

69d - VK 2 - 32/2019

### Einstellungsbeschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ ,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: \_\_\_\_\_

gegen

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ ,

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

wegen: Ausschreibung „Einkaufsdienstleistungen“

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Oberamtsrätin Denz-Kinzel am 30. Oktober 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 Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

### Gründe

- A. Das Nachprüfungsverfahren war einzustellen, weil die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag vom 26. September 2019 einschließlich des Hilfsantrages vom 17. Oktober 2019 zurückgenommen hat. Mit der Rücknahme hat sich das Nachprüfungsverfahren 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 Rücknahme 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. Da die Antragstellerin kein Angebot abgegeben hat, zieht die Vergabekammer zur Bestimmung des Bruttoauftragswertes die vorgenommene Kostenschätzung der Antragsgegnerin heran. Dabei legt die Vergabekammer die Kosten zu Grunde, die in den Ausschreibungsunterlagen bereits genannt werden und zieht von der Gesamtsumme ca. [REDACTED] % ab, die von der Antragstellerin direkt bei Lieferanten beschafft werden. Bei der Festlegung des Bruttoauftragswertes berücksichtigt die Vergabekammer analog § 45 Absatz 1 Satz 2 GKG den Hilfsantrag (subjektive Klageänderung) der Antragstellerin vom 17. Oktober 2019 nicht, denn über ihn hätte die Vergabekammer nicht in der Sache entschieden, sondern ihn als unzulässig abgelehnt. Die Vergabekammer legt mithin nur die Kostenschätzung in Bezug auf die Antragsgegnerin zu Grunde. Bei der so ermittelten Bruttoauftragssumme (ca. 107 Mio €) 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 Reduzierung dieser Gebühr gemäß § 182 Abs. 3 Satz 6 GWB kommt nur vor dem Hintergrund in Betracht, dass die Vergabekammer letztendlich nicht über die Begründetheit des Nachprüfungsantrages entscheiden musste und somit eine Arbeitersparnis für die Vergabekammer gegeben ist.

Die Vergabekammer hat dennoch gleich nach Eingang des Nachprüfungsantrages allein aufgrund des Vortrages der Antragstellerin eine umfassende rechtliche Bewertung in materiell-rechtlicher Hinsicht vorgenommen, die Vergabeakte anschließend vollständig ausgewertet, mehrfach beraten und einen rechtlichen Hinweisbeschluss erlassen. Hinzukommt die außergewöhnlich hohe wirtschaftliche Bedeutung des Vergabeverfahrens. Vor diesem Hintergrund ist die Gebühr auf [REDACTED] fest-

- 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, d.h. die Regelung folgt nicht dem Unterliegensprinzip. Es sind vielmehr alle Umstände des Einzelfalles einschließlich des Verfahrensausgangs zu berücksichtigen. Da das vorliegende Nachprüfungsverfahren insoweit keine Besonderheiten aufweist, die eine vom Verfahrensausgang abweichende Kostenverteilung angemessen erscheinen lassen, ist hier bei der Billigkeitsentscheidung der Verfahrensausgang zu berücksichtigen. Die Billigkeitsentscheidung über die Kostentragungslast erfolgt - auch bei einer Rücknahme im Nachprüfungsverfahren - 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.).
2. Vorliegend geht diese Prüfung zu Lasten der Antragstellerin aus, denn sowohl der Haupt- als auch der Hilfsantrag wären als unzulässig abzulehnen gewesen.

Der Hauptantrag vom 26. September 2019 wär wegen fehlender Einbeziehung der [REDACTED] als öffentlicher Auftraggeber unzulässig, denn es läge ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft nach § 64 VwGO analog bzw. § 62 ZPO analog vor. Sowohl die Antragsgegnerin als auch die [REDACTED] sind gemeinsam als Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren zu beteiligen. Das Nachprüfungsverfahren kann nicht wirksam isoliert gegen die [REDACTED] als Antragsgegnerin geführt werden.

Gemäß § 162 GWB ist „der Auftraggeber“ Verfahrensbeteiligter des Nachprüfungsverfahrens und damit notwendig am Verfahren zu beteiligen. Der Nachprüfungsantrag muss deshalb gemäß § 161 Absatz 2 GWB den Antragsgegner und damit den

öffentlichen Auftraggeber bezeichnen. Auch wenn der Gesetzgeber in den jeweiligen Regelungen des Kartellvergaberechtes hinsichtlich der Verfahrensbeteiligten nur den Singular verwendet, schließt das nicht aus, dass die jeweiligen Vorschriften auch auf mehrere Beteiligte als Antragsteller, Antragsgegner oder Beigeladene Anwendung finden. Wer nach § 162 GWB als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist, richtet sich nach materiell-rechtlichen Kriterien. Besteht der Auftraggeber aus mehreren juristischen Personen, die materiell-rechtlich untrennbar berechtigt und verpflichtet werden, so ist nur die Gemeinschaft als eine einzige Person notwendiger Hauptbeteiligter des Nachprüfungsverfahrens (OLG Naumburg, Beschluss vom 6.12. 2012, 2 Verg 5/12). So liegt der Fall auch hier. Die Antragsgegnerin als auch [REDACTED] führen das Vergabeverfahren als Auftraggeber gemeinsam durch, und sie beabsichtigen den Abschluss eines (einzigen) einheitlichen Vertrages zum Beitritt zu einer Einkaufsgemeinschaft mit dem Ziel der Erbringung von Einkaufsdienstleistungen. Der Bewertung des beabsichtigten Vertrages als einheitlicher, untrennbarer Auftrag steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin als auch [REDACTED] der Einkaufsgemeinschaft einzelnen beitreten, denn insoweit wird der Autonomie der Aufgabenträger weiterhin Rechnung getragen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wären die Antragsgegnerin und [REDACTED] damit eine notwendige Streitgenossenschaft nach § 64 VwGO analog bzw. nach § 62 ZPO analog. Diese Vorschriften finden im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer entsprechende Anwendung. Nach herrschender Meinung ist das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern seinem Wesen nach ein Verwaltungsverfahren. Die Regelungen des Verwaltungsfahrensrechtes kommen deshalb subsidiär zur Anwendung, wenn im GWB maßgebliche Regelungen fehlen. Im Verwaltungsfahrensrecht ist es anerkannt, dass getrennte Anträge, Verfahren oder Entscheidungen verfahrensrechtlich nicht sinnvoll sind, insbesondere ihren Zweck verfehlen würden, wenn aufgrund des für die Entscheidung maßgeblichen materiellen Rechtes ein innerer Zusammenhang zwischen den Rechten der Beteiligten besteht. (vgl. nur BeckOK VwVfG, Bader/Ronellenfitsch, § 9 Rdnr. 41). Wie oben unter A. I. ausgeführt, besteht hier der materiell-rechtliche innere Zusammenhang.

Der Hilfsantrag wäre ebenfalls unzulässig. Die Vergabekammer hat den von der Antragstellerin im Schriftsatz vom 17. Oktober 2019 wörtlich gestellten Antrag als Hilfsantrag ausgelegt, um das Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin umzusetzen (§ 88 VwGO analog). Zum einen ergibt sich aus der Formulierung „rein vorsorglich“, dass die Erweiterung des Nachprüfungsantrages auf die [REDACTED] - [REDACTED] nur für den Fall erfolgen soll, dass die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages im Hauptantrag gegen die Antragsgegnerin nicht zulässig sein sollte. Zum anderen ergibt sich die hilfsweise Antragstellung auch aus den weiteren Ausführungen der Antragstellerin hierzu. Sie stellt nochmals klar, dass ein Auftraggeber die

benannte Antragsgegnerin sei und jede der beiden [REDACTED] einzelnen über den Zuschlag urteile.

Der Hilfsantrag der Antragstellerin auf Einbeziehung der [REDACTED] - [REDACTED] im Wege der subjektiven Klageänderung (§ 91 VwGO) bzw. der gewillkürten Parteiänderung (§ 263 ZPO) analog durch den Schriftsatz vom 17. Oktober 2019 wäre wegen fehlender Sachdienlichkeit unzulässig. Der Antrag auf Einbeziehung der [REDACTED] in das Nachprüfungsverfahren wäre eine subjektive Klageänderung, denn es handelt sich weder um eine genauere Bezeichnung des Antragsgegners noch um eine irrtümliche Falschbezeichnung. Die Antragstellerin ist während des gesamten Vergabeverfahrens anwaltlich beraten und hat selbst nach Erhalt des Rügeantwortschreibens weiterhin nur auf die [REDACTED] [REDACTED] als Antragsgegnerin abgestellt. Dies tut sie selbst noch im vorliegenden Nachprüfungsverfahren, was sich an der Stellung und der Begründung des Haupt- und Hilfsantrages zeigt.

Die Unzulässigkeit der subjektiven Klageänderung ergäbe sich nicht aus der fehlenden Zustimmung der Antragsgegnerin zur Einbeziehung der [REDACTED] [REDACTED], sondern aus der fehlenden Sachdienlichkeit der subjektiven Klageänderung. Hatte wie hier, die Antragsgegnerin in die subjektive Klageänderung nicht eingewilligt, kann die fehlende Einwilligung durch die Sachdienlichkeitserklärung der Vergabekammer ersetzt werden. Sachdienlichkeit ist dann anzunehmen, wenn mit der Änderung des Antrages der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt und die Änderung des Antrages die endgültige Beilegung des Streites fördert und dazu beiträgt, dass ein weiteres sonst zu erwartendes Nachprüfungsverfahren vermieden wird. Nicht sachdienlich ist die Änderung eines Antrages in einen (weiteren) unzulässigen, wie vorliegend in einen verfristeten Nachprüfungsantrag, denn die Klageänderung steht für das neue Begehren rechtlich einer Klageerhebung gleich. Insofern kommt es wie im vorliegenden Fall bezüglich der Fristenberechnung nicht auf die Erhebung des ursprünglichen Nachprüfungsantrages vom 26. September 2019, sondern auf die Erklärung der subjektiven Klageänderung am 17. Oktober 2019 an. Zu diesem Zeitpunkt war die nach der Nichtabhilfemitteilung laufende 15-Tagefrist gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB verstrichen. Die Wahrung der Ausschlussfrist durch die Einreichung des Nachprüfungsantrages am 26. September 2019 entfaltet vorliegend nur Wirkung gegenüber der Antragsgegnerin, nicht aber gegenüber der [REDACTED] [REDACTED]. Die Ausschlussfrist steht auch nicht zur Disposition der Beteiligten oder gar der Vergabekammer, denn es handelt sich dabei um eine starre Ausschlussfrist, die dem Gebot der Rechtssicherheit auch in zeitlicher Hinsicht Rechnung tragen soll und von Amts wegen von den Vergabekammern zu beachten ist. Damit hätte die Antragstellerin in dem Nachprüfungsverfahren nicht obsiegt.

- 
- III. 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 nicht obsiegt. Insoweit gelten dieselben Ausführungen wie oben zu II.2).
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin 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 Anwendung des Hessischen Verwaltungsverfahrensgesetzes folgt aus § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 1 HVwVfG, denn die Ausschreibung hat eine öffentliche Auftraggeberin 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 Verg7/13 - 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 darüberhinausgehende 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. Es bedarf daher auch im Nachprüfungsverfahren nicht notwendig eines anwaltlichen Bevollmächtigten (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. November 2017, a.a.O.).
- b) Ergänzend kann bei der Beurteilung auch 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, Beschluss vom 16. November 2017, a. a. O.).

2. Die hier im Mittelpunkt des Nachprüfungsverfahrens stehenden Probleme beziehen sich nicht auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen. Vorliegend geht es schwerpunktmäßig um Zulässigkeitsfragen und damit verbunden auch prozessuale Fragen, die nicht ohne weiteres von öffentlichen Auftraggebern als auch an Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen rechtlich eingeordnet werden können. Mit diesen Fragen haben sich sowohl die Antragstellerin, die ebenfalls anwaltlich vertreten ist, als auch die Antragsgegnerin in den Schriftsätzen ausführlich auseinandergesetzt, was zeigt, dass es sich eben nicht um eine alltägliche Problemstellung handelt. Darüber hinaus sind auch die aufgeworfenen materiell rechtlichen Probleme nicht alltäglich. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Antragsgegnerin im eigenen Haus keinen Juristen beschäftigt, der Erfahrung mit der Durchführung von Vergabe Nachprüfungsverfahren vorweisen kann, sodass allein schon aufgrund des gesetzlich vorgegebenen Zeitrahmens bei Nachprüfungsverfahren eine externe Beauftragung geboten war.
3. 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 Vergabeverfahren und Nachprüfungsverfahren externer Unterstützung durch einen seit 20 Jahren vorwiegend mit Ausschreibungen für kommunale Krankenhäuser befassten Rechtsanwalt bedient.

### **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

Denz-Kinzel  
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Langsdorf  
Hauptamtlicher Beisitzer