



## B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ...

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

...,

gegen

das Land Berlin,...

Antragsgegner,

unter Beteiligung des

...

Beigeladene,

wegen des Vergabeverfahrens „Betriebsleistungen für Flüchtlingsunterkünfte (Los 3: Konrad-Wolf-Straße)“

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende [...], den hauptamtlichen Beisitzer [...] und den ehrenamtlichen Beisitzer ... am 26.08.2020 beschlossen:

1. Das Verfahren wird eingestellt.
2. Der Antragsgegner und die Antragstellerin tragen die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) jeweils zur Hälfte.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf [...]EUR festgesetzt.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten und Aufwendungen zur Rechtsverfolgung werden gegeneinander aufgehoben.
5. Im Übrigen trägt jeder Beteiligte seine Kosten selbst.

### **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 Zuschlagskriterien waren in der Bekanntmachung und konkretisierend in den Vergabeunterlagen wie folgt angegeben:

- Qualität des Konzeptes Betrieb 50 % und max. 500 Punkte
- Qualität des Konzeptes Betriebsaufnahme 10 % und max. 100 Punkte
- Qualität des Konzeptes zur Einbindung von Ehrenamtlichen und der Zivilgesellschaft 10 % und max. 100 Punkte

- Gesamtpreis in Euro brutto 30 % und max. 300 Punkte

Im Weiteren wurden zu den jeweiligen Konzepten Unterkriterien genannt und die Erwartungshaltung des Auftraggebers beschrieben. Es wurden auch Bezüge zur Leistungsbeschreibung hergestellt.

Die Antragstellerin beteiligte sich mit einem Angebot u.a. für Los 3. Mit Schreiben vom 26.07.2019 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil es ein wirtschaftlicheres Angebot gebe. Hierzu führt der Antragsgegner aus, dass das Angebot der Antragstellerin weniger Preispunkte erhalten habe, gleich viele Wertungspunkte wie die Zuschlagsbieterin für die Konzepte zur Betriebsaufnahme und zur Einbindung von Ehrenamtlichen und der Zivilgesellschaft, im Konzept Betrieb aber weniger Wertungspunkte als das Konzept der Zuschlagsbieterin.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 29.07.2019 rügte die Antragstellerin den Ausschluss Ihres Angebotes. Diese Rüge wies der Antragsgegner mit Schreiben vom 31.07.2019 zurück. Mit weiterem anwaltlichem Schreiben vom 04.08.2019 rügte die Antragstellerin einen Verstoß der Kriterien für die Konzeptbewertung gegen § 127 Abs. 1, 3 und 4 GWB, § 58 Abs. 1 und 2 VgV und hielt die zuvor bereits erhobenen Rügen aufrecht.

Mit Schreiben vom 05.08.2019, eingegangen bei der Vergabekammer am selben Tag, hat die Antragstellerin Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Die Vergabekammer hat dem Antragsgegner den Antrag am selben Tag übermittelt.

Die Kammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 12.09.2019 zurückgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat das KG den Beschluss der Kammer mit Beschluss vom 13.01.2020 aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an die Kammer zurückgewiesen. Der Beschluss des KG vom 19.12.2019 ging am 05.03.2020 bei der Kammer ein, der Beschluss vom 13.01.2020 am 26.02.2020.

Mit Beschluss vom 12.03.2020 hat die Kammer den ... dem Verfahren beigelegt.

Mit Beschluss vom 01.04.2020 hat die Vergabekammer der Antragstellerin Akteneinsicht gewährt, mit Beschluss vom 09.04.2020 der Beigeladenen. Die Kammer erteilte mit Schreiben vom 19.04.2020 einen ausführlichen rechtlichen Hinweis.

In der mündlichen Verhandlung am 15.07.2020 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen. Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung führten die Verfahrensbeteiligten Gespräche zur gütlichen Beilegung des Rechtsstreits.

Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 30.07.2020 zurückgenommen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrens- sowie die Vergabeakte verwiesen.

## II.

Nachdem die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag zurückgenommen hat, ist das Verfahren einzustellen und über die Kosten zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Nach § 182 Abs. 3 S. 5 GWB erfolgt die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, bei einer Rücknahme des Antrags vor einer Entscheidung der Vergabekammer nach billigem Ermessen.

Billigem Ermessen entspricht es vorliegend, der Antragstellerin und dem Antragsgegner die Kosten des Nachprüfungsverfahrens jeweils hälftig aufzuerlegen. Soweit die Antragstellerin hilfsweise beantragte, das Verfahren in den Stand der Angebotswertung zurückzusetzen, ist durch die Erklärung des Antragsgegners in seiner Stellungnahme vom 25.06.2020, die Angebotswertung zu wiederholen, Erledigung eingetreten. Insofern wäre der Antragsgegner bei summarischer Prüfung auch unterlegen. Er hat sich durch diese Erklärung insoweit freiwillig in die Rolle des Unterlegenen begeben (vgl. Begründung zu § 182 GWB, BT-Drs. 18/6281, S. 136; allgemein zu diesem kostenrechtlichen Aspekt vgl. BGH, Beschluss v. 6.7.2005 – IV ZB 6/05,

NJW-RR 2005, 1662, 1663; BVerwG, Beschluss v. 26.11.1991 – 7 C 16/89, NVwZ 1992, 787, 788 f.).

