

69d - VK -13/2017

Leitsatz:

§ 182 Abs. 4 Satz 3 GWB lässt es zu, materielles Unterliegen nach dem Gesichtspunkt der Billigkeit zu berücksichtigen; dieses ergibt sich aus einer am voraussichtlichen Verfahrensausgang orientierten summarischen Prüfung.

Stichworte: Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen

Norm: § 182 Abs. 4 Satz 3, 1. HS GWB

Streitgegenstand: technisches Gebäudemanagement,
offenes Verfahren nach VgV

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter: [REDACTED],

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigter: [REDACTED]

wegen technischen Gebäudemanagements

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Liebig und den ehrenamtlichen Beisitzer Baudirektor Zwach ohne mündliche Verhandlung am 31. August 2017 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 des Antragsgegners zu erstatten.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 25. Oktober 2016 die Vergabe des Dienstleistungsauftrages über technisches Gebäudemanagement bei sechs Liegenschaften im Landkreis Offenbach im offenen Verfahren nach VgV europaweit aus (EU-ABl. [REDACTED] Ref.-Nr.: [REDACTED]). Als Zuschlagskriterium wurde das wirtschaftlichste Angebot bestimmt. Diese Veröffentlichung wurde durch Bekanntmachung vom 28. Oktober 2016 wegen Änderung von Zeitangaben bei der Öffnung des Angebotes berichtigt (EU-ABl. [REDACTED]).

In der Folgezeit gab die Antragstellerin ihr Angebot ab.

Mit Schreiben vom 18. April 2017 teilte der Antragsgegner ihr mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden soll, weil es nicht das wirtschaftlichste sei.

Auf die Rüge der Antragstellerin legte der Antragsgegner mit Schreiben vom 25. April 2017 die Wertung ihres Angebotes näher dar.

Nachdem den weiteren Rügen der Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, stellte sie mit Schriftsatz vom 27. April 2017 ihren Nachprüfungsantrag. Sie beantragt im Wesentlichen, das Vergabeverfahren in den Stand der Wertung der Angebote zurückzusetzen und die Wertung ihres Angebotes gemäß der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und ihr Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren sowie die Kosten des Verfahrens dem Antragsgegner aufzuerlegen.

Nach Übermittlung des Antrages legte der Antragsgegner seine Vergabeakte der Vergabekammer vor.

Auf den Nachprüfungsantrag erwiderte der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 23. Mai 2017 und beantragt zusammengefasst, diesen Antrag kostenpflichtig als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen sowie die Hinzuziehung seines Bevollmächtigten als notwendig festzustellen. Ausweislich seiner Ausführungen, die er gegen Ende seiner Antragserwiderung machte, hatte die Antragstellerin in dem Parallelverfahren – Az.: 69d VK2-10/2017 –, das bereits anhängig war, ihren Nachprüfungsantrag zurückgenommen, nachdem die seinerzeit erkennende Vergabekammer darauf hingewiesen hatte, dass ihres Erachtens das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschließen wäre.

Mit Verfügung vom 29. Mai 2017 – Az.: 69d VK-13/2017 – fragte die hiesige Vergabekammer die Antragstellerin, ob sie auch im vorliegenden Verfahren ihren Nachprüfungsantrag zurücknehmen würde. Dabei wies sie darauf hin, dass – soweit ersichtlich – das besagte Parallelverfahren weitgehend gleichgelagert zum vorliegenden Verfahren ist.

Daraufhin nahm die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 7. Juni 2017 ihren Nachprüfungsantrag zurück. Dabei trug sie vor, dass der Antragsgegner seine Kosten selber zu tragen habe, und wies dazu u.a. darauf hin, dass sie vorliegend ein Nachprüfungsverfahren nicht hätte einleiten müssen, wenn der Antragsgegner schon anlässlich ihrer Rügen den Rang ihres Angebotes benannt hätte, so dass sie die fehlende Erfolgsaussicht im vorliegenden Nachprüfungsverfahren hätte ermessen können.

Dem Antragsgegner wurde dies zur Kenntnis gegeben.

II.

Nach Rücknahme des Nachprüfungsantrages ist von Amts wegen die Einstellung des Verfahrens auszusprechen und über die Kosten zu entscheiden (s. Kurlartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, *GWB*, 4. Aufl. 2016, § 182 Rn. 2).

Mit der Erklärung der Rücknahme des Nachprüfungsantrages ist das Verfahren bereits ohne Entscheidung in der Sache beendet (Müller-Wrede-Hofmann, *GWB-Vergaberecht*, 2016, § 160 Rn. 8). So verhält es sich auch hier.

Das Nachprüfungsverfahren war daher einzustellen.

Die Kostenentscheidung wird wie folgt begründet:

Gemäß § 182 Abs. 1 *GWB* werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die – was erforderlich ist (s. Ziekow/Völlink-Losch, *Vergaberecht*, 1. Aufl. 2011, § 128 *GWB* [a.F.] Rn. 4; vgl. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 14) – Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Nachprüfungsantrages gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 *GWB* durch die Vergabekammer gegeben.

