



SACHSEN-ANHALT

2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung: 1 Verg 12/09 OLG Naumburg

Az.: VK 2 LVwA LSA – 22/09

§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB, § 13 VgV
- de-facto-Vergabe
- grundsätzliche Rügeobliegenheit auch bei einer de-facto-Vergabe

Das Nachprüfungsverfahren hat sich auch nicht etwa durch Erteilung des Zuschlags i.S. des § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB erledigt. Vielmehr ist der geschlossene Vertrag i.S. des § 13 VgV als nichtig anzusehen, da es sich um eine sogenannte de-facto-Vergabe handelt. Bei einer de-facto-Vergabe ist der geschlossene Vertrag nach § 13 VgV nichtig, wenn der Auftraggeber von dem Interesse eines weiteren Unternehmens Kenntnis erlangt hat und diesem Unternehmen die Vorabinformation über die beabsichtigte Vergabe nicht erteilt hat, obwohl es ihm möglich gewesen wäre.

Grundsätzlich besteht eine Rügeobliegenheit jedenfalls auch bei einer de-facto-Vergabe, wenn der Auftraggeber kein Vergabeverfahren durchführt und der Unternehmer über diesen Umstand seit langem fortlaufend unterrichtet ist. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn ein Vertragsschluss unmittelbar bevor steht bzw. vollzogen ist und eine Rüge angesichts des Vorverhaltens der Antragsgegnerin als in der Sache nutzlose Förmerei anzusehen ist (vgl. OLG Naumburg vom 02.03.2006-1 Verg 1/06). Dies ist angesichts der Umstände des Einzelfalls zu prüfen.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte:

.....

gegen

.....

Antragsgegnerin

und

.....

Beigeladene zu 1)

Verfahrensbevollmächtigte:

.....

.....

Beigeladene zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte:

.....

Wegen des Abschlusses eines Dienstleistungsvertrages über die Abholung, Frankierung, Beförderung und bundesweite Zustellung von Postsendungen für die hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 02.11.2009 auf die mündliche Verhandlung vom 14.10.2009 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Krasper und die ehrenamtliche Beisitzerin Rosenbusch beschlossen:

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, ihren Bedarf an Postdienstleistungen in Bezug auf Standardsendungen (Standard-, Kompakt-, Groß- und Maxibriefe, Postkarten, Büchersendungen, Infopost, Einschreiben und Einschreiben mit Rückschein) unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer im Wettbewerb und im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens zu beschaffen.

Sie hat hiermit innerhalb von drei Monaten nach Bestandskraft dieses Beschlusses zu beginnen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 1) haben insoweit die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner zu tragen.

Die Kosten werden auf Euro zuzüglichEuro für Auslagen festgesetzt.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 1) haben diesbezüglich der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten war für die Antragstellerin notwendig.

In Bezug auf die Vergabe von Päckchen und Pakete wird das Verfahren wegen der Rücknahme des Nachprüfungsantrages eingestellt.

Die vor der Vergabekammer entstandenen Kosten trägt insoweit die Antragstellerin. Die Antragsgegnerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen selbst. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens beziffern sich diesbezüglich auf insgesamtEuro zuzüglichEuro für Auslagen.

Gründe

I

Die Antragsgegnerin schrieb erstmalig die Vergabe von Postdienstleistungen im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) europaweit aus. Die Bekanntmachung erschien amim Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. Der Leistungsumfang wurde in Los 1 „Standardsendungen“ und Los 2 „Postzustellungsaufträge“ aufgeteilt. Eine Bezuschlagung erfolgte lediglich auf das Los 2, da für das Los 1 kein wirtschaftliches Angebot aus dem Vergabeverfahren hervorging.

Die Antragsgegnerin leitete erneut am die Vergabe von Postdienstleistungen im Offenen Verfahren nach VOL/A durch die Absendung der Wettbewerbsbekanntmachung an das Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ein. Der Leistungsumfang gliederte sich in Los 1 „Standardsendungen“ und in Los 2 „Päckchen und Pakete“. Entsprechend Punkt II.3) der Veröffentlichung wurde eine Vertragslaufzeit vom 01.02.2009 bis zum 31.01.2011, mit der Option auf eine einjährige Verlängerung, bekannt gegeben. Die Bewerber hatten die Möglichkeit, für ein Los oder beide Lose ein Angebot abzugeben.

