

Ausfertigung

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK – B 2 – 46/20

Diese Ausfertigung stimmt
mit dem Beschluss überein.



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ...

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

gegen

1. das Land Berlin, vertreten durch das Bezirksamt Reinickendorf von Berlin,
Abteilung Finanzen, Personal, Stadtentwicklung und Umwelt, Zentrale Vergabestelle,
Eichenborndamm 228-240, 13437 Berlin,

2. die Berliner Wasserbetriebe AöR,
Cicerostraße 28, 10709 Berlin,

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigte zu 2):

... ,

wegen des Vergabeverfahrens „BV Neubau Schmitzweg, Brodersenstraße und Heiligenthal“,

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

1. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.
2. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) tragen die Antragstellerin einerseits und die Antragsgegner zu 1) und 2) andererseits als Gesamtschuldner je zur Hälfte.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf ... EUR festgesetzt. Auslagen der Vergabekammer werden nicht geltend gemacht.
Der Antragsgegner zu 1) ist von der Zahlung der Gebühren befreit. Der Haftungsanteil der Antragsgegnerin zu 2) beschränkt sich im Außenverhältnis auf ein Viertel.
4. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung beziehungsweise -verteidigung notwendigen Aufwendungen tragen die Beteiligten jeweils selbst. Eine gegenseitige Kostenerstattung findet nicht statt.

Gründe

I.

Die Antragsgegner führten auf Grundlage einer nationalen Bekanntmachung ein Vergabeverfahren zur Vergabe von Bauleistungen, in dem die Antragstellerin ausweislich der Niederschrift über die Angebotsöffnung ein Angebot in Höhe von ... EUR abgab. Zudem gaben zwei andere Unternehmen höhere Angebote ab. Mit Schreiben vom 17. Juli 2020 teilten die Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass dieses Verfahren aufgehoben und ein Verhandlungsverfahren eingeleitet worden sei. Mit Schreiben vom 20. Juli 2020 rügte die Antragstellerin über ihre Verfahrensbevollmächtigten das Vorgehen der Antragsgegner. Darauf erwiderte der Antragsgegner zu 1) mit Schreiben vom 23. Juli 2020, es seien keine Vergaberechtsverstöße erkennbar.

Die Antragstellerin hat am 7. August 2020 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Berlin einreichen lassen, der den Antragsgegnern durch die Kammer taggleich übermittelt worden ist.

Die Antragstellerin hat ursprünglich unter anderem angekündigt zu beantragen, den Antragsgegnern eine Zuschlagserteilung in dem Verhandlungsverfahren zu untersagen und sie zu verpflichten, die Aufhebung der Ausschreibung rückgängig zu machen, und auszusprechen, dass die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten notwendig war. Die Antragsgegnerin zu 2) hat zunächst angekündigt, die Zurückweisung der Anträge und

die Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten zu beantragen. Der Antragsgegner zu 1) ist dem Nachprüfungsantrag ohne Ankündigung eines konkreten Antrags entgegengetreten.

Mit Verfügung vom 21. August 2020 hat der Vorsitzende unter anderem die Entscheidungsfrist bis zum 30. September 2020 verlängert und die Beteiligten zur beabsichtigten Akteneinsichtsgewährung für die Antragstellerin angehört. Mit Beschluss vom 7. September 2020 hat die Kammer sodann der Antragstellerin Akteneinsicht gewährt und mit einem rechtlichen Hinweis angeregt, das ursprüngliche Vergabeverfahren in das Stadium vor der Aufhebung zurückzusetzen.

Mit Schriftsatz vom 17. September 2020 haben die Antragsgegner mitgeteilt, unter der Bedingung einer Rücknahme des Nachprüfungsantrags zur unstreitigen Erledigung die freihändige Vergabe aufzuheben und die öffentliche Ausschreibung in das Stadium vor der Aufhebung zurückzusetzen.

Mit Schriftsatz vom 21. September 2020 hat die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag zurückgenommen und beantragt, die Kosten der Beteiligten gegeneinander aufzuheben und die Kosten der Vergabekammer hälftig zu teilen. Die Antragsgegnerin zu 2) hat darauf mit Schriftsatz vom 28. September 2020 mitteilen lassen, dass die von der Antragstellerin beantragte Kostenentscheidung dem Ergebnis der Verständigung zwischen den Parteien entspreche und sie damit einverstanden sei. Mit Schriftsatz vom 10. November 2020 hat auch der Antragsgegner zu 1) die Einigung der Beteiligten bestätigt.

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

II.

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

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Nach § 182 Abs. 3 S. 5 GWB erfolgt die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, bei einer Rücknahme des Antrags vor einer Entscheidung der Vergabekammer nach billigem Ermessen. Die Kammer nimmt daher eine Kostenverteilung gemäß der von den Beteiligten mitgeteilten Einigung vor, da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass diese unbillig wäre.

Gemäß § 182 Abs. 4 S. 3 GWB entspricht es auch billigem Ermessen, dass die Beteiligten die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung beziehungsweise -verteidigung notwendigen Aufwendungen jeweils selbst zu tragen haben.

Einer Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zu 2) 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 die Beteiligten vorliegend ihre Aufwendungen jeweils selbst zu tragen haben, fehlt es mithin am Bedürfnis für einen dahingehenden Ausspruch.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich auf § 182 Abs. 2, 3 S. 4 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. Der Angebotspreis der Antragstellerin im aufgehobenen Verfahren, der ihr Interesse am Auftrag manifestiert (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 29.8.2014 – 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521), beträgt ... EUR. Bei linearer Interpolation (vgl. etwa OLG München, Beschluss v. 15.10.2012 – Verg 18/12, IBRRS 2012, 3900; OLG Düsseldorf,

Beschluss v. 20.4.2004 – VII – Verg 9/04, VPRRS 2013, 0551; *Krohn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 14) dieses von der Gebührentabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwertes ergibt sich eine Gebühr in Höhe von $2.500\text{€} + \frac{50.000\text{€} - 2.500\text{€}}{70.000.000\text{€} - 80.000\text{€}} * (\dots\text{€} - 80.000\text{€}) = \dots\text{€}$. Dieser Wert entspricht grundsätzlich dem Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren, welches bis zu seiner Erledigung in jeder Hinsicht durchschnittlich umfangreich war.

Nach § 182 Abs. 3 S. 4 GWB ist infolge der Erledigung allerdings nur die Hälfte der ermittelten Gebühr, mithin ... EUR zu entrichten. Zwar ist der durch die Rücknahme reduzierte Aufwand bereits in der Halbierung der Gebühr berücksichtigt ist (vgl. *Damaske*, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, 2016, § 182 Rn. 38 m.w.N.). Da die Erledigung des Verfahrens jedoch noch vor einer mündlichen Verhandlung herbeigeführt worden ist und die Beteiligten die Kostenentscheidung der Kammer durch die mitgeteilte Einigung über die Kosten vereinfacht haben, besteht hier Anlass für eine moderate Herabsetzung dieser Gebühr auf ...,- EUR durch teilweisen weiteren Verzicht aus Billigkeit nach § 182 Abs. 3 S. 6 GWB.

Der Antragsgegner zu 1) ist gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG von der Zahlung der Gebühren allerdings befreit. Für die Antragsgegnerin zu 2) gilt dies hingegen nicht, da sie nicht nach den Haushaltsplänen des Landes Berlin für dessen Rechnung verwaltet wird, sondern vielmehr auf Grundlage ihres eigenen Haushaltsplans wirtschaftet (grundlegend auch zu der Auslegung des § 8 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2010 – 3 C 43.09, LKV 2011, 134, 135). Im Ergebnis werden daher nur die Antragstellerin und die Antragsgegnerin zu 2) 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 Gebührenschuld derjenigen Gebührenschuldner 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 Antragsgegnerin zu 2) im Außenverhältnis auf ein Viertel der Gesamtgebühr (=750... 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

...