

Ausfertigung

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK – B 2 – 12/21

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 die
Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen, diese
vertreten durch den Senator Sebastian Scheel,
Fehrbelliner Platz 2, 10707 Berlin,

Antragsgegner,

beigeladen:

...

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

wegen des Vergabeverfahrens „GU Leistung (VM_20129_VOB_O_Ste): Typensporthallen Ge-
biet 2 (Los 2)“,

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. Klein am 13. Juli 2021 beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, das Vergabeverfahren in das Stadium vor der Angebotsprüfung zurückzusetzen und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Angebotsprüfung insbesondere des Nebenangebots der Beigeladenen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) tragen die Antragstellerin zu 1/3 und der Antragsgegner und die Beigeladene zu 2/3 als Gesamtschuldner.
3. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin tragen der Antragsgegner und die Beigeladene zu je 1/3.
4. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners trägt die Antragstellerin zu 1/3.
5. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen trägt die Antragstellerin zu 1/3.
6. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre Aufwendungen jeweils selbst.
7. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
8. Die Verfahrensgebühren werden auf ... EUR festgesetzt. Auslagen der Vergabekammer werden nicht mehr geltend gemacht. Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Gebühren befreit. Der Haftungsanteil der Antragstellerin und der Beigeladenen beschränkt sich im Außenverhältnis auf jeweils 1/3.

Gründe

I.

Die Beteiligten streiten über ein Vergabeverfahren zur Vergabe von Generalunternehmerleistungen für den Sporthallenbau.

Der Antragsgegner schrieb mit am 7. September 2020 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (2020/S 173-417317) veröffentlichter Bekanntmachung Generalunternehmerleistungen für den Neubau von Typensporthallen im hier streitgegenständlichen Los 2 (Gebiet 2) im offenen Verfahren aus. Ausweislich der Bekanntmachung war einziges Zuschlagskriterium der Preis, Nebenangebote waren zugelassen.

Teil der Vergabeakte ist ein Dokument „LV-Kostenschätzung“ vom 24. August 2020 zu Los 2, das nicht unterschrieben oder mit Namen oder Stempel eines Ansprechpartners versehen ist. Darin heißt es unter anderem:

„Wir bitten Sie, diese Kostenaufstellung zur Kenntnis zu nehmen.

| | |
|-------------------------|--------------------------|
| – Gesamt, Netto: | 87.872.500,00 EUR |
| – zzgl. MwSt. (19,0 %): | 16.695.775,00 EUR |
| – Gesamt, Brutto: | 104.568.275,00 EUR [...] |

Allgemein

- Bei der Erstellung dieser Kostenaufstellung wurden die in der Leistungsbeschreibung eingefügten Allgemeinen, Zusätzlichen, Technischen und Besonderen Vertragsbedingungen berücksichtigt.
- Alle Einzelpreise wurden Netto in EUR mit maximal drei Nachkommastellen errechnet.
- Art der Leistungsbeschreibung: beschränkte Ausschreibung ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb [...]

Im Übrigen enthält dieses Dokument das bepreiste Leistungsverzeichnis, Angaben zur Ermittlung der Einheitspreise finden sich darin nicht.

Mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes legte der Antragsgegner unter anderem fest, dass Nebenangebote nur für folgende Bereiche zugelassen wären:

„Die Eingrenzung von Nebenangeboten bezieht sich ausschließlich auf die Ausführung der Tragkonstruktion als Stahl- und/ oder Stahlbetonkonstruktion [...] Nur in Verbindung mit einem Hauptangebot“

Bestandteil der Vergabeunterlagen war unter anderem das Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen (V 216.H F), aus dem sich unter anderem Folgendes ergab:

„1 Unterlagen, die mit dem Angebot abzugeben sind

1.1 Formblätter

[x] Angebotsschreiben (bei Abgabe mehrerer Hauptangebote für jedes Hauptangebot)

[x] Angaben zur Preisermittlung entsprechend den Formblättern V 221.H F oder V 222.H F (bei Abgabe mehrerer Hauptangebote für jedes Hauptangebot)

[x] Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen bzw. Verzeichnis der Unterauftragnehmerleistungen (wenn Teile der Leistungen an Nachunternehmer/Unterauftragnehmer vergeben werden sollen; bei Abgabe mehrerer Hauptangebote für jedes Hauptangebot, in dem Teile der Leistung an Nachunternehmer/Unterauftragnehmer vergeben werden sollen)

[x] Erklärung Bieter-/Arbeitsgemeinschaft [...]

1.3 Leistungsbezogene Unterlagen

[x] Leistungsverzeichnis mit den Preisen“

Teil der Vergabeunterlagen waren auch die „Teilnahmebedingungen EU“, aus denen sich unter anderem Folgendes ergab:

„4.1 Nebenangebote müssen die geforderten Mindestanforderungen erfüllen; dies ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.

4.2 Der Bieter hat die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten [...]

4.3 Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern), nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme).

4.4 Nebenangebote, die den Nummern. 4.1 bis 4.3 nicht entsprechen, werden von der Wertung ausgeschlossen.“

Den Vergabeunterlagen war zudem ein Rahmenvertrag über Generalunternehmerleistungen zur Errichtung von Typensporthallen in serieller Bauweise im Land Berlin zu entnehmen, der auszugsweise wie folgt lautete:

„1 Vertragsgegenstand

1.1

Dieser Vertrag legt einen verbindlichen Rahmen für die von dem Auftragnehmer nach jeweils durch das Land Berlin erfolgtem Abruf zu erbringenden Leistungen betreffend die schlüsselfertige, funktionsgerechte, betriebs- und bezugsbreite Errichtung von die bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen für die Aufnahme der Nutzung erfüllenden Typensporthallen in serieller Bauweise im Land Berlin fest.

1.2

dieser Rahmenvertrag regelt die Modalitäten einer etwaigen Einzelbeauftragung und die für die jeweilige Auftragsdurchführung wesentlichen Bedingungen.

2 Vertragsbestandteile

2.1

Folgende Unterlagen und Bestimmungen sind in Ergänzung der Regelung dieses Rahmenvertrages Bestandteile des Vertragsverhältnisses:

- a. Die Vergabeunterlagen, insbesondere die funktionale Leistungsbeschreibung, die Besonderen Vertragsbedingungen (Formular V 214.H F) inklusive der Ausführungsfristen für bestimmte Standorte, die Zusätzlichen Vertragsbedingungen – B. Ergänzungen für Berlin (Januar 2018) (V 215.H)
- b Angebot des Auftragnehmers (V 2131.H F) vom ...

2.2

die Regelungen dieses Rahmenvertrages gehen im Zweifel den unter Abs. 2.1 genannten Vertragsbestandteilen vor [...]

3 Beauftragungen/Einzelaufträge

3.1

mit Abschluss dieses Rahmenvertrages wird der Auftragnehmer zugleich mit den Leistungen zur schlüsselfertigen, funktionsgerechten, betriebs- und bezugsbreiten Errichtung von die bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen für die Aufnahme der Nutzung erfüllenden Typensporthallen in serieller Bauweise in den [...]

Gebieten 2 mit 8 Standorten, optional bis zu 4 weiteren Standorten, Los 2 [...]

beauftragt. [...]

4 Leistungsumfang des Einzelauftrags

4.1

Die von dem Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen werden durch diesen Rahmenvertrag inklusive der Vertragsbestandteile und den jeweiligen Einzelauftrag bestimmt.

4.2

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die von dem Auftraggeber auf der Basis der funktionalen Leistungsbeschreibung abgerufenen und in den jeweiligen Einzelaufträgen konkretisierten Leistungen zur schlüsselfertigen, funktionsgerechten, betriebs- und bezugsbreiten Errichtung von die bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen für die Aufnahme der Nutzung erfüllenden Typensporthallen in serieller Bauweise Mängel frei und termingerecht auszuführen. Die in der funktionalen Leistungsbeschreibung genannten Leistungen erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit und stellen die vom Auftragnehmer auf jeden Fall zu erfüllenden Mindestanforderungen für eine vertragsgemäße Errichtung der Typensporthallen dar. Der Auftragnehmer hat alle Projektierungsleistungen zu erbringen, die erforderlich sind, um die mit Einzelaufträgen abgerufenen Typensporthallen in serieller Bauweise, schlüsselfertig, funktionsgerecht, betriebs- und bezugsbreit sowie die bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen für die Aufnahme der Nutzung erfüllend zu errichten. Vom Leistungsumfang des Auftragnehmers sind solche für die Errichtung erforderlichen Leistungen ausgenommen, die nach der funktionalen Leistungsbeschreibung ausdrücklich vom Auftraggeber oder von Dritten erbracht worden sind oder erbracht werden [...]

10 Vergütung

10.1

Die Vergütung des jeweiligen Einzelauftrages erfolgt auf der Grundlage der vertraglichen, der funktionalen Leistungsbeschreibung zu entnehmenden Preise und der tatsächlich ausgeführten, belegten Leistungen, wenn im Einzelauftrag keine andere Berechnungsart vereinbart ist.

10.2

Durch die vereinbarten Preise werden alle Leistungen und Aufwände abgegolten, die zur schlüsselfertigen, funktionsgerechten, betriebs- und bezugsbreiten Errichtung von die bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen für die Aufnahme der Nutzung erfüllenden Typensporthallen in serieller Bauweise erforderlich sind und die nach den Vertragsbestandteilen zu den abgerufenen vertraglichen Leistungen gehören. Mit den vereinbarten Preisen sind auch die Nebenleistungen und die besonderen Leistungen abgegolten, die zur Erfüllung des jeweiligen Einzelauftrages erforderlich sind“

Weiterer Teil der Vergabeunterlagen war eine „Aufgabenbeschreibung“, aus der sich unter anderem Folgendes ergab:

„Die Pauschalangebote beziehen sich auf mindestens acht bis zwölf Standorte für den Bau der typisierten Sporthalle, ein Anspruch auf mehr als acht Standorte pro Los seitens des Auftragnehmers besteht nicht, ca. vier Standorte pro Jahr werden als Abrufmenge erwartet.

