



## B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

[REDACTED]

Antragstellerin,

gegen

[REDACTED]

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen des Vergabeverfahrens „Rechtsberatungsleistungen im Bereich des Vergaberechts“

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Kern, den hauptamtlichen Beisitzer Meier und den ehrenamtlichen

Beisitzer Wilke am 18. August 2021 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) vor der Vergabekammer und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegner wird für notwendig erklärt.
4. Die Verfahrensgebühren werden auf [REDACTED] EUR festgesetzt.

## Gründe

### I.

Mit Bekanntmachung (ABl. EU 2021/S 038-095194) vom 24.02.2021 schrieben die Antragsgegner die Beschaffung „Rechtsberatungsleistungen im Bereich des Vergaberechts“ in einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb gemäß § 17 VgV europaweit aus. Dabei handelt es sich um einen Rahmenvertrag mit einer geplanten Laufzeit vom 01.10.2021 bis 31.03.2022, welcher maximal auf insgesamt 6 Jahre verlängerbar ist.

Die Antragsgegnerin zu 2) entwickelt im Auftrag des Antragsgegners zu 1) die Flächen des ehemaligen Flughafens Tegel zu einem Industrie- und Forschungspark für urbane Technologien, [REDACTED] und einem Wohnquartier [REDACTED]. Die ausgeschriebene Leistung umfasst im Wesentlichen Rechtsberatungsleistungen im Vergaberecht sowie angrenzenden Rechtsgebieten wie dem Zuwendungs- und Europarecht. Dabei soll die Unterstützung der Antragsgegner im Rahmen der Projektrealisierung im Zusammenhang mit Ausschreibungen von Dienstleistungen, Bauleistungen, Lieferleistungen, Konzessions- und sonstigen Vergabeverfahren erfolgen. Auch umfasst von der Leistung ist die gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung der Rechte und Ansprüche der Auftraggeber bzw. die Abwehr vermeintlicher Ansprüche Dritter.

Zuschlagskriterien sind entsprechend der EU-Bekanntmachung der Preis mit einer Gewichtung von 40 %, die Qualifikation und Erfahrung der Projektleitung mit einer

Gewichtung von 30 % sowie die der ersten und zweiten stellvertretenden Projektleitung mit einer Gewichtung von jeweils 15 % (vgl. Punkt II.2.5 der Bekanntmachung).

Entsprechend der Bewerbungsaufforderung Anlage A.7-1 Seite 21, erhält der Bieter bei Erfüllung des Kriteriums 2.2 Erfahrung maximal 20 % für nachweisbare Erfahrungen zu folgenden Punkten:

- Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen im Verhandlungsverfahren nach VgV
- Vergabe von sonstigen Dienst- und Lieferleistungen nach VgV
- Vergabe von Bauleistungen nach VgV NOB/ A-EU
- Vergabe von Leistungen im Rahmen einer Innovationspartnerschaft/im wettbewerblichen Dialog nach VgV oder KonzVgV
- Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach Berliner Haushaltsrecht/UVgO (unterschwellig)
- Begleitung von Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer, idealerweise auch vor der Vergabekammer Berlin
- Begleitung von vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren vor Oberlandesgerichten (Vergabesenate), idealerweise auch vor dem Kammergericht Berlin

Entsprechend der Bewerbungsaufforderung Anlage A.7-1 Seite 22, erhält der Bieter bei Erfüllung des Kriteriums 3.2 Erfahrung maximal 10 % für nachweisbare Erfahrungen zu folgenden Punkten:

- Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen im Verhandlungsverfahren nach VgV
- Vergabe von sonstigen Dienst- und Lieferleistungen nach VgV
- Vergabe von Bauleistungen nach VgV NOB/ A-EU
- Vergabe von Leistungen im Rahmen einer Innovationspartnerschaft/im wettbewerblichen Dialog nach VgV oder KonzVgV
- Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach Berliner Haushaltsrecht/UVgO (unterschwellig)
- Begleitung von Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer, idealerweise auch vor der Vergabekammer Berlin
- Begleitung von vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren vor

