



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 103/17

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 1) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 2) -

wegen der Vergabe „[...] Repleistungen für [...]“, EU- Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die  
1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt

Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Klisa auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 2017 am 16. Oktober 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 1).
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 1) war notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im April 2017 im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb die Vergabe „[...] Repleistungen für [...]“ in 18 Losen europaweit aus. In der Auftragsbekanntmachung war zu jedem Los jeweils unter Ziffer II.2.6) als geschätzter Wert ein Euro-Betrag (ohne MwSt.) angegeben.

Der streitgegenständlichen Ausschreibung ging ein Vergabeverfahren zum selben Beschaffungsgegenstand voraus. Dort war der Beschaffungsgegenstand lediglich in sieben Lose unterteilt. Es wurde ebenfalls ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb durchgeführt, in dem die Bietergemeinschaft der Antragstellerin (ASt) zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde und Angebote für die Lose 1 bis 6 abgab, mit denen sie preislich an erster Stelle lag. Das Vergabeverfahren wurde jedoch von der Ag nach Erhalt der Angebote aufgehoben. Hintergrund war, dass die Ag den Bietern zuvor eine E-Mail mit den Informationen zum nachfolgenden Verfahrensablauf übersandt hatte, aus deren Dateianhang auch – wie sie angibt, versehentlich – alle Einzelpreise der Bieter ersichtlich waren. Die Ag bat die Bieter, die E-Mail mit den vertraulichen Angaben sowie eventuellen Kopien umgehend zu vernichten und ihr gegenüber die Vernichtung zu bestätigen und zu versichern, von den erlangten vertraulichen Informationen keinen Gebrauch zu machen.

Unter Ziffer IV.1.6) der Auftragsbekanntmachung des hier streitgegenständlichen Vergabeverfahrens wurde unter der Überschrift „Angaben zur elektronischen Auktion“ Folgendes angegeben:

*„Eine elektronische Auktion wird durchgeführt.*

*Zusätzliche Angaben zur elektronischen Auktion:*

*Siehe Anlage Besondere Bewerbungsbedingungen/Ankündigung einer strukturierten/virtuellen Verhandlung im Vergabeportal des Auftraggebers im Bieterassistenten zu [...] Punkt 3 Anlagen.“*

In der den Vergabeunterlagen beigefügten Anlage „Besondere Bewerbungsbedingungen/Ankündigung einer strukturierten/virtuellen Verhandlung“ heißt unter anderem:

*„Der Auftraggeber behält sich vor, das Verhandlungsverfahren in Form eines strukturierten bzw. virtuellen Verhandlungsverfahrens durchzuführen. [...]“*

Des Weiteren enthielt die Anlage im Wesentlichen abstrakte und allgemeine Ankündigungen zum Verhandlungsablauf, wobei die Ag sich Abweichungen vorbehielt. Zum Ablauf der elektronischen Auktion enthielt die Anlage keine Angaben.

Für alle Lose war dasselbe Leistungsverzeichnis (als Excel-Datei) vorgesehen, in dem zu den verschiedenen zu beschaffenden Einzelleistungen Einzelpreise einzutragen waren. Zugleich waren für die meisten Einzelpositionen Gewichtungen vorgesehen, aus denen sich gewichtete Einzelpreise ergaben, die dann wiederum zu einem gewichteten Gesamtpreis addiert wurden. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Die ASt bewarb sich zusammen mit weiteren verbundenen Unternehmen als Bietergemeinschaft für die Teilnahme am hier streitgegenständlichen Vergabeverfahren; die ASt ist dabei das vertretungsberechtigte Mitglied der Bietergemeinschaft. Die Bietergemeinschaft der ASt wurde nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs ebenso wie die Beigeladenen (Bg) zu 1) und zu 2) von der Ag zur Angebotsabgabe aufgefordert. Sowohl die Bietergemeinschaft der ASt als auch die Bg zu 1) und zu 2) gaben jeweils Angebote für verschiedene Lose innerhalb der am 3. Juli 2017 endenden Angebotsfrist ab, die Bietergemeinschaft der ASt für die Lose 1 und 6 bis 14.

Dem Angebot der Bietergemeinschaft der ASt lag – in dem verschlossenen Angebotsumschlag – ein Schreiben der ASt vom 3. Juli 2017 bei. In dem Schreiben, in dessen Betreff es unter

anderem heißt „Hier: Verständnisfragen zum Vergabevorgang“, führt die ASt unter anderem Folgendes aus:

„[...]

*Unsere Teilnahme als Bieter an diesem aktuellen Vergabevorgang ist jedoch begleitet von Verständnisfragen, die sich aus der zeitlichen Abfolge und der Art und Weise des Scheiterns der kurz zuvor erfolgten Ausschreibung derselben Dienstleistungen ergeben haben.*

*So haben wir Zweifel, wie eine faire Zuschlagsentscheidung gefällt werden kann, wenn es kombinierte Artikeldienstleistungen gibt, bei denen der eine Teil gravierende und der andere Teil eine unbedeutende Preis-Gewichtung haben. Diese Gewichtungsstruktur führt zwangsläufig dazu, dass alle Bieter den Hauptartikel mit der hohen Wichtung billigst anbieten und den in der Praxis meist untrennbar ergänzenden Artikelteil mit minimaler Wichtung unverhältnismäßig teuer anbieten.*

*[...] Daraus folgen die Bedenken, dass nach der Gewichtung der einzelnen Leistungskomponenten tatsächlich ein transparentes Preis-Leistungsbild entsteht und der niedrigste (Gesamt-)Preis ermittelt werden kann und welche Preise in einem elektronischen Bieterverfahren gegeneinander antreten.*

*Die unbeabsichtigte Veröffentlichung der Bieterpreistabellen, die zum Scheitern der unmittelbar vorangegangenen Ausschreibung geführt hatte, leistet einer solchen Fehlentwicklung bzw. möglichen Fehlentscheidung bei der aktuellen Auslobung Vorschub.*  
[...]

*Wir bitten Sie, unsere Einwände in gewisser Weise zu berücksichtigen.“*

Mit E-Mail vom 4. Juli 2017 übersandte die Ag den Bietern ein sog. Kommunikationspapier, das Informationen zum weiteren Verfahren enthielt. Daraus ergab sich für das vorliegende Vergabeverfahren erstmals für die Bieter, wie die elektronische Auktion im Einzelnen ablaufen sollte und welche Vorgaben es für die Preissetzung gab. Zudem wurde den Bietern eine Excel-Datei übersandt, in die sie ihre angebotenen Einzelpreise für die einzelnen Leistungspositionen selbst überführen sollten und die für die elektronische Auktion verwendet werden sollte. Die entsprechende Tabelle wies Abweichungen der Gewichtungen in einzelnen Preispositionen aus, die im Falle der ASt zu einer Preisverschiebung des gewichteten Gesamtpreises von [...] Euro hinzu [...] Euro führte.

Nach der elektronischen Auktion lag die Bietergemeinschaft der ASt in allen bebotenen Losen mit Ausnahme des Loses 11 nicht auf dem ersten Rang. Entsprechend informierte die Ag die Bietergemeinschaft der ASt mit E-Mail vom 25. August 2017, dass sie den Zuschlag für die Lose 1, 7, 9, 10, 12, 13 und 14 auf das Angebot der Bg zu 1) und für die Lose 6 und 8 auf das Angebot der Bg zu 2) zu erteilen beabsichtige.

Mit Schreiben vom 29. August 2017, eingegangen am 30. August 2017, beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 31. August 2017 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt gegen das Vergabeverfahren in der vorliegenden Form.

