



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

AZ: 1 VK LVwA 11/09

Halle, 11.05.2009

§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, § 3a Nr. 2c) VOL/A
- Rügeerfordernis im Hinblick auf de-facto-Vergabe bzw. Verhandlungsverfahren ohne Vergabebekanntmachung
- Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Vergabebekanntmachung

In dem Nachprüfungsverfahren der

Antragstellerin

gegen

Antragsgegnerin

unter Beiladung der

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes innerhalb einer auftraggeberseitig als Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung ausgewiesenen Vergabe zur Beschaffung eines PET/CT-Systems für das ----- hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24.04.2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Dolge beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens beziffern sich auf insgesamtEuro.
4. Die Hinzuziehung der anwaltlichen Vertreter der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerin gibt vor, zur Beschaffung eines PET/CT-Systems ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 3a Nr. 2c) VOL/A durchgeführt zu haben. Zur Abgabe eines Angebotes wurde ausschließlich die Beigeladene - in diesem Falle mündlich - aufgefordert. Die Zuschlagserteilung erfolgte mit Schreiben vom 05.12.2008.

Bereits im Frühjahr 2008 erhielt die Antragstellerin Kenntnis von Überlegungen der Antragsgegnerin zur eventuellen Beschaffung eines sog. PET/CT-Systems. Nachfolgend fanden mehrfach Gespräche zwischen Mitarbeitern der Antragstellerin sowie des ----- in einem Zeitrahmen von ----- bis ----- 2008 statt, über deren Inhalt und rechtliche Bedeutung zwischen den maßgeblichen Verfahrensbeteiligten keine Einigkeit besteht.

Nachdem die Antragstellerin Ende Januar 2009 einen Hinweis auf einen Beschluss des ----- der Antragsgegnerin zur Beschaffung eines PET/CT-Systems erhielt, wandte sie sich mit Schreiben vom 10.02.2009 an die ----- sowie den Vorsitzenden des ----- . Neben allgemeinen Ausführungen zur Leistungsbereitschaft sowie dem Ausdruck der Verwunderung hinsichtlich der Existenz eines derartigen Vergabebeschlusses findet sich zuzüglich zum allgemeinen Hinweis auf die Üblichkeit einer europaweiten Ausschreibung lediglich die Aufforderung, sich auftraggeberseitig zu den Gründen des Ausschlusses der Antragstellerin vom Wettbewerb zu positionieren.

Auf dieses Schreiben reagierte ausschließlich der Vorsitzende des ----- am 18.02.2009 (Eingang 20.02.2009) und teilte der Antragstellerin mit, dass die Entscheidung über die Beschaffung des PET/CT-Gerätes im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens auf der Grundlage des § 3a Nr. 2c) VOL/A gefallen sei. Da der Schwerpunkt der praktischen Anwendung auf der Time-of-Flight-Technik gelegen habe, sei ein Wettbewerb weder technisch möglich noch wirtschaftlich sinnvoll gewesen.

Daraufhin sprach die Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 24.02.2009 eine ausdrückliche Rüge gegenüber der Verwaltungsdirektorin des ----- aus. Darin trug sie vor, dass § 3a Nr. 2c) VOL/A hier nicht einschlägig sei, da mehrere Anbieter zur Lieferung eines PET/CT-Systems in der Lage seien. Auch das Abstellen auf die Time-of-Flight-Technologie könne den Ausnahmetatbestand nicht begründen. Die Vorteile dieser Technologie seien bei anderen PET/CT-Systemen verschiedener Anbieter auf anderen technischen Wegen in gleicher oder sogar höherwertiger Art und Weise erzielbar. Es handele sich bei der Time-of-Flight-Technologie daher nicht um ein wesentliches und funktionelles Alleinstellungsmerkmal, sondern lediglich um einen von mehreren am Markt existenten technischen Möglichkei-

ten. Eine etwaig bereits erfolgte Vergabe sei daher rückgängig zu machen und ein öffentliches Vergabeverfahren unter Beteiligung der Antragstellerin durchzuführen. Ein gleichlautendes Schreiben ging auch an die ----- und den Vorsitzenden des -----.

Da von keiner Seite auf dieses Schreiben reagiert wurde, hat die Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 03.03.2009 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt.

