

Vergabekammer
beim Regierungspräsidium Halle

Beschluss

AZ: VK Hal 34/00

Halle, 05.06.2001

- parallele Anrufung der Vergabekammer und Nachprüfstelle
- erledigendes Ereignis
§ 114 Abs. 2 GWB

In dem Nachprüfungsverfahren der

Firma

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte

Antragstellerin

gegen

den

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte

vertreten durch

Antragsgegner

unter Beiladung

der Bieterin

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte

vertreten durch.....

Beigeladene

wegen

gerügtem Vergabeverstoß zur hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Oberregierungsrat Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Dolge beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens hat die Antragstellerin zu tragen.
3. Die Antragstellerin hat die dem Antragsgegner zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes durch den Antragsgegner war notwendig.
5. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten der Beigeladenen trägt diese selbst.
6. Die zu zahlenden Gesamtkosten werden auf DM festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb im Offenen Verfahren auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) die aus.

Gegen diese Ausschreibung legte die Antragstellerin mit Schreiben vom 27.10.2000 Beschwerde bei der Vergabekammer ein.

Die Antragstellerin rügt in ihrer Beschwerde unter anderem, dass die Vergabestelle trotz Hinweis nicht ausreichend dargelegt habe, weshalb ihr Angebot nicht das Wirtschaftlichste sei. Es sei zwar erläutert worden, welche Kriterien die Vergabestelle für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes angewandt habe, einen Beleg für die Behauptung, das Angebot der sei das wirtschaftlichste Angebot im Sinne von § 97 Abs. 5 GWB, sei ihr jedoch verwehrt worden.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass der Auftraggeber ihr die erforderlichen Informationen und die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes hätte mitteilen müssen, da diese die Grundlage zur Beantragung eines Nachprüfungsverfahrens seien.

Die Antragstellerin geht ursprünglich davon aus, dass sie das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe, weil sie aufgrund der örtlichen Gegebenheiten einen außergewöhnlich günstigen Preis kalkuliert habe.

Sie beantragte daher sinngemäß,

- die Vergabestelle zu verpflichten, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen und
- dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sowie
- festzustellen, dass die Beauftragung eines Rechtsanwaltes erforderlich war.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 27.10.2000 wurde der Antragsgegner über den Inhalt der Beschwerde informiert und über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) belehrt. Gleichzeitig wurde er aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Beschwerdeinhalt vorzulegen.

Mit Beschluss vom 17.11.2000 wurde der Antragstellerin Einsicht in die freigegebenen Verfahrensakten durch Übersendung der Kopien gewährt.

Die Bieterin wurde durch Beschluss vom 29.11.2000 beigeladen, da sie in ihren Interessen betroffen sein könnte.

Im Schreiben vom 05.12.2000 legt sie nunmehr dar, dass sie nach Auswertung der übersandten Kopien ihren ursprünglichen Antrag nicht mehr aufrecht erhalten wolle, da das Angebot der Beigeladenen offenbar das wirtschaftlichste im Wettbewerb sei. Der Antragstellerin sei ein Übertragungsfehler beim Ausfüllen der Angebotsblätter unterlaufen. Dies wäre frühzeitig und ohne Anrufung der Vergabekammer aufklärbar gewesen, wenn der Antragsgegner die gesetzlichen Auskünfte rechtzeitig und vollständig erteilt hätte. Es könne somit dem Antragsgegner kein materieller Verfahrensfehler vorgeworfen werden, sondern nur ein formaler Vergabeverstoß. Dieser formale Rechtsverstoß sei durch die Übersendung der Kopien der freigegebenen Teile der Vergabeakten beseitigt worden. Damit läge ein Fall der Erledigung in sonstiger Weise im Sinne von § 114 Abs. 2 Satz 2 Alternative 3 GWB vor.

Sie beantragt nunmehr,

- festzustellen, dass der Antragsgegner mit den Schreiben vom 20. und 26. 10. 2000 seine Informationspflicht nach § 27 a VOL/A nicht erfüllt hat,
- dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen und auszusprechen, dass die Beauftragung eines Rechtsanwaltes durch die Antragstellerin erforderlich war.

Der Antragsgegner beantragt,

- die Anträge zurückzuweisen und
- festzustellen, dass die Beauftragung eines Rechtsanwaltes durch den Antragsgegner erforderlich war.

Die Beigeladene beantragt,

den Feststellungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Zur Begründung führt der Antragsgegner aus, dass eine Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nur in Betracht käme, wenn das Ziel der Antragstellerin darin liege, dem Auftraggeber ein bestimmtes Verhalten aufzugeben oder diesem eine bestimmte Verhaltensweise zu untersagen. Dies ergäbe sich aus der Funktion der Vergabekammern, aus den Anforderungen an die Begründung des Nachprüfungsantrages sowie aus dem Umstand, dass die Vergabekammer nach § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB im Regelfall eine Entscheidung zu treffen habe, die neben der Feststellung, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt sei, auch die Anordnung geeigneter Maßnahmen zur Beseitigung der Rechtsverletzung und zur Verhinderung eines Schadenseintrittes beinhalte.

