

**Vergabekammer des Saarlandes**  
beim Ministerium für Wirtschaft und Wissenschaft

<b>Aktenzeichen</b>	3 VK 06/2007
<b>Datum des Beschlusses</b>	26.09.2007
<b>Bestandskraft</b>	Ja
<b>Vergabeart</b>	VOL/A
<b>wesentliche Vorschriften</b>	§ 128 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 Verwaltungskostengesetz
<b>Leitsatz</b>	Nimmt der Antragsteller den Vergabenachprüfungsantrag zurück, so hat er nach Maßgabe von § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 Verwaltungskostengesetz die Verfahrenskosten vor der Vergabekammer zu tragen. Auch eine Erstattung von (zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen) Auslagen, die die Beteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer gehabt haben, sieht das Gesetz für den Fall, dass das Nachprüfungsverfahren durch Rücknahme des Antrags und anschließende Einstellung geendet hat, nicht vor. Die Beteiligten haben diese Auslagen vielmehr jeweils selbst zu tragen.

## Vergabekammern des Saarlandes beim



### B e s c h l u s s

#### in dem Vergabenachprüfungsverfahren

der xxx,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

gegen

xxx

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

**Beigeladene:**

xxx

Verfahrensbevollmächtigte:

xxx

**wegen:** Vergabeverfahren xxx - Transport und Verwertung von Reststoffen aus der Abfallverbrennungsanlage

**hat die 3. Vergabekammer des Saarlandes beim Ministerium für Wirtschaft und Wissenschaft durch die Vorsitzende, xxx, den beamteten Beisitzer xxx und den ehrenamtlichen Beisitzer xxx, auf die mündliche Verhandlung vom 12.09.2007 am 26.09.2007 beschlossen:**

1. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.
2. Die Antragstellerin trägt die Verfahrenskosten der Vergabekammer. Die Gebühr für das Vergabenachprüfungsverfahren wird auf xxx Euro festgesetzt.

3. Die eigenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen tragen die Beteiligten selbst.

### I. Gründe

**Nachdem die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.09.2007 ihren Nachprüfungsantrag vom 15.08.2007 zurückgenommen hat, war das Verfahren einzustellen.**

Die Kammer hatte danach nur noch über die Kosten zu entscheiden.

Maßgebliche Vorschrift insoweit ist § 128 GWB, und zwar Abs. 1 dieser Vorschrift i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 des dort in Bezug genommenen Verwaltungskosten-Gesetzes (VwKostG); § 128 Abs. 4 Satz 2 und § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB sind in dem Fall der Antragsrücknahme dagegen nicht einschlägig. **Nach der Rechtsprechung des BGH, der die Kammer folgt, ist nämlich ein Unterliegen im Sinne von § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB nur gegeben, wenn die Vergabekammer eine Entscheidung getroffen hat, die das Begehren des Antragstellers ganz oder teilweise als unzulässig oder unbegründet zurückweist. Das Erfordernis einer zurückweisenden Entscheidung steht im Einklang mit anderen Verfahrensgesetzen. Auch das in § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB vorausgesetzte Unterliegen eines Beteiligten kann nur gegeben sein, wenn die Vergabekammer im Nachprüfungsverfahren eine Entscheidung über den Antrag getroffen hat. Wird das Nachprüfungsverfahren jedoch auf andere Weise beendet, beantwortet sich die Frage, wer die Kosten für die Amtshandlungen der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) zu tragen hat, ausschließlich nach § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG. Danach trifft den Antragsteller die Kostenlast, weil er durch Stellung des Nachprüfungsantrages das Verfahren in Gang gesetzt hat. Das gilt nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, B. v. 25.10.2005 – Az.: X ZB 26/05; B. v. 25.10.2005 – Az.: X ZB 25/05; sowie weitere Fundstellennachweise bei Praxis-kommentar zum Vergaberecht, Rudolf Weyand, 2. Aufl., § 128, Rdnr. 2858 ff.) sowohl für den Fall, dass das Nachprüfungsverfahren sich in der Hauptsache erledigt hat, als auch gleichermaßen für den Fall, dass der Nachprüfungsantrag zurückgenommen worden ist. Das Gesetz sieht also eine Erstattung von (zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen) Auslagen, die die Beteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer gehabt haben, nicht vor, wenn dieses Verfah-**

ren nicht durch eine Entscheidung der Vergabekammer über den Nachprüfungsantrag, sondern durch dessen Rücknahme und die anschließende Einstellung des Nachprüfungsverfahrens geendet hat; letzterenfalls haben die Beteiligten diese Auslagen jeweils selbst zu tragen.

Wird das Verfahren nicht durch eine für den Antragsgegner günstige Entscheidung der Vergabekammer über den Nachprüfungsantrag, sondern durch dessen Rücknahme und Einstellung des Nachprüfungsverfahrens beendet, ist nach Auffassung der erkennenden Kammer mangels Regelungslücke auch keine entsprechende Anwendung anderer Kostenvorschriften etwa von § 155 Abs. 2 VwGO oder § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO geboten. Aus § 128 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 GWB ergibt sich, dass der Gesetzgeber den Fall der Beendigung des Nachprüfungsverfahrens durch Rücknahme des Nachprüfungsantrags oder dessen anderweitige Erledigung gesehen hat. Gleichwohl hat er nur eine Regelung über die Höhe der in diesen Fällen zu entrichtenden Verfahrensgebühr nach § 128 Abs. 2 GWB getroffen. Unter diesen Umständen kann eine planwidrige Regelungslücke, die für die Heranziehung der Grundsätze über die Analogie notwendig wäre, nicht darin gesehen werden, dass für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer anders als für das verwaltungsgerichtliche und das zivilgerichtliche Streitverfahren eine Kostenerstattung auch im Falle der Antragsrücknahme nicht vorgesehen ist (so auch: BGH, B. v. 25.10.2005 – Az.: X ZB 26/05; B. v. 25.10.2005 – Az.: X ZB 25/05; sowie die weiteren Rspr.-Nachweise bei Weyand a.a.O. Rdnr. 2859).

Eine andere Beurteilung folgt nach Auffassung der Kammer auch nicht aus § 80 Abs. 1 Satz 5 des Saarländischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (SVwVfG), der bei Erledigung des Widerspruchs auf andere Weise eine Kostenentscheidung nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sachstandes vorsieht, da § 80 SVwVfG im vorliegenden Fall weder aufgrund der Verweisung in § 128 Abs.4 Satz 3 GWB entsprechend noch aufgrund seines Wortlautes direkt anwendbar ist.

**Zum einen ist nach der oben zitierten Entscheidung des BGH vom 09.12.2003 (Az.: X ZB 14/03) der Anwendungsbereich des § 128 Abs. 4 GWB, der in Satz 3 auf § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder verweist und diesen für entsprechend anwendbar erklärt, nicht eröffnet, da ein Unterliegen eine Sachentscheidung der angerufenen Instanz voraussetzt, an der es aufgrund der Rücknahme vorliegend fehlt. Aufgrund der systematischen Stellung der Verweisung in § 128 Abs.**

4 GWB ist davon auszugehen, dass die (entsprechende) Anwendung des § 80 SVwVfG nur für den Fall gelten soll, dass eine Verpflichtung zur Kostenerstattung gemäß § 128 Abs. 4 Satz 1 oder 2 GWB vorgesehen ist. § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB regelt also nach Auffassung der erkennenden Kammer nur die Ausgestaltung der Kostenerstattung in dem von Satz 1 oder Satz 2 eröffneten Kontext, schafft aber keine zusätzlichen Tatbestände, bei denen eine Kostenerstattung nach Maßgabe des § 80 des jeweils geltenden Verwaltungsverfahrensgesetzes zu erfolgen hätte. Andernfalls hätten die Grundsätze der Gesetzesdogmatik und -systematik eine Regelung außerhalb von § 128 Abs. 4 GWB, etwa in einem eigenen Absatz, erforderlich gemacht.

Zum anderen ist § 80 SVwVfG auch nicht unmittelbar anwendbar, das es sich bei einem Nachprüfungsverfahren nicht um ein Vorverfahren im Sinne des § 80 SVwVfG handelt. Nach herrschender Auffassung sind Entscheidungen im Vergabeverfahren keine Verwaltungsakte. Das Nachprüfungsverfahren dient auch nicht der Prüfung vor einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage gem. § 68 VwGO. Zudem lässt sich auch der Verweisung in § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB entnehmen, dass der Gesetzgeber § 80 SVwVfG nicht für unmittelbar anwendbar gehalten hat (so auch VK Baden-Württemberg, B. v. 15.02.2006 – 1 VK 3/06; VK Baden-Württemberg, B. v. 04.04.2007 – Az.: 1 VK 16/07).

Die Höhe der Verfahrensgebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 GWB). Der Gesetzgeber hat mit dieser an § 80 Abs. 2 GWB angelegten Regelung klargestellt, dass - wie im Kartellverwaltungsverfahren - vorrangig auf die wirtschaftliche Bedeutung des Verfahrens abzustellen ist. Die Vergabekammern des Bundes haben auf der Grundlage der beim ehemaligen Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes anhängigen Verfahren eine Gebührentabelle erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt.

**Die Höhe der Gebühr** bemisst sich nach dem Auftragswert. Ausweislich der Unterlagen liegt das Angebot der Antragstellerin für das Gesamt-Los bei xxx Euro. Unter Zugrundelegung dieses Wertes ergibt sich nach der Gebührentabelle der Vergabekammern eine Gebühr von xxx Euro. Diese Gebühr war gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB auf die Hälfte zu reduzieren, da sich durch die Rücknahme der Antragstellerin

das Verfahren vor einer Entscheidung durch die Kammer erledigt hat. Anhaltspunkte, die eine weitere Reduzierung der Gebühr aus Gründen der Billigkeit nahe legen könnten, wurden weder vorgetragen noch sind sie sonst ersichtlich; insbesondere hat die Antragstellerin die ihr von der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung eingeräumte Frist zur Äußerung betreffend die Antragsrücknahme ohne schriftliche Reaktion verstreichen lassen und erst zu einem sehr späten Zeitpunkt, nachdem die Kammer die Frist des § 113 Abs. 1 GWB verlängern musste, ihren Antrag zum Vergabenaachprüfungsverfahren zurückgenommen. Das bedeutet, dass im vorliegenden Fall **die Hälfte der Gebühr, nämlich xxx Euro anzusetzen ist**. Die festgesetzte Gebühr wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses fällig; der von der Antragstellerin verauslagte Gebührenvorschuss in Höhe von xxx Euro wird auf die Verfahrensgebühr angerechnet.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig (§ 116 Abs. 1 GWB). Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht Saarländisches Oberlandesgericht, Vergabesenat, Franz-Josef-Röder-Str. 15, 66119 Saarbrücken, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht von 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.