

SCHLESWIG-HOLSTEINISCHES

OBERLANDESGERICHT

Az.: 1 Verg 1/11
VK-SH 06/11

BESCHLUSS

In dem Beschwerdeverfahren

...

Beschwerdeführerin und Antragstellerin des Nachprüfungsverfahrens,

Verf.-Bev.: ULMENSTEIN Rechtsanwälte, Uhlemeyerstrasse 13, D- 30175 Hannover

gegen

...

Beschwerde- und Antragsgegnerin des Nachprüfungsverfahrens,

Streitgegenstand: Postdienstleistungen

hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht William, den Richter am Oberverwaltungsgericht Wilke, und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Schall am 7. Oktober 2011 beschlossen:

1. Der Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 14. April 2011 — VK-SH 06/11 — ist wirkungslos. Das Vergabenachprüfungsverfahren wird eingestellt.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des Verfahrens bei der Vergabekammer Schleswig-Holstein werden der Antragsgegnerin auferlegt. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war für die Antragstellerin auch im Verfahren vor der Vergabekammer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig.
3. Der Gegenstandswert des Verfahrens wird auf ... EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts und Trägerin des ... an den Standorten ... und Die Postsendungen an beiden Standorten werden derzeit über die Deutsche Post ... AG abgewickelt. Das für die Versendung der Postsendungen aufgewandte jährliche Entgelt liegt bei ... EUR.

Die Antragstellerin bat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17. November 2010 sowie - nochmals - vom 8. Februar 2011 um Auskunft, ob und wann eine Ausschreibung von Postdienstleistungen beabsichtigt sei. Die Antragsgegnerin antwortete, dass künftig ein öffentliches Vergabeverfahren stattfinden solle, und zwar über die „...“ in ihrer Eigenschaft als Landesbeschaffungsbehörde. Die Postdienstleistungen sollten zusammen mit weiteren öffentlichen Einrichtungen des Landes in ein gemeinsames Vergabeverfahren aufgenommen werden.

Zu welchem Zeitpunkt eine Ausschreibung der Postdienstleistungen durchgeführt wird, wurde nicht mitgeteilt.

Am 5. April 2011 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt. Die Vergabekammer hat am 14. April 2011 beschlossen, den Nachprüfungsantrag nicht zuzustellen, da dieser offensichtlich unzulässig sei (§ 110 Abs. 2 Satz 1 GWB). Die Antragstellerin begehre die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Ausschreibung. Demgegenüber dürften gemäß § 104 Abs. 2 GWB vor den Vergabekammern nur Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB geltend gemacht werden, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung *in* einem Vergabeverfahren gerichtet seien.

Auf die daraufhin erhobene sofortige Beschwerde hat die Antragsgegnerin - nach mündlicher Verhandlung am 19. August 2011 - erklärt, sie werde „innerhalb der nächsten vier Monate“ ein Vergabeverfahren zur Erteilung eines Auftrags über die Postdienstleistungen beginnen. Daraufhin haben die Beteiligten die Hauptsache für erledigt erklärt.

II.

1. Nachdem die Beteiligten das Verfahren übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben (Schriftsätze der Antragstellerin vom 30. August 2011 und der Antragsgegnerin vom 6. September 2011), ist in analoger Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO die Wirkungslosigkeit des angefochtenen Beschlusses der Vergabekammer - deklaratorisch - festzustellen.

2. Die Kostenentscheidung ist gemäß § 91 a ZPO unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu treffen. Dabei war nicht nur die im Schriftsatz vom 6. September 2011 mitgeteilte Bereitschaft der Antragsgegnerin zu berücksichtigen, die Kosten der Verfahren zu übernehmen, sondern auch die Erfolgsaussicht des Rechtsschutzbegehrens der Antragstellerin.

2.1 Die sofortige Beschwerde gegen die im Beschluss der Vergabekammer ausdrücklich als „endgültig“ ausgewiesene Nichtzustellung des Nachprüfungsantrages war zulässig (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Januar 2000, Verg 2/00, NZBau 2000, 596). Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages stand auch § 107 Abs. 2 GWB nicht entgegen, nachdem die Antragstellerin ihr Interesse an einem Auftrag über Postdienstleistungen im Sinne des

§ 4 Nr. 1 PostG wiederholt erklärt und - zusätzlich - durch ihr Angebotsschreiben vom 26. Februar 2008 (Anlage zum Schriftsatz vom 26. Juli 2011) konkret belegt hat. Die dagegen vorgebrachten Zweifel der Antragsgegnerin sind unsubstantiiert. Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB sind erfüllt; insoweit gelten keine allzu hohen Anforderungen (BVerfG NZBau 2004, 564; BGH NZBau 2004, 457/458).

2.2 Die Beschwerde hätte voraussichtlich auch Erfolg gehabt. Der Nachprüfungsantrag war nicht, wie die Vergabekammer angenommen hat, mangels eines Vergabeverfahrens „offensichtlich unzulässig“.