Unter den allgemeinen Vorbemerkungen der Vergabeunterlagen gibt die Antragsgegnerin als Leistungsumfang die Abholung, Frankierung, Beförderung und bundesweite Zustellung der Postsendungen für die im Einzelnen benannten Versendungsarten an. Auch beinhalten die Vorbemerkungen einen geschätzten Leistungsumfang pro Versendungsart.

Bis zum Einreichungstermin, den 03.09.2008 reichten 7 Bieter für ein oder für beide Lose, darunter auch die Antragstellerin für beide Lose, die Beigeladene zu 1) für Los 1 und die Beigeladene zu 2) für das Los 2, Angebote ein.

Mit Schreiben vom 03.12.2008 bat die Antragsgegnerin bei den Bietern um eine Zuschlagsfristverlängerung für beide Lose bis zum 09.01.2009. Der Vergabeausschuss der Antragsgegnerin beschloss am 11.12.2008 das Vergabeverfahren in Bezug auf Los 1 aufzuheben, da kein wirtschaftliches Angebot vorläge. Für das Los 2 sollte das Angebot der Beigeladene zu 2) bezuschlagt werden.

Am 15.12.2008 versandte die Antragsgegnerin das Zuschlagsschreiben für das Los 2 an die Beigeladene zu 2).

Während der Überprüfung der Vergabeakte musste die Vergabekammer feststellen, dass die Antragsgegnerin bezüglich Los 2 keine Vorinformationsschreiben gemäß § 13 VgV an die erfolglosen Bieter versandt hatte.

In Bezug auf Los 1 informierte die Antragsgegnerin die Bieter mit Schreiben vom 16.12.2008 über die Aufhebung des Vergabeverfahrens. Als Begründung führte sie an, dass ihr kein wirtschaftliches Angebot vorläge. Weiterhin erklärte sie, die Neuausschreibung der Leistung zu einem späteren Zeitpunkt durchzuführen.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 22.12.2008 die Aufhebung dahingehend, dass der Mitteilung keine nachvollziehbaren Gründe zu entnehmen seien. Ein wirtschaftliches Angebot hätte die Antragsgegnerin ohne weiteres ermitteln können. Auch wäre eine Aufhebung, bei einem Vergabeverfahren oberhalb des Schwellenwertes, nur nach Maßgabe des § 26 Nr. 1 VOL/A zulässig. Dies gelte insbesondere, da die Antragsgegnerin weiterhin die Leistung zu einem späteren Zeitpunkt auf der Grundlage eines förmlichen Vergabeverfahrens vergeben wolle.

Mit Schreiben vom 29.12.2009 teilte die Antragsgegnerin mit, dass das Angebot der Antragstellerin aufgrund unzureichender Erklärungen einiger Nachauftragnehmer von der weiteren Wertung ausgeschlossen werden musste. Außerdem läge bei ihrem Angebot eine Änderung der Verdingungsunterlage bezüglich der Forderung zur Einhaltung einer 3-Tage-Zustellungsfrist bei den Sendungen, die durch diezugestellt werden sollten, vor. Dies stelle einen zwingenden Ausschlussgrund gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1d VOL/A dar.

Im Übrigen hätte kein wirtschaftliches Angebot vorgelegen, so dass das Vergabeverfahren aufgehoben werden musste. Sie erklärte weiterhin, dass sie beabsichtige, die Leistung zu einem späteren Zeitpunkt auszuschreiben.

Am 15.01.2009 führte die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen zu 1) ein Verhandlungsgespräch. Die Antragsgegnerin erklärte gegenüber der Beigeladenen zu 1), dass ihr Angebot unwirtschaftlich gewesen sei. Gemäß einer von ihr durchgeführten Hochrechnung würden die von ihr angebotenen Preise um ein Vielfaches höher sein, als die

bisher mit ihr vereinbart. Im Übrigen vermisste die Antragsgegnerin die zurzeit eingeräumten Rabatte im Angebot der Beigeladenen zu 1). Die Beigeladene zu 1) erklärte dazu, dass die von ihr derzeit gewährten Rabatte an bestimmte Kriterien gebunden sind, die allerdings nicht Gegenstand der Angebotsaufforderung gewesen seien.

