

Vergabekammer Südbayern zur Überprüfung einer Vergabe und der Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag

Unzulässig verkürzter Zeitraum

In der Entscheidung vor der Vergabekammer Südbayern (3194. Z 3-3_01-22-1 vom 4. August 2022) ging es um die Frage, ob der effektive Rechtsschutz der Bieter unzumutbar erschwert wird, wenn der Auftraggeber die Wartefrist nach § 134 Abs. 1 GWB so über Feiertage und Wochenenden legt, dass einem Bieter die Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag praktisch erheblich erschwert wird.

Die Auftraggeberin beabsichtigte, im Wege eines beschleunigten offenen Verfahrens mobile Raumluftreinigungsgeräte zu beschaffen. Mit Vorabinformationsschreiben nach § 134 GWB vom 23. Dezember 2021 teilte sie der Antragstellerin mit, dass der Zuschlag nicht auf ihr Angebot erteilt werden könne, sondern beabsichtigt sei, diesen frühestens am 3. Januar 2022 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Das Schreiben wurde an die zentrale E-Mailadresse der Antragstellerin und nicht an die im Angebotsschreiben aufgeführte E-Mailadresse des für das Verfahren zuständigen Bearbeiters übermittelt. Aufgrund der Weihnachtstage wurde es bei der Antragstellerin hausintern erst am 27. Dezember 2021 an den Bearbeiter weitergeleitet, der sich vom 23. Dezember 2021 bis einschließlich 2. Januar 2022 im Weihnachtsurlaub befand. Mit Schreiben vom 3. Januar 2022 rügte die Antragstellerin das Vorabinformationsschreiben nach § 134 GWB sowie die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene als vergeberechtswidrig. Nachdem die Auftraggeberin die Rügen zurückgewiesen und mitgeteilt hatte, dass der Zuschlag am 3. Januar 2022 an die Beigeladene erteilt worden sei, beantragte die Antragstellerin die Nachprüfung.

Wirksamer Zuschlag

Nach Ansicht der Vergabekammer ist der Nachprüfungsantrag unzulässig. Der von der Auftraggeberin der Beigeladenen am 3. Januar 2022 erteilte Zuschlag sei wirksam.

Der Vertragsschluss vom 3. Januar 2022 sei nicht gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam, weil der Vertrag erst nach Ablauf der Stillhaltefrist des § 134 Abs. 2 GWB von 10 Kalendertagen geschlossen worden sei und die faktische Verkürzung des Zeitraums für die Überprüfung und Entschlie-ßung, ob ein Nachprüfungsantrag eingereicht werden solle, sowie für die Abfassung des Nachprüfungsantrags aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls nicht gegen § 134 GWB verstießen.

Die Auftraggeberin habe formal die Wartefrist von 10 Kalendertagen trotz der durch den Zeitpunkt der Absendung verursachten faktischen Verkürzung des Zeitraums der Bieter für Überprüfung und Entschlie-ßung zur Einreichung eines Nachprüfungsantrags sowie für dessen Abfassung eingehalten, indem sie die Mitteilung nach § 134 GWB am Nachmittag des 23. Dezember 2021, einem Donnerstag, versendet und den Zuschlagstermin auf Montag, den 3. Januar 2022, gelegt habe. Die zehntägige Wartefrist sei mit dem Versand der Mitteilung wirksam in Gang gesetzt worden.

Faktische Verkürzungen

Zwar enthielten weder die §§ 134 und 135 GWB noch die Richtlinie 2007/66/EG Regelungen, wie mit faktischen Verkürzungen des betreffenden Zeitraums innerhalb der laufenden Frist nach § 134 GWB umzugehen sei. Allerdings sei zu beachten, dass gerade in Deutschland, das mit § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB die Möglichkeit genutzt habe, mit einem wirksamen Zuschlag den Pri-



Um die Beschaffung von mobilen Raumluftreinigungsgeräten gab es Streit.

FOTO: DPA/ROBERT MICHAEL

märrechtsschutz ganz entfallen zu lassen, faktische Verkürzungen des Überprüfungs- und Entschlie-ßungszeitraums die Möglichkeit eines effektiven Rechtsschutzes für Bieter in besonderem Maße beeinträchtigen. Dies werde noch dadurch verschärft, dass ein Nachprüfungsantrag seine Rechtswirkung (Eintritt des Zuschlagsverbots) nicht bereits mit Anhängigkeit bei der Vergabekammer entfalte, sondern erst nach seiner Übermittlung an den Auftraggeber, das heißt durch eine aktive Handlung der Vergabekammer, die ebenfalls vor Zuschlagserteilung erfolgen müsse.

Daher habe das OLG Düsseldorf entschieden, dass in Fällen, in denen der Auftraggeber die Inanspruchnahme effektiven Rechtsschutzes der Bieter dadurch unzumutbar erschwere, dass er die Wartefrist so über Feiertage und Wochenenden lege, dass ein Bieter für die Entscheidung über einen Nachprüfungsantrag nur vier bis fünf Arbeitstage habe, die Wartefrist nicht wirksam in Gang gesetzt werde.

