



Vergabekammer
bei der Bezirksregierung
Münster

Beschluss

Amtlicher Leitsatz

Allein der Hinweis in einem Schreiben, dass gegen eine Entscheidung der Vergabestelle „Einspruch“ eingelegt wird, genügt nicht. Vielmehr muss das Rügeschreiben inhaltliche Beanstandungen enthalten, die sich auf vermeintliche Verstöße gegen Vergabevorschriften beziehen.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrages zur Neubeschaffung eines Telekommunikationssystems

VK 36/04

der Firma xxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

gegen

die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 2005 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Bartsch

am 16. Februar 2005 entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx Euro festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin ist eine Innungskrankenkasse mit Sitz im Regierungsbezirk Münster. Sie schrieb im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 05.10.2004 in einem offenen Verfahren die Neubeschaffung eines Telekommunikationssystems für insgesamt 36 Standorte nach der VOL/A aus.

Unter Abschnitt III. Ziffer 2.1.3 forderte sie als technische Leistungsfähigkeit – geforderte Nachweise: Mindestens 3 Referenzen über ähnliche Projekte. Als Zuschlagskriterium nannte sie das wirtschaftlich günstigste Angebot aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien.

In den beigelegten „Allgemeinen Bedingungen“ forderte die Antragsgegnerin unter Ziffer 1.8: „Der Bieter muss durch ein Zertifikat nachweisen, dass in seinem Unternehmen ein Qualitätsmanagement nach DIN EN ISO 9000 angewendet wird. Des Weiteren sind im Angebot mindestens drei Referenzkunden zu benennen, bei denen ein vergleichbares Telekommunikationssystem bereits erfolgreich installiert wurde.“

Beigelegt war den Ausschreibungsunterlagen auch eine „Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit“, die von den Bietern unterschrieben dem Angebote beigelegt werden musste. Im letzten Absatz heißt es: „ Verstöße gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, u.a. Absprachen über die Abgabe oder die Nichtabgabe von Angeboten, sowie die Leistung von konkreten Planungs- und Ausschreibungshilfen, die dazu bestimmt sind, den Wettbewerb zu beeinflussen, führen dann zum Ausschluss, wenn Tatsachen auch auf unrechtmäßige oder unlautere Einflussnahme auf das Vergabeverfahren hindeuten.“

Die Antragsgegnerin erhielt 4 Angebote, von denen sie 3 Angebote in der Wertung beließ, wozu auch das Angebot der Antragstellerin gehörte. Die angebotenen Auftragswerte lagen zwischen xxxxxxxx und xxxxxxxx Euro. In ihrer Niederschrift über die Vergabe vom 22.11.2004 hielt die Antragsgegnerin fest: Diese Angebote wurden auf Vollständigkeit sowie auf rechnerische und fachliche Richtigkeit geprüft.

Mit Schreiben vom 15.12.2004 teilte die Antragsgegnerin den Bietern mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Firma xxxxxxxx zu erteilen. Der Antragstellerin teilte die Antragsgegnerin mit, dass ihr Angebot wegen des Preises nicht bezuschlagt werde.

Mit Schreiben vom 16.12.2004 teilte die Antragstellerin darauf hin der Antragsgegnerin mit:

„Wir teilen Ihnen mit, dass wir gegen diese Entscheidung bei der Bezirksregierung Münster Einspruch einlegen werden und eine rechtliche Überprüfung fordern.

Die Gründe hierfür werden der dortigen Dienststelle in Kürze in schriftlicher Form zugehen.“

Die Antragstellerin beantragte am 29.12.2004 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, das am 30.12.2004 eingeleitet wurde.

Die Antragstellerin meint, das Nachprüfungsverfahren gegen die Antragsgegnerin sei eröffnet, weil diese als Innungskrankenkasse dem 4. Teil des GWB unterliege und der erforderliche Schwellenwert überschritten werde.

Sie habe auch sofort am 16.12.2004 gerügt. Eine Kopie des Schreibens füge sie bei, die genauen Inhalte der Rüge lägen der Vergabekammer vor.

Die Antragstellerin trägt vor, der Ausschreibung läge eine technische Ausarbeitung und Kozeption zugrunde, die nicht durch die Antragsgegnerin erstellt worden sei, sondern diese würde im Wesentlichen auf der Beratung und Ausarbeitung der Firma xxxxx basieren und nicht auf der Arbeit eines neutralen und unabhängigen Ingenieurbüros.