Die Angebote beinhalten die Erstellung der Ausführungsplanung [...]

Die tragende Hallenkonstruktion kann auch statt in Holz in Stahlbeton erfolgen, alle sichtbaren Bauteile müssen hierbei in SB 3 ausgeführt werden. Alle Planungsleistungen und Nachweise müssen auch für diese Variante erbracht werden“

Dies wurde ergänzt durch eine „Beschreibung der baulichen Anordnung“, aus der sich unter anderem Folgendes ergab:

„Bei den Gebäuden handelt es sich um eine Dreifeldhalle, die mit einem Maximum an vorgefertigten Elementen einschließlich frostfreier Gründung gemäß der vom AN zu erstellenden Gebäudestatik schlüsselfertig als Generalunternehmerleistung zu errichten ist. [...]

Die hier zunächst standortunabhängig geplante kompakte Typensporthalle mit Dreifachteilung soll sowohl für eine wachsende Schülerzahl als auch für eine wachsende Anzahl an Vereinssportlern und Breitensportlern den berlinweit benötigten Bedarf an gedeckten Sportflächen bedienen.

Aufgrund eines hohen Vorfertigungsgrades und einer modularen Bauweise ist eine schnelle, kostengünstige, ökologische und energieoptimierte Errichtung beabsichtigt.

Der neue Typenbau soll aufgrund seiner Kompaktheit flexibel auf verschiedene Grundstückszuschnitte reagieren können und somit flächeneffizient in unterschiedlichen städtebaulichen Zusammenhängen realisierbar sein.“ [...]

Im kompakten Sporthallentyp werden 22 m x 45 m Sportfläche mit drei Hallenteilen sowie eine Galerie für bis zu 60 Zuschauern auf einer Nutzungsfläche (NUF) von ca. 1.640 m² geplant.

Die kompakte und flächeneffiziente Lösung erreicht das Gesamtmaß von 46,80 m x 36,00 m (Länge x Breite / Außenabmessungen).

Die Halle ist als Dreifeldhalle mit zweifacher Teilung (zwei Trennvorhänge) konzipiert und das lichte Raumprofil erreicht die geforderten 7,00 m (Anordnung der Unterkante Holzbinder bei 7,55 m über Oberkante Hallenfußboden). [...]

Die Sporthalle selbst hat eine Höhe von ca. 10,60 m, der Funktionstrakt hat eine Höhe von ca. 7,85 m.

Weiter war Teil der Vergabeunterlagen auch eine „Funktionale Leistungsbeschreibung“, in der es unter anderem lautete:

„Die nachfolgenden Beschreibungen der Leistungen stellen die funktionale Beschreibung der wesentlichen Qualitäten und Anforderung dar und sind, je nach Wahl der Systemvariante, nur für die zur Ausführung kommenden Gewerke zu treffen. Daher ist diese nicht als vollständig und endgültig zu sehen. Der Auftragnehmer (im Weiteren AN genannt) hat alle nicht beschriebenen, aber zur Erbringung der schlüsselfertigen Gesamtleistung notwendigen Leistungen und Maßnahmen zu ergänzen. Für alle nicht

beschriebenen Leistungen und Ausführungen gelten die Qualitätskriterien vergleichbarer Leistungen im jeweiligen Gewerk.

Die geforderten Qualitäten der Materialien sind für die Ausführung zwingend einzuhalten. [...]

Der AN hat auf der Basis der als Anlage zu dieser Ausschreibung beiliegenden Regeldetails und auf der Grundlage der aktuellen Regeln der Technik sowie aller einschlägigen Vorschriften eine komplette Ausführungsplanung nach HOAI Leistungsphase 5 zu erstellen. [...]

Bei der Wahl der Bauweise ist durch den AN darauf zu achten, dass die Flächen- und Kubaturvorgaben sowie die lichten Raumhöhen unbedingt einzuhalten sind, da sich diese auf die Mindestanforderung der maßgeblichen Sporthallenbauverordnung beziehen (siehe Berlin – Planungshandbuch ‚Fachraum Sport‘ Stand 07.2016, ‚Inhaltsverzeichnis Gesamtanlagen‘: Anlage 11.1). Geringfügige Abweichungen aufgrund von eventuellen Besonderheiten der Bauweise des AN können ggf. akzeptiert werden. Diese sind jedoch vom AN mit dem Angebot klar aufzuzeigen.

Ein Rechtsanspruch auf die Vergabe bei Abweichungen von Mindeststandards besteht selbst bei einem wirtschaftlich besonders günstigen Angebot nicht.“

Zudem ließen sich den Vergabeunterlagen Entwurfspläne entnehmen. Aus dem Plan „Grundriss EG – Index 0“ ergaben sich beispielsweise Außenmaße der Typensporthalle von 46,80 und 36,01⁵.

Schließlich war Teil der Vergabeunterlagen das vorgenannte „Planungshandbuch ‚Fachraum Sport‘“ mit Stand Juli 2016, in dem es unter anderem heißt:

„Musterraumprogramm Sporthalle 22m x 45m (3 Hallenteile)
Anforderungen der DIN 18032 und 18040-1 in jeweils gültiger Fassung

| Anzahl | Raumbezeichnung / Anforderungen | Fläche je Raum m ² | Fläche gesamt m ² |
|---|---|----------------------------------|------------------------------|
| 1 | Sporthalle 22m x 45m (lichtes Raumprofil mindestens 7,0m) | 990,00 | 990,00 |
| 2 | doppelschalige Trennvorhänge | | |
| Nutzfläche (ohne Tribüne): 1.426,75 qm“ | | | |

Den Vergabeunterlagen war zudem das „Planungshandbuch Fachraum Sport“ mit Stand August 2018 zu entnehmen, in dem es – abweichend von dem Planungshandbuch 2016 – unter anderem hieß:

„Die für die Sporthallen angegebenen Maße (15m x 27m, 22m x 45m, 27m x 45m) sind lichte Maße (von Prallwand bis Prallwand) und zwingend einzuhalten. Das lichte Raumprofil gilt von Oberfläche Fußboden bis Unterkante von Einbauten (z.B. Leuchten, Basketballdeckenschwenkgerät einschl. Korb) und ist einzuhalten.

Aktuell kann von der Website des Antragsgegners das „Planungshandbuch Fachraum Sport“ mit Stand Januar 2019 abgerufen werden (https://www.berlin.de/schulbau/_assets/service/downloadcenter/mrp/planungshandbuch-fr-sport.pdf, abgerufen am 6. Juli 2021).

Dem Antragsgegner wurde unter anderem folgende Bieterfrage gestellt:

„In der FLB unter Punkt 2.2 wird beschrieben, dass geringfügige Abweichungen aufgrund von eventuellen Besonderheiten der Bauweise des AN können ggf. akzeptiert werden.

Was ist unter geringfügige Abweichungen zu verstehen? Darf der Auftragnehmer hinsichtlich der Bauweise abweichende technische Beschreibungen anbieten?“

Der Auftraggeber beantwortete dies wie folgt:

„Unter Pkt. 2.2 sind die zulässigen, geringfügigen Abweichungen genau beschrieben:

.....

„Bei der Wahl der Bauweise ist durch den AN darauf zu achten, dass die Flächen- und Kubaturvorgaben sowie die lichten Raumhöhen unbedingt einzuhalten sind, da sich diese auf die Mindestanforderungen der maßgeblichen Sporthallenbauverordnung beziehen [...]“

.....

Der AN muss im Falle von Änderungen mit seinem Angebot diese genau beschreiben unter Einhaltung der oben genannten Mindestanforderungen.“

Die Antragstellerin gab zu Los 2 ein Hauptangebot über ... EUR brutto sowie ein Nebenangebot über ... EUR brutto nebst einem Preisnachlass von 1% auf Haupt- und Nebenangebot ab.

Die Beigeladene gab demgegenüber ein Hauptangebot in Höhe von ... EUR brutto sowie ein Nebenangebot über ... EUR brutto ab. In ihrem Nebenangebot wies die Beigeladene unter anderem Folgendes aus:

| „Technische Daten [...]“ | |
|--|-------------------------|
| Hallenlänge (Achismaß) | ca. ... m |
| Hallenbreite (Außenmaß) | ca. ... m [...] |
| Lichte Höhe Sporthalle bis zum UK Dachbinder | ca. +... m Mitte Träger |
| Lichte Höhe Sporthalle bis zum Dachblech Traufe | ca. + ... m [...] |
| Tragwerk aus Betonstützen und Brettschichtholzbindern | |
| Die Halle enthält Stützen aus Stahlbetonfertigteilen mit Rechteckquerschnitt.“ | |

Teil des Nebenangebots der Beigeladenen war daneben unter anderem eine „Preis-zusammenstellung“, die vom Aufbau dem vom Antragsgegner für Hauptangebote vorgegebenen Leistungsverzeichnis entsprach. Ferner fügte die Beigeladene ihrem Nebenangebot Pläne (Grundrisse, Schnitte und Ansichten) bei, aus denen sich unter anderem die Maße ihres Entwurfs ablesen ließen.

Am 25. November 2020 öffnete der Antragsgegner die eingegangenen Angebote. Neben der Antragstellerin und der Beigeladenen gaben zwei weitere Bieter Angebote zu Los 2 über rund ... Mio. EUR und rund ... Mio EUR ab.

