



Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Nicht Bestandskräftig

- Eine wirksame Aufhebung kann nicht im NpVf angefochten werden.
Ausnahme: „Scheinaufhebung“ – in Anlehnung an OLG Düsseldorf.
- Eine „Scheinaufhebung“ liegt vor, wenn VgSt die ausgeschriebene Leistung im Wesentlichen unverändert im Anschluss an eine Aufhebung vergeben will.
- Erstrebt eine VgSt anstelle eines DV-Programmsystems nach Aufhebung eine Entwicklungspartnerschaft (Lieferung von einigen Programmelementen und gemeinsame Entwicklung von nicht lieferbaren Programmelementen), handelt es sich um eine im Wesentlichen nicht gleiche Leistung.
- Die Rügeobliegenheit besteht nur, wenn das VgVf nach außen wirksam eingeleitet wurde.
- Ein Antrag auf vorbeugenden Rechtsschutz hat Erfolg, wenn die hinreichend konkrete Möglichkeit besteht, dass eine VgSt rechtswidrigerweise ohne förmliches Verfahren mit Bekanntmachung oder sonstige vorherige Information der Ast einen Beschaffungsvertrag schließt.
- Die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Vergabebekanntmachung liegen nicht vor, wenn die grundlegenden Bedingungen des ursprünglichen Auftrags geändert werden.
- Kostenteilung, da in Bezug auf das aufgehobene VgVf die Ast, in Bezug auf das künftige VgVf die VgSt unterliegt.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren wegen des Vergabeverfahrens zur Beschaffung eines Klinik-DV-Systems zur stufenweisen Einführung in den Kliniken des XXXXXXXXX

Az.: VK 13/01

der P
Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte

Antragstellerin

gegen

den X
Verfahrensbevollmächtigter: Herrn K.

Vergabestelle

hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster in der Besetzung mit

- | | | |
|----|--|------------------------------|
| 1. | Oberregierungsrätin Annegret Schulte-Althoff | als Vorsitzende |
| 2. | Oberregierungsrat Jörg Knebelkamp | als hauptamtlicher Beisitzer |
| 3. | Herrn Wolfgang Rathgen | als ehrenamtlicher Beisitzer |

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31. Mai 2001 am 08. Juni 2001 entschieden:

1. Der Vergabestelle wird aufgegeben, den Auftrag zur Beschaffung eines Klinik-DV-Systems zur stufenweisen Einführung in ihren Kliniken nicht unter Verzicht auf eine Vergabebekanntmachung zu erteilen.
2. Im übrigen wird der Nachprüfungsantrag verworfen.
3. Die Vergabekammer erhebt Gebühren in der Höhe von 8.000 DM.
4. Die Kosten der Vergabekammer tragen die Beteiligten je zur Hälfte. Die Vergabestelle ist vom Tragen der Gebühren befreit.
5. Die Kosten der Beteiligten werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe:

I.

Die Vergabestelle betreibt 20 Krankenhäuser und Einrichtungen mit vorwiegend psychiatrischer Ausrichtung. Sie hatte im August 2000 im nicht offenen Verfahren die Beschaffung eines Klinik-DV-Systems zur stufenweisen Einführung in ihren Kliniken ausgeschrieben. Das ausgeschriebene System sollte 10 verschiedene Funktions- und Anwendungsbereiche abdecken und unter anderem das bislang benutzte Programm "Patientenverwaltung und -abrechnung" ersetzen. Der Auftrag sollte die Beschaffung von Software und Hardware beinhalten und die Lieferung, Implementierung und Überführung in den Routinebetrieb umfassen. Zur Durchführung der Beschaffung und zur Vorbereitung der wesentlichen Entscheidungen im Vergabeverfahren bediente sich die Vergabestelle eines Software-Beratungsunternehmens, das die Angebotsauswertung vorbereitete; außerdem wurden eine Projektgruppe, die die wesentlichen verfahrensleitenden Entscheidungen traf, und eine Teilprojektgruppe für den Teilbereich der medizinisch-pflegerischen Dokumentation eingerichtet.

Nach Bewertung der Teilnahmeanträge forderte das Beratungsunternehmen 10 Bewerber zur Abgabe eines Angebots auf. Darunter war auch die Antragstellerin. Die erwartete Leistung wurde durch eine 186 Seiten umfassende Unterlage beschrieben, in der Ziele, Elemente und Anforderungen an das System aufgeführt waren.

Unter dem 25.10.2000 übersandte das Software-Beratungsunternehmen den Bewerbern eine überarbeitete Ausschreibungsunterlage, in der die Bewerber durch standardisierte Antwortmöglichkeiten Angaben über die Erfüllung der einzelnen Funktionen machen sollten. Der Termin für die Abgabe der Angebote wurde auf den 17.11.2000, 12 Uhr verschoben.

Die Antragstellerin und sieben weitere Unternehmen haben ein Angebot abgegeben. Zunächst wurden vier Angebote als wertungstauglich angesehen, darunter auch das der Antragstellerin. Die detaillierte inhaltliche Bewertung ergab dann jedoch ausweislich der Bewertungszusammenfassung, dass das Angebot der Antragstellerin unter den vier wertungstauglichen als schlechtestes bewertet wurde. In einer zusammenfassenden Bewertung wurde festgestellt, alle wesentlichen psychiatrie-spezifischen Funktionsanforderungen würden nicht erfüllt, ein Archivsystem sei nicht angeboten worden und preislich liege das Angebot mehrere Millionen DM über den anderen. In der Folge hat sich die Vergabestelle zwischen dem 16.01.2001 und dem 22.01.2001 nur noch von den übrigen drei Bietern deren Angebote in einer Präsentation darstellen lassen. Die Projektgruppe hat in ihrer Sitzung vom 20.02.2001 das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin damit begründet, dass das von ihr vorgelegte Programm nicht erkennen lasse, dass es eine für die Vergabestelle anwendbare Lösung liefere und das Angebot auf Grund sehr unklarer Aussagen nicht bewertbar sei.

Ein weiteres Angebot wurde wegen des Nicht-Erfüllens einer als Ausschlusskriterium angesehenen Anforderung ausgeschlossen. Auch die verbleibenden beiden Angebote erfüllten nach Feststellungen der Vergabestelle wesentliche Funktionsanforderungen nicht. Ausdrücklich wurde in einem zusammenfassenden Vermerk erwähnt, diese beiden Anbieter böten eine Entwicklungspartnerschaft zur Umsetzung von nicht erfüllten Anforderungen an. Eines dieser Angebote wurde von der Projektgruppe favorisiert.

Am 08.03.2001 fand ein Gespräch von Vertretern der Vergabestelle, darunter dem Leiter der Projektgruppe, mit einem Wirtschaftsberatungsunternehmen statt, aufgrund dessen das Wirtschaftsberatungsunternehmen unter dem 19.03.2001 der Vergabestelle ein Angebot für die Begleitung des Projekts unterbreitete. Das Wirtschaftsberatungsunternehmen leitete das Angebotsschreiben damit ein, dass aufgrund einer diesbezüglichen Ausschreibung das von der Projektgruppe favorisierte Unternehmen als möglicher Vertragspartner ins Auge gefasst würde und dass mit diesem, namentlich genannten Unternehmen nunmehr möglichst kurzfristig Vertragsverhandlungen aufgenommen werden sollten. Mit am 06.04.2001 von der zuständigen Abteilungsleiterin unterzeichneten Schreiben nahm die Vergabestelle dieses Angebot an. Daraufhin legte das Wirtschaftsberatungsunternehmen der Vergabestelle jeweils einen Entwurf für einen Vorvertrag und einen Generalunternehmervertrag vor, in denen das favorisierte Unternehmen als Vertragspartner eingetragen war. Bei Erfolg einer ersten Testphase sollte der Generalunternehmervertrag geschlossen werden. Dieser sah die Aufspaltung des Gesamtprojekts in Abnahmeeinheiten vor, wobei zunächst eine Konzeptionsphase vorgeschaltet werden sollte.

Unter dem 12.03.2001 teilte das Fachamt der Vergabestelle dem Rechnungsprüfungsamt mit, dass keine der anbietenden Firmen die Anforderungen in ausreichendem Umfang erfülle und daher beabsichtigt sei, die Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1 Buchstabe a der VOL/A aufzuheben. Da eine erneute Ausschreibung kein anderes Ergebnis verspreche, solle gemäß § 26 Nr. 5 VOL/A in Verbindung mit „§ 3a, Ziffer 2a VOL/A“ ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung mit der Firma, deren Angebot den höchsten Abdeckungsgrad mit dem Pflichtenheft erreicht hat, begonnen werden.

In seiner Prüfungsniederschrift vom 20.04.2001 wies das Rechnungsprüfungsamt unter Verweis auf § 3 a Nr. 1 Abs. 4 Buchst. a VOL/A darauf hin, dass bei Inanspruchnahme dieser

Möglichkeit der Vergabe in einem Verhandlungsverfahren bei nicht grundlegend geänderten Auftragsbedingungen von einer erneuten Vergabebekanntmachung dann abgesehen werden könne, wenn alle Bewerber einbezogen würden, die nicht nach § 23 Nr. 1 VOL/A – also aus formalen Gründen – ausgeschieden worden sind. Auch auf die Möglichkeit eines Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung nach § 3a Nr. 1 Abs. 4 Buchst. b VOL/A wurde hingewiesen.

Das Software-Beratungsunternehmen hat mit Schreiben vom 26.03.2001 den Bietern, mit Schreiben vom 02.04.2001 dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG die Aufhebung der Ausschreibung nach „§ 26 Nr. 1a VOL/A“ mitgeteilt.

Die Antragstellerin hat diese Mitteilung ausweislich ihres Eingangsstempels am 29.03.2001 erhalten. An demselben Tag oder am Folgetag kam es zu einem Telefonat zwischen dem Geschäftsführer der Antragstellerin und dem Leiter der Projektgruppe.

Unter dem 30.03. und dem 10.04.2001 hat die Antragstellerin – zuletzt unter Terminsetzung bis zum 18.04.2001 – das Software-Beratungsunternehmen um die Benennung der zuständigen Vergabeprüfstelle gebeten. Das Beratungsunternehmen hat der Antragstellerin unter dem 05.04.2001 schriftlich mitgeteilt, dass eine Vergabeprüfstelle nicht benannt werden könne, da es sich bei dem Vergabeverfahren um eine beschränkte Ausschreibung mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb gehandelt habe und wegen der durchgeführten Aufhebung eine Vergabe in dem Verfahren nicht beabsichtigt werde.

Unter dem 12.04.2001 hat sich die Antragstellerin schriftlich an die Vergabestelle selbst gewandt. Sie hat Bezug genommen auf das Gespräch mit dem Projektleiter der Vergabestelle, in dem die Prozedur der Ausschreibung als überprüfungsbedürftig bezeichnet worden sei, ihr Unverständnis darüber geäußert, dass ihr mitgeteilt worden sei, dass kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspreche, und Gründe dafür angeführt, warum zumindest ihr eigenes Angebot die Ausschreibungsbedingungen erfülle. So habe sie die ihr vorgelegten Fragen überwiegend dahingehend beantwortet, dass die geforderten Elemente im Angebot enthalten seien oder bis zur Inbetriebnahme angepasst würden oder dass sie realisiert würden, aber im Angebotspreis enthalten seien. Nur bei wenigen Anforderungen sei geantwortet worden, diese könnten realisiert werden und seien nicht im Angebotspreis enthalten. Da die Software der Antragstellerin extrem hoch konfigurierbar sei, sei es kein Problem, für die Besonderheiten psychiatrischer Krankenhäuser eine Realisierung zuzusagen. Da die Projektlaufzeit auf drei Jahre angelegt sei, sei es zumutbar, dass eventuell noch fehlende Funktionalitäten innerhalb von wenigen Monaten nachträglich entwickelt würden.

Das Schreiben schloss mit der Bitte, die geübte Vergabepraxis zu prüfen, insbesondere die Aufhebung der Ausschreibung, mit der die Antragstellerin sich nicht einverstanden erklärte. Sie behielt sich vor, einen Nachprüfungsantrag zu stellen.

Daraufhin hat die Vergabestelle gegenüber der Antragstellerin unter dem 02.05.2001 die Aufhebung damit begründet, dass keines der vorliegenden Angebote in ausreichendem Maße den Ausschreibungsunterlagen entspreche, und auch die Adresse der zuständigen Vergabekammer genannt.

Mit Schriftsatz vom 27.04.2001 hat die Antragstellerin die Nachprüfung beantragt. Dieses

Schreiben, das per Einschreiben mit Rückschein übersandt wurde, ging bei der Bezirksregierung Münster am 02.05.2001 und bei der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster am 03.05.2001 ein.

