



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESVERWALTUNGSAMT**

**1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

**AZ: 1 VK LVwA 03/08**

**Halle, 05.05.2008**

§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB  
- Rechtzeitigkeit der Rüge  
- keine Akteneinsicht bei Unzulässigkeit des Antrages

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH

.....

Verfahrensbevollmächtigte  
Rechtsanwälte.....

.....

Antragstellerin

gegen

die .....

.....

Verfahrensbevollmächtigte  
Rechtsanwälte

.....

Antragsgegnerin

wegen

der gerügten Vergabeverstöße im Offenen Verfahren bezüglich der Gebäudereinigungsleistungen der ..... am Standort ..... hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag sowie der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag der Antragstellerin werden verworfen.
2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten wird seitens der Antragsgegnerin für notwendig erklärt.
4. Die Verfahrenskosten beziffern sich auf insgesamt ..... €.

## **Gründe**

### **I.**

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am .....2007 schrieb die Antragsgegnerin im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) die Vergabe von Gebäudeinnenreinigungsleistungen für den Standort ..... aus. Entsprechend Punkt II.3 der Veröffentlichung wurde eine Vertragslaufzeit vom 01.04.2008 bis zum 31.03.2011 bekannt gegeben. Zugleich erfolgte unter Punkt II 2.2 die optionale Festlegung einer automatischen 2-maligen Vertragsverlängerung um je ein weiteres Jahr, wenn der Vertrag nicht 3 Monate vor Vertragsende gekündigt wird.

Als Zuschlagskriterium wurde ausschließlich der niedrigste Preis benannt.

Zum Abgabetermin am 03.01.2008 lagen der Antragsgegnerin 31 Angebote vor.

Ausweislich des übergebenen Vergabevermerkes erfüllten 13 Angebote die formalen Anforderungen und erreichten die 3. Wertungsstufe.

Unter Bezugnahme auf § 13 der Vergabeverordnung (VgV) informierte die Antragsgegnerin mittels Fax-Schreiben vom 14.02.2008 die Bieter, dass sie den Zuschlag frühestens am 29.02.2008 auf das Angebot der Bieterin ..... GmbH zu erteilen beabsichtige. Gegenüber der Antragstellerin legte sie weiter dar, dass ihr Angebot aufgrund des ungewöhnlich niedrigen Preises keine Berücksichtigung finden könne. Im Ergebnis der Prüfung des Angebotes und in Würdigung des am 08.02.2008 durchgeführten Bietergespräches habe sie zu der Überzeugung kommen müssen, dass die Antragstellerin einen unauskömmlichen Preis, einen sogenannten Kampfpriis, angeboten habe. Sie sei somit verpflichtet, das Angebot der Antragstellerin nicht zu berücksichtigen.

Auf der Grundlage des bei der Antragstellerin ausweislich des Sendeberichtes am 14.02.2008 eingegangenen Absageschreibens rügte diese mit anwaltlichem Fax-Schreiben vom 22.02.2008 die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die ..... GmbH. Zur Begründung wurde dargelegt, dass die Antragstellerin keinen Kampfpriis abgegeben habe, vielmehr seien die Preise auskömmlich kalkuliert worden. Da der Zuschlag auf den niedrigsten Preis erteilt werden solle, widerspre-

che die beabsichtigte Verfahrensweise den festgelegten Ausschreibungsbedingungen. In diesem Zusammenhang forderte die Antragstellerin die Durchführung eines weiteren Bietergespräches.

Diesem Begehren kam die Antragsgegnerin ausweislich ihres per Fax zugegangenen Schriftsatzes vom 25.02.2008 unter Hinweis auf die Ergebnislosigkeit des vorangegangenen Bietergespräches nicht nach.

In Folge dessen hat die Antragstellerin mit anwaltlichem Schriftsatz vom 28.02.2008, Eingang per Fax um 19.19 Uhr, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der erkennenden Kammer beantragt.

