
Datum: 26.11.2007
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 53/05
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2007:1126.VII.VERG53.05.00

Tenor:

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat – als Gesamtschuldnerin neben der Antragstellerin zu 2 - die Antragstellerin zu 1 zu tragen. Ihre Aufwendungen im Verfahren der Vergabekammer haben die Verfahrensbeteiligten jeweils selbst zu tragen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragstellerin zu 1 auferlegt.

Die Kosten des Verfahrens nach § 121 GWB trägt der Antragsgegner. Die Beigeladene hat die ihr in diesem Verfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen.

Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren und das Verfahren nach § 121 GWB

bis zum 20. Oktober 2005: 809.680 €

seither: bis 40.000 €

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)

I.

1

2

3

Der Antragsgegner führte ein beschleunigtes nicht offenes Verfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb zur Vergabe eines Auftrags über die Ausführung einer nationalen Service- und Freundlichkeitskampagne im Rahmen der Vorbereitung der Fußball-Weltmeisterschaft durch. Gegenstand der an eine Agentur zu vergebenden Leistung war (1.) die Entwicklung einer Wortbildmarke (key visual), (2.) die Entwicklung eines Kommunikationskonzeptes, (3.) die Entwicklung eines Multiplikatorenkonzeptes zur Einbindung aller Partner der touristischen Leistungskette sowie (4.) die Erstellung eines PR-Konzeptes.

Neben anderen Bietern wurden auch die beiden Antragstellerinnen und die Beigeladene zur Angebotsabgabe zugelassen. Der Zuschlag sollte dem Angebot der Beigeladenen erteilt werden. 4

Dagegen stellten die Antragstellerinnen einen Antrag auf Nachprüfung, den die Vergabekammer mit teilweise bestandskräftigem Beschluss vom 19. Juli 2005 dahin beschied, dass die Wertung der Angebote der Antragstellerin zu 1 und der Beigeladenen zu wiederholen sei. Den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 2 verwarf die Vergabekammer. Die Beigeladene hat mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer im Wesentlichen geltend gemacht: Das Angebot der Antragstellerin zu 1 sei infolge fehlender Preisangaben und Erklärungen sowie von Änderungen an den Verdingungsunterlagen und infolge einer unzulässigen wettbewerbswidrigen Absprache mit der Antragstellerin zu 2 zwingend von der Wertung auszuschließen. Die Beigeladene hat den Antrag angekündigt, dass unter Zurückweisung des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin zu 1 der Beschluss der Vergabekammer aufgehoben werde, soweit darin die Wiederholung der Angebotswertung bezüglich ihres eigenen und des Angebotes der Antragstellerin zu 1 angeordnet worden sei. Der Antragsgegner hat beantragt, ihm gemäß § 121 Abs. 1 GWB zu gestatten, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. 5

Der Antragsgegner erneuerte die Angebotswertung am 25. August 2005 in dem ihm aufgegebenen Umfang und gab mit Schreiben vom 1. September 2005 bekannt, den Zuschlag weiterhin dem Angebot der Beigeladenen erteilen zu wollen. Darauf stellte die Antragstellerin zu 1 die erneute Angebotswertung in einem zweiten Nachprüfungsverfahren zur Überprüfung. Der Antragsgegner beantragte dort, ihm gemäß § 115 Abs. 1 GWB den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu gestatten. Mit Beschluss vom 30. September 2005, VK 3-130/05, hob die Vergabekammer im zweiten Vergabenachprüfungsverfahren das Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 Satz 1 GWB auf. Der Antragsgegner erteilte auf das Angebot der Beigeladenen den Zuschlag. Daraufhin nahm die Antragstellerin zu 1 den Nachprüfungsantrag zurück. 6

Danach hat die Beigeladene das vorliegende Beschwerdeverfahren für in der Hauptsache erledigt erklärt. Die Antragstellerin zu 1 und der Antragsgegner haben sich der Erledigungserklärung der Beigeladenen angeschlossen. Die Antragstellerin zu 1 beantragt, der Beigeladenen die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen. 7

