



Vorblatt zum Beschluss

Aktenzeichen	VK B 2 – 31/10 E
Datum des Beschlusses	31. Januar 2011
Bestandskraft	Ja
Rechtsvorschriften	§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB
Leitsätze	Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners ist nicht mehr erforderlich, wenn der Antragsgegner die wesentlichen Gesichtspunkte seines Standpunktes bereits durch eigenes Personal vorgetragen hat und die fehlende Erfolgsaussicht des Nachprüfungsantrages zum Zeitpunkt der Beiziehung des Anwalts bereits erkennbar ist.

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK B 2- 31/10 E

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

- Antragsstellerin –

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

hier: Ergänzung der Kostenentscheidung,

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin ... am 16. Februar 2011 beschlossen:

Der Einstellungsbeschluss vom 31. Januar 2011 wird wie folgt ergänzt:

1. ...
2. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten aus Seiten des Antragsgegners war nicht erforderlich.
3. Die zu ihrer Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung verauslagten Kosten tragen die Beteiligten jeweils selbst.

Gründe

I.

Die Vergabekammer hat in ihrem Einstellungsbeschluss über die Kostentragungspflicht hinsichtlich der zur Rechtsverteidigung des Antragsgegners entstandenen Kosten noch nicht entschieden. Auf Antrag des Antragsgegners wird dies hiermit nachgeholt.

Auf den Nachprüfungsantrag vom 22. Dezember 2010 hat der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 3. Januar 2011 ausführlich unter Hinzuziehung einschlägiger Rechtsprechung und unter Beweisantritt erwidert. Er hat neben der Zurückweisung des Nachprüfungsantrags beantragt, die Kosten des Verfahrens einschließlich seiner zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen und „ggf. festzustellen“, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten notwendig sei.

Auf die freigestellte Replik der Antragstellerin, die dem Antragsgegner zur Kenntnisnahme übermittelt wurde, meldete sich am 14. Januar 2011 mit einer am selben Tag unterzeichneten Vollmacht der Verfahrensbevollmächtigte des Antragsgegners, um erneut auf die Ausführungen der Antragstellerin zu erwidern. Er machte insbesondere in Erweiterung der Antragserwidern geltend, der Antragstellerin stehe unter den Umständen des Falles keine Akteneinsicht zu.

Nach der im Rahmen des § 111 GWB gewährten Akteneinsicht, hat die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz von 27. Januar 2011 zurückgenommen.

II.

1. Der Einstellungsbeschluss ist einer Berichtigung nicht zugänglich, da die Kostenentscheidung keine offenbare Unrichtigkeit enthält, sondern einer Ergänzung der Entscheidung hinsichtlich der zu tragenden Aufwendungen bedarf. In analoger Anwendung von § 321 ZPO, § 120 VwGO ergeht daher ein Ergänzungsbeschluss, nachdem der Antragsgegner dies innerhalb von 14 Tagen nach Zustellung beantragt hat

2. Die Kostenerstattung der Beteiligten untereinander ist in § 128 Abs. 4 GWB geregelt. Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB hat der Antragsteller bei Rücknahme des Antrages dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erfolgten Aufwendungen zu erstatten, wenn sie notwendig waren.

Über die Notwendigkeit ist im Einzelfall zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 26.9.06 - X ZB 14/06). Sie bestimmt sich nach den ex ante objektiv anzuerkennenden Erfordernissen. Dabei soll jedoch nicht von der restriktiven Tendenz bei der Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren im Vorverfahren nach § 80 VwVfG ausgegangen werden, weil das Vorverfahren mit dem gerichtsähnlichen Verfahren vor der Vergabekammer nicht vergleichbar ist (OLG Celle, Beschluss vom 9.2.11 - 13 Verg 17/10). Bei der Abwägung der Einzelfallumstände ist zu berücksichtigen, ob die Problematik des Nachprüfungsverfahrens mehr auf auftragsbezogenen Sach- und Rechtsfragen beruht und der öffentliche Auftraggeber über juristisch hinreichend geschultes Personal verfügt, das zur Bearbeitung der im jeweiligen Nachprüfungsverfahren relevanten Sach- und Rechtsfragen in der Lage ist oder ob zu den auftragsbezogenen Rechtsfragen weitere, schwierige Rechtsfragen hinzutreten. Das Beschleunigungsgebot und der dadurch entstehende Zeitdruck sind in besonderer Weise zu berücksichtigen. Aus Gründen der Waffengleichheit kann es daher notwendig sein, dass der Auftraggeber einen Rechtsanwalt beauftragt, um auf die Argumente des Antragstellers angemessen und rechtzeitig erwidern zu können. Sofern sich die Problematik dagegen auf das ohnehin vom Auftraggeber im Rahmen des Verfahrens angewendete Vergaberecht handelt, kann die Beiziehung eines Anwalts entbehrlich sein (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.6.10 – 15 Verg 4/10; OLG München, Beschluss vom 11.6.08 – Verg 6/08). Auch die Größe des Auftraggebers ist einzubeziehen. Ob es sich um eine kleine Kommune mit zwei Volljuristen handelt oder ihm ein Stab von Mitarbeitern zur Verfügung steht, von denen erwartet werden kann, dass sie die Rechtsvorschriften kennen, die mit einer Auftragsvergabe jenseits der Schwellenwerte verbunden sind, kann ein maßgeblicher Gesichtspunkt sein. Dazu gehört auch, dass sie Rechtsfragen schwierigerer Art beantworten können sowie in der Lage sind, ihren bereits vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens eingenommenen

Standpunkt vor der Vergabekammer zu verteidigen (OLG Koblenz vom 7.7.2004 - Verg 1 und 2/04).

Nach diesem Maßstab hätte der Antragsgegner im vorliegenden Nachprüfungsverfahren keines Verfahrensbevollmächtigten bedurft. Auf die wesentlichen Rechtsfragen, insbesondere die Frage der Anwendung der richtigen Verfahrensordnung ist der Auftraggeber in seinem Erwidierungsschriftsatz vom 3. Januar 2011 bereits ausführlich eingegangen. Er äußerte sich außerdem zur Rügepflicht, zur Antragsbefugnis und dem Akteneinsichtsverlangen. Dabei wies er auch darauf hin, dass die Antragstellerin als Drittplazierte keinen Zuschlag erhalten hätte und damit keinen Schaden belegen könne. Die fehlende Erfolgsaussicht des Antrages dürfte ihm im Ergebnis zum Zeitpunkt der Beiziehung des Anwalts bereits klar gewesen sein. Damit hat er zu erkennen gegeben, dass er mit den eigenen personellen Ressourcen in der Lage war, das Nachprüfungsverfahren durchzuführen. Der Auftraggeber verfügt über ausreichend geschultes Personal, das ihm in den in diesem Verfahren zu behandelnden Sach- und Rechtsfragen in kompetenter Weise beratend zur Seite stehen konnte. Zudem bestand in dem Verfahren nicht der sonst in Nachprüfungsverfahren übliche Zeitdruck, da der Auftrag im Zeitpunkt der Antragstellung ohnehin bereits vergeben war, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt keine besonderen Anforderungen zu erfüllen waren.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Vorsitzender