Aus dem seitens der Antragsgegnerin vorgelegten Sendebrief vom 29.02.2008 geht der Zugang eines Zuschlagsschreibens gegenüber der ..... GmbH für 08.49 Uhr hervor. Diese bestätigte der Antragsgegnerin per Rückfax um 09.00 Uhr den Erhalt des Zuschlagsschreibens.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 29.02.2008, 09.00 Uhr, ist der Antrag auf Nachprüfung der Antragsgegnerin unter Aussetzung des Vergabeverfahrens und Aufforderung zur Stellungnahme zugestellt worden. Daraufhin informierte die Antragsgegnerin, dass der Zuschlag bereits erteilt sei.

Bei der Durchsicht der auftraggeberseitig vorgelegten Vergabeunterlagen stellte die Kammer fest, dass die Antragstellerin ausweislich des an diese am 25.02.2008 übersandten und inhaltlich unwidersprochen gebliebenen Protokolls des Bietergespräches vom 08.02.2008 im Zusammenhang mit der Angebotserstellung das streitbefangene Leistungsverzeichnis mit dem der vorherigen Ausschreibung verglichen hat. Dabei gewann die Antragstellerin den Eindruck, dass auftraggeberseitig irrtümlich auf bestimmte Leistungsanteile verzichtet worden sei, die jedoch durch die Antragstellerin in ihrer Angebotserstellung sehr wohl Berücksichtigung gefunden haben sollen.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen, dass der Nachprüfungsantrag zulässig sei, da der einschlägige europäische Schwellenwert überschritten sei. Die Antragsbefugnis der Antragstellerin liege ebenfalls entsprechend § 107 Abs. 2 Satz 1 GWB zweifelsfrei vor.

Darüber hinaus genüge die Rüge mit Fax-Schreiben vom 22.02.2008 den Anforderungen gemäß § 107 Abs. 3 GWB an die Unverzüglichkeit des Bieterhandelns. Die Antragstellerin habe mit Telefax vom 14.02.2008 von der beabsichtigten Zuschlagserteilung erfahren. Zunächst habe sie bei der IHK recherchiert und dort die Empfehlung erhalten, Rechtsbeistand hinzuzuziehen. Am Freitag, dem 15.02.2008, sei es dann nicht mehr möglich gewesen, Kontakt mit der Anwaltskanzlei aufzunehmen. Eine diesbezügliche Besprechung sei dann zwar schon am 19.02.2008 erfolgt, jedoch hätten dem Rechtsanwalt Hintergrundinformationen u.a. zum Ausschreibungsverfahren und zur Durchführung des Bietergespräches gefehlt. Da die gesamte Angelegenheit sehr komplex sei, habe es zwingend der Einarbeitung in die gesamten Mandantenunterlagen sowie einer anschließenden Auswertung mit der Mandantschaft bedurft. Dies sei dann am 21.02.2008 geschehen, so dass die Rügeschrift ohne schuldhaftes Zögern am 22.02.2008 gefertigt und versandt worden sei. Bei einem derart komplexen Vorhaben müsse eine gewisse Einarbeitungs-, Prüfungs- und Recherchezeit eingeräumt werden. Dies habe auch die Vergabekammer erkannt, da sie die gesetzlich vorgegebene 5-Wochenfrist selbst nicht einhalten konnte. Zudem stellten die Anforderungen des Nachprüfungsverfahrens eine neue und ungewohnte Herausforderung dar. Differenziere man darüber hinaus noch nach Werk- und Kalendertagen, so sei die Rüge innerhalb von 6 Werktagen erfolgt. Unter Berücksichtigung der Komplexität des Sachverhaltes sei im Einklang mit der einschlägigen Rechtsprechung die Rüge daher unverzüglich eingelegt worden.

