BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZB 12/13

vom

18. März 2014

in dem Vergabenachprüfungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Bioabfallvergärungsanlage

GKG § 50 Abs. 2; VgV § 3 Abs. 1 Abs. 4 Nr. 2

Soll eine Dienstleistung nach den Vergabeunterlagen über einen festgelegten Zeitraum hinweg erbracht und der Vergabestelle darüber hinaus ein einseitiges Optionsrecht zur Verlängerung der Laufzeit des Vertrages eingeräumt werden, beträgt der Streitwert für das Nachprüfungsbeschwerdeverfahren 5 % der auf die fest vorgesehene Laufzeit entfallenden, gegebenenfalls zu schätzenden Bruttoauftragssumme und 5 % der im optional möglichen Zeitraum anfallenden Vergütung abzüglich eines der Ungewissheit der Vertragsverlängerung Rechnung tragenden Abschlags von regelmäßig 50 %.

BGH, Beschluss vom 18. März 2014 - X ZB 12/13 - OLG München

Vergabekammer Südbayern

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. März 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Gröning, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß sowie die Richterin Dr. Kober-Dehm

beschlossen:

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 900.000 € festgesetzt.

Gründe:

1 I. Die Divergenzvorlage betrifft die Streitwertfestsetzung in einem Nachprüfungsverfahren nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, dem die Ausschreibung des Betriebs einer Bioabfallvergärungsanlage zugrunde liegt. Darüber sollte ein Vertrag geschlossen werden, der eine feste Laufzeit von fünf Jahren haben sollte und für die Vergabestelle die Option einräumte, das Vertragsverhältnis bis zu zweimal für je fünf Jahre zu verlängern. Für die ausgeschriebene Leistung konnten die Bewerber keine Gesamtpreise angeben, weil die endgültige Höhe der Vergütung von der nach Betriebsaufnahme anfallenden Menge von Bioabfall und deren Verwertung abhing. Die Auftragssummen in den Angeboten der Bieter beruhten insofern auf Schätzungen. Auf Basis des Angebotspreises der Antragstellerin, die in beiden Instanzen des Nachprüfungsverfahrens obsiegt hat, beträgt der nach

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

§ 50 Abs. 2 GKG errechnete Streitwert bei der maximal möglichen Gesamtlaufzeit von 15 Jahren 1.282.902,45 €. Nach Ansicht der Antragstellerin ist der Streitwert für das Beschwerdeverfahren in dieser Höhe festzusetzen. Der vorlegende Vergabesenat möchte ihn dagegen - in Übereinstimmung mit der Antragsgegnerin und der Beigeladenen - auf den 48-fachen Monatswert (342.107,32 €) festsetzen. Daran sieht er sich durch die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Naumburg gehindert und hat die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof nach § 124 Abs. 2 GWB vorgelegt.

2 II. Die Vorlage ist zulässig.

3 Nach § 124 Abs. 2 GWB legt ein Oberlandesgericht die Sache dem Bundesgerichtshof vor, wenn es von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will. Die Regelung erfasst nicht nur im kontradiktorischen Nachprüfungsverfahren ergangene Entscheidungen in der Hauptsache, sondern ist nach ihrem Sinn und Zweck, eine bundeseinheitliche Rechtsprechung in Vergabesachen zu gewährleisten, weit auszulegen (BGH, Beschluss vom 23. September 2008 - X ZB 19/07, VergabeR 2009, 39 - Geschäftsgebühr im Nachprüfungsverfahren). Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, schließt dies Entscheidungen über vergaberechtsbezogene Gebührenfragen ein (BGH, VergabeR 2009, 39 - Geschäftsgebühr im Nachprüfungsverfahren; Beschluss vom 29. September 2009 - X ZB 1/09, VergabeR 2010, 66 - Gebührenanrechnung im Vergabeverfahren). Danach ist es angezeigt, auch Divergenzen bei der Beurteilung von Fragen der Streitwertfestsetzung in den Anwendungsbereich von § 124 Abs. 2 GWB einzubeziehen.

4 Die Voraussetzungen für eine Divergenzvorlage nach § 124 Abs. 2 GWB sind auch im Übrigen erfüllt. Nach Ansicht des vorlegenden Oberlandesgerichts

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

kann im Streitfall kein Gesamtpreis im Sinne von § 3 Abs. 4 VgV angegeben werden, weshalb es den Streitwert für das Beschwerdeverfahren in Anlehnung an die Regelung in § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV auf den 48-fachen Monatswert festsetzen möchte. Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Naumburg besteht bei langfristigen Dienstleistungsverträgen kein Raum für eine entsprechende Anwendung von § 3 Abs. 4 VgV (OLG Naumburg, Beschluss vom 13. Februar 2012 - 2 Verg 14/11, bei juris). Mit dieser Rechtsauffassung wäre die vom vorlegenden Oberlandesgericht beabsichtigte Streitwertfestsetzung schon deshalb nicht vereinbar, weil der im Streitfall zur Vergabe anstehende Auftrag jedenfalls eine feste Laufzeit von mehr als 48 Monaten haben soll.