Der Nachprüfung unterliegt nicht nur die Art und Weise der Einleitung oder Durchführung eines Vergabeverfahrens, sondern auch, ob ein nach Maßgabe des § 97 Abs. 1 GWB geregeltes Vergabeverfahren bislang - zu Unrecht - unterblieben ist (BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005, X ZB 27/04; BGHZ 162, 116 = NZBau 2005, 690 ff. m. w. N. bei Tn. 12).

Der Annahme, ein auf die Ausschreibung von Postdienstleistungen gerichteter Verpflichtungsantrag sei unstatthaft, weil ein Nachprüfungsantrag nur „auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet“ sein dürfe und ein solches Verfahren hier nicht gegeben sei (siehe S. 4 des Beschlusses der Vergabekammer, 4. Absatz), ist nicht zu folgen. Nach § 97 Abs. 7 GWB besteht ein Anspruch der Unternehmen darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen „über“ das Vergabeverfahren einhält; eine Beschränkung auf Handlungen oder Unterlassungen „in“ einem Vergabeverfahren ergibt sich daraus nicht. Soweit in § 104 Abs. 2 GWB die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung „in einem Vergabeverfahren“ angesprochen wird, ist daraus nicht abzuleiten, dass ein Anspruch aus § 97 Abs. 7 GWB ein - (bereits oder noch) laufendes - Vergabeverfahren voraussetzt. Das ist anerkannt für den Fall, dass ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren aufgehoben hat und ein Auftragsinteressent sich gegen diese Aufhebung wehrt (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02, BGHZ 154, 32); in gleicher Weise kann auch vor Beginn eines „förmlichen“ Vergabeverfahrens ein Antrag auf Vornahme oder Unterlassung vergaberelevanter Maßnahmen gestellt werden, sofern die dafür erforderlichen - weiteren - Voraussetzungen gemäß § 107 Abs. 2 GWB vorliegen. Die Befugnis der Vergabekammer, gemäß § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB „auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens“ einzuwirken, kann - zwar - erst nach Beginn eines solchen Verfahrens einsetzen. Nach § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB kann die Vergabekammer aber auch schon vorher „geeignete Maßnahmen“ treffen, „um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern“.

Selbst wenn der Vergaberechtsschutz auf Handlungen oder Unterlassungen „in“ einem Vergabeverfahren beschränkt wäre, wäre die Frage, ob ein solches Verfahren durchgeführt wird, nicht formell, sondern materiell zu beantworten. Entscheidend ist danach nicht, ob ein Vergabeverfahren formell eingeleitet worden ist (z. B. durch eine Vergabebekanntmachung), sondern ob sich eine Beschaffungsabsicht eindeutig manifestiert hat und Handlungen des Auftraggebers vorliegen, die über eine bloße Markterkundung hinausgehen. Erforderlich sind ein „interner“ Beschaffungsentschluss und dessen „externe“ Umsetzung. Die Missachtung von materiellen Vergabevorschriften verletzt subjektive Rechte von Auftragsbewerbern auch dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber und mindestens ein außenstehender Dritter (Unternehmen) einen entgeltlichen Vertrag im Sinne des § 99 GWB beispielsweise über eine Dienstleistung außerhalb eines nach Maßgabe des § 97 Abs. 1 GWB geregelten Vergabeverfahrens abschließen. Die Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrag ist in diesem Fall nicht von der Einleitung oder Durchführung eines bestimmten Vergabeverfahrens abhängig (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, a.a.O., Tn. 13 ff.).

Die Antragsgegnerin manifestiert ihre Vergabeabsicht in dem o. g. Sinne, indem sie Aufträge über die Erbringung von Postdienstleistungen an Dritte erteilt. Ihre Vorstellung, ein „förmliches“ Vergabeverfahren erst zu einem - unbestimmten - späteren Zeitpunkt einleiten bzw. sich einem solchen Verfahren der ... „anschließen“ zu wollen, steht der rechtlich relevanten, aktuellen und „ins Werk“ gesetzten Vergabe nicht entgegen; diese Vergabe vollzieht sich, wie die Antragstellerin zu Recht geltend macht, in der „tagtäglichen“ Aufgabe von Postsendungen in ... und ... bei der Deutschen Post AG. Im Rahmen „historisch gewachsener Verträge über Teilleistungen der Briefbeförderung, den Bring- und Abholservice („HIN + WEG“), die Hausabholung von Briefsendungen und Zeitungen, den Postfachservice, das Selbstbuchen von Paketen in das Ausland und Übergabe-Einschreibe-, Einwurf-Einschreibe und Nachnahmebriefsendungen u. a. m. wird die Deutsche Post AG faktisch mit dem gesamten Postdienstleistungsbedarf der Antragsgegnerin beauftragt. Das Jahresvolumen an beiden (Betriebs-) Standorten in ... und ... übersteigt den maßgeblichen Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung weit.

