



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSA MT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 07/17

Halle, 12.04.2017

In dem Nachprüfungsverfahren der

§ 19 LVG LSA, § 2 Abs. 1 VOL/A, § 3 Abs. 5 VOL/A, § 7 Abs. 1 VOL/A und § 20 VOL/A

- weil Dienstleistungsauftrag besteht Ausschreibungspflicht
- keine Leistungsbeschreibung
- keine Dokumentation des Verfahrens
- keine Voraussetzungen für die Wahl der Freihändigen Vergabe

Bei dem strittigen Kooperationsvertrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag und nicht wie von der Antragsgegnerin angenommen eine Dienstleistungskonzession. Der Vertrag war daher entsprechend den geltenden Vergabevorschriften öffentlich auszuschreiben.

Der öffentliche Auftraggeber muss in den Vergabeunterlagen regeln, welche Leistungen erbracht werden sollen, welche Kriterien in die Wertung eingehen und somit zum Zuschlag führen.

Da für die Wahl der Freihändigen Vergabe weder die Voraussetzungen erfüllt noch durch die Antragsgegnerin dokumentiert wurden, verstößt das Vergabeverfahren auch insgesamt gegen § 20 VOL/A.

.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

gegen die

.....
.....

Antragsgegnerin

wegen

des gerügten Vergabeverstößes in der Freihändigen Vergabe der Einkaufsdienstleistungen der hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtfrau und dem ehrenamtlichen Beisitzer Herrn beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der am 06. Juli 2016 geschlossene Vertrag mit dernichtig ist.
2. Bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht ist ein den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechendes Vergabeverfahren durchzuführen
3. Der Antrag auf Akteneinsicht wird abgelehnt.
4. Kosten werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Im strittigen Fall geht es um die Nachprüfung der Auftragsvergabe für die Einkaufsdienstleistungen durch die Antragsgegnerin. Im Wege einer Freihändigen Vergabe beabsichtigte die Antragsgegnerin auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) einen Kooperationsvertrag mit einer Einkaufsgemeinschaft zu schließen. Die Leistung der Einkaufsgemeinschaft soll im Aushandeln von Einkaufsbedingungen sowie den Abschluss von Rahmenverträgen mit Lieferanten von medizinischen und pharmazeutischen Produkten bestehen. Die Antragsgegnerin kann somit Produkte bei den Lieferanten zu den ausgehandelten Konditionen beziehen.

Ausweislich des Beschlussprotokolls vom 30. Juni 2016 holte die Antragstellerin Angebote von der, der und der Antragstellerin ein.

Nach Auswertung der Angebote schloss die Antragsgegnerin am 6. Juli 2016 mit der einen Kooperationsvertrag, da diese das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hatte. Der Vertragsbeginn wurde auf den 1. Januar 2017 festgelegt. Der Vertrag wurde auf unbestimmte Zeit mit einer frühesten Kündigungsmöglichkeit nach 3 Jahren geschlossen.

Am 26. Juli 2016 erhielt die Antragstellerin von der Antragsgegnerin auf Nachfrage und per E-Mail die Mitteilung, dass die Antragsgegnerin ab 2017 mit einer anderen Einkaufsgemeinschaft kooperieren wird. Weitere Erklärungen oder Ausführungen erfolgten nicht.

Am 28. November 2016 beanstandete die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin das Vergabeverfahren.

Die Antragstellerin führte in der Begründung aus, dass die Vergabe der Einkaufsdienstleistungen ohne europaweite Ausschreibung an die erfolgt sei.

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2016 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin hinsichtlich ihrer Beanstandung mit, dass eine Pflicht zur europaweiten Ausschreibung nicht bestanden hätte, da der EU-Schwellenwert von 209.000 Euro netto nicht erreicht sei. Außerdem sei die Rüge der Antragstellerin vom 29. November 2016 verfristet. Das Ergebnis der

Kooperationsentscheidung sei der Antragstellerin bereits am 27. Juli 2016 mitgeteilt wurden. Schließlich sei die Rüge treuwidrig, da die Antragstellerin die Antragsgegnerin selbst dahingehend beraten habe, dass der Abschluss eines Kooperationsvertrages nicht öffentlich auszuschreiben sei.

Aufgrund der Nichtabhilfe stellte die Antragstellerin am 30. Dezember 2016 einen Nachprüfungsantrag bei der 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt. Nach Aufforderung durch die Kammer legte die Antragsgegnerin die Unterlagen zum Vergabeverfahren am 16. Januar 2017 vor. Nach Ermittlung der Kostenschätzung für das Vergabeverfahren übergab die 1. Vergabekammer am 16. März 2017 die Unterlagen aufgrund der Nichtüberschreitung des EU-Schwellenwertes zuständigkeitshalber an die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt.

Mit Schreiben vom 15. März 2017 erklärte die Antragstellerin, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe nicht vorgelegen hätten. Außerdem seien ihr auch keine Leistungsbeschreibung und keine Zuschlagskriterien mitgeteilt wurden. Eine förmliche Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes sei nicht erfolgt. Nach ihrer Auffassung habe es sich nur um ein Interessenbekundungsverfahren gehandelt. Es sei auch keine ordnungsgemäße Mitteilung gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA über eine beabsichtigte Auftragsvergabe erfolgt. Die E-Mail vom 26. Juli 2016 erschöpfe sich in der Mitteilung, dass mit einer anderen Einkaufsgemeinschaft kooperiert werde. Auch sei nicht erkennbar gewesen, dass das Interessenbekundungsverfahren mit einem Zuschlag enden würde. Der Antragstellerin sei erst in Kombination mit der Mitteilung der Industrie, dass die Antragsgegnerin Mitglied der geworden sei, der Verdacht einer de-facto-Vergabe gekommen. Daraufhin habe sie sofort die Antragsgegnerin gerügt. Der von der Antragsgegnerin geschlossene Kooperationsvertrag sei somit unter Verstoß gegen § 19 Abs. 2 LVG LSA zustande gekommen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der geschlossene Vertrag gemäß § 134 BGB unwirksam ist.
2. die Antragsgegnerin bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht zu verpflichten, ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsansicht der Vergabekammer durchzuführen.
3. hilfsweise sonstige geeignete Maßnahmen zu treffen, um von der Vergabekammer festgestellte Rechtsverletzungen zu beseitigen.
4. der Antragstellerin Akteneinsicht zu gewähren.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Aus Sicht der Antragsgegnerin sei das Vergabeverfahren rechtmäßig durchgeführt worden. Mit Schreiben vom 13. Januar 2017 erklärt die Antragsgegnerin, dass sie Anfang 2016 beschlossen habe, ab dem 1. Januar 2017 den Einkauf von Sachmitteln für den Krankenhausbetrieb teilweise über eine Mitgliedschaft in einer neuen Einkaufsgemeinschaft abzuwickeln. Sie habe nach einer Vorauswahl gegenüber drei Einkaufsgemeinschaften, u.a. der Antragstellerin, ihren Willen zum Abschluss eines Kooperationsvertrages bekundet. Im April 2016 seien dazu Gespräche mit den Vertretern der Einkaufsgemeinschaften geführt worden. Durch die Antragstellerin seien ein Vertragsentwurf zur Kooperation und ein Kurzgutachten, in dem der Kooperationsvertrag als Dienstleistungskonzession eingestuft wurde, übergeben wurden. Da die Antragsgegnerin ebenfalls zu der Auffassung gekommen sei, den Kooperationsvertrag als Dienstleistungskonzession einzustufen, habe sie keine Notwendigkeit einer öffentlichen Ausschreibung gesehen. Um den betriebswirtschaftlichen Vergleich der Angebote durchführen zu können, habe sie einen Warenkorb mit von ihr regelmäßig nachgefragten Produkten zusammengestellt und diesen von den drei Einkaufsgemeinschaften bepreisen lassen. Durch die sei das wirtschaftlichste Angebot abgegeben worden und damit sei auch der Zuschlag an sie zu erteilen gewesen. Der

Antragstellerin sei die Entscheidung mit E-Mail vom 26.07.2016 mitgeteilt worden. Die Rüge vom 28. November 2016 und Nachprüfungsantrag vom 30. Dezember 2016 Antragstellerin seien daher verfristet.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Gemäß § 19 Abs. 3 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA vom 19. November 2012, veröffentlicht im GVBl. LSA Nr. 23/2012, ausgegeben am 30.11.2012) ist die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Entscheidend für die Feststellung der Zuständigkeit ist hier die Beurteilung der Kostenschätzung für die Leistung. Diese liegt unterhalb der in § 106 Abs. 2 Punkt 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) geregelten Schwellenwerte. Damit ist die 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt nach Ziffer 3 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (Bek. des MW vom 17.04.2013, MBL LSA Nr. 14/2013) zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 2 LVG LSA. Der maßgebliche Gesamtauftragswert von 50.000 Euro bei Leistungen gemäß § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe des Vertragsentwurfes und des bepreisten Warenkorbes ihr Interesse am betreffenden Auftrag hinreichend bekundet. Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Verstöße gegen die Aufhebung des Vergabeverfahrens beanstandet.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet, da sie eine Verletzung ihrer Rechte im Sinne von § 19 Abs. 2 LVG LSA geltend machen kann.

Sinn und Zweck des Landesvergabegesetzes nach § 19 ist es, dass auch im Unterschwellenbereich die Unternehmen entsprechend § 97 Abs. 7 (neu: Abs. 6) GWB einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

Das streitbefangene Vergabeverfahren ist rechtswidrig, da es gegen § 19 LVG LSA sowie § 2 Abs. 1 VOL/A, § 3 Abs. 5 VOL/A, § 7 Abs. 1 VOL/A und § 20 VOL/A verstößt.

Gemäß § 2 Abs. 1 VOL/A werden Aufträge im Wege transparenter Vergabeverfahren an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmen zu angemessenen Preisen vergeben. Dabei darf kein Unternehmen diskriminiert werden.

Bei dem strittigen Kooperationsvertrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag und nicht wie von der Antragsgegnerin angenommen eine Dienstleistungskonzession. Der Vertrag war daher entsprechend den geltenden Vergabevorschriften öffentlich auszuschreiben.

Bei einer Dienstleistungskonzession ist es wesentlich, dass die Gegenleistung für die geschuldeten Dienste in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen auf eigene Verantwortung und überwiegend auf eigenes Risiko besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises (siehe EuGH v. 10.09.2009 - Rs. C-206/08, EuGH v. 10.11.2011 - C-348/10, OLG Brandenburg v. 28.02.2012 - Verg W 19/11, OLG Düsseldorf v. 23.12.2015 - Verg 24/15, 2 VK LSA 41/15 - Beschluss v. 02.03.2016).

Im vorliegenden Fall bezieht die Antragsgegnerin im Rahmen bilateraler Verträge die Produkte vom Lieferanten. Sie trägt hier das wirtschaftliche Risiko. Der Kooperationsvertrag mit der Einkaufsgemeinschaft beinhaltet das Aushandeln von günstigen Einkaufskonditionen, Beratungsleistungen sowie den Abschluss von Rahmenverträgen mit den Lieferanten von medizinischen und pharmazeutischen Produkten. Diese Dienstleistungen nimmt die Antragsgegnerin in Anspruch und die Einkaufsgemeinschaft erhält dafür ein Entgelt. Die

Antragsgegnerin beabsichtigt somit nicht die Beschaffung der medizinischen und pharmazeutischen Produkte auf die Einkaufsgemeinschaft zu übertragen. Damit sind die Voraussetzungen für eine Dienstleistungskonzession nicht gegeben.

Das Vergabeverfahren ist auch wegen Verstoßes gegen § 3 und 7 VOL/A rechtswidrig.

Gemäß § 7 Abs. 1 VOL/A ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind (Leistungsbeschreibung). Hierzu ist es unerlässlich, dass die Leistungsbeschreibung auch alle für die Bestimmung des Leistungsumfangs zum Zwecke der Kalkulation wesentlichen Umstände erkennen lässt, weil nur dann eine Beschreibung vorliegt, die von allen Bietern im gleichen Sinne verstanden wird und miteinander vergleichbare Angebote in preislicher Hinsicht erwarten lässt. Die Leistungsbeschreibung darf daher im Interesse vergleichbarer Ergebnisse keinen Bieter im Unklaren lassen, welche Leistung er in welcher Form und zu welchen Bedingungen anbieten soll. Sie soll auch den Vergabegegenstand umfassend beschreiben, ohne dass Restbereiche verbleiben, für die die Leistungspflichten nicht klar definiert sind.

Im vorliegenden Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin kein Leistungsverzeichnis an die Interessenten versandt. Jeder aufgeforderte Interessent hat der Antragsgegnerin seinen Vertragsentwurf mit seinen individuellen Bedingungen vorgelegt. Der öffentliche Auftraggeber muss in den Vergabeunterlagen regeln, welche Leistungen erbracht werden sollen, welche Kriterien in die Wertung eingehen und somit zum Zuschlag führen. Das ist im vorliegenden Fall versäumt worden. Der Vergleich des bepreisten Warenkorbes mit regelmäßig nachgefragten Produkten ist allein nicht ausreichend. Eine Vergleichbarkeit der Angebote war somit nicht möglich.

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 VOL/A sind freihändige Vergaben Verfahren, bei denen sich die Auftraggeber mit oder auch ohne Teilnahmewettbewerb grundsätzlich an mehrere ausgewählte Unternehmen wenden, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

Eine freihändige Vergabe ist zulässig, wenn einer oder mehrere der unter § 3 Abs. 5 VOL/A aufgeführten Gründe zutreffend sind. Nach Prüfung durch die Kammer ist dies hier jedoch nicht der Fall. Es bestand unter anderem weder eine besondere Dringlichkeit noch konnte die Leistung nur von speziellen Unternehmen erbracht werden. Durch die Antragsgegnerin sind diesbezüglich auch keine Gründe dokumentiert worden.

Da für die Wahl der Freihändigen Vergabe weder die Voraussetzungen erfüllt noch durch die Antragsgegnerin dokumentiert wurden, verstößt das Vergabeverfahren auch insgesamt gegen § 20 VOL/A.

Gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 VOL/A ist das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden. Der öffentliche Auftraggeber hat damit alle Verfahrens- und Entscheidungsschritte jeweils zu dokumentieren. Das ist im Sinne des Transparenzgebotes zwingende Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren.

Das Vergabeverfahren ist wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA rechtswidrig.

Unterhalb der Schwellenwerte nach § 100 GWB informiert der öffentliche Auftraggeber gemäß § 19 Abs. 1 LVG LSA die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Er gibt die Information schriftlich, spätestens sieben Kalendertage vor dem Vertragsabschluss, ab. Die Zuschlagserteilung ist nur zulässig, sofern innerhalb der 7 Kalendertage kein Bieter beanstandet bzw. bei Beanstandung des Vergabeverfahrens die Nachprüfungsbehörde nicht innerhalb von vier

Wochen das Vergabeverfahren beanstandet (§ 19 Abs. 2 Satz 2 LVG LSA). Die Antragsgegnerin durfte damit den Zuschlag an die nicht erteilen, da sie die Frist nach § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA nicht eingehalten hat.

Der Vertragsabschluss mit der erfolgte am 6. Juli 2016. Eine Information gemäß § 19 LVG LSA an die nicht berücksichtigten Interessenten erfolgte nicht. Die E-Mail vom 26. Juli 2016 war weder formgerecht noch fristgerecht. Sie war nicht eindeutig und enthielt auch nicht den Namen des erfolgreichen Bieters.

Damit ist der geschlossene Vertrag unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten nicht rechtswirksam zustande gekommen. Die Vorgaben des § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA sind nicht eingehalten worden. Gemäß § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Für die Beseitigung des Rechtsverstößes ist deshalb – bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht - ein den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechendes Vergabeverfahren durchzuführen, um die Grundvoraussetzungen des Wettbewerbs und der Transparenz für alle Unternehmen gleichermaßen durchzusetzen.

Eine nochmalige Akteneinsicht durch die Antragstellerin hält die Kammer für nicht erforderlich.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA.

Ergibt die Nachprüfung, dass ein Bieter zu Recht das Vergabeverfahren beanstandet hat, sind keine Kosten zu seinen Lasten zu erheben.

IV.

Der ehrenamtliche Beisitzer hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

.....

.....