



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESV ERWALTUNGSAMT**

**1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

**AZ: 1 VK LVwA 04/05**

**Halle, 31.03.2005**

- Rügeobliegenheit  
§ 107 Abs. 3 S. 1 GWB i.V.m. § 121 Abs. 1 BGB

Unabhängig von der rechtlichen Fragestellung, ob das Verhalten des Nachunternehmers der Antragstellerin zugerechnet werden kann, mangelt es hier an der für eine Rüge charakteristischen Missfallensäußerung gegenüber dem Auftraggeber.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH  
.....

Verfahrensbevollmächtigte  
Rechtsanwälte .....

Antragstellerin

gegen

den Abwasserzweckverband .....

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Nichtoffenen Verfahren bezüglich der Maßnahme „Technische Betriebsführung der Abwasserbeseitigung Abwasserzweckverband ....." hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 23.03.2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Nelleßen beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens beziffern sich auf insgesamt ..... Euro.

## Gründe

### I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, abgesandt zur Bekanntmachung am ....., schrieb der Antragsgegner auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) die Vergabe der technischen Betriebsführung der Anlagen der Abwasserbeseitigung für den Abwasserzweckverband (AZV) ..... einschließlich des AZV ..... aus.

Darin gab der Antragsgegner bekannt, das der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot unter Bewertung der fachlichen und zuverlässigen Aufgabenerfüllung unter Sicherstellung der örtlichen Präsenz erteilt werden solle. Eine Zertifizierung nach dem „Gütezeichen R“ war hier nicht gefordert.

Entsprechend den Verdingungsunterlagen - Kapitel 2, Vorbemerkungen zum Vergabeverfahren - waren die Bieter gehalten, den Auftraggeber unverzüglich vor der Angebotsabgabe auf Unklarheiten in den Verdingungsunterlagen sowie den übergebenen oder zugänglich gemachten Informationen schriftlich hinzuweisen. Weiterhin heißt es unter Pkt. 2.9.1 - Aufbauorganisation mit Stellen- und Qualifikationsbeschreibung -, dass dem Angebot im Falle des Einsatzes von Nachunternehmern eine Stellenbeschreibung nebst Qualifikationsnachweis und Organigramm beizufügen ist.

Aus der überreichten Niederschrift über die Angebotseröffnung geht hervor, dass am 11.10.2004, 10.00 Uhr, vier Angebote mit insgesamt sieben Nebenangeboten submittiert wurden.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.11.2004 rügte die Antragstellerin die Änderung der Vergabeunterlagen und der ausgeschriebenen Leistungsanforderung. In dem mit Schreiben der Firma ..... übergebenen Entwurf des abzuschließenden Betriebsführungsvertrages sei ursprünglich in § 3 Abs. 9 vorgesehen gewesen, dass die Leistungen des Betriebsführers nach dem RAL „Gütezeichen R“ für Kanalbauarbeiten durchgeführt werden müssen. Mit der Herausnahme dieser Passage verstoße der Antragsgegner eklatant gegen die Grundsätze des Vergaberechts. Durch die Aufforderung zur Angebotsabgabe in Verbindung mit der Überlassung der Vergabeunterlagen habe der Auftraggeber den interessierten Bietern zu verstehen gegeben, dass er ihre Angebote auf der Grundlage dieser Unterlagen entgegennehme und werten werde. Dadurch trete eine Selbstbindung des Auftraggebers ein. Bei der Durchsicht der Vergabeunterlagen und der Erstellung ihrer Angebote verließen sich die Bewerber und Bieter auf diese Zusage des Auftraggebers und auf die Beständigkeit der Vergabeunterlagen für die anstehende Vergabe. Es entstehe ein schützenswerter Vertrauenstatbestand für die Teilnehmer am Wettbewerb (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 05.03.1993, Az.: 22 U 220/92). Die Wertung der Angebote habe ausschließlich auf der Grundlage der ursprünglichen Vergabeunterlagen und -bedingungen zu erfolgen.

Dem Begehren der Antragstellerin half der Antragsgegner nicht ab.