Nach eidesstattlicher Versicherung des Geschäftsführers der Antragstellerin hat der Leiter der Projektgruppe der Vergabestelle in dem bezeichneten Telefonat die Aufhebung nach § 26 Nr. 1 a VOLA bestätigt und angekündigt, dass die Vergabestelle die freihändige Vergabe der Leistung durchführen werde. Dies sei dort so üblich und wäre in der Vergangenheit immer so gemacht worden. Weiterhin sagt der Geschäftsführer aus, dass der Leiter der Projektgruppe geäußert habe, dass er nicht verstehen könne, warum sich der Geschäftsführer über dieses unfaire Verfahren beschwere, denn die Antragstellerin hätte nur auf Platz 4 der Bewertungsliste gestanden und hätte daher ohnehin nicht den Zuschlag bekommen. Die Vergabestelle bestreitet den von der Antragstellerin behaupteten Inhalt des Telefonats.

Nach Ansicht der Antragstellerin ist auch nach Aufhebung einer Ausschreibung ein Nachprüfungsverfahren zulässig. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Aufhebung der Ausschreibung nur zum Schein erfolgt sei, wovon vorliegend auszugehen sei, weil die Vergabestelle weiterhin ein starkes Interesse am Auftrag habe. Dass die Vergabestelle beabsichtige, trotz formeller Aufhebung des Vergabeverfahrens dem favorisierten Bieter den Zuschlag zu erteilen, ergebe sich daraus, dass sie vor Einleitung des Vergabeverfahrens mit diesem Bieter Verhandlungen geführt habe und dort Hausbesuche unternommen habe, was sich am 18.01. und am 31.01.2001 während des Vergabeverfahrens wiederholt habe. Weiterhin ergebe sich die Vergabeabsicht aus dem Protokoll der Sitzung der Projektgruppe vom 20.02.2001, in dem es heißt, die Arbeitsgruppe habe sich für das Projekt dieses Anbieters entschieden. Hinzu komme, dass der Vertragsentwurf, den das Wirtschaftsberatungsunternehmen für die Vergabestelle erarbeitet habe, ausdrücklich auf die Unterlagen der aufgehobenen Ausschreibung Bezug nehme.

In der mündlichen Verhandlung vertrat die Antragstellerin die Ansicht, eine Scheinaufhebung liege auch dann vor, wenn zwar Teile der Ausschreibung entfielen, das Ziel jedoch identisch bleibe. Das gelte auch dann, wenn entscheidende Aufgaben abweichend von der ursprünglichen Absicht durch Eigenleistung erbracht werden sollten. Der von der Vergabestelle als Neuheit angeführte Gedanke einer Entwicklungspartnerschaft sei bereits in der ursprünglichen Ausschreibung enthalten gewesen, weil die Gestaltung der Schnittstellen zwischen den einzelnen Programmen nur gemeinsam hätte erarbeitet werden können. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin auch Rücksprache mit dem Projektgruppenleiter der Vergabestelle genommen. Dieser habe ihr zugesichert, dass dem Auftragnehmer zwei Mitarbeiter der Vergabestelle zu 50 % der Arbeitszeit zur Verfügung stehen sollten. Sie habe dies so verstanden, dass die Mitarbeiter für das gesamte Projekt, auch für die Entwicklung der Softwarelösung, zur Verfügung stünden und dies auch in ihrem Angebotsschreiben zur Grundlage ihres Angebotes gemacht.

Außerdem habe die Vergabestelle für einzelne Systemkomponenten Bereitstellungstermine abgefragt; somit habe sie nicht, wie sie in der mündlichen Verhandlung behauptet hat, fertige sondern entwicklungsbedürftige Programme beschaffen wollen.

Zur Begründetheit führt die Antragstellerin aus, dass der angeführte Aufhebungstatbestand nicht vorliege. Nach ihrer zunächst geäußerten Ansicht kämen insbesondere formelle Mängel, etwa die Nichteinhaltung der Erfordernisse des § 21 VOL/A, als Aufhebungsgründe

in Frage. Dass diese jedoch nicht vorliegen könnten, belege die Tatsache, dass nach Mitteilung der Vergabestelle die Antragstellerin auf Platz 4 der Bewertungsliste gestanden habe und ihr Angebot daher inhaltlich bewertet worden sein müsse; dann habe es aber nicht aus formalen Gründen ausgeschlossen werden können. Weiterhin behauptet sie, ihr Angebot habe den Ausschreibungsunterlagen entsprochen und das Bewertungssystem der Vergabestelle sei fehlerhaft gewesen. Die Antragstellerin hat dazu eine Übersicht vorgelegt, in der sie einige Wertungskriterien anders als die Vergabestelle bewertet hat und unter Anwendung des von der Vergabestelle angewandten Bewertungssystems zu einem für sie günstigeren Gesamtpunktwert kommt. Aber selbst der von der Vergabestelle errechnete geringe Punktabstand zu den letzten drei Bietern rechtfertige die Annahme, dass ihr Angebot nicht den Anforderungen entspreche, ebenso wenig wie den Verzicht auf Informationsbesuche allein bei der Antragstellerin.

Zwar habe sie für eine Programmkomponente einen abweichenden Fertigstellungstermin angeboten; dies sei aber geschehen, weil ihr klar gewesen sei, dass die von der Vergabestelle vorgegebenen Termine angesichts des späten Abgabetermins für die Angebote und den Prüfbedarf nicht eingehalten werden könnten.

Die Antragstellerin beantragt zu erkennen,

das Ausschreibungsverfahren zur Beschaffung eines Klinik-Dv-Systems zur stufenweisen Einführung in den Kliniken der Vergabestelle, bekanntgemacht am 10.08.2000, wird fortgesetzt, hilfsweise erneut durchgeführt, äußerst hilfsweise wird festgestellt, dass der Antragstellerin Schadensersatz gem. § 126 GWB zusteht.

Die Vergabestelle beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen, da das beantragte Nachprüfungsverfahren sowohl bezüglich des Hauptantrags als auch bezüglich der Hilfsanträge unzulässig sei und die Anträge darüber hinaus auch unbegründet wären.

In dem Gespräch mit dem Geschäftsführer der Antragstellerin, das nach der Erinnerung des Leiters der Projektgruppe am 30.03.2001 stattgefunden hat, ist nach Darstellung der Vergabestelle die freihändige Vergabe nur als eine Möglichkeit der Fortsetzung der Vergabe neben der erneuten Ausschreibung und dem Verzicht auf weitere Maßnahmen bezeichnet worden.

Die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags ergebe sich daraus, dass im Zeitpunkt der Antragstellung das Vergabeverfahren bereits durch Aufhebung beendet gewesen sei.

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens sei auch zu Recht nach § 26 Nr. 1 a VOL/A erfolgt. Insbesondere das Angebot der Antragstellerin habe die ausdrücklich nachgefragten Funktionalitäten für den Einsatz in psychiatrischen Kliniken in den Bereichen „Medizin und Pflege“ und „Patientenverwaltung und –abrechnung“ nicht geboten und somit den Ausschreibungsbedingungen nicht entsprochen. Die Tatsache, dass die Antragstellerin im Bereich „Patientenverwaltung und –abrechnung“ nur in Bezug auf 49,3 % der gefragten Funktionen mit der standardisierten Antwort „A“ – Im Angebot enthalten, im Routinebetrieb im Einsatz, (bei Referenzen vorzeigbar), demonstrationsfähig – geantwortet habe, zeige, dass in Bezug auf die Mehrzahl der gefragten Funktionen Einschränkungen bestanden hätten.

Auch sei in den Fällen, in denen mit Antwort „C“ – wird realisiert, ist im Angebotspreis enthalten – geantwortet worden sei, in keinem Fall, obwohl gefordert, ein spezifizierter Realisierungstermin genannt worden. Bei dem angebotenen Archivsystem hätten generelle Archivierungsfunktionen gefehlt.

Auch die übrigen Angebote hätten den Anforderungen nicht voll entsprochen. Entgegen der Erwartung der Vergabestelle sei zum Beispiel kein fertiges Programm für die Patientengeldverwaltung angeboten worden; dasselbe gelte für andere Programme im Bereich der Psychiatrie. Im übrigen habe die Bewertung entgegen der Darstellung der Antragstellerin nicht in einem bloßen Auszählen von Antworten bestanden, vielmehr seien die Antworten nach einem vorher festgelegten System gewichtet worden.

Der Nachprüfungsantrag sei auch nicht etwa deswegen zulässig, weil er sich gegen eine Scheinaufhebung richte, bei der der Auftrag, der Gegenstand des Vergabeverfahrens gewesen sei, an einen der Bieter vergeben werden solle. Das Vergabeverfahren habe gezeigt, dass die gesuchte Leistung auf anderen Wegen angestrebt werden müsse. Nach Erkenntnis der Vergabestelle seien die angebotenen und am Markt verfügbaren Systeme gerade im Bereich der psychiatrischen Patientenverwaltung und –abrechnung äußerst unzulänglich. Es würden derzeit Überlegungen dahingehend angestellt, den Ansatz einer Entwicklungspartnerschaft, wie sie von dem in der Projektlenkungsgruppe favorisierten Unternehmen angeboten worden sei, aufzugreifen, um im Rahmen einer solchen Entwicklungspartnerschaft eine akzeptable Softwarelösung zu entwickeln. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin diesen Vortrag dahingehend ergänzt, dass eigene Erkenntnisse, Erfahrungen und Fähigkeiten in der Entwicklung von DV-Programmen insbesondere im psychiatrie-spezifischen Bereich eingebracht werden und dort Eigenentwicklungen in das Gesamtprogramm eingestellt werden sollen.

Die Wirtschaftsberatungsgesellschaft habe einen ersten Vertragsentwurf ausgearbeitet, der der Willensbildung innerhalb der Vergabestelle diene. Der Entwurf trage nur deswegen den Namen des von der Projektgruppe favorisierten Unternehmens, weil der Gedanke einer Entwicklungspartnerschaft von diesem Unternehmen ausgegangen sei. Tatsächlich hätten bisher mit keinem Unternehmen Verhandlungen stattgefunden.

Darüber hinaus sei nicht daran gedacht, einen Vertrag mit einem Bieter abzuschließen, der innerhalb des aufgehobenen Verfahrens in der Bewertung an hinterer Stelle gelegen habe. Selbst wenn mit dem favorisierten dritten Unternehmen verhandelt worden wäre, handelte es sich immerhin um den Bestbieter des vorangegangenen Verfahrens, während die Antragstellerin nicht zu den drei Anbietern gehöre, die die psychiatrie-spezifischen Funktionsanforderungen wenigstens teilweise erfüllt hätten.

Auch der Hilfsantrag, der sich auf das angeblich derzeit betriebene Verhandlungsverfahren bezieht, sei unzulässig, weil es ein solches Verfahren nicht gebe und ein vorbeugender Rechtsschutz gegen künftige Vergabeverfahren nicht vorgesehen sei. In diesem Zusammenhang wurde auf die Prüfungsbemerkung des Rechnungsprüfungsamts der Vergabestelle hingewiesen, nach der in einem Verhandlungsverfahren, das einer erfolglosen Ausschreibung nachfolge, alle nicht aus formalen Gründen ausgeschiedenen Bieter einzubeziehen seien.

Auch den auf Schadensersatz zielenden Hilfsantrag hält die Vergabestelle für unzulässig und

unbegründet.

In der mündlichen Verhandlung vermochte es die Vergabestelle nicht, ihre Absichten hinsichtlich der Beschaffung des betreffenden DV-Systems zu konkretisieren. Zur Zeit stehe noch nicht fest, wie weiter vorgegangen werden solle, ob die Entwicklungspartnerschaft noch einmal ausgeschrieben oder freihändig vergeben werden solle. Man wolle erst einmal den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens abwarten. Zu dem Prüfbericht des Rechnungsprüfungsamts der Vergabestelle vom 20.04.2001, in dem Bedenken gegen eine freihändige Vergabe geäußert wurden, habe man sich noch keine Gedanken gemacht.

In der mündlichen Verhandlung wurden die Beteiligten auf rechtliche Bedenken gegen die Durchführung eines Vergabeverfahrens über eine im Wesentlichen geänderte Leistung ebenso hingewiesen wie auf die rechtlichen Problematik, die in einer Weiterverfolgung der bestehenden Vergabeabsicht durch Verhandlung mit lediglich einem Bieter bestehen könnte.

Die Antragstellerin hat in die Vergabeakten Einsicht genommen, soweit sie von der Vergabestelle zur Akteneinsicht freigegeben wurden. I.ü. hat die Vergabekammer die Akteneinsicht verweigert.

Die Frist zur Entscheidung wurde von der Vorsitzenden bis zum 13.06.01 verlängert.

Für die Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, den Inhalt der beigezogenen Vergabeakte und die Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 31.05.2001 verwiesen.

II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist mit dem auf die erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens gerichteten Hilfsantrag zulässig, ansonsten unzulässig.

1.1. Die angerufene Vergabekammer ist zuständig, weil die Vergabestelle als durch Landesgesetz eingerichteter Verband von Gebietskörperschaften der mittelbaren Landesverwaltung angehört, der strittige Auftrag damit dem Land zuzurechnen ist (§ 100 Abs. 1 GWB) und die Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 106 Abs. 2 Satz 1 GWB in Verbindung mit § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NRW).

1.2. Der auf die Zuerkennung von Schadensersatz zielende Hilfsantrag ist bereits deswegen unzulässig, weil die Vergabekammer lediglich zur Feststellung und Beseitigung von Verletzungen von Rechten berufen ist, soweit sich diese Rechte auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren richten (§§ 104 Abs. 2 Satz 1, 114 Abs. 1 Satz 1 GWB). Schadensersatzansprüche sind vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen (§ 104 Abs. 2 Satz 2 GWB).

1.3. Soweit sich der Nachprüfungsantrag mit seinem Hauptantrag gegen die Aufhebung des im August 2000 bekannt gemachten Vergabeverfahrens richtet, ist er ebenfalls unzulässig. Dieses Vergabeverfahren war bei Eingang des Nachprüfungsantrags bei der Bezirksregierung, bei der diese Vergabekammer eingerichtet ist, also am 02.05.2001, wirksam beendet (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.03.2000, Verg 4/00), da es die Vergabestelle vorher durch

Aufhebung aufgehoben hatte.

Ein Nachprüfungsantrag muss zu einem Zeitpunkt gestellt werden, zu dem das betreffende Vergabeverfahren noch nicht beendet ist. Ein Nachprüfungsverfahren in Bezug auf ein Vergabeverfahren, das – sei es infolge einer Aufhebung oder aus sonstigen Gründen – im Zeitpunkt der Antragstellung schon wirksam beendet war, ist unzulässig. Das ergibt sich aus den Bestimmungen der §§ 107 Abs. 2 Satz 1 sowie 114 Abs. 2 Satz 2 GWB, die darauf zielen, die Chance auf einen begehrten Auftrag zu erhalten, also Primärrechtsschutz zu gewährleisten. Die erstgenannte Vorschrift, die die Antragsbefugnis regelt, verlangt ein aktuelles Interesse des antragstellenden Unternehmens an der Auftragserteilung. Ist das zugrundeliegende Vergabeverfahren aber bereits wirksam beendet, kann in Bezug auf dieses Verfahren allenfalls früher ein Interesse bestanden haben (grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.1999, Verg 1/99.; zuletzt BKartA – 1. VK des Bundes, Beschluss vom 09.04.2001, Az.: VK 1 – 7/01). Ob die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Aufhebung vorgelegen haben, ist für die Wirksamkeit der Aufhebung nicht ausschlaggebend, kann aber für die Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche von Bedeutung sein. Zu prüfen, ob die Voraussetzungen für Schadensersatz vorgelegen haben, obliegt den Vergabekammern aber nur, wenn sich das Nachprüfungsverfahren durch Beendigung des Vergabeverfahrens nach Einleitung der Nachprüfung erledigt hat (aus: § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB; OLG Düsseldorf, ebd.). Ansonsten unterliegt eine Aufhebungsentscheidung nicht der Vergabenachprüfung.

Diese durch den deutschen Gesetzgeber geschaffene Rechtslage steht nicht im Widerspruch zur Nachprüfungsrichtlinie 89/665/EWG. Diese bestimmt in Art. 2 Abs. 1 Buchst. b außer für die Streichung bestimmter Spezifikationen nicht, welche rechtswidrigen Entscheidungen durch eine Nachprüfung angreifbar sein sollen. Dies hat auch der Europäische Gerichtshof in seinem Alcatel-Urteil vom 28.10.1999 (Rechtssache C – 81/98, Slg. 1999, I-7671; Fischer/Noch, EzEG Vergaberecht I 44) festgestellt, in dem er allein für die Zuschlagsentscheidung festgestellt hat, dass sie einer korrigierenden Nachprüfung zugänglich sein müsse. Im Übrigen zielt die Nachprüfungsrichtlinie auf die Durchsetzung der Gemeinschaftsvorschriften, zu denen die Aufhebungsregeln des § 26 VOL/A gerade nicht gehören. Auch die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung sind durch eine entgegen § 26 VOL/A zustande gekommene Aufhebung grundsätzlich nicht verletzt. Eine Rechtsnorm, auf deren Einhaltung sich ein Bieter berufen könnte und nach der einem geeigneten Unternehmen mit dem wirtschaftlichsten Angebot der Zuschlag erteilt werden muss, gibt es weder im deutschen noch im Gemeinschaftsrecht. (vgl. OLG Düsseldorf, ebd.) Dies gilt trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlauts des § 25 Nr. 3 VOL/A.

1.4. Die Antragstellerin kann das betreffende Vergabeverfahren auch nicht etwa mit der Begründung angreifen, die Vergabestelle habe das Vergabeverfahren nur zum Schein aufgehoben, verfolge ihre Vergabeabsicht aber im wesentlichen unverändert weiter und wolle unter Mißbrauch der Möglichkeit der Beendigung des Vergabeverfahrens einem ihr genehmen Bieter den Auftrag zukommen lassen, obwohl dieser nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.03.2000, Az. Verg 4/00).

Wäre dies der Fall, bestünde möglicherweise das Interesse am immer noch zur Vergabe vorgesehenen Auftrag fort, und ein antragstellender Bieter wäre in seinem Anspruch auf eine diskriminierungsfreie Wertung seines Angebots verletzt. Dieser Fall ist von dem Fall zu unterscheiden, dass eine Vergabestelle im Anschluss an eine Aufhebung eine im Wesentlichen andere Leistung vergeben will, weil der Vertragsschluss dann gerade nicht auf der Grundlage des

abgegebenen Angebots erfolgt, sondern eine im Vergabeverfahren unzulässige Änderung des Angebots voraussetzen würde (§24 VOL/A). Wesentliche Änderungen können daher auch zu Änderungen im potentiellen Bieterkreis führen. Um dem Grundsatz der Transparenz und Chancengleichheit im Wettbewerb Rechnung zu tragen und bislang nicht beteiligten Bietern und Bewerbern, die sich für die neu auszuschreibende Leistung für geeignet halten, die Chance auf Beteiligung am neuen Vergabeverfahren zu geben, müsste nach dem insoweit eindeutigen Vergaberecht zunächst ein neues Vergabeverfahren eingeleitet werden. Der Anspruch eines im ersten Verfahren beteiligten Bieters kann sich dann nur auf Beteiligung am neuen Vergabeverfahren richten.

Der Fall, dass die Vergabestelle den Auftrag im Wesentlichen unverändert vergeben will und das Vergabeverfahren zur Verschleierung dessen nur zum Schein aufhebt, liegt hier nicht vor.

Das Ergebnis der Prüfung der Vergabestelle war nach den zusammenfassenden Ergebnissen der Wertung der einzelnen Angebote, dass keines der Angebote in der vorliegenden Form alle Anforderungen erfüllt. Auch aus dem Protokoll der letzten Sitzung der Projektgruppe geht nur hervor, dass das Angebot des favorisierten Unternehmens den Anforderungen nur „am besten entspricht“ also nicht unbedingt voll entspricht. Im übrigen bestanden bei dieser Sitzung ausweislich des Protokolls Bedenken hinsichtlich der rechtlichen Absicherung der Interessen der Vergabestelle, die nach Empfehlung der Projektgruppe bei der Vertragsgestaltung nach Möglichkeit berücksichtigt werden sollten.

Auch der von dem Wirtschaftsberatungsunternehmen vorgelegte Entwurf für ein Vertragswerk enthält neue, vorher nicht vorhandene Vertragsinhalte. Eine wesentliche neue Komponente dieses Vertragswerkes ist eine Konzipierungsphase, in der einzelne Elemente des Gesamtsystems entwickelt werden sollten. Darin sieht die Vergabekammer einen Ansatz zur Umsetzung des Gedankens einer Entwicklungspartnerschaft, der den Absichten zumindest derjenigen Vertreter der Vergabestelle entsprochen haben dürfte, die am 08.03.2001 das Gespräch mit dem Wirtschaftsberatungsunternehmen geführt haben. Die Vergabekammer erkennt darin eine wesentliche Abweichung zur zunächst ausgeschriebenen Leistung, weil diese die Einführung eines Programmsystems vorsah, dessen Komponenten zum Zeitpunkt der Auftragserteilung bereits fertig entwickelt oder in absehbarer Zeit zu entwickeln sein sollten. Eine Zusammenarbeit der Vergabestelle mit dem Auftragnehmer bei der Erarbeitung von Schnittstellen mit vorhandenen Systemen ist eine notwendige Maßnahme der Anpassung von neuen an alte Programme, bei der die Mitarbeit von Vertretern des Auftraggebers selbstverständlich ist, wenn diese die vorhandenen Programme kennen und sogar entwickelt haben; eine Partnerschaft bei der Entwicklung eines neuen Programmsystems ist dies noch nicht. Dass die Vergabestelle eine Zusammenarbeit zur Entwicklung neuer Programmkomponenten gewünscht hat, ergibt sich aus der Vergabeakte nicht, insbesondere nicht aus Seite 20 der Ausschreibungsunterlagen, wo davon die Rede ist, dass erwartet wird, dass der Systemanbieter die Schnittstellen realisiert.

1.5. Der Nachprüfungsantrag ist allerdings zulässig, soweit er sich auf die Beteiligung der Antragstellerin an einem künftigen Vergabeverfahren richtet, mit dem die Vergabestelle ihre Beschaffungsabsicht verwirklichen will.

1.5.1. Da die Vergabestelle das im August 2000 eingeleitete Vergabeverfahren wirksam aufgehoben hat, kann sie ihre Beschaffungsabsicht, die grundsätzlich weiter besteht, nur durch Handlungen verwirklichen, die als neues Vergabeverfahren zu werten sind. Dass sie dies zu tun beabsichtigt, ist unstrittig. Unklar ist derzeit lediglich das Wie. Somit kann die

Antragstellerin grundsätzlich die Chance auf Teilnahme an diesem Vergabeverfahren beanspruchen.

Dies hat sie mit dem Nachprüfungsantrag formell getan, indem sie mit ihrem Hilfsantrag die erneute Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens beantragt hat. Die Vergabekammer, die an die Anträge nicht gebunden ist (§ 114 Abs. 1 Satz 2 GWB) und Anträge als Willenserklärungen nach §§ 133, 157 BGB auszulegen hat, versteht das mit dem bezeichneten Hilfsantrag zum Ausdruck gekommene Begehren so, dass es auf die Teilnahme der Antragstellerin an einem neuen Vergabeverfahren zielt.

1.5.2. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag dadurch dokumentiert, dass sie im aufgehobenen Vergabeverfahren ein drei Aktenordner umfassendes umfangreiches Angebot abgegeben hat, das derartig aussagekräftig war, dass die Vergabestelle es zunächst in die inhaltliche Bewertung genommen und erst nach inhaltlicher Bewertung abgelehnt hat, und dass sie in ihrem Nachprüfungsantrag verdeutlicht, dass dieses Angebot Grundlage eines Angebots in einem neuen Vergabeverfahren sein soll.

1.5.3. Ein möglicher Schaden für die Antragstellerin ergibt sich daraus, dass die Vergabestelle deutlich gemacht hat, dass sie die Antragstellerin am neuen Vergabeverfahren nicht beteiligen will. Zwar hat sich die Antragstellerin vorwiegend mit dem von ihr behaupteten Fehlen der Voraussetzungen für eine Aufhebung des ursprünglichen Vergabeverfahrens auseinander gesetzt. Dabei wird jedoch auch deutlich, dass die Antragstellerin durch eine Entscheidung der Vergabestelle für eine freihändige Vergabe ohne die Beteiligung der Antragstellerin beschwert ist und ein möglicher Schaden durch die Entziehung der Chance auf den Zuschlag droht.

1.5.4. Der Antragstellerin kann nicht entgegengehalten werden, sie habe die Rügeobliegenheit des § 107 Abs. 3 GWB nicht erfüllt. Eine Rügeobliegenheit kann nur dann entstehen, wenn die Vergabestelle ein Vergabeverfahren nach außen wirksam eingeleitet hat. Eine Rügeobliegenheit eines potenziellen Bewerbers ohne Bezug zu einem gegenüber dem Antragsteller bekannt gemachten Vergabeverfahrens gibt es nicht, erst recht dann nicht, wenn eine Vergabestelle durch die Verweigerung von Verhandlungen mit einem potenziellen Bewerber ein Treueverhältnis (vgl. Gesetzesbegründung der Bundesregierung zu § 117 GWB a.F. in BTagsdrucks. 13/9340, S. 17) gar nicht erst entstehen lässt, das die Grundlage der Rügeobliegenheit ist (vgl. Jaeger, Public Private Partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, Heft 1, S. 11, 12).

So aber liegt der Fall hier. Nach Aufhebung des nicht offenen Verfahrens ist die Grundlage für die Rügeobliegenheit entfallen, die in Bezug auf die Vergabe eines neu formulierten Auftrags deswegen nicht entstanden ist, weil die Vergabestelle mit der Antragstellerin Verhandlungen, die zum Abschluss eines Vertrages führen können, nicht aufgenommen hat.

Im übrigen wäre das Verhalten des Geschäftsführers der Antragstellerin während des mit dem Projektgruppenleiter der Vergabestelle wohl am 30.04.2001 geführten Telefonats durchaus als Rüge zu werten. Die Antragstellerin hat glaubhaft gemacht, dass sie die – tatsächliche oder mögliche - Absicht der Vergabe in einem freihändigen Verfahren ohne ihre Beteiligung in diesem Gespräch erfahren hat. Weiterhin führt sie an, ihr Geschäftsführer habe dies sofort als Vergaberechtsverstoß bewertet und sich in diesem Telefonat darüber beschwert. Auch wenn der einzelne Vorwurf nicht deutlich geworden sein sollte, konnte der Telefonpartner von der

Vergabestelle feststellen, dass der Anrufer sehr erregt und weder mit der Aufhebung des Vergabeverfahrens noch mit einer Vergabe des Auftrags ohne seine weitere Beteiligung einverstanden war. Der Zweck der Rügeobliegenheit des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, einem Auftraggeber Gelegenheit zur Prüfung und Korrektur eines Vergabefehlers zu geben, wurde damit erfüllt. Eine nähere Begründung der Rüge, die sich mit den einschlägigen Rechtsvorschriften auseinandersetzt, kann die Vergabestelle angesichts ihrer ebenfalls nur fernmündlichen, gelegentlich eines Anrufs der Antragstellerin erfolgten Information nicht beanspruchen.

1.5.5. Der für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der Vergabestelle geltende Schwellenwert von 200.000 Euro ist überschritten. Dies ergibt sich bereits aus den Angeboten im aufgehobenen Verfahren, denen einige von der Vergabestelle erwartete Elemente fehlten und- soweit sie in die Bewertung genommen wurden – Angebotspreise aufwiesen, die über 7.000.000 DM lagen. Der jetzt ins Auge gefasste Auftrag umfasst die im aufgehobenen Verfahren geforderten Funktionen und beinhaltet darüber hinaus eine Entwicklungspartnerschaft bezüglich nicht sofort lieferbarer Funktionen. Er dürfte daher vom Auftragsvolumen nicht unter dem des aufgehobenen Vergabeverfahrens liegen.

II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

2.1. Der Antrag zielt auf vorbeugenden Rechtsschutz, da er sich gegen eine Absicht, nicht jedoch gegen eine Entscheidung in einem Vergabeverfahren richtet.

Die Antragstellerin ist vorliegend ausnahmsweise berechtigt, in einem Vergabenachprüfungsverfahren das Verhalten der Vergabestelle überprüfen zu lassen, auch wenn eine nach außen gerichtete, eine Entscheidung in einem Vergabeverfahren darstellende Handlung noch nicht vorliegt. Es ist ihr in der vorliegenden Fallkonstellation nicht zumutbar ist, eine solche Handlung abzuwarten.

Es besteht nämlich die hinreichend konkrete Möglichkeit, dass die Vergabestelle mit dem im aufgehobenen Vergabeverfahren favorisierten Unternehmen ohne ein weiteres förmliches Vergabeverfahren mit Vergabebekanntmachung einen Vertrag schließt, ohne dass die Antragstellerin nähere Informationen zum Stand des anstehenden Vergabeverfahrens und von der beabsichtigten Auftragserteilung erhält. Die Vergabeabsicht besteht nach dem Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens in modifizierter Form fort und soll auch ggfs. zeitnah realisiert werden.

Die Vergabestelle hat in dem Bewusstsein, dass die eingegangenen Vertragsangebote den Anforderungen sämtlich nicht entsprechen, der Antragstellerin gegenüber zunächst telefonisch geäußert, dass sie nach dem Scheitern des nicht offenen Verfahrens eine freihändige Vergabe für möglich hält – oder nach der weitergehenden Darstellung der Antragstellerin eine freihändige Vergabe sogar beabsichtigt. Der an das Rechnungsprüfungsamt gerichtete Vermerk und das Angebotsschreiben des Wirtschaftsberatungsunternehmens, das auf einem Gespräch mit Vertretern der Vergabestelle basiert, verdeutlichen, dass eine solche Vergabeabsicht zum Zeitpunkt des Telefonats

bestand. Die Darstellung des Geschäftsführers der Antragstellerin ist somit glaubhaft. Zwar hat das Rechnungsprüfungsamt nach dem betreffenden Telefonat rechtliche Bedenken gegen die beabsichtigte Vorgehensweise geäußert. Die Vergabestelle ist jedoch nach außen weder gegenüber der Antragstellerin noch im Nachprüfungsverfahren einschließlich der mündlichen Verhandlung von der Möglichkeit der freihändigen Vergabe an ein anderes Unternehmen abgewichen.

Der Antragstellerin ist nicht zuzumuten, zunächst das weitere Vorgehen der Vergabestelle abzuwarten und einen eventuellen Vertragsabschluss zu riskieren, um sich dann erst gegen das ggfs nicht förmlich durchgeführte Vergabeverfahren wehren zu können. Die rechtlichen Folgen eines Vertragsschlusses ohne die Durchführung des erforderlichen förmlichen Vergabeverfahrens sind noch zu ungewiss. Eine gefestigte Rechtsprechung zu krassen Fehlern im Vergabeverfahren fehlt derzeit. Die Antragstellerin kann daher nicht auf eine gesicherte Nichtigkeit des Vertragsschlusses, sei es aus § 134 BGB i.V.m. § 13 VgV, sei es aus § 138 BGB, verwiesen werden, die ein weiteres Zuwarten als zumutbar erscheinen ließe.

2.2. Eine Vergabe ohne vorherige erneute Bekanntmachung verstieße gegen geltendes Vergaberecht.

Als öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 3 GWB hat die Vergabestelle den 2. Abschnitt der VOL/A bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen anzuwenden.

Wenn die Vergabestelle zu der Erkenntnis kommt, dass keines der vorgelegten Angebote den Ausschreibungsbedingungen entspricht, so scheint ein Verzicht auf eine Vergabebekanntmachung nach § 3a Nr. 2 Buchst. a VOL/A durchaus denkbar, weil die entsprechende Vorschrift der Lieferkoordinierungsrichtlinie (Art. 6 Abs. 3 Buchst. a) von dem Fehlen geeigneter (statt wie die VOL/A: wirtschaftlicher) Angebote spricht, und das Tatbestandsmerkmal des Fehlens wirtschaftlicher Angebote in § 3a Nr. 2 Buchst. a VOL/A in diesem Sinne ausgelegt werden könnte. Andernfalls käme die Anwendung des § 3a Nr. 1 Abs. 4 Buchst. a VOL/A in Betracht, der jedoch verbietet, nur mit einem favorisierten Unternehmen zu verhandeln.

Ein Verzicht auf eine Vergabebekanntmachung nach erfolgloser Durchführung eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens ist nach diesen einzig denkbaren Vorschriften aber nur dann erlaubt, wenn die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert worden sind. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben.

Die Vergabestelle beabsichtigt nach ihren Darstellungen in der mündlichen Verhandlung, ihr Beschaffungsziel mittels einer Entwicklungspartnerschaft zu erreichen, in der sie bestimmte Aufgaben, die im ursprünglichen Verfahren von den Bietern wahrgenommen werden sollten, selbst übernimmt. Damit würden Teile der ehemals ausgeschriebenen Leistung fortfallen. Auch dürfte sich der im Wesen der Beschaffungsmaßnahme dahingehend ändern, dass der Lieferanteil gegenüber dem Dienstleistungsanteil zurückgeht.

Ein Verzicht auf eine Vergabebekanntmachung wäre somit rechtswidrig.

2.3. Durch einen solchen Verstoß gegen Vergabevorschriften wäre die Antragstellerin auch in ihrem Recht auf gleichberechtigte Teilnahme an einem Vergabeverfahren verletzt (§ 97

Abs. 7, 2 GWB in Verbindung mit § 4 Abs. 1 VgV, § 3a VOL/A).

III.

1. Die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren ist nach dem personellen und sachlichen Aufwand der erkennenden Vergabekammer und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens festzusetzen (§ 128 Abs. 2 GWB). Sie beträgt mindestens 5.000,-- DM und soll einen Betrag von 50.000,-- DM nur in Ausnahmefällen überschreiten. Der Gesetzgeber hat mit dieser eng an den Wortlaut des § 80 Abs. 2 GWB angelehnten Formulierung deutlich gemacht, dass die Grundsätze für die Gebührenbemessung im Kartellverwaltungsverfahren soweit wie möglich zur Anwendung gelangen sollen. Damit ist vorrangig auf die wirtschaftliche Bedeutung des Verfahrens abzustellen.

Die Vergabekammern des Bundes haben auf der Basis der beim Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes 1996 und 1998 anhängigen Verfahren eine Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt. Diese Staffel beruht auf den im genannten Zeitraum streitbefangenen Auftragswerten.

Mangels konkreter Angebote für den um die Entwicklungspartnerschaft erweiterten Auftrag geht die Vergabekammer vom Angebotspreis der Antragstellerin im aufgehobenen Vergabeverfahren aus, der ohne nicht näher quantifizierte Spesen 12.000.000 DM ohne Mehrwertsteuer betrug. Dies führt bei Anwendung der von Bundeskartellamt entwickelten Gebährentabelle zu der Mindestgebühr von 8.000 DM.

Die Vergabekammer sieht keine Billigkeitsgründe für eine weitere Verminderung der Gebühr (§ 128 Abs. 3 Satz 3 GWB).

Auslagen sind nicht entstanden.

2. Die Beteiligten tragen die Kosten der Vergabekammer je zur Hälfte, weil sie in dem Nachprüfungsverfahren in dem sich aus der Begründung ergebenden Umfang unterliegen (§ 128 Abs. 3 GWB). Die Bestimmung, dass die Beteiligten die Kosten des Verfahrens zu tragen haben, soweit sie unterliegen, beinhaltet, dass bei einem teilweisen Unterliegen bzw. Obsiegen auch eine anteilige Kostentragung möglich sein soll.

Die Antragstellerin greift mit ihrem Antrag in einer wesentlichen Hinsicht nicht durch, nämlich soweit er sich gegen das aufgehobene Verfahren richtet und auf Schadensersatz zielt. Erfolgreich ist die Antragstellerin hingegen, soweit sie auf die künftige Realisierung der Vergabeabsicht zielt.

Vor diesem Grund hält die Vergabekammer eine Kostenteilung dergestalt für angezeigt, nach der die Antragstellerin die Hälfte der bei der Vergabekammer entstandenen Kosten trägt.

Aus § 128 Abs. 4 GWB ergibt sich nach denselben Grundsätzen die Aufrechnung der jeweils bei den Beteiligten entstandenen Kosten – etwa für die Einschaltung von Rechtsanwalt und Beratungsunternehmen - aus dem Verhältnis des Obsiegens und Verlierens.

Es erübrigt sich damit aus Sicht der Vergabekammer, weitere Bestimmungen wegen der Kosten

zu treffen.

Die Gebührenbefreiung der Vergabestelle ergibt sich aus § 8 Abs. 1 VerwKostG.

IV.

Zitierte Rechtsvorschriften

GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. Aug. 1998 (Bundesgesetzblatt I Seite 2512/Bundesgesetzblatt II 703-1)
VwKostG	Verwaltungskostengesetz (VwKostG) vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821), zuletzt geändert durch Art. 4 EinführungsG zur Insolvenzordnung vom 05.10.1994 (BGBl. I S. 2911) – BGBl. III/FNA 202-4
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV-) vom 9. Januar 2001 (Bundesgesetzblatt I S. 110)
ZuStVO NpV NRW	Verordnung über die Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammern im Nachprüfungsverfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Zuständigkeitsverordnung Nachprüfungsverfahren -ZuStVO NpV NW vom 23. Februar 1999 (GV. NW 1999 Seite 46)
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) Teil A, Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A), Ausgabe 2000, in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Oktober 2000 (Bundesanzeiger Nr. 200 a) - Abschnitt 2: Basisparagrafen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der EG-Lieferkoordinierungsrichtlinie und der EG-Dienstleistungsrichtlinie
LKR	Lieferkoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 93/36/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge vom 14. Juni 1993, geändert durch die Richtlinie 97/52/EG vom 13. Oktober 1997)
Nachprüfungsrichtlinie	Richtlinie 89/665/EWG des Rates zur Koordinierung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen öffentlicher Liefer- und Bauaufträge vom 21. Dezember 1989, geändert durch die Richtlinie 92/50/EWG vom 18. Juni 1992

V.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschliesslich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet 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.

Vorsitzende

hauptamtlicher Beisitzer

ehrenamtlicher Beisitzer