

**Vergabekammer des Landes Berlin**

**1. Beschlussabteilung**

**VK - B 1 - 43/12**



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

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

xxx

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

gegen

xxx

- Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

wegen Vergabeverfahren Lieferung, Aufbau, Installation und Inbetriebnahme von stationären und mobilen Fahrausweisautomaten für die Berliner Verkehrsbetriebe

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende Soth-Schulz, den hauptamtlichen Beisitzer Weber und die ehrenamtliche Beisitzerin Schönenberg am 22. Februar 2013 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag und der Antrag auf Akteneinsicht werden zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf xxx EUR festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb mit europaweiter Bekanntmachung 2011/S 66-107599 vom 5. April 2011 im Wege des Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb die Lieferung, Installation und Inbetriebnahme von mobilen und stationären Fahrausweisautomaten aus. Darüber hinaus wurden Wartungsverträge für Hard- und Software, technischen Support und Schulungen für zehn Jahre ausgeschrieben.

Ziffer VI.4.2) der Bekanntmachung enthält unter der Überschrift „Einlegung von Rechtsbehelfen“ folgenden Hinweis:

„Genauere Angaben zu den Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen: Spätestens 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge des Bewerbers/Bieters i.S.d. § 107 Abs. 3 Nr.: 1-3 GWB nicht abhelfen zu wollen.“

Die Antragstellerin beteiligte sich an dem gegenständlichen Verhandlungsverfahren, qualifizierte sich im Teilnahmewettbewerb und nahm anschließend an den Verhandlungsrunden teil. Dabei gab die Antragstellerin mehrere Angebote ab, so am 26.09.2011, am 28.11.2011 und am 05.12.2011. Streitig ist zwischen den Parteien, ob die Antragstellerin am 04.01.2012 ein weiteres Angebot abgegeben hat.

In ihrem Angebot vom 05.12.2011 hatte die Antragstellerin einen gegenüber dem vorangegangenen Angebot in der Höhe aufgestockten Voucher, „nutzbar für zusätzliche im Projekt anfallende Leistungen oder Ersatzteile“ angeboten.

Mit Schreiben vom 23.12.2011 legte die Antragsgegnerin ihr Verständnis zu dem angebotenen Voucher gegenüber der Antragstellerin dar, bat um eine entsprechende Bestätigung und die Einreichung überarbeiteter Preisblätter, die den Preisnachlass eindeutig bei den Einzelpreisen berücksichtigen sollten. Unter Fristsetzung bis zum 09.01.2012 stellte die Antragsgegnerin darüber hinaus anheim, das Angebot in preislicher Hinsicht bis zum genannten Zeitpunkt noch zu verbessern. Diese Möglichkeit wurde auch den anderen Bietern eingeräumt.

Mit Schreiben vom 04.01.2012 bestätigte die Antragstellerin zunächst, dass der im Angebot vom 05.12.2011 enthaltene Voucher einen Preisnachlass bezogen auf alle Leistungen des Projekts darstelle, rügte überdies die Wiedereröffnung des Verhandlungsverfahrens und forderte eine abschließende Bewertung auf der Grundlage der Angebote vom 05.12.2011.

Die Antragsgegnerin erklärte mit Schreiben vom 25.01.2012 der Rüge nicht abzuweichen. Sie erläuterte, dass die Berücksichtigung des von der Antragstellerin mit dem Angebot vom 05.12.2011 eingeräumten Vouchers einer Klarstellung bedürftig sei, was der Sache nach eine Überarbeitung bzw. Modifizierung bedeuten würde. Auf dieser Grundlage sei auch den anderen Bietern im Rahmen der Gleichbehandlung dieselbe Möglichkeit anzubieten gewesen.

Nachdem die Antragstellerin mit Schreiben vom 27.01.2012 die Vorgehensweise der Antragsgegnerin, anderen Bietern nach dem 05.12.2011 die Möglichkeit einer preislichen und/oder leistungsmäßigen Nachbesserung einzuräumen, erneut gerügt hatte, nahm die Antragsgegnerin am 08.02.2012 ihre Nichtabhilfeentscheidung zurück.

Schließlich teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 19.03.2012 mit, dass sie nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens beabsichtige, das Angebot der Antragstellerin anzunehmen. Weiter führte die Antragsgegnerin aus:

„Darüber hinaus teilen wir mit, dass wir den von Ihnen insgesamt erhobenen Rügen nach erneuter Überprüfung nicht abhelfen.“

In ihrem Schreiben vom 30.03.2012 bat die Antragstellerin, die Mitteilung der Antragsgegnerin vom 19.03.2012, ihren Rügen nach erneuter Prüfung nicht abhelfen zu wollen, vorerst zu revidieren, da ansonsten am 03.04.2012 die Frist gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB verstreichen würde. Die Antragsgegnerin kam dieser Bitte nicht nach.

Am 29.03.2012 stellte der zwischenzeitlich von der Antragsgegnerin ausgeschlossene Bieter xxx einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Berlin. Der Antrag wurde mit Beschluss vom 07.06.2012 abgewiesen. Dagegen hat die seinerzeitige Antragstellerin sofortige Beschwerde beim Kammergericht eingelegt. Das Kammergericht hat mit Beschluss vom 18.10.2012 den Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin vom 07.06.2012 aufgehoben und der Antragsgegnerin untersagt, in der Wertung der Angebote das Angebot des Bieters xxx vom 09.01.2012 wegen unzulässiger Mischkalkulation unberücksichtigt zu lassen.

In der Folge teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin durch Schreiben vom 10.12.2012 mit, dass sie nicht mehr an der Vergabeabsicht gemäß dem Schreiben vom 19.03.2012 festhalte und darüber hinaus nach wie vor beabsichtige, die zukünftige Wertung auf der Grundlage der 4. Verhandlungsrunde, einschließlich der Angebote der Antragstellerin vom 04.01.2012 und des Bieters xxx vom 09.01.2012 durchzuführen. Der Ausschluss des Bieters xxx sei zwischenzeitlich rückgängig gemacht worden.

Zusätzlich bekräftigte die Antragsgegnerin nochmals ihre Entscheidung, die von der Antragstellerin mit Schreiben vom 04.01.2012 erhobene Rüge zurückzuweisen. Dies sei bereits mit Schreiben vom 19.03.2012 erfolgt. Weiter heißt es im Schreiben der Antragsgegnerin vom 10.12.2012:

„Die jetzige Zurückweisung Ihrer Rüge erfolgt erneut und vorsorglich unter Aufrechterhaltung unseres Rechtsstandpunktes, dass Ihre Rüge bereits rechtswirksam mit Schreiben vom 19.03.2012 zurückgewiesen wurde und sie insoweit wg. § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB hinsichtlich der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens bereits präkludiert sind (Hinweis auf diese Frist, siehe Bekanntmachung).“

Ebenfalls vorsorglich erfolgt folgender Hinweis:

„Soweit Sie meinen, dass eine Auswertung der Angebote nicht auf der Grundlage des vorgenannten Angebotsstandes möglich ist, verweisen wir Sie nochmals und ausdrücklich auf die Frist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB. Demnach sind Sie gehalten, innerhalb von 15 Kalendertagen nach Erhalt dieser Mitteilung, einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Berlin...zu stellen.“

Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.12.2012 die mitgeteilten Verfahrensentscheidungen und Rechtsauffassungen und bat um Abhilfe bis zum 17.12.2012.

Ebenfalls am 11.12.2012 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag, den die Kammer der Antragsgegnerin am 14.12.2012 übermittelt hat.

Die Antragstellerin erstrebt mit ihrem Antrag, die nunmehr anstehende Neubewertung auf der Grundlage der Angebote mit Stand 05.12.2011 vorzunehmen.

Sie ist der Ansicht, ihr Nachprüfungsantrag sei auch zulässig, insbesondere sei sie mit ihrem Vorbringen nicht nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB präkludiert. Die Nichtabhilfemitteilung habe die Antragsgegnerin am 08.02.2012 ausdrücklich zurückgenommen und damit die Antragstellerin klaglos gestellt. Aufgrund der Nichtabhilfemitteilung im Zuschlagsschreiben der Antragsgegnerin zugunsten der Antragstellerin vom 19.03.2012 sei die Antragstellerin wiederum klaglos gestellt worden. Die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin geradezu vergaberechtswidrig von einer Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens abgehalten. Insbesondere habe die Antragsgegnerin die Primärrechtsschutzmöglichkeiten der Antragstellerin vereitelt, so dass die Präklusionsvorschrift außer Anwendung zu lassen sei. Im Übrigen greife die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB nach der Vergaberechtsprechung nicht, wenn der Auftraggeber es versäumt habe, auf diese sogenannte Rechtsbehelfsfrist bereits in der Bekanntmachung hinzuweisen. Der Hinweis in Ziffer VI.4.2) der Bekanntmachung stelle keinen transparenten und für alle verständlichen Rechtsbehelf dar.

Die Antragstellerin trägt weiter vor, ihr Antrag sei auch begründet, da die Antragsgegnerin nach dem 05.12.2011 mit den anderen Bietern vergaberechtswidrig nachverhandelt habe. Die Grundprinzipien des § 97 Abs. 1 GWB seien durch die weiteren Preisverhandlungen nach dem ausdrücklich eingeforderten letzten Angebot verletzt.

Die Antragstellerin beantragt,

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer das Verhandlungsverfahren betreffend die Vergabe von Lieferung, Aufbau, Installation und Inbetriebnahme von Fahrausweisautomaten für die Berliner Verkehrsbetriebe, Vergabe-Nr. FEM- E2/0357-11 gemäß europaweiter Bekanntmachung Nr. 2011/S66-107599 in den Stand nach Abgabe der letzten und finalen Angebote am 05.12.2011 zurückzusetzen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, diese letzten Angebote der finalen Wertung zuzuführen, und daraufhin, sollte die Antragsgegnerin dies weiterhin beabsichtigen, den Zuschlag nach Vorabinformation nach § 101 a GWB zu erteilen.
2. Der Antragsgegnerin wird untersagt, auf Basis der Rechtsauffassung der Vergabekammer weitere Verhandlungsrunden nach Festlegung der Abgabe des finalen Angebotes („last and final offer“) zum 05.12.2011 mit den Bietern zu führen.
3. Der Antragsgegnerin werden die Kosten des Nachprüfungsverfahrens bzw. der Vergabekammer auferlegt.
4. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt und deren Kosten der Antragsgegnerin auferlegt.

Hilfsweise,

das Verhandlungsverfahren mit einer letzten Verhandlungsrunde (unter Ausschluss des Angebots der Fa xxx wegen Verletzung des geheimen Wettbewerbs) fortzuführen oder aber das Verhandlungsverfahren gänzlich einzustellen und bei Beibehaltung ihrer Beschaffungsabsicht erneut einzuleiten.

Weiter wird beantragt,

der Antragstellerin Akteneinsicht im Sinne des § 111 GWB in die weiteren Entscheidungsvorgänge nach dem 05.12.2011 zu gewähren.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin vom 11.12.2012 zurückzuweisen;
2. die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin festzustellen;
3. die Verfahrenskosten und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin der Antragstellerin aufzuerlegen.

Weiterhin wird beantragt,

der Antragstellerin keine Akteneinsicht zu gewähren.

Weiterhin wird vorsorglich beantragt,

weiteren Bietern keine Akteneinsicht zu gewähren, soweit diese beigelegt werden sollten.

Die Antragsgegnerin trägt vor, die von der Antragstellerin gestellten Anträge seien unzulässig, weil das darin enthaltene rechtliche Begehren bereits Gegenstand der Rüge vom 04.01.2012 gewesen sei und diese Rüge bereits mit Schreiben vom 19.03.2012 zurückgewiesen wurde. Die gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB bestehende Frist zur Einreichung eines Nachprüfungsantrages sei daher am 03.04.2012 abgelaufen. Die Antragstellerin könne sich auch nicht darauf berufen, sie sei wegen der beabsichtigten Zuschlagserteilung nicht beschwert gewesen, da die Möglichkeit bestanden hätte, dass andere Bieter im Rahmen der Frist des § 101 a Abs. 1 GWB ein Nachprüfungsverfahren einleiten konnten.

Aufgrund des Schreibens vom 19.03.2012 habe die Antragstellerin zudem gewusst, dass ihr Angebot nicht auf der Grundlage des Angebotes vom 05.12.2011, sondern auf der Grundlage des Angebotes vom 04.01.2012 gewertet würde und auch die Angebote der anderen Bieter gemäß der 4. Verhandlungsrunde gewertet werden. Damit hätte bereits zum damaligen Zeitpunkt eine Beschwerde vorgelegen.

Der Antrag sei weiterhin auch unbegründet, weil in der Durchführung einer 4. Verhandlungsrunde kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz liege. Die Antragsgegnerin habe nach der Durchführung der 3. Verhandlungsrunde und der Einholung weiterer Angebote zum 05.12.2011 bei einer Überprüfung festgestellt, dass die Antragstellerin einen Preisnachlass angeboten hatte, der sich nicht den Hauptleistungen zuordnen ließ. Da das Angebot der Antragstellerin vom 05.12.2011 aufgrund einer Nichtübereinstimmung mit den Vorgaben des Vergabeverfahrens nicht zu werten gewesen wäre, habe die Antragsgegnerin vor der Alternative gestanden, das Angebot der Antragstellerin entweder auszuschließen oder eine weitere Verhandlungsrunde durchzuführen, um mit der Antragstellerin zu verhandeln, dass diese den „Voucher“ als Rabatt auf die Hauptleistungen anbietet. Erst mit der Bestätigung

der Antragstellerin mit ihrem Angebot vom 04.01.2012 habe ein wertbares Angebot der Antragstellerin vorgelegen. Insoweit sei auch den anderen Bietern die Gelegenheit einzuräumen gewesen, ihre Angebote nochmals zu überarbeiten. Diese Vorgehensweise werde auch vom Kammergericht in einem *obiter dictum* zu dem Beschluss vom 18.10.2012 im Grundsatz bestätigt. Zum anderen sei auch das Kammergericht in seinem Beschluss von einem intransparent angebotenen „Voucher“ ausgegangen, so dass es keine Rechtsverletzung darstellen könne, wenn die Vergabestelle der Antragstellerin im Rahmen einer 4. Verhandlungsrunde noch einmal die Gelegenheit gegeben hat, den angebotenen Voucher in einen Preisnachlass umzuwandeln, der gewertet werden könne.

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

Die Vergabekammer hat vorliegend von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, gemäß § 112 Abs. 1 S. 3 GWB wegen der Unzulässigkeit des Antrages nach Lage der Akten zu entscheiden.

## II.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Antragsgegnerin habe mit Durchführung einer 4. Verhandlungsrunde gegen das Verbot der Nachverhandlung verstoßen, ist der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig.

Weitere, mit der Rüge vom 11.12.2012 geltend gemachte Vergabeverstöße waren nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens.

Ein Akteneinsichtsrecht der Antragstellerin ergibt sich bei dieser Sachlage nicht.

### 1.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, weil die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag nicht innerhalb der Frist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB gestellt hat.

Nach dieser Vorschrift ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Ausweislich des insoweit unstreitigen Sachverhalts hat die Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 19.03.2012 die „insgesamt von der Antragstellerin erhobenen Rügen“, so auch die mit dem Nachprüfungsantrag aufgegriffene Rüge einer unzulässigen Nachverhandlung vom 04.01.2012, zurückgewiesen. Die Antragstellerin ist insoweit mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 11.12.2012 präkludiert.

Sämtliches Vorbringen der Antragstellerin, warum die Fristenregelung vorliegend nicht zu ihren Lasten greifen soll, sowie die diesbezüglich vorgetragene Argumente – maßgeblich dargelegt in ihrem Schriftsatz vom 10.01.2013 - überzeugen nicht. Ein Grund, im vorliegenden Fall von der Vorschrift des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB zu Lasten der Antragsgegnerin und einer ggf. begünstigten Drittbietlerin abzuweichen, ist nicht ersichtlich (s.unten).

a.

Zunächst entfällt die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB nach der Vergaberechtsprechung vorliegend nicht deswegen, weil der Auftraggeber – wie die Antragstellerin meint - es versäumt hat, auf diese sogenannte Rechtsbehelfsfrist bereits in der Bekanntmachung ordnungsgemäß hinzuweisen.

Es erscheint bereits zweifelhaft, ob eine Hinweis- und Belehrungspflicht des Auftraggebers in diesem Zusammenhang überhaupt zu fordern ist (vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 26.03.2010, Az.: 1 VK 11/10), bzw. ob die angeführte Rechtsprechung auch zum jetzigen Zeitpunkt einen solchen Hinweis im Hinblick auf die seinerzeit „neue“ Vorschrift des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB überhaupt noch für erforderlich erachten würde.

Abgesehen davon hat der Auftraggeber in der streitgegenständlichen Ausschreibung aber auch in ausreichendem Maße auf die Rechtsbehelfsfrist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB hingewiesen. Unter der Überschrift „Einlegung von Rechtsbehelfen“ in Ziffer VI.4.2) der Bekanntmachung ist der Hinweis aufgeführt, dass spätestens 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge des Bewerbers/Bieters i.S.d. § 107 Abs. 3 Nr.: 1-3 GWB nicht abhelfen zu wollen, Rechtsmittel einzulegen sind. Allein der Umstand, dass der Auftraggeber dabei nicht mitgeteilt hat, um welche konkreten Rechtsbehelfe es sich handelt, vermag aus Sicht der Kammer nicht zum Fehlen eines transparenten und für alle verständlichen Rechtsbehelfs zu führen. Entscheidend ist die genaue Angabe zu den Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen, um den einzelnen Bieter ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass ein Rechtsbehelf gegen die Zurückweisung einer Rüge an die angegebene (kurze) Frist gebunden ist.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin in Ziffer VI.4.1) der Bekanntmachung als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren die Vergabekammer Berlin benannt hatte. Sowohl die Ziffer VI.4.1) [zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren] als auch die Ziffer VI.4.2) [Einlegung von Rechtsbehelfen] stehen unter der gemeinsamen Überschrift von Ziffer VI.4) Rechtsbehelfsverfahren/Nachprüfungsverfahren. Zumindest aus diesem Zusammenhang heraus war damit für alle Bieter klar ersichtlich, dass im Falle der Zurückweisung einer Rüge durch den Auftraggeber 15 Kalendertage nach Erhalt dieser Mitteilung ein Rechtsbehelf bei der Vergabekammer einzulegen war, um ein Nachprüfungsverfahren zu betreiben.

Zum anderen hat die Antragstellerin auch im konkreten Fall sehr wohl erfasst, dass die Einreichung eines Nachprüfungsantrages – und gerade nicht irgendeines Rechtsmittels – vorliegend an die Frist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB gebunden war. Dies ergibt sich eindeutig aus ihrem Schreiben vom 30.03.2012. Dort bat die Antragstellerin, die Mitteilung der Antragsgegnerin vom 19.03.2012, ihren Rügen nach erneuter Prüfung nicht abhelfen zu wollen, vorerst zu revidieren, da ansonsten am 03.04.2012 die Frist gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB verstreichen würde. Die Antragstellerin war sich mithin vollkommen darüber im Klaren, dass gerade die Stellung eines Nachprüfungsantrages an die 15-Tage-Frist gebunden war.

b.

Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB ist auch nicht aufgrund des tatsächlichen Verhaltens der Auftraggeberin unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls außer Anwendung zu lassen. Insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin eine primärrechtsschutzvernichtende Verhaltensweise gegenüber der Antragstellerin an den Tag gelegt hätte, die eine ausnahmsweise Nichtanwendung der Vorschrift rechtfertigen würde.

Die Regelung des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB bezweckt ausweislich der Gesetzesbegründung die Schaffung frühzeitiger Klarheit über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens (s. Amtl. Begründung, BT-Drucksache 16/10117, S. 22). Dabei bietet die Vorschrift an sich aufgrund ihrer klar definierten Voraussetzungen schon kaum denkbar Raum für ein vergaberechtswidriges Verhalten des Auftraggebers, welches deren Anwendung entfallen lassen könnte.

Die Besonderheit bei dem vorliegenden Vergabeverfahren besteht darin, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Nichtabhilfeentscheidung über die Rüge zeitgleich mit der Vorabinformation über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin mitgeteilt hat. Abgesehen davon, dass diese Verfahrensweise, bei der zwar die Rügen des Bieters zurückgewiesen, dieser aber gleichwohl als der beabsichtigte Zuschlagsbieter ausgewählt wird, ungewöhnlich ist, so stellt sie sich aus Sicht der Kammer aber auch nicht als vergaberechtswidrig dar. Das berechtigte Interesse der Antragsgegnerin an der Herbeiführung der Voraussetzungen des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB bestand nach ihrem nachvollziehbaren Vortrag auch nach der Mitteilung über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin, da die Antragsgegnerin Klarheit über die Zulässigkeit der 4. Verhandlungsrunde schaffen wollte. Dies aber entspricht der gesetzlichen Intention und kann mithin nicht vergaberechtswidrig sein. Es mag sein, dass die Antragsgegnerin sich in Wahrnehmung ihrer eigenen Interessen „geschickt“ verhalten hat, sie hat sich jedoch mit der Mitteilung über die Nichtabhilfe der Rügen im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten gehalten und nicht gegen Grundsätze des Vergaberechts verstoßen.

c.

Ein vergaberechtswidriges Verhalten der Antragsgegnerin ergibt sich aber auch nicht aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin durch die gleichzeitige Mitteilung der Zuschlagsentscheidung vermeintlich klaglos gestellt hätte.

Soweit die Antragstellerin hier vorgetragen hat, für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mit dem Begehren, die Unzulässigkeit der 4. Verhandlungsrunde festzustellen, hätte ihr als vorgesehener Zuschlagsbieterin die Beschwer gefehlt, so ist diese Annahme nicht zutreffend.

Zum einen war mit dem Schreiben vom 19.03.2012 lediglich mitgeteilt worden, dass die Annahme des Angebots beabsichtigt sei. Damit war bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Zuschlagserteilung noch offen, ob sich die Chancen der Antragstellerin auf den Zuschlag noch verschlechtern könnten.

Zum anderen hätte auch die Vergabekammer die Übermittlung eines entsprechenden Nachprüfungsantrages unter den gegebenen Umständen nicht ablehnen können, da ein Schaden nicht auszuschließen gewesen wäre, solange der Zuschlag nicht definitiv erteilt war. Aus Sicht der erkennenden Kammer kann die Beschwer

eines Antragstellers bzw. die Möglichkeit eines Schadens nicht ausgeschlossen werden, wenn grundsätzlich noch die Möglichkeit besteht, dass sich die geltend gemachten vermeintlichen Vergabeverstöße noch nachteilig auf die Zuschlagschancen des Antragstellers auswirken können. Der Schaden hätte dann auch nicht aufgrund der Stellung eines Nachprüfungsantrages durch einen anderen Bieter gedroht, sondern durch die in diesem Falle wieder zum Tragen kommenden Vergabeverstöße, die von der Antragstellerin zuvor gerügt worden waren.

Auch wenn man davon ausgeht, dass sich ein drohender Schaden für die Antragstellerin zunächst lediglich als rein abstrakt dargestellt hat, ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin aufgrund des Schreibens der Antragsgegnerin vom 29.03.2012 Kenntnis davon hatte, dass in dem Verfahren eine Rüge eingegangen war. Damit hatte sich ein der Antragstellerin drohender Schaden konkretisiert.

Im Übrigen kann der von der Antragstellerin vertretene Ansicht, die Antragsgegnerin hätte ihren Rechtsschutz vereitelt, auch nicht gefolgt werden. Vielmehr hat die Antragstellerin hier bewusst auf die Inanspruchnahme von Rechtsschutz bis zur Stellung ihres Nachprüfungsantrages am 11.12.2012 verzichtet. Insoweit kommt auch die von der Antragstellerin angeführte Rechtsprechung des EUGH nicht zum Tragen.

d.

Die Antragsgegnerin hat sich der Möglichkeit, sich auf die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB und damit auf die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages im Hinblick auf zurückgewiesene Rügen zu berufen, nicht dadurch begeben, dass sie in ihrem Schreiben vom 10.12.2012 im letzten Absatz ausgeführt hat: „Soweit Sie meinen, dass eine Auswertung der Angebote nicht auf der Grundlage des vorgenannten Angebotsstandes möglich ist, verweisen wir sie nochmals und ausdrücklich auf die Frist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB. Danach sind Sie gehalten, innerhalb von 15 Kalendertagen nach Erhalt dieser Mitteilung, einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Berlin...zu stellen.“

Dieser Passus ist lediglich im Gesamtzusammenhang des Schreibens vom 10.12.2012 zu sehen, in dem die Antragsgegnerin der Antragstellerin die weitere Vorgehensweise nach dem Beschluss des Kammergerichts vom 18.10.2012 mitteilt. Die Antragsgegnerin bekräftigt unter 3. nochmals ihre Entscheidung, die von der Antragstellerin mit Schreiben vom 04.01.2012 erhobene Rüge zurückzuweisen, was mit

Schreiben vom 19.03.2012 bereits geschehen sei. Weiter führt die Antragstellerin aus, dass die „jetzige“ Zurückweisung der Rüge erneut erfolgt und vorsorglich unter Aufrechterhaltung ihres Rechtsstandpunktes, dass die Rüge bereits rechtswirksam mit Schreiben vom 19.03.2012 zurückgewiesen wurde und die Antragstellerin insoweit wegen § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB hinsichtlich der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens bereits präkludiert ist.

Aus dem Schreiben in seiner Gesamtheit ergibt sich damit eindeutig, dass die Antragsgegnerin ihren Rechtsstandpunkt aufrecht erhält und den Hinweis auf § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB höchst vorsorglich erteilt, um auch für den Fall, dass die Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrages aufgrund der Nichtabhilfemitteilung vom 19.03.2012 nicht anerkannt werden sollte, zumindest für die Zukunft Klarheit zu schaffen. Aus den Erläuterungen unter 4. in diesem Schreiben einen Verzicht auf die Rechtsposition der Antragsgegnerin entnehmen zu wollen, ist schlicht abwegig.

2.

Der Hilfsantrag konnte aufgrund der Unzulässigkeit des Hauptantrages keinen Erfolg haben. Insoweit fehlt jegliche Rechtsgrundlage, die Fortführung des Verhandlungsverfahrens bzw. dessen Einstellung und erneute Einleitung anzuordnen.

3.

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, 3. Auflage 2011, § 111 Rn. 6; OLG Celle. Beschluss vom 19.8.2009 – 13 Verg 4/09; OLG Naumburg, Beschluss vom 15.7.2008 – 1 Verg 5/08).

Gegenstand der Zulässigkeitsfrage war allein die Rechtsfrage, ob die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB präkludiert ist. Weder hat die Antragstellerin vorliegend überzeugend vorgetragen noch war anderweitig

ersichtlich, dass die Vergabeakten zur Entscheidung über diese Frage eingesehen werden müssen.

### III.

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

Nach § 128 Abs. 4 S. 1 GWB hat die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerin war auch notwendig i.S.v. § 128 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011, 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss vom 30.09.2011, Verg 7/11). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner unter den konkreten Umständen des Falls 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).

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 vorliegend die Hinzuziehung eines vergaberechtskundigen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin zur Darstellung, Erläuterung und Vertretung ihrer Rechtspositionen im Nachprüfungsverfahren für erforderlich. Zwar hat die Kammer den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen, gleichwohl ist die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten als notwendig anzusehen, da die Antragstellerin vorliegend schwierige Fragen zur Problematik der Präklusion des Nachprüfungsantrages und zum Nachverhandlungsverbot zum Gegenstand des Verfahrens gemacht hat. Dies gilt auch im Hinblick auf die Komplexität der insgesamt aufgeworfenen Rechtsfragen sowohl im Rahmen der Zulässigkeit als auch der Begründetheit des Nachprüfungsantrages.

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 Kammer hat sich bei der Bestimmung des Auftragswertes an dem von der Antragstellerin abgegebenen Angebot orientiert. Unter Anwendung der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes hat die Kammer eine Gebühr von xxx EUR in Ansatz gebracht. Da die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht notwendig war, hat die Kammer den tenorierten Betrag festgesetzt.

#### 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 oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen (vgl. hierzu [www.berlin.de/erv](http://www.berlin.de/erv)) beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung 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

Schönenberg