



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ...

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

die ... Berlin...

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

beigeladen:

...

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen der Vergabe von Leistungen zum Bau von Wohnhäusern (Vergabeverfahren „...“),

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Rehlinger am 23. April 2018 beschlossen:

1. Das Verfahren wird eingestellt.
2. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin tragen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) je zur Hälfte.
3. Die Antragstellerin, die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen ihre Aufwendungen jeweils selbst.
4. Die Verfahrensgebühren werden auf 10.000,- EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin reichte am 12. Dezember 2016 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Berlin ein, mit dem sie sich zunächst insbesondere gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene im Rahmen eines Bauvergabeverfahrens wandte. Das Vorhaben hat einen geschätzten Gesamtwert von ... EUR. Am Morgen des 13. Dezember 2016 erteilte die Antragsgegnerin der Beigeladenen den Zuschlag. In der Folge beantragte die Antragstellerin schriftsätzlich:

- a. die Unwirksamkeit des von der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen geschlossenen Vertrags festzustellen,
- b. der Antragsgegnerin zu untersagen, das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen,
- c. der Antragsgegnerin aufzugeben, der Antragstellerin eine rechtskonforme Vorabinformation im Sinne des § 101a GWB a.F. zu erteilen,
- d. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und im Ergebnis der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen, hilfsweise, der Antragsgegnerin aufzugeben, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
- e. die Aufhebung des Vergabeverfahrens anzuordnen, hilfsweise das Vergabeverfahren in das Stadium vor Aufforderung zur Abgabe des letztverbindlichen Angebots zurückzusetzen und

- f. hilfsweise festzustellen, dass sie durch die Gestaltung des Vergabeverfahrens und die Auswahl der Beigeladenen in ihren Rechten verletzt worden ist.

Die Antragsgegnerin beantragte schriftsätzlich,
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen
und

festzustellen, dass die Hinzuziehung einer Verfahrensbevollmächtigten für sie notwendig gewesen ist.

Die Beigeladene hatte keine eigenen Anträge gestellt.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 3. Februar 2017 im Wege einer Zwischenentscheidung festgestellt, dass sich der auf Primärrechtsschutz gerichtete Nachprüfungsantrag durch wirksame Zuschlagserteilung erledigt hat, und die von der Antragstellerin gestellten Anträge zu a) bis e) zurückgewiesen. Die Antragstellerin hat dagegen sofortige Beschwerde eingelegt. Mit Schriftsatz vom 12. Juli 2017 hat die Antragstellerin über ihre jetzigen Verfahrensbevollmächtigten vor dem Vergabesenat des Kammergerichts die Rücknahme des Nachprüfungsantrags im Umfang des Beschwerdeverfahrens erklärt. Die Antragstellerin ließ mitteilen, sich außergerichtlich mit der Antragsgegnerin geeinigt zu haben. Zu den Kosten sei vereinbart worden, dass Antragstellerin und Antragsgegnerin ihre eigenen außergerichtlichen Kosten jeweils selbst trügen, die Gerichtskosten trügen Antragstellerin und Antragsgegnerin je zur Hälfte. Mit Schriftsatz vom selben Tag hat die Antragstellerin zudem gegenüber der Vergabekammer die Rücknahme des nicht von dem Zwischenbeschluss erfassten Fortsetzungsfeststellungsantrags erklärt.

Antragstellerin und Antragsgegnerin haben ferner gegenüber der Vergabekammer erklärt vereinbart zu haben, die Kosten für Amtshandlungen der Kammer je zur Hälfte und die eigenen Aufwendungen jeweils selbst zu tragen.

Die Vergabekammer hat den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zur Gebührenssetzung gegeben.

Nachdem die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag zurückgenommen hat, ist das Verfahren einzustellen und über die Kosten zu entscheiden.

Anzuwenden ist dabei gemäß § 186 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) die bis zum 17. April 2016 geltende Fassung des GWB (GWB a.F.), da das Vergabeverfahren mit der Veröffentlichung der Bekanntmachung am 1. August 2015 bereits vor dem insoweit maßgeblichen 18. April 2016 begonnen hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB a.F. Nach § 128 Abs. 3 S. 5 GWB a.F. erfolgt die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, bei einer Rücknahme des Antrags vor einer Entscheidung der Vergabekammer nach billigem Ermessen. Billigem Ermessen entspricht es vorliegend, der Antragstellerin und der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens je zur Hälfte aufzuerlegen. Diese haben außergerichtlich eine dahingehende Kostenregelung getroffen, wodurch die Billigkeit dieser Entscheidung vorgegeben ist (Dispositionsbefugnis der Beteiligten, vgl. u.a. *Conrad*, ZfBR 2014, 658, 661 m.w.N.).

Es entspricht ebenso billigem Ermessen, dass die Beteiligten ihre notwendigen Aufwendungen jeweils selbst tragen. Antragstellerin und Antragsgegnerin haben sich ausdrücklich entsprechend erklärt. § 128 Abs. 4 S. 3 GWB a.F. steht dem nicht entgegen (vgl. ausführlich OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.1.2011 – Verg 62/10, BeckRS 2011, 03267; Krohn, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 128 GWB, Rn. 33 m.w.N.), zumal eine andere Tenorierung wegen des aus der Prozessklärung der Antragstellerin und der Antragsgegnerin folgenden materiellen Aufwendungsverzichts im Ergebnis in deren Verhältnis zu keiner anderen Kostenverteilung führte.

Die Beigeladene ist weder an den Kosten des Nachprüfungsverfahrens oder den Aufwendungen der übrigen Beteiligten zu beteiligen, noch sind ihre Aufwendungen von anderen Beteiligten zu tragen. Denn sie hat sich nicht aktiv am Verfahren beteiligt und insbesondere keinen eigenen Antrag gestellt (vgl. OLG Rostock, Beschluss v. 21.7.2017 – 17 Verg 2/17).

Eine Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten ist dementsprechend nicht mehr zu treffen.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich auf § 128 Abs. 2 GWB a.F. in Verbindung mit § 128 Abs. 3 S. 4 GWB a.F. und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes heran (derzeit abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien_node.html). Dabei legt die Kammer den geschätzten Auftragswert von ... EUR zu Grunde. Bei linearer Interpolation (vgl. etwa OLG München, Beschluss v. 15.10.2012 – Verg 18/12, IBRRS 2012, 3900; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.4.2004 – VII – Verg 9/04, VPRRS 2013, 0551; *Krohn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 14) dieses von der Gebührentabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwertes ergibt sich eine Gebühr in Höhe von 2.500€ + $\frac{50.000\text{€}-2.500\text{€}}{70.000.000\text{€}-80.000\text{€}} * (... \text{€} - 80.000\text{€}) = ... \text{€}$. Dieser Wert spiegelt auch den Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren, welches insbesondere wegen der von den Beteiligten eingereichten Schriftsätze ansehnlichen Umfangs nebst zahlreicher Anlagen, der Notwendigkeit eines ausführlichen Akteneinsichtsbeschlusses und der mitunter schwierigen Sach- und Rechtsfragen durchaus umfangreich war. Nach § 128 Abs. 3 S. 4 GWB a.F. ist infolge der Rücknahme allerdings nur die Hälfte der so ermittelten Gebühr, mithin ... EUR zu entrichten.

Vorliegend ist zudem ein teilweiser Verzicht auf diese Gebühr aus Gründen der Billigkeit nach § 128 Abs. 3 S. 6 GWB a.F. angezeigt. Zwar ist der durch die Rücknahme reduzierte Aufwand bereits in der Halbierung der Gebühr berücksichtigt (vgl. *Damaske*, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, 2016, § 182 Rn. 38 m.w.N.). Durch den Zeitpunkt der Rücknahme noch vor einer intensiven Befassung der Vergabekammer mit der materiellen Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidung ist der damit ersparte Aufwand jedoch leicht überdurchschnittlich.

Nicht zu berücksichtigen ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin hingegen, dass die Übermittlung des Nachprüfungsantrags vermeintlich „verfahrenswidrig“ verspätet erfolgt ist. Zum einen muss dem bereits entgegengehalten werden, dass die

Vergabekammer – wie im Beschluss vom 3. Februar 2017 in diesem Verfahren ausführlich dargelegt – mitnichten verfahrenswidrig gehandelt hat. Es war der Antragstellerin insbesondere unbenommen, ihren Nachprüfungsantrag früher einzureichen und so eine rechtzeitige Übermittlung an die Antragstellerin sicherzustellen. Zum anderen kann die Argumentation der Antragstellerin jedenfalls im Hinblick auf die zu erhebenden Gebühren auch deshalb nicht verfangen, weil diese bei hypothetischer Betrachtung einer Übermittlung vor Zuschlagserteilung vermutlich ebenso hoch oder – wegen des erhöhten Aufwands der Kammer durch Entscheidung in der Sache – sogar höher ausgefallen wären. Gleichwohl erkennt die Kammer an, dass die Umstände des Verfahrensablaufs nicht allein von der Antragstellerin zu steuern waren, weshalb ein gewisser Abschlag auf die Verfahrensgebühr aus Gründen der Billigkeit als vertretbar erscheint.

Es sind danach Gebühren in Höhe von 10.000,- EUR zu erheben. Eine gegebenenfalls nach § 128 Abs. 1 S. 2 GWB a.F. i.V.m. § 8 VwKostG zu berücksichtigende Gebührenfreiheit ist für die als juristische Person des Privatrechts organisierte Antragsgegnerin nicht ersichtlich.

Rechtsmittelbelehrung

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

Vorsitzender

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer

Dr. Lux

Sauer

Rehlinger