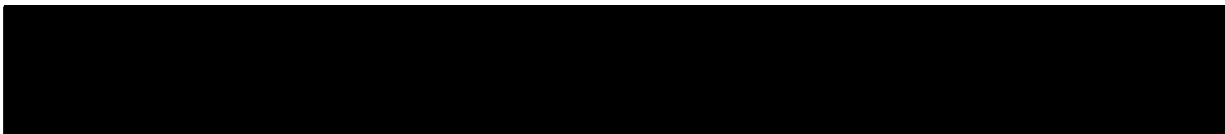




## OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

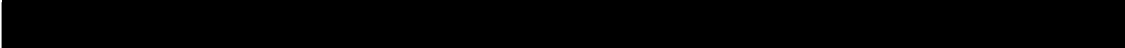
### BESCHLUSS

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

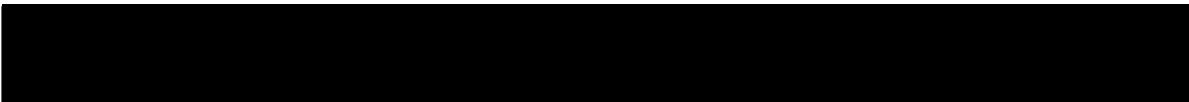


Antragsteller und Beschwerdeführer,

Verfahrensbevollmächtigte:



gegen



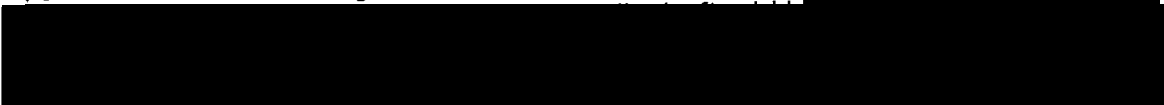
Antragsgegner und Beschwerdegegner,

Beteiligte:



Beigeladene,

Verfahrensbevollmächtigte:



hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber und die Richterinnen am Oberlandesgericht Dr. Mockel und Dr. Fehns-Böer am 13. Juli 2016 beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss der Vergabekammer Hessen vom 8.2.2016, 69 d - VK - 35/2015, im Kostenpunkt aufgehoben.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer tragen Antragsgegner und Beigeladene als Gesamtschuldner.

Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragstellers tragen Antragsgegner und Beigeladene je zur Hälfte.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens unter Einschluss der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragstellers haben der Antragsgegner und die Beigeladene jeweils zur Hälfte zu tragen.

Der Beschwerdewert wird auf bis zu [REDACTED] € festgesetzt.

**Gründe:**

I.

Der Antragsteller wendet sich mit seiner sofortigen Beschwerde gegen die Kostenentscheidung im Beschluss der 1. Vergabekammer Hessen vom 8.2.2016, mit welchem ihm 5/6 der Verfahrenskosten auferlegt wurden.

Der Antragsgegner schrieb im Sommer 2014 die Vergabe eines Auftrags zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur [REDACTED] in zwei Losen aus. Zu dem vorliegend gegenständlichen Los 2 gaben der Antragsteller sowie die Beigeladene Angebote ab. Die Mitteilung des Antragsgegners an den Antragsteller, dass der Auftrag nicht an ihn vergeben werde, rügte der Antragsteller und leitete

nachfolgend ein Nachprüfungsverfahren vor der 1. Vergabekammer Hessen ein (69 d – VK – 35/2014). In diesem Verfahren beantragte er u.a. festzustellen, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirksam sei und den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag nicht zu erteilen, ohne ein ordnungsgemäßes Informationsschreiben gemäß § 101a GWB zu versenden und die nachfolgend geltend gemachten Vergabeverstöße zu beheben.

Mit Beschluss vom 15.6.2015 erkannte die Vergabekammer, dass der Vertrag zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen unwirksam sei und versetzte das Vergabeverfahren bis zum Stand der Prüfung und Wertung der Angebote zurück. Hinsichtlich der vom Antragsteller gegen die dortige Kostenentscheidung eingelegten sofortigen Beschwerde wird auf den Beschluss des Senats vom heutigen Tag zum Aktenzeichen 11 Verg 5/15 verwiesen.

Der Antragsgegner nahm nach der Entscheidung der Vergabekammer eine neue Wertung der Angebote vor und teilte dem Antragsteller mit Schreiben vom 2.7.2015 mit, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilen zu wollen. Dieser Entscheidung rügte der Antragsteller erneut und leitete nach Ablehnung der Rügen seitens des Antragsgegners das hier zugrundeliegende Nachprüfungsverfahren ein. In diesem Verfahren **beantragte** er vor der Vergabekammer,

den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag nicht zu erteilen, ohne die nachfolgend geltend gemachten Vergabeverstöße zu beheben,

die Kosten des Verfahrens dem Antragsgegner aufzuerlegen,

die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für den Antragsteller für notwendig zu erklären.

