

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

VERIS - Entscheidungen > Vergabekammern > Berlin > VK Berlin > 2020 > 31.03.2020 - VK - B 1 - 08 / 20

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20

(Bieter obsiegt)

Normen:

§ 8 VgV; § 20 VgV; § 37 VgV

Stichworte:

Pflicht zur Beantwortung von Bieterfragen, Rüge, unverbindliche Vorinformation

Leitsatz (redaktionell):

1. Eine unverbindliche Vorinformation, die keinen Aufruf zum Wettbewerb darstellt und keine Auftragsbekanntmachung nach § 37 VgV ersetzen soll, ist weder für den Auftraggeber noch für den potentiellen Bieter verbindlich und löst daher auch keine Rügeobliegenheit aus.
2. Allein weil es sich um die Wiederholung einer Ausschreibung handelt, kommt es nicht zu einer Verfristung von Rügen, da die Rügeerfordernis bei jeder Ausschreibung neu beginnt.
3. Erfolgt eine erforderliche inhaltliche Klarstellung der Unterlagen erst nach Ablauf der Angebotsfrist und nur gegenüber dem Antragsteller, beseitigt dies die Widersprüchlichkeit der Vergabeunterlagen nicht.
4. Es obliegt dem Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, vertraglich festzuschreiben, ob er Mehrvergütungsansprüche ausschließen will. Die Überprüfung, ob dies zivilrechtlich wirksam ist, ist nicht im Nachprüfungsverfahren vorzunehmen.
5. Der Auftraggeber muss in seinem Vergabevermerk aufnehmen, dass er geprüft hat, welche Angebotsfrist angemessen ist und ob deswegen die gewählte verkürzte Mindestfrist angemessen und ausreichend ist.
6. Die an einem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen haben ein uneingeschränktes und umfassendes Auskunftsrecht, unabhängig davon, ob der Auftraggeber die gestellte Frage als sachdienlich oder relevant betrachtet.
7. Die Frage der Sachdienlichkeit bzw. Erheblichkeit einer Bieterfrage ist lediglich bei der Bekanntgabe gegenüber allen Bietern relevant, nicht jedoch bei der Pflicht zur Beantwortung gegenüber dem anfragenden Bieter.
8. Bei der Ausschreibung über die Leistungen zur Unterbringung von Flüchtlingen ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, eine Mindest- oder Höchstmenge anzugeben, dies ist das vertragstypische Risiko einer solchen Leistung.

Entscheidungstext:

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

wegen des Vergabeverfahrens „XXX“

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende XXX, den hauptamtlichen Beisitzer XXX und den ehrenamtlichen Beisitzer XXX im schriftlichen Verfahren am 31.03.2020 beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, das Vergabeverfahren mit der EU-Bekanntmachung Nr. XXX in Los 2 aufzuheben und im Falle einer erneuten Ausschreibung die Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beachten.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen).
3. Die Verfahrensgebühren werden auf XXX EUR festgesetzt.
4. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung vom 17.01.2020 im Supplement zum EU-Amtsblatt schrieb der Antragsgegner Betriebsleistungen für Flüchtlingsunterkünfte in drei Losen im offenen Verfahren aus. Tag der Absendung der Bekanntmachung war der 14.01.2020.

Die Zuschlagskriterien wurden in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen unterteilt in Preis mit einer Gewichtung von 30 % (300 Punkte), Qualität des Konzepts Betrieb mit 50 % (500 Punkte), Qualität des Konzepts Betriebsaufnahme mit 10 % (100 Punkte) sowie Qualität des Konzepts zur Einbindung Ehrenamtlicher und Zivilgesellschaft in 10 % (100 Punkte) angegeben.

Die Bewertung der Konzepte wurde in den Vergabeunterlagen wie folgt dargestellt:

„Die Bewertung der Konzepte erfolgt als Prozentsatz bezogen auf die erreichbare Maximalpunktzahl je Unterkriterium in folgenden Bewertungsstufen:

100 % = Sehr gute Darstellungen ohne Mängel, klar strukturierte logisch aufgebaute Vorgehensweise, keine Fragen/Aspekte bleiben offen, sehr gute fachliche Qualität und Schlüssigkeit des Konzepts

75% = Gute Darstellungen mit wenigen kleineren Mängeln, überwiegend klar strukturierte logisch aufgebaute Vorgehensweise; nur wenige offene Fragen/Aspekte, gute fachliche Qualität und Schlüssigkeit des Konzepts

50% = Zufriedenstellende Darstellungen mit vielen kleineren Mängeln. brauchbar strukturierte Vorgehensweise, mehrere offene Fragen/Aspekte, zufriedenstellende fachliche Qualität und Schlüssigkeit des Konzepts

25% = Unterdurchschnittliche Darstellungen mit größeren Mängeln, nur wenig strukturierte Vorgehensweise, viele offene Fragen/Aspekte, mangelhafte fachliche Qualität und Schlüssigkeit des Konzepts

0 % = Fehlende oder ungenügende Darstellungen mit schwerwiegenden Mängeln, unstrukturierte Vorgehensweise, viele offene Fragen/Aspekte, ungenügende fachliche Qualität und Schlüssigkeit des Konzepts
XXX“

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

Im Weiteren wurden zu den jeweiligen Konzepten Unterkriterien genannt und beschrieben, zu welchen Fragestellungen jeweils Aussagen erwartet werden.

So heißt es zum Betriebskonzept beispielsweise:

„Erwartet wird eine konzeptionelle Darstellung zum Betrieb der Flüchtlingsunterkunft unter Berücksichtigung der Vorgaben aus der Leistungs- und Qualitätsbeschreibung (Anlage 1 zum Betreibervertrag). XXX.“

Die Angebotsfrist wurde auf den 30.01.2020, 10:00 Uhr terminiert. Die Bindefrist wurde bis zum XXX angesetzt, der Vertragsbeginn zum XXX. Unter Ziffer IV.2.1) „Frühere Bekanntmachung zu diesem Verfahren“ der Bekanntmachung wurde auf die Bekanntmachung XXX verwiesen. Unter dieser Nummer veröffentlichte der Antragsgegner am XXX eine Vorabinformation, welche mit „Altenfürsorgeleistungen“ überschrieben war.

