

1. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

69d - VK - 43/2015



Leitsätze:

1. Der kartellrechtliche Unterlassungsanspruch gemäß § 33 Abs. 1 GWB macht die Rügeobliegenheit nicht entbehrlich, soweit er im Rahmen von § 104 Abs. 2 GWB Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein soll.
2. Ist die Vergabekammer gemäß §§ 102, 104 GWB zuständig, ist kein Raum für eine Verweisung gemäß § 17 a Abs. 2 bis 4 GVG analog.

Stichworte: Rügeobliegenheit bei kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch,
Rechtswegverweisung

Normen: §§ 33 Abs. 1, 102, 104 Abs. 2, 107 Abs. 3, 108 Abs. 2 GWB, § 17 a Abs. 2 bis 4
GVG analog

Streitgegenstand: Subunternehmerleistungen im Stadtbusverkehr einer Großstadt,
Offenes Verfahren nach VOL/A

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

- Antragstellerin-

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

- Antragsgegnerin -

wegen: Vergabeverfahren über Subunternehmerleistungen im

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden, Regierungsdirektor Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer, Regierungsoberrat Schwarz, und die ehrenamtliche Beisitzerin, Technische Amtsärztin Denz-Kinzel, ohne mündliche Verhandlung am 9. September 2015 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird nicht übermittelt.
2. Der Nachprüfungsantrag wird nicht an das zuständige ordentliche Gericht verwiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
4. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin hat im Vergabeverfahren über Subunternehmerleistungen entsprechende Auftragsbekanntmachung veröffentlicht am 4. Juli 2015 im Amtsblatt der Europäischen Union (2015/ S 127-234184), mit Schriftsatz vom 3. September 2015 einen Nachprüfungsantrag gestellt.

Darin beantragt sie im Wesentlichen,

1. die Entscheidung der Antragsgegnerin in diesem Vergabeverfahren aufzuheben,
2. das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen und bei bestehender Beschaffungsabsicht nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer die Vergabeunterlagen zu überarbeiten und das Vergabeverfahren fortzuführen,
3. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Zur Begründung hat sie zusammengefasst ausgeführt, dass der Antrag zulässig sei, insbesondere seien ihre Rügen rechtzeitig erhoben worden. Auch sei der Antrag begründet, da mehrere Verstöße gegen Bestimmungen über das Vergabeverfahren, u.a. über die Anforderungen der Bieterinformation gemäß § 101 a Abs. 1 GWB, gegeben seien.

Mit Verfügung vom 4. September 2015 wies die Vergabekammer die Antragstellerin darauf hin, dass sie den Nachprüfungsantrag nicht übermitteln wird, da er wegen nicht rechtzeitig erhobener Rügen offensichtlich unzulässig sei. So sei die Rüge gegen die Bieterinformation zu spät erfolgt; die übrigen gerügten Verstöße seien erkennbar gewesen, jedoch aber nicht - wie erforderlich - bis spätestens zur Angebotsabgabe gerügt worden. Sie gab der Antragstellerin Gelegenheit, sich dazu binnen einer bestimmten Frist zu äußern.

Nach erbetener und gewährter Fristverlängerung nahm die Antragstellerin mit Schriftsätzen vom 8. und 9. September 2015 zu den rechtlichen Hinweisen der Vergabekammer Stellung. Insbesondere meinte sie, dass sie einen kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch nach § 33 Abs. 1 GWB inne habe, für den keine Rügeobliegenheit bestehe; die Zuständigkeit der Vergabekammer für die Prüfung dieses Anspruchs ergebe sich aus § 104 Abs. 2 GWB. Zudem vertrat sie weiterhin die Auffassung, dass ihre Rügen nicht präkludiert seien; u.a. sei die für relevante Rügen erforderliche Erkennbarkeit nicht gegeben. Schließlich berief sie sich auf Gleichbehandlung zu einem anderen anhängigen Nachprüfungsverfahren, in dem die Vergabekammer trotz offenkundiger Vergabeverstöße den dortigen Nachprüfungsantrag übermittelt hätte; auch in jenem Verfahren vertreten die Bevollmächtigten der Antragstellerin eine der Beteiligten.

Die Antragstellerin beantragt ergänzend,

4. hilfsweise - für den Fall, dass die Vergabekammer der Auffassung sein sollte, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig -,
 - a) den Nachprüfungsantrag gemäß § 17 a Abs. 2 bis 4 GVG analog an das zuständige ordentliche Gericht zu verweisen;
 - b) der Antragsgegnerin im Wege einer Zwischenverfügung aufzugeben, den Zuschlag bis zum Erlass einer Zwischenverfügung durch das nach Auffassung der Vergabekammer zuständige ordentliche Gericht nicht zu erteilen.

