

Ausfertigung

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK – B 2 – 17/20

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,

...

Verfahrensbevollmächtigte:

...

Antragsgegner,

beigeladen:

...

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen des Vergabeverfahrens „...“ ,

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer ... am... 8. Februar 2021 beschlossen:

1. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.

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. Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu je 1/6. Im Übrigen werden die Kosten der Beteiligten gegeneinander aufgehoben.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
5. Die Verfahrensgebühren werden auf ... EUR festgesetzt. Auslagen werden nicht mehr erhoben. Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Gebühren befreit. Der Haftungsanteil der Beigeladenen beschränkt sich im Außenverhältnis auf 1/3.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit am 18. November 2019 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union erfolgter Bekanntmachung (2019/S ...) Leistungen des Building Information Modelling (BIM) – Managements im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus.

Die Antragstellerin und die Beigeladene bewarben sich jeweils als Bietergemeinschaften erfolgreich um Teilnahme.

Das Bietergemeinschaftsmitglied ... der Beigeladenen ist eine Gesellschaft, deren Gesellschafter wiederum private Unternehmen und öffentlich- sowie privatrechtlich organisierte Verbände sind, und deren Unternehmensgegenstand gemäß § 3 des Gesellschaftsvertrages unter anderem „Entwicklung, Förderung der Digitalisierung der Wertschöpfungskette Planen, Bauen und Betreiben als ganzheitlicher Prozess sowie verwandter Themengebiete, insbesondere Building, Information Modelling/Management (BIM) mit offenen Standards. (...)\", „Generieren, Bündeln und Kommunikation von Know-how im Bereich digitales Planen und Bauen und BIM“ und „Entwurf und (Weiter-)Entwicklung sowie Test und Qualitätssicherung von Produkt- und Prozessmodellen und deren Verbreiten“ ist. In der Präambel des Gesellschaftsvertrages heißt es unter anderem, dass die Gesellschaft „einerseits eine professionelle und zentrale nationale Plattform“ sei und sich „andererseits als Non-Profit-Organisation“ verstehe. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Gesellschaftsvertrag Bezug genommen.

Das Vergabeverfahren wurde für den Antragsgegner ab dem Versand der Angebotsaufforderungen durch die ... durchgeführt.

Antragstellerin und Beigeladene gaben nach Aufforderung des Antragsgegners finale Angebote ab.

Die Angebotspreise für das BIM-Management lagen dabei sowohl bei der Antragstellerin als auch der Beigeladenen über dem Schätzpreis des Antragsgegners. Dabei legten Antragstellerin und Beigeladene höhere Zeitaufwände in Arbeitstagen (AT) zu Grunde als vom Antragsgegner geschätzt, wohingegen die aus den Angebotspreisen resultierenden Stundensätze zum Teil unter den Schätzungen des Antragsgegners lagen. Die Antragstellerin legte dabei noch höhere Zeitaufwände zu Grunde als die Beigeladene, woraus ein Preisabstand gegenüber der Beigeladenen resultierte. Wegen der Einzelheiten wird auf die Auswertung der Angebotspreise durch den Antragsgegner Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 13. März 2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle, weil das Angebot der Beigeladenen gemäß den in den Vergabeunterlagen dargestellten Wertungskriterien die höchste Wertungspunktzahl erreicht habe und damit das wirtschaftlichste Angebot sei. Die Antragstellerin habe insgesamt eine Wertungspunktzahl von 779 Punkten erhalten, wobei 284 Punkte auf das Kriterium Preis, 302 Punkte auf das Kriterium Qualität und 193 Punkte auf das Kriterium Persönliche Referenzen entfallen seien. Das Angebot der Beigeladenen habe hingegen insgesamt 790,05 Punkte erreicht, wobei auf den Preis 386,45 Punkte, auf die Qualität 244 Punkte und auf die Persönlichen Referenzen 159,60 Punkte entfallen seien.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 16. März 2020 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene. Sie ließ dabei geltend machen, dass sich das Bietergemeinschaftsmitglied ... satzungs- und wettbewerbswidrig an einem wettbewerblichen Verfahren beteilige. Zu seinen Gesellschaftern gehörten die ... - und die ... kammer. Weder jene noch die ... selbst seien nach ihren jeweiligen Satzungen befugt, sich durch Beteiligung an wettbewerblichen Ver-

