



Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg

Beschluss

Az.: VK 18 / 09

Einstellungsbeschluss nach Einigung

Arnsberg, den 13. August 2009

In dem Nachprüfungsverfahren

pp.

wegen

Nichtberücksichtigung des Angebots im Vergabeverfahren "Xxx, Gewerk Putzarbeiten", EU-weit ausgeschrieben im Frühjahr 2009

hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg durch die Vorsitzende Frau RD'in Hugentroth, das hauptamtliche Mitglied Herrn Dipl.-Ing. Wiegard und das ehrenamtliche Mitglied Herrn RA Sträter, Kronenburgallee 5, 44139 Dortmund, aufgrund der Aktenlage und der Erklärung der Antragsgegnerin vom 5.8.2009 unter Zustimmung der Beteiligten am 13.08.2009 entschieden:

1. Das Verfahren wird eingestellt unter der Maßgabe, dass die Antragsgegnerin bis zum die Mitteilung nach 13 VgV zurückzuziehen und die korrigierten Verdingungsunterlagen bis zum 21.8.2009 versendet.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten der Antragstellerin. Die Antragsgegnerin ist von der Gebührentragungspflicht gemäß §8 GebNW befreit. Eine Gebührenfestsetzung ist daher entbehrlich.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.

I.

Sachverhalt:

Die Antragstellerin hat fristgemäß zum 30.04.2009 ein Angebot für die ausgeschriebenen Putzarbeiten an der o. g. Schule vorgelegt. Nach dem Submissionsergebnis lag die Antragstellerin mit ihrem Angebot an erster Stelle, gefolgt von einer weiteren Bieterin, die aus dem Verfahren ausgeschieden ist sowie der Beigeladenen. Im Leistungsverzeichnis wurde unter Ziffer 02.1.140 Unterputzlaibungen folgendes ausgeschrieben: "Zur fachgerechten Ausführung des Putzes ist sicher zu stellen, dass das Armierungsgewebe voll eingebettet wird sich im oberen Drittel der Putzschicht befindet. Dicke im Mittel 10 mm, Ausputzmörtel PJ Laibungstiefe ca. 26 mm." Eine entsprechende Angabe der Laibungstiefe findet sich auch unter der Nr. 2.1.160.

Unter der Ordnungsziffer 3.1.150 Innenwandputz P2 Treppenhäuser Höhe bis 17 m war eine Einbauhöhe von 3,80 m angegeben. Die Antragstellerin hat auf der Basis der angegebenen Größenordnungen ihr Angebot kalkuliert und wurde von der Antragsgegnerin bzw. dem von ihr beauftragten Architekturbüro zu einem Aufklärungsgespräch am 15.06.2009. gebeten. Anhand des Leistungsverzeichnisses wurden einzelne Positionen u. a. die oben Genannten wegen des niedrigen Angebotspreises herausgesucht und detailliert besprochen, wie im Ergebnisprotokoll des Aufklärungsgesprächs festgehalten.

Die Antragstellerin hat erklärt, dass die in allen Positionen beschriebenen Leistungen auskömmlich kalkuliert seien. Es wurde einvernehmlich von allen Seiten bestätigt, dass der Auftrag zur Ausführung der Putzarbeiten auf der Grundlage des Leistungsverzeichnisses erteilt werde und mithin die dort angegebenen Höhen

Grundlage der Berechnungen seien. Mit Schreiben vom 08.07.2009 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin jedoch ausgeschlossen mit dem Hinweis auf § 8 Nr. 5 Buchstabe e) VOB/A. Mit Schreiben vom 10. Juli 2009 hat die Antragsgegnerin sich gegen den Ausschluss gewandt und diesen ausdrücklich gerügt. Von ihrer Seite seien keine unzutreffenden Erklärungen bezogen auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit erfolgt. Es sei nicht nachvollziehbar, inwieweit sie einen unangemessen niedrigen Preis abgegeben haben solle.

