

Gericht: KG Berlin Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 17.10.2022
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: Verg 7/22
ECLI: ECLI:DE:KG:2022:1017.VERG7.22.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Zitiervorschlag: KG Berlin, Beschluss vom 17. Oktober 2022 – Verg 7/22 –, juris

Orientierungssatz

1. In einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 17 Absatz 1 VergVO entfällt die Antragsbefugnis im Sinne des § 160 Absatz 2 GWB nicht deswegen, weil der Antragsteller keinen Teilnahmeantrag abgegeben hat. § 160 Abs. 2 GWB sieht nicht vor, dass der Bieter oder Bewerber zur Darlegung seines Interesses ein Angebot oder einen Teilnahmeantrag abgeben muss. Verlangt der Auftraggeber die Einhaltung gewisser, nicht verhandelbarer Mindestanforderungen, so ist von einem Auftragsinteressenten, der genau diese Mindestanforderungen angreift und nicht erfüllen will bzw. kann, bereits nicht zu verlangen, einen Teilnahmeantrag zu stellen. Vielmehr kann bereits in einer rechtswidrigen Formulierung von Mindestanforderungen im Sinne des § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV eine Grundlage für einen dem Interessenten drohenden Schaden gesehen werden.
2. Auch eine fachlich falsche oder sogar unsinnige Leistungsbeschreibung, die in der Ausführung in technischen Schwierigkeiten, Mehraufwand oder Mängeln resultiert, ist „eindeutig“ im Sinne des § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB, wenn sie von den Bietern in derselben Weise zu verstehen ist und zu vergleichbaren Angeboten führt. Unklarheiten, Unvollständigkeiten, Widersprüchlichkeiten und andere Fehler dürfen sich allerdings nicht zum Nachteil der Bieter auswirken. Der Auftraggeber muss sich als Verfasser der Leistungsbeschreibung ihre Fehler entgegenhalten lassen und trägt auch bei der Vertragsdurchführung das aus ihnen folgende finanzielle Risiko.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Landes Berlin, 13. Mai 2022, VK-B1-54/21, Beschluss
Diese Entscheidung wird zitiert

Kommentare

Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht

- Summa, 6. Auflage 2022, § 160 GWB

Tenor

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin, 1. Beschlussabteilung, vom 13. Mai 2022 (VK-B1-54/21) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens über den Antrag nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB werden gegeneinander aufgehoben. Im Übrigen hat der Antragsteller die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 40.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Der Antragsteller befasst sich mit wohnungswirtschaftlichen, regional- und städteplanerischen Untersuchungen, Marktanalysen und Beratungen; schwerpunktmäßig erstellt er derzeit Mietspiegel aller Art.
- 2 Der Antragsgegner schrieb mit Veröffentlichung im EU-Amtsblatt 2021/S 208-544627 vom 26. Oktober 2021 im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb die Leistung „Erstellung der Berliner Mietspiegel 2023 und 2025 einschließlich Betriebskostenübersicht“ aus. Die „Kurze Beschreibung“ in der Auftragsbekanntmachung enthält folgende Angaben:
 - 3 „Erstellung der qualifizierten Mietspiegel 2023 und 2025 gemäß § 558d BGB, Mietspiegelreformgesetz und Mietspiegelverordnung, insbes.:
 1. jeweils Aktualisierung des Wohnlagenverzeichnisses analog Verfahren Berliner Mietspiegel 2019;
 2. jeweils Aktualisierung des Wohnlagenverzeichnisses analog Verfahren Berliner Mietspiegel 2019;
 3. jeweils Erhebung, Auswertung von Grundlagendaten zur Miete und Ausstattung mit dem Ziel von je 15.000 Datensätzen in der Mietspiegeltabelle;
 4. jeweils Erhebung, Auswertung der Beschaffenheit (Ziel: 3.000 Datensätze);
 5. jeweils Erhebung, Auswertung der Betriebskostenarten (Ziel: 2.000 Datensätze) und Erstellung der Betriebskostenübersicht....“
- 4 Die Leistungsbeschreibung enthält unter anderem folgende Aussagen:
 - 5 „... Ziehung einer neuen Stichprobe zur Erzielung von Miet- und Ausstattungsdaten für mindestens 15.000 Wohnungen (vollgültige Datensätze). Falls sich aus dem vorgeschlagenen Auswertungsmodell eine andere Stichprobengröße zur repräsentativen Erhebung ergibt, ist dieses stichhaltig zu begründen (in diesem Fall sind die Kosten für die abweichende Stichprobengröße zusätzlich zur Kostenangabe für die Stichprobengröße von 15.000 Wohnungen in der Anlage „Angebot“ anzugeben);
...
Es sind gemäß § 558d BGB (sowie ergänzend MsV) nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellte Berliner Mietspiegel 2023 und 2025 zu erarbeiten, die die Voraussetzungen für einen „qualifizierten“ Mietspiegel erfüllen. Bei der Erstellung und Auswertung der Mietspiegel ist nach wissenschaftlich anerkannten statistischen Methoden und Standards zu verfahren.
...“

Eine empirische Repräsentativerhebung von Mietdaten von mietspiegelrelevanten Wohnungen in Berlin (auf Basis einer neu gezogenen Stichprobe, mindestens 15.000 vollständige Datensätze) ist durchzuführen und auszuwerten.