Der Zulässigkeit der Anträge stehe auch kein rechtswirksam erteilter Zuschlag entgegen. Zum einen komme dem Faxbericht über die angeblich bereits am 29.02.2008 um 8.49 Uhr erfolgte Zuschlagserteilung keine hinreichende Beweiskraft zu, da sich die Einstellung eines Faxgerätes jederzeit ändern lasse. Zum anderen könne eine vertragliche Bindung der Auftraggeberseite, ausgehend von den allgemeinen Regelungen des BGB, durch die Faxübertragung eines Schreibens mit dem Datum 14.02.2008 und der Unterschrift einer Frau ....., ergänzt durch den Zusatz „i. A.“, aus grundsätzlichen Erwägungen nicht wirksam zustande kommen. Frau ..... habe keine Vertretungsmacht zur Abgabe solcher Willenserklärungen und sei weder vor dem angeblichen Zugang des Zuschlagsschreibens am 29.02.2008 noch im Nachhinein bevollmächtigt worden. Frau ..... sei entsprechend der veröffentlichten Organisationsstruktur Sachgebietsleiterin für das Beschaffungswesen und nicht Haushaltsdezernentin. Der Präsident vertrete die Hochschule und könne die Vertretung im Einzelfall delegieren. Hierzu mangle es bisher aber an einem substantiierten Vortrag. In zurückliegenden Vergaben seien die Verträge durch den Leiter der Verwaltung, Herrn ....., unterzeichnet worden. Unabhängig davon könne eine derartige Zuschlagserteilung auch schon deshalb keine Rechtswirksamkeit entfalten, da das Schriftformerfordernis nach § 28 VOL/A nicht erfüllt sei. Die Unterzeichnung des Zuschlagsschreibens mit dem Zusatz „i. A.“ bedeute, dass keine eigene Erklärung in eigener Verantwortung abgegeben worden sei. Der daraus resultierende Formmangel sei bisher nicht geheilt.

Weiterhin ergebe sich aus der Gesamtschau des Geschehensablaufes, dass die Zuschlagserteilung durch die Antragsgegnerin an die Beigeladene im kollusiven Zusammenwirken in Ansehung des bereits bekannten Nachprüfungsantrages erfolgt sei. Obwohl die Antragsgegnerin am 28.02.2008 um 19.19 Uhr den Nachprüfungsantrag von der Antragstellerin per Fax zur Kenntnis erhalten habe, habe die Auftraggeberseite von ihren Bestrebungen nicht ablassen wollen, am nächsten Morgen vollendete Tatsachen zu schaffen. Das absolut treuwidrige und rechtsmissbräuchliche Verhalten werde somit auch durch das Missgeschick der falschen Datierung des Schreibens auf den 14.02.2008 offenkundig.

Auch habe sich das Nachprüfungsverfahren deshalb nicht erledigt, da der eventuell zustande gekommene Vertrag aufgrund eines Verstoßes gegen § 13 VgV nichtig sei. Aus dem Informationsschreiben sei nicht ansatzweise nachvollziehbar gewesen, welche Erwägungen für die Vergabestelle bei der Nichtberücksichtigung des Angebotes ausschlaggebend gewesen wären. Die lapidare Mitteilung, es handele sich aufgrund eines unauskömmlichen Preises um einen sog. Kampfpfeis, genüge den Anforderungen des § 13 VgV keinesfalls.

Begründet seien die gestellten Anträge, da der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin nicht mit dem Verweis auf § 25 Nr. 2, 3 VOL/A gerechtfertigt werden könne, da der Angebotspreis ein auskömmlicher Preis sei. Die Antragstellerin habe für die Antragsgegnerin die entsprechende Dienstleistung in den letzten 5 Jahren zur vollsten Zufriedenheit mit einem im Vergleich zum Leistungsverzeichnis des streitbefangenen Vergabeverfahrens größeren Leistungsumfang durchgeführt. Die Leistungsminderung betrage im neuen Leistungsverzeichnis ca. 20 %. Durchschnittlich sei durch die Antragstellerin bei einem größeren Leistungsumfang eine Stundenreinigungsleistung von 415 m<sup>2</sup> je Arbeitskraft erbracht worden. Aufgrund des verminderten Leistungsumfanges habe die Antragstellerin zwingend davon ausgehen müssen, dass eine weitaus höhere Reinigungsleistung erbracht werden könne. Infolge dessen konnte die Antragstellerin eine Stundenleistung je Reinigungskraft von 530 m<sup>2</sup> kalkulieren. Dies sei der Antragsgegnerin im Bietergespräch dargelegt worden. Zudem habe diese die Unterschiede zwischen dem alten und neuen Leistungsverzeichnis detailliert erörtert und auf die preislichen Zusammenhänge verwiesen.