Mit Schreiben vom 16. Juli 2009 hat die Antragsgegnerin sodann mitgeteilt, dass der Ausschluss auf der Unangemessenheit des Preises beruhe, der in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung stünde. Nach dem erstellten Preisspiegel ergäbe sich, dass die Antragstellerin xx % unter dem zweitgünstigsten Bieter läge und auch in der Quersumme der übrigen Angebote beim rechnerischen Mittelpreis eine Differenz von xx % aufweise. Es wird auf die Kalkulation der oben genannten Positionen 02.1.150 und 160 verwiesen. Im Erörterungsgespräch seien die Bedenken der Stadt nicht glaubhaft ausgeräumt worden. Im Übrigen habe die Überprüfung der neuen Referenzobjekte einen erheblichen Anteil negativer Bewertungen enthalten. Die Antragstellerin hat sich daraufhin mit Schreiben vom 17. Juli 2009, eingegangen am 20. Juli 2009, zunächst mit einem Beschwerdeschreiben an die Bezirksregierung gewandt und mit Schriftsatz vom 20.07.2009 diesen in einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer umgewandelt, den die Kammer mit Schreiben vom 21.7.2009 zugestellt hat.

Die Vergabekammer hat mit Schreiben vom 4.8.2009 und Beschluss vom 4.8.2009 beigeladen und Akteneinsicht angekündigt. Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 5.8.2009 angekündigt, die Informationsschreiben nach §13 VgV zurücknehmen zu wollen und das Verfahren in den Stand nach Bekanntmachung zu versetzen.

Die Kammer hat daraufhin mit Schreiben vom 6.8.2009 die Beteiligten um Zustimmung zur Entscheidung nach Aktenlage gebeten.

Im übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

II. Gründe

Mit der Rückversetzung des Versetzung des Verfahrens in den Stand vor Versendung der geänderten Unterlagen ist die Antragsgegnerin dem im Nachprüfungsverfahren erreichbaren Anliegen der Antragstellerin vollständig

nachgekommen. Das Verfahren hat sich damit in der Sache erledigt. Der darüber hinaus gehende Antrag auf Zuschlag an die Antragstellerin ist regelmäßig in Vergabeverfahren zurückzuweisen, weil die letzte Entscheidung über den Vertragsschluss im Ermessen der Vergabestelle steht und daher nur im Falle einer Ermessensreduzierung auf Null durch die Kammer angeordnet werden kann. Dieser Fall liegt nicht vor. Die Antragsgegnerin hat sich entschieden, die entstandenen Fehler auf anderem, vergaberechtlich zulässigem Wege zu korrigieren.

Aufgrund der Erledigung ist das Nachprüfungsverfahren gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB beendet. Es ist daher nur noch über die Kosten dem Grunde und der Höhe nach zu entscheiden. Die Kostengrundentscheidung richtet sich nach § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 GWB.

1. Kosten des Nachprüfungsverfahrens

Gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. hat ein Beteiligter die Kosten (Gebühren und Auslagen) der Vergabekammer zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Im vorliegenden Fall hat sich das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer erledigt, weil die Antragsgegnerin durch eine Abhilfeentscheidung dem Begehren der Antragstellerin vollumfänglich nachgekommen ist und sie somit klaglos gestellt hat. Die Antragsgegnerin hat sich dadurch in die Position des Unterlegenen begeben. Damit liegen die Voraussetzungen des § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB vor, so dass die Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen hat.

Die Entscheidung des BGH vom 9. Dezember 2003, X ZB 14/03 steht dieser Auffassung nicht entgegen. In diesem Verfahren hatte der BGH entschieden, dass bei einer Erledigung ohne Sachentscheidung die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vom Antragsteller zu tragen sind, da dieser das Nachprüfungsverfahren in Gang gesetzt hat. Der Entscheidung des BGH lag jedoch ein anderer Sachverhalt als im vorliegenden zu entscheidenden Fall zu Grunde. Im vom BGH zu entscheidenden Fall war eine Erledigung eingetreten, ohne dass sich eine Partei im Nachprüfungsverfahren materiell in die Position der unterliegenden Partei begeben hatte. Im vorliegenden Fall steht jedoch auch ohne Sachentscheidung der Kammer aufgrund der Abhilfeentscheidung der Antragsgegnerin fest, dass die Antragsgegnerin als unterlegene Partei anzusehen ist. Eine Sachentscheidung war

somit überflüssig. Würde man dies anders entscheiden, hätte es die Antragsgegnerin in der Hand, ihrer Kostentragungspflicht zu entgehen, indem sie mit einer Abhilfeentscheidung einem entsprechenden Beschluss der Vergabekammer zuvorkommt (vgl. auch BVerwGE 101, 64ff. zu § 80 VwVfG).