Der Nachprüfungsantrag ist der Antragsgegnerin mit Verfügung der Vergabekammer vom 04.03.2009 zugestellt worden. Die Antragsgegnerin wurde darüber informiert, dass die Kammer die Wirksamkeit eines eventuell bereits geschlossenen Vertrages überprüfen werde. Gleichzeitig erfolgte die Aufforderung, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorzulegen.

Die von der Antragsgegnerin vorgelegte Akte enthält unter anderem Unterlagen zum Anforderungsprofil eines anzuschaffenden PET/CT-Gerätes, zur Markterkundung, Maßnahmebeschlüsse sowie zum Ablauf des Vergabeverfahrens.

Bei der Durchsicht der von dem Antragsgegner vorgelegten Unterlagen findet sich im Vermerk zur Wahl der Vergabeart die Feststellung, dass die wesentlichen Alleinstellungsmerkmale, die momentan dem absoluten technologischen Höchststand entsprechen sollen, nur durch ----- als ersten und einzigen Hersteller eines kommerziell erhältlichen Scanners realisiert werden könnten. Dabei handele es sich um die TF (TruFlight) genannte Time-of-Flight-Technik und die sowohl offene als auch zusätzlich auseinanderfahrbare Gantry, die sich die Beigeladene hat patentieren lassen. Die TF ermögliche nicht nur die kürzeste am Markt verfügbare Messzeit (Halbierung von durchschnittlich 20 auf 10 Minuten), sondern auch eine deutlich verbesserte Bildqualität durch gleichmäßig hohe Auflösung über das gesamte Messfeld. Durch die Möglichkeit der Verwendung geringerer Aktivitäten würden sowohl der Strahlenschutz optimiert als auch die Nachfolgekosten minimiert. Die spezielle Open-View-Gantry-Technik biete jederzeit freien Zugang zum Patienten und ermögliche interventionelle Eingriffe.

Bezüglich des Angebotes der Beigeladenen ist festzustellen, dass ein solches mit Datum vom 28. Oktober 2008 nicht unterzeichnet ist und ohne die benannte Anlage „Allgemeine Vertragsbedingungen“ mit Stand vom 01.08.2005 vorliegt. Ein zweites Angebot trägt das Datum 29. Oktober 2008 und ist von einem unterzeichnet. Hier ist die vorgenannte Anlage beigelegt. Unter Ziffer 2 „Angebote“ heißt es: „Unsere Angebote erfolgen freibleibend. An seinen Auftrag ist der Kunde 4 Wochen gebunden. Ein Vertrag kommt erst durch unsere schriftliche Auftragsbestätigung zustande.“

Die mit Datum vom 29.10.2008 bzw. 03.11.2008 eingereichten Wertungsunterlagen weisen keine auftraggeberseitigen Beanstandungen von Verstößen gegen Vergabevorschriften aus. Die Zustimmung zur Auftragsvergabe erfolgte mit Beschluss vom 24.11.2008 bzw. 04.12.2008 (hier: -----). Auf das Zuschlagsschreiben, ausgestellt vom ----- am 05.12.2008 und adressiert an die -----, folgte eine Annahmeerklärung durch die ----- mit Schreiben vom 15.12.2008 (eingegangen am 17.12.2008) unter Bezugnahme auf Allgemeine Vertragsbedingungen und besondere Gewährleistungsbedingungen für Vakuumartikel mit Stand vom 01.11.2008.

Der als PC-Formular VOL (12/2006) vorgelegte Vergabevermerk enthält keine detaillierten Angaben zum Verfahren sondern lediglich Verweise auf einige der bereits genannten Wertungsunterlagen.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass der beabsichtigte bzw. bereits erfolgte Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen unzulässig sei und sie in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletze. Die beabsichtigte Vergabe verstoße gegen den Wettbewerbsgrundsatz, die Bestimmungen über die Verfahrensart und den Grundsatz der nicht diskriminierenden Leistungsbeschreibung.

Ob die Antragsgegnerin den Vertrag bereits geschlossen habe, könne hier dahingestellt bleiben, da ein etwaiger Zuschlag gemäß § 13 Satz 6 VgV nichtig sei. Dem stehe nicht entgegen, dass sie nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sei und dementsprechend kein Angebot abgegeben habe. Denn sie habe im Rahmen verschiedener Besprechungen, so am 14.03.2008 zwischen dem Produktmanager der Antragstellerin, -----, und der damaligen -----, sowie -----, am 24.07.2008 zwischen dem Vertriebsmitarbeiter der Antragstellerin, -----, und dem damaligen -----, am 28.08.2008 zwischen ----- und ----- sowie im November 2008 zwischen ----- und ----- wiederholt ihr Interesse an dem Auftrag bekundet und hierdurch die Stellung eines Bieters i. S. d. § 13 VgV erlangt. Im Rahmen dieser Gespräche habe sie sowohl die möglichen technischen Parameter und den Kostenrahmen für das konkrete Projekt erörtert, als auch entsprechendes Prospektmaterial übergeben. Angesichts dessen sei es für die Antragsgegnerin offensichtlich gewesen, dass die Antragstellerin bereitstand, ein konkretes Angebot über die Lieferung eines PET/CT-Systems zu unterbreiten.

Ebenso sei sie ihrer Rügeobliegenheit im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB auch unverzüglich nachgekommen. Sie habe das Unterlassen einer förmlichen Ausschreibung bzw. einer öffentlichen Bekanntmachung und ihre Nichteinbeziehung in das Vergabeverfahren mit Schreiben vom 10.02.2009 und 24.02.2009 unmittelbar nach Kenntniserlangen vom Vergabebeschluss und Überprüfung des Sachverhaltes bzw. nach Eingang des Schreibens des ----- vom 18.02.2009 gerügt. Sie habe keine Kenntnis von der beabsichtigten Direktvergabe gehabt. Im Übrigen könne dies dahinstehen, da für die hier zur Entscheidung stehende Fallkonstellation ein Rügeerfordernis ohnehin nicht bestehe. Dies gelte sowohl für den hier anzunehmenden Fall einer de-facto-Vergabe als auch für das auftraggeberseitig vorgeschobene Verhandlungsverfahren ohne Vergabebekanntmachung.

Materiell-rechtlich könne der Verzicht auf ein förmliches Verfahren und eine öffentliche Bekanntmachung auch nicht auf den Ausnahmetatbestand des § 3a Nr. 2c) VOL/A gestützt werden. Denn dessen Voraussetzungen lägen nicht vor. Die Antragsgegnerin sei offenbar der Auffassung, auf ein förmliches Verfahren bzw. eine öffentliche Bekanntmachung verzichten zu können, weil nur ein einziger Hersteller die „Time of Flight“-Technologie anbiete. Die Antragsgegnerin verkenne dabei, dass die ToF-Technologie kein Alleinstellungsmerkmal sei, dass die Anwendung eines Verhandlungsverfahrens ohne öffentliche Bekanntmachung eröffne. § 3a Nr. 2c) VOL/A sei als Ausnahmetatbestand eng auszulegen. Er setze voraus, dass aufgrund einer technischen Besonderheit oder eines Ausschließlichkeitsrechtes tatsächlich nur ein einziges Unternehmen in der gesamten EU den fraglichen Auftrag durchführen könne. Dies sei hier nicht der Fall. Die Beschränkung des Vergabewettbewerbes auf Systeme, die über die ToF-Technologie verfügen, verstoße zudem gegen § 8 Nr. 3 und 4 VOL/A.

Ebenso reiche zur Durchführung einer ordnungsgemäßen Angebotswertung eine alleinige Prüfung des nicht unterzeichneten und damit unverbindlichen Entwurfs des Angebotes vom 28.10.2008 der Beigeladenen nicht aus. In jedem Fall hätte die Antragsgegnerin eine erneute Prüfung des Angebotes auf Abweichungen von dem vorangegangenen Angebotsentwurf durchführen und diesen Vorgang in der Vergabeakte transparent dokumentieren müssen. Im Übrigen sei das Angebot, welches unter Vorbehalt eingereicht wurde, von der Bieterin ----- vorgelegt worden, die Annahmeerklärung erfolgte aber von der ----- . Ihre diesbezügliche Recherche habe ergeben, dass die ----- auf die ----- verschmolzen wurde. Diese Verschmelzung sei allerdings bereits am 06. August 2008 erfolgt. Mit Wirkung zum 01. Oktober 2008 sei diese in ----- umformiert worden. Zum Zeitpunkt des Angebotes existierte eine ----- folglich nicht mehr. Vor diesem Hintergrund sei bereits fraglich, ob überhaupt ein wirksames Angebot abgegeben worden sei. Diese Frage könne auch nicht durch den Hinweis auf die Gesamtrechtsnachfolge nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG) beantwortet werden.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Vertrag über die Beschaffung eines PET/CT-Systems für das ----- ohne Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens gemäß dem Vierten Teil des GWB mit öffentlicher Bekanntmachung und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer abzuschließen,
2. vorsorglich festzustellen, dass ein von der Antragsgegnerin möglicherweise bereits geschlossener Vertrag über die Beschaffung eines PET/CT-Systems nichtig ist,
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der Antragstellerin aufzuerlegen sowie
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen sowie
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung für die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Sie vertritt die Auffassung,