Hat sich - wie hier durch die Erklärung der Antragsstellerin vom 19. Juni 2017 - der Antrag vor einer Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme erledigt, ist nach § 182 Abs. 3 Satz 4 GWB - stets (Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 78) - durch die Antragsstellerin 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-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 21 ff).

Der Aufwand der Vergabekammer ergibt sich hier nicht nur aus der Übermittlung des Nachprüfungsantrags und der vorangegangenen Prüfung gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 GWB, sondern auch aus ihren nachfolgenden weiteren Amtshandlungen.

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes war der in der Antragschrift angegebene, unstreitige Angebotspreis der Antragstellerin als Wert des zur Vergabe vorgesehenen Auftrags zugrunde zu legen.

Daraus ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von ████████ €. Davon ist gemäß § 182 Abs. 3 Satz 4 GWB die Hälfte zu entrichten, die hier ████████ € beträgt.

Aus Gründen der Billigkeit konnte gemäß § 182 Abs. 3 Satz 6 GWB von der Erhebung von Gebühren der Vergabekammer teilweise abgesehen werden, da - was insoweit im Wesentlichen anerkannt ist (s. nur: Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 14. September 2015, § 128 GWB [a.F.] Rn. 120 und 125, jew. m.w.N.; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 11) - die Rücknahmeerklärung in einem relativ frühen Verfahrensstadium erfolgte, in welchem sich die Vergabekammer zwar mit dem Fall befasst hatte, aber u.a. noch keine Beiladung beschlossen sowie noch keinen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt und dazu geladen hatte. Die Gebühr war daher billigkeitsgelenkt auf ████████ € zu reduzieren.

Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 3 GWB ist auch nach billigem Ermessen darüber zu befinden, ob und inwieweit ein Beteiligter die notwendigen Aufwendungen eines anderen Beteiligten zu tragen hat (Heiermann/Zeiss/Summa-ders., jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, Stand: 29. Mai 2017, § 182 GWB Rn. 54). Die Vorschrift lässt es zu, materielles Unterliegen nach dem Gesichtspunkt der Billigkeit zu berücksichtigen (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 29; Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 80, s. Rn. 81), das sich aus einer am voraussichtlichen Verfahrensausgang orientierten summarischen Prüfung ergibt (Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 81).

Hier ergibt sich bereits aus der Verfügung der Vergabekammer in dem Parallelverfahren - Az.: 69d VK2-10/2017 -, datierend vom 17. Mai 2017, dass ebenso der Nachprüfungsantrag im vorliegenden Verfahren wegen der weitgehenden Gleichlagerung der Fälle abzulehnen wäre, mithin die Antragstellerin auch hier unterlegen sein würde.

Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang vorträgt, dass sie vorliegend einen Nachprüfungsantrag nicht gestellt hätte, wenn der Antragsgegner schon bei seiner Rügeantwort vom 25. April 2017 den Rang ihres Angebotes benannt hätte, steht dies ihrer Aufwendungserstattung nicht entgegen. Denn Gegenstand ihrer Rügen war zum einen die Wertung des Preises und zum zweiten die Darstellung der Abstufung zwischen höchstem und günstigstem Angebot. Von einer Benennung der Rangfolge der Angebote aufgrund des Wertungsergebnisses war nicht die Rede. Hinzu kommt, dass sie selbst in ihrer Antragschrift (S. 5, Mitte) vorgetragen hat, dass der Antragsgegner in seiner Rügeantwort die Bewertung ihres Angebotes ausführlich dargestellt hatte; in ihrer auf diese Antwort folgenden - zweiten - Rüge vom 26. April 2017 beanstandete sie weiterhin nicht die Darstellung der besagten Rangfolge, gleichwohl sie spätestens dann aufgrund der gegebenen Auskünfte die Möglichkeit dazu hatte.

Damit hat sie nach billigem Ermessen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen.

Die Hinzuziehung einer Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 - Az.: 11 Verg 10/13 -; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 31; s. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 153, 156 ff) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts sowie der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 VwVfG). Im Übrigen wird auf die diesbezüglichen Ausführungen der Entscheidung im besagten Parallelverfahren verwiesen (VK Hessen, Beschl. v. 29. Mai 2017 - Az.: 69d VK2-10/2017).

Es wird darauf hingewiesen, dass ein Kostenfestsetzungsverfahren hinsichtlich der Aufwendungen der Beteiligten vor der Vergabekammer gemäß § 182 Abs. 4 Satz 5 GWB nicht stattfindet (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 42; s. Weyand, a.a.O., § 128 GWB [a.F.] Rn. 276).

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.

Harnisch
(Vorsitzender)

Liebig
(Hauptamtlicher Beisitzer)