



# SACHSEN-ANHALT

## 2. Vergabekammer

beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

### **Beschluss**

Az.: VK 2 – LVwA LSA 32/06

In dem Nachprüfungsverfahren der

- Antragstellerin –

gegen den

- Vergabestelle –

wegen der Veräußerung des Kreiskrankenhauses ... hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 16.10.2006 durch den Vorsitzenden, Herrn Oberregierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin, Frau Wendler, und den ehrenamtlichen Beisitzer, Herrn Ebert, beschlossen:

1. Der Antrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Diese Kosten werden auf € ... festgesetzt.
3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle zu tragen. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Vergabestelle war notwendig.

## I.

Die Vergabestelle wählte für die Veräußerung des als Eigenbetrieb geführten Kreiskrankenhauses ... ein Interessenbekundungsverfahren. Sie wandte sich zu diesem Zweck mit Schreiben vom 23.05.2006 direkt an 14 Unternehmen, darunter an den Landkreis ..., und forderte diese zur Teilnahme auf. Darüber hinaus veröffentlichte sie dies am 24.05.2006 in der FAZ, am 26.05.2006 im Ausschreibungsanzeiger Sachsen-Anhalt sowie am 27.05.2006 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften.

Sie führte aus, auf diesem Wege einen wirtschaftlich starken und medizinisch fachlich qualifizierten strategischen Partner für das Kreiskrankenhaus zu suchen. Die im Interessenbekundungsverfahren und dem sich anschließenden „freihändigen Bieterverfahren“ eingehenden Angebote haben folgende Ziele zu gewährleisten:

- dauerhafte Sicherung der stationären medizinischen Versorgung am Standort Köthen
- Erhalt des Krankenhauses als Krankenhaus der Basisversorgung
- Erhalt bzw. Erweiterung des fachlichen Profils in Qualität und Menge
- Sicherung der vorhandenen und Schaffung neuer Arbeitsplätze
- Zahlung eines angemessenen Kaufpreises
- Vorlage eines verbindlichen Zukunftskonzeptes mit Darstellung der Investitionsverpflichtungen
- Minimierung der finanziellen Risiken des Landkreises Köthen und deren betragsmäßige Begrenzung.

Die Vergabestelle wies in den direkten Schreiben und den Bekanntmachungen darauf hin, dass es sich um ein Interessenbekundungsverfahren und kein Verfahren nach der VOL/A oder anderen Richtlinien handelt. Die Interessenbekundung hatte bis spätestens zum 15.06.2006, 12.00 Uhr, zu erfolgen. Darin hatten die Interessenten in nachvollziehbarer Weise darzulegen, dass sie über die notwendige medizinisch-fachliche Eignung sowie die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit verfügen, um die von der Vergabestelle vorgegebenen Ziele zu erreichen. Interessenten, welche die genannten Kriterien erfüllen, sollten ein Informationsmemorandum und weitere Informationen zum geplanten Fortgang des anschließenden Verfahrens erhalten.

Der Landkreis ... hatte am 07.06.2006 sein Interesse bekundet. Dies hatte er mit Schreiben vom 30.05.2006 bereits angekündigt. Weitere 14 Unternehmen bekundeten ebenfalls ihr Interesse.

Die Vergabestelle teilte dem Landkreis ... mit Schreiben vom 03.07.2006 mit, dass nach eingehender Prüfung der Unterlagen andere Interessenten die vorgegebenen „Eignungskriterien umfänglicher“ erfüllten. Er werde daher im weiteren Verfahren nicht mehr berücksichtigt. Dieses Schreiben ging am 05.07.2006 beim Landkreis ... ein.

Am 11.07.2006 wandte sich dieser schriftlich an die Vergabestelle. Er brachte zum Ausdruck, dass offensichtlich auch seine Interessenbekundung als geeignet angesehen werde und damit die vorgegebenen Kriterien (medizinisch-fachliche Eignung, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit) erfülle. Deshalb sei ihm unter Berücksichtigung des Ausschreibungstextes unverständlich, aus welchem Grunde er vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werde. Zu diesem Widerspruch bat er um Begründung. Er bat weiterhin um Mitteilung, ob eine und wenn ja, welche Vergabepflichtstelle anzurufen sei.

