



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 - 84/17

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags „[...]“ hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Schuhmacher auf die mündliche Verhandlung vom 7. August 2017 am 15. August 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war nicht notwendig.

## Gründe:

### I.

Streitgegenständlich zwischen den Verfahrensbeteiligten ist die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin (ASt) zu Recht wegen verspäteten Eingangs nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV ausgeschlossen wurde.

1. Am [...] machte die in Bonn ansässige Antragsgegnerin (Ag) ein offenes Verfahren zur Vergabe des Auftrags „[...]“ bekannt. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 27.06.2017, 10:00 Uhr (Ziffer IV.2.2) der Bekanntmachung).

Die antragstellende Bietergemeinschaft (Antragstellerin, ASt) übergab ihr Angebot am 26.06.2017 gegen 21:30 Uhr in Berlin an den Kurierdienst „[...]“. Im Frachtbrief wird unter „Lieferdatum“ der 27.06.2017 festgehalten, als Zeitfenster für die Auslieferung ist die Uhrzeit „von 08:00 bis 09:00“ vorgesehen. Während der Fahrt zur Vergabestelle nach Bonn blieb das Fahrzeug des Kurierdienstes am Morgen des 27.06.2017 aufgrund eines Fahrzeugdefekts auf der Autobahn liegen und musste in die Werkstatt verbracht werden. Die Reparatur kostete ausweislich der Werkstattrechnung 401,71 Euro. Da das Fahrzeug in die Werkstatt gebracht werden musste, konnte das Angebot nicht fristgerecht übermittelt werden. Das Angebot ging am 27.06.2017 erst um 10:18 Uhr, so der Frachtbrief, bei der Ag ein.

Per E-Mail vom 27.06.2017 teilte die Ag der ASt mit, dass das Angebot nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV wegen Verspätung zwingend von der Wertung ausgeschlossen worden sei.

Am 29.06.2017 rügte der Rechtsanwalt der [...], unter Anzeige der Vertretung der [...] gegenüber der Ag den Angebotsausschluss unter dem Hinweis, dass „seine Mandantin“ die verspätete Übermittlung nicht zu vertreten hätte; ausdrücklich heißt es in diesem Schreiben u.a.: „Namens und in Vollmacht meiner Mandantin und dem von ihr vertretenen Bieterkonsortium rüge ich hiermit vorsorglich die Nichtberücksichtigung des Teilnahmeantrages meiner Mandantin.“ Der Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV sei unrechtmäßig erfolgt, da die Mandantin die Verspätung nicht zu vertreten habe.

Mit Schreiben vom 07.07.2017 an Rechtsanwalt [...] lehnte die Ag es ab, der Rüge zu entsprechen.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 21.07.2017 beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.
  - a) Die ASt trägt vor, Grund für die Autopanne sei ein Motorschaden gewesen. Der Bieter trage das Risiko des verspäteten Angebotseingangs nur, wenn er die Verspätung selbst zu vertreten hätte. Dabei komme es nur auf das Verschulden des Bieters an. Grundsätzlich trage der Bieter auch das Risiko der verspäteten Übermittlung eines dafür Beauftragten so, wie wenn er selbst verspätet übermittelt hätte. Dann wäre die verspätete Übermittlung dem Bieter zuzurechnen. Im vorliegenden Fall hätte die ASt sowohl hinsichtlich der Auswahl des Übermittlers die erforderliche Sorgfalt beachtet als auch das Angebot rechtzeitig an den Übermittler übergeben, sodass sie mangels Vorsatz oder Fahrlässigkeit die verspätete Überbringung des Angebots nicht zu vertreten hätte, §§ 276, 278 BGB. Einen zufälligen Motorschaden am Fahrzeug des Kuriers hätte die ASt jedenfalls nicht zu vertreten. Zum eigenen Vertretenmüssen meint die ASt, dass es keine Pflicht zur persönlichen Übermittlung des Angebots gäbe und daher die Beauftragung eines Kurierdienstes keine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt darstelle, § 276 Abs. 2 BGB. Hinsichtlich der Auswahl des Kurierdienstes sei „[...]“ ein renommierter Kurierdienst, mit dem die ASt über Jahre hinweg ausschließlich positive Erfahrungen gemacht habe, ohne dass es jemals zu einer verspäteten Angebotsübermittlung gekommen sei. Damit sei nicht an dessen Zuverlässigkeit zu zweifeln gewesen. Auch sei die erforderliche Sorgfalt bei der Übergabe des Angebots an den Kurierdienst gewahrt gewesen. Die Abgabe des Angebots an das Transportunternehmen am Abend des 26.06.2017 mit der internen Beauftragung zur Übermittlung beim Auftraggeber bis spätestens 09.00 Uhr des Folgetages sei nach Erfahrung der ASt bisher immer rechtzeitig gewesen. Insbesondere der „Puffer“ von einer Stunde habe bis dato immer ausgereicht. Bei gewöhnlichem Ablauf der Dinge wäre bei einem hypothetischen Kausalverlauf eine rechtzeitige Übermittlung gewährleistet gewesen. Auf der zweiten Stufe habe der Kurierdienst den Motorschaden des Transportfahrzeugs auf der Autobahn nicht zu vertreten, da es sich weder um vorsätzliches noch um fahrlässiges Verhalten des Transporteurs, sondern vielmehr Zufall handele, sodass keine Zurechnung nach § 278 BGB erfolgen könne. Zufällig sei ein plötzliches, unerwartetes Ereignis, mit dem bei gewöhnlichem Ablauf der Dinge nicht zu rechnen gewesen sei. Bei einem regelmäßig eingesetzten,

