

Oberlandesgericht Rostock

Abschrift

Geschäftsnummer

17 Verg 5/10

1 VK 5/10

verkündet am:
20.10.2010 lt. Protokoll
Miethe
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

vertreten durch die Geschäftsführer

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

- Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin -

Prozessbevollmächtigter:

Beigeladen:

Prozessbevollmächtigte:

Blatt 2

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Rostock durch

den Präsidenten des Oberlandesgericht Thiele,
den Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Tonner und
die Richterin am Oberlandesgericht Bail

auf die mündliche Verhandlung vom 29.09.2010 beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer bei dem Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Tourismus Mecklenburg-Vorpommern vom 22.06.2010 - Az.: 1 VK 5/10 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten der Beigeladenen hat die Antragstellerin zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin und eines Bevollmächtigten für die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Mit Bekanntmachung vom 21.10.2009 schrieb die Antragstellerin - im offenen Verfahren - einen Auftrag zur Beschaffung eines flächendeckenden digitalen Alarmierungssystems für die Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) im Bereich der Landkreise Ludwigslust, Nordwestmecklenburg, Parchim und der kreisfreien Städte Schwerin und Wismar europaweit aus. Bei Realisierung der Ausschreibung sollte auf das bereits vorhandene digitale Alarmierungssystem der Integrierten Leitstelle Westmecklenburg, der Landeshauptstadt Schwerin und der Hansestadt Wismar (ILWM) aufgebaut werden. Unter Nr. 1 der Leistungsbeschreibung hieß es insoweit:

"Sollten Systemänderungen am vorhandenen Digitalen Alarmierungssystem notwendig sein, dürfen **keine** Kosten zu Lasten der Landeshauptstadt Schwerin und der Hansestadt Wismar entstehen."

Das bereits bestehende digitale Alarmierungssystem hatte die Beigeladene geliefert. Für die Abgabe der Angebote war zunächst eine Frist bis zum 14.01.2010 vorgesehen. Die

Blatt 3

Angebotsfrist wurde mit Schreiben vom 07.01.2010 bis zum 21.01.2010, 17.00 Uhr verlängert. Die Antragstellerin reichte am 07.01.2010 ein Angebot ein.

Unter dem 23.03.2010 (BF 3 = Bd. II Bl. 204 d.A.) übersandte ein Geschäftsführer der Antragstellerin der Antragsgegnerin eine E-Mail folgenden Inhalts: "der guten Ordnung halber möchte ich Sie bitten uns schriftlich zu bestätigen, dass der Auftrag nicht an uns vergeben werden soll.

Es ist bei öffentlichen Ausschreibungen vorgeschrieben, dass die unterlegenen Firmen 14 Tage vor der Vergabe informiert werden um ggf. Einspruch zu erheben".

Mit Schreiben vom 04.05.2010 bat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin die Antragsgegnerin per Telefax unter Fristsetzung zum 05.05.2010 um eine Mitteilung zum Stand des Verfahrens.

Unter dem 18.05.2010 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass die Auftragsvergabe am 17.05.2010 "im Europaanzeiger" bekannt gegeben worden sei. Laut Bekanntmachung im Teil 5 des Amtsblattes der EU wurde der Auftrag am 30.04.2010 an die Beigeladene vergeben.

Mit Schriftsatz vom 28.05.2010, der am selben Tag per Telefax bei der Vergabekammer eingegangen ist, hat die Antragstellerin die Vergabekammer zur Entscheidung angerufen. Sie beehrte im Wesentlichen die Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen und eine neue Wertung der Angebote unter Ausschluss der Beigeladenen; hilfsweise eine Neuausschreibung des Auftrages.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der Begründung des Nachprüfungsantrages wird auf die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer Bezug genommen.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Akteneinsicht ohne mündliche Verhandlung verworfen. Denn der Nachprüfungsantrag sei unzulässig.

1. Hinsichtlich der Rüge, die Antragsgegnerin habe gegen die Informationspflicht nach § 101 a GWB verstoßen und das Gleichbehandlungsgebot verletzt, sei der Antrag unzulässig, weil der Verstoß aus den Vergabeunterlagen (vgl. Nr. 5 der Bewerberbedingungen der Landeshauptstadt Schwerin und Anlage zum Anschreiben der Angebotsaufforderung) erkennbar gewesen und nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber dem

Auftraggeber gerügt worden sei (§ 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB).

Die Rüge hinsichtlich der Informationspflicht sei auch nicht entbehrlich (§ 107 Abs. 3 Satz 2 GWB). Der Verweis auf § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB erfasse lediglich die sogenannten De-facto-Vergaben. Hier läge jedoch ein offenes Verfahren vor, an dem eine Vielzahl von Unternehmen beteiligt sei.

