



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 131/15

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Blöcker auf die mündliche Verhandlung vom 11. Januar 2016 am 22. Januar 2016 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, einen Zuschlag auf die Lose 1 und 2 zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin tragen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) jeweils zur Hälfte.

3. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen von Antragsgegnerin und Antragstellerin werden gegeneinander aufgehoben.

### **Gründe:**

Die Antragstellerin (ASt), eine Gebäudereinigungsunternehmen, wehrt sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen den Angebotsausschluss wegen unzureichender Referenzen.

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] im Rahmen eines offenen Verfahrens gemeinschaftsweit bekannt [...]. Der Auftrag ist in zwei Lose aufgeteilt: Los 1 betrifft die Unterhaltsreinigung der Liegenschaften [...]. Das Los 2 betrifft die Unterhaltsreinigung der Liegenschaften [...]. Die ausgeschriebenen Verträge haben jeweils eine Laufzeit von 4 Jahren.

Hinsichtlich des Leistungsumfangs sind der Bekanntmachung zu Los 1 folgende Angaben zu entnehmen (II.3 – Angaben zu den Losen):

*„Die Reinigungsfläche beträgt ca. 14.600 m<sup>2</sup> für die Liegenschaft [...] und ca. 4 800 m<sup>2</sup> für die Liegenschaft [...]; zusätzlich verfügen die Liegenschaften [...] über 3 200 m<sup>2</sup> und [...] über 300 m<sup>2</sup> an Fläche, die keiner regelmäßigen Reinigung unterfällt und nur nach Anforderung im Rahmen der Bedarfsreinigung gereinigt wird.“*

Zu Los 2 werden diesbezüglich folgende Angaben gemacht:

*„Die regelmäßige Reinigungsfläche beträgt ca. 21 104,01 m<sup>2</sup>; zusätzlich verfügt die Liegenschaft über ca. 2 041,85 m<sup>2</sup> an Fläche, die keiner regelmäßigen Reinigung unterfallen und nur nach Anforderung im Rahmen der Bedarfsreinigung gereinigt werden.“*

In Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit der Bieter ist der Bekanntmachung (Ziff. III.2.3) u.a. zu entnehmen (Anm.: Hervorhebung nicht im Original):

*„3.1 Eigenerklärung zu mindestens 3 vergleichbaren Referenzen (im Vordruck Anhang 2 enthalten) mit Angabe von:*

*Art des Referenzobjektes, Ausführungsort (Anschrift) des Referenzobjektes, jährlicher Leistungsumfang in m<sup>2</sup>, Leistungszeitraum, Leistungsart, Name des Auftraggebers und Ansprechpartner mit Telefonnummer. Eine Referenz gilt hinsichtlich des jährlichen Leistungsumfanges dann als vergleichbar, wenn die **zu reinigende Fläche** mindestens den folgenden Leistungsumfang erreicht:*

*Los 1 = 20 000 m<sup>2</sup> Unterhaltsreinigung*

*Los 2 = 20 000 m<sup>2</sup> Unterhaltsreinigung*

*Bei der Abgabe eines Angebotes für mehrere Lose kann dieselbe Referenz für mehrere Lose benannt werden. Die Anforderungen an den Leistungsumfang erhöhen sich dadurch nicht.“*

Die bekannt gemachten Anforderungen an die Referenzen spiegeln sich wider im vorerwähnten Vordruck Anhang 2. Dort waren seitens der Bieter in tabellarischer Form Angaben zu machen: Zur Los-Nr. (Mehrfachnennung pro Referenz möglich), zur Art des Referenzobjektes (Gewerbe-, Verwaltungs-, Wohn-, Industrieobjekt u.a.), zum Ausführungsort, zum jährlichen Leistungsumfang in qm, zum Leistungszeitraum, zur Leistungsart (z.B. Unterhalts-, Glasreinigung) und zum Namen des Auftraggebers.