Oberlandesgerichten (Vergabesenate), idealerweise auch vor dem Kammergericht Berlin

Entsprechend der Bewerbungsaufforderung Anlage A.7-1 Seite 23, erhält der Bieter bei Erfüllung des Kriteriums 4.2 Erfahrung maximal 10 % für nachweisbare Erfahrungen zu folgenden Punkten:

- Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen im Verhandlungsverfahren nach VgV
- Vergabe von sonstigen Dienst- und Lieferleistungen nach VgV
- Vergabe von Bauleistungen nach VgV NOB/ A-EU
- Vergabe von Leistungen im Rahmen einer Innovationspartnerschaft/im wettbewerblichen Dialog nach VgV oder KonzVgV
- Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach Berliner Haushaltsrecht/UVgO (unterschwellig)
- Begleitung von Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer, idealerweise auch vor der Vergabekammer Berlin
- Begleitung von vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren vor Oberlandesgerichten (Vergabesenate), idealerweise auch vor dem Kammergericht Berlin

Mit Schreiben vom 05.03.2021 erhob die Antragstellerin mehrere Rügen. Der Rüge betreffend des Streitgegenstandes (nachweisbare Erfahrungen in der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach Berliner Haushaltsrecht) wurde mit Schreiben der Antragsgegner vom 15.03.2021 nicht abgeholfen. Die Antragsgegner verwiesen in ihrer Rügeerwiderung auf die Beantwortung der Bieterfragen, insbesondere auf die Antworten zu den Bieterfragen Nr. 1 und Nr. 6 sowie dem Hinweis Nr. 30 der Auftraggeber, wonach das Fehlen von Erfahrungen mit der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach Berliner Haushaltsrecht ein „weitreichendes bzw. gewichtiges“ Defizit darstelle, das im Ergebnis zu einer niedrigeren Gesamtbewertung führe.

Die Antragstellerin trägt außerdem vor, das in Frage stehende Wertungskriterium solle nur dazu dienen, eingesessenen Berliner Kanzleien den Vorzug zu gewähren und

verstoße gegen § 122 GWB, § 42 Abs. 1 VgV.

Die Antragstellerin reichte am 19.03.2021 fristgemäß einen Teilnahmeantrag ein. Die Antragsgegner teilten mit Schreiben vom 18.05.2021 mit, dass die Antragstellerin kein Angebot abgegeben habe und die Angebotsfrist in diesem Verfahren abgelaufen sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegnern zu untersagen, in dem von Ihnen durchgeführten Verhandlungsverfahren mit der Referenznummer 004\_001\_01\_0004\_0004 eine Auswahl der Erstangebote und/oder eine Verringerung der Zahl der Angebote über die verhandelt wird und/oder eine Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes anhand eines Zuschlagskriteriums „Nachweisbare Erfahrungen zu Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach Berliner Haushaltsrecht/UVgO (unterschwellig)“ vorzunehmen
2. hilfsweise: festzustellen, dass das unter Ziffer 1 aufgeführte Wertungskriterium vergaberechtswidrig ist.

Die Antragsgegner beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen;
2. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten der Antragsgegner für notwendig zu erklären.

Für die Ausschreibung von Architekten- und Ingenieurleistungen seien für die Antragsgegner nachweisbare Erfahrungen im Bereich des Berliner Haushaltsrechts von Bedeutung. Aus diesem Grund hätten die Antragsgegner dieses Bewertungskriterium festgelegt. Das sei Ausfluss des Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers.

Die Antragsgegner verweisen auf unterschiedliche Regelungen in den Landeshaushaltsordnungen der Bundesländer. Daraus sei zu schließen, dass *„... die vergaberechtliche Beurteilung solcher freiberuflichen Leistungen in Berlin durchaus anders zu bewerten ist als in anderen Bundesländern.“*

Darüber hinaus sei mit dem angegriffenen Kriterium keinesfalls die Forderung nach Ortsansässigkeit verbunden. Nachweisbare Erfahrungen mit dem Berliner

Haushaltsrecht könnten Bewerber losgelöst von einem Berliner Standort erworben haben.