Die erfassten Datensätze sind mit dem Ziel der Erstellung eines Tabellenmietspiegels zu analysieren.

...

Die Erhebungen für beide Berliner Mietspiegel bauen grundsätzlich auf dem Raster der Mietspiegeltabelle des Vorgängermietspiegels auf.

Die Ermittlung der notwendigen Grundlagendaten mietspiegelrelevanter Wohnungen hat auf der Basis der aktuellen Wohnlageneinstufung zu erfolgen. ...

...

Es ist eine geeignete repräsentative Zufallsstichprobe zu ziehen. Eine Feldbesetzung von mindestens 30 Mietwerten je Rasterfeld soll grundsätzlich gesichert werden. ...

...

c. Die Ausreißerbereinigung soll analog des Verfahrens im Berliner Mietspiegel 2019 erfolgen; ebenso die Bildung des Mittelwertes und der Spannen.

...

Die Überprüfung und Neufestsetzung der gegenwärtigen Wohnlagen Einstufung hat auf Basis der Wohnlageneinstufung zum jeweils vorhergehenden Mietspiegel zu erfolgen. Dies ist analog dem im Berliner Mietspiegel 2019 eingeführten Verfahren der flächendeckenden Überprüfung anhand eines datenbasierten Systems umzusetzen (siehe Endbericht Berliner Mietspiegel 2019).

...

Die vorgenommenen Arbeitsschritte der Erhebung und Auswertung müssen dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechen und die Anforderungen an einen qualifizierten Mietspiegel gemäß § 558d BGB (sowie ergänzend MsV) erfüllen.

...“

Auf S. 3 der Leistungsbeschreibung wird darauf hingewiesen, „dass aufgrund der Angebote der Auftraggeber über die konkrete Erhebungs- und Auswertungsart entscheidet und nur diese Gegenstand des Auftrags werden kann.“

- 6 Termin für die Einreichung von Teilnahmeanträgen war der 23. November 2021, 12:00 Uhr.
- 7 Mit Schreiben vom 9. November 2021 stellte der Antragsteller eine Bieterfrage und bat um Auskunft, ob auch eine Mietspiegelerstellung auf Basis einer Regressionsanalyse möglich sei, bei der jedoch die Ergebnisse in Tabellenform angegeben würden. Mit Schreiben vom 10. November 2021 teilte der Antragsgegner mit, dass dies nicht möglich sei.
- 8 Mit Schreiben vom 22. November 2021 rügte der Antragsteller verschiedene Aspekte der Leistungsbeschreibung, nicht aber die Teilnahmebedingungen. Insbesondere rügte er die in der Leistungsbeschreibung angegebene Methode zur Ausreißerbereinigung, zur Erstellung der Wohnlagenverortung sowie die angegebene Stichprobengröße. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2021 wies der Antragsgegner die Rüge zurück.
- 9 Der Antragsteller reichte keinen Teilnahmeantrag ein noch gab er ein Angebot ab.

- 10 Am 22. Dezember 2021 stellte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, den Antragsgegner zu verpflichten, den Inhalt von Leistungsbeschreibung und Bewerbungsbedingungen des Vergabeverfahrens EU 2021/S 208-544627 unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer verändert zu formulieren.
- 11 Mit Beschluss vom 13. Mai 2022, dem Antragsteller am 18. Mai 2022 zugestellt, hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag abgewiesen. Dieser sei bereits unzulässig: Da der Antragsteller weder einen Teilnahmeantrag noch ein Angebot eingereicht habe, fehle ihm die Antragsbefugnis. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet, weil kein Fall vorliege, in dem ein Vergabefehler den Antragsteller daran hindere, ein Angebot abzugeben. Ob mit der Leistungsbeschreibung ggf. die Erstellung eines qualifizierten Mietspiegels gefordert werde, der vor den ordentlichen Gerichten nicht als rechtmäßig anerkannt würde, könne auf sich beruhen. Denn jedenfalls wäre auch die Vergabe der Erstellung eines solchen mit Zweifeln an seiner Rechtsbeständigkeit versehenen Mietspiegels tauglicher Auftragsgegenstand, zumal es sich bei den Vorgaben der Mietspiegelverordnung auch nicht um bieterschützende Vorschriften handele. Auch die unzutreffende Gewichtung zwischen Leistungspunkten und Preis sei nicht geeignet einen Vergabeverstoß zu begründen, weil dem Antragsgegner das Bestimmungsrecht und dafür ein weiter Beurteilungsspielraum zustehe.
- 12 Mit seiner sofortigen Beschwerde vom 1. Juni 2022 verfolgt der Antragsteller sein Begehren weiter.
- 13 Er ist der Auffassung: Die Leistungsbeschreibung des Antragsgegners definiere Pflichten, die widersprüchlich und nicht zumutbar seien, so dass eine sachgerechte Kalkulation nicht möglich sei. Insbesondere definiere der Antragsgegner in der Leistungsbeschreibung mehrere konkrete Anforderungen an die Erstellung des Mietspiegels, die anerkannten wissenschaftlichen Grundlagen widersprüchen. So sei die vorgegebene Stichprobengröße deutlich zu niedrig, die Methode der Ausreißerbereinigung grundlegend falsch und die Wohnlagenbestimmung offenkundig unzureichend. Dies alles, aber vor allem die Stichprobengröße sei unmittelbar mit der Preiskalkulation verknüpft. Demgegenüber fordere der Antragsgegner die Erstellung eines qualifizierten Mietspiegels, der dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechen müsse. Mit den gestellten Einzelvorgaben sei dieses Ziel jedoch nicht umsetzbar; damit werde eine unzumutbare bzw. unmögliche Leistung verlangt und es seien unwägbarere Kalkulationsrisiken gegeben.
- 14 Da sich mit den Vorgaben des Antragsgegners kein qualifizierter Mietspiegel erstellen lasse, treffe ihn ein erhebliches Haftungsrisiko, sollte er entsprechend der zwingenden Vorgaben des Antragsgegners einen im Ergebnis rechtswidrigen Mietspiegel erstellen.
- 15 Auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien (Qualität des eingereichten Konzepts zu 80 % und Preis zu 20 %) sei unverhältnismäßig. Diese Kriterien und deren Gewichtung stünden nicht in dem nötigen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand.
- 16 Er behauptet weiterhin: Würde er entsprechend diesen Vorgaben arbeiten, hätte er einen Reputationsschaden zu befürchten, wissenschaftlich unredlich zu arbeiten.
- 17 Erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 17. Oktober 2022 rügt er als weiteren Vergabefehler, dass es sich in Wahrheit nicht um ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb im Sinne des § 17 VgV gehandelt habe.

