

Vergabekammer Berlin

Vorblatt zum Beschluss

Aktenzeichen	<u>VK-B 2-24/11</u>
Datum des Beschlusses	14.10.2011
Bestandskraft	ja
Vergabeart	
Leitsätze	1. Ein aufgehobenes Verhandlungsverfahren bildet mit dem vorangegangenen Offenen Verfahren keinen einheitlichen Vorgang in dem Sinne, dass ein Nicht-Rügen der Aufhebung des Offenen Verfahrens die Nachprüfung der (gesondert gerügten) Aufhebung des nachfolgenden Verhandlungsverfahrens hindert.

Vergabekammer des Landes Berlin
2. Beschlussabteilung
VK-B 2-24/11



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

der [...],
vertreten durch,
,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
[...]

gegen

[...] Wohnungsbaugesellschaft mbH,
vertreten durch,

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
[...]

wegen: Vergabe des elektrotechnischen Gewerks im Rahmen der Sanierung von Wohnhäusern in der [...] Straße und der [...] Straße (Vergabenummer ...),
Los ... (... Bauabschnitt Elektro)

hat die hat die 2. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden Schramm, den hauptamtlichen Beisitzer Dr. Bernhardt sowie den ehrenamtlichen Beisitzer Berndt am 14.10.2011 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Aufhebung des Verhandlungsverfahrens zur Vergabe des elektrotechnischen Gewerks für den zweiten Bauabschnitt zurückzunehmen.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ihre Kostenschätzung zu wiederholen und das Vergabeverfahren auf dieser Grundlage fortzusetzen. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
5. Für die Entscheidung wird eine Gebühr in Höhe von [...] EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist die Vergabe von Elektroinstallationsarbeiten. Sie sind Teil der Instandsetzung und Modernisierung von insgesamt 703 Wohneinheiten. Mit Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vom ... (Amtsblatt der EG 2011/S ...) schrieb die Antragsgegnerin, eine städtische Wohnungsbaugesellschaft, im offenen Verfahren die in insgesamt 32 Lose zerlegte Leistung aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Das vorliegende Verfahren bezieht sich ausschließlich auf Los ... (... Bauabschnitt Elektro).

Mit der Losnummer ... unter der Bezeichnung „1. Bauabschnitt Elektro“ sollte die Erneuerung der Elektroanlage incl. Steige- und Kellerleitungen, Hauptstromversorgung und die Erneuerung der Blitzschutzanlage für etwa 399 Wohnungen vergeben werden. Die Arbeiten sollten am 8.6.2011 beginnen und am 14.9.2012 enden. Das Los ... trägt die Bezeichnung „... Bauabschnitt Elektro“ und hat dieselben Arbeiten für weitere ca. 304 Wohnungen zum Inhalt, wobei die Arbeiten hier am 12.3.2012 beginnen und am 21.12.2012 enden sollten.

Die Kosten hatte eine von der Antragsgegnerin beauftragte Ingenieurgesellschaft als Generalplaner zuvor unter dem 9.12.2000 für Los ... auf ... EUR (brutto) geschätzt.

Mit Angebotsformular vom 25.3.2011 gab die Antragstellerin für die Lose 9, 10, 15 und ... Angebote ab und stellte bei Zuschlagserteilung auf alle Lose einen Preisnachlass von 2 % in Aussicht. Für Los ... gab die Antragstellerin dabei einen Endbetrag ... EUR an. Angebote anderer Bieter gingen für die Lose nicht ein.

Mit Schreiben vom 3.5.2011 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, man habe die Ausschreibung aufgehoben, weil kein wirtschaftliches Angebot eingegangen sei. Eine Neuausschreibung sei auf der Vergabeplattform des Landes hinterlegt.

Mit weiterem Schreiben vom selben Tag forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin im Verhandlungsverfahren zur Vergabe Nr. 040-11-1 zur Angebotsabgabe für Elektroinstallationen im ersten und zweiten Bauabschnitt bis zum 17.5.2011 auf. Neben der Antragstellerin wurden 18 weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert. Abermals gab allein die Antragstellerin Angebote ab; für Los ... (Bauabschnitt 2.1 und 2.2) bot sie einen Betrag von ... EUR an.

Am 25.5.2011 wurden die Angebote der Antragstellerin verhandelt. Im Verhandlungsprotokoll heißt es unter der Überschrift „Nachlässe“: „Angebot wird für Verwendung von halogenhaltigem Material neu erstellt. Angebot wird einschließlich Nachlass bis zum 26.5.2011 um 10.00 Uhr nachgereicht.“ Unter der Überschrift: „Weitere Vereinbarungen“ heißt es weiter: „Vergaberechtlich ist es aus Sicht des Bieters nicht korrekt, noch andere Bieter in das Verfahren einzubeziehen.“ Einzelheiten der Verhandlung sind zwischen den Parteien streitig.