Den vorgelegten Auswertungsunterlagen ist zu entnehmen, dass durch den beauftragten Erfüllungsgehilfen, ..... GmbH alle vier Hauptangebote als formell in Ordnung eingestuft wurden.

Hinsichtlich der Angebotsunterlagen der Antragstellerin wurde von diesem festgestellt, dass von den vier eingereichten Nebenangeboten drei in die Wertung einbezogen werden können. Im Vergleich zur preislichen Bewertung ergaben diese jedoch keine maßgeblichen finanziellen Vorteile, welche die Rangreihenfolge grundsätzlich verändere. Mit Schreiben vom 13.01.2005 informierte der Antragsgegner alle Bieter, dass er beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot des Bieters ..... zu erteilen, da dieses das wirtschaftlichste Angebot sei.

Daraufhin hat die Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 24.01.2005 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer beantragt.

Der Nachprüfungsantrag ist dem Antragsgegner mit Verfügung der Vergabekammer vom 24.01.2005 zugestellt worden. Gleichzeitig wurde er aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Die Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Unterlagen ergab, dass im Verlauf der Angebotsphase der Auftraggeber den Bietern insgesamt vier Rundschreiben übersandte, in denen er nachträglich die Vergabeunterlagen konkretisierte bzw. Änderungen veranlasste und Anfragen der Bieter erörterte.

In diesem Zusammenhang wies er in seinem Rundschreiben Nr. 1, datiert auf den 22.09.2004, unter Punkt 7 darauf hin, dass es sich bei der Bezeichnung „Gütezeichen R“ in § 3 Abs. 9 im beigefügtem Betriebsführungsvertrag um einen Schreibfehler handle und dieser Teil nicht Bestandteil des Vertrages werde.

Die Antragstellerin bot ihre Leistung unter dem ausdrücklichen Hinweis an, dass bei der Erarbeitung des Angebotes die Informationen der herausgegebenen vier Rundschreiben berücksichtigt wurden seien. Als Nachunternehmer benannte sie den Entwässerungsbetrieb Lutherstadt ..... Geforderte Qualifikationsnachweise der vorgesehenen Arbeitnehmer des Nachunternehmers liegen nicht bei.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass sie ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen sei. Mit Schriftsatz vom 03.03.2005 lässt sie auf Nachfrage durch die Kammer ergänzend vortragen, dass bezüglich des Wegfalls des „Gütezeichens R“ bereits am 22.09.2004 durch Herrn ..... fernmündlich gerügt worden sei. Die Tatsache, dass die Antragstellerin bereits zeitnah im September Einspruch gegen die Vorgehensweise des Antragsgegners erhoben habe, werde durch das Indiz deutlich, dass der Antragsgegner bereits Mitte Oktober mit einem Verfahren vor der Vergabekammer rechnete. Er sei aus diesem Grunde an den Entwässerungsbetrieb der Lutherstadt ..... herantreten und habe um Abschluss einer Zusatzvereinbarung zur zeitlich limitierten Fortgeltung des bisher geltenden Zweckvereinbarungsvertrages gebeten. Ebenso trägt der Verfahrensbevollmächtigte mit Schriftsatz vom 03.03.2005 ergänzend vor, dass die Antragstellerin am 10.01.2005 in einem persönlichen Gespräch mit Herrn ..... die fehlende Berücksichtigung der nachhaltigen Arbeitsweise sowie die fehlerhafte Wertung der Nebenangebote mündlich gerügt habe. Mit Schriftsatz vom 07.03.2005 äußerte dieser sich nunmehr dahingehend, dass dazu bereits zuvor eine mündliche Rüge in einem weiteren Gespräch mit Herrn ..... am 15.11.2004 ausgesprochen worden sei. Anlässlich dessen sei unmissverständlich gegenüber dem Antragsgegner in Aussicht gestellt worden, dass man die Vergabekammer anrufen werde.

