



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

**dazu OLG-Entscheidung des Oberlandesgerichtes Naumburg 1 Verg 1/06 vom
02.03.2006**

AZ: 1 VK LVwA 43/05

Halle, 23.12.2005

§ 107 Abs. 3 S. 1 GWB
- Unverzöglichkeit der Rüge

Die Rügefrist des 107 Abs. 3 S. 1 GWB beginnt damit, dass dem Bieter diejenigen Tatsachen bekannt werden, aus denen für diesen ein tatsächlicher oder vermeintlicher Vergabefehler folgt. Für die Annahme der Kenntnis vom vermeintlichen Vergabeverstoß ist eine zumindest laienhafte rechtliche Wertung des Bieters ausreichend. Eine bloße Erkennbarkeit i. S. d. § 107 Abs. 3 S. 2 GWB kann aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts des hier in Analogie einschlägigen § 107 Abs. 3 S. 1 GWB zwar nicht als ausreichend erachtet werden, dennoch besteht die Rügeobliegenheit nicht erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Bieter Kenntnis von einem völlig zweifelsfreien und in jeder Beziehung nachweisbaren Vergabefehler erlangt.

In dem Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH
.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte

Antragstellerin

gegen

den Abwasserzweckverband

Antragsgegner

unter Beiladung des

Zweckverbandes für Wasserversorgung
und.....

.....
.....

Beigeladene

wegen

des gerügten Vergabeverstoßes der Nichtausschreibung der kaufmännischen und technischen Betriebsführung der Abwasserbeseitigung hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der beamteten Beisitzerin Regierungsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Förster beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag sowie der Fortsetzungsfeststellungsantrag werden verworfen.
2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) trägt die Antragstellerin.
3. Die Verfahrenskosten beziffern sich auf insgesamt EUR.

Gründe

I.

Der Antragsgegner ist eine Körperschaft des Öffentlichen Rechts und erfüllt die Aufgaben der Abwasserbeseitigung auf dem Gebiet seiner Verbandsmitglieder. Die Antragstellerin ist für den Antragsgegner seit dem 01.01.1997 als Betriebsführerin auf dem Gebiet der Abwasserbeseitigung tätig. Das Vertragsverhältnis endet aufgrund einer ordentlichen Kündigung des Antragsgegners zum 31.12.2005. Nach erfolgter Kündigung des Betriebsführungsvertrages forderte der Antragsgegner die Antragstellerin in der Besprechung vom 16.03.2005 zur Abgabe eines neuen Angebotes über die Betriebsführung auf. Im Ergebnis dessen erstellte die Antragstellerin ein Angebot für die Betriebsführungsleistung inklusive Personalkosten für das Jahr 2006 über einen Betrag von Mio Euro (netto) und übergab dieses dem Antragsgegner mit Schreiben vom 11.04.2005. Eine Reaktion auf das Angebot erfolgte seitens des Antragsgegners nicht. Stattdessen wurde in öffentlicher Sitzung der Verbandsversammlung vom 14.09.2005 beschlossen, die kaufmännische und technische Betriebsführung der Abwasserbeseitigungsanlagen ohne Ausschreibung dem Beigeladenen zu übertragen. Mittels Schreiben vom 16.09.2005 rügte die Antragstellerin die geplante Beauftragung des Beigeladenen ohne die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens gegenüber dem Antragsgegner. Nach ihrer Auffassung müsse die Beschaffung dieser Dienstleistung in einem transparenten Vergabeverfahren durchgeführt werden, dass es sich bei den Beigeladenen ebenso über eine Körperschaft handelt, ändert daran nichts.

Da der Antragsgegner ihrem Begehren nicht nachkam, beantragte sie am 23.09.2005 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 23.09.2005 ist der Nachprüfungsantrag dem Antragsgegner zugestellt worden.

Gleichzeitig wurde dieser über die Unzulässigkeit einer Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) informiert und aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zum Inhalt des Nachprüfungsantrages vorzulegen.

Die Durchsicht der vorgelegten Unterlagen ergab, dass das Rügeschreiben vom 16.09.2005 weder per Fax noch auf dem Postweg dem Antragsgegner zugesandt wurde. Der Antragsgegner bestätigte mit seinem Schreiben vom 22.12.2005, dass das Rügeschreiben von einer Mitarbeiterin der Antragstellerin am 20.09.2005 übergeben wurde.