Das OLG Naumburg habe deshalb zu Recht entschieden, dass kein rechtsschutzwürdiges Interesse an einer auf die bloße Feststellung beschränkte Nachprüfung bestehe, dass der Antragsgegner als Vergabestelle sich rechtswidrig verhalten habe (OLG Naumburg, ZVgR 2000, 170, 172).

Eine auf die bloße Feststellung einer Rechtswidrigkeit beschränkte Entscheidung der Vergabekammer komme nur in dem Ausnahmefall des § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB für den Fall der Erledigung des Anliegens der Antragstellerin während des laufenden Nachprüfungsverfahrens in Betracht. In diesem Fall könne das laufende Nachprüfungsverfahren in ein bloßes (Fortsetzungs-) Feststellungsverfahren übergeleitet werden. Allerdings fehle es im vorliegenden Fall an der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens. Eine Erledigung im Sinn des § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB trete immer nur dann ein, wenn eine Einwirkung auf das Vergabeverfahren mit dem Ziel, es zu einem rechtmäßigen Abschluss zu bringen, nicht mehr möglich wäre. Eine Erledigung liege daher bei der Erteilung des Zuschlags oder der Aufhebung der Ausschreibung vor.

Im vorliegenden Fall habe die Antragstellerin aufgrund der Akteneinsicht festgestellt, dass der von ihr eingeleitete Nachprüfungsantrag keine Aussicht auf Erfolg habe. Darin liege keine Erledigung des Nachprüfungsverfahrens. Eine Überleitung in ein (Fortsetzungs-)Feststellungsverfahren komme deshalb nicht in Betracht.

Im Übrigen sei der Feststellungsantrag auch unbegründet. Mit Schriftsatz vom 31.10.2000 sei im Einzelnen dargelegt worden, dass der Antragsgegner dem Informationsanspruch der Antragstellerin als nicht berücksichtigter Bieterin mit den beiden Schreiben vom 20.10.2000 und vom 26.10.2000 im gebotenen Umfang Rechnung getragen habe. Der Antragsgegner habe der Antragstellerin sowohl den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden solle, als auch den Grund der (vorgesehenen) Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin mitgeteilt.

Weitergehende Informationen müsse und dürfe der Antragsgegner nicht an die Antragstellerin weitergeben. Insbesondere sei der Antragsgegner weder verpflichtet noch berechtigt, der Antragstellerin den Preis des Angebotes mitzuteilen, auf das der Zuschlag erteilt werden solle.

Entgegen den Ausführungen im Schriftsatz der Antragstellerin vom 05.12.2000 konnte der Antragsgegner die Antragstellerin auch nicht auf deren Kalkulations- bzw. Darstellungsirrtum hinweisen, da dieser Irrtum für den Antragsgegner nicht erkennbar war. Gerade der interne Kalkulations- bzw. Darstellungsirrtum der Antragstellerin zeige im Übrigen auch, dass die Antragstellerin sich auch mit der Information über den Angebotspreis des Angebotes, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, wohl nicht zufriedengegeben hätte. Sie ging vielmehr davon aus, dass sie das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Die Folgen dieses Kalkulations- bzw. Darstellungsirrtums habe nicht der Antragsgegner zu vertreten, sondern die Antragstellerin selbst.

Der Antrag auf Feststellung, dass der Antragsgegner seine Informationspflicht nicht erfüllt habe, sei nach alledem zurückzuweisen.

Die Beigeladene vertritt ergänzend die Auffassung, dass der Auftraggeber nach § 27 a VOL/A den bei der Vergabe eines Auftrags nicht berücksichtigten Bewerbern oder Bietern, die dies beantragen, innerhalb von 15 Tagen nach Eingang ihres Antrages die Gründe für die Ablehnung ihrer Bewerbung oder ihres Angebotes sowie im Fall eines Angebotes den Namen des erfolgreichen Bieters mitzuteilen habe. Die Mitteilung des Namens des erfolgreichen Bieters müsse sich auf die Nennung des Auftragnehmers beschränken und dürfe aus Vertrauens- und Geheimhaltungsgründen keine weitergehenden Angaben enthalten.

Es könne aus diesem Grunde dahinstehen, ob es sich bei § 27 a VOL/A um eine bloße Formvorschrift handele, deren Verletzung keinen Verstoß im Sinne von § 97 Abs. 7 GWB zu begründen vermöge. Für die vergleichbare Vorschrift des § 27 VOB/A habe der VÜA Bayern bereits entschieden, dass ein Verstoß gegen § 27 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A nicht zur Rechtswidrigkeit der ganzen Vergabe führe, da ein Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht das Diskriminierungsverbot (§ 97 Abs.2 GWB) nicht grundlegend tangiere.

Am 06.12.2000 übersandte die Vergabekammer das Schreiben der Antragstellerin von 05.12.2000 an alle Beteiligten des Verfahrens und fragte an, ob Einwände gegen die Aufhebung der Aussetzung der Zuschlagserteilung gem. § 115 Abs. 1 GWB bestehen würden und im schriftlichen Verfahren entschieden werden könne.

