



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**2. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

Az. 2 VK LSA 22/13

Halle, 19.12.2013

§ 115 Abs. 2 Satz 1 GWB

§ 24 EG Abs. 2 b VOL/A

§ 115 Abs. 2 Satz 4 GWB

- Zulässigkeit, aber Unbegründetheit des Antrags auf vorzeitige Zuschlagserteilung
- unzutreffende Angaben der Beigeladenen in der Eigenerklärung
- unzureichende Vergabedokumentation
- Beurteilung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags bedarf umfassender Prüfung

Der Antrag ist gemäß § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB zulässig, jedoch unbegründet.

Die Mitinhaberin der Beigeladenen hatte persönlich in der Eigenerklärung bestätigt, dass sie sich nachweislich keiner schweren Verfehlungen, durch die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage gestellt werden könnte, zu Schulden kommen ließ. Demgegenüber wurde sie rechtskräftig vom am2013 zu einer Bewährungsstrafe verurteilt.

In jedem Fall hätte sich die Antragsgegnerin hiermit in ihrer Vergabedokumentation gemäß § 24 EG Abs. 2 b VOL/A befassen müssen.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob aufgrund der unzutreffenden Erklärung der Ausschluss des Teilnahmeantrages zwingend gewesen wäre.

Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages können zum derzeitigen Zeitpunkt im Sinne des § 115 Abs. 2 Satz 4 GWB nicht abschließend beurteilt werden. Dies bedarf einer umfassenden Prüfung.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

.....

gegen das

.....

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

.....

.....

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

.....

wegen

der Vergabe von Apothekendienstleistungen für das hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat, den hauptamtlichen Beisitzer und die ehrenamtliche Beisitzerin beschlossen:

Der Antrag der Antragsgegnerin und der Beigeladenen auf Gestattung der Erteilung des Zuschlags wird zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Beschluss in der Hauptsache vorbehalten.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin veranlasste am die Bekanntmachung der Vergabe von Apothekendienstleistungen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. Es handelt sich um die Versorgung stationärer Bereiche einschließlich aller Dienst- und Beratungsleistungen. Die Leistungen sind im Zeitraum vom bis, mit einer Verlängerungsoption von 48 Monaten zu erbringen. Die Antragsgegnerin wählte als Verfahrensart das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb. Die Bewerber hatten in einer Eigenerklärung zu bestätigen, dass sie keine Verfehlungen begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellen (vgl. III.2.1. des Veröffentlichungstextes). Weiterhin hatten sie eine Eigenerklärung gem. § 6 Abs. 4 EG VOL/A abzugeben.

Sowohl die Antragstellerin, als auch die Beigeladene, wie auch drei weitere Unternehmen haben sich um die Teilnahme am Wettbewerb beworben.

Die Mitinhaberin der Beigeladenen, Fachapothekerin für Allgemeinpharmazie und Klinische Pharmazie, wurde im vom wegen Betruges in 9 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und 11 Monaten verurteilt. Diese Strafe wurde zur Bewährung ausgesetzt. Sie hatte ein onkologisches Medikament (.....) ohne Zulassung oder EU-Genehmigung bei der Zubereitung von Zytostatika verwendet, um daraus finanzielle Vorteile zu ziehen. Die Taten wurden im Zeitraum von 2003 bis 2006 begangen. Das Strafurteil ist rechtskräftig.

Frau hatte dessen ungeachtet in ihrem Teilnahmeantrag vom 02.08.2013 bestätigt, dass sie keine Verfehlungen begangen habe, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerberin in Frage stellen.

In Ergebnis des Teilnahmewettbewerbes hatte die Antragsgegnerin die Antragstellerin und die Beigeladene am 10.09.2013 zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. Die Angebotsfrist wurde auf Wunsch der Antragstellerin vom auf den verlängert.

Die Vergabeunterlagen enthalten einen Kriterienkatalog. Darin sind folgende Fragestellungen enthalten:

- Organisation einer sicheren Versorgung,
- Organisation Rufbereitschaftsdienst,
- Wirtschaftliche Arzneimittelverwendung,
- Gestaltung der Beratungsleistungen,
- Personaleinsatzplanung nach Berufsgruppen.

Für diese Kriterien setzte der Antragsgegner einen Bewertungsindex an:

1 = gut, 2 = zufrieden, 3 = ungünstig.

Weiter ist Folgendes anzugeben:

- Arzneimittelkosten (Betrachtung der ca. 65 % umsatzstärksten Arzneimittel aus 2012 nach Originalanbietern und Alternativpräparaten),
- Abrechnungsform in 3 Varianten
(I= Lieferaufschlag, II = Pauschale pro Bett, III = Alternative),
- Vergütung für die Herstellung von Zytostatika-Zubereitungen,
- Vergütungen für Sonderfahrten; Prüfung med. Druckluft und Beratungsdienstleistungen.

