

Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/ea4549b2-f130-3f50-b6f6-598312a2d0bf>

<b>Zeitschrift</b>	VergabeR - Vergaberecht
<b>Autor</b>	[keine Angabe]
<b>Rubrik</b>	Rechtsprechung
<b>Referenz</b>	VergabeR 2021, 396 - 404 (Heft 3)
<b>Verlag</b>	Werner Verlag

## VergabeR 2021, 396

Zuschlagskriterien; Bestimmungsrecht; Angebotswertung; Rüge; Erkennbarkeit; Rüge nach Einreichung des Nachprüfungsantrags; Rügefrist; Möglichkeit der Ausschöpfung; Akteneinsicht

**GWB §§ 134 Abs. 1, 134 Abs. 2, 135, 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 182; VgV §§ 8 Abs. 1, 31 Abs. 2.**

1. **Ein Nachprüfungsantrag ist nicht unzulässig, wenn die fristgemäße Rüge nach § 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB später beim Antragsgegner eingeht als der Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.**
2. **Für die Bemessung der Rügefrist nach § 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GWB ist auf den Kalendertag und nicht etwa kürzere Zeiteinheiten (Stunden oder Minuten) abzustellen.**
3. **Der Auftraggeber muss seine für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass die Bewertung der Angebote als solche und in Relation zu den übrigen Angeboten nachvollziehbar dargelegt ist.**

### **(Leitsätze der Schriftleitung)**

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.01.2021 – 15 Verg 11/20 – „Lernfabrik“.

## Sachverhalt:

Der Antragsgegner schrieb die Realisierung von zwei Lernfabriken 4.0 an den Standorten Künzelsau und Öhringen im Verhandlungsverfahren europaweit aus. Der Antragsgegner legte fest, dass im Rahmen der Angebotswertung höchstens 100 Punkte erreicht werden konnten. Die Bieter hatten einen Pauschalpreis anzubieten. Der günstigste Preis wurde mit 25 Punkten bewertet. Im Übrigen hat der Antragsgegner für die Bewertung der Angebote vier qualitative Zuschlagskriterien (Didaktikkonzept: 25 Punkte, Qualität der Technik: 20 Punkte, didaktische Erweiterungsfähigkeit: 15 Punkte, technische Erweiterungsfähigkeit: 15 Punkte)

festgelegt, die anhand schriftlicher Konzepte bewertet wurden. Er schrieb vor, dass die schriftliche Darstellung der Konzepte jeweils maximal 3 DIN A 4 Seiten umfassen durfte. Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben letztverbindliche Angebote ab. Mit Bieterinformationsschreiben vom 18.09.2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen und ihr Angebot nicht berücksichtigt worden sei, weil es hinsichtlich der Zuschlagskriterien Qualität der Technik, didaktische Erweiterungsfähigkeit und technische Erweiterungsfähigkeit weniger gut bewertet worden sei als das Angebot der Beigeladenen. Zudem enthielt das Schreiben den Hinweis, dass der Zuschlag frühestens am 29.09.2020 erfolgen werde. Die Antragstellerin reichte per Telefax am 28.09.2020 um 14:28 Uhr bei der Vergabekammer Baden-Württemberg einen Nachprüfungsantrag ein. Mit weiterem Telefax vom 28.09.2020 übermittelte die Antragstellerin dem Antragsgegner um 14:58 Uhr ein Schreiben, mit dem sie beantragte, den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen, sie ausführlich über die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots zu unterrichten und ihr Akteneinsicht in die Vergabeunterlagen zu gewähren. Im Schreiben vertrat sie die Auffassung, dass sie das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Zudem hat sie zur Begründung auf ihren Nachprüfungsantrag verwiesen, der dem Schreiben beilag.

Mit dem Nachprüfungsantrag hat sie vorgebracht, ihr Angebot müsse das wirtschaftlichste sein, zumal sie den niedrigsten Preis angeboten habe, weil das von ihr angebotene System wartungsfrei arbeite. Sie habe nur wegen der Anforderung des Antragsgegners den Preis für einen Wartungsvertrag angegeben. Sie als Anbieterin von Trainingssystemen für die berufliche Qualifizierung entwickle Systeme, mit denen Ausbildungsinhalte optimal im Unterricht erarbeitet werden könnten und nutze in der technischen Umsetzung durchgängig Industriestandards. Unter anderem auch deshalb hätte die Qualität der Technik ihres Angebots besser bewertet werden müssen. Beim Kriterium didaktische Erweiterungsfähigkeit hätte ihr Angebot jedenfalls so gut wie das der Beigeladenen bewertet werden müssen. Auch beim Kriterium technische Erweiterungsfähigkeit erfülle ihr Angebot optimal alle Voraussetzungen, sodass ihr Angebot hätte besser bewertet werden müssen. Soweit ihr Angebot bei einigen Qualitätskriterien schlechter bewertet worden

Zuschlagskriterien; Bestimmungsrecht; Angebotswertung; Rüge; Erkennbarkeit; Rüge nach Einreichung des Nachprüfungsantrags; Rügefrist; Möglichkeit der Ausschöpfung; Akteneinsicht - VergabeR 2021 Heft 3 - 397>>

sei, sei der Antragsgegner von einem unvollständigen Sachverhalt aus technischer Sicht ausgegangen. Zudem seien die Inhalte der Bewertungskriterien teilweise nicht ausreichend konkret vorgegeben worden, sodass eine einheitliche Bewertung der Bewerbungen nicht sichergestellt werden könne.

Der Antragsgegner ist dem entgegengetreten. Er vertrat die Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig. Mit der Rüge, die Qualitätskriterien seien nicht hinreichend konkret bezeichnet worden, sei die Antragstellerin gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB ausgeschlossen, weil dies bereits aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen sei und spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber hätte gerügt werden müssen. Im Übrigen sei die Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert, weil die Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet habe, bevor sie ihm gegenüber Vergabeverstöße gerügt habe. Die Antragstellerin sei durch das Bieterinformationsschreiben vom 28.09.2020 darüber informiert worden, dass ihr Angebot nicht als das Wirtschaftlichste bewertet worden sei. Das Schreiben vom 28.09.2020 stelle unabhängig davon, dass es nicht vor dem Nachprüfungsantrag eingegangen sei, keine Rüge dar. Denn hieraus lasse sich eine konkrete Beanstandung nicht entnehmen. Die Antragstellerin habe lediglich beantragt, auf ihr Angebot den Zuschlag zu erteilen. Eine Rechtsverletzung ergebe sich hieraus nicht. Ebenso wenig liege in der Forderung, weitere Informationen über die Gründe der Ablehnung zu erhalten, eine Rüge. Zudem sei der Nachprüfungsantrag auch nicht begründet.