Ausweislich eines der Vergabeakte zu entnehmenden Protokolls fand am 15. Januar 2021 ein Aufklärungsgespräch mit der Beigeladenen zu ihrem Nebenangebot statt. Aus dem Protokoll ergibt sich unter anderem Folgendes:

„Der Bauherr, Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen SenSW, bittet um Aufklärung des Angebotsinhaltes der Nebenangebote zu Los 1, LOS 2, LOS 3.
 Stellvertretend für Los 1, LOS 2, LOS 3 wird der Angebotsinhalt zu Nebenangebot LOS 1 aufgeklärt, da die Nebenangebote Los 1, LOS 2, LOS 3 inhaltlich identisch sind. [...] Aufklärung zur geplanten Art der Durchführung: [...] Baubeschreibung Sporthallt; Text Seite 7ff
 2.1 Technische Daten
 Hallenlänge: Die Außenlänge der Halle – und nicht das Achsmaß – beträgt im EG ... m, oberhalb 3.00m ... m; Damit liegt der Entwurf zum Nebenangebot geringfügig über den Ausmaßen des Systementwurfs (Länge + ... cm)
 Hallenbreite: Die Hallenbreite beträgt im EG ... mm, oberhalb 3.00m ... m; Damit liegt der Entwurf zum Nebenangebot geringfügig über den Ausmaßen des Systementwurfes (Breite EG + ... cm)
 Lichte Höhe Sporthalle: Die Angabe von +... m ist laut Bieter ... fehlerhaft und kann ersatzlos gestrichen werden.
 2.2 – 2.6 kein Aufklärungsbedarf
 2.7 Hallenfassade [...]
 4. Preiszusammenstellung: Seite 14ff
 Der Bieter ... bestätigt den Angebotspreis des Nebenangebots zu LOS 1 als auskömmlich kalkuliert. Die hohe preisliche Abweichung zwischen Hauptangebot und Nebenangebot stellt der Bieter Goldbeck als gewollt dar und begründet dies mit der Verwendung des preisgünstigen hauseigenen Rohbausystems und den daraus resultierenden geringeren Planungskosten.“

Die das Verfahren für den Antragsgegner begleitende ... teilte diesem per E-Mail vom 22. Januar 2021 mit, dass das Nebenangebot der Beigeladenen aus bautechnischer und gestalterischer Beurteilung den Anforderungen an die Zulässigkeit von Nebenangeboten entspreche. Entscheidend sei, dass sich der Inhalt der Nebenangebote aus-

schließlich auf geänderte statisch-konstruktive Bauelemente beschränke und die Anforderungen an das äußere Erscheinungsbild vollumfänglich den Anforderungen der funktionalen Leistungsbeschreibung entsprechen.

In einem zur Vergabeakte genommenen Prüfvermerk der ... vom 11. Februar 2021 heißt es unter anderem:

„Die Angebotssumme unterschreitet die Vorverpreisung um ca. ... %. Auf welcher Grundlage die Verpreisung erfolgte entzieht sich unserer Kenntnis (wahrscheinlich aus Mittel-/Erfahrungswerten anderer Bauvorhaben.
Die Angemessenheit der Angebote wird grundsätzlich nicht angezweifelt. Diese wurden im Rahmen der Aufklärung am 15.01.2021 durch den AN ebenfalls bestätigt.“

Unter dem 3. März 2021 vermerkte der Antragsgegner unter anderem:

„Der Auftrag für Los(e) 2 soll [...] auf das Nebenangebot Nr. 1 erteilt werden. Ausschlaggebend für den Vorschlag ist der Preis.“

Teil der Vergabeakte ist neben einem Preisspiegel auch eine nicht datierte „Technische Auswertung GU-Ausschreibung LOS1, LOS 2, LOS 3 – NEBENANGEBOT“ der ... , in der es unter anderem heißt:

| | | | |
|---|---|--------------|---|
| „Einschätzung des Architekten zur Eignung des Typenerzeugnisses für die vorgesehene Baumaßnahme | | | |
| allgemein | | ja/nein | gegeben |
| Anmerkungen zu Konstruktion | | | geeignet zur Umsetzung der geforderten Leistungen [...] |
| Möglichkeit der Einhaltung von vorgegebenen Parametern auf Basis der Typenunterlagen (Einschätzung Architekt) | | | |
| ja / nein | | | grds. Umsetzbar |
| - Geometrie | Länge | Soll: 46.80m | marginale Abweichung (+ 16cm) |
| | Breite | Soll: 36.02m | marginale Abweichung (+ 38cm) |
| | Höhe OK Attika | | |
| | Sporthalle | Soll: 10.53m | eingehalten |
| | Funktionsgebäude | Soll: 8.65m | eingehalten |
| - Flächen | Grundrisse mit Typ umsetzbar | | ja, umsetzbar |
| - Höhen | lichte Höhe der Sporthalle | | ja, eingehalten |
| - Höhen | lichte Höhe der Aufenthaltsräume / Umkleidräume | | ja, eingehalten |
| - Erscheinungsbild [...] | | | ja [...] |
| Umsetzung der Leitdetails und konstruktiven Beschreibungen der FLB Gebäude | | | |
| Abweichungen vom ausgeschriebenen Standard | ja/nein | | nein |
| | Ausführung gem. Vorgaben FLB“ | | |

Weiter findet sich in der Vergabeakte eine „ANGEBOTSAUSWERTUNG GU-LEISTUNGEN LOS 2 GEGENÜBERSTELLUNG KOSTENKENNWERTE“ der ... , zu der der Antragsgegner im Nachprüfungsverfahren vorgetragen hat, sie sei anlässlich der Rüge erstellt worden, und in der es unter anderem heißt:

| „ | | Brutto i.M. | BGF m2 | € brutto/m2 BGF | BRI m3 | € brutto/m3 BRI |
|---------------------------|---|-------------------|----------|--------------------|-----------|--------------------|
| Referenzobjekte | | | | | | |
| TSH ... | Hybridbauweise Auftrag [...] | 7.600.000,00 € | 2.135,00 | 3.559,72 € | 15.370,00 | 494,47 € |
| TSH ... | Hybridbauweise Auftrag [...] | 8.300.000,00 € | 2.472,00 | 3.357,61 € | 18.700,00 | 443,85 € |
| TSH-K LOS 2 | | | | | | |
| TSH-K | Hybridbauweise Hauptangebot ... | ... | ... | ... | ... | ... |
| TSH-K | Stahlbetonbauweise Nebenangebot ... | ... | ... | ... | ... | ... |
| BKI I/2020 Kostenkennwert | | | | | | |
| BKI I/2020 | Hybridbauweise KG 300+400 | Ansatz Höchstwert | | 2.180,00 € | | 335,00 € |
| BKI/I 2020 | Hybridbauweise KG 300 / 400 / 600 / 700 | Ansatz Höchstwert | | 2.400,00 € | | 370,00 €“ |

Mit Schreiben vom 5. März 2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Der Zuschlag solle auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Mit Schreiben vom 9. März 2021 teilte die Antragstellerin dem Antragsgegner mit, dass sie ausweislich des Submissionsprotokolls für Los 2 das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Sie könne die Entscheidung des Antragsgegners in Bezug auf das wirtschaftlichste Angebot nicht nachvollziehen und bitte daher um Aufklärung.

Mit Schreiben vom 11. März 2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin darauf hin mit, dass die Beigeladene für das Los 2 ein Nebenangebot abgegeben habe. Die Nebenangebote seien gewertet worden. Die Angebotssumme des wirtschaftlichen Angebotes betrage somit ... EUR brutto.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 12. März 2021 machte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner geltend, die Vergabeentscheidung sei rechtsfehlerhaft. Das Nebenangebot der Beigeladenen sei wegen mehrerer Verstöße gegen die vorgegebenen Mindestanforderungen zwingend auszuschließen. Ferner liege ein unangemessenes, nicht zuschlagsfähiges niedriges Nebenangebot der Beigeladenen vor. Die Verstöße gegen die Mindestanforderungen seien zum einen formaler Art. Die Beigeladene habe ihr Nebenangebot nicht nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufgegliedert. Außerdem seien im Nebenangebot inhaltliche Festlegungen missachtet worden. Eine derart massive Preisreduzierung gegenüber dem Hauptangebot ließe sich nur erzielen, wenn Optimierungen bei der technischen Gebäudeausrüstung oder Fassade etc. stattgefunden hätten. Jedoch stünden dagegen eindeutige Vorgaben in den Vergabeunterlagen. Nach Ziffer 6.2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe dürften Nebenangebote nur die Tragkonstruktion beinhalten. Dies werde in der Leistungsbeschreibung nochmals konkretisiert. Sie habe wie viele andere Bieter auch darüber nachgedacht, zum Beispiel den Versatz zwischen Haupthalle und Sozialgebäude für eine Kostenersparnis zu verringern. Dies sei als Mindestanforderung jedoch untersagt gewesen. Die Herabsetzung des Preises der Beigeladenen im Nebenangebot ließe sich durch diese Verringerung bzw. den Wegfall des Versatzes jedenfalls zum nicht unwesentlichen Teil erzielen. Dies hätte aber die Veränderung der Kubatur zur Folge, was laut Mindestanforderung verboten sei. Außerdem liege ein nicht auskömmliches Angebot vor. Der Preis der Beigeladenen liege fast 20 % unter ihrem Hauptangebot. Vermutlich sei der Abstand zur Auftragswertschätzung noch größer. Sie habe einen Anspruch darauf, dass der Antragsgegner das Angebot auf Auskömmlichkeit prüfe. Die vom Antragsgegner beschriebene Leistung sei unter Berücksichtigung aller Mindestanforderungen zu diesem Preis nicht zu erbringen.