Im Zeitraum vor der Angebotsabgabe kam es zu Fragen der Antragstellerin an die Antragsgegnerin, die von dieser beantwortet wurden.

Ein Verhandlungsgespräch wurde auf der Basis der getroffenen Bewertung ausschließlich mit der Beigeladenen geführt. Die Beigeladene reduzierte in diesem Zusammenhang Ihr Angebot in z.T. erheblichen preislichen Umfang.

Die Antragsgegnerin informierte die Antragstellerin am 12.11.2013, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Hiergegen wendete sich die Antragstellerin mit ihrer Rüge vom 18.11.2013, bei der Antragsgegnerin am 20.11.2013 eingegangen. Sie bemängelt, dass einige Positionen in den Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig formuliert seien und dass deshalb ein Verhandlungsgespräch mit ihr zwingend notwendig gewesen wäre.

Sie stellte am 18.11.2013, Eingang bei der Vergabekammer am 21.11.2013, einen Nachprüfungsantrag, in dem sie ihre Darlegungen aus dem Rügeschreiben wiederholte.

Sie hat nach entsprechendem Vorbringen der Antragsgegnerin ihre Argumentation weiter vertieft. Wegen der strafrechtlichen Verurteilung der Inhaberin der Beigeladenen sei diese als unzuverlässig einzustufen. Sie habe diesbezüglich auch eine unzutreffende Eigenerklärung abgegeben. Hiervon habe sie bei Abfassung des Nachprüfungsantrages nur gerüchteweise Kenntnis gehabt. Diese habe sie erst nach entsprechenden Recherchen durch den Verfahrensbevollmächtigten erlangt. Sie macht weiter Vergabeverstöße hilfsweise geltend. So habe die Antragsgegnerin fehlerhaft das Verhandlungsverfahren statt des offenen Verfahrens gewählt.

Auch die Angebotsfrist sei zu kurz bemessen. Schließlich habe die Antragsgegnerin in diskriminierender Weise ausschließlich mit der Beigeladenen verhandelt.

Dem ist die Antragsgegnerin entgegengetreten.

Die Antragstellerin habe es versäumt, Mängel in den Ausschreibungsunterlagen rechtzeitig zu rügen. Auch im Übrigen sei ihr Vorbringen pauschal und unsubstantiiert. Es sei ihr auch gestattet, mit nur einem Bewerber Verhandlungen zu führen. Die Antragstellerin habe auch nicht rechtzeitig gerügt, dass die Beigeladene aus ihrer Sicht unzuverlässig sei. Die Antragsgegnerin habe die Zuverlässigkeit der Beigeladenen auch geprüft und sei dabei zu dem Ergebnis gekommen, das diese gegeben sei. Sie habe durch die Gründung einer OHG

glaubwürdige und erfolgsversprechende Maßnahmen ergriffen, um eine Wiederholung derartiger Rechtsverletzungen auszuschließen. Die Antragsgegnerin habe auch zu Recht das Verhandlungsverfahren gewählt. Auch die übrigen von der Antragstellerin vorgebrachten Vergabeverstöße seien unbegründet.

Die Beigeladene schließt sich dabei im Wesentlichen dem Vorbringen der Antragsgegnerin an. Sie meint, dass die Straftaten, die die Inhaberin begangen habe, der OHG nicht zuzurechnen seien, da diese erst im Jahre 2013 gegründet worden sei. Im Übrigen lägen die Straftaten fast ein Jahrzehnt zurück. Die Beigeladene habe sich seither untadlig verhalten. Außerdem habe die abgeurteilte Tat keinerlei Bezüge zum Ausschreibungsgegenstand. Der Betrugsvorwurf habe gerade keine onkologischen Arzneimittel betroffen, sondern als einziges Arzneimittel Ferner hätten andere Gerichte in vergleichbaren Fällen die Angeklagten frei gesprochen.

Die Antragsgegnerin des Nachprüfungsverfahrens beantragt:

- mit Schriftsatz vom 26.11.2013, ihr gemäß § 115 Abs. 2 GWB zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von 2 Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen.

Die Interessen der Vergabestelle und der Allgemeinheit am schnellen Verfahrensabschluss würden gegenüber dem Interesse der Antragstellerin am Erhalt ihrer Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB überwiegen. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass das bisherige Vertragsverhältnis für die Versorgung des mit Apothekenleistungen am 31.12.2013 ende. Ohne eine kontinuierliche Versorgung mit Apothekenleistungen sei der weitere Betrieb des nicht möglich. Auch eine Notfallbehandlung für die Bevölkerung im Einzugsgebiet des könne nicht aufrechterhalten werden. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass der Nachprüfungsantrag voraussichtlich keinen Erfolg haben werde.