Mehrere Bieterfragen befassten sich mit der Auslegung von Ziff. III.2.3) der Bekanntmachung, resp. der Formulierung „zu reinigende Fläche“. Der 4. Nachinformation der Ag ist diesbezüglich zu entnehmen:

*„Frage Nr. 3*

*1. Unter Punkt III.2.3) der Bekanntmachung steht, dass die Mindestreinigungsfläche der Referenzen für Los 1 und Los 2 jeweils 20.000 m<sup>2</sup> betragen. Ist hierbei die jährliche Reinigungsfläche oder die Grundfläche gemeint?*

*2.....*

*3. ...Unter Punkt 3.1 steht auch, dass die Reinigungsfläche mindestens (also größer) 20.000 m<sup>2</sup> betragen soll?*

Hierzu nahm die Ag wie folgt Stellung:

*„Zu 1. Hiermit ist die zu reinigende Grundfläche gemeint, die gemäß der „Gesamtübersicht zum Leistungsverzeichnis – Unterhaltsreinigung“ zu reinigen ist.*

*Zu 2....*

*Zu 3. Ja, die Referenzangaben beziehen sich auf Reinigungsobjekte mit einer Mindestreinigungsfläche von 20.000 m<sup>2</sup>.“*

Die 8. Bieterinformation verhält sich zu dieser Problematik wie folgt:

*„Frage Nr. 2*

*....*

*Bei den Referenzangaben soll der jährliche Leistungsumfang in m<sup>2</sup> eingetragen werden, da diese Angaben nicht immer in den Kalkulationen angegeben sind (meistens monatlich) und der Reinigungsturnus nach Sanitärflächen, Fluren usw. variiert. Wie soll man verfahren? Oder reicht die Angabe der Grundfläche?“*

Die Ag antwortete:

*„Bei der Angabe des jährlichen Leistungsumfangs in m<sup>2</sup> reicht die Angabe der Grundfläche aus.“*

Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit wurde von den Bietern eine Eigenerklärung zum Gesamtumsatz des Unternehmens sowie zum Umsatz der ausgeschriebenen Leistungsart, jeweils bezogen auf die letzten 3 Geschäftsjahre gefordert (Bekanntmachung, Ziff. III.2.2). Der Gesamtumsatz pro Geschäftsjahr muss bei Los 1 mind. 240.000,- €, und bei Los 2 mind. 340.000,- € erreicht haben.

Die ASt hat über mehrere Jahre hinweg Reinigungsdienstleistungen in der streitgegenständlichen Liegenschaft der Ag in der [...] erbracht. Das aktuelle Vertragsverhältnis endete am 31. Dezember 2015. Die ASt beteiligte sich an der Ausschreibung und gab Angebote auf die Lose 1 und 2 ab. Im Vordruck Anhang 2 benannte die ASt insgesamt vier Referenzobjekte, für beide Lose dieselben. Ausweislich der Spalte „Jährlicher Leistungsumfang in qm“ im Vordruck Anhang 2 hat lediglich ein Referenzobjekt eine Grundfläche >20.000 m<sup>2</sup>. Bei den anderen Referenzobjekten liegt der „jährliche Leistungsumfang in qm“ jeweils deutlich unter 20.000 m<sup>2</sup>.

In einem internen Vermerk vom 1. Dezember 2015 hielt die Ag fest, dass das Angebot der ASt aus diesem Grunde nach § 19 EG Abs. 5 VOL/A auszuschließen sei. Da sich die Ag durch die Angabe von Mindestanforderungen selbst gebunden habe, sei es ihr aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung der Bieter nicht möglich, von dieser Vorgabe abzurücken. Ein Beurteilungsspielraum stehe ihr nicht zu.

Mit E-Mail vom 8. Dezember 2015 informierte die Ag die ASt über ihre Absicht, die Zuschläge auf die Angebote der Beigeladenen (Bg) zu erteilen. Die Angebote der ASt auf die Lose 1 und

2 seien gem. § 19 EG Abs. 5 VOL/A auszuschließen, weil die Referenzen nicht den bekanntgemachten Vorgaben entsprächen.