Die beabsichtigte Vergabe des Auftrages an die ..... sei rechtswidrig, da auf ihr Angebot der Zuschlag zu erteilen sei. Zur Begründung trägt sie vor, dass der Antragsgegner pflichtwidrig eine wesentliche Leistungsanforderung geändert habe, nachdem die im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes ausgesuchten Bewerber bereits zur Abgabe von Angeboten aufgefordert worden seien. Obwohl in der VOL/A eine Vorschrift, welche Änderungen und Ergänzungen der Verdingungsunterlagen verbieten würde, nicht existiert, sei gleichwohl davon auszugehen, dass es dem Auftraggeber grundsätzlich nicht erlaubt sei, Änderungen und

Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen vorzunehmen. Durch die durchgeführte Änderung - Wegfall der Güteanforderungen - seien die Grundlagen des Wettbewerbes und der Preisbildung geändert worden. Die Abwandlung der Vergabeunterlagen verschaffe den Bewerbern, welche die Zertifizierung nicht auf sich nehmen, unberechtigt einen Wettbewerbsvorteil. Die Frage, ob die entsprechenden Aufwendungen für Zertifizierungen getätigt und nur das in der Zertifizierungsgruppe vorgesehene hoch qualifizierte und entsprechend teure Personal eingesetzt werden würde, habe selbstverständlich Auswirkungen auf die Preisbildung. Das Angebot der Antragstellerin, welches trotz der Änderungen der Vergabeunterlagen eine Leistungserbringung im Sinne der Qualitätssicherung Gruppe R vorsieht, wäre damit das annehmbarste gewesen.

Das Angebot der .....sei bei objektiver Betrachtung nicht das wirtschaftlich günstigste. Der Angebotspreis liege nur unmaßgeblich unterhalb desjenigen, welchen die Antragstellerin in ihrem Hauptangebot offeriert habe. Unter Berücksichtigung der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien stelle sich bereits das Hauptangebot der Antragstellerin als das wirtschaftlich günstigste dar, da sie bei der Aufgabenumsetzung nach dem Prinzip der sog. vorbeugenden Instandhaltung arbeite.

Weiterhin sei festzustellen, dass die ..... nicht in der Lage sei, die ausgeschriebenen Aufgaben fachlich qualifiziert und zuverlässig zu erfüllen. Sie verfüge jedenfalls in der Region weder über qualifiziertes Personal, noch über das notwendige technische Know-how und die erforderliche Ausrüstung für die Erledigung der ausgeschriebenen Aufgaben. Aus vorgenannten Gründen müsse demzufolge der Auftrag an die Antragstellerin erteilt werden.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen,

hilfsweise

dem Antragsgegner aufzugeben, das Vergabeverfahren beginnend mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu wiederholen und für den Fall, dass die Kammer eine Entscheidungsreife in diesem Sinne nicht erkennt, dem Antragsgegner aufzugeben, das Vergabeverfahren insgesamt zu wiederholen.

2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war und
3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Anträge zurückzuweisen,

Er vertritt die Auffassung,

dass der Inhalt der tatsächlich mit Herrn ..... stattgefundenen Gespräche seitens der Antragstellerin nicht korrekt wiedergegeben worden sei. Weder sei im Gespräch am 22.09.2004 im Vorgriff auf das Schreiben des Auftraggebers mit gleichem Datum über die Änderungen der Verdingungsunterlagen gesprochen worden, noch habe man in den Gesprächen am 15.11.2004 und 10.01.2005 über den Inhalt der Wertung informiert, so dass zu den vorgetragenen Zeitpunkten auch keine mündlichen Rügen haben ausgesprochen werden können. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Eine unrechtmäßige Änderung der Vergabeunterlagen liege nicht vor und die Bewertung der Angebote sei vergabekonform.

