

**1. VERGABEKAMMER**  
**des Landes Hessen**  
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt



**69 d · VK - 41/2010**

**Leitsätze**

1. Im Falle einer Erledigung des Antrags vor einer Entscheidung der Vergabekammer (hier: übereinstimmende Erledigungserklärung) trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen der Vergabekammer) gemäß § 128 Abs. 3 S. 5 GWB unter Zugrundelegung billigen Ermessens diejenige Partei, welche im Falle einer Entscheidung durch die Vergabekammer unterlegen wäre.

2. Für die Kostengrundentscheidung gemäß § 128 Abs. 4 GWB (Aufwunderstattung der Kosten der Parteien) kommt im Falle einer anderweitigen Erledigung (hier: übereinstimmende Erledigungserklärung) aufgrund des abschließenden Inhalts des § 128 Abs. 4 GWB weder eine entsprechende Anwendung des § 91a Abs. 1 ZPO beziehungsweise des § 161 Abs. 2 VwGO noch - entgegen der Ansicht des OLG Dresden - ein Rückgriff auf die Billigkeitsregelung des § 128 Abs. 3 S. 5 GWB in Betracht.

**Beschluss**

Wegen

Neubau Büro- und Verwaltungsgebäude xxx Baufeld x, Ausschreibungsnummer: EU- -  
xxx (Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach VOB/A)

hat die Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Parteien vom 5. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, den hauptamtlichen Beisitzer Ltd. VD Pöhlker und die ehrenamtliche Beisitzerin TAR' in Denz - Kinzel am 25. Januar 2011 beschlossen:

1. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.
2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten trägt die Verfahrenskosten der Vergabekammer zu tragen. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre Auslagen jeweils selbst.
3. Die Verfahrenskosten werden auf 10.000,00 € festgesetzt.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin hat den Neubau eines Büro- und Verwaltungsgebäudes auf dem xxx europaweit im Wege des Verhandlungsverfahrens ausgeschrieben.

In der Bekanntmachung vom 09.04.2010 hat die Antragsgegnerin unter Ziffer IV.3 mitgeteilt, „mit den Bietern, die qualifiziert sind und einen für den Auftraggeber wirtschaftliches Angebot vorgelegt haben, (...) weitere Verhandlungen bis zur Beauftragung (durchzuführen)“.

Die Abwicklung des Verhandlungsverfahrens sollte gemäß Ziffer 9 der Aufforderung zur Angebotsabgabe in verschiedenen, aufeinanderfolgenden Phasen zur Begrenzung der Zahl der Angebote erfolgen. Der Zuschlag sollte gemäß Ziffer 8 der Aufforderung zur Angebotsabgabe auf das wirtschaftlichste Angebot unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien „Preis (70 %)“ und „Qualität (30 %)“ erteilt werden.

Die Antragstellerin hat innerhalb der Angebotsfrist ein Angebot mit einer netto Gesamtsumme in Höhe von 46.125.430,11 € abgegeben. In ihrem Angebotsbegleitschreiben hat sie darauf hingewiesen, dass das Angebot entsprechend ihrer Konzernrichtlinien unter Gremienvorbehalt stehe.

Mit Schriftsatz vom 01.10.2010 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass das vorgelegte Angebot nicht alle in der Ausschreibung geforderten Nachweise/Erklärungen enthalte. Sie hat die Antragstellerin aufgefordert, „die nachstehend aufgelisteten Nachweise/Erklärungen bis zum 08.10.2010 bei der Vergabestelle abzugeben“ und darauf hingewiesen, dass bei nicht rechtzeitiger Abgabe der Nachweise/Erklärungen das Angebot ausgeschlossen werde. Neben der Aufforderung zur Aufklärung von Preis abfragen und Klarstellungen zum Leistungsumfang (Ziffer 1) sowie zur Nachreichung von Einheitspreisen (Ziffer 2) hat die Antragsgegnerin unter Ziffer 3 mitgeteilt: „in Ihrem Anschreiben teilen Sie mit, dass ihr Angebot entsprechend Ihrer Konzernrichtlinie unter Gremienvorbehalt steht. Teilen Sie bitte mit, ob eine Genehmigung der Gremien erfolgt. Falls dies nicht geschehen ist, werden Sie hiermit aufgefordert, auf den erklärten Vorbehalt zu verzichten. Anderenfalls muss ihr Angebot ausgeschlossen werden“.

