



## Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

### Beschluss

#### **Amtlicher Leitsatz:**

**Zur Zuständigkeit einer Vergabekammer des Landes bei grenzüberschreitender gemeinsamer Vergabe und zur Zulässigkeit einer Vergaberechtsvereinbarung analog § 106a Abs. 3 S. 2 GWB a.F. i.V.m. Art. 23 EuGVVO**

In dem Nachprüfungsverfahren zum Vergabeverfahren "PROJECT ALEGrO - Two HVDC converters for electrical interconnection between Belgium and Germany", (EU-Bekanntmachung v. XXX

#### **VK 2 - 24/16**

der XXX

**Verfahrensbevollmächtigte:** XXX

- Antragstellerin -

gegen

1. die XXX

-- Antragsgegnerin zu 1-

**Verfahrensbevollmächtigte:**

2. XXX

- Antragsgegnerin zu 2 -

in toto: - Antragsgegner -

wegen fehlerhafter Wertung

hat die Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster aufgrund der Aktenlage nach Anhörung durch die Vorsitzende RD'in Hugenroth, die stellv. hauptamtliche Beisitzerin RD'in Diemon-Wies und den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Rechtsanwalt und Notar Markus Sträter, Dortmund

am 28. Juli 2016 entschieden:

1. Der Antrag wird als unzulässig zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens werden auf XXX € festgesetzt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
4. Die Antragstellerin trägt die die eigenen Aufwendungen für die jeweiligen zweckentsprechende Rechtsverfolgung und die der Antragsgegnerinnen.
5. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen wird für notwendig erklärt.

#### I. Sachverhalt:

Die Antragsgegner schrieben am 08.02.2014 auf der Basis der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG den Abschluss von zwei verschiedenen Lieferverträgen als zwei verschiedene Auftraggeber gemeinsam im Verhandlungsverfahren aus. Es handelt sich um die Errichtung von zwei HVDC-Converter-Stationen, die nach Anschluss an eine erstmalig direkt zwischen Belgien und Deutschland zu verlegende Stromtrasse der Netzverteilung von Elektrizität zwischen diesen beiden Staaten dienen soll. Ein HVDC-Converter soll in Lixhe/Belgien und ein HDVC-Converter soll in Oberzier/Deutschland errichtet werden. Dabei soll der Bieter mit jedem der beiden Auftraggeber einen eigenen Vertrag über den jeweiligen Converter schließen. Eine Gesamtgläubigerstellung der beiden Auftraggeber ist ausgeschlossen. Die beiden Verträge sind jeweils dem lokalen Recht des betreffenden Staates unterworfen, in dem der jeweilige Converter errichtet wird. Eine ausdrückliche Regelung zu der Frage, welches Vergaberecht gelten soll, wurde nicht in der Bekanntmachung aufgenommen. Stattdessen weist die Bekanntmachung unter Ziffer IV.4.1 als zuständige Stelle für Rechtsbehelfsnachprüfungsverfahren den Präsidenten des Tribunals der ersten Instanz in Brüssel mit der Anschrift Rue des Quatre Bras, 1000 Bruxelles/Belgien aus. Die nachfolgende Belehrung unter VI.4.2 zur Einlegung von Rechtsbehelfen ist in französischer Sprache abgehalten.

Unter Ziffer VI.4.3 ist keine Stelle angegeben, die Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erteilt.

Die Antragstellerin hat an dem Verfahren teilgenommen und im Rahmen des mehrstufigen Verhandlungsverfahrens mehrfach abgeänderte Angebote vorgelegt. Die bislang letzte Angebotsrunde wurde mit dem Schreiben der Antragsgegner vom 18.05.2016 eingeleitet mit der Aufforderung, Angebote bis zum 23.05.2016 zu legen. In dem Schreiben heißt es u. a., dass genaue Leistungen und Verpflichtungen zu Qualitäts- und Leistungsumfang im Detail noch nicht feststünden und später zu klären seien. Bezüglich der Wünsche der Bieter zu den Auftragsbedingungen solle als Vergleichsmaßstab die letzte Vertragsversion der Antragsgegner gelten. Ferner wird in diesem Schreiben ausgeführt, dass es nach wie vor offen sei, ob die Antragsgegner in weiteren Verfahren die "parallele Strategie" (parallel ist

Weiterverhandeln mit allen Bietern) oder die lineare Strategie ("Ausscheiden der Bieter nach Rang") wählen werden.

Mit Schreiben vom 19.05.2016 stellten die Antragsgegner den Bietern ihre jüngste Version des EPC-Bau- und Liefervertrages als Version 7.0 zur Verfügung. Die Antragstellerin gab daraufhin am 23.05.2016 fristgerecht ihr letztes Angebot für die 6. Runde ab.

Mit Schreiben vom 31.05.2016 teilten die Antragsgegner einer Tochtergesellschaft der Antragstellerin in Mannheim mit, dass "ihr Angebot" zwar den besten Preis mit der vollen Punktzahl zum Wertungssektor A (Preis) habe, aber die Firma XXX. den Zuschlag erhalten sollte, da XXX. sowohl eine Gesamtpunktzahl von 851,38/1.000 erreicht habe, die die von der Antragstellerin erreichte Punktzahl von 830,40/1.000 knapp überschreite. Die Antragsgegner kündigten in diesem Schreiben an, nach Ablauf von 15 Tagen der Firma XXX. den Auftrag erteilen zu wollen.

Die Differenz zwischen den beiden Angeboten beträgt danach lediglich 20,98 Punkte mit insoweit 2 % der erreichbaren 1.000 Punkte.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 01.06.2016 diese Vorabmitteilung vom 31.05.2016 sowohl als solche sowie inhaltlich die fehlende Nachvollziehbarkeit der Punktvergaben zu den einzelnen Bewertungsunterpunkten in den Sektoren B und C und forderte die Antragsgegner auf, die Höhe und die Zuordnung der vergebenen Bewertungspunkte zu den einzelnen Tatbeständen in den Wertungssektoren B und C näher jeweils nachvollziehbar bis zum 06.06.2016 zu begründen.

Hierauf teilten die Antragsgegner mit Schreiben vom 06.06.2016 mit, dass sie bereit wären, das Ergebnis noch einmal zu besprechen. Dieses Gespräch fand am 08.06.2016 in Düsseldorf statt. Die in diesem Termin gegebenen Informationen erschienen der Antragstellerin jedoch auch nicht hinreichend. Sie rügte daher mit Schreiben vom 13.06.2016 erneut den Umstand, dass die Vorabermittlung nicht an sie adressiert worden sei, dass es keine Ankündigung dazu gegeben habe, dass dies die letzte Runde zur finalen Entscheidung sein sollte und dass die Bewertung der Vertragsklausel nicht an Hand der letzten Vertragsversion erfolgt sei - wie angekündigt.

Die Antragsgegner haben am 14.06.2016 erklärt, dass eine gesonderte Erklärung zur wiederholten Rüge vom 13.06.2016 beabsichtigt sei und damit die Stillhalteperiode nochmals um 15 Tage "verlängert" werden solle. Sie haben dann mit Schreiben vom 21.6.2016 weitere Erläuterungen abgegeben und in diesem Schreiben ausdrücklich die Vorabmitteilung vom 31.5.2016 aufgehoben. Gegen diese erneute Vorabmitteilung hat die Antragstellerin erneut am 24.6.2016 Rüge erhoben. Am 11.7.2016 haben die Antragsgegner ein weiteres Mal die Vorabmitteilung aufgehoben und eine neue solche ausgesprochen.

Im Hinblick auf die ablaufende 15-Tage-Frist des § 107 Abs. 3 Ziffer 4 GWB a. F.<sup>1</sup>), hat die Antragstellerin vorsorglich mit Schreiben vom 14.06.2016 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Westfalen gestellt, den diese am 15.06.2016 den Antragsgegnern übermittelt hat. Ebenfalls am 14.6.2016 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag in Brüssel eingereicht und entsprechend den Vorgaben des belgischen Rechts einen weiteren am 5.7.2016.

Nach Erhalt der Akten (sämtlich in englischer Sprache) und des Erwidierungsschreibens der Antragsgegner vom 01.07.2016 haben die Antragsgegnerinnen auf das Schreiben der Kammer vom 28.6.2016 hin bestätigt, dass nach ihren Vorstellungen nur belgisches Vergaberecht Anwendung finden soll und darüber hinaus dargelegt, dass durch die Einlegung des Nachprüfungsantrag in Brüssel eine hinreichender Zuschlagshemmung gegeben ist.

Die Kammer hat daraufhin mit Schreiben 5.7.2016 unter Darlegung der Rechtsauffassung der Kammer die Antragstellerin zu der Absicht angehört, eine Entscheidung nach § 112 Abs. 1 Satz 3 2. Alternative GWB nach Lage der Akten zu fällen, da die Kammer nach den bisher vorliegenden Erkenntnissen davon ausgehe, nicht zuständig zu sein.

Mit Schreiben vom 18.7.2016 hat die Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 20.8.2016 verlängert.

**Die Antragstellerin** ist der Auffassung, dass die angerufene Kammer zuständig sei, da die Antragsgegner keine Wahl des geltenden Verfahrensrechtes getroffen haben und in der Bekanntmachung beide Antragsgegner als Kontaktstellen benannt worden seien. Da darüber hinaus zumindest für den Converter in Oberzier eine Entscheidung der Antragsgegner zur Anwendung deutschen Rechts getroffen worden sei, sei deutsches Recht auch nach dem Willen der ausschreibenden Antragsgegner anzuwenden. Da der Schwellenwert überschritten ist, hält die Antragstellerin die Kammer für zuständig, weil die Vorschrift des § 106 Abs. 1 und 2 GWB keine Anwendung fänden, wohl aber Abs. 3 dieser Norm als zwingende Regelung für Auftraggeber mit Sitz in Deutschland, dazu führe, dass nicht im Wege eines willkürlichen "Rechtsordnungsshoppings" eine Stelle eines anderen EU-Staates als Rechtsbehelfs- und Nachprüfungsbehörde ausbedungen werden könne, deren Rechtsschutzgrundsätze und Rechtsschutzregelungen nicht den Regelungen entsprächen, die gleichermaßen für den Ort des Bauvorhabens und den Sitz des Auftraggebers, hier der Antragsgegnerin zu 1), jeweils in Deutschland gälten.

Europarechtliche Regelungen zur Zuständigkeit bei der vorliegenden Konstellation einer staatenübergreifenden gemeinsamen Ausschreibung zweier Auftraggeber aus zwei EU-Staaten mit gleichwohl separaten lokal in Einzelstaat zu erbringenden Leistungen seien nicht ersichtlich.

---

<sup>1</sup>

(Im Nachfolgenden zitierte Paragraphen des GWB sind solche der alten Fassung.

Die unter Ziffer VI.4.2 der Bekanntmachung enthaltene Bindungsfiktion an die Inhalte der Bekanntmachung könne hier nicht dazu führen, dass die dort bekannt gemachte Zuständigkeit als Gerichtsstandvereinbarung anzusehen sei. Lehne nämlich der Präsident des Zivilgerichts in Brüssel oder die nächsten Instanzen in Belgien ihre Zuständigkeit zur Entscheidung im Vergabeverfahren über das ausschließlich in Deutschland beim deutschen Recht für einen Auftraggeber mit Sitz in Deutschland auszuführende Bauvorhaben ab, könne die Antragstellerin nicht nur nicht den ihr zustehenden effektiven Rechtsschutz geltend machen, sondern wäre insoweit sogar vollständig rechtsschutzlos gestellt. Sie würde dann weder einen Vergaberechtsschutz in Deutschland noch in Belgien erhalten. Dies sei den Antragsgegnern auch bewusst gewesen, denn die Antragsgegnerin zu 2) habe erst ein Jahr vor der streitgegenständlichen Ausschreibung im Jahr 2012 selbst eine andere staatenübergreifende Ausschreibung bekannt gemacht und dabei sowohl die Rechtsbehelfs- und Nachprüfungsbehörden in Belgien als auch in Großbritannien benannt. Für einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz eines Bieters bei grenzüberschreitenden Fällen auf die Anwendung des lokalen Rechts verweist die Antragstellerin auf die Entscheidung des OLG München vom 12.05.2011 - Az.: VerG 26/10 zu Leistungen in Österreich und Deutschland.

Die Antragstellerin hält sich für antragsbefugt im Hinblick auf das angegebene Angebot. Die bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung hält sie für vergaberechtlich unzulässig im Hinblick auf den falschen Adressaten der Vorabermittlung und den unangekündigten Wechsel der Vorgehensweise sowie die fehlenden überprüfbaren und nachvollziehbaren Gründe für die Bewertung. Insbesondere im Hinblick auf die geringe Differenz der Bewertung zu dem bevorzugten Bieter sei eine detaillierte Darlegung der inhaltlichen Begründung für die Ansetzung von Punktzahlen im Einzelnen zu erwarten. Darüber hinaus ist sie der Überzeugung, dass die unstrittig angekündigten Kriterien fehlerhafterweise nicht angewandt worden seien bei Zugrundelegung der 3. Vertragsversion statt dem letzten Vertragsentwurf als Vergleichsmaßstab.

Ferner sieht sie in den Aktivitäten der Firma XXX. auf dem Markt durch Veröffentlichung eine mögliche Beeinflussung des Bewertungsergebnisses und damit eine Verletzung des Vergaberechts, sich im Ergebnis als geschädigt an. Ein Zuschlag an die Firma XXX. sei entsprechend vergaberechtswidrig und verletze die Antragstellerin in ihren Rechten gem. § 97 Abs. 7 GWB. Neben der fehlerhaften Benachrichtigung sieht sie sich insbesondere durch den Wechsel der parallelen Strategie zur linearen Strategie beeinträchtigt sowie durch die mangelhafte Begründung nach § 101 a Abs. 1 Satz 1 GWB. Ihrer Ansicht nach können daher Bewertungskriterien und Bewertungsschema nicht ordnungsgemäß angewandt worden sein.

In ihrer Stellungnahme zur Anhörung durch die Kammer vom 15.7.2016 nimmt sie den Antrag zu 2) als erledigt zurück und vertieft ihre Rechtsauffassung zur Zuständigkeit der angerufenen Vergabekammer als allein in Deutschland geregelte Rechtsweg zumindest hinsichtlich der Antragsgegnerin zu 1).

Eine Analogie des § 106 a Abs. 3 S. 2 GWB a.F. hält sie für unzulässig, da der grenzüberschreitende Sachverhalt nur durch europäische Normen geregelt werden könne.

Die Neuregelungen, die nicht anwendbar seien, ließen in Zukunft ohnehin nur eine Aufgabenverteilung zwischen den Auftraggeberinnen zu, nicht die Bestimmung der Zuständigkeit einer Vergabestelle. Eine Rechtsschutzregelung fehle auch hier. Die in Erwägungsgrund 82 der Richtlinie angesprochenen Probleme seien ungelöst.

Ferner sei eine Gerichtsstandvereinbarung qua Willenserklärung zwischen den Parteien des Nachprüfungsverfahrens nicht vorhanden. Außerdem sei das Vergaberecht als Verwaltungsverfahren dem öffentlichen Recht zuzuordnen, mithin die EuGVVO a.F. schon daher nicht anwendbar. Die Vereinbarung der Antragsgegner könne allenfalls die Festlegung der zuständigen Kammer zwischen den Auftraggebern betreffen.

Ferner sieht sie den Rechtsschutz durch den Antrag an den Präsidenten des Tribunals der ersten Instanz in Brüssel mit der Anschrift Rue des Quatre Bras, 1000Bruxelles/Belgien als nicht gesichert an. Dieser dürfte nur über den Suspensiveffekt entscheiden, nicht in der Sache. Hierzu sei binnen 60 Tagen die Anrufung des ordentlichen Richters erforderlich. Erst nach dessen Entscheidung sei ein Beschwerdeweg vergleichbar zu dem des OLG hier eröffnet. Damit sei der angegebene Präsident des Tribunals der ersten Instanz aufgrund seiner begrenzten Entscheidungskompetenz (nur vorläufige Maßnahmen, keine Sachentscheidung) nicht mit der Vergabekammer (Gericht der 1. Instanz) vergleichbar. Damit sei zweifelhaft, ob er überhaupt ermächtigt sei, einen Streitfall über ein ausschließlich deutschem Recht zuzuordnenden Vertrag zu entscheiden.

Da nicht auszuschließen sei, dass der Präsidenten des Tribunals der ersten Instanz seine Zuständigkeit daher verneine, sei der Rechtsschutz der Antragstellerin nicht gesichert. Die doppelte Antragsstellung ermögliche ja zur Vermeidung von Parallelentscheidungen - auch nach den Art. 27 ff der EuGVVO a.F. - die Aussetzung.

Außerdem habe sich das Verfahren in Brüssel durch die Aufhebung der Vorabmitteilung vom 31.5.2016 mit dem Schreiben vom 21.6.2016 noch vor dem Nachprüfungsantrag bei der angerufenen Kammer erledigt. Damit sei zweifelhaft, ob das Prioritätsprinzip zugunsten der Brüsseler Instanzen noch Anwendung finden könne. Ebenso verhalte es sich mit dem daraufhin erneut eingeleiteten Verfahren in Brüssel, da die Antragsgegnerinnen auch diese Vorabmitteilung - diesmal mit Schreiben vom 11.7.2016 aufgehoben hätten. Beide Vorgänge seien gerügt, was hiermit ins Verfahren eingebracht werde.

Da die Zuständigkeit aufgrund der Lückenhaftigkeit der EU-Richtlinie und damit die Frage effektiven Rechtsschutzes offen sei, habe die Vergabekammer statt einer Aussetzung vielmehr in Fortsetzung des Verfahrens den EuGH zu Klärung anzurufen (Unter Hinweis auf die Entscheidung des EuGH vom 12.9.2013, Rs.: Cs.-49-12).

Im Übrigen hält sie an der Antragsbefugnis als gegeben fest und begründet weiterhin die fehlerhafte Bewertung ihres Angebots. Hierzu wird auf die ausgetauschten Schriftsätze verwiesen.

Sie beantragt daher,

1. den Antragsgegnern wird untersagt, den Zuschlag der Firma XXX.zu erteilen.
2. (mit Schreiben vom 15.7.2016 zurückgenommen).

die Antragsgegner sind verpflichtet, der Antragstellerin detaillierte Auskunft über die Gründe für die von den Antragsgegnern im Schreiben vom 31.05.2016 zu den Vergabekriterien (Award Criteria) jeweils vergebenen Bewertungspunkte (Score) der

Sektion B (Vertragsklauseln)

Klauseln 5, 7, 26, 27 sowie Klausel "Other Clauses and Annexes" (je 0 von 4 Punkten) und 4, 19, 29, 30 (je 1 von 4 Punkten) und 24 (2 von 4 Punkten)

und der

Sektion C (Technik):

Bewertungsthemen 1C/3C (je 2 von 10 Punkte), 6C, 8, 9C und 12AÄ/B (je 2 von 7 Punkte) sowie 6C.2 und 7A/B (je 7 von 10 Punkte) die nicht die volle Punktzahl erreichen,

zu erteilen.

3. Die Antragsgegner sind verpflichtet, den Zuschlag der Antragstellerin zu erteilen;

hilfsweise:

Den Antragsgegnern wird aufgegeben, die Wertung für das Angebot der Antragstellerin vom 23.05.2016 im streitgegenständlichen Vergabeverfahren zu wiederholen und hierbei die Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beachten.

4. Die Antragsgegner haben die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragstellers jeweils zu gleichen Teilen zu tragen.

Ferner wird beantragt,

der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren und

die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gem. § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

**Die Antragsgegner** beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zu Ziffer 1 - 3 zu verwerfen,

hilfsweise zurückzuweisen,

2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Sie gehen davon aus, dass der Antrag unzulässig ist, in jedem Fall aber unbegründet. Bezugnehmend auf die Regelungen der Ziffer 6.4.1 in der Vergabebekanntmachung vertreten sie die Auffassung, damit in zulässigerweise die Vergabekammer in Brüssel als einzig zuständige Nachprüfstelle für etwaige Nachprüfungsanträge benannt zu haben. Bei einer Benennung von zwei zuständigen Nachprüfungsstellen sei grundsätzlich immer die Gefahr gegeben, dass in diesen bei parallel geführten Nachprüfungsverfahren zwei widerstreitende Entscheidungen gefällt würden. Um diese Gefahr zu vermeiden und eine noch zu dem Zeitpunkt der Bekanntmachung bestehende Regelungslücke zu schließen, habe man sich gemeinsam auf die Vereinbarung der Brüsseler Instanz festgelegt. Dies ergäbe sich auch aus den Rechtsgedanken des § 106a Abs. 3 Satz 2 GWB, wonach Auftraggeber im Falle einer Bundesland übergreifenden Beschaffung in der Bekanntmachung eine gemeinsame zuständige Vergabekammer benennen könnten. Sie verweisen auch darauf, dass in der neuen Sektorenrichtlinie 2014/25/EU die am 26.02.2014 veröffentlicht wurde, auch die Möglichkeit bei grenzüberschreitenden Vergaben die Nutzung zentraler Beschaffungsstellen festzulegen und das anwendbare Recht einschließlich der anwendbaren Rechtsvorschriften für Rechtsmittel zu bestimmen eingeräumt werde. Entsprechendes enthält Artikel 57 der Sektorenrichtlinie unter dem Titel "Auftragsvergabe durch Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedsstaaten". Nach dessen Abs. 4 könnten zukünftig mehrere Auftraggeber gemeinsam bei gleichzeitiger Festlegung der Zuständigkeit der Partei und ihren einschlägigen nationalen Bestimmungen sowie der internen Organisation des Vergabeverfahrens einschließlich der Handhabung des Verfahrens der Verteilung der zu beschaffenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen und des Abschlusses der Verträge einen Auftrag vergeben.

Eine solche Handhabung des Vergabeverfahrens hätten die Antragsgegnerinnen durch die vorherige Festlegung einer gemeinsamen Nachprüfungsstelle getroffen und dokumentiert. Durch diese Vereinbarung werde auch ein effektiver Rechtsschutz zu Gunsten der Antragstellerin gewährleistet, die am 14.06.2016 einen Nachprüfungsantrag gegen die beiden Antragsgegnerinnen in Brüssel eingereicht habe. Über die Zuständigkeit der Brüsseler Instanz habe sich die Antragstellerin noch ausdrücklich vergewissert durch telefonische Rückfragen der Frau Rechtsanwältin Riedinger. Auch am 08.06.2016 sei die Frage angesprochen worden und die Zuständigkeit der Brüsseler Instanz bestätigt worden.



Hinsichtlich des Projektes der Antragsgegnerin zu 2) aus dem Jahr 2012 mit der Ausschreibung zweier Nachprüfungsbehörden seien Regelungen oder Erwägungen zu einer grenzüberschreitenden Auftragsvergabe noch nicht bekannt gewesen.

Die Münchener Entscheidung sehen die Antragsgegner gerade nicht als anwendbar an, da es sich dort um eine Ausschreibung von nur einem Auftraggeber aus Deutschland mit einer Beteiligungsstruktur aus deutschen und österreichischen Anteilseignern gehandelt habe und die Zuständigkeit der deutschen Vergabekammer im Rahmen der genannten Entscheidung letztlich nur anerkannt worden sei, da mit Blick auf die Freistellungsentscheidung vom 07.07.2008 die ursprüngliche Sektorenauftragsrichtlinie nicht anwendbar gewesen war und damit kein effektiver Rechtsschutz hätte gewährleistet werden können. Grundsätzlich ergäbe sich aus der Münchener Entscheidung, dass eine entsprechende Rechtswahl sehr wohl möglich sei.

Darüber hinaus bezweifeln die Antragsgegner ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin, da zum einen von Seiten der Antragsgegner mit der Mail vom 14.06.2016 über die übliche Kommunikationsplattform eine Verlängerung der Stillhaltefrist ausgesprochen worden war. Ferner sei eine neue Vorabinformation angekündigt worden, die der Antragstellerin über die Kommunikationsplattform am 21.06.2016 übermittelt worden sei.

Dort sei ausführlich und in transparenter Weise in 34 Seiten dargestellt worden, wie sich die einzelnen Bewertungspunkte der verschiedenen Bewertungsbereiche ergäben und jeweils eine detaillierte Begründung dazu abgegeben worden. Darüber hinaus sei eine komplette Neubewertung der Angebote der beiden Bieter durchgeführt worden, die aber nur zu marginalen Punktänderungen geführt habe, sodass das Angebot der Antragstellerin von ursprünglich 830,40 (von 1.000) Punkten nunmehr 831,65 das Angebot des erfolgreichen Bieters XXX.von ursprünglich 851,38 mit 850,75 Punkten zu bewerten sei.

Ferner sei dem Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin auch durch den bereits am 14.06.2016 anhängig gemachten Nachprüfungsantrag in Brüssel Rechnung getragen.

Es fehle weiterhin an der Antragsbefugnis, da eine Verletzung von Rechtsvorschriften nach § 97 Abs. 7 GWB nicht erkennbar sei. Zum einen sei der Adressat der Vorabinformation vom 31.05.2016 zwar fehlerhaft mit dem Sitz in Mannheim vermerkt, dies ändere jedoch nichts daran, dass das Schreiben der Antragstellerin ordnungsgemäß zugegangen sei und sie dieses Schreiben auch umgehend beantwortet habe. Auch der Vorwurf des Wechsels der Vorgehensweise wird von den Antragsgegnern zurückgewiesen, sie hätten von Anfang die parallele Strategie verfolgt, mit beiden restlichen Bietern bis zur Zuschlagsentscheidung parallel verhandelt. Hinsichtlich der überprüfbaren und nachvollziehbaren Gründe für die Bewertung verweisen die Antragsgegner auf die erweiterten Informationen und darauf, dass nach deutschem Rechtssystem dem Auftraggeber grundsätzlich

gestattet sei, sich relativ kurz zu fassen. Es reiche demnach aus, dass der Bieter in Ansätzen nachvollziehen könne, weshalb er nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe, so dass grundsätzlich auch formularmäßige Begründungen ausreichend sein könnten. Jedoch seien die Voraussetzungen im belgischen Vergaberecht an die Begründungspflicht wesentlich ausgeprägter und weitreichender. Daher hätten sich die Antragsgegner entschlossen, eine neue überarbeitete Vorinformation in Form des Standstill-Letters vom 21.06.2016 zu erstellen und den Bietern nachträglich zur Verfügung zu stellen.

Auch den Vorwurf fehlerhafter Bewertung weisen die Antragsgegner zurück. Die Bewertung und Vergabe der einzelnen Bewertungspunkte in den Sektorenbereichen B und C sei ausschließlich an Hand der zuvor in Dokument 0.06 "*Information for Tender Evaluation*" veröffentlichten Bewertungsmatrix in Verbindung mit den jeweiligen Punktskalen und jeweiligen Definitionen erfolgt. Dabei seien für sämtliche Bieter die gleichen Maßstäbe angewandt worden, sodass entsprechend des vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes eine Ungleichbehandlung der Bieter zweifelsfrei ausscheide. Da die Angebots- und Vertragsentwürfe wiederum stark divergiert hätten, und zwar sowohl untereinander als auch in Bezug auf den von den Antragsgegner gewünschten Vertragsinhalt, hätten die Antragsgegner beschlossen, von nun an während der folgenden Verhandlungsgespräche die verschiedenen EPC-Vertragsentwürfe individualisiert auszuhandeln. Im Zuge dieser Verhandlungen sei mehrfach mündlich erklärt worden, dass auf Grund dieser Trennung der letzte gemeinsame EPC-Vertrag in der Version 3.0 als Basis für die künftige Bewertung der von den Bietern angebotenen EPC-Verträge herangezogen werde.

Die Beeinflussung des Bewertungsergebnisses durch die Aktivitäten des bevorzugten Bieters mit der Antragsgegnerin zu 1 wird zurückgewiesen. Insgesamt weisen die Antragsgegner den Antrag auch als unbegründet zurück. Hierzu wird auf die Ausführungen im Schriftsatz vom 01.07.2016, der den Beteiligten vorliegt, verwiesen.

In Ergänzung ihres Vortrags mit Schreiben vom 22.7.2016 verweisen sie darauf, dass beide Verträge einer gemeinsamen Zuschlagsentscheidung unterlägen und mindestens der 2. Vertrag nach belgischem Recht zu beurteilen sei. Sie halten eine analoge Anwendung des § 106a Abs. 3 S. 2 GWB für notwendig wegen der unstrittigen Regelungslücke und verweisen auf Art. 57 Abs.4b) der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU, die heute den Auftraggebern eine Regelungskompetenz für die interne Organisation des Verfahrens, einschließlich der Handhabung des Verfahrens zuspricht. Die Festlegung einer gemeinsamen Nachprüfungsstelle sei interessengerecht und entspräche der heutigen Regelung des § 4 Abs. 2, Satz 2 der Sektorenverordnung vom 14.4.2016, wonach Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedsstaaten die Zuständigkeit und die anwendbaren Bestimmungen des nationalen Rechts durch Vereinbarung festlegen können. Der vollständige Rechtsschutz der Antragstellerin sei auch durch das nach wie vor anhängige -

lediglich erweiterte - Nachprüfungsverfahren mit Suspensiveffekt bis hin zum Schadensersatz gewährleistet.

## II. Gründe:

Die Kammer ist nicht gemäß §§ 102, 104 Abs.1 und 2 GWB zuständig. Der Nachprüfungsantrag ist daher als nicht statthaft zurückzuweisen.

Danach sind die Vergabekammern des Landes für die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge zuständig, die nach §§ 106, 106 a GWB dem Land zuzurechnen sind.

Da die grenzüberschreitende gemeinsame Vergabe der Antragsgegnerinnen unstreitig nicht den dort geregelten Fällen zuzuordnen ist, haben sich die Antragsgegnerinnen zu Recht in Analogie des § 106 a Abs. 3 S. 2 GWB in Verbindung mit Art 23 EuGVVO a.F. auf den belgischen Vergaberechtsweg geeinigt und diesen in der Bekanntmachung und damit für dieses Verfahren als verbindlichen Rechtsweg vorgegeben.

Sie haben diese Vorgabe zur Vermeidung von Parallelverfahren mit der Gefahr widerstreitender Entscheidung in derselben Sache und zur Sicherung eines zügigen Rechtsschutzes setzen dürfen.

Die Kammer hält an ihrer in dem Schreiben vom 5.7.2016 dargestellten Rechtsauffassung im Wesentlichen fest.

Danach war nach dem Rechtsgedanken des Art .1 und 23 EuGVVO a.F. eine solche Vereinbarung zulässig.

Es handelt sich um eine Vereinbarung zivilrechtlicher Art, denn die Regelung der Festlegung der zuständigen Vergabekammer ist eine Gerichtsstandsvereinbarung im Bereich des Zivilrechts.

Das Vergaberecht ist im nationalen Recht mit dem Vierten Teil des GWB dem Zivilrecht zugewiesen.

Es handelt sich auch nicht um eine Streitigkeit des Verwaltungsrechts. Die Vergabekammern sind zwar nach nationalem Recht Behörden und entscheiden durch Verwaltungsakt. Sie wenden jedoch mit dem Vergaberecht überwiegend Zivilrecht an und sind nach der Rechtsprechung des EuGH als Gerichte iS des EU-Rechts anzusehen (EuGH vom 18.9.2014, C 549/13, BVerwG B.v.2.5.2007,Az: 6B 10/07- NJW 2007, 2275). Insbesondere das BVerwG hat sich mit der genannten Entscheidung gegen eine Zuordnung des Vergaberechts zum öffentlichen/

Verwaltungsrecht gewandt und damit einen langandauernden Streit über die Rechtsnatur des - hiesigen - Vergaberechts beendet.

Ohnehin kommt es auf die Art der Gerichtsbarkeit nach Art. 1 EuGVVO nicht an.

Entsprechend der Übergangsvorschrift des § 66 EuGVVO ist die alte Fassung der sog. "Brüssel I-VO" für Verfahren, die bis zum 9.1.2015 begonnen haben, anzuwenden.

Die hier in Frage stehende Gerichtsstandvereinbarung nach Art. 23 EuGVVO a.F. setzt eine Vereinbarung von Parteien über ein zuständiges Gericht voraus, von denen mindestens eine ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates haben muss.

Hier sind beide Parteien dieser Vereinbarung - sowohl die Antragsgegnerin zu 1) als auch die Antragsgegnerin zu 2) - in einem Mitgliedstaat der EU- Deutschland und Belgien - ansässig.

Hier sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Kammer sich sehr wohl im Klaren war, dass diese Vereinbarung zunächst nur zwischen den Antragsgegnern geschlossen werden konnte, mithin nur diese, - nicht die Antragstellerin -, Partei dieser Vereinbarung waren.

Die Vereinbarung muss schriftlich erfolgen oder schriftlich bestätigt werden und in einer Form, die den Gepflogenheiten entspricht, die zwischen den Parteien entstanden sind. Das Schriftformerfordernis soll gewährleisten, dass die Einigung zwischen Parteien tatsächlich feststeht (Vgl. OLG Düsseldorf vom 23.3.2011, Az. I - 15 U 18/10 unter Hinweis auf BGH vom 30.3.2006 - VII ZR 249/04 NJW 2006, 1672-1674).

Die Antragsgegner haben im Zuge von Verhandlungen über den Inhalt des gemeinsam zu erteilenden Auftrags eine vertragliche Vereinbarung des Inhalts geschlossen, dass für die vergaberechtlichen Streitigkeiten der President du tribunal de premiere instance de Bruxelles in Brüssel erstinstanzlich zuständig sein soll. (vgl. Anlage 1 der Antragsrwiderrung der AG vom 24.6.2016) Sie ist damit schriftlich belegt.

Diese Entscheidung haben die Antragsgegner im Rahmen der EU-Bekanntmachung des Auftrags veröffentlicht, mithin in einer Form, die dem Handelsbrauch (und den Richtlinien der EU zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen) entspricht und den die Vertragspartner eines solchen Auftrages allgemein kennen und regelmäßig beachten.

Diese Vereinbarung läuft auch keiner in Art 23 Abs. 5 EuGVVO a.F. genannten Ausschließlichkeitsregelungen zuwider.

Die Kammer steht hinsichtlich der Zustimmung der Antragstellerin hierzu auf dem Standpunkt, dass diese durch ihre Teilnahme am Vergabeverfahren, - spätestens

aber mit der Abgabe ihres insoweit uneingeschränkten Angebots -, sich auch schriftlich den Konditionen des Verfahrens so wie es in der Bekanntmachung vorgegeben worden ist , unterworfen oder angeschlossen hat.

Zur Beseitigung dieser Vorgabe standen ihr die Wege der Rüge offen. Sie hat sich rügelos eingelassen, bis sie erkannte, dass sie mit dem Angebot selbst möglicherweise scheitern würde.

Sie hat damit das Verhalten an den Tag gelegt, dem der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 107 Abs.3 GWB entgegen wirken wollte: den sog. "Horten von Rügen".

Eine Vereinbarung nach Art 23 Abs. 1 S. 2 EuGVVO a.F. begründet eine **ausschließliche Zuständigkeit** des President du tribunal de premiere instance de Bruxelles für die vergaberechtlichen Streitigkeiten aus diesem Vergabeverfahren.

Art. 23 Abs. 1 S. 1 EuGVVO a.F. verdrängt damit alle nationalen Regelungen in seinem Anwendungsbereich (vgl. dazu OLG Frankfurt vom 30.3.2015, Az.: 23 U 11/14, Rdnr. 67 mwN), **mithin auch alle Zuständigkeitsregelungen** des GWB im Sinne einer wenigstens rudimentären Rechtssicherheit.

Es sind auch keine allgemeinen Nichtigkeitsgründe nach § 134, 138 BGB für diese Vereinbarung ersichtlich. Zwar kann grundsätzlich die Regelung von Zuständigkeiten von Behörden oder Gerichten nicht in das Belieben von Privatpersonen gestellt werden. Hier jedoch handelt es sich um eine durchaus grundsätzlich zulässige Einigung auf eine von mehreren möglichen Rechtswegregelungen. Es besteht ja Einigkeit zwischen den Parteien (dieses Verfahrens) dass keine unmittelbar anwendbaren verbindlichen Regelungen zum Zeitpunkt der Bekanntmachung vorhanden waren.

Was aber nicht ausdrücklich verboten ist, ist zunächst erlaubt.

Auch der von der Antragstellerin nun in den Vordergrund gestellte Gedanke der potentiellen Rechtschutzlosigkeit steht der Anwendung der Vereinbarung nicht entgegen, denn die Antragstellerin kann auch in Brüssel einen der europäische Rechtsmittel - und Vergaberichtlinien entsprechenden Rechtsschutz erarbeiten und erwarten. Insoweit ist die Befürchtung der Antragstellerin, der President du tribunal de premiere instance de Bruxelles könne seine Zuständigkeit ablehnen, nicht begründet und bis dato nicht belegt. Das Verfahren dort wird offensichtlich regelgerecht fortgeführt.

Die Antragsgegner haben mit ihrem Schreiben vom 1.7.2016 auch nachgewiesen, dass mit dem Antrag beim President du tribunal de premiere instance de Bruxelles ein hinreichendes Zuschlagsverbot erwirkt werden konnte. Dass sich daran ein komplexeres und aufwendigeres Verfahren anschließt als in Deutschland führt nicht dazu, dass diese Vereinbarung die Antragstellerin rechtschutzlos stellt.

Für eine Aussetzung - sei es nun auf der Basis der Art. 27 ff EuGVVO a.F. oder über die Vorlage beim EuGH - besteht aus Sicht der Kammer keine Notwendigkeit. Die Instanzen in Brüssel wenden ebenso das europäische Vergaberecht an und werden hinsichtlich der Zuständigkeit im Rahmen ihres Verfahrens vor exakt derselben Frage stehen und sich ebenfalls nur mit analogen Rechtsanwendungen für diese in der Vergangenheit liegenden Entscheidungen behelfen können. Die heutige Rechtslage lässt jedoch mit Blick auf § 4, - insbesondere dessen Absatz 2 -, der Sektorenverordnung den Schluss zu, dass die getroffene Vereinbarung nach der heutigen Einschätzung des nationalen Gesetzgebers zulässig wäre und damit auch die Zuständigkeit des President du tribunal de premiere instance de Bruxelles und des anschließenden Rechtszuges wirksam vereinbart wurde. Es muss zulässig sein, für die Schließung einer Rechtslücke die nachträglichen Entscheidungen des Gesetzgebers zu diesem Thema heranzuziehen.

Im Übrigen gestattet die nationale Regelung des § 113 GWB der Kammer im Prinzip gar keine Aussetzungen. Vielmehr gilt der Beschleunigungsgrundsatz, wonach die Kammer innerhalb weniger Wochen zu entscheiden hat.

### III. Kostenentscheidung:

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 und 3 GWB.

Gem. § 128 Abs. 1 sind für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwands zu erheben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 GWB nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Dieser wiederum ergibt sich im Regelfall aus dem Angebot (brutto) der Antragstellerin.

Der Gebührenrahmen wurde vom Gesetzgeber auf eine Mindestgebühr von 2.500,00 € und eine Höchstgebühr von 50.000,00 € festgesetzt, wobei im Einzelfall bei außergewöhnlich hohem Aufwand oder entsprechend hoher wirtschaftlicher Bedeutung eine Erhöhung auf 100.000,00 € möglich ist. Die Tabelle des Bundeskartellamtes zur Gebührenhöhe in Abhängigkeit vom Ausschreibungswert, d.h. im Regelfall dem geschätzten Auftragswert bzw. dem strittigen Angebotspreis endet bei einem Auftragsvolumen von 70 Mio. € und sieht dafür eine Gebühr von 50.000 € vor.

Die Kammer hält die Festsetzung einer Gebühr von 5.000,--€ als der doppelten Mindestgebühr in Hinblick auf den mehrfachen Millionenbetrag des Auftragswerts für angemessen, aber auch hinreichend, weil sich die Entscheidung in Fragen zur Zuständigkeiten erschöpft hat.

Gem. § 128 Abs. 3 GWB hat der Beteiligte, der vor einer Vergabekammer unterliegt, die Kosten zu tragen. Mithin hat die Antragstellerin die Gebühr zu tragen. Ihr Anliegen, eine vollumfängliche Nachprüfung der Wertungsentscheidung durch die hiesige Vergabekammer durchführen zu lassen, ist nicht durchsetzbar.

Entsprechendes gilt grundsätzlich für die Kosten der Antragsgegner gemäß § 128 Abs. 4 S. 1 GWB. Die Antragstellerin hat aus demselben Grunde die notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.

#### IV.Rechtsbehelfsbelehrung:

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 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.

Hugenroth  
(Vorsitzende)

Diemon-Wies  
(stellvtr.hauptamtl. Mitglied)

