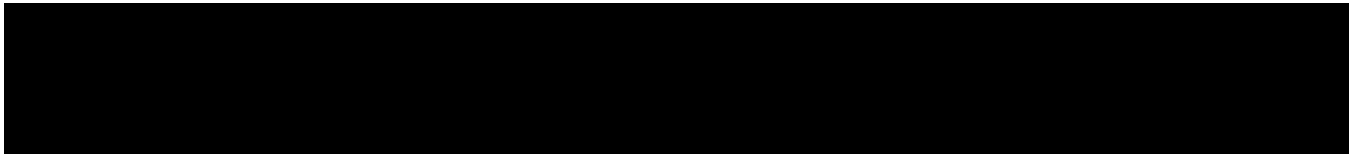


69d VK 2- 06/2018

Einstellungsbeschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

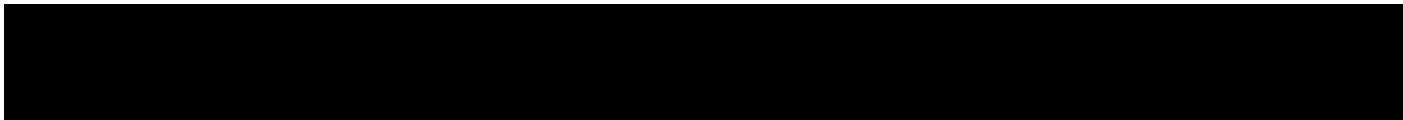


- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte|



gegen



-Antragsgegnerin und Vergabestelle-

Verfahrensbevollmächtigte:



wegen

Vergabeverfahren „Planung, Bau, Lieferung, Inbetriebnahme, Betrieb und Instandhaltung eines Passagier-Transport-Systems am [redacted]“

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Langsdorf und den ehrenamtlichen Beisitzer Technischer Angestellter Andreas Meirer am 22. Februar 2018 beschlossen:

1. Das Nachprüfungsverfahren sowie der Antrag der Antragsgegnerin auf Vorabgestattung des Zuschlags werden eingestellt.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von ████████ € festgesetzt.
3. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

- A. Das Nachprüfungsverfahren war einzustellen, weil die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag vom 26. Januar 2018 mit Schriftsatz vom 14. Februar 2018 zurückgenommen hat. Mit der Rücknahme des Nachprüfungsantrages hat sich auch der Antrag der Antragsgegnerin auf Vorabgestattung des Zuschlags erledigt. Die Vergabekammer hat mithin nur noch über die Kosten zu entscheiden.
- B. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB a. F., das gemäß § 186 Abs. 2 GWB aufgrund der Einleitung des Vergabeverfahrens vor dem 18. April 2016 Anwendung findet, werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Gebühren erhoben.
 - I. Hat sich - wie hier - der Antrag durch Rücknahme erledigt, ist nach § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB a.F. die Gebühr zu halbieren. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens, § 128 Abs. 2 GWB a. F.. Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit unter Berücksichtigung der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrunde gelegt wird, eine Gebühr von ████████ €, die zu halbieren ist. Eine weitere Reduzierung dieser Gebühr gemäß § 128 Abs. 3 Satz 6 GWB a.F. kommt nicht in Betracht. Allein auf den Umstand, dass die Vergabekammer infolge der Antragsrücknahme weder mündlich verhandeln noch eine Sachentscheidung treffen musste, kann eine Gebührenermäßigung in diesem Rahmen nicht gestützt werden, da das Gesetz in § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB a. F. diese Gesichtspunkte bereits durch die Halbierung der Gebühr berücksichtigt hat.

Durch die Rücknahme ist bei der Vergabekammer kein erheblich unterdurchschnittlicher personeller und sachlicher Aufwand angefallen, weil die von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten einschließlich der von den Bietern abgegebenen Angebote (9 Kartons und 5 Aluminiumkisten), bis auf das Angebot des 3. Bieters, gesichtet und ausgewertet worden sind. Darüber hinaus hat die Vergabekammer einen ausführlichen rechtlichen Hinweisbeschluss erlassen, der so auch Inhalt eines ablehnenden Beschlusses geworden wäre. Es ist daher eine Gebühr in Höhe von ████████ € festzusetzen.

- II. Es entspricht billigem Ermessen, die Kosten des Nachprüfungsverfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen, § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB a.F..
 1. Die Regelung in § 128 Abs. 3 Sätze 4 und 5 GWB a.F. ist dahin auszulegen, dass Gebühren und Auslagen der Vergabekammer bei Rücknahme oder anderweitiger Erledigung des Nachprüfungsverfahrens auch einem anderen Beteiligten als dem Antragsteller auferlegt werden können, wenn dies der Billigkeit entspricht (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 13. Januar 2014 - VII Verg 11/13 - juris, RdNr. 8).
 2. Die Billigkeitsentscheidung über die Kostentragungslast erfolgt dabei in entsprechender Anwendung des § 91a ZPO. Die Entscheidung nach § 91a ZPO ist eine Ermessensentscheidung. Bei dieser Ermessensentscheidung ist der bisherige Sach- und Streitstand zu berücksichtigen. Die Erfolgsaussicht des Hauptbegehrens wird im Rahmen der Kostenentscheidung nach § 91a ZPO summarisch geprüft, wobei hier im Allgemeinen der ohne die Erledigung - vorliegend in anderer Weise, nämlich durch Rücknahme - voraussichtliche Verfahrensausgang den Ausschlag geben wird. Danach entspricht es billigem Ermessen, demjenigen die Kosten ganz oder teilweise aufzuerlegen, welcher ohne das erledigende Ereignis bzw. die Rücknahme des Nachprüfungsantrages voraussichtlich mit seinem Antrag keinen oder teilweise keinen Erfolg gehabt hätte (BGH, Beschluss vom 25. Januar 2012 - X ZB 3/11 - juris, RdNr. 9; Oberlandesgericht München, Beschluss vom 31. Mai 2012 - Verg 4/12 - juris, RdNr. 20 f.).
 3. Vorliegend geht diese Prüfung zulasten der Antragstellerin aus, denn, wie in dem rechtlichen Hinweisbeschluss vom 7. Februar 2018 ausführlich dargelegt, wären die Hauptanträge zu 1.) und zu 2.) ebenso wie die Hilfsanträge zu 3.), zu 4.), zu 5.) und zu 6.) sowie der Antrag auf Akteneinsicht unzulässig gewesen. Die Vergabekammer nimmt insoweit Bezug auf den rechtlichen Hinweisbeschluss vom 7. Februar 2018.
 4. Es liegen auch keine Gründe vor, die es unter Billigkeitsgesichtspunkten rechtfertigen, vorliegend hinsichtlich der Entscheidung der Kostentragungslast von dem Grundsatz des voraussichtlichen Verfahrensausganges abzuweichen, § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB a.F..

Wie dem rechtlichen Hinweisbeschluss vom 7. Februar 2018 zu entnehmen ist, wäre der Nachprüfungsantrag abzulehnen gewesen, weil alle geltend gemachten Haupt- und Hilfsanträge unzulässig gewesen wären und die Antragstellerin, die nach der Wertung der Angebote auf dem 3. Rang liegt, es im Übrigen verabsäumt hat, die Wertung ihres Angebotes und das der Bieter auf dem 1. und 2. Rang zu rügen. Stattdessen rügte sie lediglich die Angemessenheit des Angebotes der Bieterin auf dem 1. Rang.

Die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages steht in keinem Zusammenhang mit dem Inhalt der Bieter Information. Im Übrigen war der Hinweis der Antragstellerin in ihrer Replik vom 2. Februar 2018, die Antragstellerin wegen möglicher Widersprüche in der sogenannten „Zuordnungstabelle“ gegebenenfalls zwingend ausschließen zu müssen nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens.

- III. Da die Antragstellerin den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zurückgenommen hat, hat sie auch nach § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB a. F. die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen, ohne dass Billigkeitserwägungen hier eine Rolle spielen. Anders als bei den vor der Vergabekammer entstandenen Kosten, fehlt im Rahmen von § 128 Abs. 4 GWB eine dem § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB entsprechende Regelung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist auch eine entsprechende Anwendung nicht möglich. (vgl. BGH, a.a.O.; zuletzt Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2013, VII Verg 41/12- juris, RdNr. 4).
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt, § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB a.F. in Verbindung mit § 80 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 HVwVfG. Die Anwendung des Hessischen Verwaltungsverfahrensgesetzes folgt aus § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 1 HVwVfG, denn die Ausschreibung hat eine Sektorenauftraggeberin mit Sitz im Bundesland Hessen veranlasst.
 1. Die Prüfung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten erfolgt einzelfallbezogen aufgrund der Gesamtumstände im jeweiligen konkreten Verfahren. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes ist notwendig, wenn sie vom Standpunkt eines verständigen, nicht rechtskundigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden durfte. Dabei kommt es auf eine ex-ante Bewertung an, weil in diesem Zeitpunkt über die Einschaltung von Verfahrensbevollmächtigten zu entscheiden ist (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 30. Juli 2013 - 11 Verg 7/13 - juris, RdNr. 6).
 - a) Für die Prüfung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten des Auftraggebers gilt dabei tendenziell ein strengerer Maßstab als auf Seiten des Bieters (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. November 2017 - 11 Verg 8/17 - ZfBR 2018, 198).

Es kommt maßgeblich darauf an, ob sich die Probleme des Nachprüfungsverfahrens auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazugehörenden Vergaberegeln konzentrieren, oder ob sie sich auf darüber hinausgehende schwierige, gegebenenfalls ungeklärte oder europarechtlich beeinflusste vergaberechtliche Fragestellungen beziehen. Sofern im Mittelpunkt des Nachprüfungsverfahrens auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen stehen, spricht im Allgemeinen mehr dafür, dass der öffentliche Auftraggeber die erforderliche Sach- und Rechtskenntnis in seinem originären Aufgabenbereich ohnehin organisieren und vorhalten muss. Er bedarf daher auch im Nachprüfungsverfahren nicht notwendig eines anwaltlichen Bevollmächtigten (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, a.a.O.).

- b) Ergänzend kann bei der Beurteilung auf die Komplexität des Sachverhaltes sowie die Bedeutung und das Gewicht des Auftrages für den Auftraggeber berücksichtigt werden, ebenso wie der Umstand, inwieweit die Vergabestelle über geschultes Personal und Erfahrung mit Vergabeverfahren verfügt. Schließlich kann der Gesichtspunkt der sogenannten prozessualen Waffengleichheit in die Prüfung einfließen (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, a. a. O.).
2. Die hier im Mittelpunkt des Nachprüfungsverfahrens stehenden Probleme beziehen sich gerade nicht - wie die Antragstellerin meint - auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen, die in den originären Aufgabenkreis der Antragsgegnerin gehören, denn es ging nicht um Wertungsfragen, weil die Antragstellerin diese eben nicht gerügt hatte. Vielmehr ging es um vermeintliche Änderungen an Vergabeunterlagen, die Einbeziehung von EU-Recht, Fragen der Vorwirkung sowie erfolgte Zurückversetzungen im Rahmen des Verhandlungsverfahrens bzw. die Erforderlichkeit der Durchführung von Verhandlungen sowie der Angemessenheit des Angebotes. Mit diesen Rechtsfragen haben sich sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin in der Antragsschrift und in der Antragserwiderung ausführlich auseinandergesetzt. Dabei handelt es sich auch nicht um alltägliche Problemstellungen, weil gerade das Verhandlungsverfahren zu denjenigen zählt, das nur an wenigen normativen Vorgaben gebunden ist, wobei zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass es hier um einen Vergabeverfahren geht, das vor der Vergaberechtsreform 2016 begonnen hat. Vertiefte vergaberechtliche Rechtskenntnisse sind hier erforderlich. Das letztendlich der Nachprüfungsantrag wegen fehlender Zulässigkeit abzulehnen gewesen wäre, ist insoweit unerheblich, weil es - wie oben ausgeführt - auf eine ex-ante Betrachtung des öffentlichen Auftraggebers ankommt. Der Umstand, dass die Antragstellerin einen Rechtsanwalt als Syndikusanwalt mit Vergaberechts Expertise bei der [REDACTED], die das Vergabeverfahren für die Antragsgegnerin durchführt, beschäftigt ist, steht dem nicht entgegen. Er ist dort als Leiter der Vertragsabteilung eingesetzt und nicht als Syndikusanwalt in einer Rechtsabteilung.

Sein Aufgabenfeld und sein Verantwortungsbereich sind von einer Vielzahl anderer Themen geprägt, die eine eigenhändige Betreuung eines Nachprüfungsverfahrens aus Zeitgründen nicht ermöglichen. Weitere Juristen sind bei der [REDACTED] [REDACTED] nicht beschäftigt.

3. Darüber hinaus sind bei der Beurteilung auch die Komplexität des Sachverhaltes sowie die Bedeutung und das Gewicht des Auftrages für die Antragsgegnerin zu berücksichtigen. Dies einmal unter dem Gesichtspunkt des Volumens des Auftrages als auch im Hinblick auf die funktionale Bedeutung für die Inbetriebnahme des Terminals 3.
4. Des Weiteren ist auch unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin gerechtfertigt, gerade auch vor dem Hintergrund der im Nachprüfungsverfahren knappen Fristsetzungen. Die Antragstellerin selbst hat sich für das Nachprüfungsverfahren externer Unterstützung durch eine im Vergaberecht spezialisierte Großkanzlei bedient, obwohl sie, wie die Vergabekammer den Vergabeunterlagen entnommen hat, über hauseigene und im Vergaberecht erfahrene Juristen verfügt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main, - Vergabesenat -Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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 unterschrieben 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.

Roth
Vorsitzende

Andreas Meirer
Ehrenamtlicher Beisitzer

Markus Langsdorf
Hauptamtlicher Beisitzer