Zur Begründung führt er aus, dass es sich bei der unter § 3 Abs. 9 des Vertrages gewählten Bezeichnung „Gütezeichen R“ um einen Bearbeitungsfehler handle, welcher aus früheren Bearbeitungsständen des Vertragsentwurfes als Merkposition herrühre. In diesem Zusammenhang wies er darauf hin, dass dieses Versehen von mehreren Bietern erkannt und nachgefragt worden sei, wie diese Bezeichnung losgelöst vom Gesamtzusammenhang zu verstehen sei. Mit dem teilweisen Wegfall des besagten Absatzes habe für alle Bieter gleichermaßen die Möglichkeit bestanden, diesen Umstand in ihren Angeboten angemessen zu berücksichtigen. Eine unrechtmäßige Änderung der Vergabeunterlagen sei damit nicht erfolgt. Man habe lediglich eine Klarstellung vorgenommen. Insofern entspreche die Information und Klarstellung vom 22.09.2004 der legitimen Möglichkeit der Beantwortung von Fragen und zusätzlichen Auskünften zu den Verdingungsunterlagen.

Bezüglich der Bewertung der vier Nebenangebote der Antragstellerin werde auf den ausgeschriebenen Betriebsführungsvertrag im Verhältnis zu dem seit 1997 bestehenden Vertragsverhältnis zwischen dem AZV ..... und dem Entwässerungsbetrieb der ..... verwiesen. Hiernach seien in dem alten Vertragsverhältnis analog den Konstellationen aus den Nebenangeboten die Kosten für Hilfs- und Betriebsstoffe einschließlich der Stromkosten für den Betrieb der Kläranlagen und Pumpwerke nicht Bestandteil des Betriebsführungsentgeltes gewesen, sondern vom Betriebsführer direkt an den Verband weitergeleitet worden. Die Intention des Verbandes im Zuge der Neuregelung des Betriebsführungsverhältnisses sei es aber, die vertragliche Regelung in der Weise anzupassen, dass eine für den Verband besser kalkulierbare Kostengröße entstehe. Dies wolle man in der Weise erreichen, dass die Vergütungsregelung einschließlich der Bereitstellung von Energie, Reparaturmaterialien und Klärschlamm Entsorgung im Betriebsführungsentgelt enthalten sein soll. Um einerseits eine Kalkulierbarkeit für den Verband zu erreichen und andererseits eine Vergütungsgerechtigkeit gegenüber dem Betriebsführer zu gewährleisten, die dem wirklichen Aufwand nahe komme, sei das Preissystem in der Weise gewählt worden, dass die Bieter einen Festpreis pro Jahr für die fixen Kostenbestandteile anzubieten hatten und für die variablen Kostenbestandteile einen Preis pro Kubikmeter Abwasser.

Selbst unter Einrechnung des entstehenden Geldwertvorteils bei Zustandekommen der Vertragsbeziehung unter Nutzung der Zweckvereinbarung seien die Betriebsführungskosten höher als die des Bieters .....

Mit Beschluss vom 09.03.2005 hat die Kammer der Antragstellerin Akteneinsicht gewährt, nicht jedoch in die Angebote der Mitbieter bzw. in Unterlagen, die Informationen über diese enthalten.

Am 10.03.2005 hat die Kammer beschlossen, Herrn ..... als Zeugen in der mündlichen Verhandlung zu vernehmen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt, zum Vortrag der Beteiligten und zur Aussage des vernommenen Zeugen wird auf deren Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist 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 - 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003 - 42-32570/03. Der Nachprüfungsantrag wird im Rahmen eines Vergabeverfahrens erhoben, welches einen Dienstleistungsauftrag i.S. von § 99 Abs. 1 und 4 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der ausgeschriebenen Leistung „Technische Betriebsführung der Abwasserbeseitigung für den Abwasserzweckverband .....", handelt es sich um eine Dienstleistung im Sinne des § 1a VOL/A, Fassung 2002. Da der Gesamtauftragswert für den Leistungszeitraum von fünf Jahren den Schwellenwert von 200.000,00 Euro 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 22.01.2004 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 8/2004 v. 23.02.2004) örtlich zuständig, da die Antragsgegnerin ihren Sitz innerhalb des Landkreises ..... hat.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unzulässig, da die Antragstellerin die von ihr erkannten vermeintlichen Vergabeverstöße nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB i.V.m. § 121 Abs. 1 BGB, d.h. ohne schuldhaftes Zögern gegenüber dem Antragsgegner gerügt hat.

