

<b>Gericht:</b>	OLG Düsseldorf Vergabesenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	22.08.2022
<b>Aktenzeichen:</b>	Verg 58/21
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:OLGD:2022:0822.VERG58.21.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Zitiervorschlag:</b>	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. August 2022 – Verg 58/21 –, juris

### Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer des Rheinlandes vom 13.12.2021 (VK 34/21) in Bezug auf die Kostenentscheidungen, Ziff. 2-4 des Tenors, aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Die Kosten des Vergabekammerverfahrens hat die Antragsgegnerin zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Antragsgegnerin zu tragen.

### Gründe

#### I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich gegen die von der Vergabekammer zu ihren Lasten getroffene Kostenentscheidung.
- 2 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 15.06.2021 Gebäudereinigungsleistungen aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer ..., Anlage Ast 2). Die zu vergebenden Leistungen waren in drei Lose aufgeteilt. Ausweislich Ziff. II.2.7) der Bekanntmachung sollte die Laufzeit des Vertrages am 01.10.2021 beginnen und am 30.09.2023 enden mit der Option, den Vertrag zweimal um jeweils ein Jahr bis längstens 30.09.2025 zu verlängern. Der mit den Ausschreibungsunterlagen übersandte Reinigungsvertrag (vgl. Anlage Ast 3) enthielt unter Ziff. 14 die nachfolgende Regelung zur Preisanpassung:
  - 3 *"Bei Inkrafttreten eines neuen für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohntarifvertrages oder einer anderen gesetzlichen Mindestlohnregelung im Gebäudereinigungshandwerk kann es zu einer Erhöhung der Lohnkosten kommen, die dem Auftragnehmer das Recht zur Vergütungsanpassung gibt.*
  - 4 *Diese errechnet sich wie folgt:*
  - ...
  - 5 *Alle zwischenzeitlichen eintretenden Änderungen z.B. bei den Sozialversicherungsbeiträgen oder dem Urlaubsentgelt bleiben unberücksichtigt.*

- 6 *Die Anpassung der Vergütung tritt frühestens mit dem Tag des Inkrafttretens der gesetzlichen Neuregelung in Kraft."*
- 7 Für das Gebäudereiniger-Handwerk galt im Zeitpunkt der Bekanntmachung ein für allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohtarifvertrag, der ausweislich dessen § 7 Abs. 1 frühestens mit Wirkung zum 31.12.2023 durch eine der Tarifparteien gekündigt werden konnte (vgl. Anlage Ast 4). Der Mindestlohn betrug - in der für den Auftrag einschlägigen Lohngruppe 1 - ab dem 01.01.2021 11,11 EUR, ab dem 01.01.2022 11,55 EUR und ab dem 01.01.2023 12,00 EUR.
- 8 Im Rahmen der Angebotsabgabe hatten die Bieter unter anderem in einem Kalkulationsschema (Anlage K 21) die Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes unter Zugrundelegung des tariflichen Mindestlohns anzugeben. Dazu heißt es dort:
- 9 *"Bitte geben Sie den Tariflohn in Euro [x,xx] ein*
- 10 *optional: Freiwilliger Zuschlag zum Tariflohn in Euro [x,xx]"*
- 11 Der Tariflohn wurde wie folgt definiert:
- 12 *"Gemäß dem für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn- und Lohntarifvertrag im Gebäudehandwerk"*
- 13 Die Antragstellerin gab fristgerecht jeweils ein Angebot für das Los 1 und das Los 2 ab, wobei sie ihrem Angebot einen mischkalkulatorischen tariflichen Mindestlohn von 11,66 EUR unter Berücksichtigung der Mindestlohnsteigerungen im Vertragszeitraum vom 01.10.2021 bis 30.09.2022 zugrunde legte. Hinsichtlich der Berechnung wird auf die Anlage 22 verwiesen. Betreffend das Los 1 haben 16 von 20 Bietern den aktuellen tariflichen Mindestlohn von 11,11 EUR und lediglich vier Bieter einen mischkalkulatorischen tariflichen Mindestlohn unter Berücksichtigung der Mindestlohnsteigerung im Vertragszeitraum zugrunde gelegt. Betreffend das Los 2 haben 17 von 21 Bietern den aktuellen tariflichen Mindestlohn zugrunde gelegt und lediglich 4 Bieter einen mischkalkulatorischen Mindestlohn angegeben.
- 14 Mit Bieterinformationsschreiben vom 30.07.2021 (Anlage Ast 5) teilte die Antragsgegnerin mit, dass die Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe.
- 15 Mit Schreiben vom 30.07.2021 (Anlage Ast 6) rügte die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Vergabeentscheidung vermeintlich nicht berücksichtigt habe, dass ein mischkalkulatorischer tariflicher Mindestlohn anzugeben gewesen sei, da die Preisanpassungsklausel des § 14 des Reinigungsvertrages die Tariflohnerhöhungen des laufenden für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages nicht erfasse.
- 16 Hierauf antwortete die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 04.08.2021 (Anlage Ast 7). Sie teilte der Antragstellerin die in den Losen jeweils erreichte Rangposition mit sowie, dass der Tarifvertrag eine jährliche Vergütungsanpassung enthalte, die die Bieter aufgrund der vertraglichen Regelung entsprechend weitergeben könnten. Aus diesem Grund sei der Einwand nicht verständlich.
- 17 Mit weiterem Rügeschreiben vom 04.08.2021 (Anlage Ast 8) wiederholte und vertiefte die Antragstellerin ihre Rüge, dass die Interpretation der Antragsgegnerin fehlerhaft sei, soweit sie annehme, der Reinigungsvertrag sehe in § 14 eine jährliche Vergütungsanpas-

