



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 34/20

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

[...]

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Planmäßige Instandhaltung [...]“, EU-ABI. [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Schlüter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Mai 2020 am 28. Mai 2020 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.

### Gründe:

#### I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein Verhandlungsverfahren zur Vergabe „Planmäßige Instandhaltung [...]“ durch (EU-ABl. [...]). Es handelt sich hierbei um ein sog. Pilotverfahren, der ausgeschriebene Vertrag enthält mehrere Regelungen, die erstmals in solchen Instandhaltungsverträgen der Ag verwendet werden (vgl. Ziffer VI.3 der EU-Bekanntmachung).

In Ziffer VI.4.2 der EU-Bekanntmachung hat die Ag unter der Überschrift „Einlegung von Rechtsbehelfen“ den Wortlaut des § 160 Abs. 1 bis 4 GWB zitiert.

Nach dem Teilnahmewettbewerb wurden die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) zur Angebotsabgabe aufgefordert. Unter der Überschrift „Verfahrensgrundsätze“ (S. 6) führte die Ag in der Angebotsaufforderung vom 23. Januar 2020 aus:

„Die vertraglichen Regelungen dieses Vertrages sind (...) nicht verhandelbar.“ (Band 7, Bl. 135 der Vergabeakten).

Im Rahmen der zahlreichen Bieterfragen zum ausgeschriebenen Vertrag lauteten einige der Zuschriften der ASt vom 21. Februar 2020 und die Antworten der Ag darauf vom 3. März 2020 wie folgt (s. Band 7, Bl. 321 ff., 351, 358 ff. der Vergabeakte; die Ausführungen der ASt sind jeweils kursiv gedruckt):

„(...)“

#### **6. Versicherungsschutz**

*In ihrer Ausschreibung fordern sie eine Versicherung als Teil des Angebotspreises und somit als Teil des Wettbewerbsverfahrens.*

*Mit Verweis auf andere öffentliche Ausschreibungsverfahren über Reparaturleistungen an [...] möchten wir unsere Auffassung zu diesem Thema vorsorglich dahingehend konkretisieren, dass wir den „Wettbewerb um Kernleistungen des Vergabefahrens“ kritisch gestört sehen.*

*(...)*

*Die Angebotsposition Versicherungsleistung ist, wie in den o.g. öffentlichen Ausschreibungsverfahren, zu neutralisieren indem die Kosten für die Versicherung nicht in den Preiswettbewerb einbezogen werden.*

*Wie stellt sich [die Ag] im Wettbewerbsfahren verantwortlich zu dieser Problematik?*

Antwort: Die Vorgaben zur Reparaturhaftpflichtversicherung sind mit dem Vergaberecht vereinbar. (...) Eine Wettbewerbsverzerrung aufgrund der Vorgaben zum Versicherungsschutz ist nicht erkennbar. (...) Die Kosten, die von den Bietern eingepreist und [von der Ag] getragen werden, können bei der Angebotswertung nicht unberücksichtigt bleiben.

### **7.1 UANs**

*Wir erfahren von ihren „gesetzten UANs“ sowie auch aus dem Kreis „bestimmender“ UANs eine mögliche Ablehnung zur Angebotsabgabe bzw. Auftragsannahme mit Bezug auf die geforderten vertraglichen Pflichten gem. Ausschreibungsunterlagen.*

*(...)*

*Auch lehnen die gesetzten UANs eine Diskussion über vertragliche Ergänzungen /Anpassungen zur Gewährleistung einer auskömmlichen vertraglichen Konformität mit dem für alle Bieter überraschenden neuen Vertragswerk zu diesem (Pilot-) Projekt ab.*

*Aus dieser Situation ergibt sich nach unserer Auffassung eine unzulässige Vertragssituation. Sprich: HAN im Risiko „Geschäfte zu Lasten Dritter“.*

*In Konsequenz dieser Situation ist es unabdingbar, dass [die Ag] selbst die Arbeitspakete bei seinen gesetzten UANs in konsequenter Direktvergabe in Auftrag gibt und alle Teilnehmer auffordert, lediglich die verbleibenden Werfleistungen zum Ziele eines fairen Wettbewerbs anzubieten.*

*Wie stellt sich [die Ag] im Wettbewerbsverfahren verantwortlich zu dieser Problematik?*

Antwort: Ein Erfordernis in Bezug auf Direktvergaben gegenüber Unterauftragnehmern besteht nicht. Der Hauptauftragnehmer nimmt vielmehr eine Funktion als Generalunternehmer ein, für die er [von der Ag] vergütet wird. Im Übrigen gilt, dass der Hauptauftragnehmer etwaige Risiken, die sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und einem Unterauftragnehmer herleiten, ebenfalls in seinem Angebot einpreisen kann.

### **8. Zeitliche Machbarkeitsprüfung - Wartungstufen / am Beispiel: Rudermaschine**

*Wir bezweifeln die dem Verfahren von Seiten [der Ag] unterstellte zeitliche Machbarkeit und halten eine ordentliche Vergabe ohne belastbare Abklärung - fraglich.*

*Nach unserer Einschätzung sind weder die ausgeschriebenen Arbeiten, noch die hierzu erforderlichen Beistellungen von Materialien und Transporte, in gesamt 3 Monaten von Seiten [der Ag] per Ausschreibung und Vertrag zu erwarten.*

*(...)*

*Wie stellt sich [die Ag] im Wettbewerbsfahren verantwortlich zu dieser Problematik?*

Antwort: Verzüge im Projektablauf, die durch den Auftraggeber oder durch dem Auftraggeber zuzurechnende Umstände entstehen, verlängern den vertraglichen Zeitrahmen des Auftragnehmers, sofern dies für ihn erforderlich ist und entsprechend gefordert wird.

### **9. Vertrag**

*Der vorgesehene neue Vertrag erscheint hinsichtlich der beabsichtigten Reparaturbeauftragung von [...] überraschend - befremdlich.*

*(...)*

*Die über den Vertrag provozierte Risikoexponierung des HAN erscheint - fragwürdig. Wir werden in einer separaten Bieterfrage detaillierte Fragen zum Vertrag stellen.*

*(...)*

*Wie stellt sich [die Ag] im Wettbewerbsfahren verantwortlich zu dieser Problematik?*

Antwort: Das monierte Regelwerk bzw. beschriebene Verfahren ist [von der Ag] gewünscht. Die gewünschte Abhilfe erfolgt nicht.

(...)

#### **14.1 § 1 Auftragnehmer Leistung Ziffer 2**

*Es ist nicht korrekt, dass an einen HAN die Bürde der Wiederherstellung einer „uneingeschränkten Verfügbarkeit“ [...] adressiert wird. (...) Was bedeutet denn z.B. Einsatzreife und uneingeschränkte Verfügbarkeit und wie sind diese Forderungen zu erfüllen/nachzuweisen?*

Antwort: „Einsatzreife und uneingeschränkte Verfügbarkeit“ bedeutet in dem o.g. Zusammenhang, dass die vertraglich geschuldeten Leistungen vollumfänglich und ordnungsgemäß erbracht werden. Der Nachweis hierüber ist Gegenstand der Abnahme.

(...)

#### **14.3 § 1c Pos 15**

*Zunächst hat [die Ag] die Pflicht solche Arbeiten bei dem AN ordentlich anzumelden. Erst bei Übernahme einer Koordinierungsbereitschaft durch den AN kann eine Ausführung am Standort überhaupt erwartet werden.*

*Aber offene Fragen die der vertraglichen Klärung bedürfen:*

*Haftung, Vertragsstrafe wegen zeitlicher Verzögerungen, Durchgriffsrecht des HAN bei Verstößen der Standortordnung und Arbeitssicherheit?, Verantwortung bezüglich der Pflichten aus § 12 des vorliegenden Vertrages [bei der Ag]?*

Antwort: Die Regelungen betreffend die Haftung oder Vertragsstrafen wegen zeitlicher Verzögerungen. Von durch [die Ag] direkt beauftragte Firmen verursachte Verzögerungen sind Gegenstand des Vertragsverhältnisses zwischen diesen beiden Parteien. Die dortigen Regelungen betreffen nicht den Hauptauftragnehmer und sind für diesen nicht von Belang. Der Hauptauftragnehmer hat das Hausrecht inne. Im Rahmen seiner Ausübung regelt der Hauptauftragnehmer Fragen zum Standort oder der Arbeitssicherheit.

Die in § 12 aufgeführten Pflichten betreffen das Vertragsverhältnis zwischen Hauptauftragnehmer und Unterauftragnehmer.

(...)

#### **14.5 § 2 Abs 3**

*Durchsetzungsmöglichkeiten des AN gegenüber direkt beauftragter Firmen?*

Antwort: Das Hausrecht liegt beim Auftragnehmer. Im Rahmen der Ausübung dieses Rechts stehen dem Auftragnehmer Durchsetzungsmöglichkeiten gegenüber direkt beauftragten Firmen zu.

*Wie soll denn eine gegenseitige Gefährdung jederzeit vermieden werden wenn parallel am Objekt gearbeitet werden soll?*

Antwort: Es sind die gesetzlichen Vorgaben zum Arbeitsschutz etc. einzuhalten.

(...)

*Wie wird durch [die Ag] gewährleistet, dass z.B. das Hausrecht sowie Hausordnung am Standort durch alle Parteien respektiert und eingehalten werden?*

Antwort: Das Hausrecht liegt beim Auftragnehmer. Im Rahmen der Durchsetzung des Hausrechtes sind Fragen wie beispielsweise nach dem Standort durchzusetzen.

*Wer sorgt sich um QS / GüSi für direkt beauftragte Leistungen und Abgrenzung gegenüber Werfleistungen und -Verantwortlichkeiten?*

Antwort: Die Pflichten einer direkt beauftragten Firma betreffend QS/GüSi sind im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen [der Ag] und direkt beauftragter Firma festgelegt. Die Abgrenzung gegenüber Werfleistungen und -Verantwortlichkeiten wird durch den Instandsetzungsbeauftragten geregelt.

(...)

#### **14.9 § 7 Abs 4**

*Kann in dieser absoluten Form nicht durch den HAN erfüllt werden.*

*Gesetzte UANs sowie bestimmende UANs lehnen die Forderungen [der Ag] rundweg ab. Offensichtlich gibt es zwischen [der Ag] und einigen UANs andere Vertragsverhältnisse (Rahmenverträge?) die es dem HAN unmöglich machen die Pflichten durchzusetzen.*

Antwort: Die Regelung stellt keine Neuerung gegenüber vorherigen Vorhaben dar. Das monierte Verfahren ist so [von der Ag] gewünscht. Etwaige Risiken, die sich aufgrund der Ablehnung von Unterauftragnehmern hinsichtlich der Akzeptanz von Vorgaben ergeben, kann der Hauptauftragnehmer einpreisen. Mögliche Rahmenverträge zwischen [der Ag] und Unterauftragnehmern sind für den Hauptauftragnehmer nicht von Relevanz.

(...)

#### **14.13 § 19**

(...)

*Die unter Ziffer (c) genannte Prozentuale Vertragsstrafe ist auf Industriestandard in Höhe von 5% zu beschränken.*

Antwort: Die monierten Regelungen sind [von der Ag] gewünscht und nicht verhandelbar.“

Im Anschluss hieran verlängerte die Ag die Angebotsfrist auf den 12. März 2020, 13 Uhr. Am 8. März 2020 wandte sich die ASt ein weiteres Mal an die Ag. Ihre E-Mail und die Antworten der Ag vom 9. März 2020 hierauf lauteten auszugsweise wie folgt (s. Band 7, Bl. 416 ff. der Vergabeakte):

#### **„1. Angebotsabgabe/angemessene Fristsetzung?**

*Auf Seiten [der Ag] wurden mindestens 8 Werktage zur Beantwortung von Bieterfragen benötigt. In Konsequenz verblieben den Bietern effektiv nur noch 5 Werktage zur Angebotserstellung.*

*Nach unserer Auffassung erscheint der gelassene Zeithorizont für Bieter mit Hinweis auf den o.g. Umfang und Komplexität der Bieterfragen nicht angemessen und kann zu schädlichen Verwerfungen im Wettbewerbsverfahren führen.*

*Frage: Warum exponiert [die Ag] durch kurze Fristsetzungen in gleichzeitiger Gegenwart noch bestehender Unsicherheiten [ihr] Verfahren „Pilot Projekt“, wie auch Bieter sowie Nutzer der Einheit, dem Risiko einer ggf .erforderlichen Überprüfung des Vergabeverfahrens?*

Antwort: Wie bei allen Instandsetzungsvorhaben bestehen auch im hiesigen Pilotverfahren zeitliche Zwänge und Begrenzungen, die Verschiebungen im Ablauf des Vorhabens in zeitlicher Hinsicht nicht möglich machen.

Die Vielzahl der Bieterfragen, die kurz vor Ende der Angebotsfrist eingingen, sind durch [die Ag] schnellstmöglich beantwortet worden. Die Fragen nebst Antworten wurden am 04.03.2020 veröffentlicht. Im Übrigen ist anzumerken, dass die Frist zur Angebotsabgabe am 28.02.2020 vom 02.03.2020 auf den 12.03.2020 verlängert wurde. Eine weitere Verlängerung erfolgt aus den bereits bekanntgegebenen Gründen nicht. Auf das Risiko der Überprüfung hat [die Ag] keinen Einfluss.

## **2. Zeitplan / Machbarkeitsstudie?**

*[Die Ag] wurde über Bieterfrage konkret aufgefordert, Machbarkeiten von genannten Reparaturabwicklungen und unter den im Wettbewerb und vorgesehenen Vertrag festgelegten Zeitparametern aufzuzeigen.*

*Hierzu wurden im Besonderen die zeitlichen Machbarkeiten der ausgeschriebenen Reparaturabwicklungen von Wartungsstufen sowie Rudermaschine bezweifelt.*

*[Die Ag] hat in [ihrer] Beantwortung weder den Machbarkeitsnachweis überhaupt angestrengt, noch den Zweifeln widersprochen.*

*(...)*

*Frage: Hat es [die AG] im Rahmen [ihrer] Sorgfaltspflichten in Vorbereitung auch dieses Verfahrens tatsächlich versäumt die zeitliche Machbarkeit zu beurteilen, oder, lehnt [die Ag] es ab zur Konkretisierung und Aufklärung im Rahmen von fristgerecht eingereichten Bieterfragen nachzukommen?*

Antwort: Zur Frage der zeitlichen Machbarkeit hat [die Ag] bereits Stellung genommen. Es wird auf die Veröffentlichung vom 04.03.2020 verwiesen.

Alle Bieterfragen in diesem Verfahren wurden und werden durch [die Ag] schnellstmöglich beantwortet.

*(...)*

## **4. Ausschreibung / Vergabereife?**

*Aus den Bieterfragen ist zu entnehmen, dass sich sehr wohl verschiedene Bieter engagieren und das Pilot Projekt in einem ordentlichen Wettbewerbsrahmen erwarten.*

*Aufwendungen auf Seiten der Bieter sind mit Hinweis auf den erklärungsbedürftigen neuen Vertrag, den neuen Schnittstellen sowie den über Bieterfragen aufgezeigten Schwachstellen überdurchschnittlich.*

*Das zeitliche Machbarkeiten der vertraglichen Abwicklung selbst von Seiten [der Ag] nicht belastbar erläutert werden können ist beispielhaft.*

*Ziel für die Vergabe eines Pilot Projektes sollte eine zweifelfreie Preisvereinbarung über die in Wettbewerb gestellten Kernleistungen zur Reparaturabwicklung sein.*

*Frage: Wir bitten höflichst um Erläuterung warum [die Ag] dem Verfahren „Pilot Projekt“ nicht mehr Zeit zur Verfügung stellt und im Rahmen [ihrer] Verantwortung und Zuständigkeit für eine zweifelsfreie Vergabereife sorgt?*

Antwort: Wie bei allen Instandsetzungsvorhaben bestehen auch im hiesigen Pilotverfahren zeitliche Zwänge und Begrenzungen, die Verschiebungen im Ablauf des Vorhabens in zeitlicher Hinsicht nicht möglich machen.“

Die ASt und die Bg gaben fristgerecht ein Angebot ab. Nach der Wertung der Angebote teilte die Ag der ASt am 27. März 2020 mit, dass sie beabsichtige, die ausgeschriebenen Leistungen an die Bg zu vergeben; das Angebot der ASt sei nicht das wirtschaftlichste. Die ASt rügte hieraufhin am 1. April 2020 über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

- Die Anforderung, die gesamten für die Reparaturhaftpflichtversicherung anfallenden Kosten im Angebotspreis auszuweisen, so dass diese in vollem Umfang in die Wertung einfließen, verzerre den Wettbewerb und verstoße gegen die Kalkulationsfreiheit der Bieter.
- Die Kalkulation sei unzumutbar, weil die Bieter faktisch gezwungen würden, mit bestimmten, aufgrund der ausgeschriebenen Leistungen faktisch gesetzten Unterauftragnehmern zusammenzuarbeiten; zum Teil seien diese Unterauftragnehmer gar nicht bereit, der ASt auf der Grundlage des neuen Vertragsmodells der Ag konkrete Angebote zu machen.
- Die Kalkulation sei der ASt unzumutbar, weil es unmöglich sei, das Projekt bis zum 31. Juli 2020 zu beenden; mangels genauest möglicher Schätzung der Auftragsdauer fehle zudem die Ausschreibungsreife.
- Da die ASt nicht die geforderte „uneingeschränkte Verfügbarkeit“ des verfahrensgegenständlichen [...] bis zum 31. Juli 2020 sicherstellen könne (§ 1 Abs. 2 des Vertrags), sei ihr die Kalkulation ebenfalls unzumutbar.
- Des Weiteren sei der ASt die Kalkulation unzumutbar, weil die Ag die von Fremdfirmen auszuführenden Arbeiten gemäß § 1c Abs. 15 des Vertrags ebenso wie den Sicherheits- und Gesundheitsschutz gemäß § 2 Abs. 3 des Vertrags nur unzureichend koordiniere.
- § 7 Abs. 4 des Vertrags, wonach der Auftragnehmer Maßnahmen der Qualitätssicherung auf Unterauftragnehmer weiterleiten müsse, mache die Kalkulation ebenfalls unzumutbar, da zahlreiche der „gesetzten“ Unterauftragnehmer die Übernahme dieser Qualitätssicherungspflichten gegenüber der ASt bereits abgelehnt hätten.
- Die in § 19 Abs. 1c) des Vertrags vorgesehene Vertragsstrafe sei zu hoch.
- Weil sie die letzten Bieterfragen erst am 9. März 2020 beantwortet habe, hätte die Ag die Verlängerung der Angebotsfrist gegenüber der ASt nicht verweigern dürfen.

Die Ag half den Rügen der ASt nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 9. April 2020 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

a) Zur Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags trägt die ASt zunächst vor, ihre Rüge vom 1. April 2020 sei rechtzeitig erfolgt. In ihren Bieterfragen vom Februar und März 2020 habe die ASt lediglich die Probleme angesprochen, die ihr bei der Angebotserstellung aufgefallen seien. Erst aufgrund der anwaltlichen Beratung am 31. März/1. April 2020 habe sie die hiermit zusammenhängenden Vergaberechtsverstöße (Verzerrung des Wettbewerbs, Verstoß gegen die Kalkulationsfreiheit der Bieter, Unzumutbarkeit der kaufmännisch vernünftigen Kalkulation) erkannt und anschließend gerügt.

In ihrem Schriftsatz vom 29. April 2020 beruft sich die ASt hilfsweise zunächst darauf, dass ihre Bieterfragen vom 21. Februar und vom 8. März 2020 bereits Rügen dargestellt hätten, da sie zwar als höfliche Frage formuliert gewesen seien, aber konkrete vergaberechtliche Beanstandungen enthielten. In ihrem Schriftsatz vom 5. Mai 2020 lässt die ASt diesen Vortrag ausdrücklich fallen, weil es am Beanstandungscharakter konkreter Vergaberechtsverstöße fehle.

Zu der von den übrigen Verfahrensbeteiligten sowie in der mündlichen Verhandlung von der Vergabekammer aufgeworfenen Frage, ob ihre Bieterfragen bereits „Rügen“ i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 GWB gewesen seien und die entsprechenden Antworten der Ag Nichtabhilfemitteilungen i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB, trägt die ASt vor, sie sei es von der Vergabestelle der Ag gewohnt gewesen, dass Probleme im „professionellen Dialog“ mit den Bietern diskutiert werden bis Einvernehmen zwischen Auftraggeber- und Bieterseite herrsche. Leider habe sie nunmehr erkennen müssen, dass diese kooperative Vorgehensweise nicht mehr bestehe. Mangels anwaltlicher Beratung sei der ASt jedenfalls nicht bewusst gewesen, dass die Antworten der Ag auf ihre Fragen Nichtabhilfemitteilungen sein könnten. Zudem setze § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB seinem Wortlaut nach eine „Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen“ voraus, eine solche ausdrückliche Mitteilung habe es seitens der Ag jedoch nicht gegeben.

Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei begründet, weil das von der Ag erstmals so verwendete Vertragsmuster eine Vielzahl von Regelungen enthalte, die die Bieter oder den



Auftragnehmer unangemessen benachteiligten. Die ASt führt im Einzelnen näher aus, warum die durch die gerügten Vertragsbestimmungen aufgebürdeten Kalkulationsrisiken „so schwerwiegend“ seien, dass ihr eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation nicht möglich gewesen sei. Außerdem sei die Angebotsfrist für ein Pilotvorhaben wie dieses nicht angemessen. Zu den konkret beanstandeten vertraglichen Einzelregelungen (§ 1 Abs. 2, § 1c Abs. 15, § 2 Abs. 3, § 7 Abs. 4 des Vertrags) stützt die ASt ihr Vorbringen zusätzlich darauf, dass sie deshalb unzumutbar benachteiligt werde, weil der auf den Auftragnehmer abgewälzte Koordinierungsaufwand hinsichtlich der von der Ag gleichzeitig beauftragten Fremdfirmen erheblich sei. Die in § 19 Abs. 1c des Vertrags vorgesehene Höhe der Vertragsstrafe stelle ebenfalls eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers dar.

