

**Leitsatz:**

Ein Nachprüfungsantrag ist nicht deshalb zulässig, weil die Bekanntmachung den Hinweis enthält, dass die Vergabekammer Nordbayern für die Überprüfung der Vergabeentscheidung zuständig sei. Eine falsche Angabe kann keine Zuständigkeit der Vergabekammer begründen. Zwar mag die europaweite Ausschreibung eine Selbstbindung der Vergabestelle auf die Einhaltung dieser Vorschriften bewirken. Dies bewirkt jedoch nicht, dass der 4. Teil des GWB mit dem entsprechenden Rechtsschutz anwendbar ist.

**Nachprüfungsantrag:** .....  
(Antragstellerin - ASt)

**Vergabestelle:** .....  
(Vergabestelle - VSt)

**Vorhaben:** *Lieferung und Installation von Computeranlagen und Zubehör*

**Vergabeverfahren:** *Offenes Verfahren*

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 31.07.2019 durch den Vorsitzenden ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**B e s c h l u s s :**

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig verworfen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

**Sachverhalt:**

**1.**

Die Vergabestelle schrieb zur Ausstattung ihres Gebäudes in der ..... in ....., das saniert wird, die Lieferung und Installation von EDV Servern und dazugehöriger Infrastruktur europaweit aus.

Das Verfahren wurde am xx.xx.2019 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekanntgemacht. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

Geschätzter Gesamtwert des Auftrags waren 170.000,- €.

**2.**

Abgegeben wurden zwei Angebote, eines von der Antragstellerin und eines von einem anderen Bieter. Bei beiden lag die Angebotssumme unter 221.000,- €.

**3.**

Am 26. und 27.06.2019 nahm die Antragstellerin Kontakt mit der Vergabestelle auf. Dabei wurde ihr telefonisch mitgeteilt, dass ihr Angebot vom Verfahren ausgeschlossen und der Zuschlag auf das andere Angebot erteilt worden sei.

**4.**

Infolgedessen übermittelte die Vergabestelle der Antragstellerin am 27.06.2019 ein Absageschreiben. Darin erläuterte sie, dass die von der Antragstellerin angebotenen Produkte nicht den in den Positionen 1.4 und 11.3 des Leistungsverzeichnisses angegebenen Anforderungen entsprächen.

**5.**

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 27.06.2019 das Vorgehen der Vergabestelle. Der Ausschluss ihres Angebots sei weder vergaberechtlich noch technisch nachvollziehbar. Für die weiteren Einzelheiten wird auf die Rügeschrift verwiesen.

**6.**

Mit Schreiben vom 05.07.2019 wies die Vergabestelle die Rüge zurück. Zwar sei der Zuschlag doch noch nicht erteilt worden, jedoch sei der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin rechtmäßig erfolgt.

**7.**

Daraufhin erhob die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag. Sie beantragt

*die Aufhebung des Vergabeverfahrens und die Rückabwicklung des erteilten Auftrages.*

Sie stützt sich dabei auf den in der Rüge bereits dargestellten Sachverhalt.

Im Übrigen wird auf den Nachprüfungsantrag verwiesen.

**8.**

Die Vergabekammer hat am 23.07.2019 den Nachprüfungsantrag an die Vergabestelle übermittelt und um Übersendung der Vergabeakte gebeten.

**9.**

Mit Schriftsatz vom 29.07.2019 rechtfertigt die Vergabestelle ihr Vorgehen, insbesondere im Hinblick auf den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin. Für die Einzelheiten wird auf den Schriftsatz verwiesen.

**10.**

Zusätzlich beantragte die Vergabestelle mit gesondertem Schriftsatz vom gleichen Tag die Gestattung der Erteilung des Zuschlags auf das Angebot des anderen Bieters noch vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens.

**Begründung:**

**1.**

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

**a)**

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfungsverfahren nach §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 2 S. 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

**b)**

Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen Lieferauftrag im Sinne von § 103 Abs. 2 GWB. Danach sind Lieferaufträge Verträge zur Beschaffung von Waren.

Die Vergabestelle will vorliegend ein neues regionales ..... mit EDV ausstatten.

Es handelt sich bei den Leistungen vornehmlich um standardisierte EDV-Ausstattung, deren Anforderungen nicht über das Normalmaß hinausgeht und die bei Bedarf auch mit geringem Aufwand ersetzt werden könnte. Somit ist die Lieferung des Servers, des Routers, der Telefonanlage etc. als den Auftrag prägende Hauptleistung anzusehen (vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2014, Az. Verg 35/13).

Die Ingenieurleistung für Installation und Konfiguration mit Probetrieb der Ausstattung ist als Nebenleistung gemäß § 103 Abs. 2 S. 2 GWB anzusehen.

Die Vergabestelle hat dementsprechend zurecht die Leistung als Lieferauftrag ausgeschrieben.

**c)**

Der Schwellenwert wird nicht erreicht (§ 106 GWB).

**aa)**

Der Schwellenwert des § 106 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB wurde bei diesem Lieferauftrag nicht erreicht.