Diese Vorschrift, 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 dieser Zielstellung lässt der Gesetzgeber die Rügefrist des § 107 Abs. 3 S. 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 Vergabeverstoß ist eine zumindest laienhafte rechtliche Wertung des Bieters ausreichend. Eine bloße Erkennbarkeit i. S. d. § 107 Abs. 3 S. 2 GWB kann aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts des hier einschlägigen § 107 Abs. 3 S. 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 Vergaberechtsverstoß 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 im Falle der Streichung des „Gütezeichens R“ mit der Kenntnis vom Inhalt des Rundschreibens Nr. 1 und dem sich aufdrängenden Wissen um dessen Kalkulationserheblichkeit gegeben. Diese konnte der Antragstellerin bei der Erstellung ihres Angebotes nicht verborgen bleiben, so dass von ihr beim Abfassen des Angebotsschreibens am 08.10.2004 ausdrücklich auf die Berücksichtigung der Rundschreiben hingewiesen wurde. Die Antragstellerin erkannte die vermeintliche Vergaberechtswidrigkeit des Rundschreibens Nr. 1 abweichend von ihrem anwaltlichen Vortrag demnach nicht erst am 16.11.2004, sondern bereits am 08.10.2004.

Zu einer anderen Sicht der Dinge konnte auch das Ergebnis der Zeugeneinvernahme des technischen Leiters des Nachunternehmens der Antragstellerin, Herrn ....., in der mündlichen Verhandlung, nicht führen. Die erkennende Kammer schenkt den Ausführungen des Zeugen Glauben, dass dieser am 22.09. bzw. 23.09.2004 mit dem Geschäftsführer des Antragsgegners, Herrn ....., gesprochen hat. Eine Rüge vermag die erkennende Kammer aus dem Inhalt des Gespräches jedoch nicht zu entnehmen. Auf ausdrückliches Hinterfragen des Vorsitzenden machte Herr ..... unmissverständlich und abweichend vom anwaltlichen Vortrag der Antragstellerin deutlich, dass das fragliche Gespräch ausschließlich die Nachfrage zum Gegenstand hatte, ob das "Gütezeichen R" tatsächlich entfallen solle. Unabhängig von der rechtlichen Fragestellung, ob das Verhalten des Nachunternehmers der Antragstellerin

zugerechnet werden kann, mangelt es hier an der für eine Rüge charakteristischen Missfallensäußerung gegenüber dem Auftraggeber.

Die Kammer geht daher davon aus, dass der Wegfall des "Gütezeichens R" und dessen Kalkulationserheblichkeit inklusive des Rückschlusses seiner vermeintlichen Rechtswidrigkeit am 08.10.2004 erkannt und erstmals am 18.11.2004 gerügt wurde.

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 Beschluss vom 14.12.2004 (AZ: 1 Verg 17/04) je nach Lage des Einzelfalles einen Zeitraum bis zu fünf Tagen, in sehr schwierigen Fällen von maximal zwei Wochen, einräumt. Die Antragstellerin hat demnach durch ihr Zuwarten von über fünf Wochen die Frist zur unverzüglichen Rüge bei weitem überschritten.

Hinsichtlich der Wertung der Angebote ist die Antragstellerin ihrer Rügeobliegenheit überhaupt nicht nachgekommen. Ausweislich den der Kammer vorliegenden Unterlagen ist der Antragstellerin das Informationsschreiben nach § 13 VgV am 17.01.2005 zugegangen. Ab diesem Zeitpunkt hatte diese jedoch nicht nur Kenntnis von den die vermeintliche Rechtswidrigkeit begründenden Tatsachen, vielmehr zog sie nachweislich des auf den 17.01.2005 von ihr datierten Rügeschreibens auch den Rückschluss auf ein bindende Vergaberegeln verletzendes Handeln der Auftraggeberseite.

Die erkennende Kammer ist der Auffassung, dass der Nachweis des Zugangs des erst zu einem späteren Zeitpunkt im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens von der Antragstellerin vorgelegten Rügeschreibens beim Antragsgegner durch die Antragstellerin erbracht werden müsse und jene dieser Anforderung nicht entsprochen hat. Die Vorträge der Beteiligten schließen sich gegenseitig aus. Der Amtsermittlungsgrundsatz stößt hier auf seine Grenzen, so dass nach reinen Beweislastgrundsätzen entschieden werden musste. Zwar ist es sicherlich ungewöhnlich und wenig sinnvoll, dass ein Mandant nach der Beauftragung seines Anwaltes eigenständig und ohne diesen zu informieren Rügeschreiben an einen Auftraggeber versendet, dieses Verhalten ist jedoch schlechterdings nicht unmöglich, so dass dieser Umstand nicht ausreichend sein dürfte, die Existenz eines Rügeschreibens am 17.01.2005 zu verneinen. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass man unter Verkennung der Beweislast den Zugang des Rügeschreibens beim Auftraggeber unterstellt.

Ungeachtet der Formulierung des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB liegt die Beweislast hinsichtlich des Zugangs des Rügeschreibens als empfangsbedürftige Willenserklärung nach Auffassung der erkennenden Kammer bei der Antragstellerin. Diese beruft sich auf den Zugang der Rüge und hat es als einzige in der Hand, durch entsprechende Vorkehrungen wie z.B. der Versendung per Einschreiben mit Rückschein oder der Übermittlung per Boten, den Erhalt des Rügeschreibens zu beweisen, während es der Auftraggeberseite grundsätzlich unmöglich sein dürfte, den Gegenbeweis anzutreten.

Die Kammer konnte ebenfalls nicht davon überzeugt werden, dass in Bezug auf das Wertungsergebnis bereits mündlich gerügt wurde. Auch hier schließt sich der Vortrag der Beteiligten gegenseitig aus. Die erkennende Kammer war daher im Rahmen ihres Amtsermittlungsgrundsatzes um Aufklärung bemüht, konnte jedoch keine Gesichtspunkte entdecken, die für eine dem Nachprüfungsantrag vorausgehende Rüge der Antragstellerseite gesprochen hätten. Stattdessen weist der Vortrag der Antragstellerin auch nach Durchführung der mündlichen Verhandlung einige Besonderheiten auf, die den Vortrag zwar entwerten, für sich genommen jedoch keine Grundlage für die Feststellung bildet, dass die behaupteten Rügen nicht erfolgt sind. Als zumindest ungewöhnlich mutet in diesem Zusammenhang an, dass die Verfahrensbevollmächtigte weder in ihrem Rügeschreiben vom 18.11.2004 noch in ihrem Nachprüfungsantrag vom 24.01.2005 auf vorherige mündliche Rügen am 15.11.2004 bzw. 10.01.2005 Bezug genommen hat. Dies insbesondere dann, wenn man sich vergegenwärtigt, dass am 18.11.2004 nachweislich nur der Wegfall des "Gütezeichens R" gerügt worden ist, obwohl die Antragstellerin bereits am 15.11.2004 Kenntnis von der für sie negativen Auswahlentscheidung gehabt haben will. Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin konnte zur Aufklärung der Umstände in der mündlichen Verhandlung durch den bloßen Hin-

weis auf eine unzureichende Abstimmung zwischen Mandanten und anwaltlichem Vertreter wenig beitragen, so dass auch hier eine reine Beweislastentscheidung unumgänglich war. Entsprechend den vorherigen Ausführungen musste diese zu Lasten der Antragstellerin ausfallen, die den notwendigen Beweis einer rechtzeitigen Rüge nicht hat erbringen können.

### **Kosten**

Die Antragstellerin unterliegt im Verfahren und hat gemäß § 128 Abs. 1 GWB dessen Kosten zu tragen.

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 Nachprüfungsverfahrens.

Die Höhe der Gebühren (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) beträgt aufgrund des Angebotes der Antragstellerin bezogen auf die Vertragslaufzeit von fünf Jahren ..... Euro.

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

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf ..... **Euro**, § 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 Kassenzeichens 3300-..... den Betrag in Höhe von ..... **Euro** auf das Konto ..... bei der Landeshauptkasse Dessau, 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 Beschwerdebeurteilung 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. Katzsch

gez. Nelleßen