

Leitsätze

1. Die in § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB statuierte Rügefrist bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Angebotsabgabefrist wird nicht dadurch verlängert, dass die Angebotsabgabefrist im weiteren Verlauf des Angebotsverfahrens verlängert wird. Die neue Angebotsabgabefrist muss auch nicht erneut bekannt gemacht werden.
2. Verstöße gegen Vergabevorschriften sind im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB nicht nur dann positiv bekannt, wenn sich ein Antragsteller mit einem möglichen Vergabeverstöß befasset hat und sich den daraus resultierenden Schlussfolgerungen – mutwillig - verschließt, sondern - insbesondere im Hinblick auf die bereits in diesem vorvertraglichen Verfahren bestehenden gegenseitigen Rücksichtnahme- und Kooperationspflichten - auch dann, wenn ein Antragsteller es vorwerfbar versäumt, die - insbesondere personellen - Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass er eine rechtzeitige Kenntnis von den Vergabeverstöße erlangen kann.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

Wegen

Durchführung von Fahrleistungen im freigestellten
Schülerverkehr/Behindertenbeförderung (Vergabe- Nr.: 2009/xxx)

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, den hauptamtliche Beisitzer Ltd. VD Pöhlker und den ehrenamtlichen Beisitzer RA Theil auf die mündliche Verhandlung vom 30.07.2009 am 17.08.2009 beschlossen:

1. Der Antrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer.
3. Die Kosten des Verfahrens werden auf 4650,00 Euro festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war notwendig.

I.

Der Antragsgegner hat am 07.05.2009 im Wege des Offenen Verfahrens die „Durchführung von Fahrleistungen im freigestellten Schülerverkehr/Behindertenbeförderung“ im Amtsblatt der EU veröffentlicht. Die Leistung war in 23 Lose aufgeteilt; das Los 1 beinhaltete Schwimm- und Sportfahrten im Kreisgebiet, die Lose 2 bis 23 - für die die Antragstellerin jeweils ein Angebot abgegeben hat - betrafen Fahrleistungen in den jeweiligen dort aufgeführten kreisangehörigen Städten und Gemeinden.

Die Vertragslaufzeit war in der Bekanntmachung für die Lose 2 - 23 auf 4 Jahre und für das Los 1 auf 6 Jahre festgelegt; der Auftraggeber hat sich des Weiteren für alle Lose ein einseitiges Optionsrecht auf Vertragsverlängerung um zweimal 12 Monate vorbehalten. Das Auftragsvolumen einschließlich aller Lose sowie der enthaltenen Verlängerungsoption hat der Antragsgegner vorab auf jährlich 1,7 Millionen Euro geschätzt.

Als Schlusstermin für die Anforderung der Verdingungsunterlagen war der 29.05.2009 benannt worden.

Die der Antragstellerin seitens des Antragsgegners auf Anforderung am 08.05.2009 zugesandten Vergabeunterlagen (Eingang bei der Antragstellerin: 12.05.2009) bestanden aus der Leistungsbeschreibung, der Gewichtung der Zuschlagskriterien und einem Rahmenvertrag.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe hat der Antragsgegner darauf hingewiesen, dass Anfragen nur bis zum 10.06.2009 möglich seien.

Der zunächst seitens des Antragsgegners in der Bekanntmachung festgesetzte Angebotsabgabetermin zum 19.06.2009 (9:00 Uhr) ist - nach zweimaliger Verlängerung - auf den 29.06.2009 (9:00 Uhr) festgesetzt worden. Das Angebot der Antragstellerin ist am 29.06.2009 (9:18 Uhr) beim Antragsgegner eingegangen.

Die **Leistungsbeschreibung** enthält u. a. folgende Regelungen:

7. Preisanpassungen „Preis-Gleit-Klausel“

Die Preisanpassung durch die „Preis-Gleit-Klausel“ über die Dauer der Vertragslaufzeit beinhaltet die Berücksichtigung der Preiseinflüsse auf z.B. den Dieselmotorkraftstoff nicht jedoch die Einflüsse auf das Mengengerüst der Fahrdienstleistungen. Eine Anpassung der Vergütung setzt einen schriftlichen Änderungsantrag einer der beiden Vertragsparteien voraus.

Im Folgenden wird die Preis-Gleit-Klausel anhand von Kennwerten vorgestellt und muss jeweils mit den aktuell geltenden Preisindices berechnet werden.

$$P_{neu} = (P_{alt} / 100) \times (0,1 + 0,6 \times L + 0,15 \times M + 0,15 \times DK)$$

- Fixkosten

Vorgabe Fixkostenanteil gleich 0,1

- Lohn (L)

L = prozentuale Veränderung des Grundstundenlohns

Ausgangswert 100 % des Grundstundenlohns: 9,66 Euro

Tarifvertrag LHO

- Erzeugerpreis (M)

M = Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte

Ausgangswert: 107,6

Preise Deutschland, Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte, Wert: Oktober 2004

- Dieselmotorkraftstoff (DK)

DK = Preis für Dieselmotorkraftstoff

Ausgangswert: 1,00 Euro

9. Sonderregelungen

Für die im Folgenden genannten Schulen gelten Sonderregelungen in der Form, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer vorschreibt

- *mit welcher Anzahl von Fahrzeugen in einem Los gerechnet beziehungsweise angeboten wird*
- *welche Besonderheiten ein Fahrzeug aufweisen muss*
- *in besonderen Fällen werden die Fahrten vorgeschrieben.*

10.1 Qualitätsanforderungen an das Fahrzeug

Fahrzeugalter

(...)

Das Fahrzeugalter zum Beginn der Betriebsaufnahme ist bei den Fahrzeugen für die Behindertenbeförderung (Los 2 und höher) auf ein Maximalalter von 5 Jahren und bei Kraftomnibussen (Los 1) auf ein Maximalalter von 8 Jahren begrenzt. Ältere Fahrzeuge sind als KO- Kriterium in den Checklisten gekennzeichnet. Fahrzeuge neuerer Bauart werden in die Bonus/Malus Regelung des Auftraggebers berücksichtigt.

10.4 Checkliste für Kleintransporter

Nr. 3: Altersangabe (Erstzulassung)

Ist das Fahrzeug zum Beginn der Betriebsaufnahme älter als 4 Jahre, wird das Fahrzeug ausgeschlossen

Im **Rahmenvertrag** finden sich u. a. folgende Regelungen:

§ 2 Vertragsgegenstand

2.3 *Der Auftraggeber kann den Umfang der Beförderungsleistungen an die jeweils aktuelle Zahl der zu befördernden Schüler anpassen. Das Anpassungsverlangen nach Satz 1 muss dem Auftragnehmer bis spätestens 1 Woche vor Anpassung der Beförderungsleistungen zugehen. Ist mit der Anpassung der Beförderungsleistungen eine Erhöhung beziehungsweise Verringerung der in den vom Auftragnehmer ausgefüllten Preisblättern angegebenen Lastkilometer verbunden, hat dies der Auftragnehmer dem Auftraggeber innerhalb von 3 Tagen nach Erhalt des Anpassungsverlangens schriftlich mitzuteilen und nachzuweisen.*

§ 7 Vergütung

7.1 *Die Vergütung der Beförderungsleistungen erfolgt auf Nachweis nach ausgeführten Mengen (Lastkilometer) nach Maßgabe der vom Auftragnehmer ausgefüllten Preisblätter.*

7.2 *Führt die Anpassung des Leistungsumfangs durch den Auftraggeber gemäß § 2 (Ziffer 2.3 dieses Vertrages) aufgrund einer Veränderung der Anzahl der zu befördernden Schüler zu einer Erhöhung beziehungsweise Verringerung der in den Preisblättern angegebenen Lastkilometer in Höhe von bis zu 10 %, gemessen an der Gesamtzahl der in den Preisblättern angegebenen Lastkilometer, ändert sich die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbarte Gesamtvergütung nicht.*

Bei einer Erhöhung beziehungsweise Verringerung der in den Preisblättern angegebenen Lastkilometer in Höhe von insgesamt 11-20 % ist die Vergütung um den entsprechenden Prozentsatz nach Maßgabe der jeweils in den Preisblättern zugrunde gelegten Fahrpreise pro Lastkilometer anzupassen.

Für den Fall einer Erhöhung der in den Preisblättern angegebenen Lastkilometer in Höhe von mehr als 20 % hat der Auftraggeber das Recht, die oberhalb von 20 % liegenden Lastkilometer im Rahmen einer neuen Ausschreibung zu vergeben. Macht der Auftraggeber von diesem Recht keinen Gebrauch, vereinbaren die Parteien eine angemessene Anpassung der Vergütung.

Für den Fall einer Verringerung der in den Preisblättern angegebenen Lastkilometer in Höhe von mehr als 20 % vereinbaren die Parteien eine angemessene Anpassung der Vergütung.

Die Anpassung der Vergütung erfolgt auf schriftlichen Antrag einer der Parteien und ist schriftlich zu vereinbaren. Einigen sich die Parteien über eine verlangte Anpassung der Vergütung nicht oder nicht rechtzeitig, steht dem Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht nicht zu.

§ 10 Vertragsstrafe

10.1 Verstößt der Auftragnehmer gegen Bestimmungen dieses Vertrages oder gegen Anordnungen des Auftraggebers, wird für jeden Einzelfall eine Vertragsstrafe fällig.

10.2 Die Höhe der einzelnen Vertragsstrafen bestimmt sich nach Ziffer 10.4 dieses Vertrages. Die Gesamthöhe beträgt für den Einzelfall höchstens das Dreifache des durchschnittlichen werktäglichen Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers, jedoch nicht mehr als 5 % des Gesamtauftragswertes. Mehrere verwirkte Vertragsstrafen werden auf die Gesamthöhe angerechnet.

10.3 Weitergehende Ansprüche des Auftraggebers auf Schadensersatz bleiben von dieser Vertragsstrafenregelung unberührt.

10.4 Der Auftragnehmer hat als Vertragsstrafe im Falle der im Folgenden bezeichneten Leistungsstörungen zu zahlen.

(...)

e) Fahrzeug ist verschmutzt (innen beziehungsweise außen) je Einzelfall 100,00 Euro

f) Fahrer verletzt gesetzliche Pflichten je Einzelfall 200,00 Euro

§ 12 Versicherungspflicht des Auftragnehmers

12.1 Der Auftragnehmer ist verpflichtet, für die Dauer des Vertrages eine Kfz-Haftpflichtversicherung mit unbegrenzter Deckung nebst Insassenversicherung für die eingesetzten Fahrzeuge abzuschließen und dem Auftraggeber das Bestehen des Versicherungsschutzes auf dessen Verlangen nachzuweisen.

Die **Gewichtung der Zuschlagskriterien** hat der Antragsgegner wie folgt festgelegt:

Gewichtung der Zuschlagskriterien

<i>Zuschlagskriterien</i>	<i>Gewichtung %</i>	<i>Grundlage der Bewertung</i>	<i>Punkte max/min</i>
<i>Preis</i>	<i>80</i>	<i>Angebot mit der niedrigsten Wertungssumme</i>	<i>12</i>
		<i>Angebot mit der 1,5-fachen der niedrigsten Wertungssumme und darüber</i>	<i>0</i>
<i>Fahrzeugqualität</i>	<i>20</i>	<i>Mittelwert der erreichten Qualitätspunkte der im Los eingesetzten Fahrzeuge</i>	<i>12</i>

Hinweis:

Für jedes in der Angebotsaufforderung genannte Kriterium wird eine Punktezahl durch Multiplikation des v. H. Satzes des Zuschlagskriteriums mit den im Rahmen der Angebotswertung für das jeweilige Los im Angebot festgelegten Punkte ermittelt.

Rechenbeispiel:

- *Preis: Mindestbieter bekommt 12 Punkte, daraus ergibt sich $12 \times 80\% = 960$ Punkte*
- *Fahrzeugqualität: Fahrzeug 1 erreicht 8 Bonuspunkte
Fahrzeug 2 erreicht 5 Bonuspunkte
Fahrzeug 3 erreicht 10 Bonuspunkte*
- *Das Mittel der Einsatzfahrzeuge: $(8+5+10)/3 = 7,666$*
- *Punkte: $7,666 \times 20\% = 153,32$ Punkte*
- *Das Angebot erhält somit für das angebotene Los 1.113,32 Punkte.*

Die Antragstellerin hat sich - soweit verfahrensrelevant - ab dem 10.06.2009 gegenüber dem Antragsgegner gegen den Inhalt der

- Preisanpassungsregelung (§ 7.1 und § 7.2 des Rahmenvertrags),
 - Preisgleitklausel (Ziffer 7 der Leistungsbeschreibung),
 - Vertragsstrafenregelung (§ 10 des Rahmenvertrages),
 - zeitlichen Vorgabe des Anpassungsverlangens (§ 2.3 des Rahmenvertrages),
 - geforderten Haftpflicht- und Insassenversicherung (§ 12.1 des Rahmenvertrages),
 - Anordnung von Fahrten in besonderen Fällen (Ziffer 9 der Leistungsbeschreibung) und
 - der Vorgabe der Ermittlung der Wertungspunkte im Zusammenhang mit der Gewichtung der Zuschlagskriterien gewendet
- sowie
- eine Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien behauptet.

Mit E-Mail-Schriftsatz vom 10.06.2009 hat die Antragstellerin im Hinblick auf die **Preisanpassungsregelung** beim Antragsgegner nachgefragt:

Da die Vergütung auf Basis der Besetzt - Kilometer die Fixkosten und die zeitabhängigen Kosten einzig auf der Ebene der km abbildet, während die wirklich km-abhängigen Kosten die geringsten sind, kann es bei Änderungen der Last- km zu Veränderungen kommen, bei denen das geltende Recht eine Anpassung der km- Sätze außerhalb der von Ihnen vorgesehenen Preisanpassungen aufgrund allgemeiner Kostenentwicklungen vorsieht. Gibt es diese Anpassungen ab einer Kostenveränderung von 15 %?

Der Antragsgegner hat darauf mit Schriftsatz vom 16.06.2009 (Antwort Nr. 24) geantwortet:

Eine Preisanpassung findet anhand der in den Besonderen Vertragsbedingungen, § 7 des Rahmenvertrages aufgestellten Parameter statt. Eine Anpassung der Vergütung erfolgt bei einer Erhöhung beziehungsweise Verringerung der in den Preisblättern angegebenen Lastkilometer i. H. von insgesamt 11-20 %. Eine zusätzliche Anpassung der Vergütung kann der Auftragnehmer über die Preisgleitklausel (Leistungsbeschreibung unter Punkt 7) erfahren, wenn sich z.B. Änderungen im Dieselmotorkraftstoff ergeben.

Mit Schriftsatz vom 22.06.2009 hat die Antragstellerin dem Antragsgegner daraufhin mitgeteilt:

Zur Antwort Nr. 24 (...) aus ihrer Bieterinformation vom 16.06.2009: Wir rügen diese Regelung, da sie ein ungebührliches Wagnis darstellt und keine ordentliche Preiskalkulation erlaubt. Die km-Zahl der Lastkilometer ist alleine kein geeigneter Parameter für die Kostenveränderungen beim Anbieter, die durch Einsatz von mehr Fahrzeugen, anderen Fahrzeugtypen, mehr Stunden oder ähnlichem entstehen. Wir bitten um Anpassung.

Der Antragsgegner hat mit Schriftsatz vom 24.06.2009 der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Rügen vom 22.06.2009 nicht unverzüglich erhoben worden seien, da der Antragstellerin die Vergabeunterlagen seit 5 Wochen zur Verfügung gestanden hätten. Insbesondere seien die Rügen deshalb verspätet, da erkennbare Verstöße gegen Vergabevorschriften spätestens mit Ablauf der in der Bekanntmachung für die Abgabe der Angebote festgelegten Frist - 19.06.2009 - hätten beanstandet werden müssen. Der Antragsgegner hat die Rügen als verspätet zurückgewiesen.

Zum Inhalt der **Preisgleitklausel** (Ziffer 7 der Leistungsbeschreibung) hat die Antragstellerin mit E-Mail-Schriftsatz vom 10.06.2009 ausgeführt:

„Welcher Dieselpreis wird bei der Ermittlung des Wertes DK bei P- neu Grunde gelegt? Bitte geben Sie die genaue Definition des Wertes P- alt und der einzelnen Indizes an“.

Der Antragsgegnerin hatte darauf mit Schriftsatz vom 16.06.2009 (Antwort Nr. 52) wie folgt reagiert:

„Der Dieselpreis richtet sich nach dem BGL (Bundesverband Güterverkehr, Logistik und Entsorgung)“.

Daraufhin hat die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 22.06.2009 ausgeführt:

„Zur Antwort Nr. 52 aus Ihrer Bieterinformation vom 16.06.2009: Wir rügen die unklare Definition. Der BGL veröffentlicht verschiedene Daten des statistischen Bundesamtes. Welche sind gemeint? Ist nicht tatsächlich ein bestimmter Wert des der statistischen Bundesamtes gemeint, die benennbar sind? Auf welchen Zeitpunkt oder Zeitraum beziehen sich die Daten und wie ermittelt sich „P- alt“? Bitte stellen Sie klar“.

Mit Schriftsatz vom 24.06. 2009 hat der Antragsgegner der Antragstellerin mitgeteilt, die Frist, Fragen zu stellen, sei abgelaufen.

Mit Schriftsatz vom 16.06.2009 hat die Antragstellerin die **Vertragsstrafenregelung** im Sinne des § 10 des Rahmenvertrages beanstandet:

In § 10 des Vertrages sind Vertragsstrafen festgesetzt. Wir beanstanden die folgenden Regelungen:

- a. Vertragsstrafen sollen gemäß VOL/A nicht vereinbart werden. „Soll“ ist in Richtung auf den Auftraggeber dabei als verbindlich anzusehen. Wir bitten um Überprüfung.*
- b. Gemäß 10.2 bestimmt sich die maximale Höhe im Einzelfall nach dem Gesamtumsatz des Bieters für seine Gesamtleistung, wodurch im Ergebnis kleine Anbieter, die wenige Leistungen erbringen, nur einen Bruchteil von Vertragsstrafe zahlen müssen von dem, was ein großer Anbieter zahlen muss. Wie regen an, die Obergrenze an der Vergütung der betroffenen Leistung zu orientieren, damit Vertragsstrafe und Leistung für alle Bieter gleich ausfallen und kalkulierbar werden.*
- c. Die Regelung zur Verschmutzung unter lit. e ist insofern unbestimmt, als kein Anbieter ständig absolut saubere Fahrzeuge einsetzen kann. Wir bitten um Anpassung der Regelung. Sie führt zur Unkalkulierbarkeit.*
- d. Es ist nicht festgelegt, wie oft und in welcher Dichte kontrolliert wird. Dies führte zu Unkalkulierbarkeit. Wir bitten um Quantifizierung der tatsächlich zu erfolgenden Kontrollehäufigkeit.*
- e. Die unter lit. f genannten Pflichtverletzungen sind zu allgemein gehalten. Wir bitten um Konkretisierung“.*

Der Antragsgegner hat die Rügen als verspätet zurückgewiesen und darauf hingewiesen, dass die „Beanstandungen“ der Antragstellerin „größtenteils unspezifisch und unverständlich“ seien.

Mit Datum vom 16.06.2009 hat die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner im Hinblick auf die **Frist** im Zusammenhang mit dem **Anpassungsverlangen** (§ 2.3 des Rahmenvertrages) folgendes ausgeführt:

„Wir beanstanden die Fristen im Abs. 2.3 in § 2 des Vertragsentwurfs. (...) Vor allem aber benachteiligt die 3-Tagesfrist den Auftragnehmer unangemessen. Wir bitten um Anpassung der Reaktionszeit auf unverzügliches Handeln und um gleiche Reaktionszeiten bezüglich des Änderungsbegehrens für beide Vertragsparteien“.

Mit Schriftsatz vom 16.06.2009 hat die Antragstellerin im Hinblick auf die nach § 12.1 des Rahmenvertrages geforderte **Haftpflicht- und Insassenversicherung** gegenüber dem Antragsgegner mitgeteilt:

„In § 12 wird der Auftragnehmer verpflichtet, bestimmte Versicherungen abzuschließen.

- a. Uns ist keine Kfz-Versicherung bekannt, die unbegrenzte Haftung anbietet. Wir beanstanden diese Forderung als unerfüllbar, unkalkulierbar und bitten um Anpassung.*
- b. (...) Ferner beanstanden wir die Insassenversicherung als unbestimmt, da sie keine Mindestdeckungssumme enthält und im Zweifel damit durch Begrenzung auf kleinstsummen ins Leere läuft“.*

Mit Datum vom 28.06.2009 hat die Antragstellerin im Hinblick auf die **Anordnung von Fahrten in besonderen Fällen** (Ziffer 9 der Leistungsbeschreibung) ausgeführt:

„Die Formulierung“ in besonderen Fällen werden die Fahrten vorgeschrieben“ könnte so verstanden werden, dass nur die zeitliche Lage vorgeschrieben wird, aber auch, dass die Fahrtrouten, Zeiten und die Anzahl der Kinder von der Schule und im äußersten Fall auch die Anzahl der Fahrten dem Auftragnehmer vorgeschrieben werden. Die Vorschriften könnten auch nur abweichend von einer Planung, die sich aus einer kostenoptimierten Planung ergibt. Der Bieter soll mit einer speziellen Eigenerklärung erklären, dass alle diese besonderen Forderungen eingepreist sind. Da keinerlei Obergrenzen eingezogen wurden und auch nicht klar ist, was vorgeschrieben wird, stellt auch diese Forderung einen Verstoß gegen die Regelungen des § 8 VOL/A dar. Wir bitten um Konkretisierung“.

Mit Schreiben vom 28.06.2009 hat die Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller im Hinblick auf die **Vorgaben zum Fahrzeualter** mitgeteilt:

„Darüber hinaus schreiben Sie in der Leistungsbeschreibung (...), dass das Fahrzeualter maximal 5 Jahre betrage, wenn es sich nicht um Leistungen des Loses 1 handelt, was im Widerspruch zu dem Fahrzeughöchstalter in den Checklisten zu diesen Fahrzeugen steht. Dort sind 4 Jahre als Höchstalter angegeben. Wir beanstanden die nicht eindeutige Leistungsbeschreibung“.

Mit Schriftsatz vom 30.06.2009 hat die Antragstellerin eine unzulässige **Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien** gerügt und um Änderung gebeten. Der Antragsgegner hat dies mit Schreiben vom 26.06.2009 zurückgewiesen.