Gegen die Entscheidung wandte sich die ASt noch am 8. Dezember 2015 per E-Mail. Die ASt wies darauf hin, dass die von ihr zu den einzelnen Referenzen angegebenen Flächen die jeweiligen Gebäudegrundflächen seien. Die tatsächliche Reinigungsfläche übersteige den geforderten jährlichen Leistungsumfang erheblich. Die Ag lehnte es in einer E-Mail vom gleichen Tage ab, dem Rügevorbringen abzuweichen.

2. Mit einem am Freitag, den 18. Dezember 2015, bei der Vergabekammer des Bundes per Fax eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Nach Ansicht der ASt sind ihre Angebote (Los 1 und Los 2) zu Unrecht ausgeschlossen worden. Entgegen der Auffassung der Ag erfüllten die von ihr angegebenen Referenzen die bekannt gemachten Mindestanforderungen. Aus den Antworten der Ag auf diverse Bieterfragen sei klar hervorgegangen, dass es entscheidend auf die Reinigungsfläche als Maßstab der Vergleichbarkeit ankomme. Es sei auch branchenüblich, den Leistungsumfang nach der Reinigungsfläche und nicht nach der Grundfläche zu ermitteln. Für diese Sichtweise spreche auch, dass die Ag auf den jährlichen Leistungsumfang abgestellt habe. Die Ermittlung der jährlichen Reinigungsleistung setze denklogisch eine Berechnung der Reinigungsfläche voraus. Da die Vergabeunterlagen aus Sicht der ASt eindeutig gewesen seien, habe für sie keine Veranlassung bestanden, eine Rüge anzubringen. Für die Sichtweise der ASt spreche darüber hinaus der geforderte Mindestumsatz p.a. (240.000,- € bei Los 1; 340.000,- € bei Los 2). Wäre maßgeblich auf die Grundfläche abzustellen gewesen, hätte der adäquate Mindestumsatz viel höher liegen müssen, nämlich bei rd. 4 Mio. €.

Die ASt habe in ihrem Angebot deshalb die Grundfläche der Referenzobjekte angegeben, weil sie aufgrund der Antwort der Ag in der 8. Nachinformation davon ausgegangen sei, dass alternativ die Angabe der Grundfläche genüge. Auf Basis der Grundfläche sei es der Ag ohne weiteres möglich gewesen, die jährliche Reinigungsfläche zu ermitteln. Alleine die „kleinste“ der von der ASt angegebenen Referenzen weise - bei monatlicher Reinigung - rechnerisch eine Reinigungsfläche von ca. 66.000 m<sup>2</sup> auf.

Hilfsweise begehrt die ASt die Aufhebung der Ausschreibung, sollte Ziff. III.2.3) der Bekanntmachung die Bedeutung beizulegen sein, dass nicht auf die tatsächliche Reinigungsfläche, sondern auf die Grundfläche abzustellen sei. Zwar stehe es im Ermessen des Auftraggebers, die Anforderungen an die vorzulegenden Referenzen festzulegen. Dieses Ermessen sei aber nicht schrankenlos. Die Grenze der zulässigen Ermessensausübung sei überschritten, wenn überspannte, sachlich nicht zu rechtfertigende Anforderungen gestellt würden. Dies sei aber der Fall, wenn auf die Grundfläche abzustellen sein sollte. Kleinen und mittleren Unternehmen würde die Möglichkeit genommen, sich an der Ausschreibung zu beteiligen.

Ebenfalls hilfsweise begehrt die ASt die Aufhebung der Ausschreibung wegen Intransparenz der an die Referenzen gestellten Anforderungen. Wäre der ASt bewusst gewesen, dass auf die Grundfläche abzustellen sei, hätte sie Referenzen in der geforderten Größenordnung anbieten können.

Die ASt beantragt,

1. die Ag bei Beibehaltung ihrer Beschaffungsabsicht zu verpflichten, das Angebot der ASt zur Wertung zuzulassen und die Wertung des Angebots vorzunehmen,
2. hilfsweise, das Vergabeverfahren aufzuheben,
3. der ASt Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren,
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

1. die Anträge der ASt zu 1. und 2. als unzulässig, hilfsweise unbegründet abzulehnen,
2. dem Antrag der ASt zu 3. nur insoweit stattzugeben, als keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der übrigen Bieter oder vertrauliche Daten der Ag berührt werden,
3. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverteidigung aufzuerlegen.

Nach Ansicht der Ag ist der Nachprüfungsantrag nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB unzulässig. Die seitens der ASt behauptete Unklarheit der Vergabeunterlagen sei für diese erkennbar gewesen, hätte daher vor Ablauf der Angebotsfrist gerügt werden müssen. Gleiches gelte, soweit die ASt mit ihrem Hilfsantrag geltend mache, die Anforderungen an die Referenzen seien überzogen, sollte bei der Prüfung der Vergleichbarkeit der Referenzen auf die Grundfläche abzustellen sein.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. In der 4. Nachinformation, bestätigt durch die 8. Nachinformation, sei klargestellt worden, dass Ziff. III.2.3) der Bekanntmachung auf die zu reinigende Grundfläche abstelle. Von den geforderten drei Referenzen mit jeweils einer zu reinigenden Grundfläche von mehr als 20.000 m<sup>2</sup> habe jedoch nur eine Referenz der ASt dieser Vorgabe entsprochen.

Der Auffassung der ASt, es sei branchenüblich, auf den jährlichen Leistungsumfang abzustellen, sei nicht zu folgen. Wäre dies zutreffend, könnte schon bei einer verhältnismäßig kleinen Grundfläche die Vorgabe der Ag erfüllt werden. Eine fünfmalige Reinigung pro Woche unterstellt, könne bereits eine zu reinigende Grundfläche von 77 m<sup>2</sup> genügen, um pro Jahr (d.h. 52 Wochen) eine jährliche Reinigungsfläche von 20.000 m<sup>2</sup> zu ermitteln.

Das Hilfsvorbringen der ASt, die Anforderungen an die Referenzen seien zu hoch und nicht zu rechtfertigen, sei zurückzuweisen. Die zu reinigenden Liegenschaften der Ag verfügten jeweils in der Summe über eine Grundfläche von über 20.000 m<sup>2</sup>. Hätte die Ag auf die tatsächliche Reinigungsfläche abstellen wollen, hätte sie eine wesentlich höhere Quadratmeterzahl gefordert.

- c) Die mit Beschluss vom 21. Dezember 2015 zum Verfahren hinzugezogene Bg hat sich nicht zum Verfahren geäußert.

Der ASt ist Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB) gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung am 11. Januar 2016 hatten die Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu ergänzen und zu vertiefen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und teilweise begründet.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist gegeben.

