

VK 2 – 107/06

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe "Einrichtung und Durchführung von Personalserviceagenturen (PSA) nach § 37 c SGB III/2006, Vergabenummer ..., Los 7, Regionales Einkaufszentrum ..." hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Burchardi, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Sturhahn und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Müller am 25. September 2006 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb die o.g. Dienstleistungen öffentlich aus. Die Antragstellerin (ASt) gab neben anderen Bietern ein Angebot ab, das geprüft und bewertet wurde. Mit Schreiben vom 2. August 2006 teilte die Ag der ASt nach § 13 VgV mit, der Zuschlag könne nicht auf ihr Angebot erteilt werden, da sie nicht das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot des Bieters A zu erteilen. Die hiergegen gerichtete Rüge der ASt vom 10. August 2006 wies die Ag mit Schreiben vom 15. August 2006 zurück. Am 17. August 2006 erteilte die Ag der A per Telefax den Zuschlag. Diese bestätigte den Zugang des Zuschlagsschreibens mit Telefax vom 21. August 2006.

Mit Schreiben vom 23. August 2006 hat die ASt einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes gestellt, den diese am selben Tage zugestellt hat. Die ASt beanstandet darin die Angebotswertung, bei der die Leistung der ASt nicht hinreichend gewürdigt worden sei.

Der ASt beantragt:

1. Die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin zu erteilen;
2. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären;
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Ag beantragt:

Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.

Nach Auffassung der Ag fehlt der ASt die Antragsbefugnis, da das Vergabeverfahren bei Eingang des Nachprüfungsantrages bereits durch Erteilung des Zuschlags abgeschlossen worden ist. Im übrigen sei der Nachprüfung aus den in der Rügeerwiderung genannten Gründen unzulässig.

Im Gegensatz zur ASt hat die Ag auf eine mündliche Verhandlung verzichtet. Die Vergabekammer hat, wie mit Schreiben vom 13. September 2006 angekündigt, von der in § 112 Abs. 1 S. 3 1. Alt. GWB eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten zu entscheiden, da von einer mündlichen Verhandlung keine neuen Erkenntnisse zu den entscheidungserheblichen Fragen zu erwarten waren.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten und die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ist nach § 104 Abs. 1 GWB eröffnet, da der ausgeschriebene Auftrag dem Bund zuzurechnen ist. Die für Dienstleistungsaufträge einschlägigen Schwellenwerte sind überschritten.

Der Nachprüfungsantrag ist gleichwohl unstatthaft, da die Antragsgegnerin den Zuschlag bereits am 17. August 2006 und damit vor Eingang des Nachprüfungsantrags wirksam an die A erteilt hat. Die Mitteilung nach § 13 VgV wurde am 2. August 2006 abgesandt, so dass die 14-Tage-Frist, während derer ein Zuschlag nichtig wäre, mit Ablauf des 16. August 2006 endete. § 13 S. 6 VgV steht somit der Wirksamkeit des am 17. August 2006 erteilten Zuschlages nicht entgegen. Die nach Ziff. A.8 der Verdingungsunterlagen einzuhaltende Schriftform wurde gemäß § 127 Abs. 2 S. 1 BGB durch die Übermittlung des Zuschlagsschreibens per Fax gewahrt. Die Vergabekammer war deshalb im Zeitpunkt des Antragseingangs nicht mehr zu einer Entscheidung in der Sache berufen. Das Nachprüfungsverfahren dient lediglich der Korrektur von Fehlern im laufenden Vergabeverfahren. Mit der Erteilung des Zuschlages an die A war das förmliche Vergabeverfahren im vorliegenden Fall dagegen bereits beendet, bevor der Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer eingegangen war. Der Zweck eines Nachprüfungsverfahrens, die gerügten Vergabeverstöße zu beseitigen, kann bei einer solchen Sachlage nicht mehr erreicht werden. Der erteilte Zuschlag kann gemäß § 114 Abs. 1 S. 1 GWB nicht aufgehoben werden. Ein Nachprü-

fungsantrag, der erst nach wirksam erteiltem Zuschlag gestellt wird, ist deshalb unstatthaft (vgl. nur BGH Urt. v. 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00).

Dies entspricht der gesetzgeberischen Intention [vgl. Begründung zum Entwurf des § 117 GWB (jetzt § 107 GWB): „Gegenstand der Nachprüfung ist das noch nicht abgeschlossene Vergabeverfahren.“ (BT-Drucks. 13/9340, S. 17); Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nr. 21 der Stellungnahme des Bundesrates: „Wenn der Zuschlag bereits erteilt wurde, ist das Nachprüfungsverfahren nicht statthaft.“ (BT-Drucks. 13/9340)] und kommt auch in Wortlaut und Systematik der Bestimmungen über das Nachprüfungsverfahren deutlich zum Ausdruck. So ist gemäß § 114 Abs. 2 S. 2 GWB nach wirksam erteiltem Zuschlag nurmehr die Feststellung eines Vergabeverstößes durch die Nachprüfungsinstanzen – nicht aber die Anordnung einer erneuten Wertung – möglich, und auch diese Möglichkeit besteht lediglich dann, wenn der Zuschlag erst *nach* dem Eingang des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer erteilt wurde. Nur in einem solchen Fall sprechen Gründe der Prozessökonomie dafür, die Nachprüfungsinstanzen mit gemäß § 124 Abs. 1 GWB verbindlicher Wirkung für einen zivilgerichtlichen Schadensersatzprozess Feststellungen über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens treffen zu lassen. Wurde dagegen, wie im vorliegenden Fall, der Zuschlag bereits erteilt, bevor der Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer eingegangen ist, wäre es aus verfahrensökonomischer Sicht verfehlt, eine Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen zu begründen (vgl. BGH a.a.O.). Vielmehr kann ein Bieter, wenn er sich durch den einem Wettbewerber bereits erteilten Zuschlag geschädigt sieht, etwaige Schadensersatzansprüche unmittelbar vor den Zivilgerichten verfolgen, die dabei inzident die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens zu prüfen haben.

Im vorliegenden Falle scheidet daher von vornherein nicht nur die begehrte Anordnung einer Neuwertung der Angebote aus, vielmehr besteht darüber hinaus auch keine Möglichkeit, im Rahmen eines Fortsetzungsfeststellungsverfahrens nach § 114 Abs. 2 S. 2 GWB die geltend gemachten Rechtsverletzungen zu überprüfen. Auf eine entsprechende Umstellung der Anträge des Antragstellers hinzuwirken, bestand für die Vergabekammer deshalb keine Veranlassung.

Der Nachprüfungsantrag war demnach zu verwerfen.

Wegen der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags war dem ASt zudem die begehrte Einsicht in die Vergabeakte zu versagen.

III.

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

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 Beschwerdebeurteilung 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 bei einem deutschen Gericht zugelassenen 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.