

Ausfertigung

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK – B 2 – 7/21

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
Bezirksamt Pankow von Berlin,
Storkower Straße 113, 10407 Berlin,

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

beigeladen:

... ,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

wegen des Vergabeverfahrens „Abbrucharbeiten nichtstatisch (20 20 OV)“,

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Rehlinger am 25. Juni 2021 beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, das Vergabeverfahren in das Stadium vor Angebotsabgabe zurückzusetzen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) als Gesamtschuldner. Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Gebühren befreit.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf ... EUR festgesetzt. Auslagen der Vergabekammer werden nicht mehr geltend gemacht.
4. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin tragen der Antragsgegner und die Beigeladene je zur Hälfte.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
6. Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen ihre Aufwendungen jeweils selbst.

Gründe

I.

Die Beteiligten streiten über ein Vergabeverfahren zur Vergabe von Abbrucharbeiten.

Unter dem 10. Juni 2020 vermerkte der Antragsgegner unter anderem:

„Aufgrund der zu erwartenden Auftragssumme in Höhe von ca. ... € wird die Leistung offen (EU) ausgeschrieben. [...]
 Verfügbare Mittel / Verpflichtungsermächtigungen ... € (brutto) [...]
 Geschätzte Vergabesumme ... € (brutto)“

Den Vergabeakten ist zudem ein bepreistes Leistungsverzeichnis ebenfalls vom 10. Juni 2020 zu entnehmen, dass gleichfalls mit ... EUR brutto schließt.

Mit am 18. Juni 2020 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (2020/S 117-282911) veröffentlichter Bekanntmachung schrieb der Antragsgegner dann die

nichtstatischen Abbrucharbeiten für die Sanierung und den Ausbau des Schulgebäudes der Grundschule im ... im offenen Verfahren aus. Für die Komplettsanierung der Schule sind gemäß dem genehmigten Bedarfsprogramm Gesamtkosten von ... Million EUR festgesetzt.

Aus der Bekanntmachung ergibt sich unter anderem Folgendes:

„II.2.5) Zuschlagskriterien

Die nachstehenden Kriterien

Preis

II.2.6) Geschätzter Wert

II.2.7) Laufzeit des Vertrags, der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems

Beginn: 21/09/2020

Ende: 16/04/2021 [...]

Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben

III.1) Teilnahmebedingungen

III.1.1) Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister

Auflistung und kurze Beschreibung der Bedingungen:

Der Nachweis umfasst: Der Bieter hat die Eintragung in das Berufs- oder Handelsregister oder die Handwerksrolle des Sitzes oder Wohnsitzes vorzulegen.

Nachweisführung der Eignung: Die Eignung kann durch Eintragung im Unternehmer- und Lieferantenverzeichnis (ULV) oder in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) nachgewiesen oder durch Eigenerklärung gem. Formblatt V 124.H F (Eigenerklärung zur Eignung) vorläufig nachgewiesen werden. [...] Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) kann als vorläufiger Nachweis zur Eignung eingereicht werden. [...]

III.1.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Der Nachweis umfasst: Eine Erklärung über den Umsatz des Unternehmens jeweils bezogen auf die letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahre, soweit er Bauleistungen und andere Leistungen betrifft, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, unter Einschluss des Anteils bei gemeinsam mit anderen Unternehmen ausgeführten Aufträgen. [...]

Nachweisführung der Eignung auch für vorgesehene andere Unternehmen: siehe Pkt. III.1.1.)

III.1.3) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Der Nachweis umfasst:

— Angaben über die Ausführung von Leistungen in den letzten bis zu 5 abgeschlossenen Kalenderjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, wobei für die wichtigsten Bauleistungen Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung und das Ergebnis beizufügen sind;

— Angaben über die Zahl der in den letzten 3 abgeschlossenen Kalenderjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, gegliedert nach Lohngruppen mit gesondert ausgewiesenem technischen Leitungspersonal;

— Angabe, welche Teile des Auftrags unter Umständen an andere Unternehmen vergeben werden sollen; [...]

Mit Schreiben vom 7. August 2020 teilte der Antragsgegner der Beigeladenen mit, dass bei ihrem Angebot unter anderem die Eigenerklärung V 124.H F und die Aufgliederung der Einheitspreise fehle und die Eigenerklärung V 124.H F und die Kalkulationsblätter V 221 und 222.H F nicht ausgefüllt seien. Die Beigeladene werde aufgefordert, diese bis spätestens 17. August 2020 vollständig bei der Vergabestelle einzureichen, anderenfalls ihr Angebot ausgeschlossen werde. Ferner forderte der Antragsgegner die Beigeladene auf, zusätzlich binnen gleicher Frist vollständige Sach- und Fachkundenachweise einzureichen, anderenfalls das Angebot ebenfalls ausgeschlossen werde.

Die Beigeladene reichte daraufhin unter anderem die „Eigenerklärung für nicht präqualifizierte Unternehmen“ ein, die in den Feldern zum Umsatz des Unternehmens in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren jeweils keine Eintragungen enthielt. Ferner gab sie folgende, mit dem Betreff „Erläuterung Umsätze“ versehene Erklärung vom 11. August 2020 ab:

„zu der Baumaßnahme [...] wollen wir Ihnen hiermit erläutern warum wir beim Formblatt V 124. H.F nicht die Umsätze eintragen.
Grund dafür ist, dass wir Seit ... das Gewerbe eröffnet haben und erst seit Januar 2020 Wirtschaften.
Unser Aktueller Umsatz liegt bis Dato bei ... € netto und bis Oktober 2020 wird er mit der Aktuellen Auftragslage bei ... € liegen.“

Zudem reichte sie eine Referenzliste vom 11. August 2020 ein, mit der drei Bauvorhaben mit einer Ausführung in den Zeiträumen April bis Mai 2020, Mai bis Juli 2020 und erneut Mai bis Juli 2020 dargestellt wurden. Schließlich reichte die Beigeladene eine Bescheinigung der Berufsgenossenschaft der Bauwirtschaft (BG Bau) vom 11. August 2020 ein, die den Hinweis „Qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung – nur gültig mit Originalunterschrift, -dienstsiegel und -namensstempel“, aber weder Unterschrift, Siegel noch Namensstempel enthielt.

In einem zur Vergabeakte genommenen Vermerk der ... AG vom 25. August 2020 über die Prüfung und Wertung der Angebote heißt es unter anderem:

„Die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Bieters Nr. 34 entspricht nicht dem üblichen Erscheinungsbild. Die Gültigkeit wurde unleserlich durchgestrichen, die Unterschrift, das Dienstsiegel und der Namensstempel der BG Bau fehlen. Zudem wurde scheinbar

die Nummer unter ‚unser Zeichen‘ manipuliert. Auf telefonische Nachfrage bei der BG Bau wurde festgestellt, dass die Nummer unbekannt ist. Der Bieter Nr. 34 wird aus den vorgenannten Gründen ausgeschlossen. [...]

Die EVU ist mit ... Euro/ netto für diese Leistung berechnet. Das verpreiste Leistungsverzeichnis wurde, angepasst an den bisherigen Markt, auf ... Euro/ netto errechnet. Das günstigste Angebot liegt bei ... Euro/ netto, also noch innerhalb der EVU Kostenberechnung. Die Preise sind auskömmlich kalkuliert. Die nun moderaten Angebotspreise sind wahrscheinlich der aktuellen Marktsituation durch die wirtschaftlichen Einschränkungen der weltweiten Corona-Krise und den damit verbundenen Verunsicherungen geschuldet. [...]

Das Angebot des Unternehmens ... GmbH [...] ist, unter den gegenwärtigen wirtschaftlichen Bedingungen, annehmbar. Auf dieses Angebot ist der Zuschlag zu erteilen. [...] Begründung:

die angebotene Leistung entspricht den Anforderungen der Leistungsbeschreibung. Das Angebot ist wirtschaftlich. Ausschlaggebend für das Wertungsergebnis ist letztlich der Angebotspreis.“

Mit Schreiben vom 27. August 2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin zunächst mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen. Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte der Antragsgegner der Beigeladenen ferner mit, dass sie nach § 6e EU Abs. 6 VOB/A ausgeschlossen werde. Bei der Überprüfung sei aufgefallen, dass die Bescheinigung der BG Bau manipuliert worden sei. Die angegebene Nummer existiere auf Anfrage bei der Berufsgenossenschaft nicht.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28. August 2020 rügte die Beigeladene ihren Ausschluss aus dem Verfahren. Es sei nicht zutreffend, dass die von ihr übermittelten Unterlagen der BG Bau manipuliert seien. Mit ihrem Schreiben reichte die Beigeladene eine weitere Unbedenklichkeitsbescheinigung der BG Bau vom 11. August 2020 in Kopie ein, die Unterschrift, Namensstempel und Dienstsiegel aufwies.

Mit Schreiben vom 31. August 2020 teilte der Antragsgegner der Beigeladenen mit, dass die Ausschreibung in den Stand der Prüfung und Wertung zurückversetzt werde.

In einem Schreiben vom 1. September 2020 teilte die BG Bau der ... AG unter anderem Folgendes mit:

„Unbedenklichkeitsbescheinigung:

hier: ... GmbH,...

Sehr geehrte Damen und Herren,

bezüglich ihrer Anfrage vom 28.0.2020 können wir Ihnen mitteilen, dass der Firma ... GmbH am 11.08.2020 eine Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilt wurde.

