

Ausfertigung

**Vergabekammer des Landes Berlin**  
**2. Beschlussabteilung**  
**VK – B 2 – 3/21**

Diese Ausfertigung stimmt  
mit dem Beschluss überein.



## **B e s c h l u s s**

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ... Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

das Land Berlin, vertreten durch das Sondervermögen Immobilien  
des Landes Berlin, dieses vertreten durch  
die Berliner Immobilienmanagement GmbH,  
diese gesetzlich vertreten durch ihre Geschäftsführer  
Sven Lemiss und Birgit Möhring,  
Alexanderstraße 3, 10178 Berlin,...

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

beigeladen:

1) ...

2) ...

Verfahrensbevollmächtigte:

zu 1) ...

wegen des Vergabeverfahrens „...“

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer ... am 11. März 2021 beschlossen:

1. Das Verfahren wird eingestellt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 1).
3. Die Beigeladene zu 2) trägt ihre Aufwendungen selbst.
4. Die Hinzuziehung von Bevollmächtigten durch den Antragsgegner und die Beigeladene zu 1) ist notwendig gewesen.
5. Die Verfahrensgebühren werden auf ... EUR festgesetzt. Auslagen werden nicht erhoben.

## **Gründe**

### **I.**

Der Antragsgegner schrieb mit Bekanntmachung vom 25. September 2020 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (2020/S ... ) einen Bauauftrag im Bereich der Gebäudeautomation europaweit im offenen Verfahren aus.

Die Antragstellerin und die beiden Beigeladenen gaben Angebote ab. Das Angebot der Antragstellerin schloss ausweislich der Niederschrift über die Angebote mit ... EUR und lag damit preislich hinter den Angeboten der Beigeladenen zu 1) und der Beigeladenen zu 2).

Mit Schreiben vom 4. Januar 2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, ihr Angebot nicht berücksichtigen zu können und den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu 1) erteilen zu wollen.

Nach Rügen gegenüber dem Antragsgegner hat die Antragstellerin am 14. Januar 2021 einen Antrag auf Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens bei der

Vergabekammer des Landes Berlin gestellt, der dem Antragsgegner durch die Kammer am gleichen Tag übermittelt worden ist. Mit dem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin insbesondere geltend gemacht, die Angebote der Beigeladenen erfüllten nicht die vom Antragsgegner aufgestellten Anforderungen und seien daher auszuschließen.

Der Antragsgegner ist dem Nachprüfungsantrag durch seine Verfahrensbevollmächtigten entgegengetreten und hat schriftsätzlich neben der Zurückweisung des Antrags beantragt festzustellen, dass die Hinzuziehung seiner Bevollmächtigten notwendig war.

Mit Beschluss vom 14. Januar 2021 hat die Kammer das für den Zuschlag vorgesehene und das nach der Niederschrift über die Angebotsöffnung zweitplatzierte Unternehmen beigeladen.

Die Beigeladene zu 1) hat durch ihre Verfahrensbevollmächtigten schriftsätzlich neben der Zurückweisung des Antrags ebenfalls beantragt festzustellen, dass die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten notwendig war. Sie hat ferner zum Sachverhalt vorgetragen und geltend gemacht, ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben zu haben. Der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls unbegründet und die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt.

Die Beigeladene zu 2) hat sich zwar zur beantragten Akteneinsicht der Antragstellerin geäußert und selbst Akteneinsicht beantragt, im Übrigen jedoch nicht am Verfahren beteiligt.

Mit Verfügung vom 15. Februar 2021 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 12. März 2021 verlängert und darauf hingewiesen, dass der Nachprüfungsantrag bei vorläufiger Würdigung keine Aussicht auf Erfolg haben dürfte.

Mit Schriftsatz vom 19. Februar 2021 hat die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag daraufhin zurückgenommen.

Die Vergabeakten des Antragsgegners lagen der Kammer vor und sind Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte sowie die beigezogenen Vergabeakten verwiesen.

## II.

Nachdem die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag zurückgenommen hat, ist das Verfahren einzustellen und nur noch 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 die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen. Denn diese wäre bei summarischer Prüfung (vgl. BGH, Beschluss v. 25. Januar 2012 – X ZB 3/11, NZBau 2012, 380, 382) in der Hauptsache entsprechend den Hinweisen aus der Verfügung vom 15. Februar 2021 voraussichtlich unterlegen. Der Antragstellerin sind die Kosten aber insbesondere aufzuerlegen, da sie sich durch die erfolgte Rücknahme des Nachprüfungsantrags bei unveränderter Sachlage freiwillig in die Rolle der Unterlegenen begeben hat (vgl. Begründung zu § 182 GWB, BT-Drs. 18/6281, S. 136; allgemein zu diesem kostenrechtlichen Aspekt vgl. BGH, Beschluss v. 6. Juli 2005 – IV ZB 6/05, NJW-RR 2005, 1662, 1663; BVerwG, Beschluss v. 26. November 1991 – 7 C 16/89, NVwZ 1992, 787, 788 f.). Anhaltspunkte für eine andere Ausübung des billigen Ermessens bestehen hier nicht (vgl. auch VK Thüringen, Beschluss v. 17. Oktober 2017 – 250 - 4003 - 6233/2017 - E - 012 – SM, IBRRS 2018, 0640).