fahren wirtschaftlich zu betätigen. Das Bietergemeinschaftsmitglied habe zudem umfangreich öffentliche Zuwendungen erhalten. Nur so sei es offenbar möglich gewesen, einen völlig unangemessen niedrigen Preis anzubieten.

Mit Schreiben seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 17. März 2020 erwiderte der Antragsgegner, das Vorabinformationsschreiben vorerst zurückzunehmen.

In der Folge nahm der Antragsgegner die Prüfung des Angebots der Beigeladenen wieder auf und bat diese mit Schreiben vom 23. März 2020 um Stellungnahme, ob die wettbewerbliche Betätigung der ... im Einklang mit deren Satzung stehe, und um Aufklärung ihrer Preisangaben für das BIM-Management Teilprojekte, da diese im Vergleich zum Wettbewerb aufklärungsbedürftig schienen und auch der angegebene Aufwand in Arbeitstagen fast durchgehend erheblich unter den entsprechenden Angaben der Wettbewerber läge.

Die Beigeladene nahm zu den vorgenannten Punkten mit Schreiben vom 26. März 2020 Stellung. Zur Preiskalkulation erklärte die Beigeladene sinngemäß, dass diese nicht anhand von Stundensätzen erfolgte, sondern sich an der von ihr in Aussicht genommenen Bausumme orientierte. Dabei habe man einkalkuliert, dass in einem Projekt, welches insgesamt fast 80 Monate dauern werde, gewisse Kostensteigerungen (Lohnkosten, Inflation, etc.) zu erwarten seien. Die Verteilung der Manntage auf die einzelnen Monate sei auf der Basis der Erfahrung aus über 150 BIM Projekten erfolgt. Selbstverständlich käme es im Rahmen von Bauprojekten immer wieder zu unabsehbaren Unwägbarkeiten, aber auch dies sei grundsätzlich berücksichtigt und führe im Zweifel zu Leistungsverschiebungen innerhalb von Teilprojekten, im Zweifel sogar über Teilprojekte hinweg. Jedoch rechne man nicht mit Kostensteigerungen. Wegen der Einzelheiten wird auf das vorgenannte Schreiben der Beigeladenen Bezug genommen.

In dem von der ... erstellten Vergabevermerk heißt es zur Preisprüfung, dass die den Antragsgegner vertretende ... nach Auswertung der vorgenannten Stellungnahme der Beigeladenen zu dem Ergebnis gekommen sei, dass die Beigeladene die Angebotskalkulation zufriedenstellend aufklären konnte und trotz des relativ niedrigen Angebotspreises, insbesondere für das BIM Management Teilprojekte, eine einwandfreie

und vertragsgemäße Auftragsausführung gewährleistet ist. Die Erläuterungen der Kalkulationssätze für den Arbeitsaufwand erschienen angesichts der hohen Spezialisierung und umfassenden Erfahrung der Bietergemeinschaftsmitglieder plausibel und die Angebotspreise daher letztlich nicht unangemessen, zumal diese noch deutlich über der Auftragswertschätzung der ... lägen. Weitere Aussagen oder Unterlagen über die Preisprüfung waren in der Vergabeakte nicht enthalten, insbesondere keine Vermerke oder Erklärungen der ... über die Auswertung der Stellungnahme der Beigeladenen.

