

69d - VK -09/2017

Leitsatz:

Für die Erstattung der notwendigen Aufwendungen eines Beigeladenen gemäß § 182 Abs. 4 Satz 3 GWB ist entscheidend, dass er mit seiner aktiven Teilnahme das Nachprüfungsverfahren gefördert hat. Diese liegt bereits dann vor, wenn er sich schriftsätzlich zu den stritten Rechtsfragen geäußert und die Zulässigkeit bzw. Begründetheit des Nachprüfungsantrags verneint hat; es muss jedenfalls eine Unterstützungshandlung erkennbar sein, an Hand derer festzustellen ist, welches Rechtsschutzziel er in der Sache verfolgt hat.

Stichworte: Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen eines Beigeladenen

Norm: § 182 Abs. 4 Satz 3 GWB

Streitgegenstand: technisches Gebäudemanagement,
offenes Verfahren nach VgV

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren



- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: [Redacted]

gegen



- Antragsgegnerin -

weitere Beteiligte:

[REDACTED]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]mer
[REDACTED]

wegen technischen Gebäudemanagements

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Meuser und die ehrenamtlichen Beisitzerin Rechtsanwältin Trutzel ohne mündliche Verhandlung am 7. September 2017 beschlossen:

- I. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.
- II. Die Gebühren für das Verfahren vor der Vergabekammer werden auf [REDACTED] € festgesetzt, die von der Antragstellerin zu tragen sind.
- III. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu erstatten.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner schrieb mit Auftragsbekanntmachung, abgesendet am 15. Dezember 2016, die Vergabe des Bauauftrages zum Umbau der [REDACTED] im offenen Verfahren nach VgV europaweit aus (HAD-Ref.-Nr.: [REDACTED]). Als Zuschlagskriterium wurde der Preis bestimmt.

In der Folgezeit gab die Antragstellerin ihr Angebot ab.

Mit Schreiben vom 14. März 2017 teilte die Antragsgegnerin ihr mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden soll, weil es nicht das wirtschaftlichste sei.

Nachdem der weiteren Rüge der Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, stellte sie mit Schriftsatz vom 23. März 2017 ihren Nachprüfungsantrag. Sie beantragte im Wesentlichen, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes zurückzunehmen und sie weiter am Vergabeverfahren zu beteiligen, ihr Einsicht in die

Vergabeakte zu gewähren sowie sämtliche Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Nach Übermittlung des Antrages legte die Antragsgegnerin ihre Vergabeakte der Vergabekammer vor.

Auf den Nachprüfungsantrag erwiderte die Antragsgegnerin, indem zusammengefasst sie ihre Wertung verteidigte. Einen bestimmten Antrag stellte sie nicht.

Am 28. Juni 2017 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen. Dabei wurde ihr der bis dahin entstandene Schriftverkehr, soweit ihm der wesentliche Streitstand der übrigen Beteiligten entnehmbar war, in Kopie zugesendet.

Mit Schriftsatz vom selben Tag zeigte ihr Bevollmächtigter ihre Vertretung im Verfahren an und beantragte Akteneinsicht; dabei wies er darauf hin, dass das Angebot der Beigeladenen Betriebsgeheimnisse enthalte, die der Antragstellerin nicht zu Kenntnis gelangen dürften, und bat um deren Kennzeichnung vor einer etwaigen Akteneinsicht durch die Antragstellerin. Weiterer Vortrag wurde für die Beigeladenen nicht erbracht; auch wurde für sie kein weiterer Antrag gestellt.

Mit Schriftsatz vom 30. Juni 2017 nahm die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag zurück. Zugleich bat sie die Vergabekammer um Bestätigung der von ihr vorgetragenen Rechtsauffassung, wonach nach Ablauf der Bindefrist diese nicht mehr verlängert werden könne bzw. Angebote von Bietern, welche diese Frist nicht verlängert haben, weder wertbar noch zuschlagsfähig seien.

Zur Äußerung der Antragstellerin über Bindefristablauf und Zuschlagsfähigkeit trug die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 3. Juli 2017 vor, dass diese Frist hinsichtlich des Angebotes der Beigeladenen verlängert worden sei und legte dazu Kopien über den einschlägigen Schriftverkehr als Anlagen vor; Hinweise auf Geheimhaltung waren nicht gegeben.

Auf Bitte der Antragstellerin sendete die Vergabekammer ihr mit Verfügung vom 6. Juli 2017 diese Anlagen zu.

Mit Verfügung vom 25. Juli 2017 wies die Vergabekammer darauf hin, dass mit der Rücknahmeerklärung das Zuschlagsverbot entfallen ist.

II.

Nach Rücknahme des Nachprüfungsantrages ist von Amts wegen die Einstellung des Verfahrens auszusprechen und über die Kosten zu entscheiden (s. Kurlartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, GWB, 4. Auflg. 2016, § 182 Rn. 2).

Mit der Erklärung der Rücknahme des Nachprüfungsantrages ist das Verfahren bereits ohne Entscheidung in der Sache beendet (Müller-Wrede-Hofmann, *GWB-Vergaberecht*, 2016, § 160 Rn. 8). So verhält es sich auch hier.

Das Nachprüfungsverfahren war daher einzustellen.

Die Kostenentscheidung wird wie folgt begründet:

Gemäß § 182 Abs. 1 *GWB* werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die – was erforderlich ist (s. Ziekow/Völlink-Losch, *Vergaberecht*, 1. Aufl. 2011, § 128 *GWB* [a.F.] Rn. 4; vgl. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 14) – Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Nachprüfungsantrages gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 *GWB* durch die Vergabekammer gegeben.

Hat sich – wie hier durch die Erklärung der Antragsstellerin vom 19. Juni 2017 – der Antrag vor einer Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme erledigt, ist nach § 182 Abs. 3 Satz 4 *GWB* – stets (Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 78) – durch die Antragsstellerin 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 Nachprüfungsverfahrens (s. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 21 ff).

Der Aufwand der Vergabekammer ergibt sich hier nicht nur aus der Übermittlung des Nachprüfungsantrags und der vorangegangenen Prüfung gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 *GWB*, sondern auch aus ihren nachfolgenden weiteren Amtshandlungen.

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes war der in der Antragsschrift angegebene, unstreitige Angebotspreis der Antragstellerin als Wert des zur Vergabe vorgesehenen Auftrags zugrunde zu legen.

Daraus ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von ████████ €. Davon ist gemäß § 182 Abs. 3 Satz 4 *GWB* die Hälfte zu entrichten, die hier ████████ € beträgt.

Aus Gründen der Billigkeit konnte gemäß § 182 Abs. 3 Satz 6 *GWB* von der Erhebung von Gebühren der Vergabekammer teilweise abgesehen werden, da – was insoweit im Wesentlichen anerkannt ist (s. nur: Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 14. September 2015, § 128 *GWB* [a.F.] Rn. 120 und 125, jew. m.w.N.; Kurlartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 11) – die Rücknahmeerklärung in einem relativ frühen Verfahrensstadium erfolgte, in welchem sich die Vergabekammer zwar mit dem Fall befasst und beigeladen hatte, aber noch keinen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt und dazu geladen hatte. Zudem hatte die Beigeladene noch keinen Sach- und Rechtsvortrag zum Streitstand erbracht sowie – mit Ausnahme des Antrags auf Akteneinsicht – keinen diesbezüglichen Antrag gestellt. Schließlich fand durch

die Beteiligten auch keine Akteneinsicht statt, welche zur Wahrung der Geheimhaltung bei der Vergabekammer hinsichtlich Vorbereitung und Durchführung jeweils Aufwand verursacht hätte. Die Gebühr war daher billigkeitsgelenkt auf den gesetzlichen Mindestbetrag von 2.500,- € (§ 182 Abs. 2 Satz 1, 1. HS GWB) zu reduzieren.

Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 3 GWB ist auch nach billigem Ermessen darüber zu befinden, ob und inwieweit ein Beteiligter die notwendigen Aufwendungen eines anderen Beteiligten zu tragen hat (Heiermann/Zeiss/Summa-ders., jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, Stand: 29. Mai 2017, § 182 GWB Rn. 54). Dabei kommt es im Wesentlichen darauf an, ob der andere Beteiligte - u.a. der Beigeladene - sich aktiv durch schriftsätzlichen und mündlichen Vortrag an dem Verfahren beteiligt und damit ein Prozesskostenrisiko auf sich genommen hat (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 38; Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 182 GWB Rn. 55). Entscheidend ist, dass er mit seiner aktiven Teilnahme das Nachprüfungsverfahren gefördert hat (Burgi/Dreher-Krohn, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, GWB, 3. Aufl. 2017, § 182 Rn. 36). Stellt der Beigeladene eigene Anträge, ist das zwar ein Indiz, aber keine zwingende Voraussetzung für die Zubilligung eines Kostenerstattungsanspruchs (Burgi/Dreher-Krohn, wie vor; s. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 100).

Eine aktive Teilnahme am Nachprüfungsverfahren liegt bereits dann vor, wenn sich der Beigeladene schriftsätzlich zu den stritten Rechtsfragen äußert und die Zulässigkeit bzw. Begründetheit des Nachprüfungsantrags verneint; es muss jedenfalls eine Unterstützungshandlung erkennbar sein, an Hand derer festzustellen ist, welches Rechtsschutzziel ein Beigeladener in der Sache verfolgt (Müller-Wrede-Damaske, wie vor; s. Burgi/Dreher-Krohn, wie vor).

Solch eine Unterstützungshandlung ist hier bei der Beigeladenen nicht ersichtlich. Zwar hat sie sich schriftsätzlich geäußert, jedoch nicht zu den strittigen Rechtsfragen, die ihr mit Zusendung des bisherigen Schriftverkehrs der übrigen Beteiligten bekannt gemacht worden waren. Damit hat sie keinen Sach- und Rechtsvortrag zum Streitstand in das Verfahren eingebracht. Es ist daher nicht ersichtlich, dass sie ein Prozesskostenrisiko auf sich genommen oder welches Rechtsschutzziel sie verfolgt hat.

Demnach sind die Aufwendungen der Beigeladenen nicht durch die Antragstellerin zu erstatten.

Eine Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene erübrigt sich darum schon aus diesem Grunde; da die Antragsgegnerin keinen Verfahrensbevollmächtigten hinzugezogen hat, bedarf es auch insoweit keiner derartigen Feststellung.

Die Vergabekammer geht davon aus, dass sich die Bitte der Antragstellerin um Bestätigung ihrer Rechtsauffassung zum Bindefristablauf und Zuschlagsfähigkeit mit ihrer Verfügung vom 6. Juli 2017 erledigt hat.

Es wird darauf hingewiesen, dass ein Kostenfestsetzungsverfahren hinsichtlich der Aufwendungen der Beteiligten vor der Vergabekammer gemäß § 182 Abs. 4 Satz 5 GWB nicht stattfindet (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 43; Burgi/Dreher-Krohn, a.a.O., § 182 Rn. 40).

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,

einzulegen. 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.

Harnisch
(Vorsitzender)

Meuser
(Hauptamtlicher Beisitzer)