Mit Schreiben vom 26.5.2011 gab die Antragstellerin für den beide Bauabschnitte Angebote ab; für den zweiten in Höhe von ... EUR. Im Fall einer Beauftragung in beiden Bauabschnitten und der Anwendung einer Stoffpreisgleitklausel stellte sie einen Nachlass von 2% in Aussicht.

Hierauf teilte die Antragstellerin mit Schreiben vom 8.6.2011 mit, dass die Ausschreibung für den zweiten Bauabschnitt aufgehoben wurde, weil kein wirtschaftliches Angebot eingegangen sei. Im IV. Quartal des Jahres werde auf der Vergabeplattform des Landes neu ausgeschrieben.

Mit Schreiben vom 10.6.2011 rügte die Antragstellerin die Aufhebung des Verfahrens. Sie habe ein Angebot abgegeben, das wirtschaftlich und zuschlagsfähig sei. Es lasse sich auf dieselben Kalkulationsgrundlagen zurückführen wie das Angebot für den ersten Bauabschnitt, für das sie den Zuschlag erhalten solle.

Die Antragsgegnerin half der Rüge nicht ab und führte zur Begründung aus, man teile die fachkundige Einschätzung des beauftragten Planungsbüros, die derzeit im Markt für Elektro-

installationen angebotenen Preise seien von erhöhten Materialpreisen und einer allgemeinen Marktsättigung geprägt. Der Befund werde durch das Verfahrensergebnis und weitere europaweite Vergabeverfahren im Gewerk bestätigt. Man sehe für die nächsten Monate eine Marktentspannung, die zu niedrigeren Preisen führen werde. Mit dieser Aussicht seien die Ergebnisse des Verfahrens für Leistungen im zweiten Bauabschnitt unwirtschaftlich, was Anlass zur Aufhebung gebe.

Unter dem 20.6.2011 erteilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin für den ersten Bauabschnitt den Zuschlag.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 28.6.2011 ergänzt und vertieft die Antragstellerin ihr bisheriges Vorbringen: Überteuerte Angebote könnten nur ausnahmsweise einen die Aufhebung rechtfertigenden schwerwiegenden Grund darstellen, zumal das Verfahren an sich keinen tatsächlichen oder rechtlichen Fehler aufweise. Einen schwerwiegenden Grund habe die Antragsgegnerin nicht dargetan. Die Antragstellerin habe ihre beiden Angebote hingegen auf denselben nachvollziehbaren Grundlagen kalkuliert; die geringe Abweichung folge aus der niedrigeren Zahl von Wohnungen und dem späteren Beginndatum des zweiten Bauabschnitts. Seit der Ausschreibung habe sich die Marktlage auch nicht geändert; eine zukünftige Marktlage sei für eine Aufhebung kein zulässiges Argument. Andernfalls könne ein Auftraggeber immer wegen einer erwarteten Verbesserung der Marktlage sein Verfahren aufheben. Die Kostenberechnung genüge überdies nicht den Regeln der Technik, denn die Schätzung liege unter den Einkaufspreisen der Branche. Sie orientiere sich nicht an der aktuellen Marktlage, da die Antragsgegnerin für das streitgegenständliche Verhandlungsverfahren auf die Kostenschätzung des aufgehobenen Offenen Verfahrens zurückgegriffen habe. In diesem Zeitpunkt sei ihr aber die ungünstige Marktlage bekannt gewesen. Es sei der Antragsgegnerin verwehrt, in Zeiten ihr bekannter hoher Marktpreise ein Verfahren einzuleiten und in der Hoffnung auf Preissenkung wieder aufzuheben. Das Verhalten sei auch widersprüchlich, denn die Antragsgegnerin bestätige die Marktüblichkeit der augenblicklich hohen Preise mit der Zuschlagserteilung im ersten Bauabschnitt. Die Antragstellerin besitze einen Anspruch auf Erteilung des Zuschlags.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Aufhebung des Verhandlungsverfahrens zur Vergabe es elektrotechnischen Gewerks für den zweiten Bauabschnitt der Vergabesache 040-11-1 zurückzunehmen und dieses Verfahren mit der Antragstellerin fortzuführen,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Vergabeabsicht den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen,
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,

4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. der Antragstellerin die beantragte Akteneinsicht zu versagen,
2. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Sie ist der Meinung, der Antrag sei unzulässig, denn die Antragstellerin habe den vermeintlichen Vergabeverstoß nicht rechtzeitig gerügt. Hierzu sei sie mit der Beendigung des Offenen Verfahrens, das mit dem anschließenden Verhandlungsverfahren einen einheitlichen Beschaffungsvorgang bilde, verpflichtet gewesen. Es sei anerkannt, dass eine erhebliche Überschreitung der geschätzten Kosten einen schwerwiegenden Grund darstelle, der die Aufhebung erlaubt. In fehlerfreier Ermessenausübung habe sich die Antragsgegnerin entschieden, für den ersten Abschnitt den Zuschlag zu erteilen, da eine Bauverzögerung hohe Mehrkosten zur Folge gehabt hätte. Die Antragsgegnerin bekräftigt, die Kostenschätzung entspreche den Regeln der Technik in Gestalt der DIN 276. Die Auftraggeberin dürfe sich auf Erfahrungen der Vergangenheit verlassen. Überdies habe ein Vergleich der angebotenen Preise der Antragstellerin mit denen eines ähnlichen Vorhabens ihre Unwirtschaftlichkeit offenbart. Die Wirtschaftlichkeit ihres Angebots folge nicht aus dem Umstand, dass es keine weiteren Angebote gebe, sondern müsse von ihr dargelegt werden.

Durch Beschluss vom 8. Juli 2011 hat die Kammer der Antragstellerin Akteneinsicht gewährt. Von der Akteneinsicht ausgenommenen wurden die Vergabeunterlagen zum Offenen Verfahren und den übrigen Losen zum Schutze des Wettbewerbs. Mit Schreiben vom 13.7.2011 hat die Vergabekammer bei der Antragsgegnerin die Kostenschätzung angefordert. Die Antragstellerin beantragt, Einsicht in die Kostenschätzung zu gewähren. Demgegenüber meint die Antragsgegnerin, diese weitere Akteneinsicht ziele auf eine unzulässige Ausforschung von Geschäftsgeheimnissen und schade dem Wettbewerb. Entsprechende Unterlagen überreicht sie als Anlagen AG 2 bis AG 5 mit dem schriftlichen Vermerk „Geheimschutz: Nicht zur Akteneinsicht freizugeben.“

Durch weiteren Beschluss vom 21.7.2011 hat die Kammer Akteneinsicht in die Anlagen AG 2 bis AG 5 des Schriftsatzes vom 19. 7.2011 mit der Maßgabe gewährt, dass die Zahlen sämtlicher Einzelpositionen geschwärzt werden. Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, die Auftraggeberin sei Trägerin von Geschäftsgeheimnissen. Ihre Kostenansätze enthielten In-

formationen über ihre Geschäftstätigkeit, die einer vollständigen Offenlegung entgegenstünden, denn sie gingen über die pauschalisierte Kostenschätzung nach DIN 276 hinaus. Die streitigen Fragen des Zeitpunkts der Preisermittlung und der Materialkostenentwicklung fänden darin keinen unmittelbaren Niederschlag. Daher sei eine uneingeschränkte Einsichtnahme für den weiteren Gang des Verfahrens nicht erforderlich.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

In der mündlichen Verhandlung vom 24.8.2011 wurden die Sach- und Rechtsfragen mit den Parteien erörtert. Auf die Sitzungsniederschrift wird verwiesen. Für die im Nachgang zur mündlichen Verhandlung durch die Parteien angestrebte Einigung außerhalb des Verfahrens hat die Kammer eine Frist bis zum 20.9.2011 gewährt. Mit Schriftsatz vom 16.9.2011 hat die Antragstellerin erklärt, die Vergleichsverhandlungen seien gescheitert.

Hierauf hat die Kammer durch Verfügung vom 19.9.2011 die Bearbeitungsfrist wegen besonderer rechtlicher und tatsächlicher Schwierigkeiten verlängert.

II.

Der zulässige Antrag ist in der Sache teilweise erfolgreich.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB. Bei kommunalen Wohnungsbaugesellschaften reicht der gewachsene wettbewerbliche Druck auf dem Wohnungs- und Grundstücksmarkt nicht aus, um ihre Aufgabenwahrnehmung insgesamt als gewerblich zu klassifizieren. Denn anders als bei privaten Unternehmen am Markt, kann sich ein kommunaler Wohnungsversorger nicht dem in dem Gesellschaftsvertrag festgelegten Zweck durch wirtschaftliche Überlegungen entziehen (VK Schleswig-Holstein Beschl. v. 3.11.2004, Az. VK SH-28/04; VK Berlin Beschl. v. 26.08.2004, Az. VK-B-1 36/04). Die übrigen Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB liegen bei einem Wohnungsunternehmen vor (KG Beschl. v. 11.11.2004, Az. 2 Verg 16/04; Beschl. v. 13.11.2003, Az. 2 Verg 4/03; differenzierend: OLG Karlsruhe Urt. v. 17.4.2008, Az. 8 U 228/06). Demgemäß ordnet Kammer auch die Antragsgegnerin als öffentlichen Auftraggeber ein.

