

Ausfertigung

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK – B 2 – 57/20

Diese Ausfertigung stimmt
mit dem Beschluss überein.



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ...

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

das Land Berlin, vertreten durch das Bezirksamt Neukölln von Berlin,
dieses vertreten durch den Bezirksbürgermeister Martin Hikel,
Karl-Marx-Straße 83, 12040 Berlin,

Antragsgegner,

beigeladen:

...

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen des Vergabeverfahrens „...“;

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Dipl.-Ing. ... am 12. Mai 2021 beschlossen:

1. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.

2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
4. Der Antrag, die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären, wird abgelehnt.
5. Der Antragsgegner ist von der Entrichtung der Gebühren befreit. Auslagen werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit am September 2020 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union erfolgter Bekanntmachung (2020/S 178-...) Bauleistungen (raumluftechnische Anlagen und Wärmedämmarbeiten) im offenen Verfahren aus. Schlusstermin für den Eingang der Angebote sollte ausweislich der Bekanntmachung der 19. Oktober 2020 sein. Im Nachgang wurde die Angebotsfrist bis zum 26. Oktober 2020 verlängert.

Mit Schreiben vom 16. Oktober 2020 rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner insbesondere die Nennung eines Fabrikats der Planung in einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses als Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung sowie einen Verstoß gegen das Transparenz- und Wettbewerbsgebot.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2020 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, das Vergabeverfahren sei nicht mit der Absicht konzipiert worden, den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Die Angabe des jeweiligen Planungsfabrikats solle lediglich eine leichtere Bepreisung ermöglichen.

Am 6. November 2020 hat die Antragstellerin durch ihre Verfahrensbevollmächtigten einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer des Landes Berlin gestellt, der dem Antragsgegner am selben Tag durch die Kammer übermittelt worden ist.

Der Antragsgegner hat in der Folge drei Band Vergabeakten vorgelegt und mit Schriftsatz vom 19. November 2020 auf den Nachprüfungsantrag erwidert und dessen Abweisung beantragt.

Mit Beschluss vom 25. November 2020 hat die Kammer die Beiladung des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens ausgesprochen. Ferner hat die Kammer mit rechtlichen Ausführungen darauf hingewiesen, warum viel für den Erfolg des Nachprüfungsantrags sprechen dürfte, und dem Antragsgegner anheimgestellt, das Nachprüfungsverfahren durch eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens vor Bekanntmachung zu erledigen.

Der Antragsgegner hat daraufhin mit Schriftsatz vom 27. November 2020 erklärt, den Hinweis der Vergabekammer anzunehmen und das Vergabeverfahren in den Zustand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen. Mit Mitteilung vom 30. November 2020 hat er zudem der Antragstellerin mitgeteilt, dass das Vergabeverfahren aufgehoben worden sei, weil die Vergabeunterlagen gemäß dem Beschluss der Kammer grundlegend geändert werden müssten.

Mit Schriftsatz vom 30. November 2020 hat die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag darauf für erledigt erklärt. Mit Schriftsatz vom 1. Dezember 2020 hat der Antragsgegner sich der Erledigungserklärung angeschlossen.

Die Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen haben mit Schriftsatz vom 30. November 2020 ihre Vertretung angezeigt und nur zur Vervollständigung der Akte ihr vorsorgliches Rügeschreiben an den Antragsgegner übermittelt.

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

II.

Nachdem sich das Nachprüfungsverfahren 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 Erledigung des Antrags vor einer Entscheidung der Vergabekammer nach billigem Ermessen. Dem Antragsgegner sind die Kosten bereits unter dem Gesichtspunkt aufzuerlegen, dass er sich durch die erfolgte Abhilfeentscheidung freiwillig in die Rolle des Unterlegenen begeben hat (vgl. Begründung zu § 182 GWB, BT-Drs. 18/6281, S. 136; OLG München, Beschluss vom 2. Mai 2019 – Verg 5/19, NZBau 2020, 126, 127 f.; allgemein zu diesem kostenrechtlichen Aspekt vgl. BGH, Beschluss vom 6. Juli 2005 – IV ZB 6/05, NJW-RR 2005, 1662, 1663; BVerwG, Beschluss vom 26. November 1991 – 7 C 16/89, NVwZ 1992, 787, 788 f.).

Es entspricht auch deshalb billigem Ermessen, dem Antragsgegner die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen, weil er bei summarischer Prüfung (vgl. BGH, Beschluss v. 25.1.2012 – X ZB 3/11, NZBau 2012, 380, 382) entsprechend der Hinweise aus dem Beschluss vom 25. November 2020, auf die Bezug genommen wird, voraussichtlich unterlegen wäre.

Nach § 182 Abs. 4 S. 3 GWB entspricht es ebenso billigem Ermessen, dass der Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen hat.

Hingegen entspricht es vorliegend nicht billigem Ermessen nach § 182 Abs. 4 S. 3 GWB, die Beigeladene zur Kostentragung heranzuziehen. Sie hat weder eigene Anträge gestellt beziehungsweise angekündigt noch sich anderweitig dem Nachprüfungsantrag aktiv entgegengestellt. So wie die Beigeladene danach nicht an der Kostentragung zu beteiligen ist, sind allerdings gleichermaßen auch ihre Kosten von ihr selbst zu tragen.

Auf den Antrag der Antragstellerin hat die Kammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG über die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten zu befinden. Vorliegend konnte die Kammer jedoch ausnahmsweise die Notwendigkeit der Hinzuziehung nicht feststellen. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden,

sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen. Entscheidend ist dabei, ob der Beteiligte auch selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, der im Hinblick auf eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren von Bedeutung ist, hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (vgl. schon BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06, NVwZ 2007, 240, 246; VK Berlin, Beschluss vom 26. August 2014 – VK – B 1 – 10/14 m.w.N.). Streitgegenständlich waren vorliegend allein Fragen des Verständnisses des Leistungsverzeichnisses und der Produktneutralität der Ausschreibung. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Antragstellerin als Fachunternehmen dazu nicht selbst vor der Kammer hätte vortragen können. So hat sie zum einen schon im Rahmen der Rüge auch selbst ausführlich zu den tatsächlichen und rechtlichen Umständen vorgetragen. Zum anderen geht der Nachprüfungsantrag auch nicht wesentlich über den Vortrag der Rüge hinaus, wenngleich er freilich etwas umfangreicher ist. Schwierige vergaberechtliche oder gar vergabenachprüfungsverfahrensrechtliche Fragen stellten sich in dem Verfahren nicht. Die Antragstellerin hat auch nichts dazu vorgetragen, warum sie aufgrund ihrer persönlichen oder sachlichen Ausstattung nicht zu eigenem Vortrag in der Lage gewesen wäre. Dies wäre aber, zumal sie offenbar hinreichende Erfahrung mit öffentlichen Auftraggebern und dementsprechend der Anwendung des Vergaberechts hat (allein bei einer Suche nach der Firma der Antragstellerin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter <https://ted.europa.eu/TED/search/searchResult.do> finden sich vier Eintragungen aus den letzten drei Jahren, Stand: 12. Mai 2021), vonnöten gewesen. Auch unter dem Gesichtspunkt der prozessualen Waffengleichheit war angesichts des nicht anwaltlich vertretenen Antragsgegners die Beauftragung von Verfahrensbevollmächtigten nicht als notwendig anzuerkennen. Da es sich bei der Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung um eine der Kostenfestsetzung zuzuordnende Entscheidung handelt, hat die diesbezügliche Ablehnung des Antrags jedoch keine Rückwirkung auf das Unterliegen in der Hauptsache und die Kostengrundentscheidung (vgl. *Kunze*, in: *Posser/Wolff*, BeckOK VwGO, 57. Edition, Stand: 01.04.2021, § 162, Rn. 83 m.w.N.).

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr richtet sich nach § 182 Abs. 2, 3 S. 4 GWB und soll dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer entsprechen. Die

Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern regelmäßig die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (derzeit abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien_node.html) heran. Dabei wird der Bruttoangebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 29.8.2014 – 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragstellerin, der ihr Interesse am Auftrag manifestiert, zugrunde gelegt. Da der Antragsgegner gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG jedoch ohnehin gebührenbefreit ist, bedarf es darüber keiner konkreten Entscheidung. Gebühren der Kammer werden in dem Verfahren im Ergebnis vielmehr nicht erhoben.

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

...