sung vor, die auch den bereits bestehenden Tarifvertrag betreffe. § 14 des Reinigungsvertrages regle vielmehr klar und eindeutig, dass eine Lohnanpassung erst nach Inkrafttreten eines neuen allgemeinverbindlichen Mindestlohntarifvertrags möglich sei. Die Antragsgegnerin half der Rüge nicht ab.

- 18 Mit Antrag vom 09.08.2021 hat die Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet.
- 19 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 20 1. ein Nachprüfungsverfahrens gemäß § 160 ff. GWB einzuleiten;
- 21 2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist;
- 22 3. geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen;
- 23 hilfsweise:
- 24 4. für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat;
- 25 5. Einsicht in die Vergabekammerakte gemäß § 156 Abs. 1 GWB zu gewähren;
- 26 6. die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin festzustellen.
- 27 Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 23.08.2021 in dem Nachprüfungsverfahren mitgeteilt, dass das streitgegenständliche Vergabeverfahren in den Losen 1 und 2 nach § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV aufgehoben worden sei und sich die Sache daher erledigt habe (Anlagen Ast 10 und 11).
- 28 Daraufhin wandte sich die Antragstellerin mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 31.08.2021 außerhalb des Nachprüfungsverfahrens an die Antragsgegnerin und erklärte, sie sei der Ansicht, dass sie bei richtiger Wertung den Zuschlag hätte erhalten müssen.
- 29 Mit Schreiben datierend auf den 16.08.2021 (Anlage Ast 12), der Vergabekammer am 03.09.2021 per Fax übersandt, beantragte die Antragstellerin, ihr den vollständigen Schriftverkehr mit der Antragsgegnerin zur Verfügung zu stellen. Außerdem erklärte sie, dass sie einer Erledigung der Sache zunächst nicht zustimmen könne und die Stellung weiterer Verfahrensanträge erwäge, nämlich sich gegen die Aufhebung des Vergabeverfahrens zu wenden oder im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage die Rechtswidrigkeit der Vergabe feststellen zu lassen.
- 30 Die Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin erläuterten mit an die Antragstellerin gerichtetem Schreiben vom 06.09.2021 (Anlage Ast 13) außerhalb des Nachprüfungsverfahrens, warum sie die Aufhebung des Vergabeverfahrens für rechtmäßig hielten. Dem trat die Antragstellerin mit Schreiben vom 13.09.2021 (Anlage Ast 14) erneut entgegen.
- 31 Mit Email vom 08.10.2021 (Anlage Ast 15) bat die Vergabekammer die Antragstellerin um Mitteilung, welche Anträge wegen der Aufhebung der Ausschreibung gestellt würden.

- 32 Mit Schriftsatz vom 08.10.2021 (Anlage Ast 17) erklärte die Antragstellerin das Verfahren hinsichtlich des Hauptsacheantrags für erledigt und erklärt, lediglich an dem Antrag festzuhalten, wonach festgestellt werden solle, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Beistands für die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren notwendig gewesen sei.
- 33 Hierauf hat die Vergabekammer mit Email vom 12.10.2021 (Anlage Ast 18) reagiert und erklärt, dass die Erledigung nicht den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag zu Nr. 4 der Antragschrift betreffe und daher das Verfahren als Fortsetzungsfeststellungsverfahren nach § 168 Abs. 2 S. 2 GWB fortgeführt werde.
- 34 Mit Schriftsatz vom 20.10.2021 (Anlage Ast 19) trat die Antragstellerin der angekündigten Fortsetzung des Verfahrens als Fortsetzungsfeststellungsverfahren entgegen und stellte klar, dass es sich bei der Erledigungserklärung gemäß Schriftsatz vom 08.10.2021 um eine Erledigung in der Sache insgesamt gehandelt habe mit Ausnahme der Kostenentscheidung einschließlich der Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes.
- 35 Die Vergabekammer hat mit der angefochtenen Entscheidung der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin auferlegt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Antragsgegnerin habe zwar dadurch, dass die Regelung der Ziff. 14 des Reinigungsvertrages über die Vergütungsanpassung nicht den Anforderungen an eine eindeutige Formulierung der Vergabeunterlagen entsprochen habe, die Ursache für die Aufhebung der Ausschreibung gesetzt. Die Antragstellerin habe jedoch vorliegend aus Billigkeitsgründen die Kosten des Verfahrens zu tragen. Bei Eintritt des erledigenden Ereignisses wäre die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren unterlegen gewesen. Ihr Angebot hätte nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zwingend von der Wertung ausgeschlossen werden müssen, da die Antragstellerin mit der Eintragung des mischkalkulierten Mindestlohns in dem Kalkulationsschema die Vertragsunterlagen geändert habe. Zwar enthalte Ziff. 14 des Reinigungsvertrages eine Regelungslücke in Bezug auf die zeitliche Geltung der Vergütungsanpassung, die Antragstellerin habe jedoch gegen die wechselseitigen Rücksichts- und Treuepflichten nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB i. V. m. § 421 Abs. 2 BGB verstoßen, indem sie es unterlassen habe, die zeitliche Geltung der Anpassungsklausel bei der Antragsgegnerin abzuklären, obwohl sie das Bestehen der Regelungslücke betreffend die Vergütungsanpassung während des laufenden Tarifvertrages erkannt habe. Anstatt die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer Treuepflichten darauf hinzuweisen, habe die Antragstellerin es treuwidrig vorgezogen keine Rückfrage zu stellen und die Ausschreibung ihren eigenen Bedingungen zu unterstellen. Sie sei der Nachfragelast deswegen nicht nachgekommen, weil sie davon ausgegangen sei, durch ihr Unterlassen bessere Zuschlagschancen zu erhalten, indem sie darauf spekuliert habe, dass die Mehrheit des Bieterfeldes diese Regelungslücke nicht erkenne und damit aus der Wertung ausgeschlossen werde. Ein Bieter dürfe dem Auftraggeber jedoch nicht seine Vorstellung von dem Inhalt der Vergabeunterlagen aufdrängen. Die Antragsgegnerin habe vorliegend keinen mischkalkulierten Mindestlohn vorgesehen. Der Vergleich der Verfehlungen führe dazu, dass unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit der Verstoß der Antragsgegnerin gegen § 121 Abs. 1 GWB im Verhältnis zu dem von der Antragsgegnerin begangenen Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme und Treuepflichten vollständig zurücktrete.
- 36 Die Antragstellerin wendet sich mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen diese Kostenentscheidung. Zur Begründung führt sie aus, die Antragsgegnerin habe sich durch die Auf-

hebung des Vergabeverfahrens in die Rolle des Unterlegenen begeben. Umstände, die es aus Billigkeitserwägungen rechtfertigen würden, der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, lägen nicht vor.

37 Die Antragstellerin beantragt,

38 1. den Beschluss der Vergabekammer vom 13.12.2021 in den Punkten 2, 3 und 4 aufzuheben,

39 2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen und

40 3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für das Nachprüfungsverfahren für notwendig zu erklären.

41 Die Antragsgegnerin beantragt,

42 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

43 Die Antragsgegnerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer.

## II.

44 Die zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

45 1. Die fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist statthaft. Kostenentscheidungen der Vergabekammern sind nach § 171 Abs. 1 Satz 1 GWB anfechtbar (vgl. Senat, Beschl. v. 15.09.2010 - VII-Verg 16/10).

46 2. Die sofortige Beschwerde ist auch begründet. Entgegen der Ansicht der Vergabekammer entspricht es nicht der Billigkeit, die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die in diesem Verfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin gemäß § 182 Abs. 3 S. 5, Abs. 4 S. 2 und 3 GWB der Antragstellerin aufzuerlegen.

47 Über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die dort zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten ist, nachdem das Vergabenachprüfungsverfahren nach Aufhebung des Vergabeverfahrens beendet ist, gemäß § 182 Abs. 3 Satz 5, Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB nach billigem Ermessen zu befinden. Das gilt nach § 182 Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB auch für die den Verfahrensbeteiligten entstandenen notwendigen Aufwendungen.

48 a. Im Rahmen von § 182 Abs. 3 S. 5, Abs. 4 S. 2 und 3 GWB gilt nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Senat, Beschl. v. 16.10.2017 - VII-Verg 20/17; Senat, Beschl. v. 13.01.2014 - VII-Verg 11/13, zitiert nach juris, Tz. 10) derselbe Prüfungsmaßstab wie im Rahmen von § 78 GWB. Danach ist die Entscheidung über die Kostentragung in den Fällen einer Verfahrenserledigung - § 91a Abs. 1 ZPO entsprechend - unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu treffen. Dabei genügt eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (BGH, Beschl. v. 24.01.2017 - KVR 10/16 und Beschl. v. 23.01.2013 - X ZB 8/11, jeweils zitiert nach juris). Die Kostenentscheidung dient keiner abschließenden Klärung schwieriger Rechts- und Tatsachenfragen, sondern soll lediglich eine dem jeweiligen Sach- und Streitstand entsprechende Kostenverteilung sicherstellen. Ist der Verfahrensausgang offen und nicht vorherzusehen, sind die Kosten gegeneinander aufzuhe-

ben (BGH, Beschl. v. 24.01.2017 - KVR 10/16 und Beschl. v. 23.01.2013 - X ZB 8/11, jeweils zitiert nach juris). Bei einfacher Sach- und Rechtslage und prognostizierbarem Verfahrensausgang kommt demgegenüber dem voraussichtlichen Ausgang des Verfahrens maßgebende Bedeutung zu. Nach diesen Grundsätzen sind die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die der Antragstellerin in diesem Verfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen von der Antragstellerin zu tragen.

- 49 Die Antragsgegnerin hat der im Nachprüfungsverfahren erhobenen Rüge der Antragstellerin abgeholfen, indem sie das Vergabeverfahren aufgehoben hat, und sich damit formal in die Rolle der Unterlegenen begeben. Dies ergibt auch eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Im Zeitpunkt der Erledigung hätte der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin Erfolg gehabt.
- 50 aa. Die Antragsgegnerin hat gegen das Transparenzgebot verstoßen, indem sie die Kalkulationsgrundlagen für den Stundenverrechnungssatz nicht hinreichend eindeutig vorgegeben hat, so dass ein wesentlicher Umstand für die Preisermittlung unklar geblieben ist. An der erforderlichen Eindeutigkeit der Vorgaben fehlt es bereits dann, wenn der Auftraggeber differenzierte Angaben in einem Preisblatt fordert, die sich dem fachkundigen Bieter nicht offensichtlich erschließen (vgl. *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 121 Rn 8). Der Auftraggeber muss spätestens mit der Übersendung oder Bekanntgabe der Verdingungsunterlagen den Bietern alle Zuschlagskriterien mitteilen, deren Verwendung er vorsieht, sofern er diese im Voraus festgelegt hat. In den Vergabeunterlagen detailliert anzugeben ist dabei, nach welchen Kriterien oder Rechenschritten der niedrigste Preis durch den Auftraggeber ermittelt wird (OLG Brandenburg, Senat, Beschl. v. 29.01.2013 - Verg W 8/12, BeckRS 2013, 3142).
- 51 Ob die Vergabeunterlagen in vergaberechtswidriger Weise nicht mehr eindeutig sind, ist durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Für die Auslegung der Vertragsunterlagen ist ein objektiver Maßstab anzulegen und auf den Empfängerhorizont eines fachkundigen Bieters, der mit der Leistung vertraut ist, abzustellen (BGH, Beschl. v. 07.02. 2014, X ZB 15/13 - juris, Rn. 31; Senat, Beschl. v.01.04.2020, VII-Verg 33/19; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 18.07. 2017, 11 Verg 7/17 - juris, Rn. 59). Maßgeblich ist hierfür nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters, sondern es kommt darauf an, wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung verstehen muss (Senat, Beschl. v. 01.04.2020, VII-Verg 33/19; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.04. 2016, 15 Verg 1/16 - juris, Rn. 44). In vergaberechtswidriger Weise nicht mehr eindeutig sind Vergabeunterlagen jedoch erst, wenn fachkundigen Unternehmen auch nach Auslegungsbemühungen mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben oder das zutreffende Verständnis der Vergabeunterlagen eine besondere Gesamtschau erfordert, die von den Bietern oder Bewerbern im Vergabewettbewerb erfahrungsgemäß nicht geleistet wird (BGH, Urt. v. 10.06.2008, X ZR 78/07 - juris, Rn 12; Senat. Beschl. v. 13.12.2017, VII-Verg 19/17) oder nicht geleistet werden kann.
- 52 Gemessen daran war es für einen verständigen Bieter des angesprochenen Bieterkreises vorliegend nicht eindeutig, welcher Tariflohn in dem Kalkulationsschema für die Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes (Anlage K 21) als tariflicher Mindestlohn zugrunde zu legen war. Der im Zeitpunkt der Angebotsabgabe aktuelle tarifliche Mindestlohn betrug 11,11 EUR, ab dem 01.01.2022 stieg dieser auf 11,55 EUR und ab dem 01.01.2023 auf 12,00 EUR. Die Laufzeit des zu vergebenden Vertrages sollte frühestens am 30.09.2023 enden, so dass drei tarifliche Mindestlöhne während der Laufzeit des Rei-

nigungsvertrages zu zahlen waren. Angesichts des Umstandes, dass Ziff. 14 des Reinigungsvertrages eine Regelung zur vertraglichen Preisanpassung nur für den Fall des Inkrafttretens eines neuen Tarifvertrages vorsah, mithin die tariflichen Mindestlohnerhöhungen während der Laufzeit des aktuellen Tarifvertrages keine Berücksichtigung bei der vertraglichen Preisanpassung fanden, konnten die verständigen Bieter den im Kalkulationsschema anzugebenden Tariflohn unterschiedlich verstehen. Teilweise wurde die geforderte Angabe dahingehend verstanden, dass der aktuelle Tariflohn (wie betreffend Los 1 16 Bieter und betreffend Los 2 17 Bieter angenommen haben) anzugeben war, teilweise aber auch so, dass ein an den drei während der Vertragslaufzeit geltenden Mindestlöhnen orientierter mischkalkulatorischer tariflicher Mindestlohn (wie betreffend Los 1 und 2 jeweils 4 Bieter angenommen haben) anzugeben war. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin wiesen die Angaben auf dem Kalkulationsschema nicht eindeutig auf den aktuellen Tariflohn hin, indem es dort heißt: "*Bitte geben Sie den Tariflohn in Euro [x,xx] ein; optional: Freiwilliger Zuschlag zum Tariflohn in Euro [x,xx]*" und der Tariflohn wie folgt definiert wird: "*Gemäß dem für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn- und Lohntarifvertrag im Gebäudehandwerk*". Einen Hinweis darauf, ob der aktuelle, bei Angebotsabgabe geltende Tariflohn anzugeben ist oder derjenige für die gesamte Laufzeit, findet sich dort nicht. Die im Kalkulationsschema zur Ermittlung der Stundenverrechnungssätze geforderten Angaben waren insofern missverständlich. Damit hätte die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag Erfolg gehabt, weil die Antragsgegnerin gegen das Transparenzgebot verstoßen hat.