Im Einzelnen erhob er zur Untermauerung seines Antrags folgende Rüge: Der Antragsgegner habe bei der Wertung der Angebote erneut nicht zuvor bekanntgemachte Unterkriterien und Wertungsmatrizen berücksichtigt. Die verwendeten Unterkriterien entsprächen außerdem nicht den bekannt gemachten Oberkriterien.

Die vorgenommene Bewertung sei inhaltlich fehlerhaft; insbesondere angesichts der auf Antragstellerseite größeren Zahl an Referenzen und höherer Erfahrung gegenüber der Beigeladenen sei nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen der Zuschlag nicht ihr erteilt werden sollte. Die Wertung sei darüber hinaus nur unzureichend dokumentiert. Das Informationsschreiben genüge schließlich nicht den Anforderungen des § 101 a GWB.

Die **Vergabekammer** hat daraufhin mit Beschluss vom 8.2.2016 das Vergabeverfahren erneut bis zum Stand der Prüfung und Wertung der Angebote zurückversetzt und dem Antragsgegner, soweit er seine Vergabeabsicht beibehält, aufgegeben, bei der Wertung der Angebote vollständig und ausschließlich die drei Kriterien zu berücksichtigen, die in den verwendeten Vergabeunterlagen genannt wurden. Im Übrigen wurde der Nachprüfungsantrag – bezogen auf die weiteren Rügen des Antragstellers - abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen hat die Vergabekammer dem Antragsteller zu 5/6 und im Übrigen dem Antragsgegner und der Beigeladenen zu je 1/12 aufgelegt. Zur Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt, dass der Antragsteller sein Verfahrensziel nicht vollständig erreicht habe und deshalb als im Verfahren weitgehend unterlegen anzusehen sei. Er habe gem. § 128 Abs. 3 S. 1 GWB die Kosten zu tragen, soweit er nicht obsiegt habe. Maßgeblich sei bei der Beurteilung des Verfahrenserfolges neben den Anträgen das Vorliegen eines Vergabeverstoßes und die Rechtsverletzung des Bieters unter Berücksichtigung des verfolgten Rechtsschutzziels nebst einer Verhältnismäßigkeitsbetrachtung. Da der Antragsteller bei verständiger Würdigung insgesamt sechs Beanstandungen geltend gemacht habe, von denen fünf erfolglos geblieben seien, betrage das Verhältnis von Unterliegen und Obsiegen 5/6 zu 1/6.

Gegen diese Kostenverteilung richtet sich der Antragsteller mit seiner **sofortigen Beschwerde**, die er im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Entscheidung der Vergabekammer habe seinem wesentlichen Rechtsschutzbegehren stattgegeben. Ihm sei es vorrangig darum gegangen, die Feststellung zu erreichen, dass der Antragsgegner wiederum eine fehlerhafte Angebotswertung durchgeführt habe und das Vergabeverfahren daher in den Stand vor Durchführung der Angebotswertung zurückzusetzen sei. Mit diesem Ziel habe er Erfolg gehabt. Die Vergabekammer habe sogar darüber hinaus dem Antragsgegner den Hinweis erteilt, dass er bei der Wertung ausschließlich die bekannt gemachten Hauptkriterien verwenden dürfe, wenn er das Verfahren nicht in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetze. Der beanstandete Vergabefehler sei damit beseitigt und ein vergaberechtsfehlerfreie Fortführung des Verfahrens möglich.

Maßgeblich für die Kostenentscheidung sei eine materiell-rechtliche Gesamtbeurteilung; die Vergabekammer habe dagegen vorliegend zu Unrecht auf sechs unterschiedliche Rechtsschutzziele abgestellt. Die von ihm, dem Antragsteller, erhobenen Rügen stellten jedoch keine eigenständigen Streitgegenstände dar, sondern dienten der Untermauerung des Begehrens, das Verfahren in den Stand vor Angebotswertung zurückzusetzen.

**Er beantragt,**

dem Antragsgegner und der Beigeladenen die Kosten des Verfahrens insgesamt aufzuerlegen.

Der **Antragsgegner** und die **Beigeladene** verteidigen – ohne ausdrückliche Antragstellung - den angefochtenen Beschluss. Die Vergabekammer habe in vertretbarer Weise die einzelnen Rügen des Nachprüfungsantrags gewertet und die Kosten entsprechend dem Unterliegen verteilt. Bei getrennt geltend gemachten Verstößen - wie vorliegend - liege bei jedem der von der Vergabekammer für unbegründet gehaltenen Verstöße ein Unterliegen vor.

Der Antragsteller habe zudem kein einheitliches Rechtsschutzziel verfolgt: Zunächst habe er begehrt, die Beigeladene vom Verfahren auszuschließen. Nachfolgend habe er begehrt, die Wertung in einen Verfahrensstand vor Angebotsabgabe

zurückzusetzen. Materielle Unrichtigkeiten des Beschlusses der Vergabekammer könnten zudem in dem allein gegen die Kostenentscheidung gerichteten Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden.

## II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie Erfolg. Die Kostenentscheidung ist im Hinblick auf das materiell zu beurteilende Obsiegen des Antragstellers neu zu fassen; den Antragsteller trifft keinerlei Unterliegen.

### 1.

Nach § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. hat grundsätzlich der unterliegende Beteiligte die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer zu tragen. Das ist der Antragsteller, wenn der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wird. Der Auftraggeber unterliegt, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wird und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags untersagt oder sonstige Maßnahmen angeordnet werden (Glöhs in: Reidt/Stickler/Glöh, Vergaberecht, 3. Aufl., § 128 Rn. 16; Losch in: Ziekow/Völlink, VergabeR, 2. Aufl., § 128 Rn. 16). Eine Kostenquotelung kommt in Betracht, wenn der Antragsteller teilweise unterliegt und teilweise obsiegt.

Die Ermittlung eines seitens des Antragstellers geltend gemachten (Teil-)Unterliegens des Auftraggebers orientiert sich dabei jedoch nicht schematisch an den im Verfahren gestellten Anträgen, da die Vergabekammer gem. § 114 Abs. 1 S. 2 GWB a.F. an Anträge nicht gebunden ist und im Nachprüfungsverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt (Senat, Beschluss vom 1.2.2006 – 11 Verg 18/06). Die im Nachprüfungsverfahren gestellten Anträge haben nicht die Funktion, den Streitgegenstand oder den Umfang des Nachprüfungsverfahrens mitzubestimmen. Bedeutung erlangt vielmehr, dass das Begehren des Antragstellers von Amts wegen ermittelt und ausgelegt wird (ebenda). Maßgeblich für die Ermittlung eines (Teil-)Unterliegens ist damit eine materielle Gesamtbetrachtung, d.h. der Umfang, in welchem der Antragsteller materiell-rechtlich obsiegt hat (Glöhs ebenda § 128

Rn. 16; ähnlich auch Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, 5. Aufl., § 128 Rn. 19). Entscheidend ist, ob hinsichtlich des Streitgegenstands, wie er in der Antragsschrift und den Schriftsätzen des Antragstellers zum Ausdruck gekommen ist, von der Vergabekammer eine Rechtsverletzung festgestellt und behoben worden ist (vgl. Senat, Beschluss vom 1.2.2006 - 11 Verg 18/06; OLG Jena, Beschluss vom 13.10.1999 – 6 Verg 1/99; OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.8.1999 – 6 Verg 1/99). Das Antragsziel ist mit dem Tenor der Entscheidung der Vergabekammer zu vergleichen. Auf dieser Grundlage hat ein Nachprüfungsantrag auch dann vollen Erfolg, wenn der Antragsteller sein Antragsziel – beispielsweise die Verhinderung des Zuschlags an einen bestimmten Konkurrenten – erreicht, obwohl nicht alle seine dieses Antragsziel untermauernde Rügen zulässig oder begründet waren (vgl. Summa in: Heiermann/Zeiss, jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 128 GWB, Rn. 19).

Umgekehrt kann ein Teilunterliegen vorliegen, wenn zwar alle Rügen berechtigt waren, der Antragsteller aber trotzdem sein Ziel, den Zuschlag auf sein Angebot zu erhalten, nicht erreicht, etwa weil die Vergabekammer die Ausschreibung insgesamt aufhebt.