1.2 Der zu vergebende Auftrag ist ein öffentlicher Bauauftrag nach §§ 99 Abs. 3 GWB, 6 VgV. Als Los eines Gesamtauftrags oberhalb der EU-Schwellenwerte überschreitet sein Wert 1 Mio. EUR, § 2 Nrn. 6, 3 VgV. Die Antragsgegnerin hat den streitgegenständlichen Auftrag mit einem weiteren Los im Verhandlungsverfahren ausgeschrieben und die erkennende Vergabekammer als Nachprüfungsbehörde in der Bekanntmachung angegeben. Der Anwendungsbereich des vierten Abschnitts des GWB ist damit eröffnet. Die örtliche und

sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Berlin folgt aus § 106a Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2 GWB.

1.3 Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Das ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist die Darlegung eines Schadens erforderlich. Ihr Interesse am Auftrag hat die Antragstellerin durch ihr Angebot vom 26.5.2011 hinreichend bekundet.

Ein Bieter kann auch durch die Aufhebung eines Vergabeverfahrens in seinen Rechten verletzt sein und deshalb einen Anspruch auf ihre Überprüfung sowie gegebenenfalls auf ihre Aufhebung haben (EuGH Urt. v. 2.6.2005, Az. C-15/04). Denn die Entscheidung über die Beendigung eines Vergabeverfahrens unterliegt ebenso wie eine Zuschlagsentscheidung den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung. Voraussetzung für die Zulässigkeit eines solchen Antrages ist, dass der Bieter geltend macht, die Aufhebung sei wegen fehlender oder unzureichender Gründe zu Unrecht erfolgt und verletze ihn dadurch, dass ihm die realistische Chance den Auftrag zu erhalten entgangen sei, in seinen Rechten (VK Berlin Beschl. v. 24.7.2008, Az. B-2-7/08).

Die Antragstellerin hat jeweils mit Schreiben vom 10.6.2011 und 23.6.2011 Rechtsverletzungen bei der Beendigung des Verfahrens über den zweiten Bauabschnitt beanstandet. Der befürchtete Schaden liegt im Verlust der Chance auf den Zuschlag. Die Antragstellerin geht nämlich unter Verweis auf das Verfahren im ersten Bauabschnitt davon aus, dass sie bei rechtskonformer Fortführung des Verfahrens den Zuschlag auf ihr nach eigener Einschätzung wirtschaftliches Angebot im zweiten Bauabschnitt erhalten hätte. Dieser Vortrag ist für die Feststellung der Antragsbefugnis ausreichend (BGH Beschl. v. 26.09.2006, Az. X ZB 14/06).

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt (§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB).

1.3 Die Antragstellerin hat die geltend gemachten Verstöße ordnungsgemäß und nach Kenntniserlangung rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin bildet das aufgehobene Verhandlungsverfahren mit dem vorangegangenen Offenen Verfahren keinen einheitlichen Vorgang in dem Sinne, dass die nicht gerügte Aufhebung des Offenen Verfahrens zugleich die Nachprüfung der Aufhebung des nachfolgenden Verhandlungsverfahrens hindert. Das gilt auch dann, wenn jeweils derselbe Aufhebungsgrund herangezogen wurde, denn beide Verfahren sind auseinanderzuhalten.

Gegenstand der Nachprüfung ist lediglich das Verhandlungsverfahren. Dieses Verhandlungsverfahren ist ein eigenständiges förmliches Verfahren. Die Antragsgegnerin hat ihre einheitliche materielle Beschaffungsabsicht in zwei voneinander zu unterscheidenden formel-

len Vergabeverfahren umgesetzt (OLG Naumburg Beschl. v. 18.8.2011, Az. 2 Verg 3/11). Es ist Sache der Antragstellerin zu entscheiden, welches der Verfahren sie angreift, denn auch insoweit tritt keine übergreifende Wirkung ein. Die Antragstellerin muss vielmehr im zweiten Verfahren ihre Rügeverpflichtung neu beachten (OLG Koblenz Beschl. v. 18.9.2003, Az. 1 Verg 4/03) und trägt das Risiko, mit einer Beanstandung im Nachprüfungsverfahren wegen unterlassener Rüge abgeschnitten zu sein.

Die Ansicht der Antragsgegnerin, auf die formale Trennung komme es nicht an, findet keine Grundlage in der VOB/A. Soweit § 3 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A Verhandlungen nur unter Wahrung des ausgeschriebenen Auftrags gestattet, handelt es sich um eine besondere Zulässigkeitsvoraussetzung dieser Vergabeart, weil sie den Wettbewerb am stärksten reduziert. Aus dem Tatbestandsmerkmal der Leistungsidentität kann jedoch nicht auf eine Verfahrensidentität geschlossen werden. Instruktiv führt die erste Vergabekammer des Bundes (Beschl. v. 9.4.2001, Az. VK 1 07/01) zur Systematik der Vorschrift aus:

„Das in § 3a VOB/A vorgesehene Stufenverhältnis zwischen den verschiedenen Vergabearten, wonach die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens den erfolglosen Ablauf eines offenen bzw. nicht offenen Verfahrens zur Voraussetzung hat, macht ja gerade die Aufhebung des ersten Verfahrens zur Bedingung für die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens. Das erste Verfahren muss wirksam aufgehoben sein, um das zweite zulässigerweise einleiten zu können. Daraus wird deutlich, dass es sich bei dem nachgeschalteten Verhandlungsverfahren um ein eigenständiges Verfahren handelt, dessen Zulässigkeit nach den hierfür geltenden Bestimmungen zu überprüfen ist, nicht etwa um ein einheitliches, durchgehendes Verfahren in zwei verschiedenen Vergabearten. Das Stufenverhältnis belegt das Gegenteil der Annahme der Antragstellerin, es belegt nämlich, dass der fortbestehende generelle Vergabewille gerade nicht zu einem einheitlichen und durchgehenden Verfahren in ‚anderem Kleid‘ führt.“

Diesen Ausführungen, die uneingeschränkt auf die aktuelle Fassung der Vorschrift übertragbar sind, schließt sich die Kammer an.

Die Antragstellerin hat die schriftliche Mitteilung der Aufhebung vom 8.6.2011 mit Schreiben vom 10.6.2011 beanstandet, indem sie auf die Wirtschaftlichkeit ihres Angebots hinwies. Sie hat damit form- und fristgerecht im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gerügt und die inhaltlichen Voraussetzungen einer Rüge erfüllt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch in der Sache weitgehend erfolgreich. Die Antragstellerin ist durch die Aufhebung des Verhandlungsverfahrens in ihrem Recht auf Beachtung der Vergabevorschriften aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt, denn ein Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A liegt nicht vor. Die Antragsgegnerin kann sich nicht darauf berufen, das Verfahren habe zu einem unwirtschaftlichen Ergebnis geführt.

Gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A kann eine Ausschreibung aus schwerwiegenden Gründen aufgehoben werden. Obwohl die Vorschrift lediglich eine Aufhebung der allein im Offenen und Nichtoffenen Verfahren stattfindenden „Ausschreibung“ gestattet, ist anerkannt, dass sie

auch im Verhandlungsverfahren Anwendung findet (OLG Celle Beschl. v. 13.11.2011, Az. 13 Verg 15/10 für die insoweit gleichlautende Vorgängerregelung).

Der Antragsgegnerin ist zuzugeben, dass die Annahme des Angebots im Parallelverfahren kein Präjudiz für die hier zu beurteilende Rechtsfrage schafft, denn sie kann am Ende einer wirtschaftlichen Folgenabwägung, ohne weiteres das einzig in der Wertung vorhandene und womöglich überteuerte Angebot annehmen, um ihr Beschaffungsziel zu erreichen. Allerdings kann sich die Antragsgegnerin im Rahmen der von ihr verfochtenen getrennten Betrachtung der Bauabschnitte nicht auf einen schwerwiegenden Grund für die Aufhebung des Verfahrens zum zweiten Abschnitt berufen.

Als Ausnahmevorschrift stellt § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A strenge Anforderungen an diese schwerwiegenden Gründe. Sie müssen in ihrer Gewichtung den zuvor in Nrn. 1 und 2 genannten gleich stehen und greifen nur, wenn sie erst nach Beginn der Ausschreibung eingetreten sind oder dem Ausschreibenden jedenfalls vorher nicht bekannt sein konnten (BGH Urt. v. 8.9.1998, Az. X ZR 99/96).

Während § 17 Abs. 1 c) VOL/A die Verfahrensaufhebung bei unwirtschaftlichem Ergebnis ausdrücklich gestattet, fehlt eine solche Regelung in § 17 VOB/A. Sie ist aber auch für die Bauauftragsvergabe anzuerkennen, denn das Gebot an den öffentlichen Auftraggeber, aus haushaltsrechtlichen Gründen die Mittelverwendung sparsam und wirtschaftlich durchzuführen, gilt gleichermaßen. Würde der Auftraggeber trotz sorgfältig ermittelter Kostenschätzung verpflichtet werden, den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, das kostenmäßig erheblich über dem von ihm veranschlagten Kostenansatz liegt, würde dies das Gebot zur sparsamer Wirtschaftsführung unterlaufen (BGH Beschl. v. 5.11.2002, Az. X ZR 232/00). Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn im Verfahren lediglich ein Angebot zu werten ist (vgl. VK Düsseldorf Beschl. v. 28.9.2007, Az. VK 27/2007-B).

Bemessungsgrundlage für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit des Angebots ist demnach die Kostenschätzung der Antragsgegnerin. Sie war in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise unter Berücksichtigung der vorhersehbaren Kostenentwicklungen zeitnah aufzustellen (BGH Beschl. v. 5.11.2002, Az. X ZR 232/00).

Die der Kammer auf Anforderung eingereichten Schriftstücke des Ingenieurbüros zur Kostenberechnung, die der Antragsgegnerin zuzurechnen sind, genügen diesen Anforderungen nicht. Nach Auskunft der Verfahrensbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung war unter diesen Papieren die als Anlage 4 übermittelte tabellarische Darstellung vom 9.12.2010 Grundlage für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit des Angebots der Antragstellerin. Die denselben Bauabschnitt behandelnde Anlage 2 diene hingegen der Aufteilung in Instandsetzungs- und Modernisierungsanteilen, um die Maßnahmen miethrechtskonform anzukündigen und die umlagefähigen Kosten zu ermitteln. Das als Anlage 5 übermittelte Papier ohne Datum über den Vergleich mit einem Hochhaus außerhalb Berlins ist nach Auskunft der Verfahrensbevollmächtigten erst im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens entstanden.

In ihrer ausgewiesenen Gesamtsumme weicht die Kostenberechnung zwar erheblich von dem letzten Angebot der Antragsstellerin für den zweiten Bauabschnitt ab, für die Vergabekammer sind die in der Anlage 4 ausgewiesenen Zahlen aber nicht nachvollziehbar oder verständlich. Ihre Herkunft ist nicht erkennbar und wird nicht näher erläutert. Soweit die Antragsgegnerin die Ansicht vertritt, zur Schätzung der Kosten dürfe sich ein Auftraggeber auf Erfahrungen der Vergangenheit verlassen, wird in dem Papier und dem übrigen Akteninhalt nicht deutlich, welche konkreten Erfahrungen in das hier zu beurteilende Zahlenwerk eingeflossen sein sollen. Auch andere zulässige Quellen für die einzelnen Ansätze, wie bestehende Rahmen- oder Zeitverträge und eigene Preisanfragen am Markt werden nicht offen gelegt. Die Kammer ist damit nicht in der Lage zu prüfen, ob die Kostenschätzung tatsächlich unter Berücksichtigung aller verfügbaren Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeitet wurde und aufgrund der bei ihrer Aufstellung objektiv vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheint (BGH Urt. v. 8.9.1998, Az. X ZR 99/96).

Viel spricht hingegen dafür, dass bewusst nicht alle verfügbaren Daten herangezogen wurden, denn das Angebot aus dem Offenen Verfahren wurde zwar in der internen Korrespondenz der Antragsgegnerin wiederholt bewertet („hohes Preisniveau“), im Weiteren wurde diese Erkenntnis in der Kostenberechnung gerade nicht berücksichtigt. Vor dem Ausgang des vorangegangenen Offenen Verfahrens war es aber geboten, die Ansätze der eigenen Kostenschätzung kritisch zu hinterfragen und sie gegebenenfalls zu aktualisieren. Dies umso mehr, als die Antragsgegnerin ausweislich der Vergabeakte selbst von einer preisrelevanten „Marktsättigung“ ausging. Andernfalls wäre zu dokumentieren, weshalb das vorgeblich unwirtschaftliche Angebot aus dem Offenen Verfahren nicht den Marktpreisen entsprach, sondern die eigene Kostenschätzung insoweit marktnähere Ansätze enthält.

Hierzu führt der Vergabevermerk der Antragsgegnerin vom 2.5.2011 nichts aus, sondern verweist ungerührt auf den zu Beginn des Offenen Verfahrens durch das Ingenieurbüro ermittelten Auftragswert. Die Antragsgegnerin hat damit ihrer Dokumentationspflicht im Verlauf der Vergabe und ihrer Darlegungslast im Verfahren nicht genügt. Sie konnte nicht darlegen, dass ihrer Aufhebungsentscheidung eine nachvollziehbare, aktualisierte Kostenberechnung zugrunde lag, die tauglicher Maßstab für die Feststellung war, ob ein marktgerechtes Angebot eingegangen ist. Die Aufhebungsentscheidung ist daher rechtswidrig.

Die erst im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens entwickelte und als Anlage 5 überreichte Gegenüberstellung führt zu keiner abweichenden Bewertung. Folgt man dem Vortrag der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung, es handele sich bei den Vergleichsobjekten um Gebäude gleicher Bauart, bleibt offen, welche Positionen aus dem Leistungsverzeichnis, der Kostenberechnung und dem Angebot der Antragstellerin hier herangezogen wurden, um die Unwirtschaftlichkeit des Angebots der Antragstellerin zu unterlegen. Der Vergleich ist nicht aus sich heraus verständlich und konnte auch in der mündlichen Verhandlung nicht zufriedenstellend erklärt werden.

Die Kammer musste nicht entscheiden, ob – wie von der Antragstellerin vertreten – der Auftragswert beim Übergang vom Offenen Verfahren zum Verhandlungsverfahren nach § 3a Abs. 6 Nr. 1 VOB/A stets gemäß § 3 Abs. 9 VgV neu zu schätzen ist. Für die Kammer sind Fälle denkbar, in denen für den Beschaffungsgegenstand seit Einleitung des Offenen Verfahrens nicht von veränderten Preisen auszugehen ist und eine erneute Schätzung bei Einleitung des Verhandlungsverfahrens mit hinreichender Dokumentation der Gründe wohl entbehrlich wäre. Dagegen spricht freilich, dass es sich bei dem Verhandlungsverfahren – wie unter Ziffer II.1.3 dargelegt – um ein eigenständiges Verfahren handelt, das auch eine gesonderte Rügepflicht begründet. Zudem hebt der Wortlaut des § 3 Abs. 9 VgV mit seiner Formulierung der „sonstigen Einleitung des Vergabeverfahrens“ gerade auf die Eröffnung des Verhandlungsverfahrens gemäß § 3a Abs. 6 Nr. 1 VOB/A ab (VK Köln Beschl. v. 10.2.2009, Az. VK VOB 39/2008).

3. Die Vergabekammer hat die Aufgabe, auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken. Sie ist gemäß § 114 Abs. 1 GWB bei ihrer Entscheidungsfindung nicht an die gestellten Anträge gebunden. Ziel ihrer Entscheidung ist die Einwirkung auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens. § 114 GWB vermittelt ihr einen weiten Entscheidungsspielraum, der seine Schranken in dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet. Die Maßnahme muss jedoch geeignet sein, die Rechtsverletzung zu beseitigen, gleichzeitig aber auch das mildeste Mittel hierfür sein.

Obwohl die Kammer zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 VOB/A nicht vorlag, kann sie die Antragsgegnerin nicht verpflichten, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Ausschreibende auch dann, wenn kein Aufhebungsgrund besteht, nicht gezwungen werden, einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen (BGH Beschl. v. 18.2.2003, Az. X ZB 43/02).

Die Kammer steht insoweit nicht in Widerspruch zu ihrem Beschluss vom 5.11.2009 (Az. VK B 2-35/09). Im dort zu entscheidenden Fall sah sich die Vergabestelle an einem Zuschlag nur durch einen rechtlichen Umstand gehindert, der sich später als irrelevant erwiesen hatte: Das Angebot der dortigen Antragstellerin hatte die Produkthanforderung sowie alle sonstigen Voraussetzungen der Ausschreibung erfüllt und war überdies nach dem alleinigen Wertungskriterium Preis von den in der Wertung verbliebenen Angeboten das wirtschaftlich günstigste. In dieser – hier ersichtlich nicht gegebenen – Konstellation war die Verpflichtung zur Zuschlagserteilung zulässig.

Im Allgemeinen ist die Vergabekammer hingegen nur befugt, auf die Beseitigung des Fehlers hinzuwirken, die zu einer rechtswidrigen Aufhebung geführt hat. Sie darf nur solche alle Maßnahmen anordnen, die geeignet sind, das infolge ihrer Entscheidung weiterlaufende Vergabeverfahren in rechtmäßige Bahnen zu führen, ohne dem Auftraggeber die Entscheidung über den Zuschlag zu nehmen. Die Vergabekammer hat in allen ihren Entscheidungen

nur auf eine rechtmäßige Entscheidungsfindung des Auftraggebers hinzuwirken, nicht eine solche zu ersetzen. Das bedeutet, dass sie ihm stets die Wahl lassen muss, den Auftrag zu erteilen oder – gegebenenfalls gegen Schadensersatz wegen Nichtvorliegen der Gründe des § 17 VOB/A – von der Auftragsvergabe Abstand zu nehmen und sei es nur durch Auslaufenlassen der Bindefristen (VK Schleswig-Holstein Beschl. v. 14.9.2005, Az. VK-SH 21/05).

Im hier zu entscheidenden Fall ist das Verfahren danach in das Stadium zurückzusetzen, in das es sich vor der Aufhebungsentscheidung befunden hat. Die Antragsgegnerin ist folglich verpflichtet, ihre Kostenschätzung, also die Feststellung des Marktpreises, nachzuholen, und ihre Ermittlungen mit einer nachvollziehbaren Begründung in den Vergabeakten zu dokumentieren. Die Marktbewertung hat nach rein objektiven Kriterien zu erfolgen und hat jenen Wert zu treffen, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentliche Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes und auf dem Boden einer betriebswirtschaftlichen Finanzplanung veranschlagen würde (OLG Düsseldorf Beschl. v. 30.7.2003 Verg 5/03). Die Antragsgegnerin hat im Anschluss erneut über die Wirtschaftlichkeit des Angebots der Antragstellerin zu befinden und über die Zuschlagserteilung zu befinden. Dabei hat sie sich für Fall einer weiterhin bestehenden deutlichen Diskrepanz zwischen Kostenschätzung und Angebotspreis die Ursache zu ergründen und hinsichtlich stark abweichender Positionen die Gründe für Differenzen zu ermitteln. Er kann sich durch Einsicht vom Bieter vorzulegende Preisermittlungen (Kalkulation) über die Angemessenheit der Preise unterrichten (vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) und im Falle fehlender Mitwirkung des Bieters das Angebots unberücksichtigt lassen (§ 15 Abs. 2 VOB/A).

Die Vergabekammer weist unter dem Eindruck der mündlichen Verhandlung und folgenden gescheiterten Vergleichsverhandlungen außerhalb des Nachprüfungsverfahrens vorsorglich darauf hin, dass sich die Antragstellerin in den aufzunehmenden Verhandlungen im Interesse einer Einigung nicht auf formale Betrachtungen der Darlegungs- und Beweislast zurückziehen, sondern gegebenenfalls ihre Angebotspositionen erläutern und verständlich machen sollte. Denn aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt sich bereits für das Vergabeverfahren selbst eine Mitwirkungs- und Informationspflicht des Bieters, die den Rückzug auf rein prozessuale Positionen nicht zulassen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 128 GWB. Es sind keine Auslagen entstanden.

Als unterliegende Partei trägt die Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB). Dass die Antragstellerin mit ihrem Antrag auf Zuschlagserteilung nicht durchdringen konnte, ist angesichts ihres Verfahrenserfolges und dem Bestehen eines Vergabeverstoßes zu vernachlässigen.

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der erkennenden Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 GWB). Die Vergabekammern des Bundes haben eine Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt.

Für die Amtshandlungen der Vergabekammer werden gemäß § 128 Abs.1 GWB Kosten erhoben. Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB. Danach beträgt die Mindestgebühr 2.500 EUR. Die Gebühr hat die Kammer nach dem Auftragswert unter Berücksichtigung ihres personellen und sachlichen Aufwandes bemessen. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrensgegenstandes orientiert sich die Kammer an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (Stand: Dezember 2009). Danach ermittelt sich ein Betrag von [...] EUR. Billigkeitsgründe für eine weitere Ermäßigung (§ 128 Abs. 2 Satz 2, 2. HS GWB) bestehen nicht.

b) Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, die entstandenen Auslagen der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin zu tragen. Die Auslagen waren notwendig gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschl. v. 9.2.11, Az. 13 Verg 17/10). Beschränken sich die Streitpunkte nicht nur auf einfache auftragsbezogene Fragen, sondern treten weitere, nicht einfach gelagerte Rechtsfragen hinzu, wird die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für den Bieter in der Regel notwendig. Der vorliegende Fall enthält auch komplexe verfahrensrechtliche Problemstellungen, die nicht den Auftragsgegenstand selbst betreffen. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts 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 oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen (vgl. hierzu www.berlin.de/erv) 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.

Schramm

Vorsitzender

Hauptamtlicher Beisitzer: Dr. Bernhardt

Ehrenamtlicher Beisitzer: Herr Berndt: