



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

AZ: 1 VK LVwA 16/09

Halle, 30.07.2009

§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB

- Rechtzeitigkeit der Rüge

Dem Bieter wird nach dem Erkennen des Vergabefehlers ein gewisser Zeitraum – je nach Lage des Einzelfalls bis zu fünf Tage, in sehr schwierigen Fällen maximal zwei Wochen – zugebilligt, innerhalb dessen er Gelegenheit hat, die Sach- und Rechtslage zu überprüfen und zu entscheiden, ob und ggfs. mit welchen konkreten Formulierungen eine Rüge erhoben werden soll.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH

.....

Verfahrensbevollmächtigte

.....

Antragstellerin

gegen

die Stadt

.....

Verfahrensbevollmächtigte

.....

Antragsgegnerin

unter Beiladung der

Bietergemeinschaft

.....GmbH

und

.....GmbH

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Verhandlungsverfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb zur Vergabe der Verwertung von Bioabfällen hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens beziffern sich auf insgesamt Euro.
4. Die Hinzuziehung der anwaltlichen Vertreter der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, abgesandt zur Bekanntmachung am2008, schrieb die Antragsgegnerin auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) im Wege eines Verhandlungsverfahrens die Vergabe der Verwertung von Bioabfällen aus der Stadt aus.

Darin gab die Antragsgegnerin bekannt, dass der Leistungszeitraum am 01.07.2009 beginne und zum 31.12.2024 ende. Optional waren drei weitere Verlängerungen des Vertrages um jeweils ein Jahr vorgesehen.

Bis zum gesetzten Termin am 08.09.2008, 10.00 Uhr, gingen letztverbindliche Angebote von drei Bietern ein.

Ausweislich des übergebenen Vergabevermerkes erfüllten die Angebote die formalen Anforderungen und erreichten die 3. Wertungsstufe. Hinsichtlich der Antragstellerin wurde festgestellt, dass sie nicht nachgewiesen habe, dass bis zum 01.07.2010 eine im Dauerbetrieb befindliche Anlage zur Verfügung stehe.

Nachdem der Antragstellerin mit Schreiben gemäß § 13 VgV vom 13.03.2009 mitgeteilt wurde, dass die Antragsgegnerin beabsichtige, die Antragstellerin von der weiteren Vergabe auszuschließen und den Zuschlag der Bietergemeinschaft GmbH/..... GmbH erteilen wolle, rügte sie dies mit Schreiben vom 19.03.2009. Sie macht Verletzungen gegen vergaberechtliche Vorschriften insbesondere gegen § 97 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4, Abs. 5 und Abs. 7 GWB geltend. In einem weiteren Rügeschreiben wies sie darauf hin, dass ein oder eventuell beide Gesellschafter der Bietergemeinschaft, auf deren Angebot der Zuschlag erteilt werden soll, einen Insolvenzantrag gestellt oder möglicherweise auch ein Insolvenzverfahren anhängig sei. Eine Zuschlagserteilung auf das Angebot der Bietergemeinschaft wäre wegen mangelnder Eignung gem. § 25 Nr. 2 VOL/A vergabewidrig.

Da die Antragsgegnerin dem Begehren der Antragstellerin nicht nachkam, hat die Antragstellerin mit Fax-Schreiben vom 26.03.2009 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 27.03.2009 ist der Antrag auf Nachprüfung der Antragsgegnerin unter Aussetzung des Vergabeverfahrens und Aufforderung zur Stellungnahme zugestellt worden.

Die Durchsicht der seitens der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen ergab, dass sie am 13.01.2009 vom Geschäftsführer der GmbH, Herrn, in Kenntnis gesetzt wurde, dass er die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragt hat. Nach Prüfung der rechtlichen Unterlagen sah die Antragsgegnerin keine Veranlassung an der Eignung der Bietergemeinschaft zu zweifeln.

In seiner nicht öffentlichen Sitzung am 11.03.2009 hat der Stadtrat beschlossen (vgl. Vorlage Drucksachen-Nr.: DR/BV/424/2008/II-EB) den Zuschlag auf das letztverbindliche Angebot der Bietergemeinschaft zu erteilen, jedoch mit der Auflage, mit dem Auftragnehmer eine Nebenabrede zu vereinbaren, die der Stadt ein einmaliges Kündigungsrecht zum Ablauf des 30.06.2014 einräumt. Diese Zuschlagserteilung wurde nicht vollzogen.

Nachdem das Insolvenzverfahren am 01.04.2009 eröffnet wurde, kam eine Zuschlagserteilung auf das Angebot der Beigeladenen nicht mehr in Betracht. Daraufhin hat der Stadtrat in seiner Sitzung am 10.06.2009 beschlossen, die Ausschreibung aufzuheben. Im Vorfeld hatte sich der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin im Schriftsatz vom 08.06.2009, gerichtet an die Antragsgegnerin, mit dem Sachverhalt der Aufhebung auseinandergesetzt. Hierin hat er zum Ausdruck gebracht, dass aus seiner Sicht dies rechtlich nicht in Betracht komme. Vielmehr sei auf das Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen. Die Geschäftsführer der Antragstellerin haben eine Kopie dieses Schreibens am 09.06.2009 an die FDP-Fraktion des Stadtrates der Stadt gefaxt.

Mit Schreiben vom 30.06.2009 teilte die Antragsgegnerin der Kammer mit, dass sie die Ausschreibung aufgehoben habe. Eine weitere langfristige Vergabe der Leistung der Entsorgung von Bioabfällen aus der Stadt ist nicht beabsichtigt. Die Stadt orientiert darauf, die Leistung künftig in Eigenregie zu erbringen. Dementsprechend wurden die Bieter mit Schreiben vom 25.06.2009 über die Aufhebung des Verfahrens informiert. Bei der Antragstellerin ist das entsprechende Schreiben am 26.06.2009 eingegangen.

Die erfolgte Aufhebung hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 01.07.2009 gegenüber der Antragsgegnerin gerügt. Sie macht vor allem geltend, dass ein Grund für eine Aufhebung der Ausschreibung gemäß § 26 VOL/A nicht vorliege.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass ein Aufhebungsgrund gemäß § 26 VOL/A nicht vorliege und ihr als Zweitplazierte zwingend der Zuschlag zu erteilen wäre.

Es könne keine Rede davon sein, dass der Beschaffungsbedarf weg falle. Dies ließe sich nicht einmal dem Schreiben vom 25.06.2009 entnehmen. Ursache für die Aufhebung sei vielmehr allein der Umstand, dass der Erstplazierte aufgrund Insolvenz entfallt und die Annahme der Vergabestelle, dass die technischen Voraussetzungen bei der Antragstellerin nicht vorliegen würden.

Die Antragstellerin habe diesen Vergabeverstoß auch unverzüglich gerügt. Zunächst trägt der Verfahrensbevollmächtigte vor, dass die Geschäftsführer von dem Schreiben erst am 01.07.2009 Kenntnis erlangt hätten. Jedenfalls hätten sie dieses Schreiben erst an diesem Tage nach anwaltlicher Beratung rechtlich einordnen können. Vor diesem Hintergrund sei die Rüge gleichen Datums auch rechtzeitig. Dies gelte umso mehr, als dass der Sachverhalt rechtlich und tatsächlich nicht einfach zu beurteilen sei.

Ebenso ist sie der Auffassung, dass ihr Angebot den Vorgaben der Verdingungsunterlagen in jeder Hinsicht entspreche. Ein Ausschlussgrund bestehe nicht. Sie habe gegenüber der Antragsgegnerin mehrfach nachgewiesen, dass sie einen reibungslosen Betrieb der Kompostierungsanlage ab dem 01.07.2010 gewährleisten könne.

Die Antragstellerin beantragt,

das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren fortzuführen und festzustellen, dass ein Erledigungsfall nicht vorliegt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen.

Sie vertritt die Auffassung,
dass sich das Nachprüfungsverfahren erledigt habe.

Die Antragsgegnerin sei befugt gewesen von der Vergabe abzusehen. Ein Kontrahierungszwang bestehe insoweit nicht. Die Antragsgegnerin beabsichtige die Entsorgung der Bioabfälle künftig in Eigenregie vorzunehmen. Dieser Umstand allein rechtfertige eine Aufhebung. Damit sei der Nachprüfungsantrag unstatthaft. Unabhängig hiervon sei das entsprechende Vorbringen der Antragstellerin auch präkludiert. Das Aufhebungsschreiben sei der Antragstellerin am 26.06.2009 übermittelt worden. Es sei nicht glaubhaft, dass die Geschäftsführung erst am 01.07.2009 von diesem Schreiben erfahren habe. Es genüge im Übrigen die Kenntnis eines Geschäftsführers. Ferner sei die Antragstellerin von ihrem Verfahrensbevollmächtigten schon vor dem 10.06.2009 darüber informiert worden, dass aus dessen Sicht eine Aufhebung der Ausschreibung rechtswidrig wäre. Vor diesem Hintergrund hätte die Antragstellerin sofort nach Erhalt der Mitteilung am 26.06.2009 eine entsprechende Kenntnis gehabt und unverzüglich handeln müssen.

Mittels Beschluss vom 15.05.2009 ist der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabeakten der Antragsgegnerin gewährt worden.

Am 18.05.2009 ist die Bietergemeinschaft GmbH undGmbH mittels Beschluss 1 VK LVWA 16/09 zum Verfahren beigelegt worden.

Mit Verfügungen des Vorsitzenden der Vergabekammer wurde die Entscheidungsfrist zuletzt bis zum 03.08.2009 verlängert.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unzulässig.

Die Vorschriften des § 97 ff. GWB sind anwendbar, da der seit dem 01.01.2008 maßgebliche Schwellenwert in Höhe von 206.000 Euro gem. § 100 Abs. 1 GWB in dem streitbefangenen Vergabeverfahren überschritten ist.

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03 i. V. m. d. Gemeinsamen Geschäftsordnung d. VgK, Bek. des MW v. 29.06.2007 (MBI. LSA Nr. 26/2007).

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin trägt vor, dass sie durch Nichtbeachtung der Vergabevorschriften des

§ 26 VOL/A in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt sei. Die Antragstellerin geht davon aus, dass die Aufhebung der Ausschreibung nicht vergaberechtskonform durchgeführt worden sei. Nach ihrer Auffassung müsse auf ihr Angebot der Zuschlag erteilt werden. Dieser Vortrag ist im Hinblick auf die dem Auftraggeber obliegende Verpflichtung zur Gleichbehandlung aller Wettbewerber für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend.

Die Antragstellerin hat jedoch den von ihr geltend gemachten Vergabeverstoß nicht rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB gerügt. Nach dieser Vorschrift ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Die Antragstellerin hatte bereits mit Erhalt des Aufhebungsschreibens spätestens am 26.06.2009 eine entsprechende Kenntnis. Soweit sie vorbringt, der Geschäftsführer Herr habe erst nach anwaltlicher Beratung am 01.07.2009 erfahren, dass das Schreiben der Antragsgegnerin Vergabefehler enthalte, kann dem nicht gefolgt werden. Bei einer Auslegung des Schreibens aus dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) ergibt sich unmissverständlich, dass ihr Angebot nicht bezuschlagt werden kann und im Übrigen die Antragsgegnerin von ihrer Beschaffungsabsicht Abstand genommen hat und aus diesem Grunde die Ausschreibung aufhebt. Um dies festzustellen, bedurfte es keiner weiteren anwaltlichen Beratung. Damit waren der Antragstellerin die den Vergabeverstoß begründenden Tatsachen zu diesem Zeitpunkt bekannt. Aus ihrer Sicht stellten diese Tatsachen auch so offensichtlich einen Mangel des Vergabeverfahrens dar, dass sie sich dieser Überzeugung schlechterdings nicht verschließen konnte. Sie hatte bereits mit Schreiben vom 09.06.2009 gegenüber der FDP-Fraktion des Stadtrates der Stadt geltend gemacht, dass eine Aufhebung der Ausschreibung rechtlich nicht möglich sei. Vielmehr sei auf ihr Angebot zwingend der Zuschlag zu erteilen. Sie machte sich diesbezüglich das Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten zu Eigen. Damit musste sich der Antragstellerin bei Erhalt des Schreibens vom 25.06.2009 augenblicklich aufdrängen, dass die Aufhebung aus ihrer Sicht rechtswidrig ist. Soweit die Antragstellerin vorbringt, die Geschäftsführer hätten das Schreiben überhaupt erst am 01.07.2009 zur Kenntnis genommen, ist dies unbeachtlich. Es kann in diesem Zusammenhang nicht zu Lasten der Antragsgegnerin gehen, dass die Antragstellerin insoweit den Betrieb in ihrem Unternehmen fehlerhaft organisiert. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass den Geschäftsführern bekannt war, dass das Unternehmen sich an einem Vergabeverfahren beteiligt hatte und mit diesbezüglichem Schriftverkehr rechnen musste.

Dem Bieter wird nach dem Erkennen des Vergabefehlers ein gewisser Zeitraum – je nach Lage des Einzelfalls bis zu fünf Tage, in sehr schwierigen Fällen maximal zwei Wochen – zugebilligt, innerhalb dessen er Gelegenheit hat, die Sach- und Rechtslage zu überprüfen und zu entscheiden, ob und ggfs. mit welchen konkreten Formulierungen eine Rüge erhoben werden soll (vgl. OLG Naumburg 1 Verg 17/04 vom 14.12.2004). Da die Antragstellerin hier bereits entsprechende Vorkenntnisse hatte (vgl. ihr Schreiben an die FDP-Fraktion nebst Anlagen vom 09.06.2009) erscheint hier eine Rügefrist von allenfalls zwei Tagen als angemessen. Diese Frist hat sie nicht eingehalten. Sie hat vielmehr erst am 01.07.2009 gerügt. Sie ist somit mit ihrem Vorbringen präkludiert. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Antragsgegnerin die Aufhebung zu Recht ausgesprochen hatte. Selbst wenn der Nachprüfungsantrag zulässig wäre, wäre die Vergabekammer keinesfalls befugt, den Auftraggeber zu zwingen, das Vergabeverfahren mit Erteilung des Zuschlages abzuschließen, soweit dieser seine Beschaffungsabsicht aufgegeben hat. Die Antragstellerin hat nicht plausibel dargelegt, dass die Antragsgegnerin insoweit eine Scheinaufhebung vorgenommen hätte.

Bei dieser Sachlage hat sich der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf die von der Antragstellerin im Übrigen geltend gemachten Vergabeverstöße erledigt. Da das Vergabeverfahren beendet wurde, hat sie kein Rechtschutzinteresse daran, dass die Nichtberücksichtigung

ihres Angebotes rückgängig gemacht wird. Auch insoweit ist der Nachprüfungsantrag unzulässig.

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 112 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 GWB verzichtet, da der Nachprüfungsantrag allein aufgrund der Aktenlage zu verwerfen war. Eine andere rechtliche Bewertung hätte sich auch nicht nach einer mündlichen Verhandlung ergeben können.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens in Höhe von Euro zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens im Verhältnis zu den gestellten Anträgen in diesem Verfahren maßgeblich.

Hier wird der Antrag der Antragstellerin verworfen. Somit kommt es zum Unterliegen, so dass diese die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Die Höhe der Verfahrenskosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) unter Zugrundelegung des Angebotes der Antragstellerin (hier: Leistungszeitraum 01.07.2009 bis 31.12.2014 + Option) Euro. Da keine mündliche Verhandlung durchgeführt wurde, wird die Gebühr auf Euro reduziert.

Zu den fälligen Gebühren addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

..... **Euro,**

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Unter Berücksichtigung des hier geleisteten Vorschusses in Höhe von 2.500,00 Euro hat die Antragstellerin nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses noch einen Betrag in Höhe von **Euro** unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-.....auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Dessau, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer ange-

fochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Oanea

gez. Katzsch

gez. Foerster