

69d VK 10/2009

Leitsätze

Beschluss 69d • VK - 10 /2009 -

Spruchkörper:	2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt
Verkündungsdatum:	13.05.2009
Aktenzeichen:	69d • VK - 10 /2009
Typ des Spruchkörpers:	Vergabekammer
Ort:	Darmstadt
Bundesland:	Hessen
Entscheidungserhebliche Normen:	§ 107 Abs. 3 Satz 2 GWB, § 114 Abs.2 Satz 2 GWB
Typ der Entscheidung:	Beschluss
Sofortige Beschwerde:	keine

1. Für die Zulässigkeit eines Feststellungsantrages nach § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB ist Voraussetzung, dass der Nachprüfungsantrag überhaupt zulässig war.
2. Für das Vorliegen der Rügepflicht nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB kommt es darauf an, ob Regelverstöße bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen von einem durchschnittlichen Unternehmen erkannt werden. Ist der Verstoß der fehlenden europaweiten Ausschreibung für einen Bieter spätestens bei Fertigstellung des Angebotes erkennbar, muss er spätestens am Tag des Ablaufs der Frist zur Abgabe der Angebote, gerügt werden.
3. Sind die Beträge einer Kostenschätzung erheblich niedriger als der Schwellenwert von 206.000,00 €, kann die Absicht, zu einem möglichst geringen Auftragswert zu gelangen, um die Vorgaben des Vierten Teils des GWB zu umgehen, nicht unterstellt werden (§ 3 Abs. 2 VgV).
4. Fehlen eine ordnungsgemäße Schätzung und eine nachvollziehbare Darstellung des Auftragswertes durch die Vergabestelle, ist die Vergabekam-

mer gehalten, die Auftragswerte unter Berücksichtigung der übrigen eingegangenen Angebote zu schätzen. Hierbei kann sie das Vorbringen der Antragstellerin, aber auch andere Erkenntnisse, beispielsweise aus früheren Nachprüfungsverfahren, berücksichtigen.

Beschluss

wegen

Vergabe von Dienstleistungen: Vermietung, Vorhaltung, Stellen und Reinigung von Containern, Sanitärcontainern und Toilettenkabinen für die Veranstaltung „xxx“ für Festzelt, Open- Air sowie restliche Container

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium in Darmstadt nach mündlicher Verhandlung vom 27. April 2009 durch die Vorsitzende RD´ in Charlotte Mania, die hauptamtliche Beisitzerin ROR´ in Jutta Jensen- Löbl und den ehrenamtlichen Beisitzer Markus Theil am 13.05.2009 beschlossen:

- I. Das Nachprüfungsverfahren hat sich erledigt.
- II. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag wird zurückgewiesen.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von Euro 2.900,00 erhoben, die von der Antragstellerin zu zahlen ist.
- IV. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin notwendigen außergerichtlichen Kosten sind von der Antragstellerin zu tragen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Sachverhalt

Für den Zeitraum vom xxx findet im Stadtgebiet der Antragsgegnerin der „xxx“ statt. Die Antragsgegnerin schrieb am 12. Januar 2009 im „Deutschen Ausschreibungsblatt“ die Vermietung, Vorhaltung, das Stellen und die Reinigung von Containern, Sanitärcontainern und Toilettenkabinen in vier Vergabeverfahren aus, und zwar 1. für das „Festzelt“, 2. für den „xxx“, 3. für die „Open- Air- Bühne“ und 4. für „restliche Container“.

Der Ausschreibung vorausgegangen war eine Kostenschätzung durch den mit der Ausschreibung beauftragten Mitarbeiter. Danach wurden für die Ausschreibungen „Festzelt“ und „xxx“ jeweils 142.000,00 € ermittelt, für „Open- Air“ 133.000,000 € und für „restliche Container“ 156.000,00 €.

Am 3. Februar 2009 fragte der Leiter des Kompetenz-Center xxx in xxx der Antragstellerin per E-Mail bei der Antragsgegnerin nach, wo die weiteren nach seiner Ansicht erforderlichen Sanitär-/ WC-Container ausgeschrieben seien. Eine entsprechende Frage stellte er am darauffolgenden Tag auch telefonisch und erhielt zur Antwort, die für die restlichen Veranstaltungsorte benötigten Container seien bei den Ausschreibungen „Festzelt“ und „Xxx“ enthalten.

Von insgesamt zehn Firmen wurden die Ausschreibungsunterlagen angefordert, für jede Ausschreibung gingen innerhalb der hierfür gesetzten Frist (16. März 2009) drei Angebote ein, darunter auch diejenigen der Antragstellerin. Deren Brutto- Angebotssummen lagen jeweils über dem Schwellenwert des § 2 der Vergabeverordnung für eine europaweite Ausschreibung von 206.000,00 €.

Mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 30. März 2009 forderte die „xxx GmbH & Co KG, xxx“ die Antragsgegnerin zur Mitteilung über die Höhe der anderen abgegeben Angebote sowie darüber auf, auf welcher Grundlage die Auftragswerte geschätzt worden seien. Die Antragsgegnerin antwortete hierauf mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 31.03.2009, die Anfragen würden wegen fehlender ordnungsgemäßer Vollmacht nicht beantwortet. Die Antragstellerin wies daraufhin mit Schriftsatz vom 31.03.2009 die Bevollmächtigung desjenigen nach, der die Vollmacht für den das Rückschreiben unterzeichnenden Rechtsanwalt ausgestellt hatte. Eine Antwort der Antragsgegnerin auf die gestellten Fragen erfolgte jedoch nicht.

Mit Schriftsatz des Bevollmächtigten vom 01.04.2009 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, der Antragsgegnerin die Fortführung des Vergabeverfahrens zu untersagen und sie zu verpflichten, eine Neuausschreibung vorzunehmen. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, vergaberechtswidrig seien die geordneten Leistungen nicht europaweit ausgeschrieben worden. Hierzu sei die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, da der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge von 206.000,00 € bei den jeweiligen Ausschreibungen überschritten werde, was sich insbesondere aus den von der Antragstellerin eingereichten Angeboten ergebe.

Im Falle einer europaweiten Ausschreibung habe die Antragstellerin ein inhaltlich anderes Angebot mit besseren Zuschlagschancen abgeben können. Weiterhin seien bestimmte Leistungen der Veranstaltungsbereiche bei der Ausschreibung nicht berücksichtigt worden, diese zusätzlichen Leistungen sollten womöglich freihändig vergeben werden. Schließlich sei auch davon auszugehen, dass die Bieter, die die Aufträge erhalten sollten, nicht die gestellten Anforderungen an die einzureichenden Angebote erfüllt bzw. die Eignungsnachweise erbracht hätten.

Die während des Nachprüfungsverfahrens vorgelegte Kostenschätzung des Mitarbeiters der Antragsgegners, die nur eine Seite umfasse, sei nicht nachvollziehbar und enthalte wesentliche Leistungsanteile der streitgegenständlichen Ausschreibungen nicht. Darüber hinaus seien die in den Ausschreibungen enthaltenen Zulagepositionen bzw. Mehrpositionen nicht in der Schätzung enthalten. Für eine genauere Schätzung müsse daher sachverständige Hilfe in Anspruch genommen werden.

Eine Vielzahl von Leistungen sei auch nur in wesentlich geringerem Umfang als bei den drei vorausgegangenen xxx, für welche die Antragstellerin den Zuschlag erhalten habe, ausgeschrieben worden. Die Leistungsverzeichnisse enthielten schließlich viel weniger Toilettenanlagen, als in der Muster- Versammlungsstätten-Verordnung vorgeschrieben. Die Antragstellerin legte zur Darlegung der zu gering veranschlagten Kosten Tabellen vor, aus welchen sich im Vergleich zwischen den - nach ihrer Auffassung - benötigten Container etc. und der tatsächlich ausgeschrieben Positionen unter Zugrundelegung der von der Antragstellerin jeweils eingesetzten Einzelpreise Differenzbeträge zwischen ca. 82.000,00 € („Open Air“) und ca. 138.000,00€ („Xxx“) ergaben.

