

1. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

69 d - VK - 23/2015



Leitsätze:

1. Für die dem Antragsteller obliegende Kostenerstattung bei Rücknahme seines Nachprüfungsantrags ist wegen des eindeutigen Wortlauts von § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB kein Raum für davon abweichende Billigkeitserwägungen.
2. Für die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Anwalts durch die Vergabestelle ist maßgeblich, dass ihr damit eine sachgerechte Vertretung in kontradiktorischen Verfahren wie dem Nachprüfungsverfahren ermöglicht wird. Diese Notwendigkeit kann gegeben sein, wenn der Antragsteller die Hilfe eines nicht nur auf Vergaberecht spezialisierten, sondern auch auf Ausschreibungen bestimmter Auftragsgegenstände - wie u.a. Postdienstleistungen - fokussierten Anwalts in Anspruch genommen hatte (im Anschluss an OLG Naumburg, Beschl. v. 21. März 2013 - Az.: 2 Verg 1/13).

Stichworte: Kostenerstattung im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren,
Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Anwalts durch die Vergabestelle

Normen: §§ 128 Abs. 3 Satz 4 und 5, Abs. 4 Satz 3 GWB,

Streitgegenstand: Postdienstleistungen (Briefpostdienste),
Offenes Verfahren nach VOL/A

Einstellungsbeschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]
[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED]
[REDACTED]

- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

weitere Beteiligte:

[REDACTED]
[REDACTED]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

wegen Vergabe von Rahmenvereinbarung über Postdienstleistungen (Briefpostdienste)
für das [REDACTED] sowie die [REDACTED]
[REDACTED] Offenes Verfahren, VOL/A,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt
durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, die hauptamtliche Beisitzerin Re-
gierungsoherrätin Holzmann und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsärztin
Denz-Kinzel

ohne mündliche Verhandlung
am 12. November 2015
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 und der Beigeladenen zu erstatten.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner, zugleich Vergabestelle, schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom [REDACTED] die Vergabe einer Rahmenvereinbarung über Postdienstleistungen (Briefpostdienste) für das [REDACTED] sowie die [REDACTED] im Offenen Verfahren nach VOL/A europaweit aus (EU-ABl. [REDACTED]; Az.: [REDACTED]; für die Rahmenvereinbarung war eine Laufzeit von zwei Jahren mit Verlängerungsoption von maximal zwei weiteren Jahren vorgesehen. Mit Auftragsbekanntmachung vom [REDACTED] wurde diese Ausschreibung geändert, indem u.a. die Lose neu aufteilt wurden (EU-ABl. [REDACTED]). Die Antragstellerin nahm am Vergabeverfahren teil, indem sie ein Angebot zu zwei bestimmten Losen abgab.

Nach Auswertung der Angebote, die im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens eingereicht worden waren, erklärte der Antragsgegner gegenüber der Antragstellerin schriftlich, er beabsichtige – soweit es die in ihrem Angebot enthaltenen Lose betrifft –, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Nachdem der Rüge der Antragstellerin nicht abgeholfen wurden, stellte diese bei der erkennenden Vergabekammer mit Schriftsatz vom [REDACTED] ihren Nachprüfungsantrag. Darin hat sie im Wesentlichen beantragt, den Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, und das Vergabeverfahren zum streitgegenständlichen Los unter Einbeziehung ihres Angebotes in den Stand vor Bewertung der Angebote zurückzusetzen; zudem soll die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig erklärt werden und es sollen dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin auferlegt werden. Sie begründet dies insgesamt damit, dass ihr Angebot vom Antragsgegner vergaberechtwidrig gewertet worden sei.

Der Antragsgegner erwiderte darauf mit Schriftsatz vom [REDACTED] mit dem er u.a. die kostenpflichtige Zurückweisung des Nachprüfungsantrags beantragt hat.

In der Folgezeit vertieften diese Beteiligten ihre Kontroverse und die Beigeladene wurde zum Nachprüfungsverfahren beigezogen.

Die Vergabekammer lud alle Beteiligten zur mündlichen Verhandlung, an der diese aktiv teilnahmen.

In der mündlichen Verhandlung wies die Vergabekammer - vorbehaltlich einer abschließenden Entscheidung - darauf hin, dass sie nach eingehender Prüfung keinen Vergabeverstoß des Antragsgegners erkennen kann und den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückweisen wird.

Antragstellerin und Antragsgegner stellten ihre Anträge aus ihren Schriftsätzen; die Beigeladene beantragte, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Zugleich erklärten sich die Beteiligten damit einverstanden, dass der Antragsgegner eine bestimmte Frage der Antragstellerin gegenüber der Vergabekammer unter Fristsetzung beantwortet und dass die Antragstellerin binnen einer bestimmten Frist erklärt, wie sie gedenkt im vorliegenden Verfahren weiter vorzugehen.

Schließlich erklärte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom [REDACTED] die Rücknahme ihres Nachprüfungsantrages.

Zudem beantragt sie,
dass die Vergabekammer im Rahmen ihres Beschlusses nicht ausspreche, dass die Antragstellerin die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverteidigung des Antragsgegners zu tragen hat.

Zur Begründung trug sie im Wesentlichen vor, dass für den Antragsgegner im vorliegenden Nachprüfungsverfahren keine Notwendigkeit für die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten bestanden hätte. Der Antragsgegner müsse die für dieses Verfahren erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse in seinem originären Aufgabenkreis ohnehin organisieren, zumal die streitgegenständlichen Rechtsfrage typischerweise in den Aufgabenbereich einer Vergabestelle falle und keine besonderen rechtlichen Schwierigkeiten aufweise.

Den übrigen Beteiligten wurde dieser Schriftsatz zur Kenntnisnahme vorgelegt; sie äußerten sich dazu nicht.

II.

Nach Rücknahme ist von Amts wegen die Einstellung des Verfahrens auszusprechen und über die Kosten zu entscheiden (s. Kulartz/Kus/Portz-Brauer, GWB, 3. Aufl. 2014, § 128 Rn. 2). Dabei entscheidet die Vergabekammer über die Kostentragungspflicht gemäß § 128 Abs. 3 GWB und über die Erstattung der Aufwendungen nach § 128 Abs. 4 GWB; zudem sind die Kosten von der Vergabekammer festzusetzen.

Die Entscheidung ist hier wie folgt zu begründen:

1. Mit der Erklärung der Rücknahme des Nachprüfungsantrages ist das Verfahren bereits ohne Entscheidung in der Sache beendet (Müller-Wrede-Hofmann, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2014, § 107 Rn. 2).

Dies ist hier mit dem Schriftsatz der Antragstellerin vom [REDACTED] der Fall.

Das Nachprüfungsverfahren wurde damit zu diesem Zeitpunkt beendet. Es war daher einzustellen.

2. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten, u.a. Gebühren, erhoben. Die - was erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 128 GWB Rn. 4; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 2) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben. Wurde der Antrag vor einer Entscheidung der Vergabekammer zurück genommen, ist nach § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB 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-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 4, 6, 7).

Der Aufwand der Vergabekammer ergibt sich hier nicht nur aus der Übermittlung des Nachprüfungsantrags und der vorangegangenen Prüfung gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB, sondern auch aus ihren nachfolgenden weiteren Amtshandlungen, namentlich der mündlichen Verhandlung.

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes war die sich aus dem Angebot der Antragstellerin ergebene Brutto-Auftragssumme - für die hier der Bruttobetrag bei vierjähriger Vertragsdauer (§ 3 Abs. 1 Satz 2 VgV) zu Grunde zu legen war - als Wert des zur Vergabe vorgesehenen Auftrags zugrunde zu legen.

Aus der Brutto-Angebotssumme für das streitgegenständliche Los ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von [REDACTED] €. Davon ist gemäß § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB die Hälfte zu entrichten, die hier [REDACTED] € beträgt.

