

Leitsätze

1. Die Beanstandung, die Vorabinformation nach § 101 a GWB sei unzureichend, erfordert keine näheren Erkundigungen oder rechtliche Ausführungen, die für Rügen üblicherweise eingeräumten Fristen von bis zu einer Woche sind insoweit also nicht erforderlich. Eine solche Beanstandung muss vielmehr noch am Tage deren Zugangs, spätestens jedoch am Folgetag erfolgen, damit die jeweilige Vergabestelle schnellstmöglich die Gelegenheit erhält, die als unzureichend gerügten Informationen noch vervollständigen zu können. Eine spätere Rüge (vier Tage nach Zugang der Vorabinformation) ist daher nicht mehr unverzüglich (vgl. VK Nordbayern, Beschl. v. 26.8.2009; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.08.2004 - Verg 54/04).
2. Die Bezeichnung der „bekannt gegebenen Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig“ ist unsubstantiiert, wenn kein Sachverhalt bezeichnet wird, aus dem sich die Rechtswidrigkeit ergeben oder der den Vergabeverstöß begründen soll. Eine Rüge muss objektiv und vor allem auch gegenüber dem Auftraggeber deutlich machen und von diesem so verstanden werden können, welcher Sachverhalt aus welchem Grund als Verstoß angesehen wird und dass es sich nicht nur um die Klärung etwaiger Fragen, um einen Hinweis, eine Bekundung des Unverständnisses oder der Kritik z. B. der Verfahrensabläufe und Entscheidungen o. ä. handelt. Der behauptete Vergabeverstöß muss so eindeutig benannt werden, dass für die Vergabestelle erkennbar ist, was der Bieter von der Vergabestelle erwartet und bei ihr erreichen will (vgl. Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 24.04.2009, § 107 GWB, Rz.1982).
3. Enthält die Antwort der Vergabestelle auf eine Rüge nach Auffassung des Antragstellers weitere Vergabeverstöße, müssen diese ebenfalls gerügt werden, falls hierauf der Nachprüfungsantrag gestützt werden soll. Da im Gesetz eine Wartefrist zwischen Rüge und Nachprüfungsantrag nicht vorgesehen ist, kann

die Rüge unmittelbar vor oder gleichzeitig mit Einreichung des Nachprüfungsantrages erhoben werden. Die Antragsgegnerin muss auch insoweit noch Gelegenheit zur Reaktion bzw. zur Abhilfe der Rüge erhalten. Die Rüge wird auch durch eine unmittelbar drohende Zuschlagserteilung nicht entbehrlich.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

Wegen

Ausschreibung der Planung und Errichtung einer neuen Haupttribüne für das xxxstadion xxx im Beschleunigten Verhandlungsverfahren

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende RD'in Mania, die hauptamtliche Beisitzerin ROR'in Jensen-Löbl und den ehrenamtlichen RA Ernst aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. September 2009 am 9. Oktober 2009 beschlossen:

- I. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer in Höhe von 4.780,00 Euro.
- III. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung/ Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
- IV. Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 30.04.2009 (xxx-2009-DE) hat die Antragsgegnerin die Planung und Errichtung einer neuen Haupttribüne für das Xxxstadion Xxx ausgeschrieben. Vorgesehen ist die Beauftragung mit der Planung und schlüsselfertigen Errichtung einer Tribüne für ca. 2.500 Zuschauer als Totalübernehmer -/ unternehmerleistung.

Als Verfahrensart ist wegen Dringlichkeit das beschleunigte Verhandlungsverfahren vorgesehen. Schlusstermin für den Eingang der Angebote bzw. Teilnehmanträge war der 19. Mai 2009.

Bis zu diesem Termin gingen 12 Teilnahmeanträge ein, darunter auch von der Antragstellerin und der beigeladenen Bietergemeinschaft. Neun Bieter wurden mit Schreiben vom 26. Mai 2009 zur Abgabe eines indikativen Angebotes unter Beifügung der Vergabeunterlagen aufgefordert. Abgabetermin war der 6. Juli 2009. Die Angebote sollten als grundlegende Bestandteile die planerische und bauliche Konzeption sowie die Projektpreise enthalten. Die Antragsgegnerin behielt sich vor, die Mindestanforderungen (u. a. Raumprogramm und Leistungsbeschreibungen) vor der Aufforderung zur letztverbindlichen Angebotsabgabe näher zu präzisieren und zu konkretisieren. Die Bieter wurden darauf hingewiesen, dass die Antragsgegnerin es sich vorbehalte, bevorzugte Bieter unter Berücksichtigung des Kriteriums der Wirtschaftlichkeit auszuwählen. Als diese Kriterien waren unter Preis, Risiken und Sicherheit sowie Qualität des Bauwerks genannt.

In der Zeit vom 12. Juni 2009 bis 2. Juli 2009 wurden von verschiedenen Bietern insgesamt 65 Fragen zu inhaltlichen und technischen Einzelheiten des Vorhabens gestellt und mit mehreren per E-Mail übersandten Schreiben des Planungsbüros an alle zur Angebotsabgabe aufgeforderte Bieter beantwortet.

Zu dem angegebenen Termin lagen acht indikative Angebote mit Baubeschreibung, Ansichtsplänen, Angabe der Projektkosten, Plänen und Ansichten vor. Am 9. Juli 2009 wurden die eingereichten Entwürfe von einem Preisgericht nach den Kriterien Architektonische Gestaltung (Städtebau,

Baukörper, Materialien) und Funktionalität (innere und äußere Erschließung) bewertet. Den Mitgliedern war hierbei nicht bekannt, welcher Entwurf von welchem Bieter stammte, vielmehr wurden für die Beurteilung Bieternummern vergeben. Für die Architektur erhielt die Beigeladene den ersten und die Antragstellerin den dritten Rang, für die Funktionalität erhielten beide den dritten Rang, der zweite Rang wurde nicht vergeben.

Die formale Überprüfung der Angebote ergab, dass in allen Fällen bestimmte in den Vergabeunterlagen geforderte Erklärungen nicht beigefügt waren und daher die Mindestbedingungen nicht eingehalten waren. Die Antragsgegnerin beschloss, von der nach § 26 VOB/A zulässigen Aufhebung des Verfahrens und anschließender Einleitung eines Verhandlungsverfahrens ohne erneute öffentliche Bekanntmachung abzusehen und stattdessen das Verhandlungsverfahren mit allen Bietern fortzuführen.

Hierüber wurden alle Bieter, die ein indikatives Angebot abgegeben hatten, mit Schreiben vom 10. Juli 2009 informiert und ihnen Gelegenheit gegeben, bis zum 15. Juli 2009 Ergänzungen zu den Angeboten zu übersenden. Hiervon machten alle acht Bieter Gebrauch. Nach formaler und inhaltlicher Prüfung der Angebote verblieben vier Bieter in der engeren Wertung, darunter auch die Antragstellerin und die beigeladene Bietergemeinschaft. Bei einem Bietergespräch am 16. Juli 2009 hatte die Antragstellerin Gelegenheit, den Entwurf vorzustellen und Anmerkungen zum Vertragsentwurf zu machen.

Mit Schreiben vom 21. Juli 2009 wurde sie, ebenso wie die anderen drei in der Wertung verbliebenen Bieter, zur Abgabe eines letztverbindlichen Angebotes bis zum 3. August 2009 aufgefordert. Zugleich wurde sie darüber informiert, dass Kriterium für die Auftragserteilung die Wirtschaftlichkeit des Angebotes sei. Hierfür würden der Preis mit 35% und die Qualität des Bauwerkes mit 65 % gewichtet. Die Qualität werde wiederum zu 40 % nach Funktionalität (innere und äußere Erschließung) und architektonischer Gestaltung zu 25 % (Städtebau, Baukörper und Materialien) beurteilt.

Die letztverbindlichen Angebote gingen fristgemäß ein und wurden am 4. August 2009 im Rahmen der Qualität des Bauwerkes hinsichtlich Funktionalität und architektonischer Gestaltung beurteilt. Dabei wurden den Entwürfen der

Antragstellerin und der Beigeladenen für die Architektur jeweils Rang 1 und für Funktionalität jeweils Rang 2 vergeben.

Bei der Bewertung der angebotenen Preise wurden diese zu dem rechnerisch günstigsten Preis, der 5 Punkte erhielt, jeweils mit bestimmten Abstufungen ins Verhältnis gesetzt. Die Beigeladene erhielt hier den 2. und die Antragstellerin den 3. Rang.

Mit Schreiben vom 13. August 2009 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin gem. § 101 a GWB mit, es sei beabsichtigt, der Beigeladenen den ausgeschriebenen Auftrag zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht das wirtschaftlichste gewesen. Es habe in der Gesamtwertung Platz 2 belegt. Bei der architektonischen Gestaltung habe es zwar den 1. und bei der Funktionalität den 2. Rang belegt, preislich habe es jedoch es jedoch nur an 3. Stelle gelegen.

Die Antragstellerin bat per E-Mail vom 14. August an das beauftragte Planungsbüro unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 21. Juli 2009 um Erläuterung bzw. Zusendung „ der Vorschriften auf die sich die Wertung der Angebote bezieht.“

Am selben Tag übersandte das Planungsbüro die Texte der Vorschriften der §§ 25 und 25 a VOB/A.

Mit Schreiben vom 17. August 2009 rügte die Antragstellerin die Vorabinformation als unzureichend und die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig.

Die Vorabinformation genüge nicht den an sie zu stellenden Anforderungen. Die Antragstellerin antwortete mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 20. August 2009 und führte aus, das Angebot der Antragstellerin habe hinsichtlich architektonischer Gestaltung und Funktionalität in der Bewertung mit dem obsiegenden Angebot gleichauf gelegen. Entscheidendes Kriterium sei damit der Preis gewesen, hier habe das Angebot der Antragstellerin an dritter, das der beigeladenen an zweiter Stelle gelegen, daher sei dieser der Zuschlag zu erteilen.

Die Antragstellerin stellte daraufhin mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 21. August 2009 einen Nachprüfungsantrag nach § 107 GWB. Zur Begründung trägt sie vor, die Wertung sei offensichtlich nicht hinreichend dokumentiert worden, wie die Widersprüche zwischen den Schreiben vom 13. und 20. August

2009 zeigten. Die Auskünfte der Antragsgegnerin offenbarten, dass sie ihre angegebenen Zuschlagskriterien und die jeweiligen Gewichtungen nicht berücksichtigt habe, sondern für die Kriterien Preis, Funktionalität und architektonische Gestaltung jeweils eigene Rangfolgen/Plätze vergeben habe, was im Widerspruch zu den zuvor angegebenen Wertungskriterien gestanden habe.

Dadurch, dass die Antragsgegnerin ein anderes als das in der Angebotsaufforderung bekanntgegebene Wertungsschema verwendet habe, und für die drei Kriterien "Preis, Funktionalität und Architektonische Gestaltung" Rangplätze vergeben und sich letztlich für den Bieter mit dem besten Gesamtranglistenplatz entschieden habe, sei die Wertung offensichtlich nicht transparent. Diese geänderte Bewertung habe offensichtlich dazugeführt, dass das Kriterium "Qualität des Bauwerks", das mit 65% hätte gewichtet werden sollen und müssen, faktisch keine Relevanz und jedenfalls nicht die Bedeutung entsprechend der angegebenen Gewichtung mehr besessen habe. Bei der Komplexität des geplanten Bauwerks sei es nicht nachvollziehbar, dass qualitativ und inhaltlich gleiche Planungen eingereicht worden seien, die gleich zu bewerten gewesen seien. Bei einer vergaberechtskonformen Wertung anhand der vorab in der Angebotsaufforderung genannten Kriterien hätte die Antragstellerin eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt.

Die Entscheidung durch das Büro Xxx und Partner und nicht durch die Antragsgegnerin sei zudem vergaberechtswidrig.

Ihre Rüge sei auch rechtzeitig erfolgt. Da ihr nur bekanntgegeben worden sei, dass Ränge vergeben worden seien, die Kriterien der Vergabe aber nicht bekannt gegeben worden seien, habe sie mit Schreiben vom 14. August 2009 bzw. 17. August 2009 die Vergabeentscheidung als intransparent gerügt.

Auch nach erfolgter Akteneinsicht seien die Vergabe der Ränge und die Ermittlung des Gesamtergebnisses nicht nachvollziehbar und vergaberechtswidrig. Die Mehrfache Rangvergabe sei noch immer nicht nachvollziehbar. Die Beigeladene habe mehr Informationen zu den Wünschen und Anforderungen der Vergabestelle erhalten als die Antragstellerin, darin liege eine Ungleichbehandlung; die Antragstellerin hätte andernfalls ihren Entwurf optimieren und damit ihren Rang verbessern können. Schließlich sei das Angebot der Beigeladenen nicht vollständig gewesen und hätte ausgeschlossen werden müssen.

Die Antragstellerin beantragt zuletzt,

1. festzustellen, dass die Antragstellerin durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung der Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt ist;
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Vergabeentscheidung aufzuheben und erneut in das Wertungsverfahren einzutreten;
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 2 GWB für notwendig zu erklären und der Antragsgegnerin die Kosten einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt zuletzt,

1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen;
2. der Antragsgegnerin gern. § 115 Abs. 2 GWB zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen;
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Beistandes auf Seiten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären;
4. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Sie hält den Antrag für unzulässig, da die behaupteten Verstöße nicht gerügt worden seien. So stelle die E-Mail vom 14. August 2009 keine Rüge dar.

Die Antragstellerin habe schließlich mit dem Schreiben vom 17. August 2009 nicht die Intransparenz der Vergabeentscheidung sondern nur die Unzulänglichkeit der Vorabinformation gerügt, auch die vorgeblichen Vergaberechtsverstöße in Bezug auf die Wertung seien nicht genannt worden. Die Formulierung die „Vergabeentscheidung ist vergaberechtswidrig“ sei unsubstantiiert, ein Vorwurf bestimmter Verstöße sei für die Vergabestelle nicht erkennbar gewesen.

Bereits mit dem Schreiben vom 17. August hätte sie die Vergabe von „Rängen“ rügen können, dies sei aus der Vorabinformation bekannt gewesen. Eine nach Ansicht der Antragstellerin ungenügende Differenzierung zwischen den Angeboten habe sie spätestens aus Schreiben der Antragsgegnerin vom

20. August 2009 entnehmen können, habe dies aber nicht gerügt. Eine Rüge sei aber auch bei unmittelbar bevorstehender Zuschlagserteilung nicht entbehrlich.

Nach Erhalt des Schreibens vom 20. August 2009 sei seitens der Antragstellerin keine weitere Rüge mehr formuliert worden, diese sei aber zwingend erforderlich gewesen und könne durch einen Nachprüfungsantrag nicht ersetzt werden. Spätestens ein oder zwei Tage nach Stellung des Nachprüfungsantrags hätten die darin vorgebrachten Vergabeverstöße noch gerügt werden können und müssen.

Auch die Beteiligung des Planungsbüros sei bereits im Verfahren bekannt gewesen, sei aber ebenfalls vorab nicht gerügt worden.

Der Antrag sei darüber hinaus unbegründet. Die Wertung sei entsprechend der Angebotsaufforderung erfolgt; die Vergabe gleicher Platzierungen sei nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin habe einen Ermessens- und Beurteilungsspielraum, der ohnehin nur beschränkt von der Vergabekammer überprüft werden könne.

Die bekanntgegebenen Kriterien hätten der Wertungsentscheidung auch zugrunde gelegen. Ermessenfehler seien nicht vorgetragen worden. Die Antragsgegnerin habe zutreffend gewertet und nicht nur Ränge gebildet; die in der Angebotsaufforderung mitgeteilten Kriterien seien angewandt worden. Es seien Ränge vergeben worden, wobei gleichwertige Entwürfe auch gleiche Ränge erhalten hätten. Diese gleiche Rangvergabe sei zulässig (auch die Vergabe einer gleichen Punktzahl wäre möglich gewesen).

Die Entwürfe der Antragstellerin und der Beigeladenen hätten weit vor den anderen Entwürfen gelegen, die in der Vergabeakte dokumentierte Wertung belege die Auseinandersetzung mit den Entwürfen.

Die mit Beschluss vom 2. September 2009 Beigeladene beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen;
2. der Antragsgegnerin gemäß § 115 Abs. 2 GWB zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieser Entscheidung an die beigeladene Bietergemeinschaft zu erteilen;

3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Beistandes auf Seiten der Beigeladenen für notwendig zu erklären;
4. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Sie trägt vor, die Antragsgegnerin habe ihrer Informationspflicht durch Mitteilung der vergebenen Ränge genügt, der behauptete Verstoß der Intransparenz sei nicht rechtzeitig gerügt worden. Die mit Schreiben vom 17. August 2009 erhobene Rüge lasse nicht erkennen, welcher konkrete Sachverhalt als Vergabeverstoß angesehen werde. Die Mehrfachvergabe von Rängen sei der Antragstellerin seit dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 20.08.2009 bekannt gewesen, von ihr aber nicht gerügt worden, auch im Nachprüfungsantrag habe sie dies nicht vorgetragen.

Die Vergabeentscheidung, bei der die Antragsgegnerin einen nicht unerheblichen Beurteilungsspielraum gehabt habe, sei ermessensfehlerfrei getroffen worden ohne einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung.

Die Antragstellerin hat am 8. September 2009 Akteneinsicht erhalten.

Am 24.09.2009 wurde die Frist zur Entscheidung nach § 113 GWB bis zum 09.10.2009 verlängert.

Am 28. September 2009 fand die mündliche Verhandlung statt, in welcher die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert wurde.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB unzulässig, weil der Verstoß gegen Vergabevorschriften gegenüber der Antragsgegnerin nicht unverzüglich gerügt wurde.

Die örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer ist gegeben, die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 GWB. Auch die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer ist beim vorliegenden Auftragswert gemäß §§ 100 Abs. 1, 127, 102 ff GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 3 VgV gegeben.

Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist die Antragstellerin insoweit antragsbefugt, als sie durch Beteiligung am Verfahren und Abgabe eines Angebots ein Interesse am

Auftrag bekundet hat. Sie hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB und zumindest einen drohenden finanziellen Schaden durch Nichterteilung des Zuschlags dargelegt.

Sie hat aber die geltend gemachten Vergabeverstöße nicht unverzüglich i. S. d. §107 Abs.3 GWB gerügt.

Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und nicht unverzüglich gerügt hat. Sinn der Rügeobliegenheit ist es, dem Auftraggeber während des laufenden Vergabeverfahrens die Heilung des gerügten Mangels zu ermöglichen, damit ein Nachprüfungsverfahren vermieden werden kann (Beschl. Des OLG München vom 02.03.2009 - Verg 1/09 ; Wiese in Kulartz / Kus / Portz, GWB Vergaberecht, § 107 Rn. 53). Die Pflicht zur unverzüglichen Rüge beginnt dann, wenn dem Bieter ein Vergaberechtsverstoß positiv bekannt ist, er also bestimmte Tatsachen kennt, die bei vernünftiger auch laienhafter rechtlicher Würdigung einen Mangel des Vergabeverfahrens darstellen können, wobei er die Augen nicht mutwillig vor der Erkenntnis verschließen darf (vgl. hierzu Wiese in Kulartz / Kus / Portz, § 107 Rn. 65 und 69).

Die E-Mail der Antragstellerin vom 14. August 2009 stellt keine Rüge gem. § 107 Abs. 3 GWB dar.

Am Donnerstag, den 13. August 2009 ging der Antragstellerin die Mitteilung nach § 101a GWB zu, dass das Angebot der Beigeladenen den Zuschlag erhalten solle, da diese unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe und das von ihr abgegebene Angebot unter den in den Vergabeunterlagen aufgeführten Kriterien nicht das wirtschaftlichste gewesen sei.

Des Weiteren führte die Antragsgegnerin aus, das Angebot der Antragstellerin habe in der Gesamtwertung auf Rang 2 der vier letztverbindlichen Angebote gelegen. Bei der architektonischen Gestaltung habe es zwar den 1. und bei der Funktionalität den 2. Rang bekleidet, preislich habe es nur auf der 3. Position gelegen.

Die Antragstellerin reagierte auf diese Mitteilung per E-Mail am 14. August 2009, in der sie Bezug auf das Angebotsaufforderungsschreiben der Antragsgegnerin vom

21. Juli 2009 nahm und um „Erläuterung bzw. Zusendung der Vorschriften, auf die sich die Wertung der Angebote“ beziehe bat. Möglicherweise wollte sie hiermit auch eine Erläuterung der der Wertungsentscheidung erreichen, dies ging aus der E-Mail jedoch nicht hervor. Ebenso war der Anfrage keinerlei Andeutung dahin zu entnehmen, dass die Antragstellerin in dieser Wertung einen möglichen Vergabeverstoß sah oder die Transparenz des Verfahrens anzweifeln wollte. Wie bereits in der mündlichen Verhandlung einvernehmlich festgestellt, enthält diese E-Mail daher keine Rüge i. S. des § 107 Abs.3 GWB.

Mit Schreiben vom 17. August 2009 teilte die Antragstellerin schließlich in einem mit „Rüge“ betitelten Schreiben mit, dass sie aufgrund der Information nach § 101a GWB nicht nachvollziehen könne, aufgrund welcher Kriterien die Antragsgegnerin zu ihrer Entscheidung gelangt sei. Sie sehe sich daher gezwungen, die Vorabinformation als unzulänglich und die bekannt gegebene Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig zu rügen. Da es sich um ein Vergabeverfahren mit einer Vielzahl von Zuschlagskriterien handele, genüge die übersandte Vorabinformation nicht den nach der geltenden Rechtsprechung hierfür aufgestellten Kriterien, so dass die Antragstellerin diese Vorabinformation als vergaberechtswidrig rügen müsse und sie die Antragsgegnerin bitte, der Rüge umgehend, spätestens bis zum 19. August 2009 abzuhelpfen.

Auch mit diesem Schreiben ist die Antragstellerin ihrer Pflicht zu einer unverzüglichen Rüge nach § 107 Abs. 3 GWB nicht nachgekommen.

Die Beanstandung, die Vorabinformation nach § 101 a GWB sei unzureichend, muss noch am Tage deren Zugangs, spätestens jedoch am Folgetag erfolgen. Eine insoweit erfolgte spätere Rüge ist nicht mehr unverzüglich (vgl. VK Nordbayern, Beschl. v. 26.8.2009; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.08.2004 - Verg 54/04).

Diese Rüge erfordert keine näheren Erkundigungen oder rechtliche Ausführungen, die für Rügen üblicherweise eingeräumten Fristen von bis zu einer Woche sind insoweit also nicht erforderlich.

Darüber hinaus muss die jeweilige Vergabestelle schnellstmöglich die Gelegenheit erhalten, die als unzureichend gerügten Informationen noch vervollständigen zu können. Die Antragstellerin erhob diese Rüge jedoch erst vier Kalendertage nach Zugang der Vorabinformation, also eindeutig nicht mehr unverzüglich.

Die mit gleichem Schreiben erhobene Rüge der „bekannt gegebenen Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig“ ist überdies unsubstantiiert. Die Antragstellerin nennt keinen Sachverhalt, aus dem sich die Rechtswidrigkeit ergeben oder der den Vergabeverstoß begründen soll.

Zwar schreibt § 107 GWB keine besondere Form und auch keinen besonderen Inhalt vor. Eine Rüge muss jedoch objektiv und vor allem auch gegenüber dem Auftraggeber deutlich machen und von diesem so verstanden werden können, welcher Sachverhalt aus welchem Grund als Verstoß angesehen wird und dass es sich nicht nur um die Klärung etwaiger Fragen, um einen Hinweis, eine Bekundung des Unverständnisses oder der Kritik z. B. der Verfahrensabläufe und Entscheidungen o. ä. handelt. Vielmehr muss deutlich werden, dass der Bieter von der Vergabestelle erwartet und bei ihr erreichen will, dass der (vermeintliche) Verstoß behoben wird (vgl. Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 24.04.2009, § 107 GWB, Rz.1982). Hierfür muss der behauptete Vergabeverstoß eindeutig benannt werden.

Sinn der Rügeobliegenheit ist es, dem Auftraggeber während des laufenden Vergabeverfahrens die Heilung des gerügten Mangels zu ermöglichen, damit ein Nachprüfungsverfahren vermieden werden kann. Die Pflicht zur unverzüglichen Rüge beginnt dann, wenn dem Bieter ein Vergaberechtsverstoß positiv bekannt ist, er also bestimmte Tatsachen kennt, die bei vernünftiger rechtlicher Würdigung einen Mangel des Vergabeverfahrens darstellen können (vgl. OLG München, Beschl. vom 02.03.2009 - Verg1/09). Dieser Intention des Gesetzes, das im Lichte des vergaberechtlichen Beschleunigungsgedankens zu sehen ist, wird das Verhalten der Antragstellerin nicht gerecht.

Aus der Vorabinformation vom 13. August 2009 ging hervor, dass die Antragsgegnerin Ränge gebildet hatte, ein Vorgang der der Antragstellerin offenbar im Hinblick auf die in der Angebotsaufforderung vom 21. Juli 2009 mitgeteilten Kriterien zweifelhaft vorkam. Möglicherweise war dies mit der bemängelten „Vergaberechtswidrigkeit“ der Vergabeentscheidung gemeint, dies ging jedoch aus dem Schreiben nicht mit der zum Zeitpunkt der Rügeerhebung am 17. August 2009 zweifelsfrei möglichen und gebotenen Eindeutigkeit hervor. Im Falle einer deutlichen Rüge wäre es der Antragsgegnerin ermöglicht worden, noch im Vergabeverfahren hierauf zu reagieren, wie es die Intention des Rügeverfahrens ist. Zwar hat die Antragstellerin in ihrer Rüge um Abhilfe bis zum 19. August 2009

gebeten, infolge der unpräzisen Formulierung ihres Rügebegehrens wurde jedoch nicht deutlich, in welcher Weise die Antragsgegnerin hätte abhelfen sollen.

Auf die Erläuterungen durch die Antragsgegnerin am 20. August 2009, die diese der Antragstellerin per E-Mail zusandte und in der sie den Vorgang der Wertung und der Vergabe der Ränge näher ausführte, reagierte die Antragstellerin nicht wie es geboten gewesen wäre mit einer weiteren Rüge, sondern erhob den vorliegenden Nachprüfungsantrag. Hierbei ging sie auf die zuvor in ihrer Rüge vorgebrachten Beanstandungen, wie etwa das unzureichende Vorabinformationsschreiben, gar nicht mehr ein, sondern stützte sich auf neue Aspekte. Nunmehr erhob sie den Vorwurf, es habe eine andere als die bekanntgegebene Wertung stattgefunden, für die Vergabe von Rangplätzen sei ein anderes nicht nachvollziehbares Wertungsschema zu Grunde gelegt worden, die „Qualität des Bauwerkes“ habe keine Rolle mehr gespielt, sondern letztlich sei der Preis das alleinige Entscheidungs- Kriterium gewesen. Die Vergabe gleicher Rangplätze lasse auf eine undifferenzierte Wertung schließen und schlussendlich habe nicht die Antragsgegnerin sondern das Planungsbüro die Entscheidung getroffen.

All diese Aspekte hätte sie vor der Erhebung des Nachprüfungsantrages, eventuell auch gleichzeitig mit diesem - eine Wartefrist zwischen Rüge und Nachprüfungsantrag ist im Gesetz nicht vorgesehen - , rügen müssen, um der Antragsgegnerin noch Gelegenheit zur Reaktion geben zu können. Die Rüge wurde auch durch eine unmittelbar drohende Zuschlagserteilung am 24. August 2009 nicht entbehrlich. Sie hätte noch vor diesem Zeitpunkt, etwa am 20. / 21. August, 2009 erfolgen können; zu diesem Zeitpunkt hatte sich der Verdacht der Vergaberechtswidrigkeit bereits durch das Schreiben der Antragsgegnerin vom 20. August 2009 hinreichend „verdichtet“ (vgl. hierzu Wiese in Kulartz/Kus/Portz GWB Vergaberecht § 107 Rn. 120).

Die Antragstellerin kann sich damit nicht in zulässiger Weise auf einen Vergaberechtsverstoß berufen, dessen rechtzeitige Rüge sie gegenüber der Antragsgegnerin schuldhaft unterlassen hat. Folge der Rügepräklusion ist der Verlust des Anspruches auf Überprüfung eines bestimmten Tuns oder Unterlassens der Antragsgegnerin (vgl. Summa in jurisPK-VerR, Rdnr. 132 zu § 107 GWB).

Die Antragstellerin kann daher mit ihren im Nachprüfungsantrag erstmals erhobenen Vorwürfen nicht mehr gehört werden. Der sich darauf stützende Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Der Antrag der Antragsgegnerin und der Beigeladenen nach § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB auf Vorabgestattung des Zuschlags hat sich durch die Hauptsacheentscheidung erledigt. Er hätte aber angesichts der zu seiner Begründung vorgetragenen Argumente ohnehin wenig Aussicht auf Erfolg gehabt. Es wurde nicht ausreichend dargelegt, dass die Interessen der Allgemeinheit an der vorzeitigen Zuschlagserteilung das Interesse an der Gewährleistung des Primärrechtsschutzes überwiegen. Bei dem zur Begründung des Antrages für den 8. Mai 2010 genannten „xxx-Sportfest“ handelt es sich um eine eintägige Veranstaltung, die im Falle, dass bis zu diesem Tag die Baumaßnahme nicht fertig sein sollte, wie auch 2009 in einem anderen Stadion stattfinden könnte. Jedenfalls wurden keine zwingenden Gründe für eine Durchführung in Xxx vorgetragen.

III.

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 Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Aus der Höhe des Gesamtangebotes der Antragstellerin ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von 4.780,00 Euro.
3. Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er nach § 128 Abs. 4 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Die Aufwendungen der Beigeladenen sind erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterliegenden Partei auferlegt. Da die

Beigeladene sich aktiv am Verfahren beteiligt, insbesondere eigene Anträge gestellt hat, ist die Erstattung ihrer Kosten durch die Antragstellerin im vorliegenden Fall angemessen (vgl. Brauer in Kulartz/Kus/Portz, *GWB Vergaberecht* § 128 Rn. 37).

4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten von Antragsgegnerin und Beigeladener war notwendig, § 128 Abs. 4 S. 2 *GWB*, § 80 *HVwVfG*, da auf der Grundlage eines komplexen Sachverhaltes schwierige rechtliche Fragen zu beurteilen waren.