



Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ... ,

Antragstellerin,

...

gegen

1. die ...,
2. das Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Finanzen,
diese vertreten durch die Liegenschaftsfonds Berlin GmbH & Co. KG,
beide (end-)vertreten durch die ..., diese vertreten durch ihre Geschäftsführer ... ,

Antragsgegner,

... wegen des Vergabeverfahrens „Konzeptverfahren ...“

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. ... auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 2021 am 3. Dezember 2021 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegner wird für notwendig erklärt.
4. Die Verfahrensgebühr wird auf ... EUR festgesetzt. Auslagen werden nicht mehr geltend gemacht.

Gründe

I.

Die Beteiligten streiten über die Aufhebung des Konzeptverfahrens

Mit im Supplement zum EU-Amtsblatt am ... 2021 veröffentlichter Bekanntmachung (2021/S ...) beschrieben die Antragsgegner den Auftragsgegenstand wie folgt:

„Das unbebaute Grundstück ... in 1... Berlin liegt im Bezirk ..., im Ortsteil Das Grundstück wird im Rahmen eines Konzeptverfahrens angeboten. Zielsetzung ist die Bestellung eines Erbbaurechtes für 60 Jahre an dem ca. ... m² großen Grundstück an Genossenschaften, genossenschaftlich organisierte Gruppen, Vereine, Kulturvereine und Künstlergemeinschaften, soziale Träger oder einen Zusammenschluss dieser, die dauerhaft ein nichtgewinnorientiertes Angebot für künstlerische Produktion, Präsentation und Begegnungen sowie für integratives Wohnen sicherstellen.“

Das Grundstück umfasst die Flurstücke ... und ... der Gemarkung Flurstück ... befindet sich im Eigentum des Antragsgegners zu 2), Eigentümerin des Flurstücks ... ist derzeit die Antragsgegnerin zu 1).

Ausweislich der Bekanntmachung zu dem offenen Verfahren ist der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium, alle Kriterien seien nur in den Beschaffungsunterlagen aufgeführt. Einen geschätzten Wert gab die Bekanntmachung nicht an. In der Bekanntmachung fand sich allerdings der Hinweis, der Auftrag falle unter das Beschaffungsübereinkommen (GPA). Als zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren war die Vergabekammer des Landes Berlin angegeben. Die Angebote sollten - nach einer Änderungsbekanntmachung - bis zum 10. Juni 2021 eingereicht werden.

Teil der von den Antragsgegnern zur Verfügung gestellten Unterlagen war ein „Exposé und Aufforderung zur Angebotsabgabe“, worin es auszugsweise wie folgt hieß:

„3 Objekt [...]

3.3 Verkehrswert

Der Verkehrswert beträgt zum Zeitpunkt der Ausschreibung: ... €. [...]

3.8 Denkmalschutz

Das Grundstück unterliegt nicht dem Denkmalschutz [...]

Jedoch befindet es sich in der unmittelbaren Umgebung des Gartendenkmals ... mit ... und des Denkmalbereichs Ensemble ..., die gemäß § 4 Denkmalschutzgesetz Berlin in der Denkmalliste eingetragen ist. Aufgrund dieser unmittelbaren Umgebung zum Denkmal sind alle Maßnahmen und Änderungen auf diesem Grundstück nach § 10 Abs. 1 und § 11 Abs. 2 DschG Bln mit dem Denkmalschutz abzustimmen; dies bezieht sich insbesondere auf eine Bebauung bzgl. Baukörper, Material, Farbe u.Ä., aber auch auf untergeordnete Maßnahmen, wenn diese sich auf das Denkmal auswirken.

Bei entsprechenden Planungen wird empfohlen, sich frühzeitig mit dem Denkmalschutz in Verbindung zu setzen. [...]

3.10 Erhaltungsverordnung, Sanierungsgebiet

Das Grundstück befindet sich im Geltungsbereich der Verordnung über die Erhaltung der städtebaulichen Eigenart aufgrund seiner städtebaulichen Gestalt im Gebiet „...“ [...]. Mit der Erhaltungsverordnung gilt ein Genehmigungsvorbehalt. Der Abbruch, die Änderung oder Nutzungsänderung sowie die Errichtung baulicher Anlagen bedürfen einer gesonderten Genehmigung gem. § 172 Abs. 1 Nummer 1 BauGB. Es wird die Zulässigkeit eines Vorhabens anhand von prägenden Merkmalen geprüft und entschieden, ob sich dieses Vorhaben im Sinne der Erhaltungsgründe in die städtebauliche Eigenart störungsfrei einfügt. [...]

4 Entwicklungsziele

4.1 Planungsrecht

Die ... befindet sich im Geltungsbereich des Bebauungsplans ... in einem Mischgebiet. Auf dem im Bereich MI 1 gelegenen Grundstücksteil gelten folgende Festsetzung:

- Baukörperausweisung mit Baugrenzen und Baulinien, GRZ 0,5 / GFZ 2,5
- geschlossene Bauweise, fünf Vollgeschosse, oberhalb des zweiten Vollgeschosses sind nur Wohnungen zulässig

Auf dem im Bereich MI 2 gelegenen Grundstücksteil gelten folgende Festsetzungen:

- erweiterte Baukörperfestsetzung mit Baugrenzen und Baulinien, GRZ 0,7 / GFZ 2,5
- geschlossene Bauweise, fünf Vollgeschosse, ausnahmsweise Zulässigkeit eines sechsten Vollgeschosses, soweit die GFZ von 2,5 nicht überschritten wird

Hinsichtlich der Nutzungsart ist eine im MI vorgesehene ausgewogene Nutzungsmischung zwischen Wohnen und Gewerbe im Verhältnis von ca. 50/50 % zulässig. [...]

4.2 Anforderungen an Städtebau, Architektur, Freiraumplanung

Städtebauliche Qualität und Freiraumqualität [...]

Im Zusammenhang mit städtebaulichen Belangen soll auf dem Grundstück eine Gemeinschaftsfläche für gemeinsame Aktivitäten realisiert werden: die Realisierung einer Dachterrasse ist dafür jedoch nicht vorzusehen. Die Nutzung der Erdgeschosszone sowie deren Bezug zum öffentlichen Raum sind herauszustellen. [...]

Zur Klärung, ob das geplante Konzept dem festgelegten B-Plan ... und den Vorgaben zum Denkmalschutz folgt, wird den Interessenten dringend empfohlen, bereits vor Angebotsabgabe eine Bauberatung beim zuständigen Stadtplanungsamt und der zuständigen Denkmalschutzbehörde des Bezirkes ... wahrzunehmen. [...]

Architektonische Qualität

Das Gebäude soll sich hinsichtlich Proportionen, Maßstäblichkeit und Materialwahl mit der

Nachbarbebauung auseinandersetzen. Dabei ist insbesondere die Architektur der ... zu beachten. Unter Berücksichtigung des Bebauungsplans (s. Ziff. 4.1), der Erhaltungsverordnung (s. Ziff. 3.10) sowie der denkmalpflegerischen Vorgaben (s. Ziff. 3.8) soll das geplante Gebäude ein eigenständiges charakterstarkes Erscheinungsbild aufweisen, das der Nutzung angemessen ist. [...]

5.2 Verfahrensart, Angebots- und Verfahrenssprache

Das Konzeptverfahren wird als EU-weites offenes Verfahren gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften durchgeführt [...]

6 Prüfung der Angebote [...]

6.2 Mindestanforderungen / Zuschlagskriterien

Mindestanforderungen

- Das vorgelegte Bebauungskonzept folgt den Vorgaben des festgelegten B-Plans ... zu Art und Maß der baulichen Nutzung, Geschossigkeit, überbaubare Grundstücksfläche, Bauweise (vgl. Ziff. 4.1) und Lärmschutz (vgl. Ziff. 3.11) und widerspricht diesen nicht. Zudem sind die Vorgaben des Stadtentwicklungsamtes des Bezirksamts ... von Berlin zum Denkmalschutz einzuhalten (vgl. Ziffer 3.8).
- Das vorgelegte Bebauungskonzept sieht einen Anteil von 50% der Geschossfläche für künstlerische/kulturelle Nutzungen (gem. BauNVO MI: künstlerische Nutzungen entsprechen der Gewerbenutzung) und 50% der Geschossfläche für Wohnnutzung vor. Abweichungen von bis zu 10% (von 100%) sind zulässig.
- Bieter müssen ein dauerhaftes, selbstverwaltetes und/oder selbstgenutztes, nicht-gewinnorientiertes Wohnangebot vertraglich / satzungsmäßig sicherstellen.
- Es ist ein positiver Erbbauzins anzubieten.
- Der Zeit-Maßnahmen-Plan muss plausibel sein.

Im Konzept sind Angaben zu den geplanten Flächen (Lage, Größe, Anzahl) und zu Gestaltungsmerkmalen der Räume zu machen.

Die Nichteinhaltung dieser Mindestanforderungen führt zum Ausschluss des Angebotes.

Zuschlagskriterien

Ziel des Konzeptverfahrens ist der Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages mit Bauverpflichtung sowie Nutzungsbindung mit demjenigen Bieter, der nach Maßgabe der nachfolgend bekannt gegebenen Zuschlags- / Wertungskriterien das Konzept mit der höchsten Punktzahl (=wirtschaftlichstes Angebot) abgegeben hat.

Die ausschreibende Stelle wird das wirtschaftlichste Angebot anhand der nachstehend in der Bewertungsmatrix aufgeführten und näher dargelegten Zuschlagskriterien bezuschlagen. [...]

8 Vertragliche Bedingungen

Anlage zu diesen Ausschreibungsunterlagen ist der Entwurf des Erbbaurechtsvertrages. Der Vertrag wird unter anderem die folgenden Regelungen enthalten, die nicht verhandelbar sind.

Bauverpflichtung

Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, das Bauvorhaben im Sinne des Bebauungskonzeptes, des Nutzungskonzeptes und des Energiestandards innerhalb einer bestimmten Frist fertigzustellen (Realisierungszeitraum). [...]

Zweck und Umfang des Erbbaurechts

Der Erbbauberechtigte hat das in dem Konzept beschriebene Vorhaben wie folgt umzusetzen:

- Die für die Wohnnutzung vorgesehenen Einheiten über die Dauer des Erbbaurechtes an seine Mitglieder zu Wohnzwecken zu vermieten/ selbst zu nutzen

- Ggf. für gewerbliche Nutzung vorgesehene Einheiten über die Dauer des Erbbaurechts entsprechend des Nutzungskonzepts zu vermieten/ selbst zu nutzen.

Nutzungsänderung

Eine Änderung der Nutzung ist nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Erbbaurechtsgebers möglich. Der Erbbaurechtsgeber wird die Zustimmung zur Nutzung nicht versagen, wenn sie wirtschaftlich geboten oder sinnvoll ist und mit den Zielen des Konzeptverfahrens vereinbar ist.“

Als Anlage 1 fand sich dazu eine Formvorlage für das Angebot, in der es unter anderem hieß:

„5. ANGABEN UND UNTERLAGEN ZU ‚STÄDTEBAU / ARCHITEKTUR / FREIRAUMPLANUNG‘ (KONZEPTKRITERIUM I)“

Das vorgelegte Bebauungskonzept folgt den Vorgaben des festgelegten B-Plans ... zu Art und Maß der baulichen Nutzung, Geschossigkeit, überbaubare Grundstücksfläche, Bauweise und Lärmschutz und widerspricht diesen nicht.

Für den Fall einer Zuschlagserteilung werden wir auf dem Grundstück ein Gebäude errichten, welches hinsichtlich der städtebaulichen, architektonischen und freiraumplanerischen Gestaltung die zwingenden Anforderungen der Ausschreibung umfassend berücksichtigt.

Im Falle einer Zuschlagserteilung werden wir das Gebäude und die Freiflächen auf dem Grundstück zudem gemäß den nachfolgend aufgeführten bzw. anliegend zwecks Konkretisierung beigefügten Angaben / Planunterlagen (Bebauungskonzept) errichten.“

Im Rahmen des Verfahrens wurde folgende Bieterfrage 15 gestellt:

„Die GFZ von 2,5 ist rel. gering und führt zu unnötigen Raumhöhen, welche durch die ausreichende südseitige Belichtung nicht nötig sind. Die Teilung des Grundstücks in M1 und M2 und damit einer größeren Geschossigkeit in einem Teil des Gebäudes schafft hier wenig Abhilfe, da eine Gebäudeorganisation mit den vorgeschriebenen hybriden Nutzungen und teils zusammenhängenden, großen Räumen für kulturelle Zwecke [...] eine Höhenteilung innerhalb eines Geschosses als unüberwindbar gelten muß.

Um mehr Wirtschaftlichkeit und vorrangig mehr Wohnraumflächen generieren zu können, sollte eine höhere Dichte ermöglicht werden. Durchschnittliche Deckenhöhen von 4 Metern sind nicht erforderlich und führen zu unnötigen Bau- und Unterhaltskosten ohne ersichtlichen Mehrwert. [...]

Inwieweit ist eine höhere Dichte für beide Teilgebiete vorstellbar? Nennen Sie hier bitte eine Größenordnung (z.B. 2,8).“

Die Vergabestelle beantwortete die Frage wie folgt für sämtliche Interessenten:

„Der Bebauungsplan ... regelt den planungsrechtlichen Rahmen innerhalb dessen ein Vorhaben zulässig ist. Seine Festsetzungen zum Nutzungsmaß beinhalten eine GFZ, eine GRZ, und die zulässige Geschosßzahl. Eine Gebäudehöhe (als Mindesthöhe oder maximale Höhe) ist nicht festgesetzt. Innerhalb dieser Grenzen ist die Errichtung eines Gebäudes möglich und zulässig. Geringfügige Abweichungen sind im Rahmen der im B-Plan vorgesehenen Ausnahmen (Textliche Festsetzung Nr. 2) möglich oder konzeptbedingt im geringfügigen Umfang im Rahmen einer Befreiung, wenn die Abweichung städtebaulich vertretbar und unter Würdigung

nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Dazu bedarf es einer städtebaulichen Begründung im Einzelfall durch den Antragsteller bzw. hier den Teilnehmer am Verfahren. Eine pauschale Öffnung der Nutzungsmaße für ggf. mögliche Befreiungen ist ohne dezidierte Prüfung der einzelnen Konzepte nicht möglich.“

Es wurde zudem folgende Bieterfrage gestellt:

„Die Bebauung auf dem Nachbargrundstück [...] scheint nach der Liegenschaftskarte zu mehr als 50% (GRZ 0,5) überbaut zu sein. Gab es dort eine Ausnahme/Befreiung vom B-Plan?“

Die Vergabestelle beantwortete diese Frage wie folgt für sämtliche Interessenten:

„Für das Vorhaben auf dem Grundstück ... wurde eine Befreiung von der Festsetzung der GRZ um 0,12 erteilt. Unabhängig von Abweichungen auf dem Grundstück ... gelten für das hier zu beplanende Grundstück die Festsetzungen des B-Plans ...“

Auf eine mit einer Darstellung des geplanten Vorhabens versehene Anfrage der von der Antragstellerin beauftragten Planerin hatte das Bezirksamt ... von Berlin - Stadtentwicklungsamt - Fachbereich Stadtplanung in einer E-Mail vom 11. Mai wie folgt ausgeführt:

„Der Chancengleichheit wegen halten wir uns mit Detailberatungen am Standort etwas zurück. Grundsätzlich sind die städtebaulichen Parameter am Standort ... eindeutig durch den B-Plan ... definiert.

Der Bebauungsplan ... regelt den planungsrechtlichen Rahmen innerhalb dessen ein Vorhaben zulässig ist. Seine Festsetzungen zum Nutzungsmaß beinhalten eine GFZ, eine GRZ, und die zulässige Geschößzahl. [...] Innerhalb dieser Grenzen ist die Errichtung eines Gebäudes möglich und zulässig. Geringfügige Abweichungen sind im Rahmen der im B-Plan vorgesehenen Ausnahmen (Textliche Festsetzung Nr. 2) möglich oder konzeptbedingt im geringfügigen Umfang im Rahmen einer Befreiung, wenn die Abweichung städtebaulich vertretbar und unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.

Die grundsätzliche Genehmigungsfähigkeit des ... im Hof sehe ich kritisch. Technisch erforderliche Anlagen sind weder auf dem Dach noch auf dem Hof unterzubringen, sondern innerhalb der Gebäudekubatur zu integrieren. Inwieweit die geplante ... realisiert werden kann, ist im weiteren Verfahren zu klären. Die geplante ... - obwohl im Auslobungstext gewünscht - sehen wir kritisch. Hier sind die Details im weiteren Verfahren zu klären.

Da das Grundstück im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung nach Nr. 1 (Gestaltsschutz) liegt, ist diese ebenfalls zu berücksichtigen.

Sofern Sie den Zuschlag erhalten, werden wir ohnehin noch in die Detailabsprachen gehen.“

Die Antragstellerin beteiligte sich an dem Verfahren sodann durch Abgabe eines Angebots. Sie bot den Abschluss des Erbbaurechtsvertrags zu einem monatlichen Erbbauzinse von ... EUR an. Ausweislich ihres Angebotsschreibens, für das sie die von den Antragsgegnern vorgegebene „Anlage 1 Formvorlage“ nutzte, kalkulierte die Antragstellerin zudem mit Gesamtinvestitionskosten von ca. ... EUR brutto. Unter Ziff. 5.1 des Schreibens verwies sie entsprechend der Formvorlage auf dem Angebot anliegende technische Zeichnungen. Weiter

gab sie unter Ziff. 5.2 an, mit ... Vollgeschoss plus Zwischengeschoss und einer GFZ von ... und einer GRZ von ... zu planen. In ihrer Baubeschreibung führte die Antragstellerin unter anderem aus:

„Die GRZ ist im nordwestlichen Flurstück bei 0,5 und im südöstlichen Flurstück bei 0,7 im B-Plan festgelegt.

Das Bebauungskonzept erreicht eine GRZ von ... und eine GFZ von

Die erhöhte GFZ ergibt sich aufgrund des Angebots für Die damit hergehende höhere GFZ soll durch das ... kompensiert werden.“

Die Antragstellerin nannte in der Spalte „Geschoss (inklusive Dach-/Staffelgeschosse, Kellergeschosse)“ in der als Teil ihres Angebots eingereichten Übersicht zur „Brutto Grundfläche nach DIN 277“ unter Keller- und Erdgeschoss noch „...“ und „...“. Hinsichtlich der bildlichen Darstellungen im Angebot der Antragstellerin wird auf den Inhalt der Vergabeakte verwiesen.

Teil der Vergabeakte ist eine nicht datierte, mit „...“ gezeichnete denkmalrechtliche Bewertung der eingereichten Arbeiten (Bl. 364 ff. d.A.). Zum Angebot der Antragstellerin findet sich dort Folgendes:

„Fachliche Bedenken bestehen gegenüber der Gestaltung der Die gestalterische ... wirkt fremd und dominierend auf den im Zusammenhang mit dem Neubau umgebenden Denkmalbestand [...] Fachliche Bedenken bestehen zudem gegenüber der ... [...] Der Entwurf ist diesbezüglich im weiteren Verfahren zu überarbeiten.“

Weiterer Teil der Vergabeakte ist eine mit „...“ gezeichnete planungsrechtliche Bewertung der Arbeiten vom 24. Juni 2021 (Bl. 369 ff. d.A.). Auszugsweise findet sich darin unter anderem Folgendes:

„Im Folgenden weisen wir bei den Arbeiten auf die Punkte hin, die zwingend einer Überarbeitung bedürfen und voraussichtlich Einfluß auf die Realisierung des Gesamtkonzepts haben [...]

- Eine deutliche Überschreitung der zulässigen Geschosshöhe und -fläche ist nur bei der Arbeit 18 [der Antragstellerin, Anm. d. Kammer] erkennbar. [...]
- Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jede lärmintensive Nutzung des Hofes durch Theater, Musik, Gastronomie, Kunst, etc. zu unzulässigen Störungen der Wohnruhe im Block führen kann [...]

Im Einzelnen: [...]

Bieter 18: Geschossfläche und Geschosshöhe ist zu hoch. Voraussichtlich wird ein Geschoss entfallen müssen. ... im Innenhof werden voraussichtlich aus lärmschutztechnischen Gründen nicht oder nur sehr eingeschränkt benutzt werden können. [...]

Fazit:

Aus planungsrechtlicher Sicht wird ein Ausschluß einzelner Arbeiten für unverhältnismäßig erachtet. Soweit im Rahmen des Verfahrens hierfür die Möglichkeit besteht, empfehle ich, meine o.g. Hinweise an die Teilnehmer mit Bitte um Nachbesserung bzw. Konkretisierung und Erläuterung zu senden.

Letztendlich muß jedenfalls gewährleistet sein, dass die hier beschriebenen Probleme im Rahmen des Auswahlverfahrens tatsächlich zu zwingenden Auflagen führen.“

Die Antragsgegner verakteten zudem zwei Tabellen. In einer auf den 11. Juni 2021 datierten Übersicht (Bl. 361 d.A.) finden sich in einer Zeile Eintragungen zur Erfüllung der bauplanungsrechtlichen Mindestanforderungen, wobei in den Spalten bei sämtlichen Bietern jeweils die Bemerkung „nein, siehe Stellungnahme seitens der Fachbereiche Stadtplanung und Denkmalschutz des Bezirksamts ...“ eingetragen ist. In einer weiteren, mit „formale Prüfung“ überschriebenen Übersicht (Bl. 363 d.A.) ist in der Zeile „Ausschluss des Bieters?“ bei sämtlichen Bietern eingetragen: „JA, wegen Nichteinhaltung der städtebaulichen Mindestanforderungen“.

In einem der Vergabeakte zu entnehmenden Vermerk der Vergabestelle (Bl. 372 d.A.) vom 9. Juli 2021 heißt es unter anderem:

„Ob die eingereichten Konzepte den Vorgaben des festgelegten B-Plans ..., den Lärmschutzanforderungen, den Vorgaben des Stadtentwicklungsamtes zum Denkmalschutz und dem vorgegebenen Nutzungskonzept (50 % der Geschossfläche für künstlerische/kulturelle Nutzung und 50 % der Geschossfläche für Wohnnutzung) entsprachen, erfolgte durch eine Prüfung des FB Stadtplanung und der Denkmalpflege vom Bezirksamt ...

3. Keines der Konzepte hält die aufgestellten Mindestanforderungen hinsichtlich der städtebaulichen, lärmschutztechnischen und/oder denkmalrechtlichen Vorgaben ein. Nach Schlussfolgerung des FB Stadtplanung und der Denkmalpflege vom Bezirksamt ... bedarf es bei allen eingereichten Konzepten im Hinblick auf die Einhaltung der Mindestanforderungen, insbesondere im Hinblick auf die Einhaltung der städtebaulichen, lärmschutztechnischen und/oder denkmalrechtlichen Vorgaben nicht unerheblichen Überarbeitungs- und Anpassungsbedarf. [...]

Sämtliche Konzepte müssten hinsichtlich der städtebaulichen, lärmschutztechnischen und/oder denkmalrechtlichen Vorgaben, die als Mindestanforderungen aufgestellt wurden, überarbeitet bzw. nachgebessert werden. Aus rein vergaberechtlicher Sicht dürfte die Nachbesserung bzw. Überarbeitung der eingereichten Konzepte unzulässig sein, vgl. § 15 EU Abs. 3 VOB/A.

a. Sämtliche Konzepte erfüllen die Mindestanforderungen gemäß Ziffer 6.2 des Exposés nicht und müssten gemäß § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 Var. 3 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A wegen unzulässiger Änderungen an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen werden. [...]

b. Hinzu kommt, dass die Vergabe des Erbbaurechtes für die ... in einem offenen Verfahren nach § 3b EU Abs. 1 VOB/A erfolgt. Nach § 15 EU Abs. 3 VOB/A sind Verhandlungen in offenen und nicht offenen Verfahren, besonders über die Änderung der Angebote, nicht möglich (vgl. § 15 EU Abs. 3 VOB/A). Bei der Nachbesserung der eingereichten Konzepte würde es sich jedoch um eine Änderung der Angebote bzw. um Verhandlungen handeln, die in einem offenen Verfahren stets unzulässig sind.

