

## VK 23/2012

### **Leitsatz:**

Die Feststellung einer Rechtsverletzung i.S.v. § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB setzt zwingend einen gesonderten, d.h. eigens zu stellenden, entsprechenden Antrag eines der Beteiligten voraus. Bei einer Antragsänderung im Nachprüfungsverfahren ist diesem Formerfordernis durch Feststellungsantrag ausdrücklich Rechnung zu tragen.

## **Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

wegen

**Neubau Hochschul- u. Landesbibliothek** ,  
**Gewerk: Einbau motorisch- und handangetriebener Rollregalanlagen,**  
**Offenes Verfahren nach VOB (V-Nr/AKZ: A** ),

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden RD Uwe Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer BD Wolfgang Zwach und die ehrenamtliche Beisitzerin RD'in Charlotte Mania ohne mündliche Verhandlung gemäß § 112 Abs. 1 Satz 3, 2. Alt. GWB

am 2. Juli 2012 beschlossen:

- I. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
- II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Antragsgegnerin notwendigen Aufwendungen trägt die Antragstellerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von 1.300,-- € festgesetzt.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb als Offenes Verfahren die Lieferung und Installation von motorischen und handgetriebenen Regalanlagen für den Neubau der Hochschul- und Landesbibliothek der Hochschule , daselbst, (Maßnahme A. Hochschule - Neubau Hochschul- u. Landesbibliothek) aus.

Die Antragstellerin stellte am 4. Juni 2012 bei der erkennenden Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, der Antragsgegnerin zu untersagen, der Firma , den Zuschlag zu erteilen. Mit Schreiben vom selben Tag rügte sie gegenüber der Antragsgegnerin, dass ihre Wertung der Angebote fehlerhaft sei.

Der Nachprüfungsantrag wurde der Antragsgegnerin am 5. Juni 2012 übermittelt mit Fristsetzung zur Stellungnahme. In der Folgezeit gab sie schriftliche Stellungnahmen ab. Dabei erklärte sie, dass aufgrund der Rüge der Antragstellerin die Prüfung und Wertung aller vorliegenden Angebote nochmals geprüft werde. Dies hatte sie bereits allen Bietern - auch der Antragstellerin - schriftlich mitgeteilt. Zudem äußerte sie mit Schreiben vom 19. Juni 2012, dass sie das Vergabeverfahren aufgehoben hat, da kein Angebot den Ausschreibungsbedingungen entspreche. Dies teilte sie mit Schreiben vom selben Tage allen Bietern per Fax mit.

Mit Schreiben vom 20. Juni 2012 - eingegangen per Fax bei der Vergabekammer am selben Tage - trat die Antragstellerin unter Bezugnahme auf ein Schreiben der Antragsgegnerin vom 18. Juni 2012 deren Ansicht entgegen, ihr Angebot entspreche nicht den Ausschreibungsbedingungen. Dabei stellte sie „einen Antrag auf Überprüfung der geplanten Aufhebung“.

Mit Verfügung vom 20. Juni 2012 wies die Vergabekammer die Beteiligten darauf hin, dass sie dazu neigt, von einer Erledigung des Nachprüfungsantrags auszugehen. Zudem bat sie die Antragstellerin unter Fristsetzung um schriftliche Mitteilung, ob sie mit Blick auf ihr letztes Schreiben einen Feststellungsantrag i.S.v. § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB stellen wolle; auf das Antragserfordernis wurde hingewiesen.

Mit Schreiben vom 22. Juni 2012 äußerte sich die Antragsgegnerin dahingehend, dass sie eine Stellungnahme erst nach Vorliegen eines Feststellungsantrages der Antragstellerin abgeben wolle.

Mit Verfügung vom 25. Juni 2012 wies die Vergabekammer die Beteiligten darauf hin, dass nach ihren Feststellungen von Seiten der Antragstellerin kein Feststellungsantrag eingegangen ist und somit von solch einem Antrag auch nicht ausgegangen wird. Die Beteiligten haben darauf bislang nicht reagiert.

## II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist mangels Feststellungsantrag nicht zulässig.

Gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB stellt die Vergabekammer auf Antrag eines Beteiligten fest, ob eine Rechtsverletzung - hier zum Nachteil der Antragstellerin -

vorgelegen hat, wenn sich das Nachprüfungsverfahren u.a. durch Aufhebung oder in sonstiger Weise erledigt hat.

Hier ist die Erledigung des Nachprüfungsverfahrens mit dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 19. Juni 2012 gegeben, mit dem sie das Vergabeverfahren aufgehoben hat. Damit hat sie - wie erforderlich Kulartz/Kus/Portz-Maier, *GWB-Vergaberecht*, 2. Aufl. 2009, § 114 *GWB* Rn. 58; Pünder/Schellenberg-Nowak, *Vergaberecht*, 1. Aufl. 2011, § 114 *GWB* Rn. 30) - eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung dahingehend abgegeben, dass sie das Vergabeverfahren beenden wird.

Eine Überprüfung der Aufhebung einer Ausschreibung führt in der Regel lediglich zu einer Feststellung einer Rechtsverletzung infolge Aufhebung der Ausschreibung (Ziekow/Völlink-Brauer, *Vergaberecht*, 1. Aufl. 2011, § 114 *GWB* Rn. 21 m.w.N.). Dies ist auch hier der Fall, zumal ein entsprechendes Interesse dem Schreiben der Antragstellerin vom 20. Juni 2012 entnommen werden kann, soweit sie eine Überprüfung der - seinerzeit wohl aus ihrer Sicht noch geplanten - Aufhebung beantragt.

Diese Feststellung setzt jedoch einen gesonderten, d.h. eigens zu stellenden, entsprechenden Antrag einer der Beteiligten voraus (§ 114 Abs. 2 Satz 2 *GWB*). Dies gilt zwingend, da die Vergabekammern nicht befugt sind, vermeintliche Vergaberechtsverstöße von Amts wegen nach § 114 *GWB* zu prüfen (Pünder/Schellenberg-Nowak, a.a.O., § 114 *GWB* Rn. 34; Kulartz/Kus/Portz-Maier, a.a.O., § 114 *GWB* Rn. 87).

Solch ein Feststellungsantrag liegt hier nicht vor. Er ist nicht mit dem Schreiben der Antragstellerin vom 20. Juni 2012 gegeben. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich dieses Schreiben mit dem Aufhebungsschreiben „überkreuzt“ hatte, weil darin Bezug genommen wird auf ein früheres Schreiben der Antragsgegnerin. Doch auch für eine hier - nur - in Betracht kommende Änderung auf einen Feststellungsantrag bedarf es einer ausdrücklichen Antragsänderung (Kulartz/Kus/Portz-Maier, a.a.O., § 114 *GWB* Rn. 87). Allerdings hat die Antragstellerin selbst nach dem Hinweis der Vergabekammer auf das Antragserfordernis für die Feststellung einer Rechtsverletzung, der nach Vorlage der zu Grunde liegenden Schreiben der Beteiligten vom 19. und 20. Juni 2012 erteilt wurde, solch einen Antrag nicht gestellt; etwaige Hinderungsgründe sind nicht bekannt.

Wird kein Feststellungsantrag gestellt, ist das Nachprüfungsverfahren jedoch - wie hier - ursprünglich durch einen Antrag wirksam eingeleitet worden, dann wird der ursprüngliche Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen (Kulartz/Kus/Portz-Maier, a.a.O., § 114 *GWB* Rn. 87; so i.E. auch Bechtold-Otting,

GWB, 6. Aufl. 2010, § 114 Rn. 9; abw. wohl Pünder/Schellenberg-Nowak, a.a.O., § 114 GWB Rn. 34).

2. Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:
  - a. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Gebühren erhoben. Die Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer ist gemäß § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB von der Antragstellerin zu tragen; nach dieser Vorschrift hat sie wegen Erledigung die Hälfte der Gebühr zu entrichten. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Verfahrens. Aufgrund des - soweit aus der Ergänzung des Vergabevermerkes der vom 19. Juni 2012 entnehmbar - Werts des zur Vergabe vorgesehenen Auftrags (Bechtold-Otting, a.a.O., § 128 Rn. 5) ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer zu Grunde legt, eine Gebühr von 2.600,- €. Davon beträgt die Hälfte 1.300,- €.
  - b. Die Antragstellerin hat auch gemäß § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen.
3. Die Entscheidung der Vergabekammer konnte wegen Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags nach Lage der Akten, mithin ohne mündliche Verhandlung (Pünder/Schellenberg-Bungenberg, a.a.O., § 112 GWB Rn. 19), ergehen (§ 112 Abs. 1 Satz 3, 2. Alt. GWB).

### **Rechtsbehelfsbelehrung**