Zwischenzeitlich wurde seitens des Antragsgegners mitgeteilt, dass die Zweckvereinbarung aufgrund der Übereinkunft des Verbandsvorsitzenden des Antragsgegners mit der Verbandsgeschäftsführerin des Beigeladenen aufgekündigt wurde. Die Verbandsversammlung des Beigeladenen stimmte dieser Kündigung mit Beschluss vom 07.12.2005 zu. Ein gleich lautender Beschluss der Verbandsversammlung des Antragsgegners wird erst zu Mitte Januar erwartet.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag sowohl zulässig als auch begründet sei.

Insbesondere stehe der Überprüfbarkeit des Dargelegten kein rechtlich bindender Vertragsschluss zwischen dem Antragsgegner und dem Beigeladenen nach § 114 Abs. 2 S. 1 GWB entgegen. So dürfte die nach § 20 der Zweckvereinbarung notwendige Genehmigung des Landkreises bisher nicht erteilt sein. Der Genehmigungsvorbehalt stehe damit bereits einem Wirksamwerden der vertraglichen Übereinkunft entgegen. Darüber hinaus regle § 21 der Zweckvereinbarung, dass die vertragliche Übereinkunft erst zum 01.01.2006 ihre Wirksamkeit entfalte, so dass hier Kraft Parteivereinbarung noch nicht von einem wirkenden Vertragsschluss ausgegangen werden könne. Letztlich stünde auch § 13 S. 6 der Vergabeverordnung (VgV) in analoger Anwendung der Wirksamkeit der Zweckvereinbarung entgegen. Danach ist eine Zuschlagserteilung dann ohne rechtliche Relevanz, wenn den vermeintlichen Konkurrenten im Wettbewerb nicht mindestens 14 Tage vorher die Gründe ihrer Nichtberücksichtigung sowie die Identität des zukünftigen Vertragspartners mitgeteilt worden seien.

Im Übrigen habe die Antragstellerin die drohende Vergabe außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens unverzüglich und damit rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB gegenüber dem Antragsgegner gerügt. Kenntnis von dem bevorstehenden vermeintlich vergaberechtswidrigen Vertragsschluss zwischen dem Antragsgegner und dem Beigeladenen habe sie erst durch die Teilnahme an der Verbandsversammlung am 14.09.2005 erlangt, in der beschlossen wurde, die Betriebsführung im Wege der Zweckvereinbarung mit dem Beigeladenen durch diesen durchführen zu lassen. Durch den Eingang der am 16.09.2005 formulierten Rüge am 20.09.2005 beim Antragsgegner seien dessen Interessen ausreichend gewahrt worden.

Ferner drohe der Antragstellerin durch die Verletzung des Vergaberechts ein Schaden im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Auftrag. Dies ergebe sich bereits daraus, dass sie auf Nachfrage des Antragsgegners nach erfolgter Kündigung des Betriebsführervertrages ein Angebot zur Erbringung einer derartigen Leistung für das Jahr 2006 abgab. Durch die Nichtausschreibung sei der Antragstellerin die Möglichkeit der Zuschlagserteilung genommen, so dass hier in eine Rechtsposition im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB eingegriffen worden sei.

Abschließend sei festzustellen, dass die Kündigung der Zweckvereinbarung vom 07.12.2005 zum bisherigen Zeitpunkt keine Rechtswirksamkeit entfalte, da es bisher an der Legitimation durch die Verbandsversammlung der Auftraggeberseite fehle.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, da die Auftragsvergabe von einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes an eine andere Körperschaft des öffentlichen Rechtes zur Gewährleistung des freien Wettbewerbes auch dem Vergabewesen unterliege.

Die Antragstellerin beantragt daher,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, die Beschaffung der Dienstleistung zur kaufmännischen und technischen Betriebsführung für den Antragsgegner in einem transparenten Vergabeverfahren gemäß §§ 97 ff. GWB vorzunehmen,

hilfsweise,
festzustellen, dass die Antragstellerin durch den Abschluss der Zweckvereinbarung zwischen dem Antragsgegner und dem Beigeladenen ohne die vorherige Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens gem. §§ 97 ff. GWB in ihren Rechten verletzt wurde.
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären und
3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge der Antragstellerin vollumfänglich abzuweisen.