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze, die mit diesen vorgelegten Anlagen und die Beschlüsse der 3. Vergabekammer des Bundes vom 19. Juli 2005, VK 3-58/05, und vom 30. September 2005, VK 3-130/05, verwiesen. 8

II. 9

1. Nach der Erledigung des Vergabenachprüfungsverfahrens durch die wirksame Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen und nachdem die Beigeladene das Beschwerdeverfahren für erledigt erklärt hat, hat das Beschwerdegericht nur noch über die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu entscheiden. Zu unterscheiden ist - sowohl im Fall der Rücknahme als auch im Fall der Erledigung - zwischen den Kosten des Verfahrens der sofortigen Beschwerde und denjenigen des Verfahrens vor der Vergabekammer (vgl. BGH, Beschl. v. 25.10.2005, X ZB 15/05, NZBau 2006, 392). In beiden Fällen fehlt es im Rechtssinne an einer Sachentscheidung der Vergabekammer.

2. Nachdem die Antragstellerin zu 1 mit Schriftsatz vom 19. Oktober 2005 den Nachprüfungsantrag für erledigt erklärt hat - so ist der Inhalt des Schriftsatzes vom 19.10.2005, mit dem sie sich der Erledigungserklärung der Beigeladenen hinsichtlich des Beschwerdeverfahrens anschließt, auszulegen -, hat sie die für die Tätigkeit der Vergabekammer anfallenden Kosten (Gebühren und Auslagen) nach § 128 Abs. 1 GWB mit der Antragstellerin zu 2 als Gesamtschuldnerin zu tragen. Kostenschuldner ist gem. § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG derjenige, der durch Stellung eines Nachprüfungsantrags das Verfahren in Gang gesetzt hat.

11

Eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und eine Erstattung der hälftigen Auslagen der Beigeladenen durch die Antragstellerin zu 1 findet im Falle der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens - ohne Entscheidung zur Sache über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 1 - nicht statt (vgl. BGH, Beschl. v. 9.12.2004, X ZB 14/03, VergabeR 2004, 414-416). Der anderslautenden Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden vom 16. November 2006, Wverg 15/06, wonach die Kostenentscheidung der Vergabekammer nach Rücknahme des Nachprüfungsantrags in der Beschwerdeinstanz unberührt bleibe, ist durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25. Oktober 2005 (X ZB 15/05) die Grundlage entzogen. Der BGH hat in einem Fall wie demjenigen des OLD Dresden genau gegenteilig entschieden. Rücknahme nach Erledigung sind – wie der BGH im letztgenannten Beschluss ausgeführt hat, in rechtlicher Hinsicht jedoch identisch zu behandeln.

12

Zwar ist die Antragstellerin zu 2 nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt gewesen und die Entscheidung insoweit bestandskräftig geworden ist. Dies hindert das Rechtsmittelgericht jedoch nicht, im Rechtsmittelverfahren die Kostenentscheidung der Vergabekammer insgesamt zu überprüfen und gegebenenfalls abzuändern, auch soweit sie einen am Rechtsmittelverfahren nicht mehr Beteiligten betrifft (vgl. BGH, MDR 1981, 928; Gummer/Heßler, in ZPO, 27. Aufl., § 528, Rdnr. 35).

13

3. Nachdem die Beigeladene das Beschwerdeverfahren für erledigt erklärt hat und die Antragstellerin zu 1 und der Antragsgegner sich der Erledigungserklärung angeschlossen haben, ist in entsprechender Anwendung von § 91 a ZPO über die Kosten des Beschwerdeverfahrens unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Der Bundesgerichtshof hat mit seinem Beschluss vom 19. Dezember 2000 (vgl. BGHZ 146, 202, 216) entschieden, dass auf das vergaberechtliche Beschwerdeverfahren als streitigem Verfahren vor einem ordentlichen Gericht die Kostenvorschriften der ZPO analog anzuwenden sind. Danach treffen die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens denjenigen Verfahrensbeteiligten, der – auf der Grundlage des bei Eintritt der Hauptsacheerledigung gegebenen Sach- und Streitstandes – bei einer streitigen Fortsetzung des jeweiligen Verfahrens voraussichtlich unterlegen wäre.