Soweit die Antragsgegnerin jedoch nicht von einer Minderung des Leistungsumfanges ausgegangen ist, scheidet eine Vergleichbarkeit der Angebote aufgrund der Fehlerhaftigkeit des Leistungsverzeichnisses aus. Das Leistungsverzeichnis wäre in diesem Fall lückenhaft bzw. unklar ausgestaltet. Darauf habe die Antragstellerin im Bietergespräch ebenfalls ausdrücklich hingewiesen. Aufgrund dessen hätte das Leistungsverzeichnis korrigiert werden bzw. die Ausschreibung aufgehoben werden müssen. Zumindest aber hätte die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Gelegenheit einräumen müssen, ein neues Angebot auf der Basis des „gedachten Leistungsverzeichnisses“ abzugeben.

Sie beantragt daher,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin zu erteilen,
2. festzustellen, dass der mit Telefax vom 29.02.2008, 08.49 Uhr, übermittelte Zuschlag an die ..... GmbH nichtig ist,
3. rein vorsorglich und höchst hilfsweise, festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes im durchgeführten Vergabeverfahren in ihren Rechten verletzt ist,
4. Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
5. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären und
6. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin bereits als unzulässig zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin keine Akteneinsicht zu gewähren,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären und
4. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung,

dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig aber auch offensichtlich unbegründet ist. Gemessen an den Anforderungen des § 107 Abs. 3 GWB sei die der Antragsgegnerin erstmalig mittels Faxschreiben vom 22.02.2008 zur Kenntnis gelangte Rüge in Folge der Bekanntgabe der Vergabeentscheidung am 14.02.2008 nicht unverzüglich erfolgt. Mit der Rüge vom 22.02.2008 habe die Antragstellerin lediglich die Feststellung der Antragsgegnerin angegriffen, dass ihr Angebot wegen eines nicht auskömmlichen Preises ausgeschlossen werden müsse. Diese Rüge sei verspätet erfolgt. Die zeitliche Obergrenze des § 121 BGB von zwei Wochen ab Kenntniserlangung könne hier nicht zur Anwendung kommen, da das Abfassen der Rüge nicht durch eine extrem schwierige Sach- und Rechtslage erschwert gewesen sei und zudem fachkundige Hilfe entbehrlich erscheine. Der Inhalt des Absageschreibens lasse gerade auch im Zusammenhang mit dem im Bietergespräch am 08.02.2008 ausführlich zwischen den Beteiligten erörterten Absagegrund des unauskömmlichen Angebotes keine Zweifel an der Kenntnisnahme mit dem Lesen des Absageschreibens zu. Dies um so mehr, als die Antragstellerin eine fachkundige und erfahrene Bieterin sei, die sich regelmäßig an europaweiten Ausschreibungsverfahren beteilige. Auch habe sie Erfahrung an Vergabenaachprüfungsverfahren, so dass ihr in der Gesamtschau der Umstände zuzumuten sei, innerhalb einer kurzen Frist von ein bis maximal drei Tagen zu handeln. Diesem Anforderungsprofil habe sie schuldhaft nicht entsprochen. Ebenso habe die Antragstellerin ihre Einwendungen gegen das Leistungsverzeichnis verspätet gerügt.

Soweit der mangelnde Informationsgehalt der Vorabinformation nach § 13 VgV kritisiert werde, könne als allgemein anerkannt gelten, dass eine diesbezügliche Rüge noch am Tage des Zuganges des Informationsschreibens, spätestens jedoch am Folgetag erfolgen müsse. Das Informationsschreiben sei der Antragstellerin unstrittig am 14.02.2008 zugegangen. Der Umstand eines vermeintlich unzureichenden Erklärungsinhaltes sei hingegen erstmals mit Schriftsatz vom 06.03.2008 im Nachprüfungsverfahren und somit nicht rechtzeitig vorgetragen worden. Zudem entspreche das Informationsschreiben den Anforderungen des § 13 VgV.