Die Pflicht zur Ausschreibung dieser Dienstleistungen wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass täglich einzelne (ihrem Wert nach „unterschwellige“) Postsendungen zum Versand gebracht werden; dies widerspräche den Rechtsgedanken in § 3 Abs. 2 und § 3 Abs. 7 Satz 1 VgV sowie in Art. 17 Abs. 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG. Die manifestierte Vergabeabsicht

der Antragsgegnerin geht über eine einzelne Tages-Postmenge hinaus und umfasst den jährlichen oder mehrjährigen Gesamtbedarf an beiden Betriebsstandorten.

Eine „offensichtliche Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages kann nach alledem nicht festgestellt werden. Dem auf Zurückverweisung an die Vergabekammer gerichteten Beschwerdeantrag der Antragstellerin wäre dementsprechend entsprochen worden (§ 123 Satz 2 GWB).

Die - weitere - Frage, welche „geeigneten Maßnahmen“ die Vergabekammer anschließend getroffen hätte, „um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern“ (§ 114 Abs. 1 Satz 1 GWB), bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung.

Ob der Antragstellerin darin zu folgen ist, dass die zwischen der Antragsgegnerin und der Deutschen Post AG zwischen 1995 und 2009 abgeschlossenen Verträge gemäß § 131 Abs. 8 GWB, § 13 VgV a.F. unwirksam sind, bedarf keiner Entscheidung, denn dadurch könnte die fortwirkende Missachtung des Vergaberechts nicht beseitigt werden. Jene Altverträge betreffen nicht das „Ob“ einer Beauftragung, sondern nur das „Wie“ der Abwicklung von einzelnen Postdienstleistungen. Deshalb wäre auch die - von der Vergabekammer (S. 5 des Beschlusses) angesprochene - Frage, ob eine Unwirksamkeit der „Altverträge“ mit der Deutschen Post AG wegen Ablaufs der in § 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB genannten Fristen nicht mehr geltend gemacht werden könnte, unerheblich (s. dazu auch Art. 2 d Abs. 3 Richtlinie 2007/66/EG).

Als „geeignete Maßnahme“ zur Beseitigung der Rechtsverletzung stünden der Vergabekammer andere Entscheidungsmöglichkeiten offen, als sie in § 101 b Abs. 2 GWB vorgesehen sind. Ebenso, wie die Vergabekammer befugt ist, anzuordnen, dass eine von der Vergabestelle verfügte Aufhebung der Ausschreibung rückgängig gemacht (und das Vergabeverfahren anschließend fortgesetzt) wird (vgl. BKartA, Beschluss vom 26. Februar 2000, VK 1 - 1/99, WuW/E Verg 322), kommt bei sicherem Beschaffungsbedarf und fortbestehender Vergabeabsicht auch die Anordnung in Betracht, innerhalb einer bestimmten Frist ein Vergabeverfahren einzuleiten. In Art. 2 d und in Art. 2 e Abs. 2 der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG vom 11. Dezember 2007 werden für den Fall einer Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens auch „alternative Sanktionen“ angesprochen, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen, um das vergaberechtswidrige Unterlassen abzustellen. Ob solche Sanktionen auf die (in Art. 2 e Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie genannte) Verhängung von Geldbußen bzw. -strafen gegen den öffentlichen Auftraggeber oder die (vorliegend nicht in Betracht kommende) Verkürzung der Laufzeit eines Vertrags

beschränkt wären, kann hier offen bleiben. Bei der Festlegung der „geeigneten Maßnahmen“ i. S. d. § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB kann die Vergabekammer - jedenfalls - einen über § 101 b GWB hinausgehenden Entscheidungsspielraum nutzen, um die Rechtsverletzung infolge der vergaberechtswidrigen Unterlassung eines Vergabeverfahrens zu beseitigen.

Die im Tenor ausgesprochene Kostenentscheidung zu Lasten der Antragsgegnerin *entspricht* nach alledem der Billigkeit i. S. d. § 91 a ZPO.

3. Die Notwendigkeit der Hinzuziehung des Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin ergibt sich für das Beschwerdeverfahren aus § 120 Abs. 1 Satz 1 GWB. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird diese gern. § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i. V. m. § 80 Abs. 2 VwVfG festgestellt.

4. Die Wertfestsetzung beruht auf § 50 Abs. 2 GKG (5 v. H. der Bruttoauftragssumme). Ausgehend von dem von der Antragsgegnerin mitgeteilten jährlichen „Portoaufkommen“ von ... EUR ergibt sich gern. § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV ein anzusetzender Gesamtwert von ... Euro; 5 v. H. davon ergibt den festgesetzten Wert.

William

Wilke

Dr. Schall

Ausgefertigt:

Schleswig, den 13.10.2011