Mit Schreiben vom 30. März 2020 wies der Antragsgegner sodann die Rügen der Antragstellerin zurück und teilte mit, es bestünde kein vergaberechtlich zu berücksichtigendes Beteiligungsverbot bei der Beigeladenen. Die Satzung ihres Bietergemeinschaftsmitglieds enthalte keine Regelungen, die es ihr verwehrten, sich an Vergabeverfahren zu beteiligen. Er habe zudem die Angemessenheit des von der Beigeladenen angebotenen Preises einer intensiven Prüfung unterzogen und in diesem Kontext auch ein Aufklärungsersuchen an jene gerichtet. Unter Berücksichtigung der darauf abgegebenen plausiblen Ausführungen habe er im Ergebnis keine Zweifel, dass die Beigeladene den Auftrag zu den angebotenen Konditionen einwandfrei ausführen werde.

Mit darauf erneut erfolgtem, ausführlicherem Vorabinformationsschreiben vom 30. März 2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin wiederum mit, den Auftrag der Beigeladenen erteilen zu wollen.

Mit Schreiben vom 6. April 2020 ließ die Antragstellerin dies unter Bezugnahme auf ihre vorangegangene Rüge erneut rügen.

Am 7. April 2020 hat die Antragstellerin durch ihre Verfahrensbevollmächtigten einen Antrag auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens bei der Vergabekammer des Landes Berlin gestellt, der dem Antragsgegner am 8. April 2020 übermittelt worden ist.

Mit dem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin unter anderem folgende Anträge angekündigt:

- Es wird festgestellt, dass der Antragsgegner gegen Vergabevorschriften verstoßen hat und die Antragstellerin hierdurch in ihren Rechten verletzt ist.

- Der Antragsgegner wird verpflichtet, die Wertung der Angebote entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer ohne Berücksichtigung der Beigeladenen zu wiederholen.
- die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Antragstellerin hat in Ergänzung ihrer vorangegangenen Rügen geltend gemacht, Gegenstand der ... sei gerade nicht die gewerbliche Erbringung von Planungs- und Beratungsleistungen für den Bereich BIM im Wettbewerb. Öffentliche Auftraggeber und Nachprüfungsinstanzen seien gehalten, gegen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen vorzugehen. Eine in diesem Sinne gegen das Vergaberecht verstößende Wettbewerbsverfälschung und -verzerrung stelle es dar, wenn ein Unternehmen eine für den Wettbewerb relevante Tätigkeit auf einem bestimmten Markt gar nicht aufnehmen dürfe, dies aber dennoch unternehme. Es wäre mit dem Gründungszweck der ... nicht vereinbar, wenn sie mit ihren Gesellschaftern oder Mitgliedsunternehmen ihrer Gesellschafter in Wettbewerb trete. Die Prüfung der Wettbewerbswidrigkeit sei hier schon deshalb angezeigt, weil ansonsten der Antragsgegner Gefahr liefe, einen Vertragspartner mit Leistungen zu beauftragen, die dieser, etwa in Folge einer gerichtlichen Untersagung, nicht erbringen dürfe. Sie habe der ... mit Schreiben vom 20. April 2020 eine strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung zugestellt, wonach jene es unterlassen solle, sich an dem Vergabeverfahren in Bietergemeinschaft zu beteiligen. Durch die Teilnahme an dem Ausschreibungsverfahren habe die ... eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorgenommen. ... handle zudem gemäß § 3 Abs. 1 UWG i.V.m. § 4 Nr. 4 UWG unlauter, weil sie sie durch die beanstandete geschäftliche Handlung als Mitbewerber i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG gezielt behindere. Ferner habe sie die ... kammer aufgefordert, ihre vereinsrechtlichen Rechte gegenüber der Bundes... kammer auszuüben, sodass jene sicherzustellen habe, dass die ... unverzüglich ihre gewerbliche Tätigkeit einstelle. Der Antragsgegner habe also damit zu rechnen, dass der Beigeladenen gerichtlich oder durch Gesellschafterbeschluss untersagt werde, die Leistung zu erbringen. Eine gravierende Wettbewerbsverzerrung ergebe sich auch aus dem unangemessen niedrigen Preis der Beigeladenen, der maßgeblich für das Wertungsergebnis gewesen sei. Deren Preisbildung sei nur durch massive, zum Teil staatliche Zuwendungen an die ... möglich sowie aufgrund des Umstandes, dass diese satzungsgemäß nicht gewinnorientiert arbeiten dürfe. Die Gesellschaft finanziere sich offenbar überwiegend aus staatlichen Zuschüssen, die es ihr ermöglichten, so niedrige Honorare anzubieten.

