

GWB § 134

1. Die Mitteilung nach § 134 GWB ist vom Auftraggeber in Textform an den Bieter zu versenden. Die Stillhaltefrist des § 134 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB wird durch die Absendung der Information nach § 134 Abs. 1 GWB ausgelöst.*)

2. Die Mitteilung nach § 134 GWB kann nicht dadurch erfolgen, dass die Informationen nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB lediglich in einem internen Bieterbereich auf einer Vergabeplattform eingestellt wird, wo der Bieter ihn abrufen kann. Dies gilt auch dann, wenn er eine Hinweismail, die keine der notwendigen Informationen nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB enthält, zugeschickt bekommt.*)

VK Südbayern, Beschluss vom 29.03.2019 - Z3-3-3194-1-07-03/19 (nicht bestandskräftig;
Beschwerde: OLG München, Az. Verg 10/19)

In dem Nachprüfungsverfahren

...

wegen der Vergabe des Lieferauftrags von Medizinischen Schrankanlagen,

erlässt die Regierung von Oberbayern - Vergabekammer Südbayern - ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden, Herrn Steck und den hauptamtlichen Beisitzer, Herrn Pilz, folgenden

Beschluss:

1. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.
2. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin tragen die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte.
3. Für das Verfahren wird eine Gebühr in Höhe von 520,00 Euro festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt einen Lieferauftrag von medizinischen Schrankanlagen (Arbeitstisch- und Schrankanlagen sowie Säuglingstischanlagen) der Maßnahme "051 - Klinikum D... - Neonatologie und Kinderheilkunde Gewerk 5081 Med. Schrankanlagen" in einem offenen Verfahren zu vergeben. Eine entsprechende Veröffentlichung erfolgte im Wege einer europaweiten Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union. Nach Ziffer II.2.5) dieser Bekanntmachung ist einziges Zuschlagskriterium der Preis. Nebenangebote waren nicht zugelassen.

Hinsichtlich der Eignungskriterien wurde lediglich auf einen Link verwiesen, der nicht

direkt zu den Eignungsanforderungen führte.

Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde in der Bekanntmachung der 24.01.2019, 10:00 Uhr genannt.

Mehrere Bieter gaben daraufhin Angebote ab, darunter auch die Antragstellerin, die nicht das Angebot mit dem den niedrigsten Preis abgegeben hat.

Die Antragstellerin erhielt am 01.03.2019 eine E-Mail vom 01.03.2019 mit folgenden Inhalt:

"Sehr geehrter Bieter,

zu nachfolgender Vergabe hat der Ausschreiber eine Mitteilung bereitgestellt. Die Informationen stehen Ihnen im SOL-System zur Einsichtnahme und Bearbeitung zur Verfügung. Sie können den Empfang der Mitteilung bestätigen und darauf antworten."

Die Antragstellerin hat daraufhin am 01.03.2019 die seit dem 22.02.2019 dort freigeschaltete Information nach § 134 GWB von der eVergabe-Plattform S. geladen. In dieser Information wurde sie darüber informiert, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werde, da ein niedrigeres Hauptangebot vorliege und ihr Angebot nicht das Wirtschaftlichste sei. Es sei beabsichtigt den Zuschlag am 05.03.2019 auf das Angebot des Bieters ... GmbH zu erteilen.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 04.03.2019 die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin.

Da die Rüge seitens der Antragsgegnerin nicht beantwortet wurde, stellte die Antragstellerin mit Schreiben vom 06.03.2019 einen Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin trug vor, dass die Bieterin, der der Zuschlag erteilt werden soll, die im Formblatt 124 geforderten Umsätze der vergangenen drei Jahre nicht beigebracht haben könne, da deren Gründung erst im März 2018 erfolgt sei. Zudem könne sie nicht die geforderten Referenzen vorlegen.

Die Antragstellerin wies noch darauf hin, dass sie erst am 01.03.2019 durch die Vergabeplattform von dem Schreiben der Antragsgegnerin nach § 134 GWB erfahren habe und insofern ihre Rüge vom 04.03.2019 rechtzeitig erfolgt sei.

Die Vergabekammer informierte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 06.03.2019 über den Nachprüfungsantrag und forderte die Vergabeunterlagen an bzw. bzw. forderte Zugang mit Leseberechtigung zum streitgegenständlichen Verfahren auf der Vergabeplattform, was daraufhin erfolgte.

Daraufhin beantragte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18.03.2018 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, da die Antragstellerin den behaupteten Verstoß nicht rechtzeitig nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB innerhalb einer Frist von 10 Tagen gerügt habe, da die Antragstellerin spätestens mit dem Zugang des Submissionsprotokolls am 24.01.2019 gewusst habe, dass die ... GmbH, deren Eignung

seitens der Antragstellerin bezweifelt worden sei, Kenntnis davon gehabt habe, dass diese Bieterin ein Angebot abgegeben habe. Die Rüge sei erst am 04.03.2019 erfolgt und damit verspätet.

