



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

xxx

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

gegen

xxx

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

beigeladen:

xxx

Verfahrensbevollmächtigte:

Xxx

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Mauntel, den hauptamtlichen Beisitzer Dr. Schärkel und den ehrenamtliche Beisitzer Bock am 4. April 2016 beschlossen:

1. Das Verfahren wird eingestellt.
2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) trägt die Antragstellerin.
3. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehungen von Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner und durch die Beigeladene werden für notwendig erklärt.
5. Die Verfahrensgebühren werden auf xxx EUR festgesetzt.

Gründe

1. Nachdem die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 1. März 2016 zurückgenommen hat, war das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen und nur noch über die Kosten zu entscheiden.
2. Über die Kosten war gemäß § 128 Abs. 3 S. 5 GWB nach billigem Ermessen zu entscheiden. Billigem Ermessen entspricht es im vorliegenden Verfahren, der Antragstellerin die Kosten aufzuerlegen. Bei einer Rücknahme sind die Kosten regelmäßig von der antragstellenden Partei zu tragen, da diese sich durch Rücknahme selbst in Rolle der Unterliegenden begibt (Krohn, in Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 128 Rn. 24 m.w.N.). Besondere Umstände, die hier ausnahmsweise zu einer anderen Bewertung führten, sind nicht bekannt geworden.
3. Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB hat die Antragstellerin darüber hinaus die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen zu tragen. Insoweit haben die Beteiligten in ihren Schriftsätzen übereinstimmend und zutreffend darauf hingewiesen, dass der Vergabekammer hierbei kein Ermessen zukommt (BGH, Beschl. v. 25. Januar 2012, X ZB 3/11, juris Rn. 9 ff.). Streitig ist alleine, welche Kosten notwendig sind (dazu sogleich unter 4.).
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner und die Beigeladene war hier auch notwendig i.S.v. § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG. Eine Hinzuziehung ist notwendig, wenn der Antragsgegner und die Beigeladene unter den konkreten Umständen des Falls nicht auch selbst in der Lage gewesen wären, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverfolgung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169,131). Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kann für die Frage der Notwendigkeit nicht zwischen einem aktiven und einem passiven Beigeladenen unterschieden werden (Summa in: Heiermann/Zeiss, jurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 128 Rn. 67; a.A. allerdings vor der o.g. Entscheidung des BGH: OLG Celle, Beschl. v. 26. Juni 2010, 13 Verg 4/10, juris Rn. 5 ff.). Denn für eine solche Auslegung bietet der Wortlaut des § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB keinen Anhaltspunkt. Bei der Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Beigeladenen handelt es sich um eine Billigkeitsüber-

legung, wie sie etwa in § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB und § 162 Abs. 3 VwGO vorgesehen ist. § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB spricht demgegenüber lediglich davon, dass die Aufwendungen „zweckentsprechend“ und „notwendig“ sein müssen. Die Regelung entspricht damit § 162 Abs. 1 VwGO. Aus der von der Antragstellerin zitierten Rechtsprechung ergibt sich nichts anderes. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf betrifft nicht den Fall der Rücknahme, sondern der übereinstimmenden Erledigungserklärung. Die Entscheidung des OLG Saarbrücken aus dem Jahr 2009 ist noch vor dem o.g. Beschluss des BGH ergangen und geht noch davon aus, dass der Vergabekammer ein Ermessen zukomme. Die Entscheidung der VK Bund ist nicht zu § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB ergangen. Die zitierte Entscheidung dieser Kammer vom 18. März 2009 ist durch die am 23. April 2009 in Kraft getretene und immer noch geltende Fassung des § 128 Abs. 4 GWB überholt.

Für mittelständische Unternehmen ohne eigene Rechtsabteilung ist die Hinzuziehung in der Regel notwendig (Summa, a.a.O., § 128 GWB, Rn. 117). So liegt der Fall auch hier. Die Beigeladene durfte in der Situation der Beiladung davon ausgehen, dass die Beauftragung eines Prozessbevollmächtigten zur ausreichenden Wahrung ihrer Interessen im Nachprüfungsverfahren notwendig war.

Neben diesen allgemeinen Erwägungen ist unabhängig davon im vorliegenden Fall auch noch Folgendes zu beachten: Die Antragstellerin hat hier am 1. März 2016 ihren Nachprüfungsantrag zurückgenommen. Die Rücknahme erfolgte noch innerhalb der Frist (bis 2. März 2016), die der Beigeladenen zur Stellungnahme von der Kammer gesetzt wurde. Hinge die Entscheidung über die Erstattungsfähigkeit der Kosten von einer vorherigen Antragstellung der Beigeladenen ab, so hätte die Antragstellerin die Möglichkeit, durch eine Antragsrücknahme kurz nach der Beiladung dafür zu sorgen, dass die Beigeladene ihre Kosten selbst tragen muss, obwohl diese durch die Beauftragung der Verfahrensbevollmächtigten bereits entstanden sind. Dies wäre insbesondere deswegen kein billiges Ergebnis, weil die Beigeladene durch die ursprüngliche Antragstellung ohne eigenes Zutun in den Rechtsstreit gezogen wurde.

Auch für den Antragsgegner war hier im hier vorliegenden Einzelfall die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig. Zwar kann grundsätzlich von Auftraggebern, die Ausschreibungen jenseits der Schwellenwerte vergeben, erwartet werden, dass sie die maßgeblichen Rechtsvorschriften kennen, die mit einer Auftragsvergabe verbundenen Rechtsfragen auch schwierigerer Art beantworten können sowie in der Lage sind, ihren bereits vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens eingenommenen Standpunkt vor der Vergabekammer zu verteidigen. Im vorliegenden Einzelfall war jedoch gleichwohl die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten auch durch den Antragsgegner als notwendig anzusehen. Denn in diesem Verfahren waren mehrere, zum Teil in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärte vergaberechtliche Fragestellungen aufgeworfen. Zudem handelte es sich um ein Verfahren mit einem verhältnismäßig hohen Streitwert, dass auf Grund der engen zeitlichen Vorgaben der anderen Bauabschnitte zügig abgeschlossen werden musste.

5. Die Höhe der Gebühren der Vergabekammer bestimmt sich nach § 128 Abs. 1 und 2 GWB i. V. m. § 9 Abs. 1 VwKostG. Nach § 128 Abs. 2 GWB beträgt die Mindestgebühr 2.500,- Euro und soll den Betrag von 50.000,- Euro (im Ausnahmefall 100.000,- Euro) nicht überschreiten. Gemäß § 9 Abs. 1 VwKostG sind bei der Festsetzung der Gebühr im Einzelfall der mit der Amtshandlung verbundene Verwaltungsaufwand, die Bedeutung, der wirtschaftliche Wert oder der sonstige Nutzen der Amtshandlung für den Gebührenschuldner sowie dessen wirtschaftliche Verhältnisse zu berücksichtigen. Die Vergabekammer hat vorliegend in Heranziehung der Gebührentabelle der Vergabekammer des Bundes und ausgehend von einem Gesamtauftragswert von xxx EUR zunächst eine Gebühr von xxx EUR in Ansatz gebracht.

Aufgrund der Rücknahme des Antrags durch die Antragstellerin ist diese Gebühr gemäß §128 Abs. 3 Satz 4 GWB auf die Hälfte zu reduzieren, mithin auf den Betrag von xxx EUR.

Aus Gründen der Billigkeit kann die Kammer darüber hinaus gemäß § 128 Abs. 3 Satz 6 GWB ganz oder teilweise von der Entrichtung der Gebühr absehen. Hierbei darf sie nicht nur auf ihren infolge der unstreitigen Erledigung typischerweise geringeren Verwaltungsaufwand abstellen, weil diesem Umstand bereits durch die Halbierung der Basisgebühr gemäß § 128 Abs. 3 Satz 4 GWB Rechnung getragen wird (BayObLG VergR 2003, 109, 110 für den insoweit gleichlautenden § 128 GWB a.F.; Krohn, a.a.O., § 128 Rn. 16). Vielmehr muss die Aufwandsreduzierung im jeweiligen Einzelfall über das typische Maß hinausgehen, das bei einer unstreitigen Erledigung zu erwarten ist. Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor. Zwar hat sich die Kammer noch nicht gegenüber den Beteiligten zum Verfahren positioniert. Jedoch haben die Beteiligten vor der Antragsrücknahme bereits umfangreiche Schriftsätze gewechselt, die von der Kammer inhaltlich zu würdigen waren. Zudem mussten davon ausgehende verfahrensleitende Entscheidungen (Zustellung, Beiladung, Akteneinsicht) getroffen werden. Die Verfahrenserleichterung für die Vergabekammer durch die Rücknahme des Nachprüfungsantrags wurde somit durch die Reduzierung der Gebühren um die Hälfte bereits in angemessenem Umfang berücksichtigt.

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 oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen (vgl. hierzu www.berlin.de/erv) beim Kammergericht, Elßholzstr. 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.

Dr. Mauntel

Dr. Schärdel

Bock