14

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der dem Antragsgegner und der Beigeladenen in diesem Verfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten sind der

15

Antragstellerin zu 1 aufzuerlegen.

a) Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen, mit der sie sich gegen die an den Antragsgegner gerichtete Anordnung der Vergabekammer wandte, die Angebotswertung zu wiederholen, war bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses in der Hauptsache zulässig. Die Beigeladene ist durch den Beschluss der Vergabekammer formell beschwert. Die Beigeladene hat in erster Instanz beantragt, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 1 zurückzuweisen. Die Vergabekammer hat auf den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 1 hin jedoch angeordnet, dass die Wertung der Angebote der Antragstellerin zu 1 und der Beigeladenen zu wiederholen sei. 16

Das Rechtsschutzbedürfnis der Beigeladenen war im Zeitpunkt der Einlegung und Zustellung der sofortigen Beschwerde gegeben. Es entfiel erst mit der Wiederholung der Angebotswertung durch den Antragsgegner, die zu dem erneuten Ergebnis geführt hat, dass der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden sollte. Durch die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen ist eine Erledigung des Vergabeverfahrens eingetreten (vgl. § 114 Abs. 2 GWB). Mit Recht hat daraufhin die Beigeladene das Beschwerdeverfahren in der Hauptsache für erledigt erklärt. 17

b) Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen war begründet. 18

aa) Allerdings war der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 1. zulässig. Eine Verletzung der Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB fiel der Antragstellerin zu 1 nicht zur Last. Die Rügen sind – entgegen der Auffassung der Beigeladenen - nicht verspätet erfolgt. Die als Rügefrist zur Verfügung stehende Zeitspanne darf maximal zwei Wochen betragen (vgl. BayObLG NZBau 2000, 481, 483; OLG Düsseldorf NZBau 2000, 45,47= NJW 2000, 145). Die Antragstellerin hat rechtzeitig nach Zugang der Bieterinformationen nach § 13 VgV vom 25. Mai und 7. Juni 2005 mit Rügeschreiben vom 31. Mai 2005 und 11. Juni 2005 – jeweils innerhalb weniger Tage - gerügt. Der Antragstellerin war eine Prüfungs- und Überlegungsfrist einzuräumen. 19

bb) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu 1 war aber unbegründet. 20

Das Angebot der Antragstellerin zu 1 unterlag wegen Fehlens einer geforderten Erklärung einem zwingenden Ausschluss von der Wertung. Es fehlte die von den Bietern geforderte "exemplarische" Preisangabe hinsichtlich der sog. Maßnahmekosten. 21

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 30. April 2005 auf Seite 3 war unter anderem von den Bietern gefordert: 22

Das Angebot muss verbindliche Preisangaben über die Konzeptionskosten und monatlicher Agenturkosten enthalten. Daneben sind die grundsätzlichen Konzeptentwürfe, kreative Ideen und deren Kostenkalkulation sowie die Angaben von beispielhaften Maßnahmekosten dem Angebot beizufügen. 23

Die Antragstellerin zu 1 hat nicht die geforderte Erklärung zu den Maßnahmekosten abgegeben. Sie hat in einer Anlage zum Preisvordruck vielmehr erklärt: 24

Die Kosten für die Umsetzung der einzelnen Projektbausteine können erst nach Einigung über den genauen Aufgabenumfang bestimmt werden. Aus diesem Grund können für die skizzierten Projekte zum jetzigen Zeitpunkt noch keine verbindlichen Einzelkalkulationen vorgelegt werden. 25

