

Ausfertigung

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK-B2-40/21

Diese Ausfertigung stimmt
mit dem Beschluss überein.



Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ...,

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

...,

gegen

das Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung,
Bauen und Wohnen, diese vertreten durch den Senator ...,
Fehrbelliner Platz 4, 10707 Berlin,

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

...,

unter Beteiligung von

...,

Beigeladene,

Verfahrensbevollmächtigte:

...,

wegen des Vergabeverfahrens „Konzeptverfahren Alt-Stralau 63-67“

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer ... am 23. März 2022 beschlossen:

Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

Gründe

Nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG stellt die Kammer die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen fest.

Eine Änderung des Beschlusses vom 14. März 2022 kommt entgegen des Begehrs der Beigeladenen allerdings nicht in Betracht. Weder ist die Vergabekammer befugt, die von ihr erlassenen Beschlüsse – auch wenn sie in Gestalt eines Verwaltungsakts ergehen – nach den Rücknahme- oder Widerrufsregelungen des VwVfG zu ändern (vgl. etwa *Steck*, in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, § 168 GWB, Rn. 52). Noch liegt ein Grund für eine – auch bei gerichtlichen Urteilen und Beschlüssen zulässige – Berichtigung oder Ergänzung analog §§ 118 ff VwGO vor. Denn der Beschluss ist nicht offenbar unrichtig im Sinne von § 118 VwGO analog. Es ist aber auch nicht ein gestellter Antrag oder die Kostenfolge ganz oder teilweise im Sinne von § 120 Abs. 1 VwGO durch die Kammer übergangen worden. Die Beigeladene hat einen Antrag auf Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung gerade nicht gestellt. Die Kammer hat auch nicht die Kostenfolge teilweise übergangen, sondern vielmehr mit dem Tenor zu den Ziffern 2 und 4 eine in jedem Fall von Amts wegen zu treffende vollständige Kostengrundentscheidung ausgeworfen. Insbesondere hat die Kammer damit hinsichtlich der Verfahrenskosten mit Ziffer 2 des Tenors und hinsichtlich der Aufwendungen mit Ziffer 4 des Tenors auch im Hinblick auf die Beigeladene eine Kostengrundentscheidung getroffen. Zwar soll nach § 80 Abs. 3 S. 2 VwVfG bereits die Kostenentscheidung bestimmen, ob die Zuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war.

Gleichwohl handelt es sich bei der Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten um ein materiell der Kostenfestsetzung zuzurechnendes Element (vgl. etwa *Olbert*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 41. EL Juli 2021, § 162 VwGO, Rn. 83). Insbesondere ergeht die Entscheidung dazu aber auch im Rahmen des Verwaltungsverfahrens durch eigenständigen Verwaltungsakt (vgl. nur *Baer*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 1. EL August 2021, § 80 VwVfG, Rn. 67 m.w.N.), sodass die Rechtmäßigkeit der Sachentscheidung von einer unterlassenen Zuziehungsentscheidung unberührt bleibt (vgl. *Kallerhoff/Keller*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, § 80, Rn. 27 f.). Dies führt dazu, dass es sich bei einer ausgebliebenen Zuziehungsentscheidung nicht um eine übergangene Kostenfolge im Sinne von § 120 VwGO analog handelt (vgl. auch *Kilian/Hissnauer*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 120, Rn. 11).

Zugleich sperrt der Beschluss vom 14. März 2022 die vorliegend nachzuholende Zuziehungsentscheidung aber auch nicht. Dies wäre nur anders zu beurteilen, wenn die Kammer damit bereits - auch konkludent - über die Notwendigkeit der Hinzuziehung im Sinne einer Negativklärung entschieden hätte. Mit dem Beschluss hat sich die Kammer jedoch nur in Gestalt einer „Nichterklärung“ zu der Hinzuziehung dahingehend geäußert, einer Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung bedürfe es nicht. Damit hat die Kammer ausdrücklich klargestellt, keine - insbesondere keine abschlägige - Entscheidung über die Hinzuziehung getroffen zu haben. Dann besteht aber die Möglichkeit der hiermit erfolgenden Nachholung (vgl. nur *Kunze*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 54. Edition, Stand: 01.10.2021, § 80, Rn. 97.1).

Die Hinzuziehung von Rechtsanwälten ist vorliegend für die Beigeladene jedenfalls wegen der schwierigen materiellen Rechtsfragen zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vergaberichts, der Dokumentation des Verfahrens und des Wertungsprozesses und der prozessualen Aspekte etwa der Gewährung von Akteneinsicht notwendig gewesen. Zudem war sie auch unter dem Gesichtspunkt der prozessualen Waffengleichheit gerechtfertigt.

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