Sie wies darauf hin, dass Zuschlagserteilung am 10. September 2015 drohe.

II.

- 1.) Der Nachprüfungsantrag wird nicht übermittelt (§ 110 Abs. 2 Satz 3 GWB).

Er ist offensichtlich unzulässig.

Zur Begründung wird auf die Verfügung der Vergabekammer vom 4. September 2015 Bezug genommen. Die darin ausgeführte Ansicht bleibt aufrechterhalten, da Gründe, davon abzuweichen, nicht ersichtlich sind; sie wird dieser Entscheidung zu Grunde gelegt.

Der geltend gemachte kartellrechtliche Unterlassungsanspruch führt zu keinem anderen Ergebnis, weil dadurch die Rügeobliegenheit gerade nicht entbehrlich ist. Diese ergibt sich hier aus §§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bzw. 3, 108 Abs. 2, 1. Halbsatz GWB. Aus § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB folgt, dass sie Vergabevorschriften betreffen, die einer vergaberechtlichen Nachprüfung zugänglich sind. Dies ist auch bei § 33 Abs. 1 GWB der Fall. Allerdings setzt § 108 Abs. 2, 1. Halbsatz GWB dafür voraus, dass eine Rüge gegenüber dem Auftraggeber erfolgt ist. Dies gilt auch für einen Anspruch gemäß § 33 Abs. 1 GWB, soweit er im Rahmen von § 104 Abs. 2 GWB Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein soll. Andernfalls würde dies dem Sinn und Zweck einer Rüge im Vergabeverfahren zuwiderlaufen, womit dem Auftraggeber eine Korrektur etwaiger ihm unterlaufener Vergabefehler ermöglicht werden soll. Es ist weder Gesetzeswortlaut, -ziel oder -systematik noch dem Willen des Gesetzgebers zu entnehmen, dass diese Korrekturmöglichkeit bei § 33 Abs. 1 GWB nicht gegeben sein soll.

Auch kann sich die Antragstellerin bei der Übermittlung nicht auf eine Gleichbehandlung zu anderen - noch anhängigen - Nachprüfungsverfahren berufen. Abgesehen davon, dass die Übermittelbarkeit eine Frage der Einzelfallprüfung ist, hat die Beteiligte in dem anderen Nachprüfungsverfahren, die ebenfalls vom vorliegenden Bevollmächtigten vertreten wird, lediglich eine teilweise Rügepräklusion gelten gemacht. Damit hat jene eingeräumt, dass im Übrigen der dortige Nachprüfungsantrag übermittelbar ist.

- 2.) Die Vergabekammer bejaht den hier mit dem Nachprüfungsantrag beschrittenen Rechtsweg und ihre Zuständigkeit (§§ 102, 104 GWB).

Dies gilt auch für § 33 Abs. 1 i.V.m. § 104 Abs. 2 GWB. Das Ergebnis der Vorprüfung gemäß § 110 Abs. 2 GWB steht dem nicht entgegen, zumal die Vergabekammer diese hier durchgeführt hat.

Damit ist kein Raum für eine Verweisung gemäß § 17 a Abs. 2 bis 4 GVG analog.

Daher entfällt auch eine Entscheidung über den Hilfsantrag zu 4.b).

Nach alledem war der Antrag nicht zu übermitteln oder das Verfahren zu verweisen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, 1. Aufl. 2011, § 128 GWB Rn. 4) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier mit der Prüfung des Nachprüfungsantrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben.

Da die Antragstellerin - was vorherrschend erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, GWB, 3. Aufl. 2014, § 128 Rn. 16) - ihr Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich zwar grundsätzlich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes (§ 128 Abs. 2 GWB). Da hier jedoch keine diesbezüglichen Anhaltspunkte vorliegen, war die Mindestgebühr von € festzusetzen (§ 128 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB). Gründe für eine Ermäßigung gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz GWB sind nicht ersichtlich.

Wegen der Nichtübermittlung des Nachprüfungsantrags erübrigt sich eine Entscheidung über einen Kostenerstattungsanspruches eines möglichen weiteren Beteiligten und über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch diese (§ 128 Abs. 4 GWB).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -,
Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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. Die Be-

schwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben 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.

Harnisch
Vorsitzender

Schwarz
Hauptamtlicher Beisitzer