Im Vorfeld der Angebotserstellung habe man sich die großen Standorte persönlich angesehen und festgestellt, dass erheblich mehr Nebenstellen ausgeschrieben worden seien, als an den Standorten tatsächlich vorhanden waren. Die Rückfrage bei Herrn xxxxxxx, einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin, habe ergeben, dass er diese 30% Reserve klären wolle. Die Antragstellerin fragt sich, bei wem er dies klären wollte. Am nächsten Tag hätte Herr xxxxxxx diese Frage dann per email beantwortet. Man habe den Verdacht, dass hier eine Manipulation über die ausgeschriebenen Massen des Beraters vorliege. In diesem Zusammenhang verweist die Antragstellerin auf den letzten Absatz in der „Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit“. Die Teilnahme einer Beraterfirma sei unter diesem Gesichtspunkt nicht statthaft.

Weiterhin solle der Firma xxxxx der Zuschlag unter der Prämisse des wirtschaftlichen Angebotes erteilt werden. Die Antragstellerin weist darauf hin, dass sie einen Projektnachlass in Form einer Wartungsfreiheit von 40 Monaten gewährt habe, was wirtschaftlich zu werten sei. Sie möchte wissen, ob und in welcher Form die Antragsgegnerin dies bei der Wertung berücksichtigt habe.

Die Antragstellerin meint, der Ausschluss ihres Angebotes wegen der fehlenden Referenzen sei nicht gerechtfertigt, weil man mit der Antragsgegnerin schon vor dieser Ausschreibung geschäftlichen Kontakt gehabt habe. Infolgedessen seien ihr die Ausschreibungsunterlagen von der Antragsgegnerin zugesandt worden. Vor diesem Hintergrund sei die Berufung auf die veröffentlichten Vergabebedingungen nicht gerechtfertigt. Man habe vielmehr davon ausgehen dürfen, dass es sich dabei um alle Informationen und Bedingungen handelte und es darüber hinaus keine Forderungen nach Zertifizierungen und Referenzen gebe, zumal die Antragsgegnerin ausdrücklich ihre Teilnahme an der Ausschreibung gewünscht habe.

Nach Abgabe des Angebotes habe Herr xxxxxxx in einem Telefonat am 29.11.2004 bestätigt, dass das Angebot gewertet werden sollte. Das ergebe sich auch aus dem Informationsschreiben vom 15.12.2004, wo nicht etwa die fehlenden Unterlagen, sondern der Preis der Grund für die Absage gewesen sei.

Sollten sich die vorstehenden Vorwürfe bestätigen, fordert die Antragstellerin

den Ausschluss des Bieters xxxxx von der Vergabe und die Aberkennung des Zuschlags.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Die Anträge der Antragstellerin werden zurückgewiesen.

2. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Antragsgegnerin meint, der Nachprüfungsantrag sei schon unzulässig, weil sie als gesetzliche Innungskrankenkasse keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB sei. Sie beruft sich dazu auf eine Entscheidung des BayObLG, Beschluss vom 24.05.2004, Verg 6/04, woraus sich u.a. ergäbe, dass eine Einflussnahme durch staatliche Stellen fehle, weil es nach § 87 Abs. 1 SGB nur eine Rechtsaufsicht, aber keine Fachaufsicht gebe. Dies sei für § 98 Nr. 2 GWB nicht ausreichend.

Das Nachprüfungsverfahren sei auch nicht etwa deshalb statthaft, weil tatsächlich eine Ausschreibung durchgeführt worden sei. Die Antragsgegnerin sei keine öffentliche Auftraggeberin und eine etwaige Selbstbindung durch die Ausschreibung würde jedenfalls nicht eintreten, wenn eine vom Gesetzgeber im GWB nicht vorgesehene Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens erfolgen solle.

Die Antragstellerin habe zudem nicht ordnungsgemäß gerügt, weil sie inhaltlich die im Nachprüfungsverfahren vorgetragenen Beanstandungen vor der Einleitung des Verfahrens gegenüber der Antragsgegnerin nicht gerügt habe.

Der Nachprüfungsantrag sei auch nicht begründet, weil die Antragstellerin die in der Vergabebekanntmachung unter Ziffer III. 2.1.3 geforderten drei Referenzen über ähnliche Projekte mit ihrem Angebot nicht vorgelegt habe und auch die Zertifizierung nach DIN EN ISO 9000 fehle. Das Fehlen dieser Unterlagen würde zum Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin zwingen. Eine Verletzung von Vergaberecht läge nicht vor. Die behaupteten Verstöße lägen nicht vor und seien im Übrigen auch unsubstantiiert. Die Antragsgegnerin habe das Angebot der Antragstellerin folglich zu recht von der Wertung nach § 25 Nr. 3 VOL/A ausgeschlossen.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer bis zum 25.02.2005 verlängert. Am 11.02.2005 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer Münster ist für die Entscheidung zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB in Verbindung mit Anlage 3 zu § 18 Landesorganisationsgesetz NRW) und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW).

Der geschätzte Auftragswert für die ausgeschriebenen Leistungen übersteigt den nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 3 und § 3 VgV maßgeblichen Schwellenwert.

Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen, weil der Nachprüfungsantrag nicht zulässig ist.

a) Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist antragsbefugt jedes Unternehmen, 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 Antragsbefugnis beurteilt sich ausschließlich nach dem Vorbringen des Antragstellers; außerhalb des zur Überprüfung gestellten Gegenstandes liegende Gründe bleiben dabei unberücksichtigt. Haftet dem Angebot des Antragstellers wegen unvollständiger Angaben ein zwingender Ausschlussgrund an, scheidet eine Verletzung seiner Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB auch dann aus, wenn die zugunsten eines anderen Bieters getroffene Zuschlagsentscheidung vergaberechtsfehlerhaft gewesen ist. Derjenige, der selbst mit Abgabe eines unvollständigen Angebots ein zwingendes Erfordernis für die Teilnahme an einem ordnungsgemäßen und fairen Vergabeverfahren nicht eingehalten hat, besitzt, da er in keinem Fall den Zuschlag erhalten kann, im weiteren Verfahren keine schützenswerten Interessen mehr. Auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergibt sich nichts anderes; selbst wenn das bevorzugte Angebot des anderen Bieters mit demselben Ausschlussgrund behaftet ist und deswegen auszuschließen gewesen wäre, wird dadurch nicht die Rechtsposition des Antragstellers, sondern lediglich die der nachfolgenden Bieter mit ihren gewerteten Angeboten berührt (OLG Koblenz, Beschluss vom 20.10.2004, 1 Verg 4/04).

Grundsätzlich ist es unerheblich, ob Mitbieter ihrerseits zuschlagsfähige Angebote abgegeben haben. Eine Ausnahme besteht lediglich dann, wenn Angebote an demselben Mangel wie das Angebot der Antragstellerin leiden, da der Auftraggeber diese Angebote vergaberechtlich gleich zu behandeln hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.10.2004, VII-Verg 73/04 und Beschluss vom 15.12.2004, VII-Verg 47/04).

Nach Ziffer 1.8 der allgemeinen Bewerbungsbedingungen, die den Bietern übersandt wurden, hat die Antragsgegnerin die Vorlage von Referenzen und die Zertifizierung nach DIN EN ISO 9000 gefordert. Ausweislich des Angebotes der Antragstellerin lagen diese Nachweise ihrem Angebot nicht bei.

Die Antragstellerin hat die Vergabebekanntmachung nicht gelesen, weil sie auf die Ausschreibung durch die Antragsgegnerin aufmerksam gemacht wurde und von dieser die Unterlagen übersandt hielt. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin –im Gegensatz zur Antragsgegnerin- behauptet, die „Allgemeinen Bedingungen“ mit den Ausschreibungsunterlagen nicht erhalten zu haben. Aus den Vergabeakten der Antragsgegnerin lässt sich nicht sicher entnehmen, dass diese „Allgemeinen Bedingungen“ an die einzelnen Bieter tatsächlich übersandt wurden. Auch im Anschreiben an die Bieter findet sich kein Hinweis auf diese Allgemeinen Bedingungen.

In den vier Angeboten, die die Antragsgegnerin erhielt, befinden sich diese Allgemeinen Bedingungen ebenfalls nicht. Es spricht einiges dafür, dass diese Allgemeinen Bedingungen den Bietern nicht bekannt waren.

Lediglich das Angebot der xxxxxxxx enthielt die 3 geforderten Referenzen (auf der dem Angebot beiliegenden CD-ROM) und die geforderte Zertifizierung. Dabei handelte es sich um die Zertifizierung nach der DIN EN ISO 9001, eine Zertifizierung im Bereich des Qualitätsmanagements, wozu auch die DIN EN ISO 9000 zählt.

Die Vergabekammer lässt die abschließende Entscheidung über die Antragsbefugnis und die Klärung der Streitfragen hier dahingestellt, weil jedenfalls keine ordnungsgemäße Rüge vorliegt.

b) Die Antragstellerin hat nicht ordnungsgemäß im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB gerügt, so dass damit das Nachprüfungsverfahren unzulässig ist.

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

Eine Rüge muss zwar keine Begründung, insbesondere keine detaillierte rechtliche Würdigung enthalten. Auch der Begriff Rüge muss nicht verwendet werden. Zum Ausdruck kommen muss aber, welchen Sachverhalt das Unternehmen für vergaberechtswidrig hält und dass es dem Auftraggeber vor Anrufung der Vergabekammer die Möglichkeit einer Selbstkorrektur geben möchte. Die Formulierung der Rüge als Hinweis gegenüber der Vergabestelle ist möglich, jedoch muss nach dem objektiven Empfängerhorizont zumindest durch Auslegung eindeutig erkennbar sein, dass nicht nur eine Anregung zur Optimierung eines Vergabeverfahrens gegeben werden soll, sondern ein Rechtsfehler geltend gemacht wird (OLG Frankfurt, Beschluss vom 24.06.2004, 11 Verg 15/04).

Das Schreiben der Antragstellerin vom 16.12.2004, das an die Antragsgegnerin gerichtet war, entspricht diesen Voraussetzungen nicht. Allein der Hinweis, dass gegen die Entscheidung der Antragsgegnerin Einspruch eingelegt werde, enthält keine inhaltlichen Beanstandungen, die sich auf vermeintliche Verstöße gegen Vergabevorschriften beziehen. Die Antragstellerin hätte hier die von ihr im Nachprüfungsantrag aufgenommenen Beanstandungen bereits in ihrer Rüge gegenüber der Vergabestelle nennen müssen. Das hat sie nicht getan.

In der mündlichen Verhandlung ist auch geklärt worden, dass es keine weiteren Rügeschreiben gibt, die ggf. diese Anforderungen erfüllen. Auch die Antragsschrift ist nicht in Durchschrift an die Vergabestelle gesandt worden.

Es ist auch nicht ausreichend, die Gründe für die Rüge der Vergabekammer bei der Bezirksregierung mitzuteilen, wie die Antragstellerin möglicherweise meint. Die Rüge ist vielmehr eine Zugangsvoraussetzung für das Nachprüfungsverfahren und als solche mit einer Prozeßvoraussetzung vergleichbar. Sie muss damit auch tatsächlich gegenüber dem Prozeßgegner, also hier der Antragsgegnerin, erklärt werden.

Da die Antragstellerin nicht ordnungsgemäß gerügt hat, ist der Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückzuweisen. Eine Überprüfung, der von ihr geltend gemachten Vergabeverstöße, darf somit nicht mehr erfolgen, weil es in einem Nachprüfungsverfahren gemäß § 97 Abs. 7 GWB um die Überprüfung von subjektiven Rechten der Bieter geht, nicht hingegen um eine allgemeine Rechtskontrolle über die Vergabestellen.

III.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung. Der Kostenrahmen ergibt sich aus § 128 Abs. 2 GWB. Die Vergabekammern des Bundes haben in Zusammenarbeit mit den Vergabekammern der Län-

der eine Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt.

Ausgehend von dem Bruttoangebotspreis aus dem Angebot der Antragstellerin beträgt die Gebühr xxxx Euro. Die Antragstellerin hat als unterliegende Partei diese Gebühr zu tragen.

IV.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Vergaberecht und dem Verfahrensrecht streitentscheidend waren.

Als unterliegende Partei hat die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.

V.

Für die Berechnung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten wird die Vergabekammer den § 50 Abs. 2 GKG entsprechend zugrunde legen, soweit ein Antrag auf Festsetzung der Aufwendungen gestellt wird. Danach können als Gegenstandswert 5 % der Bruttoauftragssumme festgesetzt werden.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Stolz

Bartsch