

Leitsätze:

1. Nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb dann vergeben, wenn in einem offenen oder einem nicht offenen Verfahren keine oder keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrages nicht grundlegend geändert werden. Gedanklicher Hintergrund dieser Regelungen ist, dass der öffentliche Auftraggeber ursprünglich ein Verfahren gewählt hat, durch das ein transparenter und nicht diskriminierender Wettbewerb sichergestellt war, und jenes Verfahren aufgrund dem Auftraggeber nicht zuzurechnenden Gründen erfolglos geblieben ist.
2. Eine Rechtsverletzung der Antragstellerin und ein drohender Schaden gem. § 160 Abs. 2 GWB liegt bereits dann vor, wenn der Vortrag der Antragstellerin ergibt, dass sie im Fall eines ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren. Ein Schaden droht bereits worden sein können.

**Nachprüfungsantrag:**

**vertreten durch:**

**(Antragstellerin – ASt)**

**Antragsgegner:**

**vertreten durch:**

**( Antragsgegner - AG- )**

**Beigeladene**

**( Beigeladene - BGI )**

**Dienstleistungsauftrag: Reinigungsdienstleistung ..... (Los 1)**

**Vergabeverfahren: Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 14.09.2020 durch den Vorsitzenden ....., die hauptamtliche Beisitzerin ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**B e s c h l u s s :**

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in Ihren Rechten verletzt ist. Bei fortbestehender Vergabeabsicht wird der Antragsgegner verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Kosten für die Entscheidung über den Antrag der Antragstellerin nach § 169 Abs. 3 GWB und die insoweit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners trägt die Antragstellerin.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin und den Antragsgegner war notwendig.
5. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
6. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- € und die Gebühr für den Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB wird auf xxx,- € festgesetzt.  
Auslagen sind nicht angefallen. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

### **Sachverhalt:**

**1.**

Verfahrensgegenstand für ausgeschriebene Reinigungsdienstleistungen im ..... ist die Wahl der Verfahrensart (§ 14 VgV) und der Ausschluss der Antragstellerin gem. § 124 Abs. 1 Nr. 7 VgV vom Vergabeverfahren, weil der Antragsgegner gegenüber der Antragstellerin bzgl. der Reinigungsdienstleistung in einem anderen .....gebäude (.....) eine außerordentliche Kündigung am 02.03.2020 wegen Schlechtleistung aussprach.

Die ..... veröffentlichte am xx.xx.xxxx im EU-Supplement im Offenen Verfahren den Reinigungsdienstleistungsauftrag für ..... Verfahrensgegenständlich ist hier das Los 1 (Unterhaltungs- und Grundreinigung sowie Pflegefilmsanierung). Zuschlagskriterien sind sowohl der Preis (Gewichtung 55) als auch Qualitätskriterien (Gewichtung 45).

Zum Los 2 (Glasreinigung) ist ebenfalls ein Nachprüfungsverfahren unter dem Az. RMF-SG21-3194-....., anhängig.

**2.**

Ausweislich der Vergabeunterlagen wurden fristgerecht mehrere Angebote für das Los 1 elektronisch abgegeben, darunter das Angebot der Antragstellerin und der Beigeladenen.

**3.**

Mit Schreiben vom 20.05.2020 teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass das offene Verfahren aufgehoben worden sei, weil in den Vergabeunterlagen ein Fehler enthalten war und dieser Fehler erst durch die eigenmächtige Abänderung der Vergabeunterlagen durch einige Bieter aufgefallen sei. Die Vergabe werde jetzt als Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt. Die Vergabestelle begründete dieses neue Vergabeverfahren wie folgt:

„Es ist beabsichtigt, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen: es wird ein(e) Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt.“

Begründung:

Nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV werden die Vergabeunterlagen nicht wesentlich geändert.“

**4.**

Mit Rügeschreiben vom 27.05.2020 rügte die Antragstellerin die Aufhebung des offenen Verfahrens und die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb.