Die Antragsgegnerin legt dar, das der Vertrag zwischen dem Antragsgegner und dem Beigeladenen wirksam zustande gekommen sei und der Nachprüfungsantrag insoweit unzulässig wäre. Im Übrigen sei die Rüge hinsichtlich der Nichteinhaltung einer vermeintlichen Ausschreibungsverpflichtung verspätet. Ebenso sei nicht ausreichend dargelegt, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften überhaupt ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe.

Der Antragstellerin ist durch Beschluss der Kammer vom 05.12.2005 Akteneinsicht gewährt worden, nicht jedoch in die Angebote der Mitbieter bzw. in Unterlagen, die Informationen über diese enthalten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird auf die Schriftsätze und die vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag sowie der Fortsetzungsfeststellungsantrag sind unzulässig.

Die sachliche 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 - 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003 - 42-32570/03. Der Nachprüfungsantrag wird im Rahmen eines Verfahrens erhoben, welches einen Dienstleistungsauftrag i.S. von § 99 Abs. 1 und 4 GWB zum Gegenstand hat.

Bei der Leistung „Kaufmännische und technische Betriebsführung der Abwasserbeseitigung“ handelt es sich um eine Dienstleistung im Sinne des § 1a VOL/A, Fassung 2002. Da der Gesamtauftragswert den Schwellenwert von 200.000,00 Euro überschreitet, sind die Bestimmungen der a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden. Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff) ist eröffnet. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I Abs. 2 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW vom 22.01.2004 - 42-32570-17, MBl. LSA Nr. 8/2004 v. 23.02.2004) örtlich zuständig, da der Antragsgegner seinen Sitz innerhalb der Grenzen des Landkreises hat.

Der Antragsgegner ist Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unzulässig. Die Antragstellerin hat die von ihr erkannten vermeintlichen Vergabeverstöße nicht unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern gegenüber dem Antragsgegner gerügt.

Die erkennende Kammer ist der Auffassung, dass ein Rügeerfordernis grundsätzlich auch dann besteht, wenn der Auftraggeber den Zuschlag nicht unter Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens zu erteilen gedenkt. Eine unmittelbare Anwendung des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB ist zwar aufgrund seines Wortlautes auf förmliche Vergabeverfahren beschränkt, im vorliegenden Fall besteht jedoch die Möglichkeit und ein Bedürfnis nach einem Analogieschluss. Die Regelungen des 4. Teiles des GWB sollen dem europarechtlichen Erfordernis auf Gewährleistung des Individualrechtsschutzes im Rahmen der Beauftragung Dritter durch sog. Öffentliche Auftraggeber dienen. Dabei gehörte es keinesfalls zum Willen des Bundesgesetzgebers, den Schutz vor dem schwerwiegendsten Vergaberechtsverstoß, der Nichtdurchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens, aus dem Schutzzweck der gesetzlichen Regelung herauszunehmen. Es ist mittlerweile allgemein anerkannt, dass die Nichtdurchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens einen an der Leistungserbringung Interessierten auch im Sinne des GWB nicht grundsätzlich rechtlos stellt. Die erkennende Kammer ist der Auffassung, dass in einem derartigen Fall gewissermaßen im Umkehrschluss an das Verhalten eines Antragstellers bestimmte Anforderungen gestellt werden müssen, die bei der Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens nach dem Willen des Gesetzgebers unabdingbare Voraussetzung für die Durchsetzbarkeit eines vergaberechtlichen Individualrechtsschutzes sein würden. Dazu gehört auch das Rügeerfordernis. Die Beteiligten des Verfahrens stimmen mit dieser Auffassung der erkennenden Kammer offenbar auch überein.

§ 107 Abs. 3 S. 1 GWB hat die Funktion, den Auftraggeber hinsichtlich seines Handelns zu sensibilisieren, um diesem gegebenenfalls ein Umdenken zu erleichtern, sodass zeitaufwändige Verfahren vor den Vergabekammern möglichst vermieden werden. Da für die Kammer keine Gesichtspunkte erkennbar sind, die im Zusammenhang mit einer sog. De-facto-Vergabe für eine veränderte Interessenlage sprechen würden, geht die Kammer vom Vorliegen einer ungewollten Regelungslücke aus, die eine analoge Anwendung des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht nur ermöglicht, sondern geradezu erfordert. § 107 Abs. 3 GWB ist somit auch bei analoger Anwendung samt seiner materiellen Präklusionswirkung als essenziell für die Verfahren vor den Vergabekammern zu bezeichnen.

