Titel:

Kostenentscheidung im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nach Beschwerderücknahme hinsichtlich der Anschlussbeschwerde

Normenkette:

GWB § 71, § 173 Abs. 1 S. 3, Abs. 2, § 175 Abs. 2

Leitsatz:

Ein Anschlussbeschwerdeführer trägt keine Kosten, wenn sein Rechtsmittel wegen einer Prozesshandlung des Beschwerdeführers seine Wirkung verloren hat. Der Beschwerdeführer nimmt dem Gericht damit die Möglichkeit, über die Erfolgsaussicht der Anschlussbeschwerde zu entscheiden. Durch die Rücknahme der Beschwerde unterliegt nur der Beschwerdeführer. Über die Erfolgsaussicht der Anschlussbeschwerde sagt die Rücknahme der Beschwerde dagegen nichts aus. (Rn. 11) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Vergabeverfahren, Nachprüfungsverfahren, Entscheidung der Vergabekammer, sofortige Beschwerde, Rücknahme, Anschlussbeschwerde, Kostenentscheidung

Vorinstanz:

Vergabekammer München, Beschluss vom 16.05.2022 – 3194.Z3-3_01-21-62

Fundstellen:

NZBau 2022, 764
LSK 2022, 27092
BeckRS 2022, 27092
ZfBR 2023, 101

Tenor

I. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragstellers mit Ausnahme der Kosten des Verfahrens nach § 173 GWB. Bei der Kostenentscheidung der Vergabekammer hat es sein Bewenden.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 GWB einschließlich der insoweit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin.

III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 110.000,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

1
Auf die Auftragsbekanntmachung der Antragsgegnerin, die eine Ausschreibung für Apothekenleistungen zur Krankenhausversorgung zum Inhalt hatte, gaben drei Bieter, darunter der Antragsteller und der Beigeladene, fristgerecht ein Angebot ab.

2
Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag des Antragstellers mit Beschluss vom 16. Mai 2022 zurückgewiesen, ihm die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und des Beigeladenen mit Ausnahme der Anwaltskosten der Antragsgegnerin auferlegt und in Ziffer 4 ausgesprochen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin nicht notwendig war.

3
Die Antragsgegnerin hat gegen den ihr am 17. Mai 2022 zugestellten Beschluss am 31. Mai 2022 sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt,

Ziffer 4 des Tenors des Beschlusses der Vergabekammer Südbayern vom 16. Mai 2022 (Az. 3194.Z3-3_01-21-62) aufzuheben und festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin notwendig war.

4
Nachdem der Antragssteller innerhalb der bis zum 8. Juli 2022 verlängerten Frist zur Erwiderung Anschlussbeschwerde insbesondere mit dem Ziel erhoben hatte, den Beschluss der Vergabekammer insgesamt aufzuheben und der Antragsgegnerin zu untersagen, wie angekündigt den Zuschlag auf das Angebot des Beigeladenen zu erteilen, sowie einen Antrag auf Anordnung des Zuschlagsverbots entsprechend § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB gestellt hat, hat die Antragsgegnerin die sofortige Beschwerde mit Schriftsatz vom 26. Juli 2022 zurückgenommen.

5
Die Antragsgegnerin vertritt die Ansicht, maßgeblich für die Streitwertberechnung seien die vom Antragsteller angegebenen Kosten nach § 14 des Rahmenvertrags. Der Warenkorb sei bei der Streitwertfestsetzung nicht zu berücksichtigen, da es sich hierbei um einen durchlaufenden Posten handele. Der Apotheker sei nicht berechtigt, hieraus Gewinn zu ziehen, die Kosten seien 1 zu 1 an das Klinikum weiterzugeben. Der Auftrag sei mit einer Laufzeit von zwei Jahren zuzüglich zweimaliger Verlängerungsoption jeweils um ein Jahr ausgeschrieben worden. Die Verlängerungsoption sei lediglich hälftig bei der Berechnung der Auftragssumme zur berücksichtigen.

6
Der Antragsteller führt dagegen insbesondere aus, es sei von den von ihm angegebenen Gesamtpreisen des Warenkorbs und des Leistungsverzeichnisses auszugehen. Die Streitwerte der von der Antragsgegnerin erhobenen sofortigen Beschwerde und der von ihm eingelegten Anschlussbeschwerde seien zusammenzurechnen. Die Antragsgegnerin habe die Kosten vollständig zu tragen.

II.

7
Nach Rücknahme der sofortigen Beschwerde ist von Amts wegen über die Kosten und den Streitwert der Beschwerde zu entscheiden.

8
1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2, § 71 GWB. Es entspricht der Billigkeit, dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB und der Antragsgegnerin die übrigen Kosten des Beschwerdeverfahrens - einschließlich der Kosten der zulässig erhobenen Anschlussbeschwerde - aufzuerlegen.

9
a) Die Antragsgegnerin hat sich durch die Rücknahme ihres Rechtsmittels in die Rolle der Unterlegenen begeben (vgl. BayObLG, Verg 10/21, juris Rn. 23 Beschluss vom 8. November 2021). Die von der Rechtsprechung in entsprechender Anwendung des § 524 ZPO anerkannte Anschlussbeschwerde (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17 - Postdienstleistungen, NZBau 2017, 366 Rn. 16) des Antragstellers hat durch Rücknahme der Beschwerde ihre Wirkung verloren, sodass der Beschwerdeführerin auch die Kosten der Anschlussbeschwerde aufzuerlegen sind.

10
Die Anschlussbeschwerde des Antragstellers ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, sie wurde insbesondere fristgerecht eingelegt. Wird die Beschwerdeerwiderungsfrist vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert, so verlängert sich ohne weiteres auch die Anschließungsfrist (vgl. BGH - Postdienstleistungen, NZBau 2017, 366 Rn. 18; Jaeger in Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, GWB § 171 Rn. 28).

11
Ein Anschlussbeschwerdeführer trägt keine Kosten, wenn sein Rechtsmittel wegen einer Prozesshandlung des Beschwerdeführers seine Wirkung verloren hat (Vavra/Willner in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 173 Rn. 168; vgl. auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. Juli 2019, 15 Verg 5/19, juris Rn. 2; OLG Naumburg, Beschluss vom 13. Februar 2012, 2 Verg 14/11, juris Rn. 10). Der Beschwerdeführer nimmt dem Gericht damit die Möglichkeit, über die

Erfolgsaussicht der Anschlussbeschwerde zu entscheiden. Durch die Rücknahme der Beschwerde unterliegt nur der Beschwerdeführer. Über die Erfolgsaussicht der Anschlussbeschwerde sagt die Rücknahme der Beschwerde dagegen nichts aus. Unter Umständen nimmt der Beschwerdeführer sein Rechtsmittel gerade deswegen zurück, weil er einer Erfolg versprechenden Anschlussbeschwerde damit die Grundlage entziehen kann (vgl. zum Berufungsrecht: BGH, Beschluss vom 7. Februar 2007, XII ZB 175/06, NJW-RR 2007, 786 Rn. 14).

12
Es entspricht aus den dargelegten Gründen auch der Billigkeit, der Antragsgegnerin die durch das Rechtsmittel (mit Ausnahme des Verfahrens nach § 173 GWB) angefallenen, zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragstellers aufzuerlegen.

13
b) Anderes gilt allerdings hinsichtlich der Kosten des Verfahrens in entsprechender Anwendung des § 173 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 GWB. Für Eilanträge fallen zusätzliche Kosten an (vgl. Gröning in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, GWB § 178 Rn. 59). Es entspricht der Billigkeit, diese Kosten dem Antragsteller aufzuerlegen. Zwar hat der Senat auch über diesen Antrag infolge der Rücknahme der Beschwerde nicht mehr zu entscheiden, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind dem Rechtsmittelführer allerdings die Kosten des Anschlussrechtsmittels dann nicht aufzuerlegen, wenn das Anschlussrechtsmittel von „vornherein unzulässig“ war (BGH, NJW-RR 2007, 786 Rn. 8; vgl. auch KG, Beschluss vom 25. Juni 2015, 8 U 92/15, NJW-RR 2016, 128 Rn. 3; Heßler in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 524 Rn. 41; Ball in Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 524 Rn. 31a). Entsprechendes gilt hier für den vom Antragsteller in analoger Anwendung des § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB gestellten Antrag, der nicht statthaft war. Zur Gewährleistung des europarechtlich und verfassungsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutzes ist zwar für bestimmte Fallkonstellationen eine analoge Anwendung des § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB anerkannt (vgl. Vavra/Willner in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 173 Rn. 16 m. w. N.), dies gilt allerdings nicht für den hier vorliegenden Fall, dass nicht der Beschwerdeführer, sondern der durch die Entscheidung der Vergabekammer beschwerte Antragsteller, der nur Anschlussbeschwerde eingelegt hat, eine Verlängerung oder Anordnung eines Zuschlagsverbots beantragt. Das Oberlandesgericht Jena hat zwar in der von dem Antragsteller zitierten Entscheidung (Beschluss vom 4. Mai 2005, 9 Verg 3/05, juris Rn. 6) offen gelassen, ob eine Anschlussbeschwerde gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer ausnahmsweise dann aufschiebende Wirkung entfaltet, wenn die Vergabekammer - unter Zurückweisung eines Nachprüfungsantrags im Übrigen - der Vergabestelle unter gewissen Auflagen eine Fortsetzung eines Vergabeverfahrens bis hin zur Zuschlagserteilung gestattet und ein Antragsteller möglicherweise ein berechtigtes Interesse daran haben kann, der Fortführung des Vergabeverfahrens bis zur endgültigen Entscheidung über seine Anschlussbeschwerde zu widersprechen. Es hat aber hervorgehoben, der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes komme im Rahmen einer Anschlussbeschwerde schon deshalb nicht in gleicher Weise zur Geltung, weil ihr aufgrund der Akzessorietät gegenüber der sofortigen Beschwerde bereits von Gesetzes wegen die Effektivität eines selbständigen Rechtsmittels fehle (OLG Jena a. a. O. Rn. 7). Der Ansicht des Antragstellers, es könne keinen Unterschied machen, ob der unterlegene Bieter selbst eine sofortige Beschwerde erhebe oder sich einer solchen mit einer Anschlussbeschwerde anschließe, vermag der Senat nicht zu folgen. Ein in entsprechender Anwendung des § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB gestellter Antrag eines Anschlussbeschwerdeführers ist vielmehr grundsätzlich unstatthaft (Vavra/Willner in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 173 Rn. 17; Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, Stand: 26. November 2021, GWB § 171 Rn. 72). Daraus, dass hier weder die Kostenbeschwerde der Antragsgegnerin (vgl. Ulbrich in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB, 5. Aufl. 2020, § 173 Rn. 11; Jaeger in Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 173 Rn. 5) noch die Anschlussbeschwerde des Antragstellers aufschiebende Wirkung entfaltet, ergibt sich nichts anderes.

14
c) Der Beigeladene hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt, es besteht damit weder Anlass, ihm einen Teil der Kosten aufzuerlegen, noch ihm einen Anspruch auf Erstattung etwaiger Aufwendungen zuzuerkennen.

15
d) Die Kostenentscheidung der Vergabekammer lässt (Ermessens-) Fehler nicht erkennen, § 182 Abs. 3 Satz 5, Abs. 4 GWB.

16
2. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 3 ZPO und § 50 Abs. 2 GKG.

17
Für die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin, die sich nur gegen die Kostenentscheidung der Vergabekammer richtet, findet § 50 Abs. 2 GKG keine Anwendung; der Gegenstandswert ist vielmehr analog § 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzen (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 16. Januar 2017, Verg 5/16, juris Rn. 25). Der Streitwert der Anschlussbeschwerde, mit der sich der Antragsteller gegen die Zurückweisung seines Nachprüfungsantrags gewandt hat, bestimmt sich dagegen nach § 50 Abs. 2 GKG. Danach beträgt der Streitwert im Verfahren über die Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer fünf Prozent der Bruttoauftragssumme. Ob der Ansicht des Antragstellers zu folgen ist, beide Streitwerte seien zu addieren, da sie nicht denselben Gegenstand beträfen (§ 45 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Sätze 1 und 3 GKG), bedarf hier keiner Entscheidung. Denn eine Addition der beiden Streitwerte führt nicht zu einem Gebührensprung.

18
Für den Streitwert der Beschwerde gilt Folgendes: Der nach § 50 Abs. 2 GKG festgesetzte Wert ist auch für die Gebühren maßgebend, die der Rechtsanwalt für seine Tätigkeit vor der Vergabekammer beanspruchen kann (vgl. Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, juris PK-Vergaberecht, Stand: 29. Juli 2020, VT 2 zu § 182 GWB Rn. 4). Die Geschäftsgebühr für die Vertretung der Antragsgegnerin vor der Vergabekammer nach VV Nr. 2300 RVG ist eine Rahmengebühr zwischen 0,5 und 2,5 Gebühren, bei der ein Ansatz von mehr als 1,3 Gebühren nur gefordert werden kann, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig war. In Vergabesachen ist regelmäßig eine überdurchschnittliche Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit anzuerkennen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. Juli 2015, 11 Verg 1/14, juris Rn. 5).

19
Bei der Ermittlung der Bruttoauftragssumme im Sinne des § 50 Abs. 2 GKG ist hier neben der Vergütung nach dem Versorgungsvertrag auch der Wert des Warenkorbs zu berücksichtigen. Zwar bestimmt sich der Verrechnungspreis für die Lieferungen nach § 13 Abs. 1 Satz 1 des Versorgungsvertrags nach den dem Bieter tatsächlich entstandenen Beschaffungskosten, auch durchlaufende Posten sind jedoch grundsätzlich zu berücksichtigen. Denn die Vorschrift stellt pauschalierend auf die „Bruttoauftragssumme“ ab und umfasst, auch wenn sie der Pauschalierung der Gewinnerwartung dient, die den Gewinn nicht erhöhende Umsatzsteuer (vgl. Toussaint in BeckOK Kostenrecht, 38. Ed. Stand: 1. Juli 2022, GKG § 50, Rn. 25; Zinger, NZBau 2020, 695 [696]). Mit Infrastrukturentgelten, die keine Gegenleistung des Auftraggebers für die Leistung des Auftragnehmers sind, sondern an die Netzbetreiber für die Überlassung der vorhandenen Infrastruktur zu zahlen sind und deshalb bei der Streitwertberechnung nicht zu berücksichtigen sind (vgl. OLG München, Beschluss vom 12. August 2008, Verg 6/08, juris Rn. 15; Zinger a. a. O. [696 f.]), sind die im Warenkorb vom Bieter angegebenen Preise für die voraussichtlich für die Versorgung der Patienten der Antragsgegnerin zu liefernden Arzneimittel nicht vergleichbar. Die Anlage „Warenkorb Arzneimittel“ ist Bestandteil des Angebots; die Preisabfrage orientiert sich an dem Arzneimittelumsatz der Antragsgegnerin im Jahr 2020.

20
Neben der Gesamtsumme des Angebots des Antragstellers sind Optionen zu berücksichtigten, die sich der Auftraggeber einräumen lässt, da auch diese einen wirtschaftlichen Wert darstellen, der dem Ausschreibungsgegenstand innewohnt und das Interesse der Bieter an dem Auftrag mitbestimmt (BGH, Beschluss vom 18. März 2014, X ZB 12/13, juris Rn. 11). Allerdings ist die Ungewissheit darüber, ob der Auftraggeber das Optionsrecht ausüben wird, mit einem angemessenen Abschlag vom vollen Auftragswert zu berücksichtigen. Dieser Abschlag ist im Regelfall auf 50% zu veranschlagen (BayObLG, Beschluss vom 5. August 2022, Verg 7/22, juris Rn. 11 m. w. N.). Anhaltspunkte für einen höheren oder niedrigen Abschlag sind vorliegend nicht erkennbar.

21
Insgesamt errechnet sich somit ein Streitwert von bis 110.000,00 €.