



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

xxx

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

gegen

xxx

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

wegen Vergabeverfahren Reparatur-/Ersatzmanagement des chirurgischen Instrumentariums

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende xxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxx und den ehrenamtlichen Beisitzer xxx am 02.10.2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf (...) € festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom (...) hat die Antragsgegnerin die Vergabe des Reparatur-/Ersatzmanagements des chirurgischen Instrumentariums für eine Laufzeit von 48 Monaten nebst maximal zweimaliger Verlängerungsoption für jeweils zwölf Monate im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben.

Unter Ziffer II.1.4) der Bekanntmachung („Kurze Beschreibung“) heißt es zum Vergabegegenstand u. a.:

„Insbesondere hat der AN Original-Ersatzteile des Herstellers einzusetzen.“

Weiter heißt es im Abschnitt „Teilnahmebedingungen“ unter Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung („Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“) u. a.:

„1) Nachweis über mindestens 3 geeignete Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form einer Liste der in den letzten höchstens 3 Jahren erbrachten wesentlichen Liefer- oder Dienstleistungen mit Angabe des Werts, des Liefer- beziehungsweise Erbringungszeitpunkts sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers (...)“

sowie in der gleichen Ziffer im Rahmen der Konkretisierung der geforderten Referenzen ergänzend:

„- Bei der Referenz muss bei Austausch und Reparatur jeweils auf Originalteile zurückgegriffen worden sein (verpflichtender Einsatz von Originalteilen).“

Die zuletzt genannte Anforderung findet sich wortgleich unter Ziffer 3.6.1 der Informationen zum Teilnahmewettbewerb im Informationsmemorandum der Antragsgegnerin datierend Mai 2018.

Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war in Ziffer IV.2.2) der Bekanntmachung der 22.06.2018 (13 Uhr) vorgesehen.

Unter dem 18.06.2018 reichte die Antragstellerin ihren Teilnahmeantrag ein.

Drei Tage später und damit einen Tag vor Ablauf der Bewerbungsfrist erhob die Antragstellerin über die Vergabepattform der Antragsgegnerin eine Rüge. Unter dem 21.06.2018 monierte sie insoweit die Leistungsanforderung hinsichtlich der Hersteller-

Originalersatzteile sowie weitere vermeintliche Vergaberechtsverstöße. Eine gesonderte Rüge der Referenzanforderung enthält das Schreiben nicht. Wegen der weiteren Einzelheiten wird insoweit auf die Rüge vom 21.06.2018 verwiesen.

Mit Schreiben vom 23.07.2018 übersandte die Antragsgegnerin der Antragstellerin ein Aufklärungsschreiben. Darin führte sie u. a. aus, die Antragstellerin habe zu den Referenzprojekten jeweils angegeben, dass „Originalteile“ eingesetzt worden seien; diesbezüglich müsse mit Blick u. a. auf die Rüge aber bezweifelt werden, dass damit „Original-Ersatzteile des Herstellers“ gemeint gewesen seien. Sie bat die Antragstellerin bis zum 30.07.2018 u. a. um diesbezügliche Aufklärung zu jedem einzelnen Referenzprojekt, inwieweit dort tatsächlich Original-Ersatzteile der jeweiligen Hersteller eingesetzt worden seien.

Unter dem 26.07.2018 erging zudem die Rügeantwort der Antragsgegnerin, mit der die Antragsgegnerin einem Teil der gerügten Verstöße abhalf.

Mit Schreiben vom 30.07.2018 teilte die Antragstellerin u. a. mit, gerade nicht angeben zu können, bei den von ihr angegebenen Referenzprojekten nur Original-Ersatzteile des Herstellers eingesetzt zu haben. Die angegebenen Referenzprojekte seien mit der ausgeschriebenen Leistung jedoch auf allen Ebenen und in all ihren Voraussetzungen vergleichbar. Unter dem gleichen Datum erhob die Antragstellerin eine weitere Rüge.