3. Diesen Betrag trägt die Antragstellerin.

Denn die Gebühr für das Verfahren hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB grundsätzlich sie zu tragen.

Zwar kann davon gemäß § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB nach billigem Ermessen abgewichen werden. Diese Regelung ist vorrangig gegenüber § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB (Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September 2015, § 128 GWB Rn. 107, 110; juris-PK Vergaberecht-Summa, 4. Aufl. 2013/Stand: 2. Oktober 2015, § 128 GWB Rn. 44 - 46; s. OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 15. Juli 2015 - Az.: 11 Verg 1/15 -). Ihr Sinn und Zweck besteht darin, eine unbillige Kostentragung zu Lasten des Antragstellers für den Fall zu verhindern, dass der Antragsgegner dem Begehren des Antragstellers abhilft und das Verfahren durch beiderseitige Erledigungserklärung der Beteiligten beendet wird (BT-Drs. 16/11428, S. 34 zu § 128 Abs. 3 GWB i.V.m. BR-Drs. 349/1/08, S. 37 Ziff. 46.; Weyand, a.a.O., § 128 GWB Rn. 110 m.w.N.; s. Pünder/Schellenberg-Landsberg, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 128 GWB Rn. 26, der Abhilfe des Begehrens genügen lässt).

Dies gilt nicht nur für die Erledigung des Nachprüfungsverfahrens, sondern auch für die Rücknahme des Nachprüfungsantrages (Weyand, a.a.O., § 128 GWB Rn. 112 m.w.N.; vgl. juris-PK Vergaberecht-Summa, a.a.O., § 128 GWB Rn. 55, 56).

Maßgeblich für die Billigkeitserwägungen ist der ohne Erledigung oder - wie hier - Rücknahme zu erwartende Verfahrensausgang. Billigem Ermessen entspricht es, die Kosten demjenigen Beteiligten aufzuerlegen, der nach summarischer Prüfung aller Voraussicht nach unterlegen wäre (Weyand, a.a.O., § 128 Rn. 109, 114 - jew. m.w.N.; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 21; s. OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 15. Juli 2015 - Az.: 11 Verg 1/15 -, soweit bei den dortigen Ausführungen zu § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB auf die zu §§ 120 Abs. 2, 78 GWB verwiesen wird). Dies wäre die Antragstellerin, wenn ihr Nachprüfungsantrag in der Sache keinen Erfolg gehabt hätte (Weyand, a.a.O., § 128 Rn. 114 m.w.N.). Hier hätte der Nachprüfungsantrag keinen Erfolg gehabt, da ihm - worauf die Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung hinwies - mangels Vergabe-rechtsverstoß nicht stattzugeben wäre.

Demnach hat die Antragstellerin die Gebühr für Amtshandlungen der Vergabekammer zu tragen.

4. Die der Antragstellerin obliegende Erstattung notwendiger Aufwendungen, die beim Antragsgegner und bei der Beigeladenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung angefallen sind, beruht auf § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB.

Danach sind Antragsteller bei der Rücknahme ihres Nachprüfungsantrages verpflichtet, die zweckentsprechenden Aufwendungen von Antragsgegner und Beigeladenen zu tragen (Weyand, a.a.O., § 128 GWB Rn. 235). Für davon abweichende Billigkeitserwägungen ist wegen des eindeutigen Wortlauts der eben genannten Vorschrift kein Raum (OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 15. Juli 2015 - 11 Verg 1/15 -; juris-PK Vergaberecht-Summa, a.a.O., § 128 GWB Rn. 62; Weyand, a.a.O., § 128 GWB Rn. 238/2 m.w.N.). Die hiernach zu treffende - gebundene - Kostenlastentscheidung hat unabhängig davon zu ergehen, ob diese Beteiligten überhaupt Aufwendungen jeweils geltend gemacht haben und ggf. um welche Aufwendungen es sich handelt (Weyand, a.a.O., § 128 GWB Rn. 238/1 m.w.N.).

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind erstattungsfähig, da sie sich - wie erforderlich (Ziekow/Völlink/Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 29; Müller-Wrede/Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28) - mit demselben Rechtsschutzziel wie der Antragsgegner aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, indem sie mit eigenen Sach- und Rechtsüberlegungen sowie Antragstellung an der mündlichen Verhandlung teilgenommen hat.

Es wird darauf hingewiesen, dass ein Kostenfestsetzungsverfahren hinsichtlich der Aufwendungen der Beteiligten vor der Vergabekammer gemäß § 128 Abs. 4 Satz 5 GWB nicht stattfindet (Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 40; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 36 ff; Weyand, a.a.O., § 128 GWB Rn. 276).

5. Die jeweilige Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch Antragsgegner und Beigeladener war angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 2. Oktober 2013 - Az.: 11 Verg 10/13 -) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 HVwVfG).

Insbesondere hinsichtlich des Antragsgegners spricht – entgegen der Antragstellerin – gerade der Gesichtspunkt der Waffengleichheit für die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten. Dieser Gesichtspunkt ist dann von Bedeutung, wenn – bei gebotener prognostischer Sicht zu Beginn des Nachprüfungsverfahrens (Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 33a; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 30. Juli 2013 – Az.: 11 Vedrg 7/13 –) – der Antragsteller sich einer auf das Gebiet des Vergaberechts spezialisierten Rechtsanwaltskanzlei bedient und die Vergabestelle auf eine Vertretung durch ihr möglicherweise vergaberechtlich, aber nicht in einem – wie hier – kontradiktorischen Verfahren geschultes Personal verwiesen wird; denn solche Kenntnisse und Erfahrungen können nicht ohne Weiteres von Mitarbeitern einer Vergabeabteilung erwartet werden (Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 33a). Maßgeblich ist, ebenso der Vergabestelle eine sachgerechte Vertretung zu ermöglichen, wobei zu beachten ist, dass dafür auch auf ihrer Seite forensische Kenntnis und Erfahrungen in einem kontradiktorischen Verfahren erforderlich sind (Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 33a). Die Notwendigkeit eines Bevollmächtigten auf Seiten der Vergabestelle wurde bejaht, wenn der Antragsteller die Hilfe eines nicht nur auf Vergaberecht spezialisierten, sondern sogar auf Ausschreibungen im Bereich des Rettungsdienstes fokussierten Anwalts in Anspruch genommen hatte (OLG Naumburg, Beschl. v. 21. März 2013 – Az.: 2 Verg 1/13 –).

Dies gilt gleichermaßen bei Ausschreibungen, die – wie hier – Postdienstleistungen bzw. Briefpostdienste zum Gegenstand haben. Im vorliegenden Fall handelt es sich beim Bevollmächtigten der Antragstellerin um eine Anwaltskanzlei, die ausweislich der Angaben auf ihrer Homepage sowohl auf dem Gebiet des Vergaberecht als auch des Regulierungsrecht anwaltlich tätig ist, davon insbesondere seit mehreren Jahren auf dem Gebiet des Postrechts. Dabei stellt die Kanzlei ihre postrechtliche Kompetenz im Zusammenhang mit konsolidierten Postdienstleistungen dar.

Hier sind sog. konsolidierte Postdienstleistungen ein Teil der Begründung des Nachprüfungsantrags und wurden bereits in der Antragschrift vom [REDACTED] zum Gegenstand der Argumentation der Antragstellerin gemacht.

Im Rahmen der ex ante-Betrachtung durfte der Antragsgegner sich daher zu seiner sachgerechten Vertretung im vorliegenden Verfahren durch Hinzuziehung eines zumindest auf – wie auch dessen Homepage entnehmbar ist – Vergaberecht spezialisierten Bevollmächtigten anwaltlich gleichstellen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Die sofortige Beschwerde 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)

Holzmann
(Hauptamtliche Besitzerin)