Mit Schriftsatz vom 08.10.2010 hat die Antragstellerin erklärt, dass auf den Gremienvorbehalt verzichtet werde.

Mit Schriftsatz vom 20.10.2010 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot ausgeschlossen worden sei. Nachdem zunächst eine Sichtung der Angebote auf ihre formale Vollständigkeit erfolgt sei, sei nunmehr eine juristische Prüfung durchgeführt worden. Diese habe ergeben, dass der im Angebotsanschreiben enthaltene Gremienvorbehalt eine unzulässige Einschränkung des Angebots darstelle und dieses aus juristischer Sicht als nicht fristgerecht abgegeben gelte.

Dem ist die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 21.10.2010 entgegengetreten: die Antragsgegnerin habe sie - die Antragstellerin - aufgefordert, mitzuteilen, ob eine Genehmigung erfolgt sei beziehungsweise auf den Gremienvorbehalt zu verzichten, anderenfalls das Angebot ausgeschlossen werden müsse; die Antragsgegnerin habe damit zu erkennen gegeben, dass sie von einem unvollständigen Angebot und nicht von einer aufschiebenden Bedingung ausgegangen sei. Der Verzicht auf den

Gremienvorbehalt sei rechtzeitig erklärt worden, so dass der Ausschluss bereits aus diesem Grunde unzulässig sei. Unbeschadet der Frage nach der Vollständigkeit des Angebots sei ein Gremienvorbehalt regelmäßig eine Frage der Vertretungsbefugnis, so dass eine Genehmigung ex - tunc wirke. Letztlich komme es unbeschadet dieser Fragen allerdings darauf an, dass am Ende der Verhandlungen ein verbindliches Angebot vorliege. Sie - die Antragstellerin - habe die Antragsgegnerin aufgefordert, die gerügten Verstöße bis zum 28.10.2010 abzustellen und darauf hingewiesen, dass anderenfalls sie sich gezwungen sehen, ein Nachprüfungsverfahren bei der zuständigen Vergabekammer einzureichen.

Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 27.10.2010 mitgeteilt, der Rüge nicht abzuhelpfen und den Ausschluss aufrechtzuerhalten.

Mit Datum vom 11.11.2010 hat die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag eingereicht.

Sie ist der Ansicht, durch den Ausschluss ihres Angebots wegen des Gremienvorbehalts in ihren Rechten nach §§ 97 Abs. 7, 114 Abs. 1 GWB verletzt zu werden. Ein zwingender Ausschlussgrund resultiere weder aus den Vorschriften der Sektorenverordnung noch aus den Ausschreibungsunterlagen und auch nicht aus allgemeinen Vergabegrundsätzen. Im Hinblick auf einen möglicherweise im Ermessen der Antragsgegnerin liegenden Ausschlussgrund habe diese ihr Ermessen bereits dahingehend ausgeübt, dass das Angebot nicht ausgeschlossen werden sollte. Die Antragsgegnerin habe ein Verhandlungsverfahren als dynamischen Prozess durchgeführt, welches sich dadurch auszeichnet, dass zunächst ein erstes - indikatives - Angebot abgegeben werde, welches nicht verbindlich sein müsse und im Anschluss daran nach Abschluss der Verhandlungen die Abgabe eines finalen - verbindlichen - Angebot erfolgt. Die Antragsgegnerin habe in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass Verhandlungen stattfinden sollten und nicht eindeutig vorgegeben, dass ein Gremienvorbehalt nicht erfolgen dürfe. Die Antragsgegnerin habe im Gegenteil mit Schriftsatz vom 01.10.2010 die Antragstellerin aufgefordert, die Genehmigung durch die Gremien mitzuteilen oder auf den Gremienvorbehalt zu verzichten, anderenfalls das Angebot ausgeschlossen werde. Damit habe die Antragsgegnerin zum Ausdruck gebracht, dass der Gremienvorbehalt - vorbehaltlich der geforderten Informationen - allein nicht zu einem Angebotsausschluss

