

Abschrift

11 Verg 2/12
69 d VK 2/2012



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

vertreten durch die Gesellschafter

Antragsteller und Beschwerdeführer,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Fehns-Böer und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Mockel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.4.2012 am 8.5.2012

beschlossen:

1. Der Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt vom 8.2.2012, Az. 69 d VK – 02/2012 wird in Ziff 1. aufgehoben.
2. Das Verfahren wird an das Landgericht Wiesbaden verwiesen.
3. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

1)

a) Der Antragsgegner hat gemäß Bekanntmachung vom 21.12.2011 den Auftrag der Vergaberechtlichen Überprüfung von Beschaffungsvorgängen und der Erstellung einer Organisationsuntersuchung über das für das Beschaffungswesen

im Verhandlungsverfahren nach der VOF europaweit
ausgeschrieben.

Nach der Bekanntmachung war die losweise Vergabe von zwei Untersuchungsaufträgen beabsichtigt:

Gegenstand des Loses 1 sollte die juristische Überprüfung von mindestens 25 Beschaffungsvorgängen aus den Jahren 2006 bis 2011 anhand der einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen des EU-, Bundes- und Landesrechtes sein; die entsprechenden Vergabeverfahren sollten außerdem daraufhin untersucht werden, ob die jeweilige Vergabe unter Sicherstellung der gebotenen Transparenz und einer hinreichenden Wettbewerbswirtschaftlichkeit erfolgt ist. Etwaige Rechtsverstöße sollten auf ihre Relevanz bewertet werden

und es sollten Verbesserungsvorschläge für zukünftige Beschaffungsvorhaben unterbreitet werden.

Gegenstand des Loses 2 sollte eine Organisationsuntersuchung des sein, wobei die bestehenden Geschäftsabläufe, Prozesse und Strukturen, Ablauf- und Aufbauorganisation des sowie Schnittstellen bzw. Zuständigkeitsordnungen zwischen und andern Stellen untersucht werden sollten. Die Ergebnisse der Falluntersuchung (Los 1) und die sich daraus ggf. ergebenden rechtlichen Implikationen sollten dabei berücksichtigt werden.

Als zuständige Stelle für Rechtsbehelfs- und Nachprüfungsverfahren war die Vergabekammer des Landes Hessen angegeben.

Mit Schreiben vom 27., 28. und 30.12.2011 richteten die Antragsteller verschiedene Fragen an den Antragsgegner und rügten u.a. die fehlende Angabe der Zuschlagskriterien, die Wahl des Verfahrens nach der VOF anstelle der VOL/A, sowie das Nichtvorliegen eines konkreten Zeitplans. Nach Zurückweisung der Rügen durch den Antragsgegner mit Schreiben vom 30.12.2011 und 3.1.2012 stellten die Antragsteller am 5.12.2012 einen Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, dem Antragsgegner in Bezug auf Los 1 die Durchführung eines ordnungsgemäßen Ausschreibungsverfahrens aufzugeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Parteivortrages wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

b) Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragsteller mit Beschluss vom 8.2.2012 mit der Begründung verworfen, der Nachprüfungsantrag sei wegen fehlender Zuständigkeit der Vergabekammer unzulässig. Die Schwellenwerte für freiberufliche Leistungen in Höhe von 193.000 Euro seien für Rechtsberatungsleistungen nach Los 1 nicht erreicht; selbst bei Zugrundelegung von 2,5 Tagen pro zu überprüfendem Verfahren, acht Arbeitsstunden pro Tag und einem Stundensatz von 300 Euro ergebe sich nur ein geschätzter Wert von 180.000 Euro.

Die Auftragssummen für die beiden Lose seien nicht zusammenzurechnen. Es ergebe sich schon aus der Bekanntmachung, dass der Antragsgegner die Vergabe zweier selbständiger Aufträge beabsichtige. Auch aus dem Protokoll des Innenausschusses vom 11.8.2008 sei zu entnehmen, dass zwei Untersuchungen, nämlich eine juristische und eine organisatorische, in Auftrag gegeben werden sollten. Zwar könnten sowohl einzelne Bieter als auch Bieterge-

meinschaften für beide Lose Teilnahmeanträge abgeben; es würden aber in jedem Fall zwei unterschiedliche Verträge abgeschlossen.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer sei nach § 100 Abs. 1 GWB nicht gegeben. Sie sei auch nicht durch eine „freiwillige“ europaweite Ausschreibung und die Angabe der Vergabekammer als zuständige Stelle für Rechtsbehelfs- und Nachprüfungsverfahren eröffnet worden.

c) Die Antragsteller haben gegen den ihnen am 9.2.2012 zugestellten Beschluss am 17.2.2012 Beschwerde eingelegt.

d) Mit Schreiben vom 19.3.2012 teilte der Antragsgegner den Antragstellern mit, dass sie sich für das Verhandlungsverfahren qualifiziert hätten und forderte die Antragsteller unter Übermittlung der näher bezeichneten Ausschreibungsunterlagen zur Abgabe eines Angebots bis zum 25.4.2012 auf (Bl. 112 ff d.A.). Die Antragsteller haben mit Schreiben vom 21.3.2012 mitgeteilt, dass sie auch im Zusammenhang mit diesem Verfahrensschritt eine Reihe von Vergaberechtsverstößen rügen. Der Antragsgegner hat mit Schreiben vom 22.3.2012 erklärt, diesen Rügen nicht abzuhelpen.

2)

a) Mit der Beschwerdebegründung vom 17.2.2012 haben die Antragsteller zunächst in Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrages vor der Vergabekammer dargelegt, weshalb sie der Auffassung sind, dass der Schwellenwert des § 2 Nr. 2 VgV (193.000 Euro) vorliegend erreicht werde und deshalb – bei Erfüllung der übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen – der Nachprüfungsantrag zulässig sei:

Zum einen seien die Auftragswerte für die Lose 1 und 2 gem. § 3 Abs. 7 VgV zusammenzurechnen. Bereits die Wortwahl „losweise Vergabe von zwei Untersuchungsaufträgen“ spreche für eine gemeinsame Betrachtung. Es sei ausdrücklich vorgesehen, dass Angebote für ein oder mehrere Lose möglich seien. Auch handele es sich um einen einheitlichen Beschaffungsvorgang. Die Notwendigkeit der Gleichartigkeit gem. § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV als Voraussetzung der Zusammenrechnung gelte nur für Lieferaufträge, nicht für Dienstleistungen. Für freiberufliche Leistungen gelte dies nur, wenn es sich um Verfahren nach der VOF und nicht nach der VOL/A handele. Tatsächlich handele es sich vorliegend entgegen der Ausschreibung nicht um Leistungen, die nach der VOF, sondern um solche, die nach der VOL/A auszuschreiben seien.

Zum anderen werde bei realistischer Berechnung der Auftragssumme selbst bei losweiser Betrachtung der Schwellenwert bereits für das Los 1 alleine

überschritten. Der Ansatz des Antragsgegner, pro zu untersuchendem Vergabeverfahren nur einen Acht-Stunden-Tag anzusetzen, sei unrealistisch; auch die Annahme der Vergabestelle von 2,5 Tagen pro Verfahren sei willkürlich und zu niedrig.

b) Zur Frage der Begründetheit des Nachprüfungsantrages wiederholen die Antragsteller im Wesentlichen ihren Vortrag aus dem Nachprüfungsverfahren:

Der Antragsgegner habe mit der VOF die falsche Vergabeordnung gewählt. Es handle sich um eine Leistung, die eindeutig und erschöpfend beschreibbar sei, so dass die VOL/A gelte.

Der Antragsgegner habe gegen das Transparenzgebot verstoßen, indem er keinen verbindlichen Zeitplan für das gesamte Verfahren mitgeteilt habe.

Der Antragsgegner habe die Teilnahmekriterien und die Zuschlags- bzw. Auftragskriterien nur unzureichend bekannt gemacht und damit gegen die §§ 10, 11 VOF verstoßen.

Es fehle an einer hinreichenden Dokumentation des Vergabeverfahrens.

Das Verfahren verstoße in verschiedener Hinsicht gegen das Transparenzgebot.

Die Übertragung des Vergabeverfahrens auf die vom Antragsgegner beauftragten Rechtsanwälte sei rechtswidrig.

c) Nachdem sich die Antragsteller für das Verhandlungsverfahren qualifiziert haben, rügen sie mit Schriftsatz vom 3.4.2012 weitere Vergaberechtsverstöße in der zweiten Verfahrensphase.

Sie halten die Einbeziehung dieser Rügen in das laufende Beschwerdeverfahren für zulässig. Ein vorheriges Vergabenachprüfungsverfahren sei aussichtslos, da die Vergabekammer sich für unzuständig halte; im Übrigen widerspreche ein solches weiteres Verfahren dem Beschleunigungsgrundsatz.

Inhaltlich rügen sie hinsichtlich des zweiten Verfahrensabschnitts erneute Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot, das Transparenzgebot und den Geheimhaltungswettbewerb.

Im Hinblick darauf, dass die Antragsteller die zweite Stufe des Verfahrens erreicht hätten, seien die ursprünglichen Anträge nicht mehr vollumfänglich aufrecht zu erhalten, sondern in einen Feststellungsantrag zu ändern.

3.

Die Antragsteller haben zunächst beantragt:

1. Die Ziffern 1 und 3 der Entscheidung der Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt vom 8. Februar 2012, Az.: 69 d VK-2/2012, werden aufgehoben.
2. Dem Antragsgegner und Beschwerdegegner (im Folgenden nur „Antragsgegner“) wird bei Fortbestehen der Vergabeabsicht wegen der streitgegenständlichen Rechtsberatung (Los 1) aufgegeben, ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Vergabesenats durchzuführen.
3. Hilfsweise: Die Vergabekammer wird verpflichtet, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenats über die Sache erneut zu entscheiden.
4. Äußerst hilfsweise: Der erkennende Senat verweist gemäß § 17a Abs. 2 GVG die Angelegenheit an das Landgericht Wiesbaden.
5. Dem Antragsteller wird Einsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners gewährt.
6. Dem Antragsgegner wird auch die Erstattung der notwendigen Aufwendungen des Antragstellers zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung auferlegt.
7. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsteller wird für notwendig erklärt.

Ergänzend beantragen sie nunmehr,

soweit sich gerügte Verstöße durch Beteiligung der Antragsteller an der zweiten Stufe des Verfahrens für Los 1 erledigt haben, gem. § 123 Satz 3 GWB festzustellen, dass der Beschwerdegegner gemäß Ziff. 2.4.1., 2.4.2. und Ziff. 2.4.3. des Schriftsatzes vom 3.4.2012 (Bl. 136 ff d.A.) die Bestimmungen über das Vergabeverfahren gem. § 97 Abs. 7 GWB nicht eingehalten und die Beschwerdeführerin dadurch in ihren Rechten verletzt hat.

Der Antragsgegner beantragt:

1. Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 08.02.2012, Az.: 69 d VK 02/2012, einschließlich aller Hilfsanträge wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag auf ergänzende Akteneinsicht wird zurückgewiesen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners wird für notwendig erklärt.

4)

Der Antragsgegner verteidigt die angefochtene Entscheidung und hält das Nachprüfungsverfahren für unzulässig

a) Die Beratungsleistungen nach Los 1 und Los 2 seien grundverschieden und für die Bieter für das jeweils andere Los berufsfremd. Es handele sich nicht um fachlich gleichartige Leistungen, weshalb die Auftragswerte auch nicht zusammenzurechnen seien.

Der Kostenschätzung für Los 1 liege ein durchschnittlicher Rechtsanwalts-Stundensatz von 300 Euro zugrunde, was bei einem geschätzten Arbeitsaufwand von ca. einem Tag und bis zu 30 zu überprüfenden Vorgängen einen Betrag von 72.000 Euro ergebe. Die Schätzung einer durchschnittlichen Arbeitszeit von einem Tag sei realistisch, da es zwar Vergabeverfahren mit einem Umfang von 10 Aktenordnern, aber auch zahlreiche Verfahren mit einem Umfang von nur einem Aktenordner gebe. Ein Puffer sei bereits dadurch berücksichtigt, dass nicht von 25, sondern von 30 zu prüfenden Beschaffungsfällen ausgegangen worden sei und dass ein Stundensatz von 300 und nicht nur von 260 Euro ausgegangen worden sei, wie dies bei vergaberechtlicher Rechtsberatung ausweislich der Branchenzeitschrift Juve dem Durchschnitt entspreche.

Für das Los 2 seien Grundlage der Kostenschätzung (von bis zu 185.000 Euro) frühere Organisationsuntersuchungen des sowie

Den Antragstellern fehle hinsichtlich der meisten geltend gemachten Rechtsverstöße auch die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB, weil ihnen insoweit durch die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften kein Schaden entstanden sei bzw. drohe.

So sei nicht zu erkennen, inwieweit sich die Wahl der angeblich falschen Vergabeverordnung (VOF statt VOL/A) und Vergabeart (Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem öffentlichen Teilnahmewettbewerb statt offenes Verfahren) nachteilig auf die Wettbewerbsposition der Antragsteller ausgewirkt haben sollte.

Auch ein etwaiger Dokumentationsmangel – der hier ins Blaue hinein gerügt worden sei – habe sich nicht negativ auf die Rechtsstellung der Antragsteller ausgewirkt.

Hinsichtlich des Einwandes angeblich nicht bekannt gemachter Teilnahmekriterien und Gewichtungen seien die Antragsteller nach § 107 Abs. 3 GWB präkludiert.

b) Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag auch in der Sache unbegründet.

Die VOF sei die richtige Vergabeordnung, weil die hier zu erbringenden Rechtsberatungsleistungen nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbar seien.

Der Antragsgegner habe auch die Teilnahmekriterien und deren Gewichtung ausreichend bekannt gemacht.

c) Da der Nachprüfungsantrag offensichtlich unzulässig und unbegründet sei, sei auch der Antrag auf ergänzende Akteneinsicht zurückzuweisen, weil die Antragsteller damit ausschließlich eine vergaberechtswidrige Ausforschung betreiben würden.

d) Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsteller sei aufgrund deren eigener langjähriger und umfassender Erfahrung im Vergaberecht einschließlich der Prozessführung nicht erforderlich, während der Antragsgegner jedenfalls mit den prozessualen Fragen nicht hinreichend vertraut sei. Deshalb sei die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten (nur) für den Antragsgegner erforderlich.

II.

1)

Die sofortige Beschwerde ist nach § 116 Abs. 1 GWB zulässig.

Sie führt zur Verweisung des Verfahrens nach § 17a Abs 2 GVG an das im ordentlichen Rechtsweg zuständige Landgericht Wiesbaden, weil der Rechtsweg zu den Vergabeinstanzen nicht eröffnet ist.

2)

Die Vergabekammer hat zu Recht den Nachprüfungsantrag der Antragsteller als unzulässig verworfen.

a) Nach § 102 GWB unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Allerdings gilt nach § 100 Abs. 1 GWB der gesamte 4. Teil des GWB, also auch die Vorschriften über die Zuständigkeit der Vergabekammern, nur für Aufträge, welche die Auftragswerte nach § 2 VgV überschreiten, das sind für die hier gegenständlichen Dienstleistungen 193.000 Euro (§ 2 Nr. 2 VgV). Zutreffend hat die Vergabekammer klargestellt, dass das Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff GWB nicht bereits dadurch eröffnet wurde, dass der Antragsgegner eine europaweite Ausschreibung vorgenommen hat und die Vergabekammer in den Ausschreibungsunterlagen als zuständige Stelle für Rechtsbehelfs- und Nachprüfungsverfahren angegeben hat (OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.8.2002, 2 Verg 9/02; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 6.8.2003, 1 W 31/03 –zit. nach juris). Dies wird auch von den Antragstellern nicht in Zweifel gezogen; sie stützen ihre Beschwerde insoweit ausschließlich darauf, dass der Schwellenwert überschritten werde. Dies ist jedoch nicht der Fall.

b) Maßgeblich für die Ermittlung des Auftragswertes ist nach § 3 Abs. 1 VgV die geschätzte Gesamtvergütung. Dabei ist es grundsätzlich Sache des Auftraggebers, seinen Bedarf selbständig und eigenverantwortlich zu ermitteln. Auf dieser Grundlage hat er eine Prognose der zu erwartenden Gesamtvergütung zu treffen. Zu ermitteln ist der Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und auf dem Boden einer betriebswirtschaftlichen Finanzplanung veranschlagen würde (Müller-Wrede, VOF, 4. Aufl., § 1 VOF Rdnr. 121; Greb in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 3 VgV Rdnr. 12; Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 2. Aufl., § 3 VgV Rdnr. 3,4; Lausen in: jurisPK Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, § 3 VgV Rdnr. 14; OLG Karlsruhe, VergabeR 2009, 200, 204).

Nach diesen Grundsätzen ist die Schätzung eines unter 193.000 Euro liegenden Auftragswertes für Los 1 nicht zu beanstanden.

Gegen die Zugrundelegung eines Stundensatzes von 300 Euro, der mit entsprechenden Umfrageergebnissen einer Fachzeitschrift begründet wurde, haben die Antragsteller keine Einwände erhoben. Auch die angenommene Zahl von 30 zu überprüfenden Verfahren erscheint anhand der Ausschreibungsbedingungen realistisch. Ob für die Durchsicht pro Akte tatsächlich nur ein Tag anzusetzen ist, kann letztendlich offenbleiben, da, wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat, selbst bei einem Zeitbedarf von mehr als dem Doppelten der Schwellenwert noch nicht überschritten würde.

Für die Notwendigkeit eines Ansatzes von mindestens drei Tagen, wie die Antragsteller meinen, gibt es keinerlei Anhaltspunkt. Dass die Akten der einzelnen Beschaffungsvorgänge generell 10 Bände umfassen würden, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen dürfte es für die Zwecke der geforderten juristischen Überprüfung nicht erforderlich sein, jedes Blatt der Akten im Einzelnen zu überprüfen.

c) Der Schwellenwert ist auch nicht deshalb überschritten, weil die Auftragswerte für beide Lose zu addieren wären.

Die insoweit maßgebliche Vorschrift des § 3 Abs. 7 VgV in der Fassung der Verordnung vom 9.5.2011 lautet:

¹Besteht die beabsichtigte Beschaffung aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, ist der Wert aller Lose zugrunde zu legen. ²Bei Lieferaufträgen gilt dies nur für Lose über gleichartige Lieferungen. ³Soweit eine zu vergebende freiberufliche Leistung nach § 5 in mehrere Teilaufträge derselben freiberuflichen Leistung aufgeteilt wird, müssen die Werte der Teilaufträge zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes addiert werden.

aa) Im vorliegenden Fall handelt es sich um freiberufliche Leistungen i.S.d. § 5 VgV, die dem Anwendungsbereich der VOF unterfallen, d.h. um Leistungen, „deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann“ (§ 5 Abs. 2 VgV, § 1 Abs. 1 VOF).

Durch die Angabe in der Auftragsbekanntmachung, Gegenstand des Loses sei „die juristische Überprüfung von mindestens 25 abgeschlossenen Bestellungen aus den Jahren 2006 bis 2011 anhand der einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen des EU-, Bundes- und hessischen Landesrechts“ wird lediglich die Aufgabe beschrieben. In welcher Weise diese Aufgabe konkret zu lösen ist, bleibt dem Auftragnehmer überlassen. Er hat ei-

nen weitgehenden Spielraum bereits bei der Auswahl der Bestimmungsvorgänge, die über die fünf vorgegebenen Fälle hinaus konkret untersucht werden sollen. Auch die Art und Weise der Untersuchung ist nicht vorgegeben, sondern soll vom Auftragnehmer vorgeschlagen werden. Erst recht nicht im Einzelnen vorab beschreibbar ist die weitergehende Aufgabenstellung, das Ergebnis der Untersuchung zu bewerten und hieraus Schlussfolgerungen und Empfehlungen für die Zukunft zu ziehen. Die Lösung dieser Aufgabe kann erst nach Durchführung der vorangegangenen Untersuchung entwickelt werden. Insoweit besteht ein schöpferischer und konstruktiver Freiraum des Auftragnehmers, der sich auf das Erkennen von Problemstellungen, die Entwicklung von Lösungswegen und die Beratungsergebnisse erstreckt (vgl. OLG Düsseldorf, VII Verg 55/09, NZBau 2010, 390, 391); dem Antragsgegner kommt es hier gerade darauf an, dass der Auftragnehmer eigene Ideen entwickelt und umsetzt (vgl. Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 2. Aufl., § 1 VOF Rdnr. 7). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Antragsgegner im Hinblick auf die negativen Schlagzeilen des PLTV in der Vergangenheit bestrebt sein musste, die Untersuchung so unabhängig wie möglich durchführen zu lassen und jeden Anschein einer Beeinflussung zu vermeiden. Auch dieses legitime Ziel schließt die Vorgabe des genauen Lösungsweges bereits in der Ausschreibung aus.

bb) Im Hinblick darauf hat eine Zusammenrechnung der Lose nach § 3 Abs. 7 Satz 3 VgV nur dann zu erfolgen, wenn „dieselbe freiberufliche Leistung“ vorliegt. Dies ist hinsichtlich der beiden hier gegenständlichen Leistungen nicht der Fall:

(1) Los 1 umfasst eine rein rechtsberatende Tätigkeit, die zwingend durch Juristen durchzuführen ist, während es sich bei Los 2 um eine Organisationsberatung unter verwaltungstechnischen bzw. betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten handelt. Dass es sich hierbei grundsätzlich um verschiedenartige freiberufliche Leistungen handelt, wird auch von den Antragstellern nicht in Zweifel gezogen.

(2) Allerdings entsprach es unter Geltung der mit § 3 Abs. 7 Satz 3 VgV gleichlautenden Vorläufervorschrift des § 3 Abs. 3 Satz 1 VOF 2006 (in Kraft bis zum 10.6.2010) vor allem für den Bereich von Architektenleistungen der herrschenden Meinung, dass Lose über an sich nicht gleichartige freiberufliche Leistungen dann zu addieren sind, wenn der Auftraggeber diese zusammenfassen und einheitlich vergeben will (vgl. Müller-Wrede, VOF, 3. Aufl. 2008, § 3 VOF Rdnr. 18ff; Weyand, Vergaberecht, § 3 VgV Rdnr. 5634

ff)). Diese Grundsätze hat das OLG München in der von den Antragstellern in Bezug genommenen Entscheidung vom 28.4.2006, Verg 6/06, (NZBau 2007, 59 = VergR 2006, 914) auch auf den Fall verschiedenartiger Beratungsleistungen angewandt. Der dortige Auftraggeber hatte für ein geplantes PPP-Projekt drei verschiedene Beratungsleistungen in drei Losen ausgeschrieben: wirtschaftliche, technische und juristische Beratung. Er hatte sich dabei vorbehalten, statt mehrerer Vertragspartner einen Berater bzw. eine Beratergemeinschaft zu wählen und sich ggf. ein alle Lose umfassendes Gesamtkonzept erarbeiten zu lassen. In diesem Fall hielt das OLG München eine Addition der Einzelauftragswerte für erforderlich, weil die Ausschreibung die Möglichkeit einer Vergabe aller Leistungen an einen „Generalberater“ beinhaltet habe.

(3) Der vorliegende Fall ist hiermit jedoch nicht vergleichbar. Zwar hat der Antragsgegner die Möglichkeit von Bietergemeinschaften ebenso wie die Möglichkeit, sich auf beide Lose zu bewerben, zugelassen (und damit implizit auch die Möglichkeit eröffnet, dass ein und derselbe Bieter den Zuschlag für beide Lose erhält). Dies allein führt jedoch noch nicht zu einer zwingenden Zusammenrechnung der Auftragswerte der beiden Lose. Die Vorschriften des § 3 Abs. 7 Satz 2 und 3 VgV würden ins Leere laufen, wenn man auch im Falle von Lieferaufträgen nach der VOL und freiberuflichen Aufträgen nach der VOF ohne Rücksicht auf die Gleichartigkeit der Lieferungen bzw. freiberuflichen Leistungen bereits dann eine Zusammenrechnung vornehmen würde, wenn eine Bewerbung für mehrere Lose möglich ist. Denn wenn nicht bereits im Ausschreibungsverfahren ausdrücklich Mehrfachgebote ausgeschlossen werden, ist es bei jeder Ausschreibung denkbar, dass sich ein Bieter – sei es aufgrund eigener breiter Leistungspalette, sei es in Zusammenarbeit mit anderen als Subunternehmer bzw. als Bietergemeinschaft – auf mehr als ein Los bewirbt, auch wenn die ausgeschriebenen Lieferungen bzw. Leistungen nicht gleichartig sind. Zu der faktischen Möglichkeit des Mehrfachgebotes muss daher noch eine Entscheidung des Auftraggebers treten, diese Lose ggf. zu einem einheitlichen Auftrag zusammenzuführen. Erst dadurch werden die Lieferungen bzw. Leistungen gleichartig im Sinne der Verordnung.

Eine solche Entscheidung des Auftraggebers, einen einheitlichen Auftrag zumindest in Erwägung zu ziehen, ist bei der streitgegenständlichen Ausschreibung nicht getroffen worden. Der Antragsgegner hat ausdrücklich die beabsichtigte „Vergabe von zwei Untersuchungsaufträgen“ bekannt gemacht, die getrennt voneinander zu bearbeiten sind und für die zwei getrennte Verträge (deren Entwürfe sich bei den Unterlagen befinden und die den ausgewählten

Bieter der zweiten Verfahrensstufe jeweils übersandt worden sind) vorgesehen sind. Anders als im Fall des OLG München geht es nicht um eine gleichzeitige Beratung auf verschiedenen Gebieten, so dass bereits die objektive Interessenlage einen „Generalberater“ nahelegte, sondern um zwei getrennte Untersuchungsaufträge, bei denen lediglich die Ergebnisse der ersten Untersuchung bei der zweiten, die zeitlich erst nach der ersten statt finden soll, mit berücksichtigt werden müssen. Eine weitergehende Verknüpfung der beiden Aufträge war nach dem erkennbaren Willen des Antragsgegners nicht beabsichtigt. Dass nach Abschnitt III. 1.3) der Auftragsbekanntmachung im Falle der Bewerbung einer Bietergemeinschaft die nach dieser Position geforderte Bietererklärung für beide Lose insgesamt abzugeben ist, wird antragsgegnerseits schlüssig mit Vereinfachungserwägungen begründet und lässt keinen Rückschluss auf eine – und sei es auch nur vorbehaltene – Absicht einer gemeinsamen Vergabe zu.

cc) Ob auch bei verschiedenartigen Leistungen eine Addition der Leistungen möglich ist, wie die Antragsteller im Hinblick auf die Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren zur Fassung des § 3 Abs. 7 Satz 3 VgV (BR-Drucks 70/11 vom 4.2.2011 Seite 21) meinen, kann offenbleiben. Denn dies würde lediglich ein Ermessen des Auftraggebers begründen, die Auftragswerte zu addieren oder nicht, so wie auch die Schätzung des Auftragswertes durch den Auftraggeber erfolgt. Die Nachprüfungsinstanzen haben insoweit lediglich festzustellen, ob eine zwingende Addition stattzufinden hat – was vorliegend nicht der Fall ist.

3)

Im Hinblick darauf, dass somit der Rechtsweg zu den Vergabeinstanzen nach § 102 ff GWB nicht eröffnet ist, war das Verfahren auf den Hilfsantrag der Antragsteller nach § 17a Abs. 2 GVG an das Landgericht Wiesbaden zu verweisen.

a) Die §§ 17, 17a, b GVG gelten als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch für die Abgrenzung zwischen ordentlicher streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit und zwischen besonderen Spruchkörpern innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit (vgl. Zöller/Lückemann, ZPO, 29. Aufl., vor § 17 GVG Rdnr. 11).

Danach kann auch der Vergabesenat ein nach § 116 GWB vor ihn gelangtes Nachprüfungsverfahren an das Gericht des zuständigen Rechtswegs verweisen (BGH, Beschluss vom 23.1.2012, X ZB 5/11, ZfBR 2012, 276; OLG München, Beschluss vom 30.6.2011, VergabeR 2011, 889). Denn das in §§ 17,

17a GVG zum Ausdruck kommende, auf dem Gedanken der Verfahrensökonomie und des effektiven Rechtsschutzes beruhende Prinzip, wonach ein Verfahren so schnell wie möglich in den zulässigen Rechtsweg verwiesen werden soll, gilt auch für diese Fälle (BGH aaO).

Zuständig für das Rechtsschutzbegehren der Antragsteller sind die ordentlichen Gerichte. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist maßgeblich, ob das jeweils streitige Rechtsverhältnis dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzuordnen ist. Dafür ist nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns maßgeblich (BGH aaO, ZfBR 2012, 276, 278 m.w.Nw.). Da diese im vorliegenden Fall privatrechtlich ist, handelt es sich auch um eine privatrechtliche Streitigkeit.

Damit ist das Verfahren an das örtlich und sachlich zuständige LG Wiesbaden zu verweisen.

Ob danach das aktuelle Anspruchsbegehren, einschließlich des Antrags auf Feststellung einer Rechtsverletzung durch die erste Stufe des Vergabeverfahrens, zulässig ist, wird durch das Landgericht Wiesbaden zu entscheiden sein.

4)

Die Gewährung einer Akteneinsicht durch den Senat war nicht geboten, weil aus den nicht bereits den Antragstellern übermittelten Unterlagen des Antragsgegners keine die Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens betreffenden Erkenntnisse zu ziehen waren. Das Akteneinsichtsgesuch ist auf diejenigen Aktenteile beschränkt, deren Inhalt dem entscheidungserheblichen Sachverhalt zuzuordnen ist, das sind hier – zunächst – nur für die Beurteilung des Nachprüfungsverfahrens bedeutsame Aktenteile (vgl. Just in: Schulte/Just, Kartellrecht, § 111 GWB Rdnr. 5).

5)

a) Nach dem Grundsatz der Kosteneinheit (§ 281 Abs. 3 ZPO) gehören die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu den Gesamtkosten des Rechtsstreits, über die das Gericht, an das verwiesen wird, zu entscheiden hat (§ 17b Abs. 2 GVG; vgl. Zöller/Lückemann aaO. § 17b Rdnr. 4).

b) Allerdings sind darin nicht die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einbezogen, weil es sich insoweit nicht um ein gerichtliches Verfahren handelte (BGH aaO. ZfBR 2012, 276, 278). Da die Entscheidung der Vergabekammer, dem Antragsgegner die Kosten des Vergabeverfahrens aufzuerlegen, von keiner der Parteien angegriffen wurde und durchgreifende Bedenken dagegen nicht ersichtlich sind, verbleibt es insoweit bei der Kostenentscheidung zu Ziff 2 des angefochtenen Beschlusses.

c) Die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Bevollmächtigten der Antragsteller in dem Verfahren vor der Vergabekammer hat die Vergabekammer mit zutreffenden Erwägungen verneint. Für die Frage, ob die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten nach § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG notwendig war, ist zwar grundsätzlich, wie die Antragsteller zutreffend ausführen, der individuellen Streitstoff des einzelnen Nachprüfungsverfahrens von Bedeutung, also etwa Gesichtspunkte wie die Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts und die Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen. Ebenso zu berücksichtigen ist aber auch die eigene sachliche und personelle Ausstattung des Bieters, also etwa ob er selbst über eine entsprechend ausgestattete Rechtsabteilung verfügt (BGH Beschluss vom 26.9.2006, X ZB 14/06; Weyand, Vergaberecht, 3. Aufl., § 128 GWB Rdnr. 5162; OLG Dresden, Beschluss vom 27.7.2010, WVerG 0007/10; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 6.4.2011, 15 Verg 3/11). Im vorliegenden Fall sind die Antragsteller selbst auf Vergaberecht spezialisierte Rechtsanwälte. Deshalb können bei der gebotenen individuellen Betrachtungsweise und unter Berücksichtigung des Grundsatzes, dass jeder Verfahrensbeteiligte verpflichtet ist, die Kosten im Rahmen des Verständigen niedrig zu halten (vgl. Losch in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 128 GWB Rdnr. 36; W. Weber in: Schulte/Just, Kartellrecht, § 128 GWB Rdnr. 49; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 6.4.2011, 15 Verg 3/11) Rechtsanwaltskosten nicht als für die Antragsteller im Verfahren vor der Vergabekammer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig angesehen werden.

6)

Die Beschwerde gegen die Verweisung war nicht zuzulassen, weil die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordern (§ 17a Abs. 4 Satz 5 GVG). Die insoweit grundsätzliche Frage, ob die Vergabesenate bei nicht dem Vergabenachprüfungsverfahren unterliegenden Vergaberechtsstreitigkeiten den Rechtsstreit in entsprechender Anwendung des § 17a Abs. 2 GVG an die Gerichte des Verwaltungsrechtswegs bzw. des ordentlichen Rechtswegs verweisen können, ist durch die Entscheidung des BGH vom 23.1.2012, ZfBR 2012, 276, geklärt.

Dr. Weber

Dr. Fehns-Böer

Dr. Mockel