Auch sei die Zuschlagserteilung wirksam erfolgt, denn Frau ..... sei zu derartigen Handlungen autorisiert. Das Anfertigen und Unterzeichnen von Zuschlagsschreiben gehöre seit mehreren Jahren zu ihrem Zuständigkeitsbereich. Dies sei der Antragstellerin auch aus dem vorangegangenen Ausschreibungsverfahren bekannt. Ebenso müsse der Behauptung widersprochen werden, dass man mit der bezuschlagten Firma im kollusiven Zusammenwirken das Faxgerät manipuliert habe, um der Antragstellerin den Primärrechtsschutz abzuschneiden. Tatsächlich aber hätten sich die Antragstellerin und ihr Bevollmächtigter durch den Zeitpunkt der Antragstellung selbst um den Primärrechtsschutz gebracht.

Unbegründet sei das antragstellerseitige Vorbringen, da die Beschaffenheit der zu reinigenden Flächen einer Reinigung von 530 m<sup>2</sup> je Stunde durch einen Arbeitnehmer entgegenstehe. Der von der Antragstellerin genannte Angebotspreis weise bereits unter Beachtung des werktäglichen Stundenaufwandes eine Unterdeckung aus. Auch im Nachhinein habe die Antragstellerin die Auskömmlichkeit ihres Angebot nicht darlegen können. Der letzte juristische Beweis einer Fehlkalkulation würde sich tatsächlich nur durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens erbringen lassen. Darauf komme es jedoch nicht an, denn es sei lediglich zu prüfen, ob die Vergabestelle bei der Wertung des Angebotes berechnete Zweifel an der Auskömmlichkeit haben durfte und diese Zweifel nach Ausschöpfung der der Vergabestelle zur Verfügung stehenden Mittel fortbestehen durften.

Seitens der erkennenden Kammer sind alle Beteiligten mit Schreiben vom 08.04.2008 darüber informiert worden, dass im schriftlichen Verfahren entschieden werden solle. Gleichzeitig haben die Beteiligten die Gelegenheit zur abschließenden Stellungnahme erhalten.

## II.

Der Nachprüfungsantrag sowie der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag sind bereits unzulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03. Die Anträge auf Nachprüfung und Feststellung werden im Rahmen eines Vergabeverfahrens erhoben, welches einen Dienstleistungsauftrag i. S. von § 99 Abs. 1 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der ausgeschriebenen Leistung - Gebäudereinigung der ..... am Standort ..... - handelt es sich um eine Dienstleistung im Sinne des § 1a VOL/A, Fassung 2006. Da der Gesamtauftragswert der Maßnahme die 211.000 Europäischen Währungseinheiten überschreitet, sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW vom 29.06.2007 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 26/2007 v. 23.07.2007) örtlich zuständig, da die Antragsgegnerin ihren Sitz innerhalb der Grenzen des Landkreises ..... hat.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat hier durch Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am Auftrag bekundet. Mit ihrer Kritik an der Wertung und dem Hinweis auf einen ihr drohenden Schaden macht sie eine Verletzung ihrer Rechte nach § 97 GWB geltend. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend, s. a. Bundesgerichtshof, Beschluss v. 26.09.2006, X ZB 14/06).

Ebenso hat sie durch das Abfassen des Nachprüfungsantrages den Anforderungen des § 108 GWB genügt.

Die Zulässigkeit von Haupt- und Hilfsantrag entfallen im Hinblick auf die antragstellerseitig festgestellten vermeintlichen Vergabeverstöße mangels Rechtzeitigkeit der einzelnen Rügen im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB.

Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, die zugleich eine materielle Präklusionswirkung entfaltet, ist Ausfluss des im Vergabeverfahren geltenden Beschleunigungsgebotes und damit essenziell für das Nachprüfungsverfahren. Die Rüge dient dabei vorrangig dem Zweck, dem Auftraggeber die Möglichkeit zur Überprüfung seiner Entscheidung und gegebenenfalls der Korrektur seines eigenen Verhaltens zu geben und somit Nachprüfungsanträge zu verhindern.