führen sollte. Sie - die Antragstellerin - habe aber auch nicht gegen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen verstoßen und rechtzeitig innerhalb der Angebotsfrist ein Angebot abgegeben, so dass ein zwingender Ausschlussgrund ebenso wenig vorliege wie im Hinblick auf die Vergabegrundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und des Wettbewerbs, abgesehen davon, dass daraus ohnehin kein zwingender Ausschlussgrund hergeleitet werden könne. Die vergaberechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit eines Angebots beurteilten sich nicht vorrangig nach zivilrechtlichen Regelungen, vielmehr sei maßgeblich, welche vergaberechtlichen Anforderungen an das Angebot gestellt worden seien. Der Gremienvorbehalt mit der dem Bieter eröffneten Möglichkeit, das Angebot zurückziehen zu können, benachteilige im Hinblick auf die Absicht des Auftraggebers, ein Verhandlungsverfahren durchzuführen auch nicht die übrigen Bieter. In einem Verhandlungsverfahren werde ein ursprüngliches Angebot durch ein überarbeitendes Angebot ersetzt. Jeder Bieter habe somit die Möglichkeit, von seinem ersten abgegebenen Angebot Abstand zu nehmen, die Möglichkeit eines Rückzugs vom Verfahren liege in der Natur des Verhandlungsverfahrens begründet, dies sei auch bei einem Gremienvorbehalt mit der Möglichkeit, das Angebot zurückzuziehen, nichts anders. Insoweit könne in Ermangelung des Vorliegens einer Bindung auf Seiten eines jeden Bieters der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt sein.

Die **Antragstellerin** hat beantragt,

1. festzustellen, dass der Ausschluss ihres Angebots sie in ihren Bieterrechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzte,
2. die Antragsgegnerin anzuweisen, das Verhandlungsverfahren unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin fortzusetzen beziehungsweise
3. - hilfsweise - die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren in einen Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.

Die **Antragsgegnerin** hat beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, da die Antragstellerin mit ihrem Angebot auf dem 7. Rang gelegen sei und mit ihrem Preis in

deutlich zweistelligen Prozentbereich über dem günstigsten Angebot liege sei es nicht zu erwarten, dass diese Preisdifferenz durch das Zuschlagskriterium „Qualität“ wett gemacht werden könne.

Der Nachprüfungsantrags sei auch unbegründet: die Antragstellerin habe aufgrund des Gremienvorbehalts und der darin enthaltenen aufschiebenden Bedingung nach zivilrechtlichen Grundsätzen kein innerhalb der Angebotsfrist eingegangenes wirksames Angebot abgegeben und deshalb nicht einmal den Bieterstatus erlangt. Eine Vergabestelle müsse mit Ablauf der Angebotsfrist beurteilen können, ob ein Angebot abgegeben worden sei oder nicht. Anderenfalls sei ein Bieter in der Lage, über mehrere Verhandlungsrunden an einem Vergabeverfahren teilnehmen zu können, ohne sich dem Risiko auszusetzen, dass sein Angebot bezuschlagt werde. Damit werde aber jedweder Wettbewerb ausgeschlossen, da das jedem Vergabeverfahren immanente Risiko für einen Bieter umgangen werde. Zwar habe ein Bieter die Möglichkeit, während der Verhandlung sein Angebot abzuändern; er habe auch in einem Verhandlungsverfahren jedoch nicht die Möglichkeit, sich einseitig von einem Angebot zu lösen, indem er es zurückziehe. Sofern man den Gremienvorbehalt im Sinne einer fehlenden Vertretungsmacht interpretiere, sei trotz einer grundsätzlich rückwirkenden Genehmigung eine Rückwirkung hier deshalb ausgeschlossen, weil die Erklärung innerhalb einer bestimmten Frist vorzunehmen gewesen sei. Auch sei in einem Verhandlungsverfahren nicht von einer generellen Zulässigkeit eines Gremienvorbehalts auszugehen. Die Möglichkeit eines Bieters, sich durch eine einseitige Erklärung von seinem Angebot lösen zu können, stelle eine Benachteiligung der anderen Bieter dar. Die Antragstellerin sei auch nicht berechtigt gewesen, ein lediglich indikatives Angebot abzugeben; sie habe keinen Anspruch darauf, dass Verhandlungen geführt werden. Sie - die Antragsgegnerin - habe lediglich ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie nur mit denjenigen Bietern Verhandlungen führen werde, die ein wirtschaftliches Angebot abgegeben hätten. Auch habe sich die Antragstellerin mit ihrer Erklärung, sich an ihr Angebot bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist gebunden zu halten, in Widerspruch zu ihrer Angebotsabgabe gesetzt, weil diese Erklärung nicht anders verstanden werden könne, als dass ein eingereichtes Angebot verbindlich sein solle.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin sei auch nicht bereits deshalb vergaberechtswidrig, weil sie - die Antragsgegnerin - die Antragstellerin aufgefordert habe, zu erklären, ob die Antragstellerin auf den Vorbehalt verzichte. Dies sei eindeutig

vor dem Hintergrund geschehen, dass eine juristische Prüfung erst noch erfolgen sollte und ihr - der Antragsgegnerin - die Tragweite des erklärten Vorbehalts erst später nach rechtlicher Prüfung im Hinblick auf die Beachtung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes gegenüber den anderen Bietern klar geworden sei.