Wir weisen vorsorglich darauf hin, dass eine Unbedenklichkeitsbescheinigung nur mit Originalunterschrift, -dienstsiegel und –namensstempel gültig ist.“

In einem Schreiben der ... AG vom 3. September 2020 an den Antragsgegner heißt es unter anderem:

„Die mit der Nachforderung eingereichte qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung der Bau BG vom 11.08.2020 (Anlage1) wurde von uns geprüft und nach einem Telefonat am 19.08.2020 mit der Bau BG, konnte die angegebene Nummer [...] im System der Bau BG nicht gefunden werden.

Diese Tatsache sowie die fehlende Originalunterschrift, das fehlende Originaldienstsiegel und der fehlende Originalnamensstempel legte die Vermutung nahe, dass hier eine Manipulation vorliegen könnte. Diese Tatsachen führten zu unserer Vergabeempfehlung.

Erst mit der Vergaberüge des Bieters ... vom 31.08.2020 wurde die gleiche Qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung vom 11.08.2020 (Anlage 2), jedoch nun leserlich und mit gültigkeitsbestimmender Originalunterschrift, Originaldienstsiegel und Originalnamensstempel eingereicht. Diese Bescheinigung kommt jedoch 14 Tage zu spät.

Die per 31.08.2020 vorliegende Bescheinigung ist, nach erneuter Rücksprache mit der Bau BG am 31.08.2020, mit der angegebenen Nummer nun auch im System der Bau BG auffindbar, so dass die von uns vermutete Manipulation auszuschließen ist. Warum das Dokument erst zum 31.08.2020 im System geführt wurde, obwohl es am 11.08.2020 ausgestellt wurde, konnte uns bei der Bau BG niemand erklären. [...]

Das Vergaberecht sieht ein verspätetes einreichen von Unterlagen als Ausschlussgrund vor.

Die seit 31.08.2020 neu vorliegende Bescheinigung wirft darüber hinaus Fragen hinsichtlich der Unternehmensanteile ‚Abbruch im Hochbau‘ auf. Hier sind nur Anteile in Höhe von ... ,- € ausgewiesen, die vorliegenden Referenzen und die Jahresprognose 2020, mit ca. ... Mio €, sehen weitaus höhere Unternehmensanteile dieses Gewerkes vor.

Dieser Sachverhalt müsste jedoch erst dann aufgeklärt werden, wenn unserer o.g. Abschlussbegründung ihrerseits nicht gefolgt wird.“

Mit Schreiben des Antragsgegners vom 29. September 2020 teilte er der Beigeladenen unter anderem Folgendes mit:

„Bei Ihrem Angebot fehlen folgende Unterlagen:

V 124HF Eigenerklärung – Vorlage aller darin geforderten Nachweise und Bescheinigungen

V 2411 F Abfall-Formblatt 1*- Vorlage der efb-Zertifizierung des jeweils genannten Beförderers (Transporteur), zu dem vorliegenden Formblatt 1

Wir fordern Sie auf diese spätestens bis 05.10.2020 vollständig bei der Vergabestelle einzureichen. Werden die oben genannten Angaben nicht innerhalb der genannten Frist vorgelegt, wird Ihr Angebot ausgeschlossen“

In einem weiteren zur Vergabeakte genommenen Vermerk der ... AG über die Prüfung und Wertung der Angebote vom 30. September 2020 heißt es unter anderem:

„Die vom Bieter Nr. 34 per 17.08.2020 vorgelegte Qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung vom 11.08.2020 der BG Bau ist ungültig die Frist zur Nachreichung der geforderten Unterlagen wurde somit nicht eingehalten . Die gültige Qualifizierte Unbedenklichkeitsbescheinigung wurde erst am 31.08.2020 mit Eingang der Vergaberüge vorgelegt, somit wurde die Frist zur Nachreichung von Unterlagen um 14 Tage überschritten.

Der Bieter Nr. 34 wird aus den vorgenannten Gründen ausgeschlossen.“

Dieser Vermerk sah wiederum im Ergebnis vor, das Angebot der Antragstellerin zu bezuschlagen. Entsprechend vermerkte dies auch der Antragsgegner unter dem 14. September 2020.

In einem zur Vergabeakte genommenen Vermerk der ... AG über die Prüfung und Wertung der Angebote vom 3. November 2020 heißt es unter anderem:

„Prüfung und Wertung nach Nachforderung Nummer 1 [...]

Das Angebot des Bieters Nr. 34 wurde als unvollständig erachtet, weil die eingereichte Unbedenklichkeitsbescheinigung der BG Bau durch die fehlenden Signaturen ungültig ist. Zudem wurde das Formblatt V 124.H F- Eigenerklärung vom Bieter nur teilweise ausgefüllt. [...]

„Das Angebot des Bieters Nr. 42 wurde damit vorerst als vollständig erachtet, im Nachhinein wurde jedoch bei der erneuten Prüfung und Wertung festgestellt, dass das Efb-Zertifikat für den Transport des gefährlichen Abfalls nicht vorliegt, siehe 2. Prüfung [...] Prüfung und Wertung nach Nachforderung Nummer 2 [...]

Der Bieter Nr. 34- ... GmbH wurde aufgefordert folgende Unterlagen nachzureichen:

- Formblatt V 124.H F (Eigenerklärung) – Vorlage der darin geforderten Nachweise und Bescheinigungen (eine gültige Unbedenklichkeitsbescheinigung BG Bau ist hier eingeschlossen)
- Formblatt V 2411 F Abfall-Formblatt 1- Vorlage der Efb-Zertifizierungen der benannten Beförderer

Ergebnis der zweiten Nachforderung für Bieter Nr. 34:

Der Bieter hat keine der oben genannten Unterlagen nachgereicht. Das Angebot ist für Bieter Nr. 34 somit unvollständig.

2.6.4 Der Bieter Nr. 42- ... GmbH wurde aufgefordert folgende Unterlagen nachzureichen [...]

Das Angebot des Bieters Nr. 42 erschien zunächst vollständig, sodass der Bieter Nr. 42 in die nächste Wertungsstufe = Eignung gelangte. Erst im Nachhinein stellte sich heraus, dass der Bieternummer 42 bereits im Zuge der formalen Prüfung aus dem Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Auch im Rahmen der Eignungsprüfung hätte der Bieter Nr. 42 ausgeschlossen werden müssen, was sich erst im Zuge der Erstellung des vorliegenden Vergabevermerks herausstellte. Der Ausschluss ergibt sich dabei aufgrund der vorliegenden negativen Referenzen zum Bieter Nr. 42 und zum anderen aus der nicht vorhandenen Eignung (Fehlen eines gültigen Efb-Zertifikat) [...] Im Ergebnis der formalen Prüfung verbleiben folgende Angebote in der weiteren Wertung:

Der Bieter Nr. 52 ... bleibt in der engeren Wahl [...]

Angebotssumme bei Angebot Öffnung netto in € [...] ...

Wirtschaftliche Prüfung

Die EVU ist mit ... Euro/ netto für diese Leistung berechnet. Das verpreiste Leistungsverzeichnis wurde, angepasst an den bisherigen üblichen Markt, auf ... Euro/ netto errechnet.

Insgesamt ist ein großes preisliches Gefälle zu erkennen, zwischen dem günstigsten und dem teuersten Angebot liegt eine Differenz von mehreren hunderttausend Euro. Der durchschnittliche Preis aller Angebote der Ausschreibung ist jedoch bei ca. ... Euro/ netto anzusetzen und liegt damit im Bereich des Preisgefüges des wirtschaftlichsten Angebots.

Das wirtschaftlichste Angebot des Vergabeverfahrens liegt, entsprechend der durchlaufenden Wertungsstufen, bei ... Euro/ netto (einschließlich 4 % Nachlass) und damit noch unterhalb der EVU Kostenberechnung.

Die Preise sind auskömmlich kalkuliert, in den Einzelpositionen sind keine Ausbrüche nach oben oder unten erkennbar, eine Mischkalkulation kann ausgeschlossen werden. Die moderaten Angebotspreise sind wahrscheinlich der aktuellen Marktsituation durch die wirtschaftlichen Einschränkungen der weltweiten Corona-Krise und den damit verbundenen Verunsicherungen geschuldet.“

Mit Schreiben vom 9. November 2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin nunmehr mit, dass der Zuschlag auf das Angebot des preislich fünftplatzierten Bieters erteilt werden solle.

Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte der Antragsgegner auch der Beigeladenen mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle. Sie habe die fehlenden Unterlagen gemäß zweiter Nachforderung vom 29. September 2020 nicht fristgemäß eingereicht, damit erfolge der „Ausschluss nach § 16 EU VOB/A Pkt. 4“.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 9. November 2020 rügte die Beigeladene ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren. Mit Schreiben vom 10. November 2020 ließ auch die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung durch ihre Verfahrensbevollmächtigten rügen. Sie machte unter anderem geltend, ihr erfolgter Ausschluss sei vergaberechtswidrig. Sie verfüge über eine Transportgenehmigung für bestimmte Abfälle. Zudem trügen auch die vorgebrachten, vermeintlich auf Referenzgeber gestützten Umstände keinen Angebotsausschluss.

Mit Schreiben vom 12. November 2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin abermals mit, dass der fünftplatzierte Bieter den Zuschlag erhalten solle.

Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte der Antragsgegner auch der Beigeladenen wiederum mit, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen werde, weil geforderte Unterlagen weder im Angebot enthalten waren noch entsprechend seiner Aufforderung rechtzeitig vorgelegt worden seien.

Mit Schreiben vom 13. November 2020 ließ der Antragsgegner über seine Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin und der Beigeladenen mitteilen, dass die versandten Vorabinformationsschreiben, zuletzt mit Datum vom 13. November 2020 (Antragstellerin) beziehungsweise 12. November 2020 (Beigeladene) als gegenstandslos zu betrachten seien und die Prüfung und Wertung der Angebote überprüft werden solle.

Mit Schreiben vom 16. November 2020 teilte der Antragsgegner auch der Beigeladenen mit, sie möge „die zuletzt mit Datum vom 12.11.2020 versandten Vorabinformationsschreiben als gegenstandslos“ betrachten.

Mit Schreiben seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 11. Januar 2021 teilte der Antragsgegner der Beigeladenen mit, ihrer Rüge vom 9. November 2020 abzuweichen, ihr Angebot werde wieder in die Wertung einbezogen.

Mit E-Mail vom 20. Januar 2021 übermittelte die ... der Beigeladenen die geplanten Bieterfragen für ein Bietergespräch. Danach war unter anderem Folgendes geplant:

„Fragen:

1. Kurze Firmenvorstellung
 - Welche Niederlassung erhält den Auftrag und führt aus? [...]
 - Welche/ wie viele Baustellen laufen parallel und sind mit wie vielen Mitarbeitern besetzt?
 - Anzahl der Mitarbeiter?
 - Ist der Vorarbeiter/ Bauleiter deutschsprachig?
 - Welche Qualifikationen haben die Mitarbeiter?
 - Wer wird der verantwortliche Bauleiter?
 - Welche Befugnisse hat der Bauleiter? (Vollmacht?)
 - Ist das Prozedere der Entsorgung bekannt?
2. Neue Ausführungsfristen [...]
3. Entfallende Leistungen [...]
4. Auskömmlichkeit des Angebots
 - Formblatt V 223.HF „Aufgliederung der Einheitspreise“ aus 1. Nachlieferung
 - Sind die angegebenen Ansätze auskömmlich?
 - Formblatt V 221.HF „Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation“ aus 1. Nachlieferung
 - Sind die angegebenen Ansätze auskömmlich?
 - Positionen „Ausreißer“ aus dem Preisspiegel z.B. Positionen ... usw.
 - Die Abbruchpositionen verstehen sich einschl. fachgerechter Entsorgung. Ist dies auch so kalkuliert?
5. Qualifikation [...]
 - Gültige Bescheinigung der BGBau im Original vorlegen (Es gibt bisher nur eine Kopie)
6. Gibt es Bedenken zur Ausführung?

- Sind die Vorbemerkungen insbesondere Punkt 0.6 zum Abfallmanagement vollständig gelesen worden und gibt es Fragen hierzu?
7. Angebotssumme (abzüglich 4.1.Treppen)?
8. Bindefrist des Angebotes?“

Mit Schreiben vom 20. Januar 2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot ausgeschlossen werde, da sie das Efb-Formblatt nicht eingereicht habe.

Am 22. Januar 2021 fand beim Antragsgegner ein Gespräch unter Teilnahme von einem Vertreter der ... und Herrn ... für die Beigeladene statt. Das zur Vergabeakte genommene, teilweise handschriftliche Protokoll dazu lautet auszugsweise wie folgt:

- „1. kurze Firmenvorstellung:
– aktuelle BG-Bescheinigung (gültig) wird v. Hr. ... kurzfristig in Farbe eingescannt u. per Mail übersandt [...]
2. Leistungsumfang [...]
– ... Mitarbeiter gesamt, ... Bauhelfer, ... Kraftfahrer, ... Bürokräfte, ... Bauleiter
Welche Qualifikationen haben ihre Mitarbeiter?
– Anzahl Mitarbeiter: ... Mann f. Einsatz ...
– Vorarbeiter: Hr. ... deutschspr. / - Zertifizierungen liegen vor
– Preiskalkulation [unleserlich] Hr. ... [...]
- Kalkulation d. Preise erfolgte bis Z ... (Putze)
- Befeuchtung Abfälle u. Putze vorgesehen z. Unterbindung Staubentwicklung
3. Angebotssumme und Bieterbestätigung:
Angebotssumme (geprüft): ... € netto / ... € / brutto [...]
Bieterbestätigung, dass alle für die Preisbildung erforderlichen Umstände in der Kalkulation berücksichtigt wurden und die angebotenen Einheitspreise auskömmlich sind.
Unterschrift Bieter: [...]
Für folgende Position ist die Kalkulation vorzulegen:
Pos.-Nr.. V.221.HF Pos.-Titel: - wurde mit Angebot vorgelegt → Kalk. Einheitspreis V 223.HF
Pos.-Nr.. ... € Pos.-Titel: Verrechnungslohn
4. Nachweise:
– BG-Bescheinigung wird nachgereicht siehe Pkt 1.
– Bieter sagt Preise sind auskömmlich kalkuliert
– Kalkulation mit Schuttrutsche am Gerüst
5. Bauzeit/Bauablauf/Ausführungsfristen/Termine:
Baubeginn: – neue Ausführungsfristen: → kein Einfluss auf Angebot sind am 26.02.2021 akzeptiert – keine Kosten f. Annahmeverzug! [...]
9. Sonstiges:
– Efb-Zertifikat f. Transport nicht-gefährlichen Abfall liegt f. ... GmbH nicht vor – kann aber über Fa. [...] geschehen
↳ Absprache erfolgt mit Frau [...]
→ Vergütung wird dann angepasst
[...] Im Auftragsfall wird dieses Protokoll Vertragsbestandteil.
→ siehe Preisauflärung Einzelpositionen: Anlage 1 [...]“

Der entsprechenden Anlage 1 ist unter anderem Folgendes zu entnehmen:

„Preisauflklärung

- Pos. ... [...]
- ↳ mit 5 kg Stemmhammer → 1 Mitarb. schafft ca. ... m / Tag
- alte Heizkörper werden im Ganzen demontiert und Entsorgt → es erfolgt Verpackung
 - Pos. ... → hier wird Entsorgung gesondert vergütet, es gibt aber keine Position dafür → hier muss eine Klärung mit Frau [...] erfolgen
- Pos. 1...
- ähnlich wie Wandputz abschlagen plus Aufschlag f. Arbeit über Kopf
- Pos. 3.1.10 – Rückbau Fensterbänke [...]
- Sehr geringer EP (... €/lfm) – ... lfm
- Tippfehler → sollte eigentl. ... €/lfm sein
- ist keine Masse u. entscheidend im LV“

In einem zur Vergabeakte genommenen Vermerk der ... AG über die Prüfung und Wertung der Angebote vom 28. Januar 2021 heißt es unter anderem:

„Der Bieter Nr. 42 ... GmbH hat einige nachgeforderte Unterlagen fristgerecht im Vergabeportal hochgeladen. Es fehlt jedoch das Efb-Zertifikat für den Transport von gefährlichem Abfall, das ... GmbH vermutlich selbst nicht vorweisen kann, sich aber selbst für diese Leistung benannt hat. Es wurde aber in diesem Zuge auch kein anderer Betrieb angegeben, der dieses Zertifikat vorweisen kann.

Es fehlen somit folgende Unterlagen:

- Formblatt V 2411.F Abfall-Formblatt 1- Vorlage der Efb-Zertifizierung des benannten Beförderers

Nach der 2. formalen Prüfung stellte sich zudem heraus, dass der Bauherr mit dem Bieter Nr. 42 schon eigene negative Erfahrungen gemacht hatte. Es wurde festgestellt, dass der Bieter Nr. 42 im Jahr 2016 (Referenzzeitraum) bei einem Bauvorhaben des Bezirksamtes Pankow von Berlin [...] Aufgrund von vertragswidrigen Verhalten [...] gekündigt wurde (Rechtsfolge).

Daraufhin wurde auch für alle vom Bieter angegebenen Referenzen eine Abfrage vorgenommen, das Ergebnis der Abfrage ist in der Aktennotiz im Anhang (Anlage 1) zusammengefasst. Weiterhin ist eine negative Referenz eines öffentlichen Auftraggebers vorhanden, für die im Anhang eine weitere Aktennotiz (Anlage 2) beigefügt ist. [...]

Folgende Hauptangebote werden nach § 16 EU in Verbindung mit § 16a EU VOB/A nach den Wettbewerbsbedingungen oder aus sonstigen Gründen von der Angebotswertung vorweg ausgeschlossen:

Der Bieter Nr. 34- ... GmbH hat keine Unterlagen trotz Aufforderung und ausreichender Fristsetzung nachgereicht und war daher aus der weiteren Wertung [...] auszuschließen.

Der Bieter Nr. 42- ... GmbH hat einerseits nicht alle Unterlagen trotz Aufforderung und ausreichender Fristsetzung nachgereicht und hatte zudem eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich mangelhaft erfüllt, was zu einer vorzeitigen Beendigung des Auftrags führte. Daher ist der Bieter Nr. 42 aus der weiteren Wertung [...] auszuschließen.

2.8 Prüfung und Wertung nach erneuten Einsprüchen

Der Bieter Nr. 34, ... GmbH vertreten durch die RA ... legten erneut am 09.11.2020 Einspruch ein, der Bieter Nr. 42, ... GmbH, vertreten durch die Rechtsanwälte ... am 10.11.2020. [...]

