



SACHSEN-ANHALT

2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung: 1 Verg 2/09 OLG Naumburg

Az.: VK 2 LVwA LSA – 02/09

§ 107 Abs. 3 GWB

§ 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOL/A

- keine Frist zwischen Rüge und Einleitung des Nachprüfungsverfahrens
- Ausschluss des Angebots
- Antragstellerin als Erfüllungsgehilfin oder Erklärungsbotin – keine eigene Erbringung der Leistung

Der Gesetzgeber hat im § 107 Abs. 3 GWB keine Frist zwischen Rüge und Einleitung des Nachprüfungsverfahrens vorgesehen. Nach der Wertung des Gesetzgebers reicht es grundsätzlich aus, dass der Antragsteller die behaupteten Vergabeverstöße unverzüglich rügt. Grundsätzlich führt ein Zeitraum von etwa 4 Monaten zwischen Rüge und Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nicht zur Verwirkung.

Das Angebot der Antragsstellerin ist bereits aus anderen als den zur Überprüfung gestellten Gründen ohnehin vom weiteren Vergabeverfahren gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOL/A auszuschließen, wenn es Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthält.

Beabsichtigt die Antragstellerin die Sendungen als Erfüllungsgehilfin oder Erklärungsbotin des Antragsgegners der Beigeladenen zu übergeben, die dann die weitere Beförderung und Zustellung der Sendungen veranlasst, käme hierdurch ein Frachtvertrag zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen zu stande.

Nach den Wertungen des für die Bieter maßgeblichen Dienstleistungsvertrages sollte die Auftragnehmerin verpflichtet werden, die Abholung, Beförderung und Zustellung der Sendungen selbst zu leisten. Soweit die Antragstellerin lediglich als Erklärungsbotin bzw. Erfüllungsgehilfin für den Antragsgegner tätig wird, stellt dies keine eigene Erbringung der Leistung dar. Bei dieser Konstellation ist ausgeschlossen, dass sich die Antragstellerin der Beigeladenen als Nachunternehmerin bedient. Ein Vertrag käme ausschließlich zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen zustande.

In dem Nachprüfungsverfahren der
.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

.....

gegen

.....

- Antragsgegner -

und

.....

Verfahrensbevollmächtigte:

.....

- Beigeladene -

Wegen des Abschlusses eines Dienstleistungsvertrages über die Abholung, Beförderung und Zustellung von Briefsendungen für hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 10.03.2009 auf die mündliche Verhandlung vom 03.03.2009 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Krasper und die ehrenamtliche Beisitzerin Hecker beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Kosten werden auf Euro zuzüglich Euro für Auslagen festgesetzt.

Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten war für die Beigeladene notwendig.

Gründe

I

Der Antragsgegner schrieb Leistungen zum Abschluss eines Dienstleistungsvertrages über die Abholung, Beförderung und Zustellung von Briefsendungen für europaweit im Wege des Offenen Verfahrens nach VOL/A aus. Die Bekanntmachung erschien am im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften.

Gemäß Punkt III.1.4 der Bekanntmachung mussten die Bewerber über eine gültige Lizenz (Lizenz D) der verfügen.

Punkt III.2.4 forderte für die Erbringung der Dienstleistung einen Lizenznehmer für Postdienstleistungen (Lizenz D).

In einem Zusatzschreiben vom 10.09.2008 der Verdingungsunterlagen erklärte der Antragsgegner unter Punkt 1, dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung ausschließlich um Briefsendungen im Zustellgebiet der BRD handelt.

Gemäß Punkt 4 der Bewerbungs- und Vergabebedingungen des Landes Sachsen-Anhalt werden Angebote von Bietern, die sich im Zusammenhang mit diesem Vertragsverfahren an einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache beteiligen, ausgeschlossen.

Unter Punkt 6 mussten die Bieter, sofern sie sich Unterauftragnehmer bedienen wollten, die Art und den Umfang der entsprechenden Leistungen benennen.

Unter Ziffer I 1. der Leistungsbeschreibung heißt es: „Gegenstand des Verfahrens ist der Abschluss eines Dienstleistungsvertrages für über:

- die Abholung von Briefsendungen bei den Versandstellen
- die Beförderung von Briefsendungen der Versandstellen
- die Zustellung von Briefsendungen der Versandstellen.

Die Auftragnehmerin verpflichtet sich, unabhängig von der anfallenden Menge, zu den vereinbarten Bedingungen zu leisten.

Weiter heißt es unter Punkt 2: „Soweit einzelne Vertragsbestandteile durch den Bieter nicht anerkannt werden und Änderungen gewünscht sind, sind die entsprechenden Passagen des Vertragsentwurfes eindeutig zu kennzeichnen (nicht streichen!). In einer als Anlage beizufügenden Erläuterung sind die Änderungswünsche zu begründen.“

Unter Ziffer I Punkt 4 b) der Leistungsbeschreibung hatten die Bieter mit dem Angebot eine Kopie der aktuellen Lizenz der einzureichen.