Ergänzend wird auf die ausgetauschten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Verfahrensakte der Kammer und die Vergabeakten dieses Verfahrens Bezug genommen.

Die Entscheidungsfrist der Vergabekammer wurde in diesem Verfahren aufgrund § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB zuletzt verlängert am 13.08.2021 auf den 20.08.2021. Mit Schreiben vom 07.06.2021 erklärte die Antragstellerin und mit Schreiben vom 09.06.2021 die Antragsgegner ihre Zustimmung zur Entscheidung nach Lage der Akte ohne vorherige mündliche Verhandlung (§ 166 Abs. 1 Satz 3 GWB).

## II.

Der Nachprüfungsantrag bleibt ohne Erfolg. Er ist bereits unzulässig, wäre aber im Weiteren auch unbegründet.

A. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Die Antragstellerin ist nicht antragsbefugt. Nach § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend macht und einen zumindest drohenden Schaden durch die Verletzung der Vergabevorschriften darlegt. An die Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB dürfen zur Wahrung effektiven Rechtsschutzes keine überzogenen Anforderungen gestellt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, OLG München, Beschluss vom 19.07.2012, Verg 8/12). Vor diesem Hintergrund genügt es, wenn ein Antragsteller plausible Anhaltspunkte und Indizien vortragen kann, die eine Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften als möglich erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 18.05.2004, X ZB 7/04).

Den Anforderungen an ein Interesse am Erhalt des Zuschlags im gegenständlichen Auftrag mit Ablauf der Entscheidungsfrist ohne Angebotsabgabe wird die

Antragstellerin nicht gerecht. Sie hat kein Angebot in dem gegenständlichen Vergabeverfahren abgegeben, obwohl es ihr zumutbar war.

Nach überwiegender Ansicht in der Rechtsprechung liegt das Interesse am Auftrag im Sinne des § 160 Absatz 2 GWB dann vor, wenn der Bieter vor Stellung des Nachprüfungsantrags am Vergabeverfahren teilgenommen hat (OLG Düsseldorf, VII-Verg 30/06; VK Brandenburg, VK 39/11) und einen Vergabeverstöß ordnungsgemäß gerügt hat (BVerfG, 2 BvR 2284/03; OLG Naumburg, 2 Verg 4/12). Ein Interesse am Auftrag ist insbesondere dann zu bejahen, wenn der Antragsteller ein Angebot abgegeben hat. Vorliegend hat die Antragstellerin zwar am 19.03.2021 fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben. Die Angebotsfrist jedoch ohne Abgabe eines eigenen Angebots verstreichen lassen.

Grundsätzlich verliert ein Bieter in den Fällen, in denen er auf die Abgabe eines Angebots verzichtet, die Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, so dass der Verzicht auf eine Angebotsabgabe darauf hindeutet, dass das Interesse an den Auftrag nicht länger besteht. Das für die Antragsbefugnis erforderliche Interesse am Auftrag kann aber unter Umständen auch dann vorliegen, wenn der Antragsteller kein Angebot abgegeben hat, gleichwohl aber am Teilnahmewettbewerb beteiligt war und zusätzlich im Rahmen der Angebotserstellung konkrete Nachfragen an die Vergabestelle gerichtet hat (VK Bund, Beschluss vom 24.01.2008 – VK3 – 151/07). Die Antragsbefugnis beschränkt sich in diesen Fällen aber auf die Geltendmachung derjenigen Fehler im Vergabeverfahren, welche der Antragsteller in tatsächlicher Weise von der Erstellung und Abgabe eines Angebots abgehalten haben könnte. Allerdings sind dabei auch solche Fallgestaltungen einzubeziehen, in denen dem Antragsteller zwar eine Angebotsabgabe möglich gewesen wäre, sich aber bei verständiger Betrachtung die Ausarbeitung des Angebots angesichts der reklamierten und als zutreffend zu unterstellenden Beanstandungen des Vergabeverfahrens als unzumutbar darstellen würde.

Im vorliegenden Fall war eine Angebotserstellung für die Antragstellerin nicht unzumutbar.

