

Leitsatz:

Nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Kraft Gesetzes ist die Rüge nur dann entbehrlich, wenn und soweit die Unwirksamkeit des Vertrages nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB (unzulässige Direktvergabe) geltend gemacht wird (§ 160 Abs. 3 Satz 2 GWB). Das Gesetz sieht keine Ausnahme vor.

**Nachprüfungsantrag:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
**( Antragstellerin - ASt )**

**Vergabestelle:** .....  
**( Vergabestelle - VSt )**

**Lieferauftrag:** .....**verpflegung ..... mit Warmverpflegung**

**Vergabeverfahren:** **Offenes Verfahren nach § 15 VgV**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 31.05.2017 durch die Vorsitzende ..., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**B e s c h l u s s :**

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €.

### **Sachverhalt:**

#### **1.**

Die VSt schrieb die .....verpflegung für ..... mit Warmverpflegung im Offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

#### **2.**

Die ASt hat nicht selbst gegenüber der VSt gerügt. Dagegen rügt die Fa. X per Fax am 29.03.2017, in den Vergabeunterlagen würden Festlegungen gegen Vergaberecht verstoßen. Im Einzelnen macht die Fa. X geltend:

- die Unangemessenheit der von der Vergabestelle bestimmten Angebots- und weiteren Verfahrensfristen sowie eines Verstoßes gegen § 20 Abs. 3 S. 1 Ziff. 1 VgV,
- die objektive Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit und Angebotskalkulation nach Maßgabe der vorgelegten Vergabebedingungen insbesondere für ein „neu“ an einer Auftragserbringung interessiertes Unternehmen,
- die Unangemessenheit/Unzumutbarkeit einer mehr als 5 1/2 monatigen Zuschlags- /Bindefrist insbesondere unter Berücksichtigung der „Vertragsfristen“,
- die Unklarheit und Intransparenz des Bewertungsverfahrens sowohl im Hinblick auf preisliche, wie auch qualitative und eignungsrelevante Aspekte,
- das Auseinanderfallen der in der EU Bekanntmachung als „Auftraggeber“ sowie dem Vertragsentwurf genannten Stelle des Antragsgegners.

#### **3.**

Die Submission fand am xx.xx.xxxx statt. Am Wettbewerb beteiligt haben sich x Bieter. Die ASt hat kein Angebot abgegeben.

#### **4.**

Mit Schreiben vom 27.4.2017 erhob die ASt Nachprüfungsantrag gem. § 160 Abs. 1 GWB. Sie beantragt:

##### **I.**

1. der VSt wird untersagt, dass Vergabeverfahren für Leistungen zur .....verpflegung für ..... mit Warmverpflegung auf Grundlage der bisherigen Ausschreibung durch Zuschlagserteilung abzuschließen.

2. Hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass hinsichtlich des öffentlichen Auftrags über Leistungen zur .....verpflegung für ..... mit Warmverpflegung der VSt ein etwaiger Zuschlag gemäß § 135 Abs. 1 Ziff. 1, 2 GWB unwirksam ist.

3. Der VSt wird aufgegeben, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht den Auftrag .....verpflegung für ..... mit Warmverpflegung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.

4. der Antragstellerin wird Akteneinsicht nach Maßgabe des § 165 GWB gewährt.

II.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.

III.

Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt.

Zur Begründung vertieft die ASt die von der X vorgetragene Verstöße gegen das Vergaberecht.

**5.**

Die VK übermittelte den Nachprüfungsantrag mit Schreiben vom 28.04.2017 an die VSt.

**6.**

Die VSt hat die Vergabeakte vorgelegt und mit Schreiben vom 15.05.2017 beantragt:

1. Die Anträge der ASt werden abgelehnt.

2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten einer Rechtsverfolgung.

**7.**

Mit Schreiben vom 26.5.2017 nimmt die ASt Stellung. Auf den diesbezüglichen Schriftsatz wird verwiesen.

**8.**

In der mündlichen Verhandlung am 31.05.2017 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt und die VSt bleiben bei ihren Anträgen aus den Schriftsätzen vom 27.04.2017 (ohne den Hilfsantrag) und 16.05.2017.

**9.**

Die Vorsitzende der Vergabekammer hat am 31.5.2017 die fünf-Wochen-Frist des § 167 Absatz 1 Satz 1 GWB bis einschließlich 16.6.2017 verlängert.

**Begründung:**

**1.**

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, weil die ASt ihrer Rügeobliegenheit nicht nachgekommen ist.

Nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

Kraft Gesetzes ist die Rüge nur dann entbehrlich, wenn und soweit die Unwirksamkeit des Vertrages nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB (unzulässige Direktvergabe) geltend gemacht wird (§ 160 Abs. 3 Satz 2 GWB). Das Gesetz sieht keine Ausnahme vor. Deshalb steht es Vergabekammern auch nicht zu Ausnahmen zu erfinden (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 160 GWB Rdnr. 181 ff).

- a) Die ASt hat die behaupteten Vergaberechtsverstöße bei der Bearbeitung der Vergabeunterlagen erkannt und entschieden, sich deswegen an der Ausschreibung nicht zu beteiligen.
- b) Vorliegend fehlt eine Rüge der ASt gegenüber der VSt. Ausweislich der Unterschriften auf dem der VSt am 29.03.2017 zugegangenen Schreiben ist die Rüge zweifelslos von der X verfasst worden. Auch hat die VSt diese Rüge der X zuge-

ordnet und ihre Antwort zum Rügeschreiben vom 13.4.2017 an die X gerichtet. In der mündlichen Verhandlung hat die ASt dies bestätigt.

- c) Der Auftrag wurde noch nicht vergeben. Die VSt hat in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass der streitgegenständliche Auftrag nicht vergeben ist.

2.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

- c) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.

Da sich die ASt bisher mit einem eigenen Angebot an dem Wettbewerb nicht beteiligt hat, muss ihr Angebotspreis geschätzt werden. In der mündlichen Verhandlung hat die ASt auf Nachfrage durch die VK den Preis pro täglichen Verpflegung mit x,- € bis x,- € angegeben. Die VK hat daraus einen Mittelpreis von x,- € pro Verpflegung festgelegt.

Im Hinblick auf die daraus ermittelte Angebotssumme und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

Da ohne Beiladung entschieden werden konnte, wird die Gebühr um xxx,- € auf x.xxx,- € reduziert.

Dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit um x.xxx,- € auf x.xxx,- € ermäßigt werden. Die Ermäßigung ergibt sich aus Synergie-Effekte mit dem Fall 05/17 und der Ablehnung wegen Unzulässigkeit.

- d) Die Gebühr wird mit der Vorschusszahlung in Höhe von x.xxx,- € verrechnet, der übersteigende Betrag von xxx,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an den ASt zurücküberwiesen.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....