Die Beigeladene schließt sich dem Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlags an. Gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse der Antragstellerin überwäge das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung des Krankenhausbetriebes, der durch ein länger andauerndes Vergabeverfahren unterbrochen würde. Auch eine Übergangslösung sei nicht denkbar, da eine entsprechende vertragliche Vereinbarung getroffen werden müsste. Dieser Vertrag müsste durch die Apothekerkammer genehmigt werden. Auch hierdurch seien Verzögerungen zu erwarten.

Die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren beantragt,

- den Antrag der Antragsgegnerin auf Vorabgestattung des Zuschlags gemäß § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB abzulehnen.

Keineswegs sei durch das Nachprüfungsverfahren ein Versorgungsnotstand zu erwarten. Es sei anerkannt, dass bei Verzögerungen durch Nachprüfungsverfahren eine Interimsvergabe vorgenommen werden könne. Im Übrigen habe es die Antragsgegnerin versäumt, die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens bei der Zeitplanung mit zu berücksichtigen.

II.

Der Antrag ist gemäß § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB zulässig.

Der Nachprüfungsantrag wurde der Antragsgegnerin am 21.11.2013 übermittelt. Zu diesem Zeitpunkt war der Zuschlag noch nicht erteilt. Die Übermittlung entfaltete damit die Sperrwirkung des § 115 Abs. 1 GWB.

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

Gemäß § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB kann die Vergabekammer dem Auftraggeber auf seinen Antrag gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von 2 Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundene Vorteile überwiegen.

Die Interessenabwägung geht zu Lasten der Antragsgegnerin.

Zu berücksichtigen ist auf Seiten der Antragstellerin dabei, dass das subjektive Recht auf Einhaltung der Vergabevorschriften durch die vorzeitige Gestattung des Zuschlags zunichte gemacht würde.

Ein nach Zuschlagserteilung durchzuführendes Feststellungsverfahren nähme der Antragstellerin die Chance eines effektiven Primärrechtsschutzes. Vor diesem Hintergrund kommt eine vorzeitige Zuschlagsgestattung nur in Ausnahmefällen in Betracht (vgl. nur OLG Celle v. 31.01.2011 13 Verg 21/10).

Demgegenüber ist von Bedeutung, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Zeitplanung offenbar die Möglichkeit von Verzögerungen durch Nachprüfungsverfahren nicht berücksichtigt hat.

Soweit die Antragsgegnerin und die Beigeladene auf einen drohenden Versorgungsnotstand hingewiesen haben, besteht grundsätzlich die Möglichkeit einer Interimsbeauftragung. Die Beigeladene hat in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam gemacht, dass ein entsprechender Interimsvertrag der Genehmigung durch die Apothekerkammer bedarf. Jedoch wäre eine solche Genehmigung auch bei dem im Rahmen des Vergabeverfahrens vorgesehenen Vertragsabschluss notwendig. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin die Möglichkeit, bei der Apothekerkammer auf eine rasche Bearbeitung der Angelegenheit zu dringen.

Gemäß § 115 Abs. 2 Satz 3 GWB hat die Vergabekammer dabei auch die allgemeinen Aussichten der Antragstellerin im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten, zu berücksichtigen. Die Antragstellerin wurde neben der Beigeladenen als Einzige zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Möglicherweise wären etwaige Unklarheiten des Angebots in einem Verhandlungsgespräch erfolgreich beseitigt worden.

Demgegenüber können die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages zum derzeitigen Zeitpunkt im Sinne des § 115 Abs. 2 Satz 4 GWB nicht abschließend beurteilt werden. Dies bedarf einer umfassenden Prüfung. Die Vergabekammer verhehlt nicht, dass bei vorläufiger Betrachtung der Nachprüfungsantrag jedenfalls teilweise Aussicht auf Erfolg bietet.

Der ursprüngliche Nachprüfungsantrag genügte den Begründungsanforderungen des § 108 Abs. 1 und 2 GWB. Er enthielt eine Darstellung der Indizien und tatsächlichen Anhaltspunkte, die die Antragstellerin zu dem Schluss bewogen haben, die Antragsgegnerin habe sich rechtswidrig verhalten. Die Antragstellerin hat klar zum Ausdruck gebracht, dass die Antragsgegnerin auf ein Verhandlungsgespräch mit ihr verzichtet hat. Es kann der Antragstellerin voraussichtlich auch nicht widerlegt werden, dass sie erst durch entsprechende Recherchen ihres Verfahrensbevollmächtigten von der strafrechtlichen Verurteilung der Inhaberin der Beigeladenen Kenntnis erlangte, auch wenn ein Teil der übrigen von ihr geltend gemachten Vergabeverstöße präkludiert sein mag. Bei dieser Sachlage ist die Vergabekammer befugt, auch die Rechtmäßigkeit des Teilnahmewettbewerbs zu prüfen.