Das in Frage stehende Kriterium stellt ein Bewertungs- und gerade kein Ausschlusskriterium dar. Es entspricht dem Sinn und Zweck eines

Bewertungskriteriums, dass das Vorhandensein des Bewertungskriteriums auf Bieterseite gerade nicht zum Ausschluss des Angebots führt. Es stellt vielmehr ein Kriterium dar, bei dessen Vorliegen die ausschreibende Stelle bereit ist, einen höheren Preis zu bezahlen ("Nice to have"). Der Bieter, der dieses Kriterium nicht erfüllt, büßt lediglich die für die Bewertung vorgesehenen Punkte/ Prozente ein. Der Bieter hat aber weiterhin die Möglichkeit, ein erfolversprechendes Angebot abzugeben, indem er die durch Einbußen infolge der Nicht-Erfüllung der Bewertungskriterien erwarteten Nachteile in anderer Weise im Rahmen der Preiskalkulation ausgleicht. Dabei handelt es sich auch nicht um eine unzumutbare Angebotskalkulation, sondern um gängige Praxis bei der Angebotsabgabe.

Darüber hinaus wäre eine Angebotsabgabe für die Antragstellerin auch nicht nur reine Formsache gewesen. Als Zuschlagskriterien sind entsprechend der EU-Bekanntmachung der Preis mit einer Gewichtung von 40 %, die Qualifikation und Erfahrung der Projektleitung (2.2) mit einer Gewichtung von 30 %, der ersten (3.2) und zweiten stellvertretenden Projektleitung (4.2) von jeweils 15 % (Vgl. Punkt II.2.5) benannt. Damit war der Antragstellerin bewusst, wieviel Prozent ihr Angebot im Rahmen der Bewertung der Qualifikation erreichen kann. Daher wäre es der Antragstellerin durchaus möglich gewesen, ihr Angebot so zu kalkulieren, dass es eine Möglichkeit auf den Erhalt des Zuschlags gehabt hätte.

B.

Der Nachprüfungsantrag hätte auch in der Sache mangels Begründetheit keine Aussicht auf Erfolg.

1.

Ein möglicher vergaberechtlicher Verstoß aufgrund einer diskriminierenden Durchführung des Vergabeverfahrens ist für die Kammer nicht erkennbar.

Die Wertungskriterien 2.2, 3.2 und 4.2 der Antragsgegnerin sind nicht zu beanstanden. Auch liegt entgegen der Auffassung des Antragstellers kein Verstoß gegen § 122 GWB, § 42 Abs. 1 VgV vor, da es sich vorliegend um Bewertungskriterien und gerade keine Eignungskriterien handelt.

Grundsätzlich gilt – wie zutreffend von den Antragsgegnern vorgetragen – das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers. Dieser bestimmt, welche Leistung er



einkaufen möchte. Demnach bestimmt er auch, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit ein Angebot als das Wirtschaftlichste den Zuschlag erhalten kann.

Landesrechtliche Besonderheiten können durchaus als „Spezialregelungen“ angesehen werden, welche in Form von Erfahrungen in diesem Rechtsgebiet als Wertungskriterium gefordert werden können.

Die Vergleichbarkeit zu anderen Landesvorschriften kann nicht ohne weiteres bejaht werden. Das Vergaberecht ist von ständigen sowie zahlreichen Änderungen auf Landes- und Bundesebene gekennzeichnet. Die Aktualität der aufgeführten Rechtskenntnisse kann für die zugrundeliegende zu vergebene Rechtsdienstleistung in Angesicht des Umfangs des Tegel Projektes von enormer Bedeutung sein.

Die Vielseitigkeit der Rechtsquellen erschwert die Sicherstellung der Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens unter Berücksichtigung landesrechtlicher Vorgaben. Dies gilt auch für freiberufliche Leistungen und das gegenständliche Verfahren. Die Herausforderung besteht nicht nur im Hinblick auf die fachlichen Kenntnisse, sondern auch für Erfahrungen hinsichtlich der Änderungen der Rechtsquellen.

Demzufolge kann diese Anforderung der Antragsgegnerin auch keinen diskriminierenden Charakter aufweisen.

Ergänzend ist dem hinzuzufügen, dass die Antragsgegner ausführen, es sei auch nicht nur in Berlin ansässigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten möglich, Mandate im Bereich des Berliner Vergaberechts zu betreuen. Es steht jeder in Deutschland ansässigen Kanzlei frei, auch in Rechtsgebieten mit landesrechtlichen Besonderheiten beratend tätig zu werden und in diesem Bereich Erfahrungen zu sammeln.

Demzufolge ist die Vergabekammer nicht davon überzeugt, dass diese Anforderung, wie die Antragstellerin meint, diskriminierende Wirkungen entfalten könnten.

Schließlich zweifelt die Vergabekammer auch nicht an der Anforderung an die Verbindung des Zuschlagskriteriums mit dem Auftragsgegenstand, § 127 Absatz 3 GWB. Der Auftragsgegenstand umfasst Rechtsdienstleistungen im Bereich

freiberuflicher Leistungen im Land Berlin. Die Antragstellerin hat nicht nachvollziehbar dargelegt, aus welchem Grund es an einer derartigen Verbindung zum Auftragsgegenstand fehlt. Nach Ansicht der Vergabekammer liegt gerade eine Verbindung vor, da die ausgeschriebene Rechtsdienstleistung für die Realisierung der Umsetzung des Industrie- und Forschungsparks sowie eines Wohnquartiers auf dem Gelände des Flughafens Tegel dienen soll.

2. Auch der hilfsweise gestellte Antrag auf Feststellung, dass das unter Ziffer 1 aufgeführte Wertungskriterium vergaberechtswidrig ist, ist unbegründet.

Das Wertungskriterium ist nicht vergaberechtswidrig.

Wie bereits ausgeführt hat der Auftraggeber das Leistungsbestimmungsrecht. Er legt fest, welche Leistung er einkaufen möchte. Darüber hinaus zweifelt die Kammer auch nicht an einer Verbindung des Zuschlagskriteriums mit dem Auftragsgegenstand, § 127 Absatz 3 GWB.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Die unterlegene Antragstellerin hat gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Verfahrenskosten zu tragen. Nach § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Unzweifelhaft unterliegt die Antragstellerin sowohl mit ihrem Haupt- als auch Hilfsantrag, die im Kern gegen die Verwendung des Wertungskriteriums „Nachweisbare Erfahrungen zu Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach Berliner Haushaltsrecht/UVgO (unterschwellig)“ durch die Antragsgegner gerichtet sind.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes heran. Dabei legt die Kammer den Auftragswert (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 – 11 Verg 3/14) für die gesamte, mögliche Vertragslaufzeit zugrunde, die dem wirtschaftlichen Wert des ausgeschriebenen Vertrags entspricht. Dieser Wert liegt in einem einstelligen Millionenbereich. Orientiert an der Gebührentabelle ergibt sich eine Gebühr in Höhe

von ████████ EUR.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegner war gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG notwendig.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011 - 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss vom 30.09.2011 - Verg 7/11). Entscheidend ist dabei, ob die Antragsgegner unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen.

Vorliegend handelte es sich um keinen einfach gelagerten Fall, bei dem die Antragsgegner ohne Verfahrensbevollmächtigte selbst hätte gegenüber der Kammer vortragen können. Insbesondere waren hier die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags und die Zulässigkeit des umstrittenen Bewertungskriteriums streitig. Die Antragsgegner planen mit der streitgegenständlichen Ausschreibung Rechtsberatung im Vergaberecht einzukaufen. Daher ist davon auszugehen, dass sie über keine ausreichende vergaberechtliche Expertise verfügen, um gegenüber der Kammer ihre Rechte ausreichend wahrzunehmen und wahren zu können.

#### **IV.**

##### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Elßholzstr. 30/31, 10781 Berlin, 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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vorsitzender

Hauptamtlicher Beisitzer

Ehrenamtlicher Beisitzer

Dr. Kern

Meier

Wilke