2. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az.: VK 2 LVwA LSA – 28/07

In dem Verfahren zur Feststellung einer Rechtsverletzung der

1. …

- Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigte:
…

gegen die

2. …

- Antragsgegnerin –

Verfahrensbevollmächtigte:
…

wegen der Vergabe zur Versorgung der Versicherten der … mit Hilfsmitteln der Produktgruppe 10 (Gehhilfen) hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 15.01.2008 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Krasper und den ehrenamtlichen Beisitzer Schmidt ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

1. Der Antrag wird verworfen.

2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Kosten des Verfahrens werden auf …€ festgesetzt.

3. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin war erforderlich.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts für die Gesundheitsversorgung ihrer Versicherten zuständig. Sie vergab im Offenen Verfahren die Lieferung von Hilfsmitteln der Produktgruppe 10 (Gehhilfen).

Auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A – (VOL/A) veranlasste die Antragsgegnerin am 12.09.2007 die Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften über die Vergabe zur Versorgung der Versicherten der … mit Hilfsmitteln der Produktgruppe 10 (Gehhilfen) im Offenen Verfahren.

Der Leistungsumfang umfasste insgesamt 4 Lose, die eine Aufteilung des Landes Sachsen-Anhalt in mehrere Regionen ausweisen. Die Bewerber konnten entscheiden, ob sie für alle oder nur für einzelne Lose Angebote abgeben. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.
Aufgrund mehrerer Bewerberanfragen versandte die Antragsgegnerin am 27.09.2007 eine Nachinformation 1 mit der Beantwortung von insgesamt 12 Fragen einschließlich der Anlage 2 (Seite 24 von 40) im Austausch an alle Bewerber.

Die Antragstellerin forderte am 23.10.2007 per Fax die Verdingungsunterlagen bei der Antragsgegnerin an. Ihre Verdingungsunterlagen enthielten bereits die am 27.09.2007 versandte korrigierte Anlage 2.

Mehrere Bewerber stellten weitere Anfragen an die Antragsgegnerin. Sie hat diese Fragen mit Schreiben vom 10.10.2007 an alle Bewerber beantwortet.

Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war auf den 05.11.2007, 12:00 Uhr festgelegt. Insgesamt gingen 18 Angebote fristgemäß und ein Angebot verspätet bei der Antragsgegnerin ein.

Die Antragstellerin legte ein Angebot für das Los 1 und Los 2 vor. Nach der erfolgten Auswertung erlangte sie beim Los 1 den 5. und beim Los 2 den 4. Platz.

Mit Schreiben vom 13.11.2007 unterrichtete die Antragsgegnerin gemäß § 13 VgV alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollten, über den Grund der Nichtberücksichtigung. Auch der Bieter, der den Zuschlag erhalten sollte, wurde gemäß § 13 VgV mit Schreiben vom 13.11.2007 informiert.

Aufgrund des Informationsschreibens rügte die Antragstellerin mittels 2 Schriftsätzen, datiert jeweils auf den 19.11.2007, gegenüber der Antragsgegnerin behauptete Vergabeverstöße. In einem der Schreiben begründete sie ihre Rüge dahingehend, dass die Anlage 3 – Preisblatt – unklare Aussagen und Informationen enthielte. In ihrem zweiten Schreiben bezweifelte sie die Auskömmlichkeit des zu bezuschlagendenen Angebotes. Beide Rügeschreiben gingen bei der Antragsgegnerin am 22.11.2007 per Post ein.
Gleichzeitig reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag per Post mit Datum vom 19.11.2007, Eingang am 20.11.2007, bei der zuständigen Vergabekammer ein. Darin bat sie um Überprüfung des Vergabeverfahrens. Sie teilte weiterhin mit, dass sie bei der Antragsgegnerin Einspruch zur beabsichtigten Zuschlagserteilung eingelegt habe.
Die Vergabekammer informierte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 20.11.2007, dass dieser nicht die Voraussetzungen eines Nachprüfungsantrages i.S.d. §§ 107, 108 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erfülle. Deshalb wurde die Antragstellerin aufgrund der Eilbedürftigkeit von der Vergabekammer aufgefordert, ihren Antrag, sofern sie daran festhalten wolle, bis zum 21.11.2007, 14:00 Uhr zu präzisieren. Dieses Schreiben ging der Antragstellerin vorab per Fax am 20.11.2007 zu.

Die Antragsgegnerin beantwortete die Rügen der Antragstellerin mit Schreiben vom 26.11.2007 zum Einem dahingehend, dass die vorgebrachten Einwände zum Leistungsverzeichnis erst nach dem Einreichungstermin von ihr vorgebracht wurden. Eine Abhilfe der Rüge könne jetzt nicht mehr erfolgen. Zum Anderen erklärte sie der Antragstellerin, dass sie die Auskömmlichkeit der Preise des zu bezuschlagenden Angebotes nochmals überprüft habe. Sie käme jedoch zum selben Ergebnis und beabsichtige, weiterhin den Zuschlag der Firma …zu erteilen.

