OLG München, Beschluss v. 18.01.2021 – Verg 5/20

Titel:

Vergabenachprüfung: Anforderung an die Rüge von Konkurrenzangeboten

Normenkette:

GWB § 160 Abs. 3 § 182 Abs. 3, Abs. 4

Leitsätze:

1. Die Rüge eines Bieters ist nicht bereits deshalb unzulässig, weil der Bieter den Mangel im Angebot eines konkurrierenden Mitbieters nicht genau bezeichnen kann. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass der Bieter hinreichenden Anlass für Zweifel an der Wertbarkeit des Angebotes des Konkurrenten hat und dies entsprechend darlegt. (Rn. 16) (redaktioneller Leitsatz)

2. Der das Nachprüfungsverfahren betreibende Bieter kann das Verfahren auch auf einen weiteren, erst während des Nachprüfungsverfahrens bekannt gewordenen Mangel des Angebots des Mitbieters ausweiten. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Kosten, Wartungsarbeiten, Ausschluss, Rüge, Nachprüfungsverfahren, Angebot, Mangel, Mitbieter, Erweiterung

Vorinstanz:

Vergabekammer München, Beschluss vom 09.06.2020 – 3194.Z3-3_01-20-18

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 9. Juni 2020, Az. 3194.Z3-3_01-20-18 wird zurückgewiesen.

2. Der Antragsgegner hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.

3. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 4.046,60 € festgesetzt.

Gründe

I.

1
Der Antragsgegner hat im Januar 2020 europaweit im Wege des offenen Verfahrens die Vergabe eines Auftrags über die Erstellung von Außen- und Innentüranlagen mit unterschiedlichen Anforderungen hinsichtlich des Brandschutzes sowie deren Instandhaltung (Gewerk Stahlblechtüren) für den Neubau des Strafjustizzentrums in M. ausgeschrieben. Bestandteil des Instandhaltungsvertrags sollten Arbeitskarten sein, die den Leistungsumfang beschreiben. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Der Ablauf der Angebotsfrist war auf den 1. April 2020 bestimmt; die Angebote sollten eine Bindefrist bis 31. Mai 2020 enthalten.

2
In der Niederschrift über die Öffnung der Angebote war für das Angebot der erstplatzierten S. GmbH (im Folgenden: Mitbieterin) kein Angebotspreis für die Instandhaltung eingetragen. Die laut Niederschrift an zweiter Rangstelle liegende Antragstellerin rügte deshalb bereits am Tag der Angebotsöffnung, dass die Mitbieterin kein Angebot für die Instandhaltung eingereicht habe und deren Angebot deshalb auszuschließen sei. Mit E-Mail vom 14. April 2020 teilte der Antragsgegner mit, dass die Mitbieterin zwar in das entsprechende Formblatt keine Wartungssumme eingetragen habe, deren Angebot jedoch ein ausgefüllter Wartungsvertrag mit Angabe der Bruttovergütung beigelegen habe; das Angebot bleibe in der Wertung.

3

Daraufhin hat die Antragstellerin am 28. April 2020 einen Nachprüfungsantrag gestellt, in dem sie beantragt hat, festzustellen, dass sie durch die vorrangige Berücksichtigung des Angebots der Mitbieterin in ihren Rechten verletzt sei. Weiterhin begehrte sie, dem Antragsgegner aufzugeben, das Angebot der Mitbieterin auszuschließen, hilfsweise deren Angebot nicht vor dem von ihr abgegebenen zu berücksichtigen. Die Antragstellerin machte geltend, dass die beabsichtigte Wertung eines auszuschließenden Mitbieters sie in ihren Rechten verletze. Damit drohe ihr ein Schaden. Die Antragstellerin bezweifelte und bestritt mit Nichtwissen, dass die Mitbieterin - wie in der Ausschreibung verlangt - ein Instandhaltungsangebot abgegeben habe. Ihre Zweifel, die auf dem Fehlen einer entsprechenden Eintragung in der Niederschrift beruhten, seien durch das Schreiben des Antragsgegners nicht ausgeräumt worden, weil zwischen der Rüge am 1. April 2020 und der Mitteilung des Antragsgegners vom 14. April 2020 genügend Zeit für die (unzulässige) Nachforderung eines Wartungsangebots bestanden habe.