Auf den Hinweis der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung, dass angesichts der Tatsache, dass sie ein Angebot abgegeben habe, zweifelhaft sei, ob der ASt eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar gewesen ist, trägt die ASt vor, sie habe gedacht, nur dann einen Nachprüfungsantrag stellen zu können, wenn sie ein Angebot abgegeben habe.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Es wird festgestellt, dass die Ag bei der Ausschreibung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens gegen Vergabevorschriften verstoßen hat und die ASt hierdurch in ihren Rechten verletzt ist.
2. Der Ag wird untersagt, den Zuschlag wie angekündigt auf das Angebot der Bg zu erteilen und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die von der Vergabekammer für erforderlich gehaltenen Maßnahmen zur Beseitigung der Vergaberechtsverstöße zu beachten.
3. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der ASt. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.
4. Akteneinsicht.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

2. Der ASt wird die Akteneinsicht versagt.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil die ASt die Vergaberechtsverstöße nicht bis zum Ablauf der Angebotsabgabefrist gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB gerügt habe. Die Ag führt näher aus, warum sich alle vermeintlichen Vergaberechtsverstöße bereits aus den Vergabeunterlagen ergäben und für die markterfahrene ASt i.S.d. o.g. Vorschrift „erkennbar“ gewesen seien. Die zahlreichen Bieterfragen der ASt bestätigten, dass sie sich bereits in der Angebotsphase intensiv mit den Vergabeunterlagen auseinandergesetzt habe.

Wenn man die Fragen der ASt bereits als Rüge werten würde, wäre der Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB unzulässig, weil die ASt ihren Nachprüfungsantrag nicht innerhalb von 15 Kalendertagen nach Beantwortung der Bieterfragen durch die Ag eingereicht habe. Die Antworten der Ag seien eine Nichtabhilfemitteilung, weil sich hieraus deutlich die abschließende Einschätzung ableiten lasse, dass sie an ihrer Auffassung festhalten und einer etwaigen Aufforderung, die Vergabeunterlagen zu ändern, nicht nachkommen werde.

Darüber hinaus trägt die Ag im Einzelnen vor, warum der Nachprüfungsantrag ebenfalls unbegründet sei.

c) Durch Beschluss vom 15. April 2020 hat die Vergabekammer die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Die Bg beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg wird für notwendig erklärt und der ASt werden die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg auferlegt.
3. Akteneinsicht.

Die Bg meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil sämtliche Rügen der ASt präkludiert seien. Denn auch wenn die Bieterfragen der ASt vom 21. Februar und 8. März 2020 nicht ausdrücklich als Rügen, bezeichnet gewesen seien, lasse sich diesen entnehmen, dass die ASt vermeintliche Rechtsverletzungen beanstanden wollte. Diese Fragen seien daher als Rügen auszulegen. Die Antworten der Ag stellten eine

Nichtabhilfemitteilung i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB dar, da hieraus unmissverständlich deutlich werde, dass die Ag zu einer abschließenden Auffassung gelangt sei. Im Anschluss hieran hätte die ASt binnen 15 Tagen einen Nachprüfungsantrag einreichen müssen.

Selbst wenn die Bieterfragen der ASt nicht bereits „Rügen“ gewesen seien, so machten die Fragen der ASt dennoch deutlich, dass sie die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße bereits im Februar und März 2020 als solche erkannt habe. Innerhalb der 10-Tage-Frist des § 160 Abs. 3 S.1 Nr. 1 GWB sei jedoch keine Rüge der ASt erfolgt.

Hilfsweise trägt die Bg vor, dass die streitgegenständlichen Rügepunkte keine Vergaberechtsverstöße darstellten und die ASt nicht in ihren Rechten verletzt, weil sie trotz der vermeintlichen Unzumutbarkeit der Kalkulation und der zu kurzen Angebotsfrist in der Lage gewesen sei, fristgerecht ein wertbares Angebot einzureichen.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg nach vorheriger Zustimmung der Ag antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 11. Mai 2020 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 11. Mai 2020 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 28. Mai 2020 einschließlich verlängert.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, denn die im Vergabeverfahren gestellten „Fragen“ der ASt sind Rügen i.S.d. § 160 Abs. 3 GWB und bei Einreichung des Nachprüfungsantrags waren mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung der Ag, ihren Rügen nicht abhelfen zu

wollen, vergangen, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB (dazu unter 1.). Doch selbst wenn man der Auffassung der ASt folgt, dass ihre Bieterfragen keine Rügen darstellten, ist ihr Nachprüfungsantrag deshalb unzulässig, weil ihre Rüge am 1. April 2020 nicht rechtzeitig erfolgte, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB (dazu unter 2.). Nicht zu entscheiden ist daher, ob der Vergaberechtsweg hinsichtlich aller von der ASt geltend gemachten Beanstandungen eröffnet ist (dazu unter 3.) und ob die ASt antragsbefugt ist, soweit sie sich auf die Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation und die zu kurze Angebotsfrist beruft (dazu unter 4.).

1. Alles, was die ASt im Nachprüfungsverfahren geltend macht, hat sie bereits am 21. Februar bzw. am 8. März 2020 gerügt (dazu unter a)), die Antworten der Ag hierauf vom 3. bzw. 9. März 2020 sind Nichtabhilfemitteilungen (dazu unter b)). Da die ASt in Reaktion auf diese Nichtabhilfemitteilungen nicht innerhalb von 15 Kalendertagen einen Nachprüfungsantrag eingereicht hat, ist ihr Antrag gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB unzulässig (dazu unter c)).

a) Die von der ASt gegenüber der Ag am 21. Februar und am 8. März 2020 gestellten „Fragen“, stellen bereits „Rügen“ i.S.d. § 160 Abs. 3 GWB dar, auch wenn die ASt dies – zuletzt – anders sieht.

aa) Hierzu ist zunächst Folgendes vorzuschicken:

Für die Frage, ob es sich um Rügen oder um Bieterfragen handelt, kommt es nicht darauf an, wie die ASt selbst ihre Schreiben verstanden wissen wollte oder dass es früher (so die ASt) üblich gewesen sei, mit der Ag offen und kooperativ über etwaige Probleme zu diskutieren, ohne dass dies nachteilige Folgen (z.B. für einen späteren Nachprüfungsantrag) nach sich gezogen haben soll. Ob ein konkretes Bieterverhalten eine Rüge i.S.d. § 160 Abs. 3 GWB darstellt, ist von den Vergabenachprüfungsinstanzen objektiv zu beurteilen und steht nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten. Anderenfalls könnte ein Bieter mit dem Argument, bisher habe er nur Fragen gestellt, aber keine Rüge erhoben, mit einer „echten“ Rüge zuwarten, ob er den Zuschlag erhält oder nicht. Ein solches „Taktieren“ mit einer Rüge ist gesetzgeberisch jedoch nicht gewollt. Denn die Rüge soll dem Auftraggeber frühzeitig Gelegenheit geben, ein vergaberechtswidriges Verhalten zu erkennen und dieses ggf. zu beseitigen, um das Vergabeverfahren möglichst rasch und ohne zeit- und kostenaufwändige Nachprüfungsverfahren zum Abschluss zu bringen (vgl. Begründung zum Entwurf des § 117 GWB-E a.F. [jetzt: § 160 GWB], BT-Drs. 13/9340,

S.17). Abgesehen davon ist im vorliegenden Fall das etwaige Vertrauen der ASt in eine hiervon angeblich bisher abweichende Praxis zwischen ihr und der Ag („professioneller Dialog“) deshalb nicht schützenswert, weil die Ag auf Seite 6 der Angebotsaufforderung ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass jedenfalls die vertraglichen Regelungen, die den Großteil der Fragen/Rügen der ASt ausmachen, „nicht verhandelbar“ seien. Die Ausführungen des Verfahrensbevollmächtigten der ASt, der selbst vorgetragen hatte, die Bieterfragen der ASt seien „Rügen“, aber zuletzt – wohl aufgrund des Vortrags der Bg in der Erkenntnis, dass die ASt dann die 15-Tagefrist i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB versäumt haben könnte – meint, die ASt habe zu diesem Zeitpunkt noch gar nichts beanstanden, sondern lediglich Probleme darstellen wollen, sind mithin ohne Belang.

