



Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ... ,

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

gegen

den ... ,

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

unter Beteiligung von

... ,

Beigeladene,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

wegen des Vergabeverfahrens „Erdarbeiten / Tiefbau (Referenznummer ...)“

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer ... auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 2022 am 25. März 2022 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird abgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen).
3. Die Verfahrensgebühr wird auf ... EUR festgesetzt. Auslagen werden nicht mehr geltend gemacht.
4. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen sowie ihre eigenen Aufwendungen.
5. Die Hinzuziehung von Bevollmächtigten durch den Antragsgegner und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner ist ein Berliner Fußballverein, die Antragstellerin und die Beigeladene sind unter anderem im Bausektor tätige Unternehmen.

Der Antragsgegner beabsichtigt die Errichtung eines neuen Nachwuchsleistungszentrums. Ein durch ihn beauftragtes Architekturbüro fertigte 2019 eine Bauplanungsunterlage (BPU) an, die mit geprüftem Stand Oktober 2019 voraussichtliche Gesamtkosten der Maßnahme von ... EUR auswies. Unter dem 4. Mai 2021 erließ die Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie gegenüber dem Antragsgegner einen Zuwendungsbescheid zur Projektförderung, mit dem ihm eine Zuwendung in Höhe von ... Mio. EUR zur Durchführung der Maßnahme „Sanierung und Erweiterung des Nachwuchsleistungszentrums“ bewilligt worden ist. Der Bescheid führte aus, dass die zuwendungsfähigen Gesamtausgaben wie folgt ermittelt worden seien:

„Beschreibung	Ausgaben lt. Antrag (EUR)
Bauplanungsunterlagen Gesamtkosten	... € brutto
Zuwendungsfähige Kosten nach Prüfung	... € brutto

Davon entfallen auf:

Zuwendungsgeber	Höhe der anteiligen Zuwendung (EUR)
[...] (...)	... €
Senatsverwaltung für Bildung [...]	... €“

Auch eine Pressemitteilung des Bezirksamts Treptow-Köpenick vom ... 2021 wies die Gesamtkosten des Neubaus mit ... Mio. EUR aus, wovon ... Mio. EUR vom Bund und dem Land Berlin gefördert würden. Die verbleibenden ... Mio. EUR finanziere der Antragsgegner aus Eigenmitteln.

Im Haushaltsplan von Berlin für die Haushaltsjahre 2020/2021, Band 10, Einzelplan 10, gab es einen Titel ... Zuschuss an den ... Berlin, mit dem ein Ansatz von jeweils ... Mio. EUR für die

Jahre 2020 und 2021 vorgesehen war. In den Erläuterungen dazu hieß es:

„Das Land Berlin hat sich zu einer Kostenbeteiligung von 80 % an den Baukosten für das Nachwuchsleistungszentrum ... bekannt. Die veranschlagten Ausgaben sind für die Finanzierung der Bauabschnitte A und B vorgesehen.“

Im Auf Grund des Grundsatzes der Diskontinuität nicht mehr verabschiedeten Entwurf eines Haushaltsplans von Berlin für die Haushaltsjahre 2022/2023 (Abgeordnetenhaus-Drucksache 18/3940), Band 10, Einzelplan 10, hieß es in den Erläuterungen zu dem neuen Einnahmentitel ... :

„Der Bund beteiligt sich entsprechend des Zuwendungsbescheides an den Baukosten für das Nachwuchsleistungszentrum ... [...]. Auf der Grundlage der bei Titel ... gebildeten Ansätze werden folgende Einnahmen erwartet: 2021 ... € und 2022 ... €.“

An gleicher Stelle lautet es zu dem Titel ... mit nunmehr vorgesehenen Ansätzen von ... EUR für 2022 und ... EUR für 2023 wie folgt:

„Das Land Berlin beteiligt sich in Höhe von jeweils ... € an den Baukosten für den Bauabschnitt A und B des Nachwuchsleistungszentrums

Der Bauabschnitt A umfasst das Gelände am ... Treptow-Köpenick. Im Bauabschnitt A wird ein Multifunktionsgebäude gebaut, das die Jugendgeschäftsstelle, Kabinenbereiche, ein Internat im Zusammenhang mit der ... , sowie Medizin- und Physiotherapieräume beinhalten wird. Des Weiteren werden Trainingsanlagen realisiert werden. Diese umfassen 2 Naturrasenplätze, 2 Kunstrasenplätze sowie weitere ausbildungsspezifische Trainingsanlagen. Zu diesen Trainingsanlagen gehören technische Ausstattungen wie Beregnungs- und Beleuchtungsanlagen und Bodenheizungen.

Für den Bauabschnitt A liegen geprüfte Bauplanungsunterlagen (BPU) vom 31.03.2020 mit Gesamtkosten über ... € vor. Hinzu treten ... € für die Schadstoffsanierung. Die Finanzierung der Gesamtkosten für den Bauabschnitt A stellt sich wie folgt dar:

	Gesamtkosten	BPU
... €		
Schadstoffsanierung	... €	
Summe	... €	
Schadstoffsanierung aus dem		
Bezirkshaushaltsplan	... €	
BPU aus Landeszuschuss	... €	
BPU aus Bundesmitteln	... €	
BPU Eigenanteil €	
Summe	... €	

In einem weiteren Bauabschnitt B sollen ein Stadion, eine Sporthalle und eine sportbetonte Kindertagesstätte entstehen. [...]

Von den veranschlagten Ausgaben dürfen in 2022 ... € und in 2023 ... € nur geleistet werden, soweit entsprechende Einnahmen vom Bund eingegangen sind, vgl. Erläuterung und Zweckbindungsvermerk zum Titel ... (verbindliche Erläuterung).“

In einem Vergabevermerk vom 13. Oktober 2021 hielt der Antragsgegner fest, dass die für die streitgegenständlichen Tiefbauarbeiten veranschlagte Auftragssumme ... EUR betrage. Mit am ... 2021 im Supplement zum EU-Amtsblatt erschienener Bekanntmachung (2021/S ...) veröffentlichte der Antragsgegner dazu ein offenes Vergabeverfahren. Gegenstand des Auftrags sind ausweislich der Bekanntmachung der Abbruch der Bestandsgebäude, Erdbauarbeiten für die Baugrube und das Verlegen von Grundleitungen (Abwasser und Feuerlöschleitung). Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Nebenangebote sind nicht zugelassen. Zur Eignung im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit gab die Bekanntmachung Folgendes an:

„Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

- Eintragung in einem Präqualifikationsverzeichnis Amtliches Unternehmer- und Lieferantenverzeichnis (ULV) oder Verein für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (PQ) oder für nicht präqualifizierte Unternehmen ist die Eigenerklärung FB 124 VHB einzureichen
 - Angaben über die Ausführung von Leistungen in den letzten bis zu fünf abgeschlossenen Kalenderjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, wobei für die wichtigsten Bauleistungen Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung und das Ergebnis beizufügen sind,
 - Angaben über die Zahl der in den letzten drei abgeschlossenen Kalenderjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, gegliedert nach Lohngruppen mit gesondert ausgewiesenem technischen Leitungspersonal;
 - Angabe, welche Teile des Auftrags der Unternehmer unter Umständen als Unteraufträge zu vergeben beabsichtigt
 - Feuerlöschleitung: Die Leistungen dürfen nur durch zertifizierte Fachunternehmen gemäß der Vorgaben des VdS ausgeführt werden.
- Möglicherweise geforderte Mindeststandards:
Feuerlöschleitung: Die Leistungen dürfen nur durch zertifizierte Fachunternehmen gemäß der Vorgaben des VdS ausgeführt werden.“

Die Bekanntmachung gibt keinen geschätzten Auftragswert an, weist aber aus, dass der Auftrag dem Beschaffungsübereinkommen (GPA) unterfällt. Als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren sieht die Bekanntmachung zudem die Vergabekammer des Landes Berlin vor.

Aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe und dem Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen, die jeweils Teil der Vergabeunterlagen waren, ergibt sich, dass mit dem Angebot bereits ausgefüllt einzureichen waren unter anderem eine Eigenerklärung zur Eignung oder die Angabe der PQ-Nummer, Angaben zur Preisermittlung entsprechend Formblatt 221 oder 222, ein Verzeichnis der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmen

und ein Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen. Ausgefüllt auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle sollten unter anderem eine Aufgliederung der Einheitspreise entsprechend Formblatt 223 und eine Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen vorgelegt werden.