dass die Antragstellerin mit ihrer Rüge bezüglich der nicht berechtigten Vergabe im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert sei. Von einer Entbehrlichkeit des Rügeerfordernisses könne außerhalb einer hier nicht gegebenen de-facto-Vergabe im Hinblick auf den Regelungsgehalt des § 107 Abs. 3 GWB keine Rede sein.

Kenntnis von einem vermeintlichen Vergabeverstoß liege im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB bereits dann vor, wenn neben dem Wissen um die maßgeblichen Tatsachen nach zumindest laienhafter rechtlicher Wertung der Rückschluss auf eine Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen gezogen werden könne. Daran gemessen, müsse man das Schreiben der Antragstellerin vom 24.02.2009 bezüglich des gewählten Verhandlungsverfahrens als eine verspätete Rüge einstufen. Denn in ihrem Schriftsatz vom 03.03.2009 habe sie selbst ausgeführt, dass sie bereits Ende Januar 2009 Kenntnis davon hatte, dass die Antragsgegnerin bzw. deren Betriebsausschuss am 04.12.2008 einen Beschluss über die Beschaffung eines PET/CT-Systems gefasst habe, ohne zuvor eine Öffentliche Ausschreibung mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung durchgeführt zu haben. Vor diesem Hintergrund und der gängigen Rechtsprechung, insbesondere dem Beschluss des OLG Naumburg, wonach die Rügefrist bei Kenntniserlangung von einem Vergabeverstoß vier Kalendertage betrage, sei die Antragstellerin mit ihrer Rüge bei weitem verspätet.

Auch könne sie sich nicht auf ihr Schreiben vom 10.02.2009 berufen, denn dieses stelle keine Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB dar. Schlichte Fragen nach Inhalt und Begründung einer Ausschlussentscheidung erfüllten den Rügetatbestand nicht. Selbst wenn man dieses Schreiben als Rüge anerkennen wollte, sei diese jedoch ebenfalls nicht unverzüglich ausgesprochen worden.

Ebenso scheidet eine Berufung auf eine Pflicht zur Information gemäß § 13 VgV aus, da auch in diesem Zusammenhang eine Rügepflicht bestehe, der man ebenfalls nicht unverzüglich nachgekommen sei. Die Antragstellerin könne sich nicht erfolgreich auf eine angebliche Unkenntnis von der Zuschlagserteilung berufen. Bereits aus der Mitteilung des ----- vom 18.02.2009, der Auftrag sei im Wege eines ordentlichen Vergabeverfahrens auf der Grundlage des § 3a Nr. 2 c) VOL/A durchgeführt worden sowie der zusätzlich zum Ausdruck gebrachten Hoffnung, die Antragstellerin möge sich auch zukünftig an den Ausschreibungen der Antragsgegnerin beteiligen, habe man unmissverständlich über die bereits abgeschlossene Zuschlagserteilung berichtet. Dieser Gesichtspunkt würde im Übrigen uneingeschränkt auch für die hier nicht vorliegende de-facto-Vergabe Geltung beanspruchen.

Darüber hinaus irre die Antragstellerin, wenn sie behauptet, die Voraussetzungen des § 3a Nr. 2 c) VOL/A lägen nicht vor. Im Vorfeld der Beschaffung habe die Vergabestelle technische Recherchen bezüglich der auf dem Markt angebotenen PET/CT-Geräte durchgeführt. Parallel hierzu habe der -----, im Internet recherchiert. Da die durchgeführte Markterkundung allein aufgrund der allgemein zugänglichen Informationen und des im Hause der Antragsgegnerin vorhandenen Sachverständes erfolgte, waren Gespräche mit Anbietern nicht erforderlich. Lediglich im Zeitraum Juli/November 2008 habe es zwei unverbindliche Unterhaltungen zwischen ----- gegeben. Im Ergebnis ihrer Untersuchungen habe man im Einklang mit den Regelungen des Vergaberechtes festgestellt, dass allein die Time-of-Flight-Technik sowie die Open-View-Gantry-Technik bereits die Anwendung des § 3a Nr. 2 c) VOL/A rechtfertige.