Mit Schreiben vom 06.08.2018 wies die Antragsgegnerin die zuletzt genannte Rüge vollumfänglich zurück. Zugleich schloss sie die Antragstellerin und ihren Teilnahmeantrag wegen nicht nachgewiesener Eignung vom laufenden Vergabeverfahren aus. Zur Begründung bezog sie sich auf die vorgenannte Mitteilung der Antragstellerin vom 30.07.2018, derzufolge diese gerade nicht angeben könne, bei den von ihr angegebenen Referenzprojekten nur Original-Ersatzteile des Herstellers eingesetzt zu haben. Damit stehe fest, dass die Antragstellerin im Hinblick auf den Eignungsnachweis „Referenzen“ die aufgestellten Mindestanforderungen nicht erfülle.

Mit Schreiben vom 07.08.2018 rügte die Antragstellerin den Ausschluss vom Vergabeverfahren. Die Antragsgegnerin wies die Rüge unter dem 09.08.2018 zurück.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 10.08.2018 hat die Antragstellerin Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Die Vergabekammer hat den Antrag der Antragsgegnerin am 13.08.2018 übermittelt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Sie ist der Ansicht, sie sei antragsbefugt, da sie durch die Teilnahme am Vergabeverfahren ihr Interesse am Auftrag dargetan habe. Durch die gerügten Vergabefehler drohe ihr auch ein Schaden.

Auch habe sie die geltend gemachten Verstöße rechtzeitig gerügt. Insbesondere habe sie mit ihrer Rüge vom 21.06.2018 die Anforderung, im Falle der Auftragserteilung nur Original-Ersatzteile zu verwenden, rechtzeitig gerügt.

Mit gleichem Schreiben habe sie ebenso rechtzeitig gerügt, dass die Mindestanforderung an die Referenzen, nur Original-Ersatzteile zu verwenden, vergaberechtswidrig sei.

Des Weiteren habe sie den am 06.08.2018 mitgeteilten Ausschluss bereits am Folgetag fristwährend gerügt.

Der Nachprüfungsantrag sei darüber hinaus auch begründet.

Die Antragsgegnerin habe durch überzogene Anforderungen an die Leistungserbringung den Wettbewerbsgrundsatz verletzt. Es liege insoweit ein Verstoß gegen das Erfordernis einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung vor. Die Voraussetzungen an eine Vergabereife seien vorliegend nicht erfüllt. Die ausschließliche Verwendung von Original-Ersatzteilen sei schlechterdings nicht möglich. Marktüblich sei vielmehr, dass die Marktteilnehmer regelmäßig funktions- und qualitätsgleiche Ersatzteile anbieten.

Auch die Anforderung an die Referenzen, gemäß welcher bei Austausch und Reparatur jeweils auf Originalteile zurückgegriffen worden sein müsse, sei rechtswidrig. Die Antragsgegnerin überdehne hiermit die Anforderungen an die Referenzen. Insofern werde der Markt in unzulässiger Weise verengt, weil damit Bewerber aus dem Verfahren ausschieden, die durchaus in der Lage seien, eine qualitativ und quantitativ gleichwertige Leistung zu erbringen.

In der Folge sei auch der Ausschluss der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren bereits für sich genommen rechtswidrig. Die an die Bieter gerichtete Forderung sei tatsächlich unerfüllbar.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren zum Reparatur-/Ersatzmanagement chirurgischen Instrumentariums aufzuheben,
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht jeweils nach Maßgabe der nachstehenden Begründung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ein neues Vergabeverfahren zum Reparatur-/Ersatzmanagement chirurgischen Instrumentariums bekannt zu machen und
 - a) die Ausschreibungsunterlagen dahingehend anzupassen, dass der Auftragnehmer bei Zuschlagserteilung nicht nur Original-Ersatzteile des Herstellers, sondern auch funktions- und qualitätsgleiche Ersatzteile verwenden darf,
 - b) rechtmäßige Referenzen abzufragen,
3. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechte der Antragstellerin zu wahren,
4. ihr gemäß § 165 Abs. 1 GWB Akteneinsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,

6. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären,
3. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen und
4. den Akteneinsichtsantrag der Antragstellerin abzulehnen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig sowie offensichtlich unbegründet.

Wegen verspäteter Rüge sei der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig. Insbesondere habe die Antragstellerin die in der Bekanntmachung aufgestellten Mindestanforderungen an die Referenzen bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist überhaupt nicht gerügt, obgleich sie die Anforderungen nicht erfüllen könne; Letzteres sei zwischen den Parteien nicht streitig.

Der Antrag sei unabhängig davon auch offensichtlich unbegründet.

Anhaltspunkte für eine Vergaberechtswidrigkeit der Leistungsbeschreibung, eine fehlende Vergabereife oder eine Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes seien nicht ersichtlich. Der Vortrag der Antragstellerin beschränke sich insofern auf bloße Vermutungen.

Ausweislich ihrer Beschaffungsautonomie dürfe die Antragsgegnerin den Einsatz von Originalersatzteilen der Instrumentenhersteller verlangen.

Es gebe keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Leistungserbringung unmöglich sein könne, zumal eine Überprüfung der anderen Bewerberangaben ergeben habe, dass die ausgeschriebene Leistung erbracht werden könne.

Infolge der Zulässigkeit der Leistungsbestimmung habe die Antragsgegnerin den Einsatz von Originalersatzteilen bei bereits erbrachten Referenzleistungen als Mindestanforderung verlangen dürfen. Diese Mindestanforderung habe die Antragstellerin, im Gegensatz zu anderen Bewerbern, nachweislich und insofern zwischen den Parteien unstreitig nicht erfüllt. Insofern habe die Antragstellerin aus dem weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen.

Ergänzend wird auf die ausgetauschten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Verfahrensakte und Vergabeakten dieses Verfahrens Bezug genommen.

Die Vergabekammer hat von der Regelung des § 166 Abs. 1 S. 3 GWB Gebrauch gemacht, wonach bei Unzulässigkeit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden kann.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig (dazu nachfolgend A.). Ein Akteneinsichtsrecht ergibt sich bei dieser Rechtslage nicht (nachfolgend B.).

A.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Soweit die Antragstellerin den Ausschluss ihres Teilnahmeantrags vom Vergabeverfahren angreift, ist sie mit diesem Vorbringen präkludiert (nachfolgend 1.).

Infolge dieser Präklusion bzw. der daraus unmittelbar resultierenden Unangreifbarkeit des erfolgten Ausschlusses fehlt es dem Antrag hinsichtlich der übrigen geltend gemachten Vergaberechtsverstöße an der erforderlichen Antragsbefugnis (nachfolgend 2.).

Im Einzelnen:

1.

Soweit die Antragstellerin die Auffassung vertritt, die streitgegenständliche Anforderung im Rahmen der Referenzen sei vergaberechtswidrig, so hat sie diesen Umstand nicht rechtzeitig im Sinne von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB gerügt.

Die entsprechende im Rahmen der drei verpflichtend vorzulegenden Referenzen einzuhaltende Anforderung [*„Bei der Referenz muss bei Austausch und Reparatur jeweils auf Originalteile zurückgegriffen worden sein (verpflichtender Einsatz von Originalteilen).“*] ergab sich unstreitig bereits aus der Vergabebekanntmachung (dort Ziffer III.1.3).

Insoweit hätte es der Antragstellerin oblegen, diese Vorgabe an die Referenzen gemäß vorgenannter Vorschrift spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung (Eingang der Teilnahmeanträge bis zum 22.06.2018, 13:00 Uhr) gegenüber der Antragsgegnerin zu rügen, wenn sie diese in einem nachfolgenden Nachprüfungsverfahren mit Aussicht auf Erfolg hätte weiterverfolgen wollen.

Letzteres ist jedoch unterblieben.

In dem einzigen Rügeschreiben der Antragstellerin, welches sie der Antragsgegnerin vor Ablauf der Bewerbungsfrist hat zukommen lassen, nämlich jenem vom 21.06.2018, ist die Rüge dieser Anforderung an die Referenzen ausdrücklich nicht enthalten.