4
Der Antragsgegner hat mit Schriftsatz vom 7. Mai 2020 beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Entgegen der Vermutung der Antragstellerin habe die Mitbieterin mit ihrem Angebot einen Wartungs- und Instandsetzungsvertrag vorgelegt; es sei keine Nachforderung erfolgt.

5
Nachdem ihr von der Vergabekammer Akteneinsicht gewährt worden war, hat die Antragstellerin mit - auch an den Antragsgegner unmittelbar gerichteten - Schriftsatz vom 25. Mai 2020 nachgefragt, ob das ihr überlassene Exemplar des Wartungsvertrags der Mitbieterin vollständig sei; sie bitte um Prüfung, ob die zwingend beizufügenden Anhänge ebenfalls mit dem Angebot vorgelegt worden seien. Auf diesen Schriftsatz und eine Anfrage der Vergabekammer hat der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 28. Mai 2020 mitgeteilt, dass dem Angebot der Mitbieterin die in deren Wartungsvertrag erwähnte Aufstellung der zu wartenden Anlagen nicht beigelegen sei und nicht nachgefordert worden sei; die Angebotswertung sei nunmehr abgeschlossen und die Informationsschreiben gemäß § 134 GWB würden in Kürze versandt.

6
Mit Schreiben vom 8. Juni 2020 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin gemäß § 134 GWB, dass ihr Angebot den Zuschlag erhalten solle und das Angebot der Mitbieterin ausgeschlossen worden sei. Die Antragstellerin hat daraufhin am 9. Juni 2020 erklärt, dass sich der Nachprüfungsantrag in der Hauptsache erledigt habe, und um Kostentragung entsprechend dem Nachprüfungsantrag gebeten.

7
Mit Beschluss vom 9. Juni 2020 hat die Vergabekammer das Nachprüfungsverfahren eingestellt (Ziffer 1.) und die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin dem Antragsgegner auferlegt (Ziffer 2.). Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass sich das Nachprüfungsverfahren durch die Erklärung des Antragsgegners, dass er das Verfahren zurückversetzt habe, die Antragstellerin nun den Zuschlag erhalten solle und der Bieter mit dem preislich niedrigsten Angebot ausgeschlossen worden sei, erledigt habe. Die Kostenlast treffe nach § 182 Abs. 3 Sätze 4 und 5 GWB aus Gründen der Billigkeit den Antragsgegner, weil er durch die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens dem Nachprüfungsantrag die Grundlage entzogen habe.

8
Der Antragsgegner wendet sich mit seiner sofortigen Beschwerde vom 26. Juni 2020, eingegangen am selben Tag, gegen Ziffer 2. des ihm am 12. Juni 2020 zugestellten Beschlusses der Vergabekammer. Weder habe er der Rüge der Antragstellerin abgeholfen noch habe er das Vergabeverfahren zurückversetzt; die Vergabekammer sei hier von einem falschen Sachverhalt ausgegangen. Der mit dem Nachprüfungsantrag behauptete Vergabeverstoß habe nicht vorgelegen; deshalb sei nicht ersichtlich, weshalb er aus Billigkeitsgründen die Kosten tragen solle. Zu berücksichtigen sei schließlich, dass die Rüge der Antragstellerin vom 1. April 2020 verfrüht und deshalb unzulässig gewesen sei.

9
Der Antragsgegner beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer ausschließlich im Hinblick auf die Regelung unter Ziffer 2. aufzuheben, wonach er die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin tragen müsse;

2. die Hinzuziehung seiner Verfahrens- und Prozessbevollmächtigten im Vergabeverfahren vor der Vergabekammer und im sofortigen Beschwerdeverfahren vor dem Vergabesenat für notwendig zu erklären und

3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie des Verfahrens vor dem Vergabesenat einschließlich seiner Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nebst notwendiger Auslagen aufzuerlegen.

10
Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde des Antragsgegners zurückzuweisen.

11
Sie ist der Auffassung, dem Antragsgegner sei die Kostenlast gemessen an den Erfolgsaussichten ihres Nachprüfungsantrags zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses aufzuerlegen gewesen, da der Antrag erfolgreich gewesen wäre, wenn der Antragsgegner das Angebot der Mitbieterin nicht ausgeschlossen hätte.

II.

12
Die zulässige sofortige Beschwerde ist unbegründet. Dass die Vergabekammer die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin dem Antragsgegner auferlegt hat, erweist sich im Ergebnis als zutreffend.