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung verweist die Antragstellerin hinsichtlich der Wirksamkeit des Vertragsschlusses auf die Regelungen der §§ 2 ff UmwG, ausweislich derer die ----- auf die -----verschmolzen sei, mithin also ein Fall der Gesamtrechtsnachfolge vorliege.

Den Beteiligten ist in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben worden, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

Mittels Beschluss vom 13.03.2009 ist der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabeakten der Antragsgegnerin gewährt worden.

Am 17.03.2009 ist die -----, mittels Beschluss 1 VK LVwA 11/09 zum Verfahren beigegeben worden.

Die erkennende Kammer hat aufgrund des Beweisbeschlusses 1 VK LVwA 11/09 vom 30.03.2009 die Zeugen ----- geladen und in der mündlichen Verhandlung vernommen.

Mit Verfügungen des Vorsitzenden der Vergabekammer wurde die Entscheidungsfrist zuletzt bis zum 11.05.2009 verlängert.

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

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unzulässig.

Die Vorschriften des § 97 ff. GWB sind anwendbar, da der seit dem 01.01.2008 maßgebliche Schwellenwert in Höhe von 206.000 Euro gem. § 100 Abs. 1 GWB in dem streitbefangenen Vergabeverfahren überschritten ist.

Die sachliche und örtliche 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 i. V. m. d. Gemeinsamen Geschäftsordnung d. VgK, Bek. des MW v. 29.06.2007 (MBI. LSA Nr. 26/2007).

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 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. Hier war es der Antragstellerin mangels Bekanntmachung nicht ermöglicht worden, ein Angebot im Rahmen der Beschaffung eines PET/CT-Gerätes abzugeben. Die Antragsbefugnis setzt daher lediglich den Vortrag voraus, dass bei einer Beteiligungsmöglichkeit am Wettbewerb ein Angebot abgegeben worden wäre. Dies ist hier unzweifelhaft der Fall. Die Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte der Antragstellerin ist somit ebenso gegeben, wie die Gefahr eines daraus resultierenden Schadens.

Die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages folgt alternativ aus der Nichteinhaltung einer auch hier zu gewährleistenden Rügeverpflichtung nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB bzw. aus § 114 Abs. 2 GWB, wenn zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein wirksamer Vertrag über die Anschaffung eines PET/CT-Gerätes zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen existierte.

Dazu ist zunächst einmal festzustellen, dass die erkennende Kammer im Ergebnis der Abschlussberatung die noch in der mündlichen Verhandlung als wahrscheinlich erachtete Auffassung zum Wegfall des Rügeerfordernisses nicht aufrecht erhalten kann. Die Regelung des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB entfaltet demnach auch in diesem Falle ihre Wirksamkeit. Diese Feststellung erfolgt ausdrücklich in Kenntnis der diesen Aspekt beleuchtenden Rechtsprechung zur de-facto-Vergabe bzw. zum Verhandlungsverfahren ohne Vergabebekanntmachung, insbesondere des Beschlusses des BayObLG vom 22.01.2002 - Verg 18/01 - sowie des OLG Celle vom 08.12.2005 - 13 Verg 2/05 -.