**5.**

Mit Schreiben vom 28.05.2020 antwortete die Vergabestelle, dass der Nachzuschlag auf den Tarif-/Fertiglohn falsch vorgegeben worden sei. Der Fehler sei erst nach der Submission bemerkt worden. Zudem führte die Vergabestelle aus, da keine geeigneten Angebote eingegangen seien, würden zeitnah alle Bieter, die für Los 1 ein Angebot abgegeben haben, aufgefordert, erneut ein Angebot abzugeben. Abgeändert würde nur die fehlerhafte Tabelle. Daher sei das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 VgV zulässig. Da in diesem Verfahrensstadium noch keine Entscheidung über die Eignung eines Bieters erfolgt sei, könne auch die Antragstellerin ein Angebot abgeben.

**6.**

Nachdem die Antragstellerin in dem neu eingeleiteten Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb die Vergabeunterlagen erhalten hat, rügte sie mit Schreiben vom 05.06.2020 die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb sowie weitere Vergabeverstöße. Da die Aufhebung des offenen Verfahrens rechtswidrig gewesen sei, sei auch das nachfolgende Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb rechtswidrig. Durch die rechtswidrige Aufhebung des offenen Verfahrens werde auch das nachfolgende Verhandlungsverfahren rechtlich infiziert. Sicherheitshalber würden auch die fehlenden Angaben, wie das Verhandlungsverfahren konkret ablaufen solle, gerügt. Die Verfahrensarten seien abschließend geregelt.

Die Antragstellerin gab dennoch ein Angebot in dem neu eingeleiteten Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ab, nachdem ihr die Vergabeunterlagen übermittelt wurden.

**7.**

Mit Schreiben vom 09.06.2020 wies die Vergabestelle die Rüge zurück.

**8.**

Mit Schriftsatz vom 17.06.2020 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung und beantragten

1. den Nachprüfungsantrag gemäß § 163 Abs. 2 Satz 3 GWB an die Antragsgegnerin zu übermitteln;
2. gemäß § 168 Abs. 1 GWB geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern;
3. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen anzuordnen, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens herzustellen;
4. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;

5. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen; und
6. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vertieften insoweit ihr Vorbringen zur Rüge vom 05.06.2020.

Zudem werde das Vergabeverfahren auch nicht ordnungsgemäß durchgeführt. Insbesondere sei keine Verfahrensbeschreibung beigefügt, wie das Verhandlungsverfahren ablaufen soll. Die Mindestanforderungen an nicht verhandelbare Leistungsinhalte würden fehlen. Insbesondere würde die Gefahr bestehen, dass es sich um ein „nicht offenes Verfahren in Gestalt eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb“ handeln würde. Weiter liege ein Verstoß gegen § 9ff VgV vor.

**9.**

Gemäß Vergabevermerk vom 19.06.2020 wurde die Antragstellerin gem. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

**10.**

Mit Schriftsatz vom 25.06.2020 beantragten die Verfahrensbevollmächtigten für den Antragsgegner:

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. den Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten zurückzuweisen;
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen;
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung des Bevollmächtigten für die mögliche Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Antragstellerin sei seit 01.01.xxxx mit der Reinigung des ..... beauftragt. Dieses Vertragsverhältnis sei mit Schreiben des Antragsgegners vom xx.xx.xxxx außerordentlich gekündigt worden. Der Grund für diese außerordentliche Kündigung seien wiederholte, gravierende und umfassend dokumentierte Schlechtleistungen.

Die Antragstellerin sei aufgrund der Entscheidung der Antragsgegnerin nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 nicht geeignet, den Auftrag zu erfüllen. Die Nichtdurchführung eines Teilnahmewettbewerbs verletze die Antragstellerin nicht in ihren Rechten, da sie die Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt bekommen habe. Eine subjektive Rechtsverletzung in Bezug auf das nun gewählte Vergabeverfahren sei nicht erkennbar.

**11.**

Am 01.07.2020 wurde der Antragstellerin unter Beachtung des Geheimschutzes eingeschränkt Akteneinsicht gewährt.