Im Ergebnis des Verhandlungsverfahrens vereinbarten beide Verhandlungspartner, dass die Dienstleistung durch die Beigeladenen zu 1) mindestens bis zu einer Neuausschreibung der Leistung durchgeführt werde.

Die Vergabekammer stellte im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens an Hand der ihr vorliegenden Unterlagen fest, dass keine Bieter aus den vorangegangenen Vergabeverfahren gemäß § 13 VgV über die beabsichtigte Zuschlagserteilung informiert worden sind.

Mit Schreiben vom 27.08.2009 bat die Antragstellerin um Mitteilung, wann die Antragsgegnerin vorsehe, die Postdienstleistungen entsprechend den Vorschriften des GWB auszuschreiben.

Mit Schreiben vom 07.09.2009 beantwortete die Antragsgegnerin die Anfrage dahingehend, dass sie vorhabe, ihre Postdienstleistungen gemäß den Vorschriften des GWB's zu vergeben. Sie könne allerdings noch keinen konkreten Termin benennen. Weiterhin teilte sie der Antragstellerin die Medien mit, in denen sie ihre Bekanntmachungen veröffentliche.

Am 24.09.2009 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt des Landes Sachsen-Anhalt. Dieser wurde der Antragsgegnerin am 25.09.2009 zugestellt.

Die Antragstellerin erklärt, dass die Antragsgegnerin gewerbsmäßige Postdienstleistungen mittels einer de-facto-Vergabe vergeben habe. Sie hätte diese Leistungen nicht in dem für öffentliche Auftraggeber vorgeschriebenen Wettbewerb unter Einbeziehung der Marktteilnehmer und ohne europaweite Bekanntmachung vergeben.

Die Antragstellerin sei ein qualifiziertes und leistungsfähiges Unternehmen, das bereit und in der Lage wäre, die Postdienstleistung der Antragsgegnerin zu übernehmen.

Auch habe sie in ihrem Schreiben vom 27.08.2009 darauf aufmerksam gemacht, dass der Schwellenwert der Dienstleistung den zurzeit gültigen Wert vonEuro überschreite. Dies mache erforderlich, die Leistungen in einem förmlichen Vergabeverfahren zu vergeben. Der Antragstellerin sei somit die Möglichkeit verwehrt gewesen, sich durch Abgabe eines eigenen Angebotes am Vergabeverfahren zu beteiligen. Diesbezüglich entstände ihr, zumindest in Höhe des entgangenen Gewinns, ein Schaden gemäß § 107 Abs. 2 GWB.

Hieran ändere sich auch nichts dadurch, dass die Antragstellerin sich an den vorangegangenen Vergabeverfahren nicht beteiligt habe.

Die Antragstellerin beantragt,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, ihren Bedarf an Postdienstleistungen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer nach Maßgabe des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) auszuschreiben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, dass sie berechtigt wäre die Leistungen gemäß § 3a Nr. 2 a) VOL/A im Wege eines Verhandlungsverfahrens zu vergeben. Schließlich seien aus den vorangegangenen Offenen Verfahren keine wirtschaftlichen Angebote hervorgegangen. Die Beigeladene zu 1) erbringe weiterhin die Dienstleistung, da eine Auftragsvergabe, obwohl

diese bereits im Wege eines Offenen Verfahrens vergeben werden sollte, scheiterte. Die Antragstellerin hätte die Möglichkeit gehabt, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. An den vorangegangenen Vergabeverfahren hätte sich die beteiligt. Es bestehe personale Identität zwischen der Geschäftsführung der Antragstellerin und der Ihre Angebot musste aufgrund formeller Unvollständigkeiten gem. § 25 Nr. 1 Abs. 2 a VOL/A ausgeschlossen werden. Auch sei zu dem Offenen Verfahren kein Nachprüfungsantrag gestellt worden.

Im Übrigen wolle die Antragsgegnerin ein europaweites Vergabeverfahren durchführen. Allerdings müsse dieses aufgrund der bereits zweimaligen Aufhebung der Ausschreibung der Leistung „Standardbriefsendungen“ besonders sorgfältig vorbereitet werden. Der Beginn des neuen Vergabeverfahrens könne aus diesem Grund noch nicht benannt werden.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

den Nachprüfungsantrag insoweit, wie er sich auf Standardsendungen (Briefe, Postkarten, Büchersendungen, Infopost, Einschreiben und Einschreiben mit Rückschein, ohne Päckchen und Pakete) bezieht, zurückzuweisen.