Ob die Anwendung des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB unter bestimmten Fallkonstellationen auch für eine de-facto-Vergabe angenommen werden kann, mag hier dahinstehen. Hier war entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht über die Vergaberechtskonformität einer de-facto-Vergabe, sondern über die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Vergabebekanntmachung auf der Grundlage des § 3a Nr. 2c) VOL/A zu befinden. Aus Kammersicht definiert sich eine de-facto-Vergabe als Verlust jedweder Form der Förmlichkeit eines Vergabeverfahrens. Hier liegt zum einen ein Vergabevermerk vor, dessen Existenz bereits gegen die Qualifizierung als de-facto-Vergabe spricht. Zum anderen beinhaltet dieser Vermerk die „klassischen Phasen“ eines Verhandlungsverfahrens nach § 3a Nr. 2c) VOL/A, als wären die Erarbeitung der vermeintlichen Alleinstellungsmerkmale, die Analyse des Anbietermarktes, die Schlussfolgerung auf die für einschlägig erachteten Regelung des § 3a Nr. 2c) VOL/A, die Aufforderung (wenn auch nur mündlich) gegenüber dem alleine für lieferfähig gehaltenen Bieter zur Abgabe eines Angebotes, die Bewertung dieses Angebots bis hin zur Schlussfolgerung eines mit diesem Bieter abzuschließenden Vertrages. Die Gesamtschau der Umstände macht daher nur allzu deutlich, dass vom Verlust jedweder Form der Förmlichkeit bei dieser Vergabe keine Rede sein kann. Da ein gegebenenfalls zu Unrecht auf § 3a Nr. 2c) VOL/A gestütztes Verhandlungsverfahren nicht mit einer de-facto-Vergabe gleichzusetzen ist, ist die Frage der Zulässigkeit der Berufung auf § 3a Nr. 2c) VOL/A nicht an dieser Stelle zu beleuchten.

Die erkennende Kammer kann sich daher hier auf die Feststellung beschränken, dass der in § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB enthaltene Begriff „im Nachprüfungsverfahren“ keine personelle Einschränkung, sondern lediglich eine zeitliche Bestimmung beinhaltet und daher zumindest auch im Verhandlungsverfahren ohne Vergabebekanntmachung Beachtung finden muss. Ausweislich der Motive zur Einführung des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Bundesdrucksache 13/9340, zu § 117 [107] unten) soll sichergestellt werden, dass unnötige Verfahren vor den Nachprüfungsinstanzen vermieden werden. Diesem Ziel wird man jedoch nur dann gerecht, wenn für während der Durchführung eines Vergabeverfahrens erkannte vermeintliche Rechtsverstöße stets die Verpflichtung besteht, diese gegenüber nicht denkbare böswilligen Auftraggebern zu rügen. Soweit man in diesem Zusammenhang von Pflichtenkreisen zwischen dem in einem Vergabeverfahren involvierten Bieter gegenüber dem Auftraggeber spricht, die Existenz dieser Pflichtenkreise bei Nichteinbindung eines Konkurrenten aber in Zweifel zieht bzw. verneint, sei der Hinweis erlaubt, dass diese Haltung weder mit dem Wortlaut noch mit den Motiven des Gesetzgebers begründet werden kann. Vielmehr scheint diesem Ansatz der Gedanke innezuwohnen, dass eine Nichteinbindung eines potentiellen Bieters durch die Auftraggeberseite stets willkürlich und damit im Zweifel auch rechtswidrig erfolge und dieser Auftraggeber daher gewissermaßen nur eingeschränkt schutzwürdig sei, was wiederum den Wegfall des Rügeerfordernisses zur Folge hätte. Diese einengende Betrachtungsweise der den Öffentlichen Auftraggeber motivierenden Umstände tut diesem in der Oberflächlichkeit ihres Ansatzes sicherlich Unrecht und erscheint im Hinblick auf die im Gegensatz dazu nachlesbaren Beweggründe des Gesetzgebers - Vermeidung unnötiger Verfahren - nicht gesetzeskonform. Die erkennende Kammer konnte daher zu keiner anderen Auffassung gelangen, als das Verhalten der Antragstellerin auch in der hier vorliegenden Fallkonstellation an den Erfordernissen des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zu messen.

Aus den Darlegungen im Nachprüfungsantrag sowie aus dem Wortlaut des Schreibens der Antragstellerin vom 10.02.2009 gegenüber dem -----, muss zum Zeitpunkt des Abfassens dieses Schreibens antragstellerseitig auf ein Wissen um die vermeintliche Rechtswidrigkeit des Auftraggeberhandelns geschlossen werden. Der Pflicht zur unverzüglichen Rüge spätestens ab dem 10.02.2009 kann dabei der Umstand nicht entgegenstehen, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt des Abfassens ihres Schriftstückes noch nicht über die durch den Auftraggeber konkret für einschlägig erachtete Ausschreibungsnorm wusste. Denn Voraussetzung für die Verpflichtung zur Rüge ist nicht die sichere Kenntnis aller Umstände, die mit der angegriffenen Vergabe im Zusammenhang stehen, vielmehr reicht eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Vorliegens eines vermeintlichen Vergabeverstößes aus. Diese war für die Antragstellerin angesichts der offensichtlichen Kenntnis der auftraggeberseitig bestehenden grundsätzlichen Verpflichtung zur Bekanntgabe sowie der einem Unternehmen, wie dem der Antragstellerin, zu unterstellenden Wissen um die Markt- bzw. Anbietersituation, hier gegeben. Dies folgt für die erkennende Kammer jedenfalls aus der Formulierung des Schreibens vom 10.02.2009. Wer zum einen zum Ausdruck bringt, dass die hier in Streit stehende Beschaffungsmaßnahme zu veröffentlichen sei, zudem schlussfolgert, dass eine öffentliche Ausschreibung nicht erfolgte und anschließend in der Vergangenheitsform von einem „stattgefundenen Ausschluss vom Wettbewerb“ spricht, der hat damit zu erkennen gegeben, dass er im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zumindest hinreichend sicher ist, einen Vergabeverstoß aufgedeckt zu haben. In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass die Antragstellerin unter anderem auch dieses Schreiben selbst als Rügeschreiben im Nachprüfungsverfahren eingeführt hat. Die erkennende Kammer hält die antragstellerseitige rechtliche Einordnung zwar für fehlerhaft, wertet diese jedoch als ein sicheres Indiz dafür, dass man zum Zeitpunkt des Abfassens dieses Schreibens offenbar eine rügerelevante Situation vorgefunden zu haben glaubte.

Für die Antragstellerin hat dies zur Konsequenz, dass zumindest ab diesem Zeitpunkt der Entäußerung die Verpflichtung bestand, das Verhalten des Auftraggebers diesem gegenüber unverzüglich zu rügen, d. h. eine Missbilligung sowie eine Forderung nach Abhilfe auszusprechen. Das fragliche Schreiben beinhaltet jedoch weder eine hinreichend deutliche Kritik noch eine Forderung nach Abhilfe. Vielmehr wird neben tatsächlichen Feststellungen zur Bereitschaft der Leistungserbringung und zum Pflichtenkreis eines Öffentlichen Auftragge-

bers lediglich um Information gebeten, wie es zum „Ausschluss der Antragstellerin vom Wettbewerb kommen konnte“. Dieses Schreiben verkörpert somit zum einen das Anlaufen der Rügeverpflichtung, genügt dieser selbst jedoch nicht. Erst in der Versendung des ausdrücklich als Rüge bezeichneten Schreibens vom 24.02.2009 tritt die vom Gesetzgeber geforderte Missbilligungsäußerung samt Abhilfeforderung ausreichend zutage.

Da es für die erkennende Kammer außerhalb eines jeden Zweifels steht, dass eine Rügefrist von 14 Tagen für den hier zu entscheidenden Fall nicht angemessen ist, wurde die Antragstellerin ihrer Verpflichtung zur Rüge nur mit ganz erheblicher Verspätung gerecht. Einem Verwerfen des Nachprüfungsantrages kann an dieser Stelle lediglich noch der Gesichtspunkt entgegengehalten werden, dass man sich zum hier relevanten Zeitpunkt des Erkennens eines vermeintlich rechtswidrigen Auftraggeberhandelns im Falle eines ab dem Zugang des Annahmeschreibens der Beigeladenen am 17.12.2008 wirksamen Liefervertrages bereits zeitlich außerhalb des Vergabeverfahrens befand.

Für diesen Fall ging dem Nachprüfungsantrag vom 03.03.2009 bereits ein wirksamer Vertragschluss zeitlich voraus, was entsprechend der Regelung des § 114 Abs. 2 GWB ebenfalls die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages zur Folge hätte. Eine abschließende rechtliche Bewertung der Umstände um den Vertragschluss erübrigt sich somit.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens in Höhe vonEuro 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 Nachprüfungsverfahrens 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 Nachprüfungsverfahrens im Verhältnis zu den gestellten Anträgen in diesem Verfahren maßgeblich.

Hier werden die Anträge der Antragstellerin verworfen. Somit kommt es zum Unterliegen, so dass diese die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Die Höhe der Verfahrenskosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) unter Zugrundelegung des Angebotes der Beigeladenen Euro.

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

..... **Euro,**

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Unter Berücksichtigung des hier geleisteten Vorschusses in Höhe von Euro hat die Antragstellerin nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses noch einen Betrag in Höhe von **Euro** unter Verwendung des Kassenz Zeichens auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, 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 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 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. Dolge