Zur Gewährleistung der oben näher beschriebenen Zielstellung lässt der Gesetzgeber die Rügefrist des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB damit beginnen, dass dem Bieter diejenigen Tatsachen bekannt werden, aus denen für diesen ein tatsächlicher oder vermeintlicher Vergabefehler folgt. Für die Annahme der Kenntnis vom vermeintlichen Vergabeverstöße ist eine zumindest laienhafte rechtliche Wertung des Bieters ausreichend. Eine bloße Erkennbarkeit i. S. d. § 107 Abs. 3 S. 2 GWB kann aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts des hier in Analogie einschlägigen § 107 Abs. 3 S. 1 GWB zwar nicht als ausreichend erachtet werden, dennoch besteht die Rügeobliegenheit nicht erst von dem Zeitpunkt an, in dem der Bieter Kenntnis von einem völlig zweifelsfreien und in jeder Beziehung nachweisbaren Vergabefehler erlangt. Ausreichend ist vielmehr das Wissen um einen Sachverhalt, der aus subjektiver Sicht des

Bieters den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaubt, und der es bei vernünftiger Betrachtung als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 14.12.2004, AZ: 1 Verg 17/04). Dieser Zeitpunkt könnte in diesem Fall bereits mit Kenntnis von der Beschlussfassung zum Abschluss der Zweckvereinbarung am 14.09.2005 vorliegen. Mit der für das Verfahren vor der erkennenden Kammer notwendigen Sicherheit ist diese Kenntnis spätestens jedoch mit der Abfassung des Rügeschreibens am 16.09.2005 als gegeben anzusehen. Mit dem Abfassen des Rügeschreibens war gleichzeitig auch der dem Rügeverpflichteten grundsätzlich einzuräumenden Überlegensfrist hinsichtlich des weiteren Vorgehens Genüge getan. Die Antragstellerin hatte ihren Entschluss zum weiteren Vorgehen somit getroffen. Abweichend von der Rechtsauffassung des OLG Koblenz hält das OLG Naumburg es zwar nicht in allen Fällen für erforderlich, die Übermittlung der Rüge gegenüber dem Auftraggeber durch die Wahl der schnellsten Übermittlungsart sicherstellt. Die Kammer hält es jedoch im Rahmen der den Rügende treffenden Verpflichtung zur Vermeidung unnötiger Verzögerungen stets für unerlässlich, dass dieser sich unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber entäußert, d.h., die Rüge muss unverzüglich nach Entschlussfassung auf den Weg zum Auftraggeber gebracht werden. Ein Zuwarten von annähernd vier Tagen bis zur Entäußerung durch Übergabe des Rügeschreibens an die Auftraggeberseite ist aus keinem Gesichtspunkt gerechtfertigt. Das Fehlverhalten der Antragstellerin wird in diesem Punkt noch transparenter, wenn man sich verdeutlicht, dass selbst bei einer postalischen Zustellung mit einem Zugang des Rügeschreibens vor dem 20.09.2005, 14.00 Uhr, zu rechnen war.

Der Nachprüfungsantrag sowie der hilfsweise gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag sind somit aufgrund der Nichteinhaltung des auch hier geltenden Erfordernisses der Unverzögerlichkeit der Rüge in analoger Anwendung des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB als unzulässig zu verwerfen. Die Kammer war gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB in diesem Fall befugt, ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten zu entscheiden.

Kosten

Die Antragstellerin unterliegt im Verfahren und hat gemäß § 128 Abs. 1 GWB die Kosten des Verfahrens zu tragen.

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

Die Höhe der Gebühren (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) beträgt aufgrund des Angebotes der Antragstellerin Euro.

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

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf **Euro**, § 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Unter Abzug des bereits durch die Antragstellerin eingezahlten Kostenvorschusses von- Euro hat sie nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses unter Verwendung des Kassenzeichensden Betrag in Höhe von **Euro** und auf das Konto bei der Landeshauptkasse Dessau, Bundesbank Magdeburg, BLZ 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 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 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. Foerster