Zudem sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, da entgegen der Behauptung der Antragstellerin, die Bieterin, die bezuschlagt werden soll, die vorgegebenen Eignungskriterien erfüllt habe und eine rechtliche Grundlage für einen Ausschluss dieses Bieters nicht gegeben seien, da die Eignungskriterien nicht wirksam in der europaweiten Bekanntmachung veröffentlicht worden seien, da der in Ziffern III.1.1 bis 1.3 mitgeteilte Link auf die Vergabeplattform nicht direkt zu dem Formblatt 124 führe.

Daraufhin nahm die Antragstellerin mit Schreiben vom 19.03.2019 den Nachprüfungsantrag zurück. Aufgrund neuerer Erkenntnisse gehe die Antragstellerin von der Unzuständigkeit der Vergabekammer aus, da die Angebote ca. 10 - 15 % unter dem maßgeblichen Schwellenwert lägen. Allerdings liege eine Verfristung der Rüge nicht vor, da ihr mit der Mail vom 01.03.2019 erstmals das Absageschreiben zur Kenntnis gebracht worden sei.

Weiter beantragte die Antragstellerin die Kosten der Antragsgegnerin aufzuerlegen, da diese die Rüge nicht beantwortet habe und bei zeitnaher Beantwortung die Anrufung der Vergabekammer nicht nötig gewesen sei.

Der ehrenamtliche Beisitzer hat die Entscheidung über die Beiladung, den Umfang der Akteneinsicht sowie im Falle einer Verfahrenseinstellung auf den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer übertragen.

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze informiert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Durch die Erklärung der Antragstellerin, dass sie ihren Antrag zurücknimmt, hat sich das Nachprüfungsverfahren erledigt.

Die Erledigung des Nachprüfungsantrags hat zur Folge, dass das Verfahren einzustellen und nur noch über die Kosten zu entscheiden ist.

Nach § 182 Abs. 3 S. 4, 5 GWB trifft die Antragstellerin und die Antragsgegnerin aus Gründen der Billigkeit die Kostenlast je zur Hälfte.

Die Antragstellerin trifft insoweit die hälftige Kostenlast, weil sie durch die Stellung des Nachprüfungsantrags das Verfahren in Gang gesetzt hat (vgl. BGH, Beschluss v. 25.10.2005, Az.: X ZB 22/05). Im Falle der Rücknahme eines Nachprüfungsantrags entspricht eine Kostentragung der Antragstellerin regelmäßig billigem Ermessen.

Im vorliegenden Fall sind die Kosten jedoch hälftig nach § 182 Abs. 3 S. 3 GWB der Antragsgegnerin aufzuerlegen, da diese ein bei der Kostenentscheidung zu

berücksichtigendes schwerwiegendes Verschulden trifft.

Die Antragsgegnerin hat nämlich keine Mitteilung nach § 134 GWB versandt, die Antragstellerin hat daher von der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die ... GmbH zu spät erfahren und sah sich genötigt, einen Nachprüfungsantrag zu stellen, ohne eine Rügeerwiderung durch die Antragsgegnerin abzuwarten.

Die Antragsgegnerin hat nicht, wie gesetzlich gemäß § 134 Abs. 1 GWB vorgeschrieben, die Informationen nach § 134 GWB an die Antragstellerin versendet, sondern diese lediglich am 22.02.2019 für die Antragstellerin auf der von ihr genutzten Vergabeplattform Staatsanzeiger eServices freigeschaltet. Lediglich mit E-Mail vom 01.03.2019, die keine der notwendigen Informationen nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB enthielt, wurde die Antragstellerin aufgefordert, eine Mitteilung selbst abzurufen. Dem ist die Antragstellerin dann auch nachgekommen. Ob sie bereits vorher eine vergleichbare E-Mail wie die vom 01.03.2019 erhalten hat, kann die Vergabekammer in der Dokumentation auf der Vergabeplattform nicht feststellen, es spielt allerdings auch keine Rolle.

Wie eine Mitarbeiterin der Vergabeplattform S..., deren sich die Antragsgegnerin vorliegend bedient hatte, dem Vorsitzenden auf Nachfrage telefonisch mitteilte, wird von dieser eVergabeplattform eine Mitteilung nach § 134 GWB nach Freigabe durch die Auftraggeber nicht an die jeweiligen Bieter versandt, sondern lediglich lesbar gestellt. Der Bieter erhält allenfalls eine E-Mail, mit der er aufgefordert wird, nach neuen Informationen auf der Plattform zu sehen. Diese Mail enthält allerdings keine der notwendigen Informationen nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB. Der Bieter muss sich auf der Plattform einloggen, um die Information nach § 134 GWB zur Kenntnis nehmen zu können.

Diese Implementierung der Vergabeplattform ... ist vergaberechtswidrig. § 134 Abs. 2 Satz 1 GWB knüpft in Umsetzung von Art. 2a Abs. 2 UA 1 der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG den Fristbeginn der Stillhaltefrist an die Absendung der Information nach § 134 Abs. 1 GWB. § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB erstreckt die Verpflichtung zur Versendung der Information nach § 134 Abs. 1 GWB auch auf den elektronischen Übertragungsweg, sowie auf die Faxübertragung. Aus den Vorschriften geht unzweifelhaft hervor, dass die Information nach § 134 Abs. 1 GWB mit den Mindestinhalten des Namens des erfolgreichen Unternehmens, der Gründe der Nichtberücksichtigung und dem frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses versandt, also den Bietern aktiv von der Vergabestelle übermittelt werden muss, d.h. in deren Machtbereich gebracht muss.