Der Nachprüfungsantrag sei unstatthaft, da für die tägliche Erbringung der Dienstleistung die Schwellenwerte nicht erreicht würden. Es handele sich nicht um ein Dauerschuldverhältnis. Der Auftragsgegenstand basiere auf einen täglich neu gefassten Entschluss der Antragsgegnerin. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unzulässig. Der Antragstellerin sei seit langem bekannt, dass die Leistung tagtäglich neu vergeben werde. Sie habe gegen ihre Rügeobliegenheit verstoßen. Auch habe sich der Leistungsgegenstand gegenüber den vorangegangenen Vergabeverfahren inhaltlich und kommerziell grundlegend geändert. Jedenfalls habe die Antragstellerin unverzüglich nach Erhalt der Mitteilung über die Aufhebung Beanstandungen erheben müssen. Ihr Vorbringen sei verwirkt. Im Übrigen sei die Antragstellerin nicht antragsbefugt. Sie habe nicht schlüssig dargelegt, dass sie die Leistung überhaupt erbringen könne. Schließlich sei die Antragsgegnerin befugt, die Leistungen freihändig oder jedenfalls in einem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung zu vergeben, da die Leistung besonders dringlich sei.

Die Beigeladene zu 2) hat keinen Antrag gestellt. Sie hat in Bezug auf die Vergabe der Leistungen Pakete und Päckchen ausgeführt, dass der Nachprüfungsantrag unstatthaft sei, da der Zuschlag erteilt worden sei. Die Antragstellerin sei auch nicht antragsbefugt, da sie nicht leistungsfähig sei. Der Nachprüfungsantrag sei außerdem unbegründet, da das Vergabeverfahren abgeschlossen sei. Vergabeverstöße seien nicht geltend gemacht worden.

In der mündlichen Verhandlung am 14.10.2009 wurde klar gestellt, dass abweichend von dem Vorbringen der Antragstellerin und Antragsgegnerin die Antragstellerin sich mit einem eigenen Angebot an dem Offenen Vergabeverfahren in beiden Losen beteiligt hatte.

Die Antragstellerin führte weiter aus, dass sich ihr Antrag nur auf die Vergabe von Standardsendungen beziehe. Ihr Antrag sei entsprechend auszulegen. Hinsichtlich der Versendung von Päckchen und Paketen habe sie keinen Antrag gestellt.

Im Übrigen haben die Beteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft.

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.

Mit Beschluss vom 06.10.2009 wurden die (Beigeladene zu 1)) und die (Beigeladene zu 2)) zum Verfahren beigeladen.

Die Beigeladene zu 2) beantragte am 09.10.2009 Akteneinsicht, welche ihr mit Beschluss vom 12.10.2009 teilweise gewährt wurde.

Der Vorsitzende verlängerte die Frist zur Entscheidung mit Verfügung vom 26.10.2009 bis zum 06.11.2009.

II

In Bezug auf die Leistung für Standardsendungen ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zulässig und begründet. Hinsichtlich der Vergabe von Päckchen und Paketen ist das Nachprüfungsverfahren einzustellen.

1. Anzuwendendes Recht

Für die Beurteilung der Zulässigkeits- und Begründetheitsvoraussetzungen ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) maßgeblich, wie es vor dem 24.04.2009 in Kraft war. Nach § 131 Abs. 8 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 20.04.2009 (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2009 Teil I Nr. 20, Seite 190 vom 23.04.2009) sind Vergabeverfahren, die vor dem 24.04.2009 begonnen haben einschließlich der sich anschließenden Vergabenachprüfungsverfahren nach den für bisher geltenden Vorschriften zu beenden. Vorliegend hat die Antragsgegnerin die in Rede stehenden Leistungen hinsichtlich von Standardsendungen bereits am 15.01.2009 faktisch vergeben (siehe Punkt 2.1.2). Hinsichtlich der Vergabe der Leistung „Päckchen und Pakete“ hat die Antragsgegnerin am 15.12.2008 der Beigeladenen zu 2) den Zuschlag erteilt. Es bleibt in diesem Zusammenhang offen, ob die Erteilung des Zuschlags wirksam war. Jedenfalls findet für beide Teilleistungen das zu diesem Zeitpunkt geltende Recht Anwendung.

2. Vergabe von Standardsendungen (Los 1 des am 14.07.2008 eingeleiteten Offenen Verfahrens)

2.1. Zulässigkeit

2.1.1 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.

Die Antragsgegnerin 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 S. 2334), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 04.12.2007 (Verordnung (EG) Nr. 1422/2007), ist für dieses Vorhaben bei Weitem überschritten. Die Auftraggeberin hat dieses

Verfahren in Bezug auf Los 1 aufgehoben. Sie hat die Leistung in dem sogenannten Verhandlungsverfahren, ab dem 15.01.2009 für unbestimmte Zeit an die Beigeladene zu 1) vergeben. Die Antragsgegnerin hatte in dem Verhandlungsvermerk vom 15.01.2009 ausgeführt, dass sie die Leistungen der Beigeladenen zu 1) zumindest so lange in Anspruch nimmt, bis sie ein erneutes Vergabeverfahren durchführen wird. Die Antragsgegnerin konnte in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung keinen konkreten Zeitpunkt zur Neuausschreibung der Leistung benennen. Das Los 1 des ursprünglichen Offenen Verfahrens macht hier ca. 90% der Gesamtleistung aus. Der in der Bekanntmachung zum Offenen Verfahren geschätzte Wert der Gesamtleistung pro Jahr betrug Mio Euro (Netto). Bei nicht absehbarer Leistungszeit ist nach § 3 Abs. 3 Satz 3 VgV eine Vertragslaufzeit von 48 Monaten zu Grunde zu legen. Aufgrund dieser Umstände kann sicher davon ausgegangen werden, dass der Wert der Leistung 206.000 Euro überschreitet. Es ist nicht zutreffend, wenn die Beigeladene zu 1) darauf verweist, dass die Antragsgegnerin quasi täglich sich neu entscheide, sie zu beauftragen. Dies wird durch den oben dargestellten Inhalt des Verhandlungsvermerkes widerlegt.

Hierbei ist auch der Rechtsweg zu der Vergabekammer im Sinne des § 102 GWB eröffnet. Hierzu reicht es aus, wenn überhaupt ein Verfahren in Frage steht, an dem mindestens ein außen stehender Dritter (Unternehmen) beteiligt ist und das eingeleitet worden ist, um einen entgeltlichen Vertrag im Sinn des § 99 GWB abzuschließen, der den Schwellenwert erreicht (BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005 - X ZB 27/04. Dies ist gegeben.

2.1.2 Keine Erledigung des Nachprüfungsverfahrens

Das Nachprüfungsverfahren hat sich auch nicht etwa durch Erteilung des Zuschlags am 15.01.2009 i.S. des § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB erledigt. Vielmehr ist der geschlossene Vertrag i.S. des § 13 VgV als nichtig anzusehen. Hierbei ist zunächst zu bedenken, dass es sich entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht um ein Verhandlungsverfahren, sondern um eine sogenannte de-facto-Vergabe handelt.

Ein Vergabeverfahren in diesem Sinne ist zu bejahen, wenn sich der öffentliche Auftraggeber zur Beschaffung von Dienstleistungen entschlossen und entsprechende Vorbereitungen sowie organisatorische Schritte mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses eingeleitet hat, ohne dabei jegliche Förmlichkeiten, die nach dem Vergaberecht geboten sind, zu beachten (vgl. OLG Düsseldorf Verg 3/01 vom 20.06.2001, S. 22; Verg 8 - 15/01 vom 08.05.2002, S. 17 ff.).

Hier hatte die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen zu 1) bereits einen Vertrag abgeschlossen. Damit war aus ihrer Sicht die Beschaffung bereits abgeschlossen. Hierbei ermangelte es an jeder Form eines Vergabeverfahrens. Zwar liegt ein undatiertes Vermerk über das sogenannte Verhandlungsgespräch vor. Es fehlt dabei jedoch, wie nach § 30 Nr. 1 VOL/A geboten, jedwede Dokumentation über das sogenannte Verhandlungsverfahren nach § 3a Nr. 2 a VOL/A. So enthält der Vermerk keine Ausführungen zu der Frage, aus welchen Gründen dieses Verfahren gewählt wurde. Weiterhin beinhaltet das Schriftstück keine Begründung für die Einengung des Bieterkreises. Schließlich fehlen Ausführungen zur Analyse des Anbietermarktes sowie die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (zumindest mündlich) bis hin zur Bewertung des Angebotes und der Schlussfolgerung eines mit dem Bieter abzuschließenden Vertrages.

Auch bei einer de-facto-Vergabe ist der geschlossene Vertrag nach § 13 VgV nichtig, wenn der Auftraggeber von dem Interesse eines weiteren Unternehmens Kenntnis erlangt hat und diesem Unternehmen die Vorabinformation über die beabsichtigte Vergabe nicht erteilt hat, obwohl es ihm möglich gewesen wäre (vgl. OLG Celle vom 14.09.2006, 13 Verg 3/06). So ist der Fall hier. Der Antragsgegnerin war aus dem vorangegangenen Verfahren, an dem sich die Antragstellerin beteiligt hatte, ohne weiteres ein entsprechendes Interesse bekannt. Sie hatte auch nach der Information über die Aufhebung des Los 1 im Offenen Verfahren ein Rügeschreiben angebracht. Sie hat jedoch keinen der Bieter aus dem vorangegangenen Verfahren über den Vertragsschluss in Kenntnis gesetzt.

2.1.3 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt.

Nach § 107 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 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 hatte an Aufträgen der Antragsgegnerin zur Leistungserbringung ihr Interesse bekundet. Allein die Tatsache, dass sie dieses Nachprüfungsverfahren betreibt, erfüllt unter den gegebenen Umständen die Voraussetzungen der vorgenannten Norm. Bei der gegebenen Sachlage reicht die Darlegung, dass der Antragstellerin nach Aufhebung des Offenen Verfahrens die Möglichkeit genommen wurde, ein Angebot abzugeben, da die Antragsgegnerin kein erneutes förmliches Vergabeverfahren eingeleitet hatte. Die Antragstellerin hatte sich an dem Offenen Verfahren beteiligt. Sie hat schon dort dokumentiert, dass sie durchaus in der Lage ist, die Zustellungen, gegebenenfalls mittels Subunternehmern, durchzuführen. Dies gilt umso mehr, als das die Antragsgegnerin in ihrem Schriftstück von 22.06.2009 vorsieht, die Zustellung von Standardbriefsendungen weiter in regionale Lose aufzuteilen. Sie hat auch hinreichend dargelegt, dass ihr durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften ein Schaden zu entstehen droht.

2.1.4 Rügeobliegenheit

Die Antragstellerin war nicht verpflichtet, die von ihr behaupteten Vergabeverstöße zu rügen. Der Antrag ist nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Grundsätzlich besteht diese Rügeobliegenheit jedenfalls auch bei einer de-facto-Vergabe, wenn der Auftraggeber kein Vergabeverfahren durchführt und der Unternehmer über diesen Umstand seit langem fortlaufend unterrichtet ist. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn ein Vertragsschluss unmittelbar bevor steht bzw. vollzogen ist und eine Rüge angesichts des Vorverhaltens der Antragsgegnerin als in der Sache nutzlose Förmerei anzusehen ist (vgl. OLG Naumburg vom 02.03.2006-1 Verg 1/06). Dies ist angesichts der Umstände des Einzelfalls hier zu bejahen. Die Antragsgegnerin hatte in dem Aufhebungsschreiben vom 16.12.2008 ausgeführt, dass sie beabsichtige die Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt auszuschreiben. Im Folgenden hatte die Antragsgegnerin am 15.01.2009 einen Vertrag mit der Beigeladenen zu 1) geschlossen, ohne die Antragstellerin darüber zu informieren. Sie hatte daher hierüber auch keine Kenntnis. Die Antragsgegnerin hat damit bereits zu diesem Zeitpunkt ein faktisches Vergabeverfahren durchgeführt und damit vollendete Tatsachen geschaffen. Die Antragstellerin wurde durch das Aufhebungsschreiben und durch den Schriftverkehr im Übrigen dagegen in dem Glauben gelassen, dass ein förmliches Vergabeverfahren eingeleitet wird. Hiervon hat sie jedoch auch 10 Monate nach der Aufhebung bislang abgesehen.

2.2 Begründetheit

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Antragstellerin hat nach § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin die Postdienstleistungen im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens im Sinne des § 97 Abs. 1 GWB beschafft. Es handelt sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB. Für Postdienstleistungen besteht auch kein Ausnahmetatbestand nach § 100 GWB.

Die Antragsgegnerin ist damit gehalten, unverzüglich ein transparentes Vergabeverfahren gemäß §§ 97 Abs. 1 GWB i.V. mit 3a VOL/A einzuleiten. Damit ist innerhalb von drei Monaten nach Bestandskraft dieses Beschlusses zu beginnen. Dieser Zeitraum erscheint

angemessen, zumal die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hatte, dass diesbezüglich erste Vorbereitungen getroffen wären. Die Antragsgegnerin hat dabei einen Vergabevermerk zu fertigen, der den Anforderungen des § 30 VOL/A genügt.

3. Vergabe von Päckchen und Paketen (Los 2)

Das Nachprüfungsverfahren ist durch Beschluss einzustellen, da die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung hinsichtlich der o.g. Leistungen konkludent die Rücknahme des Nachprüfungsantrages erklärt hatte. Sie hatte ausgeführt, dass sich ihr Antrag auf diese Leistungen nicht beziehen solle. Ihr Nachprüfungsantrag vom 24.09.2009 erstreckte sich jedoch bei Auslegung aus dem objektiven Empfängerhorizont nach §§ 133, 157 BGB auf die Vergabe sowohl von Standardsendungen als auch auf Päckchen und Pakete. Sie begehrte, dass die Antragsgegnerin ihren Bedarf an Postdienstleistungen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer nach Maßgabe des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ausschreibt. Sie hat in dem Nachprüfungsantrag insoweit keine Einschränkung vorgenommen. Eine solche ergibt sich auch nicht aus der Begriffsbestimmung gemäß § 4 Abs. 1 Postgesetz (PostG vom 22. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3294), zuletzt geändert durch Artikel 272 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407)). Nach dieser Vorschrift sind beide Teilleistungen von der Legaldefinition als Postdienstleistung erfasst. Damit waren beide Teilleistungen Streitgegenstand.

Kostenentscheidung

III

Die Kostenentscheidungen für die Vergaben der Standardsendungen und der Päckchen und Pakete waren hier gesondert zu treffen. Es handelt sich diesbezüglich nach der Aufhebung von Los 1 des Offenen Verfahrens und der anschließenden de-facto-Vergabe um zwei unterschiedliche Vergabeverfahren.

Die Kostenentscheidung beruht in Bezug auf die Standardsendungen auf § 128 Abs. 1 i.V. Abs. 3 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner. Vor diesem Hintergrund sind die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 1) als Unterliegende anzusehen, da sie mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen sind.

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 von der Antragsgegnerin zum Zeitpunkt im Verhandlungsgespräch ausgehandelte Preis der Beigeladenen zu 1) bezogen auf 48 Monate (siehe Punkt 2.1.1). Dies ergibt eine Gebühr in Höhe vonEuro zuzüglichEuro 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 Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 1) sind hier als Unterliegende anzusehen.

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

Gemäß § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB findet hinsichtlich der Vergabe „Päckchen und Pakete“ das Verwaltungskostengesetz (VwKostG) Anwendung. Dazu bestimmt § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG, dass Kostenschuldner derjenige ist, der die Amtshandlung veranlasst hat, hier die Antragstellerin (Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 09.12.2003 - X ZB 14/03). Gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB hat der Kostenschuldner oder die Kostenschuldnerin im Falle einer Erledigung des Antrages durch Rücknahme oder anderweitige Umstände die Hälfte der Gebühr zu entrichten. Da die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag in Bezug auf die vorgenannten Teilleistungen in der mündlichen Verhandlung zurückgenommen hat, wird aufgrund der Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt und unter Berücksichtigung ihres Angebotspreises im Offenen Verfahren die errechnete Gebühr von Euro auf den hälftigen Betrag von Euro zzgl. Euro für Auslagen festgesetzt.

Anhaltspunkte, die eine weitere Ermäßigung der Gebühr nach § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB rechtfertigen, liegen nicht vor.

Da im vorliegenden Fall keine Sachentscheidung durch die Vergabekammer erfolgte, haben die Verfahrensbeteiligten die ihnen entstandenen Kosten der anwaltlichen Vertretung jeweils selbst zu tragen (vgl. Beschluss des BGH vom 25.10.2005 – X ZB 22/05).

Die ehrenamtliche Beisitzerin, Frau Rosenbusch, 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 Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

gez. Oanea

gez. Krasper