



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 77/21

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

Verfahrensbevollmächtigter:

[...]

- Antragstellerin -

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Rahmenvertrag über [...]“, [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Prof. Dr. Maurer gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3, 2. Alt. GWB nach Lage der Akten ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 28. Juni 2021 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.

3. Eine Akteneinsicht, die über die von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 24. Juni 2021 zum Nachweis der Zuschlagserteilung an die Beigeladene zur Akte gereichten Auszüge aus der Vergabeakte hinausgeht, wird abgelehnt.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe „*Rahmenvertrag [...]*“ im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU [...], unionsweit bekannt. [...]

Das Vergabeverfahren wurde als elektronisches Vergabeverfahren geführt (Vergabeunterlagen, Seite 4; Teil A, 1. Absatz, Anlage AS1).

Die Antragstellerin (ASt) gab ein Angebot ab.

Die Ag teilte der ASt mit auf elektronischem Wege übermitteltem Schreiben vom 10. Juni 2021 am selben Tag gem. § 134 GWB mit, dass auf deren Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne. Beabsichtigt sei, „*den Zuschlag nach Ablauf der in § 134 Abs. 2 GWB genannten Frist (10 Kalendertage) auf das Angebot*“ der Beigeladenen (Bg) zu erteilen. Der Vertragsschluss werde frühestens am 21. Juni 2021, einem Montag, erfolgen.

Die ASt rügte diese Entscheidung mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 15. Juni 2021. Mit Schreiben vom 18. Juni 2021 lehnte die Ag es ab, der Rüge der ASt zu entsprechen.

Die Ag übermittelte der Bg über die für das Vergabeverfahren genutzte e-Vergabe-Plattform am 21. Juni 2021 um 7:52 Uhr ein Schreiben, in dem sie der Bg mitteilte, ihr für das Los 23 den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 21. Juni 2021 teilte die ASt der Ag per Telefax, abgesandt um 10 Uhr am gleichen Tag, mit, sie werde am selben Tag ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer einleiten. Sie teilte der Ag ferner mit, diese müsse die Zuschlagserteilung ab Kenntnis der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens unterlassen, auch dürfe die Ag den Zuschlag noch nicht am 21. Juni 2021 erteilen, weil die im

Vorabinformationsschreiben genannte Frist von 10 Kalendertagen noch nicht am 21. Juni 2021, sondern erst am 22. Juni 2021 ablaufe.

2. Mit einem am Montag, dem 21. Juni 2021 bei der Vergabekammer des Bundes per Telefax zwischen 12:24 Uhr und 12:34 Uhr eingegangenen Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer übermittelte den Nachprüfungsantrag an die Ag per Telefax am 21. Juni 2021 um 14:51 Uhr.

Nach Übermittlung des Nachprüfungsantrags wurde die Vergabekammer durch ein Telefonat mit [...], darüber informiert, dass der Auftrag im Zeitpunkt des Eingangs des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer bereits erteilt gewesen sei.

Die Vergabekammer hat die ASt mit Schreiben vom 22. Juni 2021 an ihren Verfahrensbevollmächtigten unter Setzung einer Rückäußerungsfrist bis zum 23. Juni 2021 auf die möglicherweise fehlende Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags hingewiesen, da der Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt worden sei, nachdem der Zuschlag bereits erteilt worden sei.

a) Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 22. und 23. Juni 2021 führt die ASt ergänzend zum Nachprüfungsantrag aus. Die ASt ist der Ansicht, die Ag habe den Zuschlag nicht am Montag, dem 21. Juni 2021 erteilen dürfen, weil die Frist von 10 Kalendertagen nach § 134 Abs. 2 GWB erst am 22. Juni 2021 abgelaufen wäre. Sie führt aus, die Frist habe ab dem 11. Juni 2021 zu laufen begonnen, so dass das Fristende rechnerisch auf Sonntag, den 20. Juni 2021, gefallen sei. Nach § 193 BGB habe sich das Fristende auf den nächstfolgenden Werktag, Montag, den 21. Juni 2021, verschoben. § 193 BGB sei hier anzuwenden, weil ein öffentlicher Auftraggeber mit der Frist nach § 134 Abs. 2 GWB, jedenfalls seit der Vergaberechtsreform 2016, in deren Zuge der Gesetzgeber in seiner amtlichen Begründung eine entsprechende Formulierung gebraucht habe, eine „*Mindestüberlegungsfrist*“ habe gewähren wollen, so dass ein betroffener Bieter mit Ablauf dieser Frist eine Entscheidung zu treffen habe, für die die Regelung des § 193 BGB Geltung beanspruche. Entsprechendes folge aus der Regelung des Art. 3 Abs. 4 der Verordnung (EWG, EURATOM) Nr. 1182/71, was im Schriftsatz vom 23. Juni 2021 näher ausgeführt wird. Eine andere Vorgehensweise verkürze den Rechtsschutz der ASt unzulässig, § 134 Abs. 2 GWB sei eine Schutzfrist zu Gunsten der Bieter, nicht aber der Auftraggeber. Vor diesem Hintergrund seien die 10 Kalendertage nach § 134 Abs. 2 GWB erst mit Ablauf des 21. Juni 2021 abgelaufen, der Zuschlag mithin erst ab dem 22. Juni 2021 möglich gewesen. Da der

Zuschlag unter Verstoß gegen § 134 Abs. 2, § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB erteilt worden sei, sei der Zuschlag unwirksam.

Zur weiteren Begründung ihres Nachprüfungsantrags verweist die ASt zudem auf ihr Rügeschreiben und hat sich weiteren Vortrag nach erhaltener Einsicht in die Vergabeakte vorbehalten.

Die ASt beantragt danach im Schriftsatz vom 22. Juni 2021,
festzustellen, dass die Auftragserteilung vom 21. Juni 2021 an die Bg unwirksam sei.

Entsprechend hielt sie ihre bereits im Nachprüfungsantrag gestellten Kostenanträge aufrecht,
die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden
Rechtsverfolgung der Ag aufzuerlegen sowie

festzustellen, dass die Hinzuziehung des Bevollmächtigten durch die ASt notwendig war.

Des Weiteren hat die ASt Einsicht in die Vergabeakte gemäß § 165 GWB beantragt.

b) Die Ag stellt keine Anträge. Sie hat mit Schreiben vom 22. und 23. Juni 2021 Einzelheiten zur Zuschlagserteilung an die Bg mitgeteilt. Danach habe das [...], bevor dort der Zuschlag an die Bg am 21. Juni 2021 um 7:52 Uhr über die elektronische Vergabepattform erteilt worden sei, am 21. Juni 2021 um 7:31 Uhr in der zuständigen Abteilung ihrer Zentrale, [...] nachgefragt, ob insoweit ein Nachprüfungsverfahren anhängig sei, was verneint worden sei. Die Ag geht danach davon aus, der von ihr am 21. Juni 2021 erteilte Zuschlag sei wirksam.

c) Mit Beschluss vom 28. Juni 2021 wurde die Bg förmlich zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogen, um ihr die Möglichkeit der Wahrung ihrer Rechte, ggfs. in zweiter Instanz für den Fall einer sofortigen Beschwerde seitens der ASt, zu geben, denn die ASt beantragt, den bereits geschlossenen Vertrag mit der Bg für unwirksam zu erklären. Damit hat die ASt einen direkten Interessengegensatz zur Bg hergestellt, der es ungeachtet der zeitlichen Abläufe schon aus Gründen der Information erforderlich macht, die Bg formal zum Verfahren hinzuzuziehen. Da die Beiladung jedoch unmittelbar vor der Beschlussfassung in der Sache erfolgte, wonach der Nachprüfungsantrag nicht erfolgreich und die Bg somit nicht durch die Entscheidung der Vergabekammer beschwert ist, wurde der Bg im Interesse einer Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens keine Stellungnahmefrist eingeräumt.

3. Auf die ausgetauschten Schriftsätze sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die von der Ag schriftsätzlich am 24. Juni 2021 übermittelten Auszüge aus der Vergabeakte wird verwiesen. Die Vergabekammer hat mit Schreiben vom 22. Juni 2021 einen Hinweis an die Verfahrensbeteiligten übermittelt und darin ihre vorläufige Ansicht dargelegt, dass sie die Auftragserteilung vom 21. Juni 2021 für wirksam halte. Ferner hat die Vergabekammer mit Schreiben vom 23. Juni 2021 an die Verfahrensbeteiligten mitgeteilt, an der im Hinweis vom 22. Juni 2021 geäußerten Auffassung festzuhalten und gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3, 2. Alt. GWB im schriftlichen Verfahren nach Lage der Akten zu entscheiden. Der ASt wurden die von der Ag mit Schreiben vom 24. Juni 2021 zur Akte gereichten Auszüge aus der Vergabeakte weitergeleitet; eine darüber hinausgehende Akteneinsicht wurde der ASt nicht gewährt, eine mündliche Verhandlung wurde nicht durchgeführt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist nicht statthaft, weil die Ag den Zuschlag auf das Los [...] wirksam an die Bg erteilt hat und der wirksam erteilte Zuschlag nicht aufgehoben werden kann, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB (vgl. a. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00). Der von der ASt bemängelte Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB liegt nicht vor, weil die Ag den Zuschlag wirksam am 21. Juni 2021, 7:52 Uhr, nach Ablauf der von ihr im Schreiben vom 10. Juni 2021 ordnungsgemäß gesetzten Frist von 10 Kalendertagen erteilen durfte.

1. Die Ag hat durch ihre an die ASt elektronisch übermittelte Vorabinformation nach § 134 GWB vom 10. Juni 2021 die nach § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB zu beachtende Frist von 10 Kalendertagen, nach deren Ablauf der Zuschlag hier erteilt werden durfte, den Fristenlauf ab dem 11. Juni 2021 in Gang gesetzt. Diese rein nach Kalendertagen zu bemessende Frist lief damit am Sonntag, den 20. Juni 2021 ab. Der Zuschlag durfte daher ab Montag, den 21. Juni 2021 erteilt werden, was an diesem Tag um 7:52 Uhr an die Bg wirksam erfolgt ist. Der erst um 12:34 Uhr an diesem Tag bei der Vergabekammer per Telefax vollständig eingegangene und ab 14:51 Uhr der Ag per Telefax übermittelte Nachprüfungsantrag konnte daher das Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB nicht mehr auslösen.

2. Das Ende dieser Frist von 10 Kalendertagen verschiebt sich, anders als die ASt meint, nicht nach § 193 BGB auf den Ablauf des auf den Sonntag, 20. Juni 2021, folgenden Werktags, Montag, den 22. Juni 2021. § 193 BGB findet keine Anwendung, da es sich bei der Frist nach §

134 Abs. 2 GWB um eine reine nach Kalendertagen bemessene Wartefrist („Stillhaltefrist“ gem. Art. 2a Richtlinie 2007/66/EG) für den öffentlichen Auftraggeber handelt, nicht aber um eine Frist, binnen der eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken ist. Das folgt aus dem unmissverständlichen Wortlaut des § 134 Abs. 2 Satz 1, 2 GWB, wonach ein Vertrag erst 10 Kalendertage „nach Absendung der Information nach Absatz 1 geschlossen werden“ darf bzw. aus Art. 2a Abs. 2 Richtlinie 2007/66/EG, dessen Umsetzung § 134 Abs. 2 GWB dient. Dort wird ausdrücklich bestimmt, dass „der Vertragsabschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung ... nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen erfolgen“ darf. Der öffentliche Auftraggeber muss also den Ablauf dieser nach Kalendertagen zu bemessenden Frist abwarten und darf den Zuschlag vor deren Ablauf nicht erteilen. § 134 Abs. 2 GWB gewährleistet einem Bieter daher keine „Mindestüberlegungsfrist“ wie die AST meint. Soweit sie sich auf die amtliche Begründung des Gesetzentwurfs zu dem im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 neu gefassten § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB beruft (BT-Drs. 18/6281, S. 135), folgt daraus nichts Anderes. Der Gesetzgeber hat an dieser Stelle lediglich darauf hingewiesen, dass ein Bieter für eine etwaige Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB eine entsprechende Mindestüberlegungsfrist habe, die nach dieser Norm 10 Kalendertage ab Erkennen eines möglichen Vergaberechtsverstoßes beträgt. Diese „Mindestüberlegungsfrist“ werde durch § 134 Abs. 2 GWB gewährt. § 134 Abs. 2 GWB erfährt dadurch aber nach wie vor nicht die von der AST reklamierte Bedeutung, die ausdrücklich nach Kalendertagen zu bemessende Stillhaltefrist über den im Hinblick auf Art. 2a Richtlinie 2007/66/EG, § 134 Abs. 2 GWB gebotenen Zeitraum bei Fristende an Sonn- oder Feiertagen auszudehnen, da es nach diesen Maßgaben allein auf die relevante Rechtswirkung des Wegfalls des gesetzlichen Verbots i.S.v. § 134 BGB, den Zuschlag zu erteilen, der den Ablauf der Stillhaltefrist voraussetzt, ankommt.

3. Soweit die AST meint, das Ende der Frist nach § 134 Abs. 2 GWB verschiebe sich hier auch aufgrund des Art. 3 Abs. 4 der Verordnung (VO) (EWG) Nr. 1182/71 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine, trifft das nicht zu. Die Regelungen dieser VO sind zwar nach deren Art. 1 grundsätzlich auch im Rahmen des EU-Vergaberechts zu beachten. Soweit eine ausdrückliche Anwendung der VO im Vergaberecht lediglich in § 82 VgV in Verbindung mit Erwägungsgrund 106 der EU-Richtlinie 2014/24/EU für die Berechnung der in der VgV bzw. der VergabeRL geregelten Fristen erwähnt wird, wozu § 134 Abs. 2 GWB gerade nicht zählt, ist dies lediglich eine Klarstellung und folgt daraus also kein Umkehrschluss, dass die mit unmittelbarem Geltungsrang versehene VO 1182/71 auf § 134 Abs. 2 GWB nicht anzuwenden sei. Aus Art. 3 Abs. 3 der VO Nr. 1182/71 ergibt sich sodann unmissverständlich, dass eine – wie bei § 134 Abs. 2 GWB – nach Kalendertagen bemessene Frist etwaig in der Frist liegende Feiertage,

Sonnabende und Sonntage umfasst. Soweit der von der ASt in der Sache adressierte Art. 3 Abs. 4 Satz 1 VO 1182/71 bestimmt, dass die Frist mit Ablauf des auf einen Sonn- oder Feiertag folgenden Arbeitstages endet, wenn der letzte Tag einer – wie hier – nicht nach Stunden zu bemessenden Frist auf einen Sonn- oder Feiertag fällt, ist diese Regelung hier nicht anzuwenden. Denn aus der Regelung des Art. 3 Abs. 4 Satz 2 VO 1182/71 folgt ausdrücklich, dass eine Verschiebung eines auf einen Sonntag fallenden Fristendes auf den nächstfolgenden Arbeitstag nicht für Fristen gilt, die von einem bestimmten Datum oder einem bestimmten Ereignis an rückwirkend berechnet werden. So liegt der Fall hier. Denn es kommt für die entscheidende Voraussetzung des Zeitpunktes, an dem das Zuschlagsverbot wegfällt und ab dem der Zuschlag erteilt werden kann, gerade darauf an, dass die vorausliegende Frist gemäß § 134 Abs. 2 GWB abgelaufen ist. Damit handelt es sich hier ausweislich der maßgebenden Vorschrift des Art. 2a Abs. 2 der Richtlinie 2007/66/EG, deren Umsetzung § 134 Abs. 2 GWB dient, um eine rückwirkend ab dem Zeitpunkt des Wegfalls des Zuschlagsverbots zu berechnende Frist. Art. 2a Abs. 2 Richtlinie 2007/66/EG bestimmt nämlich ausdrücklich, dass der Vertragsabschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung „nicht vor Ablauf“ einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen erfolgen darf (vgl. Völlink, in: Ziekow/Ders. (Hrsg.), Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 82 VgV Rn. 2, 6).

Nach allem ist der Nachprüfungsantrag daher als unstatthaft zu verwerfen, § 168 Abs. 1 GWB.

4. Soweit die ASt Akteneinsicht nach § 165 GWB beantragt hat, wurden ihr die seitens der Ag mit Schreiben vom 24. Juni 2021 zum Nachweis der Zuschlagserteilung an die Bg zur Akte gereichten Auszüge aus der Vergabeakte übermittelt. Damit hat sie in der Sache Einsicht in die Vergabeakte im hier gebotenen Umfang erhalten. Die Akteneinsicht nach § 165 Abs. 1 GWB hat eine dienende Funktion, die grundsätzlich nicht über das hinausgehen kann, was zur Durchsetzung des sich aus dem Nachprüfungsantrag ergebenden rechtlichen Begehrens erforderlich ist. Da der Antrag wie festgestellt bereits nicht statthaft ist, kommt eine weitergehende Akteneinsicht, maßgeblich in die Vergabeakte, nicht in Betracht.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 Abs. 1 und 2, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Sätze 1 GWB.

1. Die ASt trägt nach der Verwerfung des Nachprüfungsantrags als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen), § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB, sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

2. Es entspricht der Billigkeit, dass die ASt ebenfalls die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg trägt, § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die ASt hat mit ihrem Nachprüfungsantrag einen unmittelbaren Interessengegensatz gegenüber der Bg begründet, indem sie die Wirksamkeit des der Bg erteilten Zuschlags angegriffen hat. Danach ist es gerechtfertigt, die zur Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg der ASt aufzuerlegen.

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 unterzeichnet 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

Dr. Brauser-Jung