

69 d · VK - 05/2009

Leitsätze

Verkündungsdatum:	19.03.2009
Aktenzeichen:	69 d VK - 05/2009 -
Typ des Spruchkörpers:	Vergabekammer
Ort:	Darmstadt
Bundesland:	Hessen
Entscheidungserhebliche Normen:	§ 107 Abs. 3 GWB, §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b, 21 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A
Typ der Entscheidung:	Beschluss
Sofortige Beschwerde:	Der Beschluss ist bestandskräftig.

1) Der Inhalt einer Rüge ist aus der Sicht des Erklärungsempfängers, also der Vergabestelle auszulegen. Es kommt darauf an, wie diese die Ausführungen des Bieters nach Treu und Glauben verstehen musste.

2) Eine bloße rechtliche Beurteilung des Verhaltens der Vergabestelle durch einen Bieter reicht regelmäßig allein nicht aus, um daraus eine Rüge abzuleiten. Vielmehr muss die Vergabestelle aufgrund der Ausführungen des Unternehmens konkret erkennen können, welches Verhalten er aus welchen Gründen beanstandet.

3) Ist ein Formular Bestandteil der Vergabeunterlagen, aus dem zweifelsfrei hervorgeht, dass es bei der Einreichung des Angebots beigelegt werden muss und das Angebot nur auf diesem Formular unterschrieben werden kann, ist dieses zwingend von der Wertung auszuschließen, wenn die Unterschrift an anderer Stelle erfolgt ist.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

Wegen

offener EU-weiter Ausschreibung von Wärmelieferungen für das Oberstufengymnasium, die Beruflichen Schulen und die Sporthalle Oberstufengymnasium xxx nach VOL/A

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, die hauptamtliche Beisitzerin MOR' in Lausen und den ehrenamtlichen Beisitzer RA Theil auf die mündliche Verhandlung vom 10.03.2009 am 19.03.2009 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig verworfen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer zu tragen.
3. Die Verfahrenskosten werden auf **3.716,00 EUR** festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner machte im Oktober 2008 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union eine Ausschreibung über einen Lieferauftrag für Wärme aus Holz (mindestens 80 %) für das Schulzentrum Xxx im Wege des offenen EU-weiten Verfahrens bekannt. Der Auftrag umfasste die Errichtung, Installation und den Betrieb einer oder mehrerer Holzfeuerungsanlagen mit erforderlichen Spitzen- und Schwachlastkesseln inkl. Peripherie wie Brennstofflager, Leitungen, Nahwärmeleitungen etc. Die Laufzeit des

Vertrages sollte 15 Jahre, von 2009 bis 2024, betragen. Unter „Zuschlagskriterien“ war aufgeführt: *„Wirtschaftlich günstigstes Angebot in Bezug auf die nachstehenden Kriterien: 1. Wirtschaftlichkeit. Gewichtung: 100.“*

Bei den Vergabeunterlagen, die die Vergabestelle an die interessierten Unternehmen versandte, waren verschiedene Formblätter aus dem „Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen - VHB“ enthalten. U. a. handelte es sich um das Formular EVM (L) Ang 233 (Angebotsschreiben). In Nr. 1.1 waren die Vertragsbestandteile angekreuzt, die dem Angebotsschreiben als Anlagen beizufügen waren. Unter Nr. 8 war aufgeführt, dass die Unterschrift unter dem Angebotsschreiben für alle Teile des Angebots galt. Unter dem Platz, der für die Unterschrift vorgesehen war, hieß es wörtlich: *„Wird das Angebotsschreiben an dieser Stelle nicht unterschrieben, gilt das Angebot als nicht abgegeben.“*

