



SACHSEN-ANHALT
LANDESVERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 1 VK LVwA 29/09

Halle, 11.08.2009

§ 107 Abs. 3 GWB
- Nichterfüllung der Rügeverpflichtung

Eine bloße Aufforderung zur Erläuterung der Vergabeentscheidung des Auftraggebers beinhaltet noch keine Missbilligung

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH
.....
Verfahrensbevollmächtigte
.....

Antragstellerin

gegen

den Landkreis
.....

Antragsgegner

wegen

des gerügten Vergabeverstößes im Offenen Verfahren zur Vergabe von Rettungsdienstleistungen hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens beziffern sich auf insgesamt..... Euro.

G r ü n d e

I.

Der Antragsgegner beabsichtigt im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) die Durchführung des Rettungsdienstes (Notfallrettung und qualifizierter Rettungsdienst) im losweise zu vergeben. Die Bekanntmachung erfolgte am 17.12.2008. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis, die Mitarbeit bei Großschadenslagen und Massenanfällen von Verletzten, die Erfahrungen im Rettungsdienst, das Qualitätsmanagement sowie die Qualifikation des Personals benannt.

Zum Abgabetermin am 03.03.2009, 10:00 Uhr lagen dem Antragsgegner für das Los C fünf Angebote vor.

Ausweislich der eingereichten Vergabeunterlagen wurde ein Angebot aus formellen Gründen ausgeschlossen. Im Rahmen der weiteren Prüfung belegt das Angebot der Antragstellerin sowohl in der Bewertung „Kosten“ als auch in der Gesamtschau der Zuschlagskriterien den vierten Platz. Das Angebot, auf welches der Zuschlag erteilt werden soll, nimmt in der Rubrik „Kosten“ Rang 2 ein. Unter Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien wurde es prüferseitig dennoch als das wirtschaftlich annehmbarste Angebot ausgewählt.

Mit Schreiben vom 28.04.2009, nach Bekunden der Antragstellerin bei dieser am 29.04.2009 eingegangen, teilte der Antragsgegner seine Absicht mit, am 13.05.2009 auf das Angebot der Bietergemeinschaft Rettungsdienstden Zuschlag zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin stelle nicht das wirtschaftlichste Angebot dar. Zusätzlich gab er den Angebotspreis des niedrigsten sowie des höchsten Bieters bekannt.

Mit Schriftsatz vom 11.05.2009 wandte sich die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin an den Antragsgegner und bat unter Bezugnahme auf § 27 VOL/A um Auskunft, welche Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes ihrer Mandantschaft vorlägen und welche Vorteile das Angebot des erfolgreichen Bieters aufweise. Weiterhin wurde insbesondere um Mitteilung gebeten, ob die Auftraggeberseite angesichts des ungewöhnlichen niedrigen Preises des Angebotes, auf das der Zuschlag erteilt werden solle (Abweichung um $\frac{1}{3}$) eine Preisprüfung und/oder Belegprüfung zur Plausibilität der Kalkulation durchgeführt habe. Die Preisdifferenz zwischen dem Angebot der Antragstellerin und dem zur Zuschlagserteilung vorgesehenen Angebot belaufe sich auf Euro.

Mit Fax-Schreiben vom 12.05.2009 hat die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Durch Verfügung der Vergabekammer gleichen Tages ist der Antrag auf Nachprüfung dem Antragsgegner unter Hinweis auf die Aussetzung des Vergabeverfahrens und der Aufforderung zur Stellungnahme zugestellt worden.

Die Durchsicht der vom Antragsgegner vorgelegten Unterlagen ergab, dass seitens der Antragstellerin über den bereits erwähnten Schriftsatz vom 11.05.2009 hinaus jede weitere Kontaktaufnahme mit dem Antragsgegner unterblieb. Bei der Überprüfung der rechnerischen Prüfung stellte die Kammer fest, dass zwischen dem niedrigsten Angebot und dem Angebot des Zweitplazierten eine Preisdifferenz von gerundet Euro (hier: ca. 1,1 % Preisdifferenz) besteht.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass ihr Antrag zulässig sei. Die Antragstellerin sei nur verpflichtet, von ihr erkannte Fehler im Vergabeverfahren unverzüglich zu rügen. Die Erkennbarkeit eines eventuellen auftraggeberseitigen Fehlverhaltens sei in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Das Erheben einer Verdachtsrüge sei gerade nicht erforderlich. Bei Bestehen eines Verdachtes müsse der Bieter lediglich versuchen Aufklärung zu erlangen. Ferner bedürfe eine Rüge weder der Bezeichnung als solche noch der Aufführung der gesetzlichen Bestimmungen. Im Übrigen führe eine mögliche Präklusion von Teilaspekten auch nicht zur Unzulässigkeit des gesamten Nachprüfungsantrages.

Zudem gehe es hier indes um Rechtsverstöße in der Schlussphase des Vergabeverfahrens, der Angebotswertung. Ein laufendes Vergabeverfahren liege hier nicht mehr vor. Nach einer derartigen Information verblieben jedem Bieter gleichermaßen 14 Werkzeuge, um ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Für eine ausführliche Korrespondenz mit Übersendung der detaillierten Gründe fehle indes die Zeit, so dass dem Bieter das Recht auf Information nach § 97 Abs. 7 GWB i.V.m. § 13 VgV im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zustehe. Da nach der Rüge kein genügender Zeitpuffer vor Ablauf der Frist nach § 13 VgV vorgelegen habe, sei die Rüge auch dann wirksam, wenn eine Chance zur Korrektur nicht (mehr) bestehe. Die Antragstellerin wäre also keinesfalls daran gehindert, in höflicher Form die Benennung der Gründe der Nichtberücksichtigung zu erbitten sowie den Antragsgegner auf seine Pflicht zur Aufklärung von ungewöhnlich niedrigen Preisen hinzuweisen. Damit sei der als vergaberechtswidrig anzusehende Sachverhalt ausreichend benannt. Angesichts der Fristenlage käme es auch nicht auf eine Benennung der Frist zur Stellungnahme an und die Antragstellerin sei eben nicht gehindert, die Vergabekammer anzurufen.

Das eigentliche Vorliegen einer Rechtsverletzung sei durch die Nichtprüfung des ganz offensichtlich außergewöhnlich niedrigen und damit sittenwidrigen Angebotes der Konkurrenz evident. Der zur Zuschlagserteilung vorgesehene Bieter zahle ganz offensichtlich sittenwidrige Löhne. Die Abweichung im Angebot betrage fast 500.000,00 Euro, die im Wesentlichen nur im Lohnbereich einzusparen seien. Bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten, die ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung implizierten, obliege der Vergabestelle die Pflicht zur Aufklärung. Es sei zwar in der Rechtsprechung umstritten, ob ein solches Aufklärungsgebot bereits bei einer Abweichung von 5-10 % bestehe, indes herrsche über eine derartige Verpflichtung bei einer Abweichung von 20 % und mehr Einigkeit. Vorliegend bestehe eine Abweichung in Höhe von $\frac{1}{3}$ des Gesamtpreises. Auch der EuGH gehe von einer Pflicht zur Durchführung eines Prüfverfahrens bei ungewöhnlich niedrigen Preisen aus (vgl. EuGH v. 16.10.1997 und v. 27.11.2001).

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Entscheidung zur Vergabe an die Bietergemeinschaftrechtswidrig ist und
2. die Vergabe insoweit aufzuheben.

Der Antragsgegner beantragt,

die Anträge der Antragstellerin als unzulässig zu verwerfen.

Er vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag gem. § 107 Abs. 3 GwB unzulässig sei. Die Antragstellerin habe den behaupteten Vergabeverstoß nicht unverzüglich gegenüber dem Antragsgegner gerügt. Das Schreiben der Antragstellerin vom 11.05.2009, welches am 12.05.2009, also einen Tag vor Zuschlagserteilung in der Kreisverwaltung vorlag, stelle keine Rüge dar. Zwar seien an den Inhalt einer Rüge nur geringe Anforderungen zu stellen und es müsse auch nicht unbedingt der Begriff Rüge verwandt werden. Jedoch müsse ein Schreiben erkennen lassen, dass ein Vergabeverstoß behauptet und seine Beseitigung ernsthaft gefordert werde. Darin unterscheide sich die Rüge von der bloßen Anfrage. Zwar müsse für eine ordnungsgemäße Rüge die verletzte Norm nicht im Einzelnen angegeben werden. Ausreichend sei, dass die Mitteilung so hinreichend bestimmt abgesetzt werde, dass die Auftraggeberseite in die Lage versetzt werde, den beanstandeten Fehler zu erkennen und zu beheben. Es reiche somit nicht aus, wenn nur allgemeine Nachfragen zu Einzelheiten der Ausschreibung erfolgten. Vielmehr müsse der Vergabestelle ein vermeintlicher Verstoß gegen Vergabevorschriften entgegengehalten und auf Abänderung gedrängt werden. Hier sei für die Vergabestelle eindeutig zu erkennen, dass das Schreiben lediglich als Anfrage formuliert sei, in dem die Antragstellerin um Erläuterungen der Vergabeentscheidung bitte. An keiner Stelle sei deutlich gemacht worden, dass die Antragstellerin die Entscheidung des Antragsgegners für falsch halte.

Da das besagte Schreiben nicht als Rüge anzusehen sei, komme es auch nicht darauf an, ob nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB die Rügefrist eingehalten worden sei. Vollständigkeitshalber weise man darauf hin, dass erkannte Rechtsverstöße unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, und im Allgemeinen innerhalb einer Höchstfrist von 2 Wochen zu rügen seien.

Mit Verfügungen des Vorsitzenden der Vergabekammer wurde die Entscheidungsfrist zuletzt bis zum 24.09.2009 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).

Der Antragsgegner 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 der Auftraggeber beabsichtige auf ein Angebot eines Bieters den Zuschlag zu erteilen, der ganz offensichtlich sittenwidrige Löhne zahle. Die Antragstellerin geht davon aus, dass der Antragsgegner seiner Aufklärungspflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen sei. Sie sei in ihren Rechten verletzt, da der Niedrigstpreisbietende nicht nur nicht ausgeschlossen wurde, sondern vielmehr Favorit des Antragsgegners sei. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ausreichend.

Die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages folgt aus der Nichterfüllung der die Antragstellerin nach § 107 Abs. 3 GWB treffenden Rügeverpflichtung. Der Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten vom 11.05.2009 ist nicht geeignet, dem Rügeerfordernis zu genügen. Es fehlt hier neben der für die Auftraggeberseite erkennbaren Missbilligung ihres Verhaltens auch an der Forderung, den vergaberechtlichen Anforderungen nunmehr endlich zu genügen. Darin unterscheidet sich die Rüge von der hier vorliegenden bloßen Anfrage oder Anregung.

Im Einzelnen ist festzustellen, dass die bloße Aufforderung zur Erläuterung der Vergabeentscheidung des Auftraggebers selbst noch keine Missbilligung beinhaltet. Dies trifft ebenso für die konkrete Nachfrage hinsichtlich der preislichen Überprüfung des zur Zuschlagserteilung vorgesehenen Konkurrenzangebotes zu. Die Auftraggeberseite darf bei derartigen Formulierungen zu Recht davon ausgehen, dass der tätig werdende Bieter zwar Vorstellungen von einem vergaberechtskonformen Verhalten des Auftraggebers hat, Ersterer die Einschlägigkeit seines diesbezüglichen Anforderungsprofils jedoch durch seine konkrete Nachfrage noch zu ergründen sucht. Ein Bestreben um Sachaufklärung stellt demnach bestenfalls eine Vorstufe für eine eventuell folgende Missbilligung einschließlich der Forderung nach zukünftigem rechtskonformen Verhalten dar. Die Art der Formulierung ist dabei ohne jede Bedeutung, nicht jedoch deren Inhalt. Die Antragstellerin hätte demnach gegenüber dem Antragsgegner zur Erfüllung der ihr durch den Gesetzgeber auferlegten Verpflichtung unmissverständlich erklären müssen, dass das zur Zuschlagserteilung vorgesehene Angebot nicht zuschlagsfähig sei, sondern stattdessen wegen eines hier behaupteten Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung hätte ausgeschlossen werden müssen bzw. nunmehr auszuschließen sei.

Ungeachtet der vorherigen Ausführung zur rechtlichen Bewertung des Schreibens vom 11.05.2009 wäre dieses auch nicht geeignet, die Anforderungen an die Unverzüglichkeit einer Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zu erfüllen. Denn hier käme es aufgrund des Inhaltes des Informationsschreibens im Zusammenhang mit dem antragstellerseitigen Vortrag im Nachprüfungsverfahren nicht auf den tatsächlichen Zeitpunkt an, zu dem die Antragstellerin den Rückschluss auf das vermeintliche Einbeziehen von sittenwidrig niedrigen Löhnen in das zur Zuschlagserteilung vorgesehene Angebot gezogen hat, sondern wann ihr dieser Rückschluss aufgrund der für sie maßgeblichen Informationen im Sinne eines schuldhaften Verschließens möglich gewesen wäre. Für die erkennende Kammer ist dies der Zeitpunkt der Kenntnisnahme vom Inhalt des Informationsschreibens. Das Informationsschreiben vom 28.04.2009 ging ausweislich des Vortrages der Antragstellerin am Folgetag bei ihr ein. Sie hat demnach am 29.04.2009 u. a. zur Kenntnis genommen, dass ihr Angebot das preislich Höchste ist und zum niedrigsten Angebot eine Preisdifferenz von etwa 500.00,00 Euro besteht. Wenn sie nunmehr im Nachprüfungsverfahren im Hinblick auf das streitbefangene Konkurrenzangebot von einer Einbeziehung ganz offensichtlich sittenwidriger Löhne spricht, so hätte sie diesen Rückschluss mit dem Lesen des Informationsschreibens ziehen müssen. Sollte dieser Rückschluss tatsächlich unterblieben sein, so hätte sie sich dieser nach ihrer eigenen Argumentation gewissermaßen aufdrängenden Erkenntnis schuldhaft und damit für die Rechtsordnung nicht tolerierbar verschlossen. Der Vortrag der Antragstellerseite schließt demnach denkbare auch die Erforderlichkeit einer der eventuellen Rüge vorausgehenden anwaltlichen Beratung aus. Selbstverständlich war die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt gehindert anwaltlichen Rat zu suchen, sie hat jedoch eventuell damit verbundene Verzögerungen zu vertreten.

Die durch die Antragstellerin selbst vorgetragene Argumentationsstruktur lässt eine Rügefrist von zwei bis maximal drei Kalendertagen ausreichend erscheinen. Sie hätte somit spätestens am 01.06.2009 gegenüber der Antragsgegnerin rügen müssen. Diese Frist hat sie nicht

eingehalten. Sie hat sich vielmehr erst am 11.05.2009 an den Auftraggeber gewandt und ist somit mit ihrem Vorbringen präkludiert. Es käme daher auch unter diesem Gesichtspunkt nicht darauf an, ob der Antragsgegner die Wertung vergabekonform durchgeführt hat.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass dem Nachprüfungsantrag auch aus materiellen Gesichtspunkten kein Erfolg beschieden wäre. Die Antragstellerin erkennt, dass die auftraggeberseitige Pflicht zur Aufklärung über das Zustandekommen des Preises nicht bereits dann entsteht, wenn zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Angebot eine Preisdifferenz von mehr als 10 % besteht. Relevant ist in diesem Zusammenhang vielmehr die Preisdifferenz zwischen dem nach der rechnerischen Prüfung erst- und zweitplazierten Angebot. Diese Preisdifferenz wird zwischen diesen hier relevanten Angeboten nicht erreicht. Ein Fehlverhalten des Auftraggebers liegt daher nicht vor. Im Übrigen stammt das preisgünstigste Angebot nicht von dem Bieter, der anhand der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien als der annehmbarste Bieter ausgewählt wurde.

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 112 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 GWB verzichtet, da der Nachprüfungsantrag bereits 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.

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 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 wird der Antragstellerin nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses ein Betrag in Höhe von **Euro** zurück erstattet.

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 Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten 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 zugelassenen 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. Thomas

gez. Katzsch

gez. Foerster