**12.**

Mit Schriftsatz vom 09.07.2020 stellen die Verfahrensbevollmächtigten zusätzlich einen Antrag gemäß § 169 Abs. 3 GWB mit dem Ziel, dass die Vergabekammer mit weiteren Maßnahmen in das Vergabeverfahren eingreifen soll.

Zur Begründung tragen die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vor, dass ausweislich des Vergabevermerks der Zuschlag schon an die Beigeladene erteilt worden sei, obwohl die Antragstellerin kein Informationsschreiben gemäß § 134 GWB erhalten habe.

Bezüglich des Sachvortrags wird betont, dass der Antragsgegner den Sachverhalt unvollständig und teilweise falsch darstellen würde. Die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtmäßigkeit einer außerordentlichen Kündigung würden dem Antragsgegner obliegen.

Der Antragsgegner verschweige in seiner Sachverhaltsdarstellung, dass die Antragstellerin sämtliche Reklamationen umgehend beseitigt habe. Zudem habe der Antragsgegner alle nachgebesserten Reinigungsleistungen abgenommen. Entsprechende Arbeitscheine würden dies belegen.

**13.**

Auf schriftliche Nachfrage der Vergabekammer vom 13.07.2020 zum Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB, ob die Vergabestelle tatsächlich schon den Zuschlag erteilt habe, teilten die Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners mit, dass noch kein Zuschlag in dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren erteilt worden sei, sondern die Beizuladende mit der interimswweisen Reinigung des ..... für den Zeitraum vom xx.xx.2020 bis xx.xx.2020 beauftragt worden sei.

**14.**

Mit Schriftsatz vom 22.07.2020 beantragen die Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners, den Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB zurückzuweisen

In der Sache tragen die Verfahrensbevollmächtigten vor, dass vielmehr die Antragstellerin den Sachverhalt in Bezug auf die Schlechtleistung der Antragstellerin im ..... falsch darstellen würde.

**15.**

Mit Beschluss vom 28.07.2020 lehnte die Vergabekammer den Antrag der Antragstellerin nach § 169 Abs. 3 GWB ab.

**16.**

Mit Schriftsatz vom 03.08.2020 betonte die Vergabestelle, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vorliegen würden und auch eine zutreffende Ermessensentscheidung getroffen worden sei.

**17.**

Mit Schriftsatz vom 10.08.2020 tragen die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vor, dass die Vergabestelle nur nachträglich einen neuen Kündigungsgrund konstruieren möchte. Unabhängig von der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung sei der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin auch deswegen rechtswidrig, weil die Antragsgegnerin ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt habe. Dies belege auch die Ergänzung des Vergabevermerks, die mit Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners vom 03.08.2020 vorgelegt wurde.

**18.**

Am 17.08.2020 wurde die Firma ..... zum Verfahren beigelegt.

**19.**

Mit Schriftsatz vom 18.08.2020 tragen die Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle vor, dass vorsorglich eine zweite außerordentliche Kündigung wegen des nicht mitgeteilten Einsatzes eines Nachunternehmens im ..... ausgesprochen worden sei.

Die Vergabestelle legt die ..... des ..... vom xx.xx.xxxx zuletzt geändert am xx.xx.xxxx vor.

**20.**

Mit Schriftsatz vom 27.08.2020 tragen die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vor, dass die (weitere) am 14.08.2020 durch den Antragsgegner erklärte Kündigung unwirksam sei.

Die Antragstellerin sei auch antragsbefugt. Der Bundesgerichtshof habe bereits in seinem Beschluss vom 26.09.2006, X ZB 14/06, entschieden, dass ein Bieter auch dann antragsbefugt sei, wenn das Vergabeverfahren fehlerhaft sei, sodass als Folge des Nachprüfungsverfahrens die Aufhebung des Vergabeverfahrens in Betracht komme.

Weiter verweist die Antragstellerin auf ein Urteil des EuGH vom 11.05.2017, C-131/16, Rn. 59 und auf einen Beschluss des OLG Celle vom 24.09.2014, 13 Verg 9/14.

**21.**

Mit Schriftsatz vom 08.09.2020 vertiefen die Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners, dass die Voraussetzungen gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gegeben seien.