Mit Schriftsatz vom 17. April 2020 hat der Antragsgegner angekündigt unter anderem zu beantragen, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Mit Beschluss vom 23. April 2020 hat die Kammer die Beiladung der für den Zuschlag vorgesehenen Bietergemeinschaft ausgesprochen.

Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 7. Mai 2020 hat die Beigeladene angekündigt unter anderem zu beantragen, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten für notwendig zu erklären. Sie hat geltend gemacht, dass kein vergaberelevantes Marktzutrittsverbot für die ... bestünde. Der satzungsgemäße Gesellschaftszweck der ... stünde ihrer Beteiligung als Mitglied der Beigeladenen am vorliegenden Vergabeverfahren nicht entgegen. Selbst wenn aber ein Satzungsverstoß tatsächlich vorliegen sollte, hätte ein solcher keine Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit der Beigeladenen und damit keine vergaberechtlichen Auswirkungen. Auch habe sie mit ihrer Stellungnahme gegenüber dem Antragsgegner mit vorgenanntem Schreiben vom 23. März 2020 dargetan, dass ihr Angebotspreis nicht unangemessen niedrig im Sinne des § 60 VgV sei. Der Antragsgegner habe bereits dargelegt, dass sich ihr Angebotspreis noch deutlich über seiner Kostenschätzung bewege.

Mit Verfügung vom 29. Mai 2020 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 30. Juni 2020 verlängert und zudem den Verfahrensbeteiligten den rechtlichen Hinweis erteilt, wonach bei vorläufiger Würdigung des Sach- und Streitstandes die Beteiligung der ... nicht zu einer vergaberechtlich erheblichen Unzulässigkeit ihrer Teilnahme am Vergabeverfahren führen dürfte.

Mit Beschluss vom 10. Juni 2020 hat die Vergabekammer nach Anhörung der Beigeladenen der Antragstellerin Akteneinsicht in die Verfahrensakte sowie die für die Streitentscheidung wesentlichen Teile der von dem Antragsgegner vorgelegten Vergabeakten gewährt.

Mit Verfügung vom 24. Juni 2020 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist erneut bis zum 17. Juli 2020 und mit Verfügung vom 16. Juli 2020 schließlich bis zum 31.

August 2020 verlängert und den Verfahrensbeteiligten zudem den rechtlichen Hinweis erteilt, wonach bei vorläufiger Würdigung des Sach- und Streitstandes nicht erkannt werden könne, dass der Antragsgegner eine den Maßstäben des § 60 VgV entsprechende Aufklärung des Angebotspreises der Beigeladenen vorgenommen und dies entsprechend dokumentiert habe.

Daraufhin hat der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 27. Juli 2020 ergänzt, welche Erwägungen im Rahmen seiner Preisprüfung relevant gewesen seien. Er ist dabei insbesondere auf die Grundlagen der eigenen Auftragswertschätzung eingegangen und hat die hiervon festgestellten Abweichungen aller am Verfahren beteiligten Bieter bewertet, einschließlich der Antragstellerin und Beigeladenen. Er hat ferner anhand der näher dargelegten Grundlagen seiner Auftragswertschätzung erläutert, dass die Angebote der Antragstellerin und eines dritten Bieters aus bestimmten, näher dargelegten Gründen übersetzt seien, insbesondere wegen überhöhter angenommener Zeitaufwände. Deshalb stelle sich das Angebot der Beigeladenen auch unter Berücksichtigung und Würdigung der von ihr zuvor und nun vertieft vorgebrachten Erläuterungen zur Kalkulation nicht als unangemessen niedrig dar. Wegen der Einzelheiten wird auf den vorgenannten Schriftsatz des Antragsgegners Bezug genommen.