Die Vergabestelle begründete mit Schreiben vom 17.07.2006 ihre Entscheidung. Dafür sei wesentlich gewesen, dass der Landkreis ... die wirtschaftliche Eignung nicht erfülle. Dies könne nicht allein aufgrund eines aktuellen Jahresabschlusses beurteilt werden, sondern müsse über eine Analyse der Bilanz- und Ergebnissituation ermittelt werden. Diese habe ein deutlich negatives Ergebnis ergeben. Es lasse nicht erkennen, dass der Landkreis ... über eine für die Teilnahme am Verfahren erforderliche Wirtschafts- und Investitionskraft verfüge.

Mit Schreiben vom 21.07.2006 wandte sich der Landkreis ... an das Referat 304 des Landesverwaltungsamtes Sachsen-Anhalt – Kommunalen Service – und bat um Nachprüfung

des Verfahrens. Er brachte darin zum Ausdruck, dass er den eingeschlagenen Verfahrensweg für rechtswidrig halte. Es handele sich nicht nur um einen bloßen Verkauf des Krankenhauses, sondern um einen damit verbundenen Dienstleistungsauftrag. Deshalb sei hier das Vergaberecht anzuwenden. Dies habe die Vergabestelle unterlassen. Auch der Ausschluss des Landkreises ... sei nicht rechtmäßig. Er erfülle die von der Vergabestelle veröffentlichten Voraussetzungen.

Am 15.09.2006 reichte der Landkreis ... einen Nachprüfungsantrag bei der 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ein. Er macht geltend, dass er das von der Vergabestelle durchgeführte Verfahren als rechtswidrig erachte. Vergaben seien nach § 32 der GemHVO LSA nicht nur öffentlich auszuschreiben, sondern es seien auch die Vergabegrundsätze des Landes Sachsen-Anhalt anzuwenden. Mit dem Verkauf werde die Aufgabe der Gewährleistung einer bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung auf den Erwerber übertragen. Daher handele es sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB. Das Vergaberecht sei anzuwenden.

Der Landkreis ... beantragt,

die bereits erfolgte Ausschreibung aufzuheben,

hilfsweise festzustellen,

dass das von der Vergabestelle gewählte Interessenbekundungsverfahren rechtswidrig ist.

Die Vergabestelle beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Der Landkreis ... sei seiner Rügeobliegenheit nicht nachgekommen. Im Übrigen unterliege die beabsichtigte Veräußerung des Kreiskrankenhauses nicht dem Vergaberecht.

Die Vergabekammer hatte dem Landkreis ... mit Schreiben vom 29.09.2006 mitgeteilt, dass sie beabsichtige, über seinen Antrag im schriftlichen Verfahren zu entscheiden.

Sie halte nach vorläufiger Auffassung den Antrag für unzulässig, da der Landkreis ... die behaupteten Vergabeverstöße nicht gerügt habe. Er erhielt Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen.

Der Landkreis ... hat in seinem Schriftsatz vom 04.10.2006 dieser Auffassung widersprochen. Es sei unerheblich, dass er das Wort „Rüge“ nicht verwendet habe. Das Schreiben vom 11.07.2006 sei jedenfalls als Rüge zu werten. Er habe sich gegen die Vorgehensweise der Vergabestelle gewendet. Der Landkreis ... sei vorher davon ausgegangen, dass das Interessenbekundungsverfahren rechtmäßig gewesen sei. Erst nach Eingang des Schreibens der Vergabestelle vom 03.07.2006 habe das Kommunalaufsichts- und Rechtsamt des Landkreises die Angelegenheit rechtlich geprüft. Darüber hinaus wies der Landkreis ... darauf hin, dass zwischenzeitlich das bisher als Eigenbetrieb geführte Kreiskrankenhaus ... eine neue Rechtsform (gGmbH) habe. Am 14.09.2006 sei die Gesundheitszentrum ... gGmbH in das Handelsregister eingetragen worden. Eine entsprechende schriftliche Mitteilung des Amtsgerichtes ... sei erst erfolgt, nachdem der Landkreis ... die Vergabekammer angerufen habe.

Die Gesundheitszentrum ... gGmbH hatte mit Schreiben vom 09.10.2006 erklärt, dass sie als Antragstellerin in das Nachprüfungsverfahren eintrete. Sie mache sich den bisherigen Vortrag des Landkreises ... zu Eigen.

Im Übrigen wird auf die Verfahrensakte verwiesen. Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Gemäß § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), veröffentlicht im BGBl. I 1998 S. 2568 ff., 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 Erlass des MW vom 08.12.2003), ist die 2.Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Verfahrens örtlich zuständig.

Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne § 98 Nr. 1 GWB.

Bei dem o.g. Verfahren ist der maßgebliche Schwellenwert (€ 200.000) für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gemäß § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Abs. 3 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) für das Gesamtvorhaben um ein Vielfaches überschritten.

Der Landkreis ... ist seiner Pflicht zur unverzüglichen Rüge nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht nachgekommen.

Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Der Landkreis ... wäre bei der gegebenen Sachlage selbst dann verpflichtet gewesen, die behaupteten Vergabeverstöße zu rügen, wenn seine Rechtsauffassung zutreffend wäre, dass es die Vergabestelle rechtswidrig unterlassen habe, ein transparentes Vergabeverfahren durchzuführen.

Die Auslegung der vorgenannten Vorschrift ist an deren Sinn und Zweck zu orientieren.

Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 GWB enthält eine materielle Präklusionsregel mit der Folge des Ausschlusses subjektiver Rechte unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zur Vermeidung unnötiger Verfahren. Erkennt ein Unternehmer Fehler im Vergabeverfahren, muss er dem Auftraggeber Gelegenheit geben, diese Fehler von sich aus zu korrigieren, bevor er einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens stellt (vgl. Begründung zum Vierten Teil des GWB, BT-Drucksache 13/9340 zu § 107 GWB; Kommentar zum Vergaberecht: 4. Teil des GWB; Vergabeverfahren, Nachprüfungsverfahren und Schadenersatz/ bearb. von Norbert Portz § 107 GWB Rdnr. 27).

Regelmäßig besteht dieses Interesse auch, wenn der Auftraggeber kein Vergabeverfahren durchführt und der Unternehmer über diesen Umstand – wie hier - seit langem fortlaufend unterrichtet ist. Hier ist es dem Antragsteller ohne weiteres möglich und zumutbar, dies gegenüber der Vergabestelle geltend zu machen.

In diesen Fällen besteht auch ein Vertrauensverhältnis zwischen Vergabestelle und Unternehmen (im Ergebnis ebenso VK Düsseldorf, Az.: VK-12/2000-L). Hierbei ist auch zu bedenken, dass der vergaberechtliche Primärrechtsschutz durch das Erfordernis der Erfüllung der Rügeobliegenheit nur eingeschränkt gewährt wird.

Dies gilt unabhängig von der Schwere des vermeintlichen Vergabeverstößes (vgl. OLG Naumburg vom 02.03.2006, Az.: 1 Verg 1/06). Die Sachlage mag anders zu beurteilen sein, wenn der Unternehmer über die Umstände der Nichtanwendung des Vergaberechts erst kurz vor Vertragsschluss Kenntnis erlangt und die Rechtslage aus seiner Sicht unklar ist.

Die Vergabestelle unterrichtete den Landkreis ... bereits mit Schreiben vom 23.05.2006 darüber, dass lediglich „ein Interessenbekundungsverfahren und kein Vergabeverfahren nach der VOL/A“ oder anderen Richtlinien durchgeführt werde. Auch die Veröffentlichung in der FAZ vom 24.05.2006, auf die der Landkreis ... besonders hingewiesen hatte, enthielt eine ebensolche Klarstellung. Schon nach dem Wortlaut ist dieser Hinweis in beiden Dokumenten eindeutig so verstehen, dass die Vergabestelle davon abgesehen hatte, das Vergaberecht anzuwenden. Der Landkreis ... hatte spätestens bei Abfassung des Schreibens zur Interessenbekundung am 07.06.2006 in tatsächlicher Hinsicht hiervon Kenntnis.