2. Hinsichtlich der Rügen, es mangle an der fachlichen Eignung der Beigeladenen, es fehlten erforderliche Eignungsnachweise und die Antragsgegnerin habe Eignungs- und Zuschlagskriterien vermischt, sei der Antrag zwar nicht wegen fehlender Rüge trotz Erkennbarkeit unzulässig. Der Antrag sei jedoch unzulässig, weil die Antragstellerin es versäumt habe, die Verstöße gegenüber der Antragsgegnerin zu rügen (§ 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB).

a) Das Rügeerfordernis habe sich nicht durch den zwischenzeitlichen Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erledigt.

Zwar sei die Informationspflicht nach § 101 a GWB nicht abdingbar, jedenfalls nicht in der Form, in der die Antragsgegnerin dies versucht habe. Die Erteilung des Zuschlags ohne die notwendige Information nach § 101 a GWB führe zur schwebenden Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages. Das Vergabeverfahren sei dadurch noch nicht beendet oder "gescheitert", sondern weiterzuführen. Die Maßgaben, die an das Verhalten der Bieter zu stellen seien, würden somit auch weiterhin gelten. Dazu zähle die Rüge von Vergaberechtsfehlern nach § 107 Abs. 3 GWB. Daran habe sich auch nach Änderung des GWB nichts geändert.

b) Die Verpflichtung zur Rüge nach § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB sei auch nicht durch das Urteil des EuGH vom 28.01.2010 in der Rechtssache C-406/08 entfallen. Vorliegend sei nicht die mangelnde Unverzüglichkeit der Rüge das Problem, sondern die Tatsache, dass die Antragstellerin vor Stellung des Nachprüfungsantrages überhaupt nicht gerügt habe. Das Rügeerfordernis selbst sei von der Entscheidung des EuGH nicht berührt. Die Rüge behalte ihren guten Sinn. Es sei mit dem Gebot der europarechtskonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften gut zu vereinbaren, wenn man bei der Anwendung des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB lediglich auf das Erfordernis der Unverzüglichkeit verzichte.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer richtet sich die per Fax am 07.07.2010 eingegangene sofortige Beschwerde der Antragstellerin. Die Entscheidung der Vergabekammer sei ihren Verfahrensbevollmächtigten am 24.06.2010 mit Postzustellungsurkunde förmlich zugestellt worden. Damit ende die Beschwerdefrist erst am 08.07.2010.

Die Antragstellerin meint, der Beschluss der Vergabekammer sei rechtsfehlerhaft. Durch die Verwerfung ihres Nachprüfungsantrages sei sie in ihren Rechten verletzt. Da ihre Anträge in der Sache und auf Akteneinsicht abgelehnt worden seien, sei sie formell und materiell beschwert. Auf ihr Angebot hätte ihr bei Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften der Zuschlag erteilt werden müssen. Das Angebot der Beigeladenen hingegen sei auszuschließen.

Unter Wiederholung ihres Vorbringens vor der Vergabekammer geht die Antragstellerin von der Zulässigkeit und Begründetheit ihrer Anträge aus. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer habe sie nicht gegen etwaige Rügeobliegenheiten verstoßen.

1. Soweit die Vergabekammer hinsichtlich der Rügen der mangelnden fachlichen Eignung, des Fehlens der Eignungsnachweise und der Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien meine, das Vergabeverfahren sei aufgrund der schwebenden Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages weiterzuführen und deshalb würden auch die Maßgaben, die das Verhalten der Bieter betreffen, insbesondere die Rügepflicht, weiter gelten, gehe sie fehl. Der in Bezug genommene Beschluss der 3. VK Bund vom 06.07.2007 (Az.: VK 3-58/07) habe sich auf einen Fall bezogen, der vor der Vergaberechtsreform 2009 zu entscheiden gewesen sei. Kern der Neufassung sei, dass die Nichtigkeit des vergaberechtswidrigen Vertrages nicht länger aus dem Gesetz folge, sondern der Vertrag nur dann von Anfang unwirksam sei, wenn ein Verstoß gegen § 101 a GWB vorliege und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden sei. Die Erteilung eines Zuschlages unter Verletzung der Informations- und Hinweispflicht begründe nunmehr lediglich eine "schwebende Unwirksamkeit" des geschlossenen Vertrages, wie in der Gesetzesbegründung ausgeführt werde (Begründung zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucksache 16/10117, S. 21).

1.1 Sei der Auftraggeber an den auch unter Verletzung der Hinweis- und Informationspflicht des § 101 a Abs. 1 GWB geschlossenen Vertrag gebunden, könne das Vergabeverfahren - wenn überhaupt - erst nach Feststellung der Unwirksamkeit des

Vertrages durch die Vergabekammer weitergeführt werden. Nach Zuschlagserteilung und während der in § 101 b Abs. 2 GWB festgestellten Schwebezeit, sei das Vergabeverfahren hingegen einstweilen beendet. Daraus folge, dass nach erteiltem Zuschlag während der Schwebezeit eine Rügeobliegenheit unterlegener Bieter entfalle. Die Bieter seien dann berufen, durch Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens die Feststellung der Unwirksamkeit unter Hinweis auf den Verstoß gegen § 101a GWB herbeizuführen.

1.2 Auch aus dem Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit folge, dass diese nach dem erteilten Zuschlag entfalle. Die neuen Regelungen zur Unwirksamkeit in § 101 b GWB sähen die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verpflichtend vor, wenn ein unterlegener Bieter die Unwirksamkeit des Vertrages erreichen wolle. Der unterlegene Bieter sei unabhängig von etwaigen "Korrekturen" durch die Vergabestelle gezwungen, einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Daraus folge, dass im Fall eines erteilten Zuschlages die Rüge nicht mehr erforderlich sei (vgl. OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 10.07.2007; Az.: 11 Vergabe 5/07 zur alten Rechtslage). Vorliegend hätte die Rüge der Beschwerdeführerin aufgrund des bereits erfolgten Vertragsabschlusses bei der Wertung nichts mehr bewirken können.

1.3 Eine Rügepflicht entfalle auch deshalb, weil die Antragsgegnerin deutlich gemacht habe, dass sie an ihrer Vergabeentscheidung festhalten werde. Wenn die Vergabestelle zu erkennen gebe, dass sie von vornherein unumstößlich an ihrer Entscheidung festhalten werde, entfalle eine Rügepflicht wegen aussichtsloser Fөрmelei.

Die Antragsgegnerin habe durch ihr Verhalten dokumentiert, dass sie auf Rügen nicht korrigierend reagieren werde. Sie habe die Zuschlagsentscheidung unter Verstoß gegen § 101 a GWB vorangetrieben und die Antragstellerin lapidar auf die Bekanntgabe der Auftragsvergabe verwiesen. Dieses vergaberechtswidrige Vorgehen verletze nicht nur die Antragstellerin ganz erheblich in ihrem Bieterrecht, sondern dokumentiere deutlich, dass die Antragsgegnerin an ihrer Vergabeentscheidung in jedem Falle festhalten wollte.

2. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer sei der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Rüge wegen Verstoßes gegen die Informationspflicht und Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch nicht deshalb unzulässig, weil der Verstoß gegen die Informationspflicht nach § 101 a GWB sowie die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen und nicht gem. § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB bis zum 21.01.2010 gerügt worden sei.

2.1 Ein Verstoß gegen die Hinweis und Informationspflicht sei aus den Vergabeunterlagen nicht erkennbar gewesen. Die Vergabekammer habe insoweit einen zu hohen Sorgfaltsmaßstab angelegt. Aus Nr. 5 Bewerberbedingungen der Landeshauptstadt Schwerin (BB-L) sei für einen mit den Regeln des Vergaberechts laienhaft vertrauten Durchschnittsbieter nicht erkennbar gewesen, dass eine Vorabinformation unterbleiben solle. Gleiches gelte auch bei Anlegung eines individuellen Maßstabes. Die Antragstellerin habe nicht deshalb, weil sie sich an öffentlichen Ausschreibungen beteiligt habe, eine Vergaberechtswidrigkeit leichter erkennen müssen. Hiergegen spreche bereits, dass es sich bei der Rügepflicht nach § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB um eine neue Regelung handle, die erst mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009 eingefügt worden sei. Selbst einem erfahrenen Bieter sei nicht ohne weiteres bewusst gewesen, dass die an das Merkmal der Erkennbarkeit anknüpfende Präklusionsregelung in § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB letztlich dazu führe, dass der Bieter die Verdingungsunterlagen einer genauen Prüfung unterziehen müsse, denn nunmehr bestehe - unabhängig von der positiven Kenntnis des Bieters vom Vergaberechtsverstoß - das Risiko einer späteren Rügepräklusion bereits bei "erkennbaren Verstößen". Zu beachten sei auch, dass die Antragstellerin nicht über eine eigene Rechtsabteilung verfüge und somit die dargestellte rechtliche Bewertung, ob sich ggf. aus der Regelung Nr. 5 BB-L ergeben könnte, dass damit auch die Vorabinformation ausgeschlossen werden solle, selbst nicht durchführen konnte.

2.2 Im Übrigen habe sie die Verletzung der Hinweis- und Informationspflicht unverzüglich mit E-Mail vom 23.03.2010 (Anlage BF 3 = Bd. II Bl. 203f. d.A.) gerügt, nachdem sie Kenntnis davon erlangt habe, dass die Antragsgegnerin tatsächlich keine Vorabinformation geben werde. Mit dieser E-Mail habe sie den konkreten Verstoß gegen das Vergaberecht, nämlich die beabsichtigte Unterlassung der Vorabinformation dargelegt und um Abhilfe, nämlich um Information über die beabsichtigte Nichtberücksichtigung 2 Wochen vor Erteilung des Zuschlags, gebeten. Damit liege eine Rüge i.S.d. § 107 Abs. 3 GWB, an die im Übrigen nur geringe Anforderungen zu stellen sind (vgl. OLG München, Beschluss vom 05.11.2009, Az.: Vergabe 15/09; Thüringer OLG, Beschluss vom 30.03.2009, Az.: 9 Vergabe 12/08), vor. Die Rüge sei unverzüglich erfolgt. Im Übrigen habe eine Rügeobliegenheit auch deshalb nicht bestanden, weil die Antragsgegnerin an ihrer Entscheidung, die unterlegenen Bieter nicht zu informieren, unumstößlich festhalten wollte.

