


Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsname:	Fassadenarbeiten
Entscheidungsdatum:	02.06.2020
Aktenzeichen:	7 Verg 2/20
ECLI:	ECLI:DE:OLGNAUM:2020:0602.7VERG2.20.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 160 Abs 3 S 1 Nr 1 GWB, § 165 GWB, § 175 Abs 2 GWB
Zitiervorschlag:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 02. Juni 2020 - 7 Verg 2/20 -, juris

Vergabenachprüfungsverfahren: Abwägung der widerstreitenden Interessen im Hinblick auf einen Antrag auf Einsicht in die Vergabedokumentation; Anforderungen an die Rüge der mangelnden Leistungsfähigkeit; Ingangsetzung der Rügefrist - Fassadenarbeiten

Leitsatz

Fassadenarbeiten

1. Nach § 165 GWB, welcher gemäß § 175 Abs. 2 GWB auch im Beschwerdeverfahren anwendbar ist, hat der Senat im Hinblick auf einen Antrag auf Einsicht in die Vergabedokumentation eine Abwägung der widerstreitenden Interessen des Antragstellers an einem effektiven Rechtsschutz und der Konkurrenzbieter an der Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Angebotsinhalte und -erläuterungen, insbesondere der Kalkulationsgrundlagen, vorzunehmen. Hierfür kommt es für die Ermittlung des Gewichts des Interesses des jeweiligen Antragstellers auch darauf an, ob und inwieweit die Aktenbestandteile, in welche Einsicht begehrt wird, entscheidungserheblich sein können. Das prozessuale Recht des Antragstellers auf Akteneinsicht dient nicht dazu, ihm auf diesem Wege Zugang zu neuen, u.U. noch nicht präkludierten Rügen des Vergabeverfahrens zu verschaffen.(Rn.29)
2. Die Rüge der mangelnden Leistungsfähigkeit des Zuschlagsaspiranten ist mangels Substanz unzulässig, wenn sie sich in einer willkürlichen, aufs Geradewohl oder ins Blaue hinein aufgestellten Behauptung erschöpft und keinerlei Anknüpfungs- oder Hilfstatsachen enthält, welche einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergabeverstoß begründen.(Rn.39)
3. Die Rügefrist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB wird erst dadurch in Gang gesetzt, dass der spätere Antragsteller die den Vergaberechtsverstoß begründenden Tatsachen kennt und aus den Tatsachen auch auf das Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes schließt. Dieser auf innere Tatsachen des konkreten Bieters abstellende Maßstab stellt regelmäßig eine hohe Hürde für die Feststellung eines frühzeitigen, zur Obliegenheitsverletzung führenden Kenntnis dar.(Rn.46)

Verfahrensgang

Tenor

I. Der Antrag der Antragstellerin auf Gewährung von Einsicht in die Vergabedokumentation des Antragsgegners, insbesondere in das von der V. GmbH ausgefüllte Formblatt 233, wird zurückgewiesen.

II. Die Antragstellerin wird darauf hingewiesen, dass ihre sofortige Beschwerde nach vorläufiger Bewertung durch den Senat keine Aussicht auf Erfolg hat.

Gründe

A.

- 1 Der Antragsgegner, vertreten durch einen Landesbetrieb, leitete am 12.11.2019 die EU-weite Ausschreibung des Bauauftrags „Herrichtung Dienstgebäude des Landesamtes für ... - Fassenbauarbeiten Ziegel“ im Offenen Verfahren auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) - Ausgabe 2019 - ein. Der Auftrag ist Bestandteil eines Bauvorhabens, dessen Auftragswert den maßgeblichen EU-Schwellenwert übersteigt.
- 2 In der Auftragsbekanntmachung wird die geforderte Leistung als die Errichtung eines Neubaus beschrieben, dessen Fassade am Kopfbau komplett und am Längsbau im Bereich des Erdgeschosses aus einem Verblendmauerwerk mit Kerndämmung ohne Luftschicht, ausgeführt im wilden Verband mit Keramikklinker KHKB und Fugen glattstrich versehen werden sollte (Ziffer II.2.4) der Auftragsbekanntmachung). Einziges Zuschlagskriterium war der Angebotspreis (Ziffer II.2.5). Nebenangebote waren nicht zugelassen (Ziffer II.2.7). Der Nachweis der Eignung sollte jeweils mit dem Angebot und alternativ entweder durch die Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis oder durch eine Eigenklärung gemäß Formblatt 124 oder anhand einer EEE geführt werden (Ziffer III.1.1).
- 3 Das in den Vergabeunterlagen enthaltene Leistungsverzeichnis wies in fünf Leistungspositionen (1.1.170, 1.1.330, 1.2.140, 1.2.300 und 1.3.020) jeweils Arbeiten am Verblendmauerwerk aus, welche jeweils einen hohen wertmäßigen Anteil an Lieferleistungen bezüglich der zu verwendenden Ziegel aufwiesen.
- 4 Innerhalb der Angebotsfrist bis zum 08.01.2020 gingen fünf Hauptangebote ein, darunter das preisgünstigste Angebot der später für den Zuschlag ausgewählten Bieterin 01 (*künftig auch: Zuschlagsaspirantin*) und das zweitplatzierte, etwa 1,5 % teurere Angebot der Antragstellerin. Die Antragstellerin erhielt am 09.01.2020 Kenntnis von den im Öffnungstermin protokollierten Angaben, darunter den Namen der Zuschlagsaspirantin und die Brutto-Angebotssumme von deren Hauptangebot.
- 5 Die formale Angebotsprüfung blieb ohne Beanstandungen. Die Bieterin 01 hatte zum Nachweis ihrer Eignung eine Eigenklärung auf der Grundlage des Formblatts 124 abgegeben; darin gab sie an, dass sie sämtliche Arbeiten im eigenen Betrieb, der für die geforderten Arbeiten eingerichtet sei, ausführen werde. Anhaltspunkte für eine weitere Preisaufklärung sah der Antragsgegner nicht. Drei Angebote, darunter diejenigen der Bieterin 01 und der Antragstellerin, wurden in die engere Wahl einbezogen.

- 6 Der Antragsgegner beabsichtigt ausweislich der Vergabeempfehlung ihrer Beraterin vom 31.01.2020 sowie ihres eigenen Vergabevermerks vom 10.02.2020, den Zuschlag auf das Hauptangebot der Bieterin 01 zu erteilen.
- 7 Die Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 14.02.2020 vorab über die beabsichtigte Zuschlagerteilung an die o.g. Mitbewerberin und darüber informiert, dass ihr Angebot aus wirtschaftlichen Gründen nicht berücksichtigt worden sei, weil das Hauptangebot der Bieterin 01 preisniedriger sei. Der Zuschlag solle am 28.02.2020 erteilt werden.
- 8 Mit Schriftsatz vom 26.02.2020, dort zuerst eingegangen per eMail am Folgetag um 08:27 Uhr, rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner, dass die Zuschlagserteilung an die hierfür vorgesehene Bieterin 01 vergaberechtswidrig sei, weil deren Angebot bezüglich der vorgesehenen Ziegel nicht die geforderte qualitative Güte erreiche – sie gebe bei Ausschreibungen üblicherweise eine Ziegelart geringerer Güte an – und die Bieterin darüber hinaus auf Unterauftragnehmer (*künftig: UAN*) zurückgreife, welche gewerblich nicht berechtigt seien, Mauerwerksarbeiten auszuführen – sie verfüge nämlich nicht über ausreichendes eigenes Personal.
- 9 Die Antragsgegnerin half dieser Rüge nicht ab.
- 10 Mit Schriftsatz vom 27.02.2020, dort vorab per Fax am selben Tage gegen 14:17 Uhr eingegangen, hat die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt mit dem Ziel beantragt, dass dem Antragsgegner untersagt werden möge, den Zuschlag im Vergabeverfahren an den Zuschlagsaspiranten zu erteilen, und er verpflichtet werden solle, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Hilfsweise solle die Verletzung der subjektiven Rechte der Antragstellerin nach § 97 Abs. 6 GWB durch den Antragsgegner festgestellt werden.
- 11 Der Antragsgegner hat die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages geltend gemacht, weil beide Rügen erst nach Ablauf der Rügefrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB angebracht worden seien. Die Rügen seien auch unbegründet. Die Zuschlagsaspirantin habe – mangels Abforderung – kein konkretes Fabrikat der Ziegel benannt, aber ausdrücklich bestätigt, den Wortlaut der Langfassung des Leistungsverzeichnisses als verbindliche Leistungsanforderungen anzuerkennen. Damit sei das Angebot als LV-konform zu bewerten gewesen. Umstände, welche darauf hindeuteten, dass sie beabsichtige, Ziegel von geringerer Qualität einzusetzen, seien nicht ersichtlich. Die Einheitspreise im Angebot der Zuschlagsaspirantin lägen in einzelnen Leistungspositionen mit einem hohen Anteil an Materialkosten (LPos. 1.1.170, 1.1.250, 1.1.260, 1.1.330 und 1.1.380) z.T. über denjenigen im Angebot der Antragstellerin. Die Zuschlagsaspirantin habe zudem im Formblatt 213 erklärt, dass sie alle Leistungen im eigenen Betrieb ausführen werde.
- 12 Die Vergabekammer hat mit ihrem Schreiben vom 26.03.2020 darauf hingewiesen, dass und aus welchen Gründen der Nachprüfungsantrag bezüglich beider Rügen unzulässig sei und dass eine beantragte Akteneinsicht nicht gewährt werde. Hierzu haben die Beteiligten ergänzend schriftlich Stellung genommen.
- 13 Der Vorsitzende der Vergabekammer hat die am 02.04.2020 auslaufende Entscheidungsfrist mit Verfügung vom 01.04.2020 bis zum 07.05.2020 verlängert.

- 14 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss vom 04.05.2020 als unzulässig verworfen. Sie stützt ihre Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass die Rüge der fehlenden personellen Leistungsfähigkeit der Zuschlagsaspirantin unbeachtlich sei, weil sie auf einer Behauptung „ins Blaue hinein“ beruhe. Die Rüge der fehlenden LV-Konformität des Hauptangebots der Zuschlagsaspirantin sei präkludiert, weil sie bis zum 24.02.2020 hätte erhoben werden müssen.
- 15 Gegen diese ihr am 07.05.2020 zugestellte Entscheidung richtet sich die mit Schriftsatz vom 18.05.2020 erhobene und am Folgetage per beA beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangene sofortige Beschwerde der Antragstellerin.
- 16 Die Antragstellerin ist u.a. der Meinung, dass sie (bezüglich der Rüge der fehlenden LV-Konformität des Angebots der Zuschlagsaspirantin) die Rügefrist nicht versäumt habe. Die Frist werde erst durch eine positive Kenntnis vom Vergabeverstoß in Gang gesetzt. Bei der Feststellung des Zeitpunkts der Kenntnis habe die Vergabekammer überzogene Anforderungen gestellt. Mit Zugang der Vorabinformation sei zunächst eine Prüf- und Überlegungsfrist für die Antragstellerin ausgelöst worden, welche – um angemessen zu sein – mit einer Dauer von drei Tagen zu berücksichtigen sei. Ihr sei nicht zuzumuten, eine Prüfung der Angebote der Mitbieter bereits vor dem Zugang der Vorabinformation zu beginnen. Die Antragstellerin meint, dass aus der Frist des § 134 Abs. 2 Satz 1 GWB zu schließen sei, dass regelmäßig eine Überlegungsfrist von fünf Kalendertagen bestehe.
- 17 Die Antragstellerin beanstandet die Versagung der Einsicht in die Vergabedokumentation.
- 18 Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen dazu, dass die Bieter in der vorliegenden Ausschreibung gegenüber ihrem eigenen Angebot Preisvorteile primär aus Einsparungen bei den Ziegeln oder bei den Personalkosten der Ziegelarbeiten erzielen konnten. Es komme deswegen allein darauf an, welches Fabrikat und welchen Typ Ziegel die Zuschlagsaspirantin in ihr Angebot eingestellt habe.
- 19 Wegen der Einzelheiten wird auf die Beschwerdeschrift vom 18.05.2020 Bezug genommen.
- 20 Die Antragstellerin beantragt,
- 21 den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 04.05.2020 aufzuheben und
- 22 1. dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag im Vergabeverfahren zur Vergabe-Nr. SHL ... an den Bieter V. GmbH zu erteilen,
- 23 2. den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag an die Antragstellerin zu erteilen,
- 24 3. hilfsweise für die Fälle des § 168 Abs. 2 GWB festzustellen, dass die Antragstellerin in ihrem Bieterrecht nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt worden sei.
- 25 Die Antragstellerin beantragt auch im Beschwerdeverfahren, ihr Einsicht in die Vergabedokumentation des Antragsgegners, insbesondere in Teile der Angebotsunterlagen der

Zuschlagsaspirantin (Formblatt 233), zu gewähren und über dieses Gesuch vorab zu entscheiden.

B.

- 26 I. Die Einsicht in die Vergabedokumentation und insbesondere in Teile des Angebots der Zuschlagsaspirantin ist zu versagen.
- 27 Die Vergabekammer hat zu Recht darauf erkannt, dass die von der Antragstellerin begehrte Einsicht entweder in die Angebotsunterlagen der Zuschlagsaspirantin oder in die Vergabeempfehlung der Beraterin bzw. den Vergabevermerk des Antragsgegners über die Bewertung der Angebotsunterlagen der Zuschlagsaspirantin jeweils zu einer hier nicht gerechtfertigten Verletzung der Vertraulichkeit der Angebotsinhalte und -erläuterungen führte und deswegen zu versagen ist. Diese Bewertung teilt der erkennende Senat auch im Beschwerdeverfahren.
- 28 1. a) Nach § 5 VgV, welcher nach § 2 VgV auch für Bauvergaben gilt, darf die Vergabestelle grundsätzlich keine von den Unternehmen übermittelten und von diesen als vertraulich gekennzeichneten Informationen weitergeben. Dazu gehören insbesondere vertrauliche Aspekte der Angebote, wie deren Kalkulationsgrundlagen. Mit der Vorlage der Vergabedokumentation an die Nachprüfungsinstanz geht die Verpflichtung zur Wahrung der Vertraulichkeit von der Vergabestelle auf die Nachprüfungsinstanz über.
- 29 b) Nach § 165 GWB, welcher gemäß § 175 Abs. 2 GWB auch im Beschwerdeverfahren anzuwenden ist, ist eine Einsicht in solche Unterlagen dann zu gewähren, wenn nicht wichtige Gründe die Versagung der Akteneinsicht gebieten. Hieraus ist abzuleiten, dass die jeweilige Nachprüfungsinstanz eine Abwägung der widerstreitenden Interessen der Wahrung der Vertraulichkeit und der Gewährung von effektivem Rechtsschutz vorzunehmen hat.
- 30 c) Im Rahmen der Ermittlung des Gewichts des Interesses des jeweiligen Antragstellers an der Einsicht in Angebotsunterlagen eines Mitbewerbers stellt der erkennende Senat in ständiger eigener Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung (vgl. nur Zusammenstellung bei Kus in: Kulartz/ Kus/ Portz/ Prieß, GWB, 4. Aufl., § 165 Rn. 20, 26 ff.) u.a. auch darauf ab, ob die Aktenbestandteile, in welche Einsicht begehrt wird, entscheidungserheblich sein können.
- 31 2. Nach diesen Maßstäben ist dem Interesse der hiesigen Antragstellerin an der Einsicht in die das Angebot der Zuschlagsaspirantin betreffenden Unterlagen der Vergabedokumentation kein Gewicht beizumessen. Denn die angefochtene Entscheidung stützt sich allein auf die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages; hierfür kommt es auf eine inhaltliche Befassung mit dem Angebot der Zuschlagsaspirantin nicht an (vgl. Kus, a.a.O., § 165 Rn. 27 und 30 f.). Das prozessuale Recht der Antragstellerin auf Akteneinsicht dient insbesondere nicht dazu, der Antragstellerin auf diesem Wege den Zugang zu neuen, u.U. noch nicht präkludierten Rügen des Vergabeverfahrens zu verschaffen.
- 32 3. Vorsorglich ist darauf zu verweisen, dass das von der Antragstellerin in der Beschwerdeschrift dargelegte Ziel der Akteneinsicht objektiv nicht zu erreichen ist.
- 33 a) Wie sich aus dem Leistungsverzeichnis des Antragsgegners, das der Antragstellerin bekannt ist und vorliegt, eindeutig ergibt, wurden die Bieter bezüglich der Leistungspositionen zum Verblendmauerwerk nicht aufgefordert, Angaben zum Fabrikat und zum Typ

der angebotenen Ziegel zu machen. Sie hatten sich lediglich zu verpflichten, die im Positionstext zwingend vorgegebenen Produkthanforderungen in der Bauausführung einzuhalten. Dem entsprechend enthalten die Angebotsunterlagen der Zuschlagsaspirantin auch keine Angaben zu Fabrikat und Typ der Ziegel, wie die Vergabekammer in der angefochtenen Entscheidung ausdrücklich ausgeführt hat. Produktangaben wurden in dieser Ausschreibung nur in vier Leistungspositionen, jeweils Konsolanker betreffend (LPos. 1.1.120, 1.1.140, 1.1.150 und 1.2.110), abgefragt; hierzu hat die Zuschlagsaspirantin die entsprechenden Angaben gemacht und diese wurden vom Antragsgegner als LV-konform bewertet.

- 34 b) Die Vergabekammer hat zutreffend darauf hingewiesen, dass ausweislich des vom Antragsgegner angefertigten Preisspiegels die Einheits- und Gesamtpreise der fünf Leistungspositionen mit einem hohen Anteil an Materialkosten für Ziegel im Vergleich der Angebote der Zuschlagsaspirantin und der Antragstellerin nicht zu dem niedrigeren Angebotspreis der Bestbieterin beigetragen haben. In vier der fünf Leistungspositionen liegen die Gesamtpreispositionen der Zuschlagsaspirantin über denjenigen der Antragstellerin, in der fünften Position sind die Preise nahezu identisch. Das Wettbewerbsergebnis ist entgegen der Vermutung der Antragstellerin nicht auf unterschiedliche Materialpreise bei den Ziegeln zurückzuführen.
- 35 II. Nach vorläufiger Bewertung des Senats und insbesondere ohne Berücksichtigung der noch ausstehenden Beschwerdeerwidern ist die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zwar zulässig, aber unbegründet.
- 36 Die Vergabekammer ist zu Recht von der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin ausgegangen.
- 37 1. Die Antragstellerin hat im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer im Wesentlichen zwei Rügen erhoben, deren Zulässigkeit jeweils gesondert zu prüfen ist.
- 38 2. Die Rüge der fehlerhaften Bewertung der Eignung der Zuschlagsaspirantin im Hinblick auf ihre personelle Leistungsfähigkeit ist von der Vergabekammer zu Recht als substanzlos und deswegen als unzulässig bewertet worden.
- 39 a) Zwar sind die Anforderungen an den Inhalt einer vergaberechtlichen Rüge gering; grundsätzlich darf der Antragsteller in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines oft nur beschränkten Informationsstandes redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf. Ein Mindestmaß an Substantiierung ist jedoch einzuhalten. Reine Spekulationen zu in Betracht kommenden Vergabeverstößen und insbesondere eine willkürliche, aufs Geradewohl oder ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung ist unzulässig und unbeachtlich (vgl. Möllenkamp in: Kulartz/ Kus/ Portz/ Prieß, a.a.O., § 160 Rn. 81 f.). Der Antragsteller muss daher, wenn sich der Vergaberechtsverstoß nicht vollständig seiner Einsichtsmöglichkeit entzieht, zumindest tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, welche einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen.
- 40 b) Die hier von der Antragstellerin erhobene Rüge, dass die Zuschlagsaspirantin selbst nicht über die notwendige Anzahl von geeigneten Arbeitskräften verfüge und sich deswegen ungeeigneter Unterauftragnehmer bediene, ist gänzlich unsubstantiiert und hat der Vergabekammer keine Veranlassung gegeben, in eine Tatsachenermittlung einzusteigen (zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.06.2019, Verg 53/18 „Rissinstandset-

zung“ m.w.N.). Gegen diese zutreffende Bewertung der Rüge durch die Vergabekammer hat die Antragstellerin in ihrer Beschwerdeschrift auch keine Einwendungen mehr erhoben.

- 41 c) Lediglich vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass die Zuschlagsaspirantin, wie von der Vergabekammer bereits ausgeführt, sich nicht auf einen UAN-Einsatz berufen hat, dass ihre Eigenerklärung über die Mitarbeiteranzahl in den letzten drei Jahren keine Anhaltspunkte für eine etwa unzureichende personelle Kapazität bietet und dass sie Referenzen über vergleichbare Leistungen in den letzten drei Jahren vorgelegt hat.
- 42 2. Die zweite Rüge zielt letztlich darauf, dass hinsichtlich des Angebotes der Zuschlagsaspirantin wegen der unzulässigen inhaltlichen Abweichung von zwingenden Vorgaben der Vergabeunterlagen – hier hinsichtlich der Qualität der für das Verblendmauerwerk einzusetzenden Keramikziegel – ein Ausschlussgrund nach §§ 16 EU Nr. 2 i.V.m. 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A gegeben sei. Die Vergabekammer hat zu Recht darauf erkannt, dass diese Rüge ebenfalls unzulässig ist.
- 43 a) Der Senat hat schon Zweifel, ob nicht auch diese Rüge „ins Blaue hinein“ erhoben worden ist. Denn die Antragstellerin nennt zwar Anknüpfungstatsachen, und zwar den niedrigen Angebotspreis, das Bieterverhalten der Zuschlagsaspirantin in anderen Ausschreibungen und die fehlende Abfrage der Liefermöglichkeiten beim Hersteller der Ziegel. Angesichts des sehr geringen Abstandes des Angebotspreises der Zuschlagsaspirantin von dem der Antragstellerin (unter 1,5 %) und des Umstandes, dass das Leistungsverzeichnis eine Vielzahl weiterer Leistungspositionen enthält, erscheint die Schlussfolgerung, dass ein solcher (minimaler) Preisabstand auf ein qualitatives Minderangebot hindeute, eher fernliegend. Für das angebliche Anbieterverhalten in der Vergangenheit benannte die Antragstellerin keine Anknüpfungstatsachen. Selbst die fehlende Abfrage beim Händler lässt verschiedene Erklärungsmöglichkeiten zu. Es ist aber nicht zu beanstanden, dass die Vergabekammer unter Berücksichtigung der oben dargestellten rechtlichen Maßstäbe eine (schon) hinreichende Substantiierung der Rüge angenommen hat. Dem Umstand der zumindest kargen Substantiierung kommt jedoch eine Bedeutung für die (entscheidungserhebliche) Bemessung der Prüf- und Überlegungsfrist zu.
- 44 b) Der Senat folgt der Vergabekammer in deren Bewertung, dass die Antragstellerin insoweit ihrer Rügeobliegenheit nicht rechtzeitig entsprochen hat.
- 45 aa) Die Rüge eines vermeintlichen Vergaberechtsverstoßes bei der Angebotsbewertung ist wegen Präklusion nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unzulässig und deswegen in der Sache nicht mehr zu prüfen und zu bescheiden, wenn der Antragsteller diesen Vergabefehler gegenüber dem Auftraggeber bzw. der Vergabestelle nicht innerhalb von zehn Kalendertagen rügt; die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt der Erlangung der positiven Kenntnis vom Vergabeverstoß. Die nach Kalendertagen bemessene Frist ist eine Höchstfrist. Ausgehend von der Feststellung der Vergabekammer, wonach die Antragstellerin bereits am Tage des Zugangs der Vorabinformation (am 14.02.2020) davon überzeugt gewesen sei, dass das Angebot der Zuschlagsaspirantin nur deswegen preisgünstiger sein könne, weil mit ihm eine Leistung minderer Qualität offeriert wurde, ist die von der Vergabekammer vorgenommene Fristberechnung mit einem Fristende am 24.02.2020 (einschließlich) zutreffend.
- 46 bb) Allerdings verweist die Antragstellerin im Grundsatz zu Recht darauf, dass ein Erkennen des Vergaberechtsverstoßes jeweils voraussetzt, dass der spätere Antragsteller die

den Verstoß begründenden Tatsachen kennt und aus den Tatsachen auch auf den Vergaberechtsverstoß schließt. Diese auf das Bewusstsein des konkreten Bieters abstellende Maßstab stellt regelmäßig eine hohe Hürde für die Feststellung eines frühzeitigen, zur Obliegenheitsverletzung führenden Kenntnis dar (so Wiese in: Kulartz/ Kus/ Portz/ Prieß, a.a.O., § 160 Rn. 143).

- 47 cc) Die Vergabekammer hat diesen Maßstab nicht verkannt; sie hat jedoch zutreffend auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abgestellt und ist deswegen zu einer entsprechenden Feststellung einer Kenntniserlangung der Antragstellerin bereits am 14.02.2020 gelangt. Bei der Beantwortung der Frage, ab welchem Zeitpunkt eine Kenntnis der Antragstellerin vom später gerügten Vergabeverstoß vorgelegen hat, ist auf die Sichtweise der Antragstellerin abzustellen, es ist gleichsam ihre Perspektive einzunehmen. Danach gilt Folgendes:
- 48 (1) Mit dem Zugang der Vorabinformation am 14.02.2020 erhielt die hiesige Antragstellerin nicht nur die – ihr bereits aus der Mitteilung des Ergebnisses der Angebotsöffnung am 09.01.2020 bekannte – Information, dass eine Bieterin im Wettbewerb ein preisgünstigeres Angebot abgegeben hatte, sondern auch die weitere Information, dass der Antragsgegner diesem Angebot den Zuschlag erteilen wollte, d.h. insoweit nicht von einem das Angebot betreffenden Ausschlussgrund ausging. Sie erhielt damit nicht nur eine Information über ein mögliches Verhalten der Mitbieterin, sondern auch eine Information über ein Verhalten des Antragsgegners im Vergabeverfahren.
- 49 (2) Wie sowohl der Rüge als auch dem Beschwerdevorbringen der Antragstellerin eindeutig zu entnehmen ist, war der Ausgangspunkt für den Verdacht der Antragstellerin, dass die Mitbewerberin ein mangelbehaftetes Angebot eingereicht habe, allein der – im Vergleich zu ihrem eigenen niedrigere – Angebotspreis. Diese Teilmittelung war für die Antragstellerin nicht neu. Der Senat folgt der Vergabekammer darin, dass bei einer Ausschreibung, bei der allein der Angebotspreis über die Auswahl des zu bezuschlagenden Angebots entscheidet, bereits der Zugang der Mitteilung des Ergebnisses der Angebotsöffnung, wonach das eigene Angebot nur das zweitplatzierte ist, die Überlegung auslöst, aufgrund welcher Umstände ein preisgünstigeres Angebot vorliegen könnte. Erwächst dann durch die Vorabinformation das vorhersehbare Wettbewerbsergebnis zur Gewissheit, so verfestigt sich auch ein zuvor erwogener Erklärungsversuch – hier im Sinne des Anbietens von Minderleistungen – zur Gewissheit. Ging die Antragstellerin jedoch aus diesem Grunde davon aus, dass das Angebot der Zuschlagsaspirantin ein Minderangebot sein müsse, weil sie sich deren niedrigen Angebotspreis anders nicht zu erklären vermochte, dann drängte sich ihr zugleich auf, dass die vom Antragsgegner beabsichtigte Erteilung des Zuschlages auf dieses Angebot vergaberechtswidrig sein musste.
- 50 (3) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bietet deren Rügevorbringen keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Kenntniserlangung weitere Ermittlungshandlungen oder Vorüberlegungen vorausgingen. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass die pauschale Behauptung der Antragstellerin, wonach die Zuschlagsaspirantin bereits bei vorangegangenen Ausschreibungen minderwertige Ziegel angeboten habe, auf einer Ermittlungshandlung beruhte. Selbst wenn der Senat unterstellte, dass die Antragstellerin ihre weitere Behauptung nicht ins Blaue hinein aufgestellt, sondern tatsächlich bei dem von ihr zuvor kontaktierten und i.E. einzig in Betracht kommenden Hersteller von Keramikziegeln angerufen hat, handelte es sich um eine Ermittlungshandlung, die nur wenige Minuten in Anspruch genommen hätte und deswegen am Tage des Zugangs der Vorabinformation

erledigt wurde. Welche zeitlich aufwendigen Prüfungen oder Überlegungen die Antragstellerin noch vorgenommen haben will, um ihre Rüge so darzulegen, wie sie sie letztlich vorgetragen hat, ist nicht ersichtlich.

- 51 dd) Soweit die Antragstellerin die Auffassung vertritt, dass der Bemessung der Warte-
frist in § 134 Abs. 2 Satz 1 GWB zu entnehmen sei, dass der Gesetzgeber von einer Über-
legungsfrist von fünf Kalendertagen ausgegangen sei, folgt der Senat dem nicht. Zu-
nächst ist darauf zu verweisen, dass es der Auftraggeber in der Hand hat, die Warte-
frist von fünfzehn auf zehn Kalendertage zu verkürzen, und zwar durch die Wahl des Infor-
mationsmediums (vgl. § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB). Eine solche Verkürzung entzieht der
Erwägung der Antragstellerin bereits die Grundlage, weil in diesem Falle für eine durch
die Vorabinformation ausgelöste Rügeobliegenheit innerhalb der Warte-
frist keine Prü-
fungs- oder Überlegungsfrist mehr realisiert werden könnte. Maßgeblich ist jedoch, dass
die Fristen unterschiedlichen Regelungszielen dienen und deswegen kollidieren können.
Die Warte- oder auch Stillhaltefrist verpflichtet den Auftraggeber, dem Bieter Gelegen-
heit zur Inanspruchnahme von vergaberechtlichem Primärrechtsschutz einzuräumen. Sie
dient damit der Gewährleistung der Effektivität des Rechtsschutzes. Die Rügefrist soll
hingegen den Bieter durch die Gefahr des Verlusts des Rügerechts in einem künftigen
Nachprüfungsverfahren dazu anhalten, sich mit seiner Beanstandung möglichst früh-
zeitig an den Auftraggeber zu wenden und diesem die Gelegenheit zu einer Abhilfe zu
geben. Sie dient der Durchsetzung des Beschleunigungsgebotes im Vergabeverfahren.
Der Gesetzgeber hat durch den letzten Halbsatz in § 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB klarge-
stellt, dass der Ablauf der Warte-
frist durch ein etwaiges Fortlaufen der Rügefrist unbe-
rührt bleibt.
- 52 3. Lediglich vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass sich aus den Ausführungen zur
Versagung der Akteneinsicht bereits ergibt, dass die Rüge der vergaberechts-
widrigen
Berücksichtigung des Angebots der Zuschlagsaspirantin dann, wenn sie zulässig gewe-
sen wäre, in der Sache keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Die Zuschlagsaspiran-
tin hat ein Angebot auf der Grundlage des Leistungsverzeichnisses des Antragsgegners
abgegeben. Sie hatte weder eine Veranlassung – i.S. einer Aufforderung durch den An-
tragsgegner – zur Angabe von Produktdaten bezüglich der Keramikziegel, aus denen auf
eine Abweichung von zwingenden Qualitätsvorgaben zu schließen sein könnte, noch hat
sie – aus eigenem Antrieb – entsprechende Angaben gemacht.
- 53 III. Im Hinblick auf die vorstehenden Hinweise wird der Antragstellerin anheimgestellt,
zur Vermeidung weiterer Aufwendungen im Nachprüfungsverfahren, z.B. durch die
Wahrnehmung des Termins der mündlichen Verhandlung, und insgesamt im Kosteninter-
esse eine Rücknahme des Rechtsmittels zu erwägen.