Die Antragsbefugnis der Antragstellerin sei zu verneinen, da sie zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Sollte die Vergabekammer anderer Ansicht sein, würde es bei der Prüfung der Begründetheit darauf ankommen, ob eine subjektive Rechtsverletzung der Antragstellerin vorliegen würde. Diese läge auch dann nicht vor, wenn das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zu Unrecht gewählt worden sei. Die Antragstellerin beschränke sich auf hypothetische Konstellationen aus der Rechtsprechung, welche völlig andere Sachverhalte beurteilen würden. Sie unterlasse die Darlegung, worin im konkreten Fall die Verletzung ihrer subjektiven Rechte liegen würde. Der Antragsgegner habe keine Verhandlungen geführt und habe dies auch nicht beabsichtigt. Die Vergabestelle habe lediglich eine Abkürzung des zeitlichen Aufwands eines Vergabeverfahrens im Sinn gehabt.

**22.**

Mit Schriftsatz vom 11.09.2020 vertieft die Antragstellerin ihren Sachvortrag.

**23.**

Der Vorsitzende hat zuletzt am 14.09.2020 die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB gem. § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB aufgrund besonderer tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten bis einschließlich 30.09.2020 verlängert.

**24.**

In der mündlichen Verhandlung vom 14.09.2020 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die Antragstellerin bleibt bei ihren schriftsätzlich vorgetragene Anträgen vom 18.06.2020

Der Antragsgegner wiederholt seine schriftsätzlich vorgetragene Anträge vom 25.06.2020.

Die Beigeladene stellt keine Anträge.

**Begründung:**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

Durch die Wahl der falschen Verfahrensart ist die Antragstellerin in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

**1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 S. 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.
- c) Bei dem ausgeschriebenen Reinigungsdienstleistungsauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).
- e) Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Sie hat im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB vorgebracht, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Für die Zulässigkeit genügt eine schlüssige Behauptung. Zudem hat

die Antragstellerin nachvollziehbar dargelegt, dass ihr durch die falsche Wahl der Vergabeart ein Schaden drohen könnte. Diese Rechtsfrage, ob die Antragstellerin tatsächlich in ihren Rechten verletzt ist, ist eine Frage der Begründetheit und wird insoweit dort geprüft.

- f)** Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 06.05.2020 rechtzeitig vor Angebotsabgabe die gewählte Vergabeart gerügt.
- g)** Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 17.06.2020 war auch die 15-Tages-Frist gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der Antragstellerin nach der Rügezurückweisung vom 09.06.2020 zur Verfügung stand.
- h)** Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

## **2.**

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

### **a)**

Die Vergabestelle hat nach der Aufhebung des offenen Verfahrens, ohne dass die Voraussetzungen nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV vorgelegen haben, ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt.

Nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb dann vergeben, wenn in einem offenen oder einem nicht offenen Verfahren keine oder keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrages nicht grundlegend geändert werden. Gedanklicher Hintergrund dieser Regelungen ist, dass der öffentliche Auftraggeber ursprünglich ein Verfahren gewählt hat, durch das ein transparenter und nicht diskriminierender Wettbewerb sichergestellt war, und jenes Verfahren aufgrund dem Auftraggeber nicht zuzurechnenden Gründen erfolglos geblieben ist (Böhme, NZ Bau 2020, Seite 486 ff). Im verfahrensgegenständlichen Fall ist die Vergabestelle für die Aufhebung des Vergabeverfahrens verantwortlich, weil sie den Nachzuschlag auf den Tarif-/Fertiglohn falsch vorgegeben hat. Somit liegen die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nummer 1 VgV nicht vor, denn der Fehler, der die Wertung der eingegangenen Angebote zu Los 1 verhinderte und zur Aufhebung des Vergabeverfahrens führte, wurde von der Vergabestelle verschuldet.

**b)**

Durch das falsch gewählte Vergabeverfahren droht der Antragstellerin auch ein Schaden. Eine Rechtsverletzung der Antragstellerin und ein drohender Schaden gem. § 160 Abs. 2 GWB liegt bereits dann vor, wenn der Vortrag der Antragstellerin ergibt, dass sie im Fall eines ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren (BGHZ 169, 131, 141). Ein Schaden droht bereits dann, wenn die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (vgl. BVerfG NZBau 2004, 564, 565). (BGH, Beschluss vom 10. November 2009 – X ZB 8/09 –, BGHZ 183, 95-112, Rn. 32).

Auch der Umstand, dass die Antragstellerin an dem Verhandlungsverfahren teilnehmen durfte und ein Angebot abgeben konnte, rechtfertigt es nicht, die Rechtsverletzung der Antragstellerin zu verneinen. Ein Verhandlungsverfahren könnte deshalb grundsätzlich die Zuschlagschancen der Antragstellerin im Vergleich zum offenen Verfahren beeinträchtigen, denn beim finalen Angebot des Verhandlungsverfahrens könnte das ursprünglich wirtschaftlichste indikative Angebot der Antragstellerin von der ersten Rangstelle verdrängt werden.

Gleiches gilt, dass (möglicherweise) die Antragstellerin rechtmäßig nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Auch wenn ein erneuter Ausschluss in einem neuen Vergabeverfahren möglich erscheint, muss berücksichtigt werden, dass ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB immer eine Ermessensentscheidung durch die Vergabestelle im neuen Vergabeverfahren erfordert. Diese Ermessensentscheidung muss der Antragsgegner bei der Wiederholung des Vergabeverfahrens erneut treffen. Es kommt also in diesem Nachprüfungsverfahren nicht darauf an, ob der Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB in diesem (vergaberechtswidrigen) Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb rechtmäßig wäre.

Zudem muss berücksichtigt werden, dass auch noch eine Selbstreinigung nach § 125 GWB nicht ausgeschlossen ist.

Weiter könnte die Antragstellerin als Mitglied einer Bietergemeinschaft oder als Nachunternehmerin sich an dem neuen Vergabeverfahren beteiligen, wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat.

Somit hat die Antragstellerin schlüssig und nachvollziehbar vorgetragen, dass bei einem neuen Vergabeverfahren mit einer zulässigen Wahl der Verfahrensart sich ihre Zuschlagschancen verbessern würden. Aus diesem Grund ist die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.

Bei fortbestehender Vergabeabsicht hat der Antragsgegner erneut eine europaweite Ausschreibung durchzuführen.

### **3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

**a)** Der Antragsgegner trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens, weil er mit seinen Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB). Die Antragstellerin trägt die Kosten für ihren Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB, weil dieser zurückgewiesen wurde.

**b)** Die Kostenerstattungspflicht in Bezug auf das Nachprüfungsverfahren gegenüber der Antragstellerin ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB. Die Kostenerstattungspflicht in Bezug auf den Antrag gem. § 169 Abs. 3 GWB gegenüber dem Antragsgegner ergibt sich ebenfalls § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB

**c)** Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die Antragstellerin und den Antragsgegner notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der Antragstellerin und dem Antragsgegner nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

**d)** Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat sich am Verfahren nicht beteiligt und keine Sachanträge gestellt und damit kein Kostenrisiko auf sich genommen. Eine Kostenerstattung durch andere Beteiligte kommt daher im Umkehrschluss ebenfalls nicht in Betracht.

**e)** Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen. Bei der Bruttoauftragssumme, die ein wesentlicher Faktor für die Festsetzung der Verfahrensgebühr ist, hat die Vergabekammer berücksichtigt, dass die Vertragslaufzeit nur für das 1. Vertragsjahr fest vereinbart ist. Für die Vertragsjahre 2 bis 4 hat die Kammer nur 50 % der Bruttoangebotssumme bei der Gebührenfestsetzung zugrunde

gelegt. Unter Berücksichtigung dieser Bruttoangebotssumme der Antragstellerin und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamts eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

Für die Entscheidung nach § 169 Abs. 3 GWB erachtet die Vergabekammer eine Gebühr von xxx,- € für angemessen.

- f) Der überschießende Kostenvorschuss in Höhe von x.xxx,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die Antragstellerin zurücküberwiesen.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....