Dem Leistungsverzeichnis war unter anderem Folgendes zu entnehmen:

„02.10.0010 Boden Graben Kabel lösen lagern verfüllen verdichten
Boden der Gräben für Kabel, Leerrohr und TW-Leitung der Baustelleneinrichtung profilgerecht lösen, seitlich lagern, und nach dem Verlegen der Leitungen wieder verfüllen und verdichten
Tiefe: 0,8 m
Breite: ca 0,6 m
250,000 m [...]
03.20 belastetes Material
03.20.0010 Fußboden WC-Bereich
Boden ausbauen, zerkleinern zu Container transportieren und fachgerecht entsorgen.
Fußbodenaufbau: [...]
Probe P1
75,700 m2 [...]
03.20.0020 Fußboden Keller
Boden ausbauen, zerkleinern zu Container transportieren und fachgerecht entsorgen.
Fußbodenaufbau: [...]
Probe P2
143,210 m2 [...]
03.20.0030 Wärmedämmung Außenwand
Demontage der Wärmedämmung, transport zum Container und fachgerechte Entsorgung.
Wandaufbau: [...]
Probe P4
kein gefährlicher Abfall, aber überwachungspflichtiger
POP-Abfall
449,892 m2 [...]
03.20.0040 Rohrisolierung - Keller Heizung
Entfernen der Isolierung, entsprechend der Erfordernisse in Behältnisse verpacken, Transport in Container und fachgerecht entsorgen.
Probe P8 [...]
53,094 m2 [...]
03.30 Komplettabbruch Hauptgebäudegebäude
03.30.0010 Rückbau Kabeltrasse, incl. Leitungen, 40 cm
komplette Demontage der Kabeltrasse mit Halterungen und darauf liegenden Kabeln.
Transport in Container und Entsorgung.
10,000 m [...]
03.50 Baumrodung [...]
03.50.0010 Baum D20-30 cm, H20- 25 m (Laubbaum) fällen
Baum D20-30 cm, H20- 25 m (Laubbaum) fällen
Baum fällen in geschlossenen Beständen [...] alles Holz, Schlagabraum häckseln, anfallende Stoffe auf LKW des AN laden und zu einer Verwertungs- oder Entsorgungstelle transportieren

und entladen. Inkl. anfallende Gebühren, Kosten und / oder zu erzielende Gewinne sind einzukalkulieren.

Bereich NLZ Gebäude

Baumnummer 5, 6

2,000 St [...]

03.50.0020 ** Beschreibung wie OZ 03.50.0010 **

jedoch D31-40 cm, H20-25m (Laubbaum) [...]

2,000 St [...]

04 Erdarbeiten [...]

04.20 Allgemeines für Gesamtbaugrube [...]

04.20.0010 Probennahme und Analytik

Haufwerksbeprobung und Analytik für insgesamt ca. 2.380m³ Aushubvolumen.

Ausführung durch ein akkreditiertes Büro nach Wahl des AN.

Untersuchungsumfang gem. LAGA und Deponieverordnung (2 Stk. Proben je Haufwerk). Haufwerksgröße max. 500m³.

10,000 Stk [...]

04.20.0090 Hindernis Beton abbrechen

Bauwerksreste aus Beton abbrechen und auf LKW laden.

Abfuhr und Entsorgung werden gemäß Untersuchungsergebnis über die entsprechenden Entsorgungspositionen abgerechnet.

50,000 m3 [...]

04.20.0100 Hindernis Stahlbeton abbrechen

Bauwerksreste aus Stahlbeton abbrechen und auf LKW laden.

Abfuhr und Entsorgung werden gemäß Untersuchungsergebnis über die entsprechenden Entsorgungspositionen abgerechnet.

50,000 m3 [...]

04.40 Aushub Abtreppe BA1 [...]

04.40.0010 Lösen und Laden Bodenklasse 1 - 6 / DIN 18300

Aushub des abgetreppten Streifenfundamentes an der Achse I. [...]

306,800 m3 [...]

04.50 Aushub Streifenfundamente BA1 [...]

04.50.0010 Lösen und Laden Bodenklasse 1 - 6 / DIN 18300

Aushub der Streifenfundamente im Bauabschnitt 1. [...]

730,300 m3 [...]

04.60 Aushub Streifenfundamente BA2 [...]

04.60.0010 Lösen und Laden Bodenklasse 1 - 6 / DIN 18300

Aushub der Streifenfundamente im Bauabschnitt 2. [...]

672,300 m3 [...]

04.60.0020 wie 2.5.10. für Bodenaustausch unter Streifenfundamenten

Aushub der Streifenfundamente im Bauabschnitt 2. [...]

361,000 m3 [...]

04.70 Aushub und Auffüllen unter Bestandsgebäude [...]

04.70.0010 Lösen und Laden Bodenklasse 1 - 6 / DIN 18300

Aushub der Streifenfundamente im Bauabschnitt 1. [...]

17,300 m3 [...]

04.90 Transport und Entsorgung [...]

04.90.0040 Transport und Entsorgung Boden bis LAGA >Z2

Transport und Entsorgung Boden bis LAGA >Z2, AVV 170503*

Inkl. Entsorgungskosten und Gebühren SBB.

50,000 t [...]

04.90.0050 Transport und Entsorgung Boden bis LAGA >Z2, Bodenwäsche

Transport und Entsorgung Boden bis LAGA >Z2, Bodenwäsche AVV 170503*

Inkl. Entsorgungskosten Bodenwaschanlage und Gebühren SBB.

1.905,500 t [...]

04.90.0060 Transport und Entsorgung Bauschutt bis LAGA >Z2

Transport und Entsorgung Bauschutt bis LAGA >Z2, AVV 170106*

Inkl. Entsorgungskosten und Gebühren SBB.

50,000 t [...]

04.90.0070 Transport und Entsorgung Bauschutt bis LAGA >Z2, Bodenwäsche

Transport und Entsorgung Bauschutt bis LAGA >Z2, Bodenwäsche AVV 170106*

Inkl. Entsorgungskosten Bodenwaschanlage und Gebühren SBB.

1.905,500 t [...]

05 Grundleitungen/Feuerlöschleitung und Hebeanlage [...]

05.30 Feuerlöschleitung [...]

05.30.0010 PE 100 OHM HD- Rohrsystem 110x10,0 mm PN16 SDR11

PE 100 OHM HD- Rohrsystem 110x10,0 mm PN16 SDR11 für Feuerlöschleitungen entsprechen den hohen VdS-Richtlinien sowie der FM-Global-Anforderungen und verfügen über die dazugehörigen Zulassungen.

Beständigkeit gegenüber chemischen und mechanischen Einflüssen

liefern und montieren

120,000 m [...]

Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben - neben anderen Unternehmen - jeweils Angebote über die Vergabepattform ab. Abgesehen von einem Angebot der ... , das mit ... EUR schloss, gab die Antragstellerin mit ... EUR brutto das niedrigste Angebot ab. Das nächsthöhere Angebot der Beigeladenen schloss mit ... EUR nebst einem Preisnachlass in Höhe von ... %. Die übrigen Angebote lagen zwischen ... EUR und ... EUR.

Teil des Angebots der Antragstellerin war das Angebotsschreiben, mit dem sie unter anderem erklärte, dass sie alle Leistungen im eigenen Betrieb ausführen werde. Das Verzeichnis der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmen und das Formular zur Verpflichtungserklärung anderer Unternehmen reichte sie ohne Eintragungen ein.

In einem Vergabevermerk vom 22.11.2021 hielt der Antragsgegner unter anderem Folgendes fest:

„Nach erster Durchsicht und formaler Prüfung wird festgestellt:

Das Angebot der Firma ... wird ausgeschlossene, weil wesentliche Preisangaben fehlen.

Das Angebot der Firma ... ist Unvollständig. Folgende Unterlagen werden nachgefordert:

- Erklärung Landesmindestlohngesetz
- FB 221 Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation oder FB 222 Preisermittlung bei Kalkulation über die Endsumme
- Angebotschreiben 211 vollständig ausgefüllt (inkl. Angabe aller Anlagen und Daten in Kopfzeile)

Anforderung: 17.11.2021 | Fristende: 23.11.2021 | Eingang der Unterlagen: 22.11.2021

Die Firma ... verfügt über keine PQ-Qualifizierung, hat alternativ die Eigenerklärung 124 EU abgegeben. Es werden gemäß FB 216 folgende Unterlagen nachgefordert:

- Referenznachweise mit den im Formblatt Eigenerklärung zur Eignung genannten Angaben
- Erklärung zur Zahl der in den letzten 3 Jahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte, gegliedert nach Lohngruppen, mit extra ausgewiesenem Leitungspersonal
- Gewerbeanmeldung, Handelsregisterauszug und Eintragung in der Handwerksrolle (Handwerkskarte) bzw. bei der Industrie- und Handelskammer
- Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes bzw. Bescheinigung in Steuersachen, falls das Finanzamt eine solche Bescheinigung ausstellt
- Freistellungsbescheinigung nach § 48b Einkommensteuergesetz
- Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft des zuständigen Versicherungsträgers mit Angabe der Lohnsummen

Anforderung: 17.11.2021 | Fristende: 24.11.2021 | Eingang der Unterlagen: 22.11.2021

Damit sind die Angebotsunterlagen der oben genannten Firmen (mit Ausnahme: ...) formal vollständig und können weiter geprüft werden“

Mit Nachrichten vom 17. November 2021 über die Vergabepattform forderte der Antragsgegner bei der Antragstellerin Unterlagen, unter anderem Angaben zur Preisermittlung und Unterlagen zur Eignung nach. Mit Nachricht vom 18. November 2021 forderte der Antragsgegner bei der Antragstellerin zudem unter Beifügung eines Formblatts um Aufgliederung der Einheitspreise für bestimmte angegebene Positionen. Mit Nachrichten vom 22. November 2021 übermittelte die Antragstellerin daraufhin bestimmte Unterlagen, unter anderem ein Angebotschreiben, ein ausgefülltes Formular zur Preisermittlung und zwei ausgefüllte Formulare zur Aufgliederung der Einheitspreise. Mit Nachricht vom 24. November 2021 lud der Antragsgegner die Antragstellerin zu einem Aufklärungsgespräch am 25. November 2021 ein. Ausweislich des Protokolls wurde dabei über verschiedene Aspekte des Angebots der Antragstellerin gesprochen. Im Einzelnen wurde unter anderem festgehalten:

„Aufklärung folgender Punkte	Stellungnahme Bieter
Plausibilität und Auskömmlichkeit der Preise gemäß Auflistung in FB 223 Seite 1	Der Bieter wird die Auskömmlichkeit der Preise nachweisen, im Detail erklären und

und 2 [...]	eine ausführliche Kalkulation vorlegen. Zudem wird der Bieter eine Erklärung abgeben, dass die kalkulierten Einheitspreise verbindlich sind und keine Anpassungen vorgenommen werden. [...]
Nachweis Fremdleistungen Die Verzeichnisse der Leistungen und Kapazitäten anderer Unternehmen (FB 233 und 235) liegen nicht vor. Der AG bittet um Nennung der Laborfirma.	Der Bieter wird die FB 233 Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen und FB Verzeichnis der Leistungen und Kapazitäten anderer Unternehmen vollständig ausfüllt vorlegen. [...]

Der Auftraggeber fordert die o.g. Informationen und Unterlagen bis zum 01.12.2021 (12:00 Uhr) nach.“

Mit Nachrichten vom 30. November 2021 übermittelte die Antragstellerin dem Antragsgegner „die nachgeforderten Unterlagen“, unter anderem ein Angebot eines anderen Unternehmens über Transport- und Entsorgungsleistungen vom 29. November 2021, ein für jenes ausgestelltes Zertifikat als Entsorgungsfachbetrieb, Bescheinigungen und Zertifikate für ein weiteres Unternehmen, eine Aufschlüsselung von Einzelpositionen sowie ein Schreiben der Antragstellerin, in dem sie wie folgt ausführte:

„Hiermit bestätigen wir die vollständige Auskömmlichkeit unseres gesamten Angebotes. Zusätzlich bestätigen wir Ihnen ausdrücklich die Auskömmlichkeit zu den Positionen 4.2.10 bis 4.2.30. Desweiteren bestätigen wir, dass das Verbot der Mischkalkulation eingehalten wurde. Wir bestätigen zudem, dass Sie eine ordnungsgemäße Ausführung erwarten können.“

Die Antragstellerin reichte zudem ein Schreiben ein, mit dem sie ausführte, „nach sorgfältiger Prüfung und Abstimmung mit unseren Nachunternehmern“ kein Erfordernis einer Anpassung des Terminplans zu sehen. Sie legte zudem Verzeichnisse über Nachunternehmerleistungen und die Kapazitäten anderer Unternehmen vom 30. November 2021 vor, in denen jeweils ausschließlich drei bestimmte Unternehmen genannt werden. Mit weiterer Nachricht vom 30. November 2021 teilte die Antragstellerin zudem mit, dass Probenahmen und Analysen durch das Labor ... durchgeführt würden und fügte ein Akkreditierungszertifikat für jenes bei.

Mit Nachricht vom 23. November 2021 über die Vergabepattform bat der Antragsgegner

auch die Beigeladene unter Beifügung eines Formblatts um Aufgliederung der Einheitspreise für bestimmte angegebene Positionen und lud sie mit weiterer Nachricht vom 24. November 2021 zu einem Aufklärungsgespräch. Ausweislich des Protokolls zu dem Gespräch vom 26. November 2021 nahm die Beigeladene zu bestimmten Positionen Stellung, zu anderen Positionen forderte der Antragsgegner Unterlagen nach. Mit Nachricht vom 30. November 2021 lieferte die Beigeladene daraufhin Unterlagen nach.

Mit Schreiben vom 3. Dezember 2021 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt und der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden solle. In dem Schreiben war die Formulierung „es unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen enthält“ angekreuzt. Ferner wurde ausgeführt, das Angebot könne wegen begründeter Zweifel im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden. Haufwerksbeprobungen und Analytik seien durch ein akkreditiertes Büro mit Untersuchungsumfang gemäß LAGA und Deponieverordnung durchzuführen. Die Antragstellerin habe ein Büro benannt, das keine Akkreditierung für die geforderten Untersuchungen habe, sodass die ordnungsgemäße Entsorgung nicht sichergestellt sei. Das Angebot komme zudem nicht in die engere Wahl, weil begründete, nicht ausgeräumte Zweifel bezüglich eines unangemessen niedrigen Preises bestünden. Die Zeitansätze für eine Vielzahl konkret benannter Positionen lägen nach objektiver Prüfung anhand von Regelwerten des Standardleistungsbuches Bau 2021 um den Faktor 10 oder niedriger unter den Regelwerten. Es seien keine Besonderheiten aufgezeigt worden, die aus verfahrenstechnischer Sicht derart niedrige Ansätze begründen könnten. Schließlich führte der Antragsgegner an, dass das Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil die Antragstellerin die geforderten Aufklärungen und Angaben verweigert habe. Trotz Nachfrage sei die Preisermittlung nicht zufriedenstellend aufgeklärt:

„Im Rahmen der Angebotsaufklärung war die Erläuterung unter anderem der Einheitspreise zu den Positionen 04.90.0040, 04.90.0050, 04.90.0060 und 04.90.0070 gefordert. Gemäß ihren Eintragungen in die Formblätter 221 und 223 enthalten die hierfür angebotenen Einheitspreise einen Zuschlag von [...] % auf die unmittelbaren Herstellungskosten. Bezogen auf den angebotenen Einheitspreis von EUR [...] (bzw. EUR [...] für Pos. 04.90.0060) entspricht dies unmittelbaren Herstellungskosten in Höhe von EUR [...] (bzw. EUR [...]). Mit Ihrem Schreiben vom 29.11.2021 haben Sie abweichend davon für die Leistungspositionen mit einem Angebotspreis

von EUR [...] „reine“, nicht bezuschlagte Transport- und Entsorgungskosten in Höhe von insgesamt EUR [...] ausgewiesen, entsprechend „reine“ Kosten in Höhe von EUR [...] für die zu einem Preis von EUR [...] angebotenen Leistungen. Der Widerspruch zu den Angaben in den Formblättern 221 und 223 wurde nicht erläutert.

Diese in sich widersprüchlichen Angaben stehen in nochmaligem Widerspruch zu Ihrer Mitteilung im Aufklärungsgespräch, wonach die Leistungen der vorbenannten Positionen durch ein Partnerunternehmen Ihrer Unternehmensgruppe erbracht werden sollen und wozu Sie uns ein auf unser Bauvorhaben und die ausgeschriebenen Mengen bezogenes Angebot der [...] vom 29.11.2021 übermittelten, welches Nachunternehmerkosten in Höhe von EUR [...] ausweist. Unter Ansatz dieses Zuschlages müsste bei Beauftragung der [...] der Angebotspreis bei Euro [...] liegen.

Angesichts der in mehrfacher Hinsicht widersprüchlichen Angaben zur Preisermittlung kann die Aufklärung nicht als erfolgt gelten. Insoweit steht die inhaltlich nicht ausreichende Aufklärung der verweigerten Aufklärung gleich.“

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2021 teilte die Antragstellerin dem Antragsgegner mit, dass „ein Einspruch hinsichtlich Ihres Absageschreibens bei der Vergabekammer des Landes Berlin anhängig“ sei, da sie einen unzulässigen Ausschluss in dieser Vergabe vermute.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 8. Dezember 2021 rügte die Antragstellerin die Vergabeentscheidung des Antragsgegners sodann. Sie führte insbesondere aus, es liege ein Verstoß gegen die Pflicht zur Bekanntmachung der Eignungskriterien und Nachweise im Hinblick auf die monierte fehlende Akkreditierung des von ihr eingesetzten Labors vor. Der darauf basierende Ausschluss sei daher unzulässig. Das angegebene Labor sei zudem leistungsfähig. Für Untersuchungsleistungen nach LAGA und Deponieverordnung bediene es sich regelmäßig akkreditierter Nachunternehmen, sodass die Leistungsfähigkeit jedenfalls im Wege der Eignungsleihe belegt sei. Im Zuge von Bodenuntersuchungen arbeite es unter anderem mit der ... zusammen, die für die LAGA Analytik akkreditiert sei, wie dem beigefügten Nachweis zu entnehmen sei. Eine Akkreditierung nach Deponieverordnung existiere schon nicht, sodass die dahingehende Anforderung in Pos. 4.20.0010 ohnehin vergaberechtswidrig sei.

Die Preisprüfung bei ihr sei unzulässig gewesen, da der Preisabstand zur Beigeladenen lediglich 10,53% betrage und damit deutlich unterhalb der anerkannten Aufgreifschwelle liege. Dies gelte auch unter Einbeziehung der übrigen Angebote. Ihre Preis- und insbesondere Zeitansätze seien auskömmlich und aufgrund der nur geringen Abweichung von den Regelsätzen nicht begründungspflichtig. Jedenfalls würden sie mit den weniger aufwendigen und deutlich

effektiveren Arbeitsprozessen sowie mit ihren speziellen und effizienten Geräten plausibel gemacht. Bei objektiver Betrachtung sei eine ordnungsgemäße Abwicklung der Maßnahme zu dem angebotenen Gesamtpreis ohne Zweifel zu erwarten.

Offenbar sei auch keine Preisauflärung bei der Beigeladenen erfolgt, anderenfalls der Antragsgegner die Auskömmlichkeit ihrer Preise hätte erkennen können. Dies stelle eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots dar.

In der Pos. 3.20 seien die Angebote nicht vergleichbar, da zu vermuten sei, dass die Bieter die Anforderungen aufgrund der nicht eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung in diesem Punkt nicht im gleichen Sinne verstanden hätten. Hier würden Leistungen aufgerufen, die nur nach strengen Anforderungen erfolgen dürften. Diese seien im Leistungsverzeichnis aber nur allgemein und nicht im gebotenen Umfang vorgegeben worden.

In Titel 5.30 sehe das Leistungsverzeichnis Bedingungen vor, die gesetzlich nicht existierten. Eine Zertifizierung für die Herstellung einer Feuerlöschleitung gemäß VdS gebe es nicht. Die geforderte VdS-Richtlinie stehe zudem nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 15. Dezember 2021 entgegnete der Antragsgegner unter anderem, es handele sich bei der Akkreditierung nicht um ein Eignungskriterium, erst recht nicht um ein verdecktes. Eine dahingehende Rüge sei präkludiert. Dass die Probeentnahme durch ein akkreditiertes Büro durchzuführen sei, ergebe sich sowohl aus dem Leistungsverzeichnis als auch aus den gesetzlichen Vorschriften. Es gebe keinen Anlass, die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften als besonderes Eignungskriterium bekannt zu machen. Diese dürfe vielmehr in jedem Verfahren und in jedem Verfahrensstadium als automatisch zugesichert gelten. Dass das von der Antragstellerin benannte, selbst nicht hinreichend akkreditierte Labor sich eines akkreditierten Büros bediene, sei erst nach Ablauf der Aufklärungsfrist vorgebracht worden. Im Übrigen sei die vorgebrachte Eignungslieferung nicht belegt worden, es fehle an einer Verpflichtungserklärung. Eine Akkreditierung nach Deponieverordnung sei schon ausweislich des Wortlauts des Leistungsverzeichnisses nicht gefordert worden.

Es sei zulässig, eine Preisaufklärung auch bei geringeren Preisdifferenzen zwischen den Bietern durchzuführen. Er habe in nicht zu beanstandender Weise von seinem Ermessen dahingehend Gebrauch gemacht, sowohl bei der Antragstellerin als auch der Beigeladenen eine Preisaufklärung vorzunehmen. Er habe festgestellt, dass bei der Antragstellerin in mehreren Positionen die Angebotspreise nicht auskömmlich seien. Durch die Angaben in den Formblättern 221 und 223 sei die Auskömmlichkeit dieser Preise weder aufgeklärt noch belegt. Das Formblatt 221 könne insoweit schon nicht herangezogen werden, da es lediglich allgemeine Angaben liefere. Die im Formblatt 223 mitgeteilten Lohnkosten hätten ungewöhnlich niedrig erschienen, weshalb er insoweit zu weiterer Aufklärung aufgefordert habe. Die daraufhin mitgeteilten Zeitansätze belegten die Unauskömmlichkeit der Einzelpreise, da nach objektiven Grundsätzen die Arbeiten innerhalb der behaupteten Zeitansätze nicht erbracht werden könnten. Die mit dem Rügeschreiben nachgereichten Erklärungen zur maschinellen Ausführung und speziellen Geräten könne er seiner Prüfung nicht zugrunde legen, da sie nicht binnen der Aufklärungsfrist übermittelt worden seien. Zudem sei ein konkreter Bezug zu einzelnen Angebotspositionen nicht ersichtlich. Die Behauptungen betreffend einen Baggereinsatz zu einer Position wirkten zudem widersprüchlich zu den Ausführungen der Antragstellerin im Schreiben vom 29. November, wonach in dieser Position kein Einsatz von Maschinen kalkuliert sei.

Unbeschadet davon fordere er die Antragstellerin für den Fall, dass sie ihr Angebot aufrechterhalte, dazu auf, bis zum 21. Dezember 2021 die Angebotspreise für bestimmte, im Schreiben konkret bezeichnete Positionen durch Vorlage der im Formblatt 223 vorgesehenen Angaben zu ergänzen und insbesondere Ausführungen zu den der Kalkulation zugrundeliegenden Zeitansätzen für Lohnleistungen zu machen.

Die Rüge zu Pos. 3.20 sei präkludiert, es sei zudem nicht nachvollziehbar, welche Position gemeint sei. Gründe für die Annahme ungenügender Sachkunde der Mitbewerber würden nicht vorgetragen.

In Titel 5.30 werde keine Zertifizierung gemäß VdS-Vorgabe verlangt. Verlangt werde vielmehr, dass die Leistungen gemäß den Vorgaben des VdS ausgeführt würde und das hierfür

beauftragte Fachunternehmen für die Ausführung derartiger Leistungen zertifiziert sei. Im Übrigen zertifiziere der VdS durchaus Unternehmen, so habe auch die Antragstellerin für den von ihr vorgesehenen Nachunternehmer das VdS-Zertifikat eingereicht. Auch die dahingehende Rüge sei schließlich präkludiert.

Im Ergebnis verbleibe es daher bei den Ausführungen des Informationsschreibens mit der Maßgabe, dass er eine ergänzende Preisaufklärung verlange. Es sei noch darauf hinzuweisen, dass aufgrund des aktuellen Stands der Kostenschätzungen die Förderquote der Maßnahme unter 50% der Gesamtkosten liege.

In einem im Lauf des Nachprüfungsverfahrens vorgelegten Vergabevermerk vom 15. Dezember 2021 hielt der Antragsgegner fest, dass nach einer auf Grundlage des Baukostenindex mit Stand August 2021 überarbeiteten Kostenschätzung zu erwarten sei, dass sich die Gesamtkosten des Vorhabens auf ... EUR brutto erhöhten. In der dem beigefügten Kostenschätzung war insbesondere Folgendes festgehalten:

„[...]“	Kostenschätzung (BPU) Brutto	Nach Prüfung BPU [BRUTTO] Stand: Okt. 2019 [...]
Gesamtkosten	... €	... €
Baukostenindex November 2019	115,7%	Quelle BKI.de
Baukostenindex August 2021	129,6%	
Erhöhung aus Differenz	13,9%	... €
Gesamtkosten entsprechend angepasstem Baukostenindex		... €
In der BPU nicht enthaltene zusätzliche Kosten aus LV Erdarbeiten		
Altlastenbeseitigung, LV Erdarbeiten Titel 04.90		
Position 0060, 0070		... €
Hebeanlagen, Titel 05.20		... €
Zwischensumme		... €
Angenommene Kostensteigerung für 2022	4,5%	... €
Gesamtbaukosten		... €“

Mit anwaltlichem Schreiben vom 21. Dezember 2021 teilte die Antragstellerin unter Beifügung von Unterlagen zu den Laborunternehmen dem Antragsgegner mit, die Angaben und Erklärungen belegten ihre Leistungsfähigkeit hinsichtlich der geforderten Zertifizierung zur Hauf-

werksbeprobung und Analytik im Wege des Nachunternehmereinsatzes und der Eignungsleihe. In den auf den 21. Dezember 2021 datierten Verzeichnissen führte die Antragstellerin neben den drei bereits zuvor benannten Unternehmen nunmehr die ... und ... zu den Kapazitäten anderer Unternehmen beziehungsweise als Nachunternehmer. Die Antragstellerin fügte dem Schreiben zudem Angaben und Ergänzungen zur Preisauflärung bei und führte aus, aufgrund des geringen Preisunterschieds zur Beigeladenen sei nicht zu erwarten, dass in deren Angebot mit höheren Zeitansätzen kalkuliert worden sei. Sofern die erneute Angebotsprüfung ergebe, dass ihr Angebot für den Zuschlag beabsichtigt sei, würden sie den einzureichenden Nachprüfungsantrag unverzüglich zurücknehmen.

Am 22. Dezember 2021 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Berlin gestellt, der dem Antragsgegner noch am gleichen Tag übermittelt worden ist. Mit Beschluss vom gleichen Tag hat die Kammer auch das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen beigeladen.

Die Antragstellerin trägt in Ergänzung zu ihrer Rüge unter anderem vor, der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts sei eröffnet. Auftragsgegenstand seien Leistungen für die Errichtung einer Sporteinrichtung im Sinne von § 99 Nr. 4 GWB. Angesichts einer überwiegenden staatlichen Subventionierung sei die Vergabekammer zuständig. Etwaige Änderungen im Laufe des Verfahrens könnten an der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nichts mehr ändern.

Der Nachprüfungsantrag sei auch nicht teilweise präkludiert. Insbesondere könne es ihr als kleines Unternehmen ohne eigene Rechtsabteilung nicht zugemutet werden, etwaige Verstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften bis zum Ablauf der Angebotsfrist zu rügen. Dass sich die Verstöße gegen das Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung auf die Vergleichbarkeit der Angebote auswirke, habe sie erst mit dem Vorabinformationsschreiben erkennen können. Auch den Ausschluss wegen einer nicht zufriedenstellenden Aufklärung der Preisermittlung habe sie mit ihrem Schreiben vom 8. Dezember 2021 gerügt. Die Behauptungen, sie habe unangemessene Preise angeboten und ihre Preisauflärung sei unzureichend gewesen,

stunden in einem untrennbaren Zusammenhang. Daher sei der Ausschluss wegen unzureichender Aufklärung spätestens mit dem Nachprüfungsantrag von ihr gerügt worden. Eine Rüge ins Blaue liege bezüglich der mangelnden Preisaufklärung bei der Beigeladenen nicht vor, da ihre Erkenntnismöglichkeiten naturgemäß begrenzt seien.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet, da ein Ausschluss mangels Eignung nicht zulässig sei. Auch eine Ausführungsbedingung habe der Antragsgegner bekanntmachen müssen. Anderenfalls bestünde auch hier die Gefahr nicht vergleichbarer Angebote. Ein etwaiger Ausschlussgrund im Hinblick auf die Beprobung sei jedenfalls im Zuge der erneuten Angebotsaufklärung beziehungsweise Nachforderung durch ihre mit Schreiben vom 21. Dezember vorgenommene Vorlage der Erklärung zur Eignungsleihe und entsprechende Verpflichtungserklärung geheilt worden. Die aufgrund der Betriebsferien bei der ... zunächst fernmündlich erklärte Eignungsleihe habe sie dem Antragsgegner durch eidesstattliche Versicherung belegt. Der Austausch von Nachunternehmern zwischen Angebotsabgabe und Zuschlagserteilung sei zudem vergaberechtskonform erfolgt, da das Nachunternehmerverzeichnis keinen bindenden Bestandteil des Angebotes darstelle. Der Antragsgegner habe ihr zudem im Rahmen der Rügeantwort die Möglichkeit eingeräumt, die Angebotsunterlagen mit Blick auf den Nachunternehmereinsatz zu ändern, indem er darauf aufmerksam gemacht habe, dass die Eignungsleihe bezüglich des Labors möglich sei und - falls belegt - von ihm berücksichtigt werde, was unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung beachtlich sei. Anderenfalls müsse das Verhalten des Antragsgegners als treuwidrig bewertet werden.

Jedenfalls im Anschluss an die wiederholte Preisaufklärung, in deren Rahmen sie mit Schreiben vom 21. Dezember ihre Zeitansätze und Einzelpreise der vorgegebenen Leistungspositionen erneut aufgeklärt habe, sei die Kostendeckung hinreichend plausibel nachgewiesen worden. Aus der Akteneinsicht habe sich ergeben, dass der Antragsgegner selbst mit einem deutlichen geringeren Auftragswert gerechnet habe, sodass die unangemessen niedrige Preise gestützte Ausschlussentscheidung schlechterdings nicht nachvollzogen werden könne. Vielmehr habe danach das Angebot der Beigeladenen im Rahmen der Preisaufklärung als ungewöhnlich hoch angesehen werden müssen.

Bei der Angebotswertung und der Preisprüfung sei bei der Beigeladenen ein anderer Maßstab angelegt worden, was sich aus dem dokumentierten Umfang der Preisauflärung ergebe. Jene habe offenbar lediglich eine Position aufklären müssen, obgleich ihr Angebotspreis deutlich mehr von dem geschätzten Auftragswert abgewichen sei. Es sei insbesondere anzunehmen, dass die Beigeladene ebenfalls erhebliche Abweichungen zu den Standardwerten angeboten habe, die vom Antragsgegner aber nicht aufgeklärt worden seien. In der Dokumentation der Preisprüfung finde sich bei der Beigeladenen lediglich eine Leerformel, eine inhaltliche Auseinandersetzung mit deren Ausführungen lasse die Dokumentation nicht erkennen.

Da sie keine eigene Rechtsabteilung unterhalte, sei die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten notwendig. Hingegen sei der dahingehende Antrag des Antragsgegners zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen und das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen, und

die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und

die Hinzuziehung seiner Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären

Der Antragsgegner macht über seine Rügebeantwortung hinaus insbesondere geltend, der Nachprüfungsantrag sei schon unzulässig.

Er sei nicht öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB. Denn die Förderquote liege unter 50 % der voraussichtlichen Gesamtkosten der Maßnahme. Das durch ihn beauftragte Architekturbüro habe die im Jahr 2019 angefertigte und per Stand Oktober 2019 geprüfte Bauplanungsunterlage (BPU) mit der aktuellen Entwicklung der Baukosten abgeglichen und auf dieser Grundlage eine Erhöhung der voraussichtlichen Gesamtkosten der Maßnahme von ... EUR auf ... EUR ermittelt. Bei öffentlichen Fördermitteln in Höhe von ... EUR liege die Förderquote bei 48,6 %. Weitere finanzielle Zuwendungen habe er nicht erhalten. Maßgebend für die Anpassung der Schätzkosten sei die Entwicklung des Baukostenindex im Jahr 2020/2021 die Indexsteigerung sei erst im Oktober 2021, also gleichzeitig mit der Ausschreibung veröffentlicht worden, selbstverständlich aber schon im August 2021 eingetreten. Bereits am Tag der Auftragsbekanntmachung sei er daher objektiv kein öffentlicher Auftraggeber gewesen. Die Fortschreibung des Baupreisindex beruhe dabei auf einer statistischen Erhebung der bereits eingetretenen tatsächlichen Marktentwicklung. Es liege in der Natur der Sache, dass es sich bei der von ihm angenommenen Kostensteigerung um 4,5% für 2022 jedoch um eine Prognose handele. Diese Erwartung sei angesichts der bereits eingetretenen Baupreissteigerungen insbesondere durch die Corona-Pandemie auch sachgerecht. § 99 Nr. 4 GWB stelle allein auf die objektiven Verhältnisse, nicht die Vorstellungen der Vergabestelle ab.

Insbesondere habe die anwaltlich vertretene Antragstellerin aber auch den im Informationsschreiben an dritter Stelle genannten Absagegrund einer nicht erfolgten Aufklärung mit der Folge eines zwingenden Ausschlusses nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A überhaupt nicht gerügt. Da dieser Ausschlussgrund mithin in jedem Fall Bestand habe, sei der Nachprüfungsantrag schon deshalb zurückzuweisen.

Mit den Rügen bezüglich der Leistungsbeschreibung bzw. der Bekanntmachung sei die Antragstellerin präkludiert. Im Übrigen sei nicht erkennbar inwieweit die Antragstellerin insoweit beschwert sei, er habe diesbezüglich keine Einwände gegen ihr Angebot erhoben.

Die Rüge bezüglich der vermeintlich fehlenden Preisauflärung bei der Beigeladenen sei wahrheitswidrig ins Blaue hinein erfolgt, weshalb der Nachprüfungsantrag unzulässig sei.

Der Antrag sei auch unbegründet. Mit der Vorgabe in Position 04.20.0010 werde kein Eignungskriterium aufgestellt, sondern eine Anforderung an die zu erbringende Leistung definiert. Mit den im Rahmen der Aufklärung übersandten Unterlagen habe die Antragstellerin aus Sicht eines neutralen Beobachters objektiv angekündigt, diese Anforderung nicht erfüllen zu wollen, da sie ein nicht akkreditiertes Büro benannt habe. Dies sei eine Änderung der Vergabeunterlagen. Im Übrigen gehe die Forderung – anders als bei den Vorgaben des VdS in der Bekanntmachung – nicht über das hinaus, was der Bieter schon auf Grundlage zwingenden öffentlichen Rechts zu leisten habe. Die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften sei ein implizites Eignungskriterium, das weder besonderer Bekanntmachung noch der Aufstellung besonderer Nachweiserfordernisse bedürfe. Er habe zur Aufklärung der Leistungen Umbenennung der vorgesehenen Laborfirma gebeten. Die Antragstellerin habe dann von sich aus Unterlagen vorgelegt, aus denen sich ergebe, dass das vorgesehene Labor die Anforderungen an die Durchführung von Bedrohungen nicht erfülle, da es keine Akkreditierung für die hier durchzuführenden Prüfungen von Boden- und Bauschutt habe. Es sei ihm auch verwehrt gewesen, auf die anderweitige Erbringung der geschuldeten Betreuungsleistungen hinzuwirken. Das zulässigerweise aufgeklärte Angebot der Antragstellerin habe die Beprobung durch das

Labor ... ohne Einsatz von Nachunternehmern umfasst. Eine nachträgliche Änderung sei insoweit im offenen Verfahren unzulässig gewesen. Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass die ... für Bodenuntersuchungen regelmäßig mit ... zusammenarbeite. Die erforderlichen Erklärungen zur Eignungsleihe seien erst am 21. Dezember vorgelegt worden, er habe aber den Sachstand bis zum 3. Dezember zu berücksichtigen gehabt. Unzureichende Angaben zum Nachunternehmereinsatz dürften nicht nochmals aufgeklärt werden. Die am 21. Dezember erfolgte Vorlage sei verspätet gewesen.