Die Beigeladene hat sich der Argumentation des Antragsgegners angeschlossen.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen. Sofern das Schreiben der Antragstellerin vom 28.09.2020 als Rügeschreiben aufzufassen sei, sei dieses jedenfalls erst nach Einreichen des Nachprüfungsantrags versandt worden. Die Erhebung der Rüge gegenüber dem Auftraggeber vor Einreichen des Nachprüfungsantrags sei nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags. Denn die Erfüllung der Rügeobliegenheit sei Voraussetzung, um die außerhalb des Nachprüfungsverfahrens erkannten Rechtsverstöße vor der Vergabekammer überprüfen zu lassen. Die Antragstellerin habe mit der Übersendung der Vorabinformation am 18.09.2020 Kenntnis erlangt, dass auf ihr Angebot nicht der Zuschlag erteilt werde. Hierfür sehe zwar § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB eine Frist von 10 Tagen vor. Diese korrespondiere mit der Wartepflicht des § 134 GWB. Nehme ein Bieter die Frist bis zum letzten Tag in Anspruch, so laufe er Gefahr, dass er den Nachprüfungsantrag entsprechend der gesetzlichen Forderung zur Vermeidung des drohenden Zuschlags in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Rüge stellen müsse. Ein Ausnahmetatbestand, der eine Rüge entbehrlich mache, liege nicht vor. Es wäre der Antragstellerin ohne Weiteres möglich gewesen, innerhalb der 10-Tage-Frist eine Rüge vor Einreichen des Nachprüfungsantrags zu erheben. Nachdem das Schreiben der Antragstellerin an den Antragsgegner bereits dem Nachprüfungsantrag beigefügt gewesen sei, hätte es zur Erfüllung der Rügeobliegenheit vorher versandt werden können.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde. Unzutreffend gehe die Vergabekammer davon aus, dass zunächst die Rüge erhoben und erst dann ein Nachprüfungsantrag eingereicht werden müsse. Vielmehr reiche es aus, wenn der Nachprüfungsantrag gemeinsam mit der Rüge eingereicht werde. Dem Nachprüfungsantrag könne daher die Rüge beigefügt werden; so sei sie, die Antragstellerin, vorgegangen. Zu beachten sei, dass die Zuschlagserteilung unmittelbar bevorgestanden habe. Das Vorabinformationsschreiben sei erst am späten Abend des 18.09.2020 übermittelt worden. Eine Möglichkeit, sich hiermit zu befassen, habe frühestens seit dem 21.09.2020 bestanden. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag auch begründet. Insoweit wiederholt und vertieft die Antragstellerin ihr Vorbringen vor der Vergabekammer.

Nachdem ihr der Senat Einsicht in das Bewertungsprotokoll gewährt hat, hat sie ihren Vortrag ergänzt. Beim Kriterium didaktisches Konzept hätte ihr Angebot besser bewertet werden müssen als das der Beigeladenen. Der Antragsgegner habe sich nicht mit dem technischen Sachverhalt in der gebotenen Form auseinandergesetzt und die Verfahrensabläufe unzureichend und nicht transparent dokumentiert. Sie habe die Vorgaben zum didaktischen Konzept nicht so verstanden, dass eine Demontagestation hätte angeboten werden sollen. Eine solche, sei auch nicht nachgefordert worden. Auf ihre Bieteranfrage sei ihr mitgeteilt worden, dass ein Rückbau nicht unbedingt erforderlich sei. Daher dürfe der Aspekt für die Bewertung nicht herangezogen werden, Unerwähnt sei die äußerst innovative Eigenschaft ihrer Anlage geblieben, wonach die Zusammenstellung der Stationen automatisch erkannt und die Aufträge entsprechend abgearbeitet würden. Auch sei Teil des Angebots und in seiner Art derzeit einzigartig. ...

Hierdurch verfüge ihr Angebot über einen Mehrwert. Die Praxisnähe ausschließlich auf ...zu reduzieren, sei darüber hinaus grundsätzlich sachfremd. Die Gesamtbewertung „befriedigend“ beim Kriterium Qualität der Technik sei nicht nachvollziehbar und falsch. Umfangreiche Sachverhalte seien aus technischer Sicht nicht zur Kenntnis genommen worden. ...Dies habe sie auch im Bietergespräch mitgeteilt und zugleich auf den hierdurch entfallenden preislichen Mehraufwand hingewiesen. ... Dass auf ... besonderen Wert gelegt werde, habe der

Zuschlagskriterien; Bestimmungsrecht; Angebotswertung; Rüge; Erkennbarkeit; Rüge nach Einreichung des Nachprüfungsantrags; Rügefrist; Möglichkeit der Ausschöpfung; Akteneinsicht - VergabeR 2021 Heft 3 - 398<<>>

Antragsgegner auch im Bietergespräch nicht deutlich gemacht. Unabhängig davon, dass ihr Angebot eine ... beinhalte, bezweifle sie, dass die Wissensvermittlung mit einer steigenden Menge an Daten erfolgreicher möglich sei. Sie, die Antragstellerin, sehe die Aufgabe des Unterrichts eher darin, ... Auch beim Kriterium didaktische Erweiterungsfähigkeit hätte ihr Angebot besser bewertet werden müssen. Im Bewertungsprotokoll fehlten Details, so dass die Bewertung offensichtlich nicht nachvollziehbar und falsch sei. ... Eine bessere Bewertung ihres Angebots hätte auch beim Kriterium technische Erweiterungsfähigkeit erfolgen müssen. ...

Sie beantragt, unter Aufhebung der Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg<sup>1</sup> den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen.

Der Antragsgegner und die Beigeladene beantragen, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Der Antragsgegner wiederholt und vertieft sein Vorbringen vor der Vergabekammer zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags im Hinblick auf das Erfordernis einer Rüge vor Einreichen des Nachprüfungsantrags. Zudem trägt er vor, seine Wertungsentscheidung sei nicht zu beanstanden. Sie sei transparent und nachvollziehbar dokumentiert. Es stehe ihm frei, beim Kriterium Didaktikkonzept das ... Produkt der Beigeladenen besser zu bewerten als das der Antragstellerin. Unerheblich sei, ob die Antragstellerin im Rahmen des Bietergesprächs einen ... angeboten habe, da es für die Bewertung allein auf die schriftlichen Ausführungen des Konzepts ankomme, wie sich aus den Vorgaben im Verfahrensleitfaden ergebe. Da auch die Beigeladene etwa anbiete, seien hier beide Angebote gleich bewertet worden. Nicht zu beanstanden sei, dass ... als in sich stimmiger und damit besser bewerte. Zutreffend habe er auch beim Kriterium Qualität der Technik das Angebot der Beigeladenen besser bewertet als das der Antragstellerin. Denn das System der Beigeladenen biete eine ... die dem aktuellen Stand der Technik und den industriellen Standards entspreche. Zutreffend sei auch der Einsatz von ... durch die Beigeladene besser bewertet worden, weil dieser Standard im Gegensatz zu einem ... dies gelte insbesondere im Hinblick auf den künftigen 5G Standard. Beim Konzept der Beigeladenen würden ... Ihm, dem Antragsgegner, ... Die schlechtere Bewertung beim Kriterium didaktische Erweiterungsfähigkeit in Bezug auf ... beruhe auf den mangelhaften Ausführungen der Antragstellerin hierzu in ihrem Konzept. Das Angebot der Antragstellerin gebe eine ... wieder, gefordert sei aber ... entsprechend Industrie 4.0 gewesen. ..., worauf die Antragstellerin verweise, stelle kein Erweiterungselement auf didaktischer Ebene dar. Maßgeblich sei es darauf angekommen, dass technische Parameter bzw. Leistungsmerkmale in ein didaktisches Konzept eingebunden seien. Dies habe sich aus dem Angebot der Antragstellerin nicht ergeben. Beim Kriterium technische Erweiterungsfähigkeit sei für die schlechtere Bewertung des Angebots der Antragstellerin ausschlaggebend gewesen, dass sie kein ... anbiete.

