



hat die Vergabekammer Münster ohne mündliche Verhandlung durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Bertels

am 10. März 2005 entschieden:

1. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxxxx Euro festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin baut zur Zeit zwei Berufskollegs und eine 5-Feld Sporthalle. Sie schrieb die Ingenieurleistungen zur Objektüberwachung und Objektbetreuung nach den §§ 68-73 HOAI, 4. Teil bereits im Oktober 2003 aus und beauftragte anschließend die Antragstellerin mit der Durchführung des Auftrages. Optional konnten auch noch die Leistungsphasen 6-9 vergeben werden. Nach Abschluss der Leistungsphase 7 entschied sich die Antragsgegnerin aber die Leistungsphasen 8 und 9 neu auszuschreiben.

Diese Leistungsphasen schrieb die Antragsgegnerin im Wege eines Beschleunigten Verhandlungsverfahrens im Dezember 2004 aus. Der geschätzte Auftragswert beläuft sich auf ca. xxxxxxx Euro (ohne MwSt). U. a. reichte auch die Antragstellerin einen Teilnahmeantrag ein. Sie wurde aber nicht zum Verhandlungsverfahren zugelassen. Der Auftrag sollte der mit Beschluss vom 18.02.2005 Beigeladenen erteilt werden.

Nachdem die Antragstellerin erfolglos gerügt hatte, beantragte sie am 28.01.2005 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, das am 02.02.2005 eingeleitet wurde.

Nach erfolgter Akteneinsicht nahm die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 24.02.2005 zurück. Sie ist weiterhin der Auffassung, dass kein faires Vergabeverfahren erfolgt ist, könne dies aber verfahrensrechtlich der Antragsgegnerin nicht nachweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer und auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin Bezug genommen.

### **II.**

Die Vergabekammer Münster ist für die Entscheidung zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr vergebene Aufträge damit dem Land

Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB) und die Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW).

Der geschätzte Auftragswert übersteigt mit ca. xxxxxxxx Euro den nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 3 und § 3 VgV maßgeblichen Schwellenwert.

Das Nachprüfungsverfahren wird nach Rücknahme des Antrages eingestellt.

1. Die Kosten für das Verfahren vor der Vergabekammer hat die Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 13 Verwaltungskostengesetz des Bundes zu tragen.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung.

Nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG ist zur Zahlung der Kosten verpflichtet, wer die Amtshandlung veranlasst oder zu wessen Gunsten sie vorgenommen wurde. Die Antragstellerin hat durch die Stellung des Nachprüfungsantrages das Verfahren in Gang gesetzt und damit die Kosten verursacht. Sie trägt mithin als Kostenschuldnerin die Gebühren für die Amtshandlung der Vergabekammer

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Gebühr beträgt mindestens 2500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden (§ 128 Abs. 2 GWB). Hat sich der Antrag vor Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme oder anderweitig erledigt, ist die Hälfte der Gebühr gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB zu entrichten.

Die Vergabekammern des Bundes haben gemeinsam mit den Vergabekammern der Länder eine Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung zugrundelegt.

Bei einem Auftragswert, ausgehend von der voraussichtlichen Auftragshöhe von xxxxxxxx Euro, ist eine Gebühr von xxxx Euro zugrunde zu legen, so dass nach der Rücknahme des Antrages noch xxxxxxxx Euro verbleiben.

Die Antragstellerin hat hier somit nach der Rücknahme ihres Nachprüfungsantrages eine Gebühr in Höhe von xxxxxxxx Euro zu tragen.

2. Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, oder dem Antrag durch die Vergabepflichtstelle abgeholfen wird, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem

Vergaberecht, und zwar die Antragsbefugnis und Rügeobliegenheit, und dem allgemeinen Verfahrensrecht hier im Streit standen.

Gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB in Verbindung mit § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat die Antragstellerin, die im Verfahren vor der Vergabekammer unterliegt, indem sie den Antrag zurückgenommen hat, der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen zu erstatten.

Die Vorschrift des § 128 Abs. 4 GWB findet nicht nur bei einer Zurückweisung des Nachprüfungsantrages Anwendung, sondern auch dann, wenn die antragstellende Partei ihren Nachprüfungsantrag zurückgenommen hat. Denn auch in diesem Falle ist der Antragsteller im Sinne des Gesetzes „unterlegen“, weil er sich quasi selbst in die Position des Unterlegenen begibt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.04.2003, Verg 47/02; OLG Naumburg, Beschluss vom 29.05.2001, 1 Verg 5/01).

Dem steht auch nicht die Entscheidung des BGH, Beschluss vom 09.12.2003, X ZB 14/03, entgegen, wonach bei einer Erledigungserklärung in der Hauptsache, die Aufwendungen für den Verfahrensbevollmächtigten nicht erstattet werden, weil dafür keine Rechtsgrundlage vorhanden ist. Die Rücknahme eines Nachprüfungsantrages ist nicht vergleichbar mit einer Erledigungserklärung, da durch die Rücknahme eindeutig dokumentiert wird, dass das Verfahren beendet werden soll, ohne dass noch überprüft wird, welche Gründe für die Beendigung vorliegen und wer diese Gründe ggf. zu vertreten hat.

Im Falle einer Erledigungserklärung ist es in der Regel so, dass Umstände, die erst im Laufe eines Nachprüfungsverfahrens eingetreten sind und von einer Partei zu vertreten sind, die Beendigung des Verfahrens nach sich ziehen. Insofern ist es interessengerecht eine Aufteilung der Kosten vorzunehmen, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Da für die Verfahren vor den Vergabekammern eine entsprechende gesetzliche Regelung nicht existiert, war der BGH der Ansicht, dass eine Kostenübertragung nicht möglich ist.

Bei der Rücknahme eines Nachprüfungsantrages kommt hingegen § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB zur Anwendung. Durch die Rücknahme zeigt der Antragsteller, dass er mit seinem Antrag keinen Erfolg haben wird und nimmt ihn deshalb zurück. Er begibt sich somit in die Position des „Unterlegenen“, weil er eingesehen hat, dass er mit seinem Antrag nicht durchdringen wird. Dieses „Unterlegen“ ist nicht abhängig von Umständen, die ggf. andere Parteien des Verfahrens zu vertreten haben. Für diese Form der „Einstellung“ bestimmt § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB, dass er (der Unterlegene) die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen hat.

Infolgedessen trägt die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

### III.

Für die Berechnung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen wird die Vergabekammer den § 50 Abs. 2 GKG (5% der streitgegenständlichen Brutto-Auftragssumme) auf Antrag einer Partei festsetzen.

## **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu.

Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet 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.

---

Diemon-Wies

---

Stolz