§ 106 Abs. 1 GWB normiert den Grundsatz, dass der Vierte Teil des GWB für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen gilt, deren geschätzter Auftrags- oder Vertragswert ohne Umsatzsteuer die jeweils festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschreitet. Seit dem 1. Januar 2018 beträgt der Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 Buchst. c der Richtlinie 2014/24/EU 221.000,- €.

Gemäß § 3 Abs. 1 VgV ist für die Schätzung des Auftragswertes der voraussichtliche Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer festzustellen.

Der Schwellenwert wird hier nicht erreicht.

Hier hat die Vergabestelle einen Wert von 170.000,- € netto geschätzt. Auch die beiden eingegangenen Angebote lagen deutlich unter 221.000,- €, sodass Zweifel an der Richtigkeit der Schätzung nicht bestehen.

**bb)**

Der Nachprüfungsantrag ist auch nicht deshalb zulässig, weil die Bekanntmachung den Hinweis enthält, dass die Vergabekammer Nordbayern für die Überprüfung der Vergabeentscheidung zuständig sei. Eine falsche Angabe kann keine Zuständigkeit der Vergabekammer begründen. Zwar mag die europaweite Ausschreibung eine Selbstbindung der Vergabestelle auf die Einhaltung dieser Vorschriften bewirken. Dies bewirkt jedoch nicht, dass der 4. Teil des GWB mit dem entsprechenden Rechtsschutz anwendbar ist. Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB sowie sonstige Ansprüche können vor der Vergabekammer nur geltend gemacht werden, wenn bei einer ordnungsgemäßen Kostenschätzung der Schwellenwert erreicht oder überschritten wird.

**2.**

Die erkennende Vergabekammer konnte gemäß § 166 Abs. 1 S. 3 GWB ohne mündliche Verhandlung entscheiden, weil der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig ist.

**3.**

Eine Entscheidung über den Antrag der Vergabestelle auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags gemäß § 169 Abs. 2 S. 1 GWB hat sich mit Erlass der Hauptsachentscheidung erledigt (vgl. BayObLG, Beschluss v. 16.07.2004, Az. Verg 16/04).

**4.**

Die Vergabestelle hat die Verfahrenskosten zu tragen.

Grundsätzlich hat gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB der Beteiligte, der mit seinen Anträgen unterliegt, die Kosten des Verfahrens zu tragen. Dies wäre hier die Antragstellerin, da ihr Nachprüfungsantrag unzulässig ist.

Gemäß § 182 Abs. 3 S. 3 GWB können jedoch Kosten, die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, diesem auferlegt werden.

Die Vergabestelle hat ein Vergabeverfahren nach Kartellvergaberecht durchgeführt, obwohl dies nicht angezeigt war. Durch diese Fehleinschätzung hat die Antragstellerin, vertrauend auf

die Anwendbarkeit der Vorschriften zum Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Überprüfbarkeit des Vergabeverfahrens durch die erkennende Vergabekammer Nordbayern, einen Nachprüfungsantrag erhoben. Dieser ist nun unzulässig. Dies kann jedoch nicht der Antragstellerin zur Last gelegt werden, die sich darauf verlassen hat, dass die Vorschriften des Kartellvergaberechts hier Anwendung finden, wie von der Vergabestelle behauptet. Der für die Erfolglosigkeit des Antrags kausale Fehler lag in der Sphäre der Vergabestelle. Diese hat dadurch, dass sie die Ausschreibung nach Kartellvergaberecht durchgeführt hat, den Rechtschein der Anwendbarkeit der Vorschriften des GWB gesetzt, sodass die Antragstellerin im guten Glauben auf die Richtigkeit des Vorgehens der Vergabestelle sich ebenfalls der Mittel aus dem Kartellvergaberecht bedient hat. Es hat daher die Vergabestelle, die die Erfolglosigkeit des Nachprüfungsantrags und die Entstehung von Kosten durch ihr Verhalten verschuldet hat, nun die Verfahrenskosten zu tragen.

#### **5.**

Ebenso hat die Vergabestelle die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragstellerin zu tragen.

Es sind hier keine Anhaltspunkte ersichtlich, die es grundsätzlich rechtfertigen würden, die Rechtsverfolgungskosten der Antragstellerin nicht der Vergabestelle aufzuerlegen (s. oben zu Ziff. 4).

#### **6.**

Die Gebühr war gemäß § 182 Abs. 2 und Abs. 3 S. 6 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der Antragstellerin und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

Da ohne mündliche Verhandlung und ohne Beiladung entschieden werden konnte, wird die Gebühr jeweils um xxx,- € auf x.xxx,- € reduziert.

Aus Gründen der Billigkeit war die Gebühr weiter auf letztlich xxx,- € zu ermäßigen, § 182 Abs. 3 S. 6 GWB. Die Vergabekammer konnte ohne erhebliche Verzögerung und ohne großen Personal- und Sachaufwand den Nachprüfungsantrag verbescheiden. Dazu handelte es sich nicht um einen Fall mit komplizierten Rechtsfragen oder umfassenden Sachverhaltsdarstellungen. Es wäre insoweit unbillig, die Gebühr in der regulären Höhe zu erheben.

Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die Antragstellerin zurücküberwiesen.

Eine Kostenrechnung für die Vergabestelle wird nachgereicht.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....