- 18 Er beantragt,
- 19 1. den Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin mit dem Aktenzeichen
VK-B1-54/21 vom 13. Mai 2022 aufzuheben;
- 20 2. dem Antragsgegner aufzugeben, wieder in das Vergabeverfahren einzutreten
und die Leistungsbeschreibung sowie die Wertungsgrundlagen unter Beachtung
der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu formulieren.
- 21 Der Antragsgegner beantragt,
- 22 die sofortige Beschwerde des Antragstellers und Beschwerdeführers vom 1. Juni
2022 gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 13. Mai 2022, VK B1-54/21
zurückzuweisen.
- 23 Er hält den Nachprüfungsantrag mangels Teilnahmeantrag des Antragstellers für unzu-
lässig. Im Übrigen sei er wegen des grundsätzlich nicht in Frage zu stellenden Leistungs-
bestimmungsrechts des Antragsgegners auch unbegründet. Auch die Erstellung eines
Mietspiegels, der nicht den Anforderungen des § 558d BGB genüge, wäre tauglicher Auf-
tragsgegenstand.
- 24 Sollte sich herausstellen, dass sich mit seinen Vorgaben kein qualifizierter Mietspiegel
erstellen ließe, trüge hierfür allein er das vertragliche und sonstige Risiko, so dass sich
das vertragstypische Risiko aufgrund seiner Vorgaben nicht zulasten der Bieter verschö-
be.
- 25 Auf den Antrag des Antragstellers, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwer-
de bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern, hat der Senat am
7. Juni 2022 beschlossen, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde einst-
weilen bis zu einer Entscheidung im Eilverfahren zu verlängern. Eine Entscheidung im
Eilverfahren ist bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde nicht mehr ergan-
gen.
- II.
- 26 1. Die sofortige Beschwerde des Antragstellers ist gemäß § 171 Abs. 1 GWB statthaft und
auch sonst zulässig, insbesondere nach § 172 GWB form- und fristgerecht erhoben; sie
ist jedoch unbegründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag des Antrag-
stellers im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.
- 27 a) Der Nachprüfungsantrag ist gemäß §§ 160 f. GWB zulässig.
- 28 aa) Entgegen der von der Vergabekammer geäußerten Auffassung ist der Antragsteller
antragsbefugt.
- 29 Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an
dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten
nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht.
Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Ver-
gabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Wegen des ver-
fassungsrechtlichen Gebots, den Bietern einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleis-
ten, sind an die Darlegung dieser Zulässigkeitsvoraussetzungen keine allzu hohen An-

forderungen zu stellen (OLG München, Beschluss vom 2. August 2007 – Verg 7/07 – juris Rn. 12).

- 30 Nach diesen Vorgaben war der Antragsteller hier antragsbefugt. Er hat beanstandet, dass die Leistungsbeschreibung des Antragsgegners nicht den Anforderungen des § 121 GWB entsprochen habe, weil er eine dem Leistungswettbewerb nicht entsprechende unbrauchbare Leistung nachgefragt habe. Griffe diese Rüge durch, würde dem Antragsteller auch ein Schaden entstehen. Da ihm nicht zuzumuten wäre, sich an einem auf das Angebot für eine unbrauchbare Leistung gerichteten Vergabeverfahren zu beteiligen und ein entsprechendes Angebot abzugeben, hätte er nämlich keine Chance auf einen Zuschlag, womit sein Schaden dargelegt ist. Die Antragsbefugnis entfällt hierbei entgegen der Auffassung der Vergabekammer nicht etwa deswegen, weil der Antragsteller keinen Teilnahmeantrag abgegeben hat. § 160 Abs. 2 GWB sieht nicht vor, dass der Bieter oder Bewerber zur Darlegung seines Interesses ein Angebot oder einen Teilnahmeantrag abgeben muss. Dass er ein Interesse an einem Auftrag hat, hat er im Übrigen durch seine Rüge vom 22. November 2021 sowie die Stellung des Nachprüfungsantrags dargetan (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004 – VII-Verg 38/04 – juris Rn. 19).
- 31 Es liegt hier auch nicht so, dass sich der Antragsteller wegen des unterbliebenen Teilnahmeantrags endgültig seiner Zuschlagschancen begeben hätte. Denn bei einem Erfolg der von ihm erhobenen Rüge wäre das Vergabeverfahren mit einer abzuändernden Leistungsbeschreibung neu zu eröffnen, wobei er sich an einem solchen neuen Vergabeverfahren erneut beteiligen könnte.
- 32 Insbesondere war es dem Antragsteller nicht möglich seine Bedenken gegen die vom Antragsgegner geforderten Anforderungen in der Leistungsbeschreibung – nach dem Stellen eines Teilnahmeantrags – erst im Wege der Verhandlung über die Erstangebote vorzubringen, um dadurch zu erreichen, dass die geforderten Leistungskriterien in seinem Sinne modifiziert werden. Vielmehr droht dem Antragsteller – die von ihm behaupteten Vergabeverstöße unterstellt – die Entstehung eines Schadens durch die vom Antragsgegner gewählte Vorgehensweise.
- 33 Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 VgV fordert der öffentliche Auftraggeber bei einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben. Dabei können gemäß § 17 Abs. 4 Satz 1 VgV nur diejenigen Unternehmen, die vom öffentlichen Auftraggeber nach Prüfung der übermittelten Informationen dazu aufgefordert werden, ein Erstangebot einreichen. Nach § 17 Abs. 10 Satz 1 VgV verhandelt der öffentliche Auftraggeber mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf gemäß § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien.
- 34 Gemessen hieran wäre es dem Antragsteller wegen § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV verwehrt gewesen, über die vom Antragsgegner geforderten, von ihm – dem Antragsteller – aber beanstandeten Anforderungen in der Leistungsbeschreibung weiter zu verhandeln. Denn die vom Antragsteller gerügten Verstöße gegen Vergabevorschriften betreffen vom Antragsgegner in den Vergabeunterlagen festgelegte Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien, die auch bei Abgabe eines Teilnahmeantrags und eines Erstangebots

(§ 17 Abs. 4 Satz 1 VgV) gemäß § 17 Abs. 10 VgV für den Interessenten nicht mehr verhandelbar gewesen wären.

- 35 Was vom Auftraggeber als Mindestanforderung nachgefragt wird, ist aus der Sicht eines verständigen und fachkundigen potentiellen Bieters durch Auslegung der Leistungsbeschreibung zu ermitteln (BGH, Urteile vom 15. Januar 2013 - X ZR 155/10 - juris Rn. 9 und vom 20. November 2012 - X ZR 108/10 - juris Rn. 9; OLG München, Beschluss vom 21. April 2017 - Verg 1/17 - juris Rn. 64).
- 36 Auch wenn die Leistungsbeschreibung zum Berliner Mietspiegel 2023 und 2025 nicht eindeutig formuliert ist, weil zum einen vom Auftragsgeber nicht ausdrücklich Mindestanforderungen im Sinne des § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV konkretisiert wurden und es auf S. 3 pauschal heißt: „Es wird darauf hingewiesen, dass aufgrund der Angebote der Auftraggeber über die konkrete Erhebungs- und Auswertungsart entscheidet und nur diese Gegenstand des Auftrags werden kann.“, stellen die vom Antragsteller kritisierten ausgeschriebenen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung (Methode zur Ausreißerbereinigung, zur Erstellung der Wohnlagenverortung sowie die geforderte Stichprobengröße) gleichwohl Mindestanforderungen im Sinne der Norm dar. Dies folgt hier zum einen daraus, dass der Antragsteller diese Anforderungen als nicht verhandelbare Mindestanforderungen verstanden hat und auf der Grundlage des maßgeblichen objektivierten Empfängerhorizonts (§§ 133, 157 BGB) aufgrund der vom Antragsgegner gewählten Formulierungen auch so verstehen durfte. So deutet die Verwendung des Wortes „mindestens“ im Zusammenhang mit den zu erhebenden Stichproben auf eine nicht verhandelbare Mindestanforderung im Sinne des § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV. Entsprechendes gilt für die Formulierung „hat auf Basis der aktuellen Wohnlageneinstufung zu erfolgen“ auf S. 4 der Leistungsbeschreibung sowie für die Formulierung „Die Ausreißerbereinigung soll analog des Verfahrens im Berliner Mietspiegel 2019 erfolgen; ebenso die Bildung des Mittelwertes und der Spannen.“ auf S. 6 der Leistungsbeschreibung.
- 37 Zum anderen hat der Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt, dass diese in der Leistungsbeschreibung gestellten Anforderungen Mindestanforderungen im Sinne des § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV darstellten. Denn er hat erklärt, „dass die in der Ausschreibung, Leistungsbeschreibung, formulierten Anforderungen an die statistische Vorgehensweise als Mindestanforderung im Sinne von § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV gemeint waren und ... auch in der Verhandlungsstufe nicht verhandelbar sein sollten“.
- 38 Verlangt der Auftraggeber die Einhaltung gewisser, nicht verhandelbarer Mindestanforderungen, so ist von einem Auftragsinteressenten, der genau diese Mindestanforderungen angreift und nicht erfüllen will bzw. kann, bereits nicht zu verlangen, einen Teilnahmeantrag zu stellen (vgl. EuGH, Urteil vom 12. Februar 2004 - C-230/02 - juris Rn. 28 und 37; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019 - VII-Verg 66/18 - juris Rn. 42; OLG München, Beschluss vom 2. August 2007 - Verg 7/07 - juris Rn. 12 f.; Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 160 Rn. 10 zur Entbehrlichkeit einer Angebotsabgabe sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004 - VII Verg 38/04 - juris Rn. 19; Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 160 Rn. 16 zur Entbehrlichkeit eines Teilnahmeantrags). Vielmehr kann bereits in einer rechtswidrigen Formulierung von Mindestanforderungen im Sinne des § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV eine Grundlage für einen dem Interessenten drohenden Schaden gesehen werden. Wollte man bei dieser Sachlage von dem interessierten Unternehmen in jedem Fall verlangen, dass es einen Teilnahmeantrag stellt, obwohl bereits vom Standpunkt des Unternehmens klar ist, dass die erfolgreiche Einreichung eines Angebots wegen der gerügten

Vergaberechtsverstöße nicht in Betracht kommt, handelte es sich hierbei um eine Förmel, die das Recht des antragstellenden Unternehmens auf effektiven Rechtsschutz unnötig erschwerte.

- 39 bb) Auch die Rügeobliegenheit des § 160 Abs. 3 GWB ist vom Antragsteller beachtet worden. Er hat den seiner Ansicht nach vorliegenden Mangel des Vergabeverfahrens durch sein Schreiben vom 22. November 2021 rechtzeitig gerügt.
- 40 b) Der Nachprüfungsantrag ist aber unbegründet. Die Konzeption des angegriffenen Vergabeverfahrens betreffend die Erstellung eines qualifizierten Mietspiegels für die Jahre 2023 und 2025 verletzt keine vergaberechtlichen Vorschriften und den Antragsteller nicht in seinen Rechten, § 97 Abs. 6 GWB. Insbesondere begegnen die mit der Leistungsbeschreibung konkretisierten Anforderungen keinen vergaberechtlichen Bedenken.
- 41 aa) Ein Vergabeverstoß leitet sich nicht daraus ab, dass der Auftraggeber die Grenzen seines Leistungsbestimmungsrechts überschritten hätte.
- 42 Dem Auftraggeber steht das Bestimmungsrecht zu, ob und was er beschaffen will. Solange er dabei die Grenzen beachtet und nicht – offen oder versteckt – ein bestimmtes Produkt bevorzugt und andere Anbieter diskriminiert, ist er bei dieser Bestimmung im Grundsatz weitgehend frei. Er bestimmt, welche konkrete Leistung seinem Beschaffungsbedarf am besten entspricht. (BR-Drs. 367/15, S. 75 zu § 97 Abs. 1 GWB; s. auch OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021 – 17 Verg 2/21 – juris Rn. 43 m.w.N. Beck VergabeR/Lampert, 4. Aufl. 2022, GWB § 121 Rn. 28).
- 43 Soweit der Antragsgegner die Erstellung eines Tabellenmietspiegels ausgeschrieben hat, ist die Begrenzung auf diese Art des Mietspiegels im Hinblick auf das dem Antragsgegner zustehende umfassende Leistungsbestimmungsrecht unproblematisch (vgl. zum entsprechenden Auswahlermessen des Mietspiegelerstellers auch die Begründung zur Mietspiegelverordnung vom 17. Dezember 2020, BR-Drs. 766/20, S. 23). Denn § 7 Abs. 1 MsV sieht die Erstellung qualifizierter Mietspiegel mittels Tabellenanalysen ausdrücklich vor.
- 44 Auf die Frage, ob der Antragsteller mit seiner Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB präkludiert ist, dass die Forderung, den qualifizierten Mietspiegel mittels der Tabellenanalyse zu erstellen, rechtswidrig sei, kommt es daher nicht an.
- 45 bb) Ein Vergaberechtsverstoß folgt auch nicht daraus, dass die Leistungsbeschreibung im Hinblick auf die vom Antragsgegner gestellten konkreten Einzelanforderungen einerseits und andererseits dem allgemeinen Hinweis darauf, dass die Erstellung „gemäß § 558d BGB (sowie ergänzend MsV) nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen“ zu erfolgen habe, entgegen § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB unklar oder mehrdeutig wäre.
- 46 (1) Vergabeunterlagen müssen klar und verständlich sein. Aus den Vergabeunterlagen muss für Bieter oder – wie hier – für Bewerber eindeutig und unmissverständlich hervorgehen, was von ihnen verlangt wird (BGH, Urteil vom 15. Januar 2013 – X ZR 155/10 – juris Rn. 7). Die Vergabestelle trifft die Pflicht, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüchlichkeiten zu vermeiden (BGH, Urteil vom 3. April 2012 – X ZR 130/10 – juris Rn. 9). Für die Leistungsbeschreibung ergibt sich dies ausdrücklich aus § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB, § 31 Abs. 1 VgV, wonach der Leistungsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben ist, so dass die Beschreibung für al-

le Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können.

- 47 Dieses Transparenzgebot verlangt, dass alle für die Zuschlagsentscheidung maßgeblichen Umstände den Bietern so bekannt gemacht werden, dass sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und in gleicher Weise auslegen können und der Auftraggeber prüfen kann, ob die Angebote der Bieter die geltenden Kriterien erfüllen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2015 – VII-Verg 29/14 – juris Rn. 29). Die Leistungsbeschreibung ist nicht „eindeutig“, wenn sie mehrere vertretbare Auslegungsmöglichkeiten zulässt und es für fachkundige Unternehmen bei sorgfältiger Lektüre unklar bleibt, welche Leistung der Auftraggeber nachfragt oder welche von mehreren möglichen Lösungsvarianten er bevorzugt. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Leistungsbeschreibung Rechtsbegriffe verwendet für die es keine eindeutige juristische Definition gibt (Beck VergabeR/Lampert, 4. Aufl. 2022, GWB § 121 Rn. 42 m.w.N.). Auf der anderen Seite bedeutet „eindeutig“ nicht zugleich, dass die Leistungsbeschreibung technisch, gestalterisch oder wirtschaftlich „richtig“ sein muss. Auch eine fachlich falsche oder sogar unsinnige Leistungsbeschreibung, die in der Ausführung in technischen Schwierigkeiten, Mehraufwand oder Mängeln resultiert, ist „eindeutig“ im Sinne des § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB, wenn sie von den Bietern in derselben Weise zu verstehen ist und zu vergleichbaren Angeboten führt (vgl. OLG Naumburg Beschl. v. 12.9.2016 – 7 Verg 5/16, BeckRS 2016, 16892 Rn. 35; Beck VergabeR/Lampert, 4. Aufl. 2022, GWB § 121 Rn. 47).
- 48 Die Frage, ob die Leistungsbeschreibung die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB, § 31 VgV einhält, ist durch deren Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln (BGH, Urteil vom 28. Februar 2002 – VII ZR 376/00 – juris Rn. 18 und Beschluss vom 7. Januar 2014 – X ZB 15/13 – juris Rn. 31; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29. April 2016 – 15 Verg 1/16 – juris Rn. 44 m.w.N.).
- 49 (2) Gemessen hieran liegt kein Verstoß gegen die Bestimmungen des (bieterschützenden) § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB vor. Die Vergabeunterlagen enthalten betreffend die Ausschreibung Berliner Mietspiegel 2023 und 2025 hinreichend klare und eindeutige Angaben. Denn der Antragsgegner gibt detailliert vor, welche konkreten Einzelanforderungen zu erfüllen sind. Soweit er zugleich fordert, dass die Berliner Mietspiegel 2023 und 2025 nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen zu erstellen sind, wird dadurch die Leistungsbeschreibung nicht etwa unklar oder intransparent.
- 50 Denn die Leistungsbeschreibung ist dahingehend zu verstehen, dass mit der detaillierten Angabe von einzelnen seitens der Bieter einzuhaltenden Vorgaben und Arbeitsschritten das generell vom Antragsgegner geforderte Vorgehen nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen konkretisiert wird. Allein eine pauschale Bezugnahme auf die einzuhaltenden anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze, hätte dem unter anderem in § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB verankerten Transparenzgebot nicht genügt. Denn der Antragsteller weist selbst darauf hin, dass die Anforderungen an einen rechtmäßigen qualifizierten Mietspiegel im Sinne des § 558d BGB im Einzelnen nicht unumstritten sind. Ist eine bestimmte methodische Herangehensweise bei der Erfüllung der ausgeschriebenen Dienstleistung indes nicht ohne weiteres definierbar – wie es bei der Frage nach den „anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen“ bei der Erstellung eines qualifizierten Mietspiegels offensichtlich der Fall ist, sind diese in der Leistungsbeschreibung näher zu konkretisieren (vgl. Zeiss, Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte, 3. Aufl. 2016, S. 157 f.; Beck VergabeR/Lampert, 4. Aufl. 2022, GWB § 121 Rn. 69 zum Verweis auf ei-

nen bestimmten Stand der Technik, der nicht ohne weiteres feststeht). Demgemäß wäre hier ohne die weiteren vom Antragsgegner vorgegebenen Konkretisierungen für potentielle Bieter gerade nicht hinreichend erkennbar gewesen, welche methodische Herangehensweise und welche einzelnen Arbeitsschritte der Antragsgegner im Sinne einer Mindestanforderung gemäß § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV erwartet. Daher entsprach es gerade dem Transparenzgebot des § 121 Absatz 1 Satz 1 GWB, die konkreten Anforderungen an die Erstellung eines qualifizierten Mietspiegels näher zu konkretisieren, der nach Ansicht des Antragsgegners – dem das umfassende Leistungsbestimmungsrecht zusteht – die Anforderungen des § 558d BGB sowie der Mietspiegelverordnung erfüllt.

- 51 Unbeschadet der Frage, ob die vom Antragsgegner gestellten konkreten Anforderungen an die Erstellung des Mietspiegels in Gestalt der Stichprobengröße von mindestens 15.000 Datensätzen, der zu wählenden Methode der Ausreißerbereinigung und der Bestimmung der Wohnlagen tatsächlich – wie der Antragsteller wiederholt behauptet – anerkannten wissenschaftlichen Grundlagen widerspricht, folgt hieraus keine Unklarheit der Vergabeunterlagen. Vielmehr ist für den durchschnittlich verständigen potentiellen Bieter klar, dass der Antragsgegner als Leistungsbestimmer diese Herangehensweisen im Hinblick auf die Einhaltung der anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze gerade billigt. Damit bietet die Leistungsbeschreibung eine eindeutige Grundlage für eine sachgerechte Kalkulation der potentiellen Bieter.
- 52 cc) Der Antragsteller geht weiter fehl mit seiner Einschätzung, dass ihm unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB) auf der Basis der Leistungsbeschreibung eine Angebotsabgabe nicht zumutbar gewesen sei, weil der nach seiner Ansicht bestehende Widerspruch zwischen dem Postulat der rechtmäßigen Erstellung der Mietspiegel einerseits und den konkreten Einzelanforderungen an die Erstellung der Mietspiegel andererseits ihm nicht unerhebliche Haftungsrisiken aufbürde. Selbst unterstellt, dass die vom Antragsgegner aufgestellten und vom Antragsteller kritisierten konkreten Einzelanforderungen an die Erstellung des qualifizierten Mietspiegels letztlich dazu führen, dass – anders als intendiert – es an einem rechtmäßigen qualifizierten Mietspiegel fehlt, ginge dies zulasten des Antragsgegners. Denn der Auftraggeber trägt das Risiko der Vollständigkeit und Fehlerfreiheit der Vergabeunterlagen. Unklarheiten, Unvollständigkeiten, Widersprüchlichkeiten und andere Fehler dürfen sich daher bereits im Vergabeverfahren bei der Auslegung der Leistungsbeschreibung sowie der Prüfung und Wertung der Angebote nicht zum Nachteil der Bieter auswirken. Die Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung wirkt nach Vertragsschluss bei der Vertragsausführung fort. Der Auftraggeber muss sich als Verfasser der Leistungsbeschreibung ihre Fehler entgegenhalten lassen und trägt das aus ihnen folgende finanzielle Risiko (OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Januar 2010 – I-27 U 1/09 – juris Rn. 59; LG Bonn, Urteil vom 18. November 2020 – 1 O 125/20 – juris Rn. 31; Beck VergabeR/Lampert, 4. Aufl. 2022, GWB § 121 Rn. 20 und 47). Damit trägt der Antragsteller kein Risiko, durch den Antragsgegner auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, sollte die Befolgung der vom Antragsgegner aufgestellten Vorgaben tatsächlich dazu führen, dass der Mietspiegel nicht die gesetzlichen Vorgaben erfüllt.
- 53 Entsprechendes gilt für die Besorgnis des Antragstellers, dass ihm ein Imageschaden drohe, wenn er einen Mietspiegel gemäß den Vorgaben des Antragsgegners erstellen würde. Denn aufgrund des Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers im Rahmen des Vergaberechts kann die Unbrauchbarkeit des entsprechend der auftraggeberseitig gemachten Vorgaben durch den Auftragnehmer Geleisteten diesem nicht angelas-

tet werden. Vor diesem Hintergrund ist ein Imageverlust für den Antragsteller bei einem kundigen Betrachter nicht zu befürchten.

- 54 dd) Soweit der Antragsteller mit seiner Bezugnahme auf das Gutachten von Prof. S. (Anlage AS 19) auch rügen sollte, dass der Begriff „vollgültige Datensätze“ unklar sei (S. 7 des Gutachtens, Bl. 114 d.A.), ist er mit dieser Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB präkludiert. Denn er hat mit seinem Schreiben vom 22. November 2021 eine etwaige Unklarheit der Begriffe „vollgültige Datensätze“ nicht gerügt, obwohl ihm – eine Unklarheit dieses Begriffs unterstellt – diese bei der Beschäftigung mit den Vergabeunterlagen nicht verborgen bleiben konnte. Entsprechendes gilt für die vermeintlich widersprüchlichen Formulierungen auf S. 1 der Leistungsbeschreibung („Ziehung einer neuen Stichprobe zur Erzielung von Miet- und Ausstattungsdaten für mindestens 15.000 Wohnungen (vollgültige Datensätze)“ einerseits und „Erhebung und Auswertung der Beschaffenheit und Ausstattung bei 3.000 Wohnungen“ andererseits).
- 55 ee) Auch gegen die Gewichtung der Zuschlagskriterien (Qualität des eingereichten Konzepts zu 80 % und Preis zu 20 %) ist nichts zu erinnern. Ein Verstoß gegen § 127 Abs. 1 GWB liegt nicht vor.
- 56 (1) Gemäß § 127 Abs. 1 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.
- 57 Bei der Bestimmung der Kriterien für das wirtschaftlichste Angebot ist der Auftraggeber weitgehend ungebunden, bestimmten Faktoren eine Bedeutung beizumessen. Die Kontrolle durch die Vergabenachprüfungsinstanzen hat sich dabei darauf zu beschränken, ob ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand gegeben ist und keine offensichtlichen Beurteilungsfehler vorliegen. Soll der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot ergehen, ist für die Kontrolle von folgenden Orientierungssätzen auszugehen: Der Auftraggeber hat für eine Gleichbehandlung und Transparenz Sorge zu tragen. Die Festlegungen und die Gewichtungen dürfen nicht dazu führen, dass Kriterien faktisch keine Rolle mehr spielen. Die Kriterien dürfen dem Zweck der Ermittlungen des wirtschaftlichsten Angebots nicht zuwiderlaufen und die festgelegten Kriterien dürfen nicht willkürlich gesetzt oder sachfremd sein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juni 2017 – VII-Verg 24/17 – juris Rn. 16). Vergaberechtsfehlerhaft sind nur offensichtliche Beurteilungsfehler (Beck VergabeR/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 127 Rn. 33).
- 58 (2) Gemessen hieran ist ein Beurteilungsfehler des Antragsgegners bei der Bestimmung der Vergabekriterien nicht zu erkennen. Insbesondere die starke Gewichtung der Qualität des eingereichten Konzepts ist vor dem Hintergrund nicht zu beanstanden, dass der Berliner Mietenspiegel insbesondere im Zusammenspiel mit den §§ 558 ff. BGB enorme Bedeutung für die Entwicklung der Mieten und damit auch für soziale und quartierspolitische Entwicklungen in Berlin hat. Damit kommt einer qualitativ hochwertigen Ausarbeitung des Berliner Mietenspiegels überaus hohe Bedeutung zu, so dass nichts dagegen zu erinnern ist, qualitative Aspekte besonders stark bei der Auswahlentscheidung mit 80 % zu gewichten.