Am 21.12.2010 fand eine mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer statt. Die Beteiligten hatten Gelegenheit, zum Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Ausführungen zu machen.

Mit Schriftsatz vom 05.01.2011 hat die Antragstellerin mit Hinweis darauf, dass die Antragsgegnerin am 30.12.2010 mit ihr ein Aufklärungsgespräch geführt und im Hinblick auf das eingeleitete Nachprüfungsverfahren insoweit eine positive Abhilfeentscheidung getroffen habe, den Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Anträge zu 1-3 und 6 für erledigt erklärt und beantragt, die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen sowie festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten erforderlich gewesen sei. Sie ist der Ansicht, dass im Falle der Erledigung durch eine für den Bieter positiven Abhilfeentscheidung der Vergabestelle diese die Kosten des Bieters zu tragen habe. Es entspreche jedenfalls billigem Ermessen, dass die Antragsgegnerin, die ohne die Erledigung des Nachprüfungsverfahrens in der Hauptsache unterlegen gewesen wäre, nicht nur die Kosten des Verfahrens vor der Kammer, sondern auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin zu tragen habe.

Mit Schriftsatz vom 05.01.2011 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sich der gestellte Nachprüfungsantrags erledigt habe, weil durch die Wiederaufnahme der Antragstellerin in das Vergabeverfahren einer Rechtsbeeinträchtigung nicht mehr vorliege.

## II.

1. Gegen die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer bestehen keine Bedenken. Dies gilt ebenso im Hinblick auf die Behauptung einer Verletzung von Rechten im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB auf Seiten der Antragstellerin und - unter Berücksichtigung ihrer Teilnahme am Verfahren und der behaupteten - allerdings im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens einer Änderung zugänglichen - Rangstellung ihres Angebot des - im Hinblick auf die erforderliche und hier ausreichende Darlegungspflicht hinsichtlich eines Schadens.

2. Bei einer - wie hier - erfolgten Erledigung der Hauptsache ist das Nachprüfungsverfahren einzustellen (§ 92 Abs. 3 VwGO analog). Dabei sind die Kosten der Vergabekammer festzusetzen sowie einerseits im Hinblick auf die entsprechende Kostentragungspflicht eine Kostenentscheidung im Sinne des § 128 Abs. 3 GWB und andererseits eine Entscheidung über die Erstattung der Aufwendungen im Sinne des § 128 Abs. 4 GWB sowie - falls erforderlich - die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zu treffen.

2.1 Die Antragsgegnerin hat die Hälfte der Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer gemäß § 128 Abs. 3 GWB zu tragen.

2.1.1 Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer - wie jedes Nachprüfungsverfahrens - Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die Kostentragungspflicht trifft gemäß § 128 Abs. 3 S. 1 GWB zwar denjenigen, der im Verfahren unterliegt. Für den Fall, dass sich der Antrag vor einer Entscheidung der Vergabekammer erledigt hat und ein Unterliegen deshalb nicht im Wege eines Beschlusses festgestellt wird, erfolgt die Entscheidung über die Kostentragungspflicht gemäß § 128 Abs. 3 S. 5 GWB nach billigem Ermessen (OLG Dresden, Beschluss vom 10.8.2010, Az.: WVerG 8/10 mit Hinweis auf die gesetzgeberischen Motive zur Entstehung der Regelung für den Fall der anderweitigen Erledigung). Billigem Ermessen entspricht es unter Zugrundelegung des Rechtsgedanken des § 91a ZPO beziehungsweise des § 161 VwGO aber, demjenigen die Verfahrenskosten aufzuerlegen, der, wäre das erledigende Ereignis nicht eingetreten, im Falle einer Entscheidung durch die Vergabekammer unterlegen wäre. Dies wäre vorliegend die



Antragsgegnerin gewesen. Einerseits könnte im Rahmen der Beurteilung der Kostentragungspflicht "nach billigem Ermessen" bereits in Betracht gezogen werden, dass die Antragsgegnerin dem mit der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens verfolgten Ziel der Antragstellerin, dass Verhandlungsverfahren unter Einbeziehung ihres Angebotes fortzusetzen nach Durchführung der mündlichen Verhandlung nachgekommen ist und sie insoweit „klaglos“ gestellt sowie sich in die Position der unterlegenen Partei begeben hat. Ob dies bereits als ausreichend angesehen werden kann, kann hier aber dahinstehen.