Nach § 182 Abs. 4 S. 3 GWB entspricht es ebenso billigem Ermessen, dass die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen hat.

Dies gilt im gleichen Maße nach § 182 Abs. 4 S. 3 Hs. 2 i.V.m. S. 2 GWB hinsichtlich der Beigeladenen zu 1). Denn jene ist dem Nachprüfungsantrag mit einem eigenen Sachantrag entgegengetreten und hat das Verfahren auch durch entsprechende Schriftsätze aktiv gefördert. Auch ihre Aufwendungen sind der Antragstellerin daher aus Billigkeit aufzuerlegen (zu diesen Maßstäben vgl. auch OLG Rostock, Beschluss v. 5. Februar 2020 – 17 Verg 4/19, NZBau 2021, 70, 74; OLG München, Beschluss v. 21. Oktober 2019 – Verg 13/19, NZBau 2020, 263, 266).

Die Aufwendungen der Beigeladenen zu 2) sind hingegen nicht erstattungsfähig, sie hat sie vielmehr selbst zu tragen. Denn weder hat sie sich durch eigene Sachantragstellung selbst einem Kostenrisiko ausgesetzt, noch das Verfahren anderweitig aktiv gefördert. Es entspricht daher nicht der Billigkeit, ihre Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Auf das Begehren des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 1) hat die Kammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG auch jeweils die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten festzustellen. Ob die Hinzuziehung eines anwaltlichen Vertreters im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig ist, kann nicht schematisch, sondern stets nur auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles entschieden werden (vgl. etwa BGH, Beschluss v. 26. September 2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800, 806; OLG Frankfurt am Main, Beschluss v. 30. März 2010 – 11 Verg 3/10, ZfBR 2013, 517). Im Rahmen der Abwägung ist insbesondere in Betracht zu ziehen, ob sich das Nachprüfungsverfahren hauptsächlich auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentriert. Ist das der Fall, besteht im Allgemeinen für den öffentlichen Auftraggeber keine Notwendigkeit, einen Rechtsanwalt einzuschalten. In seinem originären Aufgabenkreis muss er sich selbst die notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse verschaffen und bedarf daher auch im Nachprüfungsverfahren nicht notwendig eines anwaltlichen Bevollmächtigten (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4. August 2015 – VII-Verg 1/15, BeckRS 2015, 117488; Beschluss v. 23. Dezember 2014 – Verg 37/13, NZBau 2015, 392). Vorliegend sind jedoch zahlreiche, mitunter schwierige Rechtsfragen sowohl des materiellen Vergaberechts (Auslegung von Vergabeunterlagen / Mindestanforderungen, Zertifizierung von OEM-Pro-

dukten) als auch des Nachprüfungsverfahrens (Präklusion, Antragsbefugnis, Akteneinsicht etc.) zu klären gewesen, deren Bearbeitung dem Antragsgegner nicht notwendig selbst möglich sein muss. Dies gilt im gleichen und sogar stärkeren Maße auch für die Beigeladene zu 1). Hinzu kommt, dass sich auch die Antragstellerin fachanwaltlich vertreten lässt, sodass unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit eine anwaltliche Vertretung des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 1) ebenfalls opportun erscheint (zu diesem Aspekt vgl. auch VK Niedersachsen, Beschluss v. 5. September 2017 – VgK-26/2017, BeckRS 2017, 126982; VK Bund, Beschluss v. 31. Juli 2017 – VK 2 – 68/17, BeckRS 2017, 130187).

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich auf § 182 Abs. 1, 2 GWB in Verbindung mit § 182 Abs. 3 S. 4 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer insbesondere im Hinblick auf die Prüfung des Nachprüfungsantrags auf offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (derzeit abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien_node.html)) heran. Dabei legt die Kammer den Angebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 – 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragstellerin von ... EUR zugrunde, der ihr Interesse am Auftrag manifestiert. Bei linearer Interpolation (vgl. etwa *Krohn*, in: *Dreher/Motzke*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 128 GWB, Rn. 10) dieses von der Tabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwerts ergibt sich danach eine Gebühr in Höhe von  $2.500\text{€} + \frac{50.000\text{€} - 2.500\text{€}}{70.000.000\text{€} - 80.000\text{€}} * (\dots - 80.000\text{€}) = \dots \text{€}$ . Nach § 182 Abs. 3 S. 4 GWB ist infolge der Rücknahme nur die Hälfte dieser Gebühr, mithin ... EUR zu entrichten. Darüber hinaus ist ein weiterer Verzicht auf die so ermittelte Gebühr aus Billigkeit nach § 182 Abs. 3 S. 6 GWB angezeigt, wengleich der durch die Rücknahme typischerweise reduzierte Aufwand bereits in der Halbierung der Gebühr berücksichtigt ist (vgl. *Damaske*, in: *Müller-Wrede*, GWB Vergaberecht, 2016, § 182 Rn. 38 m.w.N.). Da die Antragsrücknahme jedoch bereits in einem sehr frühen Stadium des Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer eingegangen ist, beschränkt die Kammer die Gebühr im Rahmen ihres Ermessens auf den tenorierten, ungefähr hälftigen Betrag.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich oder als elektronisches Dokument gemäß den Vorschriften über den elektronischen Rechtsverkehr bei dem Kammergericht, Eißholzstr. 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

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer

Dr. Lux

Sauer

...