

Gericht:	KG Berlin Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	26.03.2019
Aktenzeichen:	Verg 16/16
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 97 Abs 3 GWB, § 97 Abs 4 S 2 Alt 2 GWB, § 97 Abs 4 S 3 GWB, § 182 Abs 3 S 6 GWB
Zitiervorschlag:	KG Berlin, Beschluss vom 26. März 2019 – Verg 16/16 –, juris

Leitsatz

1. Soweit eine getrennte Beschaffung der ausgeschriebenen Leistung nach Art oder Fachgebiet (Fachlos) möglich ist, ist eine getrennte Ausschreibung grundsätzlich geboten (§ 97 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 GWB), wenn es für die Leistung einen eigenständigen Markt gibt, an dem sie mit Aussicht auf Erfolg beschafft werden kann.
2. Ob mehrere Teil- und Fachlose zusammen vergeben werden dürfen, weil wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern (§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB), ist von den Nachprüfungsinstanzen, soweit es die Bildung von Fachlosen betrifft, anders als bei der Bildung von Teillosen, in vollem Umfang und nicht etwa nur eingeschränkt überprüfbar.
3. Beim Betrieb einer Flüchtlingsunterkunft bestehen regelmäßig keine wirtschaftlichen und technischen Gründe, die eine Beschaffung der Verpflegungsleistungen zusammen mit den weiteren Leistungen für den Betrieb der Flüchtlingsunterkunft erfordern würden (§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB), weswegen die Verpflegungsleistungen grundsätzlich gesondert auszuschreiben sind (§ 97 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 GWB).
4. Führt die Vergabekammer zu Unrecht keine mündliche Verhandlung durch, weil der Nachprüfungsantrag entgegen ihrer Ansicht nicht unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist und die Voraussetzungen des § 166 Abs. 1 S. 3 GWB nicht vorliegen, entspricht es regelmäßig der Billigkeit, die von der Vergabekammer festgesetzte Verfahrensgebühr aufzuheben (§ 182 Abs. 3 S. 6 GWB).

Orientierungssatz

Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Die Entscheidung vom 26. März 2019 wurde durch Beschluss vom 6. Juni 2019 berichtigt. Der Berichtigungsbeschluss ist am Ende der Entscheidung angefügt.

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin, 1. Beschlussabteilung - VK-B1-23/16 dahin abgeändert, dass festgestellt wird, dass die Antragstellerin durch das Unterlassen einer Vergabe der Teilleistung

“Versorgung der untergebrachten Personen” als gesondertes Fachlos in dem den Betrieb einer Flüchtlingsunterkunft in der G... Straße ""betreffenden Vergabeverfahren in ihren Rechten verletzt wurde.

Der Antragsgegner hat 2/9 der Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen; die von der Vergabekammer festgesetzte Verfahrensgebühr wird in Höhe eines Teilbetrages von 2.754 Euro aufgehoben.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts als Verfahrensbevollmächtigten für das Verfahren vor der Vergabekammer durch die Antragstellerin war notwendig.

Der Antrag der Antragstellerin auf Einsicht in die Vergabeakten wird zurückgewiesen.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 257.000 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin beanstandet mit ihrem vergaberechtlichen Nachprüfungsantrag, dass der Antragsgegner bei der europaweiten Ausschreibung von Dienstleistungen zum Betrieb von Flüchtlingsheimen die Verpflegungsleistungen nicht getrennt ausgeschrieben hat. Dadurch sei ihr eine Teilnahme an der Ausschreibung nicht möglich gewesen, weil neben den von ihr vertriebenen Cateringleistungen zahlreiche weitere Leistungen zu erbringen sein sollen. Der Antragsgegner habe damit ihre Rechte aus § 97 Abs. 4 S. 2 GWB verletzt.
- 2 Die Vergabekammer hat den Antrag mit Beschluss vom 16. August 2016 ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen. Der Nachprüfungsantrag sei, was die Ausschreibung zu der verfahrensgegenständlichen Flüchtlingsunterkunft betreffe, offensichtlich unbegründet, weil die einheitliche Ausschreibung der Leistungen durch technische Gründe im Sinne des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB gerechtfertigt gewesen sei.
- 3 Gegen den ihr am 22. August 2016 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24. August 2016, eingegangen bei Gericht am selben Tag, sofortige Beschwerde eingelegt.
- 4 Der Senat hat das Verfahren, das ursprünglich die Vergabe von Leistungen für den Betrieb von sieben Flüchtlingsunterkünften zum Gegenstand hatte, mit Beschluss vom 14. Oktober 2016 nach Maßgabe der auf die einzelnen Heime bezogenen Vergabeverfahren abgetrennt.
- 5 Der Antragsgegner hat das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren mit Schreiben vom 11. Oktober 2016 aufgehoben, weil sich die Grundlagen des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hätten.
- 6 Die Antragstellerin, die vor Aufhebung des Vergabeverfahrens mit ihrem Antrag zu 2. die Verpflichtung des Antragsgegners zur gesonderten Vergabe der Verpflegungsleistungen angestrebt hat, beantragt nunmehr,
 - 7 1. den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer aufzuheben,

- 8 2. festzustellen, dass sie durch das Unterlassen einer Vergabe der Teil-
leistung "Versorgung der untergebrachten Personen" als gesondertes
Fachlos in ihren Rechten verletzt wurde,
- 9 3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
- 10 4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antrag-
stellerin im Rahmen des Verfahrens vor der Vergabekammer für notwen-
dig zu erklären,
- 11 5. ihr Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.
- 12 Der Antragsgegner beantragt,
- 13 1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen,
- 14 2. den Antrag auf Akteneinsicht zurückzuweisen,
- 15 3. der Antragstellerin die Kosten Nachprüfungsverfahrens einschließlich
der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwen-
dungen des Antragsgegners aufzuerlegen,
- 16 4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners
für notwendig zu erklären.

II.

- 17 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer
Berlin, 1. Beschlussabteilung - VK-B1-23/16 - ist, soweit er das Vergabeverfahren über
die Betreiberleistungen für die Flüchtlingsunterkunft G...Straße betrifft, mit dem nach
Aufhebung dieses Vergabeverfahrens von der Antragstellerin weiterverfolgten Antrag
auf Feststellung der Verletzung in eigenen Rechten durch die unterbliebene Bildung von
Fachlosen für die Versorgung der untergebrachten Personen zulässig und begründet.
- 18 1. Die nach § 171 Abs. 1 GWB statthafte sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen
den ihr am 22. August 2016 zugestellten Beschluss der Vergabekammer Berlin vom 16.
August 2016 ist zulässig, insbesondere gemäß § 172 GWB form- und fristgerecht mit ei-
nem binnen zwei Wochen nach der Zustellung des angefochtenen Beschlusses am 24.
August 2016 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten ein-
gelegt.
- 19 2. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist auch begründet. Ihr Nachprüfungsan-
trag in Gestalt des nach Aufhebung des Vergabeverfahrens gestellten Feststellungsan-
trags ist zulässig und begründet.
- 20 a) Nach Aufhebung des Vergabeverfahrens ist der von der Antragstellerin noch verfolgte
Feststellungsantrag gemäß § 178 Satz 3 und 4 GWB in Verbindung mit § 168 Abs. 2 GWB
im Rahmen des im Übrigen ohne Weiteres zulässigen Nachprüfungsverfahrens statthaft.
Das für den Feststellungsantrag als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal erforderliche
Feststellungsinteresse (vgl. nur Damaske in: Müller-Wrede, GWB, Vergaberecht, § 178
Rn. 42 m.w.N.) folgt jedenfalls daraus, dass die Beteiligten auch nach Aufhebung des
Vergabeverfahrens an ihren unterschiedlichen Rechtspositionen hinsichtlich des gerüg-

ten Vergabeverstoßes festhalten, so dass insoweit eine als Feststellungsinteresse anerkannte Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt ist - der Antragsgegner hat sogar sein Interesse bekundet, an der bisherigen Verfahrensweise festzuhalten. Im Übrigen besteht ein Feststellungsinteresse aber auch zur Gewährleistung einer dem Sach- und Streitstand entsprechenden Kostenentscheidung.

