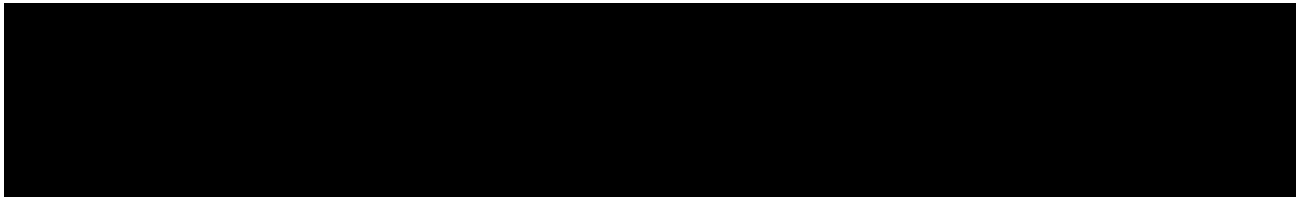


69 d - VK2 - 22/2019

**Einstellungsbeschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren



- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte



gegen





- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:



wegen

Vergabe von Gebäudereinigungsleistungen in 5 Losen  
an verschiedenen Standorten der   


hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Langsdorf und ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsärztin Denz-Kinzel am 12. September 2019 beschlossen:

1. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, die die Antragstellerin zu tragen hat.
3. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

### Gründe

- A. Das Nachprüfungsverfahren war einzustellen, weil die Antragsgegnerin mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 10. Juli 2019 mitteilen ließ, dass das Vergabeverfahren für die Lose 1 bis 5 aufgehoben werde. Das Nachprüfungsverfahren hat sich damit erledigt, § 168 Abs. 2 GWB. Die Vergabekammer hat mithin nur noch über die Kosten zu entscheiden, § 182 Abs. 3 GWB.
- B. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Gebühren erhoben.
  - I. Hat sich - wie hier - das Nachprüfungsverfahren durch Aufhebung der Ausschreibung erledigt, ist nach § 182 Abs. 3 Satz 4 GWB 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, § 182 Abs. 2 GWB. Aufgrund der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin unter Einbeziehung einer Vertragsdauer von jeweils 3 Jahren für jedes Los und der vorgesehenen jeweiligen Verlängerungsoption um zweimal 12 Monate oder einmalig 24 Monate, wobei hinsichtlich der vorgesehenen Optionen ein Abschlag von 50 % (einmal 12 Monate) vorzunehmen ist (BGH, Beschluss vom 18. März 2014 - X ZB 12/13 - juris), ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrunde gelegt wird, eine Gebühr von [REDACTED] €, die zu halbieren ist. Eine weitere Reduzierung dieser Gebühr gemäß § 182 Abs. 3 Satz 6 GWB kommt nicht in Betracht, denn die Vergabekammer hat die von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeunterlagen ausgewertet.
  - II. Es entspricht billigem Ermessen, die Kosten des Nachprüfungsverfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen, § 182 Abs. 3 Satz 5 GWB.
    1. Nach § 182 Abs. 3 Satz 5 GWB erfolgt die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, nach billigem Ermessen. 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 Erfolgsaussichten des Hauptbegehrens werden im Rahmen der Kostenentscheidung nach § 91a ZPO summarisch geprüft, wobei hier im Allgemeinen der ohne die Erledigung - vorliegend in anderer Weise, nämlich durch die Aufhebung der Ausschreibung - 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 Aufhebung der Ausschreibung 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.).

2. Vorliegend geht diese Prüfung zu Lasten der Antragstellerin aus.
  - a) Ihre Rüge hinsichtlich der vermeintlichen Intransparenz des Wertungsvorganges dürfte bei summarischer Prüfung unbegründet sein. Nach dem Vortrag der Antragsgegnerin hat der jeweils zuständige Fachreferent die Wertung vorgenommen. Damit ist sichergestellt, dass die Wertung der Konzepte durch ein- und dieselbe Person nach einheitlichen Maßstäben in dem jeweiligen Los vorgenommen wurde. Dieses Verständnis ergibt sich auch aus den Vergabeunterlagen. Die Vergabekammer hat an dieser Vorgehensweise nichts zu erinnern.
  - b) Mit ihrer Rüge hinsichtlich der gemeinsamen Ortstermine dürfte die Antragstellerin in jeglicher Hinsicht ihres Vortrages präkludiert sein. Dass gemeinsame Ortstermine stattfinden, ergibt sich nach Auffassung der Vergabekammer bereits aus der Bekanntmachung (Ziffer III.1.3)), jedenfalls aber aus den Vergabeunterlagen (Teil A: Bewerbungsbedingungen Lose 1 bis 5, dort Seiten 9 und 10). Dass dies möglicherweise den Geheimwettbewerb verletzt, war für die mit Ausschreibungsverfahren erfahrene Antragstellerin als Bieterin erkennbar. Denn insoweit genügt die kaufmännische Sicht des Bieters für die Frage, ob es in einem Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungen „in Ordnung ist“, wenn den einzelnen Bietern die Mitkonkurrenten bekannt sind. Die Antragstellerin ist daher mit ihrem Vortrag jedenfalls nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert.
  - c) Auch mit ihrer Rüge, bei den Ortsterminen seien von Bietern Fragen gestellt und auch vor Ort beantwortet worden, die eine einheitliche Kalkulationsgrundlage und damit die notwendige Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleisteten, ist die Antragstellerin nach summarischer Prüfung voraussichtlich gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Anders als bei § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB kommt es hier auf die positive Kenntnis nicht an. Die Vergabekammer lässt offen, ob im Rahmen der Erkennbarkeit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ein subjektiver oder ein objektiver Maßstab anzulegen ist.

In beiden Fällen kommt es lediglich auf die Erkennbarkeit an, die sich beim subjektiven Maßstab an den persönlichen Verhältnissen des Antragstellers zu orientieren hat, bei Anwendung eines objektiven Maßstabs dagegen an einem durchschnittlich verständigen Bewerber oder Bieter bei der von diesem zu erwartenden, üblichen Sorgfalt. Der subjektive Maßstab darf jedoch nicht derart interpretiert werden, dass letztlich die Erkennbarkeit zur positiven Kenntnis des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB wird. Dass an den Ortsterminen vermeintlich kalkulationsrelevante Fragen gestellt worden sind, war für die Antragstellerin durchaus erkennbar, denn die Ortstermine sind nach Sinn und Zweck eine Ergänzung des Leistungsverzeichnisses. Aus den Vergabeunterlagen (Anlage 02 Teil A Nachweis Objektbesichtigung) ergibt sich, dass die Antragsgegnerin mit den Ortsbesichtigungen über die Lage und Beschaffenheit der zu reinigenden Gebäude, die Verkehrswege, die unterschiedlichen Raumkategorien und Reinigungsflächen am jeweiligen Standort sowie über die geltenden Zugangsregelungen und über alle für die angebotskalkulationsrelevanten Punkte in ausreichendem Maße informieren wollte. Dies steht so auf der Rückseite der „Anlage 02 Teil A Nachweisobjektbesichtigung“ und ist von der Antragstellerin mit der Unterschrift seiner an diesem Termin anwesenden Mitarbeiter bestätigt worden. Demjenigen, der Angebote kalkuliert, ist ohne weiteres erkennbar, dass Antworten auf Bieterfragen, die nicht sämtlichen Mitbewerbern zugänglich gemacht werden, zu komparativen Vorteilen einzelner Bieter führen können. Selbst dann, wenn es bei der Erkennbarkeit auf einen subjektiven Maßstab ankommen sollte, kann die Antragstellerin nicht mit dem Argument gehört werden, die an dem Ortstermin teilnehmenden Mitarbeiter seien nicht mit der Angebotskalkulation ver- und betraut. Weil die Ortstermine als Ergänzung der Leistungsbeschreibung dienen, war eine Teilnahme für Bieter nur mit entsprechend geschultem Personal sinnvoll. Damit hätte die Antragstellerin ohne das erledigende Ereignis in dem Nachprüfungsverfahren voraussichtlich nicht obsiegt.

3. Es liegen auch keine Gründe vor, die es unter Billigkeitsgesichtspunkten rechtfertigen, hinsichtlich der Entscheidung der Kostentragungslast von dem Grundsatz des voraussichtlichen Verfahrensausganges abzuweichen, § 182 Abs. 3 Sätze 3 und 6 GWB.
- II. Es entspricht auch billigem Ermessen, der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen, § 182 Abs. 4 Satz 3 GWB. Die Antragstellerin hätte in dem vorliegenden Nachprüfungsverfahren voraussichtlich nicht obsiegt. Insoweit gelten dieselben Ausführungen wie oben zu II.2).
- III. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt, § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 HVwVfG.

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 Verg7/13 - juris, RdNr. 6). Unabhängig von der Frage, ob die Antragstellerin über eine eigene Rechtsabteilung verfügt - diesen Vortrag hat die Antragstellerin nicht streitig gestellt - ist unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin geboten.

### **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

Markus Langsdorf  
Hauptamtlicher Beisitzer