Das Schreiben vom 11.07.2006 ist entgegen der Auffassung des Landkreises ... nicht als Rüge im o. g. Sinne anzusehen. Dieser hat in dem o.a. Schreiben die von ihm im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Vergabeverstöße nicht vorgebracht. Er hat lediglich darin um Begründung der Vorgehensweise der Vergabestelle bei der Wertung der Interessenbekundungen (Antragsteller wurde als geeignet angesehen, aber andere Unternehmen erfüllten die Eignungskriterien umfänglicher) gebeten. Im Übrigen forderte er die Angabe der Vergabeprüfstelle. Er hat darin nicht geltend gemacht, dass das von der Vergabestelle gewählte Interessenbekundungsverfahren rechtswidrig sei. Er hat auch nicht die Anwendung des Vergaberechts eingefordert.

Selbst wenn der Landkreis ... entgegen der hier vertretenen Auffassung an diesem Tage gerügt hätte, wäre diese Rüge 34 Tage nach Kenntniserlangung des behaupteten Vergabeverstößes nicht mehr als unverzüglich anzusehen. Angesichts der kurzen Fristen, die im Vergabeverfahren gelten, hat die Rüge im Regelfall innerhalb von ein bis fünf Tagen nach Kenntniserlangung zu erfolgen.

Eine Rügefrist von zwei Wochen wird dem Unternehmen nur dann zugebilligt, wenn eine verständliche Abfassung der Rüge durch eine schwierige Sach- und Rechtslage erschwert wird (Beschluss OLG Koblenz vom 25.05.2000, Az.: 1 Verg 1/00; Beschluss OLG Naumburg vom 21.08.2003, Az.: 1 Verg 12/03).

Dies kann hier offen bleiben, da der Landkreis ... auch diese Frist versäumt hatte.

Der Landkreis ... hatte spätestens am 07.06.2006, bei Abfassung des Schreibens zur Interessenbekundung, auch in rechtlicher Hinsicht von den behaupteten Vergabeverstößen Kenntnis. Es ist nicht plausibel, dass der Landkreis eine entsprechende Kenntnis erst nach Einschaltung des eigenen Kommunal- und Rechtsamtes erlangt haben soll.

Hierbei ist von Bedeutung, dass der Landkreis ... selbst öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB ist und das Vergaberecht bei Beschaffungsvorgängen anzuwenden hat. Es kann daher unterstellt werden, dass er auf dem Gebiet des Vergaberechts über entsprechende Erfahrungen und Kenntnisse verfügt. Es ist daher davon auszugehen, dass der Landkreis ... die Schreiben der Vergabestelle zutreffend einordnen konnte. Aus der Umwandlung des Kreiskrankenhauses ... vom Eigenbetrieb des Landkreises in eine juristische Person des privaten Rechts ist der Schluss zu ziehen, dass er sich selbst bereits mit den Fragen der Privatisierung befasst hat.

Unter Berücksichtigung aller Umstände stellt sich das Vorgehen des Landkreises ... als widersprüchliches Verhalten dar. Er hatte sich zunächst rügelos auf das Interessenbekundungsverfahren eingelassen. Ihm war dabei bekannt, dass die Vergabestelle dieses Verfahren nicht dem Vergaberecht unterstellt hatte. Erst nach Erhalt des Absageschreibens hatte er mit dem Nachprüfungsantrag die Anwendung des Vergaberechts eingefordert. Dies ist als treuwidrig im Sinne des § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) anzusehen.

Die Antragstellerin hat sich die Vorgehensweise des Landkreises ... zurechnen zu lassen. Sie ist anstelle des Landkreises in das Nachprüfungsverfahren eingetreten.

Ausführungen zur inhaltlichen Begründetheit des Nachprüfungsantrages erübrigen sich.

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB verzichtet, da allein aufgrund der Aktenlage die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages erfolgen musste. Eine andere Bewertung hätte sich auch nach einer mündlichen Verhandlung nicht ergeben können.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Die Antragstellerin ist vorliegend als Unterliegende anzusehen, da ihr Antrag verworfen 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 Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass hier lediglich Ausführungen zur Zulässigkeit veranlasst waren und der wirtschaftliche Wert des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens zum gegenwärtigen Stand nicht eindeutig zu ermitteln ist, ist eine Gebühr i. H. v. € ... angemessen.

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 Vergabestelle die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Vergabestelle notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG).

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr Ebert, 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 in 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 bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Oanea

Wendler