gewarteten und nicht übermäßig fehleranfälligen Kraftfahrzeug müsse man bei einer normalen Lieferfahrt nicht mit einem Motorschaden rechnen.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, den Ausschluss des Angebots der ASt rückgängig zu machen und das Angebot wieder in die Angebotswertung aufzunehmen,
2. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die ASt notwendig war.

b) Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 21.07.2017 zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig war.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig, da lediglich die [...] als ein Mitglied der Bietergemeinschaft, nicht aber die Bietergemeinschaft als solche gerügt habe. Ein einzelnes Mitglied einer Bietergemeinschaft sei aber nicht antragsbefugt. Die Geltendmachung fremder Rechte im eigenen Namen über das im Zivilprozess anerkannte Institut der gewillkürten Prozessstandschaft setze aber voraus, dass dies offen gelegt werde, woran es hier fehle. Auch beziehe sich die Vertretungsbefugnis der [...] ausdrücklich nur auf das Vergabeverfahren, nicht jedoch auf die Erhebung von Rügen.

In der Sache trägt die Ag vor, die Autopanne sei ausweislich des geringen Werkstattpreises nicht auf einen Motorschaden, sondern auf defekte, wartungsrelevante Klein- und Verschleißteile zurückzuführen. Rechtsgrundlage für den Angebotsausschluss sei § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV. Verspätet eingegangene Angebote seien zwingend auszuschließen. Die ASt trage bei der Beauftragung eines Kurierdienstes das Übermittlungsrisiko. Ein verspäteter Eingang sei nur dann ausnahmsweise nicht durch den Bieter zu vertreten, wenn die Verspätung einseitig aus der Sphäre des Auftraggebers herrühre oder sie niemand zu vertreten hätte, wie dies beispielsweise

infolge eines Naturereignisses oder eines anderen unabwendbaren Ereignisses der Fall sei.

3. Die mündliche Verhandlung fand am 07.08.2017 statt. Der Sachverhalt wurde umfassend erörtert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, auf die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird Bezug genommen.