Gleiches gilt bei Weitergabe von Teilleistungen an Dritte (Subunternehmer/Subsubunternehmer).

Weiterhin mussten die Bieter sowie alle Nachunternehmer und alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft eine Bewerbererklärung abgeben.

Entsprechend § 1 des Dienstleistungsvertrages benannte der Antragsgegner als Vertragsgegenstand die Abholung, Beförderung und Zustellung von gewöhnlichen Briefsendungen und Postkarten. Weiterhin war die Auftragnehmerin verpflichtet, die vereinbarte Leistung zu den Konditionen dieses Vertrages zu erbringen.

Gemäß § 6 des Vertragsentwurfes musste sich die Auftragnehmerin verpflichten, bei der Weitergabe von Leistungen an Dritte nur lizenzierte Subunternehmen einzusetzen.

Insgesamt reichten 7 Bieter, darunter die Antragstellerin und die Beigeladene, fristgemäß ein Angebot ein.

Die Antragstellerin erklärt in ihrem Anschreiben zum Angebot zur Realisierung von Briefzustellungen an Postfach- und Großkundenadressen, dass sie in dem Ballungsgebiet ihres eigenen Zustellgebietes (LR 06) Zugang zu den Postfächanlagen hätte und die Sendungen dort selbst zustelle. Großkundenanschriften seien zum größten Teil als Hausanschriften bekannt, so dass dort ebenso selbst zugestellt würde. Alle nicht zugänglichen Anschriften werden durch die Beigeladene zur Zustellung gebracht.

Die Antragstellerin gab in ihrem Angebot zwei Nachunternehmer an. Sie führte ebenfalls aus, in welchen PLZ-Regionen die Nachunternehmer tätig werden sollten. Die geforderten Bewerberklärungen und die Lizenzen D für diese beiden Nachunternehmen lagen dem Angebot bei. Sie hatte in ihrem Angebot nicht die Unternehmen benannt, welche sie für die übrigen PLZ-Regionen zur Leistungserbringung einsetzen wollte.

Einer von den beiden Nachunternehmern reichte gleichzeitig als Bieter mit der Angebotsnummer 5 ein Angebot ein. Er benannte die Antragstellerin gleichfalls als Nachunternehmen.

Das Angebot der Beigeladenen wies keine Nachunternehmer aus. Für die , , und bediente sich die Beigeladene dem Postschiffer Herrn Dieser übernahm die Beförderung der Sendungen zwischen den und dem Auf von den übernimmt ein Zusteller die Sendungen und stellt diese an die Adressaten zu. Lediglich auf der , die nur bewohnt wird, stellt Herr die Sendungen auch selbst zu.

Mit Schreiben vom 04.11.2008 bat der Antragsgegner die Antragstellerin gem. § 24 VOL/A um eine Angebotsaufklärung. Sie hatte für verschiedene PLZ-Regionen Nachunternehmer benannt. Er sei deshalb der Annahme, dass die Antragstellerin die Dienstleistung für die übrigen PLZ-Regionen in der Bundesrepublik Deutschland selbst erbringe.

Die Antragstellerin erklärte mit Schreiben vom 05.11.2008, den Versand der Sendungen aller nicht aufgeführten PLZ-Regionen über die Beigeladene zu organisieren. Weiterhin sehe sie die Beigeladene nicht als Nachunternehmerin an und habe sie demzufolge nicht in der Nachunternehmerliste angegeben. Schließlich trage nur sie das finanzielle Risiko bei einem vermehrten Versand über die Beigeladene.

Der Antragsgegner dokumentierte in seinem Vergabevermerk, dass die Antragstellerin die Beigeladene als Nachunternehmer in Anspruch nehme. Aufgrund der fehlenden Bewerbererklärung und der Lizenz D wurde sie gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A von der Wertung ausgeschlossen.

Mit Schreiben vom 10.11.2008 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin entsprechend § 13 VgV, dass ihr Angebot aufgrund der fehlenden Bewerbererklärung und Lizenz D eines Nachunternehmers gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) ausgeschlossen wurde. Sie beabsichtigte, das Angebot der Beigeladenen anzunehmen.

Die Antragstellerin bat mit Schreiben vom 12.11.2008 bezüglich der fehlenden Nachweise um Benennung des Nachunternehmers. Sie erklärte weiter, sofern es sich bei dem Unternehmen um die Beigeladene handeln solle, sie diese nicht als Nachunternehmen ansehe. Im Übrigen müsse bei einer bundesweiten Briefzustellung ein privater Zustelldienst für bestimmte Gebiete immer auf die Dienstleistung der Beigeladenen zurückgreifen. Diese werde allerdings nie als Subunternehmer eine Bewerbererklärung ausfüllen. Vorsorglich rüge sie diesbezüglich den Ausschluss ihres Angebotes.

