



## B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

(...)

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

gegen

(...)

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

wegen des Vergabeverfahrens „Betriebsleistungen für Flüchtlingsunterkünfte (Los 1 – (...))“

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende xxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxx und den ehrenamtlichen Beisitzer xxx am 20.09.2019 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen).
3. Die Verfahrensgebühren werden auf xxx EUR festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

## **Gründe**

### **I.**

Mit Bekanntmachung vom 19.04.2019 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union schrieb der Antragsgegner Betriebsleistungen für Flüchtlingsunterkünfte in insgesamt vier Losen aus.

Die Antragstellerin gab u.a. für Los 1 ein Angebot ab. Mit Schreiben vom 12.07.2019 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin darüber, dass ihr Angebot für Los 1 nicht berücksichtigt werden könne. Das Angebot erhalte weniger Preispunkte als das des Zuschlagsbieters. Die Konzepte hätten gleich viele Wertungspunkte wie jene des Zuschlagsbieters erhalten. Das Schreiben wurde seitens der Antragstellerin am selben Tag auf der eVergabe-Plattform abgerufen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.07.2019 übersandte das Sekretariat der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin eine Rüge an die E-Mail-Adresse (...). Die E-Mail-Adresse enthielt hinter dem @ ein l zu viel, so dass die E-Mail und damit die Rüge den Antragsgegner nicht erreichte.

Die Antragstellerin hat am 19.07.2019 einen Nachprüfungsantrag gestellt, der dem Antragsgegner am 22.07.2019 übermittelt worden ist.

Das Rügeschreiben wurde dem Antragsgegner am 23.07.2019 per Mail von Herrn (...) übersandt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass die Rüge gegenüber dem Antragsgegner innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB erfolgt sei. Herr (...) sei ein Mitarbeiter der Antragstellerin und habe die Rüge in dieser Eigenschaft mit Wissen und Wollen der Antragstellerin übersandt.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass die Bewertung der Konzepte fehlerhaft erfolgt sei. Dies ergebe sich daraus, dass der Gesellschafter der Antragstellerin die ausgeschriebene Flüchtlingsunterkunft derzeit betreibe und durch die Tochtergesellschaften zwei Erstaufnahmeeinrichtungen betrieben wurden. In den Unterkünften habe es keine relevanten Beanstandungen gegeben, wohingegen die Zuschlagsbieterin im Jahr (...) massiv in der Presse kritisiert worden sei. Angesichts dessen scheine es nicht möglich, dass ein Konzept der Zuschlagsbieterin die gleichen Qualitätsanforderungen wie ein Konzept der Antragstellerin glaubwürdig darstelle. Weiterhin sei es nicht denkbar, dass die Zuschlagsbieterin für eine neu übernommene Unterkunft innerhalb kurzer Zeit entsprechend Personal rekrutieren könne, wohingegen die Antragstellerin das aktuelle Personal einsetzen könne. Auch erscheine es ausgeschlossen, dass die Zuschlagsbieterin entsprechende Konzepte, Kontakte und Initiativen im Konzept zur Einbindung von Ehrenamtlichen und der Zivilgesellschaft darstellen könne.

Weiter vertritt die Antragstellerin die Auffassung, dass die bloße nicht weiter begründete Angabe, dass auf das Angebot der Antragstellerin jeweils die gleiche Zahl von Wertungspunkten entfallen sei wie auf das Angebot der weiteren Beteiligten, keine Bewertung der Vergabeentscheidung ermögliche und dies somit gegen das Transparenzgebot verstoße.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Zuschlagserteilung des Antragsgegners an die weitere Beteiligte aufzuheben und den Auftraggeber zu verpflichten, die Entscheidung über die Zuschlagserteilung auf Grund einer Neubewertung zu dem Zuschlagskriterium Qualität neu zu treffen,
2. ihr Akteneinsicht in die Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners notwendig war.

Der Antragsgegner ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei, da die Rüge ihm gegenüber erst nach Einreichung des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer erfolgt sei. Auch sei nicht erkennbar, dass Herr (...) am 23.07.2019 die Rüge als Mitarbeiter der Antragstellerin übersandte.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte sowie die beigezogenen Vergabeakten verwiesen.

Die Vergabekammer hat von der Regelung des § 166 Abs. 1 S. 3 GWB Gebrauch gemacht, wonach bei Unzulässigkeit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden kann.

**II.**

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

1.

Die Antragstellerin hat die im Nachprüfungsverfahren vorgebrachten vermeintlichen Rechtsverstöße gegenüber dem Antragsgegner nicht fristgerecht gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt.

