

2. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

69d VK - 6 /2016



Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen:

Reorganisation, bauliche Ergänzungen und energetische Sanierung [REDACTED]

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Harnisch und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel am 22. März 2016 beschlossen:

1. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, die von der Antragstellerin zu tragen ist.
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 Antragstellerin ihren Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vom 25. Januar 2016 mit Schriftsatz vom 21. März 2016 zurückgenommen hat.
- B. Die Vergabekammer hat mithin nur noch über die Kosten zu entscheiden.
 - I. Für die Amtshandlungen der Vergabekammer ist vorliegend eine Gebühr von [REDACTED] Euro festzusetzen.

Die Gebühr ist nicht nach § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB halbieren, weil die Vergabekammer bereits den Tenor der Entscheidung beschlossen und den Beschluss am 21. März 2016 abgesetzt hatte. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Beschluss in der Zwischenzeit bereits zugestellt wurde (Kulartz / Kus / Portz, GWB, § 128 Rn.10). Der Beschluss mit den entsprechenden Anschreiben hinsichtlich der Referenznummer für die Kosten der Vergabekammer sollte am 22. März 2016 zugestellt werden.
 - II. Es entspricht billigem Ermessen, die Kosten des Nachprüfungsverfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen, § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB.

Die Regelung in § 128 Abs. 3 Sätze 4 und 5 GWB in der durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts geänderten Fassung 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). Die Billigkeitsentscheidung über die Kostentragungslast erfolgt dabei in entsprechender Anwendung des § 91a ZPO. Die Erfolgsaussicht des Hauptbegehrens wird im Rahmen der Kostenentscheidung nach § 91a ZPO summarisch geprüft, wobei der voraussichtliche Verfahrensausgang sowie der Umstand, wer das Nachprüfungsverfahren veranlasst hat, zugrunde zu legen sind. Diese Prüfung geht vorliegend zulasten der Antragstellerin aus.

Der Hauptantrag zu 1) ist nicht statthaft und für den Hauptantrag zu 2) fehlt die Antragsbefugnis. Die E-Mail vom 23. November 2015 ist keine Rüge. Der Hauptantrag zu 1) ist nicht statthaft, weil die Antragstellerin keinen allgemeinen Überprüfungsanspruch hinsichtlich des Verhaltes der Antragsgegnerin hat. Weder nach deutschem noch gemeinschaftsrechtlichem Recht überprüfen Vergabekammern den öffentlichen Auftraggeber allgemein, sondern sie prüfen, ob der jeweilige Antragsteller im Rahmen des Vergabeverfahrens in subjektiven Rechten (§ 97 Abs. 7 GWB) verletzt worden ist. Der Zweck des Nachprüfungsverfahrens besteht darin, am Auftrag interessierten Unternehmen die Möglichkeit zu eröffnen, den öffentlichen Auftraggeber zu einem Tun oder Unterlassen zu zwingen, das erforderlich ist, um einen wegen eines Vergaberechtsverstoßes beim Antragsteller entstandenen oder drohenden Schaden zu beseitigen bzw. zu verhindern. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des §114 Absatz 1 Satz 1 GWB, wobei Satz 2 die Entscheidungsbefugnis der Vergabekammer nicht erweitert, sondern lediglich normiert, dass bei einer festgestellten Rechtsverletzung unabhängig von den Anträgen des Antragstellers die Vergabekammer auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirkt. Deshalb sieht § 107 Abs. 2 GWB vor, dass der Antragsteller nicht bloß zu behaupten, sondern darzulegen hat, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden oder zu entstehen droht (vgl. nur Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 114 GWB Rn.18 m.w.N.; Kulartz/Kus/Portz, GWB, § 114 Rn.8, 9).

Der Antrag zu 2) auf Verpflichtung zum Vertragsschluss mit der Antragstellerin ist unzulässig, weil die Antragstellerin insoweit nicht antragsbefugt ist. Aufgrund der Vertragsfreiheit der Vergabestelle ist nur in besonderen Ausnahmefällen eine solche Anordnung durch die Vergabekammern möglich. Dafür muss der Beschaffungswille der Vergabestelle feststehen und der Vertragsschluss mit dem Antragsteller muss die einzig rechtmäßige Entscheidung sein. Dass ein solcher Ausnahmefall vorliegen soll, hat die Antragstellerin jedenfalls nicht vorgetragen. Darüber hinaus ist der übrige Vortrag der Antragstellerin aber auch nicht geeignet, einen solchen Ausnahmefall anzunehmen, denn der Antragstellerin fehlt die erforderliche Antragsbefugnis gemäß § 107 Absatz 2 GWB. Sie hat die Möglichkeit einer Rechtsverletzung nicht substantiiert vorgetragen. Die Antragstellerin muss die mögliche Verletzung eigener Rechte nach § 97 GWB geltend machen. Dabei genügt allein die Rüge einer Verletzung von objektiv-rechtlichen Vorschriften des Vergaberechtes für die Antragsbefugnis nicht. Es muss vielmehr um die mögliche Verletzung eigener, subjektiver Rechte der Antragstellerin nach § 97 Absatz 7 GWB gehen. Auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes fehlt die Antragsbefugnis einem Unternehmen, bei dem unter Berücksichtigung des gemäß § 108 Abs. 2 GWB vorgetragenen Sachverhaltes eine Rechtsbeeinträchtigung offensichtlich nicht vorliegen kann. Hinsichtlich der Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB ist es für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages erforderlich, dass der Antragsteller schlüssig darlegt, dass und

welche vergaberechtliche Vorschrift verletzt worden sein soll und dass er ohne diese Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zuschlages hätte, so dass der behauptete eingetretene oder drohende Schaden auf diesen Vergaberechtsverstoß zurückzuführen ist. Daraus folgt, dass der Bieter nicht mit pauschalen und unsubstantiierten Behauptungen Nachprüfungsanträge in der Erwartung stellen kann, die Amtsermittlung werde zum Nachweis eines Verstoßes führen. Er hat zumindest Indizien oder tatsächliche Anhaltspunkte aufzuzeigen, die ihn zu dem Schluss bewogen haben, die Vergabestelle habe sich rechtswidrig verhalten. Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Antragstellerin nicht. Die Antragstellerin verlangt die Vergabe von 15 Punkten für den von ihr behaupteten Nachweis der Wirtschaftlichkeit ihres Entwurfes, ohne allerdings darzutun, weshalb ihre beiden Kostenschätzungen (vom 15. Oktober 2015 und 16. Dezember 2015) richtig sein sollen bzw. was an der Kostenprüfung durch die Antragsgegnerin fehlerhaft sein soll. Die Antragstellerin erhielt am 11. Februar 2016 im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens die von der Antragstellerin vorgenommenen Kostenprüfungen. Auch darauf hin hat sie keine Anhaltspunkte für eine vermeintliche Fehlerhaftigkeit der Kostenprüfung durch die Antragsgegnerin vorgetragen. Die Kostenschätzung stammt aus der Sphäre der Antragstellerin und somit wäre es für sie ohne weiteres möglich gewesen darzulegen, weshalb die Kostenprüfung der Antragsgegnerin fehlerhaft sein soll, zumal die von der Antragstellerin erhobenen Bruttobauwerkskosten augenscheinlich von den Bruttowerten der Kostenprüfung abweichen. Die Vergabekammer ist auch nicht gehalten „Ausforschungsbeweise“ (Sachverständigengutachten) zu erheben. Diese sind keine Anknüpfungstatsachen, die eine Behauptung als plausibel erscheinen lassen. Auch geht der Amtsermittlungsgrundsatz der Vergabekammer nicht so weit, eigene Untersuchungen anzustellen. Vielmehr sind auch hier zumindest Indizien oder ein Tatsachenvortrag erforderlich (vgl. nur Summa in: Heiermann/Zeiss, juris PK-Vergaberecht, 4. Auflage 2013, Stand 2. 7. 2015, § 107 Rn. 70 ff). Da es mithin an einer Sachverhaltsschilderung fehlt und die Antragstellerin nur die abstrakte Möglichkeit einer Rechtsverletzung in den Raum stellt, fehlt es an der Geltendmachung einer tatsächlichen (eingetretenen) Rechtsverletzung. Die Antragstellerin hat ferner nicht dargelegt, dass ihr dadurch ein Schaden entstanden ist oder ihr ein solcher zu entstehen droht. Der in § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB verwandte Schadensbegriff muss unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes betrachtet und ausgelegt werden. Der Schaden besteht darin, dass durch die einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstöße die Aussichten des den antragstellenden Bieters auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein könnten. Entscheidend für das Vorliegen einer Antragsbefugnis und damit für die Gewähr von Primärrechtsschutz ist mithin die Eignung der gerügten Vergaberechtsverstöße, zumindest eine Chancenbeeinträchtigung begründen zu können. Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages genügt der schlüssige Vortrag bzw. die konkrete Behauptung des Antragstellers, dass sein Angebot wertbar sei und er bei rechtmäßigem Vorgehen der Vergabestelle eine bessere Chance auf den Zuschlag habe. Auch hierzu fehlt es, wie bereits oben ausgeführt, an dem Vortrag konkreter Tatsachen

bzw. Indizien. Die bloße Behauptung, 15 Punkte erhalten zu müssen, reicht nicht. Unerheblich im Zusammenhang mit der Antragsbefugnis ist der Vortrag der Antragstellerin hinsichtlich der weiteren Fragen außerhalb des Kriteriums des Nachweises der Wirtschaftlichkeit des Entwurfes, denn für die Antragsgegnerin war entscheidend, dass die Antragstellerin mit ihrer Planung nicht mit ausreichender Sicherheit nachgewiesen hat, das Baukostenbudget tatsächlich einzuhalten.

Darüber hinaus ergibt sich auch aus dieser Rüge (hinsichtlich der über das Kriterium des Nachweises der Wirtschaftlichkeit des Entwurfes hinausgehenden Fragen) zum jetzigen Zeitpunkt weder eine Rechtsverletzung noch einen Schaden. Wie bereits oben dargelegt, muss im Rahmen der Antragsbefugnis eine tatsächliche Rechtsverletzung behauptet und dargelegt werden, was vorliegend bedeutet, dass die Antragsgegnerin bereits eine vermeintlich fehlerhafte Wertung vorgenommen haben muss. Die Antragsgegnerin befindet sich jedoch noch in der Angebotswertung und es steht nicht fest, ob sie die mit Schreiben vom 10. Dezember 2015 gestellten Fragen hinsichtlich der weiteren Zuschlagskriterien auch werten wird. Damit steht aber auch noch keine -vermeintliche -Verletzung der Rechte der Antragstellerin fest, denn die Antragsgegnerin hat noch keine Entscheidung diesbezüglich getroffen und mithin auch noch keine Willenserklärung nach außen hin abgegeben. Würde dieser innere Entscheidungsprozesses schon zur Bejahung einer Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB genügen, käme dies vorbeugendem Rechtsschutz gleich. Ein solcher Anspruch ist aber im Vergaberecht nicht vorgesehen und auch nicht erforderlich. Denn es ist den Bietern grundsätzlich zuzumuten den Eintritt der Rechtsverletzung abzuwarten, da letztendlich berechnete Interessen durch bestehende Schadensersatzansprüche ausgeglichen werden können (vgl. nur OLG Koblenz, Beschluss vom 15. 8. 2014 - Az.: 1 Verg 7/14 ; OLG Celle, Beschluss vom 30.10.2014 - Az.: 13 Verg 8/14).

Die E-Mail der Antragstellerin vom 23. November 2015 ist keine Rüge, denn die Antragstellerin hat lediglich die Kostenprüfung angefordert und mitgeteilt, dass sie von ihrer Seite aus die Wirtschaftlichkeit des Entwurfes im Verfahren nachgewiesen habe. Zwar sind an Rügen keine hohen Anforderungen zu stellen. Das Wort „Rüge“ muss nicht fallen, es müssen auch keine tiefeschürfenden rechtlichen Ausführungen erfolgen. Aber es muss hinreichend deutlich werden, welches konkrete Tun oder Unterlassen der Vergabestelle für rechtswidrig erachtet wird. Darüber hinaus muss auch klar sein, dass es sich um eine Beanstandung handelt, bloße Unmutsäußerungen reichen nicht aus (vgl. nur Summa in: Heiermann/Zeiss, juris PK-Vergaberecht, 4. Auflage 2013, Stand 2. 7. 2015, § 107 Rn.139 ff, 281). Diesen Anforderungen wird die E-Mail der Antragstellerin vom 23. November 2015 nicht gerecht. Aus der E-Mail ergibt sich weder eine Beanstandung, noch was die Antragstellerin für rechtswidrig erachtet.

Auch im Hinblick auf die beiden Hilfsanträge fehlt der Antragstellerin aus den dargelegten Gründen die Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB.

III. Da die Antragstellerin den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zurückgenommen hat, hat sie auch nach § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.

IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin ist angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 2 und 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.

Bei der Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten ist auf die spezifischen Besonderheiten des Vergabenachprüfungsverfahrens Rücksicht zu nehmen. Es handelt sich um eine immer noch nicht zum (weder juristischen noch unternehmerischen) Allgemeingut zählende, auch aufgrund vielfältiger europarechtlicher Überlagerung wenig übersichtliche und zudem steten Veränderungen unterworfenene Rechtsmaterie, die wegen des gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahrens bei der Vergabekammer bereits dort prozessrechtliche Kenntnisse verlangt. Ein Grundsatz, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für den öffentlichen Auftraggeber nur ausnahmsweise notwendig ist, existiert nicht (Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 19. September 2003 - Verg 11/03 -; Oberlandesgericht Celle, Beschluss vom 9. Februar 2011 - 13 Verg 17/10 -; Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 7. Januar 2004 - VII Verg 55/02 -; Oberlandesgericht München, Beschluss vom 24. Januar 2012 - Verg 16/11 - jeweils juris). Neben der Schwierigkeit des Vergaberechts kommt vorliegend noch die Einbeziehung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure hinzu. Schließlich ist auch den im Vergabenachprüfungsverfahren geltenden kurzen Fristen (§ 113 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB) Rechnung zu tragen. Die zur Verfügung stehende knappe Zeit rechtfertigt es vorliegend ebenfalls, dass für den öffentlichen Auftraggeber die Beiziehung eines anwaltlichen Vertreters notwendig ist, um seine Verfahrenspflichten und Obliegenheiten sach- und zeitgerecht wahrnehmen zu können (OLG Dresden, Beschluss vom 7. Februar 2003 - WVerG 21/02 - juris; Oberlandesgericht München, Beschluss vom 11. Juni 2008 - Verg 6/08 - juris).

Im Übrigen gebietet die Herstellung der „Waffengleichheit“ vor der Vergabekammer die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten, um der Vergabestelle eine sachgerechte Vertretung gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin zu ermöglichen (Oberlandesgericht München, Beschluss vom 24. Januar 2012 - Verg 16/11 -; Oberlandesgericht Dresden, Beschluss vom 30. September 2011 - Verg 7/11 -, Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 28. Januar 2011 - Verg 60/10 - jeweils juris).

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

Harnisch
Hauptamtlicher Beisitzer