2.3 Auch der Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot sei entgegen der Auffassung der Vergabekammer nicht erkennbar gewesen. Ohne Belang sei, dass die Beigeladene aus den Vergabeunterlagen als vormalige Auftragnehmerin für das bestehende digitale

Alarmierungssystem zu ersehen gewesen sei. Denn erst nachdem die Antragstellerin Kenntnis von der Beteiligung der Beigeladenen erlangt habe, habe sie die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots erkennen können. Zu diesem Zeitpunkt sei der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen jedoch bereits erteilt gewesen.

2.4 Im Ergebnis komme es nicht darauf an, ob die genannten vergaberechtlichen Verstöße i.S.v. § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB für die Beschwerdeführerin erkennbar gewesen seien und ob sie gegen ihre Rügeobligenheit verstoßen habe. Denn § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB verstoße gegen den in der Rechtsmittelrichtlinie festgelegten Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes, insbesondere gegen Artikel 1 Abs. 4 Rechtsmittelrichtlinie.

3. Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die von der Antragsgegnerin vertretene Auffassung, der Antragstellerin sei deshalb kein Schaden entstanden, weil ihr Angebot über den jeweiligen Haushaltsansätzen der zahlungsverpflichteten Landkreise liege, sei fehlerhaft. Nach einem Ausschluss der Beigeladenen hätte das Verfahren allenfalls aufgehoben werden müssen. Die Antragsgegnerin hätte dann bei fortgesetztem Vergabewillen eine Neuausschreibung durchführen und dabei realistische Haushaltsansätze für die Beschaffung des Alarmierungssystems einplanen müssen.

3.1 Es stehe fest, dass die Beigeladene die als Ausschlusskriterium formulierten Anforderungen an den Nachweis vergleichbarer Projekte in Ziff. 1.3.3 der Leistungsbeschreibung nicht erfüllt habe. Zwingend seien drei Referenzen für die Errichtung eines Mehrfachmaster-Netzes vorzulegen gewesen. Insgesamt habe die Beigeladene die zwingend geforderten Referenzen nicht vorgelegt. Sie sei deshalb auszuschließen.

3.2. Die Antragsgegnerin habe die gerügte Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien nicht entkräften können. Es liege auch keine unzulässige Mischkalkulation vor.

Für die Umrüstungsmaßnahmen würden jedoch Kosten anfallen, die von der Antragsgegnerin nicht ausgeglichen würden. Da aber die Beigeladene eine derartige Kostenlast nicht treffe, liege eine Ungleichbehandlung vor.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Entscheidung der 1. Vergabekammer bei dem Ministerium für Wirtschaft,

Arbeit und Tourismus Mecklenburg-Vorpommern vom 22.06.2010, Az.: 1 VK 05/10, aufzuheben;

2. festzustellen, dass der von der Beschwerdegegnerin mit der Beigeladenen geschlossene Vertrag gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam ist;

3. die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Wertung der Angebote unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen und unter Beachtung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts zu wiederholen und die Bieter über das Ergebnis der Wertung mit einer hinreichend deutlichen und nachvollziehbaren Begründung über die Zuschlagsentscheidung zu informieren;

4. hilfsweise: Es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin in ihren Rechten durch die Beschwerdegegnerin verletzt ist;

5. der Beschwerdeführerin Einsicht in die Vergabeakte gemäß § 111 Abs. 1 GWB zu gewähren;

6. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;

7. der Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Anträge der Beschwerdeführerin zurückzuweisen,

2. der Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sowie

3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der Beschwerdegegnerin für notwendig zu erklären.

4. das Akteneinsichtsgesuch als unbegründet zurückzuweisen.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin sei unzulässig, weil sie nicht binnen einer Notfrist von 2 Wochen nach Zustellung des Beschlusses eingelegt worden sei. Die Antragstellerin sei durch die Entscheidung der Vergabekammer auch nicht beschwert. Denn die Antragstellerin habe keine echte Chance auf eine Zuschlagserteilung gehabt.

Die Beschwerde sei zudem unbegründet. Der Nachprüfungsantrag sei weder zulässig noch begründet. Wegen der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages bezieht sich die Antragsgegnerin auf die zutreffenden Ausführungen des angefochtenen Beschlusses. Zudem sei der Nachprüfungsantrag nicht begründet:

a) Die Haushaltsmittel für das teure Angebot der Antragstellerin seien nicht vorhanden. Eine Aufhebung des Vergabeverfahrens gehe nicht an. Es sei verfehlt, eine Anpassung der Haushaltsansätze zu verlangen. Erst recht, wenn erschwingliche Angebote vorlägen. Eine Verpflichtung zur Erhöhung der Haushaltsansätze gäbe es nicht.

b) Die Beigeladene sei auch fachlich geeignet, den Auftrag auszuführen. Das von ihr abgegebene Angebot sei plausibel, nachvollziehbar und genüge den Anforderungen aus der Leistungsbeschreibung, insbesondere hinsichtlich der Einhaltung der Alarmierungsdauer sowie der Genauigkeit der Synchronisation.

Die Beigeladene beantragt,

1. die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin vom 07.07.2010 gegen den Beschluss der Vergabekammer bei dem Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Tourismus Mecklenburg-Vorpommern vom 22.06.2010 (Aktenzeichen 1 VK 5/10) zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin und Beschwerdeführerin die Kosten des sofortigen Beschwerdeverfahrens nebst den Kosten für eine zweckentsprechend Rechtsverfolgung aufzuerlegen;
3. die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären.

In ihrer Begründung rügt die Beigeladene die mangelnde Beschwer der Antragstellerin. Dem Vorbringen der Antragsgegnerin zu den Haushaltsansätzen der betreffenden Landkreise sei die Antragstellerin nicht substantiiert entgegen getreten. Mit einer

Überschreitung der Haushaltsansätze von ca. 273.000 € habe die Antragstellerin keine Chance auf den Zuschlag. Im Übrigen verteidigt die Beigeladene die Entscheidung der Vergabekammer. Das Rechtsmittel sei jedenfalls unbegründet.

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist das Rechtsmittel nicht verfristet. Denn der Beschluss der Vergabekammer vom 22.06.2010 wurde zwar noch am 22.06.2010 an die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gefaxt. Eine Zustellung gegen Empfangsbekanntnis wurde jedoch nicht veranlasst (s. Schreiben der Vergabekammer vom 22.06.2010 = Bd. III Bl. 353 d.A. mit Hinweis auf PZU). Die förmliche Zustellung erfolgte ausweislich der Postzustellungsurkunde erst am 24.06.2010. Die am 07.07.2010 per Fax beim Oberlandesgericht Rostock eingegangene Beschwerdeschrift ist somit fristgemäß (§ 117 Abs. 1 GWB).

Die Antragstellerin ist durch die Verwerfung ihrer Sachanträge und des Antrages auf Akteneinsicht auch beschwert. Denn sie macht eine Verletzung ihrer Rechte durch die behauptete Fehlerhaftigkeit des angefochtenen Beschlusses, der von ihren Rechtsschutzziele abweicht, geltend. Wenn ihr auf ihr Angebot bei Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, wäre der angefochtene Beschluss aufzuheben.

2. Die sofortige Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Denn der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, weil die Antragstellerin ihrer gegenüber der Antragsgegnerin bestehenden Rügeobliegenheit gem. § 107 Abs. 3 GWB nicht rechtzeitig nachgekommen ist.

a) Die Antragsbefugnis der Antragstellerin i.S.v. § 107 Abs. 2 GWB liegt allerdings vor. Die Antragstellerin hat durch Abgabe eines eigenen Angebots unter dem 07.01.2010 deutlich gemacht, dass sie ein Interesse an dem Auftrag hat. Auch hat die Antragstellerin schlüssig dargelegt, dass sie in ihren Rechten gem. § 97 Abs. 7 GWB verletzt werde, wenn der Auftrag unter Verstoß gegen das Informationsgebot und die Wartepflicht gem. § 101a GWB an die Beigeladene vergeben wird. Durch die Nichtberücksichtigung ihres Angebots entstehe ihr ein Schaden.

b) Die Antragstellerin ist hingegen ihrer Rügeobliegenheit gegenüber der Antragsgegnerin

gem. § 107 Abs. 3 GWB nicht rechtzeitig nachgekommen.

aa) Mit der Vergabekammer geht der Senat davon aus, dass der Antrag hinsichtlich der Rügen der mangelnden fachlichen Eignung, des Fehlens der Eignungsnachweise und der Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien unzulässig ist, weil die Antragstellerin es versäumt hat, die im Vergabeverfahren erkannten und im Verfahren vor der Vergabekammer gerügten Verstöße gegen Vergabevorschriften zuvor nicht gegenüber der Antragsgegnerin gerügt hat (§ 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB). Dies gilt ebenso für den behaupteten Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB ist ein Nachprüfungsantrag nur zulässig, wenn der Antragsteller den im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Pflichtverstoß zuvor gegenüber der Vergabestelle angezeigt und jene zur Beseitigung dieses Pflichtverstoßes aufgefordert hat. Die Anzeige und Aufforderung - die vergaberechtliche Rüge - muss zeitlich unverzüglich nach dem Erkennen des Vergaberechtsverstoßes erfolgen, d.h. mit der positiven Kenntnis beginnt die sog. Rügefrist zu laufen (vgl. dazu OLG Naumburg Beschluss vom 29.10.2009, 1 Verg 5/10).

(1) Der Anwendung der Präklusionsregelung des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB steht das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 28.01.2010 (Rs. C-406/08 - *Uniplex*) nicht entgegen (vgl. Beschluss vom 11.08.2010 - Az.: 17 Verg 3/10).

Denn dem genannten Urteil hat der Europäische Gerichtshof eine britische Regelung für europarechtswidrig erklärt, nach der ein Nachprüfungsverfahren nur zulässig ist, wenn es "unverzüglich (*promptly*), spätestens jedoch innerhalb von drei Monaten nach dem ersten Eintreten eines Grundes für die Einleitung des Verfahrens eingeleitet wird, es sei denn, der High Court hält eine Verlängerung der Frist für die Einleitung des Verfahrens für gerechtfertigt (*good reasons*)."

Der Europäische Gerichtshof hat im Rahmen der Vorabentscheidung zunächst ausgeführt, eine effektive Nachprüfungsmöglichkeit setze voraus, dass die Fristen für die Einleitung der Nachprüfung erst ab dem Zeitpunkt laufen, an dem der Bieter von dem geltend gemachten Verstoß Kenntnis hatte oder hätte erlangen müssen.

Ferner müssten wegen des Ziels der zügigen Behandlung unter Beachtung der Erfordernisse der Rechtssicherheit hinreichend genaue, klare und vorhersehbare Fristenregelungen geschaffen werden. Angesichts des Effektivitätsgrundsatzes dürften nationale

Ausschlussfristen die Rechtsausübung nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Die britische Regelung enthalte jedoch eine Unsicherheit, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass die nationalen Gerichte einen Nachprüfungsantrag bereits vor Ablauf der Dreimonatsfrist zurückweisen könnten, wenn sie der Ansicht seien, der Antrag sei nicht "unverzüglich" gestellt. Im Übrigen sei eine Ausschlussfrist, deren Dauer in das freie Ermessen des zuständigen Richters gestellt sei, in ihrer Dauer nicht vorhersehbar. Mit der betreffenden Bestimmung sei die Richtlinie 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) daher nicht wirksam umgesetzt.

Dieses Urteil hat Zweifel daran geweckt, ob die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB, nach der ein Nachprüfungsantrag unzulässig ist, wenn der Antragsteller den gerügten Vergaberechtsverstoß im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat, den europarechtlichen Vorgaben genügt und weiterhin anwendbar ist.

Ein Teil der Vergabekammern und der Literatur übertragen die Wertung des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich der britischen Regelung auf die deutsche Vorschrift und sind der Ansicht, auch hier sei die "unverzügliche" Rügepflicht in ihrer Dauer nicht hinreichend vorhersehbar und klar (VK Saarland vom 08.03.2010 - 1 VK 03/2010; VK Rheinland-Pfalz vom 20.04.2010 - VK 2-7/10; VK Hamburg vom 07.04.2010 - VK BSU 2/10 und 3/10).

Die Oberlandesgerichte Schleswig und Celle haben die Frage offen gelassen (OLG Schleswig vom 02.07.2010 - 1 Verg 1/10; OLG Celle vom 11.02.2010 - 13 Verg 16/09; ebenso VK Nordbayern vom 10.02.2010 - 21.Vk-3194-01/10).

Teilweise wird die Übertragung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs auf § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB indes abgelehnt, weil diese Vorschrift keine Ausschlussfrist für das Nachprüfungsverfahren enthalte und der Begriff der Unverzüglichkeit im Übrigen im deutschen Recht durch die Definition in § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB sowie einer ausgeprägten Rechtsprechung weitgehend konkretisiert sei (VK Bund vom 05.03.2010 - VK 1-16/10). Auch das Oberlandesgericht Dresden hält die deutsche Vorschrift für europarechtskonform. Ungeachtet des rechtstechnischen Unterschieds zwischen Ausschlussfrist für das Nachprüfungsverfahren und materiell-rechtlicher Präklusionsregel, habe der Europäische Gerichtshof schließlich nur Bestimmungen über Fristen, deren Dauer in das freie Ermessen des zuständigen Richters gestellt sei, für gemeinschaftswidrig erklärt. Das treffe aber auf § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB nicht zu, weil damit ein Ermessen nicht eingeräumt werde, der Begriff "unverzüglich" gesetzlich in § 121 Abs. 1 BGB definiert sei und die damit

verbundene zeitliche Dimension in über 100-jähriger Rechtsprechung so konkretisiert sei, dass sie rechtsstaatlichen Bedenken nicht mehr begegne (OLG Dresden vom 07.05.2010 - WVerG 6/10).

Der Senat teilt die Ansicht, dass die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nicht zu einer Unanwendbarkeit der Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB führt.

Die britische Regelung weicht von § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB nicht nur hinsichtlich der Ausgestaltung als Antragsfrist oder als vorgelagerte Rügeobliegenheit ab. Die vom Europäischen Gerichtshof beanstandete Regelung bietet tatsächlich mehrfache Unsicherheiten für den Bieter, indem sie zwar eine umgehende (sofortige, unverzügliche, zeitnahe) Verfahrenseinleitung verlangt, zugleich aber eine in diesem Zusammenhang recht großzügige Ausschlussfrist von drei Monaten nennt, die darüber hinaus von dem angerufenen Gericht bei dem Vorliegen guter Gründe auch noch verlängert werden kann.

Das deutsche Recht hingegen gibt lediglich eine einzige zeitliche Vorgabe für die Erhebung der Rüge. Der Gesetzgeber hat darin zwar nicht eine konkret bezifferte Frist bestimmt, sondern den Rechtsbegriff "unverzüglich" verwendet, der in § 121 Abs. 1 BGB legal als "ohne schuldhaftes Zögern" definiert ist. Nach der - wie vom Oberlandesgericht Dresden ausgeführt - über 100-jährigen Rechtsprechung bedeutet dies, dass innerhalb einer nach den Umständen zu bemessenden Prüfungsfrist zu handeln ist. Im Allgemeinen gilt eine Obergrenze von zwei Wochen, wobei im Vergaberecht nach den Umständen in den meisten Fällen eine Rüge nach mehr als einer Woche nicht mehr als unverzüglich anzusehen ist. Bei einfach gelagerten Fällen liegt die Grenze zur schuldhaften Verzögerung bei drei Tagen (vgl. Weyand, Vergaberecht, 2. Auflage, § 107 GWB, Rn. 1897 ff.). Diese Regelung ist hinreichend genau, klar und für die Bieter vorhersehbar. Insbesondere steht der Nachprüfungsstelle wie auch dem Senat kein freies Ermessen zur Bestimmung der Rügefrist zu. Es ist vielmehr - rechtlich überprüfbar - festzustellen, ob die Rüge nach den Umständen des konkreten Einzelfalls ohne schuldhaftes Zögern erhoben ist.

Die Dauer der Rügefrist im Einzelfall kann vorliegend dahinstehen, denn die Antragstellerin hat es gänzlich versäumt, vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ihrer Rügeobliegenheit gegenüber der Antragsgegnerin nach zu kommen.

Die Vergabekammer ist zu Recht davon ausgegangen, dass sich das Rügeerfordernis gegenüber der Antragsgegnerin nicht durch den zwischenzeitlichen Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erledigt hat.

Angesichts des Zwecks der Vorschrift des § 107 Abs. 3 GWB sind Ausnahmen von dem Gebot der unverzüglichen Rüge als Zulässigkeitsvoraussetzung für den Nachprüfungsantrag nur unter engen Voraussetzungen zuzugestehen (vgl. VK Schleswig-Holstein, B. vom 14.11.2008 - Az.: VK-SH 13/08).

Dieser Grundsatz gilt nach Auffassung des Senats auch in Fällen der Verletzung der Informations- und Wartepflicht nach § 101 a Abs. 1 GWB. Denn weder aus dem Gesetzestext noch aus der Begründung lassen sich Anhaltspunkte für Einschränkungen der Rügeobliegenheit bei derartigen Verstößen entnehmen. Auch fehlt es an Anhaltspunkten dafür, dass nach Zuschlagserteilung eine restriktive Auslegung der Vorschriften zu den Rügeobliegenheiten geboten ist. Der § 101 b Abs. 1 GWB bestimmt für einen in einem Nachprüfungsverfahren festgestellten Verstoß gegen die Informationspflicht zwar, dass der Vertrag von Anfang an unwirksam ist. Gemäß § 107 Abs. 3 GWB ist ein Nachprüfungsantrag jedoch unzulässig, soweit der Antragsteller seiner Rügeobliegenheit nicht rechtzeitig nachkommt. Ausgenommen sind hiervon nach § 107 Abs. 3 S. 2 GWB lediglich die sogenannten De-facto-Vergaben i.S.d. § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB. Dies lässt sich auch aus der Begründung zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts ableiten, in der es heißt: "Bei den sog. De-facto-Vergaben des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 ist es nicht sachgerecht, den Unternehmen eine Rügeverpflichtung aufzuerlegen. In diesen Fällen kann sofort ein Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt werden" (vgl. BT-Drucksache 16/10117, S. 22).

Das Festhalten an der Rügeobliegenheit ist - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - vorliegend auch im Fall des § 101 a Abs. 1 Nr. 1 GWB keine bloße Förmerei. Denn die rechtzeitige Rüge soll der Herstellung schnellstmöglicher Rechtssicherheit dienen. Die Beantwortung der Frage, ob die Rügepflicht eine mit den Geboten von Treu und Glauben unvereinbare Förmerei ist, hängt nicht von der Anwendung eines allgemein gültigen Rechtssatzes, sondern von einer Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalles ab (OLG Koblenz, B. v. 18.09.2003 - Az.: 1 Verg 4/2003; 1. VK Sachsen, B. v. 24.05.2007 - Az.: 1/SVK/029-07). Ein Zweck der Rügepflicht besteht darin zu verhindern, dass Mängel des Vergabeverfahrens, die die Vergabestelle bei unverzüglicher Rüge durch den Bieter selbst hätte korrigieren können, zum Gegenstand eines regelmäßig mit erheblichen Verzögerungen verbundenen Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer gemacht werden (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 18.03.2010, § 107 GWB, 16.4.4.). Die Vergabestelle soll schnellstmöglich Kenntnis von den geltend gemachten Rügen erlangen, diese Rügen prüfen und ihr Verhalten darauf einstellen können, um ggf. ein kostenintensives und langwieriges Nachprüfungsverfahren zu verhindern. Bei

schwerwiegenden durchgreifenden Rügen dürfte auch eine Vertragsbeendigung nicht auszuschließen sein.

Soweit die Antragstellerin angesichts ihrer E-Mail vom 23.03.2010 die Entbehrlichkeit der Rügen hinsichtlich der mangelnden fachlichen Eignung, des Fehlens der Eignungsnachweise, der Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien und des Gleichbehandlungsgrundsatzes damit begründet, dass die Antragsgegnerin zu erkennen gegeben habe, dass sie von vornherein und unumstößlich an ihrer Entscheidung festhalten werde, ist ein sachlicher Zusammenhang nicht erkennbar. Die E-Mail enthielt keine Beanstandungen zu den genannten Punkten, sondern einen Hinweis auf die Informationspflicht. Darüber hinaus reicht es nicht, dass die Vergabestelle sich mit aus ihrer Sicht guten Gründen positioniert und die getroffene Entscheidung im anschließenden Vergabeverfahren verteidigt (Weyand, a.a.O., § 107 GWB, 16.4.4.5.).

Die Antragstellerin hat von den behaupteten Verstößen hinsichtlich der mangelnden fachlichen Eignung der Beigeladenen, des Fehlens der Eignungsnachweise, der Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien und des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht erst im Vergabenachprüfungsverfahren - etwa durch die Gewährung von Akteneinsicht - Kenntnis erlangt. Sie war daher gehalten, die erkannten Vergaberechtsverstöße ohne schuldhaftes Zögern gegenüber der Antragsgegnerin zu rügen. Das Unterlassen der o.g. Rügen war vorliegend nicht gerechtfertigt.

bb) Die Antragstellerin ist auch mit ihren Rügen hinsichtlich des Verstoßes gegen die Informationspflicht nach § 101 a GWB präkludiert.

Gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

Hinsichtlich des Verstoßes gegen die Informationspflicht ergibt sich die Erkennbarkeit der drohenden Rechtsverletzungen aus den Vergabeunterlagen, nämlich aus Nr. 5 der Bewerberbedingungen der Landeshauptstadt Schwerin -BB-L- und aus der Anlage zum Anschreiben der Angebotsaufforderung. Insoweit nimmt der Senat auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug. Die Antragstellerin hat den drohenden Verstoß auch erkannt. Dies ergibt sich hinreichend deutlich aus der E-Mail des Geschäftsführers der Antragstellerin vom 23.03.2010 an die Antragsgegnerin. Die E-Mail enthält, auch wenn sie

den § 101 a GWB nicht ausdrücklich erwähnt, einen Hinweis für die Antragsgegnerin über deren sich aus der genannten Norm ergebende Pflichten. Der drohende Verstoß war für die Antragstellerin somit aus den Vergabeunterlagen ersichtlich und hätte gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber der Antragsgegnerin gerügt werden müssen.

c) Aufgrund der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages hat die Antragstellerin auch mit ihrem hilfsweise gestellten Feststellungsantrag keinen Erfolg. Zwar ist unstreitig, dass die Antragsgegnerin die Informationspflicht nach § 101 a Abs. 1 GWB verletzt hat. Die von der Antragstellerin nach § 97 Abs. 7 GWB begehrte Feststellung, sie sei in ihren Rechten im Vergabeverfahren verletzt worden, setzt jedoch einen zulässigen Nachprüfungsantrag voraus, an dem es vorliegend fehlt.

d) Aufgrund der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages war der Antragstellerin Einsicht in die Akten der Vergabekammer auch im Beschwerdeverfahren nicht zu gewähren. Insoweit wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

III.

1. Die Kosten der sofortigen Beschwerde hat die Antragstellerin zu tragen, §§ 128 Abs. 3 GWB, 97 Abs. 1 ZPO.

2. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird gemäß § 3 ZPO i.V.m. § 50 Abs. 2 GKG auf € 41.951,25 festgesetzt. Dies sind 5% der für den Streitwert maßgeblichen Bruttoauftragssumme von 839.024,97 € nach Zuschlagserteilung. Denn die Antragstellerin begehrt die Feststellung des zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen Vertrages.

Thiele

Prof. Dr. Tonner

Bail