Nach vorgenannter Vorschrift ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit ein Antragsteller den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß vor Einreichen des Nachprüfungsantrages erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat.

Eine Rüge muss dem Auftraggeber vor Einreichung eines Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer zugegangen sein.

Denn Sinn und Zweck der Rüge und damit der Vorschriften in § 160 Abs. 3 GWB ist es, den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, aufgrund der geltend gemachten Verstöße etwaige Fehler zu korrigieren und so ggf. unnötige Nachprüfungsverfahren mit daraus resultierenden Verzögerungen zu vermeiden (allgemeine Auffassung, vgl. etwa VK Brandenburg, Beschluss vom 28.01.2019 – VK 22/18; VK München, Beschluss vom 24.11.2015 – Z3-3/3194/1/51/09/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2006 – VII-Verg 26/06).

Auch eine Auslegung anhand des Wortlautes des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB kann vernünftigerweise zu keinem anderen Ergebnis führen.

Denn wenn man, dem Vortrag der Antragstellerin folgend, die Passage „vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt“ als eigene Einheit auffassen will, eben dahingehend, dass sich die Zeitangabe „vor“ Antragstellung lediglich auf das Erkennen des vermeintlichen Verstoßes beziehen soll (und nicht auf das Erheben der Rüge, welches

nach diesem Verständnis noch später – eben nach Einlegung des Nachprüfungsantrags - erfolgen können soll), dann stellt sich zwangsläufig die Frage nach der Notwendigkeit einer solchen Vorgabe.

„Vor“ Einreichen eines Nachprüfungsantrags wäre – wortlautgemäß – eben von der entgegengesetzten Position abgegrenzt, nämlich dem „Erkennen nach Einreichen eines Nachprüfungsantrags“. Und genau das ergibt keinerlei Sinn, was eigentlich keiner weiteren Erklärung bedarf: dass ein Bieter einen Vergabeverstoß erst nach Einreichen eines Nachprüfungsantrags erkennt, also den Verstoß, um den genau es geht, erst erkennt, nachdem er zuvor den Nachprüfungsantrag erhoben hat, ist geradewegs absurd und bedürfte mithin auch keinerlei gesetzlicher Regelung bzw. separater Nennung, wie es sich, der Auffassung der Antragstellerin folgend, konsequenterweise jedoch darstellen soll.

Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen, sei ergänzend darauf hingewiesen, dass es dabei ausdrücklich nicht um die Frage bzw. Fälle geht, in denen weitere, später erkannte Verstöße in ein bereits laufendes Nachprüfungsverfahren eingebracht werden. In diesen Fällen entfällt der Schutzzweck des § 160 Abs. 3 GWB – Korrekturmöglichkeit seitens der Vergabestelle zwecks Vermeidung eines Nachprüfungsverfahrens – bereits der Natur der Sache nach, da das Nachprüfungsverfahren bereits anhängig ist.

Insoweit ergibt sich bei Wortlautauslegung kein anderes Ergebnis als jenes der teleologischen Reduktion: der jeweilige Bieter muss die Rüge des (zwangsläufig bereits erkannten) Verstoßes vor Einreichen des Nachprüfungsantrages ausgebracht haben.

Namentlich der von der Antragstellerin zur Stützung ihrer Auffassung ins Feld geführte Hinweis auf die Regelung im letzten Halbsatz des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB vermag kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen.

Vielmehr fügt sich der gesetzliche Verweis auf den Umstand, dass der Ablauf der Frist gemäß § 134 Abs. 2 GWB von der Vorgabe in § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB unberührt bleibt, ohne weiteres in das Ergebnis der vorgenannten Ausführungen ein. Wenn der Ablauf der Frist gemäß § 134 Abs. 2 GWB von dem Regelungsgehalt des § 160 Abs.

3 S. 1 Nr. 1 GWB unberührt bleibt, so bedeutet das nichts anderes, als dass ein Bieter die Voraussetzungen des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig vollständig erfüllt haben muss, da – die Frist des § 134 Abs. 2 GWB bleibt eben unberührt – ansonsten die Rechtsfolgen dieser Norm eintreten. Das heißt, dass die in § 134 Abs. 2 GWB für den Vertragsschluss vorgesehenen Fristen von 15 bzw. zehn Tagen sich auch dann nicht ändern bzw. verlängern, wenn die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB rein rechnerisch über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinausgeht.

Was die Antragstellerin im Übrigen aus dem Umstand herleiten will, dass die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ebenso wie die in § 134 Abs. 2 GWB genannte Frist jeweils zehn Tage beträgt, bleibt undeutlich. Aus den zuvor genannten Gründen kommt dieser Parallele in der Länge der jeweils vorgegebenen Frist jedoch keine Bedeutung zu (ganz abgesehen von der Tatsache, dass die Zehn-Tage-Frist des § 134 Abs. 2 GWB lediglich für die Fälle der elektronischen und der Faxübermittlung gilt).

