

2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az.: VK 2 – LVwA LSA 07/07

In dem Nachprüfungsverfahren zur Vergabe eines Bauauftrages „...“
... der

1. ...

Verfahrensbevollmächtigte:

Antragstellerin

...

gegen die

2. ...

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte:

...

hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 27.06.2007 ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, den hauptamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Winklhofer und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Hoffmann beschlossen:

1. Der Antrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten (Gebühren und Auslagen) dieses Verfahrens zu tragen. Die Kosten des Verfahrens werden auf ... € festgesetzt.

3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war für die Vergabestelle notwendig.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin sandte am 21.07.2006 den Bekanntmachungstext zur Vergabe eines Bauauftrages „...“ ... im Offenen Verfahren an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften.

Eine losweise Vergabe war nicht vorgesehen, während die Abgabe von Varianten/Alternativangeboten für zulässig erklärt wurde.

Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote datierte auf den 30.08.2006, 10:00 Uhr, das Ende der Zuschlagsfrist auf den 21.12.2006.

Die Auftragsausführung sollte 14 Tage nach Auftragserteilung beginnen und am 27.04.2008 beendet werden.

Am 04.08.2006 gab die Antragsgegnerin folgende Änderungen zum Vergabeverfahren im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bekannt:

1. Ende der Auftragsausführung 27.04.2009
2. Schlusstermin für den Eingang der Angebote 08.09.2006, 10:00 Uhr

Zur Eröffnungsverhandlung am 08.09.2006, 10:00 Uhr lagen 11 Hauptangebote und 39 Nebenangebote vor. Davon reichte die Antragstellerin 3 Nebenangebote ein.

Sie hatte in ihrem 1. Nebenangebot bei den entsprechenden Zeichnungen vermerkt, dass es sich um Regelquerschnitte handele.

Aus den vorgelegten Auswertungsunterlagen bzw. dem Vergabevermerk geht hervor, dass die eingereichten Nebenangebote der Antragstellerin als unvollständig bzw. nicht gleichwertig eingestuft wurden. Aufgrund dessen blieben sie im weiteren Prüfungsverfahren unberücksichtigt.

Nach der formellen und rechnerischen Prüfung aller Angebote, unter Einbeziehung der angebotenen prozentualen Preisnachlässe, belegte die Antragstellerin preislich mit ihrem Hauptangebot den 1. Platz. Mit Schreiben vom 01.12.2006 (vorab per Fax) informierte die Antragsgegnerin gemäß § 13 Vergabeverordnung (VgV) die Antragstellerin, dass sie beabsichtige, ihr den Zuschlag nach Ablauf der Informationsfrist auf ihr Angebot mit einer geprüf-

ten Wertungssumme von ... Euro zu erteilen. Ferner wies sie darauf hin, dass die Auftragssumme nicht der Wertungssumme entsprechen müsse.

Nach Fristablauf erteilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mittels mehrerer Auftragschreiben den Zuschlag. Das hier hinsichtlich seiner rechtlichen Bedeutung in Streit stehende Auftragschreiben (Vertragsnummer 431/160102) sandte sie vorab per Fax der Antragstellerin am 19.12.2006, 13:28 Uhr u. a. mit nachstehendem Inhalt zu:

„Hiermit erteilen wir, aufgrund ihres vorbezeichneten Angebotes, das nach Prüfung und unter Berücksichtigung des Nebenangebotes 1 mit ... € (brutto) abschließt, den Auftrag zur Durchführung der o.g. Baumaßnahme.“

„Gemäß Nebenangebot 1 werden die folgenden Positionen als Pauschale abgerechnet:.....“

„Die im Nebenangebot 1 dargestellten Abmessungen der Überbauten sind Mindestabmessungen.“

Für folgende Positionen ist vor deren Beginn die Zustimmung der ...erforderlich:

OZ 10.1.170 Schutzmaßnahmen für Winterbau

OZ 10.2.160 Bindemittel ausstreuen

OZ 10.2.170 Geschütt. Boden verbessern

OZ 10.4.210 Reinigung der AGS-Schicht

OZ 11.1.160 Schutzmaßnahmen für Winterbau

OZ 11.2.160 Bindemittel ausstreuen

OZ 11.2.170 Geschütt. Boden verbessern

OZ 11.4.210 Reinigung der AGS-Schicht

Der Bereichsleiter Kalkulation, Herr ..., bedankte sich am 19.12.2006, 14:08 Uhr für den Auftrag mit der Vertragsnummer 431/160102 per E-Mail. Damit man noch in diesem Jahr mit den Vorbereitungen beginnen könne, bat er die Antragsgegnerin um Übersendung des Bodengrundgutachtens in digitaler Form.

Mit Schreiben vom 18.01.2007 teilte die Antragstellerin, Posteingang bei der Antragsgegnerin am 19.01.2007, nunmehr mit, dass sie im Zuschlagsschreiben zum Vertrag mit der Nummer 431/160102 Änderungen hinsichtlich der Formulierung zu den Abmessungen der Überbauten zum vorliegenden Angebot vorgefunden habe. In diesem Zusammenhang wurde auch auf das Erfordernis der vorherigen Zustimmung der ...verwiesen.

Dem Schreiben der Antragstellerin liegt die Auffassung zugrunde, dass gemäß § 150 Abs. 2 BGB es sich bei dem Zuschlagsschreiben Nr. 431/160102 um Änderungen ihres Angebotes handele. Darin liege eine Ablehnung ihres Angebotes unter Unterbreitung eines neuen An-

trages seitens des Antragsgegners. Durch die Ablehnung sei lt. § 146 BGB ihr ursprüngliches Angebot erloschen. Sie schlug vor, dass gewünschte Vertragsverhältnis ordnungsgemäß zu vereinbaren und bat diesbezüglich um einen Gesprächstermin.

Mittels Schreiben der Antragsgegnerin vom 29.01.2007 wies diese die rechtliche Bewertung der Antragstellerseite als nicht zutreffend zurück. Tatsächlich seien im Zuschlagsschreiben keine relevanten Abweichungen gegenüber dem abgegebenen Angebot formuliert worden.

Die Antragstellerin widersprach diesen Feststellungen mit Schreiben vom 05.02.2007 und wies nochmals darauf hin, dass es sich bei den in ihrem 1. Nebenangebot angeführten Maßen um Regel- und nicht um Mindestmaße handele. Ein Vertrag sei aufgrund der Änderungen demnach nicht zustande gekommen.

In der darauf folgenden Zeit wurde weiterer Schriftverkehr zwischen der Vergabestelle und der Antragstellerin gewechselt, der allerdings keine Einigung zwischen den beiden Parteien

erbrachte. Die Antragstellerin hatte der Vergabestelle am 14.03.2007 eine Ergänzung zu ihrem Angebot vom 07.09.2006 übersandt.

Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 03.04.2007 diesem Ergänzungsangebot nicht zugestimmt. Sie kündigte an, dass sie gegebenenfalls die Durchführung des Bauvorhabens durch die Antragstellerin ablehnen werde. Die Antragstellerin verstoße gegen vertragliche Treue- und Kooperationspflichten.

Mit Schreiben vom 05.04.2007 wies die Antragstellerin „ohne dies weiter zu kommentieren“ den Vorwurf eines krassen Verstoßes gegen die Treue- und Kooperationspflicht zurück.

Die Antragsgegnerin forderte die Antragstellerin am 27.04.2007 auf, bis zum 04.05.2007 mit den aus dem Bauvertrag geschuldeten Leistungen zu beginnen. Anderenfalls sähe sie sich gezwungen, den Bauvertrag nach § 8 Nr. 3 VOB/B zu kündigen.

Daraufhin hat die Antragstellerin ihre Rechtsauffassung mit Schreiben vom 30.04.2007 noch einmal bekräftigt. Sie ist der Ansicht, dass die Umsetzung der Ankündigung einen Vergaberechtsverstoß darstelle, den sie ausdrücklich rüge.