- 59 Der pauschale Verweis des Antragstellers darauf, dass diese Kriterien und deren Gewichtung nicht in dem nötigen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stünden, verfangen daher nicht.
- 60 ff) Schließlich greift auch nicht die erstmals in der mündlichen Verhandlung erhobene Rüge des Antragstellers, dass es sich in Wahrheit nicht um ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb im Sinne des § 17 VgV gehandelt habe.
- 61 Dass dies der Fall gewesen wäre, folgt insbesondere nicht aus der Aussage des Vertreters des Antragsgegners in der mündlichen Verhandlung. Soweit dieser dort erklärt hat, dass die in der Leistungsbeschreibung formulierten Anforderungen an die statistische Vorgehensweise als Mindestanforderungen an das Angebot zu verstehen seien, und zwar in dem Sinne, dass diese auch in der Verhandlungsstufe nicht verhandelbar seien, hat er lediglich klargestellt, welche seitens des Antragsgegners gestellten Anforderungen als Mindestanforderungen im Sinne des § 17 Abs. 10 Satz 2 VgV anzusehen waren. Indes folgt bereits aus dieser Vorschrift, dass die Existenz von nicht verhandelbaren Mindestanforderungen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb im Sinne des § 17 VgV ohne weiteres zulässig ist. Es ist auch nicht ersichtlich, auch wenn der Antragsteller dies suggerieren möchte, dass überhaupt keine Verhandlungsmöglichkeiten bestanden hätten. Denn in der Leistungsbeschreibung ist auf S. 10, 4. Abs. ausdrücklich ausgeführt: „Änderungsvorschläge im Sinne ‚Alternativer Angebote‘ müssen als solche deutlich gekennzeichnet werden. Alternative Angebote können zu allen Punkten eingereicht und müssen begründet werden.“ Im Übrigen hat der Vertreter des Antragsgegners in der mündlichen Verhandlung auch plausibel dargelegt, dass durchaus Verhandlungsspielraum im Hinblick auf die zu vereinbarende Leistungserbringung durch die Bieter bestand und alternative Lösungen auch seitens des Antragsgegners durchaus gewünscht waren und dies gerade Grund für die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb war.
- 62 2. Mit der hiesigen Entscheidung über die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin vom 13. Mai 2022 hat sich der zugleich vom Antragsteller gestellte Antrag, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern, erledigt.
- III.
- 63 1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat der Antragsteller zu tragen, weil er mit seiner Beschwerde unterlegen ist (§ 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 71 S. 1 GWB).
- 64 Von den Kosten des Verfahrens über den Antrag nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB waren Antragsteller und Antragsgegner die gerichtlichen Kosten je zur Hälfte aufzuerlegen und von der Anordnung einer Erstattung außergerichtlicher Kosten abzusehen. Das entspricht dem nach § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 71 S. 1 GWB billigen Ermessen, nachdem sich dieses Nebenverfahren durch die Entscheidung vom heutigen Tage über die Beschwerde in der Hauptsache erledigt hat. Der Antragsteller wäre insoweit voraussichtlich erfolgreich gewesen, weil bei der lediglich gebotenen summarischen Prüfung die Erfolgsaussichten seines Nachprüfungsantrages nicht von der Hand zu weisen gewesen wären. Andererseits ist er letztlich mit seinem Nachprüfungsantrag in der Hauptsache unterlegen.

- 65 2. Gemäß § 50 Abs. 2 GKG beläuft sich der Streitwert sowohl für das Hauptsacheverfahren als auch für das Verfahren über den Antrag nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB auf fünf Prozent des Auftragswertes. Mangels Angebotes des Antragstellers ist dessen Interesse gemäß § 3 Hs. 1 ZPO zu schätzen (Musielak/Voit/Heinrich, 19. Aufl. 2022, ZPO § 3 Rn. 24). Der Senat schätzt in Anlehnung an die Angaben des Antragsgegners den Bruttoauftragswert pro Mietspiegel auf je 400.000 Euro, zusammen also 800.000 Euro. Fünf Prozent hiervon sind 40.000 Euro.