Zum einen sei wirksamer Wettbewerb im vorliegenden Vergabeverfahren von vornherein ausgeschlossen, da die Ag im vorangegangenen Vergabeverfahren die Angebote der Bieter veröffentlicht habe. Die ASt habe dabei von Anfang an Bedenken gehabt, da ihre Mitbewerber aus dem ersten Verfahren sowohl ihr konkretes (führendes) Angebot als auch die sich daraus ergebende Angebots- und Preisstruktur gekannt hätten. Allein eine völlig neue Vergabestruktur hätte verhindern können, dass die zuvor veröffentlichten Geschäftsgeheimnisse wettbewerbswidrig genutzt werden könnten.

Des Weiteren sei der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit verletzt, weil es ausgeschlossen sei, dass der Zuschlag auf das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis erteilt werde. Die ASt habe von Anfang an Bedenken in Bezug auf die Gewichtung der Einzelpreise gehabt, die ihrer Erfahrung nach bei weitem nicht den realen Gewichtungen in konkreten Rechnungen entsprochen hätten, die die ASt für ihre Leistungen gegenüber der Ag über Jahre hinweg eingereicht hätte. Im Vorfeld einer bereits früher geplanten gleichartigen Ausschreibung habe dazu ein Gespräch bei der Ag im Juli 2014 stattgefunden, in dem die ASt ihre Bedenken bereits geäußert habe. Aus dem Leistungsverzeichnis hätten sich damals und würden sich aktuell einige sehr hoch gewichtete Leistungen ergeben (im Wesentlichen Fotokopier- und Druckarbeiten), während andere Leistungen (wie Digitalisierung, Scannen, Lochen, Heften) deutlich geringer gewichtet seien und einige auch überhaupt nicht (wie Gestellung von Ordnern, Registern). Tatsächlich würden aber die höher gewichteten Leistungen regelmäßig auch geringer gewichtete Leistungen oder auch überhaupt nicht gewichtete Leistungen nach sich ziehen. So wäre zu erwarten, dass die unterschiedlich gewichteten Leistungen zwar in vergleichbaren Mengen anfallen würden, aufgrund der davon abweichenden Gewichtung jedoch nicht das (nach den tatsächlich zu erwartenden Leistungsabfragen) wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhalte, sondern das Angebot, das die unzutreffende Gewichtung geschickt ausnutze; die hoch gewichteten Preispositionen könnten sehr niedrig bepreist und von den niedrig gewichteten Positionen quersubventioniert werden.

Schließlich seien die endgültigen Vergabebedingungen bis zum Ablauf der (ersten) Angebotsfrist nicht bekannt gewesen bzw. im laufenden Verfahren mehrfach geändert bzw. angepasst worden. So habe die Ag bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht mitgeteilt, welche Preise in die Wertung einfließen würden. Auch sei die Gewichtung einzelner Preispositionen nach Angebotsabgabe und vor elektronischer Auktion geändert worden, was entgegen der Darstellung der Ag deutliche Verschiebungen zur Folge gehabt habe.

Der Nachprüfungsantrag sei auch entgegen der Auffassung der Ag und der Bg zu 1) nicht unzulässig. Die ASt sei als bevollmächtigter Vertreter der Bietergemeinschaft antragsbefugt. Das Schreiben vom 3. Juli 2017 erfülle auch die inhaltlichen Anforderungen an eine Rüge und umfasse alle geltend gemachten Vergaberechtsverstöße. Zudem sei die Rüge mit Schreiben vom 3. Juli 2017 rechtzeitig erfolgt.

Die ASt beantragt:

1. Der Ag wird untersagt, in dem Vergabeverfahren [...] den Zuschlag zu erteilen. Das Vergabeverfahren wird aufgehoben.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.
3. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der ASt für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden der Ag auferlegt.

Weiter beantragt die ASt,

Einsicht in die Vergabeunterlagen zu gewähren.

Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen;
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären;
4. der ASt die beantragte Akteneinsicht zu versagen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag der ASt schon unzulässig. Denn zum einen sei die ASt als Mitglied der Bietergemeinschaft nicht antragsbefugt. Antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB sei grundsätzlich nur die Bietergemeinschaft und nicht das einzelne Mitglied.