Mit Schreiben vom 15.05.2007 erklärte die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin die Kündigung des Bauvertrages Nr. 431/160102 gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B. In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin die ihr bauvertraglichen obliegenden Leistungspflichten nicht erfüllt habe. Trotz mehrfacher Leistungsaufforderung habe sie mit der Durchführung der Baumaßnahme nicht begonnen. Als Folge ihrer Untätigkeit träfen sie die Mehrkosten einer nunmehr erforderlich gewordenen

Neuausschreibung und Vergabe sowie die Kostenerhöhung durch die Verzögerung des Baubeginns.

Mit Schreiben vom 16.05.2007 kritisierte die Antragstellerin, dass die Kündigung eines nicht bestehenden Bauvertrages ins Leere laufe und fordert stattdessen die Antragsgegnerin auf, ihr den Zuschlag bis zum 23.05.2007 auf das von ihr unterbreitete 1. Nebenangebot in der Fassung des Ergänzungsangebotes vom 14.03.2007 zu erteilen.

Eine Reaktion erfolgte seitens der Antragsgegnerin nicht.

Mit Schriftsatz vom 24.05.2007 reichte die Antragstellerin daraufhin einen Nachprüfungsantrag bei der 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt ein.

Die Vergabekammer hat diesen Antrag der Antragsgegnerin noch am gleichen Tage zugestellt.

Die Durchsicht der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen ergab, dass in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Punkt 1.5 der Baubeschreibung ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass bei der Pauschalierung von Teilleistungen die in den Ausschreibungszeichnungen angegebenen Abmessungen als Mindestabmessungen zu übernehmen sind.

Der Vergabevorschlag, welcher ein Bezuschlagen des Hauptangebotes der Antragstellerin vorsieht, wurde dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung über das Ministerium für Landesentwicklung und Verkehr des Landes Sachsen-Anhalt mit Schreiben vom 23.10.2006 vorgelegt. Darin kündigt die Antragsgegnerin an, das 1. Nebenangebot noch einmal auf Brauchbarkeit zu prüfen und gegebenenfalls den Zuschlag zu erteilen. Diesem Vergabevorschlag stimmte das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung mit Schreiben vom 30.11.2006 zu. Gleichzeitig bat es um Berichterstattung über das Ergebnis der erneuten Prüfung des 1. Nebenangebotes.

Bei der Sichtung der Angebotsunterlagen der Antragstellerin stellte die erkennende Kammer fest, dass mit dem 1. Nebenangebot ein geändertes Lagersystem und der Überbau als ausgewogener Spannbetonplattenbalken angeboten wurde. Ebenso erkannte die Antragstellerin die Vorbemerkungen des Hauptangebotes als verbindlich an und wies darauf hin, dass die Mengenansätze aufgrund von Veränderungen angepasst wurden. Darüber hinaus umfasst das Nebenangebot unter Ziffer 6 eine Pauschalierung der geänderten Positionen. Bei den geänderten Positionen handelt es sich um die Ordnungszahlen (OZ) 1.1.10, 10.3.10, 10.4.50, 10.4.60, 10.4.150, 10.5.50, 10.5.51, 11.3.10, 11.4.50, 11.4.60 und 11.4.150. Alle weiteren Positionen blieben unverändert. Außerdem wurde dem Nebenangebot eine Vorstatik beigelegt. Diese enthält Zeichnungen bezüglich der Regelquerschnitte für den Überbau.

Darin findet sich der Hinweis, dass endgültige Abmessungen nach „statischen, konstruktiven und wirtschaftlichen Erfordernissen“ festzustellen sind.

Das in seiner rechtlichen Bedeutung umstrittene Auftragsschreiben, datiert auf den 19.12.2006, ist wie folgt verfasst:

„....hiermit erteilen wir Ihnen im Namen und für Rechnung der Bundesrepublik D...., aufgrund Ihres vorbezeichneten Angebotes, das nach Prüfung und unter Berücksichtigung des Nebenangebotes 1 mit ... € (brutto) abschließt, den Auftrag zur Durchführung der o.g. Baumaßnahme.

