

# Leitsätze

---

Beschluss 69d • VK - 49/2009 -

Spruchkörper:	1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt
Verkündungsdatum:	22.12.2009
Aktenzeichen:	69d • VK - 49/2009
Typ des Spruchkörpers:	Vergabekammer
Ort:	Darmstadt
Bundesland:	Hessen
Entscheidungserhebliche Normen:	§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB, § 101 a GWB
Typ der Entscheidung:	Beschluss
Sofortige Beschwerde:	keine

Ein Feststellungsantrag ist nicht statthaft, wenn er erst nach der wirksamen Zuschlagsentscheidung bei der Vergabekammer eingereicht wurde. Sobald das Vergabeverfahren durch wirksame Erteilung des Auftrags an einen Bieter abgeschlossen ist, kann die Vergabekammer in zulässiger Weise nicht mehr angerufen werden.

Voraussetzung für den Erfolg eines Feststellungsantrags ist, dass der ursprüngliche Nachprüfungsantrag, wenn keine Erledigung eingetreten wäre, zulässig und begründet ist. Dies erfordert wiederum, dass die Erledigung erst nach Eingang des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer gemäß § 108 GWB eingetreten ist.

Die Darlegungs- und Beweislast, ob und wann die Zuschlagserteilung zugegangen ist, hat die Vergabestelle zu tragen.

Ein Zuschlag kann nach Ablauf der Frist auch dann wirksam erteilt werden, wenn die Information den nicht berücksichtigten Bieter noch nicht erreicht hat.

**1. VERGABEKAMMER**  
**des Landes Hessen**  
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

**69 d · VK - 49/2009**



**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

der

—  
**- Antragstellerin -**

gegen

Abfallentsorgung

**- Antragsgegnerin -**

Verfahrensbevollmächtigte:

Wegen

Verwertung von Papier, Pappe, Karton für die Abfallentsorgung des  
(Offenes Verfahren nach VOL/A/2,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, die hauptamtliche Beisitzerin ROR' in Jensen-Löbl und den ehrenamtlichen Beisitzer RA Ernst am 22. Dezember 2009 beschlossen:

- I. Das Nachprüfungsverfahren hat sich erledigt.
- II. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag der Antragstellerin wird verworfen.
- III. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer in Höhe von 2100,00 Euro.
- IV. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung/Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
- V. Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigung durch die Antragsgegnerin war notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

Mit europaweiter Bekanntmachung vom \_\_\_\_\_ 2009 hat die Antragsgegnerin Leistungen der Verwertung von Papier, Karton für die Abfallentsorgung des \_\_\_\_\_ im Offenen Verfahren für den Zeitraum 2010/2011 ausgeschrieben.

Der Zuschlag sollte auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. An dem Vergabeverfahren beteiligten sich nur die Antragstellerin und ein weiteres Unternehmen. Die Antragstellerin gab ihr Angebot am 30. September 2009 ab.

Mit am 26. Oktober 2009 per Telefax übersandtem Schreiben teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin gemäß § 101 a GWB mit, es sei beabsichtigt, den Zuschlag am 6. November 2009 auf das Angebot des anderen Unternehmens zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht das wirtschaftlichste gewesen.

Das Telefax ging laut Übertragungsbericht am 26. Oktober 2009 um 17:27 Uhr bei der Antragstellerin ein. Das Informationsschreiben wurde von der Antragstellerin mit einem Eingangsstempel vom 26. Oktober 2009 versehen. Die Antragstellerin sandte am 4. November 2009 per Telefax die vorgegebene Empfangsbestätigung des Informationsschreibens zurück. Die Empfangsbestätigung trägt eine Unter-

schrift der Antragstellerin vom 2. November 2009. Das in der Empfangsbestätigung enthaltene Feld „Eingangsdatum des Informationsschreibens“ wurde entgegen der Vorgaben der Antragsgegnerin von der Antragstellerin nicht ausgefüllt.

Mit einem vom 2. November 2009 datierten Schreiben, das der Antragsgegnerin am 4. November 2009 per Telefax und am 5. November 2009 per Post übersandt wurde, teilte die Antragstellerin der Antragsgegnerin mit, sie widerspreche der Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen an den anderen Bieter, da ihr Angebot, das wirtschaftlichste sei. Zudem würde der Mitbewerber weder über Erfahrung noch über das für die Durchführung des Auftrags erforderliche Equipment verfügen.

Die Antragsgegnerin antwortete auf das Widerspruchsschreiben der Antragstellerin nicht. Mit per Telefax übersandtem Schreiben erteilte die Antragsgegnerin dem anderen Unternehmen am 6. November 2009 den Zuschlag. Das Telefax ging bei dem Unternehmen um 6:20 Uhr ein.

Die Antragstellerin erhob am 6. November 2009 Nachprüfungsantrag. Dieser ging bei der Vergabekammer gegen 12:10 Uhr per Telefax ein. Der Nachprüfungsantrag wurde der Antragsgegnerin am 09. November 2009 per Telefax durch die Vergabekammer übermittelt.

Zur Begründung des Nachprüfungsantrags wurde das Rügevorbringen im Wesentlichen durch die Antragstellerin vertieft.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, da die Antragstellerin ein Angebot abgegeben habe und damit ihr Interesse an dem Auftrag bekundet habe. Die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung sei auch mit dem Schreiben vom 2. November 2009 rechtzeitig gerügt worden, da das Informationsschreiben der Antragsgegnerin vom 26. Oktober 2009 erst am 2. November 2009 der Antragstellerin zugegangen sei.

Die Antragstellerin hatte ursprünglich beantragt, den Zuschlag zu untersagen; dem Antragsgegner aufzugeben, die restlichen Angebote, die im Verfahren verbleiben, neu zu werten und dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Mit Schriftsätzen vom 16. November 2009 und 23. November 2009 vertiefte die Antragstellerin ihre Ausführungen.

Sie trägt weiter vor, dass das Schreiben der Antragsgegnerin vom 26. Oktober 2009 außerhalb der üblichen Geschäftszeiten übermittelt worden sei. Da das Schreiben erst allen Mitgliedern der ARGE hätte bekannt gemacht werden müssen, sei der Zugang allenfalls am 27. Oktober 2009 erfolgt. Aufgrund des Widerspruchs der Antragstellerin, der der Antragsgegnerin per Fax am 4. November 2009 übermittelt worden sei, hätte auch der Zuschlag am 6. November 2009 nicht erfolgen dürfen. Die Rüge sei unverzüglich gewesen, da zunächst eine Abstimmung innerhalb der gesamten ARGE durchzuführen sei. Zudem bestünde ein Feststellungsinteresse der Antragstellerin schon wegen der Vorbereitung von Haftungsansprüchen gegen die Antragsgegnerin.

Die Antragstellerin hält ihre Anträge aufrecht und beantragt weiter,

1. gemäß § 114 GWB festzustellen, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragsgegnerin, aufzuerlegen;
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragsgegnerin notwendig war.

Sie hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig.

Zwar sei das Angebot der Antragstellerin grundsätzlich wertbar gewesen, da sie die erforderliche Eignung aufweisen würde. Das Angebot, auf das den Zuschlag erfolgt sei, sei jedoch wirtschaftlicher gewesen.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, da er nach der Zuschlagserteilung bei der Vergabekammer erhoben worden sei. Zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung sei der Nachprüfungsantrag noch nicht bei der Antragsgegnerin eingegangen.

Die Frist von 10 Kalendertagen gemäß § 101a Abs. 1 S. 4 GWB sei mit Absendung des Informationsschreibens am 26. Oktober 2009 und darauf folgender Zuschlagserteilung am 6. November 2009 von der Antragsgegnerin eingehalten worden. Es käme entgegen der Ansicht der Antragstellerin auch nicht darauf an, dass ihr das Informationsschreiben außerhalb der Geschäftszeiten übermittelt worden sei.

Für den Eingang ihres Informationsschreibens am 26. Oktober 2009 bei der Antragstellerin würde insbesondere sprechen, dass die Antragstellerin das Schreiben mit einem Eingangsstempel vom selben Tag versehen habe. Die Unterzeichnung der Empfangsbestätigung durch die Antragstellerin am 2. November 2009, deren Rücksendung erst am 4. November 2009 sowie das Offenlassen des Datums des Eingangs in der Empfangsbestätigung durch die Antragstellerin würden nichts an den Zugang des Informationsschreibens am 26. Oktober 2009 bei der Antragstellerin ändern.

Das „Widerspruchsschreiben“ vom 2. November 2009, das der Antragsgegnerin erst am 4. November 2009 per Telefax zugegangen sei, sei nicht beantwortet worden, da der Nachprüfungsantrag während der Bearbeitung der Beantwortung des „Widerspruchsschreibens“ bei der Antragsgegnerin eingegangen sei. Das sog. Widerspruchsschreiben ändere auch nichts an der Berechnung der Wartefrist und an der Wirksamkeit der Zuschlagsentscheidung.

Vorsorglich weise die Antragsgegnerin die mit dem Widerspruchsschreiben erhobene Rüge mit Schriftsatz vom 10. November 2009 zurück, da es sich bei dem Angebot der Antragstellerin nicht um das wirtschaftlichste Angebot handele und die Beizuladende für den Auftrag uneingeschränkt geeignet sei.

Der Nachprüfungsantrag sei auch deswegen unzulässig, da die Antragstellerin das ihr mitgeteilte Ergebnis nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt habe. Die Rüge sei erst neun Tage nach der Vorabinformation, am 4. November 2009, bei der Antragsgegnerin eingegangen. Die Rüge wäre aber auch, wenn sie nur nach sieben Tagen bei der Antragsgegnerin eingegangen wäre, nicht mehr unverzüglich, da die Hervorhebung bestimmter Gesichtspunkte des eigenen Angebotes und die unsubstantiierte Behauptung der Ungeeignetheit der Beizuladenden ein Zuwarten von sieben Tagen bis zur Erhebung der Rüge nicht rechtfertigen würden, zumal die Antragstellerin weder anwaltliche Beratung in Anspruch hätte nehmen müssen noch eine solche tatsächlich beansprucht habe.

Der Nachprüfungsantrag entspreche auch nicht den Anforderungen des § 108 Abs. 2 GWB, da er weder eine konkrete Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung beinhalte noch Beweismittel hierfür anführe. Die Behauptungen der Antragstellerin, ihr Angebot sei das wirtschaftlichste gewesen und die Beizuladende ungeeignet, seien weder zutreffend noch begründet worden.

Die Antragsgegnerin trägt zudem vor, dass der Nachprüfungsantrag auch als Fortsetzungsfeststellungsantrag im Sinne von § 114 Abs. 2 S. 2 GWB unzulässig sei, da sich das Nachprüfungsverfahren nicht erst nachträglich durch Zuschlagsentscheidung erledigt habe, sondern der Nachprüfungsantrag erst nach der Zuschlagsentscheidung am 6. November 2009 um 6:20 Uhr und zwar um 12:10 Uhr bei der Vergabekammer erhoben worden sei. In einer solchen Konstellation sei der Nachprüfungsantrag auch als Fortsetzungsfeststellungsantrag nicht statthaft, da er ein zum Zeitpunkt der Erledigung bereits anhängiges Verfahren zwingend voraussetze.

## II.

Der Feststellungsantrag ist nach § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB unzulässig.

Der Feststellungsantrag ist nicht statthaft, da er erst nach der wirksamen Zuschlagsentscheidung durch die Antragsgegnerin bei der Vergabekammer eingereicht wurde.

Voraussetzung für den Erfolg eines Feststellungsantrags ist, dass der ursprüngliche Nachprüfungsantrag, wenn keine Erledigung eingetreten wäre, zulässig und begründet ist. Dies erfordert wiederum, dass die Erledigung erst nach Eingang des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer gemäß § 108 GWB eingetreten ist.

Unerheblich ist dabei der Zeitpunkt der Zustellung an den Antragsgegner. Ein Feststellungsantrag ist dann unzulässig, wenn er erst nach Zuschlagsentscheidung bei der Kammer eingereicht wird (vergl. BGH vom 19.09.2000, Az.: X ZB 14/00; Maier in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 114, Rn. 74; Summa in Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß, Juris Praxiskommentar, Vergaberecht, § 114 GWB, Rn. 78.) Sobald das Vergabeverfahren durch wirksame Erteilung des Auftrags an einen Bieter abgeschlossen ist, kann die Vergabekammer in zulässiger Weise nicht mehr angerufen werden (vergl. BGH, Beschluss vom 19.12.2000. Az.: X ZB 14/00).

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ging bei der Vergabekammer am 6. November 2009 gegen 12:10 Uhr per Telefax ein. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Antragsgegnerin den Zuschlag jedoch schon wirksam erteilt.

Die wirksame Zuschlagserteilung setzt voraus, dass der Zuschlag, als Annahme des Angebotes des Bieters und damit als eine empfangsbedürftige Willenserklärung, gemäß § 130 Abs. 1 BGB innerhalb der Zuschlagsfrist beim Bieter zugeht (vergl. BGH, Beschluss vom 09.02.2004, Az.: X ZB 44/03).

Die Darlegungs- und Beweislast, ob und wann die Zuschlagserteilung zugegangen ist, hat die Vergabestelle zu tragen (vergl. Maier in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 114, Rn. 37). Zwar unterliegt die Zuschlagserteilung keinen gesetzlichen Formerfordernissen, aufgrund der Formalisierung des Vergabeverfahrens erfolgt die Zuschlagsentscheidung grundsätzlich schriftlich, wobei die Übermittlung des Zuschlagsschreibens per Telefax ausreichend ist (vergl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.05.2007, Az.: Verg 14/07).

Die Antragsgegnerin übermittelte dem Bieter ihre Zuschlagsentscheidung per Telefax am 6. November 2009 gegen 6:20 Uhr und damit bevor der Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer am 6. November um 12:10 Uhr einging. Zwar ist das Bestreiten mit Nichtwissen durch die Antragstellerin hinsichtlich der Umstellung der Zeiterkennung des Faxgerätes der Antragsgegnerin zulässig, jedoch ist es unerheblich. Denn auch bei Zugrundelegung eines Eingangs der Zuschlagserteilung um 07:15 Uhr am 6. November 2009 beim Bieter, wäre der Zuschlag vor der Erhebung des Nachprüfungsantrages durch die Antragstellerin erfolgt.

Der Wirksamkeit des Zuschlags steht auch nicht eine Verletzung der Informations- und Wartepflicht durch die Antragsgegnerin entgegen, denn der Zuschlag erfolgte auch nach Ablauf der Informations- und Wartefrist.

Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung des Informationsschreibens geschlossen werden (§ 101 a Abs. 1 Satz 3 GWB). Gemäß § 101 a Abs. 1 Satz 4 GWB verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage, wenn die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet wird. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber zu laufen, auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter und Bewerber kommt es nicht an (§ 104 a Abs. 1 Satz 5 GWB).

Die Antragsgegnerin sandte der Antragstellerin das Informationsschreiben per Fax am 26. Oktober 2009 zu. Dieses erreichte sie auch unstreitig am selben Tage.

Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 104 Abs. 1 S. 5 GWB kommt es entgegen der Ansicht der Antragstellerin auch nicht darauf an, dass das Informationsschreiben außerhalb ihrer Geschäftszeiten - um 17:27 Uhr - eingegangen ist. Die Antragsgegnerin hat entsprechend ihrer Darlegungs- und Beweislast durch das Ver-



sendungsprotokoll sowie durch den Eingangsstempel der Antragstellerin auf dem Informationsschreiben den Beweis für dessen Absenden am 26. Oktober 2009 erbracht.

Da der Zuschlag nach Ablauf der Frist auch dann wirksam erteilt werden kann, wenn die Information den nicht berücksichtigten Bieter noch nicht erreicht hat (vergl. König in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 101 a, Rn. 20), ist der Vortrag der Antragstellerin, der Zugang sei erst am 27. Oktober 2009 erfolgt, da das Informationsschreiben allen Mitglieder der ARGE bekannt gemacht werden musste, unbeachtlich. Eine Berücksichtigung dieser Tatsache ist weder mit dem eindeutigen Wortlaut des § 104 Abs. 1 S. 5 GWB noch mit dem Gleichbehandlungsprinzip vereinbar.

Die Wartefrist begann am 27. Oktober 2009 zu laufen und endete am 5. November 2009 um 24:00 Uhr. Die Antragstellerin war berechtigt, am 6. November 2009 gegen 6: 20 Uhr den Zuschlag zu erteilen, da sie zu diesem Zeitpunkt auch nicht durch die Vergabekammer über ein Zuschlagsverbot nach § 115 Abs. 1 GWB informiert war. Der Nachprüfungsantrag ging erst gegen 12:10 Uhr bei der Vergabekammer ein und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem das Vergabeverfahren durch wirksame Zuschlagserteilung beendet worden war.

Insoweit hatte auch das sog. Widerspruchsschreiben der Antragstellerin vom 2. November 2009, das der Antragsgegnerin am 4. November 2009 zuging, keine Auswirkung auf den Anfang oder Ende der Informationsfrist nach § 101 a GWB.

Auch der ursprüngliche Antrag der Antragstellerin, den Zuschlag zu untersagen, ist unstatthaft und daher unzulässig. Denn er richtete sich gegen ein bei seiner Einreichung schon beendetes Vergabeverfahren (vergl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.12.2003, Az: Verg 37/03). Die Frage, inwieweit das sog. Widerspruchsschreiben der Antragstellerin den Anforderungen an einer Rüge nach § 107 Abs. 3 GWB ausreichend Rechnung trägt, bedarf daher keiner näheren Untersuchung.

Da der Feststellungsantrag aus den genannten Gründen unzulässig ist, kommt es nicht darauf an, ob überhaupt das für den Erfolg des Antrages erforderliche Feststellungsinteresse gegeben ist. Hieran bestehen Zweifel, denn das Verfahren sollte die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches vorbereiten, ein solcher Anspruch erscheint aus den dargestellten Gründen als ausgeschlossen. Allein das Anstreben einer für die Antragstellerin günstigen Sachentscheidung, um auch eine

günstige Kostenentscheidung zu erreichen, reicht für die Zuerkennung eines Schadensersatzanspruches nicht aus (vgl. Weyand, Praxiskommentar, § 114 GWB, Rn. 2323).

### III.

Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt.

Die Festsetzung der Gebühr für das Verfahren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus der Höhe des Angebotes der Antragstellerin ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Kammer angewandt wird, eine Gebühr von 2800,00 Euro. Aufgrund von Billigkeitsgründen- da eine mündliche Verhandlung nicht stattgefunden hat- wird die Gebühr auf 2100,00 Euro ermäßigt.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin gemäß § 128 Abs. 4 S. 1 GWB zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfang des zu klärenden Sachverhalts notwendig, § 128 Abs. 4 GWB, § 80 HVwVfG.