Die **Antragstellerin** hatte beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, die Vergabeverfahren „Vermietung, Vorhaltung und Stellen und Reinigung von Containern, Sanitärcontainern und Toilettenkabinen für die Veranstaltung Xxx für Festplatz, Xxx, Open- Air sowie restliche Container“, weiterzuführen und in den Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen;
2. die unter Ziff. 1 bezeichneten Vergabeverfahren aufzuheben und die Antragsgegnerin anzuweisen, eine Neuausschreibung der Maßnahme „Vermietung, Vorhaltung und Stellen und Reinigung von Containern, Sanitärcontainern und Toilettenkabinen für die Veranstaltung Xxx für Festplatz, Xxx,

Open- Air sowie restliche Container“ unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer vorzunehmen;

3. hilfsweise: die Antragsgegnerin zu verpflichten, die unter Ziff. 1 bezeichneten Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen;
4. der Antragsgegnerin aufzugeben, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer eine nachvollziehbare und dokumentierte Schätzung des Auftragswertes vorzunehmen und auf der Grundlage dieser Schätzung zu entscheiden, ob die streitgegenständlichen Ausschreibungen aufzuheben und europaweit auszuschreiben sind;
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zum Zweck der entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen;
6. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin notwendig war.

Die **Antragsgegnerin** hatte beantragt,

1. die Anträge als unzulässig, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen;
2. der Antragsgegnerin gem. § 115 Abs. 2 GWB spätestens nach 2 Wochen nach der Entscheidung der Kammer zu gestatten, den Zuschlag zu erteilen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin notwendig war;
4. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur Rechtsverteidigung notwendigen Kosten der Antragsgegnerin der Antragstellerin aufzuerlegen.

Sie hält den Antrag für unzulässig, da der Antragstellerin jedenfalls durch eine unterlassene europaweite Ausschreibung kein Schaden entstanden sei, denn sie habe von den Ausschreibungen Kenntnis erhalten und sich mit Angeboten beworben. Sie sei mit diesem Vorbringen mangels rechtzeitiger Rüge auch präkludiert, denn bereits bei Erstellung ihrer Angebote habe sie erkennen können, dass diese erheblich über dem Schwellenwert lägen, die fehlende europaweite Ausschreibung habe sie jedoch nicht

unverzüglich gerügt. Der Schwellenwert von 206.000,00 € sei bei den einzelnen Ausschreibungen auch nicht erreicht, vielmehr werde dieses Summe sowohl von den Kostenschätzungen der Antragsgegnerin als auch den Angeboten der anderen Bieter erheblich unterschritten.

Der Antragstellerin wurde am 21.04.2009 durch Fax-Übermittlung des Blattes „Kostenschätzung“, mit dem Vermerk „Erstellt bis 23.12.2008“ Akteneinsicht gewährt. Darüber hinaus wurde sie durch die Kammer informiert, dass für jede Ausschreibung insgesamt drei Angebote abgegeben worden seien, deren Angebotssummen - mit Ausnahme der Angebote der Antragstellerin - jeweils unter bzw. nur geringfügig über den ermittelten Schätzwerten lägen, jedoch in keinem Fall den Schwellenwert von 206.000,00 € erreicht hätten. Mangels Vorhandensein einer Vergabeakte wurde keine weitere Akteneinsicht gewährt.

Am 27.04.2009 fand die mündliche Verhandlung mit ausführlicher Erörterung des Sach- und Streitstandes statt. Mit Beschluss der Kammer vom selben Tag wurde der Antragsgegnerin im überwiegenden Interesse der Öffentlichkeit an einem reibungslosen Ablauf des Xxx gem. § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB gestattet, nach Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieses Beschlusses in den streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahren jeweils den Zuschlag zu erteilen.

Den Parteien wurde Schriftsatznachlass bis 30.04.2009 gewährt. Die Antragstellerin machte hiervon Gebrauch und trug u. a. ergänzend vor, bei der Schwellenwertberechnung hätten die vier Ausschreibungen zu einem Gesamtauftragswert addiert werden müssen. Auch eine eigene Kostenschätzung durch die Vergabekammer müsse den Anforderungen des § 3 VgV entsprechen. Hierbei müsse auch berücksichtigt werden, ob die Vergütung für diejenigen Leistungen enthalten sei, die erforderlich sei, um öffentlich-rechtliche Vorgaben, z. B. aus der Versammlungsstättenverordnung, einzuhalten.

Mit Schriftsatz vom 11.05.2009 beantragte die Antragstellerin, für den Fall der erfolgten Zuschlagserteilung gem. § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen habe.

Am 12.05.2009 wurde den hierfür ausgewählten Bieter jeweils der Zuschlag für die ausgeschriebenen Leistungen erteilt.