Die Preisauflärung bei der Antragstellerin habe ergeben, dass der Angebotspreis jedenfalls nicht ohne unzulässige Mischkalkulation auskömmlich sein könne. Die Abgabe derartig kalkulierter Angebote sei zwar nicht generell unzulässig, allerdings könne ein derartiger Preis nur dann als angemessen angesehen werden, wenn der Bieter diesen Umstand erkannt und mit übergeordneten Erwägungen begründet habe. Dies sei hier nicht der Fall. Die Antragstellerin habe vielmehr ausdrücklich die Auskömmlichkeit des Preises bestätigt. Die Antragstellerin habe keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass seine Bewertung der Zeitansätze der aufgeklärten Leistungspositionen inhaltlich unrichtig sein könnte.

Es sei nicht zutreffend, dass die Zeitansätze mit dem Schreiben der Antragstellerin vom 21. Dezember umfangreich aufgeklärt und belegt seien. Der Vortrag der Antragstellerin enthalte lediglich die nicht belegte Behauptung, schneller arbeiten zu können als die anderen Bieter. Die von ihr genannte Ausstattung entspreche aber völlig dem Üblichen, weshalb bei ihrem Einsatz auch übliche Leistungswerte zu erwarten seien.

Beispielhaft seien etwa die Behauptungen der Antragstellerin zur Kalkulation der Pos. 03.20.0020 widersprüchlich zu ihren übrigen Angaben, etwa zum Ausschluss einer Mischkalkulation und zur angegebenen Kalkulation für den Geräteeinsatz. Auch die mit dem Schreiben der Antragstellerin vom 21. Dezember eingereichte „Kalkulationsdarstellung“ weise weitere nicht auszuräumende Anhaltspunkte dafür auf, dass der Preis nicht auskömmlich kalkuliert sei. Die dort auf Seite 10 aufgeschlüsselten Stundensätze seien schon rechnerisch überwiegend

unzutreffend. Auch die Gerätekosten in dem Schreiben wichen mitunter voneinander in bestimmten Ansätzen ab. Zudem stünden die Angaben im Schreiben vom 21. Dezember zum Teil im Widerspruch zu den Angaben in den Formblättern 221 bis 223. Die Antragstellerin habe die Kalkulation der Einheitspreise damit nicht erläutert, sondern unzulässigerweise eine neue Kalkulation vorgelegt. In Bezug auf die Darstellung der Einzelpositionen habe die Prüfung zum Teil unterdeckte Einzelpreise ergeben.

Wie im Absageschreiben dargestellt, habe er den Ausschluss insbesondere damit begründet, dass die Leistungserbringung und die Preise der Positionen 04.90.0040, 04.90.0050, 04.90.0060 und 04.90.0070 nicht aufgeklärt worden seien. Die in diesen Positionen beschriebenen Leistungen machten bei der Antragstellerin einen erheblichen Anteil der Gesamtvergütung aus. Zudem gehe es dabei um technisch und rechtlich besonders sensible Leistungen. Die von der Antragstellerin zu den Positionen übermittelten Informationen seien derart widersprüchlich, dass im Ergebnis völlig unklar bleibe, wie und auf welcher Grundlage sie die abgegebenen Preise hergeleitet haben wolle. Auch insoweit wiesen die Formblätter 221 und 223 nicht aufgeklärte Widersprüche zu dem Aufklärungsschreiben vom 30. November auf. Die Antragstellerin könne nicht im Nachhinein für beanstandete Positionen Einzelansätze vortragen, um die erheblichen Widersprüche in irgendeiner Art und Weise zu heilen. Stichtag für die Beurteilung der Frage einer ordnungsgemäßen Preisaufklärung sei vielmehr der 30. November gewesen.

In weiterem Widerspruch zu diesen sämtlichen Unterlagen habe die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch zudem angegeben, dass die Entsorgungsleistungen durch eine Nachunternehmerin und nicht als Eigenleistungen ausgeführt werden sollten. Der in der Position 04.90.0060 von der Antragstellerin angegebene Preis sei mit den danach vorgelegten höheren Drittkosten und der Versicherung auskömmlicher Preise nicht in Einklang zu bringen. Er habe diese Angaben ohnehin nicht als verlässlich ansehen können, da das Unternehmen nicht in der Liste der Nachunternehmer aufgetaucht sei. Es sei letztlich damit unklar geblieben, ob es sich um eine Eigenleistung oder eine Nachunternehmerleistung handele. Bereits dies begründe auch einen zwingenden Ausschlussgrund, da weitere Aufklärungen dazu unzulässig seien. Im Ergebnis

habe die Antragstellerin die Preisauflklärung daher nicht erbracht. Eine Wertung ihres Angebotes habe daher auch definiert nach § 15 EU Abs. 2 VOB/A unterbleiben müssen.

Entgegen der Behauptung der Antragstellerin habe die Beigeladene – wie sich aus der Vergabeakte ergebe – sieben Einheitspreise aufzuklären gehabt. Dem sei jene nachgekommen und habe zudem ihre gesamte Kalkulation vorgelegt. Es sei nicht nachvollziehbar, wieso das höhere Angebot der Beigeladenen erst recht unauskömmlich sein solle.

Die Hinzuziehung seiner Verfahrensbevollmächtigten sei notwendig, da er nicht über eine eigene Rechtsabteilung verfüge und die streitigen Fragen im Nachprüfungsverfahren weit über inhaltliche Fragen der Preisprüfung hinausgingen und vertiefter rechtlicher Beratung bedürften.

Die Beigeladene beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und
die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Beigeladene hat im Verfahren inhaltlich keine Stellung genommen. In der mündlichen Verhandlung hat sie allerdings vorgebracht, die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten sei wegen der über einfache Fragen hinausgehenden Rechtsfragen notwendig gewesen.

Mit Verfügung vom 13. Januar 2022 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 28. Februar 2022 verlängert, einen rechtlichen Hinweis zur Auftraggebereigenschaft erteilt und den Antragsgegner und die Beigeladene zur beabsichtigten Akteneinsicht für die Antragstellerin angehört. Mit Beschluss vom 20. Januar 2022, der durch Beschluss vom 21. Januar 2022 von der Kammer teilweise aufgrund offensichtlicher Unrichtigkeit abgeändert worden ist, hat die Kammer der Antragstellerin teilweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt. Mit Verfügung vom 18. Februar 2022 hat der Vorsitzende sodann Termin zur mündlichen Verhandlung für den 16. März 2022 anberaumt und die Entscheidungsfrist schließlich bis zum 25. März 2022 verlängert. In der mündlichen Verhandlung haben die Beteiligten Gelegenheit erhalten, Stellung zu nehmen.

Die Vergabeakte des Antragsgegners 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 ohne Erfolg.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zwar überwiegend zulässig.

Der Anwendungsbereich des Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist vorliegend eröffnet. Dies beruht allerdings nicht bereits auf einer Selbstbindung des Antragsgegners durch die Bekanntmachung. Die Vergabekammer ist vielmehr verpflichtet, die Eröffnung des Anwendungsbereichs und ihre Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen (vgl. auch *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, § 155 GWB, Rn. 19 m.w.N.).

Der Antragsgegner ist allerdings öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 4 GWB. Danach ist öffentlicher Auftraggeber eine juristische Person des privaten Rechts in den Fällen, in denen sie für die Errichtung von Sporteinrichtungen oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter § 99 Nr. 1, 2 oder 3 GWB fallen, Mittel erhält, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden. Anders als im Rahmen des § 99 Nr. 2 GWB kommt es bei der Bemessung der überwiegenden Subventionierung nur auf die projektbezogene Förderung des streitgegenständlichen Vorhabens und nicht eine allgemein oder für andere Projekte dem Antragsgegner zufließende öffentliche Förderung an (vgl. *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Auflage 2022, § 99 GWB, Rn. 119 ff.). Eine derartige projektbezogene Förderung der Errichtung des Nachwuchsleistungszentrums - und damit eines tatbestandlich erfassten Vorhabens - des Antragsgegners von mehr als 50% liegt hier vor.

Ausschlaggebend für die Berechnung ist dabei der Zeitpunkt der Ausschreibung (vgl. *Ganske*, in: Säcker/Ganske/Knauff, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VergabeR I, 4. Auflage 2022, § 99 GWB, Rn. 102; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergabe-

rechtskommentar, 4. Auflage 2022, § 99, Rn. 123). Aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit muss zu diesem Zeitpunkt feststehen, ob eine europaweite Ausschreibung stattzufinden hat oder nicht. Etwaige Änderungen im Laufe des Verfahrens können an der Eigenschaft oder der fehlenden Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nichts mehr ändern. Auf spätere Umstände kann es daher nicht ankommen. Ausschlaggebend ist vielmehr, in welcher Höhe der Auftraggeber mit Fördermitteln bei seiner Gesamtkalkulation gerechnet hat (OLG München, Beschluss vom 10. November 2010 - Verg 19/10, ZfBR 2011, 200, 202).

Zum Zeitpunkt der europaweiten Bekanntmachung des streitgegenständlichen Auftrags hat der Antragsgegner mit Fördermitteln in Höhe von ... Mio. EUR bei voraussichtlichen Gesamtkosten der Maßnahme gemäß Bauplanungsunterlage von ... Mio. EUR, d.h. einer Förderquote von rund 58% kalkuliert. Im Zeitpunkt der Bekanntmachung war der Antragsgegner damit öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 4 GWB. Dem steht nicht entgegen, dass die Gesamtkosten des Vorhabens bei Anlegung aktualisierter Baukosten gegebenenfalls bereits vor Veröffentlichung der Bekanntmachung auf einen höheren Betrag zu schätzen gewesen wären. Denn eine derartige - wohlgermerkt prognostizierte, nicht tatsächliche - Erhöhung der Baukosten ginge zwangsläufig mit einer veränderten Finanzplanung einher. Der Antragsgegner müsste zumindest höhere Eigenmittel für das Vorhaben einstellen. Bereits dies dürfte nach Ziffer 9 des Zuwendungsbescheids vom 4. Mai 2021 dazu führen, dass der Antragsgegner diese veränderten Umstände dem Zuwendungsgeber anzuzeigen hätte. Daneben wäre der Antragsgegner durch die für ihn handelnden Organe wohl auch unter dem Gesichtspunkt der anzulegenden Sorgfaltspflicht in eigenen Angelegenheiten dazu verpflichtet (vgl. auch § 266 StGB), etwaig verfügbare Fremdmittel auch einzuwerben. Dementsprechend hat bereits das Kammergericht ausgeführt, dass bei erheblich erhöhten Gesamtkosten zu hinterfragen wäre, warum „nicht auch entsprechend höhere Fördermittel beansprucht werden könnten und tatsächlich auch beansprucht werden“ (KG, Beschluss vom 19. März 2021 - Verg 1008/20).

Dies belegt wiederum, dass es zur Beurteilung der Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 4 GWB nicht auf Prognosen einerseits, ungewisse Ansprüche oder andere nicht rechtsharte Um-

stände andererseits ankommen kann. Anderenfalls wären rechtssichere Ergebnisse kaum erzielbar. Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine Zuwendung von mehr als 50% vorliegt, muss daher der Zuwendungsbescheid sein (vgl. auch VK Bund, Beschluss vom 12. April 2019 - VK 1 - 11/19, Datenbank VERIS). Diesem ist vorliegend die öffentliche Förderung des Vorhabens zu rund 58% zu entnehmen.

Der Anteil des Bundes an dieser Zuwendung liegt dabei wiederum unter 50%, sodass eine Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes nach § 159 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht begründet ist.

Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich zudem unzweifelhaft um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1, 3 GWB. Der für Bauaufträge 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 wird im Hinblick auf die Gesamtinvestition erreicht. Die angerufene Vergabekammer des Landes Berlin ist danach zuständig.

Der Nachprüfungsantrag unterliegt allerdings teilweise der Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 GWB. Während die Antragstellerin ihre Anwürfe gegen den mit dem Vorabinformationsschreiben mitgeteilten Ausschluss mangels Eignung und zum Ergebnis der Preisprüfung beziehungsweise dem Ausschluss wegen unangemessen niedriger Preise zweifelsohne rechtzeitig geltend gemacht hat, sodass insoweit das Vorbringen nicht präkludiert ist, gilt dies im Übrigen nicht beziehungsweise nicht ohne Weiteres.

Die von der Antragstellerin bemängelten Regelungen zu Schadstoffanforderungen bei Pos. 3.20 waren ebenso wie die Vorgaben zu Titel 5.30 im Hinblick auf die VdS bereits mit den Vergabeunterlagen erkennbar, sodass nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB eine dahingehende Rüge bis zum Ablauf der Angebotsfrist hätte erfolgen müssen. Erkennbar sind Vergaberechtsverstöße, die von einem Durchschnittsbieter bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen erkannt werden (vgl. *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, Stand: 21.06.2021, § 160 GWB, Rn. 267 m.w.N.). Von einem durchschnittlichen Bieter

ist zu erwarten, dass er insbesondere das Leistungsverzeichnis, dass das von ihm zu erbringende Leistungssoll definiert, intensiv betrachtet. Dementsprechend ist für einen solchen fachkundigen Bieter auch erkennbar, wenn die darin enthaltenen Vorgaben zu unbestimmt oder unzutreffend sind. Gleiches gilt nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB im Hinblick auf den geltend gemachten Verstoß gegen die Pflicht zur Bekanntmachung von Eignungskriterien im Hinblick auf die Laborakkreditierung. Die vorstehenden Aspekte waren erkennbar und hätten – was hier nicht erfolgt ist – bis zur Angebotsabgabe gerügt werden müssen.

Demgegenüber dürfte der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf den Ausschluss der Antragstellerin wegen einer verweigerter Preisauflärung nicht gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB unzulässig sein. Zwar hat die Antragstellerin diesen Ausschluss nicht *expressis verbis* gerügt. Sie hat allerdings mit ihrer Rüge geltend gemacht, der Antragsgegner sei schon zur Preisauflärung selbst nicht berechtigt gewesen. Bei Anlegung eines großzügigen Maßstabs hätte die Antragstellerin damit zugleich sämtliche Rechtsfolgen der erfolgten Auflärung beanstandet. Im Ergebnis kann die Kammer die Frage der Rügepräklusion zu diesem Gesichtspunkt aber offenlassen, da der Nachprüfungsantrag insoweit jedenfalls nicht begründet ist (s.u.).

Die Antragstellerin ist hinsichtlich der danach verbleibenden Aspekte allerdings antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat neben ihrem durch Angebotsabgabe manifestierten Interesse am Auftrag insbesondere geltend gemacht, durch die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene in ihrem Recht beispielsweise auf ein diskriminierungsfreies Vergabeverfahren verletzt zu sein. Indem sie weiter ausgeführt hat, ihr sei dadurch die Chance auf Zuschlagserteilung genommen worden, hat sie auch einen drohenden Schaden dargelegt.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet. Die Antragstellerin ist durch die Auswahlentscheidung des Antragsgegners, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, nicht in ihren Rechten verletzt, § 168 Abs. 1 S. 1 GWB.

Das Angebot der Antragstellerin ist vom Antragsgegner zurecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. Dabei kann offenbleiben, ob das Angebot der Antragstellerin auch aus anderen Gründen - etwa wegen eines unklaren Umfangs des beabsichtigten Nachunternehmensesatzes oder einer Abweichung von den Vergabeunterlagen im Hinblick auf die Haufwerksbeprobung - vom Verfahren auszuschließen gewesen wäre. Denn jedenfalls begegnet die Entscheidung des Antragsgegners, das Angebot auszuschließen, nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A keinen Bedenken. Danach darf der Zuschlag nicht auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis oder mit unangemessen hohen oder niedrigen Kosten erteilt werden. Im Ergebnis der vom Antragsgegner durchgeführten Preisprüfung darf das Angebot der Antragstellerin danach nicht den Zuschlag erhalten.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin war die Preisprüfung des Antragsgegners vorliegend zulässig. Nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 S. 1 VOB/A ist vor Ablehnung eines Angebotes vom Bieter Aufklärung über die Ermittlung der Preise oder Kosten für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen, wenn der Angebotspreis unangemessen niedrig erscheint und anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen ist. Ob der Antragsgegner danach vorliegend zu einer Preisprüfung verpflichtet war, kann offenbleiben. Denn jedenfalls war er dazu berechtigt (vgl. auch *Seebo/Lehmann*, in Säcker/Ganske/Knauff, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 4, VergabeR II, 4. Aufl. 2022, § 16dEU VOB/A, Rn. 9). Das Angebot der Antragstellerin wies einen Abstand von mehr als 10% zum nächsthöheren Angebot der Beigeladenen auf. Dies ist ein hinreichender Anlass, um von einem unangemessen niedrig erscheinenden Angebotspreis auszugehen. Dem steht nicht entgegen, dass in Rechtsprechung und Literatur vielfach eine sog. Aufgreifschwelle von 20% angenommen wird. Denn diese bezieht sich lediglich auf die Frage, ab welchem Preisabstand ein Auftraggeber verpflichtet, nicht hingegen, ab wann er berechtigt ist, eine Preisauflärung vorzunehmen. Es ist auch nichts gegen die Einschätzung des Antragsgegners einzuwenden, anhand der ihm vorliegenden Unterlagen die Angemessenheit nicht beurteilen zu können.

Aufgrund des Preisabstands zum Angebot der Beigeladenen war das Vorliegen eines unangemessen niedrigen Preises indiziert. Dies hat die Antragstellerin im Rahmen der Aufklärung nicht widerlegt. Im Ergebnis der Aufklärung ist vielmehr unklar geblieben, wie die Antragstellerin ihre Preise ermittelt hat und ob diese kostendeckend und angemessen sind.

In der Erklärung der Antragstellerin, mit weniger aufwendigen und deutlich effektiveren Arbeitsprozessen sowie mit ihren speziellen und effizienten Geräten würden ihre Preise plausibel gemacht, kann schon per se keine geeignete Preisaufklärung liegen. Abgesehen davon, dass diese Aussage zu pauschal ist und nicht konkrete Umstände der Preisermittlung darlegt, hat der Antragsgegner auch unwidersprochen darauf verwiesen, dass die Antragstellerin kein besonderes Gerät oder Ähnliches nutze, das die Abweichungen gegenüber den anderen Unternehmen erkläre. Auch die bloße Versicherung der Antragstellerin, sie habe ein auskömmliches Angebot abgegeben und eine ordnungsgemäße Abwicklung der Maßnahme zu dem angebotenen Gesamtpreis sei ohne Zweifel zu erwarten, kann keine Preisaufklärung ersetzen.

Der Antragsgegner hat wiederum an verschiedenen Stellen Widersprüchlichkeiten in den Erklärungen und Unterlagen der Antragstellerin aufgezeigt, die jene nicht auszuräumen vermocht hat. Beispielhaft werden von der Kammer insoweit – unter Wahrung des Geheimschutzes mit Verweis auf die verakteten Erklärungen und Unterlagen – die Positionen 04.90.0050 und 04.90.0060 herangezogen. Jenen kommt im Preisgefüge ein derartiges Gewicht zu, dass es sich nicht nur um unwesentliche, die Angemessenheit des Angebots nicht in Frage stellende Positionen handelt. Die Antragstellerin hat zu den Positionen jeweils Einheitspreise angeboten, deren Zusammensetzung unklar geblieben ist. So ist schon unklar, inwieweit sie hierbei ein Nachunternehmen einzusetzen beabsichtigt. Während ihre – zahlreichen – Nachunternehmererklärungen bis zuletzt kein entsprechendes Nachunternehmen vorgesehen haben, hat die Antragstellerin ausweislich eines Vermerks über das Aufklärungsgespräch dort erklärt, ein Nachunternehmen einzusetzen. Sie hat auch in der Folge ein entsprechendes Angebot eines Dritunternehmens eingereicht. Dieses sieht wiederum Transport und Entsorgungskosten vor, die mit den – ebenfalls zahlreichen – Erklärungen der Antragstellerin (Angaben zur Preisermittlung

vom 17. November, Aufgliederung der Einheitspreise vom 22. November, Detailaufschlüsselung der Einzelpositionen vom 30. November und schließlich der Kalkulationsdarstellung vom 21. Dezember) kein nachvollziehbares Bild der Preisermittlung der Antragstellerin ergeben. Abgesehen davon, dass die Preisbestandteile in diesen Unterlagen mitunter unterschiedlich bezeichnet werden (zunächst „Stoffe“ und „Geräte“, sodann „reine Transportkosten“ und „reine Entsorgungskosten“ sowie „Löhne“ und „Geräte“), ist auch nichts gegen die Beurteilung des Antragsgegners einzuwenden, die Auskömmlichkeit der angebotenen Preise sei im Hinblick auf die angebotenen Preise des potentiellen Nachunternehmens einschließlich etwaiger Auf-/Zuschläge nicht belegt. Ungereimtheiten in Bezug auf die Preisbildung, die sich im Wege der Aufklärung nicht zufriedenstellend aufklären lassen, gehen zulasten der Bieter (*Seebo/Lehmann*, in *Säcker/Ganske/Knauff*, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 4, VergabeR II, 4. Aufl. 2022, § 16dEU VOB/A, Rn. 12).

Die Entscheidung des Antragsgegners, das Angebot der Antragstellerin unberücksichtigt zu lassen und der Beigeladenen den Zuschlag erteilen zu wollen, verletzt die Antragstellerin danach nicht in ihren Rechten. Insbesondere ist bei der Beigeladenen entgegen des im Wesentlichen ins Blaue hinein erfolgten Vortrags der Antragstellerin auch kein vergleichbarer Sachverhalt ersichtlich, der einen Ausschluss rechtfertigte. Der Antragsgegner hat auch die Beigeladene zur Preisauflärung aufgefordert. Die Kammer kann aus der Vergabeakte nicht ersehen, dass die Beurteilung des Antragsgegners, das Angebot der Beigeladenen in der Folge nicht vom Verfahren auszuschließen, vergaberechtswidrig oder insbesondere diskriminierend im Verhältnis zur Antragstellerin wäre.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat die Antragstellerin als unterliegende Beteiligte die Kosten zu tragen.

Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB haben die Beteiligten im entsprechenden Umfang die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Gegenseite zu tragen. Die Antragstellerin trägt danach die Aufwendungen des Antragsgegners. Dies gilt im gleichen

Maße nach § 182 Abs. 4 S. 2 GWB hinsichtlich der Beigeladenen. Denn jene ist dem Nachprüfungsantrag durch eine eigene Antragstellung in der mündlichen Verhandlung entgegengetreten und hat sich damit auch selbst einem Kostenrisiko ausgesetzt. Ihre Aufwendungen sind der Antragstellerin daher aus Billigkeit ebenfalls aufzuerlegen (zu diesen Maßstäben vgl. auch OLG Rostock, Beschluss v. 5. Februar 2020 - 17 Verg 4/19, NZBau 2021, 70, 74; OLG München, Beschluss v. 21. Oktober 2019 - Verg 13/19, NZBau 2020, 263, 266).

Hinsichtlich des Antragsgegners und der Beigeladenen 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. 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 materielle Rechtsfragen der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts, der Preisprüfung und des Ausschlusses von Angeboten sowie prozessuale Aspekte des Vergabenachprüfungsverfahrens wie die Rügepräklusion zu klären gewesen sind, deren Bearbeitung dem Antragsgegner und der Beigeladenen nicht notwendig selbst möglich sein muss, hat sich auch die Antragstellerin durch Verfahrensbevollmächtigte vertreten lassen, sodass unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit eine anwaltliche Vertretung des Antragsgegner und der Beigeladenen ebenfalls opportun erscheint (zu diesem Aspekt vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 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).

Der Feststellung der Notwendigkeit steht auch nicht die späte Bestellung der Bevollmächtigten der Beigeladenen entgegen. Zwar ist hinsichtlich des Zeitpunkts für die Beurteilung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten auf die die Aufwendungen verursachende Handlung abzustellen. Dies ist der Zeitpunkt der Heranziehung des Bevollmächtigten,

d. h. der förmlichen Bevollmächtigung oder, bei schon früher erfolgter allgemeiner Bevollmächtigung, des Auftrags zur Vertretung im Nachprüfungsverfahren. Maßgebliche Grundlage der Beurteilung, ob die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig ist, ist daher der Stand des Verfahrens zu diesem Zeitpunkt nach dem Kenntnisstand des beauftragenden Beteiligten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2018 – Verg 60/17, BeckRS 2018, 46318 Rn. 18, beck-online m.w.N.). Ob die Hinzuziehung des Bevollmächtigten noch einen nennenswerten oder gar für den Beigeladenen vorteilhaften Einfluss auf den weiteren Verlauf des Nachprüfungsverfahrens hatte, ist insoweit entgegen der Ausführungen der Antragstellerin nicht entscheidungserheblich. Denn es steht der Kammer nach den vorstehenden Maßstäben nicht zu, die Kausalität und Qualität der Bevollmächtigten für die abschließende Entscheidung ex post zu beurteilen. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob die Beigeladene die Beauftragung von Verfahrensbevollmächtigten im Zeitpunkt ihrer Entscheidung für geboten erachten konnte. Dies ist hier der Fall. Die Kammer hatte zum Zeitpunkt der Bestellung der Bevollmächtigten im Verfahren noch keinen rechtlichen Hinweis zu den Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags erteilt, zudem stand noch die mündliche Verhandlung aus.

Einer Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin bedarf es nicht. Denn diese setzte eine Kostengrundentscheidung hinsichtlich der Erstattung der Aufwendungen zugunsten der Antragstellerin 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 Antragstellerin vorliegend ihre Aufwendungen selbst zu tragen hat, fehlt es mithin am Bedürfnis für einen dahingehenden Ausspruch.

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 Vergabekam-

mern 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. Nach der Gebührentabelle ergibt sich damit bei linearer Interpolation (vgl. etwa *Krohn*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 182 GWB, Rn. 19) 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 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

...