



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der ...

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

die Berliner Wasserbetriebe, Anstalt des öffentlichen Rechts,
vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch Jörg Simon (Vorsitzender),
Frank Bruckmann und Kerstin Oster,
Neue Jüdenstraße 1, 10179 Berlin...

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen der Vergabe von Bauleistungen (Vergabeverfahren „...“),

hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Dr. Lux, den hauptamtlichen Beisitzer Sauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Klein am 20. Juni 2018 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin durch das Verlangen der Antragsgegnerin, als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit in Bezug auf die

endgültige Straßenwiederherstellung Qualitätssiegel der Qualitätsgemeinschaft Straßenbau e.V. (QGS) oder gleichwertige Nachweise vorzulegen, in ihren Rechten verletzt worden ist.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Verfahrensgebühren werden auf 6.214,67 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung ... vom 21. Februar 2018 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus. Gegenstand des Auftrags war der Bau eines Regenüberlaufbauwerkes und eines Drosselbauwerkes sowie der Bau von Druckrohrleitungen für die Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung.

Unter Ziff. III.1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ hieß es in der Bekanntmachung:

„Ausführlich nachzulesen unter <http://www....> [...]“

Der Bieter muss seine Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nachweisen.

Die Anforderungen der Qualitätsgemeinschaft Städtischer Straßenbau e.V. (QGS) (zu beziehen bei <http://www.qualitaetsgemeinschaft-strassenbau.de>) sind zu erfüllen.

Die Anforderungen sind erfüllt, wenn der Bieter die Eignung seines Unternehmens mit dem Benutzungsrecht des Qualitätssiegels der Qualitätsgemeinschaft Städtischer Straßenbau e.V. (QGS) für die entsprechende(n) Bauweise(n) nachweist.

<http://www.qualitaetsgemeinschaft-strassenbau.de/qgs/auftraggeber/unternehmen.html>

Der vorzulegende Nachweis gilt insbesondere als gleichwertig erbracht, wenn der Bieter die Erfüllung der Anforderungen nach den Ausführungsbestimmungen des Qualitätsausschusses der QGS durch einen Prüfbericht zu seiner Qualifikation für die geforderte(n) Bauweise(n) nachweist und eine Verpflichtungserklärung abgibt, dass er im Auftragsfall eine Eigenüberwachung nach den Grundsätzen der QGS durchführt. Sämtliche Anforderungen und Bedingungen sind unter <http://www.qualitaetsgemeinschaft-strassenbau.de> nachzulesen. Werden ersatzweise Bescheinigungen anderer Zertifizierungsinstitutionen (Auditoren / Prüfingenieure)

über die Einhaltung der Anforderungen der Qualitätsgemeinschaft Städtischer Straßenbau e.V. vorlegt, werden diese jedenfalls anerkannt, wenn sie von dem Qualitätsausschuss der QGS bestätigt worden sind.

Zusätzlich zur bisher erforderlichen Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss eine Gütesicherung bestehend aus Eigenüberwachung und unabhängiger Kontrolle der Eigenüberwachung mit vom Qualitätsausschuss der QGS anerkannten Auditoren nachgewiesen werden.“

Den Schlusstermin für die Einreichung der Angebote schrieb die Bekanntmachung auf den 12. April 2018 – 10 Uhr fest.

Mit Schreiben vom 27. März 2018 rügte die Antragstellerin die geforderte Vorlage eines Qualitätssiegels der QGS. Sie machte geltend, es sei diskriminierend, dass nicht mit dem von der QGS vorgegebenen Qualitätssicherungsverfahren im Zusammenhang stehende Leistungsnachweise nicht akzeptiert würden. Die Antragstellerin forderte die Antragsgegnerin auf, ihre Anforderungen vergaberechtskonform zu formulieren oder ihr in Ansehung der von ihr beigefügten Zertifikate zu bestätigen, dass sie die verlangten Anforderungen erfülle und die Vorlage von QGS-Qualitätssiegeln daher bei ihr nicht erforderlich sei.

Mit E-Mail ihres jetzigen Verfahrensbevollmächtigten vom 5. April 2018 wies die Antragsgegnerin die Rüge zurück. Sie teilte der Antragstellerin mit, die geforderte Vorlage der Qualifikationsnachweise sei nicht vergaberechtswidrig. Es sei eine Auftraggeber-Entscheidung, welche Anforderungen gestellt würden und ob durch bestimmte vorgelegte Belege und Ausweise die Erfüllung der gestellten Anforderungen an die Eignung begründet festgestellt werden könne. In bewusster Abwägung hätte sie als Niveau für die bei dieser Maßnahme gestellten Eignungsanforderungen zur Komprimierung der ansonsten notwendigen ausführlichen Beschreibungen auf die Anforderungen der QGS verwiesen.

Am 10. April 2018 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Berlin gestellt und damit ihre Rüge zu den Anforderungen der Bekanntmachung vertieft. Mit der Antragserwiderung hat die Antragsgegnerin unter anderem ausführen lassen, die dem Nachprüfungsverfahren zugrunde liegenden Fragen bezögen sich missbräuchlich auf eine Reihe von Fragen, die mit dem Verfahren an sich nichts zu tun hätten. Die Antragsgegnerin werde die Antragstellerin auf

Schadensersatz nach § 180 GWB in Anspruch zu nehmen haben. Das Verfahren werde missbräuchlich betrieben. Mit Beschluss vom 19. April 2018 hat die Vergabekammer darauf hingewiesen, dass der Nachprüfungsantrag nach vorläufiger Würdigung zulässig und begründet sein dürfte, und der Antragstellerin Akteneinsicht in die Verfahrens- und die beigezogenen Vergabeakten gewährt. Ein Verfahrensbevollmächtigter der Antragstellerin hat diese am 24. April 2018 wahrgenommen.

Mit Schriftsatz vom 25. April 2018 hat die Antragsgegnerin mitteilen lassen, dass sie ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und unter Aufrechterhaltung ihrer Rechtsposition rein vorsorglich zur Vermeidung eines zeitaufwändigen Nachprüfungsverfahrens die verfahrensgegenständliche Vergabe aufgehoben habe. In einem weiteren Schriftsatz vom 26. April 2018 hat die Antragsgegnerin diese Ausführungen wiederholen lassen und zudem ausgeführt, dass sie die Hinweise der Vergabekammer bei weiteren Ausschreibungen berücksichtigen werde.

Die Antragstellerin trägt nunmehr vor, ihr stehe ein Feststellungsinteresse zu, da sich die zuvor genannte Erklärung der Antragsgegnerin angesichts ihres Festhaltens an ihrer Rechtsposition als bloßes Lippenbekenntnis darstelle und daher weiterhin Wiederholungsgefahr bestehe. Zudem habe sie ein Rehabilitationsinteresse, da die Antragsgegnerin ihr Rechtsmissbrauch vorgehalten und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen angedroht habe. Ferner diene ihr Fortsetzungsfeststellungsantrag auch der Vorbereitung einer Schadensersatzklage, denn ihr sei bereits dadurch ein Schaden entstanden, dass sie sich unter anwaltlicher Hilfe habe zur Wehr setzen müssen.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

festzustellen, dass sie durch das Verlangen der Antragsgegnerin, als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit in Bezug auf die endgültige Straßenwiederherstellung Qualitätssiegel der Qualitätsgemeinschaft Straßenbau e.V. (QGS) oder gleichwertige Nachweise vorzulegen, in ihren Rechten verletzt worden ist, und

die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären

Die Antragsgegnerin ist im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht vertreten gewesen. Sinngemäß hat sie schriftsätzlich allerdings beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und

festzustellen, dass die Hinzuziehung ihres Verfahrensbevollmächtigten notwendig war.

Die Antragsgegnerin macht geltend, es bestehe kein Feststellungsinteresse, da sie erkläre, die Hinweise der Kammer aus ihrem Beschluss bei weiteren Ausschreibungen zu berücksichtigen. Es könne im Übrigen ausgeschlossen werden, dass sie dieselbe Entscheidung in einem vergleichbaren Vergabeverfahren erneut treffe. Entsprechend der Ausführungen in ihrer Rügebescheidung seien die Vorgaben in der Bekanntmachung nicht diskriminierend gewesen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte nebst beigezogener Vergabeakte der Antragsgegnerin verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag in Gestalt des Fortsetzungsfeststellungsantrags nach § 168 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat Erfolg. Der Antrag ist zulässig und begründet, weshalb die Vergabekammer die begehrte Feststellung mit der Kostenfolge zulasten der Antragsgegnerin auszusprechen hat.

1. Der Antrag ist zulässig.

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB und Sektorenauftraggeberin gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB i.V.m. § 102 Abs. 1 GWB. Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich zudem um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB. Die Vergabekammer des Landes Berlin ist zuständig, der maßgebliche Schwellenwert des § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB i.V.m. Art. 15 lit. b der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG ist erreicht.

Die Antragstellerin verfügt auch über das notwendige Feststellungsinteresse. Hat sich das Nachprüfungsverfahren erledigt, stellt die Vergabekammer nach § 168 Abs. 2 S. 2 GWB auf Antrag eines Beteiligten fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. Das Nachprüfungsverfahren hat sich vorliegend durch Aufhebung zweifelsohne erledigt. Die Feststellung einer etwaigen Rechtsverletzung kann die Antragstellerin daher nur verlangen, soweit sie sich auf ein anerkanntes Feststellungsinteresse beruft. Dies ist dem Wortlaut des § 168 Abs. 2 S. 2 GWB zwar nicht ausdrücklich zu entnehmen, entspringt aber dem allgemeinen prozessualen Grundsatz, wonach jede Inanspruchnahme von Rechtsschutz von einem berechtigten Interesse gedeckt sein muss (vgl. etwa OLG Dresden, Beschluss vom 30.12.2010 – WVerg 7/09, IBRRS 2011, 0898; VK Südbayern, Beschluss vom 22.5.2015 – Z3-3-3194-1-63-12/14, ZfBR 2016, 75, 76; *Prell*, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 5. Edition, Stand: 31.01.2017, § 168 GWB, Rn. 53). Die an das Feststellungsinteresse als Sachentscheidungsvoraussetzung zu stellenden Anforderungen können dem Verwaltungsprozessrecht, dem das Fortsetzungsfeststellungsverfahren nachgebildet ist, entlehnt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.3.2005 – Verg 77/04, IBRRS 2005, 1255; VK Sachsen, Beschluss vom 27.6.2014 – 1/SVK/020-13, BeckRS 2014, 19916; *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 123 GWB, Rn. 13).

Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich danach durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (vgl. OLG München, Beschluss vom 19.7.2012 – Verg 8/12, ZfBR 2012, 715, 718; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.3.2005 – Verg 77/04, IBRRS 2005, 1255). Dabei muss die beantragte Feststellung geeignet sein, die Rechtsposition der Antragstellerin in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung ihrer Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.2.2017 – VII-Verg 29/16, NZBau 2017, 628; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.5.2014 – 15 Verg 4/13, BeckRS 2015, 08088). Als Fallgruppen sind insoweit insbesondere die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches, Wiederholungsgefahr und ein Rehabilitationsinteresse anerkannt (vgl. VK Lüneburg, Beschluss vom 8.8.2014 – VgK-22/2014, BeckRS 2014, 20959; *Kadenbach*, in: Müller-Wrede, GWB-Kommentar, 2016, § 168, Rn. 49; *Thiele*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Kapitel 28, Rn. 84). Das

Feststellungsinteresse ist vom antragstellenden Beteiligten zu begründen (vgl. OLG München, Beschluss vom 19.7.2012 – Verg 8/12, ZfBR 2012, 715, 718).

Die Antragstellerin hat sich zum einen auf eine Wiederholungsgefahr berufen und ferner geltend gemacht, ihr stehe wegen des Vorwurfs der rechtsmissbräuchlichen Einleitung des Nachprüfungsverfahrens auch ein Rehabilitationsinteresse zur Seite. Zudem habe sie ein Feststellungsinteresse wegen einer beabsichtigten Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.

Es kann vorliegend offen bleiben, ob ein Feststellungsinteresse der Antragstellerin unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses anzuerkennen wäre. Denn jedenfalls hat sie wegen drohender Wiederholung des Vorgehens der Auftraggeberin als auch unter dem Gesichtspunkt der Rehabilitation ein berechtigtes Feststellungsinteresse.

Zwar reicht es nach einer vielfach vertretenen Auffassung zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr aus, wenn die Vergabestelle erklärt, dass sie künftig keine vergleichbaren Leistungen in einem vergleichbaren Verfahren vergeben werde (OLG Celle, Beschluss vom 30.10.2014 – 13 Verg 8/14, NZBau 2014, 780, 782; VK Bund, Beschluss vom 2.7.2012 – VK 3-66/12, ZfBR 2012, 822, 824; *Reidt*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 168 GWB, Rn. 60; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 3.3.2004 – 1 BvR 461/03, NJW 2004, 2510, 2512; zweifelnd hingegen *Nowak*, in: *Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 114 GWB, Rn. 38). Die Antragsgegnerin hat im Verfahren zwar die Erklärung abgeben lassen, die Hinweise der Kammer aus ihrem Akteneinsichts- und Hinweisbeschluss bei weiteren Ausschreibungen zu berücksichtigen. Es könne im Übrigen ausgeschlossen werden, dass sie dieselbe Entscheidung in einem vergleichbaren Vergabeverfahren erneut treffe. Auf der anderen Seite hat die Antragsgegnerin ihre ursprüngliche Rechtsauffassung jedoch bis zum Schluss verteidigt, sodass ihre vorstehende Versicherung nicht das für das Entfallen der Wiederholungsgefahr hinreichende Maß an Verbindlichkeit und Ernsthaftigkeit aufweist (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.2011 – Verg 2/11, IBRRS 2011, 3862: Vermutung für wiederholte gleichartige Handhabung bei Verteidigung des eigenen Vorgehens).

Auch unter dem Gesichtspunkt eines Rehabilitationsinteresses ist der Fortsetzungsfeststellungsantrag zulässig. Denn die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin im Verfahren vorgehalten, dieses rechtsmissbräuchlich zu betreiben, und hat diesen Vorwurf bis zuletzt nicht zurückgenommen. Die beantragte Feststellung ist geeignet, den Vorwurf auszuräumen und begründet daher auch für sich genommen ein Feststellungsinteresse der Antragstellerin.

Unabhängig von der Frage, ob dies überhaupt zu fordern ist (vgl. *Antweiler*, in: *Burigi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Band 1: *GWB 4. Teil*, 3. Aufl. 2017, § 168, Rn. 63 m.w.N.), war der ursprüngliche Nachprüfungsantrag auch zulässig. Insbesondere war die Antragstellerin antragsbefugt i.S.v. § 160 Abs. 2 *GWB*, da sie geltend machen konnte, durch die Vorgaben in der Bekanntmachung rechtswidrig an einer Angebotsabgabe gehindert zu werden, wodurch ihr ein Schaden drohte. Sie hat die Vergaberechtswidrigkeit der Vorgaben in der Bekanntmachung zudem rechtzeitig gegenüber der Antragsgegnerin gerügt i.S.v. § 160 Abs. 3 *GWB*. Dass sie dabei nicht ausdrücklich die i.S.v. § 122 Abs. 4 S. 2 *GWB* fehlende vollständige Aufführung der von der Antragsgegnerin aufgestellten Eignungsanforderungen in der Bekanntmachung gerügt hat, ist insoweit unschädlich. Denn zum einen hat sie die Anforderungen an sich gerügt, sodass die Prüfbefugnis der Vergabekammer jedenfalls bei damit zusammenhängenden, offenkundigen Vergabebefehlern eröffnet ist. Zum anderen besteht hinsichtlich dieses Rechtsproblems jedenfalls derzeit noch keine derart gefestigte Rechtsauffassung, dass insoweit ohne Weiteres stets eine Rügeverpflichtung anzunehmen wäre (vgl. *VK Südbayern*, Beschluss vom 20.4.2018 – Z3-3-3194-1-59-12/17, zu Verlinkung aus dem Bekanntmachungsformular).

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Nach § 168 Abs. 2 S. 2 *GWB* stellt die Vergabekammer fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. Indem die Antragsgegnerin verlangt hat, als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit in Bezug auf die endgültige Straßenwiederherstellung Qualitätssiegel der Qualitätsgemeinschaft Straßenbau e.V. (QGS) oder gleichwertige Nachweise vorzulegen, hat sie die Antragstellerin in ihrem Recht aus § 97 Abs. 6 *GWB* auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzt.

Die Vergabebedingungen der Antragsgegnerin verstoßen bereits gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB, der nach § 142 GWB auch im Sektorenbereich Anwendung findet (vgl. *Jansen*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 142, Rn. 15) und bieterschützenden Charakter hat. Nach § 122 Abs. 4 S. 2 GWB sind die Eignungskriterien bzw. objektiven Kriterien zur Auswahl der Bieter in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Die Antragsgegnerin hat die Kriterien aber nicht vollständig in der Bekanntmachung aufgeführt, sondern zum einen auf ihre und die Website der QGS verwiesen sowie zum anderen deren Qualitätsanforderungen zum Maßstab erhoben. Selbst wenn man, was rechtlich zweifelhaft ist (vgl. einerseits etwa VK Nordbayern, Beschluss vom 15.2.2018 – RMF-SG21-3194-3-1; andererseits etwa *Summa* in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 122 GWB, Rn. 54.1), eine Verlinkung auf in den Vergabeunterlagen aufgeführte Anforderungen in der Bekanntmachung insoweit genügen ließe, erfüllte die von der Antragsgegnerin gewählte Konstruktion diesen Maßstab nicht. Denn die konkreten Anforderungen der Antragsgegnerin folgen weder aus der Bekanntmachung selbst noch aus ihren Vergabeunterlagen oder dem in der Bekanntmachung verlinkten Inhalt auf ihrer Website, sondern sollen sich ausschließlich aus den bei der QGS geführten Unterlagen ergeben.

Die verfahrensgegenständlichen Anforderungen der Antragsgegnerin in der Bekanntmachung verletzen die Antragstellerin jedoch auch unabhängig davon in ihren Rechten, weil sie als solche nicht zulässig sind. Denn wenngleich es im Sektorenbereich keine strengen Regelungen entsprechend der §§ 6 EU ff. VOB/A gibt, muss es sich bei den objektiven Kriterien zur Auswahl der Unternehmen auch nach der Sektorenverordnung um sachliche Kriterien handeln, die mit dem Gegenstand des Auftrags im Zusammenhang stehen und angemessen sind (vgl. *Hölzl*, in: Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, 2. Auflage 2018, § 46 SektVO, Rn. 13). Dem genügt der hier vorgenommene bloße Verweis auf die Anforderungen Dritter nicht. Denn es fehlt insoweit jedenfalls an jeglicher Dokumentation durch die Antragsgegnerin, inwieweit die in Bezug genommenen Anforderungen im Bezug zu dem veröffentlichten Auftrag stehen. Die Kammer musste die von der Antragsgegnerin referenzierten Anforderungen der QGS schon daher gar nicht vollständig prüfen. Gleichwohl ist bereits bei einer cursorischen Durchsicht aufgefallen, dass nach Nr. 2.1.1 der Ausführungsbestimmungen des Qualitätsausschus-

ses der QGS beispielsweise die Eintragung des Unternehmens in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. als Regel vorausgesetzt wird, ferner nach Nr. 2.2.1. eine mindestens fünfjährige Tätigkeit des Betriebsleiters im Straßenbau und das Vorhandensein von in den letzten 2 bis 4 Jahren bauweisenspezifisch geschultem Personal verlangt wird. Während die grundsätzliche Forderung zur Präqualifikation schon für sich genommen wegen der fehlenden Verpflichtung zu derselben im vergaberechtlichen Kontext unzulässig sein dürfte, erscheinen die weiteren Anforderungen als Beleg für die fehlende Auftragsbezogenheit. Denn es ist nicht ersichtlich, warum der vorliegend ausgeschriebene Auftrag etwa eine fünfjährige Tätigkeit des Betriebsleiters im Straßenbau erforderte. Auch in dem auf Bl. 109 ff. (insbesondere Bl. 111) der Vergabeakte enthaltenen Vermerk vom 31. Januar 2018 finden sich dazu keine konkreten Ausführungen, sondern allenfalls Allgemeinplätze.

Selbst wenn die hier zu vergebenden Leistungen teilweise nicht in den Anwendungsbereich des § 102 Abs. 1 GWB bzw. der SektVO fielen, was die Kammer nicht im Einzelnen geprüft hat, wovon die Beteiligten aber nach ihren Einlassungen scheinbar ausgehen, so fiel die Entscheidung gleichwohl genauso aus. Denn § 122 Abs. 4 S. 2 GWB gilt auch im Anwendungsbereich der VOB/A und die Regelungen der §§ 6 EU ff. VOB/A enthalten ein strengeres Rechtsregime als die insoweit recht weit gefassten Regelungen der SektVO.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat die Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens zu tragen. Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB umfasst dies auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

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 zudem die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten festzustellen. 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 die Antragstellerin 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 Rechtsverfolgung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (vgl. schon VK Berlin, Beschluss v. 26.8.2014 – VK – B 1 – 10/14 m.w.N.). Danach ist die Hinzuziehung vorliegend notwendig gewesen. Bei den hier streitentscheidenden Regelungen handelt es sich um erst mit der Vergaberechtsreform 2016 in Kraft gesetzte Vorschriften, die – wie auch der vorliegende Fall zeigt – noch von Unsicherheiten in der praktischen Anwendung begleitet werden. Schon unter diesem Gesichtspunkt ist eine anwaltliche Vertretung der Antragstellerin durchaus veranlasst gewesen. Hinzu kommt, dass sich auch die Vergabestelle bereits im Vergabeverfahren anwaltlich vertreten lassen hat, sodass unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit eine anwaltliche Vertretung der Antragstellerin ebenfalls angezeigt erscheint.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Vergabekammer zieht insofern als Ausgangspunkt regelmäßig 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 mangels Angebotsabgabe der Antragstellerin den Schwellenwert von 5.548.000 EUR zu Grunde. Bei linearer Interpolation (vgl. etwa OLG München, Beschluss v. 15.10.2012 – Verg 18/12, IBRRS 2012, 3900; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.4.2004 – VII – Verg 9/04, VPRRS 2013, 0551; *Krohn*, in: *Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 14) dieses von der Gebührentabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwertes ergibt sich eine Gebühr in Höhe von $2.500\text{€} + \frac{50.000\text{€} - 2.500\text{€}}{70.000.000\text{€} - 80.000\text{€}} * (5.548.000\text{€} - 80.000\text{€}) = 6.214,67\text{ EUR}$. Dieser Wert spiegelt auch den Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren, welches insbesondere wegen der von den Beteiligten eingereichten Schriftsätze durchschnittlichen Umfangs, der Notwendigkeit eines ausführlichen Akteneinsichtsbeschlusses, der Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der im Rahmen des Fortsetzungsfeststellungsantrags zu klärenden, mitunter schwierigen Sach- und Rechtsfragen durchschnittlich umfangreich war.

§ 182 Abs. 3 S. 4 GWB findet bei einem Fortsetzungsfeststellungsantrag keine Anwendung (*Krohn*, in: *Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 19). Auch ein Anlass für ein vollständiges oder teilweises Ab-

sehen von der Gebührenerhebung aus Gründen der Billigkeit nach § 182 Abs. 3 S. 6 GWB ist vorliegend nicht ersichtlich. Ferner ist nicht erkennbar oder vorgetragen, dass die Antragsgegnerin zu den nach § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 VwKostG von der Zahlung der Gebühren befreiten Einrichtungen gehört.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Elßholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzu legen. 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

Klein