

Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 21.12.2022
Aktenzeichen: Verg 37/22
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2022:1221.VERG37.22.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle:



Zitiervorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2022 - Verg 37/22 -, juris

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen die Ablehnung der Erklärung der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig im Kostenbeschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 3. August 2022 (VK 2-42/22) wird zurückgewiesen.
2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.
3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis ... Euro festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom ... im offenen Verfahren als Los 7.2 den Neubau der A ... im Bereich zwischen der Anschlussstelle S und dem Autobahndreieck A .../ A ...in Gestalt der kompletten Erd- und Oberbauarbeiten einschließlich der Herstellung der Lärmschutzwände aus Stahlbetonfertigteilen EU-weit aus (Referenznummer der Bekanntmachung: ...).
- 2 Die Antragstellerin rügte die unterbliebene Bildung eines Fachlosen Herstellung Lärmschutzwände mit Schreiben vom 18. März 2022 als vergaberechtswidrig. Nach Zurückweisung ihrer Rüge beantragte sie mit Anwaltsschreiben vom 7. April 2022 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, in dem sie ihre vorgenannte Rüge wiederholte und vertiefte. Die Ausschreibung als Generalunternehmerleistung ohne Bildung eines Fachlosen für das eigenständige Fachgewerk Herstellung Lärmschutzwände verstoße gegen die Verpflichtung zur Bildung von Teil- und Fachlosen nach § 97 Abs. 4 GWB und hindere sie an der Abgabe eines eigenen Angebots.
- 3 Dem ist die Antragsgegnerin mit Anwaltsschreiben vom 27. April 2022 entgegengetreten. Die Gesamtvergabe sei vorliegend technisch erforderlich, da die geologische Situation bedingt durch zwei bis zu 60 Meter tief ausgekohlte ehemalige Tagebaue im Bauabschnitt höchst komplex sei. Aufgrund der notwendigen Verdichtung sei die Errichtung des Verkehrsdamms und der Lärmschutz-Wall-Wandkonstruktion untrennbar miteinander verbunden, da diese in gegenseitiger technischer Abhängigkeit errichtet werden müssten. Die gesamte Anlage "schwimme" quasi auf losem Kippgrund. Daraufhin nahm die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 2. Mai 2022 zurück.

- 4 Mit Kostenbeschluss vom 3. August 2022 hat die Vergabekammer der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin auferlegt und die Gebühr für ihre Tätigkeit auf ... Euro festgesetzt, aber den Antrag der Antragsgegnerin, die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären, abgelehnt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Antragsgegnerin müsse als öffentlicher Auftraggeber selbst über den erforderlichen vergaberechtlichen Sachverstand verfügen. Die Losbildung gehöre zu den grundlegenden Weichenstellungen, besondere vergaberechtliche Fragestellungen hätten sich vorliegend nicht gestellt. Allein der Gesichtspunkt der Waffengleichheit könne die Hinzuziehung nicht rechtfertigen. Anders als der öffentliche Auftraggeber müsse der Bieter keine vertieften vergaberechtlichen Kenntnisse besitzen.
- 5 Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. Sie trägt vor, erst nachdem die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag mit fachanwaltlicher Hilfe eingereicht habe, habe auch sie die vorgetragenen komplexen Argumente fachanwaltlich prüfen und zu ihnen Stellung nehmen lassen. In der Rechtsabteilung ihrer Niederlassung Ost gebe es aktuell keinen Juristen mit vergaberechtlicher Expertise. Es habe ein hochkomplexer technischer Sachverhalt unter § 97 Abs. 4 GWB subsumiert und in rechtlicher Hinsicht eingeordnet werden müssen.
- 6 Die Antragstellerin beantragt,
- 7 den Kostenbeschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 3. August 2022 insoweit abzuändern als festgestellt worden ist, dass die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten nicht notwendig war.
- 8 Die Antragstellerin beantragt,
- 9 die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen die Kostenbeschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 3. August 2022 zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen.
- 10 Die sofortige Beschwerde sei bereits unzulässig. Sie richte sich gegen den falschen Kostenfestsetzungsbeschluss der 1. Vergabekammer des Bundes und sei verfristet. Die Beschwerde sei aber auch unbegründet. Die Frage der Losaufteilung sei von der Antragsgegnerin bereits in Vorbereitung des Vergabeverfahrens zu prüfen und zu beantworten gewesen. Es sei aber auch wenig überzeugend, dass die Niederlassung Ost der Antragsgegnerin mit rund 1.200 Mitarbeitern nicht über die erforderliche personelle Ausstattung für die Bearbeitung vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren verfügen solle. Ein öffentlicher Auftraggeber müsse seinen originären Aufgabenkreis organisieren.

II.

- 11 Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin, über die der Senat ohne mündliche Verhandlung entscheiden kann, weil sich die Beschwerde nur gegen eine Nebenentscheidung der Vergabekammer richtet (OLG Brandenburg, Beschluss vom 3. Januar 2019, 19 Verg 5/18, BeckRS 2019, 129 Rn. 11; Senatsbeschluss vom 10. Juli 2013, Verg 40/12, BeckRS 2014, 3553), ist zulässig, aber unbegründet.
- 12 1. Die sofortige Beschwerde ist nach § 171 Abs. 1 GWB statthaft. Zu den danach mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen der Vergabekammer gehören auch Kostenentscheidungen, mit denen die Vergabekammer Gebühren und Ausla-

gen nach § 182 Abs. 2 GWB festgesetzt hat. Diese können losgelöst von dem Schicksal der Hauptsache Gegenstand einer selbständigen sofortigen Beschwerde sein (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2011, X ZB 5/10, NZBau 2012, 186 Rn 9; OLG Brandenburg, Beschluss vom 3. Januar 2019, 19 Verg 5/18, BeckRS 2019, 129 Rn. 10). Dies gilt auch für Entscheidungen über die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten, die nach § 171 Abs. 1 Satz 1 GWB ebenfalls selbstständig anfechtbar sind (Senatsbeschlüsse vom 16. März 2020, VII-Verg 38/18, BeckRS 2020, 29123 Rn. 21, und vom 29. Mai 2019, VII-Verg 55/18).

- 13 Die sofortige Beschwerde ist auch ansonsten zulässig. Die am 18. August 2022 eingegangene Beschwerdeschrift hat die zweiwöchige Beschwerdefrist nach § 172 Abs. 1 GWB gewahrt. Der Kostenbeschluss der Vergabekammer vom 3. August 2022 ist der Antragsgegnerin ausweislich ihres Empfangsbekennnisses erst am 4. August 2022 zugestellt worden (Bl. 675 d. VK-Akte). Soweit die Antragsgegnerin ihre Beschwerde gegen den Beschluss der "1. Vergabekammer des Bundes" gerichtet hat, ist dies schon deswegen unschädlich, weil das eingangs ihrer Beschwerdeschrift genannte Aktenzeichen VK 2-42/22 korrekt war und eine Zuordnung zu dem sie beschwerenden Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes erlaubte. Auch Prozesshandlungen sind auslegungsfähig und -bedürftig (Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., Vor § 128 Rn. 25). Bei verfahrenseinleitenden Anträgen ist davon auszugehen, dass die Partei das anstrebt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage der Partei entspricht (BGH, Beschluss vom 22. Mai 1995, II ZB 2/95, NJW-RR 1995, 1183).
- 14 b) Die sofortige Beschwerde ist jedoch unbegründet. Die Vergabekammer hat die Notwendigkeit einer Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin zu Recht verneint.
- 15 aa) Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG sind auch die Gebühren und Auslagen des Verfahrensbevollmächtigten des Beigeladenen erstattungsfähig, wenn dessen Hinzuziehung im Verfahren vor der Vergabekammer in Anbetracht der dort aufgetretenen Schwierigkeiten im Ergebnis notwendig war. Dabei ermöglicht § 182 Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB i.d.F. des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes vom 17. Februar 2016 - anders als das zuvor geltende Recht - eine die Kostentragung betreffende Entscheidung nach billigem Ermessen auch im Umfang der den Verfahrensbeteiligten entstandenen notwendigen Aufwendungen, wenn sich der Antrag durch Rücknahme oder anderweitig erledigt hat (Senatsbeschluss vom 10. März 2021, VII-Verg 45/20, BeckRS 2021, 49392 Rn. 20; Losch in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 182 Rn. 33). Die Neufassung der Regelung sollte gerade die Regelungslücke für den Aufwendungsersatz im Falle der Antragsrücknahme oder sonstigen Erledigung schließen (BT-Drs. 367/15, Seite 165).
- 16 Über die Notwendigkeit eines Verfahrensbeteiligten, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge; Senatsbeschlüsse vom 16. März 2020, VII-Verg 38/18, BeckRS 2020, 29123 Rn. 34 und vom 15. Mai 2018, VII-Verg 58/17; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 2. November 2017, 11 Verg 8/17, ZfBR 2018, 198, 199). Entscheidend ist, ob der Beteiligte unter den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen und hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen, wobei ne-