Der erforderliche Inhalt einer ordnungsgemäßen Rüge, ergibt sich aus deren bereits oben angesprochenen Zweck. Mit einer Rüge bringt ein Bieter zum Ausdruck, dass er eine Vorgehensweise oder ein Verhalten des Auftraggebers beanstanden will. Sie soll dem Auftraggeber frühzeitig Gelegenheit geben, ein möglicherweise vergaberechtswidriges Verhalten zu erkennen und dem abzuhelpen, um die Vergabe rasch zum Abschluss zu bringen und ein zeit- und kostenaufwändiges Nachprüfungsverfahren zu vermeiden oder durch eine Nichtabhilfemitteilung zumindest die frühzeitige Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu bewirken. Eine ordnungsgemäße Rüge setzt daher nicht nur voraus, dass die Tatsachen, auf die die Beanstandung gestützt wird, so konkret wie für die Nachvollziehbarkeit nötig benannt werden, sondern auch, dass aus der Rüge deutlich wird, dass es sich hierbei um einen Vergaberechtsverstoß handelt, dessen Abhilfe begehrt wird (1. VK Bund, Beschluss vom 20. Dezember 2016, VK 1-122/16 m.w.N.). Um das Erheben einer Rüge und damit den Rechtsschutz nicht unangemessen zu erschweren, sind die Anforderungen an deren Inhalt und die Form dabei gering (vgl. nur Dicks in: Ziekow/Völlink, zu § 160 GWB, Rz. 53). Daher braucht der Vergaberechtsverstoß nicht exakt, z.B. durch das Nennen einer bestimmten Rechtsnorm, bezeichnet zu werden. Unschädlich ist es daher auch, wenn der betreffende Bieter (wie hier) in seiner Rüge eine andere Rechtsnorm angibt, die verletzt sein soll, als sein erst später hinzugezogener Rechtsanwalt – ebensowenig kommt es darauf an, ob die von ihm genannte Norm tatsächlich verletzt oder z.B. bereits nicht einschlägig ist. Erforderlich, aber auch ausreichend für eine ordnungsgemäße Rüge ist es vielmehr, dass der Bieter den beanstandeten Sachverhalt nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher

Hinsicht durchdrungen hat, also aufgrund einer Parallelwertung in seiner Laiensphäre etwas nicht nur als für ihn nachteilig empfindet, sondern auch für rechtswidrig hält (vgl. dazu, dass anderenfalls schon gar keine Rügeobliegenheit besteht: nur BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16).

Unerheblich für das Vorliegen einer Rüge ist ebenfalls, dass die Beanstandungen der ASt regelmäßig mit einem Fragezeichen endeten. Auch in einem solchen Fall handelt es sich nicht um reine Fragen, sondern um „Rügen“ i.S.d. § 160 Abs. 3 GWB, wenn sich aus dem Inhalt der „Frage“ insgesamt ergibt, dass es sich nicht nur um eine bloße (Verständnis-)Frage oder um eine reine Äußerung rechtlicher Zweifel handelt, sondern dass das Vorgebrachte als Mitteilung zu verstehen sein soll, dass der Antragsteller die derzeitige Vorgehensweise des Auftraggebers für vergabefehlerhaft hält, verbunden mit der ernstgemeinten Aufforderung an den Auftraggeber, diesen Vergaberechtsverstoß zu beseitigen (1. VK Bund, Beschluss vom 20. Dezember 2016, a.a.O.).

bb) Unter diesen Prämissen hat die ASt sämtliche im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Vergaberechtsverstöße bereits am 21. Februar bzw. am 8. März 2020 gerügt:

- Trotz ihrer Frage am Ende („Wie stellt sich [die Ag] (...) zu dieser Problematik?“) beanstandet die ASt unter Nr. 6 ihrer E-Mail vom 21. Februar 2020 hinsichtlich der Wertung der Reparaturhaftpflichtversicherung einen konkreten Sachverhalt als rechtsfehlerhaft („wir (...) sehen“ „den Wettbewerb um Kernleistungen des Vergabefahrens kritisch gestört“) und verlangt von der Ag, diesen Vergaberechtsverstoß durch sogar konkret vorgeschlagene Maßnahmen zu beseitigen („die Angebotsposition Versicherungsleistung ist (...) zu neutralisieren indem die Kosten für die Versicherung nicht in den Preiswettbewerb einbezogen werden.“).
- Die Probleme, weil die „gesetzten“ Unterauftragnehmer nicht bereit seien, mit ihr zusammenzuarbeiten, hat die ASt ebenfalls bereits am 21. Februar 2020 unter Nr. 7.1 sowie unter Nr. 14.9 ausdrücklich und ernsthaft gerügt und von der Ag

konkrete Abhilfe verlangt: „Wir erfahren von ihren „gesetzten UANs“ (...) eine mögliche Ablehnung zur Angebotsabgabe (...) Auch lehnen die gesetzten UANs eine Diskussion über vertragliche Ergänzungen/Anpassungen (...) ab. (...) In Konsequenz ist es unabdingbar, dass [die Ag] selbst die Arbeitspakete (...) in Auftrag gibt (...).“ Das Verhalten der Ag wurde aus Sicht der ASt auch in rechtlicher Hinsicht beanstandet, indem sie weiter ausführt, es handele sich um „eine unzulässige Vertragssituation“ und „Geschäfte zu Lasten Dritter“. Dass die Beanstandungen der ASt von ihrem Verfahrensbevollmächtigten am 1. April 2020 zusätzlich als „unzumutbare Kalkulation“, also unter einem anderen vergaberechtlichen Aspekt als die ASt am 21. Februar 2020 selbst, eingeordnet wurden, ist für die Frage, ob es sich bereits beim Schreiben der ASt um eine „Rüge“ handelt, unerheblich (s.o.).

- Dass die ausgeschriebenen Leistungen nicht wie gefordert bis zum 31. Juli 2020 fertiggestellt werden können und – hiermit zusammenhängend – bis zu diesem Datum auch nicht die „uneingeschränkte Verfügbarkeit“ i.S.d. § 1 Abs. 2 des Vertrags sichergestellt werden könne, hat die ASt ebenfalls bereits am 21. Februar 2020, spätestens aber am 8. März 2020 gerügt. So deutet sie unter Nr. 8 zwar zunächst noch an, dass die zeitliche Machbarkeit dieses Projekts „fraglich“ sei, stellt jedoch unter Nr. 2 vom 8. März 2020 klar, dass sie hier nicht nur eine reine Frage oder Zweifel an den Zeitvorgaben der Ag geäußert hat, sondern die Ag damals bereits „konkret aufgefordert“ worden sei, „Machbarkeiten von genannten Reparaturabwicklungen und unter den im Wettbewerb und vorgesehenen Vertrag festgelegten Zeitparametern aufzuzeigen“. Der Vorwurf gegenüber der Ag, also deren aus Sicht der ASt fehlerhaftes Verhalten, besteht hier darin, dass die Ag in ihrer „Beantwortung weder den Machbarkeitsnachweis überhaupt angestrengt, noch den Zweifeln widersprochen“ habe. Dass die ASt das Verhalten der Ag für rechtlich verboten hält, ist ihrer Formulierung zu entnehmen: „Es ist nicht korrekt, dass an einen HAN die Bürde der Wiederherstellung einer „uneingeschränkten Verfügbarkeit“ [...] adressiert wird“ (so die ASt unter Nr. 14.1 am 21. Februar 2020 zum selben Thema). Vor diesem Hintergrund sind die Fragen der ASt am Ende ihrer Ausführungen unter Nr. 2 und Nr. 4 vom 8. März 2020 rein rhetorisch zu verstehen: „Hat es [die AG] im Rahmen [ihrer] Sorgfaltspflichten in Vorbereitung auch dieses Verfahrens tatsächlich versäumt die zeitliche Machbarkeit zu beurteilen (...)?“ bzw. „Wir bitten höflichst um Erläuterung warum [die Ag] dem Verfahren „Pilot Projekt“

nicht mehr Zeit zur Verfügung stellt und im Rahmen [ihrer] Verantwortung und Zuständigkeit für eine zweifelsfreie Vergabereife sorgt?“

- Hinsichtlich der durch den Auftragnehmer vorzunehmenden Koordinierung von Fremdfirmen hat die ASt mehrere vertragliche Regelungen beanstandet (§ 1c Abs. 15, § 2 Abs. 3 des Vertrags). Alle Aspekte, die Gegenstand ihres Nachprüfungsantrags sind, hat sie bereits am 21. Februar 2020 gerügt. Der Form nach handelt es sich weitestgehend um Fragen (s. unter Nr. 14.3: „Haftung, Vertragsstrafe wegen zeitlicher Verzögerungen, Durchgriffsrecht des HAN bei Verstößen der Standortordnung und Arbeitssicherheit?“ bzw. Nr. 14.5: „Durchsetzungsmöglichkeiten des AN (...)“, „Wie soll denn eine gegenseitige Gefährdung jederzeit vermieden werden (...)“, „Wer sorgt sich um QS/GüSi (...)?“). Jedoch wird aus dem Gesamtkontext dieser „Fragen“, deutlich, dass die ASt davon ausgeht, dass der Auftragnehmer die vorgesehenen Pflichten nicht wird erfüllen können und dazu auch nicht verpflichtet werden dürfe, so dass die Ag von diesen Vorgaben Abstand nehmen müsse. Denn bereits einleitend zur „Generalklausel“, mit der dem Auftragnehmer solche Koordinierungspflichten auferlegt werden, § 1c Abs. 15 des Vertrags, führt die ASt aus: „Zunächst hat [die Ag] die Pflicht solche Arbeiten bei dem AN ordentlich anzumelden. Erst bei Übernahme einer Koordinierungsbereitschaft durch den AN kann eine Ausführung am Standort überhaupt erwartet werden.“ (s. die Ausführungen der ASt unter Nr. 14.3 vom 21. Februar 2020). Nicht zuletzt damit bringt die ASt eine eindeutige Erwartungshaltung gegenüber der Ag zum Ausdruck, wie letztere zu verfahren habe.
- Zu der in § 7 Abs. 4 des Vertrags vorgesehenen Weiterleitung von Qualitätsmanagementverpflichtungen an ihre Unterauftragnehmer hat die ASt am 21. Februar 2020 unter Nr. 14.9 ihrer E-Mail angemerkt: „Kann in dieser absoluten Form nicht durch den HAN erfüllt werden.“ Dass es sich um eine ausdrückliche Ablehnung einer vertraglich vorgesehenen Leistung und damit um eine „Rüge“ handelt, bedarf keiner weiteren Erläuterung.
- Ebenso eindeutig als Rüge zu verstehen sind die Ausführungen der ASt unter Nr. 14.13 am 21. Februar 2020 zur in § 19 Abs. 1 lit. c) des Vertrags vorgesehene



Vertragsstrafe i.H.v. 8%: „Die unter Ziffer (c) genannte Prozentuale Vertragsstrafe ist auf Industriestandard in Höhe von 5% zu beschränken.“

- Dass sie die von der Ag verweigerte weitere Verlängerung der Angebotsfrist tatsächlich und rechtlich für falsch hält und von der Ag Abhilfe begehrt, ergibt sich aus den Ausführungen der ASt am 8. März 2020 unter Nr. 1: „Nach unserer Auffassung erscheint der gelassene Zeithorizont für Bieter mit Hinweis auf den o.g. Umfang und Komplexität der Bieterfragen nicht angemessen und kann zu schädlichen Verwerfungen im Wettbewerbsverfahren führen.“ Die anschließende Frage ist wiederum offensichtlich nur rhetorisch zu verstehen: „Warum exponiert [die Ag] durch kurze Fristsetzungen in gleichzeitiger Gegenwart noch bestehender Unsicherheiten [ihr] Verfahren „Pilot Projekt“, wie auch Bieter sowie Nutzer der Einheit, dem Risiko einer ggf. erforderlichen Überprüfung des Vergabeverfahrens?“. Der rhetorische Charakter wird hier schon aus der konkreten Androhung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens deutlich.

- b) Bei den Antworten, die die Ag auf die Ausführungen der ASt vom 21. Februar und vom 8. März gegeben hat, handelt es sich um Nichtabhilfemitteilungen i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB.

Der Wortlaut des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gibt keine besonderen Anforderungen an Form und Inhalt einer Nichtabhilfemitteilung vor. Im Anschluss an den o.g. Zweck einer Rüge, den öffentlichen Auftraggeber auf etwaige Vergabefehler hinzuweisen und ihm so Gelegenheit zu geben, diese Fehler frühzeitig zu beseitigen, liegt eine Nichtabhilfemitteilung dann vor, wenn die Vergabestelle in ihrer Antwort auf eine Rüge eindeutig zum Ausdruck bringt, dass sie die Rüge als unzutreffend abtut und ihr endgültig nicht abhilft (vgl. Begründung zum Entwurf des § 107 Abs. 3 GWB-E a.F. [jetzt: § 160 Abs. 3 GWB], BT-Drs. 16/10117, S. 22 zu Nr. 13; OLG München, Beschluss vom 21. April 2017, Verg 2/17; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 8. Januar 2010, 15 Verg 1/10). Es kommt mithin darauf an, dass ein Auftraggeber auf die Rüge überhaupt reagiert und dass sich seiner Reaktion entnehmen lässt, dass er die Rüge nicht zum Anlass nimmt, den beanstandeten Sachverhalt einer Korrektur zu unterziehen. Insoweit reicht es aus, wenn ein Auftraggeber zu einzelnen Rügen konkret Stellung nimmt und mit seiner Stellungnahme keine Änderungen der Vergabeunterlagen in Aussicht stellt. Denn bereits dann ist einem Bieter unmissverständlich klar, dass er sein Angebot auf unveränderter Grundlage abzugeben

hat, weil der Auftraggeber seinen Beanstandungen trotz ausdrücklicher Würdigung nicht nachgekommen ist. So ist die ASt im Übrigen auch hier verfahren, indem sie ihr Angebot vorbehaltlos und rechtlich bindend auf die seitens der Ag unveränderten Vergabeunterlagen abgegeben hat. Zu den erhobenen Rügen der ASt im Einzelnen:

- Zur Wertbarkeit der Reparaturhaftpflichtversicherung hat die Ag am 3. März 2020 ausgeführt: „Die Vorgaben zur Reparaturhaftpflichtversicherung sind mit dem Vergaberecht vereinbar. (...) Eine Wettbewerbsverzerrung aufgrund der Vorgaben zum Versicherungsschutz ist nicht erkennbar. (...) Die Kosten, die von den Bietern eingepreist und [von der Ag] getragen werden, können bei der Angebotswertung nicht unberücksichtigt bleiben.“ (s. die Ag zu Nr. 6). Damit verdeutlicht die Ag, dass sie der Auffassung der ASt nicht folgt und der Rüge nicht abhelfen wird.
- Dass sie an den ausgeschriebenen Vorgaben zum verbindlichen Einsatz bestimmter („gesetzter“) Unterauftragnehmer durch den Auftragnehmer trotz der damit zusammenhängenden und gerügten Schwierigkeiten der ASt endgültig zu Lasten des späteren Hauptauftragnehmers festhalten wird, ergibt sich aus den Antworten der Ag zu Nr. 7.1 und Nr. 14.9 vom 3. März 2020: „Ein Erfordernis in Bezug auf Direktvergaben gegenüber Unterauftragnehmern besteht nicht.“ und „das monierte Verfahren ist so [von der Ag] gewünscht. Etwaige Risiken, die sich aufgrund der Ablehnung von Unterauftragnehmern hinsichtlich der Akzeptanz von Vorgaben ergeben, kann der Hauptauftragnehmer einpreisen.“
- Auf die Rüge der ASt, dass die Fertigstellung des Projekts sowie die geforderte Sicherstellung der uneingeschränkten Verfügbarkeit des Instandzusetzenden [...] bis zum 31. Juli 2020 nicht möglich sei, hat die Ag ebenfalls nicht mit einer Änderung der im Vertrag vorgesehenen Fristen oder Pflichten reagiert, sondern bereits am 3. März 2020 (unter Nr. 8) dargelegt, warum sie die bisherigen Vorgaben für ausreichend hält: „Verzüge im Projektablauf, die durch den Auftraggeber oder durch dem Auftraggeber zuzurechnende Umstände entstehen, verlängern den vertraglichen Zeitrahmen des Auftragnehmers, sofern dies für ihn erforderlich ist und entsprechend gefordert wird.“ Am 8. März 2020 hat die Ag (unter Nr. 2 und 4) die Endgültigkeit ihrer – von der der ASt abweichenden – Einschätzung noch einmal bekräftigt: „Zur Frage der zeitlichen Machbarkeit hat [die Ag] bereits Stellung genommen. Es wird auf die Veröffentlichung vom 04.03.2020 verwiesen.“ bzw. „Wie

bei allen Instandsetzungsvorhaben bestehen auch im hiesigen Pilotverfahren zeitliche Zwänge und Begrenzungen, die Verschiebungen im Ablauf des Vorhabens in zeitlicher Hinsicht nicht möglich machen.“. Hierdurch hat die Ag unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, an dem von ihr vorgegebenen Fertigstellungszeitpunkt festhalten zu wollen.

- Die Rüge der ASt, dass die Koordinierung von Fremdfirmen entgegen § 1 Abs. 2, § 1c Abs. 15 des Vertrags u.a. hinsichtlich des Gesundheitsschutzes nicht dem Auftragnehmer überlassen werden dürfe, hat die Ag am 3. März 2020 (unter Nr. 14.3 und 14.5) abschlägig im Sinne einer Nichtabhilfemitteilung beschieden: „Von durch [die Ag] direkt beauftragte Firmen verursachte Verzögerungen sind Gegenstand des Vertragsverhältnisses zwischen diesen beiden Parteien. Die dortigen Regelungen betreffen nicht den Hauptauftragnehmer und sind für diesen nicht von Belang. (...) Der Hauptauftragnehmer hat das Hausrecht inne. Im Rahmen seiner Ausübung regelt der Hauptauftragnehmer Fragen zum Standort oder der Arbeitssicherheit.“ bzw. „Die Pflichten einer direkt beauftragten Firma betreffend QS/GüSi sind im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen [der Ag] und direkt beauftragter Firma festgelegt.“ Diesen Antworten ist unzweifelhaft zu entnehmen, dass die Ag die Vergabeunterlagen in den beanstandeten Punkten nicht ändern wird.
- Dass sie entgegen der Auffassung der ASt an der Regelung des § 7 Abs. 4 des Vertrags über die Weitergabe von Maßnahmen zur Qualitätssicherung an Unterauftragnehmer festhalten wird, ergibt sich aus der Antwort zu 14.9 des Ag vom 3. März 2020: „Das monierte Verfahren ist so [von der Ag] gewünscht.“.
- Ebenso eindeutig zeigt die Ag ihre Auffassung, der Rüge der ASt wegen der Höhe der Vertragsstrafe nicht abhelfen zu wollen: „Die monierten Regelungen sind [von der Ag] gewünscht und nicht verhandelbar.“ (s. Antwort der Ag zu Nr. 14.13 vom 3. März 2020).
- Dasselbe gilt für die endgültige Ablehnung einer weiteren Verlängerung der Angebotsfrist durch die Ag: „Wie bei allen Instandsetzungsvorhaben bestehen auch im hiesigen Pilotverfahren zeitliche Zwänge und Begrenzungen, die Verschiebungen im Ablauf des Vorhabens in zeitlicher Hinsicht nicht möglich

machen. (...) Eine weitere Verlängerung erfolgt aus den bereits bekanntgegebenen Gründen nicht.“

Die von der ASt in der mündlichen Verhandlung vertretene Auffassung, ihr sei nicht bewusst gewesen, dass es sich bei den Antworten der Ag auf ihre „Fragen“ um Nichtabhilfemitteilungen i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gehandelt habe, ändert nichts an diesem Befund. Dass ein Auftraggeber eine „Nichtabhilfemitteilung“ ausdrücklich als solche bezeichnet, verlangt § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB nicht und scheint auch in diesem konkreten Fall angesichts der Eindeutigkeit der Antworten der Ag nicht geboten. In einigen ihrer Antworten hat die Ag sogar die Formulierung verwendet, dass die gewünschte „Abhilfe“ nicht erfolge (so z.B. in der Antwort auf die Rüge der ASt zu den vertraglichen Regelungen im Allgemeinen am 3. März 2020 zu Nr. 9, vgl. auch die Antworten vom 3. März 2020 zu Nr. 2.9, 2.12, 2.13, 2.14, 4.1, 4.2, 4.5, 4.6), so dass die Vorgehensweise der Ag selbst aus Sicht der ASt eindeutig genug gewesen wäre. Doch unabhängig hiervon, kommt es für den Lauf der 15-Tage-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB nicht darauf an, ob dem betreffenden Bieter bzw. künftigen Antragsteller eines Nachprüfungsantrags bewusst ist, dass er eine Nichtabhilfemitteilung erhalten hat und diese die Rechtsfolge nach sich zieht, dass ein Nachprüfungsantrag unzulässig ist, wenn er nicht innerhalb von 15 Kalendertagen nach der Nichtabhilfemitteilung eingereicht wird. Wie stets bei Normen, deren Tatbestandserfüllung bestimmte Rechtsfolgen auslösen, ist der Eintritt dieser Rechtsfolgen unabhängig davon, ob dem Betroffenen dies auch konkret bewusst ist. Etwas anderes gilt bei Normen, die schuldhaftes oder sonst individuell vorwerfbares Verhalten voraussetzen. Um so eine Norm handelt es sich jedoch bei § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB offensichtlich nicht, sondern um eine Rechtsbehelfsfrist (vgl. Dicks in: Ziekow/Völlink, zu § 160 GWB, Rz. 57 m.z.N.). Der Beginn solcher Fristen setzt nicht die individuelle Kenntnis des Betroffenen voraus, sondern eine entsprechende Rechtsbehelfsbelehrung. Ist diese erfolgt, läuft die Frist und mit ihrem Ablauf treten die entsprechenden Rechtsfolgen ein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Dezember 2009, VII-Verg 37/09). So verhält es sich auch hier: In Ziffer VI.4.2 der EU-Bekanntmachung wurden die Bieter u.a. auf § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB und die damit verbundenen Rechtsfolgen hingewiesen, so dass es nicht darauf ankommt, dass die ASt sich dessen nicht bewusst war. Mehr als eine solche Belehrung sieht das Vergaberecht zum Schutz potentieller Antragsteller nicht vor. Dies ist nicht ungewöhnlich, sondern gilt so auch in anderen Rechtsgebieten (vgl. nur § 58 VwGO). Soweit die ASt mehr Verständnis für ihre angebliche Unkenntnis der Rechtslage im Anschluss an die Antworten der Ag einfordert, übersieht sie, dass Rechtsbehelfsfristen wie § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB

nicht nur dem Schutz des Antragstellers dienen, der nach der Nichtabhilfemitteilung des öffentlichen Auftraggebers 15 Kalendertage Zeit hat, über weitere Schritte zu entscheiden. Vielmehr dient diese Frist auch dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers, im Anschluss an seine Nichtabhilfemitteilung möglichst schnell Rechtssicherheit zu erhalten, ob das rügende Unternehmen weitere rechtliche Schritte in Gestalt eines Nachprüfungsverfahrens einleitet. Im Ergebnis wird somit gleichermaßen eine möglichst zügige Beendigung der Vergabe – nicht zuletzt auch im Interesse der übrigen an der Ausschreibung beteiligten Unternehmen und der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung – gewährleistet. Abgesehen davon verhält es sich diesbezüglich genauso wie bei der Frage, ob es sich bei einer vermeintlichen Bieterfrage um eine Rüge handelt: Die Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Nachprüfungsantrags ist von den Vergabenachprüfungsinstanzen objektiv zu beurteilen und steht nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten (s. hierzu bereits oben unter 1a)aa)). Auch sonst ist das Vertrauen der ASt in die Fortführung des bisher angeblich praktizierten „professionellen Dialogs“ mit der Ag hier nicht schützenswert (s.o. unter 1a)aa)).

2. Selbst wenn man dem – im Nachprüfungsverfahren so korrigierten – Vortrag der ASt folgt, dass ihre „Bieterfragen“ keine Rügen i.S.d. § 160 Abs. 3 GWB gewesen seien, sondern reine Fragen, wäre ihr Nachprüfungsantrag unzulässig, weil ihre Rüge vom 1. April 2020 gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB verspätet erfolgte. Denn die (unterstellt:) Fragen der ASt vom 21. Februar und 8. März 2020 zeigen jedenfalls, dass die ASt die im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Aspekte sowohl in tatsächlicher wie auch rechtlicher Hinsicht durchdrungen hat. Sie kannte die beanstandeten Sachverhalte und für sie war jedenfalls erkennbar, dass es sich hierbei um Vergaberechtsverstöße handelt. Die ASt hätte daher die bisher nur als (unterstellt:) Fragen aufgeworfenen Themen gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 12. März 2020, 13 Uhr (und nicht erst am 1. April 2020) rügen müssen.
3. Soweit die ASt ihre Beanstandungen nach Mandatierung ihrer Verfahrensbevollmächtigten so verstanden haben will, dass sie die verfahrensgegenständlichen Vertragsregelungen deshalb für unzumutbar hält, weil diese dem späteren Auftragnehmer im Verhältnis zum Auftraggeber zu hohe Risiken oder zu hohen Koordinierungsaufwand aufbürden, ist fraglich, ob die Vergabekammer überhaupt für die Entscheidung darüber zuständig ist. Denn außerhalb des Vergabeverfahrens liegende Rechtsverstöße, die den Antragsteller nicht in seiner Rolle als Bieter zwischen Erstellung des Angebots und Zuschlag betreffen, sind grundsätzlich keine

„Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ i.S.d. § 156 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 6 GWB, die vor der Vergabekammer geltend gemacht werden können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, VII-Verg 59/17 und vom 6. September 2017, VII-Verg 9/17). Dies kann aber letztlich dahingestellt bleiben, da auch insoweit die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB versäumt wurde. Denn bei der Unzumutbarkeit vertraglicher Regelungen (und hier insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Angebotskalkulation) handelt es sich nur um einen weiteren rechtlichen Aspekt von bereits gerügten und nicht abgeholten Vergabeverstößen (dazu, dass es nicht der genauen Bezeichnung konkreter Rechtsnormen bedarf, siehe bereits oben unter 1.a) aa)).

4. Doch auch soweit das Vorbringen der ASt gegen einzelne vertragliche Regelungen unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit der kaufmännisch vernünftigen Angebotskalkulation materiell beurteilt werden könnte (wofür die Vergabekammer zuständig wäre, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017, a.a.O.), bestehen erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags wegen der Antragsbefugnis der ASt i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Der Vortrag der ASt, sie sei in ihren Rechten verletzt, weil ihr eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar gewesen sein soll, erscheint nicht schlüssig. Was nach früherem Vergaberecht als „ungewöhnliches Wagnis“ geltend gemacht werden konnte, kann jetzt nämlich nur noch unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation geltend gemacht werden (std. Rspr. seit OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11). Dass die hohen Hürden, die die Rechtsprechung für das Vorliegen einer solchen Unzumutbarkeit aufgestellt hat, überschritten sind, wenn ein Bieter dennoch ein Angebot abgegeben hat, erscheint zweifelhaft. Ein vernünftiger Kaufmann dürfte, wenn die Kalkulation eines Angebots tatsächlich so schwierig und problembehaftet ist, dass sie im schon gar nicht zuzumuten ist, eher von der Angebotsabgabe absehen – allein schon, weil sonst die „Gefahr“ besteht, dass sein Angebot bezuschlagt und er an seiner unzumutbaren Kalkulation festgehalten wird. Hier indes hat die ASt offensichtlich ein rechtlich bindendes Angebot kalkulieren können.

Dasselbe gilt für Angebotsfrist: Dass die ASt fristgerecht ein wertbares Angebot abgegeben hat, indiziert, dass die Angebotsfrist vielleicht knapp, aber nicht in rechtlich zu beanstandender Weise zu kurz gewesen ist.

Beides braucht indes hier nicht entschieden zu werden, da der Nachprüfungsantrag auch hinsichtlich dieser angeblichen Rechtsverstöße der Ag bereits aus anderen Gründen unzulässig ist (s.o. unter 1., 2.).

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Weil sich die Bg aktiv durch die Stellung von Anträgen und deren Begründung am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat, entspricht es der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Bg war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren nicht einfach gelagerte und umfangreiche Rechtsfragen zur Rügeobliegenheit im Nachprüfungsverfahren aufgeworfen hat. Die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten erscheint daher sachgerecht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Da auch die ASt anwaltlich vertreten war, war die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Bg darüber hinaus zur Herstellung der „Waffengleichheit“ erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2019, VII-Verg 55/18).

### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer 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 unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Dr. Dittmann