- a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb des für Dienstleistungen maßgeblichen Schwellenwerts, sind erfüllt.
- b) Die ASt ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB). Ihr bestehendes Interesse am Auftrag hat sie durch Angebotsabgabe auf die streitgegenständlichen Lose hinreichend dokumentiert. Sollte der von der ASt beanstandete Angebotsausschluss - ihren Vortrag als richtig unterstellt – keine Stütze in § 19 EG Abs. 5 VOL/A finden, wäre die ASt in ihren Rechten verletzt. Da ihr Angebot in diesem Fall für eine Zuschlagsentscheidung in Betracht käme, droht ihr durch den Angebotsausschluss auch die Entstehung eines Schadens.
- c) Die ASt hat ihren Rügeobliegenheiten (§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB) genügt. Ihren Vortrag als richtig unterstellt, ist die ASt aufgrund der Antworten der Ag auf die Bieterfragen davon ausgegangen, dass die maßgebende Bezugsgröße in Ziff. III.2.3) der Bekanntmachung die Reinigungsfläche der Referenzobjekte sei. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe war für die ASt demnach nicht erkennbar im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB, dass es der Ag, wie von dieser im Nachprüfungsverfahren vorgetragen, entscheidend auf die Grundfläche ankam. Die Erkenntnis, dass die Grundfläche maßgebend sein soll, erlangte die ASt erst durch das Informationsschreiben der Ag vom 8. Dezember 2015, das sie noch am gleichen Tag zum Gegenstand einer Rüge machte.
- d) Die Rechtsbehelfsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ebenfalls nicht entgegen, der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig gestellt. Nachdem die Ag ihr mit E-Mail vom 8. Dezember 2015 mitgeteilt hatte, dem Rügevorbbringen nicht abhelfen zu wollen, reichte die ASt per Fax am 18. Dezember 2015 bei der Vergabekammer ihren Nachprüfungsantrag ein.

2. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise begründet. Das Angebot der ASt ist zu Unrecht nach § 19 EG Abs. 5 VOL/A ausgeschlossen worden, weil die Vorgaben der Ag nicht eindeutig waren und daher keine geeignete Grundlage für einen Ausschluss geben. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag das Vergabeverfahren in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen und die Eignungsvorgaben in Bezug auf die Referenzen zu präzisieren.



- a) Aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen geht nicht hinreichend deutlich hervor, welchen Anforderungen die Referenzen genügen müssen, um „vergleichbar“ zu sein.

Die Ag hat in der Bekanntmachung und im Vordruck Anhang 2 mitgeteilt, dass eine Referenz hinsichtlich des jährlichen Leistungsumfangs als vergleichbar gilt, wenn die im Rahmen einer Unterhaltsreinigung "zu reinigende Fläche" jeweils mind. 20.000 m<sup>2</sup> erreicht hat. Die Ag meint, dass sich aus ihren Antworten auf diverse Bieterfragen unzweifelhaft ergeben habe, dass mit der Formulierung „zu reinigende Fläche“ alleine die Grundfläche gemeint sein könne (Schriftsatz vom 8. Januar 2016, S. 2). Dem ist nicht beizutreten.

Der Erklärungswert von Vergabeunterlagen ist anhand der für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätze, d.h. §§ 133, 157 BGB, zu ermitteln (BGH, Beschluss vom 10. Juni 2008, X ZR 78/07 m.w.N.). Die Ag meint, jedenfalls in der 4. Nachinformation klargestellt zu haben, dass abzustellen sei auf die Grundfläche. Die diesbezüglichen Fragen und Antworten lauten wie folgt:

*„Frage*

*1. Unter Punkt III.2.3) der Bekanntmachung steht, dass die Mindestreinigungsfläche der Referenzen für Los 1 und 2 jeweils 20.000 m<sup>2</sup> betragen. Ist hierbei die jährliche Reinigungsfläche oder die Grundfläche gemeint?*

*2.....*

*3. Unter Punkt 3.1 steht auch, dass die Reinigungsfläche mindestens (also auch größer) 20.000 m<sup>2</sup> betragen soll.“*

Hierauf antwortete die Ag wie folgt:

*„Zu 1. Hiermit ist die zu reinigende Grundfläche gemeint, die gemäß der „Gesamtübersicht zum Leistungsverzeichnis – Unterhaltsreinigung“ zu reinigen ist.*

*2.....*

*3. Ja., die Referenzen beziehen sich auf Reinigungsobjekte mit einer Mindestreinigungsfläche von 20.000 m<sup>2</sup>.“*

Die Antwort der Ag auf die Frage Nr. 1 ist unergiebig.

