

69d - VK -49/2016

Leitsätze:

1. Zur Präklusion gemäß §§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3 GWB.
2. Zu den Anforderungen an die offensichtliche Unbegründetheit gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB.
3. Die Entscheidung nach Lage der Akten bei Unzulässigkeit oder offensichtlicher Unbegründetheit des Antrags gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB setzt voraus, dass eindeutig und unzweifelhaft feststeht, dass der Nachprüfungsantrag abzulehnen ist und die mündliche Verhandlung mit hinreichender Sicherheit keine weiteren Erkenntnisse erbringen bzw. keine andere Bewertung ergeben wird.
4. Der Auskunftsanspruch gemäß § 22 EG VOL/A wird nicht ohne Weiteres gewährt, sondern erfordert einen entsprechenden Antrag.

Stichworte: Präklusion von Rügen; Entscheidung nach Lage der Akten; offensichtliche Unbegründetheit; Auskunftsanspruch

Normen: §§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3, 112 Abs. 1 Satz 3 GWB; § 22 EG VOL/A

Streitgegenstand: Lieferung von Drehleitern u.a. zur Brandbekämpfung,
Verhandlungsverfahren nach VOL/A

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter: [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigter: [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

wegen Lieferung von Drehleitern u.a. zur Brandbekämpfung (EU-ABl. [REDACTED]
[REDACTED]; Az.: [REDACTED]),

Verhandlungsverfahren nach VOL/A

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsdirektorin Ulber und den ehrenamtliche Beisitzer Abteilungsdirektor Dr. Beck ohne mündliche Verhandlung am 21. März 2017 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, welche die Antragsstellerin zu tragen hat.
- III. Die Antragsstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 20. Dezember 2014 den Auftrag zur Lieferung von zehn Drehleitern DLAK 23/10, Hubrettungssatz mit Gelenkteil, im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb nach VOL/A europaweit aus (EU-ABl. [REDACTED]; V-Nr./AKZ: [REDACTED]). Die Drehleitern sollten bei ihrer Feuerwehr zur Brandbekämpfung eingesetzt werden.

Ziff. II.1.8 der Auftragsbekanntmachung bestimmte, dass der Auftrag nicht in Lose aufgeteilt ist.

Ziff. IV.1.1. der Auftragsbekanntmachung legte als Verfahrensart das Verhandlungsverfahren fest; Ziff. III.2.1 bis III.2.3 der Auftragsbekanntmachung bestimmte die Teilnahmebedingungen für das vorher durchzuführende Teilnahmeverfahren.

Als Zuschlagskriterium war das wirtschaftlich günstigste Angebot bestimmt (Ziff. IV.2.1 der Auftragsbekanntmachung).

Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote oder Teilnahmeanträge wurde auf den 18. Februar 2015 festgelegt (Ziff. IV.3.4 der Auftragsbekanntmachung).

Die Antragstellerin forderte die Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb an, welche ihr die Antragsgegnerin am Folgetag zusandte.

Mit Schreiben vom 12. Februar 2015 gab die Antragstellerin ihren Teilnahmeantrag ab.

Der Teilnahmewettbewerb ergab, dass sie und ein weiterer Wettbewerber im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen.

Mit Schreiben vom 25. November 2015 forderte die Antragsgegnerin sie zur Angebotsabgabe auf; beifügt waren die weiteren Vergabeunterlagen, u.a. das Leistungsverzeichnis und die Leistungsbeschreibung. Dabei terminierte diese die Teilnahme- und Angebotsfrist auf den 21. Dezember 2015, 15:30 Uhr.

Die Antragstellerin erhielt diese Unterlagen am 3. Dezember 2015.

Am Folgetag bat sie um Verlängerung der ebengenannten Frist bis zum 21. Januar 2016.

Daraufhin verlängerte die Antragsgegnerin diese Frist bis zum 26. Januar 2016, 15:00 Uhr.

