



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 83/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Antragstellerin -

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Horn im schriftlichen Verfahren am 30. August 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] bekannt. Da das Vergabeverfahren somit vor dem 18. April 2016 begonnen hat, findet gemäß § 186 Abs. 2 GWB sowohl für das Vergabeverfahren als

auch für das Nachprüfungsverfahren das bis zum 17. April 2016 geltende Vergaberecht Anwendung; dies wird im Folgenden mit dem Zusatz „a.F.“ kenntlich gemacht, soweit Vorschriften nach altem Recht in Bezug genommen werden.

In der Bekanntmachung wird unter Ziffer „13. Sonstige Angaben“ Folgendes ausgeführt:

„Beachten Sie bitte zur Rechtsbehelfsfrist insbesondere die Regelung des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB. (...) Ein Antrag auf Nachprüfung ist innerhalb von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, schriftlich zu stellen und an das Bundeskartellamt, Vergabekammern des Bundes, Villemomblerstr. 76, 53123 Bonn zu richten.“

Beginn der Maßnahmen ist in den hier streitgegenständlichen Losen [...]. Die Angebotsfrist lief am 19. April 2016 ab. Die Antragstellerin (ASt) gab am 15. April 2016 Angebote zu den Losen 2 und 3 ab. Im Rahmen der Wertung wurde das Angebot der ASt aus fachlichen Gründen nicht für den Zuschlag vorgesehen, da es nicht – wie in den Vorgaben der Wertungshinweise vorausgesetzt – mindestens 85 % der Gesamtpunktzahl aller Leistungspunkte erreicht hatte. Wettbewerbsgewinner und damit für den Zuschlag vorgesehen war das Angebot der Bietergemeinschaft [...].

Mit Schreiben vom 17. Juni 2016 wurden die unterlegenen Bieter, darunter die ASt, mit Schreiben nach § 101 a GWB a.F. informiert. Der ASt wurde für beide Lose in gesonderten Schreiben jeweils der Name des Wettbewerbsgewinners mitgeteilt, ferner dass ihre Angebote nicht mindestens 85 % der Leistungspunkte erreicht hätten sowie dass der Zuschlag frühestens am 28. Juni 2016 erfolgen werde; bezüglich Los 3 wurde als Grund für die Nichtberücksichtigung zusätzlich mitgeteilt, dass der Wertungspreis der ASt über dem Zuschlagspreis liege.

Mit Schreiben vom 20. Juni 2016, Eingang bei der Ag am 21. Juni 2016, erfolgten zwei Rügen, jeweils eine für jedes Los. Im Briefkopf ist als Absender jeweils der [...] angegeben; daneben findet sich im Briefkopf folgende Angabe: „**ACHTUNG UMFIRMIERUNG!** Ab sofort: [...]. In den Rügen wird inhaltlich identisch vorgebracht, die Bewertung, die der Fachwerter offenbar mit einer Punktevergabe von null oder einem Punkt in manchen Wertungskriterien vorgenommen habe, könne nicht geteilt werden; das Konzept sei innerhalb der gleichen Ausschreibung von anderen Fachwertern durchgängig mit mindestens zwei, wenn nicht sogar mit drei Punkten bewertet worden. Der Beurteilungsspielraum werde überschritten, es werde eine erneute Angebotswertung beantragt.

Mit Schreiben der Ag vom 27. Juni 2016 ersuchte die Ag alle Bieter um Bindefristverlängerung bis zum 26. Juli 2016. Die ASt erklärte sich mit der Verlängerung der Bindefrist einverstanden.

Nach Überprüfung der Konzeptbewertung im Rahmen der Rüge ergab sich keine andere Beurteilung durch die Ag. Mit Schreiben vom 18. Juli 2016, übermittelt am selben Tag per Fax, wurde dies dem [...] mitgeteilt und ausführlich begründet. Ebenfalls am 18. Juli 2016 wurde der [...] per Telefax der Zuschlag erteilt.

2. Am 14. August 2016 stellte die ASt über ihren Verfahrensbevollmächtigten einen Nachprüfungsantrag.
 - a) Die ASt meint, die Zuschlagserteilung verstoße gegen § 134 Abs. 2 GWB, denn die Wartefrist des § 165 GWB von zehn Tagen sei nicht gewahrt worden, womit der Fall an sich schon zu Ende sei. Ferner sei die Vergabe materiell fehlerhaft erfolgt, denn unter Zugrundelegung ihrer eigenen Beurteilungsmaßstäbe hätte die Ag bei rechtmäßiger Ausnutzung ihres Beurteilungsspielraums der ASt die Zuschlagserteilung jeweils in Aussicht gestellt, denn ihre Angebote seien die wirtschaftlichsten. Der Zuschlag sei auch deshalb zu versagen, weil die Ag ihren Beurteilungsspielraum nicht rechtsfehlerfrei ausgeübt habe, denn die ASt habe an sich entsprechend der Wertungshinweise in allen Wertungskriterien drei Punkte erreicht. Auch in dem die Rüge zurückweisenden Schreiben der Ag lege die Ag eine falsche Bewertung zugrunde.

Die ASt beantragt,

1. festzustellen, dass die im Zuge der [...] zu den Losen 2 und 3 erteilten Zuschläge nichtig sind und
 2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.
- b) Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 15. August 2016 übermittelt. Nach näherer Prüfung erging ebenfalls am 15. August 2015 ein rechtlicher Hinweis an die ASt, wonach die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag für unzulässig hielt und beabsichtige, nach § 112 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. GWB a.F. im schriftlichen Verfahren zu entscheiden. Dies wurde insbesondere mit der bereits erfolgten Zuschlagserteilung sowie mit dem Ablauf der Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB a.F. begründet. Die ASt erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 18. August 2016.

Am 16. August 2016 meldete sich der Verfahrensbevollmächtigte der ASt aufgrund des rechtlichen Hinweises und bat um nähere Aufklärung. Die Vorsitzende der Vergabekammer sowie der Berichterstatter telefonierten gemeinsam mit dem Verfahrensbevollmächtigten und erläuterten ausschließlich den Inhalt des rechtlichen Hinweises verbal unter Zurückweisung weiterer Gespräche, die nicht bilateral und ohne Beisein der verfahrensbeteiligten Ag stattfinden könnten.

Eine Stellungnahme binnen der der ASt gesetzten Frist ging nicht ein. Mit Schreiben vom 21. August 2016 teilte die ASt mit, dass das Verfahren durchgeführt werden solle.

c) Die Ag beantragt,

1. Der Antrag auf Nachprüfung wird als unzulässig verworfen.
2. Der Antragsteller trägt die Kosten für das Nachprüfungsverfahren.

Die Ag verweist auf die am 18. Juli 2016 erfolgte Rügeerwiderung. Die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB a.F. sei am 2. August 2016 abgelaufen. Der am 15. August 2016 gestellte Nachprüfungsantrag sei verfristet.

d) Die ASt repliziert auf die Einlassungen mit nicht nachgelassenem, aber dennoch zugunsten der ASt zugelassenen Schriftsatz vom 28. August 2016 dahin, dass die ASt selbst die Rüge angebracht hätte, wenn auch auf einem alten Briefkopf. Entscheidungserheblich bleibe allein die Frage, ob eine Nichtigkeitsfeststellung auch dann noch angestrebt werden könne, wenn die Rügefrist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB a.F. nicht gewahrt wurde. Hier seien die Rügefristen aber sehr wohl gewahrt worden. Nach der Zurückweisung der Rüge durch die Nachricht vom 18. Juli 2016 und die gleichzeitige Mitteilung über die erfolgte Zuschlagserteilung sei die Möglichkeit eröffnet gewesen, die Nichtigkeit der Zuschläge festzustellen. Die Fristen von § 101 b GWB a.F. verdränge die Frist des § 107 Abs. 3 GWB a.F., da ansonsten die lange Frist des § 101 b Abs. 2 GWB a.F. regelmäßig leerliefe. Die ASt habe ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit, denn angesichts der Entscheidung der Vergabekammer vom 4. August 2016 (Anm. der Vergabekammer: in einem anderen Nachprüfungsverfahren) bestehe die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die ASt die Zuschläge erhalten würde. In jedem Fall sei eine stattgebende Entscheidung der Vergabekammer von hoher Relevanz im dann nachfolgenden Rechtsstreit wegen der schweren Vergabefehler der Ag.

3. Die Entscheidung ergeht nach § 112 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. GWB a.F. wegen Unzulässigkeit im schriftlichen Verfahren. Aufgrund der Unzulässigkeit, die bereits aus den von beiden Verfahrensbeteiligten beigefügten Anlagen erkennbar war, wurde aus Gründen der Verfahrenseffizienz von einer Hinzuziehung der Vergabeakten sowie von einer Beiladung der Zuschlagsempfängerin abgesehen. Auf die eingereichten Schriftsätze sowie auf die Verfahrensakten der Vergabekammer wird ergänzend verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig. Die ASt hat zwar mit Schreiben vom 20. Juni 2016 nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB a.F. gerügt; da sich der Hinweis auf die Umfirmierung des im Absender genannten [...] in [...] auf dem Brief befindet, konnte die Rüge der ASt zugeordnet werden und wurde von der Ag, die sich in der Sache auf die Rüge eingelassen hat, auch tatsächlich als Rüge der ASt behandelt. Allerdings ist in beiden Losen sowohl der Zuschlag wirksam erteilt worden als auch die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB a.F. verstrichen.

1. Der wirksam erteilte Zuschlag steht der Statthaftigkeit eines erst nach Zuschlagserteilung eingereichten Nachprüfungsantrags entgegen, § 114 Abs. 2 S. 1 GWB a.F. (so auch explizit BGH, Urteil vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00). Hier wurde der Zuschlag am 18. Juli 2016 erteilt. Zwar kann binnen der Fristen des § 101 b Abs. 2 GWB a.F. beantragt werden, die Unwirksamkeit des erteilten Zuschlags festzustellen. Diese Unwirksamkeitsnorm führt die ASt an, die erst am 15. August 2016 und damit nach Zuschlagserteilung ihren Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer eingereicht hat.

Allerdings eröffnet § 101 b GWB a.F. nicht die Möglichkeit, jeden erteilten Zuschlag im Nachhinein vor der Vergabekammer anzugreifen. Die genannte Bestimmung sieht Unwirksamkeitsgründe nämlich nur in zwei Fällen vor, konkret einmal im Fall der gänzlich unterbliebenen bzw. inhaltlich defizitären Mitteilung an den unterlegenen Bieter sowie des Weiteren in den Fällen der sog. De-facto-Vergabe, in denen – kurz gefasst – das rechtlich gebotene Vergabeverfahren nicht durchgeführt, sondern direkt an ein Unternehmen vergeben wurde. Dass einer der beiden Fälle vorliegt, muss der jeweilige Antragsteller in seinem Nachprüfungsantrag aber auch tatsächlich darlegen. Hier ergibt sich aber im Gegenteil schon aus dem eigenen Vortrag der ASt und den von ihr eingereichten Unterlagen, dass kein Fall des § 101 b Abs. 1 GWB a.F. vorliegt. Die Ag hat unstreitig die Mitteilungen nach § 101 a GWB a.F. verschickt, und zwar – was auch die ASt nicht

in Zweifel zieht – mit allen gesetzlich geforderten Angaben. Der Versand per Fax erfolgte am 17. Juni 2016, so dass die zehntägige Wartefrist des § 101 a GWB a.F. am 18. Juli 2016, dem Datum der Zuschlagserteilung, längst abgelaufen war. Dass ein Fall der De-facto-Vergabe vorliegt, behauptet auch die ASt nicht; angesichts der Veröffentlichung der vorliegenden, nachrangigen I B- Dienstleistung auf der E-Vergabepattform am [...] wäre dies auch erkennbar abwegig. Die Wirksamkeit des Zuschlags ergibt sich somit schon aus dem eigenen Vortrag der ASt. Der erst nach Zuschlagserteilung gestellte Nachprüfungsantrag ist unstatthaft.

2. Des Weiteren steht der Berufung auf die von der ASt vorgebrachten materiellen Vergaberechtsverstöße der Ablauf der Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB a.F. entgegen. Die ASt hat die ablehnende Rügeantwort am 18. Juli 2016 erhalten. Somit hätte sie bis zum 2. August 2016, also innerhalb von 15 Kalendertagen, den Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer stellen müssen. Die als Rechtsbehelfsfrist anzusehende 15-Tages-Frist wurde auch in Gang gesetzt, denn die Ag hatte unter Ziffer 13. der Bekanntmachung ausdrücklich hierauf hingewiesen. Völlig unabhängig vom erteilten Zuschlag hätte die ASt also innerhalb dieser Frist tätig werden müssen. Entgegen der Annahme der ASt gibt es keine inkompatible Fristenkollision zwischen § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB a.F. und § 101 b Abs. 2 GWB a.F.; in den Fällen, in denen der Auftraggeber eine ablehnende Rügeantwort erteilt und damit – wie hier – nach erfolgtem Hinweis hierauf diese Frist in Gang gesetzt hat, muss der Bieter eben in dieser Frist reagieren. Gerade der vorliegende Fall macht den Sinn dieser gesetzlichen Frist auch deutlich, denn die Maßnahme zu Los 1 soll bereits am 1. September 2016 beginnen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB.

Die ASt hat als Unterliegende die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu tragen. Insoweit hat die ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Zeise