## 2.

Überträgt man diese Grundsätze auf die vorliegende Konstellation, liegt nach der gebotenen Gesamtbetrachtung kein Teilunterliegen des Antragstellers vor. Dem Antragsteller ging es ausweislich seiner Schriftsätze im Wesentlichen darum, zu verhindern, dass die Beigeladene unter Verstoß gegen die gerügten vergaberechtlichen Grundsätze den Zuschlag erhält. Dabei hat er, anders als im ersten Nachprüfungsverfahren, ausdrücklich nicht mehr den unterbliebenen Ausschluss der Beigeladenen gerügt (S. 6 des Nachprüfungsantrags vom 16.7.2015). Die Entscheidung der Vergabekammer trägt seinem Begehren vollständig Rechnung, indem mit ihr das Verfahren in den Stand vor Prüfung und Wertung der Angebote zurückversetzt wurde. Infolge der Entscheidung der Vergabekammer kann der Antragsgegner gegenwärtig der Beigeladenen nicht den Zuschlag erteilen.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass dieses Rechtsschutzziel sich vorliegend auch in dem formulierten Antrag des Antragstellers widerspiegelt. Er beantragte ausdrücklich, den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag nicht zu erteilen, ohne die nachfolgend geltend gemachten Vergabeverstöße zu beheben. Soweit der Antragsteller diesen Antrag materiell mit unterschiedlichen Vergabeverstößen begründet hat, führt dies unter keinen Umständen zu einem Teilunterliegen. Das Rechtsschutzziel wird nicht durch die Anzahl der erhobenen Rügen definiert, sondern allein durch das mit den Rügen verfolgte materielle Begehren. Ob der Antragsteller mit seinem Begehren Erfolg hat, da nur eine Rüge begründet ist oder aber mehrere, wirkt sich auf das Erreichen des erstrebten Verfahrensziels nicht aus.

Soweit der Antragsteller im Rahmen des - durch die vorausgegangene Stellungnahme der Beigeladenen ausgelösten - Schriftsatzes vom 15.10.2015 (Bl. 290 VK) anregte, das Verfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen, kann hierin kein kostenauslösendes Teilunterliegen erkannt werden. Maßgeblich beehrte der Antragsteller - wie ausgeführt -, die Erteilung des Zuschlages an die Beigeladene zu verhindern. Dieses Ziel wird sowohl erreicht, wenn das Verfahren in den Stand der Prüfung und Wertung der Angebote zurückversetzt wird, als auch, wenn es in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetzt wird. Ausweislich der Angaben der Vergabekammer erfolgte vorliegend eine Zurückversetzung in den Stand der Prüfung und Wertung der Angebote insbesondere unter Berücksichtigung des Gebots, in ein laufendes Vergabeverfahren so wenig wie möglich einzugreifen. Die über die tenorierte Verpflichtung hinausgehende Möglichkeit der Versetzung in den Stand vor Angebotsabgabe - insbesondere mit der Möglichkeit, nicht bekannt gemachte oder mit den Oberkriterien nicht vereinbare weitere Kriterien verwenden zu können - findet insoweit ausdrücklich Erwähnung im Rahmen der Entscheidungsgründe der Vergabekammer.

Dass die Zurückversetzung in den Stand vor Angebotsabgabe kein eigenständiges Rechtsschutzziel des Antragstellers verkörperte, untermauert auch der Umstand, dass in dem ansonsten parallel gelagerten Verfahren (11 Verg 9/16) keine entsprechenden Ausführungen getätigt wurden.



3.

Die Beigeladene war an den Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu beteiligen, weil sie das Verfahren aktiv durch schriftsätzlichen Vortrag gefördert hat (vgl. BGH VergabeR 2007, 59, 70; Losch in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl., § 128 GWB Rdnr. 29; Summa in: jurisPK Vergaberecht, § 128 GWB Rdnr. 22).

Nach § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB a.F. haften Antragsgegner und Beigeladene für die Kosten als Gesamtschuldner.

4.

Nach § 128 Abs. 4 GWB a.F. gelten die oben dargestellten Grundsätze auch für die außergerichtlichen Kosten von Antragsteller und Antragsgegner. Da der Antragsteller mit seinem Rechtsschutzbegehren in vollem Umfang obsiegt hat, haben ihm der Antragsgegner und die aktiv beteiligte Beigeladene seine zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

Anders als für die Verfahrenskosten haften Antragsgegner und Beigeladene für die Auslagen des Antragstellers nach Bruchteilen (Weber in: Schulte/Just, Kartellrecht, 2. Aufl., § 128 GWB Rdnr. 36; Summa in: jurisPK Vergaberecht, § 128 GWB Rdnr. 26).

III.

Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf §§ 120 Abs. 2, 78 GWB a.F. Der Wert des Beschwerdeverfahrens entspricht dem Kosteninteresse der Antragstellers, bezogen auf den gem. § 50 Abs. 2 GKG analog maßgeblichen Bruttoauftragswert für drei Jahre zuzüglich der mit 50 % zu berücksichtigenden Verlängerungsoption.

Dr. Weber

Dr. Mockel

Dr. Fehns-Böer