- 53 bb. Demgegenüber wäre das Angebot der Antragstellerin nicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV von der Wertung auszuschließen gewesen. Ein Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV setzt voraus, dass Gegenstand und Inhalt der Leistung eindeutig beschrieben sind. Verstöße gegen missverständliche mehrdeutige Angaben in den Vergabeunterlagen führen aber nicht zum Angebotsausschluss (BGH, Urt. v. 03.04.2012, X ZR 130/10; OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.07.2017 - 11 Verg 6/12; OLG München, Beschl. v. 21.04.2017 - Verg 1/17; Senat, Beschl. v. 26.07.2005, VII Verg 71/04). Selbst wenn die Antragstellerin die Mehrdeutigkeit der Vergabeunterlagen im Vorfeld hätte erkennen können, hätte dies nicht ihren Ausschluss von der Wertung gerechtfertigt.
- 54 b. Nach der Rechtsprechung des Senats sind im Rahmen der nach § 182 Abs. 3 S. 5, Abs. 4 S. 2 und 3 GWB zu treffenden Billigkeitsentscheidung jedoch nicht nur die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses in den Blick zu nehmen. Gesichtspunkte der Billigkeit können es vielmehr im Einzelfall bei Vorliegen gravierender Umstände gebieten, von der Maßgeblichkeit des voraussichtlichen Verfahrensausgangs abzuweichen (OLG München, Beschl. v. 02.09.2015 - Verg 6/15, zitiert nach juris, Tz. 13) und beispielsweise einem Antragsteller die Verfahrenskosten aufzuerlegen, der einen Nachprüfungsantrag unnötigerweise verfrüht stellt (vgl. Senat, Beschl. v. 13.01.2014 - VII-Verg 11/13, zitiert nach juris, Tz. 10; Senat, Beschl. v. 11.05.2011 - VII-Verg 10/11, zitiert nach juris, Tz. 29;) beziehungsweise der Vergabe Stelle die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen, wenn diese im Rahmen der Zurückweisung der Rüge dem Antragsteller den unzutreffenden Hinweis erteilt hat, er könne ein Nachprüfungsverfahren anstrengen (so OLG München, Beschl. v. 02.09.2015 - Verg 6/15). So liegt der Fall vorliegend nicht. Es liegen keine gravierenden Umstände vor, die es ausnahmsweise aus Gründen der Billigkeit gebieten, der voraussichtlich obliegenden Antragstellerin die Kosten aufzuerlegen. Es bedarf insoweit keiner Entscheidung, ob die Antragstellerin vor Angebotsabgabe durch eine Bieterfrage das richtige Verständnis der in Rede stehenden Formulierungen hätte erfragen müssen. Jedenfalls

hat sie den Nachprüfungsantrag nicht verfrüht gestellt oder das Nachprüfungsverfahren provoziert.

- 55 Die Antragstellerin hat den streitgegenständlichen Verfahrensverstoß gegenüber der Antragsgegnerin gerügt und den Nachprüfungsantrag erst eingereicht, nachdem die Antragsgegnerin der Rüge nicht abgeholfen hatte.

III.

- 56 Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 GWB.
- 57 Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. § 80 Abs. 2 VwVfG.
- 58 Der Beschwerdewert wird auf ... EUR (\*1) festgesetzt. Die Wertfestsetzung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 3 ZPO.
- 59 Richtet sich die sofortige Beschwerde zum Vergabesenat - wie hier - nur gegen die Kostenentscheidung der Vergabekammer, mithin nicht gegen eine Hauptsacheentscheidung, sondern nur gegen eine selbstständig anfechtbare Nebenentscheidung, findet § 50 Abs. 2 GKG keine Anwendung (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 16.01.2017 - Verg 5/16, zitiert nach juris, Tz. 25; BayObLG, Beschl. v. 30.11.2004 - Verg 24/04, zitiert nach juris, Tz. 2; Beschl. v. 29.09.1999 - Verg 4/99, zitiert nach juris, Tz. 17). § 50 Abs. 2 GKG knüpft an das wirtschaftliche Interesse des Bieters oder Bewerbers am Erhalt des ausgeschriebenen Auftrags an und pauschaliert dieses Interesse mit 5 Prozent der Bruttoauftragssumme. Um den Erhalt des Auftrags geht es dem Rechtsmittelführer aber nicht, wenn er lediglich die Kostenentscheidung der Vergabekammer angreift. Sein Rechtsmittel zielt in diesen Fällen vielmehr auf die Beseitigung der finanziellen Belastung durch die Kostenentscheidung. Das ist durch eine entsprechende Anwendung des § 3 ZPO bei der Streitwertfestsetzung zu berücksichtigen.
- 60 Für die auf § 3 ZPO gestützte Streitwertfestsetzung ist im Wesentlichen die Belastung der Antragstellerin mit der von der Vergabekammer festgesetzten Verfahrensgebühr in Höhe von 2.237,50 EUR entscheidend. Hinzu kommen die Kosten der notwendigen Rechtsverteidigung, die sich vorliegend auf 3.629,50 EUR Anwaltskosten belaufen und sich unter Zugrundelegung einer 2,0 Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 RVG wie folgt berechnen: Die Erhöhung der mittleren Geschäftsgebühr von 1,3 auf 2,0 ergibt sich aus der besonderen Schwierigkeit der Sache (vgl. OLG München, Beschl. v. 25.02.2015 - 2 Verg 2/14, VergabeR 2015, 717 Rn 21 ff.). Bei einem Gesamtauftragswert von 2.951.440,89 EUR beläuft sich der für die Bemessung der Anwaltsgebühren maßgebliche Streitwert des Vergabekammerverfahrens nach § 50 Abs. 2 GKG auf 5 Prozent der Bruttoauftragssumme, mithin vorliegend auf bis 155.000,00 EUR. Damit beträgt die 2,0 Geschäftsgebühr 3.050,00 EUR netto und 3.629,50 EUR brutto.
- 61 Am 26.10.2022 erging folgender Beschluss:
- 62 Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird in Abänderung der Festsetzung im Senatsbeschluss vom 22.08.2022 auf bis 6.871,36 EUR festgesetzt.
- 63 **Gründe:**

I.

- 64 I. Die als Gegenvorstellung auszulegende Beschwerde der Antragstellerin gegen die Festsetzung des Beschwerdewerts in dem Beschluss des Senats vom 22.08.2022 ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.
- 65 1. Der Senat legt die Beschwerde als Gegenvorstellung aus. Eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung des Vergabesenats ist nicht statthaft. Nach § 68 Abs. 1 S. 5 GKG i. V. m. § 66 Abs. 3 S. 3 GKG findet eine Beschwerde an einen obersten Gerichtshof, also gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte nicht statt. Die Gegenvorstellung ist gesetzlich nicht geregelt; sie stellt eine Anregung an das Gericht dar, eine für die Partei unanfechtbare Entscheidung zu ändern. Deshalb kommt sie nur dann in Betracht, wenn das Gericht zu einer Änderung seiner Entscheidung befugt ist und diese auch von Amts wegen vornehmen durfte (BGH, Beschl. v. 18.10.2018, IX ZB 31/18, NZI 2018, 958 Rn. 13). Diese Voraussetzung ist bei einer Gegenstands- beziehungsweise Streitwertfestsetzung erfüllt. Gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 GKG kann das Gericht, das den Wert festgesetzt hat, die Festsetzung innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, von Amts wegen ändern. Gegen eine mit der Beschwerde nicht anfechtbare Festsetzung des Gegenstandswerts ist eine Gegenvorstellung daher in der für eine Beschwerde geltenden Frist des § 68 Abs. 1 S. 3 GKG statthaft (BGH, Beschl. v. 06.02.2020, V ZR 328/18, BeckRS 2020, 2775 Rn. 2).
- 66 2. In der Sache hat die Gegenvorstellung Erfolg. Der Gegenstandswert wird auf 6.871,36 EUR heraufgesetzt.
- 67 Für die auf § 3 ZPO gestützte Streitwertfestsetzung ist im Wesentlichen die Belastung der Antragstellerin mit der von der Vergabekammer festgesetzten Verfahrensgebühr in Höhe von 2.237,50 EUR entscheidend. Hinzu kommen die Kosten der notwendigen Rechtsverteidigung, mithin die Anwaltskosten, die sich richtigerweise auf 4.633,86 EUR brutto belaufen und sich bei einem Gegenstandswert von 155.000,00 EUR für das Vergabekammerverfahren wie folgt berechnen:
- 68 2,0 Geschäftsgebühr, RVG - VV Nr. 2300 874,00 EUR
- 69 Auslagenpauschale, RVG - VV Nr. 7002 20,00 EUR
- 70 Zwischensumme: 894,00 EUR
- 71 19% Umsatzsteuer, RVG - VV Nr. 7008 739,86 EUR
- 72 **Gesamt brutto: 633,86 EUR**