Mit Beschluss vom 19. August 2020 hat die Kammer der Antragstellerin nach Anhörung der Beigeladenen ergänzte Akteneinsicht gewährt und dabei den rechtlichen Hinweis erteilt, dass in Anbetracht der zwischenzeitlich vom Antragsgegner mit vorgenanntem Schriftsatz vom 27. Juli 2020 erfolgten detaillierten Darlegungen zur Prüfung der Angemessenheit des Angebotspreises der Beigeladenen der Nachprüfungsantrag ohne Erfolg bleiben dürfte.

Die Antragstellerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 25. August 2020 den Nachprüfungsantrag zurückgenommen.

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

Nachdem sich das Nachprüfungsverfahren durch die Rücknahme des Nachprüfungsantrages durch die Antragstellerin erledigt hat, ist das Verfahren vor der Kammer einzustellen und über die Kosten zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

1. Nach § 182 Abs. 3 Satz 5 GWB erfolgt die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, bei einer Erledigung des Antrags vor einer Entscheidung der Vergabekammer nach billigem Ermessen.

Billigem Ermessen entspricht es vorliegend, der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu einem Drittel und im Übrigen dem Antragsgegner und der Beigeladenen aufzuerlegen. Dabei kann offenbleiben, ob für die Ausübung des billigen Ermessens auch bei einer Antragsrücknahme die anhand einer summarischen Prüfung zu ermittelnden Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags in der Regel maßgeblich sind (vgl. OLG Koblenz, Beschluss v. 11. September 2018 – Verg 3/18, NZBau 2019, 270; zur übereinstimmenden Erledigungserklärung vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13. September 2018 – Verg 35/17, ZfBR 2019, 402, 403 m.w.N.) oder vielmehr regelmäßig dem antragstellenden Unternehmen die Kosten aufzuerlegen sind, jedoch Ausnahmen bestehen, wenn die Antragsrücknahme auf eine Reaktion des Antragsgegners erfolgt, mit der das antragstellende Unternehmen – teilweise – sein materielles Ziel erreicht hat (so etwa OLG Celle, Beschluss v. 19. November 2020 – 13 Verg 2/20, BeckRS 2020, 34904). Denn im Ergebnis käme dies hier zu gleichen Ergebnissen. Einerseits war der Nachprüfungsantrag bei summarischer Prüfung zum Teil ursprünglich begründet, darüber hinaus wäre er jedoch schon anfänglich zurückzuweisen gewesen.

a) Der zulässige Nachprüfungsantrag war ursprünglich teilweise begründet.

Der Antragsgegner war ausweislich der Vergabeakte seiner aus § 60 Abs. 1 und 2 VgV folgenden und von den Beteiligten nicht in Abrede gestellten Pflicht zur Aufklärung des Angebotspreises der Beigeladenen zunächst nicht in der gebotenen Weise nachgekommen.

In Anbetracht der Preisabstände zwischen dem Angebot der Antragstellerin und der Beigeladenen sowie beider Angebote gegenüber der Auftragswertschätzung des Antragsgegners war vorliegend eine Preisprüfung nach § 60 Abs. 1 VgV geboten.

Die vom Antragsgegner durchgeführte Prüfung war in zu beanstandender Weise lückenhaft.