Mit Schreiben vom 19. März 2021 wies der Antragsgegner die Rüge zurück. Das Nebenangebot der Beigeladenen erfülle die formalen Mindestanforderungen der Aus-

schreibungsunterlagen. Insbesondere habe die Bieterin ihr Nebenangebot nach Mengen ansetzen und Einzelpreisen aufgegliedert. Sie habe im Nebenangebot auch ein aufgegliedertes Leistungsverzeichnis eingereicht. Ebenso erfülle das Nebenangebot die technischen Mindestanforderungen. Die Abweichungen darin bezögen sich ausschließlich auf die Tragwerkskonstruktion, wie in den Ausschreibungsunterlagen zugelassen. Insbesondere enthalte es keine Abweichungen bei der technischen Gebäudeausrüstung oder Fassade. Die Änderungen an der Tragwerkskonstruktion führten zu geringfügigen Flächenabweichungen. Hierbei handele es sich aber nicht um Unterschreitungen der Mindestvorgaben. Geringfügige Flächenabweichungen seien ausdrücklich zulässig gewesen. Alle Mindestanforderungen würden im Nebenangebot eingehalten. Die von der Bieterin eingereichten Ansichten, Grundrisse, Schnitte und die Baubeschreibung seien detailliert geprüft worden. In einem Aufklärungsgespräch am 15. Januar 2021 habe die Bieterin noch einmal die dort gemachten Maßangaben bestätigt. Die Bieterin sei zudem um Aufklärung zur Auskömmlichkeit des Nebenangebotes gebeten worden. Sie habe die Auskömmlichkeit bestätigt und den deutlich geringeren Preis mit der Verwendung eines hauseigenen preisgünstigen Rohbausystems und damit einhergehender geringerer Planungskosten begründet. Mit der Änderung von der Holzkonstruktion zur Stahlbetonkonstruktion vielen für die Beigeladene sowohl artfremde Risikoleistungen als auch Nachunternehmerzuschläge weg.

Am 23. März 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. Mit Beschluss vom 25. März 2021 hat die Kammer die Beiladung des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens ausgesprochen.

Die Antragstellerin trägt ergänzend zu ihrer Rüge unter anderem vor, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig. Es handele sich auch nicht um bloß spekulativen Vortrag, vielmehr habe sie eigene Gedanken zur Angebotsoptimierung bzw. eigene Fehler in ihrem Nebenangebot ihrer Darstellung zugrunde gelegt.

Der Antragsgegner habe eine Angebotsaufschlüsselung vorgegeben, die einen hohen Detaillierungsgrad der Angaben verlange. Habe die Beigeladene nicht die verlangten

Angaben gemacht, so läge darin nicht nur ein formaler Mangel, weil nicht alle betroffenen Preisansätze dargestellt worden sein, sondern vielmehr auch ein gefährliches Nachtragspotential zulasten des Antragsgegners und damit ein Thema für die Auskömmlichkeitsprüfung. Es fehlten zum Beispiel die Bestandteile der Teilpauschalsumme aus Pos. 01.0001. Insoweit sei unklar, welche Teilsummen des Nebenangebots geändert würden. Es mangle entgegen Ziffer 4.3 der Teilnahmebedingungen an jeder Information zu der Frage, inwieweit das Leistungsverzeichnis dabei durch „ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern“ beeinflusst werde. Die Angaben bezögen sich immer auf „1 Stück“ Sporthalle, ohne im einzelnen Mengenansätze der jeweiligen Teilleistungen darzustellen. Es könne daher nicht daraus hervorgehen, welche Leistungen genau vom Nebenangebot betroffen sein. Damit fehle es dem Antragsgegner aber an einem klaren Bild über die angebotene Alternativleistung. Wenn der Antragsgegner meine, die Beigeladene habe in ihrem Nebenangebot zulässigerweise nur die geänderten Positionen aufgeführt, dann sei dies falsch. Vielmehr habe jene alle Positionen des Hauptangebotes mit den für das Nebenangebot geltenden Preisen versehen. Danach müsse die Beigeladene nicht nur Änderungen an der Tragkonstruktion vorgenommen haben, sondern ebenfalls in allen anderen Teilleistungen. Dann sei aber klar, dass die Mindestanforderungen durch das Nebenangebot gänzlich missachtet worden seien.

Sie habe selbst nachträglich feststellen müssen, die Preisaufstellung in ihrem eigenen Nebenangebot auch nicht wie gefordert vorgelegt zu haben. Die Konsequenz des Ausschlusses ihres Nebenangebotes müsse sie tragen, eine solche Folge gelte aber entsprechend auch für das Nebenangebot der Beigeladenen. Sollte die Beigeladene, wie vom Antragsgegner behauptet, das Baugrundrisiko übernommen haben, läge auch darin eine Abweichung von den Vergabeunterlagen.

Sie habe im Zuge ihrer Preiskalkulation feststellen können, dass der erhoffte hohe monetäre Preisvorteil aus einer Anpassung der Tragkonstruktion nicht erreicht werden könne. Die erheblichen Einsparungen in Höhe von rund 20 Millionen EUR brutto zwischen dem Haupt- und Nebenangebot der Beigeladenen ließen sich durch ein Alternativangebot in der Tragkonstruktion allerdings nicht erklären. Sie habe selbst ein Nebenangebot mit einer Tragkonstruktion vollständig in Stahlbeton vorgesehen, demge-

genüber liege die Ersparnis im Nebenangebot der Beigeladenen deutlich höher. Demzufolge müsse jene eine andere Änderung vorgesehen haben. Habe die Beigeladene aber die Kubatur im unzulässigen Maße geändert, so müsse ihr Angebot ausgeschlossen werden.

Die vom Antragsgegner nachgefragte Leistung könne zu dem von der Beigeladenen angebotenen Preis nicht erbracht werden. Die Verwendung des hauseigenen Rohbausystems der Beigeladenen sei für die vorliegende Leistung nicht möglich, denn es sei ein eigenständiges System des individuell für den Antragsgegner entwickelten Plans für Typensporthallen erforderlich. Nachgefragt sei ausdrücklich nicht eine Generalübernehmerleistung, in die eigene Systeme integriert werden könnten, sondern das Aufsetzen auf eine vorhandene Planung, die dann durch den Auftragnehmer in der Leistungsphase 5 fortzuführen sei. Der Entfall von Planungskosten sei im Verhältnis zur Angebotssumme sehr gering. Ähnlich sei es bei dem angeblichen Wegfall von artfremden Risikoleistungen und Nachunternehmerzuschlägen. Die damit mögliche Reduzierung der Angebotssumme erkläre in keiner Weise die von der Beigeladenen dargestellte hohe Einsparung. Insgesamt sei die erhebliche Preisreduzierung nur dadurch zu erklären, dass die Beigeladene nicht die Leistung anbiete, die nachgefragt werde. Generelle Kostenkennwerte hätten keine besondere Aussagekraft, die Auskömmlichkeit müsse immer für das konkrete Projekt geprüft werden. Der Inhalt der Broschüre „Baukosten: Planung und Daten für Architekten BKI, Sporthallen [...]“ sei nicht tauglich für eine Untersuchung der Angebotspreise in diesem Verfahren. So entspreche keines der dort genannten Beispiele der hier nachgefragten Typensporthalle. Nur eine der Hallen sei in Berlin realisiert worden. In der Broschüre fehlten gänzlich Beschreibungen zur Konstruktion als Ganzes und zur technischen Gebäudeausrüstung, beides seien wichtige Kostenfaktoren. Es fehlten außerdem weitere Vergleichsfaktoren wie etwa Fassadenflächen im Verhältnis zur BGF u.a. Die Bezugnahme des Antragsgegners auf die BKI-Broschüre vertieften somit die Einschätzung, dass die Kostenprüfung und deren Ergebnis nicht sachgerecht seien.

Trotz vorliegender Zweifel werde die Unangemessenheit des Angebotspreises an keiner Stelle der ihr vorliegenden Dokumentation geprüft. Vielmehr würden die Behauptungen der Beigeladenen etwa zum Rohbausystem schlicht wiederholt. Fehlt es an einer entsprechenden Prüfung, müsse das Angebot ausgeschlossen werden. So seien

auch an die Prüf- und Dokumentationspflicht umso höhere Anforderungen zu stellen, je greifbarer die Unangemessenheit sei. Anhand der übrigen Angebote zeigte sich, dass alle anderen Bieter mit ihren Nebenangeboten nur unwesentliche Preisabstände zu ihren Hauptangeboten erzielten. Dies hätte der Antragsgegner erkennen und entsprechend zur Prüfung schreiten müssen. Zudem habe er selbst einen um 32% höheren Angebotspreis geschätzt. Eine eigene Statik habe die Beigeladene ihrem Nebenangebot nicht beigefügt, was aber wegen der offensichtlich großen Eingriffe nötig gewesen wäre. Es sei fraglich, wie man dann Abweichungen in der Kalkulation des Nebenangebotes bei den einzelnen Standorten monetär und zeitlich bewerten wolle. Wie im Hauptangebot brauche das Nebenangebot an dieser Stelle eine verbindliche Grundlage, die fehle. Eine Prüfung sei so gar nicht möglich.

Eine Nachbesserung des Angebotes der Beigeladenen im Rahmen des Aufklärungsgespräches sei unzulässig gewesen. Ob die Abweichungen des Angebotes nur gering waren, sei irrelevant. Die Mindestvorgaben seien vielmehr sakrosankt, eine Abweichung jedweden Umfangs führe zum Ausschluss. Auch nach dem Grundsatz der Selbstbindung seien alle Beteiligten zur Einhaltung der Vorgaben verpflichtet. Die Mindestanforderungen erfüllten auch keinen Selbstzweck, sondern seien zwingend für den Projekterfolg. Denn bei größeren Abmessungen einer Sporthalle bestünde etwa die Gefahr, die Maßnahme an einzelnen Standorten nicht umsetzen zu können, da die Abmessungen unter Umständen die Baugrenzen überschritten oder aber eine Giebel-Giebel-Bebauung nicht zuließen. Genau aus diesem Grund seien die Mindestanforderungen an die maximalen Abmessungen gestellt worden. Geringfügige Abweichungen könnten sich nur innerhalb dieser Grenzmaße bewegen, beispielsweise bei der Anpassung von Stützen oder aber auch einer wirtschaftlichen Anpassung des Achsrasters der Tragkonstruktion. Nach den für sie einsehbaren Unterlagen lägen in mehrfacher Hinsicht Abweichungen bei Länge, Breite und Höhe vor. Dann sei der Ausschluss wegen Abweichungen von den Mindestanforderungen zwingend. Zudem sei der Umfang der Abweichungen unklar, die Breite werde etwa nach einer Angabe mit 46, nach einer anderen mit 38 cm überschritten.