Mit Schreiben vom 22. Januar 2016 gab die Antragstellerin ihr Angebot ab.

Am 1. März 2016 fand zwischen ihr und der Antragsgegnerin im Rahmen der ersten Verhandlungsrunde der erste Verhandlungstermin statt.

In der Folgezeit, namentlich mit Schreiben vom 14. April 2016, machte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin Angaben, mit denen sie mehrere Fragen aus diesem Verhandlungstermin beantwortete.

Mit Schreiben vom 9. September 2016 teilte die Antragsgegnerin ihr mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden kann, da es bestimmte Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung nicht erfülle.

Mit Schreiben vom 12. September 2016 rügte die Antragstellerin die Verletzung der Informationspflicht gemäß § 22 EG VOL/A; auch seien die Anforderungen von § 101a nicht erfüllt, gleichwohl sie eine Bieterinformation nach letztgenannter Vorschrift nicht annahm.

Mit weiterem, gesondertem Schreiben vom selben Tage beanstandete sie die gewählte Verfahrensart sowie die Festlegung von Verhandlungsrunden als intransparent; auch hätten - entgegen der Verfahrensart - Verhandlungen nicht stattgefunden; zudem wäre die Auftragsausführung nur verzögert realisierbar; schließlich wäre die Forderung nach einem Fahrgestell mit drei Achsen und der Gewichtsklasse 16 Tonnen diskriminierend.

Weiterhin erhob sie mit Schreiben vom 13. September 2016 Rügen wegen Verstoßes gegen das Gebot zur Losbildung und wegen fehlerhafter Bewertungsmethodik.

Mit Schreiben vom 15. September 2016 rügte sie darüber hinaus unzureichende Kennzeichnung von Ausschlusskriterien und intransparente Bewertungsmethodik bei nicht als Ausschlusskriterien gekennzeichneten Positionen der Leistungsbeschreibung sowie weitere Mängel der Leistungsbeschreibung, wie produktbezogene Ausschreibung, widersprüchliche Vorgaben zum Leitfabrikat und Änderungen an der Spezifikation des Leistungsverzeichnisses.

Mit Schreiben vom 26. September 2016 beanstandete sie außerdem die Berechnungsformel für das Preiskriterium als intransparent.

Die Antragsgegnerin half sämtlichen Rügen nicht ab.

Daraufhin stellte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 26. September 2016 ihren Nachprüfungsantrag - eingegangen am selben Tag -, den sie im Wesentlichen mit dem Inhalt ihrer erhobenen Rüge begründete.

Sie beantragt wie folgt:

1. Die Vergabekammer möge ein Nachprüfungsverfahren einleiten, Akteneinsicht gewähren und feststellen, dass die Antragstellerin durch den Vergabeverstoß in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist.

2. Die Vergabekammer möge geeignete Maßnahmen zur Beseitigung der festgestellten Vergabeverstöße anordnen, insbesondere anordnen, dass die Antragstellerin auf der Grundlage des bisherigen, fehlerhaften Vergabeverfahrens keinen Zuschlag erteilen darf.
3. Die Vergabekammer möge feststellen, dass für die Antragstellerin die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten notwendig war und dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu ersetzen hat.
4. Hilfsweise: Die Vergabekammer möge es ablehnen, festzustellen, dass für die Antragsgegnerin die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten notwendig war.

Die Vergabekammer übermittelte unter Hinweis auf das Zuschlagsverbot den Nachprüfungsantrag am 28. September 2016 an die Antragsgegnerin, gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme und forderte von ihr die Vergabeakte an, die sie auch erhielt.

Mit Schriftsatz vom 11. Oktober 2016 erwiderte diese auf den Nachprüfungsantrag, indem sie beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 26. September 2016 wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten wird für die Antragsgegnerin für notwendig zu erklärt.
3. Der Antragstellerin werden Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin auf erlegt.