Darüber hinaus würde man den Antragsteller zu einem Feststellungsantrag nötigen, um eine für ihn positive Kostenentscheidung zu erreichen, was dem Eilverfahren abträglich wäre und der auch auf rechtliche Bedenken stößt, wenn mit dem Feststellungsantrag allein deshalb eine Entscheidung in der Sache angestrebt wird, damit die Vergabekammer eine – für den Antragsteller günstige – Kostenentscheidung trifft. Der Umstand, dass es bei Erledigung des Nachprüfungsverfahrens vor einer Sachentscheidung der Vergabekammer für die Kostenentscheidung auf die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags nicht ankommt (BGH, Beschluss v. 9. Dezember 2003, X ZB 14/03), kann kein eigenes Feststellungsinteresse begründen (2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss v. 24. Mai 2004, VK 2 – 22/04). Nachprüfungsverfahren dienen dem Primärrechtsschutz und der Verhinderung eines dem Bieter infolge rechtswidriger Vergabe entstehenden Schadens (OLG Frankfurt a.M., a.a.O.).

Sinn und Zweck des der Erledigung nachfolgenden Sekundärrechtsschutzes in Form des Fortsetzungsfeststellungsantrags gem. § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB ist es, bereits im Verfahren gewonnene Erkenntnisse zu erhalten und eine der Prozessökonomie widersprechende erneute Prüfung der Rechtsverletzung zu vermeiden (BayObLG, Beschluss v. 2.8.2001, Verg 8/01). Im vorliegenden Fall ist die Vergabestelle durch eine abhelfende Entscheidung den Interessen des Antragstellers aber in vollem Umfang nachgekommen. Eine Rechtsverletzung liegt nicht mehr vor.

Die Kosten des Vergabenachprüfungsverfahrens als solche stellen nach der (gegenwärtigen) Kostenregelung des § 128 GWB keinen eigenen Schaden dar, denn für die Kostenentscheidung kommt es nach der Rechtsprechung des BGH auf die Erfolgsaussichten des Verfahrens und ein etwaiges Verschulden der Vergabestelle nicht an. Eine Wiederholungsgefahr besteht nicht. Insofern ist kein Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin für die Fortsetzung des Nachprüfungsverfahrens im Rahmen eines Feststellungsverfahrens gegeben. Im Kern wird diese Rechtsauffassung für die alte Rechtslage auch vom OLG Düsseldorf getragen, das eine Billigkeitsentscheidung für zulässig hält (OLG Düsseldorf vom 13.8.2007 VII Verg 16/07 VergabeR 6/2007 S. 761 ff).

2. Zur Rechtsverfolgung notwendige Kosten.

Die Antragsgegnerin trägt als Unterlegene zudem gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragstellerin.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig, da ein Nachprüfungsverfahren im Rahmen des Vergaberechts Rechtsfragen betrifft, auf die die Antragstellerin nicht regelmäßig vorbereitet sein muss.

3. Kosten der Beigeladenen

Die Beigeladene hat sich mit der Entscheidung nach Aktenlage einverstanden erklärt in Kenntnis der Rückversetzungsabsicht der Antragsgegnerin und der daraus resultierenden Einstellung des Verfahrens.

Über den Ersatz der Rechtsverfolgungskosten der Beigeladenen ist nach einer Billigkeitsprüfung nach §162 Abs.3 VwGO analog im Einzelfall zu entscheiden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.5.2006 (Verg 79/04); BGH v.9.2.2004, Az.: X ZB 44//03). Dabei ist das allgemein für einen Antragsteller im Nachprüfungsverfahren bestehende hohe Kostenrisiko und die damit verbundene Schwelle zur Erlangung von Rechtsschutz zu berücksichtigen sowie der Inhalt seines Vorbringens. Richtet sich das Vorbringen des Antragstellers direkt gegen die Beigeladene, etwa gegen deren Eignung oder die Bewertung der von diesem angebotenen Leistung, hat der Antragsteller im Unterliegensfall im Allgemeinen nach Billigkeit auch die Kosten der Beigeladenen zu übernehmen (OLG Düsseldorf a.a.O.), sofern diese sich am Verfahren beteiligt hat etwa durch die Stellung von Anträgen.

Dies hat die Beigeladene nicht getan. Sie ist damit kostenrechtlich weder positiv noch negativ zu beteiligen und trägt auf der anderen Seite ihre Kosten selbst.

III.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist gem. § 116 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig. Sie kann binnen einer Notfrist von 2 Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt (§ 117 Abs. 1 GWB), schriftlich beim Beschwerdegericht eingelegt werden. Beschwerdegericht für die Vergabekammer ist das Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Sie muss durch einen zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt 2 Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.