

Ausfertigung

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK-B2-8/21

Diese Ausfertigung stimmt
mit dem Beschluss überein.



Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ... ,

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

gegen

das Land Berlin, vertreten durch das Sondervermögen Immobilien
des Landes Berlin, dieses vertreten durch die
Berliner Immobilienmanagement GmbH, diese gesetzlich vertreten durch ihre
Geschäftsführer Sven Lemiss u. a.,
Alexanderstraße 3, 10178 Berlin,

Antragsgegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

... ,

unter Beteiligung von

1) ... ,

2) ... ,

- Beigeladene-

Verfahrensbevollmächtigte:

zu 1) ... ,

zu 2) ... ,

wegen des Vergabeverfahrens „KG 480 Gebäudeautomation, Konzerthaus Berlin“

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 5. Januar 2022 beschlossen:

1. Das Verfahren wird eingestellt.
2. Mit Ausnahme der Kosten des Vorabgestattungsverfahrens trägt die Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 1).
3. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Vorabgestattungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2).
4. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre Aufwendungen jeweils selbst.
5. Die Hinzuziehung von Bevollmächtigten durch die Antragstellerin, den Antragsgegner und die Beigeladene zu 1) ist notwendig gewesen.
6. Die Verfahrensgebühren werden auf ... EUR festgesetzt, wobei ... EUR auf das Vorabgestattungsverfahren entfallen.
Der Antragsgegner ist von der Entrichtung der Gebühren befreit. Auslagen werden nicht erhoben.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit Bekanntmachung vom 25. September 2020 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (2020/S 187-448360) einen Bauauftrag im Bereich der Gebäudeautomation europaweit im offenen Verfahren aus.

Die Antragstellerin und die beiden Beigeladenen gaben Angebote ab. Das Angebot der Antragstellerin schloss ausweislich der Niederschrift über die Angebote mit ... EUR und lag damit preislich hinter dem Angebot der Beigeladenen zu 1) und vor der Beigeladenen zu 2).

Mit Schreiben vom 4. Januar 2021 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2) mit, ihre Angebote nicht berücksichtigen zu können und den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu 1) erteilen zu wollen. Die hiesige Beigeladene zu 2) strengte daraufhin ein Vergabenachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer des Landes Berlin an, das unter dem Aktenzeichen VK - B 2 - 3/21 geführt wurde. In jenem Verfahren lud die Kammer neben der hiesigen Beigeladenen zu 1) auch die hiesige Antragstellerin bei.

Nachdem sie gegenüber dem Antragsgegner mit Schreiben vom 19. Januar 2021 Vergaberechtsverstöße gerügt hatte, hat die Antragstellerin am 10. Februar 2021 einen Antrag auf Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer des Landes Berlin gestellt, der dem Antragsgegner durch die Kammer am gleichen Tag übermittelt worden ist. Ferner hat die Kammer das für den Zuschlag auserkorene und das drittplatzierte Unternehmen beigeladen.

Mit dem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin insbesondere geltend gemacht, das Angebot der Beigeladenen zu 1) erfüllte nicht die vom Antragsgegner aufgestellten Anforderungen und sei daher auszuschließen.

Mit Verfügung vom 15. Februar 2021 wies der Vorsitzende die Beteiligten darauf hin, dass der Nachprüfungsantrag keine Aussicht auf Erfolg haben dürfte. Auf einen vergleichbaren Hinweis nahm die hiesige Beigeladene zu 2) mit Schriftsatz vom 19. Februar 2021 ihren Nachprüfungsantrag im Parallelverfahren VK - B 2 - 3/21 zurück, die Kammer beendete jenes Verfahren mit Einstellungsbeschluss vom 11. März 2021.

Mit Verfügung vom 17. März 2021 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 30. April 2021 verlängert und die Antragstellerin sowie die Beigeladenen zur beabsichtigten Akteneinsichtsgewährung angehört. Mit Beschluss vom 30. März 2021 hat die Kammer der Antragstellerin und den Beigeladenen teilweise Akteneinsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners gewährt.