Hinsichtlich des streitgegenständliches Loses Nr. 2 ist die vertragliche Kapazität der Unterkunft in der Vorabinformation mit 513 Plätzen angegeben. In der Auftragsbekanntmachung ist die vertragliche Kapazität der Unterkunft mit 504 Plätzen angegeben.

Die Antragstellerin rügte mit anwaltlichem Schreiben vom 22.01.2020 u.a. unklare Konzeptanforderungen, stellte diverse Bieterfragen und bat um Klarstellung und Verlängerung der Angebotsfrist.

Mit E-Mail vom 23.01.2020 wies der Antragsgegner die Rügen zurück.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 24.01.2020 rügte die Antragstellerin die aus ihrer Sicht nicht erschöpfende Leistungsbeschreibung hinsichtlich Platzzahl und Kalkulationsvorgaben, die Verkürzung der Angebotsfrist, die unzureichende Verbindung der Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand, einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot und das Bestimmtheitsgebot.

Mit E-Mail vom 27.01.2020 wies der Antragsgegner die Rügen vom 24.01.2020 zurück.

Die Antragstellerin rügte mit anwaltlichem Schreiben vom 29.01.2020 eine unzumutbare Kalkulation und nicht erschöpfende Leistungsbeschreibung hinsichtlich erzielbarer Erlöse und Kostendeckung sowie hinsichtlich Anpassungswünsche der Auftraggeberin. Zudem rügte sie die Nichtbeantwortung von Bieterfragen.

Die Antragstellerin gab zum Ablauf der Angebotsfrist ein Angebot für Los 2 ab.

Die Antragstellerin hat am 06.02.2020 einen Nachprüfungsantrag gestellt, der der Antragsgegnerin am 07.02.2020 übermittelt worden ist.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass die Konzeptanforderungen und die Konzeptbewertungsmaßstäbe intransparent seien. Zwischen der Leistungsbeschreibung und der Anlage Zuschlagskriterien bestünden Widersprüche, so dass die Zuschlagskriterien nicht hinreichend bestimmt seien und die Leistungsbeschreibung nicht eindeutig sei. Nach der Leistungsbeschreibung sei mit dem Angebot ein Betreiberkonzept einzureichen. In der Leistungsbeschreibung seien Mindestinhalte aufgelistet, die auch leistungs- und auftragsbezogene Aspekte umfassen, die in der Anlage Zuschlagskriterien ebenfalls aufgelistet seien. Es seien allerdings nicht alle Aspekte im Betreiberkonzept auch im Betriebskonzept gefordert, so da es sich um zwei verschiedene Konzepte handeln müsse. Die Unterscheidung dieser beiden Konzepte sei daher unklar. Auch sei unklar, wie das Betreiberkonzept nach der Leistungsbeschreibung gewertet werden solle.

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

Weiterhin rügt die Antragstellerin die Angebotsfrist als zu kurz bemessen. Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung des Auftrags, des Umfangs von mehr als 230 Seiten umfassenden Vergabeunterlagen, deren Komplexität und der umfangreichen zu erstellenden Konzepte sei die Frist von weniger als 13 Tagen ab Veröffentlichung der Bekanntmachung zu kurz. Es sei unerheblich, ob es sich um eine Wiederholungsausschreibung handle, zumal die Leistungen dieses Los betreffend in dieser Form noch nicht ausgeschrieben worden seien. Die Angebotsfrist hätte zudem verlängert werden müssen, da die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.01.2020 sowie 24.01.2020 um zusätzliche Informationen und Klarstellung gebeten habe.

Die Zuschlagskriterien verstießen gegen das Wirtschaftlichkeits- und das Bestimmtheitsgebot. Sie stünden nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung. Der Antragsgegner würde die Darstellung der Konzepte bewerten wollen. Die ausgeschriebene Leistung sei jedoch nicht die Erstellung von Konzepten, sondern die Erbringung von Betriebsleistungen für Flüchtlingsunterkünfte. Eine Konzeptbewertung dürfe ausschließlich bewerten, ob das Angebot der Bieter im Auftragsfall eine sehr gute, gute etc. Leistung erwarten lasse. Es werde nicht das beste Preis-Leistungsverhältnis sondern das beste „Preis-Darstellungsverhältnis“ bewertet.

Die Antragstellerin ist weiter der Ansicht, dass die Angaben zu den Belegkapazitäten widersprüchlich seien. Aus Anlage 7 – Objektbeschreibung lasse sich entgegen der Vorinformation und der Bekanntmachung eine Kapazität von 512 Plätzen errechnen. Es sei daher nicht ausgeschlossen, dass Bieter die Angaben zu den Erlöschancen in unterschiedlicher Weise verstünden.

Eine vernünftige kaufmännische Kalkulation sei nach Auffassung der Antragstellerin nicht möglich. Es stelle eine einseitige und unzumutbare Risikoverteilung dar, wenn der Auftraggeber keine abzunehmende Mindest- und Höchstmenge festlege und dadurch eine Kalkulation für Bieter unmöglich mache. Die Vergabeunterlagen sähen eine Bezahlung eines Tagessatzes pro betreuter Person vor, jedoch keinen Betriebsgrundpreis unabhängig von der Anzahl der betreuten Personen. Gleichzeitig seien jedoch Mindestbedingungen zur Bereitstellung der Unterkunft unabhängig von der tatsächlichen Belegung vorgegeben. Auch müssten Kündigungsrechte zugunsten des Auftragnehmers in erleichterter Form zusätzlich aufgenommen werden. Die Vorgaben seien unzumutbar und führten zu nicht vergleichbaren Angeboten. Die Risikoaufschläge seien aufgrund der Spekulation zur Auslastungsquote willkürlich.

Ebenso sei die Regelung in den Vergabeunterlagen zu den Anpassungswünschen des Auftraggebers während der Vertragsausführung unter gleichzeitigem Ausschluss von Mehrvergütungsansprüchen unzumutbar. Unbekannte Änderungswünsche könnten nicht kalkuliert werden, müsste jedoch eingepreist werden. Ferner stehe die Vorgabe aus Teil B der Leistungsbeschreibung im Widerspruch zu § 16 Abs. 3 des Vertragsentwurfs, wonach Vergütungsanpassungen möglich sein sollen.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass die Nichtbeantwortung von Bieterfragen zur Intransparenz der Vergabeunterlagen hinsichtlich des Umfangs der zu kalkulierenden Bewirtschaftungskosten, der tabellarischen Zeit- und Maßnahmenplanung, zur Darstellung der über die Mindestzahl hinausgehender Referenzen führe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. sinngemäß, dem Antragsgegner zu untersagen, im Vergabeverfahren zu Los 2: XXX einen Zuschlag zu erteilen;
2. den Antragsgegner zu verpflichten, im Fall fortbestehender Beschaffungsabsicht das Verfahren in den Stand vor der Versendung der Vergabeunterlagen zu versetzen und die Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten,

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

3. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen der Antragstellerin zu treffen;
4. sinngemäß: dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der Antragstellerin aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären;
6. der Antragstellerin Akteneinsicht zu gewähren.

Der Antragsgegner beantragt, die Anträge zurückzuweisen.

Der Antragsgegner ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei, soweit er sich auf Bekanntmachungsinhalte beziehe, verfristet und unzulässig. Die Unterlagen der Wiederholungsausschreibung seien seit dem 14.01./16.01.2020 veröffentlicht. Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag konstruiert, um das Vergabeverfahren zu verzögern. Die konzeptionellen Anforderungen seien nicht neu. Es handle sich um eine Wiederholungsausschreibung, weshalb eine Verlängerung der Angebotsfrist nicht habe erfolgen müssen. Die Kalkulation bei solchen Gemeinschaftsunterkünften sei geläufig gewesen und nicht aufwendig.

Die in der Bekanntmachung vorgegebene Kapazitätsangabe von 504 Plätzen diene der Kalkulation, das habe nach den Ausschreibungsunterlagen nichts mit der konkreten Belegungszahl zu tun.

Die Angebotsfrist sei rechtmäßig bemessen. Die Antragstellerin kenne die Verhältnisse und die seit langem immer identischen Ausschreibungsunterlagen. Sie reiche konzeptionell immer die gleichen Angebotsunterlagen ein und habe unschwer kalkulieren können.

Mit Beschluss vom 03.03.2020 sowie vom 11.03.2020 hat die Kammer der Antragstellerin Akteneinsicht gewährt.

Die Kammer erteilte mit Schreiben vom 12.03.2020 einen umfassenden rechtlichen Hinweis, woraufhin die Verfahrensbeteiligten den Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung erklärten. Die Kammer hat daher gemäß § 166 Abs. 1 S. 3 GWB im schriftlichen Verfahren entschieden.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte sowie die beigezogenen Vergabeakten verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und teilweise begründet.

A.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners sind die Rügen der Auftraggeberin nicht präkludiert. Weder sind die Rügen nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 noch nach Nr. 3 GWB verfristet.

Nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn der geltend gemachte Vergaberechtsverstoß vor Einreichung des Nachprüfungsantrages erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt wurde. Die Vorschrift setzt die positive subjektive

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

Kenntnis eines Vergaberechtsverstößes voraus, mithin positive Kenntnis aller tatsächlichen Tatumstände, die einen (vermeintlichen oder tatsächlichen) Vergaberechtsverstoß begründen, sowie die zumindest laienhafte rechtliche Wertung, dass sich aus diesen Tatsachen eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren ergibt (vgl. BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.12.2008 - Verg 55/08). Bloße Vermutungen oder der Verdacht eines Vergaberechtsverstößes lösen ebenso wenig wie grob fahrlässige Unkenntnis eine Rügeobliegenheit aus (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2007 - Verg 27/06). Eine Ausnahme bilden jedoch solche Fälle, in denen sich der Bieter der ihm möglichen Erkenntnis bewusst verschließt (vgl. BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.12.2008 - Verg 55/08).

Nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller die geltend gemachten Vergabeverstöße, die in den Vergabeunterlagen erkennbar waren, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat.

Die Rügen hinsichtlich unklarer Konzeptanforderungen, einer nicht erschöpfenden Leistungsbeschreibung hinsichtlich Platzzahl und Kalkulationsvorgaben, der Verkürzung der Angebotsfrist, der unzureichende Verbindung der Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand, eines Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot und das Bestimmtheitsgebot wurden innerhalb von weniger als zehn Tagen ab Kenntnis der Bekanntmachung gegenüber dem Antragsgegner, nämlich mit Schreiben vom 22.01.2020 und 24.01.2020 erhoben. Die Bekanntmachung wurde am 17.01.2020 im Supplement zum EU-Amtsblatt veröffentlicht. Ob die Bekanntmachung aufgrund der Regelung in § 40 Abs. 3 VgV bereits am 16.01.2020 veröffentlicht war, kann vorliegend dahinstehen. Denn auch dann wäre die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB eingehalten.

Ebenfalls kein Anhaltspunkt für eine Präklusion besteht hinsichtlich der Rügen der unzumutbaren Kalkulation und nicht erschöpfende Leistungsbeschreibung hinsichtlich erzielbarer Erlöse und Kostendeckung, der Anpassungswünschen des Auftraggebers sowie der Mehrvergütungsregelungen. Diese Rügen wurden erstmals mit Schreiben vom 29.01.2020 gegenüber dem Antragsgegner erhoben. Dass diesbezüglich die Antragstellerin bereits am 17.01., 18.01. oder 19.01.2020 positive Kenntnis der gerügten Verstöße hatte, vermag die Kammer nicht zu erkennen und wurde seitens des Antragsgegners weder substantiiert behauptet noch nachgewiesen. Soweit der Antragsgegner behauptet, dass es sich um eine Wiederholungsausschreibung handle, kann nicht zu einer Unterstellung positiver Kenntnis führen. Weder ist vorgetragen, dass die Inhalte der vorherigen Ausschreibung, die einige Jahre zurückliegt, mit denen der streitigen Ausschreibung identisch sind, noch dass die Antragstellerin diese Rügen in vorangegangenen Ausschreibung schon einmal erhoben hatte. Eine fahrlässige Unkenntnis vermeintlicher Vergaberechtsverstöße löst eine Rügeobliegenheit nicht aus (vgl. Gabriel/Mertens in: BeckOK Vergaberecht, 14. Edition, Stand: 31.07.2018, § 160 Rn. 147 m.w.N.).