Diese Erklärung enthielt nicht die geforderte exemplarische Angabe zu den Maßnahmekosten. Die Antragstellerin zu 1 hat vielmehr darauf hingewiesen, dass eine Erklärung zu solchen Kosten nicht abgegeben werde Eine Angabe war den Bietern zuzumuten. Eine rechtliche Bindung sollte nicht eintreten. Mit Recht ist die Vergabekammer davon ausgegangen, dass es dem Auftraggeber nur darum ging, eine Grundlage für die Schätzung der zu erwartenden Maßnahmekosten zu erlangen.	26
Die Maßnahmekosten ergaben sich nicht aus dem Preisaufdruck auf der sog. Freund-Box, da aus der Sicht eines Angebotsempfängers daraus nicht zu erkennen war, dass der Preisaufdruck einen Bezug zu den geforderten beispielhaften Maßnahmekosten aufweisen, nicht aber lediglich allgemeinen Illustrationszwecken dienen sollte.	27
cc) Zwar unterliegt nach dem Wortlaut von § 25 Nr. 1 Abs. 2 a VOL/A ("können") in diesen Fällen der Ausschluss des Angebots dem Ermessen des Auftraggebers. Der Bundesgerichtshof hat aber wiederholt entschieden (vgl. Ur. v. 4.5.2005, X ZR 243/02, Umdruck S. 6) dass Angebote, die dem § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A nicht entsprechen, weil ihnen geforderte Angaben und Erklärungen fehlen, zwingend von der Vergabe auszuschließen sind. Dem – so der BGH -stehe nicht entgegen, dass § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A als Sollvorschrift formuliert ist. Entsprechendes hat zu gelten, wenn Erklärungen nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A fehlen oder unvollständig sind (offen gelassen in BGH, Beschl. v. 26.9.2006, X ZB 14/06, Rdnr. 26). Im Streitfall war der Antragsgegner im Wege einer Ermessensreduzierung auf Null daran gehindert, mit dem Angebot der Antragstellerin zu 1 anders zu verfahren, als es von der Wertung auszunehmen. Denn aufgrund der hierauf gerichteten Forderung des Antragsgegners war die beispielhafte Erklärung zu den Maßnahmekosten als ein Umstand ausgewiesen, der für die Vergabeentscheidung relevant sein, m.a.W. wettbewerbliche Relevanz aufweisen sollte. Da eine sachgerechte, transparente und auf Gleichbehandlung aller Bieter bedachte Vergabeentscheidung nur getroffen werden kann, wenn hinsichtlich aller relevanten Umstände eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist (vgl. BGH, Beschl. v. 18.2.2003 – X ZB 43/02, u.a. ZfBR 2003, 401, NZBau 2003, 293), sind solche Angebote, die die geforderte Erklärung nicht enthalten, mindestens im Wege einer Ermessensreduzierung auf Null von der Wertung auszuschließen (vgl. OLG Dresden VergabeR 2004, 724, 726; 609, 612; Senat, Beschl. v. 21.12.2005, VII-Verg 69/05, Umdruck S. 14; Beschl. v. 29.3.2006, VII-Verg 77/05, VergabeR 2006, 509, 519).	28
dd) Der Umstand, dass die Antragstellerin – wozu sie der Antragsgegner aufgefordert hatte - die geforderten Erklärungen am 23. Mai 2005 im Rahmen der Präsentation auf den Seiten 116 ff nachgeholt, steht dem Ausschluss des Angebots nicht entgegen. Ein Nachholen unterlassener Erklärungen ist nicht statthaft, da dadurch der Inhalt des Angebots verändert wird (§ 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A).	29
4. Der Antragsgegner hat in entsprechender Anwendung des § 96 ZPO die Kosten des Verfahrens nach § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB sowie die der Antragstellerin zu 1 in dem Verfahren nach § 121 GWB entstandenen außergerichtlichen Kosten zu tragen.	30
Mit der Erledigung des Vergabenachprüfungsverfahrens durch wirksame Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen wird auch das Verfahren nach § 121 GWB gegenstandslos. Die dadurch entstandenen Kosten sind in entsprechender Anwendung des § 96 ZPO wie die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- und Verteidigungsmittels im Sinne von § 96 ZPO zu behandeln. Der Bundesgerichtshof wendet deswegen § 96 ZPO auf die Rücknahme des Antrags nach § 121 GWB entsprechend an. Wegen der kostenrechtlich identischen Behandlung von Rücknahme und Erledigung ist § 96 ZPO daher auch im Streitfall entsprechend heranzuziehen.	31