Die Antragsgegnerin wäre nämlich auch im Falle einer Sachentscheidung zu dieser Vorgehensweise verpflichtet worden.

Die Antragsgegnerin hat ein Verhandlungsverfahren durchgeführt, in dessen Verlauf die Antragstellerin rechtzeitig ein bewertungsfähiges Angebot abgegeben hat, welches die Antragsgegnerin nicht wegen des darin enthaltenen Gremienvorbehalt auszuschließen berechtigt war. Die Antragstellerin hat - und nur dieses ist zwischen den Parteien streitig - das Angebot zwar mit einem Gremienvorbehalt versehen. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin führt dies aber nicht dazu, dass diesem Angebot die erforderliche Verbindlichkeit fehlt; nicht von Bedeutung ist dabei, ob ein Gremienvorbehalt die Angebotserklärung unter eine aufschiebende Bedingung gestellt oder die Vertretungsbefugnis betrifft.

Der fehlende Ausschlussgrund des Angebots - als zwingender Ausschlussgrund aus formellen Gründen - ist im Verhandlungsverfahren und - hier relevant - in der Sektorenverordnung - anders als beispielsweise in § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A - nicht ausdrücklich geregelt; die Sektorenverordnung enthält überhaupt keine hier insoweit relevanten Vorgaben für die formelle Prüfung und Bewertung der Angebote (§§ 26 ff SektVO). § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist auf ein Verhandlungsverfahren weder unmittelbar noch mittelbar anwendbar. Gegenstand der Angebotsbewertung ist nämlich nicht allein das abgegebene Angebot, sondern das Angebot in seiner Aus- und Umgestaltung durch die Verhandlungsgespräche (OLG Naumburg, Beschluss vom 13.10.2008, Az.: 1 Verg 10/08). Unvollständig, sei es aufgrund einer fehlenden Unterschrift (so im Falle der Entscheidung des OLG Naumburg a. a. O) oder fehlender Rechtsverbindlichkeit, kann ein Angebot insoweit nur dann sein, wenn nach Abschluss der Verhandlungen der Angebotsmangel immer noch vorhanden ist, es sei denn, der Auftraggeber selbst hat im Hinblick auf die von ihm beabsichtigte Durchführung des Verhandlungsverfahrens

formelle Verfahrensanforderungen bekannt gegeben, welche die Bieter zu beachten haben. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall: Die Antragsgegnerin hat in Ziffer VI.3 der Bekanntmachung mitgeteilt, mit Bietern, die qualifiziert sind und ein wirtschaftliches Angebot abgegeben haben, weitere Verhandlungen zu führen und damit aus Sicht der Bieter - und insoweit auch der Antragstellerin - auf die beabsichtigte Durchführung einer Verhandlung oder mehrerer Verhandlungen verwiesen. Dass die Antragstellerin nicht hinreichend qualifiziert ist oder kein wirtschaftliches Angebot abgegeben hat und das Angebot deshalb ausgeschlossen werden sollte, hat die Antragsgegnerin nicht erklärt. Sie hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 01.10.2010 im Gegenteil aufgefordert, auf den erklärten Gremienvorbehalt zu verzichten, anderenfalls das Angebot ausgeschlossen werden müsse. Daran muss sich die Antragsgegnerin auch festhalten lassen: Weder wird diese im Verhandlungsverfahren getroffene und die Antragsgegnerin bindende Entscheidung durch das Erfordernis eines zwingenden Ausschlussgrundes beeinträchtigt, noch liegt - mangels zwingender Ausschlussgründe - in dieser Entscheidung eine Ungleichbehandlung gegenüber den anderen Bietern vor. Da die Antragstellerin die geforderte Erklärung innerhalb der von der Antragsgegnerin vorgegebenen Frist bewirkt hat, durfte ein Ausschluss ihres Angebotes mit der Begründung eines bestehenden Gremienvorbehalt nicht erfolgen, so dass die Antragsgegnerin die Fortsetzung des Verfahrens unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin hätte bewirken müssen.

2.1.2 Da sich der Antrag vor einer Entscheidung der Vergabekammer erledigt hat, hat die Antragsgegnerin die Hälfte der Gebühren zu entrichten (§ 128 Abs. 3 S. 4 GWB). Die Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens, maßgeblich ist in erster Linie die wirtschaftliche Bedeutung unter Berücksichtigung des Bruttoangebotspreises (VK Hessen, Beschluss vom 0206.2002, Az.: 69d-VK-69/2002). Danach ergibt sich bei einem Angebotspreis der Antragstellerin in Höhe von (gerundet) 54.889,00 € eine Gebühr von (gerundet) 20.000,00 € und einer daraus zu errechnenden hälftigen Gebühr in Höhe von (gerundet) 10.000,00 €. Da die Erledigungserklärung erst nach Durchführung der mündlichen Verhandlung erfolgte und der sachliche und personelle Aufwand der Vergabekammer im Vergleich zu einer Sachentscheidung nicht geringer war, kommt eine weitere Reduzierung aus Billigkeitsgründen (§ 128 Absatz 3 Satz 6 GWB) nicht in

Betracht.

2.2 Im Hinblick auf die Aufwendungserstattung im Sinne des § 128 Abs. 4 GWB sind weder die Antragstellerin noch die Antragsgegnerin verpflichtet, die außergerichtlichen Kosten der jeweils anderen Partei zu tragen. Diese tragen die Parteien jeweils selbst.

2.2.1 Mangels einer Sachentscheidung durch die Vergabekammer ist ein daraus resultierendes Unterliegen weder auf Seiten der Antragstellerin noch auf Seiten der Antragsgegnerin festzustellen, so dass eine Kostentragungspflicht aus § 128 Abs. 4 S. 1 GWB nicht in Betracht kommt. Auch § 80 des - hier einschlägigen - Hessischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (HVwVfG) sieht eine Kostenauflegung für den Fall einer Erledigung nicht vor.

2.2.2 Die Kostenregelung des § 128 Abs. 4 GWB ist abschließend.

2.2.2.1 Eine entsprechende Anwendung anderer erledigungsrelevanter prozessualer Regelungen und insoweit insbesondere § 91a Abs. 1 ZPO beziehungsweise § 161 Abs. 2 VwGO kommt nicht in Betracht (BGH, Beschluss vom 9.12.2003, Az.: X ZB 14/03). Eine entsprechende Anwendung setzt eine planwidrige Regelungslücke voraus. Aus § 128 Abs. 4 GWB ist aber zu ersehen, dass der Gesetzgeber den Fall der Beendigung durch die Antragsrücknahme geregelt (Satz 3) und, obwohl er, wie sich aus Abs. 3 Satz 4 ergibt, den Fall einer anderweitigen Erledigung gesehen hat, in Abs. 4 keine den § 91a Abs. 1 ZPO oder § 161 Abs. 2 VwGO entsprechende Regelung getroffen, sondern auf das Bundesverwaltungsverfahrensgesetz beziehungsweise die entsprechenden Landesgesetze zurückgegriffen hat. Auch kommt keine entsprechende Anwendung der vorgenannten Vorschriften aufgrund eines allgemeinen kostenrechtlichen Grundsatzes in Betracht, wonach der Erledigung des Verfahrens ohne eine Entscheidung in der Hauptsache steht der bisherige Sach- und Streitstand zu berücksichtigen wäre (VK Hessen, Beschluss vom 2.6.2004, Az.: 69-VK-69/2002). Ebenfalls ist kein sachlich zwingender Grund ersichtlich, die Kostenfolge bei einer Erledigung entsprechend der vorgenannten Vorschriften zu behandeln. Trotz seiner gerichtsähnlichen Ausgestaltung handele sich bei dem Verfahren vor der Vergabekammer um ein Verwaltungsverfahren. Die Entscheidung über die Kostentragung in Anlehnung an die Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze erscheint deshalb nicht sachwidrig, auch wenn sich insoweit ein Unterschied zu Kostenentscheidungen vorprozessualen Streitverfahren

ergibt. Somit ist es auch nicht systemwidrig, bei der Auslegung des § 128 Abs. 4 GWB andere Maßstäbe zu Grunde zu legen, als bei der Kostenentscheidung im kartellrechtlichen Beschwerdeverfahren im Sinne des § 78 GWB, bei dem es sich in der Sache um ein echtes Verwaltungsstreitverfahren handelt (BGH, Beschluss vom 9.12.2003, Az.: X ZB 14/03).