Die Beigeladene trägt vor, die Antragstellerin habe schon nicht dargelegt, welchen Sachverhalt der Antragsgegner nicht zutreffend ermittelt und seiner Beurteilung zugrunde gelegt habe. Zurecht sei ihr Angebot beim Kriterium Didaktikkonzept besser bewertet worden. Sofern die Antragstellerin keine ... angeboten habe, sei deren Angebot wegen Fehlens von Anforderungen der Leistungsbeschreibung bereits auszuschließen. Da bereits die indikativen Angebote sämtliche Anforderungen des Leistungsverzeichnisses hätten erfüllen müssen, sei der Antragsgegner zur Nachforderung nicht verpflichtet gewesen. ... rechtfertige die bessere Bewertung ihres Angebots beim Kriterium Qualität der Technik. Für die bessere Bewertung ihres Angebots beim Kriterium didaktische Erweiterungsfähigkeit habe der Antragsgegner zutreffend zugrunde gelegt, ... von besonderer Bedeutung sei und die Qualität der Daten deutlich besser sei. Aufgrund der hochwertigeren technischen Ausführungen des Systems ... habe der Antragsgegner ihr Angebot auch beim Kriterium technische Erweiterungsfähigkeit zutreffend besser bewertet als das der Antragstellerin. Einen Anspruch darauf, dass der Zuschlag auf ihr Angebot erteilt werde, habe die Antragstellerin selbst bei einer Neubewertung nicht.

Ergänzend wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

## Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet.

**1)** Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, soweit die Antragstellerin eine fehlerhafte Wertung der Angebote rügt.

**a)** Das Schreiben vom 28.09.2020, das ausdrücklich auf den am selben Tag eingereichten Nachprüfungsantrag Bezug nimmt, stellt eine Rüge dar.

**aa)** Eine Rüge i.S.v. § 160 Abs. 3 GWB ist gegeben, wenn es sich nicht nur um eine reine Äußerung rechtlicher Zweifel handelt, sondern das Vorgebrachte als Mitteilung zu verstehen ist, dass der Antragsteller die derzeitige Vorgehensweise des Auftraggebers für vergabefehlerhaft hält, verbunden mit der ernstgemeinten Aufforderung an den Auftraggeber, diesen Vergaberechtsverstoß zu beseitigen.<sup>2</sup> Die Rüge muss keine Begründung, insbesondere keine detaillierte rechtliche Würdigung enthalten, sie darf allerdings auch nicht völlig pauschal

Zuschlagskriterien; Bestimmungsrecht; Angebotswertung; Rüge; Erkennbarkeit; Rüge nach Einreichung des Nachprüfungsantrags; Rügefrist; Möglichkeit der Ausschöpfung; Akteneinsicht - VergabeR 2021 Heft 3 - 399<<>>

und undifferenziert sein oder sich gar auf den bloßen Hinweis beschränken, dass das Vergabeverfahren rechtsfehlerhaft sei. Maßstab für die Konkretheit der Rüge ist, dass der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit haben muss, sich selbst zu korrigieren.<sup>3</sup>

**bb)** Diesen Anforderungen genügt das Schreiben vom 28.09.2020 jedenfalls deshalb, weil zur Begründung ausdrücklich auf den als Anlage beigefügten Nachprüfungsantrag verwiesen wird. Aus diesem ergab sich, dass die Antragstellerin der Auffassung ist, die Qualitätskriterien seien nicht bestimmt genug und die Wertung sei fehlerhaft, weil der Antragsgegner den technischen Sachverhalt nicht hinreichend zur Kenntnis genommen und zur Grundlage seiner Wertungsentscheidung gemacht habe. Die Antragstellerin erhob auch keine Rüge ins Blaue hinein. Sie konnte die von ihr vermutete fehlerhafte Wertung nur in Bezug auf ihr Angebot darlegen, da ihr mangels weiterer Kenntnisse kein Vergleichsmaßstab zur Verfügung stand. Im Bieterinformationsschreiben vom 18.09.2020 wurden hierzu keine näheren Angaben gemacht. Der Antragstellerin wurde lediglich mitgeteilt, dass ihr Angebot bei den Zuschlagskriterien Qualität der Technik, didaktische Erweiterungsfähigkeit und technische Erweiterungsfähigkeit weniger gut bewertet wurde als das Angebot der Beigeladenen. Die näheren Gründe für die weniger gute Wertung wurden nicht dargelegt. Es wurde noch nicht einmal dargelegt, wie viele Punkte das Angebot der Antragstellerin und das der Beigeladenen bei den jeweiligen Kriterien erreicht haben. Aus diesem Grund verlangte die Antragstellerin auch eine weitergehende Begründung der Vergabeentscheidung vom Antragsgegner.

**b)** Allerdings sind die Rügen, die Inhalte der Bewertungskriterien seien teilweise nicht ausreichend konkret vorgegeben worden, sodass eine einheitliche Bewertung der Bewerbungen nicht sichergestellt werden könne, und eine Bewertung nach Punkten sei zu beanstanden, nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Dies gilt ebenso, falls sich die Rüge der Antragstellerin auch darauf bezog, dass die Anforderung des Antragsgegners, die Konzepte jeweils auf 3 DIN A 4 Seiten darzustellen, vergaberechtswidrig sei.

Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB sind Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber zu rügen.

Der Antragsgegner formulierte die Qualitätskriterien und die Bewertung nach Punkten ebenso wie die Anforderungen an den Umfang der Darstellung in den Angebotsunterlagen. Mögliche Verstöße waren bereits hieraus erkennbar und hätten folglich spätestens bis zur Abgabe des Angebots gerügt werden müssen. Die Antragstellerin rügte dies jedoch erst mit Schreiben vom 28.09.2020 und damit nicht rechtzeitig.

Die Rügen sind auch nicht von Amts wegen zu beachten. Dies wäre nur der Fall, wenn die vom Antragsgegner aufgestellten Bewertungskriterien eine vergleichende Bewertung nicht erlauben würden. Wie sich aus dem Bewertungsprotokoll ergibt, konnte der Antragsgegner mittels der bekannt gemachten Wertungskriterien jedoch die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen gegeneinander abwägen und vergleichen.

**c)** Hingegen erhob die Antragstellerin die Rüge, der Antragsgegner habe die Angebote fehlerhaft gewertet, rechtzeitig.

**aa)** Dass das Angebot der Beigeladenen besser bewertet wurde als ihres, erfuhr die Antragstellerin erst durch das Bieterinformationsschreiben vom 18.09.2020.

Insoweit bestimmt § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB, dass der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber innerhalb einer Frist von 10 Kalendertagen rügen muss. Damit grenzt die Vorschrift die Fälle von denjenigen ab, in denen der Bieter einen Vergaberechtsverstoß erst nach Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt hat, die keiner Rügeobliegenheit unterliegen,<sup>4</sup> wie sich aus der Gesetzesbegründung zu § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ergibt.<sup>5</sup> Zudem gleicht die Vorschrift die Rügefrist der Stillhaltefrist des § 134 GWB an, die mindestens zehn Kalendertage ab Eingang der Vorabinformation betragen muss und setzt damit die Vorgaben der RL 2007/66 EU um. Ziel war es, die Zulässigkeitsanforderungen von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB und die Informations- und Wartepflicht gem. § 134 Abs. 1 und 2 GWB besser aufeinander abzustimmen.<sup>6</sup>

**bb)** Die 10-Tage-Frist hielt die Antragstellerin ein. Denn die Rüge ging am 28.09.2020 und damit 10 Tage, nachdem sie durch das Bieterinformationsschreiben vom 18.09.2020 über die Wertung informiert wurde, beim Antragsgegner ein. Da das Gesetz von Kalendertagen spricht, endete die Frist am 28.09.2020 um 24 Uhr. Auch die RL 89/665 EWG und die RL 2007/66/EU bemessen die Fristen für die Nachprüfung nach Kalendertagen. Die Berechnung der in § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB geregelten 10-Kalendertage-Frist, die ab der Erlangung der Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß be-

Zuschlagskriterien; Bestimmungsrecht; Angebotswertung; Rüge; Erkennbarkeit; Rüge nach Einreichung des Nachprüfungsantrags; Rügefrist; Möglichkeit der Ausschöpfung; Akteneinsicht - VergabeR 2021 Heft 3 - 400<<>>

ginnt, erfolgt entsprechend § 31 VwVfG und §§ 187 ff. BGB.<sup>7</sup> Insoweit bestimmt § 188 Abs. 1 BGB, dass eine nach Tagen bestimmte Frist mit dem Ablauf des letzten Tages der Frist endet. Folglich wahrte die. am 28.09.2020 um 14:58 Uhr per Telefax bei dem Antragsgegner eingegangene Rüge die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB.

**cc)** Der Nachprüfungsantrag ist nicht unzulässig, weil die Rüge zwar innerhalb der Frist von 10 Tagen, aber etwa 30 Minuten später beim Antragsgegner als der Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer einging.

§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB lässt sich nicht entnehmen, dass der Bieter in jedem Fall eine Rüge vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erheben muss, auch wenn dies zur Verkürzung der ihm zustehenden Rügefrist führt. Über eine Wartefrist nach der Rüge, bis zu der der Nachprüfungsantrag zulässigerweise gestellt werden kann, sagt das Gesetz ebenso wie schon die Vorgängervorschrift des § 107 Abs. 3 GWB nichts. Allein durch die Verwendung des Perfekts in Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 („gerügt hat“) wird eine verbindliche Wartefrist nicht gesetzlich normiert.<sup>8</sup> Auch wenn die Vorschrift intendiert, dass der Vergabestelle die Möglichkeit gegeben wird, etwaige Vergaberechtsverstöße möglichst frühzeitig zu beseitigen und hierdurch im Interesse aller Beteiligten unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden, lehnte es die h.M. schon unter Geltung der Vorgängervorschrift des § 107 Abs. 3 GWB, die ebenfalls das Perfekt („gerügt hat“) verwendete, ab, im Hinblick auf das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage eine Wartefrist anzuerkennen.<sup>9</sup> Auch wenn die Rüge dem Zweck dient, dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit zu geben, selbst etwaige Vergaberechtsverstöße auszuräumen, muss dies in Fällen, in denen anderenfalls effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet wird, zurücktreten. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB bestimmt nämlich weiter, dass der Ablauf der Frist nach § 134 Abs. 2 GWB unberührt bleibt. Die verkürzte Wartefrist nach § 134 Abs. 2 GWB beträgt ebenfalls 10 Kalendertage. Dies kann in Fällen, in denen sich ein möglicher Vergabeverstoß erst aus der Bieterinformation ergibt, zum Ergebnis führen, dass die Rügefrist zum selben Zeitpunkt wie die Wartefrist endet. Mit Blick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes kann jedenfalls dann nicht an dem Erfordernis einer dem Nachprüfungsantrag vorgelagerten Rüge festgehalten werden, wenn der Antragsteller – wie hier – von dem Vergabefehler so spät erfährt, dass zu befürchten ist, dass er seine Rechte infolge der bevorstehenden Zuschlagserteilung nicht mehr geltend machen kann.<sup>10</sup> Denn eine Aussetzung des Vergabeverfahrens gem. § 169 Abs. 1 GWB kann nicht durch die Rüge, sondern allein durch die Einreichung eines Nachprüfungsantrags erreicht werden.<sup>11</sup> Würde man auch in Fällen wie dem vorliegenden die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags von einer vorherigen Rüge abhängig machen, könnte der Bieter entweder die ihm vom Gesetzgeber zugestandene Rügefrist von 10 Tagen nicht ausschöpfen oder er würde Gefahr laufen, dass der öffentliche Auftraggeber nach Ablauf der Wartefrist den Zuschlag erteilt und damit keine Überprüfung mehr erfolgt, weil nach Zuschlagserteilung die Unwirksamkeit nur unter den Voraussetzungen des § 135 GWB geltend gemacht werden kann.<sup>12</sup>

Ob in Fällen, in denen dem Bieter die Rügefrist von 10 Tagen gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht (vollständig) zur Verfügung steht, etwa weil er erst aufgrund rechtlicher Beratung zum Bieterinformationsschreiben Kenntnis von einem Vergabeverstoß erhält, er zur Wahrung seines Rechts auf Nachprüfung dennoch gehalten ist, den Verstoß vor oder zugleich mit Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu rügen, braucht nicht entschieden zu werden. Denn die Antragstellerin erhob die Rüge zeitgleich mit dem Nachprüfungsantrag innerhalb der Frist von 10 Tagen. Für die Bemessung der Frist ist auf den Kalendertag und nicht etwa kürzere Zeiteinheiten (etwa Stunden oder Minuten) abzustellen, wie bereits ausgeführt wurde. Im Übrigen wäre vorliegend die Forderung nach einer vorherigen Rüge reine Förmerei. Denn es ist nicht davon auszugehen, dass etwa dann, wenn die Rüge kurze Zeit – wenige Minuten – vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erhoben worden wäre, der Antragsgegner hierauf hätte sachgerecht reagieren können. Zudem ist der öffentliche Auftraggeber nicht gehindert, auch nach Einleiten eines Nachprüfungsverfahrens gerügten Verfahrensverstößen abzuwehren. In einem solchen Fall besteht zudem nach §§ 182 Abs. 3 Satz 4 und Abs. 4 Satz 3 GWB die Möglichkeit, die Kosten eines sich dann erledigenden Nachprüfungsverfahrens dem Bieter aufzuerlegen.

**2)** Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet, weil sich nicht feststellen lässt, dass die Wertung des Antragsgegners fehlerhaft war.

**a)** Es ist Ausdruck des Bestimmungsrechts des Auftraggebers, die Kriterien für die Zuschlagserteilung zu

bestimmen. Er kann festlegen, worauf es ihm bei dem zu vergebenden Auftrag ankommt und was er als wirtschaft-

Zuschlagskriterien; Bestimmungsrecht; Angebotswertung; Rüge; Erkennbarkeit; Rüge nach Einreichung des Nachprüfungsantrags; Rügefrist; Möglichkeit der Ausschöpfung; Akteneinsicht - VergabeR 2021 Heft 3 - 401<<>>

lich ansieht. Dem Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers unterliegen sowohl die Kriterien, anhand derer die Angebote bewertet werden, als auch die Methode, wie ein Wertungsergebnis ermittelt wird. Hierbei steht dem Auftraggeber ein großer Ermessensspielraum zu.<sup>13</sup> Infolgedessen kann von den Nachprüfungsinstanzen nur überprüft werden, ob die Vergabestelle im Rahmen der Wertung das vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat, nicht von einem unzutreffenden oder nicht hinreichend ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, sich von sachwidrigen Erwägungen hat leiten lassen und allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe beachtet hat.<sup>14</sup>

Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Gründe für die Auswahlentscheidung und den Zuschlag zu dokumentieren, § 8 Abs. 1 Satz 2 VgV. Hierbei muss der Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass die Bewertung der Angebote als solche und in Relation zu den übrigen Angeboten, vor allem demjenigen des bestplatzierten Bieters, für Dritte, insbesondere die Nachprüfungsinstanzen, nachvollziehbar dargelegt werden.<sup>15</sup>

Da die Bieter ihre Konzepte für die Erfüllung der Qualitätsunterkriterien schriftlich darstellen sollten, hat der Wettbewerb das Gepräge eines Vergabeverfahrens mit funktionaler Leistungsbeschreibung (§ 31 II Nr. 1 VgV).

**b)** Die qualitativen Zuschlagskriterien erläuterte der Antragsgegner im Verfahrensleitfaden. Hierbei machte er auch darauf aufmerksam, dass das im Vergleich zu anderen Angeboten jeweils beste Angebot nicht automatisch die maximale Punktzahl erhält. Weiter enthielten die Vergabeunterlagen eine funktionale Leistungsbeschreibung, wonach Ziel die Errichtung von Lernfabriken 4.0 war, die die Schüler und Schülerinnen in die Lage versetzen sollen, den Aufbau und die Funktionsweise einer modernen, vernetzten Fertigungsanlage kennenzulernen und ihre gelernten Kenntnisse umzusetzen. Hierbei hatten die Bieter auch das ihnen zur Verfügung gestellte pädagogische Konzept zu beachten. Danach kam es dem Antragsgegner darauf an, dass die Schülerinnen und Schüler die erforderlichen Kompetenzen im Rahmen der beruflichen Erstausbildung und der Weiterbildung in Bezug auf reale Produktionsprozesse erwerben. Die Nutzung der Lernfabrik sollte auf Nachhaltigkeit ausgelegt sein und genügend Raum für möglicherweise erforderliche Erweiterungen geben, die sich aus der kontinuierlichen technologischen Weiterentwicklung im Bereich von Industrie 4.0 ergeben.

Diese den Bietern mitgeteilten Anforderungsmaßstäbe legte der Antragsgegner bei der Bewertung zugrunde. Die an die Dokumentationspflicht zu stellenden Anforderungen erfüllt das Bewertungsprotokoll, auch wenn die einzelnen Gesichtspunkte teilweise nur schlagwortartig bewertet wurden. Denn das Bewertungsprotokoll lässt nachvollziehbar erkennen, welche Vor- und Nachteile der einzelnen Angebote der Antragsgegner gegenüberstellte und weshalb er bei den Kriterien Qualität der Technik, didaktische Erweiterungsfähigkeit und technische Erweiterungsfähigkeit das Angebot der Beigeladenen höher bewertete als das Angebot der Antragstellerin. Dass die Vorgaben zu den einzelnen qualitativen Bewertungskriterien nicht sehr ausführlich waren und einen nicht unerheblichen Interpretationsspielraum zuließen, ist zugrunde zu legen, weil dies von der Antragstellerin nicht wirksam gerügt wurde.

**aa)** Beim Kriterium Didaktikkonzept haben Antragstellerin und Beigeladene ... Punkten erhalten. Die Antragstellerin macht mit ihrer sofortigen Beschwerde im Grunde geltend, dass die von ihr angebotene Lösung

überlegen sei. Weshalb der Antragsgegner mit der Vergabe von ...Punkten auf ihr Angebot und das Angebot der Beigeladenen das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten hat, er von einem unzutreffenden oder nicht hinreichend ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist oder sich von sachwidrigen Erwägungen hat leiten lassen und allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe missachtet hat, begründet die Antragstellerin nicht. Dass die Antragstellerin ihr System für besser achtet, ist unerheblich. Es steht dem Antragsgegner frei, die Auffassung zu vertreten, dass ein System, mit dem die Schüler später im beruflichen Alltag zu tun haben werden, seinen Vorstellungen besser entspricht. Dieser Gesichtspunkt ist auch nicht sachfremd, denn die Praxistauglichkeit von Schulungsangeboten ist ein beachtenswertes Kriterium. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass der Antragsgegner trotz des Angebots der Antragstellerin einer ...positiver bewertet, da er eine ...Dass es dem Antragsgegner auf ...ankam, ergab sich eindeutig aus den Vergabeunterlagen, sodass nicht zu beanstanden ist, dass er das Vorhandensein eines ... im Angebot der Beigeladenen positiv bewertet.

Dass ...führt allerdings nicht zum Ausschluss ihres Angebots. Zum einen verlangte der Antragsgegner in der funktionalen Leistungsbeschreibung in Punkt 2.2.1 und 2.2.2, ...Zudem befand sich das Wort ...in Klammern, so dass nicht eindeutig war, ob nur eine, ... als Mindeststandard gefordert war. Nur eindeutige Leistungsbestimmungen können jedoch einen Ausschluss

Zuschlagskriterien; Bestimmungsrecht; Angebotswertung; Rüge; Erkennbarkeit; Rüge nach Einreichung des Nachprüfungsantrags; Rügefrist; Möglichkeit der Ausschöpfung; Akteneinsicht - VergabeR 2021 Heft 3 - 402<<>>

begründen. Wenn aber über den Mindeststandard hinaus ...angeboten wird, so ist es dem Antragsgegner nicht verwehrt, diesen Gesichtspunkt positiv zu bewerten. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Antwort des Antragsgegners auf die Bieteranfrage der Antragstellerin zur Frage ...Denn danach erklärte der Antragsgegner, dass eine solche Funktion nicht unbedingt erforderlich sei. Damit legte der Antragsgegner nur den Mindeststandard fest. Da es aber um das jeweils beste Konzept ging und nach den Ausschreibungsunterlagen auch ...angesprochen war, verletzte der Antragsgegner seinen Beurteilungsspielraum nicht, das Konzept der Beigeladenen, das eine solche Funktion aufwies, besser zu bewerten.

**bb)** Die bessere Bewertung beim Kriterium Qualität der Technik. hat der Antragsgegner ebenfalls nachvollziehbar und im Rahmen seines Beurteilungsspielraums dargestellt. Dass die Antragstellerin die besonderen Eigenschaften des ...im schulischen Alltag für irrelevant halt, ist unbeachtlich. Dass es ein maßgeblicher Bewertungsfaktor sein kann, insbesondere, da es um die Umsetzung von Industrie 4.0 geht, steht außer Frage. Da, wie bereits ausgeführt, die ...ein maßgeblicher Gesichtspunkt des didaktischen Konzepts ist, ist es nachvollziehbar, wenn der Antragsgegner das von der Beigeladenen angebotene Konzept, bei dem beim Auftreten eines Produktionsfehlers nicht der komplette Auftrag fehlerhaft bis zum Ende produziert werden muss, sondern das Werkstück zur Nachbearbeitung aussortiert wird, positiv bewertet hat. Dies bringt er zum Ausdruck, wenn er im Bewertungsprotokoll darauf abstellt, dass auch die im Bildungsplan verankerten Inhalte damit besser umgesetzt werden. Nachvollziehbar wurde auch der Einsatz von ...bei der Beigeladenen im Hinblick auf einen zukünftigen 5G Standard besser bewertet. Es ist nicht Aufgabe der Antragstellerin, das didaktische Konzept des Antragsgegners infrage zu stellen und ein eigenes für besser gehaltenes Konzept als vorzugswürdig darzustellen. Wenn der Antragsgegner der Auffassung ist, dass die Art und Anzahl der Sensoren bei der von der Beigeladenen angebotenen Lösung und die hierdurch größeren Datenmengen für die Ausbildung vorteilhaft sind, ist dies eine sachgerechte Erwägung. Dies gilt umso mehr, als die Landesregierung, die die Lernfabriken fördert (die entsprechenden Förderrichtlinien waren den Bietern bekannt), im Bereich künstliche Intelligenz auf eine zunehmende Nutzung von Daten auf allen Ebenen setzt, sodass das Umgehen mit hohen Datenmengen zulässigerweise als vorteilhaft bewertet wurde. Der Antragsgegner hat auch beachtet, dass die Antragstellerin ...

anbietet. Er bewertete aber das Angebot der Beigeladenen deshalb besser, weil diese zusätzlich ...anbot. Unerheblich ist, dass die Antragstellerin im Bietergespräch nicht darauf hingewiesen wurde, dass für den Antragsgegner ... von großer Bedeutung ist. Im Verhandlungsverfahren ist, wie § 17 Abs. 13 Satz 1 VgV klarstellt, zu beachten, dass der öffentliche Auftraggeber die Bieter in Bezug auf das Verfahren gleich behandelt. Wie sich der Senat durch Einblick in die Protokolle zu den Bietergesprächen vergewissert hat, erteilte der Antragsgegner auch gegenüber der Beigeladenen keine Hinweise oder stellte dar, was für ihn von besonderer Bedeutung ist. Daher benachteiligte der Antragsgegner die Antragstellerin nicht dadurch, dass er im Rahmen des Bietergesprächs nicht die Wichtigkeit ... verdeutlichte.

**cc)** Dass das Angebot der Beigeladenen auch beim Kriterium didaktische Erweiterungsfähigkeit besser bewertet wurde als das Angebot der Antragstellerin, erfolgte ebenfalls im Rahmen des dem Antragsgegner zustehenden Beurteilungsspielraums. Es lässt sich nicht feststellen, dass das Angebot der Antragstellerin im Hinblick auf die Erweiterbarkeit der Lernmodule und Integrationsfähigkeit weiterer Lernmodule in das Gesamtkonzept erheblich besser hätte bewertet werden müssen als das der Beigeladenen, wie sie geltend macht. Insoweit setzt sie lediglich ihre Wertung an die Stelle der Vergabestelle, ohne dazulegen, weshalb der Antragsgegner von sachfremden Erwägungen ausgegangen sein soll. Maßgeblich für die bessere Bewertung des Angebots der Beigeladenen sind, wie sich aus dem Bewertungsprotokoll ergibt, die Ausführungen zur ...,die anhand der vorgelegten Konzepte zu bewerten waren. Der Antragsgegner hat bei seiner Wertung beachtet, dass das Angebot der Antragstellerin eine ...wiedergibt. Dieses entspricht aber nur dem Industriestandard 3.5, während der Antragsgegner eine datenbasierte Wertschöpfung entsprechend Industrie 4.0 gefordert hat.

**dd)** Ebenso wenig zu beanstanden ist, dass das Angebot der Beigeladenen beim Kriterium technische Erweiterungsfähigkeit deswegen besser bewertet wurde, weil sie ...einsetzt, da dies ermöglicht, ...was im Hinblick den Einsatz des 5G Standards in der Industrieproduktion wichtig ist. Dass es sich hierbei um einen nachvollziehbaren Gesichtspunkt handelt, wurde bereits dargestellt. Ebenso ist unstreitig, dass die von der Antragstellerin angebotene Lösung nicht über ... verfügt.

**3)** Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 175 Abs. 1, 78 Satz 2 GWB. Der Beschwerdewert wurde entsprechend § 50 Abs. 2 GKG festgesetzt.

Das Verfahren war nicht nach § 179 Abs. 2 GWB dem Bundesgerichtshof vorzulegen, weil der Senat nicht von einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Saarbrücken<sup>16</sup> abweicht. Im dortigen Fall reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag ein, ohne den beanstandeten Vergabeverstoß gegenüber der Vergabe-

Zuschlagskriterien; Bestimmungsrecht; Angebotswertung; Rüge; Erkennbarkeit; Rüge nach Einreichung des Nachprüfungsantrags; Rügefrist; Möglichkeit der Ausschöpfung; Akteneinsicht - VergabeR 2021 Heft 3 - 403<<>>

stelle zu rügen. Unabhängig davon, dass Oberlandesgericht Saarbrücken seine Entscheidung unter Geltung von § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB traf, hatte der Senat über einen nicht vergleichbaren Sachverhalt zu entscheiden, denn vorliegend reichte die Antragstellerin Rüge und Nachprüfungsantrag am selben Tag ein.

## Anmerkung:

*von Rechtsanwalt Dr. Matthias Ulshöfer, Stuttgart\**

Über den Beschluss des OLG Karlsruhe<sup>1</sup> wird noch viel diskutiert werden. Rechtlicher Ausgangspunkt ist die Rügeobliegenheit des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Danach ist ein Vergabenachprüfungsantrag unzulässig, soweit

der Antragssteller den geltend gemachten Vergabeverstoß vor Einreichung des Nachprüfungsantrages erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Bislang wurde die Vorschrift nahezu einhellig so verstanden, dass die Rüge als „Zugangsvoraussetzung“ zum Nachprüfungsverfahren spätestens unmittelbar vor Einreichung des Nachprüfungsantrages, jedenfalls aber mindestens gleichzeitig ausgesprochen werden muss.<sup>2</sup> Das folgt zwar nicht unbedingt aus dem Wortlaut der Vorschrift, weil sich die zeitliche Präposition „vor“ bei zutreffender grammatikalischer Auslegung wohl nur auf den Akt des „Erkennens“ bezieht und nicht unbedingt auch auf den Akt der Rügeübermittlung.<sup>3</sup> Das folgt aber jedenfalls aus dem Normzweck, wonach der Bieter, der einen Fehler im Vergabeverfahren erkannt hat, nach Treu und Glauben nicht darauf soll spekulieren können, dass sich dieser zu seinen Gunsten auswirke sowie dem Gebot, dem Auftraggeber Gelegenheit zu einer beschleunigten Selbstkorrektur ohne Nachprüfungsverfahren zu geben.<sup>4</sup>

In der nunmehr entschiedenen Fallkonstellation hatte der Auftraggeber der Antragstellerin mit Bieterinformationsschreiben nach § 134 GWB vom 18.09.2020 mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Die Antragstellerin reichte per Telefax am 28.09.2020 um 14:28 Uhr bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag ein und übermittelte am selben Tag um 14:58 Uhr dem Auftraggeber ein als Rügeschreiben auszulegendes Schreiben, dem sie den bereits eingereichten Nachprüfungsantrag beifügte. Wegen der Umkehr der nach §§ 160 Abs. 3, 161 Abs. 2 GWB an sich gebotenen Reihenfolge – erst Rüge und dann Nachprüfungsantrag – hatte die Vergabekammer Baden-Württemberg den Nachprüfungsantrag durch Beschluss vom 30.10.2020 ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen und keine weitergehende Akteneinsicht gewährt. Zwar regelt das Gesetz nicht, mit welchem zeitlichen Abstand die Rüge vor Einreichung des Nachprüfungsantrages erhoben werden müsse, dem Gesetz sei aber seinem Wortlaut nach eindeutig zu entnehmen, dass der mögliche Vergabeverstoß jedenfalls zunächst beim Auftraggeber zu rügen sei.<sup>5</sup>

Das OLG Karlsruhe führt aus, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB lasse sich nicht entnehmen, dass der Bieter in jedem Fall eine Rüge vor Einreichen des Nachprüfungsantrages erheben müsse, auch wenn dies zur Verkürzung der ihm zustehenden Rügefrist führe. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB bestimme nämlich weiter, dass der Ablauf der Frist nach § 134 Abs. 2 GWB unberührt bleibe. Dies könne in Fällen, in denen sich ein möglicher Vergabeverstoß erst aus der Bieterinformation ergebe, zu dem Ergebnis führen, dass die Rügefrist zum selben Zeitpunkt wie die Wartefrist endet. Würde man hier die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages von einer vorherigen Rüge abhängig machen, könnte der Bieter entweder die ihm vom Gesetzgeber zugestandene Rügefrist von 10 Tagen nicht ausschöpfen oder er würde Gefahr laufen, dass der öffentliche Auftraggeber nach Ablauf der Wartefrist den Zuschlag erteile und damit keine Überprüfung mehr erfolgen könne, weil nach Zuschlagserteilung die Unwirksamkeit nur noch unter den Voraussetzungen des § 135 GWB geltend gemacht werden kann. Die Rügefrist müsse aber, wie jede Frist, voll ausgeschöpft werden können.<sup>6</sup>

Die Überlegungen des OLG Karlsruhe sind als solche zweifelsfrei nachvollziehbar. Die bisher vorherrschende Meinung hatte das Problem, dass die Wartefrist des § 134 Abs. 2 GWB bereits vor Ablauf der Rügefrist ablaufen kann, aber durchaus gesehen – und hingenommen. Wenn der Vergabeverstoß vom Antragssteller erst während des Laufs der schon begonnenen Wartefrist (§ 134 Abs. 2 Satz 2 GWB) erkannt wird, so muss er sich für die Abgabe seiner vorherigen Rüge an der laufenden Wartefrist orientieren und kann die erst später ablaufende Rügefrist nicht voll ausnutzen.<sup>7</sup> Oder, wie das OLG Saarbrücken<sup>8</sup> zu derselben Frage unter Geltung des § 101a Abs. 1 Satz 3 GWB formuliert hatte: „Auch sonst gibt es keine triftigen Gründe, die vorherige Rüge

Zuschlagskriterien; Bestimmungsrecht; Angebotswertung; Rüge; Erkennbarkeit; Rüge nach Einreichung des Nachprüfungsantrags; Rügefrist; Möglichkeit der Ausschöpfung; Akteneinsicht - VergabeR 2021 Heft 3 - 404<<

ausnahmsweise als entbehrlich anzusehen. Die 15 bzw. 10-Tage-Wartefrist des § 101a Abs. 1 Satz 3 GWB legt entgegen der Argumentation der Antragstellerin nicht den Zeitraum fest, innerhalb dessen Rügen stets noch als unverzüglich anzusehen sind, sondern bestimmt den Zeitraum, in dem der Nachprüfungsantrag spätestens gestellt werden muss. Der Ablauf Rüge/Nachprüfungsantrag kann nicht dadurch umgangen werden, dass ein Bieter innerhalb der Wartefrist einen Nachprüfungsantrag stellt und erst danach den Vergabeverstoß gegenüber der Vergabestelle rügt.“ Ausnahmen wurden nur in Fällen zugelassen, in denen der Bieter befürchten musste, dass die Vergabekammer den Suspensiveffekt des § 169 Abs. 1 GWB nach Einreichung des Nachprüfungsantrages nicht mehr vor Ablauf der Wartefrist herstellen können und gerade die unmittelbar vorher oder zeitgleich eingereichte Rüge den Auftraggeber veranlassen könnte, den Zuschlag schnellstmöglich zu erteilen.<sup>9</sup>

Aus Sicht der Bieter, die nach Erhalt eines § 134 GWB Schreibens regelmäßig unter mehr oder weniger großer Zeitnot stehen, zumal wenn sie erst rechtlichen Rat einholen müssen, kann die Befreiung von der Rügeobliegenheit insbesondere in komplexen Vergabeverfahren zunächst einmal eine gewisse zeitliche Entlastung bedeuten. Offengelassen hat das OLG Karlsruhe allerdings, ob in solchen Fällen dann stets am selben Kalendertag noch eine Rüge nachgereicht werden muss.

Man muss vor allem aber eines im Auge behalten. Bei der entschiedenen Fallkonstellation handelte es sich nicht um einen Fall besonderer Schutzbedürftigkeit des Bieters. Für eine besondere Zeitnot, die das rechtzeitige Einreichen der Rüge unzumutbar oder gar unmöglich gemacht hätte, war nichts ersichtlich. Wie der zeitliche Abstand der Faxsendungen von nur 30 Minuten belegt, wäre es dem Bieter ohne Weiteres möglich gewesen, erst das Telefax mit der Rüge zu versenden und dann den Nachprüfungsantrag einzureichen. Dann hätte auch der Vorschrift des § 161 Abs. 2 GWB genügt werden können. Bleibt es bei der Rechtsprechung des OLG Karlsruhe, so könnte es zum vom Gesetzgeber gerade nicht gewollten „Normalfall“ werden, dass Bieter ohne vorherige Rüge kurz vor Ablauf der Wartefrist einen Nachprüfungsantrag einreichen und so dem Auftraggeber die Möglichkeit zur raschen Selbstkorrektur auch dann nehmen, wenn er an sich dazu bereit gewesen wäre. Ein solches Vorgehen kann bei misstrauischen Bietern durchaus auch einmal taktisch motiviert sein. Denn jedenfalls wird ohne vorherige Rüge dem Auftraggeber nicht nur die Chance zur Abhilfe genommen, sondern auch die Chance, die Dokumentation des Verfahrens vor Einreichung des Nachprüfungsantrages noch nachzubessern. Akteneinsicht jedenfalls, auch das hat das OLG Karlsruhe entschieden, wird auch ohne vorherige Rüge gewährt, unterstellt, dass der Nachprüfungsantrag nicht im Übrigen offensichtlich unzulässig ist.<sup>10</sup>

Ob eine zunächst gegebene Bereitschaft zur Abhilfe nach Einreichung eines konfrontativen Nachprüfungsantrages immer noch gegeben ist, kann durchaus fraglich sein. Zumal es in einem solchen Fall aus Sicht des Auftraggebers zwar denkbar, sicher aber nicht zwingend ist, dass dem Bieter die Kosten des Nachprüfungsverfahrens nach § 182 Abs. 3 Satz 4 und Abs. 4 Satz 3 GWB auferlegt werden. Ein solcher Automatismus würde nämlich letztlich die tragende Begründung der Rechtsprechung des OLG Karlsruhe, dem Bieter das volle Ausschöpfen der Rügefrist zu ermöglichen, wieder konterkarieren.

---

<sup>1</sup> VK Baden-Württemberg, Entsch. v. 30.10.2020 – 1 VK 47/20.

<sup>2</sup> VK Bund, Beschl. v. 28.05.2020 – VK 1-34/20, BeckRS 2020, 24255 Rdnr. 32, beck-online.

- <sup>3</sup> Vgl. Reidt, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2019, § 160 Rdnr. 75.
- <sup>4</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 26.09.2006 – X ZB 14/06, juris.
- <sup>5</sup> BT-Drucks. 18/6281, S. 134, 135.
- <sup>6</sup> Vgl. RL 2007/66/EU, Erwägungsgrund Nr. 11; BT-Drucks., a.a.O.
- <sup>7</sup> Vgl. Carsten Nowak, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB Rdnr. 65 m.w.N.
- <sup>8</sup> Vgl. MünchKomm.-Jaeger, EuWettbR, 2. Aufl. 2018 § 160 GWB Rdnr. 64.
- <sup>9</sup> Vgl. Senat, Beschl. v. 21.12.2012 – 15 Verg 10/12, juris Rdnr. 77 m.w.N. zu § 107 Abs. 3 GWB a.F.
- <sup>10</sup> Vgl. Senat, a.a.O.
- <sup>11</sup> Vgl. Reidl, in: Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 160 Rdnr. 71.
- <sup>12</sup> Vgl. Wiese, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 160 GWB Rdnr. 163; MünchKomm.-Jaeger, EuWettbR, a.a.O., § 160 GWB Rdnr. 64–66.
- <sup>13</sup> EuGH, Urt. v. 26.03.2015 – C-601/13, Ambisig, Rdnr. 28, juris; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.02.2017 – VII-Verg 31/16, juris 17.
- <sup>14</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.05.2005 – VII-Verg 16/05, juris Rdnr. 24; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, § 127 Rdnr. 48 m.w.N.
- <sup>15</sup> Vgl. BGH, NZBau 2017, 366 [BGH 04.04.2017 - X ZB 3/17] Rdnr. 53; Ziekow/Völlink/Goede/Hänsel, 4. Aufl. 2020, § 8 VgV Rdnr. 9.
- <sup>16</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 27.06.2016 – 1 Verg 2/16, juris.
- \* Fachanwalt für Vergaberecht, Oppenländer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB. Der Verfasser hat die Beigeladene vertreten.
- <sup>1</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.01.2021 – 15 Verg 11/20.
- <sup>2</sup> Vgl. Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 160 GWB Rdnr. 5; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.08.2000 – Verg 9/00.
- <sup>3</sup> Vgl. MünchKomm.- Jaeger, VergabeR I, § 160 GWB Rdnr. 65.
- <sup>4</sup> Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 4 Vergaberecht, § 160 GWB Rdnr. 45; MünchKomm.- Jaeger, VergabeR I, § 160 GWB Rdnr. 65 mzwN; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 27.06.2016 – 1 Verg 2/16, Rdnr. 72; vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.11.2014 – 15 Verg 6/14, Rdnr. 37 ff.
- <sup>5</sup> VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 30.10.2020 – 1 VK 47/20, S. 12.

- <sup>6</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.11.2020 – 15 Verg 11/20, S. 8 (Beschluss zur Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde).
- <sup>7</sup> Vgl. MünchKomm.-Jaeger, VergabeR I, § 160 GWB Rdnr. 61.
- <sup>8</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 27.06.2016 – 1 Verg 2/16, Rdnr. 90.
- <sup>9</sup> Vgl. MünchKomm.-Jaeger, VergabeR I, § 160 GWB Rdnr. 68 m.w.N.; ablehnend Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 4 Vergaberecht, § 160 GWB Rdnr. 128; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.11.2014 – VII-Verg 20/14.
- <sup>10</sup> VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 10.09.2009 – 1 VK 49/09; Byok, in: Byok/Jaeger, VergabeR, 4. Aufl. 2018, § 165 GWB Rdnr. 6 m.w.N.