



# Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

## Beschluss

### Amtliche Leitsätze

1. Hebt die Vergabestelle ihre Ausschreibung nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens auf, dann können die Kosten des Nachprüfungsverfahrens der Vergabestelle gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB auferlegt werden, soweit feststeht, dass diese die Aufhebung der Ausschreibung zu vertreten hat.
2. Die Regelung in § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB, wonach der Antragsteller die Kosten zu tragen hat, wenn sich der Antrag vor einer Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme oder anderweitig erledigt hat, ist nachrangig zu Satz 3 des § 128 Abs. 3 GWB.
3. Ein berechtigtes Feststellungsinteresse wirtschaftlicher Art kann bei einer solchen Konstellation auch in der Abwendung einer nachteiligen Auslagenerstattung liegen.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrages zur Lieferung von Mittagsverpflegungen für die Schulen mit Ganztagsbetrieb sowie an städtischen Tageseinrichtungen für Kinder

### VK 13/09

der Firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
Niederlassung xxxxxxxxxx  
vertreten durch die Geschäftsführer  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxx

**Antragstellerin**

### Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen die

Stadt xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
vertreten durch den Bürgermeister  
xxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

**Antragsgegnerin**

### Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster ohne mündliche Verhandlung durch die Vorsitzende xxxxxxxxxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxxxx und den ehrenamtlichen Beisitzer xxxxxxxx

am **22. September 2009** beschlossen:

1. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt. Auf Antrag der Antragstellerin wird festgestellt, dass sie durch die ursprüngliche Ausschreibung mit der Bekanntmachungs-Nr. 2009/xxxxxxxxxxx in ihren Rechten verletzt gewesen ist.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb in einem offenen Verfahren nach der VOL/A die Vergabe der Mittagsverpflegung an Schulen mit Ganztagsbetrieb und an städtischen Tageseinrichtungen für den Zeitraum von August 2009 bis zum Juli 2012 europaweit aus. Der geschätzte Auftragswert liegt bei ca. 1,2 Mio. €. Die Bekanntmachung erfolgte am 12.6.2009 und die Verdingungsunterlagen konnten bis zum 9.7.2009 angefordert werden. Die Angebotsfrist lief am 20.7.2009 ab.

Die Antragstellerin beantragte bereits vor Angebotsabgabe die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, weil sie die Vergabeunterlagen für derart unklar hielt, dass sie sich nicht zur Fertigung eines Angebotes in der Lage sah. Nach Übermittlung des Nachprüfungsantrages am 17.7.2009 legte sie dennoch ein Angebot vor.

Nach Auswertung der Vergabeunterlagen durch die Kammer, teilte diese der Antragsgegnerin mit, dass nach vorläufiger Einschätzung die Ausschreibung in der vorhandenen Ausgestaltung keinen Bestand haben könnte. Der Teil 2 (Bewertungsmatrix für die Verpflegung) enthielt zahlreiche Anforderungen, die keiner differenzierten Bewertung zugänglich waren, dennoch aber von der Antragsgegnerin mit einer Punkteskala bewertet werden sollten. Es handelte sich vielfach um zwingend von den Bietern geforderte Erklärungen, die in der Regel auf der ersten Wertungsstufe zu prüfen sind, und bei Nichtvorlage zum Ausschluss des Angebots führen, aber als solche keiner inhaltlichen Bewertung zugänglich sind.

Weiterhin war in der Leistungsbeschreibung eine Alternative B als Bedarfsposition aufgenommen worden, deren Umfang völlig unklar blieb. Die Alternative B sollte nach Einzelabsprache beauftragt werden, wobei für die Bieter nicht erkennbar war, welchen Umfang diese Lieferung (Anzahl der Menüs) möglicherweise umfassen konnte. Dennoch wollte die Antragsgegnerin die Angaben der Bieter zu dieser Bedarfsposition umfassend in ihre Wertung einbeziehen.

Letztlich hob die Antragsgegnerin aufgrund dieser Hinweise der Kammer die Ausschreibung auf und hat damit dem Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin entsprochen. Die Antragsgegnerin beabsichtigt nunmehr, die Vergabeunterlagen zu überarbeiten und die Leistungen dann beginnend mit einer europaweiten Bekanntmachung erneut auszuschreiben.

Die Antragstellerin teilte darauf hin mit, dass sich das mit ihren bisherigen Anträgen verfolgte Begehren erledigt habe. Allerdings möchte sie nunmehr unter Hinweis auf ihren bisherigen Sachvortrag die Vergaberechtswidrigkeit der aufgehobenen Ausschreibung festgestellt haben, um so auch ihre Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung geltend machen zu können.

Die Antragstellerin meint, dass das erforderliche Feststellungsinteresse für einen solchen Antrag vorliege. Ein solches rechtfertigt sich durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein müsse, die Rechtsposition der Antragstellerin in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beschränkung ihrer Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern.

Die Antragstellerin trägt vor, dass ihr wirtschaftliches Interesse darin liege, dass sie nach Erledigung des Nachprüfungsverfahrens aufgrund des Regelungsgehalts des § 128 GWB und der dazu ergangenen Rechtsprechung des BGH, u.a. Beschluss vom 9.12.2003, X ZB 14/03, ihre eigenen Rechtsanwaltskosten selbst tragen müsse, wenn sie keinen Feststellungsantrag stelle. Nach Auffassung des BGH gebe es für die Verfahrensbeendigung ohne Entscheidung der Vergabekammer zur Sache keine Rechtsgrundlage für die Kostentragungspflicht, so dass jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten selbst tragen müsse, und zwar unabhängig von den Erfolgsaussichten in dem Verfahren. Abweichend davon käme eine Kostentragung nur dann in Betracht, wenn die Kammer zur Sache aufgrund eines Fortsetzungsfeststellungsantrages entscheide.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass eine Rechtsverletzung der Antragstellerin vorgelegen hat,
2. der Antragsgegnerin die Kosten des Vergabeverfahrens sowie die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Kosten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen sind.

Die Antragsgegnerin beantragt in Bezug auf den Feststellungsantrag,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hält den Antrag für unbegründet, ungeachtet der Tatsache, dass sie dem Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin teilweise abgeholfen hat. Die Antragsgegnerin verweist auf ihre Ausführungen zur Sache in ihrem Schriftsatz vom 31.7.2009, auf die hiermit vollinhaltlich Bezug genommen wird.

Die Entscheidung der Kammer ergeht gemäß § 112 Abs. 1 GWB mit Zustimmung der Verfahrensbeteiligten ohne mündliche Verhandlung.

## II.

Die Vergabekammer Münster ist für die Entscheidung zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört (§ 104 Abs. 1 GWB) und die Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW). Der Gesamtauftragswert übersteigt den in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 206.000 €.

Die Entscheidung ergeht gemäß § 131 Abs. 8 GWB aufgrund der neuen Gesetzeslage, weil die Bekanntmachung im Juni 2009 erfolgte.

1. Das Nachprüfungsverfahren wird nach übereinstimmender Erledigungserklärungen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin gemäß § 114 Abs. 3 in Verbindung mit § 61 Abs. 1 GWB eingestellt, so dass nur noch über die Kosten des Verfahrens und die außergerichtlichen Kosten der Verfahrensbeteiligten zu entscheiden ist.

2. Die Kosten des Verfahrens vor der Kammer werden gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB der Antragsgegnerin auferlegt, wobei diese sich aber auf die Gebührenbefreiung gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG Bund berufen kann.

2.1 Gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB können Kosten, die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, diesem auferlegt werden.

Die durch das Nachprüfungsverfahren entstandenen Kosten der Kammer hat die Antragsgegnerin zu übernehmen.

Nach Auswertung der Vergabeunterlagen steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass die Ausschreibung keinen Bestand haben konnte. Die Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Bewertungsmatrix für die Verpflegung aber auch die Forderungen im Zusammenhang mit der Alternativen B waren, ohne dass es einer weiteren Sachverhaltsaufklärung bedurfte, vergaberechtlich zu beanstanden. Die Antragsgegnerin hat zu Recht die Ausschreibung gemäß § 26 VOL/A aufgehoben.

Gemäß § 16 Nr. 1 VOL/A hat der Auftraggeber erst dann auszuschreiben, wenn alle Verdingungsunterlagen fertig gestellt sind und die Leistung aus der Sicht des Auftraggebers innerhalb der angegebenen Frist ausgeführt werden kann. Dabei ist der Auftraggeber für eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung im Sinne von § 8 VOL/A und auch für eine den Anforderungen der §§ 9, 9a VOL/A entsprechende Zusammenstellung der Vergabeunterlagen verantwortlich. Dabei handelt es sich ausschließlich um Anforderungen, die allein in den Risikobereich des öffentlichen Auftraggebers fallen. Dieser bestimmt Art und Umfang des Auftrages und hat somit auch die dafür erforderlichen Vergabeunterlagen den Bietern so zur Verfügung zu stellen, dass diese ordnungsgemäße Angebote abgeben können.

Diese Verpflichtung bleibt auch beim öffentlichen Auftraggeber, auch wenn bereits in einem frühen Verfahrensstadium Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in der

Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 GWB von Interessenten zu rügen sind. Diese Vorschriften dienen lediglich dazu, dem öffentlichen Auftraggeber eher Gelegenheit zu geben, etwaige Verfahrensfehler zu beheben und so im Interesse aller Beteiligten unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden. Dies führt aber nicht zu einem Risikoübergang auf denjenigen Bieter, der gerügt hat.

Da die Aufhebung der Ausschreibung somit von der Antragsgegnerin zu vertreten ist, hat diese grundsätzlich gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB die Kosten der Kammer zu tragen.

2.2 Die Regelung in § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB ist nachrangig zum Satz 3. Danach hat der Antragsteller die Hälfte der Gebühr zu entrichten, wenn sich der Antrag vor Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme oder anderweitig erledigt hat. Diese Regelung ist Ausfluss des Rechtsgedankens, dass der Antrag bei einer Erledigung oder einer Rücknahme eine geringere wirtschaftliche Bedeutung für den Antragsteller haben wird. Dies kann vorliegend nicht festgestellt werden, weil die rügende Antragstellerin hier sehr wohl an der Ausschreibung ein Interesse hatte und einen Auftrag aufgrund der Ausschreibung erhalten möchte. Wenn aber die Ausschreibung aufgehoben werden muss, dann ist die Antragstellerin zunächst einmal gezwungen die neue Ausschreibung abzuwarten. Bei dieser Sachlage ist die Beendigung eines Verfahrens vor der Vergabekammer lediglich eine prozessbeendende Maßnahme, die aber keine Rückschlüsse auf die tatsächlichen Interessen des Bieters zulässt.

2.3 Entsprechend der Gebührenstaffel des Bundes und der Länder, die die Kammer ihrer Gebührenbemessung zugrundelegt, ist bei einem geschätzten Auftragsvolumen von ca. 1,2 Mio. € eine Gebühr in Höhe von xxxx € festzusetzen.

3. Die zweckentsprechenden Aufwendungen der Antragstellerin für ihre Rechtsverfolgung werden gemäß § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 1 und 2 VwVfG NW der Antragsgegnerin auferlegt.

Soweit gemäß § 128 Abs. 4 GWB ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Dabei ist § 80 VwVfG NW entsprechend anwendbar.

3.1 Der Antrag der Antragstellerin ist als Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 114 Abs. 2 GWB zulässig und begründet.

Gemäß § 114 Abs. 2 GWB stellt die Vergabekammer, wenn sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabekammerverfahrens oder in sonstiger Weise erlegt hat, auf Antrag eines Beteiligten fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.

a) Der Antrag ist zulässig, weil die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin einen Liefer- und Dienstleistungsauftrag nach den Vorschriften der VOL/A europaweit in einem offenen Verfahren ausgeschrieben hat, §§ 98 Nr. 1, 100 Abs. 1 GWB und die Antragstellerin unmittelbar nach Erhalt der Vergabeunterlagen diverse Vergaberechtsverstöße unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB gegenüber der Antragsgegnerin rügte. Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergab sich aus § 107

Abs. 2 GWB, wobei sie letztlich auch innerhalb der Angebotsabgabefrist ein Angebot abgab.

Der ursprüngliche Nachprüfungsantrag war somit zulässig.

b) Der Nachprüfungsantrag ist auch als Fortsetzungsfeststellungsantrag gemäß § 114 Abs. 2 GWB zulässig.

Eine Erledigung in sonstiger Weise liegt vor, weil das Nachprüfungsverfahren nach Aufhebung der Ausschreibung durch die Antragsgegnerin gegenstandslos geworden ist. Die Antragsgegnerin ist vorliegend der Entscheidung der Kammer in dem Nachprüfungsverfahren zuvor gekommen und hat selbst den gerügten Beanstandungen durch Aufhebung der Ausschreibung entsprochen. Damit erübrigte sich eine Durchführung des Nachprüfungsverfahrens

c) Nach überwiegender Auffassung setzt dieser Feststellungsantrag als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ein Feststellungsinteresse voraus. Ein solches Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition auszugleichen oder wenigstens zu mildern, OLG Düsseldorf, 23.3.2005, Verg 77/04; OLG Jena, 30.3.2009, 9 Verg 12/08.

Ein solches Feststellungsinteresse kann insbesondere gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient. In geeigneten Fällen kann mit einem Feststellungsantrag auch der Gefahr einer Wiederholung begegnet werden. Es soll dadurch sichergestellt werden, dass der Antragsteller die Früchte des von ihm angestrebten Nachprüfungsverfahrens nicht verliert.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung ist das Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch dann anzuerkennen, wenn der Antragsteller ein wirtschaftliches Interesse an der beantragten Feststellung hat, dass sich daraus ergibt, dass er seine Rechtsposition verbessern kann und die Beeinträchtigung seiner Rechte ausgeglichen oder wenigstens gemildert werden, so auch VK Lüneburg, 26.6.2007, VgK 29/2007.

Da nach Auffassung des BGH, 9.12.2003, X ZB 14/03, bei einer Verfahrensbeendigung ohne Entscheidung der Vergabekammer zur Sache der Antragsteller die Erstattung seiner außergerichtlichen Kosten nicht geltend machen könnte, ist er dann, wenn die Vergabestelle das Vergabeverfahren selbst beendet hat und damit dem Antragsteller seine Beschwer genommen wurde, darauf angewiesen eine Entscheidung der Kammer zur Sache herbeizuführen. In einem solchen Fall hat dann die Vergabestelle gemäß § 128 Abs. 4 GWB als unterliegende Partei die Aufwendungen des Gegners für dessen zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu tragen.

Insofern ist auch die Abwendung einer nachteiligen Auslagererstattung ein berechtigtes Interesse wirtschaftlicher Art, dass im Rahmen eines Feststellungsantrages als ausreichend angesehen wird.

Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist somit zulässig.

3.2 Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist auch begründet. Denn die Vergabeunterlagen der Antragsgegnerin entsprachen nicht den §§ 8, 9 sowie 9a VOL/A.

Die Antragsgegnerin hatte einerseits in ihren Vergabeunterlagen Erklärungen als Zuschlagskriterien benannt und damit die Eignungs- und Zuschlagskriterien miteinander vermengt, was vergaberechtlich unzulässig ist, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 5.5.2008, Verg 5/08. Damit war eine Neufassung der Angebotsunterlagen zwingend erforderlich. Dazu kam, dass auch die Handhabung der Alternativen B für die Bieter zu erheblichen Kalkulationsproblemen führen musste. Der Umfang dieser Anforderungen war nicht eindeutig, allerdings sollte die Alternative B nur nach Einzelabsprache beauftragt werden. Für eine sachgerechte Kalkulation kann aber der Umfang einer Leistung in dieser Weise nicht offen gelassen werden, weil für eine Kalkulation jedenfalls eine ungefähre Angabe der Anzahl der Menüs nach der Alternativen B zwingend erforderlich ist.

Darüber hinaus gab es noch eine Vielzahl weiterer Verstöße gegen Vergabevorschriften, die von der Antragstellerin gerügt wurden. Dies lässt die Kammer dahingestellt, weil jedenfalls sicher allein aufgrund der vorstehenden Ausführungen die Aufhebung der Ausschreibung durch die Kammer hätte verfügt werden müssen.

Auf Antrag der Antragstellerin war somit gemäß § 114 Abs. 2 GWB festzustellen, dass sie durch die ursprüngliche Ausschreibung in ihren Rechten verletzt gewesen ist.

4. Gemäß § 128 Abs. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 VwVfG NW war die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin vorliegend auch notwendig. Es lag nicht nur ein einfach gelagerter Verstoß gegen Vergabevorschriften vor, sondern erst durch die Gesamtschau der Unterlagen erschloss sich die Vergaberechtswidrigkeit. Darüber hinaus zeigt auch die Aufhebung der Ausschreibung, dass es sich um schwerwiegende Verstöße handelte, so dass anwaltliche Beratung erforderlich war.

5. In Verfahren über Beschwerden gegen Entscheidungen der Vergabekammern beträgt der Gegenstandswert nach § 50 Abs. 2 GKG 5% der Bruttoauftragssumme. Diese Wertvorschrift gilt nach § 23 Abs. 1 Satz 3 RVG entsprechend auch für das Nachprüfungsverfahren. Für die Festsetzung der außergerichtlichen Aufwendungen wird hiermit ausgehend von einer geschätzten Auftragssumme in Höhe von 1,2 Mio. € ein Gegenstandswert in Höhe von 60 000 € festgesetzt.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu.

Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Stolz