Die Zuverlässigkeit der Beigeladenen beurteilt sich danach, ob sie die Gewähr dafür bietet, den Auftrag in sorgfältiger Art und Weise auszuführen. Zuverlässig ist ein Bieter, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und aufgrund der Erfüllung früherer Verträge eine einwandfreie Ausführung erwarten lässt. Dabei ist sowohl auf persönliche als auch auf sachliche Umstände ebenso wie auf die Besonderheiten des jeweiligen Geschäftszweigs abzustellen (vgl. OLG München vom 21.04.2006 Verg 8/06). Bei der entsprechenden Prüfung und der Entscheidung, ob die Antragsgegnerin die Beigeladene gemäß § 6 EG Abs. 6 c i.V.m. § 10 EG Abs. 1 VOL/A auswählt, um sie zur Angebotsabgabe aufzufordern, stand ihr ein eigenes Ermessen zu.

Dieses Ermessen hat die Antragsgegnerin nicht rechtmäßig ausgeübt.

Es ist zwar zutreffend, dass dieses Ermessen von den Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin kontrolliert werden kann, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrundegelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (vgl. Kulartz/Portz/Prieß Kommentar zur VOB/A 2010 zu § 16 Rd. 129 VOB/A). Die Antragsgegnerin hat sich in ihrer Vergabedokumentation mit der Zuverlässigkeit der Beigeladenen nicht weiter inhaltlich befasst. Hierzu bestand aber besonderer Anlass.

Es spricht Überwiegendes dafür, dass die Beigeladene zumindest die Eigenerklärung unter I vom 31.07.2013 nicht zutreffend ausgefüllt hatte. Frau hatte persönlich bestätigt, dass sie sich nachweislich keiner schweren Verfehlungen, durch die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage gestellt werden könnte, zu Schulden kommen ließ.

Demgegenüber wurde sie rechtskräftig vom am2013 zu einer Bewährungsstrafe verurteilt. Die ihr zur Last gelegten Taten betrafen Leistungen, die auch Gegenstand der Ausschreibung sind (Einkauf, Zubereitung und Vertrieb eines Arzneimittels für die Zytostatika-Herstellung). Ein Bezug zur Ausschreibung besteht daher. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob aufgrund der unzutreffenden Erklärung der Ausschluss des Teilnahmeantrages zwingend gewesen wäre. In jedem Fall hätte sich die Antragsgegnerin hiermit in ihrer Vergabedokumentation gemäß § 24 EG Abs. 2 b VOL/A befassen müssen. Sie hatte selbst ausgeführt, dass sie von der Verurteilung Kenntnis erlangt hatte.

Auch im Übrigen wären angesichts der empfindlichen Strafe weitere Ausführungen zur Zuverlässigkeit geboten gewesen.

Grundsätzlich ist das Handeln der Geschäftsführer der juristischen Person zuzurechnen (hier OHG). Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die OHG erst zu einem späteren Zeitpunkt gegründet wurde. Die Mitinhaberin hat bei der Beigeladenen eine maßgebliche leitende Stellung inne. Es erscheint auch fraglich, ob der lange Zeitraum seit Begehung der Taten die Beigeladene entlastet. Dies wurde bereits bei der Strafzumessung mildernd berücksichtigt (vgl. hierzu auch OLG München vom 21.04.2006 Verg 8/06). Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Betrugstaten über Jahre begangen wurden und ein hoher Vermögensschaden entstand.

In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass die Vergabekammer eine Kopie des Strafurteils gegen Frau vom zuständigen Referat des Landesverwaltungsamts beigezogen hat.

Angesichts des Gewichts und der wettbewerblichen Relevanz der Dokumentationsmängel kann der Antragsgegnerin voraussichtlich auch nicht gestattet werden, diese durch

nachträgliches Vorbringen im Nachprüfungsverfahren zu heilen (vgl. BGH vom 08.02.2011 – X ZB 4).

Es bleibt an dieser Stelle offen, ob die Antragsgegnerin rechtmäßig davon abgesehen hatte, mit der Antragstellerin Verhandlungen zu führen und ob diese den entsprechenden Vergabeverstöß rechtzeitig gerügt hat.

III.

Die Kostenentscheidung ergeht einheitlich im Hauptsacheverfahren.

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

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen die ablehnende Entscheidung der Vergabekammer im Verfahren des § 115 Abs. 2 GWB ist der Antrag, den sofortigen Zuschlag zu gestatten, zulässig. Er ist schriftlich beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06118 Naumburg, zu stellen und gleichzeitig zu begründen.

Die zur Begründung des Antrags vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen (§ 115 Abs. 2 Satz 6 und 7 i.V.m. § 121 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB).

gez.

gez.