Am 28.11.2007, 07:08 Uhr erteilte die Antragsgegnerin den Zuschlag an die …. Diese bestätigte der Antragsgegnerin per Rückfax vom 28.11.2007, 07:46 Uhr den Erhalt des Zuschlagsschreibens.

Mit Schriftsatz vom 27.11.2007 (Eingang bei der Vergabekammer am 28.11.2007, 13:15 Uhr) erklärte die Antragstellerin, dass sie den Nachprüfungsantrag aufrechterhalte. Sie gab weiterhin an, dass das für den Zuschlag vorgesehene Angebot nicht auskömmlich kalkuliert wäre. Die Preise stünden offenbar im Missverhältnis zur ausgeschriebenen Leistung. Deshalb dürfe das für den Zuschlag vorgesehene Angebot gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 und Nr. 3 VOL/A nicht berücksichtigt werden. Ferner zeigte sie darüber hinaus weitere Unstimmigkeiten in den Verdingungsunterlagen an, die zu dem Schluss führten, dass die Verdingungsunterlagen grundlegend geändert werden müssten.

Die Vergabekammer stellte der Antragsgegnerin diesen Schriftsatz am selben Tag um 15:02 Uhr zu. Diese teilte daraufhin mit, dass sie den Zuschlag bereits erteilt habe.

Hierüber unterrichtete die Vergabekammer die Antragstellerin mit Schreiben vom 29.11.2007. Dieser Zuschlag könne nach § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht mehr aufgehoben werden. Wenn sie an ihrem Antrag festhalten wolle, könne sie gegebenenfalls gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB einen Feststellungsantrag stellen.

Mit Schriftsatz vom 30.11.2007 (Eingang bei der Vergabekammer am 03.12.2007) stellte die Antragstellerin einen Feststellungsantrag gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Antragstellerin habe angebliche Unklarheiten im Leistungsverzeichnis nach dem Erhalt des Informationsschreibens gemäß § 13 VgV gerügt. Dies hätte allerdings nach Empfang der Verdingungsunterlagen und vor Abgabe ihres Angebotes erfolgen müssen. Sie habe letztendlich ein Angebot kalkulieren und vorlegen können. Es entspräche nicht den vergaberechtlichen Regeln, wenn Rügen zu Unklarheiten in den Verdingungsunterlagen nicht während der Angebotsphase erhoben werden, sondern erst im Rahmen eines Feststellungsverfahrens zur Vorbereitung von Schadenersatzansprüchen anzubringen. Dies habe zur Folge, dass derartige Rügen gemäß § 107 Abs. 3 GWB verfristet seien.

Im Übrigen belegte die Antragsgegnerin mit ihren Angeboten für die Lose 1 und 2 nach der Angebotswertung jeweils den letzten Platz. Sie hätte somit keine Chance, auch bei etwaigem Vorliegen von Vergabrechtsverstößen, den Zuschlag zu erhalten.

Im Zuge der Angebotswertung stellte die Antragsgegnerin fest, dass die Angebotspreise zwischen den ersten beiden Bietern erhebliche Unterschiede aufwiesen. Gemäß § 24 VOL/A habe sie daraufhin ein Bietergespräch über die Auskömmlichkeit der Preise durchgeführt. Dabei habe die … die Auskömmlichkeit ihrer Preise schlüssig erläutert, sodass ein Ausschlussgrund gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 nicht vorläge.

Auch sei der Feststellungsantrag unzulässig, weil dieser einen zulässigen Nachprüfungsantrag voraussetze. Er sei erst nach Erteilung des Zuschlags gestellt worden und damit seinerseits unzulässig.

II.

Der Antrag auf Feststellung einer Rechtsverletzung ist nach § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB ist nicht zulässig.

1. Zulässigkeitsvoraussetzungen

a) 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. 2 GWB. Bei der Beurteilung der Auftraggebereigenschaft ist zu berücksichtigen, dass die Krankenkassen in Anhang III der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie (RL 2004/18 EG vom 31.03.2004) für Deutschland

als „öffentliche Einrichtung“ im Sinne Artikel 1 Abs. 9 EU-Vergabekoordinierungrichtlinie und damit als öffentliche Auftraggeber benannt wurden (vgl. 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 15.11.2007 – VK 2 – 102/07). Die Krankenkassen sind juristische Personen des öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeinheitsinteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Ihnen obliegt die Sicherstellung der notwendigen Gesundheitspflege ihrer Mitglieder (§ 1 SGB V). Ihre Finanzierung ergibt sich aus den Beiträgen ihrer Versicherten, zu denen sie gesetzlich verpflichtet sind. Dem stünde gleich, wenn staatliche Stellen – in Form von Steuern o.ä. – die Geldmittel einzögen, um sie dann an Krankenkassen zu übergeben (vgl. Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Beschluss vom 31.10.2007 – VK – 31/2007 – L).
Der maßgebliche Schwellenwert von 211.000 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), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 1. September 2005 (BGBl I S. 2676), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 V v. 23.10.2006 (BGBI S. 2334), ist für dieses Vorhaben überschritten.

b) Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs: Fortsetzungsfeststellungsantrag
Der Antrag auf Feststellung einer Rechtsverletzung ist statthaft. § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB sieht ein solches Feststellungsverfahren in Fällen vor, in denen zwischen Eingang des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer und dessen Zustellung bei der Vergabestelle der Zuschlag erteilt wurde (vgl. BayObLG, 02.08.2001-Verg 8/01). Dagegen ist ein solcher Antrag nicht zulässig, wenn die Vergabestelle den Zuschlag vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erteilt hatte. Die Antragstellerin stellte bereits in ihrem Schriftsatz vom 19.11.2007 (Eingang bei der Vergabekammer am 20.11.2007) einen Nachprüfungsantrag, der allerdings nicht den Formerfordernissen nach §§ 107, 108 GWB genügte. Er enthielt insbesondere keine Sachverhaltsdarstellung. Aus dem Schreiben war weiter nicht ersichtlich, ob die Rüge vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bei der Antragsgegnerin einging. Die Vergabekammer hatte daher diesen Schriftsatz der Antragsgegnerin nicht zugestellt. Erst nachdem die Antragstellerin ihren Antrag präzisierte, wurde dieser am 28.11.2007 der Antragsgegnerin übermittelt. Die Antragsgegnerin erteilte bereits vorher wirksam am selben Tag den Zuschlag. Die Antragsgegnerin hatte dabei die Frist nach § 13 Satz 2 VgV beachtet. Der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung lag jedoch nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Damit waren die Voraussetzungen des § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB gegeben. Für diesen Antrag auf Feststellung einer Rechtsverletzung gelten im Übrigen die gleichen Zulässigkeitsvoraussetzungen wie für den ursprünglichen Nachprüfungsantrag.

c) Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie durch Teilnahme an dem von der Antragsgegnerin durchgeführten Offenen Verfahrens ein Interesse am betreffenden Auftrag hat, eine Rechtsverletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht (§ 107 Abs. 2, Satz 1 GWB) und hinreichend darlegt, dass ihr durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe (§ 107 Abs. 2, Satz 2 GWB).

d) Rügeobliegenheit

Der Antrag ist jedoch unzulässig, da die Antragstellerin die behaupteten Vergabeverstöße nicht gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gegenüber der Antragsgegnerin geltend gemacht hatte.

Aus der Vergabeakte geht hervor, dass die auf den 19.11.2007 datierten Rügeschreiben bei der Antragsgegnerin erst am 22.11.2007 per Post eingegangen waren. Das Nachpüfungsverfahren wurde jedoch bereits mit Eingang des Schreibens vom 19.11.2007 am 20.11.2007 eingeleitet. Aus dem Wortlaut der vorgenannten Vorschrift ergibt sich eindeutig, dass die Antragstellerin gehalten war, die Rügen gegenüber der Antragsgegnerin zeitlich vor Eingang des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer anzubringen. Durch die Rüge soll der Auftraggeber angehalten werden, die behaupteten Vergabeverstöße zu überprüfen und gegebenenfalls abzustellen. Hierdurch sollen unnötige Nachprüfungsverfahren vermieden werden. Diese Funktion kann die Rüge nicht erfüllen, wenn sie erst in einem bereits laufenden Nachprüfungsverfahren der Vergabestelle zugeht.

Bei dieser Sachlage kommt es nicht darauf an, ob die Antragstellerin den vermeintlichen Vergabeverstoß hinsichtlich der Unzulänglichkeiten in den Verdingungsunterlagen unverzüglich nach Kenntnis im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB rügte. Hieran bestehen erhebliche Zweifel, da davon ausgegangen werden kann, dass sie von diesen geltend gemachten Vergabeverstößen bereits bei Abfassung des Angebotes wusste. Dies lag weit vor Zugang des Rügeschreibens bei der Antragsgegnerin am 22.11.2007.

Der Antragstellerin wurde keine Akteneinsicht gewährt, da ein zulässiges Nachprüfungsverfahren nicht eröffnet war (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 22.12.1999 - 6 Verg 3/99 sowie BayObLG, Beschluss vom 28.07.2000 - Verg 5/00).

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB verzichtet, weil allein aufgrund der Aktenlage die Zurückweisung des Fortsetzungsfeststellungsantrages erfolgen

musste. Eine andere Bewertung hätte sich auch nach der mündlichen Verhandlung nicht ergeben können.

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 sie mit ihrem Antrag nicht durchgedrungen ist.
Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Als wirtschaftlicher Wert wurde die von der Antragsgegnerin angegebenen Ausgaben für die Lose 1 und 2 im Jahr 2006 in Höhe von insgesamt … € (Brutto) zugrunde gelegt.

Nach der Gebührentabelle der Vergabekammer, deren Grundlage die Formel 2.500,00 € plus 0,05 % des Auftragswertes ist, ergibt sich ein Richtwert von … €. Es 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 der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
Angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG LSA).

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr Schmidt, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06118 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.

Oanea Krasper