Der Begriff der „Grundfläche“ bezeichnet diejenige Fläche, mit der ein Gebäude den Boden berührt, und wird umgangssprachlich auch als „bebaute Fläche“ bezeichnet. Die Fläche

wird in Fußbodenhöhe an den fertigen Oberflächen gemessen. Im Bauwesen wird die Grundfläche nach ihrer Verwendung gegliedert. Die Brutto-Grundfläche wird in die nutzbare Netto-Grundfläche und die Konstruktions-Grundfläche unterteilt. Die Netto-Grundfläche ihrerseits wird weiter unterteilt in die reine Nutzfläche, die Technische Funktionsfläche und die Verkehrsfläche. Die einzelnen Flächen dienen insbesondere der Ermittlung der Kosten und dem Vergleich von Gebäuden. Die Begriffe und Berechnungsgrundlagen sind in der DIN 277 definiert (vgl. zum Vorstehenden den Eintrag in Wikipedia: „Grundfläche (Architektur)“, [https://de.wikipedia.org/wiki/Grundfl%C3%A4che\\_%28Architektur%29](https://de.wikipedia.org/wiki/Grundfl%C3%A4che_%28Architektur%29)). Die Ag hat es jedoch schon unterlassen, näher zu erläutern, von welchem Bedeutungsinhalt des Begriffs „Grundfläche“ die Bieter bei Angebotslegung ausgehen sollten, d.h. ob nur die den Boden berührende Fläche oder darüber hinaus auch andere Flächen als „Grundfläche“ betrachtet werden sollten.

Der Klarstellung diene es auch nicht, dass die Ag im letzten Halbsatz der Antwort zu Frage Nr. 1 auf die „Gesamtübersicht zum Leistungsverzeichnis – Unterhaltsreinigung“ verwiesen hat. Die Gesamtübersicht ist – soweit vorliegend von Interesse – wie folgt gegliedert:

	Reinigung von		Bodenbeläge	Ausstattungs- und Einrichtungsinventar	Wände, Decken, Treppen	Sanitärinventar	Flächen-Anzahl
Raumgruppen	Bezeichnung	Abrechnungsfaktor					

Für die Angebotskalkulation relevant sind v.a. die Spalten „Abrechnungsfaktor“ und „Flächen/Anzahl“. In der Spalte „Abrechnungsfaktor“ sind die Reinigungsintervalle für die jeweiligen Raumgruppen vorgegeben. Wie sich aus der „Legende Reinigungsintervalle“ ergibt, werden insgesamt sieben Reinigungsintervalle unterschieden. So sollen bspw. Sanitärräume 5 Mal wöchentlich gereinigt werden, Sporträume hingegen nur 1 Mal pro Woche. Es versteht sich von selbst, dass das Reinigungsintervall - neben der Größe der zu reinigenden Fläche - ein wesentlicher Faktor im Rahmen der Kalkulation des Leistungsumfangs ist. Indem die Ag in ihrer Antwort auf die Frage Nr. 1 auf diese Tabelle verwies, machte sie deutlich, dass die zu reinigende Fläche das Resultat einer Berechnung sein soll, deren wesentliche Faktoren die Raumgrößen der Reinigungseinheiten und das jeweilige Reinigungsintervall sein sollen. Wäre nämlich, wie von der Ag vorgetragen, alleine die Grundfläche maßgeblich, wäre die Angabe des Reinigungsintervalls entbehrlich: Denn das

Reinigungsintervall hat keinen Einfluss auf die Grundfläche. Dies stützt die Auffassung der ASt, dass die Antwort der Ag aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers den Schluss nahelegte, die tatsächliche Reinigungsfläche sei maßgeblich.

Die Antwort der Ag auf die Frage Nr. 3 ließ eine Klärung der aufgeworfenen Frage ebenfalls offen. Indem die Ag ausführte, dass sich die Referenzangaben beziehen auf Reinigungsobjekte mit einer „Mindestreinigungsfläche von 20.000 m<sup>2</sup>“, beschränkte sie sich auf eine bloße Umformulierung der im Bekanntmachungstext enthaltenen Vorgabe, dass die „zu reinigende Fläche mindestens“ den Leistungsumfang von 20.000 m<sup>2</sup> erreichen müsse. Der Begriff „Mindestreinigungsfläche“ legt gerade nahe, dass es nicht nur auf die Grundfläche ankommt, sondern auf die zu reinigende Fläche im Sinne einer Multiplikation von Fläche und Reinigungsdurchgängen. Die Ag hätte eine eindeutige Klarstellung herbeiführen können, indem sie beispielsweise auf die „Größe des Referenzobjekts“ hätte rekurrieren können.

Auch die 8. Bieterinformation brachte keine endgültige Klarstellung des von der Ag Gewollten. Auf die Frage Nr. 2,

*„Bei den Referenzangaben soll der jährliche Leistungsumfang in m<sup>2</sup> eingetragen werden, da diese Angaben nicht immer in den Kalkulationen angegeben sind (meistens monatlich) und der Reinigungsturnus nach Sanitärflächen, Fluren usw. variiert. Wie soll man verfahren? Oder reicht die Angabe der Grundfläche?“*

antwortete die Ag wie folgt:

*„Bei der Angabe des jährlichen Leistungsumfangs in m<sup>2</sup> reicht die Angabe der Grundfläche aus.“*

Hätte die Ag auf die Frage des Bieters geantwortet, dass bei der Angabe des jährlichen Leistungsumfangs in m<sup>2</sup> die Grundfläche anzugeben ist, wäre unmissverständlich klargestellt worden, dass alleine die Grundfläche ausschlaggebend sein soll. Die von der Ag gewählte Formulierung, „es reicht die Angabe der Grundfläche aus“, lässt hingegen eine Auslegung zu, dass es der Entscheidung des Bieters überlassen werden sollte, ob er im Vordruck Anhang 2 die Grundfläche oder die tatsächliche Reinigungsfläche angibt. Macht der Bieter – wie vorliegend die ASt – von der Möglichkeit Gebrauch, nur die Grundfläche anzugeben, war es der Ag möglich, die tatsächliche Reinigungsfläche zu ermitteln.

Als Indiz dafür, dass auf die tatsächliche Reinigungsfläche abzustellen ist, spricht der Vordruck Anhang 2 selbst, in den die Bieter u.a. den „jährlichen Leistungsumfang in qm“ eintragen sollten. Ungeachtet der Tatsache, dass die Ag auch an dieser Stelle der Vergabeunterlagen den Begriff „Grundfläche“ nicht verwendet hat, wäre die im Vordruck Anhang 2 vorgesehene Anknüpfung an den „jährlichen“ Leistungsumfang entbehrlich, wenn – wie die Ag meint - die Grundfläche maßgeblich sein sollte.

Dass die Auslegung der Vorgabe „zu reinigende Fläche“ auch bei anderen Bietern zu Zweifeln Anlass gab, bestätigte die Ag in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer. Den Ausführungen der Ag zufolge behelfen sich manche Bieter damit, dass sie in den Vordruck Anhang 2 sowohl Angaben zur Grundfläche als auch zur Reinigungsfläche aufnahmen.

Nach alledem ging aus der Bekanntmachung nicht eindeutig hervor, welchen Anforderungen die Referenzen genügen mussten, um „vergleichbar“ zu sein. Die Intransparenz hat zur Folge, dass das Vergabeverfahren – bei fortbestehender Beschaffungsabsicht – entsprechend dem Hilfsantrag der ASt in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen ist, um einen diskriminierungsfreien Wettbewerb herzustellen. Auf der Grundlage der überarbeiteten Bekanntmachung erhält die ASt die Gelegenheit, ein überarbeitetes Angebot abzugeben (sog. „zweite Chance“).

- b) Soweit die ASt hilfsweise geltend macht, die Anforderungen an die Referenzen seien überspannt, ist vorsorglich auf folgendes hinzuweisen:

Nach § 7 EG Abs. 1 VOL/A dürfen von den Unternehmen zum Nachweis der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nur Unterlagen und Angaben gefordert werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind. Bei der Bestimmung dessen, was durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, ist dem Auftraggeber ein Entscheidungsspielraum zuzubilligen, der von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüft werden kann. Art. 44 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG fordert – über den Wortlaut des § 7 EG Abs. 1 VOL/A hinaus – zusätzlich die Angemessenheit der Eignungsanforderung. Maßgeblich hierfür ist, ob aus verständiger Sicht des Auftraggebers ein berechtigtes Interesse hinsichtlich der verlangten Nachweise besteht, so dass diese sachlich berechtigt und verhältnismäßig erscheinen und den Bieterwettbewerb nicht unnötig einschränken (OLG

Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2011, VII-Verg 74/11 m.w.N.). Von diesen Grundsätzen ausgehend, ist vorliegend festzustellen:

Nach Ziff. III.2.3.) der Bekanntmachung waren mind. 3 Referenzen zu benennen, deren jeweiliger Leistungsumfang mind. 20.000m<sup>2</sup> erreichen soll, um „vergleichbar“ zu sein. In der Summe waren somit Referenzen in einer Größenordnung, die den hier zur Unterhaltsreinigung anstehenden Liegenschaften der Ag entspricht, von mind. 60.000 m<sup>2</sup> zu benennen.

Es ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt und auch angemessen, dass die Ag nur solche Referenzen als vergleichbar akzeptieren möchte, welche - jede für sich betrachtet - einen Umfang von 20.000 m<sup>2</sup> aufweisen. Denn hierdurch kann dokumentiert werden, dass der Bieter leistungsfähig ist, eine Fläche dieser Größenordnung zu reinigen.

Eine andere Frage ist aber, ob es angemessen ist, bei einem ausgeschriebenen Leistungsumfang von rd. 40.000 m<sup>2</sup> Referenzen zu fordern, deren Leistungsumfang in der Summe mind. 60.000 m<sup>2</sup> beträgt. Insbesondere bei Bietern, die sich nur auf eines der Lose bewerben möchten, führt dies dazu, dass sie Referenzen in Höhe des Dreifachen des Leistungsumfangs benennen müssen.

Auch Bieter, die – wie die ASt – sich auf beide Lose bewerben wollen, müssen Referenzen in einem Umfang benennen, der den Leistungsumfang um ein Drittel übersteigt. Die Bekanntmachung sieht in Ziff. III.2.3) für diese Fälle zwar vor, dass bei der Abgabe eines Angebotes für mehrere Lose dieselbe Referenz für mehrere Lose benannt werden kann, so dass die Anforderungen an den Leistungsumfang nicht erhöht werden. Die Ag hat es aber versäumt, ihre Erwägungen in der Vergabeakte zu dokumentieren; sie ergeben sich auch nicht aus dem Vortrag der Ag im Nachprüfungsverfahren. Es ist daher zweifelhaft, ob Ziff. III.2.3.) der derzeitigen Bekanntmachung insoweit mit § 7 EG Abs. 1 VOL/A und Art. 44 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG vereinbar ist. Die Ag wird ihre diesbezüglichen Erwägungen, wenn sie Anzahl der geforderten Referenzen in dieser Größenordnung aufrecht erhält, zu begründen haben.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB.

Die ASt und die Ag tragen die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens jeweils zur Hälfte. Die ASt dringt mit ihrem Vorbringen nur teilweise und insoweit durch, als sie die Chance erhält, sich mit einem neuen Angebot am Bieterwettbewerb zu beteiligen.

Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten werden gegeneinander aufgehoben.

Es entspricht nicht der Billigkeit (§ 128 Abs. 3 Satz 5 GWB), die Bg an der Tragung der Kosten zu beteiligen. Weder hat die ASt sich mit ihrem Vorbringen in einen direkten Interessengegensatz zur Bg gestellt, noch hat die Bg sich zum Verfahren geäußert.

#### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.