Zur Gewährleistung der oben näher beschriebenen Zielstellung lässt der Gesetzgeber die Rügefrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB damit beginnen, dass dem Bieter diejenigen Tatsachen bekannt werden, aus denen für diesen ein tatsächlicher oder vermeintlicher Vergabefehler folgt. Für die Annahme der Kenntnis vom vermeintlichen Vergabeverstöß ist eine zumindest laienhafte rechtliche Wertung des Bieters ausreichend. Eine bloße Erkennbarkeit i. S. d. § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB kann aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts des hier einschlägigen § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zwar nicht als ausreichend erachtet werden, dennoch besteht die Rügeobliegenheit nicht erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Bieter Kenntnis von einem völlig zweifelsfreien und in jeder Beziehung nachweisbaren Vergabefehler erlangt. Ausreichend ist vielmehr das Wissen um einen Sachverhalt, der aus subjektiver Sicht des Bieters den Schluss auf einen Vergaberechtsverstöß erlaubt, und der es bei vernünftiger Betrachtung als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 14.12.2004, AZ: 1 Verg 17/04). Dieser Zeitpunkt ist in diesem Fall hinsichtlich aller antragstellerseitig vorgetragenen unterschiedlichen Argumentationsstränge mit dem Lesen des Informationsschreibens nach § 13 VgV am 14.02.2008 gegeben. Durch das Informationsschreiben wurde die Antragstellerin unmissverständlich darüber in Kenntnis gesetzt, dass ihr Angebot wegen eines ungewöhnlich niedrigen Preises nicht berücksichtigt werde. Die Kernaussage der Information betraf damit keine komplizierten vergaberechtlichen Überlegungen, sondern tatsächliche Aspekte, die der Antragstellerin hinreichend bekannt und somit ihrerseits ohne weitergehende Recherche oder rechtlichen Beistand der sofortigen Beurteilung selbst zugänglich waren.

Die erkennende Kammer geht zugunsten der Antragstellerin nicht davon aus, dass diese bereits in dem Bietergespräch am 08.02.2008 Kenntnis vom definitiven Ausschluss ihres Angebotes hatte. Zwar wusste sie, dass die Antragsgegnerin Aufklärungsbedarf hinsichtlich des niedrigen Preises gesehen hat, jedoch ist dem Protokoll eine abschließende Äußerung der Auftraggeberseite zum Ausschluss des Angebotes nicht zu entnehmen.

Angesichts der im Vergaberecht allgemein geltenden kurzen Fristen ist das OLG Koblenz ausweislich des Beschlusses vom 18.09.2003 (AZ: 1 Verg 4/03) der Auffassung, dass der Bieter nach dem Erkennen des Vergabefehlers diesen grundsätzlich binnen ein bis drei Tagen rügen müsse, während das OLG Naumburg in seinem oben zitierten Beschluss sowie im Beschluss vom 02.03.2006 (AZ: 1/06) je nach Lage des konkreten Einzelfalles einen Zeitraum bis zu sechs Kalendertagen bzw. vier Werktagen, in sehr schwierigen Fällen von maximal zwei Wochen, einräumt. Der Vergabesenat des OLG Dresden zieht eine Frist von einer Woche als möglich in Betracht (Beschluss vom 11.09.2006, AZ: WVerG 13/06). Im Gegensatz dazu vertritt das OLG München im Beschluss vom 13.04.2007, AZ: Verg 1/07 die Ansicht, dass eine Rüge, die erst nach Ablauf von acht Tagen nach Erhalt des Informationsschreibens und fünf Tage nach Kenntnis eines Verstoßes erhoben wurde, verspätet ist.

Die erkennende Kammer vertritt die Auffassung, dass in bestimmten einfach gelagerten Fällen die vom OLG Naumburg in ihrem Beschluss formulierte Grenze von höchstens sechs Kalendertagen Gültigkeit haben sollte. Im vorliegenden Fall war für die Antragstellerin leicht erkennbar, dass der Auftraggeber sich in seinem Informationsschreiben auf Umstände stützt, die von ihr so nicht geteilt werden konnten. Aus Sicht der Kammer hätte es seitens der Antragstellerin keines nennenswerten Aufwandes bedurft, die Prüfung des vermeintlichen Fehlverhaltens der Antragsgegnerin vorzunehmen, und eine angemessene Reaktion darauf zu durchdenken. Auch bei Einbeziehung eines Rechtsbeistandes durch die Antragstellerin ist im vorliegenden Fall eine Rügefrist von sechs Kalendertagen ausreichend. Die Rüge hätte folglich der Antragsgegnerin spätestens am 20.02.2008 zugehen müssen. Tatsächlich ist sie ausweislich des Faxprotokolls erst am 22.02.2008 in den Herrschaftsbereich der Antragsgegnerin gelangt. Dies war eindeutig verspätet.

Daran ändert auch der anwaltliche Hinweis auf die kammerseitige Verlängerung der Bearbeitungsfrist hinsichtlich des streitbefangenen Verfahrens nichts. Die Antragstellerseite verkennt, dass die Bearbeitung durch die Kammer ganz anderen Anforderungen unterliegt, als die Verpflichtung eines Bieters, sein Empfinden von auftraggeberseitigem Fehlverhalten nach außen hin kund zu tun.

Präkludiert ist die Antragstellerin ebenso mit ihrem Vorbringen, sie habe im Rahmen des Bietergespräches die Fehlerhaftigkeit bzw. Unklarheit des Leistungsverzeichnisses gegenüber der Antragsgegnerin bemängelt. Ausweislich des von der Antragsgegnerin erstellten und der Antragstellerin als Anlage im Zusammenhang mit der Rügeerwidern vom 25.02.2008 übersandten und unwidersprochen gebliebenen Bietergesprächsprotokolls, hat die Antragstellerin nach eigenem Vortrag bereits in Vorbereitung der Erstellung des Angebotes durch Vergleichen des alten und neuen Leistungsverzeichnisses Unterschiede hinsichtlich des Leistungsumfanges festgestellt und als irrtümliche Ungenauigkeit der Auftraggeberseite gewertet. Ab diesem Zeitpunkt hatte sie somit Kenntnis vom vermeintlichen Vergabeverstoß und hätte dies unverzüglich rügen müssen.

Der Nachprüfungsantrag sowie der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag sind somit aufgrund der Nichteinhaltung des in beiden Fällen geltenden Erfordernisses der Unverzüglichkeit der Rüge als unzulässig zu verwerfen.

Aufgrund der Unzulässigkeit der Anträge kommt es ungeachtet der Rechtsauffassung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin ebenso wenig auf die Problematik der wirksamen Zuschlagserteilung, wie auf die mögliche Unauskömmlichkeit des Angebotes der Antragstellerin an.



Der Antragstellerin wurde keine Akteneinsicht gewährt, da ein zulässiges Kammerverfahren nicht eröffnet war. Nicht rechtzeitig gerügte Verstöße unterfallen keiner Begründetheitsprüfung und vermögen daher keinen Anspruch auf Akteneinsicht auszulösen.

Die erkennende Kammer war gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB in diesem Fall befugt, ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten zu entscheiden.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Verfahrens im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Antrag in diesem Verfahren maßgeblich. Im streitbefangenen Verfahren wird den Anträgen der Antragstellerin nicht entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen der Antragstellerin, so dass sie die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Verfahrens.

Die Höhe der Gebühren (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) beträgt aufgrund der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin für die Vertragslaufzeit vom 01.04.2008 bis zum 31.03.2011 einschließlich der Optionen ..... Euro. Da die Verlängerungsoption zum auftraggeberseitig gestalteten Leistungsumfang gehört, ist diese wertmäßig in die Berechnung des Auftragswertes einzubeziehen und zu berücksichtigen. Entsprechend weist auch die für die Schwellenwertberechnung geschaffene Schätzvorschrift des § 3 Abs. 6 VgV darauf hin, dass der Vertragswert aufgrund des größtmöglichen Auftragswertes unter Einbeziehung der Optionsrechte zu schätzen ist. Nicht erheblich ist hier, ob der Auftraggeber die Option schließlich nutzen wird (OLG Rostock, Beschluss vom 27.07.2005, 17 Verg 5/05).

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von ..... Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

..... €

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Unter Abzug des bereits durch die Antragstellerin eingezahlten Kostenvorschusses von 2.500,- Euro hat sie nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... den Betrag in Höhe von ..... **Euro** auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

## **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Thomas

gez. Pönitz

gez. Foerster