Dabei kann dahinstehen, ob der Antragsgegner seinen Dokumentationspflichten aus § 8 Abs. 1 VgV mit dem von der ... erstellten Vergabevermerk hinreichend nachgekommen ist, da hier lediglich auf eine Prüfung der ... Bezug genommen und deren Ergebnis nur indirekt wiedergegeben wird. Jedenfalls genügte die im Vergabevermerk wiedergegebene Prüfung nicht den Anforderungen aus § 60 Abs. 1 und 2 VgV.

Die Prüfung nach § 60 Abs. 1 und 2 VgV muss darauf gerichtet sein, eine gesicherte Erkenntnisgrundlage für die nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV 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.).

Der Antragsgegner durfte nach diesen Maßstäben nicht allein unter Verweis auf die vermeintliche Plausibilität der Erläuterungen der Beigeladenen mit deren Schreiben vom 26. März 2020 von der Angemessenheit ihres Angebotspreises ausgehen. Jedenfalls hätte die Feststellung der Plausibilität der Kalkulationssätze der Beigeladenen nicht ohne vorherige Auseinandersetzung mit den Abweichungen von den eigenen Schätzungen erfolgen dürfen. Aus Sicht der Vergabekammer hätte der Antragsgegner vielmehr kritisch würdigen müssen, dass sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene ihren Angebotspreisen für das BIM-Management erheblich höhere Zeitaufwände zu Grunde legten als nach seinen Schätzungen, während die aus den Angebotspreisen resultierenden Stundensätze zum Teil deutlich unter seinen Schätzwerten lagen. Dies wäre für den Antragsgegner auch zumutbar gewesen. Gleichwohl ist aus der Vergabeakte eine dahingehende Auseinandersetzung nicht ersichtlich. Stattdessen hat der Antragsgegner den Umstand, dass der Angebotspreis der Beigeladenen

im Ergebnis deutlich über seiner Auftragswertschätzung lag, als Anhaltspunkt für die Auskömmlichkeit des Preises herangezogen.

Die aus Sicht der Vergabekammer gebotene kritische Prüfung der Kalkulationssätze der Beigeladenen hat der Antragsgegner erst mit dem Schriftsatz vom 27. Juli 2020 im Nachprüfungsverfahren nachgeholt und dokumentiert.

b) Soweit die Antragstellerin die Wiederholung der Angebotswertung unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen begehrte, hatte der Nachprüfungsantrag nach dem jeweiligen Erkenntnisstand der Vergabekammer zu keinem Zeitpunkt Aussicht auf Erfolg.

aa) Das Angebot der Beigeladenen war entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht zwingend wegen eines Verstoßes der ... gegen ein vermeintliches Wettbewerbsverbot auszuschließen.

Dabei kann dahinstehen, ob – wie die Antragstellerin meint – aus der Satzung der ... sowie dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ein Wettbewerbsverbot der ... folgt, das der Beteiligung der Beigeladenen am vorliegenden Vergabeverfahren entgegensteht. Denn hierauf ließe sich entgegen der Antragstellerin der Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen nicht stützen.

Die §§ 123, 124 GWB sehen Ausschlussgründe nur für bestimmte Fälle möglicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen vor, so in § 123 Abs. 1 Nr. 8, § 124 Abs. 1 Nr. 4 oder in § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB. Solche Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch die Beigeladene sind allerdings weder von der Antragstellerin vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Neben den gesetzlich normierten Ausschlussstatbeständen kann ein Ausschluss entgegen der Ansicht der Antragstellerin jedoch nicht auf den allgemeinen Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB gestützt werden. Sofern der Vergabesenat des OLG Düsseldorf Gegenteiliges vertreten hatte, hält er hieran unter Geltung des auch für das vorliegende Vergabeverfahren maßgeblichen Vergaberechts in der Fassung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes aus zutreffenden Erwägungen nicht mehr fest (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14. Oktober 2020 - Verg 36/19,

NZBau 2020, 732, 737, unter ausführlicher Darlegung des Meinungsstandes und mit weiteren Nachweisen). Die Aussage des § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB, dass öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb vergeben werden, beschreibt demnach schon nach dem Wortlaut der Norm ein Verfahren, sagt aber nichts darüber aus, wer an diesem Verfahren teilnehmen kann. Die Antwort hierauf ergibt sich vielmehr aus zahlreichen Einzelvorschriften, die Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB enthalten.

bb) Das Angebot der Beigeladenen war entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch nicht zwingend wegen eines unangemessen niedrigen Preises auszuschließen gewesen.

Unbeschadet der oben benannten Beanstandungen der ursprünglichen Preisprüfung des Antragsgegners stand für die Vergabekammer zu keinem Zeitpunkt im Nachprüfungsverfahren die Unangemessenheit des Angebotspreises fest. Unabhängig davon bestanden auch keine Anhaltspunkte dafür, dass das Angebot der Beigeladenen selbst im Falle eines unangemessenen Preises zwingend auszuschließen gewesen wäre. Die Vergabekammer konnte insbesondere nicht davon ausgehen, dass die Preisbildung der Beigeladenen – wie die Antragstellerin behauptet – von staatlichen Zuwendungen an die ... beeinflusst wurde.

cc) Die Vergabekammer geht nach alledem von einem im Rahmen des billigen Ermessens zu berücksichtigenden Teilunterliegen der Antragstellerin aus.

Dabei verkennt die Vergabekammer nicht, dass sie gemäß § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB nicht an die Anträge gebunden ist und sich die Beurteilung des Verfahrenserfolges damit nicht schematisch an den im Verfahren gestellten Anträgen zu orientieren hat (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 1. Februar 2006 – 11 Verg 18/05, BeckRS 2006, 11550). Abzustellen ist vielmehr auf den materiellen Ausgang des Verfahrens, also darauf, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Beteiligten das mit ihrem jeweiligen Antrag verfolgte Verfahrensziel erreicht haben (vgl. KG, Beschluss v. 16. September 2013 – Verg 4/13; NZBau 2014, 62, 64; OLG Jena, Beschluss v. 30. Januar 2002 – 6 Verg 9/01, BeckRS 2002, 160909). Dabei gebietet aber nicht zuletzt die Rechtsmittelfähigkeit der Entscheidungen der Vergabekammern eine hinreichende Konturierung des mit den Anträgen jeweils verfolgten Verfahrensziels.

Das primäre Verfahrensziel der Antragstellerin bestand demnach darin, durch den Ausschluss des erstplatzierten Angebots der Beigeladenen an die erste Stelle zu rücken oder hierdurch zumindest ihre Zuschlagsaussichten zu erhöhen.

Hiermit wäre die Antragstellerin voraussichtlich nicht durchgedrungen. Die Vergabekammer hätte gemäß den obigen Ausführungen voraussichtlich die Wiederholung der Preisprüfung durch den Antragsgegner, nicht hingegen den Ausschluss der Beigeladenen angeordnet. Damit wäre sie hinter dem angestrebten Verfahrensziel zurückgeblieben. Diese Abstriche vom Verfahrensziel rechtfertigen aus Sicht der Vergabekammer die Annahme eines Teilunterliegens der Antragstellerin (vgl. *Krohn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 23). Der Grad des Unterliegens ist im Rahmen des billigen Ermessens zu berücksichtigen und wird von der Kammer mit einem Anteil von einem Drittel bewertet.

Die Beteiligung der Beigeladenen an der Kostentragung entspricht unter Berücksichtigung des voraussichtlichen Obsiegens und Unterliegens billigem Ermessen, weil sie sich mit umfangreichen Schriftsätzen an dem Nachprüfungsverfahren aktiv beteiligt und in einen Interessengegensatz zur Antragstellerin gesetzt hat (vgl. OLG Rostock, Beschluss v. 21. Juli 2017 – 17 Verg 2/17, NZBau 2018, 318, 319).