Mit Schreiben vom 14.01.2021 der ... Rechtsanwälte wurden beide Einsprüche beantwortet. Der Bieter Nr. 34, ... GmbH wird erneut in die Wertung aufgenommen, der Bieter Nr. 42, ... GmbH, darüber informiert, dass seine Rügen nicht Abhilfe geleistet werden

kann und das Angebot fortgesetzt auszuschließen ist, zumal durch den Erstplatzierten Bieter, ... GmbH, ein wirtschaftlicheres/ günstigeres Angebot vorliegt. [...] Mit dem Bieter Nr. 34, ... GmbH, wird für den 22.01.2021 ein Bietergespräch vereinbart. Im Vorfeld des Termins wird am 20.01.2021 ein vorläufiger Fragenkatalog an alle Beteiligten versandt. Unter anderem wird die Bescheinigung der BG Bau im Original abgefordert und das fehlende Efb - Zertifikat thematisiert. [...]

Der Bieter Nr. 34- ... GmbH verbleibt weiter in der Wertung. Eine juristische Bewertung der ... Rechtsanwälte, vom 14.01.2021, geht davon aus, dass die fehlende Bescheinigung der BG Bau zwar weder fristgerecht noch in vorgeschriebener Form, elektronisch auf der Vergabeplattform hochgeladen, wurde jedoch faktisch gültig vorhanden ist und somit als Ausschlussgrund nicht ausreichend ist. Das Angebot bleibt daher in der weiteren Wertung.

2.8.4 Der Bieter Nr. 42- ... GmbH bleibt aus taktischen Erwägungen in der weiteren Wertung. Die juristische Beurteilung der ... Rechtsanwälte, vom 14.01.2021, bestätigte zwar größtenteils die angegebenen Ausschlussgründe aus der 2. Prüfung, empfiehlt dennoch einen Ausschluss aufgrund eines günstigeren Angebots und nicht aus formalen Gründen. [...]

Im Ergebnis der formalen Prüfung verbleiben folgende Angebote in der weiteren Wertung:

Die Bieter Nr. 34-... GmbH, Bieter Nr. 42- ... GmbH und Bieter Nr. 52 [...] bleiben in der engeren Wahl. [...]

Prüfung und Wertung der Eignung der Bieter

3.1.1 Bieter Nr. 34 ... GmbH

[...] hat seine Eignung entsprechend im Formblatt V 124.H F erklärt und anhand der geforderten Nachweise fristgerecht belegt. [...] Am 22.01.2021 fand ein Bietergespräch statt um etwaige Fragen zum Angebot zu klären. Das Gespräch verlief im Ganzen positiv, Einzelheiten entnehmen sie dem Protokoll zum Bietergespräch vom gleichen Datum. Die gültige BG Baubescheinigung wurde in der Besprechung elektronisch per E-Mail übergeben.

Eine Eignung zur Durchführung der Arbeiten ist hiermit gegeben.

3.1.2 Bieter Nr. 42 ...

[...] Eine Eignung, ist [...] anzunehmen. [...]

6.4 Wirtschaftliche Prüfung

Die EVU ist mit ... Euro/ netto für diese Leistung berechnet. Das verpreiste Leistungsverzeichnis wurde, angepasst an den bisherigen üblichen Markt, auf ... Euro/ netto errechnet.

Insgesamt ist ein großes preisliches Gefälle zu erkennen, zwischen dem günstigsten und dem teuersten Angebot liegt eine Differenz von mehreren hunderttausend Euro. Der durchschnittliche Preis aller Angebote der Ausschreibung ist jedoch bei ca. ... Euro/ netto anzusiedeln und liegt damit im Bereich des Preisgefüges des wirtschaftlichsten Angebots.

Das wirtschaftlichste Angebot des Vergabeverfahrens liegt, entsprechend der durchlaufenden Wertungsstufen, bei ... Euro/ netto (einschließlich ... % Nachlass) und damit noch unterhalb der EVU Kostenberechnung.

Die Preise sind auskömmlich kalkuliert, dass wurde im geführten Bietergespräch auch bestätigt. Die moderaten Angebotspreise sind wahrscheinlich der aktuellen Marktsituation durch die wirtschaftlichen Einschränkungen der weltweiten Corona-Krise und den damit verbundenen Verunsicherungen geschuldet.“

Das Angebot des Unternehmens ... GmbH [...] Ist, unter den gegenwärtigen wirtschaftlichen Bedingungen, annehmbar. Auf dieses Angebot ist der Zuschlag zu erteilen.“

Ein ebenfalls unter dem 28. Januar 2021 geführter Vermerk des Antragsgegners über die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene, der allerdings in der Unterschriftenzeile mit dem Stempel der ... AG versehen ist, weist den Stempelaufdruck „VERDINGUNG GEPRÜFT“ samt Unterschriften auf.

Mit Schreiben vom 29. Januar 2021 ließ die Antragstellerin ihren Ausschluss durch ihre Verfahrensbevollmächtigten rügen. Der als fehlend bezeichnete Eignungsnachweis sei nicht in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen gefordert worden, es bestehe somit keinerlei Rechtsgrundlage für einen Ausschluss.

Mit Schreiben vom 1. Februar 2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin schließlich mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle und beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Auf ihr Angebot könne der Zuschlag nicht erteilt werden, weil es nicht das wirtschaftlichste gewesen sei.

In mit dem Datum 2. Februar 2021 versehenen und von einem Mitarbeitenden der ... gezeichneten Vermerken hielt der Antragsgegner in der Vergabeakte zur Beigeladenen fest:

„Die fehlenden Unterlagen wurden im Bietergespräch nachgereicht.“

Mit Schreiben vom 2. Februar 2021 ließ die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung gegenüber dem Antragsgegner rügen. Es bestünden erhebliche und durchgreifende Bedenken dagegen, dass der für den Zuschlag vorgesehene Bieter die für den Auftrag erforderliche Eignung aufweise. In der Bekanntmachung sei der Nachweis des Umsatzes des Unternehmens bezogen auf die drei letzten abgeschlossenen Geschäftsjahre gefordert worden. Ausweislich eines Handelsregisterauszuges der Beigeladenen sei ihre Gründung erst am ... 2019 erfolgt. Daraus folge, dass sie für die Jahre 2017 und 2018 einen Umsatz von null Euro angegeben haben müsse. Auch die Umsätze im Jahr 2019 müssten sich aufgrund der Aufnahme der Tätigkeit frühestens im August 2019 in einem zu vernachlässigenden geringen Bereich bewegen. Aus der Forderung der Angabe eines Umsatzes für die letzten drei Geschäftsjahre folge aber die Mindestanforderung einer dreijährigen Geschäftstätigkeit. Bei einer Gesellschaft Gründung erst im Jahr vor Angebotsabgabe könne diese aber schon denklogisch nicht gegeben sein.

Aus der Bekanntmachung ergäbe sich zudem die Mindestanforderung, dass die Bieter mindestens drei Referenzen vorzulegen hätten, die in den letzten bis zu fünf abgeschlossenen Kalenderjahren ausgeführt worden seien, also spätestens im Jahr 2019. Der Begriff der Referenz beinhalte, dass die entsprechende Leistung zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist bereits fertiggestellt, also Bauleistungen im Regelfall abgenommen sein müssten. Aufgrund der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Beigeladenen erst im ... 2019 sei in Anbetracht der in der Bekanntmachung angegebenen Ausführungsfrist von ca. sieben Monaten das Vorliegen einer vergleichbaren Referenz in zeitlicher Hinsicht ausgeschlossen. Zudem bestehe aufgrund des erheblichen Preisabstandes von ... EUR die Vermutung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises. Ausgehend vom Angebot der Beigeladenen sei ihr Angebot ... % teurer. Im Vergleich zu ihrem Angebot sei das Angebot der Beigeladenen ... % günstiger. In jedem Fall sei damit die Aufgreifschwelle von 20 % und damit die Voraussetzungen einer Preisprüfung erfüllt. Diese Prüfung könne nur dahingehend erfolgen, dass das Angebot der Beigeladenen als ungewöhnlich niedrig einzustufen und deshalb auszuschließen sei.

Mit Schreiben vom 4. Februar 2021 ließ der Antragsgegner mitteilen, der Rüge nicht abzuweichen. Die Beigeladene sei geeignet. Sie habe alle Eignungsnachweise erbracht. Dies sei im Zuge der letzten Prüfung und Wertung sowie im Bietergespräch überprüft worden. Die zunächst vorgenommenen Ausschlüsse beruhten auf der eingereichten Unbedenklichkeitsbescheinigung der BG Bau, die zur Eignung vorliegen musste und auch eingereicht worden sei, bei der aber zunächst die Gültigkeitsmerkmale fehlten. Dies habe jedoch geklärt werden können. Die Beigeladene sei finanziell leistungsfähig. Im Aufklärungsgespräch sei dies nochmals eingehend hinterfragt und als akzeptabel angesehen worden. Sie sei auch technisch und beruflich leistungsfähig. Es gäbe zu den Referenzen keine zeitliche Vorgabe, dass sie aus den letzten 4-5 abgeschlossenen Geschäftsjahren stammen müssten. Sie könnten auch aus den letzten zwei Jahren sein, sofern sie positiv zu bewerten seien. Schließlich sei das Angebot der Beigeladenen auch nicht ungewöhnlich niedrig. Alle fünf Bieter der engeren Wahl lägen weit unter dem geschätzten marktüblichen Preis. Das Projektbudget liege bei geschätzten ... EUR, als marktüblich sei in einem verpreisten Leistungsverzeichnis zum Ausschreibungszeitpunkt im Winter 2020 eine Summe von ... EUR geschätzt worden. Aufgrund der großen Preisunterschiede sei in der Auswertung auf eine zum Ausschreibungszeitpunkt scheinbar für die ausgeschriebene Leistung marktübliche (vermutlich

coronabedingte) Preisspanne zwischen ... EUR und ... EUR abgestellt worden, da sich die ersten zehn Bieter in diesem Bereich bewegten. Aufgrund dessen sei das Angebot der Beigeladenen nicht als ungewöhnlich niedrig einzustufen. Zudem hätten im Aufklärungsgespräch mit ihr einzelne Einheitspreise nachhaltig aufgeklärt werden können, sodass er davon ausgehen könne, dass das Angebot auskömmlich kalkuliert sei.

Am 9. Februar 2021 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer des Landes Berlin stellen lassen, der dem Antragsgegner durch die Kammer am gleichen Tag übermittelt worden ist. Ebenfalls mit Beschluss vom gleichen Tag hat die Kammer auch die Beiladung des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens ausgesprochen.

Mit Schreiben vom 2. Juni 2021 hat der Antragsgegner der Antragstellerin in einem parallel laufenden Vergabeverfahren, das Gegenstand des Beschlusses der Kammer vom 30. April 2021 – VK – B 2 – 64/20 gewesen ist, mitgeteilt, das dortige Verfahren auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung zurückzusetzen. Die zu vergebende Leistung werde neu bekanntgemacht mit der Maßgabe, dass Bieter nur als geeignet gelten, wenn sie über eine Zertifizierung nach der Verordnung über Entsorgungsfachbetriebe oder gleichwertige Bescheinigungen von Stellen aus anderen Staaten verfügten.

Die Antragstellerin trägt ergänzend zu ihren Rügen unter anderem vor, ihr Antrag sei zulässig, insbesondere seien ihr naturgemäß weitere Darlegungen zum Unternehmen und dem Angebot der Beigeladenen nicht möglich. Der Antrag sei auch nicht präkludiert. Insbesondere sei das Schreiben des Antragsgegners vom 12. November 2020 kein Nichtabhilfeschreiben. Jedenfalls sei es vom Antragsgegner ohnehin für gegenstandslos erklärt worden.

Die Akteneinsicht habe bestätigt, dass die Beigeladene in den maßgeblichen Zeiträumen vor 2020 weder Umsätze nachgewiesen habe noch entsprechende Referenzen. Den Akten sei ferner an keiner Stelle zu entnehmen, dass sich der Antragsgegner mit den von der Beigeladenen vorgelegten Referenzen oder den Angaben zum Umsatz im Einzelnen im Hinblick auf deren Eignung auseinandergesetzt hätte. Während ihre Referenzen offenbar telefonisch verifiziert worden seien, seien entsprechende Bemühungen hinsichtlich der Referenzen der Beigeladenen nicht dokumentiert.

Eine Nachforderung der Bescheinigung der Beigeladenen, bei der zunächst die Gültigkeitsmerkmale der BG Bau fehlten, sei unzulässig. Zum einen habe der Nachweis physisch vorgelegen und lediglich die materiellen Anforderungen nicht erfüllt. Zum anderen bestimme § 16a EU Abs. 5 VOB/A eindeutig, unmissverständlich und zwingend, dass Angebote auszuschließen seien, wenn nachgeforderte Unterlagen nicht innerhalb der Frist vorgelegt würden. Die gültige Bescheinigung habe die Beigeladene erst am 31. August 2020 und damit verspätet vorgelegt. Ein ungültiger Nachweis sei gerade kein Nachweis, welcher im Rahmen einer Nachforderung berücksichtigt werden dürfe. Zudem sei unzulässig, dass der Antragsgegner der Beigeladenen aufgrund der Rückversetzung des Vergabeverfahrens am 29. September 2020 erneut eine Frist zur Nachreichung von Unterlagen eingeräumt habe, da § 16a EU Abs. 5 VOB/A die Rechtsfolge einer unterlassenen Vorlage von Unterlagen abschließend regelt. Unabhängig davon ergebe sich aus der Vergabeakte, dass die Beigeladene daraufhin keine Unterlagen eingereicht habe, also ohnehin auch die zweite Nachforderung fehlgeschlagen sei. Jedenfalls danach sei deren Angebot auszuschließen gewesen. Der Antragsgegner habe gleichwohl mit Schreiben vom 20. Januar 2021 bei der Beigeladenen die Bescheinigung im Original abgefordert. Die Beigeladene habe daraufhin ausweislich der Vergabeakte die Bescheinigung in der Besprechung elektronisch per E-Mail übergeben, was erneut nicht den Anforderungen des Antragsgegners entsprochen habe.

Der Antragsgegner habe zudem gegen das Nachverhandlungsverbot verstoßen. Denn die Beigeladene habe im Aufklärungsgespräch neue Ausführungsfristen akzeptiert und bestätigt, dass keine Kosten für Annahmeverzug geltend gemacht würden und die neuen Fristen keinen Einfluss auf ihr Angebot hätten. Ferner liege ein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot auch in der dem Aufklärungsprotokoll zu entnehmenden Vereinbarung, dass beim Einsatz eines anderen Unternehmers zum Transport nicht gefährlichen Abfalls die Vergütung angepasst werde.

Schließlich habe die Akteneinsicht auch gezeigt, dass die Preisaufklärung des Antragsgegners unzureichend gewesen sei. Die Beigeladene habe nur Mutmaßungen dahingehend geäußert, warum sie so erheblich günstiger anbieten können. Den Akten sei nicht zu entnehmen, dass sich der Antragsgegner mit diesen Äußerungen

auch nur ansatzweise kritisch auseinandergesetzt und diese insbesondere darauf geprüft hätte, ob sie tatsächlich geeignet seien, den erheblichen Preisunterschied zu erklären. Zudem sei der allgemeine Preisverfall keine Rechtfertigung, sondern vielmehr ein Grund für eine besonders genaue Preisprüfung, da davon auszugehen sei, dass jeder Marktteilnehmer entsprechend knapp kalkuliere.

Dringe sie mit ihrem Hauptantrag nicht durch, habe sie aus Art. 3 GG einen Anspruch darauf, dass der Antragsgegner das Vergabeverfahren ebenso wie das vor der Kammer geführte Parallelverfahren aufhebe, sodass sie eine zweite Chance zur Angebotsabgabe erhalte. Die Sachverhaltskonstellationen beider Verfahren seien identisch, weshalb die Erwägungen des Antragsgegners zur Aufhebung des Parallelverfahrens auch vollständig auf das hiesige Verfahren zuträfen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für sie sei notwendig. Sie verfüge über keine eigene Rechtsabteilung, außerdem handele es sich vorliegend um Fragestellungen, welche ein vertieftes vergaberechtliche Spezialwissen erforderten.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

den Antragsgegner zu verpflichten, die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,

hilfsweise,

den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren aufzuheben und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut europaweit auszuschreiben,

und die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Antragsgegner trägt über die Rügezurückweisung vom 4. Februar hinaus insbesondere vor, die Beigeladene sei geeignet. Auch die Antragstellerin behauptete nicht, dass die Beigeladene unzuverlässig sei und Beiträge zur Unfallversicherung nicht ge-

leistet habe. Es sei nicht erforderlich gewesen, mindestens eine dreijährige Geschäftstätigkeit aufzuweisen. Er habe sein Ermessen beziehungsweise den ihm zustehenden Beurteilungs- und Wertungsspielraum ordnungsgemäß ausgeübt. Insofern sei zu beachten, dass selbst ein insolventer Bieter nicht zwingend auszuschließen wäre. Von solchen „Regionen“ sei der vorliegende Sachverhalt aber weit entfernt. Hier gehe es um nichtstatische Abbrucharbeiten, sodass der technische und fachliche Anspruch denkbar gering seien. Anders als bei Bautätigkeiten, die aufgrund eines hohen Materialeinsatzes erheblich vorfinanziert werden müssten, fielen bei Abbrucharbeiten nur Lohn- und Entsorgungskosten an, welche unmittelbar in Rechnung gestellt werden könnten.

Er habe auch nicht gefordert, dass nur im baurechtlichen Sinne abgenommene Bauleistungen beachtlich sein sollten. Es gehe nicht darum, aktuelle Referenzen nicht zuzulassen. Das Verständnis der Antragstellerin sei aus pragmatischer Sicht überzogen, da es Bauausführenden durch die jeweilige Auftraggeberseite häufig unmöglich gemacht werde, abgeschlossene Referenzen im Sinne bereits abgenommener Bauleistungen nachzuweisen. Die von der Beigeladenen vorgelegten Referenzen seien auch mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar.

Das Angebot der Beigeladenen sei schließlich nicht hinsichtlich der Unbedenklichkeitsbescheinigung auszuschließen.

Das Angebot der Beigeladenen sei auch nicht ungewöhnlich niedrig. Die von der Antragstellerin gerügte Aufklärung sei durchgeführt worden. Sie habe ergeben, dass die Höhe des Angebotes zufriedenstellend erklärbar sei. Dabei seien einzelne Einheitspreise in der Zusammensetzung, also die Kalkulation insbesondere hinsichtlich angenommenen Personal- und Geräteaufwandes nachhaltig aufgeklärt worden. Betrachte man die Leistungsbeschreibung, nach der im Gebäude alle Oberflächen an Wand, Decke und Boden zurückgebaut sowie die gesamte Technik entfernt würden, so sei der Aufwand für das Personal und der veranschlagte Zeitaufwand maßgeblich. Das beauftragte Unternehmen habe kaum Aufwand für Geräte und Maschinen. Das Gerüst für die Abbrucharbeiten an der Fassade werde durch den Bauherren gestellt. Betrachte man den Preisspiegel im Detail, so liege die größte Differenz im Abbruch des Wandputzes (Pos. 1.2.40 mit ca. 10.000 m²) sowie dem Abbruch des Deckenputzes (Pos.

1.2.70 bis 1.2.90 mit ca. 3800 m²). Genau diese Positionen habe die Beigeladene im Aufklärungsgespräch glaubhaft, sprich in zeitlicher und kostenmäßiger Hinsicht kalkulatorisch nachweisen können. Herr ... habe erklärt, dass die Angebotssumme der Beigeladenen insgesamt auskömmlich kalkuliert worden sei. Die Teilnehmenden des Aufklärungsgesprächs seien sich einig gewesen, dass die von der Beigeladenen veranschlagten Lohnkosten insgesamt realistisch seien. Die veranschlagte Gesamtstundenzahl der Beigeladenen entspreche in etwa den Stunden, die auch im Rahmen der Kostenschätzung im Vorfeld veranschlagt worden seien. Die Teilnehmenden seien sich außerdem einig gewesen, dass es sich bei dem von der Beigeladenen veranschlagten Stundenverrechnungssatz um einen durchaus nicht unüblichen Preis handele. Herr ... habe zudem erklärt, dass die Beigeladene möglicherweise wettbewerbsfähigere Preise im Bereich der Gerätekosten anbieten könne, weil sie – anders als einige Mitbewerber – über eigene verfüge. Es handele sich zudem um einen Familienbetrieb mit schlanken Strukturen, der im Vergleich zu Unternehmen mit einem großen Verwaltungsoverhead erhebliche Kosten einsparen könne. Zu den Positionen 1.2.40 und 1.2.70 habe Herr ... – zusammengefasst – ausgeführt, dass die persönliche Bindung zu den Mitarbeitern für die Beigeladene als Familienbetrieb besonders wichtig sei und sie hierdurch möglicherweise weniger Stunden einkalkulieren könne als seine Mitbewerber. Als Antragsgegner sei er von der Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen überzeugt. Das niedrige Preisniveau lasse sich durch die aktuellen wirtschaftspolitischen Gegebenheiten erklären. Der Preisverfall im Abrissgewerbe sei offensichtlich einer Kombination der Auswirkungen des Berliner Mietendeckels und der Coronapandemie geschuldet. Der Wettbewerbs- und Preisdruck steige enorm, es gehe den Unternehmen derzeit primär darum, vorhandene Personalkapazitäten auszulasten. Es sei in diesem Zusammenhang auch nicht ungewöhnlich, dass ein junges Unternehmen wie die Beigeladene zunächst aus strategischen Gründen knapp kalkulierte niedrige Preise anbiete, um auf dem Markt Fuß zu fassen. Schließlich deute auch nichts auf eine Gefahr hin, dass die Beigeladene infolge der Auftragsausführung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen könne. Es bestünden auch keine Anhaltspunkte für eine Verletzung umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlicher Vorschriften.

Eine verbotene Nachverhandlung des Angebots der Beigeladenen habe nicht stattgefunden. Selbst wenn dies aber der Fall gewesen wäre, wäre das Angebot der Beigeladenen deshalb nicht auszuschließen, sondern dürfte lediglich das zu Unrecht Verhandelte bei der Wertung nicht berücksichtigt werden. Im Rahmen der ausgeschriebenen Abbrucharbeiten sei kein Materialeinsatz erforderlich, sodass durch einen geänderten Baubeginn der bezuschlagte Bieter keine geänderten Materialkosten aufwenden müsse.

Die Beigeladene beantragt,

den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Beigeladene macht unter anderem geltend, der Antrag sei bereits unzulässig. Hierzu fehle es schon an der Antragsbefugnis der Antragstellerin, da sie eine Verletzung in ihren Rechten nicht hinreichend substantiiert dargelegt habe. Es handele sich ganz überwiegend um spekulativen Vortrag ins Blaue hinein. Einem etwaigen Anspruch der Antragstellerin auf Durchführung einer Preisprüfung sei bereits Genüge getan worden. Ein darüberhinausgehendes Recht auf Ausschluss eines Bieters, der ein ungewöhnlich niedriges Angebot abgegeben habe, bestehe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt.

Der Antrag sei zudem in zweierlei Hinsicht verspätet. So habe die Antragstellerin ihren Antrag nicht innerhalb der 15-Kalendertage-Frist nach Eingang der Nichtabhilfenachricht des Antragsgegners gestellt. Das Schreiben vom 13. November 2020 könne nur als Nichtabhilfebescheid ausgelegt werden. Dem stehe das weitere Schreiben des Antragsgegners vom 13. November 2020 nicht entgegen, da es auf Erwägungen beruhe, die vollkommen unabhängig vom Ausschluss der Antragstellerin gewesen seien. Darüber hinaus sei das Schreiben der Antragstellerin vom 2. Februar 2021 keine Rüge. Es sei lediglich darauf gerichtet gewesen, den Antragsgegner im Hinblick auf ihre Angebotsinhalte auszuforschen. Vergaberechtsverstöße seien darin nicht gerügt, sondern lediglich vermutet worden.

Der Nachprüfungsantrag sei auch offensichtlich unbegründet. Sie habe ihre Leistungsfähigkeit nachgewiesen. Auf der Grundlage der von ihr gemachten Angaben habe der

Antragsgegner sich ein hinreichendes Bild von ihren Verhältnissen verschaffen können und dies auch getan. Ein bestimmter Mindestumsatz sei vom Antragsgegner vorliegend nicht gefordert worden. Die von ihr vorgelegten Referenzen aus dem Jahr 2020 seien mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar, weil sie sich auf Abrissleistungen und Schadstoffsanierungen bezögen und Auftragsvolumina aufwiesen, die entweder etwa dem des ausgeschriebenen Auftrags entsprächen oder jenes erheblich überstiegen. In der Bekanntmachung sei nicht gefordert worden, dass die Aufträge bereits im Jahr 2019 hätten abgeschlossen sein müssen. Zu einer weiteren Prüfung der Referenzen sei der Antragsgegner mangels entsprechender Anhaltspunkte für ihre Ungeeignetheit nicht verpflichtet gewesen, vielmehr könne er im Rahmen seines Ermessens Eigenerklärungen der Bieter durchaus ohne weitere Nachprüfung akzeptieren.

Sie habe alle geforderten Unterlagen vollständig, ordnungsgemäß und termingerecht vorgelegt, einschließlich einer gültigen und ordnungsgemäßen BG-Unbedenklichkeitsbescheinigung. Die Bescheinigung sei auf dem Briefkopf der BG Bau unter Angabe eines Ansprechpartners mit Kontaktinformationen, dem Ausstellungsdatum und dem Vorgangszeichen ausgestellt gewesen. Es habe sich also eindeutig um eine von der BG Bau ordnungsgemäß ausgestellte und prüfbare Bescheinigung gehandelt. Inhaltlich sei die Erklärung über jeden Zweifel erhaben, was auch jederzeit bei der BG Bau nachprüfbar gewesen sei und nach wie vor nachgeprüft werden könne. Die Vorlage einer Bescheinigung mit Originalunterschrift und Originalstempel sei vom Antragsgegner nicht gefordert worden. Es sei für jenen auch irrelevant, ob die Bescheinigung nach den von der BG Bau selbst festgelegten Maßstäben gültig sei. Jedenfalls könne ihr nicht angelastet werden, dass die Bescheinigung im System der BG Bau erst ab dem 31. August 2020 geführt worden sei, obwohl sie bereits am 11. August 2020 ausgestellt worden sei. Selbst wenn eine nach den Maßstäben der BG Bau gültige Bescheinigung gefordert worden wäre, würde ihr Fehlen einen Ausschluss nicht rechtfertigen. Denn die Bescheinigung sei nicht wirksam nachgefordert worden. Ihr sei nie mitgeteilt worden, aus welchem Grund die Bescheinigung nicht akzeptiert worden sei. Jedenfalls sei ihr Ausschluss unzulässig, weil dies aus rein formalen Gründen nicht gerechtfertigt, sondern unverhältnismäßig wäre. Im Rahmen der elektronischen Vergabe sei schließlich unklar, was die von der Antragstellerin angeführten Originale sein sollten, da für das Empfangen von Daten elektronische Mittel zu verwenden seien, die den Versand von Originalen gar nicht zuließen.

Anlass des Bietergesprächs am 22. Januar 2021 sei lediglich die Prüfung der Auskömmlichkeit ihres Angebotes gewesen. Andere Fragen zu ihrer Eignung seien nicht thematisiert worden. Es läge auch kein Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot vor. Hinsichtlich der Ausführungsfristen hätten sie nur über Offensichtliches gesprochen, nämlich, dass die Ausführungsfristen überholt wären. Es sei im Protokoll ausdrücklich festgehalten worden, dass die zu verschiebenden Fristen keinen Einfluss auf das Angebot hätten. Das Angebot sei also gerade nicht verändert worden. Jedenfalls sei ein Ausschluss ihres Angebots insoweit nicht gerechtfertigt, vielmehr würde der Vertrag dann zu den ursprünglich vereinbarten Bedingungen geschlossen werden. Auch im Zusammenhang mit dem Efb-Zertifikat sei das Angebot nicht geändert worden. Insofern hätte sie mit dem Antragsgegner lediglich darüber gesprochen, dass die Vergütung insoweit in Zukunft angepasst werden könne. Denn der Antragsgegner habe eine Efb-Zertifizierung, wie der Antragstellerin aus dem Nachprüfungsverfahren VK – B 2 – 64/20 bekannt sei, nicht wirksam gefordert. Sollte für einzelne Positionen dennoch ein Unternehmen eingesetzt werden, das über ein solches Zertifikat verfüge, so müsse sie hierfür einen Nachunternehmer einsetzen, was mit höheren Kosten als nach ihrer bisherigen Kalkulation verbunden sei.

Ihr Angebot sei jedenfalls nicht unangemessen niedrig. Der Antragsgegner habe sich zu Recht davon überzeugt, dass sie auch angesichts des Angebotspreises eine hinreichend sichere Gewähr für die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrags bieten werde. Die Höhe des Preises und der Abstand zum nächsthöheren Preis seien nur denkbare Indizien, die den Auftraggeber verpflichteten, in eine Preisprüfung einzutreten. Bei der Beurteilung der Angemessenheit habe der Auftraggeber einen erheblichen Beurteilungsspielraum.

Mit Verfügung vom 16. März 2021 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 30. April 2021 verlängert, die Antragstellerin und die Beigeladene zur beabsichtigten Akteneinsicht angehört sowie den Antragsgegner auf unter Umständen fehlende Aktenbestandteile hingewiesen.

Die Kammer hat mit Beschluss vom 14. April 2021 der Antragstellerin und der Beigeladenen teilweise Akteneinsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners gewährt. Mit

Verfügung vom gleichen Tag hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 31. Mai 2021 verlängert. Nach Eintritt der Bestandskraft des Akteneinsichtsbeschlusses ist den Beteiligten die Akteneinsicht ermöglicht worden. Der Vorsitzende hat die Entscheidungsfrist schließlich mit Verfügung vom 14. Mai 2021 bis zum 25. Juni 2021 verlängert.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 18. Juni 2021 haben die Beteiligten Gelegenheit erhalten, Stellung zu nehmen. 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.

Der Nachprüfungsantrag hat im Wesentlichen Erfolg und führt zur Zurückversetzung des Vergabeverfahrens.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

a.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB. Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich zudem um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1, 3 GWB. Die Vergabekammer des Landes Berlin ist zuständig. Der maßgebliche Schwellenwert des § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG wird bei der nach § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 6, Abs. 7 VgV gebotenen Betrachtung der Gesamtmaßnahme überschritten.

Die Antragstellerin ist ferner antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat neben ihrem durch Angebotsabgabe manifestierten Interesse am Auftrag geltend gemacht, durch eine vergaberechtswidrige Angebotsprüfung und –wertung in ihren Rechten verletzt zu sein. Da ihr Angebot preislich an zweiter Stelle rangiert und bei Ausschluss des Angebots der Beigeladenen oder Zurückversetzung in ein früheres Verfahrensstadium für die Zuschlagserteilung in Betracht käme, hat sie auch einen drohenden Schaden in Gestalt des Verlusts dieser Zuschlagschance dargelegt.

Der Antrag ist schließlich hinsichtlich auch nicht nach § 160 Abs. 3 GWB unzulässig. Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass der Antragsgegner vor der finalen Vorabinformation die Antragstellerin bereits aus dem Verfahren ausgeschlossen hatte, ohne dass die Antragstellerin insoweit einen Nachprüfungsantrag gestellt hat. Denn der Antragsgegner hat durch unmissverständliche Erklärungen die vorangehenden Vorabinformationen aufgehoben. Anlass zur – erneuten – Rüge und Stellung des Nachprüfungsantrags im Rahmen der Fristen des § 160 Abs. 3 GWB bestand für die Antragstellerin damit erst infolge der finalen Vorabinformation.

b.

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Durch die Verfahrensgestaltung des Antragsgegners ist die Antragstellerin in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt, § 168 Abs. 1 S. 1 GWB.

(1)

Die Antragstellerin ist zunächst durch die am Maßstab des § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 und 2 VOB/A nicht hinreichende Preisprüfung des Antragsgegners in ihren subjektiven Rechten verletzt. Denn der Antragsgegner ist seiner Pflicht zur Aufklärung des Angebotspreises der Beigeladenen nicht in der gebotenen Weise nachgekommen.

In Anbetracht der Preisabstände zwischen dem Angebot der Beigeladenen und der Antragstellerin einerseits, der übrigen Angebote im Wettbewerb andererseits und ins-

besondere der Auftragswertschätzung des Antragsgegners war vorliegend eine Preisprüfung nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A geboten. Die vom Antragsgegner durchgeführte Prüfung war in zu beanstandender Weise lückenhaft.

Die Prüfung nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A muss darauf gerichtet sein, eine gesicherte Erkenntnisgrundlage für die nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A zu treffende Entscheidung über die Ablehnung eines Angebots zu schaffen und hat sich insofern auf die bedeutsamen Einzelfallumstände zu erstrecken, die Aussagen über die Auskömmlichkeit des Gesamtpreises erlauben, wengleich den Anforderungen an den zu erreichenden Grad der Erkenntnissicherheit durch den Grundsatz der Zumutbarkeit Grenzen gesetzt sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18. September 2019 – Verg 10/19, NZBau 2020, 613, 616 m.w.N.).

Der Antragsgegner durfte nach diesen Maßstäben nicht allein unter Verweis auf die vermeintliche Plausibilität der Erläuterungen der Beigeladenen von der Angemessenheit ihres Angebotspreises ausgehen. Dem steht schon entgegen, dass sich einige Erklärungen der Beigeladenen in bloßen Vermutungen über ihr eigene Kostenvorteile gegenüber Wettbewerbern erschöpfen. Wollte der Antragsgegner auf dieser Grundlage eine beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über die Frage der Angemessenheit des Angebotspreises erlangen, so wäre er zumindest gefordert gewesen, sich kritisch damit auseinanderzusetzen, etwa durch Aufklärung, ob die Spekulationen etwa zu Geräteausstattung, „Verwaltungsoverhead“ etc. bei den Wettbewerbern überhaupt zutreffen.

Jedenfalls hätte die Feststellung der Plausibilität der Kalkulationssätze der Beigeladenen aber nicht ohne vorherige Auseinandersetzung mit den Abweichungen von den eigenen Schätzungen erfolgen dürfen. Der Antragsgegner ist jedoch auch im Nachprüfungsverfahren nicht substantiell von seiner eigenen Kostenschätzung abgerückt. Er hat zwar ausgeführt, die Zeitansätze der Beigeladenen entsprächen in etwa denen der Auftragswertschätzung. Weder den vorgelegten Vergabeakten noch den Stellungnahmen des Antragsgegners im Nachprüfungsverfahren sind aber überhaupt Angaben zu entnehmen, wie der Antragsgegner diesen Zeitansatz ermittelt hat. Auch an einer in Anbetracht der Angebotsspreizung gebotenen kritischen Auseinandersetzung mit dem eigenen Zeitansatz fehlt es gänzlich.

Ob das Angebot der Beigeladenen – zwingend – nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A auszuschließen wäre, kann die Kammer auf dieser unzureichenden Tatsachengrundlage nicht beurteilen.

(2)

Die Antragstellerin ist zudem zumindest in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aus § 97 Abs. 2 GWB verletzt, indem der Antragsgegner entgegen § 15 EU Abs. 3 VOB/A das Angebot der Beigeladenen nachverhandelt und lediglich bilateral mit jener die Vergabeunterlagen geändert hat.

Nach § 15 EU Abs. 3 VOB/A sind Verhandlungen in offenen Verfahren, besonders über eine Änderung der Angebote oder Preise, grundsätzlich unstatthaft. Mit dem sog. Aufklärungsgespräch am 22. Januar 2021 haben der Antragsgegner und die Beigeladene festgehalten, die neuen Ausführungsfristen seien „am 26.02.2021 akzeptiert – keine Kosten f. Annahmeverzug!“ Antragsgegner und Beigeladene haben der Erklärung im Nachprüfungsverfahren zwar nur den Aussagegehalt einer bloßen Bindefristverlängerung bei tatsächlich bereits überholten Ausführungszeiträumen beigeschrieben. Dem kann aber nicht gefolgt werden. Im Protokoll ist ausgeführt, dass es im Auftragsfall Vertragsbestandteil wird. Die Erklärung, es würden neue Ausführungsfristen akzeptiert und keine Kosten für Annahmeverzug geltend gemacht, kann nur in den Grenzen ihres Wortlauts verstanden werden. Dieser ist allerdings nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont eindeutig: die Beigeladene hat mit dem Antragsgegner vereinbart, dass neue Ausführungsfristen gelten. Sie hat zudem erklärt, keine Kosten aufgrund des verzögerten Baubeginns geltend zu machen. Abweichend von der sog. vertragsrechtlichen Lösung, wonach auch bei Verzögerungen die Zuschlagserteilung mit unveränderten Ausführungsfristen erfolgt und etwaige Auswirkungen auf die Kosten des Auftragnehmers im Wege der Vertragsabwicklung geltend zu machen sind (vgl. BGH, Urteil v. 3. Juli 2020 – VII ZR 144/19, NZBau 2020, 570), hat die Beigeladene ihr Angebot also entsprechend der Vorgabe neuer Ausführungsfristen durch den Antragsgegner modifiziert.

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Nachverhandlungsverbot ist der Ausschluss des nachverhandelten Angebots. Ein Ausschluss des Bieters, der nachverhandelt hat,

ist aber ebenso wenig geboten, wie ein Ausschluss des ursprünglichen – nicht nachverhandelten – Angebots. Dieses ursprüngliche Angebot kann vielmehr grundsätzlich bei einer erneuten Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigt werden (vgl. insgesamt MüKoVergabeR II/Stollhoff, 2. Aufl. 2019, VOB/A § 15EU Rn. 49 m.w.N.). Dies hätte vorliegend zur Folge, dass das ursprüngliche Angebot der Beigeladenen fortbestünde.

Allerdings beschränkt sich die Nachverhandlung vorliegend nicht auf eine einseitige Angebotsänderung. Der Antragsgegner hat mit der Beigeladenen vielmehr bilateral neue Ausführungsfristen vereinbart. Damit ist er von der Bekanntmachung abgewichen und hat eine wesentliche Änderung an den Vergabeunterlagen im Sinne von §§ 10a EU Abs. 6 S. 1 Nr. 2, 17 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A vorgenommen. Es ist offensichtlich, dass eine derartige Änderung nicht zulässigerweise bilateral gegenüber nur einem Bieter erfolgen darf. Nach § 97 Abs. 2 GWB sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren vielmehr grundsätzlich gleich zu behandeln. Dies bedeutet zumindest im Fall einer wesentlichen Änderung der Vergabeunterlagen, dass der Auftraggeber diese dem Wettbewerb zu unterstellen hat. Bei einem offenen Verfahren ist die Änderung der Vergabeunterlagen daher sämtlichen Interessenten gegenüber bekannt zu machen und diesen Gelegenheit zu geben, darauf ein dementsprechendes Angebot abzugeben. Nach Ablauf der Angebotsfrist ist der einzige Weg dafür die neuerliche unionsweite Bekanntmachung.

Der Antragsgegner kann sich vorliegend auch nicht mehr darauf berufen, an den ursprünglichen Vertragsfristen nun doch festhalten zu wollen. Dem steht die eindeutige Erklärung im Protokoll des sog. Aufklärungsgesprächs sowie die mit der Zulassung eines derartigen Vorgehens verbundene Manipulationsgefahr entgegen. Ließe man ein nachträgliches Zurückfallen auf eine ursprüngliche Vergabebedingung zu, könnten Auftraggeber versucht sein, stets zu ihren Gunsten nachzuverhandeln, da schlimmstenfalls – im Übrigen sanktionslos – eine Zuschlagserteilung unter den ursprünglichen Konditionen „drohte“.

(3)

Es kommt im Ergebnis daher nicht mehr darauf an, ob die Antragstellerin auch dadurch in ihren Rechten verletzt ist, dass der Antragsgegner die Beigeladene als geeignet

angesehen und nicht mangels Eignung oder fehlender beziehungsweise verspäteter Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung der BG Bau ausgeschlossen hat. Während die Kammer einen Ausschluss der Beigeladenen mangels Eignung im Hinblick auf den von ihr angegebenen Umsatz (vgl. etwa OLG Dresden, Beschluss v. 5. Februar 2021 – Verg 4/20, IBRRS 2021, 0781) und die von ihr vorgelegten Referenzen (vgl. etwa VK Sachsen, Beschluss v. 20. Januar 2017 – 1/SVK/030-16, BeckRS 2017, 128682) für ausgeschlossen hält, stellt sich die Lage hinsichtlich der Unbedenklichkeitsbescheinigung zwar als nicht so eindeutig dar. Da das Vergabeverfahren nach dem Vorstehenden aber ohnehin in das Stadium vor Bekanntmachung zurückzusetzen ist, kommt es auf einen etwaigen Ausschluss der Beigeladenen nicht mehr an. Denn dieser wirkte – anders als etwa eine Vergabesperre – nicht fort, vielmehr wäre auch der Beigeladenen wiederum die Möglichkeit zu eröffnen, ein neuerliches Angebot abzugeben.

2.

Aufgrund der festgestellten Rechtsverletzungen der Antragstellerin ist das Vergabeverfahren zurückzusetzen. Insoweit kann die Antragstellerin mit ihrem Hauptantrag allerdings nicht voll durchdringen.

Nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB trifft die Kammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Nach § 168 Abs. 1 S. 2 GWB ist sie dabei an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Die Einwirkungsbefugnis findet ihre Grenze allerdings im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach die Vergabekammer stets nur mit Maßnahmen in ein Vergabeverfahren eingreifen darf, die zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens geeignet, erforderlich und angemessen sind.

Vorliegend führt dies dazu, dass der Antragsgegner zu verpflichten ist, das Vergabeverfahren in das Stadium vor der Bekanntmachung zurückzusetzen. Denn nur so kann sichergestellt werden, dass sämtlichen interessierten Unternehmen eine Angebotsabgabe unter den vom Antragsgegner geänderten Rahmenbedingungen ermöglicht wird. Mildere Mittel sind nicht ersichtlich.

Die entsprechende Anordnung der Rückversetzung des Vergabeverfahrens, die einer Teilaufhebung gleichsteht, bleibt insoweit hinter dem Hauptantrag der Antragstellerin zurück, als deren Rechtsschutzziel vorrangig auf eine bloße Neuwertung ihres bestehenden Angebots nach erneuter Prüfung des Angebots der Beigeladenen gerichtet ist. Gleichwohl ist über den Hilfsantrag nicht mehr zu befinden, da dafür entsprechend des Tenors kein Rechtsschutzbedürfnis mehr besteht.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Der Antragsgegner und die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens zu tragen. Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Unzweifelhaft unterliegen der Antragsgegner und die Beigeladene, insoweit sie die vollständige Zurückweisung des Nachprüfungsantrags beantragt haben.

Zwar ist auch die Antragstellerin teilweise unterlegen, insofern die tenorierte Rechtsfolge hinter ihrem Hauptbegehrt zurückbleibt. Nach den Maßstäben von § 155 Abs. 1 S. 3 VwGO, § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO handelt es sich aber um ein geringfügiges Unterliegen, das insbesondere nicht selbstständig kostenmäßig ins Gewicht fällt. Dementsprechend sind ihr auch keine Gebühren aufzuerlegen (vgl. auch BGH, Beschluss v. 26. September 2006 – X ZB 14/06, NVwZ 2007, 240, 246).

Gemäß § 182 Abs. 4 S. 1 GWB haben der Antragsgegner und die Beigeladene die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen. Anders als für die Kosten der Vergabekammer nach § 182 Abs. 3 S. 2 GWB ordnet § 182 Abs. 4 S. 1 GWB insoweit allerdings keine gesamtschuldnerische Haftung an, sodass die Beteiligten entsprechend ihres Unterliegensanteils – hier jeweils zur Hälfte – heranzuziehen sind (vgl. schon BGH, Beschluss v. 26. September 2006 – X ZB 14/06, NVwZ 2007, 240, 246). Ihre eigenen Aufwendungen tragen der Antragsgegner und die Beigeladene hingegen jeweils selbst. Denn Anhaltspunkte für die Notwendigkeit eines Ausgleichs unter ihnen sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Auf den Antrag der Antragstellerin hat die Kammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG auch die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten festzustellen. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen. Entscheidend ist dabei, ob die Antragstellerin 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 Rechtsverfolgung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (vgl. schon VK Berlin, Beschluss v. 26. August 2014 – VK – B 1 – 10/14 m.w.N.). Danach ist die Hinzuziehung vorliegend notwendig gewesen. Denn neben mitunter schwierigen Fragen des materiellen Vergaberechts wie der Eignungsprüfung, des Nachverhandlungsverbots und der Angebots- und insbesondere Preisprüfung sind vorliegend auch prozessuale Fragen etwa der Rügepräklusion und des Umfangs der Akteneinsicht verfahrensgegenständlich gewesen. Da sich zudem Antragsgegner und Beigeladene ebenfalls rechtsanwaltlich vertreten lassen, ist die Hinzuziehung durch die Antragstellerin auch unter dem Gesichtspunkt der prozessualen Waffengleichheit gerechtfertigt gewesen.

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 (derzeit abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien_node.html) heran. Dabei legt die Kammer in der Regel den Bruttoangebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 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 v. 15. Oktober 2012 – Verg 18/12, IBRRS 2012, 3900; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 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 $2.500\text{€} + \frac{50.000\text{€} - 2.500\text{€}}{70.000.000\text{€} - 80.000\text{€}} * (\dots \text{€} - 80.000\text{€}) = \dots \text{EUR}$. Dieser Wert entspricht auch dem Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren, welches trotz eines längeren Zwischenverfahrens zur Akteneinsicht und ausführlicher Schriftsätze aller Beteiligten insgesamt gerade noch durchschnittlich umfangreich war.

Der Antragsgegner ist gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG allerdings von der Zahlung der Gebühren befreit. Im Ergebnis wird daher nur die Beigeladene zur Entrichtung der Gebühren herangezogen. Bei einer derartigen sogenannten gestörten Gesamtschuld ist dann allerdings nach allgemeiner, sich nur in Details unterscheidender Rechtsprechung und Literatur ein Ausgleich durch eine Beschränkung der Gebührensschuld der verbliebenen Gebührensschuldner vorzunehmen (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21. Oktober 2015 – Verg 35/15, BeckRS 2015, 18388 Rn. 31; Beschluss v. 14. September 2009 – Verg 20/09, BeckRS 2009, 28982; VK Rheinland, Beschluss v. 28. Mai 2019 – VK K 55 / 17 L, Datenbank VergabePortal; VK Westfalen, Beschluss v. 7. April 2017 – VK 1 - 07/17, BeckRS 2017, 111393 Rn. 75; *Krohn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 25; *Glahs*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 182 GWB, Rn. 18). Die Kammer kürzt daher die an sich angemessene Gebühr um den Betrag, der dem internen Haftungsanteil des Antragsgegners von ... EUR entspricht (vgl. *Summa* in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., Stand: 24.11.2020, § 182 GWB, Rn. 67).

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, 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

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer

Dr. Lux

Sauer

...