Das Nebenangebot der Beigeladenen sei auch wegen einer nachträglichen inhaltlichen Abänderung zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen. Die Beigeladene habe offenbar nach Angebotsabgabe ihre Kalkulation bezüglich der Einbindung von

Nachunternehmern unzulässig geändert, was den zwingenden Ausschluss des Haupt- und Nebenangebotes zur Folge habe. Zudem lebe insoweit die Prüfpflicht des Antragsgegners im Hinblick auf die Eignung wieder auf.

Aus den Vergabeakten sei nicht erkennbar, welche Inhalte die Beigeladene mit ihrem Angebot auf die Vergabeplattform hochgeladen und wann sie welche Unterlagen dem Antragsgegner „übergeben“ habe. Erst am 8. Februar 2021 sei ausweislich der Akten eine tiefergehende Prüfung des streitgegenständlichen Nebenangebotes der Beigeladenen erfolgt. Dann erkläre sich aber nicht, auf welcher Basis bereits zuvor am 15. Januar 2021 ein Aufklärungsgespräch mit der Beigeladenen durchgeführt worden sei. Dazu fehlten Unterlagen in der Vergabeakte bzw. seien ihr nicht offengelegt worden. Besonders der lange Zeitraum zwischen dem Angebotseingang Ende November 2020 und der Angebotsprüfung im Februar 2021 sowie die Umstände des dazwischenliegenden Aufklärungsgespräches seien nicht plausibel.

Aus den ihr offengelegten Unterlagen sei die Frage der inhaltlichen Abweichung von Mindestanforderungen nicht erkennbar. Dies liege schon an der schlechten Qualität der Ablichtungen der Planunterlagen. Die unstreitigen Abweichungen müssten ihr kenntlich gemacht werden. Dies gelte umso mehr, als die Beigeladene offenbar nach Angebotsabgabe Subunternehmer vorgesehen habe. Aus der Angebotsprüfung gehe hervor, dass die Beigeladene mit dem Angebot ein gesondertes Anschreiben vorgelegt habe. Dieses sei ihr zu eröffnen, da etwaige Formulierungen in dem Anschreiben, die die Vergabeunterlagen oder das eigentliche Angebot änderten, zu einem zwingenden Ausschluss führten. Insgesamt erwarte sie über die bisherige Akteneinsichtsgewährung hinaus die Offenlegung des Protokolls der hochgeladenen Angebotsinhalte der Beigeladenen, Einsicht in das mit dem Angebot der Beigeladenen hochgeladene separate Angebotsanschreiben, Einsicht in das Formblatt V 2131.HF der Beigeladenen, Einsicht in Dokumentation und Inhalt der nachgereichten Unterlagen, vollständige Einsichtnahme in das Nebenangebot und Einsicht in die Dokumentation der tatsächlichen Erstprüfung der Haupt- und Nebenangebote, welche die Notwendigkeit eines Aufklärungsgespräches erkennen ließen. Anderenfalls müssten die Unklarheiten des Verfahrens gegen den Antragsgegner gewertet werden.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

den Antragsgegner zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen vom Vergabeverfahren auszuschließen und die im Wettbewerb verbliebenen Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten,

und die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Der Antragsgegner trägt insbesondere vor, der Nachprüfungsantrag beruhe ausschließlich auf spekulativen Behauptungen.

Die spekulative Vermutung der Antragstellerin, das Nebenangebot der Beigeladenen erfülle die formalen Anforderungen nicht, entbehre jeder Grundlage. Mit der Formulierung in Ziffer 4.3 der Teilnahmebedingungen sei keine detaillierte Kalkulation, sondern eine dem Leistungsverzeichnis entsprechende Aufgliederung gemeint.

Das Nebenangebot erfülle zudem alle Mindestvorgaben. Die Einhaltung der in der funktionalen Leistungsbeschreibung vorgegebenen Mindestmaße sei geprüft worden. Die sportfachlichen und räumlichen Vorgaben zur Umsetzung der funktionalen Anforderungen könnten in den Plananlagen des Nebenangebotes nachgewiesen werden. Die Planzeichnungen der Beigeladenen entsprächen genau den Kubaturvorgaben. Die Stahlbetonkonstruktion führe zu geringen Änderungen an Maßen außerhalb der Mindestvorgaben. Die Abweichungen seien gering und berührten die zwingenden Mindestvorgaben nicht. Die Maße des Nebenangebotes ergäben sich eindeutig aus den Planungsunterlagen, der Vertragsinhalt sei eindeutig.

Die Auskömmlichkeit des Nebenangebotes sei geprüft worden. Ein Abgleich mit anderen aktuellen vergleichbaren Projekten zu Typensporthallen in Hybridbauweise habe keine Auffälligkeiten im Angebotspreis ergeben. Eine anlässlich der Rüge erstellte Übersicht verdeutliche anschaulich, dass sowohl das Haupt- als auch das Nebenangebot der Beigeladenen insbesondere im Vergleich zu den herangezogenen statisti-

schen Kostenkennwerten nach BKI nicht auffällig sei. Auch habe sie im Aufklärungsgespräch erklärt, die Leistung zu diesem Preis erbringen zu können. Die statische Berechnung der Gründung sei von den jeweiligen örtlichen Bodenverhältnissen abhängig und erfolge erst im Rahmen der noch zu erstellenden Ausführungsplanung. Die Beigeladene sei in ihrem Nebenangebot auf die Gründung eingegangen. Das Ausführungsrisiko und daraus eventuell resultierende Kosten lägen beim Auftragnehmer. Das Nachtragspotential sei nicht höher als bei einem Hauptangebot oder jedem anderen Bauvorhaben. Verhandlungen über den Angebotsinhalt hätten im Rahmen der erfolgten Aufklärung nicht stattgefunden.

Es liege keine nachträgliche Angebotsänderung vor. Im Wertungsformular sei lediglich versehentlich ein Nein angekreuzt worden, obgleich die Beigeladene bereits mit Angebotsabgabe das Formular mit dem Verzeichnis der Unterauftragnehmerleistungen eingereicht habe. Im Übrigen sei eine nachträgliche Manipulation bei einer elektronischen Vergabe auch nicht möglich.

Die Beigeladene beantragt sinngemäß,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und

die Hinzuziehung ihres Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Beigeladene macht unter anderem geltend, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig. Die Antragstellerin habe unzulässige Rügen ins Blaue hinein erhoben. Jene hätte erklären müssen, warum ein im Markt sehr gut aufgestelltes Unternehmen wie sie das vorliegende wettbewerbliche Angebot nicht erbringen könne. Es sei unzureichend nur vorzutragen, niemand könne günstiger als die Antragstellerin anbieten.

Ihr Nebenangebot erfülle die Mindestanforderungen. Sie habe nur die vertraglich vorgesehenen Risiken übernommen. Die Abweichungen in der Gebäudekubatur seien geringfügig, die lichte Raumhöhe werde nicht unterschritten. Die Qualitäten und die Gestaltung der Außenfassade und Kubatur entsprächen der funktionalen Leistungsbeschreibung. Der Wortlaut der Leistungsbeschreibung gebe nicht her, dass Abweichungen nur auf das Tragwerk beschränkt sein. Die Korrektur ihres Angebotes sei

unschädlich, da es sich um einen wettbewerblichen irrelevanten Schreibfehler gehandelt habe.

Es habe auch keine Pflicht des Antragsgegners zur Preisprüfung bestanden, da der maßgebliche Abstand von mindestens 20 % zum nächst gelegenen Angebot vorliegend nicht erreicht werde. Sie habe zudem ihren preislichen Gestaltungsrahmen zulässigerweise ausgeschöpft. Die vorgenommene Preisbildung sei in sich schlüssig und nachvollziehbar. Die Wirtschaftlichkeit der Erbringung der Leistung sei aus ihrer Sicht gegeben, da sie sich auf dem Gebiet als verlässlicher Partner in der Region verankern wolle.

Sie verfüge über ein hauseigenes Rohbausystem, welches ihr einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Anbietern am Markt verschaffe. Sie baue auf Basis industriell gefertigter Systembauteile schnell, wirtschaftlich und schlüsselfertig. Die einzelnen Elemente ihrer Systeme seien dabei so flexibel aufeinander abgestimmt, dass sie ein hohes Maß an planerischer Freiheit gewährten.

Die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten sei zumindest aus Gründen der Waffengleichheit für notwendig zu erklären.

Mit Verfügung vom 15. April 2021 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 31. Mai 2021 verlängert. Mit Verfügung vom 19. April 2021 sind die Antragstellerin und die Beigeladene zur beabsichtigten Akteneinsicht angehört worden.