Im Hinblick auf die **Gewichtung der Zuschlagskriterien** hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 16.06.2009 bei dem Antragsgegner angefragt:

*„Nach der textlichen Beschreibung soll die Gewichtung mit dem einfachen Punktwert multipliziert werden, während das Rechenbeispiel ein 100-fach überhöhtes Ergebnis durch einen Rechenfehler aufweist (12*80 % ergibt 9,600). Welche Rechnung soll tatsächlich angewendet werden und wie wird bei der Multiplikation gerundet (Bitte mit Beispiel)?“*

Der Antragsgegner hat daraufhin mit Schreiben vom 16.06.2009 wie folgt reagiert:

„Die Berechnung erfolgte in dem Dokument „Gewichtung der Zuschlagskriterien (227EG)“ beschrieben. Es wird auf die dort ausgeführten Bewertungsbeispiele hingewiesen. Das unter Frage 29 vorgestellte Beispiel ist in dem Dokument "Gewichtung der Zuschlagskriterien" nicht enthalten. Gerundet wird auf zwei Nachkommastellen“.

Als Reaktion darauf hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.06.2009 ausgeführt:

„Wir rügen die Unklarheit die aus der mathematisch falschen Rechnung im Beispiel im Zusammenhang mit der textlichen Beschreibung entsteht und bitten um Aufklärung“.

Der Antragsgegnerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 24.06.2009 darauf hingewiesen, dass die mathematische Rechnung korrekt und nicht unklar sei.

Mit Datum vom 02.07.2009 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer gestellt.

Sie bezieht sich auf den Inhalt ihrer Schriftsätze und trägt darüber hinaus vor: Sie sei, obwohl sie für die Lose 2 - 23 möglicherweise auszuschließende Angebote abgegeben habe, antragsbefugt, da ihr durch die geltend gemachten Verstöße ein Schaden drohe. Hierfür reiche es aus, dass nach ihrem Vorbringen es möglich erscheine, dass sie ohne den behaupteten Vergaberechtsverstoß den Bedarf, deretwegen die Ausschreibung erfolgt sei, gegen Entgelt befriedigen könne. Die durch sie monierten Verstöße hätte sie aber an einer sachgerechten Kalkulation gehindert und sie habe nur Angebote mit vielen Sicherheitszuschlägen erstellen können. Sie hätte im Übrigen nicht einmal Angebote einreichen müssen und sich darauf beschränken können, vorzutragen, als Bewerberin von der Abgabe eines zuschlagsfähigen Angebotes durch ein vergabewidriges Vorgehen abgehalten worden zu sein.

Auch habe sie - die Antragstellerin - die vorgebrachten Beanstandungen auch rechtzeitig gerügt.

Ein Verstoß gegen § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB liege nicht vor, da dieser die positive Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß voraussetze. Dies sei aber nur dann gegeben, wenn einerseits die das positive Wissen um die den Rechtsverstoß begründenden Tatsachen gegeben seien und andererseits jedenfalls dessen Parallelwertung in der Laiensphäre zu einem Vergaberechtsverstoß führe. Vermutungen, Zweifel und grob fahrlässige Unkenntnis reichten jedenfalls nicht aus.

Auch ein Verstoß gegen § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB sei nicht gegeben. Einerseits habe der Antragsgegner im Hinblick auf die Verlängerung der Angebotsfrist diese Terminsänderung erneut europaweit bekannt machen müssen. Darüber hinaus dürften nationale Ausschlussfristen auch nicht die Ausübung der Rechte, die dem Betroffenen nach dem Gemeinschaftsrecht zuständen, praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden. Vorliegend würde die Anwendung des § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB aber dazu führen, dass ihr - der Antragstellerin - die Durchsetzung ihrer Rechte praktisch unmöglich gemacht würde. Dieser Umstand sei mit dem sich aus der Richtlinie 89/665 ergebenden Effektivitätsgebot zur Nachprüfung von Vergabeverfahren nicht vereinbar.

Des Weiteren betont die Antragstellerin, dass deren Geschäftsführer neben dem sehr umfangreichen Tagesgeschäft mit einem Teilzeitmitarbeiter die Ausschreibungen bearbeite. Zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Ausschreibung sei sie - die

Antragstellerin - mit zwei weiteren Ausschreibungen beschäftigt gewesen. Da alle Ausschreibungen sehr zeitaufwändig gewesen seien und die anderen beiden früher hätten abgegeben werden müssen, sei die streitgegenständliche Ausschreibung als letztes bearbeitet worden. Deshalb habe sich der Geschäftsführer der Antragstellerin erstmals am 09.06.2009 mit den Ausschreibungsunterlagen befassen können.

Die Preisanpassungsregelung in § 7 des Rahmenvertrages stelle einen Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A und § 9 Nr. 2 und Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOL/, die Preisgleitklausel (Ziffer 7 der Leistungsbeschreibung) einen Verstoß gegen das Gebot einer eindeutigen Leistungsbeschreibung im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A dar. Die Vertragsstrafenregelung (§ 10 des Rahmenvertrages) verstoße gegen § 12 VOL/A, die in § 2.3 des Rahmenvertrags festgelegte 3- Tages- Frist für den Nachweis einer Erhöhung bei einer Anpassung der Beförderungsleistung gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A. Die Vorgaben des Antragsgegners zu den Kraftfahrzeugversicherungen widerspreche dem gemäß § 97 Abs. 7 GWB zu beachtenden Grundsatz von Treu und Glauben und verstoße gegen § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A. Des Weiteren ist die Antragstellerin der Ansicht, das in Ziffer 9 der Leistungsbeschreibung enthaltene einseitige Anordnungsrecht des Auftraggebers, in besonderen Fällen Fahrten vorschreiben zu dürfen, stelle ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A dar und verstoße gegen § 9 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOL/A, § 2 VOL/B. Auch habe der Antragsgegner unter Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A widersprüchliche Angaben zum Fahrzeugalter gemacht. Die Vorgaben zur rechnerischen Ermittlung der Wertungspunkte seien unter Verstoß gegen das in § 97 Abs. 1 GWB enthaltende Transparenzgebot mehrdeutig und damit unklar.

Die **Antragstellerin** beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag auf eines der Lose 1 - 23 auf der Grundlage des bisherigen Vergabeverfahrens zu erteilen,
2. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären und
4. ihr Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren.

Der **Antragsgegner** beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 2. Juli 2009 zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsgegner notwendig gewesen ist,
4. der Antragstellerin keine Akteneinsicht zu gewähren.

Er ist der Ansicht, die Antragstellerin habe die behaupteten Vergabeverstöße nicht unverzüglich gerügt. Darüber hinaus sei ihr Angebot zwingend auszuschließen, da es am 29.06.2009 erst um 9:18 Uhr und damit verspätet abgegeben worden sei. Auch sei das Angebot der Antragstellerin wegen Unzuverlässigkeit auszuschließen, weil aufgrund der Erfüllung früherer Verträge eine einwandfreie Ausführung der streitgegenständlich beabsichtigten Verträge nicht zu erwarten sei. Außerdem sei das Verhalten der Antragstellerin insoweit widersprüchlich, als einerseits die beanstandeten Regelungen aus dem Rahmenvertrag und der Leistungsbeschreibung dem zurzeit zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner bestehenden Vertragsverhältnis zu Grunde lägen und diese bislang nicht beanstandet worden seien sowie andererseits sie - die Antragstellerin - ein vollständig kalkuliertes Angebot eingereicht habe, gleichzeitig aber geltend mache, ihr sei eine ordnungsgemäße Kalkulation nicht möglich gewesen. Es stehe deshalb fest, dass die Antragstellerin nur das Ziel verfolge, das Vergabeverfahren im Sinne des § 125 Abs. 2 Nr. 2 GWB zu behindern.

Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, da sämtliche Rügen der Antragstellerin verfristet im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 3 GWB erhoben worden seien. Die Vergabeunterlagen seien am 08.05.2009 an die Antragstellerin versandt worden. Sie habe die Vergabeunterlagen somit bereits 6 Wochen zur Verfügung gehabt, bevor sie erstmals im Hinblick auf die **Preisanpassungsregelung** am 10.06.2008 eine Frage gestellt habe. Eine Rüge bezüglich dieser Regelung sei aber erst am 22.06.2009 erfolgt. Darüber hinaus sei der Antragstellerin die Preisanpassungsregelung als Gegenstand der zurzeit bestehenden Verträge seit 4 Jahren bekannt. Eine Rüge, die erst 12 Tage später erfolge, sei nicht mehr unverzüglich. Unbeschadet dessen hätte die Antragstellerin den behaupteten Vergabeverstoß gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe, also bis zum 19.06.2009, 9:00 Uhr, rügen müssen.

Auch die "Rüge" der **Preisgleitklausel** am 22.06.2009 sei verspätet, da die Antragstellerin auch in diesem Falle bereits am 10.06.2009 eine entsprechende Frage gestellt habe. Selbst dann, wenn die Rüge aufgrund der Antwort des Antragsgegners im Rahmen der Beantwortung der Bieteranfrage (16.06.2009) veranlasst worden wäre, habe keine Unverzüglichkeit der Rüge im Hinblick auf die behauptete und klare Definition des Begriffs "Dieselpreis" bzw. des „Wertes des Dieselkraftstoff“ vorgelegen.

Im Hinblick auf die **Vertragsstrafenregelung** sei eine als solche zu qualifizierende Rüge überhaupt nicht erfolgt. Die Antragstellerin habe lediglich "Beanstandungen" geteilt und lediglich um "Überprüfung" beziehungsweise "Anpassung" unbeschadet dessen, dass die formale an eine Rüge zu stellende Anforderung nicht erfüllt sei, sei sie jedenfalls nicht unverzüglich erfolgt. Sofern die Antragstellerin behauptet, den Vertragsentwurf bis zum 16.06.2009 übersehen zu haben, treffe dies schon deshalb nicht zu, weil sie bereits mit ihrem Schreiben vom 10.06.2009 Fragen zum Rahmenvertrag gestellt habe.

Auch die "Rüge" zum **Anpassungsverlangen** (3-Tages-Frist) erfülle nicht die formalen Voraussetzungen für eine Rüge und sei darüber hinaus ebenfalls nicht unverzüglich erfolgt. Dies gelte auch für die Rügen im Blick auf die Kfz-Haftpflichtversicherung und Insassenversicherung, Anordnung von Fahrten in besonderen Fällen, Vorgaben zum Fahrzeugalter, Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien und Vorgaben zur Ermittlung der Wertungsaspekte.

Sämtliche seitens der Antragstellerin erhobenen Rügen seien somit verfristet beziehungsweise erfüllten nicht die formalen an eine Rüge zu stellenden Voraussetzungen, so dass die Antragstellerin mit ihrem Vortrag insgesamt präkludiert sei.

Der Antragsgegner ist des Weiteren der Ansicht, die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt: Für das Los 1 sei dies bereits deshalb der Fall, weil die Antragstellerin kein Angebot abgegeben habe. Im Hinblick auf die Lose 2-23 drohe der Antragstellerin kein Schaden, weil ihr Angebot wegen verspäteter Angebotsabgabe zwingend vom Verfahren auszuschließen sei. Die Antragstellerin könne sich auch nicht darauf berufen, dass sie im Falle eines Obsiegens im vorliegenden Vergabeverfahren eine erneute Möglichkeit der Angebotsabgabe hätte. § 107 Abs. 2 GWB fordere nämlich, dass dem

Antragsteller durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen droht. Der Schaden im vorliegenden Fall sei aber durch die verspätete Angebotsabgabe und nicht durch die angeblich fehlerhaften Vergabeunterlagen entstanden. Vielmehr sei die Antragstellerin offenkundig in der Lage gewesen, ein Angebot zu kalkulieren. Sie habe es aber versäumt, das Angebot fristgerecht bei der Vergabestelle einzureichen. Daher entstehe hier ein etwaiger Schaden allenfalls durch die verspätete Angebotsabgabe. Diesen habe sie jedoch selbst zu verantworten. Schließlich sei - so der Antragsgegner - der Nachprüfungsantrag auch unbegründet:

Am 30.07.2009 fand eine mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer statt. Die Beteiligten hatten Gelegenheit, zum Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Ausführungen zu machen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unzulässig.

1. Zwar bestehen weder gegen die örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer noch gegen die Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 GWB Bedenken. Auch ist die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer bei einem streitigen Auftragswert gemäß §§ 100 Abs. 1, 127, 102 ff GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 3 VgV gegeben.

2. Der Antragstellerin fehlt allerdings die erforderliche Antragsbefugnis.

2.1 Zwar hat die Antragstellerin eine Verletzung ihrer Rechte nach § 97 Absatz 7 GWB geltend gemacht. Sie behauptet, der Antragsteller habe mit dem Inhalt seiner Leistungsbeschreibung, seines Rahmenvertrages und der Gewichtung der Zuschlagskriterien gegen §§ 8 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 3, 9 Nr. 2 und Nr. 3 Abs. 1 Satz 2, 12 VOB/A und die Vorgaben zur rechnerischen Ermittlung der Wertungspunkte mehrdeutig und unklar formuliert. Insoweit hat die Antragstellerin in ausreichender Weise insbesondere Verstöße gegen das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB) sowie § 97 Abs. 7 GWB und damit eine konkrete Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte behauptet.

2.2. Die Antragstellerin, die durch ihre Beteiligung am Verfahren - die Lose 2 - 23 betreffend - ihr Interesse am Auftrag dokumentiert hat, ist auch der erforderlichen Darlegungspflicht hinsichtlich eines Schadens nachgekommen. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn sich ihre Position durch die gerügten Rechtsverletzungen in keiner denkbaren Weise verschlechtert haben könnte und die Entstehung eines Nachteils von vornherein ausgeschlossen erschiene.

Zwar hat die Antragstellerin ihre Angebote verspätet abgegeben mit der Folge dass diese gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. c VOL/A auszuschließen wären. Abgesehen davon, dass insoweit aber noch offen ist, ob der Antragsteller die Angebote tatsächlich ausschließen muss oder sich die Antragstellerin sich beispielsweise auf die Rückausnahmeregelung des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. c VOL/A berufen kann, lassen die von der Antragstellerin gerügten Vergabeverstöße aber gerade nicht die Schlussfolgerung zu, dass eine erneute Wertung - in welchem Verfahrensstadium auch immer - die Auftragserteilung von vornherein ausschließen würde. In einem solchen Falle besteht nämlich die Möglichkeit, die verspätete Angebotsabgabe durch eine erneute - rechtzeitige - Angebotsabgabe kompensieren. Die Tatsache einer verspäteten Einreichung eines Angebotes ist nämlich unerheblich, wenn ein Antragsteller Gelegenheit erhalten muss oder kann, ein neues Angebot einzureichen und dabei diesen Ausschlussgrund zu vermeiden (OLG Düsseldorf - Beschluss vom 21.5.2008 - Verg 19/08). Dies würde im Ergebnis auch auf das nicht angebotene - Los 1 zutreffen. Die Möglichkeit eines daraus resultierenden Schadens ist im Hinblick auf die Darlegungslast ausreichend. Dies würde allerdings nicht gelten, soweit der Antragsgegner die Unzuverlässigkeit der Antragstellerin behauptet. Im Falle der festgestellten Unzuverlässigkeit wäre es nämlich ausgeschlossen, dass die Antragstellerin bei Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens beteiligt würde, da die Ursache für eine solche festgestellten Unzuverlässigkeit sich auch auf dieses Verfahren auswirken würde und auf Seiten der Antragstellerin die Entstehung eines Nachteils auch unter Berücksichtigung der behaupteten Vergabeverstöße von vornherein ausgeschlossen wäre. Dem steht allerdings entgegen, dass der Antragsgegner die Unzuverlässigkeit lediglich in hier streitigen Verfahren behauptet, nicht aber im Rahmen der Wertung explizit und nachvollziehbar festgestellt hat und somit keine entscheidungsrelevante Wertung vorliegt, welche zu überprüfen wäre.

2.3 Die Antragstellerin ist aber mit sämtlichen Behauptungen mangels rechtzeitiger Rügen präkludiert.

2.3.1 Soweit sich die Antragstellerin gegen den jeweiligen Inhalt der

- Preisanpassungsregelung,
- Preisgleitklausel,
- Anordnung von Fahrten in besonderen Fällen,
- Regelung zum Fahrzeualter sowie
- die behauptete Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien und
- die Gewichtung der Zuschlagskriterien

wendet, ist der Antrag gemäß **§ 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB** unzulässig, weil die Antragstellerin Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aus den Vergabeunterlagen erkennbar waren, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe gerügt hat.

2.3.1.1 § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist im hier streitigen Verfahren anwendbar. Die Regelung ist gemäß Art. 4 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 (BGBl. I S. 790 ff) am 24.04.2009 in Kraft getreten. Gemäß § 131 Abs. 8 GWB gelten die Regelungen für Vergabeverfahren, die nach dem 24.04.2009 begonnen haben. Maßgeblich ist insoweit der objektiv nach außen wirkende und erkennbare Beginn eines solchen Vergabeverfahrens, weil anderenfalls im Hinblick auf die potentiellen Beteiligten eines solchen Verfahrens nicht mit der gebotenen Sicherheit deutlich werden würde, ob das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts Anwendung findet. Unter diesen Voraussetzungen ist der Beginn des Vergabeverfahrens auf die nach außen wirkende Bekanntmachung im Amtsblatt der EU festzulegen. Dies war am 07.05.2009, also nach Anwendungszeitpunkt im Sinne des § 131 Abs. 8 GWB.

2.3.1.2 Die Antragstellerin hat die vorstehend benannten Verstöße nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe (19.06.2009) gerügt.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist die zweimalige Verlängerung der Angebotsabgabefrist im Hinblick auf die zeitliche Rügepflicht im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB nicht von Bedeutung. Der Gesetzgeber hat diese Rügepflicht im Hinblick auf Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind,

ausdrücklich auf den Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe bezogen. Während noch im Gesetzentwurf lediglich auf den Ablauf der Angebotsfrist Bezug genommen worden war, ist der Wortlaut des beschlossenen Gesetzes um die Konkretisierung erweitert worden, dass es sich dabei um die in der Bekanntmachung benannte Angebotsabgabefrist handelt. Damit ist ein eindeutiger Bezugszeitpunkt gesetzt worden, bis zu dessen Eintritt ein Bieter zur Vermeidung eines Präklusionseinwandes gegenüber dem Auftraggeber Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aus den Vergabeunterlagen erkennbar werden, zu rügen hat.

Soweit die Antragstellerin der Ansicht ist, die Voraussetzungen des § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB bereits deshalb erfüllt zu haben, weil der Antragsgegner im Hinblick auf die Verlängerung der Angebotsfrist diese Änderung erneut europaweit hätte bekannt machen müssen, findet dies keine rechtliche Grundlage. Die Bekanntmachung - im Sinne des § 17 Nr. 1 VOL/A - stellt einen Aufruf an potentiell interessierte Auftragnehmer dar, die Verdingungsunterlagen beim Auftraggeber abzurufen: Um zu diesem Zeitpunkt entscheiden zu können, ob ein Angebot im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Kapazitäten auf Seiten eines potentiellen Bieters sinnvoll erscheint, soll in der Bekanntmachung auch der Ablauf der Angebotsfrist benannt sein. Damit erschöpfen sich der Inhalt und die Reichweite einer solchen Bekanntmachung. Werden die Verdingungsunterlagen abgefordert, soll auch darin der Ablauf der Angebotsfrist gemäß § 17 Nr. 3 VOL/A enthalten sein. Ändert sich im Verlaufe der Angebotsbearbeitung die für die Bearbeitung und Abgabe der Angebote vorgesehene Frist, kann dies auf den Inhalt der Bekanntmachung nicht mehr zurück wirken. Zwar wäre es denkbar, zu regeln, dass eine solche Fristenverlängerung einer erneuten allgemeinen, an alle potentiellen Bewerber gerichteten Bekanntmachung zugänglich gemacht wird und dadurch ein weiterer Bewerberkreis angesprochen würde. Der Wortlaut der §§ 17, 17a VOL/A gibt dies aber gerade nicht her. Eine Änderung der Angebotsfrist betrifft vielmehr ausschließlich diejenigen Bieter, welche aufgrund der Bekanntmachung die Angebotsunterlagen angefordert haben und als Bieter eines begonnenen Angebotsverfahrens im Hinblick auf die Bearbeitung der Vergabeunterlagen von einer solchen Änderung betroffen sind.

Die Antragstellerin kann vorliegend auch nicht mit dem Einwand durchdringen, dass nationale Ausschlussfristen nicht die Ausübung der Rechte, die dem Betroffenen nach dem Gemeinschaftsrecht zuständen, praktisch unmöglich machen oder übermäßig

erschweren dürfen, die Anwendung des § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB vorliegend aber dazu führe, dass ihr - der Antragstellerin - die Durchsetzung ihrer Rechte praktisch unmöglich gemacht werde und dies mit dem sich aus der Richtlinie 89/665 ergebenden Effektivitätsgebot zur Nachprüfung von Vergabeverfahren nicht vereinbar sei. Eine das Primärrechtsschutzverfahren betreffende nationale Regelung, nach der die Nachprüfung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers binnen einer bestimmten Frist beantragt werden muss, wobei sämtliche Mängel des Vergabeverfahrens, auf die der Antrag gestützt wird, innerhalb dieser Ausschlussfrist gerügt werden müssen, so dass bei Versäumnis der Frist weder die betreffende Entscheidung angefochten noch ein solcher Mangel geltend gemacht werden kann, steht der vorgenannten Richtlinie nicht entgegen, wenn die Frist angemessen ist (EuGH - Urteil vom 11.12.2007 - C-241/06). Begrenzt wird eine solche innerstaatliche Regelung nämlich ausschließlich dadurch, dass sie die Rechtsausübung des Betroffenen, also die Geltendmachung des Primärrechtsschutzes, praktisch nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren darf (EuGH a.a.O.). Die in § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB festgeschriebene Ausschlussfrist für die zu erhebende Rüge führt aber nicht dazu, dass die Ausübung der Rechte der Antragstellerin praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert worden ist. Im hier streitigen Fall ist zwar der Schlusstermin für die Anforderung der Verdingungsunterlagen in der Bekanntmachung auf den 29.05.2009 festgelegt worden und der Termin für den Eingang der Angebote endete am 19.06.2009. Die Antragstellerin hat die Unterlagen aber bereits am 12.05.2009 erhalten. Ab diesem Zeitpunkt bestand die Möglichkeit, die Vergabeunterlagen auf Verstöße gegen Vergabevorschriften zu überprüfen. Der Antragstellerin stand dafür ein Zeitraum von einem Monat zur Verfügung. Dies lässt nicht den Schluss zu, dass ihr die Rechtsausübung im Sinne der Geltendmachung eines Primärrechtsanspruchs unter Berücksichtigung der insoweit erforderlichen Rügen unmöglich gemacht oder auch nur erschwert worden sein könnte.

Soweit die Antragstellerin behauptete Vergabeverstöße erstmals am 28.06.2009 - die Anordnung von Fahrten in besonderen Fällen sowie das Fahrzeualter betreffend - gegenüber dem Antragsgegner dargelegt hat, ist sie, da dies nach der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe geschehen ist, präkludiert mit der Folge, dass gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB ihr Antrag unzulässig ist. Dies gilt auch für die am 30.06.2009 erstmals erhobene Einwendung im Hinblick auf die Vermischung Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Soweit die Antragstellerin jeweils am 22.06.2009 Bedenken gegen den Inhalt der Preisanpassungsregelung und der Preisgleitklausel sowie die Gewichtung der Zuschlagskriterien erhoben hat, ist dies objektiv ebenfalls verspätet geschehen. Zwar hat die Antragstellerin sich im Hinblick auf die Preisanpassungsregelung und die Preisgleitklausel bereits am 10.06.2009 und im Hinblick auf die Gewichtung der Zuschlagskriterien bereits am 16.06.2009 an den Antragsteller gewandt: Diese Schreiben der Antragstellerin genügten objektiv aber nicht den inhaltlichen Anforderungen an eine Rüge i. S. v. § 107 Abs. 3 GWB.

Zwar muss eine Rüge keine Begründung, insbesondere keine detaillierte rechtliche Würdigung enthalten. Auch muss der Begriff „Rüge“ nicht verwendet werden. Zum Ausdruck kommen muss aber, welchen Sachverhalt der Bieter für vergaberechtswidrig hält und dass er dem Auftraggeber vor Anrufung der Vergabekammer die Möglichkeit einer Selbstkontrolle geben möchte. In diesem Sinne muss nach dem objektiven Empfängerhorizont zumindest durch Auslegung eindeutig erkennbar sein, dass nicht nur eine Anregung zur Optimierung eines Vergabeverfahrens gegeben werden soll, sondern ein Rechtsfehler geltend gemacht wird. Entscheidend ist, dass die Vergabestelle die Aussage als ernst gemeinte und verbindliche Rüge qualifizieren kann (OLG Frankfurt am Main - Beschluss v. 24.06.2004 - Az.: 11 Verg 15/04).

Der Schriftsatz der Antragstellerin vom 10.06.2009 - die Preisanpassungsregelung betreffend - enthält ausschließlich eine an den Antragsgegner gerichtete Frage. Die an eine Rüge zu stellenden Anforderungen im vorgenannten Sinne werden damit nicht erfüllt.

Der Schriftsatz der Antragstellerin vom 10.06.2009 - den Inhalt der Preisgleitklausel betreffend - beinhaltet ebenfalls ausschließlich eine an den Antragsgegner gerichtete Frage und damit ebenfalls keine den objektiven Voraussetzungen entsprechende Rüge.

Der Schriftsatz der Antragstellerin vom 16.06.2009 - die Gewichtung der Zuschlagskriterien betreffend - stellt ebenfalls lediglich eine an den Antragsgegner gerichtete Frage dar. Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Rüge liegen auch insoweit nicht vor.

Die seitens der Antragstellerin an den Antragsgegner gerichteten Fragen und deren jeweilige Beantwortung durch den Antragsgegner vom 16.06.2009 sowie der jeweils zeitlich danach geführte Schriftwechsel führen jedoch nicht dazu, dass die Präklusionsfrist im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB zu Gunsten der Antragstellerin hinausgeschoben werden könnte. Einerseits stellt sich insoweit bereits die Frage, aus welchem Grunde nicht gleichwohl die - insoweit kurze - Restrügefrist für die Antragstellerin im Blick auf die rechtzeitige Erfüllung ihrer Verpflichtung ausreichend sein sollte. Darüber hinaus spricht aber auch hier der objektive Wortlaut des § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB gegen eine solche Verlängerung. Die in der Bekanntmachung genannte Frist zur Angebotsabgabe ist eine objektiv festgelegte Frist. Der Bieter muss sicherstellen, dass auch für den Fall, dass auf seiner Seite bestehende Unklarheiten zu Fragen an den Auftraggeber führen, diese objektiv festgelegte Frist beachtet wird. Nur dann, wenn die Frist zur Angebotsabgabe und die Möglichkeit, Verstöße gegen Vergabevorschriften aus den Vergabeunterlagen zu erkennen, deshalb objektiv oder subjektiv unmöglich ist, weil zwischen dem Eingang der Vergabeunterlagen beim Bieter und der Frist zur Angebotsabgabe ein nicht mehr zumutbarer kurzer Zeitraum besteht, mag dies zu Gunsten des Bieters von Bedeutung sein. Nicht von Bedeutung kann dies allerdings dann sein, wenn dem Bieter - wie hier - ein Zeitraum von ca. 4 Wochen verbleibt. Die Antragstellerin hat insoweit einen erheblichen Zeitraum verstreichen lassen, bevor sie - quasi kurz vor Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe - an den Antragsgegner herangetreten ist. Dass dies deshalb erforderlich gewesen sei, weil sie - die Antragstellerin - in die Vergabeunterlagen erst aufgrund von Arbeitsüberlastungen und der Notwendigkeit der Bearbeitung weiterer Angebote zu einem solch späten Zeitpunkt Einsicht habe nehmen können, exkulpiert sie nicht. Zwar ist es Sache des Bieters, zu entscheiden, in welcher Zeit und mit welchem Personaleinsatz er sich an einer Ausschreibung unter Berücksichtigung der ihm aufgrund der Bekanntmachung bekannten Angebotsfrist beteiligt. In diesem Zusammenhang muss er aber auch, will er seinen Anspruch auf Gewährung des Primärrechtsschutzes aufrechterhalten, sich bemühen, die Voraussetzungen dafür zu schaffen. Voraussetzung für die Gewährung des Primärrechtsschutzes ist aber auch die gesetzlich festgeschriebene Notwendigkeit der rechtzeitigen Rügeerhebung. Unter diesen Voraussetzungen kann sich ein Bieter aber nicht einer - auch zeitlich - angemessenen und eingehenden Prüfung der Vergabeunterlagen und damit - zwangsläufig - der rechtzeitigen Rüge dadurch entziehen, dass er die Prüfung der Unterlagen zurückstellt und nicht durch die allein ihm obliegende Organisation eines Personaleinsatzes beziehungsweise der Schaffung

desselben eine rechtzeitige Überprüfung, welche ihn in die Lage versetzt, den Rügezeitpunkt des § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB beachten zu können, vornimmt oder vornehmen lässt.

2.3.2 Soweit sich die Antragstellerin gegen die Vertragsstrafenregelung, die Frist zum Anpassungsverlangen sowie die Regelungen zur Haftpflichtversicherung wendet, ist der Antrag gemäß **§ 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB** unzulässig, weil die Antragstellerin die gerügten Verstöße gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Antragsgegner nicht unverzüglich gerügt hat.

2.3.2.1 Im Hinblick auf den Inhalt der Vertragsstrafenregelung hat die Antragstellerin die im Nachprüfungsverfahren behaupteten Vergabefehler beanstandet und den Antragsteller um Überprüfung, Anpassung und Konkretisierung gebeten. Die Antragstellerin hat dargelegt, welche Sachverhalte sie für vergaberechtswidrig hält und zum Ausdruck gebracht, dass sie dem Auftraggeber die Möglichkeit einer Selbstkontrolle einräumt. Sie hat - objektiv erkennbar - somit nicht lediglich eine Anregung zur Optimierung des Vergabeverfahrens gegeben, sondern einen Rechtsfehler geltend gemacht, den die Vergabestelle als ernst gemeinte und verbindliche Rüge qualifizieren konnte. Dies gilt auch im Hinblick auf die Frist zum Anpassungsverlangen: Zwar hat die Antragstellerin lediglich - mit der Bitte um Anpassung - auf eine unangemessene Benachteiligung für den Auftragnehmer abgestellt und insoweit keinen konkreten Bezug auf einen Verstoß gegen Vergabevorschriften hergestellt, sondern erst in der Antragschrift auf ein daraus resultierendes ungewöhnliches Wagnis hingewiesen. Der Hinweis auf die Benachteiligung des Auftragnehmers und - daraus zwangsläufig resultierend - des Bieters erfasst aber zum Zeitpunkt der Angebotskalkulation die Einschätzung des Wagnisses und dessen Auswirkungen auf den Angebotspreis. Die Grenze zu einer nicht relevanten Anregung gegenüber dem Auftraggeber wird damit allerdings noch nicht erreicht. Aus Sicht des Antragsgegners war dies ebenfalls als ernst gemeinte und verbindliche Rüge zu qualifizieren. Im Hinblick auf die Regelungen zur Haftpflichtversicherung hat die Antragstellerin - wie im Nachprüfungsantrag - auf eine objektiv fehlende Erfüllbarkeit und fehlende Eindeutigkeit hingewiesen, um Anpassung gebeten und insoweit die an eine Rüge zu stellenden Voraussetzungen erfüllt.

2.3.2.2 Die Antragstellerin hat die jeweils am 16.06.2009 geltend gemachte Rüge allerdings nicht rechtzeitig erhoben und ist insoweit mit ihrem Vorbringen präkludiert.

2.3.2.2.1 Die Antragstellerin hat die gerügten Verstöße bereits vor dem 16.06.2009 i. S. d. § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB erkannt. Zu dieser positiven Kenntnis gehört einerseits das Wissen von denjenigen Tatsachen, aus denen sich der geltend gemachte Vergabefehler ergibt. Im Hinblick auf die Beurteilung als Verstoß gegen Vergabevorschriften reicht eine laienhafte rechtliche Wertung aus (OLG Frankfurt am Main - Beschluss vom 15.07.2008 - 11 Verg 4/08). Es reicht das Wissen um einen Sachverhalt, der aus Sicht des Bieters dem Schluss auf einen Verstoß gegen Vergabevorschriften dergestalt zulässt, dass das Vergabeverfahren als fehlerhaft beanstandet werden kann.

Die vorstehend definierten Erkenntnisse lagen auf Seiten der Antragstellerin jedenfalls vor dem jeweiligen Rügezeitpunkt am 16.06.2008 vor, anderenfalls hätte die Antragstellerin die jeweilige Rüge nicht erleben können.

Der Kenntnisse waren am 10.06.2009 und darüber hinaus sogar zu einem früheren Zeitpunkt im Sinne der Kenntnis gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB gegeben.

Mit jeweiligem Schriftsatz vom 10.06.2009 hat die Antragstellerin Fragen zu der Preisanpassungsregelung und der Preisgleitklausel und damit zum Inhalt der Leistungsbeschreibung und des Rahmenvertrags gestellt. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hatte sie sich mit den Vergabeunterlagen und insbesondere dem jeweiligen Inhalt der Leistungsbeschreibung und des Rahmenvertrages befasst. Darin waren die Vertragsstrafenregelung, die Frist zum Anpassungsverlangen und die Regelung zur Haftpflichtversicherung enthalten.

Hätte die Antragstellerin die mit jeweiliger Rüge am 16.06.2008 beanstandeten Regelungen zu diesem Zeitpunkt ebenfalls einer Prüfung unterzogen, wären diese nach Überzeugung der Kammer zu jenem Zeitpunkt bekannt gewesen. Insoweit ist von Bedeutung, dass die Antragstellerin darauf hingewiesen hat, dass sie sich mit den Vergabeunterlagen erst am 09.06.2009 habe beschäftigen können, weil sie sich parallel mit zwei weiteren Ausschreibungen zu befassen hatte. Dies lässt den Schluss zu, dass der Antragstellerin insoweit ein selbst verursachtes Kenntnisdefizit anzulasten ist, was einer positiven Kenntnis i. S. d. § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB gleichsteht. Die Antragstellerin hat sich

nämlich treuwidrig der positiven Kenntniserlangung verschlossen mit der Folge, dass ihr die entsprechende Kenntnis - als vorhanden - zugerechnet wird. Ein treuwidriges beziehungsweise mutwilliges Sich- Verschließen ist auch darin zu sehen, dass eine Rüge aus im Ergebnis personellen Gründen verzögert wird, es setzt nämlich nicht voraus, dass sich ein Bieter mit einem möglichen Verstoß bereits befasst hat und sich lediglich den daraus resultierenden Schlussfolgerungen verschließt. Es ist vielmehr auch dann anzunehmen, wenn ein Bieter es vorwerfbar versäumt, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass er rechtzeitig Kenntnis von Vergabeverstößen erlangen kann. Ein Bieter, der die Vergabeunterlagen anfordert, bestimmt zwar grundsätzlich selbst, wann er sich mit dem Inhalt der Angebotsunterlagen auseinandersetzt. Auch ist er nicht verpflichtet, die Angebotsunterlagen unmittelbar nach Eintreffen derselben zu sichten beziehungsweise inhaltlich zu prüfen (VK Sachsen Anhalt - Beschluss vom 12.9.2008 - 1 VK LVwA 11/08). Trägt er allerdings nicht dafür Sorge, dass trotz einer aus seiner Sicht bestehenden zeitlichen Überlastung eine zeitnahe Prüfung der Vergabeunterlagen erfolgen kann, obwohl - nur - er die Möglichkeit hat, insoweit - sei es durch verstärkten Zeit- oder Personaleinsatz - Abhilfe zu schaffen, ist ein organisatorisch bedingtes treuwidriges beziehungsweise mutwilliges Sich- Verschließen zu bejahen (VK Bund - Beschluss vom 26.01.2006 - VK 2 - 165/05). Nicht nur das Vertragsverhältnis zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer, der zuvor als Bieter mit dem Auftraggeber verbunden waren, sondern auch das im Rahmen eines Angebotsverfahren bestehende vorvertragliche Schuldverhältnis ist vom Grundsatz gegenseitiger Rücksichtnahme und von Kooperationspflichten geprägt. Enttäuscht ein Auftraggeber in diesem Verfahrensstadium einen Bieter in dessen Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Abwicklung des Verfahrens, kann dies zu einem auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzanspruch des Bieters führen. Dieses vorvertragliche Vertrauens- und Kooperationsverhältnis stellt aber keine Einbahnstraße dar, sondern trifft den Bieter im Verhältnis zum Auftraggeber beziehungsweise zur Vergabestelle gleichermaßen. Dessen personell- organisatorische Defizite dürfen nicht zu seinem Vorteil gereichen, da anderenfalls das Recht des Auftraggebers auf eine zeitnahe Rügeerhebung durch ein Sich- Berufen des Bieters auf solche Mängel leerlaufen würde. Der Bieter ist in diesem Falle vielmehr so zu stellen, als hätte er rechtzeitig die organisatorischen Voraussetzungen für eine zeitlich angemessene Prüfung ab dem Zeitpunkt des Erhalts der Angebotsunterlagen herbeigeführt. Die Angebotsunterlagen sind der Antragstellerin am 12.05.2009 zugegangen. Ob insoweit im Hinblick auf Angebotsfrist zum 19.06.2009 eine Frist von 1 Woche oder 2 Wochen oder nur einige Tage in als

hinnehmbar angesehen werden kann, kann dahinstehen: Ein Zuwarten von circa 4 Wochen bis zum 09.06.2009 ist allerdings nicht mehr hinnehmbar, zumal die Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt keine kompensatorische Vorsorge dafür getroffen hat, eine jeweils unverzügliche Rüge zu erheben. Insoweit wäre nämlich auch eine Wartefrist von 7 Tagen ab dem 09.06.2009 nicht mehr als unverzüglich anzusehen.

III.

1. Die Antragstellerin hat als unterlegene Partei die Kosten des Verfahrens zu tragen (§ 128 Abs. 3 GWB).
2. Die Antragstellerin hat die zur Zweck entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB).
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles und im Hinblick auf eine sachgerechte Darstellung und Vertretung ihrer Rechtspositionen notwendig (§ 124 Abs. 4 GWB / § 80 VwVfG).

IV.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main

- Vergabesenat -

Zeil 42

60256 Frankfurt am Main

einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Jung
(Vorsitzender)

Pöhlker
(hauptamtlicher Beisitzer)