Infolge der Verspätung kommt es nicht mehr darauf an, ob die Rüge per E-Mail am 23.07.2019 von einem Mitarbeiter der Antragstellerin übermittelt wurde.

2.

Nur ergänzend weist die Vergabekammer darauf hin, dass hinsichtlich der Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB erhebliche Bedenken bestehen. Auch wenn keine überspannten Anforderungen an die Darlegung einer möglichen Rechtsverletzung gestellt werden dürfen, so sind zumindest aber konkrete Anhaltspunkte erforderlich, aus denen sich eine solche ergeben kann.

Vorliegend beschränkt sich die Antragstellerin auf Mutmaßungen. Konkrete Anhaltspunkte, weshalb ihre Konzepte falsch bewertet worden seien, trägt sie gerade nicht vor. Sie beschränkt sich vielmehr darauf, vorzutragen, dass die Zuschlagsbieterin im Vergleich zu ihr keine Erfahrungen in der Betreuung der ausgeschriebenen Flüchtlingsunterkunft habe. Allein aus diesem Umstand ergibt sich jedoch kein Anhaltspunkt, wieso die Konzepte der Zuschlagsbieterin nicht überzeugend gewesen sein sollen. Auch ergibt sich daraus nicht, weshalb die Konzepte der Antragstellerin besser als jene der Zuschlagsbieterin zu werten gewesen sein sollen. Der Vortrag der Antragstellerin erweckt zudem den Eindruck, dass sie in der Bewertung der Konzepte ein Mehr

an Eignung positiv bewertet haben möchte, was jedoch weder nach den Vergabeunterlagen noch nach den vergaberechtlichen Vorgaben gestattet ist.

3.

Aufgrund der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags war auch die Akteneinsicht zu verwehren. Das Recht auf Akteneinsicht besteht von vornherein nur in jenem Umfang, in dem es zur Durchsetzung subjektiver Rechte der Verfahrensbeteiligten erforderlich ist (Kus in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 165 Rn. 25 m.w.N.). Aufgrund der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags besteht kein Erfordernis, der Antragstellerin Akteneinsicht zu gewähren. Aus dem Inhalt der Akten kann sie keine die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages begründenden Erkenntnisse gewinnen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat die Antragstellerin die Kosten des Verfahrens zu tragen. Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB umfasst dies auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners.

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 Bruttoangebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 – 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragstellerin zugrunde. Bei linearer Interpolation (vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 15. Oktober 2012 – Verg 18/12, IBRRS 2012, 3900; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. April 2004 – VII – Verg 9/04, VPRRS 2013, 0551; Krohn, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 14) dieses von der Gebührentabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwertes ergibt sich eine Gebühr in Höhe von  $2.500\text{€} + \frac{50.000\text{€} - 2.500\text{€}}{\text{xxx€} - 80.000\text{€}} * (\text{xxx EUR €} - 80.000\text{€}) = \text{xxx EUR}$ , die auch dem durchschnittlichen Aufwand der Kammer entspricht. Da die Kammer aufgrund der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages keine mündliche Verhandlung



durchgeführt hat und eine Akteneinsicht unterblieben ist, hat sie die Gebühr auf den tenorierten Betrag reduziert.

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

In der Regel ist die anwaltliche Vertretung aufgrund der Komplexität der Rechtsmaterie, der regelmäßig gebotenen Eile der Schriftsaterstellung sowie der Herstellung der „Waffengleichheit“ vor der Vergabekammer auch für die Vergabestelle erforderlich (s. OLG München, Beschluss vom 24.01.2012 Verg 16/11 und Beschluss vom 28.02.2011, Verg 23/10).

Vorliegend hat die Antragstellerin mit ihrem Antrag eine unzureichende Vorabinformation nach § 134 GWB sowie eine fehlerhafte Bewertung der eigenen Konzepte und der Konzepte der Zuschlagsbieterin geltend gemacht. Darüber hinaus waren Detailfragen im Kontext der Rüge sowie die Auslegung des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB streitig, sodass es sich insgesamt um keinen einfach gelagerten Fall handelte, bei dem der Antragsgegner seine Interessen ohne die Einschaltung eines Rechtsbeistandes hätte wahrnehmen können.

### III.

#### Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung 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.

Vorsitzende

Hauptamtlicher Beisitzer

Ehrenamtlicher Beisitzer

xxx

xxx

xxx