2. Im Ergebnis wären damit alle Angebote auszuschließen und die Ausschreibung wäre nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aufzuheben.

III. Darstellung Abwägung der weiteren möglichen Schritte

[...] Im Einzelnen kommen folgende Schritte alternativ in Betracht:

1. Da sämtliche Konzepte die aufgestellten Mindestanforderungen gemäß Ziffer 6.2 des Exposés nicht eingehalten haben, müssten alle Angebote ausgeschlossen und die Ausschreibung

aufgehoben werden. Im Anschluss müsste eine erneute Ausschreibung erfolgen, wobei die Vergabeunterlagen ggf. hinsichtlich der einzuhaltenden Mindestanforderungen gemäß Ziffer 6.2 des Exposé's nochmal mit dem FB Stadtplanung und der Denkmalpflege vom Bezirksamt ... ausführlich abgestimmt werden müssten.

2. Als alternative Vorgehensweise käme in Betracht, lediglich einzelne Angebote auszuschließen, bei denen eine Nachbesserung bzw. Überarbeitung der Konzepte einen wesentlichen Eingriff in das Gesamtkonzept darstellen würde. [...]

3. Abschließend käme noch in Betracht, keines der Angebote auszuschließen und alle eingereichten Konzepte im Rahmen der Jurysitzung bewerten zu lassen. [...]

Wir empfehlen aus vergaberechtlicher Sicht, alle Angebote auszuschließen, die Ausschreibung aufzuheben und nach nochmaliger umfassender Abstimmung mit den zuständigen Fachbereichen des Bezirksamts ... die Vergabe des Erbbaurechts nochmal auszuschreiben, wobei bereits in den Vergabeunterlagen ausführlich auf die Einhaltung der städtebaulichen Mindestanforderungen unter Benennung von einschlägigen Beispielen hingewiesen werden sollte.“

Mit weiterem Vermerk vom 14. Juli 2021 hielt die Vergabestelle unter anderem Folgendes fest:

„Im Ergebnis waren damit alle Angebote auszuschließen und die Ausschreibung ist nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A aufzuheben. Im Anschluss muss eine erneute Ausschreibung erfolgen, wobei die Vergabeunterlagen ggf. hinsichtlich der einzuhaltenden Mindestanforderungen gemäß Ziffer 6.2 des Exposé's nochmal mit dem FB Stadtplanung und der Denkmalpflege vom Bezirksamt ... ausführlich abgestimmt werden müssen.“

Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte die Vergabestelle der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil es wegen unzulässiger Änderungen an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen werden müsste. Es erfülle nicht die Mindestanforderungen gemäß Ziffer 6.2 des Exposé's. Das Konzept sehe eine ... im Innenhof vor, die aus lärmschutztechnischen Gründen jedoch nicht oder nur eingeschränkt benutzt werden könnten. Zudem schienen die Geschossfläche und die Geschosszahl zu hoch zu sein. Aus Sicht der Denkmalpflege bestünden weiter fachliche Bedenken gegenüber der Gestaltung der Vorgesehene Gestaltungsdetails seien nicht genehmigungsfähig.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2021 informierte die Vergabestelle die Antragstellerin zudem, dass das Vergabeverfahren aufgehoben worden sei, weil kein Angebot eingegangen sei, das den Ausschreibungsbedingungen entspreche. Es solle ein offenes Verfahren durchgeführt werden.

Mit Schreiben ihrer jetzigen Verfahrensbevollmächtigten vom 20. Juli 2021 rügte die Antragstellerin die Nichtberücksichtigung ihres Angebots und beantragte, die Aufhebung des Verfahrens aufzuheben. Sie trug unter anderem vor, es fehle bereits an einer hinreichenden Aufklärung ihres Konzepts im Hinblick auf die vermeintliche Lärmbelästigung und die Geschossflächen und Geschosszahl. Der Ausschluss sei in der Sache unberechtigt, die Vergabeunter-

lagen von ihr nicht unzulässig geändert worden. Hinsichtlich der planungs- und denkmalrechtlichen Vorgaben liege schon eine unzulässige und widersprüchliche Vermengung von Leistungsmindestanforderungen und Zuschlagskriterien vor. Ihr Konzept erfülle zudem die aufgestellten Mindestanforderungen.

Mit Schreiben vom 4. August 2021 teilten die jetzigen Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegner der Antragstellerin mit, neben mehreren Behörden und Fachberatenden des Landes Berlin mit einer vertieften Überprüfung des Konzeptverfahrens befasst zu sein. Diese Prüfung umfasse neben den in der Rüge benannten Überlegungen auch andere, teilweise grundlegende Aspekte des Projektes. Die Beantwortung des Rügeschreibens werde daher noch angemessen Zeit benötigen. Die Antragsgegner sagten ferner zu, keine außenwirksamen Verfahrenshandlungen vorzunehmen, ohne zuvor das Rügeschreiben mit angemessenem Vorlauf schriftlich beantwortet zu haben. Es bestehe daher auch kein sachlicher Grund zur Einleitung weiterer rechtlicher Schritte.

Am 13. August 2021 hat die Antragstellerin durch ihre Verfahrensbevollmächtigten einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer des Landes Berlin eingereicht, der den Antragsgegnern am 16. August 2021 übermittelt worden ist.

Die Antragstellerin trägt ergänzend zu ihrer Rüge insbesondere vor, das Nachprüfungsverfahren sei zulässig, da das Vergabeverfahren einen öffentlichen Auftrag zum Gegenstand habe. Die Antragsgegner hätten in ihrem Exposé selbst erklärt, dass es sich um ein EU-weites Vergabeverfahren nach dem GWB handele. Unter Berücksichtigung der herzustellenden Baulichkeiten sowie der Umsetzung des Nutzungskonzeptes belaufe sich das Auftragsvolumen auf einen Wert deutlich oberhalb des maßgeblichen Schwellenwerts. Sie habe eine etwaige spätere Rügebeantwortung der Antragsgegner auch nicht abwarten müssen, da ihr anderenfalls unter Umständen Verwirkung entgegen gehalten werden könne.

Die von den Antragsgegnern geltend gemachten Ausschlussgründe lägen nicht vor bzw. es hätte zumindest vor Ausschluss eine Aufklärung ihres Angebotes erfolgen müssen. Da ihr Angebot nicht auszuschließen gewesen sei, läge auch kein Aufhebungsgrund vor. Da die Antragsgegner weiterhin beabsichtigten, die ausgeschriebene Leistung zu beschaffen, sei die Aufhebung des Vergabeverfahrens aufzuheben.

Das von ihr eingereichte Konzept erfülle die Anforderungen des Exposés und sei genehmigungsfähig. Die von den Antragsgegnern angeführte ... im Innenhof sei von ihr nicht fest vorgesehen, sondern lediglich als Option. Zudem sei nicht belegt, dass diese aus lärmschutztechnischen Gründen unzulässig sei. Nichts anderes gelte in Bezug auf die von ihr im Erdge-

schoß vorgesehene ... bzw. Eine zwingende Nutzung für eine ... sei nicht angeboten worden. Die Antragsgegner hätten es versäumt, einschlägige Anhaltspunkte wie etwa genaue Dezibelangaben bzw. Lärmschutzgrenzen aufzuzeigen, die belegten, dass ihr Konzept gegen Lärmschutzaufgaben verstoßen werde. Eine verbindliche Vorgabe zu bestimmten Lärmgrenzen sei in den Vergabeunterlagen auch nicht festgelegt worden. Die Anforderung, es dürfe die erforderliche Wohnruhe nicht gefährdet werden, reiche hierfür nicht aus. Demzufolge könne auch kein Ausschluss wegen Abweichung von den Vergabeunterlagen vorgenommen werden. Zu ihren Gunsten sei zudem davon auszugehen, dass sie sich rechtstreu verhalten, also geltende Regelungen zum Lärmschutz einhalten werde.

Die Antragsgegner legten auch im Hinblick auf die Überschreitung der Geschossflächen und der Geschosszahl einen falschen Sachverhalt zugrunde. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass die von ihr vorgesehenen Staffelgeschosse nach § 2 Abs. 12 der Bauordnung für Berlin keine Vollgeschosse darstellten. Die dem Angebot beigefügten Skizzen, auf die sich die Antragsgegner stützten, stellten lediglich eine visuelle Ergänzung für die Vergabestelle dar, die der allgemeinen Darstellung dienen solle. Es handele sich hingegen noch nicht um vermaßte Detailpläne in Bezug auf die konkreten Parameter bezüglich der Geschosshöhe oder Flächen. Entscheidend für die Beurteilung des Angebots seien ausschließlich die konkreten Angaben in dem hierfür vorgesehenen Formblatt und nicht bloß skizzenhafte Darstellungen. Die Angaben im Formblatt entsprächen jedoch den Mindestanforderungen.

Ihr Konzept sei planungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Antragsgegner hätten sich zudem durch die Stellungnahme des Bezirksamts ... von Berlin - Stadtentwicklungsamt - Fachbereich Stadtplanung - einer Behörde eines der Antragsgegner - insoweit selbst gebunden. Selbst wenn eine Abweichung vom Bebauungsplan bezüglich der Anzahl der Vollgeschosse oder der maximalen Geschossflächenzahl vorliege, so wäre diese im Rahmen einer Befreiung nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 des Baugesetzbuches zulässig. Dazu fehle es aber gänzlich an einer Prüfung, obgleich eine Abweichung städtebaulich vertretbar sei.

Es sei - auch entsprechend der von ihr zitierten Rechtsprechung zum Denkmalschutzrecht - unzutreffend, dass ihr Konzept nicht im Sinne des Denkmalschutzes genehmigungsfähig sei. Insbesondere orientiere sich ihre Planung der Fassade an den benachbarten Gebäuden. Auf ihre Anfrage im Rahmen der Bauberatung seien keine denkmalrechtlichen Zweifel an der Genehmigungsfähigkeit geäußert worden. Sie habe zudem die finale Ausgestaltung offen gelassen, indem sie in der Baubeschreibung darauf verwiesen habe, dass der genaue Farbton der Fassade mit den zuständigen Behörden abgestimmt werde. Die helle Gestaltung führe gerade nicht zu einer Dominanz des Gebäudes. Die Antragsgegner hätten verkannt, dass sich ihre Gebäudefassade nicht nur an dem Gebäude in der ..., sondern auch in der ... orientieren

müsste. Zudem sei unter anderem die Höhe des Baukörpers bewertet worden, obwohl diese weder in der Bekanntmachung noch in den Vergabeunterlagen festgelegt worden sei. Ihr Konzept habe sich darüber hinaus an die Höhe der beiden benachbarten Gebäude anpassen müssen, was die Antragsgegner verkannt hätten.

Die Antragsgegner seien zumindest verpflichtet gewesen, den dem Ausschluss zugrundeliegenden Sachverhalt vorher umfänglich aufzuklären. Bereits die Formulierung zur Geschossfläche und Geschosszahl belege jedoch, dass die Antragsgegner sich im Bezug auf die angeführten Umstände nicht abschließend sicher gewesen seien.

Wie sich aus Blatt 369 der Vergabeakte ergebe, habe eine unzureichende Prüfung ihres Angebotes stattgefunden. Es sei danach lediglich „versucht“ worden, das Angebot anhand bestimmter Parameter zu prüfen. Dies genüge aber nicht den Anforderungen einer genauen inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Angebot. Es sei zudem nicht erkennbar, welche Wertung zu welchem Angebot gehörig sei, da überwiegend eine zusammenfassende Bewertung aller Angebote erfolgt sei. Es seien ferner Kriterien in die Wertung eingeflossen, die weder in der Bekanntmachung noch in den Vergabeunterlagen festgelegt worden seien. Wieso eine bestimmte Bebauung rücksichtslos sein solle und wieso dies unzulässig sei, werde nicht näher ausgeführt.

Schließlich seien auch die Antragsgegner beziehungsweise die zuständige Behörde davon ausgegangen, dass das Planungskonzept im weiteren Verlauf angepasst werden könne. Es finde sich kein Hinweis in der Vergabeakte, dass ihr Konzept unter keinen Umständen genehmigungsfähig sei.

Da ihr Angebot nicht auszuschließen sei, liege keiner der normierten, abschließenden Aufhebungsgründe vor. Auch andere sachliche Gründe für eine Verfahrensaufhebung sei nicht ersichtlich. Das Beschaffungsinteresse der Antragsgegner bestehe fort. Der Ausschluss ihres Angebotes und die Aufhebung seien willkürlich und nur zum Zwecke einer Zuschlagsvermeidung an sie erfolgt.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

- die Antragsgegner zu verpflichten,
- die Aufhebung des Vergabeverfahrens aufzuheben,
- das Vergabeverfahren unter Einbeziehung ihres Angebotes fortzuführen und ihr den Zuschlag zu erteilen,
- hilfsweise, ihr Angebot unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu bewerten,

weiter hilfsweise, andere geeignete Maßnahmen zur Verhinderung einer Rechtsverletzung bei ihr zu treffen,

hilfsweise festzustellen, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtswidrig war und sie in ihren Rechten verletzt ist, und

die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegner beantragen sinngemäß,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und

festzustellen, dass die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten notwendig war.

Die Antragsgegner tragen unter anderem vor, es fehle der Antragstellerin schon am Rechtsschutzinteresse, da sie zugesagt hätten, bis zur Beantwortung der Rüge nach grundlegender Überprüfung des Vergabeverfahrens keine Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Die Antragstellerin habe also keine Verschlechterung einer Rechts- oder Verfahrensposition zu befürchten. Dementsprechend fehle es ihr auch an der Antragsbefugnis. Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zur bloßen Feststellung einer Rechtsverletzung sei unzulässig. Soweit sich die Antragstellerin gegen die Ausgestaltung der Vergabeunterlagen wende, sei der Antrag zudem schon mangels Rüge unzulässig.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet. Das Angebot der Antragstellerin halte die in den Vergabeunterlagen geforderten bauplanungsrechtlichen Mindestanforderungen hinsichtlich der GFZ und der Geschoszahl sowie die Anforderungen an den Denkmal- und Lärmschutz nicht ein und sei daher zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Insbesondere handele es sich bei den im Angebot der Antragstellerin als „Zwischengeschoss“ und „Staffelgeschosse“ bezeichneten Geschossen jedenfalls teilweise um Vollgeschosse im Sinne der Bauordnung, wodurch ihr Bebauungskonzept insgesamt ... Vollgeschosse und ein Staffelgeschoss vorsehe. Dies sei nicht im Bebauungsplan zugelassen. Die gestalterische ... der Straßenfassade wirke fremd und dominierend auf den im Zusammenhang mit dem Neubau umgebenden Denkmalbestand, weshalb die angebotene Gestaltung denkmalschutzrechtlich unzulässig und auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg nicht genehmigungsfähig sei. Aus der Korrespondenz der Planerin der Antragstellerin mit dem Fachbereich Stadtplanung ergebe sich insoweit keine Aussage. Zudem könne der Fachbereich Stadtplanung des Bezirksamtes schon in formaler Hinsicht - jedenfalls für die Vergabestelle bindend - nicht von den zwingenden Mindestanforderungen im Exposé abweichen. Die denkmal- und bauplanungsrechtlichen Stellungnahmen

in der Akte wären nicht von Mitarbeitenden der Vergabestelle verfasst worden, vielmehr arbeiteten ... und ... in den Abteilungen Denkmalschutz beziehungsweise Stadtplanung des Bezirksamtes Berlin ...

Der Fachbereich Stadtplanung habe im Wesentlichen in seiner E-Mail auch nur die Anforderungen aus dem Exposé wiedergegeben. Aus der Antwort auf die Bieterfrage ergebe sich aber darüber hinaus zudem, dass es bei Abweichungen vom Bebauungsplan einer städtebaulichen Begründung bedürfe, an der es dem Angebot der Antragstellerin ebenfalls fehle. Auch in der Sache wäre eine Abweichung von der maximal zulässigen GFZ von 2,5 auf ... weder ausnahme- noch befreiungsfähig gewesen, insbesondere weil es sich dabei entsprechend der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg nicht mehr um eine geringfügige Überschreitung handele. Es liege im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch keine nicht beabsichtigte Härte bei Durchführung des Bebauungsplans vor. Dass eine Abweichung städtebaulich vertretbar sei, habe die Antragstellerin schon nicht ausdrücklich geltend gemacht.

Nach dem Angebot der Antragstellerin seien eine ... , die an ... zugeschaltet sei, sowie eine ... in einem Innenhof, zu dem auch Wohnungen gelegen seien, ausdrücklich vorgesehen und nicht als bloße Option in den Raum gestellt gewesen. Da dem Angebot keine Ausführungen zur baulichen und konzeptionellen Sicherstellung der Wohnruhe zu entnehmen seien, habe die Vergabestelle im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums daher davon ausgehen können, dass die Anforderungen des Lärmschutzes beziehungsweise der Wohnruhe nicht eingehalten würden. Die jetzige Distanzierung von diesen Angebotsinhalten sei unbeachtlich, anderenfalls dies im offenen Verfahren zu Wettbewerbsverzerrungen führe.

Einer dem Ausschluss des Angebots vorhergehenden Aufklärung habe es nicht bedurft, die Einhaltung der Mindestanforderungen habe dem Angebot der Antragstellerin vielmehr eindeutig entnommen werden können.

Die Aufhebung sei daher rechtmäßig. Sie sei auch wirksam. Die Einwände der Antragstellerin würden ins Blaue hinein aufgestellt. Es gebe keinen Anlass für den Verdacht auf Willkür. Neben dem Aufhebungsgrund des § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A hätte nach dem Vortrag der Antragstellerin auch der Aufhebungsgrund des § 17 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A vorgelegen.

Mit Verfügung vom 16. September 2021 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 15. Oktober 2021 verlängert. Mit Verfügung vom 6. Oktober 2021 hat der Kammervorsitzende sodann die Antragsgegner zur beabsichtigten Akteneinsicht angehört sowie einen rechtlichen Hinweis zu den Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags an die Antragstellerin erteilt. Mit Verfügung vom 15. Oktober 2021 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist schließlich bis

zum 3. Dezember 2021 verlängert.

Die Kammer hat mit Beschluss vom gleichen Tag der Antragstellerin teilweise Akteneinsicht in die Vergabeakten der Antragsgegner gewährt. Nach Eintritt der Bestandskraft des Akteneinsichtsbeschlusses ist der Antragstellerin die Akteneinsicht ermöglicht worden.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 22. November 2021 haben die Beteiligten Gelegenheit erhalten Stellung zu nehmen. Die Vergabeakte der Antragsgegner lag der Kammer vor und ist Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte sowie die beigezogene Vergabeakte verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag bleibt insgesamt ohne Erfolg. Der Antrag ist nur teilweise zulässig, insoweit aber nicht begründet.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist hinsichtlich seines Verpflichtungsbegehrens auf Aufhebung der Aufhebung teilweise zulässig, aber nicht begründet.

a)

Das Verpflichtungsbegehren der Antragstellerin ist nur teilweise zulässig.

Der Anwendungsbereich des Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist zwar eröffnet. Die Antragsgegner sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB. Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich über die bloße Vergabe eines Erbbaurechts hinaus aufgrund der Ausgestaltung des Konzeptverfahrens zudem um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1, 3 GWB. Die angerufene Vergabekammer des Landes Berlin ist zuständig. Jedenfalls in Anbetracht der von der Antragstellerin kalkulierten Investitionskosten ist 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 erreicht.

Der Antragstellerin kann auch das Rechtsschutzbedürfnis für ihr Begehren nicht abgesprochen werden. Denn mit der Verfahrensaufhebung haben die Antragsgegner eine Verfahrenssituation geschaffen, in der es einem Unternehmen nur auf Basis der ungewissen Aussicht auf eine wie auch immer geartete weitere Verfahrenshandlung der Antragsgegner nicht verwehrt sein kann, Rechtsschutz zu suchen. Dies steht auch im Einklang mit dem Rechtsgedanken des Beschleunigungsgebots des § 167 GWB, welches zwar vorrangig die Investitionsinteressen der öffentlichen Auftraggeber schützen soll, zugleich aber auch das Interesse der Unternehmen in den Blick nimmt, eigene Dispositionen insbesondere im Hinblick auf die Kalkulation der Angebote nicht durch unnötige Verzögerungen zu konterkarieren.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat neben ihrem durch Angebotsabgabe manifestierten Interesse am Auftrag geltend gemacht, durch den Ausschluss ihres Angebots und die folgende Aufhebung des Vergabeverfahrens in ihren

Rechten verletzt zu sein. Indem sie weiter ausgeführt hat, ihr sei dadurch die Chance auf Zuschlagserteilung genommen worden, hat sie auch einen drohenden Schaden dargelegt. Die bloß abstrakte Möglichkeit, nach einer etwaigen Verfahrensdisposition der Antragsgegner eine erneute Chance auf Angebotsabgabe und / oder Zuschlagserteilung zu erhalten, steht dem nicht entgegen.

Der Antrag ist allerdings teilweise nach § 160 Abs. 3 GWB unzulässig, insoweit die Antragstellerin die Unklarheit der Anforderungen an die Angebote beziehungsweise eine etwaige Vermengung von Leistungsanforderungen und Zuschlagskriterien bemängelt. Diese Umstände waren zweifelsohne aus den Vergabeunterlagen erkennbar, sind von der Antragstellerin aber erst weit nach Ablauf der Angebotsfrist und damit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB zu spät gerügt worden. Im Übrigen, d.h. insbesondere hinsichtlich des konkreten Ausschlusses ihres Angebots und der Aufhebungsentscheidung ist die Antragstellerin hingegen ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen.

b)

Das insoweit zulässige Begehren der Antragstellerin, die Verpflichtung der Antragsgegner zur Aufhebung der Aufhebung auszusprechen, ist allerdings nicht begründet. Die Antragstellerin ist durch die Aufhebungsentscheidung nicht in ihren Rechten verletzt, § 168 Abs. 1 S. 1 GWB.

Unternehmen haben keinen Anspruch darauf, dass ein Vergabeverfahren mit der Erteilung eines Zuschlags abgeschlossen wird (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 - XIII ZR 19/19, NZBau 2021, 279, 281; KG, Beschluss vom 17. Oktober 2013 - Verg 9/13, BeckRS 2014, 4712). Dies folgt im Umkehrschluss aus der Freiheit des Auftraggebers zu bestimmen, ob ein bestimmter Bedarf überhaupt vorliegt und am Markt, also mittels Einleitung eines Vergabeverfahrens gedeckt werden soll (vgl. *Bitterich*, NZBau 2006, 757, 760). Öffentlichen Auftraggebern steht es demnach grundsätzlich frei, von einer Auftragsvergabe abzusehen, auch wenn kein anerkannter Grund für die Aufhebung des Verfahrens nach der einschlägigen Vorschrift einer Vergabeordnung besteht. Wollen öffentliche Auftraggeber einen Beschaffungsbedarf - endgültig oder einstweilen - nicht weiterverfolgen und sehen deshalb von der Erteilung eines Zuschlags ab, werden hierdurch demzufolge keine Bieterrechte verletzt (vgl. BGH, a.a.O.). Nur in Ausnahmefällen kann ein Anspruch auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens angenommen werden, insbesondere wenn der Auftraggeber für die Aufhebung der Ausschreibung keinen sachlich gerechtfertigten Grund angegeben hat und sie deshalb willkürlich ist oder die Aufhebung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht nur zu dem Zweck erfolgt, Bieter zu diskriminieren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Februar 2021 - Verg 22/20, Rn. 44, juris).

Ein Ausnahmefall, der einen Anspruch der Antragstellerin auf Fortführung des Vergabeverfahrens begründete, ist vorliegend nicht gegeben. Aus der Vergabeakte lassen sich Stellungnahmen des Denkmalschutz- und Bauamtes entnehmen, wonach dem Entwurf der Antragstellerin – ebenso wie allen anderen Angeboten – insofern Bedenken entgegenstünden, als keine Genehmigungsfähigkeit ohne Änderungen am Entwurf gegeben sei. Es liegt damit – und auf dieser Ebene zunächst unabhängig von der Frage, ob das Angebot der Antragstellerin deshalb tatsächlich zwingend auszuschließen wäre – ein sachlich gerechtfertigter Grund zur Aufhebung vor. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob die verakteten Erwägungen der Ämter im Ergebnis einer – gegebenenfalls letztinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen – Überprüfung standhielten. Denn es ist jedenfalls nicht erkennbar, dass eine Heranziehung dieser Stellungnahmen unsachlich oder diskriminierend wäre. Es kann einem öffentlichen Auftraggeber schon nicht als unsachlich angelastet werden, wenn er sich auf eine Stellungnahme der zuständigen Behörde stützt, sofern diese nicht offenkundig fehlgeht, was hier nicht der Fall ist. Insbesondere kann den Antragsgegnern aber auch nicht als unsachlich vorgehalten werden, von einer Beauftragung Abstand zu nehmen und ein Konzept nicht zu beauftragen, dessen Umsetzbarkeit von einem gegebenenfalls jahrelangen Rechtsstreit um die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens abhinge. Eine anderslautende Selbstbindung der Antragsgegner ist hier entgegen der Auffassung der Antragstellerin ebenfalls nicht erkennbar. Weder hat das Stadtplanungsamt in seiner Antwort auf die Anfrage der Antragstellerin erklärt, ihr Vorhaben sei als solches genehmigungsfähig. Allein der Benennung mancher nicht genehmigungsfähiger Punkte und des Verweises auf die geltenden Bestimmungen im Übrigen kann eine solche Aussage nicht im Umkehrschluss entnommen werden. Noch müssten die Antragsgegner sich eine vorläufige Aussage des Stadtplanungsamtes verbindlich zurechnen lassen. Zwar mögen das Stadtplanungsamt und die Antragsgegner beide dem gleichen Rechtsträger, dem Land Berlin, zuzurechnen sein. Eine die jeweiligen behördlichen Zuständigkeiten vermengende Zurechnung beziehungsweise Selbstbindung stünde aber etwa in krassem Widerspruch zu den Regelungen des Gesetzes über die Zuständigkeiten in der Allgemeinen Berliner Verwaltung (zu den Folgen im allgemeinen Verwaltungsrecht vgl. etwa *Goldhammer*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 44, Rn. 49).

Es sind entgegen des Vortrags der Antragstellerin auch keinerlei Anhaltspunkte für ein diskriminierendes Vorgehen der Antragsgegner ersichtlich. Sie haben die Ausschluss- und Aufhebungsentscheidung vielmehr einheitlich gegenüber allen beteiligten Unternehmen noch vor Eintritt in eine Bewertung der Arbeiten getroffen.

2.

Hinsichtlich der weiteren Verpflichtungsbegehren der Antragstellerin, insbesondere das

Vergabeverfahren unter Einbeziehung ihres Angebots fortzuführen, dürfte es ihr infolge der wirksamen Aufhebung des Vergabeverfahrens schon am Rechtsschutzinteresse beziehungsweise der Antragsbefugnis fehlen. Denn ein Anspruch auf Fortführung des Vergabeverfahrens kann zwangsläufig nur bestehen, wenn das Verfahren als solches noch existiert. Die dahingehenden Anträge einschließlich der dazugehörigen Hilfsanträge sind aus den vorstehenden Gründen jedenfalls aber unbegründet.

3.

Da die Verpflichtungsanträge somit zurückzuweisen sind, ist auch über den hilfsweise gestellten Feststellungsantrag zu entscheiden.

a)

Dieser hilfsweise gestellte Feststellungsantrag ist bereits unzulässig.

Ein Feststellungsantrag ist im Vergabenachprüfungsverfahren nur ausnahmsweise in einer Fortsetzungsfeststellungskonstellation im Sinne von § 168 Abs. 2 S. 2 GWB statthaft, die hier nicht gegeben ist. Das Vergabenachprüfungsverfahren hat sich nämlich nicht erst nach Anhängigkeit erledigt, sondern vielmehr bereits mit der wirksamen Aufhebungsentscheidung der Antragsgegner.

In dieser Konstellation kommt ein Feststellungsantrag nicht in Betracht. Dies zeigt bereits der Wortlaut des § 168 GWB. Nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Der so formulierte Primärrechtsschutz zielt mithin auf eine Einwirkung auf das Vergabeverfahren ab. Eine bloße Feststellung stellt aber keine Einwirkung auf das Vergabeverfahren dar, sodass § 168 Abs. 1 S. 1 GWB für einen Feststellungsantrag nicht herangezogen werden kann. Demgegenüber sieht § 168 Abs. 2 S. 2 GWB ausdrücklich eine Feststellung durch die Vergabekammer vor. Angesichts des Wortlauts („Hat sich das Nachprüfungsverfahren ... erledigt“) findet diese Bestimmung jedoch nur bei Aufhebungen während eines bereits anhängigen Nachprüfungsverfahrens Anwendung (vgl. OLG München, Beschluss vom 30. Januar 2020 - Verg 28/19, BeckRS 2020, 5806).

Dies steht auch im Einklang mit Sinn und Zweck des § 168 Abs. 2 S. 2 GWB: Die damit eröffnete Möglichkeit eines Feststellungsantrags stellt unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes eine Ausnahmevorschrift dar, die gewährleisten soll, dass eine Partei nicht um die Früchte des bisherigen Prozesses gebracht wird, insbesondere dann nicht, wenn das Verfahren unter entsprechendem Aufwand einen bestimmten Stand erreicht hat (vgl. OLG München

a.a.O.). Hat sich das Verfahren aber bereits vor seiner Einleitung erledigt, gibt es zwangsläufig keine Früchte des bisherigen Prozesses, die zu erhalten wären (vgl. schon VK Berlin, Beschluss vom 20. September 2019 - VK - B 2 - 26/19, BeckRS 2019, 27610).

Auch europäisches Recht steht dem nicht entgegen. Zum einen sieht das europäische Recht mit Ausnahme von Transparenzpflichten (Art. 55 Abs. 1, 84 Abs. 1 lit. g RL 2014/24/EU) selbst keine Anforderungen an den Verzicht auf eine Auftragsvergabe vor. Auftraggeber sind daher auch im Anwendungsbereich der Richtlinien nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren mit einem Vertragsschluss zu beenden (vgl. schon EuGH, Urteil vom 18. Juni 2002 - Rs. C-92/00 [Hospital Ingenieure], EuZW 2002, 497, 500). Zum anderen erfordern auch die Rechtsmittelrichtlinien nur eine effektive Überprüfung der Einhaltung des Vergaberechts nach Maßgabe der entsprechend auszugestaltenden nationalen Verfahrensvorschriften, nicht hingegen voraussetzungslos zu gewährenden Rechtsschutz (vgl. EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2014 - Rs. C - 440/13, NZBau 2015, 109, 112). Einer Möglichkeit der Feststellung rechtswidriger Aufhebungsentscheidungen im Wege des vor den Vergabekammern gewährten Primärrechtsschutzes bedarf es dazu nicht (vgl. schon VK Berlin, Beschluss vom 20. September 2019 - VK - B 2 - 26/19, BeckRS 2019, 27610). Es ist mithin auch vom europäischen Recht gedeckt, die Antragstellerin insoweit im Sekundärrechtsschutz auf die ordentlichen Gerichte zu verweisen.

b)

Der Feststellungsantrag ist darüber hinaus aber auch unbegründet. Die Entscheidung der Antragsgegner, das Angebot der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren auszuschließen und das Verfahren aufzuheben, war nicht vergaberechtswidrig und verletzte die Antragstellerin nicht in ihren Rechten. Die Antragstellerin durfte das Vergabeverfahren nach § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) aufheben. Danach kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingen entspricht. Dies ist hier der Fall. Sämtliche Angebote sind von den Antragsgegnern wegen Abweichung von den Vergabeunterlagen ausgeschlossen worden. Im Hinblick auf den subjektiven Charakter des Rechtsschutzes ist vorliegend allerdings allein der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin einer näheren Prüfung zu unterziehen.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nach § 16 EU Nr. 2 in Verbindung mit § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A war rechtmäßig. Nach § 16 EU Nr. 2 VOB/A sind Angebote auszuschließen, die den Bestimmungen des § 13 EU Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5 VOB/A nicht entsprechen. Gemäß § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A wiederum sind Angebote auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen und Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig. Eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen liegt vor, wenn ein Unternehmen nicht das anbietet, was der öffentliche 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.).

Das Angebot der Antragstellerin weicht von den Vorgaben der Vergabeunterlagen ab, indem es nicht die im Exposé aufgestellten Parameter einhält. 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.).

Das von den Antragsgegnern gestellte Exposé sieht unter 6.2 als „Mindestanforderungen“ vor, dass das vorgelegte Bebauungskonzept den Vorgaben des Bebauungsplans insbesondere Art und Maß der baulichen Nutzung, zur Geschossigkeit und zum Lärmschutz folgt. Zudem seien die Vorgaben des Stadtentwicklungsamtes zum Denkmalschutz einzuhalten. Der Bebauungsplan sieht wiederum unter anderem eine GFZ von 2,5 und eine geschlossene Bauweise mit fünf Vollgeschossen vor. Das Angebot der Antragstellerin sieht hingegen eine GFZ von ... sowie oberhalb des Kellers insgesamt ... Geschosse vor. Wenngleich bei summarischer Prüfung der baurechtlichen Regelungen viel dafür spricht, dass die Antragstellerin damit bereits die Anzahl der zugelassenen Geschosse überschritten hat, kann dies hier offen bleiben. Denn jedenfalls hat sie unstreitig die vorgegebene GFZ überschritten.

Das Angebot der Antragstellerin wich damit von den Vergabeunterlagen ab. Eine diesbezügliche Nachbesserung durch Nachverhandlung ihres Konzepts ist im vorliegenden offenen Verfahren nicht zulässig gewesen. Die Angaben im Konzept waren auch nicht bloß unverbindlich, sodass es an einer feststehenden Abweichung von den Vergabeunterlagen fehlte. Das Exposé sah wie das Angebotsformular vielmehr ausdrücklich vor, dass der bezuschlagte Bieter auf dem Grundstück das Gebäude gemäß dem dem Angebot beigefügten Bebauungskonzept zu errichten hat. Ausschärfungen des Konzepts waren nach Vertragsschluss mithin nur noch im Rahmen der mit dem Konzept festgelegten Parameter möglich, nicht jedoch darüber hinaus. Eine Anpassung der GFZ hätte aber zwangsläufig eine die vorgegebenen Grenzen des Konzepts der Antragstellerin überschreitende Änderung dargestellt.

Die Vergabeunterlagen waren hinsichtlich der Anforderungen an die GFZ auch nicht unklar.

Zwar hat die Vergabestelle in ihren Antworten auf Bieterfragen darauf verwiesen, dass geringfügige Abweichungen im Rahmen der im Bebauungsplan vorgesehenen Ausnahmen oder konzeptbedingt im geringfügigen Umfang im Rahmen einer Befreiung möglich seien. Damit ist die grundsätzliche Anforderung, eine GFZ von 2,5 einzuhalten, jedoch nicht aufgeweicht worden. Die Vergabestelle hat mit ihren Antworten, insbesondere auf die Bieterfrage 15, vielmehr deutlich gemacht, dass ein Vorhaben nur dann sicher zulässig ist, wenn es die Festsetzungen des Bebauungsplans einhält. Darüber hinaus musste den Bietern klar sein, dass eine Abweichung von den Festsetzungen mit dem Risiko behaftet ist, nicht genehmigungsfähig zu sein und damit von den Vergabeunterlagen, die die Achtung der städtebaulichen Anforderungen unmissverständlich eingefordert haben, abzuweichen. Die Antragstellerin ist mit ihrem Konzept in gleich mehreren Punkten bewusst (vgl. Baubeschreibung: „Die erhöhte GFZ ergibt sich ...“) und in erheblichem Umfang von den Festsetzungen des Bebauungsplans abgewichen. Sie konnte daher bei Anlegung eines objektiven Maßstabs nicht sicher davon ausgehen, dass das Vorhaben dergestalt genehmigungsfähig wäre.

Indem die Vergabestelle in ihren Antworten auf die Bieterfragen auf Abweichungen im Rahmen der Ausnahmen des Bebauungsplans beziehungsweise Befreiungen abgestellt hat, hat sie den Unternehmen nämlich eindeutig zu erkennen gegeben, dass die Genehmigungsfähigkeit und damit zugleich Ausschreibungskonformität des Angebots insoweit von der städtebaulichen Beurteilung der Abweichungen abhängig gemacht wird. Dass die Antragstellerin vorliegend einen Anspruch auf Befreiung haben könnte, kann die Kammer anhand ihres Konzepts nicht erkennen.

Daneben dürfte das Angebot der Antragstellerin auch unter denkmalschutzrechtlichen Gesichtspunkten eine Abweichung von den Vergabeunterlagen darstellen. Insoweit war seitens der Antragsgegner vorgegeben, dass das Konzept die Vorgaben zum Denkmalschutz einhält. Nach der verakteten Stellungnahme der zuständigen Denkmalschutzbehörde ist dies bei dem Konzept der Antragstellerin jedoch nicht der Fall. Diese Wertung unterliegt bei Zugrundelegung der von der Antragstellerin als Bestandteil des Angebots eingereichten Pläne und Visualisierungen nach eigener Würdigung der Kammer keinen Bedenken.

War das Angebot der Antragstellerin demnach vom Vergabeverfahren auszuschließen und unterlagen zudem nach der hier nicht streitgegenständlichen, wenngleich nach Aktenlage nachvollziehbaren Beurteilung der Antragsgegner auch alle anderen Angebote einem zwingenden Ausschluss, so durften die Antragsgegner das Vergabeverfahren aufheben. Ausweislich der Vergabeakte haben die Antragsgegner insoweit auch das von § 17 EU Abs. 1 VOB/A eingeräumte Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt, indem sie insbesondere einen zutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt und denkbare Handlungsoptionen gegeneinander abgewogen

und einem vertretbaren Ergebnis zugeführt haben.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat die Antragstellerin als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten zu tragen. Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB hat sie ferner die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner zu tragen.

Auf den Antrag der Antragsgegner hat die Kammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG zudem die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten festzustellen. Ob die Hinzuziehung eines anwaltlichen Vertreters im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig ist, kann nicht schematisch, sondern stets nur auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles entschieden werden (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - X ZB 14/06, NZBau 2006, 800, 806; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 30. März 2010 - 11 Verg 3/10, ZfBR 2013, 517). Abgesehen davon, dass vorliegend mehrere mitunter schwierige Rechtsfragen der Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit der Aufhebung sowie des Ausschlusses von Angeboten unter Einbeziehung bau- und denkmalrechtlicher Fragen sowie prozessuale Aspekte des Vergabenachprüfungsverfahrens wie die Zulässigkeit des Feststellungsantrags und der Umfang der Akteneinsicht zu klären gewesen sind, deren Bearbeitung den Antragsgegnern nicht notwendig selbst möglich sein muss, hat sich auch die Antragstellerin durch Verfahrensbevollmächtigte vertreten lassen, sodass unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit eine anwaltliche Vertretung der Antragsgegner ebenfalls opportun erscheint (zu diesem Aspekt vgl. auch OLG Frankfurt a. M., **Beschluss v. 1. Oktober 2020 - 11 Verg 9/20**, NZBau 2021, 127, 131; VK Niedersachsen, Beschluss vom 5. September 2017 - VgK-26/2017, BeckRS 2017, 126982; VK Bund, Beschluss vom 31. Juli 2017 - VK 2 - 68/17, BeckRS 2017, 130187).

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 geschätzten wirtschaftlichen Wert der Vergabe für die Antragstellerin zugrunde. Dieser orientiert sich an dem von den Antragsgegnern im Exposé benannten Verkehrswert von ... Mio EUR, den geplanten Investitionskosten der Antragstellerin von ca. ... Mio EUR brutto sowie unter Berücksichtigung des angebotenen monatlichen Erbbauzinses von rund ... EUR. Die Kammer bemisst den Gegenstandswert danach mit ... Mio. EUR. Nach der Gebührentabelle ergibt dies eine Gebühr in Höhe von ... EUR. Dieser Wert entspricht auch dem Aufwand der Vergabekammer

in dem vorliegenden Verfahren, welches in jeder Hinsicht durchschnittlich umfangreich war.

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

...