5 III. In der Sache kann der Auffassung des vorlegenden Vergabesenats nicht beigetreten werden. Für eine entsprechende Anwendung von § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV ist im Streitfall kein Raum.

6 1. Für die Wertbemessung ist bei Vertragsgestaltungen der vorliegenden Art zwischen der fest vorgesehenen Laufzeit des Vertrages und den optional möglichen Verlängerungen zu unterscheiden.

7 a) In die Streitwertbemessung fließt zunächst ein Betrag in Höhe von 5 % der auf die fest vorgesehene Laufzeit des Vertrages von fünf Jahren entfallenden Angebotssumme der Antragstellerin ein, der sich im Streitfall auf 427.634,13 € beläuft. Denn nach der für die Streitwertbemessung einschlägigen Regelung in § 50 Abs. 2 GKG, von der auch der Vergabesenat ausgeht, beträgt der Streitwert für das Beschwerdeverfahren 5 % der Bruttoauftragssumme. Da der Auftrag zur Zeit des Nachprüfungsverfahrens typischerweise noch nicht erteilt ist und dieser Betrag dementsprechend noch nicht feststeht, ist regelmäßig - so auch hier - auf die Summe des Angebots abzustellen, das der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren eingereicht hat, weil er mit dem Nachprüfungsantrag

seine Chance auf den Auftrag wahren will. Von dieser Bemessungsgrundlage gehen die Beteiligten im Streitfall auch übereinstimmend aus. Ob es je nach Fall und Zielrichtung der im Nachprüfungsverfahren vorgebrachten Angriffe im Einzelfall auch einmal angezeigt sein kann, auf die Summe des Angebots eines anderen Beteiligten abzustellen, bedarf hier keiner Entscheidung.

8 b) Der vorlegende Vergabesenat erachtet die entsprechende Anwendung von § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV im Streitfall deswegen für angezeigt und will eine Laufzeit von lediglich 48 Monaten deshalb zugrunde legen, weil die endgültig zu zahlende, von den anzuliefernden und zu verwertenden Biomüllmengen abhängende Vergütung nicht feststehe und damit kein Gesamtpreis im Sinne von § 3 Abs. 4 VgV gegeben sei. Der Umstand, dass es sich bei den Angebotssummen um Schätzwerte handelt, ändert jedoch nichts daran, dass es sich hierbei um die für das Vergabeverfahren maßgeblichen Preise handelt. Die vorgesehene feste Laufzeit bei der Bemessung des Streitwerts nur deswegen zu kappen, weil der Preis nicht endgültig im Sinne eines Gesamtpreises feststeht, ist nicht sachgerecht, auch wenn § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV Entsprechendes für die Schätzung der Auftragswerte vor Einleitung eines Vergabeverfahrens vorsieht.

9 Die für die Schätzung des Auftragswerts in § 3 VgV genannten Parameter können nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar unter Umständen Anhaltspunkte für eine sachgerechte Bemessung des Streitwerts im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren liefern, soweit sie nach den jeweils gegebenen Verhältnissen für eine entsprechende Anwendung geeignet erscheinen. Der Bundesgerichtshof hat diese Voraussetzung in einem Nachprüfungsverfahren als erfüllt angesehen und § 3 VgV für die Streitwertbemessung herangezogen, in dem es vordergründig zwar um die Nichtigerklärung eines im Wege der De-facto-Vergabe geschlossenen Vertrags ging, der Antragsteller aber nicht im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB am Gegenstand dieses Vertrags

(Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr) interessiert war, sondern daran, dass Teile davon nach Nichtigerklärung des Vertrages losweise für einen in fernerer Zukunft liegenden Zeitraum vergeben werden. Die Schätzung des Streitwerts in einem solchen Fall ist, wie der Bundesgerichtshof angenommen hat, unter Voraussetzungen vorzunehmen, die mit denjenigen vergleichbar sind, unter denen der öffentliche Auftraggeber den Wert der zur Vergabe anstehenden Leistungen zu ermitteln hat, bevor er das entsprechende Vergabeverfahren in die Wege leitet, und deshalb erschien es sachgerecht, dafür die in § 3 VgV genannten Parameter heranzuziehen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juli 2011 - X ZB 4/10, NZBau 2011, 629 - S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr II). Solche oder vergleichbare Umstände liegen im Streitfall nicht vor. Deshalb ist hier für einen Rückgriff auf § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV kein Raum.