- 21 b) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, nunmehr in Gestalt des Feststellungsantrags, ist auch entgegen der Auffassung der Vergabekammer nicht offensichtlich unbegründet, sondern ganz im Gegenteil begründet. Es war festzustellen, dass die Antragstellerin durch das Unterlassen einer Vergabe der Teilleistung „Versorgung der untergebrachten Personen“ als gesondertes Fachlos in ihren Rechten verletzt wurde. Verletzt ist das Gebot der getrennten Vergabe von Leistungen nach Art oder Fachgebiet aus § 97 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 GWB, das den davon nachteilig betroffenen Interessenten, hier der Antragstellerin als Anbieterin von Verpflegungsleistungen auch in Flüchtlingsunterkünften, eigene Rechte im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB vermittelt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 - VIII - Verg 52/11 -, juris Rn. 15). Denn die getrennte Ausschreibung der Verpflegungsleistungen (sog. Bildung eines Fachloses) wäre möglich gewesen (aa) und es lagen keine technischen oder wirtschaftlichen Gründe vor, die die Ausschreibung zusammen mit den weiteren für den Betrieb der Flüchtlingsunterkunft benötigten Leistungen erfordert und damit gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB gerechtfertigt hätte (bb).
- 22 aa) Der Antragsgegner hätte die Verpflegungsleistungen beim Betrieb der Flüchtlingsunterkunft gesondert ausschreiben können und, vorbehaltlich der Einschränkungen aus § 97 Abs. 4 S. 3 GWB (dazu unter bb)), auch ausschreiben müssen.
- 23 (1) Das Gebot des § 97 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 GWB, Leistungen getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben, schränkt das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ein (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 6. April 2011 - 15 Verg 3/11 juris Rn. 51 f.). Diese Einschränkung greift aber erst und nur, wenn eine getrennte Beschaffung der ausgeschriebenen Leistungen nach Art oder Fachgebiet überhaupt sinnvoll möglich ist (OLG Celle, Beschluss vom 26. April 2010-13 Verg 4/10 -, juris Rn. 19, 21), woran es fehlen kann, wenn die nachgefragte Leistung nach ihrem Gegenstand gerade voraussetzt, dass sie aus einer Hand erbracht wird (OLG Celle, a.a.O., juris Rn. 22). Abgesehen von solchen Ausnahmefällen ist eine getrennte Ausschreibung aber grundsätzlich geboten, wenn es für eine Leistung einen eigenständigen Markt gibt, an dem sie mit Aussicht auf Erfolg beschafft werden kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 - VIII - Verg 52/11 -, juris Rn. 20 m.w.N.).
- 24 (2) Nach diesen Grundsätzen war hier der Anwendungsbereich des § 97 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 GWB für die Verpflegungsleistungen eröffnet und hatte der Antragsgegner diese Leistungen, vorbehaltlich der Einschränkungen des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB (dazu unter bb)), getrennt auszuschreiben. Unstreitig besteht für diese Verpflegungsleistungen ein eigener Markt, an dem die Antragstellerin tätig ist, und werden entsprechende Cateringleistungen tatsächlich auch europaweit ausgeschrieben (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 12. August 2016 - Z3-3-3194-1-27-07-16 -, juris Rn. 75). Die von dem Antragsgegner geltend gemachten Erwägungen, dass eine getrennte Erbringung dieser Leistungen deswegen nicht möglich sei, weil die Flüchtlinge dann nicht ordnungsgemäß versorgt werden könnten, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Zudem ist nach dem eigenen Vorbringen des Antragsgegners bei einer getrennten Erbringung der Verpflegungsleis-

tungen allenfalls ein erhöhter Koordinierungsaufwand erforderlich, der vermeidbar sei, wenn auch die Verpflegungsleistungen von dem mit den weiteren Leistungen betrauten Betreiber der Flüchtlingsunterkunft erbracht würden. Tatsächlich besteht aber der Koordinierungsbedarf auch bei der Leistung durch einen Auftragnehmer, weil auch in diesem Fall unstreitig unterschiedliche Personen mit Verpflegung und sonstiger Verwaltung und Betreuung der Flüchtlinge befasst sind. Von einer tatsächlichen Unmöglichkeit, die Leistung gesondert erbringen zu lassen, um einen ordnungsgemäßen Betrieb der Flüchtlingsunterkunft zu gewährleisten, kann mithin keine Rede sein.

- 25 bb) Das Absehen von der getrennten Ausschreibung der Verpflegungsleistungen war auch nicht nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB gerechtfertigt.
- 26 (1) Nach der genannten Vorschrift dürfen mehrere Teil- und Fachlose zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern (§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB). Die Feststellung, ob solche Gründe eine einheitliche Vergabe erfordern, setzt voraus, dass die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden technischen und wirtschaftlichen Gründe die für ein dem Gebot der Losaufteilung sprechenden Gründe überwiegen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 14. Mai 2018 - 11 Verg 4/18 juris Rn. 72). Weil eine getrennte Beschaffung in aller Regel aufwendiger ist als eine zusammengefasste, kann der mit einer getrennten Beschaffung verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsaufwand das Absehen von einer getrennten Ausschreibung der Leistungen nicht rechtfertigen. (OLG Celle, Beschluss vom 26. April 2010 - 13 Verg 4/10 -, juris Rn. 20; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 - VIII - Verg 52/11 -, juris Rn. 16). Erst wenn ganz untergeordnete Leistungsbestandteile zum Gegenstand einer getrennten Beschaffung gemacht werden müssten (sog. Splitterlos), kann es wirtschaftlich gerechtfertigt zu sein, die Beschaffung verschiedenartiger Leistungen zu bündeln (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 - VIII - Verg 52/11 -, juris Rn. 18). Ob die gesetzlichen Vorgaben für die Ausnahmeregelung aus § 97 Abs. 4 S. 3 GWB vorliegen, nämlich eine gemeinsame Vergabe aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen erforderlich ist, ist von den Nachprüfungsinstanzen, soweit es die nach § 97 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 GWB grundsätzlich gebotene getrennte Ausschreibung nach Art oder Fachgebiet betrifft und anders als bei der Bildung von Teillosen, § 97 Abs. 4 S. 2 Alt. 1 GWB, (insoweit zutreffend OLG Frankfurt, a.a.O., juris Rn. 7; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 -VIII - Verg 52/11 -, juris Rn. 17), in vollem Umfang und nicht etwa nur eingeschränkt überprüfbar.
- 27 (2) Nach diesen Vorgaben bestehen vorliegend keine wirtschaftlichen oder technischen Gründe im Sinne des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB, die eine Beschaffung der Verpflegungsleistungen zusammen mit den weiteren Leistungen für den Betrieb der Flüchtlingsunterkunft erfordert hätten. Der von dem Antragsgegner zuletzt allein noch geltend gemachte Gesichtspunkt, er wolle eine Schnittstelle zwischen dem Betreiber der Flüchtlingsunterkunft und dem Verpfleger vermeiden, um rechtliche Auseinandersetzungen und Informationsverluste auszuschließen, stellt weder einen technischen noch einen wirtschaftlichen Grund dar, die Verpflegungsleistungen zusammen mit den anderen Leistungen auszuscheiden. Es ist schon im Ansatz nicht nachvollziehbar, dass die befürchteten rechtlichen Auseinandersetzungen oder Informationsverluste davon abhängen sollten, ob die Verpflegungsleistungen und übrige Leistungen von einem oder unterschiedlichen Unternehmen ausgeführt würden, zumal unstreitig in jedem Fall unterschiedliche Personen tätig sind. Im Übrigen mutet der Gesetzgeber dem öffentlichen Auftraggeber, wie ausgeführt, einen etwaigen Mehraufwand, der sich aus der Tätigkeit mehrerer Auftragnehmer

und ihrer Koordinierung herleitet, zu, um zur Wahrung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 4 S. 1 GWB) auch spezialisierten kleineren Unternehmen eigenständig einen Marktzugang zu verschaffen. Auch handelt es sich bei den Verpflegungsleistungen nicht um einen nur untergeordneten Leistungsbestandteil, dessen getrennte Ausschreibung dem Antragsgegner wirtschaftlich nicht zumutbar wäre. Davon kann bei der nachgefragten Vollverpflegung von bis zu 1.000 Personen keine Rede sein. Soweit der Antragsgegner für seine abweichenden Einschätzungen einen Beurteilungsspielraum in Anspruch nehmen will, ist ihm dieser durch § 97 Abs. 4 S. 3 GWB nicht eingeräumt. Selbst wenn man der von dem Senat nicht geteilten Auffassung folgte, die Erwägungen des Auftraggebers seien nur eingeschränkt prüfbar, läge hier doch ein auch insoweit beachtlicher Beurteilungsfehler (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 - VIII - Verg 52/11 -, juris Rn. 17) vor, weil der Antragsgegner den bei jeder getrennten Vergabe typischerweise eintretenden Mehraufwand unzutreffend dafür herangezogen hat, von einer getrennten Ausschreibung abzusehen.

III.

- 28 1. Die Kosten des Verfahrens beider Instanzen waren dem Antragsgegner aufzuerlegen, weil er unterlegen war (§ 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 78 S. 2 GWB/§ 182 Abs. 3 S. 1, 5 GWB).
- 29 Wegen der Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer war allerdings zu berücksichtigen, dass sich das Nachprüfungsverfahren zum damaligen Zeitpunkt auf insgesamt sieben Vergabeverfahren zum Betrieb von Flüchtlingsunterkünften bezog und erst der Senat durch Abtrennungsbeschluss vom 14. Oktober 2016 für jedes Vergabeverfahren ein darauf bezogenes Nachprüfungsverfahren geschaffen hat. Deswegen bedarf es einer anteiligen Verteilung der für das Verfahren vor der Vergabekammer angefallenen Kosten auf die nach dem Trennungsbeschluss entstandenen insgesamt sieben Nachprüfungsverfahren. Die Verteilung hatte sich dabei an den Streitwerten der einzelnen Verfahren zu orientieren, wobei sich die Streitwerte wiederum im Hinblick auf die für die Auftragswerte maßgeblichen Tagessätze an der Anzahl der jeweils für den gleichen Zeitraum unterzubringenden Flüchtlinge orientieren. Hierbei waren in fünf der sieben Vergabeverfahren jeweils 500 Flüchtlinge unterzubringen und in den weiteren zwei jeweils 1.000 Flüchtlinge. Damit entfallen auf das vorliegende, auf die Unterbringung von 1.000 Flüchtlingen ausgerichtete Vergabeverfahren 2/9 der Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und 2/9 der von der Vergabekammer gemäß § 182 Abs. 1 GWB festgesetzten, mithin gerundet 2.755 Euro.
- 30 Die von der Vergabekammer festgesetzte Verfahrensgebühr war allerdings, soweit sie auf das vorliegende Nachprüfungsverfahren entfällt, aus Gründen der Billigkeit gemäß § 182 Abs. 3 S. 6 GWB aufzuheben, da die Vergabekammer zu Unrecht keine mündliche Verhandlung durchgeführt hat, weil der Nachprüfungsantrag entgegen ihrer Ansicht nicht unbegründet - schon gar nicht offensichtlich -, sondern begründet war, wobei sie der Antragstellerin zudem für ihre unzutreffende Rechtsauffassung das in jedem Fall gebotene rechtliche Gehör verwehrt hat.
- 31 2. Die Notwendigkeit einer Hinzuziehung eines Rechtsanwalts in dem Verfahren vor der Vergabekammer durch die Antragstellerin war im Hinblick auf die Komplexität der sich stellenden vergaberechtlichen Fragestellungen antragsgemäß festzustellen. Dem entsprechenden Antrag des Antragsgegners, der nur im Beschwerdeverfahren anwaltlich

vertreten war, war nicht zu entsprechen, da die dem Antragsgegner entstandenen Kosten nicht erstattungsfähig sind.

- 32 3. Der Antragstellerin war auf ihren entsprechenden Antrag nicht entsprechend § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu bewilligen, weil dies zur Durchsetzung der von ihr im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Rechte nicht notwendig war.
- 33 4. Der Streitwert beläuft sich gemäß § 50 Abs. 2 GWB auf fünf Prozent des Bruttoauftragswertes; wobei regelmäßig der Wert maßgeblich ist, den der Antragsteller für erzielbar hält. Die Antragstellerin hat den Auftragswert für die Verpflegung von 1.000 Personen und bei einer dreijährigen Laufzeit nachvollziehbar auf netto sechs Millionen Euro geschätzt, einschließlich der zu berücksichtigenden Umsatzsteuer sind das 7.140.000 Euro. Das führt zu dem auf 257.000 Euro festgesetzten Streitwert.

Berichtigungsbeschluss vom 6. Juni 2019

Der Beschluss des Senats vom 26. März 2019 wird entsprechend § 319 ZPO wie folgt berichtigt:

Bei der Streitwertfestsetzung im Tenor und unter III. 4. der Gründe muss es anstatt:

„257.000 Euro“, richtig: „357.000 Euro“ lauten.