Alle Beteiligten haben der Vergabekammer daraufhin mitgeteilt, dass keine Einwände bestehen.

In Bezug auf weitere Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze und die Vergabeakten, die der Kammer vorgelegen haben, verwiesen.

II.

Der Fortsetzungsfeststellungsantrag gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB ist bereits unzulässig.

Das Begehren der Antragstellerin scheitert am Vorliegen eines erledigenden Ereignisses.

Gemäß § 114 Abs. 2 S. 2 GWB stellt die Vergabekammer auf Antrag fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat, wenn sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlages, durch Aufhebung oder Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise erledigt hat.

Eine Erledigung in sonstiger Weise, auf die sich die Antragstellerin hier beruft, liegt dann vor, wenn das Nachprüfungsverfahren durch ein anderes Ereignis, als eines der in § 114 Abs. 2 S. 2 GWB ausdrücklich genannten Fälle, gegenstandslos wird.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist ein solches Ereignis im gegebenen Fall nicht in der Übersendung von Kopien freigegebener Teile der Vergabeakten durch die Vergabekammer im Rahmen eines gewährten Akteneinsichtsrechtes zu sehen.

Gegenstand des ursprünglichen Nachprüfungsantrages war, die Vergabestelle zu verpflichten, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

Dieses Begehren wurde nicht dadurch gegenstandslos, dass die Antragstellerin nach Akteneinsicht einen ihr unterlaufenen Übertragungsfehler aufgedeckt und nunmehr eingesehen hatte, dass das Angebot der Beigeladenen unter diesem Gesichtspunkt tatsächlich das wirtschaftlichere war. Die Antragstellerin erkannte lediglich ihre geringen Erfolgsaussichten im laufenden Nachprüfungsverfahren. Trotz alledem blieb eine Entscheidung über den Ausgangsantrag mit dem Ziel, endgültig zu klären, welchem Bieter der Zuschlag rechtmäßig zustand, nach wie vor möglich.

Dem steht nicht der Verweis der Antragstellerin auf den Kommentar zum Vergaberecht von Arnold Boesen, 1. Auflage, § 114 Rndr. 59, entgegen. Danach kann eine Erledigung in sonstiger Weise auch dadurch eintreten, dass der Antragsteller parallel zur Anrufung der Vergabekammer die Vergabeprüfstelle mit der Nachprüfung befasst und der Auftraggeber in Umsetzung der Entscheidung der Vergabeprüfstelle den gerügten Rechtsverstoß beseitigt hat. Eine solche Konstellation liegt hier nämlich nicht vor.

Zum einen handelte nicht der Antragsgegner, sondern die Vergabekammer im Rahmen eines gesonderten Antrages nach § 111 GWB. Zum anderen wurde durch die Gewährung der Akteneinsicht nicht das vollständige Begehren der Antragstellerin, den Zuschlag an sie zu erteilen, erfüllt.

Zur Reduzierung der Kostenbelastung hätte die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag vollumfänglich zurücknehmen können. Insoweit wäre gemäß § 128 Abs. 3 S. 3 GWB nur die Hälfte der Gebühren angefallen.

Für eine Umdeutung des anwaltlichen Schreibens der Antragstellerin vom 05. Dezember 2000 in ein Rücknahmebegehren ist indes kein Raum. Dahingehend stehen der konkrete Wortlaut des im Schriftsatz neu formulierten Antrages sowie dessen Begründung entgegen, die unumstößlich auf ein Fortsetzungsfeststellungsbegehren im Sinne von § 114 Abs. 2 S. 2 GWB gerichtet sind.

Kosten

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 Abs. 3 S. 1 GWB.

Gemäß § 128 Abs. 4 S. 2 GWB hat die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. Gemäß § 128 Abs. 4 GWB i. V. m. § 80 Abs. 2 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt - VwVfG LSA - sind davon auch die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwaltes des Antragsgegners umfasst, denn dessen Hinzuziehung war wegen der Komplexität des Sachverhaltes und der schwierigen Rechtslage für notwendig zu erachten. Eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Auslagen der Beigeladenen sieht § 128 GWB nicht vor.

Die Höhe der Gesamtkosten beläuft sich hier auf DM (§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB). Die Kosten gliedern sich entsprechend der im Land Sachsen-Anhalt anzuwendenden Gebührentabelle in Gebühren in Höhe vonDM (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) und Auslagen in Höhe von DM (§ 128 GWB i.V.m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt - VwKostG LSA) auf.

Unter der Verrechnung des bereits gezahlten Kostenvorschusses in Höhe von,- DM ist der noch zu zahlende Restbetrag von DM unter Verwendung des Kassenzzeichens einzuzahlen. Der Betrag ist fällig mit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses. Die Zahlung hat auf das Konto bei der Landeszentralbank - LZB-Dessau -, BLZ 805 000 00 zu erfolgen.

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 der 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 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 bei einem deutschen Gericht 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. Dolge