10 2. Bei der Bemessung des Streitwerts ist in angemessenem Umfang zu berücksichtigen, dass der Vertrag, auf dessen Abschluss das dem Nachprüfungsverfahren zugrunde liegende Vergabeverfahren zielt, der Vergabestelle gestattet, seine Laufzeit über den fest vorgesehenen Vertragszeitraum von fünf Jahren hinaus um zweimal fünf Jahre zu verlängern.

11 a) Diese Optionen sind bei der Streitwertfestsetzung zu berücksichtigen, weil auch die nur potentielle Möglichkeit der Verlängerung der Zeitspanne, in der der Auftragnehmer die vertragsgemäßen Leistungen weiter erbringen kann, einen wirtschaftlichen Wert darstellt, der dem Ausschreibungsgegenstand innewohnt und das Interesse der Bieter am Auftrag mitbestimmt.

12 b) Allerdings wäre es unangemessen, bei der Wertbemessung auch insoweit vom vollen Schätzwert für den optional möglichen Verlängerungszeitraum von hier zehn Jahren auszugehen. Zwar sieht § 3 Abs. 1 VgV vor, dass die Auftraggeber bei Schätzung des Auftragswerts vor Einleitung eines Verga-

beverfahrens die gesamte zu schätzende Vergütung für die vorgesehene Leistung einschließlich aller Optionen oder etwaigen Vertragsverlängerungen in den Blick nehmen müssen. Für die entsprechende Anwendung dieser Bestimmung bei der Frage, wie die optionale Vertragsverlängerung streitwertmäßig im Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen ist, ist jedoch kein Raum. Die Regelung für die Schätzung des Auftragswerts in § 3 Abs. 1 VgV dient einem besonderen Schutzzweck. Sie steht in Regelungszusammenhang mit dem die Schwellenwerte definierenden § 2 VgV, die dafür maßgeblich sind, ob ein Vergabeverfahren unionsweit auszuschreiben ist oder die Leistung im nationalen Kontext vergeben werden kann. Die Regelungen in § 3 VgV legen fest, in welcher Weise bestimmte besondere vertragliche Umstände bei der Schätzung des Werts einer in einem zukünftigen Vergabeverfahren auszuschreibenden Bau-, Liefer- oder Dienstleistung zu berücksichtigen sind. Damit sollen möglichst einheitliche Bemessungsgrundlagen für die Ermittlung der Auftragswerte geschaffen werden, bei deren Erreichen der Wettbewerb um den Auftrag unionsweit zu eröffnen ist. Will sich ein öffentlicher Auftraggeber in dem über einen Ausschreibungsgegenstand zu schließenden Vertrag die Option offenhalten, dessen vertragliche Laufzeit über eine fest vorgesehene Zeitspanne hinaus zu verlängern, ist es unter dem Gesichtspunkt, welcher Wert einem solchen Ausschreibungsgegenstand für die Ausschreibungsmodalitäten zukommt, sachgerecht, den optional vorgesehenen Vertragszeitraum voll zu berücksichtigen. Andernfalls könnte der Auftrag den strengeren Regelungen für die unionsweite Ausschreibung einschließlich der Möglichkeit, deren Einhaltung von den Nachprüfungsinstanzen nachprüfen zu lassen, entzogen werden, obwohl der Auftraggeber es durch Ziehen der Option in der Hand hat, die Laufzeit so zu gestalten, dass der einschlägige Schwellenwert erreicht ist. Geht es demgegenüber um die Bemessung des Interesses eines Bieters am Abschluss eines solchen Vertrages, so ist zu berücksichtigen, dass er gerade kein entsprechendes Opti-

onsrecht hat und es nicht in seiner, sondern allein in der Macht der Vergabestelle steht, die Laufzeit des Vertrages zu verlängern.

13 c) Die Ungewissheit darüber, ob der Auftraggeber das Optionsrecht ausüben wird, ist mit einem angemessenen Abschlag vom vollen Auftragswert zu berücksichtigen, der rechnerisch während der optionalen Vertragslaufzeit erzielt werden könnte. Dieser Abschlag mag unter besonderen Umständen im Einzelfall unterschiedlich hoch einzuschätzen sein; bei der gebotenen verallgemeinernden Betrachtung ist es im Regelfall angezeigt, ihn auf 50 % zu veranschlagen. Da besondere Umstände im Streitfall nicht in Rede stehen, ist auch

hier ein solcher Abschlag vorzunehmen, so dass auf den optional möglichen Vertragszeitraum ein Wert von 427.634,13 € entfällt und der Gesamtstreitwert (oben III 1) danach bis zu 900.000 € beträgt.

Meier-Beck Gröning Bacher

Deichfuß Kober-Dehm

Vorinstanz:
OLG München, Entscheidung vom 26.06.2013 - Verg 32/12 -