Zur Begründung legten die Antragsgegnerin im Kern den Inhalt ihrer Rügeantwort dar. Nach ihrer Auffassung ist der Nachprüfungsantrag daher weit überwiegend bereits unzulässig, jedenfalls aber offensichtlich unbegründet.

Die Antragstellerin trat dem mit Schriftsätzen vom 18. und 25. Oktober 2016 entgegen. Im erstgenannten Schriftsatz rügte sie ferner vergaberechtswidrige Markterkundung und funktionelle Ausschreibung sowie die fehlende Festsetzung von Entschädigung.

Auch diesen Rügen half die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 28. November 2016 erklärtermaßen nicht ab; zugleich bekräftigte sie ihren gegensätzlichen Standpunkt.

Mit Verfügung vom 20. Dezember 2016 gab die Vergabekammer den Beteiligten einen rechtlichen Hinweis, der vom Vorsitzenden der Kammer unterschrieben war. Danach beabsichtigt sie wegen Unzulässigkeit und offensichtlicher Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages nach Lage der Akten zu entscheiden. Dazu legte sie zu den einzelnen Rügen die tragenden Gründe dar und gab den Beteiligten unter Fristsetzung diesbezüglich Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Antragsgegnerin schloss sich dem Hinweis der Vergabekammer an.

Die Antragstellerin trat ihm mit Schriftsatz vom 23. Januar 2017 entgegen. Zugleich lehnte sie den Vorsitzenden der Vergabekammer wegen Befangenheit ab und bat die Vergabekammer um Entscheidung über das Ablehnungsgesuch. Zur Begründung trug sie zusammengefasst vor, dass die mit dem Hinweis getätigte Herangehensweise den Verdacht nähre, dass die Vergabekammer nicht unvoreingenommen an die Beurteilung der hier interessierenden Fragen herangehe.

Daneben vertiefte sie mit gesondertem Schriftsatz vom selben Tage die Kontroverse mit der Antragsgegnerin, zu dem die Antragsgegnerin am 10. Februar 2017 sich weiterhin streitig schriftsätzlich äußerte.

Mit Beschluss vom 15. Februar 2017 lehnte die Vergabekammer den Antrag auf Ablehnung des Vorsitzenden der 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Der Beschluss wurde durch die Vorsitzende der 2. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt und den bisherigen Beisitzern der Kammer getroffen; der Vorsitzende der 1. Vergabekammer wirkte an dieser Entscheidung nicht mit. Die Entscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass ein - wie hier - verfahrensleitender, sachdienlicher Hinweis kein Ablehnungsgrund ist und dass eine für einen Beteiligten ungünstige Ausführung der Vergabekammer, welche diese im Rahmen ihre Begründungspflicht macht, keine Befangenheitsbesorgnis rechtfertigt.

II.

Es konnte wegen Unzulässigkeit und offensichtlicher Unbegründetheit des Antrages gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB nach Lage der Akten entschieden werden.

- 1.) Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, da anhand der vorliegenden Unterlagen ersichtlich ist, dass Verstöße gegen Vergabevorschriften, welche die Antragstellerin im Vergabeverfahren erkannte, nicht unverzüglich gegenüber der Antragstellerin gerügt wurden (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB), und die aufgrund der Auftragsbekanntmachung erkennbar waren, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber der Antragstellerin gerügt wurden (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB), sowie die erst in der Vergabeunterlagen erkennbar waren, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber der Antragstellerin gerügt wurden (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB).

Die Rügen der insoweit in Betracht kommenden Verstöße, für die im Wesentlichen die im Schriftsatz der Antragstellerin vom 18. Oktober 2016 getroffenen Bezeichnungen zu Grunde gelegt werden, sind präkludiert.

- a.) Soweit eine Präklusion gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gegeben ist, beruht dies auf einen Verstoß gegen die durch diese Vorschrift begründete Pflicht zur unverzüglichen Rüge.

Dies betrifft hier die Rügen hinsichtlich

- verzögerter Auftragsausführung,
- fehlender Verhandlungen („Nichtverhandeln“),
- fehlender Festsetzung von Entschädigung.

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 (Pünder/Schellenberg-Nowak, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 107 GWB Rn. 60 m.w.N.; Ziekow/Völlink-Dicks, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 107 GWB Rn. 40). Positive Kenntnis bedeutet in diesem Zusammenhang sowohl das Wissen von denjenigen Tatsache, aus denen sich der geltend gemachte Vergabefehler ergibt als auch das Erkennen der rechtlichen Bedeutung, dass es sich bei dem betreffenden Punkt um eine vergaberechtswidrige Vorgehensweise handelt (BGH, Beschl. v. 26. September 2006 - Az.: X ZB 14/06 -).

Hier hat die Antragstellerin vorgetragen, dass es sich bei ihr um eine Bieterin handelt, die sich bislang an einer Vielzahl öffentlicher, auch EU-weiter Ausschreibungen beteiligt hat. Dafür spricht auch ihre Eigenerklärung zur Eignung vom 12. Mai 2015, die sie zum Teilnahmewettbewerb im vorliegenden Vergabeverfahren abgegeben hat. Damit hat sie erklärt, in den Jahren 2012 bis 2014 mindestens 100 bestimmte Drehleitern ausgeliefert zu haben, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind; zudem hat sie dazu umfangreiche Referenzlisten über einschlägige öffentliche Aufträge vorgelegt.

Schon dies legt vergaberechtliche Erfahrung und Kenntnis nahe.

Damit ist von einer positiven Kenntnis i.S.v. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB auszugehen.

Unverzüglich bedeutet gemäß § 121 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Die Rüge muss stets so rechtzeitig erfolgen, wie dies mit Blick auf die für die Prüfung des Rechtsverstoßes und für die Begründung der Rüge notwendige Vorbereitungszeit einschließlich einer angemessenen Überlegungsfrist im einzel-

nen Fall möglich und zumutbar ist (Pünder/Schellenberg-Nowak, a.a.O., § 107 GWB Rn. 64 m.w.N.; s. Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 14. September 2015, § 107 GWB Rn. 625 m.w.N.).

Hinsichtlich der im Einzelfall gebotenen Beurteilung der Unverzüglichkeit bzw. Rechtzeitigkeit besteht zwar keine einheitliche Spruchpraxis (s. nur Kulartz/Kus/Portz-Wiese, *GWB*, 3. Aufl. 2014, § 107 Rn. 107 ff; Pünder/Schellenberg-Nowak, a.a.O., § 107 GWB Rn. 61). Einigkeit besteht jedoch, dass es auf die jeweilige Sach- und Rechtslage ankommt. Einigkeit besteht zudem, dass zur Klärung, ob eine Rüge - und damit nachfolgend ein Nachprüfungsantrag - eingereicht werden soll, der Rat eines Anwalts eingeholt werden darf. Dies ist in Anbetracht der nicht leicht zu durchschauenden rechtlichen Fragen und der nicht unerheblichen finanziellen Folgen, welche sich an die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens knüpfen, auch berechtigt (VK Hessen, *Beschl. v. 21. März 2013 - Az.: 69d VK-01/2013 -*).

Dabei wird in der Praxis der Vergabekammern eine Obergrenze von zwei Wochen ab Kenntniserlangung der Vergabeverstöße angenommen. Die Ausschöpfung dieser maximalen Frist kann aber allenfalls dann zugestanden werden, wenn eine schwierige bzw. extrem schwierige Sach- und Rechtslage gegeben ist. In weit weniger komplex gelagerten, d.h. durchschnittlichen Fällen wird eine Frist von einer Woche als ausreichend erachtet. In einfachen und eindeutigen Fällen ist aufgrund der kurzen Fristen, die im Vergabeverfahren grundsätzlich gelten, in der Regel eine Rüge binnen ein bis drei Tagen zu erheben (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 107 GWB Rn. 46; VK Hessen, *Beschl. v. 21. März 2013 - 69d VK-01/2013 -*).

Hier hat die Antragstellerin die ersten beiden genannten Rügen am 12. September 2016 erhoben; die dritte Rüge hat sie am 18. Oktober 2016 erhoben.

Hinsichtlich ihrer Rüge zur verzögerten Auftragsausführung hat sie am 3. Dezember 2015 die Aufforderung zur Angebotsabgabe erhalten. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2015 hat sie um Verlängerung der Teilnahme- und Angebotsfrist bis zum 21. Januar 2016 gebeten; mit Schreiben vom 10. Dezember 2015 hat die Antragsgegnerin ihr die Angebotsfrist bis zum 26. Januar 2016 verlängert. Zudem hat die Antragsgegnerin sie mit Schreiben vom 17. Februar 2016 zur ersten Verhandlungsrunde eingeladen, die am 1. März 2016 stattfand und an der sie auch teilnahm. Die Antragstellerin hat daraufhin mit Schreiben vom 14. April 2016 Antworten zum Verhandlungsprotokoll über die Runde gegeben. Damit hätte sie jedenfalls schon am 3. Dezember 2015, spätestens jedoch zum 14. April 2016 - abgesehen von ihrer vorherigen Bitte um Fristverlängerung und der Einladung zur Verhandlungsrunde - eine etwaige Verzögerung beanstanden müssen.

Hinsichtlich ihrer Rüge zum sog. Nichtverhandeln bezieht sie sich auf die in Rede stehende Verhandlungsrunde vom 1. März 2016. Damit hätte sie wenige Zeit nach dieser Runde beanstanden müssen, dass nicht verhandelt worden sei.

Hinsichtlich ihrer Rüge zur fehlenden Bestimmung über die Festsetzung einer Entschädigung für erhöhten Aufwand bei der Angebotserarbeitung wurden ihr mit der Auftragsbekanntmachung vom 20. Dezember 2014 (EU-ABl. [REDACTED] [REDACTED] und mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe, die sie am 3. Dezember 2015 erhalten hat, die Modalitäten zur Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren unterbreitet. Damit hätte sie wenige Zeit danach das Fehlen von Entschädigungsregelungen rügen müssen.

Insgesamt sind diese Rügen aber erst mehrere Monate nach den Ereignissen bzw. Umständen erhoben worden, auf die sie Bezug nehmen bzw. die ihnen zu Grunde liegen und welche der Antragstellerin bekannt waren. Demnach sind die vorstehend dargelegten Zeiträume für die Annahme der Unverzüglichkeit bei weitem überschritten. Anhaltspunkte, dass es der Antragstellerin nach einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist unmöglich oder unzumutbar war, zeitnah zu rügen, liegen nicht vor.

Es wurde also entgegen § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht unverzüglich gerügt.

- b.) Soweit eine Präklusion gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB gegeben ist, beruht dies auf einen Verstoß gegen die durch diese Vorschrift begründete Pflicht zur Rüge von aufgrund der Auftragsbekanntmachung erkennbaren Vergabeverstößen innerhalb der in der Bekanntmachung benannten Angebotsabgabe- oder Bewerbungsfrist.

Dies betrifft hier die Rügen hinsichtlich

- Wahl der Verfahrensart,
- Verstoß der Losbildung.

Die Pflicht zur Rüge binnen der ebengenannten Frist beginnt dann, wenn ein - hier aufgrund der Auftragsbekanntmachung - erkennbarer Verstoß gegen Vergabevorschriften vorliegt.

Erkennbar sind Vergabeverstöße, die bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen von einem durchschnittlichen Unternehmen erkannt werden; dabei ist nach herrschender Meinung ein objektiver Maßstab anzuwenden (Müller-Wrede-Hofmann, GWB, 2. Auflg. 2014, § 107 Rn. 34; Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 107 GWB Rn. 50; Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Steiff, Vergaberecht, 1. Auflg. 2013, § 107 GWB Rn. 120; Weyand, a.a.O., § 107 GWB Rn. 712 m.w.N.;

OLG Frankfurt, Beschl. v. 5. März 2012 – Az.: 11 Verg 3/12 –). Ein Verstoß ist erkennbar, wenn sich er sich bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt bereits als vergaberechtswidrig erschließt (Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 34; Pünder/Schellenberg-Nowak, a.a.O., § 107 GWB Rn. 75 i.V.m. Rn. 70).

Hier wurde ausweislich Ziff. IV.1.1. der Auftragsbekanntmachung vom 20. Dezember 2014 (EU-ABI. [REDACTED]) veröffentlicht, dass als Verfahrensart ein Verhandlungsverfahren durchgeführt werden soll. Die – auch nach eigenem Vortrag – in Vergabeverfahren erfahrene Antragstellerin konnte schon mit dieser Angabe die getroffene Verfahrensart erkennen und konnte ermes- sen, ob damit ein Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts gegeben sein könnte.

Gleiches gilt für die in Ziff. II.1.8 der Auftragsbekanntmachung veröffentlichte Bestimmung, dass der Auftragsgegenstand nicht in Lose aufgeteilt ist.

Zwar ist in der Auftragsbekanntmachung eine Bestimmung über eine Entschä- digung für erhöhten Aufwand bei Erarbeitung eines Angebotes nicht enthal- ten, doch war dies für die Antragstellerin ebenso erkennbar.

Gemäß Ziff. IV.3.4 der Auftragsbekanntmachung war der Schlusstermin für den Eingang der Angebote oder Teilnahmeanträge auf den 18. Februar 2015, 15:30 Uhr, bestimmt.

Hier hat die Antragstellerin die Rüge zur Verfahrensart erstmals am 12. Sep- tember 2016 und die Rüge zur fehlenden Losbildung am 13. September 2016 erhoben. Dies erfolgte also bei weitem erst nach dem ebengenannten Schluss- termin, mit dem die Frist i.S.v. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB endet.

Damit sind auch diese beiden Rügen verfristet.

- c.) Soweit eine Präklusion gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB gegeben ist, be- ruht dies auf einen Verstoß gegen die durch diese Vorschrift begründete Pflicht zur Rüge von in den Vergabeunterlagen erkennbaren Vergabeverstö- ßen innerhalb der in der Auftragsbekanntmachung benannten Angebotsab- gabe- oder Bewerbungsfrist.

Dies betrifft hier die Rügen hinsichtlich

- vergaberechtswidrige Bewertungsmethodik,
- Intransparenz bei der Festlegung von Verhandlungsrunden,
- diskriminierende Forderung nach einem Fahrgestell mit drei Achsen und der Gewichtsklasse 16 Tonnen,
- unzureichende Kennzeichnung von Ausschlusskriterien,

- intransparente Bewertungsmethodik bei nicht als Ausschlusskriterien gekennzeichneten Positionen der Leistungsbeschreibung,
- intransparente Berechnungsformel für das Preiskriterium,
- weitere Mängel der Leistungsbeschreibung: produktbezogene Ausschreibung, widersprüchliche Vorgaben zum Leitfabrikat, Änderungen an der Spezifikation des Leistungsverzeichnisses,
- vergaberechtswidrige Markterkundung,
- vergaberechtswidrige funktionelle Ausschreibung.

Die Pflicht zur Rüge binnen der vorgenannten Frist beginnt dann, wenn ein - hier erst in den Vergabeunterlagen - erkennbarer Verstoß gegen Vergabevorschriften vorliegt.