13
1. Das Nachprüfungsverfahren hat sich dadurch erledigt, dass der Antragsgegner seinen bisherigen Rechtsstandpunkt zur Frage des Ausschlusses des Angebots der Mitbieterin aufgegeben und der Antragstellerin die Zuschlagserteilung auf ihr Angebot angekündigt hat. Das Rechtsschutzziel der Antragstellerin ist damit anderweitig erreicht. Zu Recht hat die Antragstellerin vor diesem Hintergrund ihren Nachprüfungsantrag für erledigt erklärt. Nachdem der Antragsgegner hierzu keine weitere Erklärung abgegeben hat, hat die Vergabekammer über die Tragung der Verfahrenskosten nach § 182 Abs. 3 Satz 5 GWB nach billigem Ermessen zu entscheiden. Gleiches gilt für die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beteiligten, § 182 Abs. 4 Satz 3 GWB.

14
2. Es entspricht der Billigkeit, dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

15
Dem Standpunkt des Antragsgegners, die Rüge sei verfrüht und deshalb unzulässig gewesen, kann der Senat nicht nähertreten. Ebenso wenig kann erkannt werden, dass die Antragstellerseite ohne Notwendigkeit einen Nachprüfungsantrag gestellt hätte oder dass Veranlassung für eine Kostenquotelung bestünde.

16
a) Vorliegend ergab sich durch das Submissionsprotokoll für die Antragstellerin der nachvollziehbare Verdacht, dass das Angebot der Mitbieterin in Bezug auf einen Teil der zu erbringenden Leistung (Wartungs- und Instandhaltungsvereinbarung) unvollständig sein könnte. Dies hat sie - wie dies vor dem Hintergrund der Präklusionsvorschriften auch tunlich ist - zulässigerweise zum Gegenstand eines Rügeschreibens und eines Nachprüfungsantrags gemacht. Dass ein Bieter nicht jeden Mangel - zumal im Angebot der Konkurrenz - genau bezeichnen kann, liegt in der Natur der Sache. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass ein Antragsteller hinreichenden Anlass für Zweifel an der Wertbarkeit des Angebotes des Konkurrenten hat und dies entsprechend darlegt. Letztlich war der Grund für den Ausschluss des Angebots der Mitbietern zwar nicht exakt die von der Antragstellerin gerügte fehlende Preisangabe. Dennoch betraf der im Laufe des Nachprüfungsverfahrens - letztlich durch die Prüfung und Nachfrage der Vergabekammer - aufgedeckte Mangel im Angebot der Mitbieterin gerade den Aspekt der Unvollständigkeit der Angaben im Zusammenhang mit dem Wartungsund Instandhaltungsvertrag. Demgegenüber hat der

Antragsgegner (letztlich zu Unrecht) sowohl bei der Zurückweisung der Rüge als auch im Nachprüfungsverfahren den Standpunkt eingenommen, das Angebot der Mitbieterin enthalte die notwendigen Angaben zur Wartung und Instandhaltung und sei nicht auszuschließen.

17
Wie die Kostenentscheidung ausfallen würde, wenn die Vergabekammer ohne jeden Zusammenhang mit einer Rüge von Amts wegen gänzlich neue Aspekte problematisiert, auf die die Vergabestelle reagiert, kann dahinstehen, da sich die Sachlage vorliegend anders darstellt. Die Antragstellerin hat von Anfang an beanstandet, dass das Angebot der Mitbieterin in Bezug auf „Wartung/Instandhaltung“ nicht vollständig sei, was sich auch bewahrheitet hat. Der letztlich durchgreifende Ausschlussgrund hatte damit einen hinreichend engen Bezug zur Rüge bzw. dem Vorbringen der Antragstellerin. Die Rüge hätte die Vergabestelle entweder zum Anlass für eine sorgsamere Prüfung des Angebots der Mitbieterin nehmen müssen oder sie hätte kommunizieren müssen, dass noch Prüfungen in diesem Zusammenhang ausstehen. Tatsächlich war jedoch, wie sich aus der Vergabedokumentation ergibt, die formale, rechnerische und technische Prüfung der Angebote bei Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bereits durchgeführt und mit dem Ergebnis abgeschlossen worden, dass weder Ausschlussgründe vorlägen, noch Angaben oder Unterlagen im Angebot der Mitbieterin fehlten. Wenn die Vergabestelle aber auf den hier geltend gemachten Verstoß hin im Nachprüfungsverfahren den objektiv falschen (und später aufgegebenen) Standpunkt einnimmt, das Angebot der Beigeladenen sei - gerade auch in Bezug auf den abzuschließenden Wartungs- und Instandhaltungsvertrag - vollständig und wertbar, dann trifft sie auch das Kostenrisiko, wenn sich herausstellt, dass diesbezüglich Unterlagen oder Angaben nicht vorliegen.

18
b) Entgegen der Auffassung des Antragsgegners hat sich der Nachprüfungsantrag auch nicht nur gegen eine von der Mitbieterin begangene Verletzung der Vergabebedingungen gerichtet, die zu früh gerügt worden wäre, weil sie - wegen des Andauerns der Wertungsphase - noch nicht zu einem Vergabeverstoß durch den Antragsgegner geführt hätte. Vielmehr hatte der Antragsgegner durch seine Mitteilung vom 14. April 2020, dass das Angebot der Mitbieterin in der Wertung bleibe, eine eigene Entscheidung getroffen, die angesichts des Preises als des einzigen Zuschlagskriteriums und der Erstplatzierung dieses Angebots geeignet war, zu einer Rechtsverletzung der Antragstellerin zu führen, und die die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag angegriffen hat. Tatsächlich war, wie dargelegt, die Prüfung der Angebote auf formale Vollständigkeit sowie technische und rechnerische Richtigkeit bereits abgeschlossen, ebenso stand die Reihenfolge der Bestbieter fest.

19
Hinzu kommt, dass ein Bieter binnen einer Frist von 15 Kalendertagen nach Zurückweisung einer Rüge einen Nachprüfungsantrag stellen muss, um nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB präkludiert zu sein. Anders mag die Sachlage sein, wenn im Rahmen des Vergabeverfahrens zunächst weitere Schritte, wie etwa eine aufwendigere Wertung der Angebote, ausgestanden hätten und sich dann gezeigt hätte, dass die Beschwerdeführerin als Bestbieterin ohnehin den Zuschlag erhalten soll und dies dann der Grund für die Erledigungserklärung ist.

20
c) Dass die im Nachprüfungsantrag erhobene Rüge, die Mitbieterin habe gar kein Wartungsvertragsangebot vorgelegt, unberechtigt war, ist für die Kostenverteilung ohne durchgreifende Bedeutung. Denn auf den weiteren, erst während des Nachprüfungsverfahrens bekannt gewordenen Mangel des Angebots der Mitbieterin, dass ihrem Entwurf für einen Wartungsvertrag keine leistungsbeschreibenden Anhänge beigefügt waren, hätte die Antragstellerin das Nachprüfungsverfahren ausweiten können (vgl. Senat, Beschluss vom 21. April 2017 Verg 1/17, juris Rn. 57 m. w. N.; Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 160 Rn. 118; Gabriel/Mertens in BeckOK Vergaberecht, 18. Ed. Stand: 31. Juli 2018, § 160 Rn. 212). Eine entsprechende Rüge der Antragstellerin wäre erfolgreich gewesen, wenn der Antragsgegner ihr nicht dadurch zuvorgekommen wäre, dass er seine Entscheidung, dass das Angebot der Mitbieterin in der Wertung bleibe, durch dessen Ausschluss korrigiert hat. Insoweit lässt sich das Vorgehen des Antragsgegners sehr wohl in der Sache als eine Abhilfeentscheidung werten.

21

Die Antragstellerin hat damit auch ihr Rechtsschutzziel vollumfänglich und nicht nur partiell erreicht. Auch im Falle einer streitigen Entscheidung hätte bei dieser Sachlage kein Anlass für eine Kostenquotelung bestanden.

III.

22
Für die Bemessung des Streitwertes des Beschwerdeverfahrens ist auf das wirtschaftliche Interesse des Beschwerdeführers am Erfolg seines Rechtsmittels abzustellen. Da der Antragsgegner für das Verfahren vor der Vergabekammer gebührenbefreit ist, wurden nur die voraussichtlichen Anwaltskosten der Beteiligten herangezogen. Auf der Basis des Auftragswertes (rund 1.5 Mio. € brutto) und unter Berücksichtigung von 50 Abs. 2 GKG hat der Senat einen Gegenstandswert von (bis zu) 80.000 € angenommen. Ausgehend von einer Gebühr von 1.333 € x 1,5 zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer ergibt dies anwaltliche Gebühren von 2.023,30 € für jeden Verfahrensbeteiligten. Hieraus errechnet sich der festgesetzte Streitwert von 4.046,60 €.