Denn die entsprechende Passage des vorgenannten Rügeschreibens, die sich zu der Problematik der Originalersatzteile verhält, nimmt ausdrücklich ausschließlich auf den Leistungsgegenstand bzw. den mit diesem verbundenen zwingenden Einsatz von Original-Ersatzteilen des Herstellers Bezug. Der verpflichtende Einsatz von Originalteilen bei den im Rahmen der Eignung vorzulegenden Referenzen wird jedoch in keiner Weise erwähnt (vgl. insoweit Ziffer 5., S. 6/7, der Rüge vom 21.06.2018: *„... dass für die Reparaturleistungen „Original-Ersatzteile des Herstellers“ verwendet*

werden müssen. ... Der Bieter soll sich verpflichten, die ... Instrumente des Leistungsvolumens mit Original-Ersatzteilen des Herstellers zu reparieren, ohne dass ... Denn kein am europäischen Markt tätiger Anbieter ... kann die ... geforderten Originalersatzteile aller anderen ihm nicht bekannten Instrumentenhersteller ... verwenden.“).

Insoweit ist die Antragstellerin mit dem vorliegenden Angriff dieser Anforderung an die Referenzen präkludiert.

Ein irgendwie gearteter Interpretationsspielraum der Rüge vom 21.06.2018 zu ihren Gunsten ist nicht erkennbar. Insoweit sei – höchst vorsorglich und lediglich ergänzend – auf Folgendes hingewiesen:

a) Bei den Anforderungen *„Insbesondere hat der AN Original-Ersatzteile des Herstellers einzusetzen“* einerseits sowie *„Bei der Referenz muss bei Austausch und Reparatur jeweils auf Originalteile zurückgegriffen worden sein (verpflichtender Einsatz von Originalteilen)“* andererseits handelt es sich um zwei unterschiedliche und voneinander getrennt zu betrachtende Anforderungen.

Dieser Umstand, der an sich bereits kaum einer Erörterung bedürfte, ergibt sich nicht lediglich aus ihrem Wortlaut, sondern auch aus ihrem Regelungsgehalt; Letzteres verbunden mit dem Umstand, dass es sich bei der ersteren Anforderung ausweislich der strukturellen Einbindung innerhalb der Bekanntmachung um einen Teilaspekt des Vergabegegenstandes handelt, bei letzterer Anforderung hingegen ebenso bereits nominell („Leistungsfähigkeit“) um einen Gesichtspunkt der Eignungsfeststellung.

b) Als Folge dieses gegenständlichen Angriffs zweier sowohl inhaltlich wie auch strukturell unterschiedlicher Aspekte des vorliegenden Vergabeverfahrens ergibt sich zwanglos, dass ein Bieter im Falle von Einwänden gegen beide Anforderungen auch beide zu rügen hat.

Wollte man dieses anders sehen und vorliegend die rechtzeitig erfolgte Rüge zum Vergabegegenstand auf den nicht ausdrücklich gerügten Aspekt des Eignungskriteriums ausdehnen wollen – einen derartigen Ansatz scheint die Antragstellerin auf S. 7 ihres Schriftsatzes vom 04.09.2018 (dort unter 4.) zu verfolgen -, so würde man eine für Vergabestellen unlösbare Situation kreieren, die mit dem Sinn und Zweck des Rechts der Rügepräklusion zudem in keiner Weise vereinbar wäre.

Denn bei einer derartigen Sichtweise würde vorliegend auf das in beiden Anforderungen enthaltene inhaltliche Element des Einsatzes von Original-Ersatzteilen abgestellt und unterstellt, dass die Rüge nur einer der beiden Anforderungen die (nicht ausdrücklich ausgebrachte) Rüge auch der anderen Anforderung wirksam umschlüsse. In der Konsequenz würde das bedeuten, dass Vergabestellen künftig untersuchen müssten, ob rechtzeitig ausgebrachte Rügen zu einem bestimmten (vermeintlichen) Verstoß möglicherweise auch weitere nicht gerügte Verstöße mitumfassen, wenn bzw. solange diese mit dem Gegenstand des ordnungsgemäß gerügten Verstoßes in einem hinreichenden (was wäre das?) inhaltlichen (woran will man diesen festmachen?) Zusammenhang stehen. Dieses würde ein derartiges Maß an Unsicherheit und Unklarheit bei den anwendenden Vergabestellen hervorrufen, dass sich jede andere Sichtweise, die dieses für möglich erachten will (wie vorliegend offenkundig jene der Antragstellerin) von vornherein verbietet.

Soweit die Antragstellerin also meint, es sei unschädlich, dass sie nicht trennscharf zwischen Leistungsanforderung und Vorgaben an die Referenzen unterscheidet, (was bereits in der Sache nicht zutrifft, da sie nicht lediglich eine trennscharfe Unterscheidung unterlässt, sondern schlichtweg nur eine von zwei verschiedenen Anforderungen in der Bewerbungsfrist gerügt hat), so ist diesem mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen nachdrücklich zu widersprechen. Das Recht der Rügepräklusion soll u. a. Klarheit für die jeweilige Vergabestelle bewerkstelligen; eine Sichtweise wie vorliegend offenkundig von der Antragstellerin vertreten bewirkt hingegen genau das Gegenteil.

Ohne Weiteres ist es im Übrigen vorstellbar, dass ein Bieter Referenzen wie gegenständlich gefordert vorlegen kann, für die Zukunft aber die Anforderung des Einsatzes von Original-Ersatzteilen ausschließen möchte, da er sie (ggf. mittlerweile?) für vergaberechtswidrig hält.

Schließlich sei abschließend noch darauf hingewiesen, dass die zuvor dargestellte Problematik auf einfache Weise zu vermeiden ist, wenn der jeweilige Bieter sämtliche Aspekte, die er für vergaberechtswidrig hält, ordnungsgemäß rügt.

c) Schließlich führt auch der Umstand, dass die Antragstellerin den unter dem 06.08.2018 erfolgten Ausschluss noch am Folgetag gerügt hat, zu keinem anderen Ergebnis.

Denn der Ausschluss als solcher bedeutet lediglich die faktische Umsetzung der entsprechenden in Bekanntmachung bzw. Vergabeunterlagen vorgesehenen Regelung. Da die rechtzeitige Rüge der dem Ausschluss zugrundeliegenden Anforderung wie dargelegt unterblieben ist, beinhaltet ein Vorgehen der Vergabestelle entsprechend der unangreifbar gewordenen Anforderung nur noch deren Anwendung bzw. Vollzug.

Etwas anderes kann sich lediglich in den abweichend gelagerten Fallkonstellationen ergeben, in denen ein Bieter zwar nicht die zugrundeliegende Anforderung als solche in Frage stellt, bezüglich eines auf ihr basierenden Ausschlusses jedoch rügt bzw. einwendet, dass die Voraussetzungen des Ausschlusses in ihrem konkreten Fall gerade nicht gegeben sind. In diesen Fällen würde sich ein vermeintlicher Vergabeverstoß erstmals im Rahmen der behauptet fehlerhaften Anwendung der ansonsten unbeanstandeten Anforderung ergeben.

Ein derartiger Fall liegt streitgegenständlich jedoch nicht vor. Wie die Antragstellerin in dem einen ihrer beiden unter dem 30.07.2018 abgesetzten Schreiben (vgl. Anlage ASt 10) einschränkungslos eingeräumt hat, erfüllen die von ihr vorgelegten Referenzen die gestellte Anforderung ausdrücklich *nicht* (vgl. vorgenanntes Schreiben S. 1, zweiter Absatz).

2.

Hinsichtlich der übrigen geltend gemachten Vergaberechtsverstöße fehlt es dem Antrag an der gemäß § 160 Abs. 2 GWB erforderlichen Antragsbefugnis.

Wie soeben unter A. 1. ausführlich dargelegt, kann die Antragstellerin den erfolgten Ausschluss unter den gegebenen Umständen, namentlich des ausdrücklichen Zugeständnisses der Nichterfüllung der in Rede stehenden Eignungsanforderung, aufgrund der eingetretenen Präklusion nicht mehr erfolgreich angreifen. Insoweit hat es

für das vorliegende Nachprüfungsverfahren keine Bedeutung mehr, ob die Anforderung als solche vergaberechtlich oder - wie behauptet - vergaberechtswidrig ist.

Vor dem Hintergrund, dass der Ausschluss infolgedessen bereits aus formalen Gründen feststeht, kann der Antragstellerin auch durch – unterstellt – weitere Vergabeverstöße seitens der Antragsgegnerin zwangsläufig kein im Rahmen von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB vorausgesetzter Schaden entstanden sein.

Etwas anderes könnte lediglich dann gelten, wenn für sämtliche Mitbieter bzw. Mitbewerber das Gleiche gelten würde, dass nämlich alle Konkurrenten ebenfalls vom laufenden Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssten (vgl. insoweit grundlegend BGH, Beschluss v. 26.09.2006 – X ZB 14/06). Irgendwelche belastbaren Anhaltspunkte für die Annahme einer derartigen Fallkonstellation sind vorliegend allerdings weder substantiiert vorgetragen noch ersichtlich.

B. Der Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des Antragsgegners gemäß § 165 GWB war infolge der Unzulässigkeit des Antrags zurückzuweisen.

Insoweit folgt aus der Sicherung effektiven Rechtsschutzes zunächst, dass dem Antragsteller bei einem unzulässigen Nachprüfungsantrag kein Akteneinsichtsrecht oder ein solches nur in dem Umfang zusteht, in dem die Vergabeakten zur Beantwortung der Zulässigkeitsfrage überhaupt relevant sind (vgl. OLG München, Beschlüsse v. 02.09.2010 - Verg 17/10 - und 08.11.2010 - Verg 20/10; Vavra in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 2017, § 165 Rn. 21; Kus in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., 2016, § 165 Rn. 30; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschlüsse v. 12.12.2001 – Verg 19/01 – und 19.12.2000 – Verg 10/00; Verg 07/00). Dabei darf ein Akteneinsichtsrecht nicht dazu führen, dass ein von vornherein unzulässiger Antrag erst im Wege der Akteneinsicht substantiiert werden würde.

Da die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen bereits präkludiert war, sind zur Beurteilung der Zulässigkeitsfrage für die Antragstellerin keine weiteren Unterlagen erforderlich als diejenigen, über die diese bereits verfügt.

III.

Der unterlegenen Antragstellerin fallen gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Da keine Akteneinsicht erfolgt ist und keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, hat die Vergabekammer vorliegend die Mindestgebühr in Ansatz gebracht.

Gemäß § 182 Abs. 4 S. 1 GWB hat die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerin war auch notwendig i.S.v. § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschluss v. 09.02.2011 - 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss v. 30.09.2011 - Verg 7/11). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169,131). Maßgeblich sind die objektiv anzuerkennenden Erfordernisse im jeweiligen Einzelfall anhand einer ex ante-Prognose.

Vorliegend waren komplexe (vertrags-)technische Sachverhalte im Lichte des Vergaberechts zu würdigen. In dem Verfahren waren sowohl Fragen zur Zulässigkeit als auch zur Begründetheit umfassend darzustellen. Zentraler materieller Gegenstand des Verfahrens war die Anforderung des Einsatzes von Original-Ersatzteilen. Dass die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag im Ergebnis als unzulässig zurückgewiesen hat, ist für die Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten unerheblich. Zum einen ist der Ausgang eines Nachprüfungsverfahrens für die Verfahrensbeteiligten zu Beginn des Verfahrens nur begrenzt absehbar, zum anderen ist ein Auftraggeber im Interesse der Beschleunigung des Vergabeverfahrens gehalten, von vornherein zumindest vorsorglich umfassend vorzutragen. Letztlich war die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin zur Darstellung, Erläuterung und Vertretung ihrer Rechtspositionen im Nachprüfungsverfahren auch unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit notwendig.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer 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.

Vorsitzende

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer

xxx

xxx

xxx