Der Antragsgegner begründete den Angebotsausschluss in seinem Schreiben vom 17.11.2008 dahingehend, dass die Antragstellerin Teilleistungen an die Beigeladene weitergeben wolle. Somit gebe es für den Antragsgegner keinen Ermessensspielraum hinsichtlich einer Nachforderung der fehlenden Unterlagen wie hier der Lizenz und der Bewerbererklärung. An dem Angebotsausschluss hielte der Antragsgegner weiterhin fest.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 03.02.2009 die Vergabeentscheidung, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen.

Sie gehe davon aus, dass auch die Beigeladene ein unvollständiges Angebot abgegeben habe. Sie setze für die Postbeförderung zwischen den Herrn als Nachunternehmer ein. Es handele sich also bei der rechtlichen Beziehung von zur Beigeladenen, ausweislich der ihr vorliegenden Informationen, um Tätigkeiten Dritter im Auftrag und auf Rechnung des Auftragnehmers. Das Angebot der Beigeladenen sei deshalb wegen unvollständiger Nachunternehmerbenennung auszuschließen. Davon habe die Antragstellerin erst am 02.02.2009 Kenntnis erlangt. Auch sei es vergaberechtswidrig, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, obwohl dieses am gleichen Mangel leide wie das ihre.

Der Antragsgegner habe mit Schreiben vom 05.02.2009 der Antragstellerin mitgeteilt, dass er bis zu dem von ihr gesetzten Termin keine Erklärung abgeben könne. Am 05.02.2009 zog die Antragstellerin eine Bevollmächtigte hinzu. Sie vertrat ebenfalls eine andere Bieterin im Nachprüfungsverfahren VK 2 LVwA LSA – 17/08 zum selben Vergabeverfahren. Diese Bieterin hatte am 20.11.2008 einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer gestellt. Über diesen Nachprüfungsantrag hat die Vergabekammer mit Beschluss vom 21.01.2009 entschieden. Der Beschluss wurde am 10.02.2009 bestandskräftig. In dem dortigen Verfahren hatte die damalige Antragstellerin am 19.01.2009 vorgebracht, dass die Beigeladene Herrn als Nachunternehmer einsetze, ohne dies in ihrem Angebot angegeben zu haben. Das Angebot sei daher auszuschließen. Dieses Vorbringen hat die Vergabekammer nicht weiter berücksichtigt, da es verspätet war.

Die Antragstellerin reichte am 06.02.2009 einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer ein. Dieser wurde dem Antragsgegner am selben Tag zugestellt.

Die Antragstellerin erklärte, sie habe nicht gleich nach Erhalt des Schreibens vom 17.11.2008 einen Nachprüfungsantrag stellen wollen, weil sie Kenntnis darüber hatte, dass bereits ein Nachprüfungsverfahren anhängig war. Darüber habe die zuständige Vergabekammer per Beschluss vom 21.01.2009 entschieden, Posteingang bei ihrer

damaligen Mandantin am 23.01.2009. Das Zuschlagsverbot würde deshalb am 06.02.2009 enden, sofern keine sofortige Beschwerde eingelegt werde.

Die Antragstellerin habe am 02.02.2009 davon Kenntnis erhalten, dass die Beigeladene ebenfalls nicht ordnungsgemäß einen Nachunternehmer in ihrem Angebot benannt hätte. Daraufhin habe sie unverzüglich mit Schreiben vom 03.02.2009 bei dem Antragsgegner gerügt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass die Beigeladene zur Versorgung der keine eigenen Briefzusteller einsetze. Der dafür eingesetzte selbstständige sog. Postschiffer beteilige sich an der vom Auftraggeber geforderten Leistung und stünde in einem Vertragsverhältnis zum Hauptauftragnehmer. Es handele sich hierbei um Tätigkeiten Dritter im Auftrag und Namen des Hauptauftragnehmers.

Aufgrund dessen müsste das Angebot der Beigeladenen ebenfalls gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 a) VOL/A ausgeschlossen werden, sofern es ebenfalls wie ihr Angebot unvollständig wäre.

Die Antragstellerin erbringe selbst nur für ein räumlich begrenztes Zustellgebiet die ausgeschriebene Dienstleistung. Für weitere Zustellgebiete bediene sie sich anderer Nachunternehmen. Für diese Unternehmen habe sie die geforderten Erklärungen und Nachweise vorgelegt.

Für die Beigeladene habe sie die entsprechenden Unterlagen allerdings nicht vorgelegt, weil es sich bei ihr nicht um einen Nachunternehmer im vergaberechtlichen Sinne handele. Die Beigeladene gebe schließlich in ihren eigenen AGB's vor, dass sie nur mit dem Absender der Postsendung ein Vertragsverhältnis eingehe und nicht mit dem Einlieferer. Es entsteht also keine vertragliche Beziehung zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen. Die Beigeladene sei damit kein Nachunternehmer und infolgedessen nicht in der Liste der Nachunternehmen zu benennen. Die Antragstellerin trete lediglich als Erklärungsbote bzw. Erfüllungsgehilfe auf. Mit Übergabe der Sendungen durch die Antragstellerin komme ein Frachtvertrag zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen zustande. Ebenso sei auch wenn die Beigeladene nicht Nachunternehmerin der Antragstellerin wird bzw. ist, die Briefbeförderung gewährleistet. Die Beigeladene unterliege kraft ihrer Universaldienstverpflichtung gem. § 11 PostG (Postgesetz) einer Beförderungspflicht. Der Einsatz der Beigeladenen sei nach den Verdingungsunterlagen zur flächendeckenden Versorgung erlaubt. Unabhängig davon ob die Antragstellerin oder die Beigeladene die Briefbeförderung übernimmt, habe die Antragstellerin einen bundesweiten einheitlichen Preis angeboten.

Die Antragstellerin beantragt,

dem Antragsgegner aufzugeben, das Angebot der Antragstellerin zur Wertung zuzulassen und die Vergabestelle zu verpflichten, die Wertung des Angebotes unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;

hilfsweise, den Antragsgegner zu verpflichten, die Ausschreibung aufzuheben und bei Fortbestehen des Beschaffungsbedarfs die Leistung erneut und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer auszuschreiben;

weiter hilfsweise, sämtliche geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Rechte der Antragstellerin zu wahren.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 06.02.2009 zurückzuweisen.

Der Antragsgegner habe zur Prüfung der Bieterreignung auch Nachweise für Nachunternehmer mit der Angebotsabgabe verlangt. In ihrem Angebot habe die Antragstellerin einige PLZ-Regionen aufgeführt, in denen sie Nachunternehmer einsetzen wollte. Er habe für die nicht benannten PLZ-Regionen, im Rahmen der Angebotsprüfung

gem. § 24 VOL/A um Klarstellung gebeten, ob die Leistung durch die Antragstellerin erbracht werde.

Sie habe dann unmissverständlich erklärt, dass sie in diesen PLZ-Regionen den Versand über die Beigeladene organisiert wird. Auch habe die Antragstellerin in ihrem Rügeschreiben erklärt, dass die Beigeladene eine Bewerbererklärung nicht ausfüllen würde. Für diese Behauptung habe sie weder einen Nachweis vorgelegt, noch erklärte sie zu keinem Zeitpunkt, dass die Beibringung der geforderten Unterlagen für die Antragstellerin unzumutbar bzw. unmöglich gewesen wäre.

Der Ausschluss des Angebotes sei damit zwingend notwendig gewesen.

Weiterhin könne die Antragstellerin nicht belegen, dass der zitierte Postschiffer für die Erbringung der streitbefangenen Leistung eingesetzt werde.

Im Übrigen hätte die Antragstellerin bereits am 19.01.2009 Kenntnis von dem angeblichen Angebotsmangel der Beigeladenen. Die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin habe bei dem Nachprüfungsverfahren VK2 LVwA LSA 17/08 ebenfalls die dortige Antragstellerin vertreten. Auch erbrächten beide Antragstellerinnen derzeit gemeinsam die ausgeschriebene Leistung. Es sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin wesentlich früher Kenntnis vom Sachverhalt erhalten habe. Der Nachprüfungsantrag sei deshalb gem. § 107 Abs. 3 GWB unzulässig, da gegenüber dem Antragsgegner nicht unverzüglich gerügt worden sei.

Mit Schreiben vom 17.02.2009 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen.

Sie beantragte per Fax am 18.02.2009 Akteneinsicht, welche ihr mit Beschluss vom 19.02.2009 erteilt wurde.

Die Beigeladene beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Beigeladene erklärte in ihrem Schriftsatz vom 20.02.2009, dass die Antragstellerin bereits mit Schreiben vom 04.11.2008 des Antragsgegners über die Unvollständigkeit ihres Angebotes und damit über ihren Ausschluss informiert gewesen wäre. Die Antragstellerin hätte demzufolge innerhalb der vorgegebenen Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB rügen müssen. Dagegen sei ihr Rügeschreiben vom 12.11.2008 als verspätet anzusehen.

Auch habe ihre Verfahrensbevollmächtigte nacheinander zwei Antragsteller zum selben Vergabeverfahren vertreten. Die Verfahrensbevollmächtigte habe bereits mit Schreiben vom 19.01.2009 in dem vorangegangenen Nachprüfungsverfahren diesen vermeintlichen Mangel des Angebotes der Beigeladenen geltend gemacht.

Die Antragstellerin aus dem Nachprüfungsverfahren VK2 LVwA LSA 17/08 hatte nach dem Erhalt des Beschlusses vom 21.01.2009 gemäß Rechtsbehelf die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde. Davon habe sie nicht Gebrauch gemacht. Dafür rüge die jetzige Antragstellerin mit einem von der Verfahrensbevollmächtigten gefertigten Schreiben und leitete dann letztendlich, innerhalb dieser Frist, ein Nachprüfungsverfahren ein. Hieraus folge, dass die Verfahrensbevollmächtigte die beiden Antragstellerinnen gleichzeitig vertreten habe. Sie sehe diese Doppelvertretung wegen der widerstreitigen Interessen der Bieter als problematisch an. Offenbar habe der Bieter auf weitere Verfolgung seiner Ansprüche verzichtet, um der Antragstellerin ein entsprechendes Vorgehen zu ermöglichen. Diese Abstimmung zwischen den Bietern stelle eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede dar.

Die Antragstellerin habe die Beigeladene weder im Nachunternehmerverzeichnis benannt, noch eine Kopie der Lizenz und die Bewerbererklärung von der Beigeladenen mit ihrem Angebot vorgelegt. Ebenso fehle es im Angebot an einem Verfügbarkeitsnachweis insbesondere einer Verpflichtungserklärung der Beigeladenen.

Das Konzept der Antragstellerin beruhe hinsichtlich des Einsatzes der Beigeladenen darauf, dass sie als Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers auftrete. Hierdurch komme ein Vertrag zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen zustande. Die Beigeladene erwerbe einen Vergütungsanspruch gegenüber dem Antragsgegner. Die Antragstellerin sei der Ansicht, diesen mittels eines Schuldbeitritts bzw. einer Schuldübernahme abzulösen.

Obwohl die Möglichkeit bestünde, Nachunternehmer einzusetzen, entspräche dieses Leistungskonzept nicht dem § 1 des Vertragsentwurfes.

Auch sehe das Angebot der Antragstellerin vor, die Sendungen bis zur nächsten Dienststelle der Beigeladenen zu bringen, die dann die weitere Beförderung und Zustellung übernehmen soll. Damit sei der Hauptauftragnehmer nicht während des gesamten Beförderungs- und Zustellprozesses gegenüber dem Auftraggeber unmittelbar zur Leistung verpflichtet. Schließlich könne der Auftragnehmer nur die ordnungsgemäße Erfüllung der von ihm übernommenen Pflichten steuern und kontrollieren, wenn er gegenüber dem Nachunternehmer selbst als Auftraggeber auftritt. Dies sei hier nicht der Fall und begründe damit den Angebotsausschluss gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOL/A.

Auch wäre der Antragsgegner im Falle einer Insolvenz der Antragstellerin der Gefahr ausgesetzt, ggf. für die Beförderung zweimal zu bezahlen, da die Beigeladene durch die Erbringung der Leistung einen eigenen höheren Vergütungsanspruch gegenüber dem Auftraggeber hätte.

Sofern Herr als Unterauftragnehmer für die ausgeschriebene Leistung zu qualifizieren wäre, würde dieser nur im Verhältnis zum Gesamtvolumen eine vollkommen untergeordnete Teilleistung erbringen. Das Verhältnis der von den versandten Sendungen an die Bewohner der dürfte verschwindend gering sein. Unter Umständen sei die Nichtangabe des Herrn als Nachunternehmer nicht wettbewerbsrelevant. Ein diesbezüglicher Ausschluss wäre mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar. Weiterhin sei die bundesweite Zustellung durch die Beigeladene gewährleistet. Schließlich wolle sich auch die Antragstellerin der Beigeladenen bei der Erbringung ihrer Leistung bedienen.

In der mündlichen Verhandlung vom 03.03.2009 haben die Beteiligten Ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft.

Die Vergabekammer befragte die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin, auf welchem Wege sie Kenntnis über den behaupteten Verstoß in Bezug auf den Einsatz des Herrn erlangt hatte. Sie erklärte, dazu keine Angaben machen zu können. Ein Vertreter der Antragstellerin war bei der mündlichen Verhandlung nicht anwesend.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung verwiesen. In Hinblick auf das weitere Vorbringen der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze sowie die Vergabeakte Bezug genommen.

II

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist teilweise zulässig, aber nicht begründet.

1. Zulässigkeit

1.1 Zuständigkeit

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl I S. 2140 ff.), geändert durch Artikel 2 Abs. 18 des Gesetzes vom 12. August 2005 (BGBl I S. 2354), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 01. September 2005 (BGBl I S. 2676), i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBL. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., geändert durch RdErl. des MW vom 8.12.2003 – 42 – 32570/03, veröffentlicht im MBL LSA Nr. 57/2003, zuletzt geändert im MBL. LSA Nr. 26/2007 S. 568 ff) ist die 2. Vergabekammer

beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB.

Der maßgebliche Schwellenwert von 206.000 Euro für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträge gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I S. 169 ff.), geändert durch Artikel 3 Abs. 37 des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl I S. 1970), geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 1. September 2005 (BGBl I S. 2676), geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 23.10.2006 (BGBl I S. 2334), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 04.12.2007 (Verordnung (EG) Nr. 1422/2007), ist für dieses Vorhaben aufgrund der Kostenschätzung von ca. 6 Mio Euro (Netto) bei Weitem überschritten.

1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt, da sie durch Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am betreffenden Auftrag dokumentiert hat, eine Verletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machte (§ 107 Abs. 2, Satz 1 GWB) und hinreichend darlegte, dass ihr durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe (§ 107 Abs. 2, Satz 2 GWB).

1.3 Rügeobliegenheit

Die Antragstellerin hat den aus ihrer Sicht unberechtigten Ausschluss ihres Angebotes mit ihrem Schreiben vom 12.11.2008 rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB gerügt. Der Antrag ist nach dieser Vorschrift unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Aufgrund der kurzen Fristen, die im Vergabeverfahren gelten, muss die Rüge im Regelfall binnen 1 bis 5 Tagen (OLG Naumburg 1 Verg 17/04 vom 14.12.2004) erfolgen und zwar auf dem schnellstmöglichen Weg, gegebenenfalls per Fax oder Telefon. Eine Rügefrist von 2 Wochen, die in der Rechtsprechung als Obergrenze anerkannt wurde (OLG Düsseldorf Verg 1/99 vom 13.04.1999) kann dem Unternehmen lediglich dann eingeräumt werden, wenn eine verständliche Abfassung der Rüge durch eine schwierige Sach- und / oder Rechtslage erschwert wird und die Inanspruchnahme fach- und rechtskundige Unterstützung erfordert. Die Rügefrist beginnt, wenn dem Bieter diejenigen Tatsachen bekannt sind, aus denen sich ein tatsächlicher oder vermeintlicher Vergabefehler ergibt.

Die Rügefrist begann mit dem Informationsschreiben vom 10.11.2008 zu laufen. An diesem Tage hatte der Antragsgegner der Antragstellerin förmlich mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschlossen werde. Vorher war es der Antragstellerin nicht möglich, eine Rüge anzubringen, da erstmalig zu diesem Zeitpunkt der Antragsgegner seine Entscheidung formell nach außen bekannt gab. Allein aus dem Schreiben zur Angebotsaufklärung vom 04.11.2008 war nicht ersichtlich, dass dieser das Angebot der Antragstellerin ausschließen würde. Unabhängig hiervon hat die Antragstellerin nach Erhalt des Informationsschreibens um nähere Mitteilung zu ihrem Angebotsausschluss mit ihrem Schreiben vom 12.11.2008 gebeten. Gleichzeitig rügte sie aber vorsorglich ihren Ausschluss, sofern dieser auf die fehlende Bewerbererklärung und der Lizenz D der Beigeladenen zurückzuführen sei. Sie hat damit innerhalb von 3 Tagen rechtzeitig erstmalig gerügt.

Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin ist auch unter Berücksichtigung aller Umstände nicht als verwirkt im Sinne des § 242 BGB anzusehen. Ein Recht ist verwirkt, wenn der Bieter über einen außergewöhnlich langen Zeitraum seine Rüge nicht weiterverfolgt. Hierdurch müsste bei dem Auftraggeber das Vertrauen erweckt werden, dass der Bieter keine entsprechenden Schritte mehr veranlassen wird ((vgl. VK Bund vom 01.02.2001, VK 1 1/01; VK Brandenburg vom 10.02.2003, VK 80/02; VK Sachen vom

15.07.2003, 1/SVK/092-03). Der Gesetzgeber hat im § 107 Abs. 3 GWB keine Frist zwischen Rüge und Einleitung des Nachprüfungsverfahrens vorgesehen. Nach der Wertung des Gesetzgebers reicht es grundsätzlich aus, dass der Antragsteller die behaupteten Vergabeverstöße unverzüglich rügt. Aufgrund dessen sind an eine Verwirkung des Antragsrechts hohe Anforderungen zu stellen. Grundsätzlich führt ein Zeitraum von etwa 4 Monaten zwischen Rüge und Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nicht zur Verwirkung. Vielmehr muss ein Auftraggeber bis zur Beendigung des Vergabeverfahrens mit der Einreichung eines Nachprüfungsantrages rechnen (vgl. OLG Naumburg vom 05.12.2008, Az. 1 Verg 9/08).

Auch aufgrund des zweiten Rügeschreibens vom 03.02.2009 konnte der Antragsgegner nicht darauf vertrauen, dass die Antragstellerin diesbezüglich keine weiteren Schritte mehr einleiten würde. Sie hatte dort ausgeführt, dass ihr Angebot an den gleichen Mängeln leiden würde wie dasjenige der Beigeladenen. Aus dieser Formulierung kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass sie den Ausschluss ihres Angebotes anerkannt hätte. Die Antragstellerin hat dieses Schreiben selbst verfasst und sich keiner juristischen Hilfe bedient. Dies war auch für den Antragsgegner erkennbar. Dieser konnte aus dieser Formulierung nicht schließen, dass sie ihre erste Rüge nicht mehr aufrecht erhält. Aus dem Schreiben ergeben sich im Übrigen keine Anhaltspunkte für eine solche Annahme.

Dagegen hat die Antragstellerin nicht unverzüglich gerügt, dass die Beigeladene im Hinblick auf den Einsatz des Postschiffers Herrn Nachunternehmerleistungen nicht benannt hat. Sie hat vorgebracht, hiervon erst am 02.02.2009 Kenntnis erlangt zu haben. Die gesamten Umstände deuten jedoch im Zusammenhang betrachtet darauf hin, dass sie bereits zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt (um den 20. Januar 2009) von diesen behaupteten Vergabeverstöß wusste. Die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin hatte diesen vorgeblichen Mangel bereits in dem vorangegangenen Nachprüfungsverfahren VK2 LVwA-LSA 17/08 am 19.01.2009 geltend gemacht. Dort hatte sie allerdings einen anderen Bieter vertreten. Es ist auch zutreffend, dass sie für das aktuelle Nachprüfungsverfahren erst am 05.02.2009 mandatiert wurde. Der Antragstellerin war jedoch nach ihrem eigenen Bekunden bekannt, dass dieGmbH einen Nachprüfungsantrag gestellt hatte. Sie hatte aus diesem Grund zunächst davon abgesehen, einen eigenen Nachprüfungsantrag zu stellen. Das lässt erkennen, dass beide Bieter in engem Kontakt zueinander standen. Es ist nicht anzunehmen, dass die Antragstellerin von dieser Tatsache von Dritten erfahren hat. Dagegen spricht, dass beide Unternehmen derzeit als Arbeitsgemeinschaft die Leistung erbringen. Beide Unternehmen treten in dem Vergabeverfahren als Bieter auf und haben sich wechselseitig als Nachunternehmer benannt. Bei dieser Sachlage spricht vieles dafür, dass die Antragstellerin über den Fortgang des Nachprüfungsantrages aus dem Verfahren VK2 LVwA-LSA 17/08 genau unterrichtet war. Hierauf deutet auch hin, dass sie die Rüge erst kurz vor Ablauf der Beschwerdefrist am 03.02.2009 erhoben hatte. Aufgrund dieser Indizien wäre die Antragstellerin gehalten gewesen, genauer darzulegen, in welcher Weise sie angeblich erst am 02.02.2009 von dem behaupteten Vergabeverstöß Kenntnis erlangt hatte. Ihr schriftsätzliches Vorbringen lässt insoweit jedoch Ausführungen vermissen. Die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin konnte auch in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage der Vergabekammer hierzu keine Angaben machen. Die Antragstellerin hatte damit ihrer Darlegungslast nicht genügt. Ihr waren entsprechende Angaben auch zumutbar, da die Kenntnis ihrer Sphäre zuzuordnen ist. Der Antragsgegner und die Beigeladene hatten in ihren Schriftsätzen ausdrücklich bestritten, dass die Antragstellerin erst am 02.02.2009 über den Vergaberechtsverstöß informiert war. Sie hat die Rüge somit erst etwa 14 Tage nach Kenntnis des Vergabeverstößes erhoben. Dies ist nicht rechtzeitig. Es handelt sich nicht um eine außergewöhnlich schwierige Sach- und Rechtslage.

2. Begründetheit

Der Antrag ist nicht begründet

Die Antragstellerin ist unabhängig von den geltend gemachten Vergabeverstößen nicht in ihren Rechten verletzt. Das Angebot der Antragstellerin war bereits aus anderen als den zur

Überprüfung gestellten Gründen ohnehin vom weiteren Vergabeverfahren gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOL/A auszuschließen, da es Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthielt.

Im Einzelnen:

2.1 Änderung an den Verdingungsunterlagen

Der Antragsgegner hatte in § 1 des Dienstleistungsvertragsentwurfs und Ziff I.1 der Leistungsbeschreibung ausdrücklich vorgegeben, dass die Auftragnehmerin sich verpflichtet, die vereinbarte Leistung zu erbringen. Weiter bestand gemäß § 6 des Vertrages für die Auftragnehmerin die Möglichkeit, sich bei der Leistungserbringung Dritter zu bedienen. Sie mußte sich jedoch dazu verpflichten, nur lizenzierte Subunternehmen für die Erbringung der Leistung einzusetzen. Diesen Vorgaben der Verdingungsunterlagen hat die Antragstellerin in ihrem Angebot nicht entsprochen. Die Antragstellerin hat in ihrem Aufklärungsschreiben vom 05.11.2008 zum Ausdruck gebracht, dass sie vorsehe, den Versand der Sendungen in bestimmten PLZ-Regionen über die Beigeladene zu organisieren, ohne diese als Nachunternehmerin anzusehen. Sie hatte dementsprechend die diesbezüglichen Leistungen nicht im Nachunternehmerverzeichnis angegeben. Diese Erklärungen waren für den Antragsgegner in tatsächlicher Hinsicht eindeutig, auch wenn er den Sachverhalt rechtlich anders beurteilte.

Dementsprechend beabsichtigt die Antragstellerin nach ihrem eigenen Vorbringen aus dem Nachprüfungsantrag die Sendungen als Erfüllungsgehilfin oder Erklärungsbotin des Antragsgegners der Beigeladenen zu übergeben, die dann die weitere Beförderung und Zustellung der Sendungen veranlasst. Hierdurch käme ein Frachtvertrag zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen zu stande (vgl. in der Tendenz ebenso VK Lüneburg vom 15.11.2005, Az. VgK-48/2005). Nach den Wertungen des für die Bieter maßgeblichen Dienstleistungsvertrages sollte die Auftragnehmerin jedoch verpflichtet werden, die Abholung, Beförderung und Zustellung der Sendungen selbst zu leisten (vgl. § 1 des Vertragsentwurfes und Ziff. I 1 der Leistungsbeschreibung). Soweit die Antragstellerin lediglich als Erklärungsbotin bzw. Erfüllungsgehilfin für den Antragsgegner tätig wird, stellt dies keine eigene Erbringung der Leistung dar. Vielmehr würde nach den Vorstellungen der Antragstellerin die Leistung rein faktisch von einem anderen Unternehmen durchgeführt. Die Antragstellerin wäre damit nicht gegenüber dem Antragsgegner für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung verantwortlich. Die Beigeladene erwirbt in diesem Fall einen unmittelbaren Zahlungsanspruch gegen den Antragsgegner, den die Antragstellerin mit befreiender Wirkung ihm gegenüber zu entrichten hat. Insoweit liegt entweder ein Schuldbeitritt oder eine Schuldübernahme der Antragstellerin vor. Bei dieser Konstellation ist ausgeschlossen, dass sich die Antragstellerin – wie nach § 6 des Vertrages gefordert – der Beigeladenen als Nachunternehmerin bedient. Hierauf hat die Antragstellerin selbst zutreffend hingewiesen. Für einen Nachunternehmer ist kennzeichnend, dass er sich vertraglich ausschließlich mit dem Hauptauftragnehmer, nicht jedoch mit dem Auftraggeber, bindet (vgl. OLG Naumburg vom 26.01.2005, Az. 1 Verg 21/04). Nach den vorangegangenen Ausführungen käme ein Vertrag ausschließlich zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen zustande. Weder die Antragstellerin noch die Beigeladene hatten den Willen, einen Vertrag über Nachunternehmerleistungen zu schließen. Die Beigeladene sieht nach dem unbestrittenen Vorbringen der Antragstellerin grundsätzlich davon ab, anderen Bietern die Bewerbererklärung und ihre Lizenzen zur Verfügung zu stellen. Damit dokumentiert sie, nicht als Nachunternehmerin für die anderen Bieter tätig werden zu wollen. Auch die Antragstellerin hat dies hinreichend deutlich im Aufklärungsschreiben vom 05.11.2008 zum Ausdruck gebracht. Es ist zutreffend, dass durch die Vorgaben der Verdingungsunterlagen der Wettbewerb verengt wurde. Dies hat die Antragstellerin jedoch nicht bereits bei Erhalt der Verdingungsunterlagen gerügt und gegebenenfalls zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht. In diesem Zusammenhang kann offen bleiben, inwieweit die Beigeladene nach § 28 PostG verpflichtet gewesen wäre, sich bei der Erbringung der Dienstleistung der Antragstellerin zur Verfügung zu stellen. Die Sachlage ist mit der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 20.05.2005, Az. Verg 19/05 nicht zu vergleichen, da

in dem dort entschiedenen Fall die Verdingungsunterlagen anders gestaltet waren. Dort war es nicht ausgeschlossen, dass die Beigeladene in die Leistungserbringung eingeschaltet wurde.

Sollte entgegen der hier vertretenen Auffassung die Beigeladene als Nachunternehmerin anzusehen sein, wäre das Angebot der Antragstellerin schon allein deshalb unvollständig, weil sie im Nachunternehmerverzeichnis nicht alle Teilleistungen benannt hat, die sie gedenkt, nicht selbst zu erbringen. Auch vor diesem Hintergrund wäre ihr Angebot auszuschließen.

Kostenentscheidung

III

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vor diesem Hintergrund ist die Antragstellerin als Unterliegende anzusehen, da ihr Antrag zurückgewiesen wurde.

Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens.

Die Grundlage des wirtschaftlichen Wertes bildet der Brutto-Angebotspreis der Antragstellerin für 1 Jahr. Da der Antragsgegner die Laufzeit des Vertrages mit der Option auf Verlängerung um 2 Jahre ausgeschrieben hat, ist gemäß § 3 Abs. 3 VgV, in der Fassung vom 11.02.2003, zuletzt geändert am 04.12.2007, die höchstmögliche Laufzeit zugrunde zu legen. Dies ergibt einen wirtschaftlichen Wert in Höhe von Euro zuzüglich Euro für Auslagen.

Angesichts des mit der Bearbeitung des Nachprüfungsverfahrens verbundenen sachlichen und personellen Aufwandes besteht keine Veranlassung, von diesem Richtwert abzuweichen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin ist hier als Unterliegende anzusehen. Sie hat auch die entsprechenden Aufwendungen der Beigeladenen zu tragen, da diese eigene Anträge gestellt hatte (vgl. § 162 Abs. 3 VwGO).

Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Beigeladene notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG LSA).

Die ehrenamtliche Beisitzerin, Frau Hecker, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihr lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06618 Naumburg, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen.

Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

gez. Oanea

gez. Krasper