Durch die nunmehr erfolgte Rücknahme des Nachprüfungsantrags bei ansonsten unveränderter Sachlage hinsichtlich der weitergehenden Anträge hat sich jedoch auch die Antragstellerin freiwillig in die Rolle der Unterlegenen begeben. Es entspricht in aller Regel der Billigkeit, der Antragstellerin im Falle der Rücknahme des Nachprüfungsantrags die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, da in solchen Fällen zum Ausdruck gebracht wird, dass das ursprünglich verfolgte Rechtsschutzziel nicht weiterverfolgt und durchgesetzt werden soll (vgl. OLG München, Beschluss vom 10.04.2019 – Verg 8/18). Dies gilt insbesondere, wenn die Antragstellerin die Rücknahme des Antrags ohne Angabe von Gründen erklärt (vgl. VK Thüringen, Beschluss v. 17.10.2017 – 250 - 4003 - 6233/2017 - E - 012 – SM, IBRRS 2018, 0640). Der Kammer sind die Inhalte der wohl geschlossenen Einigung insbesondere hinsichtlich der Kostentragung zwischen den Verfahrensbeteiligten bzw. die Gründe der Rücknahme des Nachprüfungsantrags nicht bekannt. Sie hat lediglich erklärt, dass mit der Rücknahme kein Anerkenntnis der Sach- und Rechtslage verbunden sei. Auch wäre sie hinsichtlich der nicht erledigten Anträge nach summarischer Prüfung unterlegen, worauf die Kammer mit Schreiben vom 19.06.2020 hingewiesen hat.

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, der ihr Interesse am Auftrag manifestiert. 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 [...] EUR, die auch dem durchschnittlichen Aufwand der Kammer entspricht.

Aufgrund der Antragsrücknahme ist die Gebühr gemäß § 182 Abs. 3 S. 4 GWB auf den hälftigen Betrag zu reduzieren, mithin auf [...] EUR. Der durch die Rücknahme reduzierte Aufwand ist grundsätzlich bereits in der Halbierung der Gebühr berücksichtigt (vgl. Damaske, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, 2016, § 182 Rn. 38 m.w.N.). Es besteht darüber hinaus kein Anlass für einen weiteren (teilweisen) Verzicht auf diese Gebühr aus Billigkeitsgründen nach § 182 Abs. 3 S. 6 GWB.

Nach § 182 Abs. 4 S. 3 GWB entspricht es ebenso billigem Ermessen, dass jeder Beteiligte seine Kosten und Aufwendungen zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung selbst trägt. Wegen des Gleichlaufs der Regelung mit § 182 Abs. 3 S. 5 GWB (vgl. Begründung zu § 182 GWB, BT-Drs. 18/6281, S. 136) gelten hinsichtlich der Kosten und Aufwendungen von Antragstellerin und Antragsgegner insoweit die vorstehenden Erwägungen entsprechend.

Die Beigeladene war nicht anwaltlich vertreten. Sie beteiligte sich zwar am Verfahren, stellte jedoch bis auf einen Antrag auf Akteneinsicht keine Sachanträge. Ihre Beteiligung an dem Verfahren stellte keine aktive Förderung des Verfahrens dar und insbesondere ist vorliegend nicht erkennbar, dass sich die Beigeladene umfassend in das Lager des Antragsgegners stellte. Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht angezeigt, sie an den Kosten des Verfahrens zu beteiligen oder die ihr entstandenen Aufwendungen den übrigen Verfahrensbeteiligten aufzuerlegen.

Das KG hat die Entscheidung über die Tragung der Kosten des Beschwerdeverfahrens unter Berücksichtigung des letztendlichen Erfolgs des Nachprüfungsantrags der Kammer auferlegt. Zum Zeitpunkt des Beschwerdeverfahrens war der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens zumindest hinsichtlich der konkreten Angebotswertung offen. Das KG hatte jedoch bereits ausgeführt, dass es der Kammer in Bezug auf die Präklusion der gerügten Vorabinformation sowie der Verdingung der Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand wohl folgen würde. Insofern hätte die Antragstellerin nach summarischer Prüfung auch im Beschwerdeverfahren, sofern das KG in der Sache entschieden hätte, nicht umfassend obsiegt. Ebenso gelten die obigen Ausführungen zu den Kosten des Verfahrens vor der Kammer entsprechend. Es entspricht darüber hinaus auch unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 92 Abs. 1

Satz 1 ZPO gemäß § 175 Abs. 2 i.V.m. § 78 GWB der Billigkeit die Kosten des Beschwerdeverfahrens gegeneinander aufzuheben.

### III.

#### 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, einzu legen. 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

[...]

[...]

...