2. Nach § 182 Abs. 4 Satz 3 GWB ist aufgrund der Erledigung des Antrags vor einer Entscheidung der Vergabekammer nach billigem Ermessen auch darüber zu entscheiden, wer die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen anderer Beteiligter zu tragen hat.

Vorliegend entspricht es gemäß dem Grad des voraussichtlichen Unterliegens der Verfahrensbeteiligten billigem Ermessen, dass der Antragsgegner und die Beigeladene die notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu je einem Sechstel tragen und im Übrigen die Kosten der Verfahrensbeteiligten gegeneinander aufgehoben werden.

3. Auf den Antrage der Antragstellerin stellt die Vergabekammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten fest.

Die Hinzuziehung von Rechtsanwälten ist vorliegend für die Antragstellerin jedenfalls wegen der schwierigen materiellen Rechtsfragen zur Dokumentation des Verfahrens, der Auslegung von Vergabeunterlagen und Bieterfragen, der prozessualen Aspekte etwa der Gewährung von Akteneinsicht und schließlich auch unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit notwendig gewesen.

Einer Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners sowie der Beigeladenen bedarf es nicht. Denn diese setzte eine Kostengrundentscheidung hinsichtlich der Erstattung der Aufwendungen zugunsten dieser Beteiligten voraus, da anderenfalls der Ausspruch über die Notwendigkeit ins Leere ginge (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 15. November 2007 – 2 C 29/06, NVwZ 2008, 324, 325 m.w.N.; *Schübel-Pfister*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 80, Rn. 35; *Kallerhoff/Keller*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 80, Rn. 76 f.). Da der Antragsgegner und die Beigeladene vorliegend ihre Aufwendungen jeweils selbst zu tragen haben, fehlt es mithin am Bedürfnis für einen dahingehenden Ausspruch.

4. Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich 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 den Bruttoangebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 – 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragstellerin zugrunde, der ihr Interesse am Auftrag manifestiert. Bei linearer Interpolation (vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 15. Oktober 2012 – Verg 18/12, IBRRS 2012, 3900; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. April 2004 – VII – Verg 9/04, VPRRS 2013, 0551; *Krohn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 14) dieses von der Gebührentabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwertes ergibt sich eine Gebühr in Höhe von $2.500 \text{ EUR} + \frac{50.000 \text{ EUR} - 2.500 \text{ EUR}}{70.000.000 \text{ EUR} - 80.000 \text{ EUR}} * (\dots \text{EUR} - 80.000 \text{ EUR}) = \dots \text{ EUR}$. Dieser Wert entspricht auch dem Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren, welches in jeder Hinsicht durchschnittlich umfangreich war. Zwar konnte auf der einen Seite von einer mündlichen Verhandlung abge-

sehen werden. Auf der anderen Seite musste die Kammer jedoch einen umfangreichen Akteneinsichtsbeschluss fertigen und hat verfahrensleitend ausführliche rechtliche Hinweise erteilt.

Nach § 182 Abs. 3 S. 4 GWB ist infolge der Rücknahme allerdings nur die Hälfte der ermittelten Gebühr, mithin ... EUR zu entrichten.

Darüber hinaus besteht kein Anlass für einen weiteren – teilweisen – Verzicht auf diese Gebühr aus Billigkeit nach § 182 Abs. 3 S. 6 GWB. Der durch die Rücknahme reduzierte Aufwand ist bereits in der Halbierung der Gebühr berücksichtigt (vgl. *Damaske*, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, 2016, § 182 Rn. 38 m.w.N.) und ist daher nicht erneut heranzuziehen (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss v. 3. Januar 2019 – 19 Verg 5/18, BeckRS 2019, 129).

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 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 wird daher im Ergebnis nur ... EUR eintreiben und tenoriert entsprechend, dass sich der Haftungsanteil 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 Rn. 31; 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, 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

...