlinie 89/665/EWG entgegenstehe. Danach darf ein Bieter nicht verpflichtet werden, Rechtsbehelfe gegen Vergaberechtsfehler des Auftraggebers geltend zu machen, die er erst in späteren Phasen des Vergabeverfahrens auftreten und erkennbar werden.

Hier waren dagegen der Gesamtumfang, die Gesamtmenge und die Größenordnung des Auftrags so zu erfassen, dass die rechtliche Diskrepanz zwischen einer Ausschreibung als Dienstleistung und einer Vergabe als Bauleistung spätestens bei Erstellung des Angebots offensichtlich wurde. Zwar mag dies nicht vollständig der Bekanntmachung zu entnehmen gewesen sein. Aber die Verdingungsunterlagen enthielten eine eindeutige Leistungsbeschreibung und Mengengerüste. Allein darauf ist bei der Rügepflicht hier abzustellen. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem des OLG Bremen (Beschl. v. 26.6.09 – Verg 3/05), auf den sich der Antragsteller bezieht.

Mit Angebotsabgabe musste daher dem Antragsteller klar sein, dass in dem Verfahren, an dem er sich beteiligte, eine Vorabinformation nicht vorgeschrieben ist. Es spricht einiges dafür, dass er von einer Rüge absah, weil er vom Erfolg seines Angebots ausging. Dies kann allerdings kein Kriterium für die Wahrnehmung der Rügeobliegenheit sein. Denn diese soll gerade der Spekulation mit Vergabefehlern entgegenwirken. Ein Bieter, soll daher – unabhängig von den Erfolgsaussichten seines Angebots - einen Verfahrensverstoß unverzüglich rügen, sobald er ihn erkennt, damit der Auftraggeber den Fehler korrigieren und damit ein Nachprüfungsverfahren vermieden werden kann (OLG Celle Beschl. v. 11.2.10 – 13 Verg 16/09; OLG München, Beschl. v. 2.3.09 - Verg 01/09; OLG Naumburg, Beschl. v. 5.12.08 - 1 Verg 9/08; OLG Rostock, Beschl. v. 6.3.09 - 17 Verg 1/09; OLG Thüringen, Beschl. v. 30.3.09).

Auf die Frage der Unanwendbarkeit der Rügepräklusion, wenn sie an durch einen unbestimmten Rechtsbegriff festgelegte Zeitpunkte gekoppelt ist (EuGH Urt. v. 28.1.10 – C 456/08, C-406/08), kommt es hier nicht an.

c) Die Rüge war entgegen der Auffassung des Antragstellers nicht deshalb entbehrlich, weil der Auftraggeber sich immer wieder stereotyp über die (immer gleichen) Bedenken hinweggesetzt habe. Die Aufträge zur Wartung der Straßenbeleuchtung waren nämlich in den letzten Jahren nicht vom Antragsgegner, sondern von einem Dienstleister in dessen Namen ausgeschrieben worden. Dementsprechend war die Zurückweisung auch nicht durch denselben Auftraggeber erfolgt.

Im Übrigen bestätigt die vom Antragsteller zitierte Entscheidung des OLG Brandenburg (Beschl. v. 15.9.09 – Verg W 13/08) eine Rügepflicht gerade auch, wenn der Auftraggeber nicht die zutreffende Verfahrensart gewählt hat und wenn die Rüge nach bisheriger Rechtslage erfolglos geblieben wäre. Die Entbehrlichkeit einer Rüge vermag diese Entscheidung nicht zu stützen. Sie betont vielmehr die Auffassung, dass lediglich, wenn ein Vergabeverfahren überhaupt nicht durchgeführt wurde, die Rügeobliegenheit entfällt.

d) Gegen eine Rügepflicht unter den vorliegenden Umständen kann auch nicht eingewendet werden, die Verfahrenswahl allein begründe noch keine Rechtsverletzung des Bieters, gegen die er vorgehen könne. Seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage (BGH Beschl. v. 10.11.2010 – X ZB 8/09) ist geklärt, dass die zu Unrecht erfolgte Verfahrenswahl regelmäßig zu einem Schaden im Sinn des § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB führen kann. Denn ein Schaden droht bereits dann, wenn ein Antragsteller im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte. Es genügt schon eine Verschlechterung der Zuschlagsaussichten infolge der Nichtbeachtung von Vergabevorschriften.

Diese Entscheidung betraf zwar die Wahl eines Verhandlungsverfahrens anstelle eines Offenen Verfahrens. Das Gericht hat offen gelassen, ob sie auch auf den Fall einer fehlerhaften nur nationalen statt europaweiten Ausschreibung bejaht werden kann.

Im vorliegenden Fall drängt sich eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze aber geradezu auf. Denn die nach Auffassung des Antragstellers offenkundig falsche Verbindungsordnung führte zwingend dazu, dass hierdurch der EU-Schwellenwert unterschritten wurde und dadurch die Möglichkeit, eine vergaberechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers überprüfen zu lassen, unter regelmäßigen Umständen entfiel. Gerade wenn durch die Wahl der Verfahrensart dem Bieter der Rechtsschutz abgeschnitten wird, ist eine weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals „drohender Schaden“ angezeigt (KG, Beschl. v. 10.10.02 – 2 KartVerg 13/02), so dass die Antragsbefugnis in einem solchen Fall vorliegen kann, so-

bald der Bieter ein Angebot abgibt. Denn spätestens zu diesem Zeitpunkt lässt er sich auf die Verfahrensregeln des nationalen Rechts ein, die weniger strenge Anforderungen beinhalten und ihm deutlich eingeschränktene Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stellen.

3. Ob die Rüge des Antragstellers, sein Angebot sei zu Unrecht wegen vermeintlich unangemessen niedriger Preise ausgeschlossen worden, unverzüglich nach § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB erfolgte, bedarf keiner abschließenden Beurteilung mehr. Denn, auch wenn man zu Gunsten des Antragstellers annimmt, dieser habe erst mit dem Absageschreiben, und nicht schon anlässlich der Aufklärungsgespräche, Kenntnis von seinem Verfahrensausschluss erlangt, ist der Nachprüfungsantrag dennoch unzulässig.

Nach § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB kann ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden. Da die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Feststellung der Unwirksamkeit des Zuschlags nicht vorliegen, ist von einer Wirksamkeit des Zuschlags auszugehen. Die Unwirksamkeit nach § 101b GWB ist nämlich nur dann gegeben, wenn sie unter den engen Voraussetzungen dieser Vorschriften festgestellt worden ist (vgl. KG, Beschl. v. 10.10.02 – 2 KartVerg 13/02 zu § 13 VgV), das heißt, wenn sämtliche sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein Nachprüfungsverfahren erfüllt sind.

III.

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 128 GWB.

1. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren unterlegen ist. Im Verfahren ist der Antragsteller unterlegen. Er hat damit die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Für die Amtshandlungen der Vergabekammer werden gemäß § 128 Abs.1 GWB Kosten erhoben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB. Danach beträgt die Mindestgebühr 2.500 EUR. Die Gebühr hat die Kammer nach dem Auftragswert gemäß Angebotspreis (Wertungssumme Angebot des Antragstellers für Lose 2 und 6 in Höhe von xxx EUR) unter Berücksichtigung ihres personellen und sachlichen Aufwandes bemessen. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes orientiert sich die Kammer an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (Stand: Dezember 2009). Die Kammer den der Gebührentabelle entsprechenden Betrag von xxx EUR für angemessen. Billigkeitsgründe für eine Ermäßigung (§ 128 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GWB) bestehen nicht.

2. Die Antragstellerin ist verpflichtet, die entstandenen Auslagen der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners zu tragen. Die Auslagen waren notwendig gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschl. v. 9.2.11 - 13 Verg 17/10). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner in den konkreten Umständen des Falles selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169, 131).

Grundsätzlich muss der Auftraggeber in einem Fall, in dem sich die Streitpunkte auf auftragsbezogene Fragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentrieren, die erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse in seinem Aufgabenkreis organisieren und bedarf auch im Nachprüfungsverfahren keines anwaltlichen Bevollmächtigten (OLG Brandenburg, Beschl. v. 11.12.07, Verg W 6/07).

Maßgeblich sind die objektiv anzuerkennenden Erfordernisse im jeweiligen Einzelfall anhand einer Prognose *ex ante*. Treten indes weitere nicht einfach gelagerte Rechtsfragen hinzu, kann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig sein.

Hier hat sich die Auseinandersetzung vor allem auf Fragen der Rechtswegs und des Rügepflicht des Antragstellers, aber auch auf Einzelheiten der konkreten Auftragsdurchführung konzentriert. Hierbei handelte es sich zum größten Teil um komplexe verfahrensrechtliche Problemstellungen, die gerade nicht den Auftragsgegenstand selbst betreffen. Um zu diesen besonderen Gesichtspunkten, die nicht zum Alltagsgeschäft der zuständigen Vergabestelle gehören, differenziert Stellung zu nehmen, muss der Auftraggeber auch unter Berücksichtigung der Beschäftigtenzahl und des Umfangs der zu erteilenden öffentlichen Aufträge kein Personal vorhalten. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts war daher notwendig.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Vorsitzender