..

Gemäß Nebenangebot 1 werden die folgenden Positionen als Pauschale abgerechnet:

OZ 1.1.10

OZ 10.3.10

OZ 10.4.50.....

OZ 10.4.60 ...

OZ 10.4.150...

OZ 10.5.50.....

OZ 10.5.51

OZ 11.3.10

OZ 11.4.50.....

OZ 11.4.60..... und

OZ 11.4.150 ..

..

Die im Nebenangebot 1 dargestellten Abmessungen der Überbauten sind Mindestabmessungen.“

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung,
dass das Nachprüfungsverfahren zulässig und begründet sei.

Im Hinblick auf das Erfordernis des zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahrens wird darauf verwiesen, dass zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin weder ein wirksamer Vertrag zustande gekommen noch auftraggeberseitig die Aufhebung des Vergabeverfahrens ausgesprochen worden sei.

Das am 19.12.2006 von der Antragsgegnerin versandte Zuschlagsschreiben unterscheide sich in zwei Punkten von ihrem eingereichten Nebenangebot und sei daher nicht geeignet, eine vertragliche Verpflichtung zu begründen. So werde abweichend vom Angebotsinhalt im

Zuschlagsschreiben bestimmt, dass die im Nebenangebot 1 dargestellten Abmessungen der Überbauten Mindestabmessungen seien. Ferner solle die Antragsstellerin für die Bereitstellung des Baubüros (... € brutto) und der Leistungen aus der Baustell-V (... € brutto) einen gesonderten Auftrag erhalten. Im Gegensatz dazu wurde antragstellerseitig im streitbefangenen Nebenangebot vermerkt, dass es sich tatsächlich um Regelabmessungen handele, die nur aufgrund statischer, konstruktiver und wirtschaftlicher Erfordernisse noch einer Veränderung unterfallen könnten.

Das Zuschlagsschreiben könne somit nicht als uneingeschränkte Annahme ihres Angebotes gewertet werden, sondern sei rechtlich vielmehr als ein Neuangebot nach § 150 Abs. 2 BGB zu behandeln. Dieses sei durch die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt weder ausdrücklich noch konkludent angenommen worden. So habe man auch im Zusammenhang mit der Bauanlaufbesprechung am 07.03.2007 im Schreiben vom 02.03.2007 ausdrücklich erklärt, dass die Teilnahme nicht als Indiz für einen Vertragsschluss, sondern lediglich als freiwilliges Entgegenkommen angesehen werden könne.

Darüber hinaus spreche gegen einen Vertragsschluss u. a. auch die Festlegung der Antragsgegnerin in ihrem Auftragsschreiben, wonach die Zweitschrift des Auftragsschreibens mit der Annahmestätigung der Antragsstellerin umgehend zurück zu senden sei. Dies sei von Seiten der Antragstellerin nicht erfolgt. Aufgrund der gewillkürten Schriftform wäre der Vertrag nur bei Einhaltung derselben zustande gekommen.

Ebenso könne auch die E-Mail des Mitarbeiters ... vom 19.12.2006, 14:08 Uhr nicht als Annahmestätigung gewertet werden. Herr ... habe zum Zeitpunkt der Absendung seiner E-Mail das Zuschlagsschreiben noch nicht vorgelegen. Er habe somit in Unkenntnis derselben und folglich ohne Bindungswillen gehandelt. Auch die genannte Auftragsnummer lasse in diesem Zusammenhang keine andere rechtliche Bewertung zu, da diese der Kennnummer aus dem Bekanntmachungstext entspreche und hier nur zur Bezeichnung des Vergabeverfahrens diene. Letztere verwende die Antragsgegnerin bekannterweise standardmäßig in ihren Auftragsschreiben als Auftragsnummer.