2.2.2.2 Bereits vor der Neufassung des § 128 Abs. 3 und Abs. 4 GWB ist ein einzelner Versuch unternommen worden, eine Kostentragung - auch im Hinblick auf Abs. 4 - auf Billigkeitserwägungen zu stützen: Das VG Köln (Beschluss vom 19.08.2009, Az.: VK VOB/11/2009) hatte im Falle einer Erledigung durch eine Abhilfeentscheidung seitens des Antragsgegners dieses als Verfahrensunterliegen angesehen und ihm die Kosten nach § 128 Abs. 4 S. 2 GWB a. F. auferlegt (ebenso: VK Bund, Beschluss vom 17.01.2006, Az.: VK 2 - 162/05 mit dem Hinweis darauf, dass in diesem Falle das auf die Beseitigung des Vergaberechtsverstoßes gerichtete Nachprüfungsverfahren erfolgreich im Sinne des § 128 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. sei; auch: VK Arnsberg, Beschluss vom 12.02.2008, Az.: VK 44/07 unter der Voraussetzung, dass aus dem Verlauf ersichtlich werde, dass das Nachprüfungsverfahren bei wertender Betrachtung voll umfänglich Erfolg gehabt hätte). Das OLG Dresden hat auf der Grundlage des GWB 2009 die in § 128 Abs. 3 S. 5 GWB enthaltene Billigkeitserwägung auf die Kostentragungspflicht im Sinne des § 128 Abs. 4 GWB zur Klärung der Tragung der Rechtsverfolgungskosten erstreckt. Dies ließe sich zwar aus dem Wortlaut des § 128 GWB nicht unmittelbar entnehmen. Allerdings habe - wie sich aus der Begründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (Drucksache 16/10117) ergebe - der Gesetzgeber diesen Grundsatz sowohl auf den Inhalt des Abs. 3 als auch des Abs. 4 des § 128 GWB erstrecken wollen. Diese Ansicht ist im Hinblick auf den klaren und eindeutigen Wortlaut des Abs. 3 einerseits und des Abs. 4 andererseits allerdings nicht überzeugen: Im Gesetzesentwurf war in Abs. 3 eine Erweiterung dergestalt vorgesehen, dass Kosten, die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, diesem auferlegt werden können. Der Bundesrat hat daraufhin vorgeschlagen, dort - in Abs. 3 - den Satz „Die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, erfolgt nach billigem Ermessen“ einzufügen, um auf eine Abhilfeentscheidung der Antragsgegnerin oder einer beiderseitige Erledigungserklärung kostenmäßig angemessen reagieren zu können. In einem solchen Falle könne es unbillig sein, dem Antragsteller die Kosten aufzuerlegen, da er in einem materiellen Sinne obsiegt habe; eine Regelung, nach der die Kostenentscheidung nach billigem Ermessen erfolge, sei deshalb vorzugswürdig. Der

Gesetzgeber hat anschließend der vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderung durch die Regelung des Abs. 3 S. 4 und 5 Rechnung getragen.

Die vorstehende Diskussion ist ausschließlich im eindeutigen Zusammenhang mit dem Inhalt des Abs. 3 des § 128 GWB geführt worden. Dem OLG Dresden ist zwar insoweit recht zu geben, als die Formulierung des Satzes 5 nur so zu verstehen sei, dass für den Fall der anderweitigen Erledigung des Nachprüfungsbegehrens von den im einzelnen vorgesehenen gesetzlichen Kostenregelung nach billigem Ermessen abgewichen werden dürfe. Dies betrifft aber - worauf das OLG Dresden auch ausdrücklich hinweist - nur den Inhalt des Abs. 3 und mithin die Kosten im Sinne des Abs. 1, also die Gebühren und Auslagen der Vergabekammer im Zusammenhang mit der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens. Allerdings hätten nach Ansicht des OLG Dresden die im Gesetzgebungsverfahren diskutierten Formulierungsalternativen und insbesondere die vom Bundesrat für seine Anregung gegebene Begründung deutlich gemacht, dass die dort angestellten Erwägungen zu Gunsten einer Kostenregelung nach Billigkeitsgrundsätzen für den Fall der Hauptsacheerledigung nicht auf die Verwaltungsgebühren und -auslagen beschränkt sein sollten, sondern die Kosten des Nachprüfungsverfahrens im allgemeinen betreffen, also auch die den Beteiligten entstandenen Aufwendungen erfassen sollten mit der Folge, dass der Inhalt des § 128 Abs. 3 S. 5 GWB auf Abs. 4 übertragbar sei.

Die vorstehende Schlussfolgerung des OLG Dresden ist gesetzlich nicht determiniert. Bereits im Gesetzesentwurf war der bestehende Abs. 4 dahin erweitert worden, dem Antragsteller, der seinen Antrag zurücknimmt, zu verpflichten, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen sowohl des Antragsgegners als auch des (etwaigen) Beigeladenen zu erstatten. Aus der Begründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber aufgrund der nicht unerheblichen Anzahl der vorangegangenen Rücknahme ein Korrektiv, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Anzahl der Verfahren einführen wollte. Zwar wird darauf hingewiesen, dass dabei auch dem Gedanken Rechnung getragen werden sollte, dass die Rücknahme des Nachprüfungsantrags regelmäßig nur in den Fällen erfolge, in denen die Abweisung des Nachprüfungsantrags vermieden werden sollte. Die Änderung des Abs. 4 ist aber ausdrücklich - auch im Hinblick auf die in der Begründung in Bezug genommenen Vorschriften der §§ 155 Abs. 2, 162 Abs. 1 VwGO sowie § 269 Abs. 3 ZPO - auf die Klagerücknahme beschränkt und eine anderweitige Erledigung nicht einbezogen

worden. Dass es sich insoweit um eine redaktionell missglückte Regelung handeln soll, ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Auch dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die zu § 128 GWB a.F. bestehende Judikatur, wonach nur derjenige Beteiligte, der im Vergabekammerverfahren infolge einer Sachentscheidung der Vergabekammer unterlegen war, den anderen obsiegenden Beteiligten Kostenersatz verpflichtet war, abweichen wollte (so: OLG Dresden a .a. O.), lässt ebenfalls keinen zwingenden Rückschluss auf eine interpretierende analoge Anwendung des Abs. 3 S. 5 auf den Abs. 4 zu. Gerade im Falle der Kenntnis der Judikatur und einer ausdrücklichen Regelung in Abs. 3 im Zusammenhang mit den Verfahrenskosten der Vergabekammer hätte es nahe gelegen beziehungsweise wäre es erforderlich gewesen, eine eindeutige Regelungserweiterung auch in Abs. 4 über den Fall der Klagerücknahme hinaus festzuschreiben. Dass der Gesetzgeber eine analoge Anwendung als möglich angesehen beabsichtigt und deshalb eine eindeutige Regelung unterlassen hat beziehungsweise haben könnte, ist nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit erkennbar. Im Gegenteil: Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung (a. a. O.) ausdrücklich eine analoge Anwendung der Vorschriften aus der Verwaltungsgerichtsordnung und der Zivilprozessordnung abgelehnt. Dieser Weltsprecher war dem Gesetzgeber bekannt mit der Folge, dass aus seiner Sicht Billigkeitserwägungen sich aus dem unmittelbaren Wortlaut des Gesetzes ergeben müssen. Er hat dies aber - bezogen auf die Erledigung - in Abs. 4 nicht umgesetzt mit der Folge, dass dies auch als nicht beabsichtigt interpretiert werden muss und außer im Falle der Klagerücknahme ausschließlich an den Kostenvorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze zu bemessen ist.

2.2.3 Eine anderweitige Entscheidung ergibt sich auch nicht aus § 128 Abs. 4 S. 4 GWB in Verbindung mit dem dort in Bezug genommenen Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes beziehungsweise des Landes Hessen, weil der dort maßgebliche § 80 HVwVfG eine Kostenauflegung für den Fall einer anderweitigen Erledigung nicht vorsieht.

2.2.4 Eine Entscheidung über die Notwendigkeit der Zuziehung der jeweiligen Bevollmächtigten der Antragstellerin und der Antragsgegnerin ist nicht erforderlich, weil sie die ihnen insoweit jeweils entstandenen Auslagen selbst - aufgrund des jeweiligen Auftragsverhältnisses mit den Bevollmächtigten - zu tragen haben.