Die Vergabestelle stellte im Laufe des Verfahrens fest, dass die von ihr an die Bewerber versandten EVM- Formblätter aus dem VHB nur für nationale Vergaben galten. Ende Oktober 2009 übersandte sie daher neue EVM- Formblätter, nämlich die für EU-weite Vergaben, an die ihr bis dahin bekannten Bewerber und bat um den Austausch der Formblätter. U. a. handelte es sich dabei um das Formblatt EVM 231 EG (Aufforderung zur Abgabe eines Angebots) sowie 233 EG (Angebot). Auf dem Formblatt 231 EG hatte die Vergabestelle angekreuzt, dass alle Formblätter zurückzugeben waren und Vertragsbestandteil werden sollten. In dem ebenfalls übersandten Formblatt 232 EG (Bewerbungsbedingungen) hieß es unter Ziffer 3.2: *„Für das Angebot sind die vom Auftraggeber übersandten Vordrucke zu verwenden; das Angebot ist an der dafür vorgesehenen Stelle zu unterschreiben.“*

Bei dem Eröffnungstermin am 16.12.2008 waren vier Angebote eingegangen, u. a. das der Antragstellerin und der Beigeladenen. Das Angebotsschreiben der Antragstellerin war auf ihrem eigenen Briefbogen ausgefertigt und trug zwei Unterschriften. Das Angebot selbst enthielt keines der von der Vergabestelle übersandten Formblätter, weder die für nationale Vergaben vorgesehenen noch die später ausgetauschten, für EU-weite Vergaben gültige. Die Vergabestelle ging daher davon aus, dass das Angebot der Antragstellerin nicht an der dafür vorgesehenen Stelle unterzeichnet war und überprüfte noch einmal die beim zuständigen Rechnungsprüfungsamt hinterlegte Angebotsweitschrift. Auch diese enthielt die Formblätter nicht.

Vor Ablauf der zweimal verlängerten Zuschlagsfrist, dem 29.01.2009, erkundigte sich die Antragstellerin im Januar 2009 telefonisch nach dem Stand des Verfahrens. Der Antragsgegner teilte ihr mit, dass ihr Angebot ohne das Formular EVM (L) Ang eingegangen sei und dass das Angebot deshalb von der Wertung ausgeschlossen werden müsse. Ungeachtet dieser Tatsache hatte die Vergabestelle eine rechnerische Prüfung vorgenommen, nach der das Angebot der Antragstellerin das preisgünstigste war.

Mit Schreiben vom 22.01.2009 übersandte die Antragstellerin die EVM- Formulare ausgefüllt und rechtsverbindlich unterzeichnet an die Vergabestelle. Es handelte sich um die Formulare für eine nationale Ausschreibung. Sie führte in dem Schreiben wörtlich aus: *„Wir sind der festen Überzeugung, dass die EVM- Formulare entsprechend unserer jahrelangen Übung bereits bei Angebotsabgabe zum Einreichungstermin bei den Unterlagen vorhanden waren und können uns nicht erklären, weshalb diese EVM- Formulare nicht Teil des eingereichten Angebots waren. Wir gehen nach eingehender Rechtsberatung aber davon aus, dass das Nichtvorhandensein der EVM- Formulare nicht zum Ausschluss führen muss.“* Im Folgenden begründete sie ihre Rechtsauffassung. Schließlich endet das Schreiben mit dem Satz: *„Wir bedauern, dass durch das nicht aufzuklärende Fehlen der EVM- Formulare Unannehmlichkeiten entstanden sind, gehen aber davon aus, dass unser Angebot vom 15. Dezember 2008 gewertet wird.“*

In zwei Telefonaten am 27.01.2009 erklärte die Vergabestelle gegenüber der Antragstellerin noch einmal, dass das Angebot ausgeschlossen werden müsse. Am 29.01.2009 schickte sie der Antragstellerin eine Absage nach § 13 VgV per Telefax. Unter Punkt 1 *„Formale Prüfung“* gab es verschiedene Möglichkeiten, Aussagen anzukreuzen. Die Aussage: *„Ihr Angebot wird von der Wertung ausgeschlossen, weil“* war nicht angekreuzt, jedoch der Unterpunkt: *„ es nicht vollständig ist.“* In dem Schreiben war außerdem angegeben, dass der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden sollte.

Am 11.02.2009 reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag ein. Sie behauptet, ihr seien die EVM- Formblätter aus dem VHB, die den Zusatz „xxx“ trügen, nie übermittelt worden. Vielmehr seien ausschließlich Formblätter ohne den Zusatz „xxx“ verwendet worden. Auf dem ihr übersandten Formular EVM (L) A 231 (Angebotsanforderung) sei unter dem Punkt 3, in dem die mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen aufgeführt werden könnten, auf die Leistungsbeschreibung verwiesen worden. Daraus sei ersichtlich, dass für die vorzulegenden Unterlagen nicht dieses Formblatt, sondern die

Leistungsbeschreibung maßgeblich sei. Insofern liege ein typischer Fall der Verwendung mehrdeutiger Klauseln vor. In einem solchen Fall müsse die Auslegung zu Lasten des Verwenders, also der Vergabestelle, gehen.

Ihr Angebot habe auch nicht zwingend von der Wertung ausgeschlossen werden müssen. Die fehlende Beifügung der Formulare sei ein Fall des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A, da das Angebot nicht die geforderten Angaben und Erklärungen enthalte. Nach dem Wortlaut des § 25 Nr. 1 Abs. 2 a VOL/A stehe der Vergabestelle aber ein Ermessen zu, ob sie das Angebot werte oder nicht. Die Auffassung, dass aus Gründen der Gleichbehandlung immer ein Ausschluss erfolgen müsse, sei im Fall von Vergaben nach der VOL/A fehlerhaft. Es könne kein Vergleich mit Fällen, die nach der VOB/A zu beurteilen seien, gezogen werden, da § 25 Nr. 1 b VOB/A - anders als die VOL/A - den zwingenden Ausschluss von nicht vollständigen Angeboten anordne.

Der Ausschluss ihres Angebots wegen der fehlenden Unterschrift sei ebenfalls nicht haltbar. Sie habe ihr Angebot auf einem Schreiben mit dem Briefkopf der Firma unterbreitet und von zwei vertretungsberechtigten Mitarbeitern unterzeichnen lassen. Dadurch sei die Rechtsverbindlichkeit gegeben. Die Unterschriften umfassten das gesamte Angebot mit allen Anlagen, da sich das Schreiben auf die Aufforderung zur Angebotsabgabe beziehe.

Die **Antragstellerin** beantragt,

das von dem Eigenbetrieb Gebäudemanagement xxx Kreis durchgeführte Verfahren zur Vergabe der Wärmelieferung aus Holz für das Schulzentrum xxx, xxx nachzuprüfen und das Angebot der Antragstellerin zur Wertung zuzulassen und in einer neuen Wertung aller zugelassenen Angebote zu berücksichtigen.

Der **Antragsgegner** beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückzuweisen.

Er ist der Auffassung, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOL/A zu Recht von der Wertung ausgeschlossen wurde, weil es nicht unterschrieben war. Aus den Vergabeunterlagen sei klar hervorgegangen, dass das Angebot als nicht abgegeben gelte, wenn es nicht an der dafür vorgesehenen Stelle auf dem einzureichenden Formblatt unterzeichnet war. Ein Ermessen der Vergabestelle sei nicht gegeben.

Es liege kein Fall des § 25 Nr. 1 Abs. 2 a VOL/A vor, da es nicht darum gehe, dass geforderte Angaben oder Erklärungen nicht im Angebot enthalten gewesen seien.

Die Beigeladene trägt vor, dass die Antragstellerin den Ausschluss des Angebotes nicht gerügt habe. Insbesondere habe sie nicht auf das Informationsschreiben nach § 13 VgV mit einer Rüge reagiert. Vielmehr habe sie direkt den Nachprüfungsantrag eingereicht. Es wäre aber ihre Pflicht gewesen, sofort nach Erkennen des Vergaberechtsverstoßes eine unverzügliche Rüge gegenüber dem Auftraggeber auszusprechen, damit dieser den Fehler korrigieren und damit ein Nachprüfungsverfahren hätte vermeiden können. Der Antrag sei im Übrigen jedoch auch unbegründet. Es sei nicht glaubhaft, dass die Antragstellerin die Formblätter für die EU-weite Ausschreibung nicht erhalten habe. Selbst wenn dies aber der Fall gewesen wäre, hätte sie die Formblätter für nationale Vergaben, die ursprünglich von der Vergabestelle herausgegeben worden seien, zugrunde legen müssen. Durch die Verwendung eines eigenen Angebotsschreibens anstelle des zwingend vorgegebenen EVM- Musters habe die Antragstellerin unzulässigerweise die Vergabeunterlagen abgeändert und damit gegen § 21 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A verstoßen, was nach der klaren Formulierung des § 25 Nr. 1 Abs. 1 d VOL/A ohne jedes Ermessen seitens des Auftraggebers zwingend zum Ausschluss des Angebotes führen musste. Es bestehe kein Ermessen, weil dieses in einem EU-weiten Verfahren auf Null reduziert sei.

Die **Beigeladene** beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag in der von der Antragstellerin geänderten Form zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig; er wäre jedenfalls unbegründet.

1. Der Schwellenwert nach §§ 100 Abs. 1 GWB, 2 Nr. 3 VgV für Lieferaufträge ist im vorliegenden Fall überschritten. Bei einer 15-jährigen Laufzeit der Wärmelieferungen für

das Schulzentrum ergibt sich ein weitaus höherer Auftragswert als der Schwellenwert von 206.000,00 Euro.

2. Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB. Er ist als Eigenbetrieb ein Sondervermögen einer Gebietskörperschaft, hier des xxx-Kreises.

3. Die Vergabekammer Hessen ist für das Verfahren örtlich und sachlich zu-ständig (§§ 104 Abs. 1, 98 Nr. 1, 99 Abs. 1 und 2 GWB, § 2 Nr. 3 VgV).

4. Die Antragstellerin ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB). Sie hat ihr Interesse an dem Auftrag bekundet, indem sie als Bieterin an dem Vergabeverfahren teilgenommen und ein Angebot abgegeben hat. Sie hat darüber hinaus auch dargetan, dass eine Verletzung ihrer Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften droht. Dabei reicht es aus, wenn sich der Schluss auf die begehrte Rechtsfolge aus ihren Ausführungen ergibt, also insoweit eine schlüssige Darlegung vorliegt. Das ist hier der Fall. Nach der rechnerischen Prüfung der Vergabestelle war das Angebot der Antragstellerin das preislich günstigste. Unterstellt, der durch die Vergabestelle vorgenommene Ausschluss des Angebots wäre rechtswidrig, wäre dadurch der Zuschlag vereitelt worden. Damit notwendig verbunden wäre auch ein Schaden für die Antragstellerin.

5. Die Antragstellerin hat die von ihr geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht unverzüglich gerügt (§ 107 Abs. 3 GWB). Damit ist die Präklusionswirkung des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB eingetreten mit der Folge, dass sie ihren Anspruch auf Überprüfung des von ihr beanstandeten Ausschlusses ihres Angebots von der Wertung verliert.

Grundsätzlich muss der Einreichung eines Nachprüfungsantrags die Erhebung einer Rüge vorausgehen (Summa in jurisPK Vergaberecht, 2 Auflage 2008, § 107 GWB, Rn. 135). Hier ist aus der Aktenlage, insbesondere aus dem Schreiben der Antragstellerin vom 22.01.2009, gar keine Rüge ersichtlich.

Die Rügeverpflichtung setzt zunächst die positive Kenntnis von einem Vergaberechtsverstoß voraus. Zur Kenntnis zählt das Wissen um einen Sachverhalt, der den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß zulässt, und der es zumindest nach laienhafter rechtlicher Wertung als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden (BGH, Beschluss vom 26.09.2006, X ZB 17/06, OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 07.10.2003, 11 Verg 7/03).

Im vorliegenden Fall kann es dahingestellt bleiben, ob die Antragstellerin bei Durchsicht und Bearbeitung der Vergabeunterlagen erkannt hat, dass die von der Vergabestelle überlassenen EVM- Formulare nur nationale Vergaben betrafen und dies fehlerhaft war.

Insoweit müsste der Antragstellerin nachgewiesen werden, dass ihr Kenntnisstand in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einen solchen Grad erreicht hatte, dass ihr „Verharren in Unkenntnis“ als ein mutwilliges Sich-Verschließen vor der Erkenntnis eines Vergaberechtsverstoßes gewertet werden müsste (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 05.03.2009, § 107 GWB, Rz. 1878). Ein solcher Nachweis ist mangels näherer Anhaltspunkte aus der Vergabeakte nicht zu führen.

Die Nichtverwendung der EVM-Formulare für EU-weite Ausschreibungen ist letztlich auch nicht für den von der Antragstellerin jetzt in dem Nachprüfungsverfahren beanstandeten Vergaberechtsverstoß entscheidend. Vielmehr greift sie in ihrem Nachprüfungsantrag den Ausschluss ihres Angebotes an, der – gleichgültig ob er mit der mangelnden Unterschrift oder mit dem Fehlen von Angaben oder Erklärungen begründet wird – darauf beruht, dass dem Angebot der Antragstellerin keinerlei EVM-Formulare beigefügt waren. Unstreitig ist, dass die Antragstellerin jedenfalls die ursprünglich von der Vergabestelle versandten Muster für nationale Ausschreibungen erhalten hat. Von deren Fehlen in ihrem Angebot erfuhr sie nach ihrem eigenen Vortrag positiv „im Januar 2009“ telefonisch. Zwar ist der genaue Zeitpunkt dieses Telefonats nicht bekannt. Darauf kommt es aber insoweit nicht an, als dass jedenfalls klar ist, dass die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.01.2009 die ausgefüllten EVM-Formulare nachreichte und Ausführungen zu dem beabsichtigten Ausschluss ihres Angebots machte. D. h., spätestens am 22.01.2009 lag bei der Antragstellerin die positive Kenntnis vor, dass die Vergabestelle ihr Angebot aufgrund der bis dahin nicht beigefügten EVM-Formulare für unvollständig hielt und mit dieser Tatsache den Ausschluss des Angebots von der Wertung begründete.

Das Schreiben vom 22.01.2009 enthält jedoch keine Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB. Für die Rüge sind keine ausdrücklichen formalen Anforderungen aufgestellt worden. Da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, die dem Auftraggeber zugehen muss, ist eine Rüge jedoch wie alle Willenserklärungen gemäß § 133 BGB so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger, also die Vergabestelle, nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen muss (OLG München, Beschluss vom 26.06.2007, Verg 6/07). Für die Auslegung maßgebend ist der Sinn und Zweck der Rüge. Dem Auftraggeber soll es ermöglicht werden, Fehler im Vergabeverfahren zu korrigieren und damit ein Nachprüfungsverfahren zu vermeiden (OLG Naumburg, Beschluss vom 05.12.2008, 1 Verg 9/08).

Die Ausführungen in dem Schreiben der Antragstellerin vom 22.01.2009 sind jedoch nicht geeignet, daraus eine für die Vergabestelle erkennbare Rüge eines konkreten

Vergabeverstoßes herzuleiten. Ihre Angabe, dass sie der festen Überzeugung war, dass die EVM- Formulare bereits bei Angebotsabgabe bei ihren Unterlagen vorhanden gewesen seien, ist lediglich eine Feststellung. Damit verbunden ist keineswegs eine implizierte Aussage über ein Verhalten der Vergabestelle. Ein Vorwurf in deren Richtung, dass diese die - von der Antragstellerin ordnungsgemäß eingereichten - Unterlagen unzulässigerweise als nicht vorhanden bezeichnet hätte, ergibt sich daraus nicht. Dies gilt umso mehr, als dass die Antragstellerin später von einem „*nicht aufzuklärendem Fehlen*“ der EVM- Formulare spricht. Insgesamt sind daher die Aussagen der Antragstellerin aus Sicht der Vergabestelle lediglich als Erklärungen für die Nichteinreichung der Formulare zu verstehen gewesen. Sie enthalten aber keineswegs Feststellungen über ein Verhalten der Vergabestelle, aus denen sich ohne weiteres ein konkreter Vergaberechtsverstoß herleiten ließe.

Die weiteren Ausführungen der Antragstellerin in dem Schreiben, nämlich, dass sie davon ausgehe, dass das Nichtvorhandensein der Formulare nicht zum Ausschluss ihres Angebots führen müsse, geben lediglich ihre Meinung wieder, was dadurch unterstützt wird, dass die Antragstellerin sich auf eine „*eingehende Rechtsberatung*“ bezieht. Die konkrete Benennung eines Fehlers, verbunden mit der Aufforderung, diesen aufzuheben, enthalten die Darlegungen jedoch nicht. Dafür hätten sie das Verhalten der Vergabestelle, den beabsichtigten Ausschluss des Angebots wegen der fehlenden Unterlagen, als vergaberechtswidrig qualifizieren müssen. Darüber hinaus hätte die Vergabestelle die Möglichkeit haben müssen, die Erwartungen der Antragstellerin, den Ausschluss des Angebots rückgängig zu machen, auf Grund einer eindeutigen Formulierung zu erkennen. Eine solche Formulierung lag jedoch nicht vor. Hier wurde vielmehr lediglich eine Meinung der Antragstellerin wiedergegeben, nämlich dass sie davon ausging, dass ihr Angebot doch gewertet werden würde.

Selbst wenn zu Gunsten der Antragstellerin unterstellt würde, dass sie mit ihrem Schreiben vom 22.01.2009 den Antragsgegner lediglich zum Überdenken seiner Rechtsauffassung anregen wollte und erst der Zugang des Informationsschreibens nach § 13 VgV die - letztlich - positive Kenntnis von dem Ausschluss des Angebots bewirkt hätte, wäre auch in diesem Fall die Rügeobliegenheit verletzt. Die Antragstellerin hat nämlich überhaupt nicht mehr auf das Informationsschreiben nach § 13 VgV reagiert, sondern hat ohne jegliche weitere Korrespondenz mit der Vergabestelle den Nachprüfungsantrag eingereicht.

Soweit das Schreiben der Vergabestelle vom 29.01.2009 Unklarheiten enthält, führen diese nicht zu dem Wegfall der Rügeobliegenheit. Die Vergabestelle hat zwar vergessen,

in dem Vordruck den Satz „Ihr Angebot wird von der Wertung ausgeschlossen, weil“ anzukreuzen. Jedoch war der Unterpunkt „.... es nicht vollständig ist“ gekennzeichnet. Damit war für die Antragstellerin eindeutig klar, dass die Vergabestelle ihr Angebot als nicht vollständig gewertet hatte. Ihr musste daraufhin auch die Konsequenz, nämlich der Ausschluss des Angebotes, klar sein, weil die Gesamtaussagen unter dem Punkt „formale Prüfung“ eingeordnet waren und im Übrigen auch deutlich war, dass der Nebensatz nur im Zusammenhang mit dem Hauptsatz einen Sinn machte. Daraus ergab sich wiederum, dass das Kreuzchen lediglich vergessen worden war. Die Antragstellerin hat im Übrigen auch nicht geltend gemacht, dass sie die Aussage anders verstanden hat.

Die Rüge war auch nicht etwa entbehrlich. Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag am 11.02.2009, also mehr als zwei Wochen nach Erhalt des Informationsschreibens der Vergabestelle, eingereicht. In dieser Zeit hätte sie ohne Weiteres noch eine Rüge erheben und sogar die Reaktion der Vergabestelle abwarten können. Grundsätzlich ist immer dem Zweck der Rüge, die mögliche Korrektur eines Vergabefehlers durch den Auftraggeber, zu genügen. Ein Ausnahmefall, in dem es möglicherweise durch den drohenden Ablauf der Frist nach § 13 VgV nicht mehr möglich gewesen sein könnte, eine Rüge rechtzeitig zu erheben, liegt hier nicht vor.

Daher ist der Nachprüfungsantrag bereits mangels einer ordnungsgemäßen Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB als unzulässig zu verwerfen.

Unabhängig davon wäre er aber auch unbegründet. Unstreitig hat das Angebot der Antragstellerin weder die später von der Vergabestelle zur Verfügung gestellten EVM-Muster für EU-weite Vergaben noch die ursprünglich den Bewerbern übermittelten EVM-Formulare für nationale Vergaben enthalten. Unterstellt, der Antragstellerin lagen tatsächlich nur die Formulare für die nationalen Vergaben vor, hätte sie diese aber zwingend verwenden müssen. Das ergab sich aus den Angaben in dem Formular „EVM (L) Ang 233“ (Angebotsschreiben). Dort waren die Vertragsbestandteile, also Muster, einzeln gekennzeichnet, die dem Angebot beizufügen waren. Darüber hinaus enthielt das Formular den Hinweis, dass das Angebotsschreiben an einer bestimmten Stelle unterzeichnet werden musste, ansonsten das Angebot als nicht abgegeben gelte. Da die Antragstellerin aber ein eigenes Angebotsschreiben erstellte und das von der Vergabestelle vorgegebene Formular nicht benutzte, ist ihr gesamtes Angebot als nicht unterschrieben anzusehen. Ihr Einwand, die Unterschriften auf ihrem individuell gefertigten Schreiben seien rechtsverbindlich, ist dabei unerheblich. Zum einen hat jeder Bieter die Vorgaben der Vergabestelle zu erfüllen, so lange diese rechtmäßig sind.

Dies ist bei der Verwendung von Formularen aus dem VHB nicht zweifelhaft. Zum anderen ist bei dem individuellen Angebotsschreiben der Antragstellerin nicht zweifelsfrei, dass die Unterschriften alle Teile des Angebots umfassen. Daher musste das Angebot wegen fehlender Unterschrift nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5 VOL/A ausgeschlossen werden. Ein Ermessensspielraum stand dem Auftraggeber nach dem Wortlaut der Vorschriften nicht zu, so dass der Ausschluss zwingend vorzunehmen war.

III.

1. Die Antragstellerin hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB).
2. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners und der Beigeladenen zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB).
3. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Beigeladene war notwendig (§§ 128 Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB, 80 Abs. 2 VwVfG), da auf der Grundlage eines komplexen Sachverhaltes schwierige rechtliche Fragen zu beurteilen waren.

IV.

Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 S. 1 GWB).

Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Gebühren und deren Höhe haben die Vergabekammern des Bundes aufgrund eines Beschlusses des Bundeskartellamtes eine Gebührentabelle aufgestellt. Diese Tabelle legt den durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung des jeweiligen Auftragswertes (hier ca. 3,8 Mio. Euro) zugrunde. Die Vergabekammer Hessen übernimmt die Tabelle bei der Festsetzung der Gebühren. Im vorliegenden Fall wird somit die Gebühr auf 3.716,00 Euro festgesetzt.