Der Nachprüfungsantrag sei zudem auch deshalb unzulässig, weil die ASt die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße nicht rechtzeitig gerügt habe. Das Schreiben der ASt vom 3. Juli 2017

erfülle schon nicht die inhaltlichen Anforderungen an eine Rüge. Zum einen werde der Vorwurf, die Einzelpreise seien falsch gewichtet, nur pauschal erhoben und nicht näher erläutert. Des Weiteren habe die ASt Formulierungen wie „Verständnisfragen“ verwendet, denen eine Aufforderung zur Beseitigung der angeblichen Vergabefehler nicht habe entnommen werden, so dass das Schreiben von der Ag auch nicht als Rüge wahrgenommen worden sei. Im Übrigen sei das Schreiben verspätet gewesen. Denn da es dem Angebot beigelegt gewesen sei, habe die Ag erst nach Ablauf der Angebotsfrist von dem Schreiben Kenntnis nehmen können. Da die ASt jedoch – wie sie selbst vortrage – von Anfang an Bedenken gegen das streitgegenständliche Vergabeverfahren gehabt habe und die geltend gemachten Vergabefehler im Übrigen auch erkennbar gewesen seien, sei spätestens mit Ablauf der Bewerbungsfrist oder jedenfalls Angebotsfrist auch eine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bzw. 3 GWB eingetreten. Weitere angebliche Vergaberechtsverstöße etwa bezogen auf die Änderung von Vergabebedingungen im laufenden Vergabeverfahren habe die ASt überhaupt nicht vor Antragstellung gerügt.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Eine Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes sei nicht gegeben. Die versehentlich im vorangegangenen Vergabeverfahren bekanntgegebenen Einzelpreise seien schon deshalb nicht für das vorliegende Verfahren ausschlaggebend, weil ein anderer Loszuschnitt gewählt worden sei, was erhebliche Auswirkungen auf die Preise habe. Denn die Vergabe sei nunmehr in deutlich mehr Lose, nämlich 18 statt 7, unterteilt, die jeweils räumlich enger begrenzt seien, was sich auf die einzukalkulierenden Transportkosten auswirke. Zudem seien nur die Einzelpreise des ersten Angebots aus Versehen bekanntgegeben worden; das vorliegende Verfahren hätte gezeigt, dass diese Preise nur ein Ausgangspunkt für deutliche Preissenkungen gewesen seien.

Auch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit sei nicht verletzt worden. Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung habe der Auftraggeber einen weiten Entscheidungsspielraum, der im Nachprüfungsverfahren nur begrenzt überprüfbar sei. Im vorliegenden Fall sei die Gewichtung der Einzelpreise nicht zu beanstanden. Insbesondere stehe sie mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang. Die unterschiedlichen Gewichtungen der verschiedenen Preispositionen würden nämlich auf eine zuvor durchgeführte Bedarfsanalyse zurückgehen, nach der sich ergeben hätte, dass die Einzelleistungen in unterschiedlicher Häufigkeit abgefragt würden. Die Büromaterialien, die in den Positionen 63 bis 86 zu bepreisen gewesen seien, würde der [...] der Ag gegebenenfalls – insbesondere wenn

überhöhte Preise vom künftigen Auftragnehmer veranschlagt würden – selbst zur Verfügung stellen. Daher sei es auch folgerichtig, dass diese Preise nicht in die Angebotswertung mit einbezogen würden.

Mit Beschluss vom 5. September 2017 sind die Bg zu 1) und die Bg zu 2) zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg zu 1) beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen,
2. der Ag die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen), einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg zu 1), aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der anwaltlichen Bevollmächtigten der Bg zu 1) notwendig war.

Des Weiteren beantragt sie,

der ASt die Akteneinsicht zu versagen.

Die Bg zu 1) ist ebenfalls der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag der ASt schon unzulässig ist. Wie die Ag zu Recht vorgetragen habe, sei die ASt nicht antragsgefugt. Die ASt habe den Nachprüfungsantrag weder ausdrücklich im Namen der (einzig antragsbefugten) Bietergemeinschaft noch ausdrücklich in Namen und Vollmacht aller Mitglieder der Bietergemeinschaft gestellt.