Der Informationspflicht nach § 134 GWB wird nicht dadurch genügt, dass die Information lediglich auf einer Vergabeplattform zugänglich bereitgestellt wird, so dass ein Bieter, der sich dort einloggt, diese zur Kenntnis nehmen kann. Dies gilt auch dann, wenn er eine Hinweismail, die keine der notwendigen Informationen nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB enthält, zugeschickt bekommt.

Das bloße Freischalten der Information auf der Vergabeplattform ist nicht mit einer Versendung der Information auf eine E-Mail-Adresse eines Bieters gleichzusetzen. Es ist bereits zweifelhaft, ob ein Bereich mit freigeschalteten persönlichen Informationen für einen Bieter auf einer von der Vergabestelle oder deren Dienstleister betriebenen Vergabeplattform nach derzeitiger Verkehrsauffassung überhaupt als Machtbereich des

Bieters angesehen werden kann, was bei einer E-Mail-Adresse (auch ggf. auf einem entfernten Server) bejaht werden kann. Zudem bestehen erhebliche Bedenken, dass durch eine bloße Einstellung der Information in den Bieterbereich einer Vergabeplattform der Normzweck des § 134 GWB, nämlich die frühzeitige Information von nicht zum Zuge kommenden Bewerbern und Bietern erfüllt werden kann, da hierdurch eine vom Normgeber nicht gewollte Hol-Obliegenheit des Bieters entstünde.

Maßgeblich ist aber, dass die Information nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB in Textform gem. § 126b BGB zu Verfügung gestellt werden muss (Dreher/Hoffman in Burgi/Dreher Beck'scher Vergaberechtskommentar § 134 GWB Rn. 70; Glahs in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht § 134 GWB Rn. 37). Voraussetzung ist daher die Abgabe einer lesbaren Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger. Neben der papiergebundenen Übermittlung des Informationsschreibens genügt auch die Übermittlung per E-Mail und Fax dem Erfordernis der dauerhaften Wiedergabemöglichkeit, nicht aber das Einstellen auf eine Internetseite. Bei Erklärungen, die in das Internet eingestellt werden, dem Empfänger aber nicht übermittelt werden, ist die Textform allenfalls gewahrt, wenn es tatsächlich zum Download kommt (Palandt Ellenberger BGB § 126b Rn. 3 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 29.04.2010, I ZR 66/08; BT-Drucks. 17/12637 S.44). Da die Rechtswirksamkeit einer Information nach § 134 GWB aber nicht von der Zufälligkeit abhängen kann, dass ein Bieter sie herunterlädt (was im vorliegenden Fall wohl auch gar nicht vorgesehen ist), kann das bloße Freischalten der Information auf der Vergabeplattform den Anforderungen des § 134 GWB nicht genügen.

Die vergaberechtswidrige Implementierung der Vergabeplattform S... muss sich die Antragsgegnerin, die sich dieser Plattform bedient hat, zurechnen lassen.

Sie hat - obwohl sie gar keine Mitteilung nach § 134 Abs. 1 GWB versandt hat - unter Verstoß gegen die 10-tägige Wartefrist den § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB, die noch gar nicht zu laufen begonnen hatte - den Zuschlag auf den 05.03.2019 angekündigt.

Durch die nicht erfolgte Information und die späte Kenntnis der Antragstellerin von der beabsichtigten Vergabe an die ... GmbH zum 05.03.2019, wurde die Antragstellerin unnötig in Zeitdruck gesetzt, zu rügen und einen Nachprüfungsantrag zu stellen und konnte auch keine Antwortschreiben in Bezug auf die Rüge abwarten. Dies geht zu Lasten der Antragsgegnerin.

Die Vergabekammer Südbayern weist ausdrücklich darauf hin, dass vor Zuschlagserteilung noch eine Mitteilung nach § 134 Abs. 1 GWB versendet werden muss.

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 Euro und 50.000 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag vom 100.000 Euro erhöht werden kann.

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Da sich der Antrag vor der Entscheidung der

Vergabekammer erledigt hat, reduziert sich die Gebühr auf die Hälfte, §°182 Abs. 3 S. 4 GWB. Aus weiteren Billigkeitsgründen (kein Sachbericht, keine mündliche Verhandlung, kein Beiladungsbeschluss) wird die Gebühr weiter auf insgesamt 520,00 Euro reduziert.

Die Antragsgegnerin ist nicht von der Zahlung der Gebühr befreit.

Von der Antragstellerin wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500 Euro erhoben. Falls dieser bereits gezahlt wurde, wird der Kostenvorschuss nach Bestandskraft verrechnet.

Rechtsmittelbelehrung

...

München, 29.03.2019