Entscheidungsgründe

I. Der Feststellungsantrag ist nach § 114 Abs.2 Satz 2 GWB zwar statthaft, da sich das Verfahren wegen der Zuschlagserteilungen erledigt hat, er ist jedoch unzulässig. Für die Zulässigkeit eines Feststellungsantrages nach § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB ist Voraussetzung, dass der Nachprüfungsantrag überhaupt zulässig war.

1. Die Vergabekammer war für die Entscheidung über den Antrag nicht zuständig, da die §§ 97 ff. GWB im vorliegenden Fall nicht anwendbar sind. Nach § 100 Abs. 1 GWB gilt der Vierte Teil des GWB nur für Aufträge, welche die durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegten Schwellenwerte erreichen oder überschreiten. Gem. Art. 2 Nr. 1 b der VO (EG) NR. 1422/2007 beträgt dieser Schwellenwert, d. h. der geschätzte Auftragswert der Liefer- und Dienstleistungsaufträge, ohne Mehrwertsteuer 206.000,00 Euro. Dieser Wert wird im vorliegenden Fall jedoch in keiner der vier Ausschreibungen erreicht, deshalb war der Antrag unzulässig.

Entgegen der im Schriftsatz vom 27. 04.2009 vertretenen Auffassung der Antragstellerin ist der geschätzte Auftragswert der vier Ausschreibungen zur Ermittlung des Schwellenwertes auch nicht zusammenzurechnen - mit der Folge, dass der Schwellenwert in jedem Fall überschritten wäre. Hierfür bestünde nur Veranlassung, wenn die zu vergebenden Aufträge in einer Ausschreibung mit mehreren Losen zusammengefasst wären (§ 3 Abs. 5 VgV), was vorliegend jedoch nicht zutrifft.

Die „Kostenschätzung“ durch die Antragsgegnerin mit dem Datum „Erstellt bis zum 23.12.2008“ gelangt jeweils zu weit unterhalb des Schwellenwertes liegenden Beträgen. Dies beruht im Wesentlichen darauf, dass nach telefonischer Abfrage bei mehreren Firmen der hierfür zuständige Sachbearbeiter der Antragsgegnerin die Mietkosten für einen „Sanitärcontainer“ für einen Monat mit 1.500,00 € und für eine Toilettenkabine („xxx“) für zwei Wochen mit 200,00 € angesetzt hatte. Im Übrigen entspricht die Schätzung jedoch nicht den Anforderungen des § 3 Abs. 1 VgV, denn die auszuschreibenden Leistungen wurden nicht mit der erforderlichen Genauigkeit festgelegt. Wesentliche Bestandteile der Leistungsverzeichnisse waren gar nicht enthalten („Reinigung -/ Unterhalt Zelte“), lediglich sehr ungenau beschrieben („Reinigung“, „Bereitschaft“) bzw. nur mit Pauschalbeträgen („xxx, Containerzusatz und Rücken“) oder mit zu geringen Beträgen (Reinigung Container) angesetzt. Die geschätzten Beträge sind allerdings auch so erheblich niedriger als der Schwellenwert

von 206.000,00 €, dass die Absicht, zu einem möglichst geringen Auftragswert zu gelangen, um die Vorgaben des Vierten Teils des GWB zu umgehen, nicht unterstellt werden kann (§ 3 Abs. 2 VgV).

Da eine ordnungsgemäße Schätzung und eine nachvollziehbare Darstellung fehlen, ist die Vergabekammer gehalten, die Auftragswerte unter Berücksichtigung der übrigen eingegangenen Angebote zu schätzen (vgl. OLG Celle, Beschl. vom 12.07.2007; 13 Verg 6/07). Hierbei sind auch das Vorbringen der Antragstellerin und auch andere Erkenntnisse zu berücksichtigen.

Die Angebote der anderen Bieter liegen bei allen Ausschreibungen insgesamt und auch bei den meisten einzelnen Positionen der Leistungsverzeichnisse weit unterhalb der Auftragssummen der Antragstellerin. Besonders ins Gewicht fallen die erheblichen Preisunterschiede für einzelne Container: So werden „WC-Container Damen-/Herren/ Multifunktion kombiniert, 6 m“ (jeweils Grundposition 1 bei den Ausschreibungen 1 bis 3) von der Antragstellerin jeweils mit einem Einzelpreis von 4.110,00 € berechnet, von den anderen Bietern dagegen nur mit ca. 1.200,00 €.

Die „Toilettenkabinen anschlussfrei“ (LV Pos. 24 der Ausschreibungen 1-3 bzw. Pos. 1 der Ausschreibung „restliche Container“) kosten bei der Antragstellerin 528,00 €, die Preise der anderen Bieter liegen jeweils unter 200,00 €. Diese Positionen entsprechen also ungefähr denjenigen der genannten „Kostenschätzung“.

Ähnliche Preisunterschiede bestehen für die „Raumcontainer“ (LV-Position 36 bzw. 19; Preise der Antragstellerin 2.945,00 €, der anderen Bieter 720,00 € bzw. 870,00 €, Kostenschätzung: 700,00 €), „Material-/Magazin-/Lager-Container“ (Pos. 37 und 39 bzw. 20 und 22; Preise: 2.652,00 € bei der Antragstellerin, 480,00 € bzw. 580,00 € bei den anderen Bietern). In der Ausschreibung für „restliche Container“ wird die Position „Mobiler Veranstaltungszaun/ Absperrgitter/ Sichtschutz“ (Pos. 36) auf eine Länge von 4500 m von der Antragstellerin für 18,00 € pro Meter und von den anderen Bietern für 4,70 € angeboten; dieser Preis entspricht auch der Kostenschätzung der Antragsgegnerin. Bei der „Sichtschutzfolie“ (Pos. 39) von 4000 m Länge beträgt der Angebotspreis der Antragstellerin 7,00 € pro Meter gegenüber jeweils 1,20 €.

Für die Schätzung des Auftragswertes durch die Kammer können darüber hinaus Erkenntnisse aus einem vergleichbaren Nachprüfungsverfahren aus dem Jahr 2004 (Aktenz. 69 d · VK - 09/2004) für den xxx in xxx herangezogen werden, bei welchem die jetzige Antragstellerin beigeladen war. In den Akten der Vergabekammer befin-

den sich Auszüge aus dem Angebot der damaligen Antragstellerin. Ein WC-Container „Damen/Herren / Multifunktion“ wurde z. B. für die Dauer des xxx zu einem Mietpreis von 850,00 € angeboten und Toilettenkabinen (sog. „xxx“) für 195,00 €. Auch unter Berücksichtigung erheblicher Preissteigerungen in den vergangenen Jahren ist davon auszugehen, dass die in den jetzt streitgegenständlichen Ausschreibungen von den jeweils anderen Bietern genannten Mietpreise von ca. 1.200,00 € für Sanitärcontainer und 200,00 € für „xxx“ eher den tatsächlichen Marktpreisen entsprechen als die von der Antragstellerin genannten Beträge von 4.110,00 € bzw. 528,00 €. Auch für die streitgegenständlichen Ausschreibungen können daher, wie von der Antragsgegnerin geschätzt, Einzelpreise in Höhe von 1.500,00 € bzw. 200,00 € zugrunde gelegt werden.

Angesichts der Vielzahl der bei den einzelnen Ausschreibungen benötigten Container bzw. der Länge der benötigten Absperrungen führen bereits diese Unterschiede zu so erheblichen Differenzen innerhalb der Angebotssummen der jeweiligen Anbieter, dass keine weiteren Angebotspreise verglichen werden müssen.

Würden im Angebot „Festzelt“ der Antragstellerin allein in den Positionen für die WC-Container, die behindertengerechten WC's, die WC-Kabinen, die Raum- und Materialcontainer die geschätzten Einzelpreise bzw. diejenigen aus den Angeboten der anderen Bieter eingesetzt werden, würde sich der Angebotspreis um ca. 67.000,00 € auf ca. 149.000,00 € (netto) verringern. Im Angebot „Xxx“ würde aufgrund der höheren Zahl der benötigten Sanitär-Container die Differenz sogar 118.000,00 € betragen, die Angebotssumme läge netto bei ca. 184.000,00 €. Im Falle der Ausschreibung für „Open- Air“ würde sich die Angebotssumme der Antragstellerin um ca. 77.000,00 € auf netto 156.000,00 € verringern.

Bei der Ausschreibung „restliche Container“ fallen neben den Preisen für die WC-Kabinen und Raumcontainer die Kosten für den Metallgitterzaun und die Sichtschutzfolie erheblich ins Gewicht. Daneben sind auffällig die im Vergleich zu den anderen Anbietern sehr hohen Preise für die Verkehrssicherung und die mobile Strom- und Lichtversorgung. Werden im Vergleich zu den anderen Ausschreibungen zusätzlich auch diese im Angebot der Antragstellerin genannten Einzelpreise durch die geschätzten bzw. in den Angeboten der anderen Bieter enthaltenen Preise ersetzt, würde sich das Angebot um ca. 210.000,00 € auf 204.000,00 € netto verringern. Die Auftragssummen der anderen Bieter liegen insgesamt jeweils noch unter

diesen geschätzten Beträgen, was z. B. auch auf erhebliche Unterschiede in den Posten für Reinigungsleistungen und Bereitschaftsdienst zurückzuführen ist.

Für alle vier Ausschreibungen erreicht der Auftragswert nach Schätzung der Vergabekammer also nicht den Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung. Auch die Berücksichtigung von „Bedarfspositionen“ führt zu keinem anderen Ergebnis: Die „Zulagepositionen“, deren Beauftragung im Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht feststand, sind bereits in der Zusammenstellung der jeweiligen Angebotssummen und damit auch in der oben dargestellten Schätzung der Angebotssummen enthalten. Die „Mehr- und Minderpositionen“ erfassen jeweils nur einen geringen Umfang und führen ebenfalls nicht zum Erreichen des Schwellenwertes.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist auch nicht deshalb von einem Überschreiten des Schwellenwertes auszugehen, weil die Antragsgegnerin einen zu geringen Bedarf an WC-Containern etc. ausgeschrieben hätte. Angesichts der Vielzahl der vorgesehenen Sanitäreinrichtungen ist die Vergabekammer nicht gehalten, zu überprüfen, ob diese Einrichtungen für die Dauer des xxx und die Zahl der Veranstaltungen tatsächlich ausreichen werden.

Für die Kammer besteht auch keine Veranlassung, für eine solche Prüfung die von der Antragstellerin zitierte Muster-Versammlungsstättenverordnung heranzuziehen. Diese Verordnung (veröffentlicht im Staatsanzeiger für das Land Hessen 2005 S. 3387 ff.) ist nicht in dem von der Antragstellerin dargestellten Umfang anwendbar: Nach § 1 Abs. 1 Zif. 1 gelten die Vorschriften der Verordnung für Versammlungsstätten mit Versammlungsräumen (Zif. 1), Versammlungsstätten im Freien (Zif. 2), und Sportstadien (Zif. 3). Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind in § 1 Abs. 3 Zif. 4 ausdrücklich „Fliegende Bauten“, wozu das vorgesehene Festzelt und der „Xxx“ zählen, die geeignet und bestimmt sind, wiederholt aufgestellt und zerlegt zu werden (§ 68 Hessische Bauordnung; ebenso Bay Ob LG; Beschl. vom 12.02.1990; 3 Ob Owi 167/89 für „Zelte, die zur Bewirtung von Gästen auf Festveranstaltungen aufgestellt werden“). Die Anzahl der notwendigen Toiletten für den xxx insgesamt kann daher auch nicht durch die Addition der an den genannten Plätzen insgesamt möglichen Besucher errechnet werden.

Eine solche Berechnung ist allenfalls für die „Open- Air“ Bühne als eine Versammlungsstätte im Sinne des § 2 Abs. 1 Ziff. 2 der Verordnung zulässig. Nach § 12 Abs. 1 der Verordnung müssen für bis zu 25.000 Besucherplätze 30 Damentoiletten, 18 Toi-

lettenbecken für Herren und 27 Urinale vorhanden sein. Dieser Anforderung wird die Ausschreibung mit 182 „Toilettenkabinen anschlussfrei“ zweifellos gerecht.

Die Kammer geht daher ohne weitere Prüfung der Notwendigkeit weiterer Sanitär-einrichtungen für den Xxx insgesamt oder für einzelne Veranstaltungsorte davon aus, dass die Schwellenwerte für die einzelnen Ausschreibungen nicht erreicht wurden, das Nachprüfungsverfahren daher auch nicht eröffnet war.

2. Auch wenn weder der Kostenschätzung der Antragsgegnerin noch derjenigen der Kammer gefolgt werden könnte, wäre die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen der fehlenden europaweiter Ausschreibung mangels rechtzeitiger Rüge präkludiert. Nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB ist ein Nachprüfungsantrag nur zulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

Im vorliegenden Fall war für die Antragstellerin möglicherweise nicht unmittelbar aus der Bekanntmachung, aber spätestens bei Erstellung der eigenen Angebote erkennbar, dass die eigenen hohen Angebotssummen über den Schwellenwerten für eine europaweite Ausschreibung liegen und daher ein Verstoß gegen Vergabevorschriften vorliegen konnte. Für das Vorliegen der Rügepflicht nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB kommt es darauf an, ob Regelverstöße bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen von einem durchschnittlichen Unternehmen erkannt werden. Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB stellt für die „Erkennbarkeit“ auf die sich als Bieter beteiligenden Unternehmen als solche ab und nimmt keine Rücksicht auf unterschiedliche Erkenntnisstände der Mitarbeiter (2. Vergabekammer des Bundes; Beschl. vom 14.12.2004; VK-2-208/04).

Bei der Antragstellerin handelt es sich nach ihrer eigenen Darstellung im Internet um ein deutschlandweit tätiges Unternehmen zur Vermietung von Geräten, Baustelleneinrichtungen, Fahrzeugen, mobilen Gebäuden etc. Die Verpflichtung zur europaweiten Ausschreibung ab Erreichung bestimmter Auftragswerte ist in diesem Unternehmen mit Sicherheit bekannt.

Auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Leiters der Mietstation xxx-xxx kann es dagegen nicht ankommen. Die Mietstation stellt kein selbständiges Unternehmen dar, dies ergibt sich bereits daraus, dass die vorgelegten Bescheinigungen (Finanzamt,

Berufsgenossenschaft, Sozialversicherung) auf die Zentrale des Unternehmens in xxx ausgestellt sind. Darüber hinaus wurde die Vollmacht für das vorliegende Nachprüfungsverfahren nicht von dem Leiter des Kompetenz-Centers xxx-xxx unterzeichnet sondern vielmehr von dem am Sitz des Unternehmens ansässigen Rechtsanwalt, der allgemein von dem Unternehmen für die Führung von Rechtsstreitigkeiten bevollmächtigt worden ist.

Zwar muss sich bei einem Überschreiten des Schwellenwertes durch das eigene Angebot einem Bieter nicht ohne weiteres die Pflicht zur Durchführung einer europaweiten Ausschreibung aufdrängen (vgl. VK Lüneburg, Beschl. vom 10.10.2006; VgK-23/2006 - Überschreitung des Schwellenwertes durch das eigene Angebot um gut 10 %). Im hier streitigen Fall lag bei der Ausschreibung „Festzelt“ die Angebotssumme der Antragstellerin nur um ca. 5 % über dem Schwellenwert, in den anderen Ausschreibungen jedoch um 47 % („Xxx“), 14 % („Open- Air“) und für „restliche Container“ sogar um 100 %. Bei diesen Differenzen muss ein mit Ausschreibungen erfahrenes Unternehmen bei üblicher Sorgfalt davon ausgehen, der Auftragswert liege über dem Schwellenwert und die Vergabestelle habe wegen der unterbliebenen europaweiten Ausschreibung gegen Vergabevorschriften verstoßen.

Der erst am 30.03.2009 gerügte Verstoß der fehlenden europaweiten Ausschreibung war daher spätestens bei Fertigstellung des Angebotes am 13.03.2009 erkennbar und hätte daher spätestens am 16.03.2009, dem Ablauf der Frist zur Abgabe der Angebote, gerügt werden müssen.

Der Nachprüfungsantrag war daher insgesamt auch wegen Verstoßes gegen die Rügeverpflichtung nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB unzulässig. Da die Verpflichtung zur europaweiten Ausschreibung von der Kammer nicht zu überprüfen ist, ist die Antragstellerin auch mit ihrem weiteren Vorbringen bezüglich der möglicherweise nicht nachgewiesenen Eignung anderer Bieter oder der fehlenden Transparenz des Vergabeverfahrens ausgeschlossen (vgl. OLG Bremen, Beschl. vom 18.05.2006; Verg 3/2005).

II. Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

1. Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt.
2. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Dieses ist in

der Höhe Wertes des Auftrages der Antragstellerin anzusetzen. Die Bruttoauftragssumme aller Angebote der Antragstellerin betrug etwa 1.388.000,00 €; hieraus ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer angewandt wird, eine Gebühr von 2.900,00 €.

3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin gem. § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB zu tragen.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, § 80 HVwVfG.