Dienstfreie Tage

Der hiesige Fall sei allerdings nur teilweise damit vergleichbar. Der Überprüfungs- und Entschlie-ßungszeitraum sei hier nämlich insbesondere dadurch verkürzt worden, dass die Auftraggeberin den Fristbeginn so gelegt habe, dass neben zwei Wochenenden noch der 24. Dezember 2021 und der 31. Dezember 2021 in die Zehn-Tage-Frist gefallen seien. Beide Tage seien nach bayerischem Feiertagsgesetz keine gesetzlichen Feiertage und damit – da sie im Jahr 2021 nicht auf ein Wochenende fielen – nach dem Bundesurlaubsgesetz Werktage. Weil aber die Regierung von Oberbayern an diesen Tagen dienstfrei habe, könne ein Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Südbayern nicht gestellt werden. Die gesetzlichen Weihnachtsfeiertage 2021 seien auf ein Wochenende gefallen, ebenso Neujahr 2022.

Zwar könne der Überprüfungs- und Entschlie-ßungszeitraum auch dadurch unzulässig faktisch verkürzt werden, dass der Auftraggeber neben Wochenenden und gesetzlichen Feiertagen die beiden einzigen Werktage im Jahr, an denen die Vergabekammer dienstfrei habe (24. und 31. Dezember) und

an denen kein Nachprüfungsantrag gestellt werden könne, in die Wartefrist nach § 134 Abs. 2 GWB einbeziehe.

Schon der Wortlaut des § 134 GWB („Kalendertage“) spreche gegen ein Verständnis, wonach die faktische Verkürzung nur durch die Einbeziehung von Wochenenden und gesetzlichen Feiertagen verursacht werden könne. Maßgeblich sei allein die unangemessene Erschwerung des gemeinschaftsrechtlich geforderten effektiven Rechtsschutzes durch eine erhebliche faktische Verkürzung des Überprüfungs- und Entschlie-ßungszeitraums innerhalb der laufenden Frist nach § 134 GWB. Vorliegend habe allerdings nur die Einbeziehung des 31. Dezember 2021 den Überprüfungs- und Entschlie-ßungszeitraum innerhalb der Frist des § 134 Abs. 2 GWB faktisch verkürzt.

Faktisch nicht verkürzt

Der 24. Dezember 2021, ein Freitag, sei ein Werktag, den die Antragstellerin für die Prüfung und Entschlie-ßung, ob ein Nachprüfungsantrag eingereicht werden soll, hätte nutzen können. Dass die Vergabekammer an diesem Tag geschlossen gewesen sei, stehe dem nicht entgegen. Denn es sei unrealistisch, dass die Antragstellerin bereits einen Tag nach der Vorinformation nach § 134 GWB einen Nachprüfungsantrag hätte stellen können und müssen. Durch die Einbeziehung des 24. Dezember 2021 habe die Auftraggeberin den Entschlie-ßungszeitraum der Antragstellerin daher nicht faktisch verkürzt. Der 31. Dezember 2021 hingegen sei der letzte Werktag innerhalb der laufenden Frist nach § 134 Abs. 2 GWB und die Tatsache, dass an diesem Tag kein Nachprüfungsantrag habe gestellt werden können, habe unmittelbar zu einer faktischen Verkürzung des Überprüfungs- und Entschlie-ßungszeitraums geführt. Bei einem Zuschlag am 3. Januar 2022 seien der Antragstellerin unter Berücksichtigung der beiden, in die Zehn-Tage-Frist fallenden Wochenenden sowie des Silvestertags weniger als fünf volle Arbeitstage geblieben, um die Vergabeentscheidung zu bewerten, gegebenenfalls zu rügen und gegebenenfalls rechtzeitig ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten:

Freitag, der 24. Dezember 2021, und Montag bis Mittwoch, 27. Dezember bis 29. Dezember 2021. Der 30. Dezember 2021 (Donnerstag) könne nicht als voller Arbeitstag gewertet werden, da der Nachprüfungsantrag der Vergabekammer bis zur Mittagszeit hätte übermittelt werden müssen, damit dieser eine Prüfung auf offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit nach § 163 Abs. 2 Satz 1 GWB sowie eine Information der Vergabestelle vor Ablauf der Wartefrist noch möglich gewesen wäre.

Versendungszeitpunkt sowie Zuschlagstermin hätten damit dazu geführt, dass den unterlegenen Bietern lediglich etwa 4,5 Arbeitstage zur Verfügung gestanden hätten, um eine Entscheidung über die Anfechtung der Vergabeentscheidung zu treffen und entsprechende rechtliche Schritte einzuleiten. Ein solcher Zeitraum von circa 4,5 Arbeitstagen (unter Einschluss des 24. Dezember) liege an der untersten Grenze der noch tolerierbaren faktischen Verkürzung des Zeitraums für die Überprüfung und Entschlie-ßung, ob ein Nachprüfungsantrag eingereicht werden soll sowie für die Abfassung desselben.

Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls führe die Verkürzung vorliegend aber nicht dazu, dass die Wartefrist nach § 134 GWB nicht zu laufen begonnen hätte. Denn nicht die von der Auftraggeberin verursachte faktische Verkürzung des Überprüfungs- und Entschlie-ßungszeitraums, sondern die mangelnde Organisation der Urlaubsvertretung des zuständigen Sachbearbeiters bei der Antragstellerin habe die verspätete Stellung des Nachprüfungsantrags bewirkt.

Rechtzeitige Reaktion

Zudem sei die Antragstellerin ohne große Entscheidungs- und Überlegungsfrist in der Lage gewesen, substantiiert zu rügen und kurzfristig einen Nachprüfungsantrag zu stellen, sobald der zuständige Sachbearbeiter von der Vergabeentscheidung Kenntnis erlangt hatte. Als Teilnehmerin an dem Vergabeverfahren habe die Antragstellerin ferner mit einer Vergabeentscheidung gegen Jahresende rechnen müssen.

Die Mitteilung nach § 134 GWB sei zudem nicht nur in ihren

Machtbereich gelangt, sondern sei von ihr auch zur Kenntnis genommen und am 27. Dezember 2021 intern an den zuständigen Sachbearbeiter weitergeleitet worden. Eine rechtzeitige Reaktion der Antragstellerin sei allein dadurch verhindert worden, dass der Sachbearbeiter offenbar ohne Stellvertretung im Urlaub gewesen sei und im Unternehmen sonst niemand die Bedeutung und die zeitliche Brisanz der Mitteilung nach § 134 GWB erkannt habe.

Im Übrigen habe die Auftraggeberin in der Auftragsbekanntmachung auch darauf hingewiesen, dass Bemusterungen beziehungsweise Prüfungen innerhalb von 2 Tagen nach schriftlicher Aufforderung zu ermöglichen seien und bei Nichtbeachtung dieser Vorgabe der Ausschluss des Angebots drohe. Auch insofern habe die Antragstellerin dafür Sorge tragen müssen, dass inhaltlich ein Ansprechpartner erreichbar gewesen sei.

Die Antragstellerin habe die zentrale E-Mailadresse in den Firmenstammdaten der E-Vergabe hinterlegt. Der zuständige Sachbearbeiter samt Kontakt-E-Mailadresse sei dabei lediglich als konkrete Ansprechperson für den Fall der Auftragserteilung, der Vereinbarung eines Vorführtermins sowie der Wartungen vorgesehen gewesen.

Organisatorischen Defizite

Nach den Angaben in ihrem Angebot habe die Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt mindestens 62 Angestellte beschäftigt, sodass es ihr auch bezüglich ihrer Größe zuzumuten sei, einen Stellvertreter für den Sachbearbeiter vorzuhalten. Ferner geht die Vergabekammer davon aus, dass die Antragstellerin – hätte eine handlungsbefugte Person rechtzeitig auf die Mitteilung nach § 134 GWB reagiert – keinen längeren Prüfungszeitraum für die Entscheidung über die Einlegung eines Rechtsmittels benötigt hätte. Jedenfalls habe sie – nachdem der Sachbearbeiter am 3. Januar 2022 die Vorinformation zur Kenntnis genommen hatte – am 3. und 4. Januar 2022 sehr schnell substantiiert rügen und bereits am 6. Januar 2022 anwaltlich vertreten einen Nachprüfungsantrag stellen können. Damit stehe nach Auffassung der Vergabekammer fest, dass die Antragstellerin nicht primär durch die faktische Verkürzung des Überprüfungs- und Entschlie-ßungszeitraums an der rechtzeitigen Stellung des Nachprüfungsantrags gehindert worden sei, sondern durch ihre organisatorischen Defizite bei der Vertretung des zuständigen Sachbearbeiters. > FV

Ausschreibungen in Bayern

Das eVergabe-Portal

DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER



www.staatsanzeiger-eservices.de

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH, Arnulfstraße 122, 80636 München
Telefon: (+49) 89/290142-30, E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de

Für Ausschreiber

- Editier- und speicherbare Formulare
- Schnittstellen zu allen relevanten Plattformen und der Bayerischen Staatszeitung
- Zertifiziert und vergaberechtskonform
- Komplette Vergabe-Abwicklung online
- für öffentlich, freihändig oder beschränkt

Für Bewerber

- Gezielte Suche nach Aufträgen
- Öffentliche und private Ausschreibungen
- Größtes Angebot in Bayern
- Download von Vergabeunterlagen
- Upload Ihrer Angebotsabgabe
- GAEB online


Staatsanzeiger
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATZEITUNG