



Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Antragsgegner und Vergabestelle -

wegen: Software- Dienstleistungen

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Schwarz und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel am 21. November 2014 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Kosten des Verfahrens hat die Antragstellerin zu tragen.
- II. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt.

Gründe:

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 20. August 2014 schrieb die Antragsgegnerin und Vergabestelle die Leistung eines [REDACTED] für das [REDACTED] im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) europaweit aus.

Unter Ziffer III.2.) der Auftragsbekanntmachung finden sich die Teilnahmebedingungen. Im beigefügten Anhang 05 sind die Mindestanforderungen formuliert. Unter Ziffer IV.1.2) der Auftragsbekanntmachung wird die Zahl der Wirtschaftsteilnehmer, die zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme aufgefordert werden benannt.

Die Antragstellerin beteiligte sich mit Teilnahmeantrag vom 15. September 2014. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2014 teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, ihr Antrag könne nach formaler und inhaltlicher Prüfung nicht weiter berücksichtigt werden. Gemäß den Ziffern 4.ff der Anlage 05 der Verdingungsunterlagen sei zwingend gefordert, dass eine kurze Beschreibung der Module in der Anlage 05 vorzunehmen sei. Ersatzweise sei unter der Maßgabe einer eindeutigen Zuordnung von gegebenenfalls beigefügten Flyern, Prospekten oder sonstigen Produktbeschreibungen die konkrete Kenntlichmachung sowie Referenzierung der zu berücksichtigenden Inhalte als kurze Beschreibung zu einem Modul gefordert. Diese Unterlagen würden jedoch innerhalb der Ziffern 4.1, 4.2 und 4.3 fehlen. Damit erfülle die Bewerbung nicht die gestellten Mindestanforderungen mit der dann auf Seite 1 der Anlage 05 ausdrücklich vorgegebenen Folge der Nichtberücksichtigung des Teilnahmeantrages im weiteren Verfahren.

Mit Schreiben vom 5. November 2014, das die Antragstellerin vorab per Fax am selben Tag um 10:30 Uhr an die Antragsgegnerin und Vergabestelle sandte, rügt sie ihren Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren. Ihr Teilnahmeantrag sei vollständig. Nach den eindeutigen Vorgaben der Vergabeunterlagen sei die Beifügung des aktuellen, gültigen GEFMA-Zertifikates 444 ausreichend. Der Ausschluss sei auch rechtswidrig, da die Erklärung zu den Mindestvoraussetzungen nicht ordnungsgemäß gefordert worden sei. Darüber hinaus rüge sie den Ermessensausfall bei der Entscheidung darüber, ob die vermeintlich fehlenden Erklärungen nachgefordert werden sollten. Darüber hinaus sei hier mitzuteilen, welche Anzahl von Bewerbern mit welcher Punktzahl zur Angebotsabgabe aufgefordert worden seien. Die Festlegung der unter Ziffer IV.2.1) der Bekanntmachung festgelegten Zahl der Wirtschaftsteilnehmer verstoße gegen § 3 EG Abs. 5 Satz 3 VOL/A. Die Rüge unterschrieb der Geschäftsführer, Herr André Keßler.

Mit Schreiben vom 6. November 2014, welches am selben Tag per Fax an die Antragstellerin ging, wies die Vergabestelle die erhobenen Rügen zurück. Zum einen räume die Antragstellerin ein, die in den Ziffern 4.1 bis 4.3 genannten Module tatsächlich nicht beschrieben zu haben. Die Nichtberücksichtigung des bis zum 16. April 2014 gültigen GEFMA-Zertifikates rüge sie als Verstoß gegen die insoweit maßgeblichen Vergabebe-

stimmungen. Die erhobenen Rügen seien gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB verfristet. Dass die Nichtberücksichtigung der Bewerbung ausschließlich auf die fehlende, aber zwingend geforderte kurze Beschreibung dreier Module gestützt worden sei, sei bei Zugang des Schreibens am 24. Oktober 2014 „auf den ersten Blick“ ersichtlich gewesen. Auch die Feststellung, dass die Entscheidung gegebenenfalls deswegen rechtsfehlerhaft gewesen sein könnte, hätte keiner nennenswerten Ermittlung zum Sachverhalt oder zur Rechtslage bedurft. Selbst dann, wenn man den zu beurteilenden Sachverhalt als nicht einfach einstufen wollte, sondern als durchschnittlich schwierig, was ausdrücklich bestritten werde, so sei auch dann eine erhobene Rüge nach Ablauf von 12 Tagen deutlich verspätet und damit nicht mehr zulässig.

Im Übrigen sei die Rüge auch unbegründet. Das gültige GFMA-Zertifikat beziehe sich ausschließlich auf die Ziffern 3.1 bis 3.13 der Anlage 05 und hätte daher auch nur die dort ansonsten geforderten kurzen Beschreibungen ersetzen können. Dagegen erstrecke sich das Zertifikat gerade nicht auf die in den Ziffern 4.1 bis 4.4 der Anlage 05 genannten Module und könne daher auch nicht als Ersatz für die insoweit geforderten kurzen Beschreibungen herangezogen werden. Nicht nachvollziehbar sei, weshalb die Antragstellerin dies für die in den Ziffern 3.1 bis 3.13 genannten Module erkannt habe, nicht dagegen für die Module 4.1 bis 4.3.

Darüber hinaus seien die weiteren Rügen hinsichtlich der Mindestanforderungen in den Bewerbungsunterlagen, die Festlegung hinsichtlich der Anzahl der Wirtschaftsteilnehmer sowie der ermessensfehlerhafte Verzicht auf die Nachforderung bereits nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB verspätet.

Mit Schriftsatz vom 13. November 2014 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie ist der Ansicht, sie habe die Rügen rechtzeitig erhoben. Da sich der für die Bearbeitung der Angelegenheit zuständige Sachbearbeiter der Antragstellerin bis zum 3. November 2014 im Jahresurlaub befand. An diesem Tage habe - was die Antragstellerin nun erstmals vorträgt - der dieser erstmals von dem Ausschluss aus dem Teilnahmewettbewerb Kenntnis nehmen können. Sie habe am 4. November rechtliche Beratung eingeholt und gleich mit Schreiben vom 5. November 2014 ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren als vergaberechtswidrig gerügt.

Des Weiteren ist sie der Auffassung, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB sei EU-rechtswidrig. Aber selbst wenn die Obliegenheit zu unverzüglichen Rügen noch bestehen sollte, sei sie dieser fristgemäß nachgekommen. Zunächst habe sie wegen der missverständlichen Formulierung der Vergabeunterlagen (vgl. unten Ziffer II.2) nicht sicher sein können, ob ihr Ausschluss rechtswidrig sei.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag auch begründet. Es habe keine ordnungsgemäße Bekanntmachung der Mindestanforderungen gegeben. Die Folge davon sei, dass die Nachweise nicht ordnungsgemäß gefordert worden seien. Darüber hinaus seien die Vergabeunterlagen missverständlich. Sie habe nach dem Wortlaut der Vergabeunterlagen davon ausgehen können, sämtliche Anforderungen an die Beschreibung der

Module Ziffer 3.1 bis 4.4 mit Vorlage eines Zertifikates nach GEFMA-444 erfüllt zu haben. Selbst wenn Erklärungen gefehlt haben sollten, sei der Ausschluss des Teilnahmeantrages auch rechtswidrig, weil die Antragsgegnerin die fehlenden Erklärungen nicht nachgefordert habe. Darüber hinaus sei der Ausschluss des Teilnahmeantrages auch deswegen rechtswidrig, weil die Antragsgegnerin sich offenbar nicht mit § 7 EG Abs. 13 VOL/A auseinandergesetzt habe. Auch sei der Ausschluss des Teilnahmeantrages wegen § 7 EG Abs. 12 VOL/A unzulässig.

Mit Schreiben vom 13. November 2014 teilte die Vergabekammer der Antragstellerin mit, dass sie nicht beabsichtige, den Nachprüfungsantrag zu übermitteln, da er offensichtlich unzulässig sei. Die erhobenen Rügen seien nach § 107 Abs. 3 GWB nicht rechtzeitig erhoben worden. Die Vergabekammer bat um unverzügliche schriftliche Mitteilung, ob an dem Nachprüfungsantrag festgehalten werde. Wegen des weiteren Inhaltes wird auf das Schreiben vom 13. November 2014 Bezug genommen. Mit Schreiben vom 17. November 2014 teilte die Antragstellerin mit, dass sie an ihrem Nachprüfungsantrag vom 13. November 2014 festhalte.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist nach erfolgter Evidenzkontrolle offensichtlich unzulässig und wird deshalb nicht übermittelt, § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB.

- I. Der Grundsatz der größtmöglichen Beschleunigung prägt das Vergaberecht, denn durch die Möglichkeit der Durchführung eines Vergabenachprüfungsverfahrens soll der Auftraggeber nicht daran gehindert werden, innerhalb angemessener Zeit Aufträge zu erteilen. Das Gesetz ordnet schon vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens in § 107 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 GWB an, erkannte oder erkennbare Verstöße gegen das Vergaberecht zügig zu rügen, andernfalls ein Nachprüfungsantrag unzulässig ist. So hat der Antragsteller nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB einen von ihm im Vergabeverfahren erkannten Vergaberechtsverstoß unverzüglich zu rügen. Vergaberechtsverstöße, die aufgrund der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, müssen gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB spätestens bis zum Ablauf der Angebots- oder Bewerbungsfrist gerügt werden.
- II. Wesentlicher Zweck der Vorschrift des § 107 Abs. 3 GWB ist es, dass der Auftraggeber durch eine Rüge die Möglichkeit erhält, etwaige Vergaberechtsfehler im frühestmöglichen Stadium zu korrigieren. Es soll verhindert werden, dass am Vergabeverfahren beteiligte Bewerber erkannte oder erkennbare Verstöße gegen das Vergaberecht sammeln und solange mit einer Beanstandung warten, bis klar ist, dass ihre Spekulation, den Zuschlag zu erhalten, nicht aufgegangen ist. Werden Rügen zu spät erhoben, können deshalb Verstöße gegen das Vergaberecht grund-

sätzlich nicht mehr korrigiert werden. Das Vergabeverfahren kann dann, selbst wenn es fehlerhaft sein sollte, fortgeführt und mit einem Zuschlag beendet werden.

1. Mit Abgabe ihres Teilnahmeantrages am 15. September 2014 konnte die Antragstellerin nicht mehr in zulässiger Weise Rügen erheben, die sich auf einen Sachverhalt stützen, der aufgrund der Bekanntmachung oder in den Teilnahmeantragsunterlagen erkennbar war, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB. Dies gilt hinsichtlich der in der Bekanntmachung und in dem Mindestanforderungskatalog (beigefügter Anhang 05) formulierten Teilnahmebedingungen und den vermeintlich missverständlich formulierten Vergabeunterlagen sowie die in der Bekanntmachung unter Ziffer IV.1.2.) formulierte Beschränkung der Zahl der Wirtschaftsteilnehmer, die zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme aufgefordert werden sollen.
2. Soweit die Antragstellerin aufgrund des Schreibens der Vergabestelle vom 24. Oktober 2014 erstmals mit Schreiben vom 5. November 2014 ihren Ausschluss rügt, so ist dies gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht mehr unverzüglich im Sinne dieser Vorschrift.
3. Der Anwendung der Rügevorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB steht die Rechtsprechung des EuGH, dass nationale Rechtsvorschriften, welche die Dauer von Fristen für den Zugang eines Bieters zum Vergabenachprüfungsverfahren in das freie Ermessen des zuständigen Richters stellen, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind, nicht entgegen. Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB räumt nicht freies Ermessen ein, sie legt den in § 121 Abs. 1 BGB als „ohne schuldhaftes Zögern“ legal definierten Begriff „unverzüglich“ zugrunde.
4. Gemessen hieran ist die mit Schreiben vom 5. November 2014 erhobene Rüge verspätet. Mit dem Schreiben vom 24. Oktober 2014 hatte die Antragstellerin alle Informationen, um einen vermeintlichen Vergabeverstoß unverzüglich rügen zu können. Die Vergabestelle begründete ihre Entscheidung damit, dass der Teilnahmeantrag der Antragstellerin hinsichtlich der Ziffern 4.1, 4.2 und 4.3 unvollständig sei. Dies führt die Vergabestelle näher aus. Der Sachverhalt ist einfach gelagert und der Inhalt des Rügeschreibens der Antragstellerin vom 5. November 2014 belegt auch, dass sie dieses auch schon gleichen Inhaltes hätte zeitlich unmittelbar nach Erhalt der Schreibens der Antragstellerin vom 24. Oktober 2014 formulieren können.
5. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kommt es auch nicht darauf an, dass sich der für die Bearbeitung der Angelegenheit zuständige Sachbearbeiter bis zum 3. November 2014 im Jahresurlaub befand. Es bleibt der Organisation und damit der Risikosphäre eines Bieters überlassen, mit welchem Engagement und Personaleinsatz er sich an einer Ausschreibung beteiligt. Dies setzt auch voraus, dass der Bieter sich seinerseits stets im gebührenden Maße um seinen Rechtsschutz bemühen muss. Dazu gehört auch die vorprozessuale Rüge. Der Urlaub eines zuständigen Sachbearbeiters kann kein Anlass sein, die für eine Rüge einzuräumende

Spanne zu verlängern, weil gerade in Erwartung möglicher Vergabeentscheidungen die notwendige Vorsorge getroffen werden muss, um auf mögliche negative Entscheidungen der Vergabestelle reagieren zu können (Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 16. Januar 2009 - Az.: Z3-3-3194-1-46-12/09; Vergabekammer Berlin, Beschluss vom 15. September 2004 - Az.: VK-B2-47/04, jeweils juris). Im Übrigen ist das Rügen schreiben vom 5. November 2014 auch vom Geschäftsführer unterzeichnet und lässt auch keinen anderen Bearbeiter erkennen.

6. Soweit die Antragstellerin den Verzicht auf Nachforderungen von Unterlagen als ermessensfehlerhaft rügt, so gelten hier auch die obigen Ausführungen.
- III. Vor diesem Hintergrund ist eine Rügeerhebung bei einem einfachen Sachverhalt von nahezu 14 Tagen nicht mehr unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die von ihr zitierte Zweiwochen-Frist nicht die Regel, sondern absolute Obergrenze. Ein längerer Zeitablauf kann nur in Ausnahmefällen bei besonders schwieriger Sach- und / oder Rechtslage als unverzüglich gelten. Eine solche Sachlage liegt hier aber zweifelsohne nicht vor.
- IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
1. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin mit ihrem Antrag erfolglos blieb, trägt sie die Kosten (§ 128 Abs. 3 GWB).
 2. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich grundsätzlich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Da es vorliegend um den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren nach einem Teilnahmewettbewerb geht, bei dem noch kein Angebot unterbreitet worden ist und die Vergabekammer nur über die Übermittlung des Antrages auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu entscheiden hatte, wird nur die Mindestgebühr in Höhe von ████████ € gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB erhoben. Da die Vergabekammer durch Beschluss entschieden hat, wird von einer Reduzierung abgesehen.

Rechtsmittelbelehrung

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

einulegen. 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.

Roth
Vorsitzende

Denz- Kinzel
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Schwarz
Hauptamtlicher Beisitzer