Mit Schriftsatz vom 7. April 2021 hat der Antragsgegner beantragt, ihm die Zuschlagserteilung zu gestatten. Die Antragstellerin hat die Zurückweisung dieses Antrags beantragt.

Der Antragsgegner ist dem Nachprüfungsantrag durch seine Verfahrensbevollmächtigten entgegengetreten und hat schriftsätzlich neben der Zurückweisung des Antrags beantragt festzustellen, dass die Hinzuziehung seiner Bevollmächtigten notwendig war.

Die Beigeladene zu 1) hat schriftsätzlich neben der Zurückweisung des Nachprüfungsantrags ebenfalls beantragt festzustellen, dass die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten notwendig war. Sie hat ferner zum Sachverhalt vorgetragen und geltend gemacht, anders als die Antragstellerin selbst ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben zu haben.

Die Beigeladene zu 2) hat Akteneinsicht beantragt und insbesondere zum Akteneinsichtsrecht vorgetragen. Ohne einen ausdrücklichen Sachantrag zu stellen, hat sie daneben aber auch – unter anderem mit Schriftsatz vom 8. April 2021 – ausgeführt, die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 1) entsprächen nicht den geforderten Vorgaben und könnten den Zuschlag nicht erhalten. Ferner hat sie mit Schriftsatz vom 12. April 2021 geltend gemacht, die Voraussetzungen für einen Eilantrag auf Gestattung des Zuschlags lägen nicht vor.

Mit Beschluss vom 16. April 2021 hat die Kammer den Antrag auf Gestattung der Zuschlagserteilung zurückgewiesen. Die Beigeladene zu 1) hat gegen den Beschluss der Kammer zur Akteneinsicht sofortige Beschwerde eingelegt, die beim Kammergericht zum Aktenzeichen Verg 1/21 registriert worden ist. Nach Anforderung der Akten durch das Kammergericht hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist mit Verfügung vom 20. April 2021 bis zum 15. Juni 2021 verlängert.

Mit Schriftsatz vom 17. Mai 2021 hat die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag zurückgenommen. Mit Beschluss vom 2. August 2021 hat das Kammergericht über die Kosten des Beschwerdeverfahrens entschieden.

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 die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag zurückgenommen hat, ist das Verfahren einzustellen und nur noch 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.

Billigem Ermessen entspricht es vorliegend, der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens in der Hauptsache aufzuerlegen. Denn die Antragstellerin wäre bei summarischer Prüfung (vgl. BGH, Beschluss v. 25. Januar 2012 - X ZB 3/11, NZBau 2012, 380, 382) entsprechend den Hinweisen aus der Verfügung vom 15. Februar 2021 voraussichtlich unterlegen. Der Antragstellerin sind die Kosten aber auch aufzuerlegen, da sie sich durch die erfolgte Rücknahme des Nachprüfungsantrags bei unveränderter Sachlage freiwillig in die Rolle der Unterlegenen begeben hat (vgl. Begründung zu § 182 GWB, BT-Drs. 18/6281, S. 136; allgemein zu diesem kostenrechtlichen Aspekt vgl. BGH, Beschluss v. 6. Juli 2005 - IV ZB 6/05, NJW-RR 2005, 1662, 1663; BVerwG, Beschluss v. 26. November 1991 - 7 C 16/89, NVwZ 1992, 787, 788 f.). Anhaltspunkte für eine andere Ausübung des billigen Ermessens bestehen hier nicht (vgl. auch VK Thüringen, Beschluss v. 17. Oktober 2017 - 250 - 4003 - 6233/2017 - E - 012 - SM, IBRRS 2018, 0640).

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

Dies gilt im gleichen Maße nach § 182 Abs. 4 S. 3 Hs. 2 i.V.m. S. 2 GWB hinsichtlich der Beigeladenen zu 1). Denn jene ist dem Nachprüfungsantrag mit einem eigenen Sachantrag entgegengetreten und hat das Verfahren auch durch entsprechende Schriftsätze aktiv gefördert. Auch ihre Aufwendungen sind der Antragstellerin daher aus Billigkeit 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).

Die Aufwendungen der Beigeladenen zu 2) sind hingegen nicht erstattungsfähig, sie hat sie unter Billigkeitsgesichtspunkten vielmehr selbst zu tragen. Zwar hat die Beigeladene zu 2) sich - auch ohne ausdrückliche Ankündigung eines Sachantrags - durch ihren Vortrag in einen klaren Interessengegensatz zu der Antragstellerin begeben. Allerdings hätte sie mit einer Abweisung des Nachprüfungsantrags ihr Rechtsschutzziel, eine Vergabe des Auftrags an die Beigeladene zu 1) zu verhindern, nicht erreichen können. Wertungsmäßig wäre dies einem Un-

terliegen gleichzusetzen. Es entspricht daher nicht der Billigkeit, ihre Aufwendungen der Antragstellerin oder einem anderen Beteiligten aufzuerlegen. Gleichermäßen entspricht es allerdings auch nicht der Billigkeit, sie zu den Kosten des Verfahrens und den Aufwendungen der übrigen Beteiligten heranzuziehen.

Dem Antragsgegner sind hingegen die durch das Vorabgestattungsverfahren verursachten Kosten aufzuerlegen, über die als Teil des Nachprüfungsverfahrens mit der Hauptsache zu entscheiden ist (vgl. OLG München, Beschluss vom 28. Februar 2011 - Verg 23/10, BeckRS 2011, 4664; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 169 GWB, Rn. 46; *Jaeger*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 169 GWB, Rn. 42). Denn der Antragsgegner ist mit seinem Vorabgestattungsantrag unterlegen, sodass es einer gesonderten Ausweisung der dadurch verursachten Kosten entsprechend § 96 ZPO (vgl. dazu etwa *Welker*, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 21. Edition, Stand: 31.01.2021, § 169 GWB, Rn. 84 m.w.N.) bedarf. Als unterlegener Beteiligter hat der Antragsgegner insoweit auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen. Gleiches gilt hinsichtlich der Aufwendungen der Beigeladenen zu 2), die sich dem Vorabgestattungsantrag ausdrücklich entgegengestellt und insoweit wertungsmäßig obsiegt hat.

Auf das Begehren der Antragstellerin, des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 1) hat die Kammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG zudem jeweils die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten festzustellen. Ob die Hinzuziehung eines anwaltlichen Vertreters im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig ist, kann nicht schematisch, sondern stets nur auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles entschieden werden (vgl. etwa BGH, Beschluss v. 26. September 2006 - X ZB 14/06, NZBau 2006, 800, 806; OLG Frankfurt am Main, Beschluss v. 30. März 2010 - 11 Verg 3/10, ZfBR 2013, 517). Im Rahmen der Abwägung ist insbesondere in Betracht zu ziehen, ob sich das Nachprüfungsverfahren hauptsächlich auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentriert. Ist das der Fall, besteht im Allgemeinen für den öffentlichen Auftraggeber keine Notwendigkeit, einen Rechtsanwalt einzuschalten. In seinem originären Aufgabenkreis muss er sich selbst die notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse verschaffen und bedarf daher auch im Nachprüfungsverfahren nicht notwendig eines anwaltlichen Bevollmächtigten (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4. August 2015 - VII-Verg 1/15, BeckRS 2015, 117488; Beschluss v. 23. Dezember 2014 - Verg 37/13, NZBau 2015, 392). Vorliegend sind jedoch zahlreiche, mitunter schwierige Rechtsfragen sowohl des materiellen Vergaberechts (Auslegung von Vergabeunterlagen / Mindestanforderungen, Zertifizierung von OEM-Produkten) als auch des Nachprü-

fungsverfahrens (Präklusion, Rechtsschutzinteresse, anderweitige Rechtshängigkeit, Akteneinsicht etc.) zu klären gewesen, deren Bearbeitung dem Antragsgegner nicht notwendig selbst möglich sein muss. Dies gilt im gleichen und sogar stärkeren Maße auch für die Antragstellerin und die Beigeladene zu 1). Jedenfalls im Hinblick auf den Antragsgegner und die Beigeladene zu 1) kommt hinzu, dass sich auch die Antragstellerin fachanwaltlich vertreten lässt, so dass unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit eine anwaltliche Vertretung des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 1) ebenfalls opportun erscheint (zu diesem Aspekt vgl. auch VK Niedersachsen, Beschluss v. 5. September 2017 - VgK-26/2017, BeckRS 2017, 126982; VK Bund, Beschluss v. 31. Juli 2017 - VK 2 - 68/17, BeckRS 2017, 130187).

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich auf § 182 Abs. 1, 2 GWB in Verbindung mit § 182 Abs. 3 S. 4 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer in dem Verfahren. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (derzeit abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien_node.html) heran. Dabei legt die Kammer den Angebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 - 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragstellerin von ... EUR zugrunde, der ihr Interesse am Auftrag manifestiert. Bei linearer Interpolation (vgl. etwa Krohn, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 128 GWB, Rn. 10) dieses von der Tabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwerts ergibt sich danach eine Gebühr in Höhe von $2.500\text{€} + \frac{50.000\text{€} - 2.500\text{€}}{70.000.000\text{€} - 80.000\text{€}} * (\dots - 80.000\text{€}) = \dots$ EUR. Nach § 182 Abs. 3 S. 4 GWB ist infolge der Rücknahme nur die Hälfte dieser Gebühr, mithin ... EUR zu entrichten. Dieser Wert entspricht dem Aufwand der Kammer in dem Verfahren, bei dem zwar einerseits die parallele Befassung mit dem Verfahren VK - B 2 - 3/21 teilweise aufwandsmindernd gewirkt hat, andererseits der Umfang der - auch zur Akteneinsicht vorzubereitenden - Vergabeakten und die Beiladung von zwei Unternehmen den Aufwand deutlich erhöht haben.

Ein weiterer Verzicht auf die so ermittelte Gebühr aus Billigkeit nach § 182 Abs. 3 S. 6 GWB ist vorliegend nicht angezeigt. Denn der durch die Rücknahme typischerweise reduzierte Aufwand ist bereits in der Halbierung der Gebühr berücksichtigt (vgl. Damaske, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, 2016, § 182 Rn. 38 m.w.N.). Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, die wesentlich darüber hinausgingen und daher einen Abschlag rechtfertigten.

Allerdings hat sich der Aufwand der Kammer durch die Bearbeitung des Vorabgestattungsverfahrens erheblich gegenüber einem durchschnittlichen Verfahren erhöht, was bei der Bemessung der Verfahrensgebühr zu berücksichtigen ist (vgl. Reider, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2018, § 182 GWB,

Rn. 5). Für das Vorabgestattungsverfahren ist jedoch nicht eine weitere volle Gebühr anzusetzen, sondern entsprechend der üblichen Bewertung des Verhältnisses von Eil- und Hauptsacheverfahren sowie aufgrund des reduzierten Aufwands der Kammer nur eine - mangels Rücknahme insoweit nicht weiter zu halbierte - halbe Gebühr (vgl. auch VK Rheinland, Beschluss v. 28. Mai 2019 - VK K 55/17, BeckRS 2019, 19407; VK Thüringen, Beschluss v. 7. Februar 2019 - 250-4003-262/2019-E-001-EIC, Datenbank VergabePortal, m.w.N.). Dies führt insgesamt zu einer dem Aufwand der Kammer entsprechenden Gebühr in Höhe von ... EUR.

Der Antragsgegner ist gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG allerdings von der Zahlung der auf ihn entfallenden Gebühren befreit. Im Ergebnis wird daher nur die Antragstellerin zur Entrichtung der auf die Hauptsache entfallenden Gebühr in Höhe von ... EUR herangezogen.

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

...