Hinsichtlich der Erkennbarkeit gilt das vorstehend zu § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB dargelegte (s. nur Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 107 Rn. 33 ff).

Die Gegenstände bzw. Anknüpfungstatsachen der ebengenannten Rügen ergeben sich aus den Vergabeunterlagen, insbesondere aus dem Leistungsverzeichnis und der Leistungsbeschreibung. Dies gilt auch für die Rügen zur Markterkundung und zur funktionellen Ausschreibung, weil die Antragstellerin schon als Branchenangehörige die Tragweite der Vorgaben, die in den Vergabeunterlagen enthalten sind, erkennen konnte.

Hier hat die Antragstellerin die Vergabeunterlagen mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe am 3. Dezember 2015 erhalten.

Die Rügen zum o.a. ersten Spiegelstrich hat sie am 13. September 2016, die zum zweiten und dritten Spiegelstrich erstmals zum 12. September 2016, die zum vierten und fünften Spiegelstrich am 15. September 2016, die zum sechsten Spiegelstrich am 26. September 2016, die zum siebten Spiegelstrich erstmals am 15. September 2016 sowie die zum achten und neunten Spiegelstrich am 18. Oktober 2016 erhoben. Diese Rügen erfolgten also jeweils bei weitem erst nach dem in Rede stehenden Schlusstermin (18. Februar 2015, 15:30 Uhr), mit dem die Frist i.S.v. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB endet.

Damit sind auch diese Rügen verfristet.

- 2.) Der Nachprüfungsantrag hat in der Sache keinen Erfolg, da sich aus den vorliegenden Unterlagen ergibt, dass Verstöße gegen Vergabevorschriften offensichtlich unbegründet sind (§ 112 Abs. 1 Satz 3 GWB).

Offensichtlich unbegründet ist ein Antrag, wenn erkennbar aus tatsächlichen oder materiell-rechtlichen Gründen die geltend gemachte Vergaberechtsverstöße oder eine Rechtsverletzung des Antragstellers nicht vorliegen können und auch

andere Verstöße nicht auf der Hand liegen (Kulartz/Kus/Portz-Ohlerich, a.a.O., § 110 Rn. 44; Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Steiff, a.a.O., § 110 GWB Rn. 23 [a.E.]). Dies ist schon denkbar, wenn der Sachverhalt eindeutig feststeht und die maßgebliche Rechtsfrage in ständiger Rechtsprechung der Nachprüfungsinstanzen zweifelsfrei zu Lasten des Antragstellers geklärt ist (Müller-Wrede-Schneevogel, a.a.O., § 110 Rn. 9).

Dies betrifft hier die Rügen hinsichtlich

- Verletzung der Informationspflicht gemäß § 22 EG VOL/A,
- Ungeeignetheit anderer Bieter,
- Dokumentationsfehler.

Der zugrunde liegende Sachverhalt zu diesen Rügen ergibt sich aus der Vergabeakte; die schriftsätzlichen Äußerungen der Beteiligten wurden berücksichtigt.

Diese Erkenntnismittel sind der Vergabekammer verfügbar; mit ihnen ist für die Ermittlung des Sachverhalts eine hinreichende Grundlage gegeben. Allein daraus konnte die Vergabekammer schon in diesem Stadium des Nachprüfungsverfahrens schlüssige und zutreffende Tatsachenerkenntnisse gewinnen.

Hinsichtlich der Rüge zur Informationspflicht ist nicht ersichtlich, dass für den Auskunftsanspruch gemäß § 22 EG VOL/A der – wie erforderlich Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Schwetzel, a.a.O., § 23 VOL/A-EG Rn. 2; s. Pünder/Schellenberg-Mentzini, a.a.O., § 19 VOL/A Rn. 7; s. Ziekow/Völlink-ders., a.a.O., § 19 VOL/A Rn. 2) – entsprechende Antrag gestellt wurde. Da dieser Anspruch nicht automatisch besteht (Pünder/Schellenberg-Mentzini, a.a.O., § 19 VOL/A Rn. 7), hätte die Antragstellerin solch einen Antrag stellen müssen, was aber ausweislich der Vergabeakte nicht erfolgt ist. Da es sich bei dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 9. September 2016 nicht um eine Bieterinformation i.S.v. § 101 a Abs. 1 GWB handelt – was die Antragstellerin zutreffend eingeräumt hat –, sind die Anforderungen der ebengenannten Vorschrift einer Rüge auch nicht zugänglich.

Hinsichtlich der Rüge der Ungeeignetheit anderer Bieter ergeben sich – abgesehen davon, dass insoweit eine sog. Rüge ins Blaue hinein in Betracht kommt – aus der Vergabe keine Anhaltspunkte, welche eine Verletzung des Bewertungsspielraums durch die Antragsgegnerin nahelegen.

Hinsichtlich der Rüge von Dokumentationsfehlern ergeben sich – abgesehen davon, dass auch insoweit eine Rüge ins Blaue hinein in Betracht kommt – aus der Vergabe keine Anhaltspunkte, welche für die Behauptung der Antragstellerin sprechen.

Insgesamt ist der Nachprüfungsantrag unzulässig und offensichtlich unbegründet.

Da nach Prüfung der Sach- und Rechtslage - wie anerkannt (s. nur Ziekow/Völlink-Frister, a.a.O., § 112 GWB Rn. 10-12; Müller-Wrede-Horn, a.a.O., § 112 Rn. 5; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 112 Rn. 14, 16) - eindeutig und unzweifelhaft feststeht, dass der Nachprüfungsantrag abzulehnen ist und - wie ebenso anerkannt (Ziekow/Völlink-Frister, wie vor; Müller-Wrede-Horn, wie vor; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, wie vor) - nach Überzeugung der Vergabekammer die mündliche Verhandlung mit hinreichender Sicherheit keine weiteren Erkenntnisse erbringen bzw. keine andere Bewertung ergeben wird, war nach pflichtgemäßen Ermessen über den Antrag nach Lage der Akten ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden.

Nach alledem war dem Antrag nach Aktenlage nicht stattzugeben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 4; Müller-Wrede-Schröder, GWB, a.a.O., § 128 Rn. 2) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben.

Da die Antragstellerin - was vorherrschend nötig ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 16) - ihr Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,- €. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (s. Müller-Wrede/Schröder, GWB, a.a.O., § 128 Rn. 4, 6, 7). Dabei ist sich am Bruttoauftragswert des Angebots der Antragstellerin zu orientieren (OLG Frankfurt, Beschl. v. 29. August 2014 - Az.: 11 Verg 3/14 -; Weyand, a.a.O., § 128 GWB Rn. 19, 283). Aus diesem ergibt sich hier unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr vor €.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 1 GWB).

Die Hinzuziehung einer Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 - Az.: 11 Verg 10/13 -; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 29; s. Müller-Wrede-Schröder, GWB, a.a.O., § 128 Rn. 33, 33a) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der

Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 VwVfG). Letzteres ist insbesondere dann anerkannt, wenn für die Gegenseite eine Anwaltskanzlei tätig ist, die sich auf das Vergaberecht spezialisiert hat (OLG München, Beschl. v. 28. Februar 2011 – Az.: Verg 23/10 –). Das ist hier der Fall.

Es wird darauf hingewiesen, dass ein Kostenfestsetzungsverfahren hinsichtlich der Aufwendungen der Beteiligten vor der Vergabekammer gemäß § 128 Abs. 4 Satz 5 GWB nicht stattfindet (Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 40; Müller-Wrede-Schröder, GWB, a.a.O., § 128 Rn. 36 ff; Weyand, a.a.O., § 128 GWB Rn. 276).

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,

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.

Harnisch
Vorsitzender

Ulber
Hauptamtliche Beisitzerin