

Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat

Entscheidungsdatum: 22.01.2024

Aktenzeichen: Verg 14/23

ECLI: ECLI:DE:OLGD:2024:0122.VERG14.23.00

Dokumenttyp: Beschluss

Quelle:



Zitiervorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2024 - Verg 14/23 -, juris

Tenor

1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer fallen der Antragstellerin zur Last, die auch die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen hat.
2. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer durch die Antragsgegnerin war notwendig.
3. *Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis 125.000,00 Euro festgesetzt.*

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom ... im offenen Verfahren die Elektrotechnik für den Neubau eines Gebäudes der medizinischen Fakultät EU-weit aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer).
- 2 Einziges Zuschlagskriterium war der Preis (Ziffer II.2.5 der Bekanntmachung). Nach Ziffer 08.03. der Leistungsbeschreibung war die Gefahrenmeldeanlage via BACnet/ IP Schnittstelle auf die Managementebene T. E. CC aufzuschalten. Die zusätzlichen Datenpunktliizenzen waren vom Auftragnehmer bereit zu stellen. Die Antragstellerin richtete am 12. Februar 2023 insgesamt 18 die Vergabe betreffende Fragen an die Antragsgegnerin, die sie mit "wir habe folgende Bieterfragen" einleitete, darunter die Frage, nach welcher DIN-Norm die Brandmeldeanlage über das Gebäudeautomatisationsystem zurückgesetzt werden dürfe, und die Frage, warum die Lizenzen und Aufschaltung an ein Dritt- system durch einen Drittanbieter angeboten werden sollen. Diesen Fragen folgte jeweils der Zusatz "Die Position ist nicht kalkulierbar". Die Antragsgegnerin beantwortete die Fragen dahingehend, dass die Managementstation der Gebäudeautomatisations am Standort das Fabrikat E. CC von der Firma T. sei, das zugelassen und zertifiziert sei und auf das alle neu zu errichtenden Anlagen aufgeschaltet werden müssten; die Anlage sei zwingend mit der Firma T. abzustimmen.
- 3 Die Antragstellerin hat kein Angebot abgegeben. Nach Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe hat die Antragstellerin mit Anwaltsschriftsatz vom 10. März 2023 einen Nachprüfungsantrag eingereicht, den sie mit Verstößen gegen die Gebote eindeutiger und erschöpfender Leistungsbeschreibung und der Produktneutralität sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz begründet hat. Die geforderte Einbindung der Brandmeldeanlage an die

Gebäudeautomation E. CC bevorteile Bieter mit Verbindungen zu deren Hersteller, obwohl die Anbindung auch über eine andere Schnittstelle möglich sei.

- 4 Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 21. April 2023 den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen und der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens auferlegt, wobei sie die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig erklärt hat. Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, denn die erforderliche Antragsbefugnis sei nicht gegeben. Ein Bieter, der angebotshindernde Vergaberechtsverstöße geltend mache, belege sein Interesse am Auftrag durch die Erhebung von Rügen und die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Vorliegend fehle es an der Erhebung von Rügen. Die Antragstellerin habe lediglich Bieterfragen gestellt, die die Anforderungen an eine Rüge nicht erfüllten.
- 5 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Bei der gebotenen systematischen Betrachtung seien ihre Fragen vom 12. Februar 2023 zugleich als positiv formulierte Rügen zu verstehen. An Rügen seien keine hohen Anforderungen zu stellen, wobei sich das erforderliche Abhilfeverlangen bereits aus dem Ansprechen der Problematik ergeben könne. Jedenfalls aber habe keine Notwendigkeit für eine Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragsgegnerin bestanden. Ob es sich um reine Bieterfragen handele, sei keine komplizierte Rechts-, sondern bloße Auslegungsfrage.
- 6 Mit Schreiben vom 30. Juni 2023 hat die Antragsgegnerin die Bieter über die Aufhebung des Vergabeverfahrens aus schwerwiegenden Gründen informiert, aufgrund des Vorbringers der Antragstellerin könne deren unangemessene Benachteiligung nicht ganz ausgeschlossen werden. Die Verfahrensbeteiligten haben daraufhin das Nachprüfungsverfahren unter Stellung wechselseitiger Kostenanträge übereinstimmend für erledigt erklärt. Die Antragstellerin ist der Auffassung, die Antragsgegnerin habe die Kosten schon deswegen zu tragen, weil sie ihrem Rechtsschutzziel zum Erfolg verholfen habe. Die Antragsgegnerin hat demgegenüber auf die ihrer Ansicht nach fehlenden Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags verwiesen, den die Vergabekammer zu Recht als unzulässig verworfen habe. Die Antragstellerin habe ihre Rügeobliegenheit verletzt. Allgemeine Hinweise und Fragen stellten keine Rügen dar. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten sei notwendig gewesen.

II.

- 7 1. Nachdem sich das Vergabenachprüfungsverfahren durch die Aufhebung des Vergabeverfahrens erledigt hat, ist gemäß § 182 Abs. 3, Satz 5, Abs. 4 Satz 3, § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 Satz 1 GWB nur noch über die Kosten des Vergabenachprüfungsverfahrens nach Billigkeit zu befinden. Dies führt zur Auferlegung der Kosten auf die Antragstellerin.
- 8 a) Die Entscheidung nach § 182 Abs. 3 Satz 5, Abs. 4 Satz 3, § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 71 Satz 1 GWB über die Kosten des Beschwerdeverfahrens ist nach billigem Ermessen zu treffen. Dabei ist es geboten, dass im Rahmen der zu treffenden Billigkeitsentscheidung alle Umstände des konkreten Falles einschließlich des voraussichtlichen Verfahrensausgangs berücksichtigt werden (Kühnen in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 78 GWB Rn. 4). Insoweit genügt eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Denn es entspricht nicht dem Zweck der Entscheidung über die Kosten nach Erledigung des Rechtsstreits, Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären oder

das Recht fortzubilden (BGH, Beschluss vom 24. Januar 2017, KVR 10/16, NZKart 2017, 204 Rn. 6 - Kaiser's / Tengelmann; Senatsbeschluss vom 13. September 2018, VII-Verg 35717, ZfBR 2019, 402, 403).

- 9 b) Danach entspricht es vorliegend der Billigkeit, die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin der Antragstellerin aufzuerlegen, da ihre sofortige Beschwerde bei summarischer Prüfung zurückgewiesen worden wäre. Ihr Nachprüfungsantrag war, wie die Vergabekammer zu Recht angenommen hat, gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB unzulässig, weil die Antragstellerin die geltend gemachten Verstöße nicht bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe gerügt hat.
- 10 Auch wenn an den Inhalt einer Rüge keine allzu strengen Anforderungen zu stellen sind, setzt eine ordnungsgemäße Rüge doch eine konkrete und deutliche vergaberechtliche Beanstandung voraus, so dass der öffentliche Auftraggeber erkennen kann, um welchen konkreten Verstoß es sich handelt, und dass von ihm die Beseitigung dieses Vergaberechtsfehlers verlangt wird (Senatsbeschluss vom 12. Februar 2020, VII-Verg 24/19, NZBau 2020, 403 Rn. 21 - Schachtförderanlage Konrad 2). Von daher stellen allgemeine Fragen und Hinweise, Kritik oder Unverständnis genauso wenig eine ausreichende Rüge dar, wie die Ankündigung, man werde das nicht hinnehmen. Zudem muss deutlich werden, dass das Unternehmen nicht nur eine Anregung zur Optimierung des Vergabeverfahrens geben will, sondern ein vom Auftraggeber zu beseitigender Rechtsfehler geltend gemacht wird. Entscheidend ist, dass der Bieter objektiv gegenüber dem Auftraggeber deutlich macht, in welchem Punkt und aus welchem Grund er das Vorgehen des Auftraggebers für fehlerhaft hält und dass er eine Korrektur des Fehlers in seinem Sinne erreichen will (Senatsbeschluss vom 12. Februar 2020, VII-Verg 24/19, NZBau 2020, 403 Rn. 21 - Schachtförderanlage Konrad 2). Es muss folglich hinreichend deutlich werden, welches konkrete Tun oder Unterlassen der Vergabestelle für rechtswidrig erachtet wird und es muss klar sein, dass es sich um eine Beanstandung handelt und nicht lediglich um Bieterfragen (Eiermann, Primärrechtsschutz gegen öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Ausschreibungen durch Vergabennachprüfungsverfahren, NZBau 2016, 13, 15). Bieterfragen dienen einem anderen Zweck und stellen von daher grundsätzlich keine Rüge dar. Sie dienen - wie Fragen allgemein - dem Verständnis, also der Aufklärung des Inhalts der Vergabeunterlagen. Durch eine Bieterfrage will das an der Ausschreibung interessierte Unternehmen Klarheit darüber gewinnen, was der öffentliche Auftraggeber fordert. Von den Antworten des öffentlichen Auftraggebers erwartet es eine Auslegungshilfe zu den Vergabeunterlagen, die je nach ihrem Inhalt dann eine Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB begründen kann (OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. Dezember 2021, 11 Verg 6/21 ZfBR 2022, 295, 298). Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen hat die Vergabekammer in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt, dass die Behauptung, "Die Position ist nicht kalkulierbar", im Zusammenhang mit den in Rede stehenden zwei Bieterfragen nicht als Rüge im Sinne von § 160 Abs. 3 GWB verstanden werden kann. Hiergegen ist nicht zu erinnern, insbesondere führt auch eine "systematische Gesamtbetrachtung" zu keinem anderen Ergebnis. Dem Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 18. Februar 2023 war nicht mit der gebotenen Klarheit zu entnehmen, was sie genau beanstandet und welche Abhilfe sie erwartet. Dass sie die Pos. 08.03 des Leistungsverzeichnisses nur dann kalkulieren kann, wenn sie weitere Angaben zu Lizzenzen, Anzahl und Art der Datenpunkte sowie weiteren Aspekten erhält, ergibt sich daraus jedenfalls nicht.

- 11 c) Gesichtspunkte der Billigkeit gebieten es vorliegend nicht, von der Maßgeblichkeit des voraussichtlichen Verfahrensausgangs abzuweichen und der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise aufzuerlegen. Zwar kann es im Einzelfall veranlasst sein, dem öffentlichen Auftraggeber unabhängig vom voraussichtlichen Verfahrensausgang die Kosten aufzuerlegen, wenn er der Rüge des Antragstellers nach Einleitung des Verfahrens doch noch abhilft (OLG München, Beschluss vom 10. April 2019, Verg 8/18, ZfBR 2020, 193, 195). Ein solcher Sachverhalt liegt hier indes nicht vor. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin erfolgt nicht allein deshalb, weil sie die Beanstandungen der Antragstellerin für berechtigt hielt. Wie sich aus ihrem Schreiben vom 5. Juli 2023 ergibt war ihrer Meinung nach ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz lediglich möglich und nicht ganz auszuschließen. Überdies ging es ihr darum, weitere zeitliche Verzögerungen durch das Nachprüfungsverfahren zu vermeiden.
- 12 2. Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG sind auch die Gebühren und Auslagen der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin vor der Vergabekammer erstattungsfähig, da deren Hinzuziehung im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig war.
- 13 Hierüber ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Beurteilung des Einzelfalls 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 (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge). Konzentriert sich das Nachprüfungsverfahren auf zum originären Aufgabenbereich des öffentlichen Auftraggebers bezogene auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen nebst den zugehörigen Vergabevorschriften ist die Zuziehung eines Rechtsanwalts für ihn im Allgemeinen nicht erforderlich. Stellen sich hingegen nicht einfach gelagerte Rechtsfragen, insbesondere verfahrensrechtlicher oder solcher Art, die auf einer höheren Rechtsebene als jener der Vergabeordnungen zu entscheiden sind, kann die Beteiligung eines Rechtsanwalts notwendig sein (Senatsbeschlüsse vom 31. Januar 2019, VII-Verg 9/18, BeckRS 2019, 40267 Rn. 20, und vom 21. Dezember 2022, VII-Verg 37/22; 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).
- 14 Vorliegend stellten sich vorrangig verfahrensbezogene Fragen zur Zulässigkeit, insbesondere im Hinblick auf die Antragsbefugnis und die Rügepräklusion. Entscheidend für

die Frage der Rügepräklusion war dabei weniger die inhaltliche Auslegung der Bieterfragen der Antragstellerin, sondern das Herausarbeiten der für das Verständnis maßgeblichen unterschiedlichen Zielrichtungen von Bieterfragen und Rügen, deren eigenständige Beantwortung von einem universitären Auftraggeber nicht ohne Weiteres erwartet werden konnte.

- 15 3. Eine Entscheidung über die notwendigen Auslagen der Beigeladenen ist nicht veranlasst, weil diese die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren nicht zu einer sachlichen Stellungnahme oder Antragstellung genutzt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 63).

III.

- 16 Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts. Dabei ist vorliegend von der Schätzung der Antragsgegnerin auszugehen, da die Antragstellerin von der Abgabe eines Angebots abgesehen hatte.