Weiterhin mangle es dem Mitarbeiter ... auch an der notwendigen Vertretungsmacht. Mit der rechtsverbindlichen Unterschrift auf dem Angebotsschreiben durch den Prokuristen Dipl.-Ing. ... habe die Antragsstellerin dokumentiert, dass bindende Willenserklärungen nur durch die auch tatsächlich mit Vertretungsvollmacht versehenen Personen abgegeben werden könnten. Herr ... sei aber als Bereichsleiter Kalkulation nicht befugt, eingehende Zuschlagsschreiben vertragsrechtlich zu bewerten. Die E-Mail des Herrn ... diene einzig und allein dem zügigen Erhalt des Baugrundgutachtens, um im Auftragsfall noch vor dem Jahreswechsel mit den Bauvorbereitungen beginnen zu können.

Wollte man die E-Mail des Mitarbeiters ... dennoch als eine vertragsbegründete Annahmeerklärung werten, so habe diese zwischenzeitlich ihre Wirksamkeit verloren, da diese durch die

Antragstellerin wegen Irrtums gemäß § 119 Abs. 1 BGB erfolgreich angefochten worden sei. Bei der am 17.04.2007 durchgeführten Besprechung habe die Antragsgegnerin erstmalig erklärt, dass sie die fragliche E-Mail als Annahmeerklärung werte. Bereits mit Schreiben vom 30.04.2007 habe die Antragstellerin dieser rechtlichen Fehleinschätzung widersprochen. Die Anfechtung sei auch rechtzeitig erfolgt, da man sie innerhalb der von der Rechtsprechung im Rahmen des § 121 BGB entwickelte Frist von 14 Tagen erklärt habe.

In Anbetracht dieser Umstände müsse mit der Antragstellerin erst noch ein vertragliches Verhältnis begründet werden. Da das Angebot der Antragsgegnerin bis zu diesem Zeitpunkt weiterhin rechtlichen Bindungswillen entfalte, folge aus der in ständiger Rechtsprechung betonten Kooperationspflicht die Verpflichtung der Antragsgegnerin, im Wege der kooperativen Zusammenarbeit einen einvernehmlichen Ausgleich zwischen den gegensätzlichen Interessen zu suchen.

Die Antragstellerin beantragt,

- die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot der Antragstellerin vom 14.03.2007 zu werten, und
- die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin vom 07.09.2006 in der Fassung des geprüften Angebotes vom 14.03.2007 zu erteilen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

- den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

Die Antragsgegnerin ist der Meinung,

dass die Vergabekammer wegen wirksamer Zuschlagserteilung nach § 114 Abs. 2 S.1 GWB unzuständig sei. Mit Zuschlagschreiben der Antragsgegnerin vom 19.12.2006 sei das Vergabeverfahren bereits beendet. Die Vergabekammer habe gemäß § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB aufgrund der Zuschlagsentscheidung über das Begehren der Antragstellerin nicht mehr zu entscheiden. In ihren Rechten verletzte Bieter könnten gegebenenfalls nach § 97 Abs. 7 GWB dann nur noch Schadenersatzansprüche stellen. Die Entscheidung darüber sei dann allerdings gemäß § 13 GVG Aufgabe der ordentlichen Gerichte.

Die Antragsgegnerin vertritt die Auffassung, dass es sich bei dem Satz „Die im Nebenangebot 1 dargestellten Abmessungen der Überbauten sind Mindestabmessungen.“ um keine Änderungen des Nebenangebotes handele. Sie verweist auf die Ziffer 1.5 der Baubeschreibung. Es liege somit ein Zuschlagsschreiben der Antragstellerin vor, das keine Änderungen

zu den Verdingungsunterlagen und ihrem Angebot aufweise. Mit Zugang des Zuschlagsschreibens vom 19.12.2006 sei der Vertrag demnach zustande gekommen.

Sollte man das Zuschlagsschreiben vom 19.12.2006 dennoch als ein Neuangebot ansehen wollen, so habe die Antragstellerin dieses mit der E-Mail ihres Mitarbeiters ... vom gleichen Tage angenommen. Dieser Vertrag entfalte auch weiterhin seine rechtliche Bindung, da die Antragstellerin spätestens mit Erhalt des gegnerischen Schreibens vom 29.01.2007 Kenntnis über die auftraggeberseitige Wertung dieser Erklärung habe. Eine Anfechtungserklärung habe wegen Irrtums am 29.01.2007 zu laufen begonnen. Die Anfechtungsfrist gemäß § 121 Abs. 1 BGB sei durch das Schreiben der Antragstellerin vom 30.04.2007, wie auch bereits in der Besprechung vom 17.04.2007 mitgeteilt, bei weitem überschritten.

Soweit die Antragstellerin ein Bezuschlagen des Ergänzungsangebotes vom März dieses Jahres begehre, sei darauf verwiesen, dass diese die ablehnende Haltung der Auftraggeberseite nicht unverzüglich gerügt habe. Hierbei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass die

Antragstellerin seit Anfang des Jahres 2007 anwaltlich vertreten war. An die Unverzüglichkeit der Rüge seien damit erhöhte Anforderungen zu stellen. Weder die Schreiben der Antragstellerin vom 05.04.2007 noch vom 30.04.2007 stellten Rügen im Sinne § 107 Abs. 3 GWB dar. Das Schreiben vom 30.04.2007 sei insoweit nicht hinreichend konkret. Unabhängig hiervon sei dieses Schreiben auch nicht unverzüglich erfolgt. Auch das Schreiben vom 05.04.2007 enthalte nur ganz vage Aussagen.

II

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Die Vergabekammer ist sachlich nicht zuständig. Die Antragsgegnerin hatte am 19.12.2006, also weit vor Einreichung des Nachprüfungsverfahrens, der Antragstellerin wirksam den Zuschlag erteilt. Nach § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB ist die Vergabekammer nicht befugt, den Zuschlag aufzuheben.

Im Einzelnen:

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die erkennende Kammer zur Ansicht gelangt, dass zwischen den Verfahrensbeteiligten durch Zuschlagsschreiben der Antragsgegnerin vom 19.12.2006 ein Vertrag auf der Grundlage des 1. Nebenangebotes der Antragstellerin zustande gekommen ist, der bis dato Bestand hat. Weder die im streitbefangenen Zuschlagsschreiben enthaltene Anmerkung „Die im Nebenangebot 1 dargestellten Abmessungen der Überbauten sind Mindestabmessungen.“ noch der Vorbehalt der „Zustimmung

zur Ausführung bestimmter Positionen“ begründen eine Angebotsänderung. Damit ist durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen ein wirksamer Vertrag geschlossen worden.

Soweit die Antragstellerin eine andere Auffassung vertritt, verkennt diese, dass sie in ihrem 1. Nebenangebot selbst den Text des Originalleistungsverzeichnisses ausdrücklich anerkannt hat. Dies erfolgte zur Sicherung der Gleichwertigkeit, denn eine Reduzierung der Maße hätte unweigerlich den Ausschluss des Nebenangebotes zur Folge gehabt. Die von der Antragstellerin angegebenen Maße stellen folglich eine Untergrenze dar. Nur so war die Formulierung „Regelquerschnitte, endgültige Abmessungen nach statischen, konstruktiven und wirtschaftlichen Erfordernissen“ im 1. Nebenangebot der Antragsstellerin zu verstehen. Bei anderer Betrachtungsweise hätte die Antragstellerin in ihrem 1. Nebenangebot die Vorgaben aus der Baubeschreibung (vgl. Ziff. 1.5, wonach bei Pauschalierung von Teilleistungen bei Nebenangeboten Abmessungen als Mindestabmessungen zu übernehmen sind) nicht beachtet. Mithin wäre das Nebenangebot nicht wertbar.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin haben die Parteien auch keine besondere Form für die Zuschlagserteilung vereinbart. Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin lediglich gebeten, dass sie die Zweitschrift des Auftragsschreibens mit ihrer Annahmestätigung zurücksendet. Es ergibt sich aus dem Schriftstück nicht, dass die Wirksamkeit des Auftrages davon abhängen sollte. Demzufolge diene die von der Antragsgegnerin erbetene Annahmestätigung des Zuschlagsschreibens lediglich als Beweisurkunde.

Auch soweit die Antragsgegnerin vor Durchführung bestimmter Positionen eine Zustimmung vorbehalten hat, hat sie damit das Angebot der Antragstellerin nicht abgeändert. Dies betrifft lediglich die Durchführung des Vertrages und stellt somit kein Neuangebot durch die Antragsgegnerin dar.

Im Übrigen hätte die Antragstellerin, selbst wenn entgegen der hier vertretenen Auffassung kein Vertrag zustande gekommen sein sollte, die vermeintlichen Vergabeverstöße nicht unverzüglich gegenüber der Antragsgegnerin gerügt. Der Antrag ist nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Aufgrund der kurzen Fristen, die im Vergabeverfahren gelten, muss die Rüge im Regelfall binnen 1 bis 5 Tagen (OLG Naumburg 1 Verg 17/04 vom 14.12.2004) erfolgen und zwar auf dem schnellstmöglichen Weg, gegebenenfalls per Fax oder Telefon. Eine Rügefrist von 2 Wochen, die in der Rechtsprechung als Obergrenze anerkannt wurde (OLG Düsseldorf Verg 1/99 vom 13.04.1999) kann dem Unternehmen lediglich dann eingeräumt werden, wenn eine verständliche Abfassung der Rüge durch eine schwierige Sach- und / oder Rechtslage erschwert wird und die Inanspruchnahme fach- und rechtskundiger Unterstützung erfordert. Die Rügefrist beginnt, wenn dem Bieter diejenigen Tatsachen bekannt sind, aus denen sich ein tatsächlicher oder vermeintlicher Vergabebefehl

ergibt. Die Antragstellerin hatte durch das Schreiben der Antragsgegnerin vom 03.04.2007 Kenntnis darüber, dass diese ihr Ergänzungsangebot ablehnt und als nicht ordnungsgemäß ansieht. Das Schreiben der Antragstellerin vom 05.04.2007 stellt demgegenüber keine Rüge dar. Es ist lediglich allgemein gehalten. Allein aus der Formulierung, ohne dies weiter zu kommentieren, wird nicht deutlich, dass die Antragstellerin sich gegen konkrete Vergabeverstöße wendet. Aus der Rüge muss deutlich werden, dass die Antragstellerin unbedingt eine Beseitigung der Vergabeverstöße verlangt und auch bereit ist, gegebenenfalls ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Diesen Anforderungen wird dieses Schreiben nicht gerecht.

Es kann offen bleiben, ob das Schreiben der Antragstellerin vom 30.04.2007 eine Rüge in diesem Sinne darstellt. Die Rüge ist jedenfalls nicht rechtzeitig, da sie erst 27 Tage nach dem die Antragstellerin Kenntnis von der Nichtbezuschlagung des Ergänzungsangebotes hatte.

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB verzichtet, da allein aufgrund der Aktenlage die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages erfolgen musste. Eine andere Bewertung hätte sich auch nach einer mündlichen Verhandlung nicht ergeben können.

III

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist die Antragstellerin als Unterliegende anzusehen, da ihr Antrag zurückgewiesen wurde.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Als wirtschaftlicher Wert wurde der Auftragswert des 1. Nebenangebotes zuzüglich des Ergänzungsangebotes in Höhe von € ... (brutto) zugrunde gelegt.

Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer, deren Grundlage die Formel € 2.500,-- plus 0,05 % des Auftragswertes ist, ergibt sich ein Richtwert von € Es besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin ist hier als Unterliegende anzusehen. Sie hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Angesichts der besonderen sachlichen- und rechtlichen Schwierigkeiten des Nachprüfungsverfahrens war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Vergabestelle notwendig. (§§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V. mit § 1 Abs. 1 VwVfG LSA und 80 Abs. 2 VwVfG).

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr Hoffmann, hat den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06118 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Oanea

Winklhofer