



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der XXX GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer XXX,
XXX, XXX Berlin,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
XXX Rechtsanwälte,
XXX, XXX Berlin

gegen

das Land Berlin,
vertreten durch das Bezirksamt Pankow von Berlin,
dieses vertreten durch den Bezirksstadtrat/die Bezirksstadträtin
Fröbelstraße 17, 10405 Berlin

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

XXX Rechtsanwälte,
XXX, XXX Berlin,

wegen Vergabeverfahren Versorgung mit Schulmittagessen für Schulen in Berlin
(Bekanntmachungsnummer 2016/S 156-282726);
hier Los 1, 2, 4 und 5

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende XXX, den hauptamtlichen Beisitzer XXX und die ehrenamtliche Beisitzerin XXX ohne mündliche Verhandlung am 05.01.2017 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf XXX € festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb die Versorgung mit Schulmittagessen europaweit im offenen Verfahren unter der Bekanntmachungsnummer 2016/S 156-282726 am 13.08.2016 in fünf Losen aus. Die Leistung beinhaltete die Verpflegung je nach Standort von 285 bis 400 Schülern. Sie umfasste die Herstellung, Lieferung und Ausgabe einer Mittagessens-Mahlzeit (einschließlich Frischobst- oder Rohkostanteil und inkl. Getränk). Gemäß Ziffer II.2.7) soll die Laufzeit des Vertrages am 01.02.2017 beginnen und am 31.01. 2021 enden. Nach Ziffer 17.1 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes wurde pro Mittagessen ein Festpreis von 3,25 € brutto festgesetzt. Zuschlagskriterium ist das wirtschaftlich günstigste Angebot, welches sich nach den Kriterien

- Sensorische Qualitätsbewertung (50 % = 50 Punkte)
- Schulisches Umsetzungskonzept (25 % = 25 Punkte)
- Warmhaltezeiten (15 % = 15 Punkte)
- Bio-Anteil (10 % = 10 Punkte)

bestimmt (Ziffer 17.1.1 bis 17.1.4. der Aufforderung zur Angebotsabgabe).

Mit Schreiben vom 14.09.16 rügte die Antragstellerin die Maßgaben der Vergabeunterlagen. Sie führte aus, dass der Festpreis keinen Ausgleich für den ab 01.01.2017 geltenden erhöhten Mindestlohn schaffe.

Mit Schreiben vom 16.09.2016 wies der Antragsgegner die Rüge zurück. Vergaberechtliche Verstöße seien nicht zu erkennen. Der Festpreis von 3,25 € sei durch einzelne Bezirke auch nicht änderbar. Die Einarbeitung des ab 01.01.2017 geltenden erhöhten Mindestlohns von 8,84 wurde mit gesondertem Formblatt wieder aufgehoben mit der Begründung, dass die zur Zeit der Ausschreibung geltenden Regelungen anzuwenden seien.

Die Antragstellerin erneuerte mit Schreiben vom 20.09.2016 ihre Rüge und stellte ergänzende Bieterfragen.

Der Antragsgegner wies die erneute Rüge mit Schreiben vom 20.09.2016 zurück und lehnte auch die Verlängerung der Angebotsfrist ab, da diese nicht zu veränderten Rahmenbedingungen führen würde.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 30.09.2016 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Die Vergabekammer hat den Antrag dem Antragsgegner am gleichen Tage übermittelt.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Insbesondere sei sie antragsbefugt. Durch die Vorgabe des Festpreises von 3,25 € ohne Ausgleich für die aufgrund der Mindestlohnerhöhung steigenden Personalkosten werde der Antragstellerin ein unzumutbares Kalkulations- und Ausführungsrisiko auferlegt, was einen Verstoß gegen ein faires und wettbewerbliches Vergabeverfahren im Sinne des § 97 Abs. 1 GWB i.V.m. § 31 VgV darstelle. Die Antragsgegnerin sei verpflichtet, die Vergabeunterlagen den gestiegenen Lohnkosten anzupassen, um zumutbare kaufmännische Rahmenbedingungen für die Auftragsausführung zu gewährleisten. Die Grenze liege dort, wo es den Bietern unmöglich gemacht werde, kaufmännisch vernünftig zu kalkulieren. Dies sei dann der Fall, wenn eine Leistungsbeschreibung Risiken auf die Bieter übertrage, die eigentlich aus der Sphäre des Auftraggebers oder eines Dritten stammen.

Der Einheitspreis von 3,25 € basiere maßgeblich auf der Studie zur „Beurteilung der Kosten- und Preisstrukturen für das Bundesland Berlin unter Berücksichtigung des Qualitätsstandards in der Schulverpflegung“ (Studie) vom 07.09.2012. Personalkosten für Hilfskräfte machten einen erheblichen Teil der Kosten aus. Die Studie sei somit Geschäftsgrundlage für die Ausschreibungen und Verträge. Die Studie sei aber noch von dem seinerzeit geltenden Tariflohn von 8,57 € für Hilfskräfte ausgegangen. Durch die anstehende Erhöhung des Mindestlohns von 8,50 € auf 8,84 € zum 01.01.2017 sei die Studie überholt. Dem Antragsgegner komme deswegen bei der Festlegung des Leistungsgegenstandes kein weitgehender Beurteilungsspielraum zu, denn das Ermessen des Antragsgegners sei durch diese Studie reduziert. Die Nichtberücksichtigung der Mindestlohnerhöhung einerseits, die an die Bieter gestellte Bedingung eine Verpflichtungserklärung hinsichtlich Tariftreue, Mindestentlohnung und Sozialversicherungsbeiträgen abzugeben, andererseits, stelle ein unzumutbares Kalkulationsrisiko für den Bieter dar. Die Steigerung des Mindestlohns führe dazu, dass der bisherige Festpreis nicht mehr angemessen sei.

Die vom Antragsgegner angestellten Berechnungen würden insoweit von unzutreffenden Annahmen ausgehen. Die Erhöhung des Mindestlohns werde auch mittelbar Auswirkungen auf die Personalkosten der Fachkräfte haben, zudem würden sich die Einkaufspreise der Lieferanten und Hersteller durch die Mindestlohnerhöhung auch erhöhen. Bei Berücksichtigung des erhöhten Mindestlohns verblieben den Caterern nach Abzug von Skonto, Ausgabenpersonal, Wareneinsatz, Transport/Logistik, Herstellung/Abrechnung und Gemeinkosten nur noch 0,01 €. Soweit der Antragsgegner etwas anderes behauptete, liege das an den nicht zutreffenden und veralteten Kostannahmen, insbesondere der Zugrundelegung der Studie aus dem Jahr 2012 als Kalkulationsgrundlage. Die in der Studie genannte Gewinnspanne von 8 % sei zum einen als zu hoch anzusehen, zum anderen handele es sich dabei nicht um eine bloße Überkompensation, sondern um einen Anteil, der entsprechende Risiken auffangen solle bzw. als Reinvestition wieder in das Unternehmen fließen solle. Das Festhalten an einem Preis von 3,25 € setze die Antragstellerin einem nicht unerheblichen Insolvenzrisiko aus.

Zudem habe der Antragsgegner eine Preisanpassungsklausel in die Vergabeunterlagen aufzunehmen. Diesbezüglich sei das Ermessen auf Null reduziert, wenn der Bieter wie hier gerade keine Möglichkeit habe, das Risiko von Mindestlohnerhöhungen über entsprechende Aufschläge zu kompensieren.

Die Antragstellerin reichte unter Aufrechterhaltung ihrer Rüge vom 14.09.2016 für die Lose 1, 2, 4 und 5 am 21.09.2016 ein Angebot ein.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, in den Vergabeunterlagen des am 13.08.2016 veröffentlichten Vergabeverfahrens zumutbare kaufmännische Rahmenbedingungen für die Auftragsausführung dadurch sicherzustellen, dass die aufgrund der Mindestlohnerhöhung steigenden Personalkosten beim Auftragnehmer durch Festlegung eines entsprechend höheren Entgeltbetrages pro Essen (Festpreis) bzw. über einen separaten Ausgleich angemessen berücksichtigt werden;
2. hilfsweise festzustellen, dass die Antragstellerin im Vergabeverfahren durch diverse Vergabeverstöße des Antragsgegners in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt sei und den Antragsgegner zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer die Rechtsverletzung zu beseitigen und das Vergabeverfahren fortzuführen;
3. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären;
5. dem Antragsgegner die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. die Anträge zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen;
3. festzustellen, dass die Beiziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners notwendig war.

Der Antragsgegner hat sich zunächst zum Nachprüfungsantrag inhaltlich nicht geäußert, sondern lediglich auf seine Schreiben vom 16.09.2016 und 20.09.2016 verwiesen. Erst mit Schreiben vom 17.11.2016 haben die Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners die Vertretung angezeigt und mit Schriftsatz vom 29.11.2016 erstmals inhaltlich Stellung genommen.

Der Antragsgegner ist der Auffassung, ein Beibehalten des Festpreises führe nicht zu einem unzumutbaren Kalkulationsrisiko. Die Antragstellerin habe auch nicht schlüssig dargelegt, wie sie aufgrund der Mindestloohnerhöhung zu einer notwendigen Erhöhung des Festpreises um 0,10 € komme. Aufgrund des Umstands, dass die Anhebung des Mindestlohnes von 8,50 € auf 8,84 € einer Steigerung von 3 % entspreche, die Lohnkosten aber nur einen Teil der Kosten ausmachten, sei nicht nachvollziehbar wieso der Festpreis ebenfalls um 3 % zu steigen habe. Unter Zugrundelegung des typischen Anteils der Personalkosten an den Lohnkosten ließe sich aufgrund der Mindestloohnerhöhung höchstens eine Erhöhung des Preises zwischen 0,88 % und 1,2 % begründen. Dies gelte aber nur, wenn bei dem bisher geltenden Festpreis dem Auftragnehmer keinerlei wirtschaftlicher Spielraum mehr überlassen werde. Aus der Studie gehe aber hervor, dass zusätzlich zu einem Gewinn von 8 % noch ein Puffer von 0,27 bis 0,31 € pro ausgegebenes Mittagessen enthalten sei. Dieser Puffer könne entweder als Gewinn einbehalten werden oder dafür verwendet werden, über die vom Auftraggeber geforderten Mindeststandards hinauszugehen. Es sei somit nicht ersichtlich, dass der Festpreis unzumutbare kaufmännische Rahmenbedingungen schaffe. Unter Zugrundelegung der von der Antragstellerin angeführten Studie ergebe sich somit vielmehr, dass der Festpreis von 3,25 € auch weiterhin angemessen sei. Dies gelte selbst dann, wenn noch zwei weitere Erhöhungen im zu erwartenden Bereich anstehen.

Ein Anspruch auf Akteneinsicht bestehe nicht, da die Antragstellerin nicht dargelegt habe und es auch nicht ersichtlich sei, inwieweit die Akteneinsicht der Wahrung der Rechte im Nachprüfungsverfahren dienen solle.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird ergänzend auf die Verfahrensakte sowie die Schriftsätze dieses Verfahrens Bezug genommen.

Die Vergabekammer hat von der Regelung des § 166 Abs. 1 S. 3 GWB Gebrauch gemacht, wonach bei Unzulässigkeit sowie bei offensichtlicher Unbegründetheit des Antrags nach Lage der Akten entschieden werden kann.

II.

Der Antrag ist zulässig (nachfolgend A.).

Er ist jedoch bezüglich des Antrags auf Verpflichtung der Antragsgegnerin auf Zahlung eines höheren Preises beziehungsweise eines Ausgleichs als auch bezüglich der Feststellung eines Vergaberechtsverstoßes offensichtlich unbegründet (nachfolgend B.).

Eine Akteneinsicht ergibt sich bei dieser Rechtslage nicht (C.)

A.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragsbefugnis ist gegeben. Durch die Abgabe eines Angebots hat die Antragstellerin ihr Interesse am Auftrag bekundet. Mit dem Vortrag, aufgrund der Rahmenbedingungen sei eine vernünftige kaufmännische Kalkulation nicht möglich, ist der Anforderung an die Geltendmachung einer Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften im Rahmen der Antragsbefugnis Genüge getan.

Bezüglich der Darlegung eines Schadens ist ausreichend, dass ein solcher nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. Hier erscheint möglich, dass die Antragstellerin durch die Nichtvornahme einer preislichen Anpassung in Bezug auf die Mindestlohnerhöhung bei der Bestimmung des Festpreises einen Schaden erleidet.

Die Antragstellerin ist auch nicht nach § 160 Abs. 3 GWB präkludiert.

B.

Ein Anspruch auf Verpflichtung des Auftraggebers zur Festlegung eines höheren Festpreises bzw. auf Schaffung eines Ausgleiches besteht nicht. Ebenso besteht kein vergaberechtlicher Anspruch auf Verpflichtung des Antragsgegners zur Aufnahme einer Anpassungs-/Preisgleitklausel. Der Nachprüfungsantrag ist insoweit offensichtlich unbegründet.

Vorliegend kommt das Rechtsinstitut der Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses, bzw. die Rechtsprechung zur Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation nicht zum Tragen.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin einen vermeintlichen Verstoß auch nicht substantiiert dargelegt.

1.

Grundsätzlich besteht das Verbot, Bietern oder Auftragnehmern in der Leistungsbeschreibung oder sonstigen Vertragsunterlagen ungewöhnliche Wagnisse aufzubürden nicht mehr, diese Regelung wurde schon nicht aus der VOL/A 2006 in die VOL/A 2009 übernommen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.08.2014, VII-Verg 13/14; Beschluss vom 07.11.2012, VII-Verg 24/12; Beschluss vom 07.11.2011, VII-Verg 90/11; Beschluss vom 19.10.2011, VII-Verg 54/11; OLG Koblenz Beschluss vom 04.02.2014, 1 Verg 7/13; Beschluss vom 29.11.2012, 1 Verg 6/12; OLG München, Beschluss vom 06.08.2012, Verg 14/12). Auch nach der aktuellen Rechtslage existiert eine derartige Regelung nicht.

Nach der o.a. Rechtsprechung lassen sich Regelungen in Einzelfällen allenfalls unter dem Gesichtspunkt der (Un-)Zumutbarkeit einer für Bieter oder Auftragnehmer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation beanstanden. Vertragsbedingungen, die nach früherer Rechtslage als ungewöhnliches Wagnis angesehen wurden, sind nicht unbedingt unzumutbar. Nach der Rechtsprechung des OLG München gilt die Beachtung allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze, welche einen Missbrauch der Nachfragemacht des öffentlichen Auftraggebers missbilligen (OLG München, a.a.O.). Diese Rechtsprechung gilt auch nach dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.02.2016 fort (Zimmermann in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 121 GWB, Rn. 56).

Ein solcher Fall ist indes vorliegend nicht gegeben. Der angegriffene vermeintliche Vergabeverstoß - die Nichterhöhung des Festpreises nach Änderung der Lohnkosten nach dem MiLoG - ist der Frage, ob eine Kalkulation unter dieser Bedingung zumut-

bar ist, schon nicht zugänglich. Der von der Antragstellerin vorgetragene Sachverhalt unterfällt nicht dem von der Rechtsprechung entwickelten Anwendungsbereich.

Unwägbarkeiten in dem Sinne, dass der Antragstellerin eine Kalkulation nicht zumutbar wäre, werden vorliegend nicht geltend gemacht. Die Antragstellerin beanstandet keine Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung, die für sie eine Kalkulation unzumutbar machen. Im Gegenteil sind der Antragstellerin alle kalkulationsrelevanten Bedingungen im Sinne des § 31 VgV bekannt. Es ist auch durchaus möglich, eine Kalkulation vom vorgegebenen Endpreis her zu erstellen. Schließlich hat die Antragstellerin auch ein Angebot abgegeben. Sie fordert lediglich, nach der Mindestlohnerhöhung den Festpreis zu erhöhen bzw. anderweitig Ausgleich zu schaffen, weil der vorgegebene Festpreis für sie nicht mehr ausreichend sei. Es geht hier schlicht darum, dass der öffentliche Auftraggeber lediglich bereit ist, einen bestimmten Betrag für die Erbringung der Leistung zur Verfügung zu stellen und die Antragstellerin diesen für sich als nicht auskömmlich ansieht.

Damit wendet sich die Antragstellerin gegen eine Vorgabe des Antragsgegners, die jedoch nicht die *Unzumutbarkeit einer Kalkulation* betrifft, sondern eine vom Antragsgegner vorgegebene Rahmenbedingung. Es ist aber gerade die ureigene Aufgabe eines Bieters unter bestimmten vorgegebenen Bedingungen des Auftraggebers ein Angebot unter Berücksichtigung verschiedener Kostenfaktoren eben zu kalkulieren. Dabei kann der Auftraggeber im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechts festlegen, zu welchen Bedingungen er einen Auftrag vergeben will. Die Festlegung einer Kostenobergrenze ist grundsätzlich zulässig (OLG Koblenz, Beschluss vom 04.02.2014, 1 Verg 7/13).

Das Vergaberecht soll nicht nur Bieterrechte eröffnen, sondern auch eine wirtschaftliche Leistungsbeschaffung gewährleisten (OLG Düsseldorf Beschluss v. 31.03.2012, VII-Verg 92/11). Allein der öffentliche Auftraggeber bestimmt im Rahmen der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben den Beschaffungsbedarf und die Art und Weise, wie dieser gedeckt werden soll, worauf sich am Auftrag interessierte Unternehmen einzustellen haben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.03.2012, VII-Verg 92/11). Sieht sich der einzelne Unternehmer Kostensteigerungen durch Lohnerhöhungen ausgesetzt, hat er dabei ebenso wie bei Ausschreibungen, die keinen Festpreis enthalten, gegebenenfalls unter Ausschöpfung weiterer kalkulatorischer Faktoren, zu prüfen, ob für ihn die Abgabe eines Angebotes sinnvoll erscheint, bzw. mit welchen kalkulatorischen Maßnahmen er auf eine seine Kosten steigernde Lohnerhöhung reagieren kann. Zu Recht verweist der Antragsgegner auf die Möglichkeit, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren kostengünstigere Verpflegungssysteme oder einen geringeren Bioanteil anzubieten. Ob sich ein Unternehmer in der Lage sieht, zu den vorgegebenen Bedingungen ein Angebot abzugeben oder nicht, ist eine rein *unternehmerische Entscheidung*. Dabei ist es das Risiko des Auftraggebers, ob er letztlich zu den von ihm vorgegebenen Bedingungen Angebote erhält, die der Leistungsbeschreibung entsprechen. Die Unzumutbarkeit einer Kalkulation und damit einen vergaberechtlichen Verstoß begründet die Vorgabe eines bestimmten Festpreises (bzw. das Verweigern einer Erhöhung des Festpreises) durch den Auftraggeber schon rein begrifflich nicht. Der Antragstellerin geht es lediglich darum, dass ihr eine Bedingung des Auftraggebers nicht genehm ist, die ihren Gewinn schmälern könnte oder ein Angebot mit einem weniger kostenaufwändigen Verpflegungssystem oder einem geringeren Bioangebot ihrem eigenen Anspruch nicht genügt oder sich imageschädigend auswirken könnte bzw. ihre Zuschlagschancen mindern könnte. Es ist jedoch dem Auftraggeber auf der Grundlage der Vertragsfreiheit überlassen, die Leistungsparameter zu bestimmen. Die Bieter sind -ebenfalls auf der Grundlage der Vertragsfreiheit- nicht gezwungen, ein Angebot abzugeben. Es ist nicht Aufgabe der

Nachprüfungsinstanzen, öffentlichen Auftraggebern vorzugeben, zu welchem Preis sie bestimmte Leistungen zu beschaffen haben.

Es handelt sich vorliegend auch nicht um einen Fall, in dem vertragstypische Risiken vom Auftraggeber auf die Bieter überlagert werden. Die Erhöhung der Lohnkosten fällt in die Risikosphäre des Unternehmers. Auch vor Geltung des Mindestlohnes waren tariflich vereinbarte Lohnerhöhungen möglich, ohne dass die Festlegung eines Festpreises unzulässig war.

Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Nachfragemacht durch den Antragsgegner liegen nicht vor.

Ein vergaberechtlicher Anspruch auf Verpflichtung zur Aufnahme einer Anpassungs-/Preisgleitklausel besteht aus den oben dargelegten Gründen nicht.

2.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin den angeblichen Verstoß in Form der Aufbürdung eines unzumutbaren Kalkulations- und Ausführungsrisikos bereits nicht substantiiert dargelegt.

Zwar macht die Antragstellerin - dieses erstmals mit Schriftsatz vom 16.12.2016 – eine Berechnung auf, aus der sich verschiedene Kalkulationsfaktoren ergeben. Diese werden zu einem erheblichen (Kosten-)Anteil jedoch lediglich in den Raum gestellt, ohne hinsichtlich ihrer konkreten Höhe vertieft erläutert oder hinreichend unterlegt zu sein. Dies betrifft die Kosten für den Wareneinsatz, die Kosten für Transport und Logistik, die Kosten für Herstellung/Abrechnung und die sonstigen Gemeinkosten. Insbesondere bei den Auswirkungen der Mindestlohnerhöhung auf die Lohnkosten für Fachkräfte und Einkaufspreise von Zulieferern handelt es sich um spekulative Zukunftsprognosen.

Selbst wenn man die Berechnungen der Antragstellerin als zutreffend unterstellte, würde dies noch nicht zu einer Verletzung von § 97 Abs. 1 GWB führen. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, die Ausschreibung so zu gestalten, dass sich jeder potentielle Leistungserbringer am Wettbewerb beteiligen kann (OLG Koblenz Beschluss v. 04.02.2014, 1 Verg 7/13). Für eine mit § 97 Abs. 1 GWB nicht mehr zu vereinbarende Wettbewerbsverengung sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

3.

Die Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags ist auch offensichtlich im Sinne von § 166 Abs. 1 S. 3 GWB.

Dabei ist ein Nachprüfungsantrag nicht erst dann offensichtlich erfolglos, wenn nicht der geringste (theoretische) Zweifel an seiner Zulässigkeit oder Begründetheit bestehen kann. Für die Offensichtlichkeit kommt es vielmehr darauf an, dass die Unzulässigkeit oder Unbegründetheit ohne weitere gründliche Prüfung des Antrags auffällt. Erforderlich ist, dass sich ohne weiteres oder jedenfalls unschwer aus den gesamten Umständen seine Unbegründetheit ergeben muss. Die Sache muss eindeutig sein. Der Antrag ist offensichtlich unbegründet, wenn der maßgebliche Sachverhalt aus Sicht der Vergabekammer hinreichend aufgeklärt ist, die mündliche Verhandlung daher insofern keinen besonderen Erkenntnisgewinn verspricht und der Antrag unter

keinem rechtlichen Gesichtspunkt Aussicht auf Erfolg hat (Byok in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl. § 112 Rnr. 7¹, § 110 Rnr. 25).

Eine derartige Eindeutigkeit war vorliegend gegeben. Dieses ergibt sich daraus, dass der von der Antragstellerin angegriffene vermeintliche Vergaberechtsverstoß nach dem vorgetragenen Sachverhalt schon nicht dem von der Rechtsprechung entwickelten Anwendungsbereich der Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation unterfällt. Darüber hinaus hat die Antragstellerin zu diesem Vorwurf auch nicht ausreichend substantiiert vorgetragen.

C.

Der Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des Antragsgegners gemäß § 165 GWB war infolge der offensichtlichen Unbegründetheit des Antrags zurückzuweisen.

Das Recht auf Akteneinsicht besteht von vornherein nur in dem Umfang, in dem es zur Durchsetzung des subjektiven Rechts des Verfahrensbeteiligten auch erforderlich ist (Kus in Kulartz Kus Portz Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 165 Rn. 25 m.w.N.). Auch bei offensichtlich unbegründetem Nachprüfungsantrag kann jedenfalls in eindeutig gelagerten Ausnahmefällen die Akteneinsicht versagt werden (VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 17.03.2006 – VK-SH-02/06). Ein derart eindeutig gelagerter Ausnahmefall ist gegeben, da vorliegend einzig die Frage, ob der vom Antragsgegner vorgegebene Festpreis zu erhöhen ist, entscheidungsrelevant war. Dazu sind für die Antragstellerin aus den Vergabeakten keine weiteren Erkenntnisquellen zu erwarten.

III.

Der unterlegenen Antragstellerin fallen gemäß 182 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat die Mindestgebühr in Ansatz gebracht, da sowohl Akteneinsicht als auch mündliche Verhandlung unterblieben sind.

Die Antragstellerin hat gemäß § 182 Abs. 4 S. 1 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner war gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG notwendig.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rech-

¹ § 112 GWB a. F. ist wortlautidentisch mit § 166 GWB n. F.

nung tragen (OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011 - 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss vom 30.09.2011 - Verg 7/11). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169,131). Grundsätzlich muss der Auftraggeber in einem Fall, in dem sich die Streitpunkte auf auftragsbezogene Fragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentrieren, die erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse in seinem Aufgabenbereich organisieren und bedarf auch im Nachprüfungsverfahren keines anwaltlichen Bevollmächtigten (OLG Brandenburg, Beschluss vom 11.12.2007, Verg W 6/07). Maßgeblich sind die objektiv anzuerkennenden Erfordernisse im jeweiligen Einzelfall anhand einer ex ante-Prognose. Treten indes weitere nicht einfach gelagerte Rechtsfragen hinzu, kann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig sein.

Vorliegend ging es im Wesentlichen um die Frage der (Un)Zumutbarkeit einer Kalkulation und das Begehren der Antragstellerin, eine Erhöhung des Festpreises für die ausgeschriebene Leistung zu erwirken. Der Antragsgegner hat als Behörde des Landes Berlin die Schulverpflegung zu dem vom Land festgesetzten Preis für Schulen in seinem Bezirk ausgeschrieben und sah für sich keine Möglichkeit, diesen „politisch“ festgesetzten Preis von sich aus zu verändern. Offensichtlich sah sich der Antragsgegner ohne Rechtsbeistand insoweit auch nicht in der Lage, im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens auf den erhobenen Vorwurf zu reagieren, was sich auch daraus ergibt, dass der Antragsgegner sich inhaltlich zum Nachprüfungsantrag vor der Mandatierung seiner Verfahrensbevollmächtigten nicht eingelassen hat. Bei der dem vorliegenden Verfahren zugrundeliegenden Problematik handelt es sich um eine komplexe vergaberechtliche Materie, die zudem wesentlich durch Rechtsfortbildung der Oberlandesgerichte geprägt ist. Aus Sicht der Kammer ist es gut nachvollziehbar, dass der Antragsgegner sich in diesem Verfahren nicht in der Lage sah, seine Interessen ohne Rechtsbeistand zu vertreten.

Zwar hat die Kammer den Nachprüfungsantrag im Ergebnis als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen, dies war für den Antragsgegner jedoch nicht absehbar.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch den Antragsgegner war daher notwendig.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Eißholzstr. 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.

Vorsitzende

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzerin

XXX

XXX

XXX