ben Gesichtspunkten wie der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, der Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen auch rein persönliche Umstände bestimmend sein können (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge). Konzentriert sich das Nachprüfungsverfahren auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen nebst den zugehörigen Vergabevorschriften ist die Zuziehung eines Rechtsanwalts durch den öffentlichen Auftraggeber im Allgemeinen nicht erforderlich. Denn in seinem originären Aufgabenbereich muss er sich die für ein Nachprüfungsverfahren notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse grundsätzlich selbst verschaffen; er kann dies nicht auf einen Rechtsanwalt abwälzen. Umgekehrt kann die Beteiligung eines Rechtsanwalts notwendig sein, wenn sich im Nachprüfungsverfahren darüber hinaus nicht einfach gelagerte Rechtsfragen, insbesondere verfahrensrechtlicher oder solcher Art stellen, die auf einer höheren Rechtsebene als jener der Vergabeordnungen zu entscheiden sind (Senatsbeschluss vom 31. Januar 2019, VII-Verg 9/18, BeckRS 2019, 40267 Rn. 20; OLG Frankfurt, Beschluss vom 2. November 2017, 11 Verg 8/17, ZfBR 2018, 198, 199). Insoweit kann auch berücksichtigt werden, inwieweit die Vergabestelle über geschultes Personal und Erfahrung mit Vergabeverfahren verfügt (Senatsbeschluss vom 31. Januar 2019, VII-Verg 9/18, BeckRS 2019, 40267 Rn. 21; OLG Frankfurt, Beschluss vom 2. November 2017, 11 Verg 8/17, ZfBR 2018, 198, 199). Anerkannt ist darüber hinaus, dass der Gesichtspunkt der so genannten prozessualen Waffengleichheit in die Prüfung einfließen kann (Senatsbeschluss vom 16. März 2020, VII-Verg 38/18, BeckRS 2020, 29123 Rn. 34; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 2. November 2017, 11 Verg 8/17, ZfBR 2018, 198, 199; OLG München, Beschluss vom 11. Juni 2008 Verg 6/08, ZfBR 2008, 724, 725).

- 17 bb) Vor dem Hintergrund dieser von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze war die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin nicht notwendig.
- 18 Die Frage, ob ein Bauauftrag in Teil- und Fachlose aufgeteilt werden muss oder ob hiervon aufgrund wirtschaftlicher oder technischer Gründe ausnahmsweise abgesehen werden kann, gehört zum Kern des originären Aufgabenbereichs der Antragsgegnerin, deren Aufgabe maßgeblich die Errichtung und die Erhaltung der Bundesautobahnen und damit die Vergabe baulicher Großprojekte ist. Diese Frage muss die Antragsgegnerin im Vorfeld jedes größeren Projekts prüfen und beantworten. Insofern hat sie hierfür neben den technischen und wirtschaftlichen auch die erforderlichen vergaberechtlichen Kompetenzen vorzuhalten und zwar entweder im Bereich der jeweiligen Niederlassungen oder ihrer Zentrale, auf die die einzelnen Niederlassungen dann zurückgreifen können. Ob ihre Niederlassung Ost über die erforderliche vergaberechtliche Expertise verfügt, ist irrelevant. Verfahrensbeteiligte ist die Antragsgegnerin als juristische Person.
- 19 Das vorliegende Nachprüfungsverfahren warf auch keine schwierigen Rechtsfragen auf. Hochkomplex war allein die technische Seite, mit der die Antragsgegnerin vorliegend ihr Absehen von einer Vergabe eines Fachloses Herstellung der Lärmschutzwände begründet hat. Entscheidend war die durch zwei bis zu 60 Meter tief ausgekohlte ehemalige Tagebau bedingte schwierige geologische Situation, aufgrund derer die gesamte Anlage quasi "schwimmend" auf losem Kippgrund errichtet werden muss, was zur untrennbaren Verbindung der Errichtung von Verkehrsdamm und der Lärmschutz-Wall-Wandkonstruktion führt. Allein dieser technische Sachverhalt musste - wie geschehen - vorgetragen werden, schwierige Fragen der rechtlichen Subsumtion unter § 97 Abs. 4 GWB stellten sich dabei nicht.

III.

- 20 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Demnach trägt die Antragsgegnerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels, wobei es der Billigkeit entspricht, ihr auch die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.
- 21 2. Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren erfolgt bei Rechtsmitteln, die sich nur gegen die Kostenentscheidung oder die Gebührenfestsetzung der Vergabekammer richten, analog § 3 ZPO nach dem finanziellen Interesse des Rechtsmittelführers an der Abänderung der angefochtenen Entscheidung (Senatsbeschluss vom 2. Mai 2022, VII-Verg 5/22, OLG Koblenz, Beschluss vom 16. Januar 2017, Verg 5/16, BeckRS 2017, 100983).
- 22 Für die vorliegend von der Antragsgegnerin begehrte Abänderung der Entscheidung zur Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten gilt nichts anderes. Ihr Interesse an der Abänderung der Entscheidung der Vergabekammer entspricht der gebührenrechtlich angemessenen Vergütungsforderung ihrer Verfahrensbevollmächtigten, die vorliegend mit ... Euro zu bemessen ist und damit in die Gebührenstufe bis ... Euro fällt.
- 23 Für seine Tätigkeit im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer verdient der Rechtsanwalt in Ermangelung eines konkreten Gebührentatbestands eine Geschäftsgebühr nach Teil 2 Abschnitt 3 des Vergütungsverzeichnisses zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (BGH, Beschluss vom 23. September 2008, X ZB 19/07, NZBau 2008, 782 Rn. 8), wobei angesichts der Komplexität des Vergabeverfahrens bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit mehreren Beteiligten in der Regel eine Geschäftsgebühr 2,0 angemessen ist (Senatsbeschluss vom 12. März 2008, VII-Verg 8/08, BeckRS 2009, 5463, OLG München, Beschluss vom 27. August 2009, Verg 04/09, BeckRS 2009, 27006; Krohn in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 182 Rn. 68).
- 24 Vorliegend hat jedoch keine mündliche Verhandlung stattgefunden, sondern die Antragstellerin hat ihren Antrag nach der Erwidern der Antragsgegnerin zurückgenommen, weshalb vorliegend eine 1,5 Geschäftsgebühr als angemessen erscheint. Ausgehend von dem von der Antragsgegnerin mitgeteilten Bruttowert der streitgegenständlichen Teilleistung für die Herstellung der Lärmschutzwände, die die Vergabekammer auch ihrer Gebührenbemessung im Ausgangspunkt zugrunde gelegt hat, ergibt sich in entsprechender Anwendung von § 50 Abs. 2 GKG ein Gegenstandswert von bis ... Euro, auf dessen Basis das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz in der seit dem 1. Januar 2021 geltenden Fassung eine Geschäftsgebühr von ... Euro bestimmt. Bei Zugrundelegung einer 1,5 Geschäftsgebühr für den Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin und einer Post- und Telekommunikationspauschale in Höhe von 20,00 Euro errechnen sich hieraus notwendige Auslagen in Höhe von ... Euro.