Die Kammer hat mit Beschluss vom 4. Mai 2021 der Antragstellerin und der Beigeladenen teilweise Akteneinsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners gewährt. Nach Eintritt der Bestandskraft des Akteneinsichtsbeschlusses ist ihnen die entsprechende Akteneinsicht ermöglicht worden. Mit Verfügung vom 31. Mai 2021 hat der Vorsitzende schließlich Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt und die Entscheidungsfrist bis zum 14. Juli 2021 verlängert.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 7. Juli 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 teilweise Erfolg und führt zur Zurückversetzung des Vergabeverfahrens.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und teilweise 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, 5 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 ist 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. Die Antragstellerin hat die von ihr geltend gemachten Vergaberechtsverstöße – im

Rahmen ihrer naturgemäß begrenzten Erkenntnismöglichkeiten – im Hinblick auf die vermeintliche Abweichung des Nebenangebots der Beigeladenen von den Ausschreibungsbedingungen und hinsichtlich der Höhe des Angebotspreises vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gegenüber dem Antragsgegner fristgerecht gerügt.

b.

Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise begründet.

Der Antragsgegner hat das Nebenangebot der Beigeladenen nicht entsprechend der Vorgaben des § 16d EU Abs. 1 VOB/A geprüft, wodurch die Antragstellerin in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist, § 168 Abs. 1 S. 1 GWB. Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag allerdings nicht begründet.

(1)

Die Antragstellerin ist 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 Nebenangebot der Beigeladenen zu ihrem Hauptangebot sowie der Angebote der Antragstellerin und der übrigen Bieter einerseits, andererseits der eigenen Auftragswertschätzung des Antragsgegners war vorliegend unzweifelhaft eine Preisprüfung nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A geboten (zu Aufgreifschwelle etc. vgl. etwa BayObLG, Beschluss v. 9. April 2021 – Verg 3/21, Datenbank VERIS). Der Antragsgegner hat auch eine Preisprüfung vorgenommen. Diese Prüfung war jedoch 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, wenngleich 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.). Ausgehend vom Normzweck ist bei der Frage der Angemessenheit entscheidend, ob der betreffende Bieter zum angebotenen Preis voraussichtlich ordnungsgemäß und vertragsgerecht leisten wird (können) oder infolge einer zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen kann oder versucht sein könnte, sich des Auftrags so unaufwändig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet (BGH, Beschluss v. 31. Januar 2017 – X ZB 10/16, NZBau 2017, 230, 232; *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 16d VOB/A-EU, Rn. 35). Dementsprechend genügen bloß oberflächliche Begründungen (vgl. VK Nordbayern, Beschluss v. 30. März 2021 – RMF-SG 21-3194-6-6, Datenbank VERIS) oder die unkritische Übernahme von Erklärungen des Bieters für die Annahme einer ordnungsgemäßen Preisprüfung jedenfalls nicht (scheinbar weiter, allerdings in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes vgl. EuG, Beschluss v. 26. Mai 2021 – T-54/21 R, Datenbank VERIS).

Nach diesen Maßstäben durfte der Antragsgegner nicht allein unter Verweis auf die vermeintliche Plausibilität der Erläuterungen der Beigeladenen und unter Heranziehung von Werten aus dem Baukostenindex von der Angemessenheit des Preises des Nebenangebots 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 einen Abgleich mit den übrigen Angeboten (auch dem Hauptangebot der Beigeladenen) und Aufklärung, ob die anderen Bieter nicht gegebenenfalls auch mit eigenen Rohbausystemen arbeiten oder ebenfalls Skaleneffekte nutzen können.

Jedenfalls hätte die Feststellung der Plausibilität der Kostenvorteile im Nebenangebot der Beigeladenen aber nicht ohne vorherige kritische Auseinandersetzung mit der eigenen Kostenschätzung erfolgen dürfen. Weder den vorgelegten Vergabeakten noch

den Stellungnahmen des Antragsgegners im Nachprüfungsverfahren sind jedoch Angaben zu entnehmen, wie er diese Schätzung überhaupt vorgenommen hat. Gleichwohl ist der Antragsgegner auch im Nachprüfungsverfahren nicht substantiell von dieser Kostenschätzung abgerückt. Er hat vielmehr nur vorgebracht, dass eine anlässlich der Rüge erstellte Übersicht verdeutliche, dass das Nebenangebot der Beigeladenen im Vergleich zu anderen aktuellen Vergleichsprojekten und den statistischen Kostenkennwerten nach BKI nicht auffällig sei. Abgesehen davon, dass dem Antragsgegner insoweit am Maßstab des § 8 Abs. 1 VgV zumindest eine mangelhafte Dokumentation seiner Überlegungen entgegenzuhalten ist – die Übersicht findet sich ohne jede Bezugnahme an nicht aus sich heraus verständlicher Stelle in der Akte –, können diese Erwägungen auch keinen Bestand haben. Ausweislich der Übersicht hat der Antragsgegner für die zwei möglicherweise (auch insoweit fehlt es einer Dokumentation) vergleichbaren Typensporthallen Bruttopreise zwischen rund 3.358 und 3.560 EUR pro m² BGF und zwischen rund 444 und 494 EUR pro m³ BRI ermittelt. Dem stehen Bruttopreise der Beigeladenen im hier allein streitgegenständlichen Nebenangebot von rund ... EUR pro m² BGF und rund ... EUR pro m³ BRI gegenüber. Selbst wenn man den niedrigeren der jeweiligen Referenzwerte ansetzte, läge das Nebenangebot der Beigeladenen mithin bei lediglich (... /3358=) rund ... beziehungsweise rund (... /444=) rund ... Prozent. Als Erkenntnis daraus schlicht abzuleiten, der Abgleich habe „keine Auffälligkeiten“ ergeben, obgleich es sich dabei wiederum um Werte handelt, die für sich genommen Anlass zu einer Preisprüfung wegen des Erreichens der Aufgreifschwelle geben, ist beurteilungsfehlerhaft. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Heranziehung der Kostenkennwerte. Die Antragstellerin hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass die Vergleichbarkeit dieser Kostenkennwerte mit dem streitgegenständlichen Auftrag zumindest höchst zweifelhaft ist. Es ist in einer solchen Situation am Auftraggeber, die Übertragbarkeit auf den eigenen Auftrag zu prüfen und dies entsprechend zu dokumentieren, was hier nicht erfolgt ist.

Der Verstoß gegen § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A verletzt die Antragstellerin in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB. Nicht nur aufgrund seiner wettbewerblichen Wirkungen (vgl. BGH, Beschluss v. 31. Januar 2017 – X ZB 10/16, NZBau 2017,230, 232), sondern schon im Lichte des Gleichbehandlungsgebots muss der Auftraggeber Ausschlussentscheidungen frei von

Willkür und nach sachlichen Kriterien treffen, weshalb dem entsprechenden Ausschlussstatbestand mitsamt dem in ihm enthaltenen Prüfprogramm drittschützende Wirkung zukommt (vgl. zutreffend *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 16d VOB/A-EU, Rn. 22).

(2)

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. Die Beigeladene hat die Fragen des Antragsgegners zur Auskömmlichkeit ihrer Kalkulation vielmehr beantwortet. Diese Erklärungen der Beigeladenen sind auch nicht offenkundig gänzlich ungeeignet, die Angemessenheit des Angebotspreises darzulegen. Ob die Antworten allerdings im Ergebnis hinreichend sind, um das Vorliegen eines unangemessen niedrigen Angebotes auszuschließen oder ein solches in Zusammenschau mit anderen Umständen belegen, kann von der Kammer mangels entsprechend verakteter Sachverhaltsermittlung des Antragsgegners nicht beurteilt werden. Die Vergabekammer ist insoweit auch nicht dazu verpflichtet, die Sache spruchreif im Sinne von § 113 Abs. 5 S. 1 HS. 2 VwGO zu machen. Denn die Pflicht zur Herstellung der Spruchreife findet ihre Grenze dort, wo dem Auftraggeber eine Letztentscheidungskompetenz eingeräumt ist (vgl. *Riese*, in: Schoch/Schneider, 40. EL Februar 2021, VwGO § 113, Rn. 213). Aus dem unbestimmten Rechtsbegriff „unangemessen“ in § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A folgt vorliegend aber die Befugnis des Antragsgegners zu beurteilen, ob das Angebot auf technisch, wirtschaftlich oder rechtlich fragwürdigen Annahmen oder Praktiken basiert (vgl. Erwägungsgrund 103 RL 2014/24/EU) und damit ein für ihn nicht mehr tragbares Risiko bedeutet. Der Kammer steht es dementsprechend nicht zu, sich insoweit an die Stelle des Auftraggebers zu setzen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kann die mangelhafte Preisprüfung des Antragsgegners auch nicht der Beigeladenen angelastet werden und zu ihrem Ausschluss führen. Unzureichend ist zunächst allein die Auseinandersetzung des Antragsgegners mit diesen Antworten. Dieser ist verpflichtet, „erstens die zweifelhaften Angebote zu ermitteln, zweitens es den betroffenen Unternehmen zu ermöglichen, deren Seriosität darzutun, indem er von ihnen Aufklärung verlangt, wo er dies für angezeigt hält, drittens die Stichhaltigkeit der von den Betroffenen eingereichten Erklärungen zu

beurteilen und viertens über die Zulassung oder die Ablehnung dieser Angebote zu entscheiden“ (EuGH, Urteil v. 27. November 2001 – C-285/99 und C-286/99, NZBau 2002, 101, 104, zur früheren Vergaberichtlinie, die insoweit aber Art. 69 RL 2014/24/EU entspricht). An einer ordnungsgemäßen Überprüfung der Stichhaltigkeit durch den Antragsgegner fehlt es nach den vorstehenden Ausführungen hier.

Anders als etwa im Fall einer durch den Bieter verweigerten Aufklärung gemäß § 15 EU Abs. 2 VOB/A gibt § 16d EU Abs. 1 VOB/A für einen Ausschluss der Beigeladenen in einer derartigen Situation auch nichts her. Voraussetzung für den Angebotsausschluss nach § 16d EU VOB/A ist vielmehr, dass es sich um ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis handelt. Hat der Auftraggeber gerade dies aber nicht hinreichend geprüft, gibt es keine Vermutungsregel oder gesetzliche Fiktion, wonach das betreffende Angebot als unangemessen niedrig auszuschließen ist (vgl. schon EuGH, Urteil v. 27. November 2001 – C-285/99 und C-286/99, NZBau 2002, 101, 106; ebenso *Steck*, in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, VOB/A-EU § 16dEU, Rn. 6: auf „die vorherige Prüfung kann nicht verzichtet werden“; ferner *Frister*, in: Kapellmann/Messerschmidt, 7. Aufl. 2020, VOB/A § 16dEU, Rn. 8: kein „automatischer, ohne eingehende Überprüfung durch den Auftraggeber erfolgender Ausschluss“). Dementsprechend sieht Art. 69 Abs. 3 S. 2 RL 2014/24/EU vor, dass ein Auftraggeber ein Angebot nur dann ablehnen kann, „wenn die beigebrachten Nachweise das niedrige Niveau des vorgeschlagenen Preises beziehungsweise der vorgeschlagenen Kosten unter Berücksichtigung der in Absatz 2 genannten Faktoren nicht zufriedenstellend erklären.“ Es wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen auch schlechterdings unvereinbar, einem Unternehmen vollständig außerhalb seiner Einflussosphäre liegende Versäumnisse des öffentlichen Auftraggebers anzulasten.

(3)

Das Nebenangebot der Beigeladenen ist auch nicht auszuschließen, weil nachträgliche Änderungen in Bezug auf den beabsichtigten Nachunternehmereinsatz vorgenommen worden wären. Die Aktenführung des Antragsgegners ist insoweit zwar unglücklich. Tatsächlich lassen sich dem Nebenangebot sowie den sonstigen Erklärungen der Beigeladenen jedoch keine Umstände entnehmen, die einen Ausschluss des Angebots bedingten.

(4)

Das Nebenangebot der Beigeladenen ist auch nicht wegen Verstoßes gegen formale Vorgaben auszuschließen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bestand keine Verpflichtung, dem Nebenangebot ein entsprechend ihrer Anlage AS17 aufgegliedertes Leistungsverzeichnis beizufügen. Weder findet sich in den Vergabeunterlagen expressis verbis eine entsprechende Verpflichtung, noch ist eine solche vor dem Hintergrund, dass es sich ohnehin um eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm im Sinne von § 7c EU VOB/A handelt, aus diesen Unterlagen herauszulesen. Nr. 4.2 der Teilnahmebedingungen besagt vielmehr, dass die Gliederung des Leistungsverzeichnisses, soweit möglich, beizubehalten ist. Dem entspricht die „Preiszusammenstellung“ im Nebenangebot der Beigeladenen. Diese enthält auch, entsprechend Nr. 4.3 der Teilnahmebedingungen, Mengenansätze und Einzelpreise, wenngleich die Einzelpreise sich freilich – entsprechend des vom Antragsgegner vorgegebenen Leistungsverzeichnisses – auf Gesamtleistungen wie etwa ein „Stück Sporthalle“ beziehen. Das Nebenangebot der Beigeladenen ist zudem hinreichend detailliert, um einen Abgleich mit den auf die funktionale Leistungsbeschreibung abgegebenen Hauptangeboten vorzunehmen. Im Übrigen bleibt – selbst wenn der Antragsgegner eine entsprechende Vorgabe gemacht hätte – unklar, auf welchen geschriebenen Tatbestand ein Ausschluss gestützt werden könnte.

(5)

Das Nebenangebot der Beigeladenen ist auch nicht wegen einer unzulässigen Abweichung von den Vergabeunterlagen im Hinblick auf eine vermeintliche Änderung der Kubatur oder der Abmessungen nach §§ 16 EU Nr. 2, 13 EU Abs. 1 Nr. 5 S. 2 VOB/A auszuschließen.

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass es sich diesbezüglich um keine Frage der Einhaltung der Mindestanforderungen an Nebenangebote im Sinne von § 16 EU Nr. 5 VOB/A handelt. Denn Gegenstand von Nebenangeboten sollte ausweislich der Vergabeunterlagen – Aufforderung zur Angebotsabgabe – lediglich die Tragkonstruktion sein. Für Nebenangebote speziell geltende Mindestanforderungen hinsichtlich der Kubatur und Abmessungen des Gebäudes hat der Antragsgegner hingegen nicht aufgestellt. Insofern gelten – auch für Nebenangebote – vielmehr die allgemeinen Anforderungen der Vergabeunterlagen.

Eine zum zwingenden Ausschluss des Nebenangebots der Beigeladenen führende Änderung der Vergabeunterlagen liegt nicht vor. Eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen liegt vor, wenn das Unternehmen nicht das anbietet, was der Auftraggeber nachgefragt hat, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht (vgl. OLG München, Beschluss vom 20. Januar 2020 – Verg 19/19, BeckRS 2020, 7125 m.w.N.). Trotz der Formulierung in der „Funktionalen Leistungsbeschreibung“, die Flächen- und Kubaturvorgaben seien unbedingt einzuhalten, kann aus den vom Amtsentwurf abweichenden Maßen des Nebenangebots der Beigeladenen kein zwingender Ausschluss abgeleitet werden.

Denn grundlegende Voraussetzung, um eine Änderung im Sinne einer Abweichung zwischen Vergabeunterlagen und Angebot anzunehmen, ist zunächst, dass die Vergabeunterlagen klar und eindeutig sind. Verstöße gegen interpretierbare oder missverständliche beziehungsweise mehrdeutige Angaben genügen hingegen nicht, da Zweifel an der Auslegung und fehlende eindeutige Vorgaben grundsätzlich zulasten des Auftraggebers gehen (VK Sachsen, Beschluss v. 27. Februar 2020 – 1/SVK/044-19, Datenbank VergabePortal, m.w.N.).

Was durch die Vergabeunterlagen vorgegeben wird, ist dabei anhand einer Auslegung in entsprechender Anwendung der §§ 131, 157 BGB nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont festzustellen (vgl. OLG München, Beschluss vom 20. Januar 2020 – Verg 19/19, BeckRS 2020, 7125). Maßgeblich ist insofern der Empfängerhorizont der potentiellen Bieter (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Januar 2013 – X ZR 155/10, NZBau 2013, 319, 320). Es ist dabei auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters abzustellen, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist. Somit ist nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters maßgeblich, sondern wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung und Vergabeunterlagen versteht (vgl. OLG München, Beschluss vom 20. Januar 2020 – Verg 19/19, BeckRS 2020, 7125 m.w.N.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29. April 2016 – 15 Verg 1/16, NZBau 2016, 449, 450 m.w.N.).

Bei Anlegung dieser Maßstäbe bieten die Vergabeunterlagen keinen Anlass, das Nebenangebot der Beigeladenen auszuschließen. So sind die Anforderungen an die einzuhaltenden Maße schon nicht so eindeutig, dass aus ihrer Nichteinhaltung ein zwingender Ausschluss folgen könnte. Die Formulierung in der „Funktionalen Leistungsbeschreibung“ stellt auf Flächen- und Kubaturvorgaben sowie die lichten Raumhöhen ab. Hinsichtlich der Kubatur stellt sich schon – ohne entsprechende erläuternde Hinweise – die Frage, was darunter genau zu verstehen sein soll. Insoweit sind zwei unterschiedliche Begriffsprägungen vorzufinden: „Der Begriff bezeichnet ursprünglich ein geometrisch messbares Volumen, wird aber in der Architektur oft im Sinne von Gestalt/Form eines Baukörpers gebraucht“ (<https://de.wikipedia.org/wiki/Kubatur>, Stand: 12. Juli 2021). Auch im Bereich des Baurechts wird der Begriff nicht durchweg trennscharf verwendet (vgl. etwa *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 35, Rn. 134, im Sinne von Außenmaßen; VG Berlin, Urteil v. 16. Dezember 2019 – 19 K 285.18, BeckRS 2019, 34475, im Sinne von äußerer Gestaltung, die maßgeblich durch das Volumen bestimmt werde).

Auch hinsichtlich der Flächenvorgaben und der lichten Raumhöhen sind die Vergabeunterlagen trotz vermeintlich zunächst klareren Wortlauts nicht eindeutig. Während etwa der „Beschreibung der baulichen Anordnung“ eine Breite von 36,00 m zu entnehmen ist, weist der Entwurfsplan für den Grundriss EG eine Breite von 36,01⁵, gerundet also 36,02 m auf. Zudem sind hinsichtlich der Flächenvorgaben und der lichten Raumhöhen verschiedene Bezugsgrößen denkbar: sämtliche in den Vergabeunterlagen genannten Maße, nur die im Planungshandbuch aufgeführten Maße oder nur ausgewählte Maße innerhalb des Planungshandbuchs. Wenn es darauf ankäme, wäre diese Unterscheidung durchaus erheblich, weichen doch die Angaben offenbar teilweise voneinander ab: Während die Gesamtfläche der hier streitgegenständlichen Hallenart laut Planungshandbuch eine Nutzfläche (ohne Tribüne) von 1.426,75 m² aufweisen soll, sieht die Beschreibung der baulichen Anordnung 1.640m² vor. Hinzu kommt, dass die Vergabeunterlagen auch bezüglich der hier im Streit stehenden Breite der Halle im Außenmaß unterschiedliche Angaben aufweist.

Bei Anlegung des objektiven Empfängermaßstabs dürfte die Formulierung in der „Funktionalen Leistungsbeschreibung“ allerdings so zu verstehen sein, dass maßgeblich nur die Maße des Planungshandbuchs sein sollten. Denn der zweite Halbsatz „da

sich diese auf die Mindestanforderung der maßgeblichen Sporthallenbauverordnung beziehen (siehe Berlin – Planungshandbuch ‚Fachraum Sport‘ Stand 07.2016, ‚Inhaltsverzeichnis Gesamtanlagen‘: Anlage 11.1)“ zeigt wohl den für den Antragsgegner relevanten Bezugspunkt – es ging ihm bei der Anforderung nachvollziehbarer Weise darum, die Einhaltung der sportbaulichen Anforderungen sicherzustellen. Die Angaben im Planungshandbuch beziehen sich allerdings nur auf die Innenmaße der Sportflächen, nicht hingegen die Außenmaße der Sporthalle. Das Nebenangebot der Beigeladenen hält diese Vorgaben des Planungshandbuchs zu den Innenmaßen ein und weicht lediglich bei den Außenmaßen von den Vorgaben der Planung ab. Bei diesem Verständnis der Vergabeunterlagen liegt daher schon überhaupt keine zu prüfende Abweichung von den allein verbindlichen Maßen vor. Wollte man die Unterlagen hingegen anders auslegen, so fehlte es demgegenüber angesichts der vorstehenden Überlegungen zu Sinn und Zweck der Anforderung zumindest an ihrer Eindeutigkeit, sodass auch dann ein Ausschluss des Nebenangebotes nicht zulässig wäre.

Schließlich scheidet ein Ausschluss auch deswegen aus, weil die scheinbar zwingende Formulierung in der „Funktionalen Leistungsbeschreibung“ zur Einhaltung der Vorgaben durch den folgenden Satz, „Geringfügige Abweichungen aufgrund von eventuellen Besonderheiten der Bauweise des AN können ggf. akzeptiert werden“, wieder aufgeweicht wird. Der Antragsgegner hat damit selbst Abweichungsmöglichkeiten eröffnet. Dass er die Abweichungen im Nebenangebot der Beigeladenen von rund 1% (Breite) und deutlich weniger (Länge) als geringfügig qualifiziert hat, erscheint auch nicht beurteilungsfehlerhaft (für Annahme von Geringfügigkeit bei Abweichungen von sogar bis zu 10% vgl. VK Lüneburg, Beschluss v. 11. März 2021 – VgK - 08/2021, unter Bezugnahme auf OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25. April 2012 – VII - Verg 61/11, jeweils Datenbank VergabePortal; vgl. auch BGH, Urteil v. 23. Mai 2007 – VIII ZR 138/06, NZM 2007, 594, 595, zum Mietrecht).

Das Nebenangebot der Beigeladenen ist auf der Grundlage der Vergabeunterlagen schließlich ebenso wie die übrigen Angebote grundsätzlich wertbar. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin die vorgenannte Unschärfe der Angaben zu den Flächen-, Kubatur- und Raumhöhenvorgaben nicht gerügt hat, sind die Angebote im durch die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm eröffneten Rahmen auch hinreichend

vergleichbar. Da es sich um eine reine Preisbewertung handelt, hat die Abweichung in den Maßen auch keinen – jedenfalls direkten – Einfluss auf die Wertungsreihenfolge.

(6)

Auch andere denkbare, von der Antragstellerin teilweise vorgebrachte Vergaberechtsverstöße sind vorliegend nicht erkennbar. Insbesondere sind – gegebenenfalls mit Ausnahme der Umstände der Preisprüfung, s.o. – keine Dokumentationsmängel ersichtlich, die die Antragstellerin in ihren Rechten verletzen.

Das Nebenangebot der Beigeladenen ist auch nicht hinsichtlich der Hallenmaße in sich widersprüchlich. Vielmehr gehen die unterschiedlichen Angaben zum Umfang der Abweichung insbesondere der Breite der Halle allein auf den Antragsgegner beziehungsweise die von ihm herangezogenen, verfahrensbegleitenden Unternehmen zurück. Das Nebenangebot der Beigeladenen selbst enthält insoweit keine Widersprüche. Die einzige anfängliche Widersprüchlichkeit bezüglich der lichten Höhe der Sporthalle hat die Beigeladene im Aufklärungsgespräch mit dem Antragsgegner zulässigerweise (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 2. August 2017 – VII - Verg 17/17; KG Berlin, Beschluss v. 7. August 2015 – Verg 1/15, jeweils Datenbank VergabePortal) dahingehend aufgelöst, dass der Eintragungsfehler bei der Angabe in der Übersicht der Technischen Daten zu streichen ist. Danach ist das Angebot in sich widerspruchsfrei.

Es bedurfte vor eine Entscheidung der Kammer auch keiner weitergehenden Akteneinsicht der Antragstellerin mehr. Zum einen kann der Akteneinsichtsanspruch stets nur das umfassen, was der Kammer als Vergabeakte vorgelegt worden ist, und begründet mithin keinen Anspruch auf Aktenschaffung. Der Kammer beispielsweise nicht vorgelegte Protokolle der Vergabeplattform sind damit zwangsläufig einer Akteneinsicht nach § 165 GWB nicht zugänglich. Zum anderen dient die Akteneinsicht nicht der unbegrenzten Ausforschung. Im Hinblick auf das Angebotsschreiben der Beigeladenen hat die Antragstellerin aber beispielsweise lediglich spekuliert, hiermit könne eine Abweichung von den Vergabeunterlagen bewirkt worden sei, es sei ihr daher Einsicht zu gewähren, um dies zu prüfen. Legte man dies als Maßstab zugrunde, so umfasste die Akteneinsicht unabhängig vom konkreten Streitgegenstand aber stets sämtliche Aktenbestandteile. Zumindest im Rahmen der Abwägung der Geheimhaltungsbelange bezüglich der Angebotsbestandteile mit dem Akteneinsichtsrecht könnte jedoch eine

offenkundig ins Blaue hinein vorgebrachte Spekulation kein die Akteneinsicht tragendes Rechtsschutzinteresse begründen.

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 Angebotsprüfung zurückzusetzen und diese unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer insbesondere zur Preisprüfung bei der Beigeladenen zu wiederholen.

Die entsprechende Anordnung der Rückversetzung bleibt damit hinter dem Hauptantrag der Antragstellerin zurück, mit dem sie eine Neuwertung der Angebote unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen begehrt. Da die Kammer derzeit jedoch keinen Ausschlussgrund feststellen kann, ist der Antrag insoweit zurückzuweisen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Der Antragsgegner und die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens danach insgesamt zu 2/3, die Antragstellerin zu 1/3 zu tragen. Denn die Antragstellerin kann mit ihrem Begehren, das neben der Rückversetzung des Verfahrens

insbesondere auf Ausschluss des Angebots der Beigeladenen gerichtet ist, nicht voll durchdringen. Die Kammer bewertet dies mit einem Unterliegen in Höhe von einem Drittel. Im Übrigen unterliegen aber der Antragsgegner und die Beigeladene, die sich mit eigenem Antrag dem Nachprüfungsantrag entgegengestellt hat.

Gemäß § 182 Abs. 4 S. 1 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des jeweiligen Gegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Danach haben der Antragsgegner und die Beigeladene die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin im Umfang ihres Unterliegens 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 also jeweils hälftig von 2/3 – heranzuziehen sind (vgl. schon BGH, Beschluss v. 26. September 2006 – X ZB 14/06, NVwZ 2007, 240, 246). Gleichermaßen hat die Antragstellerin im Umfang ihres Unterliegens die Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen zu tragen. Ihre eigenen Aufwendungen tragen die Beteiligten darüber hinaus jeweils selbst. Denn Anhaltspunkte für die Notwendigkeit eines weitergehenden Ausgleichs unter ihnen sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Auf den Antrag der Antragstellerin und der Beigeladenen 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 Beteiligte 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 Abweichung von den Vergabeunterlagen und der Angebots- und insbesondere Preisprüfung sind vorliegend auch prozessuale Fra-

gen etwa der Rügepräklusion und des Umfangs der Akteneinsicht verfahrensgegenständig gewesen. Da sich zudem Antragstellerin wie Beigeladene rechtsanwaltlich vertreten lassen, ist die Hinzuziehung 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. Die Antragstellerin hat geltend gemacht, dass ihr Nebenangebot auszuschließen sei, sodass hier nicht dessen, sondern der Preis ihres Hauptangebots zugrunde zu legen ist. Der bei der Wertung des Antragsgegners herangezogene Gesamtpreis enthält allerdings neben der festen Beauftragung des Baus von 8 Sporthallen den Wert der Option auf Bau von 4 weiteren Hallen. Diese optionalen Leistungen sind bei der Ermittlung des für die Gebührenberechnung zugrunde zu legenden Auftragswerts nur mit 50% anzusetzen (vgl. KG, Beschluss v. 12. Mai 2021 – Verg 1008/20 IBRRS 2021, 2038). Danach ergibt sich ein zu berücksichtigendes Bruttoauftragsinteresse der Antragstellerin in Höhe von $(10/12 * \dots \text{ EUR}) = \dots \text{ EUR}$. 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 in jeder Hinsicht durchschnittlich umfangreich gewesen ist.

Der Antragsgegner ist gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG von der Zahlung der Gebühren allerdings befreit. Im Ergebnis werden daher nur die Antragstellerin und 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 derjenigen Gebührenschildner vorzunehmen, zu deren Lasten dies anderenfalls ginge (vgl. etwa OLG Düsseldorf, 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; *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 wird daher im Ergebnis nur ... EUR eintreiben und tenoriert entsprechend, dass sich der Haftungsanteil der Antragstellerin und der Beigeladenen im Außenverhältnis auf ein Drittel der Gesamtgebühr (=... EUR) beschränkt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21. Oktober 2015 – Verg 35/15, BeckRS 2015, 18388; VK Rheinland, Beschluss v. 15. November 2017 – VK VOL 11/17, BeckRS 2017, 137491).

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

...