Zudem sei die ASt wegen fehlender Rüge nach § 160 Abs. 3 GWB präkludiert. Dem Schreiben der ASt vom 3. Juli 2017 fehle es insbesondere an der notwendigen Bestimmtheit des Rügevorbbringens. Dem Empfänger einer Rüge müsse deutlich werden, dass ein Rechtsverstoß beanstandet werde. Die ASt verwende demgegenüber Begriffe wie „Verständnisfragen“, „Zweifel“, „Bedenken“ oder „Einwände“, die eher auf Fragen zum besseren Verständnis des Vergabevorgangs hindeuten würden, und im letzten Satz die Formulierung „Wir bitten Sie, unsere Einwände in gewisser Weise zu berücksichtigen.“, die darüber hinaus sehr relativierend wirke. Die ASt bringe letztlich in dem Schreiben gewisse Bedenken und Sorgen zum Ausdruck, eingebettet in Überlegungen und Denkanregungen, zu welchen Konsequenzen ökonomischer Art der jetzige Ausschreibungsmodus nach ihrer Auffassung führe und in welcher Weise das ein oder andere Detail der preislichen Auswertung aus ihrer Sicht gegebenenfalls besser gestaltet

werden könnte. Das Inaussichtstellen eines Nachprüfungsverfahrens im Falle einer Nichtabhilfe lasse das Schreiben überhaupt nicht erkennen. Im Übrigen sei das Rügeschreiben – wie der Nachprüfungsantrag – nicht gleichzeitig im Namen und Auftrag aller Bietergemeinschaftsmitglieder sowie auch der Bietergemeinschaft als Ganzes erhoben worden. Schließlich sei die vermeintliche Rüge auch nicht rechtzeitig erfolgt. Wenn die ASt selbst vortrage, dass sie immer wieder die Ag darauf hingewiesen habe, dass sie durch die fragliche Wertungsmethode nicht das wirtschaftlichste Angebot werde bestimmen können, und schon im vorangegangenen Vergabeverfahren darauf hingewiesen habe, müsse auch davon ausgegangen werden, dass ihr die vermeintlichen Rechtsverstöße bereits zu Beginn des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens erkannt habe und hätte rügen müssen; das mit dem Angebot übersandte Schreiben komme zu spät.

Der Nachprüfungsantrag der ASt sei im Übrigen auch unbegründet. Ein Verstoß gegen das allgemeine Wettbewerbsprinzip liege nicht vor. Insbesondere sei das, was an Preisen und Kalkulationsansätzen der Konkurrenten im vorangegangenen Vergabeverfahren bekannt geworden sei, sei im vorliegenden Vergabeverfahren völlig überholt. Die ASt verkenne zudem das weitreichende Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers. Darunter falle auch, dass die Ag Anforderungen an Mengen und Gewichtungen sowie Einzelpreise stellen dürfe, die sie als zweckmäßig erachte. Ebenso sei die Ermittlung der Wirtschaftlichkeit Gegenstand des Bestimmungsrechts der Ag. Nur dann, wenn etwa widersprüchliche oder mathematisch unrichtige Methoden angewendet werden sollten, sei dies Gegenstand einer rechtlichen Nachprüfung durch die Vergabekammer. Gehe es jedoch vorliegend um Zweckmäßigkeitsüberlegungen, so scheidet eine Nachprüfungsmöglichkeit durch die Vergabekammer aus.

Die Bg zu 2) stellt Antrag auf Akteneinsicht; im Übrigen stellt sie keine Anträge und trägt auch nicht schriftsätzlich vor.

In der mündlichen Verhandlung am 27. September 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 27. September 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 18. Oktober 2017 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 und daher zu verwerfen.

1. Allerdings ist die ASt gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Dabei ist der Ag zuzugeben, dass grundsätzlich nur (potentielle) Bieter bzw. Bietergemeinschaften antragsbefugt sind, da nur sie ein Interesse am Auftrag im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB haben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. März 2005, VII-Verg 101/04; OLG München, Beschluss vom 14. Januar 2015, Verg 15/14). Es ist jedoch anerkannt, dass auch Mitglieder einer Bietergemeinschaft ausnahmsweise – und zwar entsprechend dem Institut der gewillkürten Prozessstandschaft – antragsbefugt sein können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. März 2005, VII-Verg 101/04; Beschluss vom 27. November 2013, VII-Verg 20/13, m.w.N.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. Januar 2007, 11 Verg 11/06). Vorliegend sind die Voraussetzungen einer solchen Verfahrensstandschaft auch gegeben. Die ASt hat ihren Nachprüfungsantrag ausweislich des Rubrums in eigenem Namen eingereicht. Es ist auch hinreichend offenkundig (wie auch erforderlich, vgl. OLG München, Beschluss vom 14. Januar 2015, Verg 15/14, m.w.N.), dass die ASt die (fremden) Rechte ihrer Bietergemeinschaft geltend macht. Dies ergibt sich schon aus der Antragsschrift. Denn zum einen verwendet der Antragsschriftsatz bereits die Bezeichnung „Antragstellerin“ nicht nur für sich als Unternehmen innerhalb der Firmengruppe, die auch die fragliche Bietergemeinschaft bildet, sondern auch für die Bietergemeinschaft selbst, etwa wenn vom „Angebot der Antragstellerin“ die Rede ist. Zum anderen verweist sie bereits in ihrem Antragsschriftsatz auf ihre Vertretungsbefugnis für die Bietergemeinschaft im Bieterwettbewerb und auch den Konzernverbund der Bietergemeinschaftsmitglieder hin. Diesen Gesamtumständen lässt sich hinreichend deutlich entnehmen, dass die ASt hier mit dem Nachprüfungsantrag die Rechte der Bietergemeinschaft und Unternehmensgruppe, der sie angehört, geltend macht und nicht etwa eigene Rechte als Bietergemeinschaftsmitglied. Weitere Rechtsfragen dahingehend, ob – für den Fall, dass sich eine Geltendmachung fremder Rechte nicht schon direkt aus der Antragsschrift ergibt – eine erst später offenbarte Verfahrensstandschaft berücksichtigt werden kann und zu welchem Zeitpunkt damit einhergehende Rechtswirkungen eintreten (vgl. BGH, Urteil vom 30. Mai 1972, I ZR 75/71), stellen sich daher vorliegend nicht. Die ASt ist des Weiteren von den anderen Bietergemeinschaftsmitgliedern zur Prozessführung ermächtigt worden. Letzte mögliche Zweifel an der entsprechenden Ermächtigung wurden durch Bestätigung der Ermächtigung

seitens der Vertretungsberechtigten der Bietergemeinschaftsmitglieder, die in der mündlichen Verhandlung anwesend waren, ausgeräumt. Als Bietergemeinschaftsmitglied hat die ASt auch ein schutzwürdiges Interesse, die Rechte der Bietergemeinschaft zu verfolgen, da ihr ein Erfolg der Nachprüfung als Bietergemeinschaftsmitglied in gleicher Weise zugutekommt wie der Bietergemeinschaft (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. Januar 2007, 11 Verg 11/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. März 2005, VII-Verg 101/04).

2. Die ASt hat jedoch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht genügt.

Sie ist zum einen – soweit sie die Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes und des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes geltend macht – nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Über eine mögliche Präklusion der ASt nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist danach nicht mehr zu entscheiden.

Entgegen der Auffassung der Ag und der Bg zu 1) ist dem Schreiben der ASt vom 3. Juli 2017 allerdings dem Inhalt nach noch hinreichend deutlich zu entnehmen, dass Vergabeverstöße beanstandet und damit gerügt werden. Zwar hat die ASt mit der Verwendung des Begriffs „Verständnisfragen“ und weichen Formulierungen wie der Bitte um Berücksichtigung der Einwände „in gewisser Weise“ nicht in der wünschenswerten Klarheit ihre Beanstandungen gegenüber der Ag kundgetan. Trotz allem ist dem Schreiben dem Inhalt nach insgesamt zu entnehmen, dass die ASt die Ausschreibungskonzeption kritisiert und damit beanstandet; dass die ASt hingegen nur Fragen zum Verständnis bzw. der Auslegung der Vergabebedingungen hat und damit nur Bieterfragen stellt (was in der Regel nicht ausreichend ist), ist dem fraglichen Schreiben gerade nicht zu entnehmen. Das Inaussichtstellen eines Nachprüfungsantrags im Sinne eines Androhens gerichtlicher Durchsetzung bei Nichtabhilfe ist für eine Rüge nicht erforderlich. Denn die Rügeobliegenheit soll dem Auftraggeber (nur) Gelegenheit geben, geltend gemachte Vergaberechtsverstöße selbst zu überprüfen und gegebenenfalls zu beseitigen. Dies ist der Fall, wenn die Beanstandungen hinreichend deutlich formuliert sind. Dem Auftraggeber darüber hinaus im Zuge der Rügeobliegenheit eine Risikobewertung dahingehend zu ermöglichen, ob es zu einem Nachprüfungsverfahren kommen könnte, und das Ob einer Überprüfung auf Vergaberechtswidrigkeit davon abhängig machen zu können, würde dem Sinn und Zweck eines effektiven Rechtsschutzes zuwiderlaufen.

Auch die Frage der Offenkundigkeit einer Verfahrensstandschaft der ASt in Bezug auf die Rüge – wie es die Bg zu 1) geltend macht – stellt sich hier tatsächlich nicht. Zwar enthält das Rügeschreiben nur den Briefkopf der ASt. Das Schreiben lag jedoch dem Angebot der Bietergemeinschaft der ASt im verschlossenen Umschlag bei. Daher ist auch das Schreiben (wie das Angebot) ohne Weiteres der Bietergemeinschaft, die Absender des einheitlichen Pakets ist, direkt zuzuordnen (als Äußerung des Vertretungsberechtigten der Bietergemeinschaft). Selbst wenn man dies anders sehen wollte, führt jedenfalls der Umstand der einheitlichen Übersendung dazu, dass sich aus dem Gesamtzusammenhang ergibt, dass die ASt die Rechte der Bietergemeinschaft wahrnehmen wollte.

Die Rüge mit Schreiben vom 3. Juli 2017 ist jedoch nicht rechtzeitig im Sinne des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB (d.h. innerhalb von zehn Kalendertagen nach positiver Kenntnis) erfolgt. Soweit ein Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz geltend gemacht wird, lässt sich dem Nachprüfungsantrag und dem weiteren Schriftsatzvortrag der ASt einschließlich der Anlagen entnehmen, dass die ASt die zugrundeliegende Problematik der ihrer Ansicht nach unzutreffenden Gewichtung der Einzelpositionen im Leistungsverzeichnis bereits in früheren Vergaben (einschließlich der unmittelbar vorangegangenen Vergabeverfahrens) erkannt und auch gegenüber der Ag moniert hatte. Die ASt trägt zudem selbst vor, dass sie von Anfang an Bedenken gegen das neue Vergabeverfahren auch wegen der Gewichtungen im Leistungsverzeichnis gehabt habe. Insbesondere dem dem Schriftsatz vom 25. September 2017 beigefügten Schreiben der ASt vom 1. Juni 2012 an ein verbundenes Unternehmen der Ag lässt sich deutlich entnehmen, dass sie in den unzutreffenden Gewichtungen von Einzelpreisen einen Vergaberechtsverstoß erblickt. Daher ist auch für den vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die ASt den behaupteten Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens sowohl tatsächlich als auch in rechtlicher Hinsicht erkannt hat und die Rüge, die erst nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs wie auch der Angebotsphase erfolgte, verspätet ist. Die Frage der Entbehrlichkeit einer Rüge stellt sich im Übrigen – trotz der früheren Beanstandungen – schon deshalb nicht, weil nicht angenommen werden kann, dass die Ag in Bezug auf die vorliegenden konkreten Gewichtungen eine Rüge von vornherein abschlägig beschieden hätte, ohne die konkreten Gewichtungen noch einmal auf ihre Stimmigkeit zu überprüfen.

Soweit die ASt eine Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes geltend macht, ist die Rüge durch Schreiben vom 3. Juni 2017 ebenfalls zu spät erfolgt. Denn die jetzigen Verfahrensbevollmächtigten der ASt waren sowohl im vorangegangenen Vergabeverfahren als auch im streitgegenständlichen von der ASt eingebunden worden oder auch zu einzelnen Punkten befragt wurden. Dies betraf insbesondere auch die versehentliche Bekanntgabe der Einzelpreise der Wettbewerber im vorangegangenen Vergabeverfahren sowie die daraufhin erfolgte Aufhebung des Vergabeverfahrens. Es ist daher davon auszugehen, dass die ASt das hier streitgegenständliche Vergabeverfahren zusammen mit ihren Verfahrensbevollmächtigten gerade im Hinblick auf mögliche Folgen der vorherigen Preisveröffentlichung beobachtet und auch in vergaberechtlicher Hinsicht geprüft hat. Wie die ASt selbst vorträgt, habe sie von Anfang an Bedenken gegen die in weiten Teilen gleichgestaltete Ausschreibung gehabt. Daher war die Rüge vom 3. Juli 2017 bereits verspätet.

Zum anderen ist die ASt auch nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert, soweit sie erst mit dem Nachprüfungsantrag geltend macht, dass die Vergabebedingungen mehrfach in ihrer Ansicht nach unzulässiger Weise geändert worden seien. Denn insoweit fehlt es bereits an einer Rüge der ASt. Da sich die ASt insoweit auf die Änderungen der Vergabebedingungen bezieht, die nach Ablauf der Angebotsfrist (für die ersten Angebote) und vor Beginn der elektronischen Auktion vorgenommen worden sind, kann sich die zuvor erfolgte Rüge mit Schreiben vom 3. Juli 2017 denknotwendig noch nicht auf die nachfolgenden Änderungen der Vergabebedingungen bezogen haben. Schließlich konnte die ASt schon in tatsächlicher Hinsicht erst bei Eintritt der Änderungen von diesen Kenntnis erlangen. Dass die ASt hingegen vor Einreichen des Nachprüfungsantrags von dem geltend gemachten Vergaberechtsverstoß Kenntnis hatte und insoweit eine Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB entstanden war, ergibt sich schon aus der ausdrücklichen Erwähnung in der Antragsschrift. Zudem hatte die ASt ihren Verfahrensbevollmächtigten bereits mit E-Mail vom 6. Juli 2017 die Frage gestellt, ob die Ag die Gewichtung einer bestimmten Preisposition nachträglich ändern dürfe.

2. Der ASt war keine Akteneinsicht zu gewähren, da die Vergabeakten keine Bestandteile enthielten, die die ASt über die ihr bereits vorliegenden Unterlagen hinaus für die Verfolgung ihres Rechtsschutzziels benötigte. Aus demselben Grund war auch der Bg zu 2) keine Akteneinsicht zu gewähren.

### III.

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

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht zudem der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, der unterliegenden ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg zu 1) aufzuerlegen. Denn die Bg zu 1) hat selbst Sachanträge gestellt und sich auch durch Schriftsatzvortrag in erheblichem Umfang aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Die Aufwendungen der Bg zu 2) sind der ASt hingegen nicht aufzuerlegen, da die Bg zu 2) weder Sachanträge gestellt noch sich durch Vortrag aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag und die Bg zu 1) war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen zur Rügeobliegenheit und damit über das eigentliche Vergabeverfahren hinausgehende Rechtsfragen.

### 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

Ohlerich