Da die mit Schreiben vom 29.01.2020 erhobenen vermeintlichen Vergabeverstöße ergaben sich aus den Vergabeunterlagen und wurden vor der Angebotsfrist und damit im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB rechtzeitig erhoben.

Soweit der Antragsgegner meint, die Rügen seien allesamt verfristet, da es sich um eine Wiederholungsausschreibung handle, vermag die Kammer schon nicht zu erkennen, auf welche Norm dieser Vortrag gestützt wird. Das Rügeerfordernis entsteht bei jeder Ausschreibung neu und damit auch die entsprechenden Fristen des § 160 Abs. 3 GWB. Soweit der Antragsgegner möglicherweise auf die Vorabinformation als Fristbeginn abstellen wollte, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB umfasst die Auftragsbekanntmachung nach § 37 VgV, nicht jedoch eine Vorabinformation (vgl.

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

Gabriel/Mertens in: BeckOK Vergaberecht, 14. Edition, Stand: 31.07.2018, § 160 Rn. 166, Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtkommentar 3. Auflage 2017, § 160 Rn. 51).

Die Vorabinformation dient der frühen Information potentieller Bieter zwecks Vorbereitung bzw. Organisation im Hinblick auf die angekündigte Ausschreibung. Mit dieser Vorinformation müssen jedoch nach § 41 Abs. 1 VgV keine Vergabeunterlagen veröffentlicht werden, auch können sich in der folgenden Auftragsbekanntmachung gemäß § 37 VgV durchaus noch Änderungen ergeben. Die Vorinformation ist weder für den Auftraggeber noch für den potentiellen Bieter verbindlich, zumindest sofern sie keinen Aufruf zum Wettbewerb darstellt und eine Auftragsbekanntmachung nach § 37 VgV ersetzen soll. Eine nicht verbindliche Vorinformation kann daher auch keine Rügeobliegenheit auslösen.

Die diesem Verfahren zugrunde liegende Vorinformation stellte keinen Aufruf zum Wettbewerb dar und diente lediglich der Verkürzung der Angebotsfrist. Dies ergibt sich bereits aus der veröffentlichten Vorabinformation selbst.

Die Antragstellerin ist im Übrigen nach § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat die aus ihrer Sicht vorliegenden Rechtsverletzungen substantiiert dargelegt, ebenso den ihr dadurch drohenden Schaden. Sie gab zwar ein Angebot für Los 2 ab, beruft sich insoweit jedoch darauf, dass sie ohne die gerügten Vergaberechtsverstöße ein besseres Angebot hätte abgeben können. Die gerügten Vergaberechtsverstöße könnten zu einer Verschlechterung ihrer Zuschlagschancen führen.

B.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet, soweit die Antragstellerin eine nicht erschöpfende Leistungsbeschreibung hinsichtlich Platzkapazitäten und der widersprüchlichen Angaben zur Zulässigkeit von Mehrvergütungsansprüchen in den Vergabeunterlagen, die Angebotsfrist, unklare Konzeptanforderungen und die Nichtbeantwortung von Bieterfragen rügt. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet hinsichtlich der Rügen der unzureichenden Verbindung der Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand und eines diesbezüglichen Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot und das Bestimmtheitsgebot, einer unzumutbaren Kalkulation und nicht erschöpfende Leistungsbeschreibung hinsichtlich erzielbarer Erlöse und Kostendeckung.

1.

Die Vergabeunterlagen sind bezüglich der Platzkapazität und der Zulässigkeit von Mehrvergütungsansprüchen im späteren Auftragsverhältnis widersprüchlich und verstoßen daher gegen das Gebot der Transparenz gemäß § 97 Abs. 1 GWB und der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gemäß § 121 GWB, § 29 Abs. 1 VgV.

Nach § 121 GWB, § 29 Abs. 1 VgV ist die Leistungsbeschreibung so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, damit es allen Unternehmen möglich ist, sie im gleichen Sinne zu verstehen und damit vergleichbare Angebote abgeben zu können (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 – 13 Verg 7/18).

Eine Leistungsbeschreibung ist eindeutig, wenn Unternehmen sie ohne große Auslegungsbemühungen dahingehend verstehen können, welche Leistungen zu welchen Zeitpunkten, in welcher Menge und Qualität zu erbringen sind (vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2010 - VII ZR 213/ 08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2015 – VII-Verg 29/14). Vergabeunterlagen müssen so gefasst sein, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

diese bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 12.9.2016 – 7 Verg 7/15). Die Bieter müssen daran ihre Angebote ausrichten können. Dies ist nur möglich, wenn die Leistung derart erschöpfend beschrieben ist, dass sie alle preisrelevanten Faktoren beinhaltet, mithin Art und Zweck der Leistung, die erforderlichen Teilleistungen, Funktions- und Leistungsanforderungen sowie die Bedingungen, Umstände und sonstigen Anforderungen (vgl. Trutzel in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 121 GWB Rn. 7). Der Auftraggeber ist deshalb verpflichtet, die Leistungsbeschreibung so auszugestalten, dass eine vernünftige Kalkulation und die Abgabe vergleichbarer Angebote ermöglicht werden.

Diesen Anforderungen werden die Vergabeunterlagen hinsichtlich der Kapazität und der Zulässigkeit von Mehrvergütungsansprüchen nicht gerecht.

a)

Die Belegungskapazität wurde in der Bekanntmachung mit 504 Plätzen angegeben. Aus Anlage 7 lässt sich nach Auffassung der Antragstellerin und vom Antragsgegner unwidersprochen eine höhere Kapazität von 512 Plätzen errechnen. Ebenfalls unwidersprochen liegt die aktuelle Belegung höher als 504 Plätzen. Da die Abrechnung nach Tagessatz je betreuter Person erfolgt, ist die Angabe der konkreten Belegungskapazität von kalkulationsrelevanter Bedeutung. Auch richtet sich das Kündigungsrecht nach § 21 Abs. 4 des Betreibervertrages an der Kapazität aus.

Dass die Antragstellerin als Bestandsbieterin möglicherweise die aktuelle Belegungszahl kennt, ändert nichts daran, dass Widersprüche gegenüber allen Bietern aufzuklären sind. Denn sofern ein Bieter andere Informationen hat als andere Bieter, beruhen die Angebote nicht auf denselben Grundlagen und sind damit nicht vergleichbar. Es ist Aufgabe des Auftraggebers, eine einheitliche Verständnisgrundlage der Leistungsanforderungen zu schaffen, um auch solche Wissensvorteile der bisherigen Auftragnehmer auszugleichen (vgl. VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019 - B1 - 13/19). Insofern ist auch die Klarstellung des Antragsgegners im Schriftsatz vom 25.02.2020 nicht geeignet, die Widersprüchlichkeit der Angaben zur Kapazität zu beseitigen, da diese Klarstellung nach Ablauf der Angebotsfrist lediglich gegenüber der Antragstellerin erfolgte.

b)

Ebenso widersprüchlich und damit nicht eindeutig sind die Vorgaben hinsichtlich etwaiger Mehrvergütungsansprüche.

Während es in Teil B der Anlage 1 zum Betreibervertrag heißt, „Anpassungswünschen des XXX ist zwingend Rechnung zu tragen. XXX Mehrvergütungsansprüche sind ausgeschlossen.“ regeln §§ 11 Abs. 4, 16 Abs. 3 des Betreibervertrages die Vergütung etwaiger Änderungsleistungen, die vom Betreiber geltend gemacht werden kann.

Nur ergänzend und im Hinblick auf eine etwaige Wiederholung der Ausschreibung weist die Kammer darauf hin, dass es ebenfalls dem Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers obliegt, vertraglich festzuschreiben, ob er Mehrvergütungsansprüche ausschließen möchte. Auch diesbezüglich obliegt es einem Unternehmen, zu entscheiden, ob es sich solchen vertraglichen Klauseln unterwerfen möchte oder nicht. Sofern eine spätere vertragliche Anpassung, welche vertraglich nicht vorgesehen war, gegen zivilrechtliche Regelungen, zu denen auch die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführungen von Leistungen – Teil B (VOL/B) gehören, verstoßen sollte, ist dies zivilrechtlich zu prüfen und zu bewerten. Angebote sind auch bei einem (in den Vergabeunterlagen nicht widersprüchlich geregelten) Ausschluss von Mehrvergütungsansprüchen vergleichbar, denn diese Regelung ist die Grundlage aller Angebote.

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

2.

a)

Die Dokumentation in Bezug auf die Festlegung der Angebotsfrist wird den Anforderungen an eine Dokumentation gemäß § 8 Abs. 1 VgV nicht gerecht und verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten.

Nach § 8 Abs. 1 VgV ist das Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend zu dokumentieren, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist.

Gemäß § 15 Abs. 2 GWB VgV beträgt die Angebotsfrist mindestens 35 Tage. Diese Frist kann gemäß § 15 Abs. 4 VgV um fünf Tage verkürzt werden, sofern die elektronische Angebotsabgabe zugelassen wird. Gemäß § 38 Abs. 3 VgV ist eine Verkürzung der Frist auf 15 Tage zulässig, wenn eine entsprechende und die in § 38 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VgV genannten Voraussetzungen erfüllende Vorinformation bekannt gemacht wurde. Gemäß § 20 Abs. 1 VgV ist bei der Festlegung von Fristen für den Eingang von Angeboten die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen. Auch die verkürzte Mindestfrist nach § 38 Abs. 3 VgV muss im jeweiligen Einzelfall angemessen und ausreichend sein (vgl. Völlink in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 20 Rn. 9). Da die Fristbestimmung in das Ermessen des Auftraggebers gestellt wird, sind eine Abwägung der Interessen und eine entsprechende Dokumentation erforderlich.

Aus der Vergabeakte ergibt sich, dass die Angebotsfrist auf 15 Tage mit der Vorabinformation begründet wurde. Diese Begründung wurde in dem Vordruck des Vergabevermerks lediglich angekreuzt, eine weitergehende schriftliche bzw. einzelfallbezogene Begründung ist nicht enthalten. Es ergibt sich aus der Akte damit nicht, dass zunächst geprüft wurde, welche Angebotsfrist überhaupt angemessen ist. Im Rahmen von Bieterfragen wurde die Frage nach einer Fristverlängerung mehrfach von unterschiedlichen Unternehmen gestellt. Die Antwort seitens der Vergabestelle wurde darauf gestützt, dass der Leistungsbeginn für den XXX vorgesehen sei. Daraus ergibt sich nicht, dass vorliegend eine Abwägung erfolgt ist, ob die verkürzte Frist überhaupt zur Ausarbeitung von Angeboten ausreicht. Auch die Argumentation, es handle sich um eine Wiederholungsausschreibung kann für sich allein genommen keine nachträgliche Begründung der Angebotsfrist darstellen, selbst wenn es zuträfe, dass es sich um eine Wiederholungsausschreibung handelt. Zum einen muss es Bietern auch bei Wiederholungsausschreibungen insbesondere zeitlich möglich sein, ihre Angebote neu zu kalkulieren und Inhalte im Vergleich zu einer vorangegangenen Ausschreibung anzupassen. Zum anderen trägt die Antragstellerin zu recht vor, dass insbesondere aufgrund von Mindestlöhne eine neue preisliche Kalkulation erfolgen muss und nicht auf eine ältere Kalkulation zurückgegriffen werden kann.

Mangels Dokumentation kann die Begründung der Angemessenheit der Angebotsfrist durch die Kammer nicht auf Ermessensfehler hin überprüft werden. Die mangelnde Dokumentation lässt vielmehr einen Ermessensausfall erkennen, der zur Verletzung der subjektiven Rechte der Antragstellerin führt.

b)

Weiterhin erfolgte keine Fristverlängerung trotz zusätzlich erteilter Informationen einen Tag vor dem Ablauf der Angebotsfrist. Auch dieser Verstoß verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten.

Die Angebotsfrist ist nach § 20 Abs. 3 Nr. 1 VgV angemessen zu verlängern, wenn zusätzliche Informationen trotz rechtzeitiger Anforderung durch ein Unternehmen nicht spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestellt werden und diese Informationen nicht unerheblich sind.

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

Rechtzeitig angefordert sind Informationen dann, wenn dem Antragsgegner die Möglichkeit verbleibt, die Fragen nach ggf. erforderlicher Recherche und Abstimmung mindestens sechs bzw. vier Tage vor Ablauf der Angebotsfrist beantworten zu können (vgl. Völlink in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 20 Rn. 16). Vorliegend ist dabei auch die verkürzte Angebotsfrist auf 15 Tage zu berücksichtigen.

Es kann vorliegend jedoch offen bleiben, ob die Fragen rechtzeitig gestellt wurden. Denn der Antragsgegner beantwortete die am 28.01.2020 gestellten Bieterfragen. Dass er die Rechtzeitigkeit der gestellten Bieterfragen nicht in Zweifel zog, ergibt sich insofern aus der Vergabeakte, die sich dazu gänzlich nicht verhält.

Wenn er zusätzliche Informationen bekannt gibt, die nicht unerheblich sind, so ist der Auftraggeber zu einer Fristverlängerung verpflichtet. Der Umfang der Fristverlängerung steht dabei gemäß § 20 Abs. 3 S. 2 VgV im Ermessen des Auftraggebers.

Die Angebotsfrist endete am 30.01.2020, 10:00 Uhr. Die letzten Bieterfragen wurden am 28.01.2020 gestellt und seitens des Antragsgegners am 29.01.2020 beantwortet. Dabei wurde u.a. die Frage gestellt, ob neben den im Preisblatt bezifferten Vollzeitstellen zusätzliches Personal für Ausfälle wie Urlaub und Krankheit einkalkuliert werden muss. Die Frage bzw. die Antwort darauf ist für die Kammer keine unerhebliche für die Kalkulation, so dass es sich aus Sicht der Kammer um eine zusätzliche Information handelt. Ob eine Verlängerung der Angebotsfrist aufgrund der gestellten und auch kurz vor Ablauf der Angebotsfrist von dem Antragsgegner beantworteten Bieterfragen in Betracht zu ziehen ist, ist ebenfalls nicht dokumentiert. Es liegt daher ein Ermessensausfall des Antragsgegners vor, der zu einer Verletzung der subjektiven Rechte der Antragstellerin auf ein faires Verfahren führt.

3.

Ebenfalls begründet ist die Rüge der Antragstellerin, dass die Anforderungen an die Konzepterstellung widersprüchlich und die Zuschlagskriterien intransparent seien. Die Vergabeunterlagen verstoßen diesbezüglich gegen das Gebot der Transparenz nach § 97 Abs. 1 GWB.

Die Vergabeunterlagen sind zur Gewährleistung eines wirksamen und fairen Wettbewerbs so transparent auszugestalten, dass jeder Bieter sie in gleicher Weise verstehen und auslegen kann. Dies gilt insbesondere auch für die Zuschlagskriterien und die mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen. Denn ein Bieter muss sein Angebot nicht nur an den Zuschlagskriterien, sondern allen verlangten Vorgaben ausrichten können.

Die Angaben zu dem im Rahmen der Angebotswertung geforderten Betriebskonzept sind vor dem Hintergrund des gleichzeitig geforderten Betreiberkonzepts intransparent.

Während nach der Anlage 1 zum Betreibervertrag ein Betreiberkonzept zur Umsetzung der Leistungs- und Qualitätsbeschreibung mit Angebotsabgabe gefordert wird, welches im Vertragsverhältnis fortzuschreiben ist, ist nach der Anlage „Zuschlagskriterien/Bewertung der Angebote“ ein Betriebskonzept einzureichen. Neben der sprachlichen Unterscheidung, unterscheiden sich die inhaltlichen Anforderungen an die beiden Konzepte in Teilen, wenngleich es auch inhaltliche Übereinstimmungen gibt. Es ist daher fraglich, ob es sich um ein und dasselbe Konzept handeln soll oder zwei verschiedene. Der Antragsgegner äußerte sich weder im Rahmen der Rügen noch im Nachprüfungsverfahren, wie die Konzepte zu verstehen seien.

Zwar darf der Antragsgegner im Rahmen der Wertung nur die zuvor bekanntgemachten Zuschlagskriterien heranziehen (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 28.03.2017 - 6 Verg 5 / 16). Gleichwohl hat er auch hinsichtlich der übrigen Unterlagen, die er mit der Angebotsabgabe fordert, ein transparentes Verständnis zu

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

schaffen. Denn ein Fehlen geforderter Unterlagen oder eine abweichende Darstellung kann zu einem formalen Ausschluss des Angebotes nach § 57 Abs. 1 VgV führen.

4.

Der Antragsgegner hat zu Unrecht die Beantwortung der von der Antragstellerin mit Schreiben vom 22.01.2020 gestellten Bieterfragen vor Ablauf der Angebotsfrist unterlassen.

Die Antragstellerin führte in dem v.g. Schreiben die Widersprüche hinsichtlich der Platzzahl und die damit aus ihrer Sicht verbundenen Folgen bei der Kalkulation aus. Weiterhin bat die Antragstellerin um Klärung hinsichtlich der Bewirtschaftung durch den Betreiber, zur Darstellung der tabellarischen Zeit- und Maßnahmenplanung sowie zur Form zur Benennung von mehr als drei Referenzen. Sie legte jeweils ihr Verständnis der verschiedenen Angaben dar und bat um Bestätigung bzw. Mitteilung der Gründe bei einem abweichenden Verständnis des Antragsgegners. Auch wenn jeweils nicht explizit eine Frage geäußert wurde, sind die Ausführungen der Antragstellerin in diesem Schreiben aber dahingehend auszulegen, zumal die Antragstellerin die jeweiligen Fragen auch als Bieterfrage überschrieb.

Bieterfragen sind unter einer ggf. angemessenen Verlängerung der Angebotsfrist durch die Vergabestelle zu beantworten (vgl. VK Lüneburg, Beschluss vom 19.09.2019 - VgK-33/2019). Die Unternehmen haben ein uneingeschränktes und umfassendes Auskunftsrecht, unabhängig davon, ob der Auftraggeber die gestellten Frage als sachdienlich oder relevant hält (vgl. Völlink in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 20 Rn. 14). Auch wenn sich die Pflicht zur Beantwortung von Bieterfragen nicht mehr unmittelbar aus der VgV ergibt, so ergibt sie sich jedoch aus Art. 53 Abs. 2 RL 2014/24/EU. Die Beantwortung von Bieterfragen dient dabei der Gleichbehandlung und insbesondere der Transparenz.

Die Vergabekammer hält die gestellten Bieteranfragen zur Platzzahl und zur Bewirtschaftung der Antragstellerin für kalkulationsrelevant. Die Fragen zur Form zur Benennung von mehr als drei Referenzen sowie zur Darstellung der tabellarischen Zeit- und Maßnahmenplanung sind im Hinblick auf die Angebotsabgabe ebenfalls relevant. Soweit der Antragsgegner die Fragen für weitschweifig und unsinnig erachtet, wird darauf hingewiesen, dass jede Frage zu beantworten ist. Die Frage der Sachdienlichkeit bzw. Erheblichkeit ist gemäß § 20 Abs. 3 S. 3 VgV lediglich bei der Bekanntgabe gegenüber allen Bietern relevant, nicht jedoch bei der Pflicht zur Beantwortung.

Soweit der Antragsgegner die Frage nach der Platzzahl mit Schriftsatz vom 25.02.2020 beantwortet, ist dies verspätet. Die Beantwortung von Bieterfragen hat vor Ablauf der Angebotsfrist zu erfolgen, um eine einheitliche Verständnisgrundlage zu schaffen, auf der die Angebote kalkuliert und eingereicht werden können. Eine Beantwortung im laufenden Nachprüfungsverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist vereitelt dieses Ziel und verletzt damit die Antragstellerin in ihren Rechten.

5.

Der Nachprüfungsantrag erweist sich jedoch als unbegründet, soweit die Antragstellerin die Auffassung vertritt, dass die Zuschlagskriterien nicht in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stünden und gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstießen, da die Konzepte nicht inhaltlich sondern anhand ihrer Darstellung bewertet würden. Die Methode zur Wertung der qualitativen Zuschlagskriterien verstößt nicht gegen § 127 Abs. 4 S. 1 GWB.

Die Auswahl und Festlegung der Zuschlagskriterien sowie die Gewichtung unterfallen dem Bestimmungsrecht des Auftraggebers (so schon EuGH, Urteil vom 04.12.2003, C-448/01, Rn. 37, 39; EuGH, Urteil vom

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

12.03.2015, C-538/13, Rn. 62 f.). Der Auftraggeber legt fest, was für ihn das wirtschaftlichste Angebot ist und wie er dieses ermitteln möchte. Dies ergibt sich auch bereits aus dem Wortlaut von Art. 67 Abs. 2 der RL 2014/24/EU. Bei der Auswahl und Festlegung der Zuschlagskriterien genießt der Auftraggeber einen entsprechend weiten Beurteilungsspielraum, der von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbar ist. Die Überprüfung der Nachprüfungsinstanzen beschränkt sich dabei darauf, ob die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen, sachfremde Erwägungen herangezogen wurden oder eine willkürliche Festlegung der Kriterien oder der Bewertungsmethode erfolgt ist und keine offensichtlichen Beurteilungsfehler oder ein Ermessensfehlgebrauch vorliegen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.09.2018, VII-Verg 37/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.03.2010, VII-Verg 48/09; VK Bund, Beschluss vom 26.06.2018, VK 2 – 46/18).

Beurteilungs- oder Ermessenfehler sind vorliegend nicht erkennbar. Auch stehen die gewählten Zuschlagskriterien im Zusammenhang mit den zu vergebenden Betriebsleistungen für eine Flüchtlingsunterkunft. Für einen objektiven Bieter des angesprochenen Bieterkreises ergibt sich aus der Leistungsbeschreibung, dem Betreibervertrag und der beschriebenen Erwartungshaltung des Antragsgegners zudem, dass der Antragsgegner vorliegend nicht die Darstellung von Konzepten mit einem von der ausgeschriebenen Leistung losgelösten Inhalt bewertet, sondern er die Konzepte daraufhin wertet, ob die Inhalte eine entsprechende Leistung erwarten lassen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.08.2019 - Verg 56 / 18).

Dem Antragsgegner kommt es ausweislich der Anlage „Zuschlagskriterien/Bewertung der Angebote“ darauf an, ob und wie die von den Bietern in den Konzepten gemachten Angaben die Leistungserbringung erwarten lassen. So wird auf den Seiten 3 bis 7 detailliert beschrieben, welche Erwartungen der Antragsgegner an den Inhalt der Konzepte stellt. Dabei knüpft er jeweils an die Leistungsvorgaben und die von dem späteren Auftragnehmer zu erbringende Leistung an. In den Vergabeunterlagen stellt der Antragsgegner deutlich heraus, dass in den Konzepten die zu erbringende Leistung zu beschreiben ist und wie der Bieter gedenkt, diese umzusetzen.

Es heißt bspw., dass der Bieter darzulegen hat, wie er den Einzug von Geflüchteten in die Einrichtung zu gestalten beabsichtigt, wie der Betrieb der Flüchtlingsunterkunft strukturiert werden soll, wie ein Belegungsplan unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Bedarfsgruppen ausgestaltet werden soll. Der Antragsgegner beschreibt ebenfalls, dass er bspw. erwartet, dass ein effektiver Gewaltschutz gewährleistet wird und was er diesbezüglich als positiv erachtet.

Es ist weiter detailliert beschrieben, zu welchen Fragestellungen und Aspekten der Bieter in seinem Konzept Ausführungen zu machen hat. Der Antragsgegner beschreibt damit seine Erwartungshaltung. Davon abgegrenzt stellt der Antragsgegner die Bewertung dar und beschreibt, wann ein Konzept welche Bewertungsstufe erreicht.

Bei der Bewertung der Inhalte der Konzepte muss der Antragsgegner auch an die Darstellung anknüpfen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.08.2019 - Verg 56 / 18; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.11.2016, VII - Verg 25 / 16). Wenn er wie vorliegend darauf abstellt, wie schlüssig das Konzept ist und wie die geforderten und erwarteten Kriterien dargestellt sind, ist dies vor dem Hintergrund der beschriebenen Erwartungen nicht zu beanstanden. Mit dem Hinweis darauf, dass er werten möchte, ob bei der jeweiligen Darstellung Fragen oder Aspekte offen bleiben, sind die beschriebenen Erwartungen einbezogen und damit ein klarer Leistungsbezug vorhanden.

6.

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

Der Nachprüfungsantrag erweist sich ebenfalls als unbegründet, soweit die Antragstellerin meint, die Leistungsbeschreibung sei mangels Angaben einer Mindest- und Höchstmenge nicht eindeutig und erschöpfend genug. Die Leistungsbeschreibung verstößt vorliegend weder gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung noch verhindert sie eine kaufmännische Kalkulation.

Dass die Leistungsbeschreibung keine taggenaue Belegung vorgeben kann, liegt bei der ausgeschriebenen Leistung offenkundig auf der Hand. Der Antragsgegner kann über die Dauer des Vertragszeitraums nicht vorhersehen, wie viele Flüchtlinge nach Deutschland bzw. Berlin kommen und wie viele er unterbringen muss. Ebenfalls kann er nicht vorhersehen, über welche Dauer die Flüchtlinge jeweils unterzubringen sind. Es ist ein vertragstypisches Risiko, dass es bei der Belegung in einer Flüchtlingsunterkunft zu Schwankungen kommen kann, die dem Einflussbereich des Antragsgegners entzogen sind. Die maximale Belegung wiederum ergibt sich jedoch aus der Belegungskapazität der Unterkunft. Zur Abmilderung der Risiken im Falle einer Unterbelegung sieht der Betreibervertrag jedoch Kündigungsmöglichkeiten auch des späteren Auftragnehmers vor.

Die Antragstellerin wendet sich letztlich gegen eine Vorgabe des Antragsgegners, die jedoch nicht die Unzumutbarkeit einer Kalkulation betrifft, sondern eine vom Antragsgegner vorgegebene Rahmenbedingung. Er fordert eine belegungsunabhängige Betriebspauschale. Es ist aber gerade die ureigene Aufgabe eines Bieters unter bestimmten vorgegebenen Bedingungen des Auftraggebers ein Angebot unter Berücksichtigung verschiedener Kostenfaktoren zu kalkulieren. Dabei kann der Auftraggeber im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechts festlegen, zu welchen Bedingungen er einen Auftrag vergeben will (vgl. VK Berlin, Beschluss vom 05.01.2017 B 1- 34/16).

Hinsichtlich der Regelungen im Vertrag zur Abrechnung anhand des Tagessatzes je betreuter Person handelt es sich um eine transparente vertragliche Bedingung. Das gleiche gilt für die Regelung zur Auslastung und der Kündigungsmöglichkeit. Der Bieter kann den geforderten Tagessatz kalkulieren. Sofern er diese vertraglichen Bedingungen für ein zu großes unternehmerisches Risiko erachtet, steht es ihm frei, auf eine solche Leistung kein Angebot abzugeben. Die Parameter zur Kalkulation sind insoweit vorgegeben und transparent, mit Ausnahme der von der Antragstellerin aufgezeigten Widersprüche (u.a. Belegungskapazität, Vergütungsanpassung).

Die Kammer sieht auch keine Verletzung subjektiver Rechte, soweit die Antragstellerin meint, aufgrund unterschiedlicher Risikoaufschläge seien die Angebote nicht vergleichbar. Die Angebote werden unter denselben transparenten Vertragsbedingungen erstellt. Das Risiko einer nicht vollständigen Auslastung der Unterkunft einschließlich der Zeit bis zum Wirksamwerden der Kündigung ist ebenfalls transparent beschrieben und kalkulierbar. Insbesondere die Kalkulation von Risikoaufschlägen gehört bei jeder Ausschreibung insofern zum unternehmerischen Recht der Bieter, so dass sich u.a. daran für den Auftraggeber auch die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes ablesen lässt. Angebote sind nur dann nicht vergleichbar, wenn die Kalkulationsgrundlage, mithin die Leistungsbeschreibung nicht für jeden im selben Sinne verständlich ist. In Bezug auf die Abrechnung und die Kündigungsmöglichkeit liegt hingegen eine für jeden Bieter verständliche Regelung vor. Ein Bieter muss sich bei einer Angebotskalkulation entscheiden, ob und welche Risiken er bereit ist einzugehen.

C.

Die Antragstellerin wurde durch die genannten vergaberechtlichen Verstöße in ihren subjektiven Rechten verletzt. Ihre Zuschlagschancen wurden dadurch beeinträchtigt. Zur Behebung der verschiedenen Verfahrensfehler war vorliegend die Aufhebung des Vergabeverfahrens als geeignetes Mittel erforderlich. Eine Rückversetzung des Verfahrens in einen vorherigen Stand kam mit Blick auf die festgestellten Rechtsverstöße

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

insoweit nicht in Betracht, da insbesondere der Verstoß gegen die Dokumentation der Festlegung der Angebotsfrist eine erneute Bekanntmachung erfordert.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

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

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes heran. Dabei legt die Kammer den Bruttoangebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 – 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragstellerin zugrunde. Bei linearer Interpolation (vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 15. Oktober 2012 – Verg 18/12, IBRRS 2012, 3900; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. April 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 $2.500 \text{ €} + [(50.000 \text{ €} - 2.500 \text{ €}) / (70.000.000 \text{ €} - 80.000 \text{ €})] * ((\dots) \text{ EUR €} - 80.000 \text{ €}) = (\dots) \text{ EUR}$, die auch dem durchschnittlichen Aufwand der Kammer entspricht. Aufgrund des Verzichts auf eine mündliche Verhandlung bestand Anlass zur Reduzierung der Gebühr auf den tenorierten Betrag.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG notwendig. 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. August 2014 – VK – B 1 – 10/14 m.w.N.).

Das vorliegende Nachprüfungsverfahren umfasst neben Rüge der zu knapp bemessenen Angebotsfrist auch die Rügen betreffend den Umgang mit Bieterfragen sowie hinsichtlich widersprüchlicher Vergabeunterlagen. Der Antragstellerin müssen die hier streitgegenständlichen vergaberechtlichen Regelungen insbesondere auch in prozessualer Hinsicht nicht so geläufig sein, dass sie gegenüber der Vergabekammer selbst hätte vortragen können.

IV.

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 oder als elektronisches Dokument gemäß den Vorschriften über den elektronischen Rechtsverkehr beim 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.

VK Berlin, Beschluss vom 31.03.2020, VK - B 1 - 08 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 9.7.2020

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vorsitzende

Hauptamtlicher Beisitzer

Ehrenamtlicher Beisitzer