## II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, in der Sache aber unbegründet.

- a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind zweifelsfrei gegeben. Der erforderliche Schwellenwert für die europaweite Vergabe wird mit einem geschätzten Auftragswert von über [...] deutlich überschritten. Auftraggeber ist das [...]ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB.
- b) Die Bietergemeinschaft hat den Angebotsausschluss auch rechtzeitig nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB mit Schreiben von [...] vom 29.06.2017 gerügt. Richtig ist zwar, dass [...] sich auf die Bevollmächtigung durch die [...] bezieht und Bezug nimmt auf „das Angebot meiner Mandantin“. Abzustellen ist allerdings darauf, wie das Schreiben seinem Erklärungsgehalt nach in der Gesamtschau aus dem hierfür maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont heraus zu verstehen war. Danach konnten weder Zweifel bestehen noch bestanden tatsächlich Zweifel bei der Ag, dass das Schreiben als Rüge der Bietergemeinschaft gemeint war; die Ag hat dieses Schreiben auch so aufgenommen. Es wird die Nichtberücksichtigung des Angebots namens und in Vollmacht der [...] „und des von ihr vertretenen Bieterkonsortiums“ gerügt. Damit wurde deutlich, dass die [...] nicht etwa im Alleingang die Rüge ausgesprochen hat, ohne dass die [...] als zweites Mitglied der Bietergemeinschaft hiermit einverstanden gewesen wäre. Die [...]war im Vergabeverfahren vertretungsberechtigt für die Bietergemeinschaft und es wäre lebensfremd, anzunehmen, dass diese Vollmacht für die Rüge wegen eines Ausschlusses infolge Verspätung nicht greifen solle. Hätte die Ag Zweifel an der Vertretungsbefugnis auch für das Aussprechen von Rügen gehabt, so hätte sie die Vorlage einer ausdrücklichen Vollmacht auch für die Rüge verlangen können. Stattdessen hat die

Ag die Rüge ausweislich des Nichtabhilfeschreibens vom 07.07.2017 problemlos der Bietergemeinschaft zugeordnet, wie die Bezugnahme auf „Ihr Angebot“ in diesem Schreiben belegt. Die Ag hatte danach keine Probleme, die Rüge der Bietergemeinschaft zuzurechnen.

Auf den weiteren Schriftverkehr aus der Sphäre der ASt, welcher der Ag im Nachgang zu diesem Schreiben vom 29.06.2017 noch zuzuging und auf den die Ag Bezug nimmt, kommt es angesichts der danach rechtzeitigen Rüge der Bietergemeinschaft vom 29.06.2017 nicht an.

- c) In Bezug auf die Antragsbefugnis der ASt, § 160 Abs. 2 GWB, bestehen keine Zweifel; sie ist Teilnehmerin am Wettbewerb.
  - d) Mit Schreiben vom 07.07.2017 teilte die Vergabestelle der [...] mit, der Rüge nicht abhelfen zu wollen. Damit lief die 15 – tägige Frist gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB bei Stellung des Antrags am 21.07.2017 noch.
2. Der Ausschluss des Angebots der ASt erfolgte in der Sache zu Recht. Unstreitig und erwiesen ist dabei, dass das Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist, die um 10.00 Uhr endete, bei der Ag einging; die Parteien sprechen in ihren Schriftsätzen von 10.15 Uhr, der Frachtschein weist 10.18 Uhr als Ablieferungszeitpunkt aus.

Die ASt hat den nicht fristgerechten Eingang i.S.v. § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV zu vertreten. Maßgeblich ist als Ausgangspunkt der Wortlaut des Ausschlussstatbestands. Bezugspunkt der Norm ist mithin die Verspätung als solche. Die Verspätung ist vorliegend aber nicht monokausal durch den Fahrzeugdefekt verursacht, sondern in einer Gesamtschau zu sehen. Im Einzelnen:

- a) Ein wie auch immer geartetes Auswahlverschulden ist der ASt zwar definitiv nicht zur Last zu legen. Sie hat als Dienstleister für den Transport des Angebots die „[...]“ und mithin ein Unternehmen ausgewählt, das sich gewerbsmäßig mit dem Transport von Sendungen befasst und dies – wie schon die Unternehmensbezeichnung belegt – auch mit der Übermittlung über Nacht. Ebenso wenig ist die ASt weder tatsächlich noch in einem rechtlichen Sinne verantwortlich zu machen dafür, dass das Transportfahrzeug infolge eines während der Transportfahrt auftretenden Defekts liegenblieb und in die Werkstatt verbracht werden musste.

- b) Ob der Defekt, wie die ASt vorgetragen hat, auf einen Motorschaden zurückzuführen ist, oder, wie die Ag aus dem relativ geringen Rechnungsbetrag ableiten möchte, ein Kleinteileverschleiß vorlag, ist für die vorliegenden Zusammenhänge unerheblich. Der Fahrzeugdefekt und die dadurch bedingte Verspätung ist lediglich eine von zwei Ursachen. Die chronologisch an erster Stelle stehende Ursache ist die Tatsache, dass die ASt das Angebot erst am Vorabend des Fristablaufs gegen 21.30 Uhr an den Transportdienstleister übergeben hat. Es standen mithin nur zwölf Stunden und 30 Minuten für die Übermittlung von Berlin nach Bonn zur Verfügung. Der von der ASt einberechnete Sicherheitspuffer von einer Stunde, der sich aus der Zustellzeitvorgabe von 9.00 Uhr für den Transportdienstleister ergab, war – wie der tatsächliche Sachverhalt belegt – zu knapp bemessen, um auch nur geringfügige Zeitverluste, die sich aus nicht fernliegenden Komplikationen ergeben können, mit abzufangen. So ist ein Fahrzeugdefekt auch bei sorgfältiger und vorschriftsmäßiger Pflege und Wartung des Fahrzeugs nie auszuschließen.

Selbstverständlich steht es einem Bieter frei, die Angebotsfrist bis zuletzt auszuschöpfen. Tut er dies aber, so kann er sich nicht darauf berufen, er habe eine Verspätung, die infolge eines zwar die Ausnahme darstellenden, aber dennoch durchaus nicht lebensfremden Ereignisses eintritt – wie auch immer geartete Probleme beim Transport, hier Defekt des Fahrzeugs – nicht zu vertreten. Das Vertretenmüssen im Sinne der Vorschrift liegt in diesem Fall in der sehr knapp vor Ablauf der Angebotsfrist liegenden Absendung des Angebots. Die ASt hat bei diesem Sachverhalt die Realisierung des Risikos geringfügiger Zustellzeitverzögerungen infolge von Ereignissen, die nicht etwa in die Kategorie der höheren Gewalt fallen, sondern typische Risiken des ausgewählten Transportmittels darstellen, zu tragen.

Es ist nicht zu verkennen, dass das Übermitteln physischer vergaberechtlicher Angebote im Postweg den Regelfall darstellt. Ein Bieter muss die Möglichkeit haben, sich auf eine zuverlässige Versendung, und zwar auch innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens, verlassen zu können. Das kann aber im vorliegenden Sachverhalt nichts daran ändern, dass die ASt die Verspätung aufgrund der knappen Absendung vor Fristablauf zu vertreten hat. Wie in der mündlichen Verhandlung erörtert und von der ASt dargelegt wurde, war das Zustellzeitziel 9.00 Uhr nicht vertraglich mit dem Transportdienstleister vereinbart, sondern stellte vielmehr eine anzustrebende und von der [...] offenbar auch durchaus als erreichbar und realistisch angesehene Zielvorgabe dar. Die ASt, die (bzw. deren Mitglieder) jährlich ca. 50 Angebote in Vergabeverfahren einreicht, hat erklärt, dass sie sich bereits in der Vergangenheit

und unabhängig vom vorliegenden Fall umfassend bei Post- und Kurierdienstleistern informiert hat, ob die Vereinbarung einer konkreten Auslieferungsuhrzeit im Sinne einer „harten“ vertraglichen Abrede möglich ist. Dies sei, so die ASt, durch alle angefragten, gängigen Dienstleister verneint worden, gerade mit dem Argument, dass es die letztendliche Sicherheit, bis zu einer bestimmten Uhrzeit zustellen zu können, aufgrund der allgemein im Verkehr, insbesondere im Straßenverkehr stets gegebenen Gefahr von Verzögerungen infolge verkehrsimmanenter Störungen nicht geben kann. Ebenso wenig gibt es, so die ASt in der mündlichen Verhandlung unter Bezugnahme auf ihre Recherchen, die Möglichkeit, das Risiko einer Auslieferung nach Ablauf der Angebotsfrist zu versichern. Ob ein „nicht Vertretenmüssen“ durch die ASt i.S.v. § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV in einer fiktiven Fallgestaltung, in der man eine vertragliche Vereinbarung der Zustellzeit 9.00 Uhr unterstellt, anzunehmen wäre, oder ob auch in einem solchen Fall lediglich eine Regressmöglichkeit im Innenverhältnis zum Transportdienstleister ohne Auswirkung auf das Vertretenmüssen gegeben wäre, ist vorliegend nicht zu entscheiden. Maßgeblich ist hier allein, dass auch diese Recherchen der ASt belegen, dass es eine Sicherheit zur Erreichung der als Zielvorgabe vereinbarten Auslieferungsuhrzeit auch aus Sicht der Fachunternehmen für den Transport nicht gibt. Dies war der ASt bewusst, sie hat sich dennoch auf das Risiko der rechtzeitigen Übermittlung eingelassen. Sie hat den grundsätzlich geeigneten und zuverlässigen Übermittlungsweg über [...] nicht so rechtzeitig besprochen, wie es die Eigenheiten der gewählten Beförderungsart verlangt hätten. Sie hat die Verspätung zu vertreten.

- c) Zu betonen ist, dass die Feststellung des Vertretenmüssens keinen Verschuldensvorwurf impliziert. Die ASt hat nachvollziehbar dargelegt, aus welchen Gründen ihr eine frühere Angebotsabgabe nicht möglich war, insbesondere weil sie auf den Zugang von original unterzeichneten Dokumenten ihrer im Ausland ansässigen Partner gewartet hat, um diese dem Angebot beifügen zu können. Wenn sich aber der Postlauf aus dem Ausland als langwierig erwiesen hat, so hätte aber immerhin die Möglichkeit bestanden, bei der Ag unter Darstellung des Sachverhalts um eine kurze Angebotsfristverlängerung – die freilich allen Bietern hätte gewährt werden müssen - nachzusuchen. Es ist angesichts des Auftragsgegenstandes – „multilaterale Zusammenarbeit“ - davon auszugehen, dass auch der andere Bieter mit ausländischen Partnern arbeitet und daher mit vergleichbaren Fragestellungen konfrontiert war; er hat sein Angebot aber dennoch rechtzeitig eingereicht, so dass eine Zulassung des verspäteten Angebots auch unter Gleichbehandlungsgrundsätzen nicht unproblematisch wäre.

- d) Ebenfalls nicht zu verkennen ist, dass ganz generell der Ausschluss von Angeboten aus wie auch immer gearteten formellen Gründen im Interesse eines breiten Wettbewerbs möglichst vermieden werden soll. Diese Überlegung war Hintergrund der Einführung der Nachforderungstatbestände beim Fehlen geforderter Erklärungen und Nachweise im Zuge der Vergaberechtsnovelle im Jahr 2009; die aktuelle diesbezügliche Regelung findet sich beispielsweise für den Anwendungsbereich der VgV in § 56 Abs. 2, 3 VgV.

Der verspätete Eingang von Angeboten ist zwar auch in den größeren Kontext der formalen Fehler einzuordnen. Allerdings erschöpft sich der verspätete Angebotszugang nicht in einem rein formalen Problem. Es gibt eine hinter dem Ausschlusstatbestand des § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV stehende ratio legis, die über rein förmliche Fragen hinausgeht. Es soll vermieden werden, dass Informationen aus der Vergabestelle über den Inhalt eines Angebots nach dessen Öffnung unberechtigterweise an einen anderen Bieter kommuniziert werden können, der sein eigenes Angebot dann noch anpassen könnte und sodann als verspätetes Angebot nachreicht. Jeder Art von derartigem kollusivem Zusammenwirken zwischen einem Bieter und der Vergabestelle soll durch den grundsätzlich zwingenden Angebotsausschluss bei Verspätung der Boden entzogen werden. Demselben Zweck dienen die vergaberechtlichen Vorgaben über den Zugang von Angeboten im verschlossenen Umschlag bzw. für die elektronische Vergabe, wonach die Verschlüsselung der elektronischen Angebote bis zum Ablauf der Angebotsfrist sicherzustellen ist; ein Angebot, das vor Ablauf der Angebotsfrist unverschlüsselt per E-Mail eingeht und dessen Inhalt damit vor Ablauf der Angebotsfrist durch die Vergabestelle zur Kenntnis genommen werden kann, ist zwingend auszuschließen, damit die Gefahr einer Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs über die Vergabestelle gar nicht erst entsteht (vgl. zu einem solchen Sachverhalt OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.03.2017 – 15 Verg 2/17).

- e) Der Ausschluss des Angebots der ASt auf der Basis der nationalen Regelung des § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV steht auch nicht in Widerspruch zu Vorgaben der europäischen Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie 2014/24/EU. Zwar hat die ASt in der mündlichen Verhandlung zu Recht darauf hingewiesen, dass infolge des Abstellens auf den Zeitpunkt des Eingangs von Angeboten beim Auftraggeber solche Bieter, die im europäischen Ausland ihren Sitz haben, eine gewisse Verkürzung der Angebotsfrist hinnehmen müssen, da sie eine längere Postlaufzeit zu berücksichtigen haben als ein vor Ort ansässiger Bieter. Dieser Aspekt hat eine

gewisse Berechtigung, zumal das europaweite Vergaberecht gerade die Intention hat, den Binnenmarkt auch für den Bereich der öffentlichen Beschaffung zu gewährleisten. Allerdings ist ein öffentlicher Auftraggeber nach § 20 Abs. 1 VgV zur Festlegung angemessener Fristen verpflichtet, die auch die Berücksichtigung von Postlaufzeiten inkludieren. Ein Widerspruch der nationalen, auf den Zugang des Angebots abstellenden Regelung zu europäischen Vorgaben besteht im Übrigen nicht, denn auch Art. 47 RL 2014/24/EU, der die „Fristsetzung“ regelt, stellt durchgängig auf den Eingang der Angebote, nicht auf den Zeitpunkt von deren Absendung ab. Vor dem geschilderten Hintergrund der Vermeidung jeder Art von kollusivem Zusammenwirken zwischen Vergabestelle und Bieter könnte ein Abstellen auf den Absendezeitpunkt u.U. problembehaftet sein.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3, Abs. 4 GWB, § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG. Der ASt als Unterliegender sind die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) aufzuerlegen. Sie hat ebenfalls die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen Aufwendungen der Ag zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war indes nicht notwendig. Die Ag ist als öffentlicher Auftraggeber Adressat des Vergaberechts, sie muss das Vergaberecht daher ohnehin beherrschen. Vorliegend ging es um eine einzige Frage, die zudem vom Sachverhalt her unkompliziert und – wenn auch in ihren Auswirkungen gravierend zu Lasten der ASt - sehr überschaubar war. In einem solchen Fall ist es dem Auftraggeber zuzumuten, auch das Nachprüfungsverfahren selbst zu führen. Soweit die Ag im Nachprüfungsverfahren in Bezug auf die Zurechnung der Rüge zur antragstellenden Bietergemeinschaft prozessuale Probleme aufgeworfen hat, so bestanden – wie in den Gründen dargelegt – bei der Ag im Rügezeitpunkt tatsächlich keinerlei Schwierigkeiten, die Rüge dem richtigen Bieter zuzurechnen. Kreiert der Auftraggeber aber selbst und im Nachhinein prozessuale Probleme, die so gar nicht vorhanden waren, dann sind diese auch unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit mit der ASt ungeeignet, die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten zu begründen. Eine urlaubsbedingt ausgedünnte Personaldecke, auf die die Ag sich hier ebenfalls beruft, kann die Notwendigkeit der Anwaltshinzuziehung zu Lasten der ASt nicht begründen, da es eine Organisationsobliegenheit der Ag darstellt, bei aktuell laufenden Vergabeverfahren auch

durchgängig für die Anwesenheit von kompetentem Personal zu sorgen. In der mündlichen Verhandlung waren auch tatsächlich zwei zuständige Vertreter der Ag selbst anwesend.

#### 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.

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung