



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 70/14

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[..]

wegen der Vergabe „Individuelle Aktivierungs- und Eingliederungsmaßnahmen nach § 16 Abs. 1 SGB II i.V.m. § 45 SGB III“, Vergabe-Nr. [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und die ehrenamtliche Beisitzerin Watermann auf die mündliche Verhandlung vom 2. September 2014 am 19. September 2014 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, einen Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) als Gesamtschuldner sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin je zur Hälfte zu tragen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit eine öffentliche Ausschreibung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags über individuelle Aktivierungs- und Eingliederungsmaßnahmen nach § 16 Abs. 1 SGB II i.V.m. § 45 SGB III durch. Maßnahmeort ist [...], die Vertragslaufzeit beträgt zwei Jahre. Das Ziel dieser Maßnahmen besteht darin,

„erwerbsfähige Leistungsberechtigte mit ausgeprägtem Unterstützungsbedarf in einem ganzheitlichen Ansatz an das Beratungsangebot des Bedarfsträgers heranzuführen sowie perspektivisch Vermittlungshemmnisse abzubauen und somit eine Eingliederung in den Arbeitsmarkt bzw. die Teilnahme an weiterführenden Qualifizierungsangeboten zu erreichen. Kernelemente dieser Maßnahme sind die intensive, aufsuchende sozialpädagogische Begleitung sowie die Durchführung sinnstiftender produktionsorientierter Tätigkeiten“ (Ziffer B.1.1 der Leistungsbeschreibung (LB)).

Potentielle Teilnehmer solcher Maßnahmen sind

„in der Regel erwerbsfähige langzeitleistungsbeziehende Leistungsberechtigte nach dem SGB II, die sich teilweise der Betreuung durch den Bedarfsträger gänzlich entzogen haben (mangelnde Mitwirkung oder Kontaktabbrüche) bzw. aufgrund Marktferne und gesundheitlicher Problemlagen bisher nicht ausreichend aktiviert wurden. Die Teilnehmer weisen häufig besonders ausgeprägte Persönlichkeits- und Verhaltensdefizite sowie multiple Vermittlungshemmnisse auf. (...)“ (Ziffer B.1.2 der LB).

Den Auftragswert hat die Ag auf 650 € pro Teilnehmer und Monat geschätzt. In der Vergabeakte befindet sich hierzu ein Kalkulationsblatt in Tabellenform, in dem die Ag jeweils für einen Monat

die „I. Personalkosten/Personalnebenkosten“ (erstere untergliedert in Kosten für Lehrkraft/Ausbilder, Psychologe, Sozialpädagoge, Verwaltung/Sekretariat und Ergotherapeut) errechnet hat aus der jeweils benötigten Anzahl an Mitarbeitern, der

jeweiligen Monatsvergütung, der regelmäßigen Wochenarbeitszeit und dem Einsatz in der Maßnahme in Stunden/Woche;  
die „II. Raumkosten incl. Neben-/Energiekosten“ (untergliedert u.a. in Mietkosten Klassenräume, Mietkosten für Personal, sonstige Mietkosten (Sanitäreinrichtung, Sozialräume etc.) angegeben hat  
sowie die „III. Sachkosten (Geräte/Mobiliar/sonst. Betriebsausstattung)“,  
die „IV. Teilnehmerkosten“ (untergliedert u.a. in Lernmittel/Skripte/Verbrauchsmaterial, Bewerbungsmappen incl. Porto, Versicherungen, Arbeits- und Schutzkleidung, Fahrkosten der Sozialpädagogen, Gesundheitsorientierung) und  
die „V. Sonstigen Kosten (z.B. Gebühren / Verwaltungskosten / Steuern / Versicherungen / Finanzierung)“ angegeben hat.

Ausgegangen ist die Ag bei ihrer Berechnung der Kosten je Teilnehmer und Monat von 90 Teilnehmern. Eine Vermittlungsvergütung (s. hierzu § 26 Abs. 6 ff. des ausgeschriebenen Rahmenvertrags (RV)) ist in diese Berechnung nicht eingeflossen.

In ihrem „Vermerk des Einkaufs“ vom 11. Juni 2014 führte die Ag zu ihrer Kalkulation („Schätzpreis“) aus:

„Der geschätzte Auftragswert orientiert sich an den in dieser Region in den vergangenen Jahren ausgeschriebenen, teilweise stark individuellen AC [Aktivierungszentrum]. Hier wurden in den Verfahren (...) Zuschlagspreise für den Monatspreis je Teilnehmerplatz zw. (...) € und (...) € erzielt. Lediglich im bezuglich der Personalausstattung nicht vergleichbaren Verfahren (...) (fachliche Anleiter/Lehrkräfte, Jobcoaches, psychologische Begleiter und Fachärzte für Psychiatrie und Psychotherapie) wurde ein Zuschlagspreis von (...) € erzielt. Aufgrund der Besonderheiten dieser Maßnahme (Personalschlüssel 1:15 für fachliche Anleiter und SozPäd, produktionsorientierte Tätigkeiten) wird ein geschätzter Angebotspreis von 650 € zugrunde gelegt. (...)“

Zum Auftragsvolumen ist in Ziffer B.1.7 der LB vorgesehen:

„Das voraussichtliche Auftragsvolumen in Höhe der Gesamtteilnehmerplatzzahl ist dem Leistungsverzeichnis/Losblatt zu entnehmen. Der Bedarfsträger ist hierbei verpflichtet, für die gesamte Vertragslaufzeit die Mindestteilnehmerplatzzahl abzunehmen. Diese beträgt 70% der Gesamtteilnehmerplatzzahl. (...) Über die Mindestteilnehmerplatzzahl hinaus kann der Bedarfsträger durch Einzelabrufe aus dem Rahmenvertrag die Leistung bis zur Gesamtteilnehmerplatzzahl nach dem Leistungsverzeichnis/Losblatt jederzeit erhöhen.“

Gemäß § 1 Abs. 1 RV war

die „voraussichtliche Gesamtteilnehmerplatzzahl je Maßnahme (...) dem Leistungsverzeichnis/Losblatt zu entnehmen. Die Mindestteilnehmerplatzzahl je Maßnahme ist in B.1.7 der Leistungsbeschreibung geregelt.“

Die Gesamtteilnehmerplatzzahl in der verfahrensgegenständlichen Maßnahme betrug laut Losblatt 90.

Gemäß § 26 Abs. 2, 3 RV wurde

„die Vergütung (...) für 70% der im Leistungsverzeichnis/Losblatt angegebenen Gesamtteilnehmerplatzzahl (Mindestteilnehmerplatzzahl) gewährt. (...) Die Vergütung für die abgerufenen Teilnehmerplätze oberhalb der Mindestteilnehmerplatzzahl erfolgt teilnehmerplatzbezogen zu gleichen Konditionen.“

Bei der Wertung der Angebote sollen sowohl der Angebotspreis als auch die Qualität der mit den Angeboten einzureichenden Konzepte berücksichtigt werden. Die Konzepte werden hierzu anhand von mehreren Kriterien mit jeweils 0 bis 3 Punkten gewertet; anschließend wird mithilfe bestimmter Gewichtungen und Relevanzfaktoren eine „Summe der Leistungspunkte“ ermittelt. Hieraufhin erfolgt die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots in analoger Anwendung der UfAB V-Formel in der erweiterten Richtwertmethode in drei Schritten. Zunächst wird hierbei eine Kennzahl für das Leistungs-Preis-Verhältnis errechnet, indem die erzielten Gesamtleistungspunkte zum Preis des jeweiligen Angebots ins Verhältnis gesetzt werden. In einem zweiten Schritt wird ein „Kennzahlkorridor“ gebildet aus der Kennzahl des führenden Angebots und einer Kennzahl, die sich aus der Kennzahl des führenden Angebots minus 10% ergibt. Im Schritt drei werden alle Angebote ermittelt, die innerhalb dieses Korridors liegen. Diese Angebote werden zunächst als gleichwertig betrachtet. Entscheidungskriterium innerhalb dieser Gruppe ist die Gesamtleistungspunktzahl, die das betreffende Angebot in der Summe bei bestimmten Wertungskriterien erzielt hat. Der nach dieser Vorgehensweise wirtschaftlichste Bieter soll den Zuschlag erhalten (s. hierzu im Einzelnen „A\_Wertungshinweise“ der Ag).

Die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) haben fristgerecht Angebote abgegeben. Dem Angebot der Bg lagen alle zum Beleg der Eignung abzugebenden Erklärungen bei, u.a. dazu, dass über ihr Vermögen kein Insolvenzverfahren eröffnet oder beantragt bzw. dieser Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist (vgl. Ziffer 9a der Bekanntmachung, Ziffer A.3, A.6 der Vergabeunterlagen i.V.m. den betreffenden Formblättern der Ag). In der fachlichen Bewertung der eingereichten Angebotskonzepte kam die Ag zu dem Ergebnis, dass aufgrund der jeweils erzielten Gesamtleistungspunktzahl dividiert durch den Angebotspreis sowohl das Angebot der ASt als auch das der Bg im sog. Kennzahlkorridor i.S.d. Schritts 2 der o.g. UfAB V-Formel lagen. Aufgrund ihrer höheren Leistungspunkte in den maßgeblichen Wertungskriterien erreichte die ASt ausweislich der Zeile „Rang nach erw. Richtwertmethode“ den ersten Platz.

Unter Verweis auf ihre Pflicht, gemäß § 16 Abs. 6 VOL/A Angebote zu überprüfen, die im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich hoch erschienen, forderte die Ag die ASt mit undatiertem Schreiben auf, bis zum 22. Juli 2014, 12 Uhr, ihre Kalkulation zu erläutern und die beigefügte Vorlage „Musterkalkulation“ auszufüllen. Diese Tabelle enthielt dieselben Zeilen und Spalten wie die Tabelle, die die Ag ihrer Schätzung des Angebotspreises zugrunde gelegt hat. In ihrem Antwortschreiben führte die ASt aus, dass ihre Kalkulation auf einem Auslastungsgrad von 70% (= 63 Teilnehmerplätzen) beruhe, weil das voraussichtliche Auftragsvolumen bei 90 Gesamtteilnehmerplätzen liege und die Ag verpflichtet sei, mindestens 70% TN-Plätze zu belegen. Außerdem führte die ASt aus, dass sie wegen der Problemlage der Zielgruppe davon ausgehe, dass Vermittlungsvergütungen nur schwer zu realisieren seien.

Aufgrund der Angaben der ASt kam die Ag zu dem Ergebnis, dass deren Angebot ausgeschlossen werden müsse, weil der Angebotspreis den Schätzwert der Ag deutlich überschritten habe (s. Vermerk der Ag vom 22. Juli 2014). Zur Begründung führte die Ag aus, dass der Preis der Bg nur in geringem Umfang über dem kalkulierten Schätzpreis von 650 € liege. Da ein Mitglied der Bietergemeinschaft der ASt Anfang dieses Jahres in einer Ausschreibung mit wesentlich höheren Anforderungen an das Personal einen niedrigeren Preis als jetzt angeboten habe, sei eine Korrektur des ursprünglichen Schätzwertes weder erforderlich noch gerechtfertigt. Zu den von der ASt angesetzten Personalkosten führte die Ag aus, dass der von der ASt vorgeschlagene Personaleinsatz über den in den Vergabeunterlagen geforderten Personaleinsatz hinausgehe und dass die von der ASt ausgewiesenen Personalkosten „deutlich über den bei der Schätzwertberechnung ohnehin großzügig kalkulierten Personalkosten (Berechnung: Mindestlohn Bildungsbranche zzgl. 25% Tarifaufschlag zzgl. 22% AG-Anteil + 20% Aufschlag für besonders qualifiziertes Personal)“ lägen. Weiter führt die Ag in ihrem Vermerk aus, dass die Preis-/Leistungskalkulation der ASt sehr hohe Sachkosten beinhalten und dass die ASt keine Vermittlungsvergütung in ihre Kalkulation einfließen lasse.

Mit Schreiben vom 31. Juli 2014 informierte die Ag die ASt darüber, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen werde, da der angebotene Preis ungewöhnlich hoch sei. Der Zuschlag solle auf das Angebot der Bg erteilt werden.

Mit Schreiben vom 7. August 2014 rügte die ASt gegenüber der Ag die Angebotswertung und die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig. Die Ag half der Rüge nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 8. August 2014 hat die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Die Vergabekammer hat der Ag den Nachprüfungsantrag am selben Tag übermittelt.

- a) Die ASt meint, die Angebotswertung sei aus mehreren Gründen fehlerhaft erfolgt.

Zur Rechtzeitigkeit ihrer Rüge trägt die ASt vor, dass wegen ihres Urlaubs in den Schulferien in Nordrhein-Westfalen der Geschäftsführer des einen Mitglieds der Bietergemeinschaft und der federführende Prokurist des anderen Mitglieds der Bietergemeinschaft von dem § 101a GWB-Schreiben der Ag vom 31. Juli 2014 (Donnerstag) erst am Montag, den 4. August 2014, Kenntnis genommen hätten. Da dies das erste Nachprüfungsverfahren der ASt sei, habe sie sich vor weiteren Schritten erst innerhalb der Bietergemeinschaft abstimmen müssen. Am 7. August 2014 (Donnerstag) habe die ASt einen Rechtsanwalt hinzugezogen, der am selben Tag gerügt habe. Allein das Aufklärungsschreiben der Ag vom Juli 2014 sei kein Anlass für eine Rüge oder die Einholung rechtlicher Beratung gewesen, weil die ASt darauf habe vertrauen dürfen, dass sich die Ag vergaberechtskonform verhalte.

Das Angebot der ASt habe nicht ausgeschlossen werden dürfen, denn die von der Ag vorgenommene Prüfung der Angebotspreise nach § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A beruhe auf sachfremden und fehlerhaften Erwägungen. Bereits die Schätzung des Auftragswerts durch die Ag sei mangelhaft und führe zu einem erheblich zu niedrig kalkulierten Auftragswert, so dass diese Schätzung keine geeignete Grundlage sei, das Angebot der ASt als Überkostenangebot zu beurteilen. Unter Verweis auf die ausgeschriebenen Anforderungen i.S.d. Leistungsbeschreibung und der u.a. aufgrund arbeitsrechtlicher Vorgaben aufzuwendenden Kosten legt die ASt unter Nennung von Beispielen im Einzelnen dar, dass die der Schätzung der Ag zugrunde gelegten Lohnkosten, der angesetzte Personalumfang für Verwaltung/Sekretariat sowie für die Projektleitung und die Raum-, Sach-, Teilnehmer- und die Sonstigen Kosten unzutreffend ermittelt und zu niedrig angesetzt bzw. unauskömmlich seien. Einen „Marktpreis“ wie ihn die Bg benenne, gebe es bei der ausgeschriebenen Maßnahme noch nicht. Außerdem hätte die Ag in ihrer Schätzung nicht von einer Vermittlungsvergütung von 40.0000 € für 20 angenommene

Vermittlungen ausgehen dürfen, da eine solche Vermittlungsquote sehr unwahrscheinlich sei. Ein weiterer Fehler in der Schätzung der Ag bestehe darin, dass die Ag von der vollen Auslastung der Maßnahme mit 90 Teilnehmern ausgegangen sei, obwohl nur eine Mindestteilnehmerzahl i.H.v. 70% garantiert vergütet werden solle. Die Ag könne ihre Schätzung auch nicht auf frühere Maßnahmen stützen, da diese mit dem verfahrensgegenständlichen Auftrag nicht vergleichbar seien. Hierfür reiche es nicht aus, dass die betreffenden Maßnahmen ebenfalls „Aktivcenter“ gewesen seien, denn der nunmehr ausgeschriebene „produktorientierte Ansatz“ der Ag sei neu und verursache erhebliche Mehrkosten. Das Verhalten eines Mitglieds der Bietergemeinschaft bei anderen Ausschreibungen lasse ebenfalls keine hinreichenden Rückschlüsse auf die Kalkulation der ASt zu, weil die betreffenden Bieter nicht identisch seien.

Zu ihren Hilfsanträgen führt die ASt aus, dass dem Nachprüfungsantrag stattzugeben sei, selbst wenn die Ag eine ordnungsgemäße Auftragswertschätzung sowie eine zutreffende Bewertung des Angebots der ASt vorgenommen hätte. Denn die Ag habe entgegen § 8 EG Abs. 1 VOL/A nicht für vergleichbare Angebote gesorgt, weil sie den Bietern keine verbindlichen Kalkulationsvorgaben gemacht hätte. Angesichts dessen, dass die Ag lediglich eine Vergütung i.H.v. 70% der Gesamtteilnehmerplatzzahl garantiere und es sehr unwahrscheinlich erscheine, dass eine Vermittlungsvergütung anfalle, hätte die Ag jedoch damit rechnen müssen, dass alle Bieter ihrer Kalkulation unterschiedliche Prämissen zugrunde legten. Offenbar hätten nicht alle Bieter so zurückhaltend kalkuliert wie die ASt. Jedenfalls verstoße die Ag vorliegend gegen § 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A, weil sie das in Aussicht genommene Auftragsvolumen nicht so genau wie möglich ermittelt habe. Denn wenn die Ag zu Recht von einer vollen Auslastung der Maßnahme hätte ausgehen dürfen, hätte sie dies den Bietern gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A bekannt geben und zur Grundlage der Leistungsbeschreibung machen müssen. Sollte umgekehrt die Schätzung einer durchschnittlichen Auslastung der Maßnahme zu 70% zutreffend sein, hätte die Ag ihrer internen Kalkulation keine Vollaustattung zugrunde legen dürfen. Bereits das Instrument des Rahmenvertrags hätte die Ag nicht verwenden dürfen, wenn sie ihren Bedarf nicht genauer ermitteln könne.

Des Weiteren vertritt die ASt die Auffassung, dass die Bg ausgeschlossen werden müsse. Die Ag habe nicht hinreichend geprüft, dass der Bg die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit i.S.d. § 16 Abs. 5 VOL/A fehle. Ausweislich des veröffentlichten Jahresabschlusses der Bg 2012 sowie einer Creditreform-Auskunft weise die Bilanz der Bg einen deutlich

fünfstelligen, nicht gedeckten Fehlbetrag (ca. 12.666 €) auf. Zudem handele es sich bei dem Angebot der Bg um ein Unterkostenangebot, das gemäß § 16 Abs. 6 VOL/A auszuschließen sei, da die Ag ihren Auftragswert deutlich zu niedrig geschätzt habe.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten zuletzt:

1. Der Ag wird untersagt, in dem Vergabeverfahren Ausschreibung von individuellen Aktivierungs- und Eingliederungsmaßnahmen nach § 16 Abs. 1 SGB II i.V.m. § 45 SGB III (Bekanntmachung zur Vergabe-Nr. [...]) den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen.
2. Die Ag wird verpflichtet, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen und das Angebot der ASt in der Wertung zu belassen.
3. Hilfsweise zu 2: Die Ag wird verpflichtet, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen und die Bieter unter Bekanntgabe verbindlicher Kalkulationsvorgaben erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern.
4. Hilfsweise zu 3: Die Vergabekammer wirkt unabhängig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hin (§ 114 Abs. 1 S. 2 GWB).
5. Der Ag und der Bg werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der ASt gesamtschuldnerisch auferlegt.
6. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt.

In der mündlichen Verhandlung hat die ASt mitgeteilt, dass sie den zunächst noch beanstandeten Verstoß der Ag gegen § 101a GWB nicht mehr geltend mache.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Antrag auf Nachprüfung wird als unzulässig verworfen und Hilfsweise als unbegründet zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten für das Nachprüfungsverfahren.

Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil die ASt die vermeintlich erkannten Vergaberechtsverstöße nicht unverzüglich gerügt habe. Bereits durch das Aufklärungsschreiben der Ag vom 18. Juli 2014 habe die ASt Kenntnis darüber erhalten, dass die Ag davon ausgehe, dass es sich bei ihrem Angebot um ein sog. „Über-Preisangebot“ handele. Die ASt sei deshalb „vorgewarnt“ gewesen und hätte ab diesem Zeitpunkt genügend Zeit gehabt, sich weitere Schritte zu überlegen bzw. eine anwaltliche Beratung einzuholen. Da es sich bei dem im § 101a GWB-Schreiben mitgeteilten Ausschlussgrund auch um keinen schwierigen Sachverhalt gehandelt habe, sei eine Rüge sieben Tage nach dieser Information verspätet. Darüber hinaus müsse eine Rüge so rechtzeitig beim Auftraggeber eingehen, dass dieser vom Inhalt des Rügeschreibens Kenntnis nehmen und auch in einer angemessenen Zeit antworten könne.

Im Übrigen meint die Ag, ihre Angebotswertung sei beurteilungsfehlerfrei und auch sonst vergaberechtskonform erfolgt. § 16 Abs. 6 VOL/A gelte auch für ungewöhnlich hohe Angebote. Zur Begründung ihrer Vorgehensweise beruft sich die Ag auf ihren Vermerk vom 22. Juli 2014. Die Ag habe sich hierbei auch wie erforderlich auf eine vertretbar erscheinende, wirklichkeitsnahe Kostenschätzung gestützt. Zur hierbei angesetzten Auslastung der Maßnahme von 100% trägt die Ag vor, hierzu sei sie haushaltsrechtlich verpflichtet, damit die Haushaltsmittel eingebunden würden, die sich bei einer Vollauslastung ergäben. Abgesehen davon sei eine andere ähnliche Maßnahme der Ag nahezu voll ausgelastet, es gebe inzwischen sogar eine Warteliste mit 40 Teilnehmern. Da sich die ausgeschriebene Maßnahme inhaltlich an der Standardmaßnahme Aktivierungscenter (AC) orientiere, habe die Ag Vergleiche mit ähnlichen AC und der dortigen Berechnungsgrundlagen in der Region [...] angestellt und die Besonderheiten der streitgegenständlichen Maßnahme (besonderer Personalschlüssel, produktionsorientierte Tätigkeiten) angemessen berücksichtigt. Der Vermerk ihres Einkaufs vom 11. Juni 2014 sei ergänzt worden durch eine Preis-/Leistungskalkulation. Bei dem Vergleich der Kalkulation der Ag mit der der ASt seien die Beträge der Ag zunächst auf die Gesamtvertragslaufzeit von 24 Monaten hochzurechnen. Hinzu komme, dass sich Schwankungen in der Teilnehmerzahl nur auf die Personal- (Ziffer I.1) und die Teilnehmerkosten (Ziffer IV.) auswirken könnten, da die räumlichen und sächlichen Ausstattungsmerkmale auf die Gesamtteilnehmerplatzzahl ausgerichtet sein müssten (Ziffer B.1.7 der LB). Bei den Personalkosten sei von 13 €/Stunde (Mindestlohn) + 25% Tarifaufschlag + 20% für besonders qualifiziertes Personal auszugehen, hierin seien die Sozialversicherungsanteile i.H.v. 22% enthalten. Wie die Ag im Einzelnen näher ausführt,

seien die von der ASt angesetzten Kosten – mit Ausnahme der Raumkosten, die unter denen der Ag lägen – unerklärlich hoch und gäben nicht die Marktrealität des Jobcenters [...] wider. Dass anders als von der ASt kalkuliert für diese Maßnahme nur 0,2 Verwaltungskräfte erforderlich seien, begründet die Ag in der mündlichen Verhandlung mit ihren Erfahrungen aus früheren und noch laufenden Maßnahmen in [...]. Hierauf beruhten auch ihre Annahmen zum Anteil der Personalkosten an den Maßnahmekosten insgesamt. Anders als die ASt meine, habe die Ag in ihrer Kalkulation der Teilnehmerkosten auch die Kosten für Fahrgeld, Schutzkleidung, Bewerbungsunterlagen und Lernmittel ausreichend berücksichtigt. Eine Vermittlungsvergütung habe die Ag bei der preislichen Angebotswertung wie in ihren „Wertungshinweisen“ vorgesehen nicht in ihre Kalkulation einbezogen. Nachdem die Ag festgestellt habe, dass der Preis der ASt den Schätzwert erheblich überschreite, habe sie dieses Angebot gemäß § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A ausgeschlossen. Entscheidend sei der Gesamtpreis der ASt und nicht deren Kalkulation aufgrund der garantierten Vergütung einer Teilnehmerplatzzahl i.H.v. 70%. In der mündlichen Verhandlung führt die Ag aus, dass sie bei ihrer Ausschlussentscheidung nach § 16 Abs. 6 VOL/A die von der ASt erzielten Leistungspunkte nicht habe berücksichtigen müssen. Die Wertung des von der ASt angebotenen Konzepts hätte gar nicht mehr erfolgen dürfen, da das Angebot der ASt bereits wegen seines Preises von der „Fachkraft Vergabe“ der Ag ausgeschlossen worden war. Aus der ursprünglichen Vergabeakte war die durch den Einkäufer der Ag parallel vorgenommene materielle Bewertung des Angebotskonzepts der ASt daher auch wieder entfernt worden.

Die Ag sei auch nicht gemäß § 4 VOL/A, § 8 EG VOL/A verpflichtet gewesen, eine Vollausslastung der Maßnahme bekannt zu machen. Denn bei einem Rahmenvertrag müssten die Bieter mit einer nicht abschließenden oder unkonkreten Mengenangabe rechnen. Das zu erwartende Auftragsvolumen habe die Ag den Bietern auch hinreichend genau bekannt gegeben. Dass sie dem Auftragnehmer eine Vergütung i.H.v. 70% der Gesamtteilnehmerplatzzahl garantiere, sei bereits ein Entgegenkommen an die Bieter. Die Rechtsprechung habe sogar eine garantierte Vergütung i.H.v. nur 60% für zulässig erachtet. Die hieraus für die Bieter resultierenden Risiken seien Rahmenverträgen immanent.

Zur Eignung der Bg trägt die Ag vor, dass diese Bg ebenso wie die ASt alle zur Beurteilung ihrer Eignung vorzunehmenden Angaben gemacht und die geforderten Erklärungen abgegeben habe. Auf dieser Grundlage habe die Ag die Eignung der Bieter

geprüft. Das Heranziehen einer Creditreform-Auskunft, die im vorliegenden Fall noch nicht einmal die Bonität der Bg in Frage stelle, sei kein gängiges Prüfungsmittel zur Beurteilung der Eignung von Bietern. Die Bg sei landesweit als zuverlässiger Vertragspartner der Ag bekannt, es gebe keine Anhaltspunkte an der Leistungsfähigkeit der Bg zu zweifeln. Der Angebotspreis der Bg sei gemessen an der vertretbaren Schätzung der Ag auch nicht unangemessen niedrig.

- c) Durch Beschluss vom 13. August 2014 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
  2. die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen;
  3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Bg für notwendig zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag sei offensichtlich unzulässig, weil die ASt mangels Chance auf den Zuschlag nicht antragsbefugt sei. Dass verbindliche Kalkulationsvorgaben gefehlt hätten, hätte die ASt zudem nicht gerügt.

Zur Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags schließt sich die Bg den Ausführungen der Ag an. Es sei vergaberechtlich zulässig, dass die Bieter entsprechende Risiken trügen und Kalkulationsspielräume hätten. Die ASt habe offenkundig in spekulativer Absicht einen unangemessen hohen Angebotspreis eingereicht, der wesentlich über dem marktüblichen Preis liege. Dieser Marktpreis zeige sich vorliegend in dem Angebotspreis der Bg und dem Preis anderer vergleichbarer Maßnahmen der Ag. Wenn sich der Marktpreis nicht ohne erheblichen Aufwand ermitteln lasse, könne der öffentliche Auftraggeber hilfsweise eine eigene Kostenschätzung heranziehen, sofern diese wirklichkeitsnah sei. Ihre erhebliche Marktkenntnis aus anderen Ausschreibungen, die die Ag ihrer Kostenschätzung zugrunde lege, müsse die Ag nicht weiter dokumentieren. Marktüblich sei es auch, nicht wie die ASt mit einer 70%igen Auslastung der Maßnahme, sondern mit einer Vollauslastung zu kalkulieren. Zudem ergebe sich aus § 1 Abs. 1 RV, der auf die „die voraussichtliche Gesamtteilnehmerplatzzahl“ i.S.d. Losblatts verweise, dass auch die Ag von einer 100%igen Auslastung der Maßnahme ausgegangen sei. Darüber hinaus zeigten andere Vergabeverfahren der Ag aus der Vergangenheit, dass die voraussichtliche Teilnehmerzahl überwiegend auch tatsächlich abgerufen werde. In der

mündlichen Verhandlung trägt die Bg ergänzend vor, dass das Wertungsergebnis der ASt auf der vierten Wertungsstufe für deren Ausschluss auf der dritten Stufe nach § 16 Abs. 6 VOL/A keine Rolle spiele. Zur vierten Wertungsstufe komme der öffentliche Auftraggeber erst, nachdem die dritte abgeschlossen sei. Maßgeblich für die Wertung auf der dritten Stufe sei allein der Marktpreis, jedoch nicht die Qualität eines Angebots.

Zur Wertung ihres eigenen Angebots trägt die Bg vor, dass sich aus der Kostenschätzung der Ag ergebe, dass ihr Angebotspreis nicht unangemessen niedrig sei. Die Bg sei auch leistungsfähig und nicht in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Es sei allgemein bekannt, dass Creditreform-Auskünfte häufig wenig aussagefähig seien, weil sie lediglich Bilanzen aus dem Bundesanzeiger abriefen, ohne weitere Informationen über die Unternehmen einzuholen.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 2. September 2014 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 8. September 2014 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 19. September 2014 einschließlich verlängert.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der überwiegend zulässige Nachprüfungsantrag ist bereits im Hauptantrag begründet, da auf der Grundlage der jetzigen Wertungsentscheidung der Ag der Ausschluss des Angebots der ASt nicht gerechtfertigt ist. Auf die Hilfsanträge der ASt kommt es mithin nicht an.

1. Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig.

- a) Insbesondere steht der Antragsbefugnis der ASt (§ 107 Abs. 2 GWB) nicht entgegen, dass diese nicht für den Zuschlag vorgesehen ist. Denn ohne den Ausschluss ihres Angebots wäre die ASt nach den Feststellungen der Ag aufgrund der UfAB V-Formel

wegen ihrer höheren Punktzahl in den insoweit entscheidenden Wertungskriterien zu bezuschlagen. Wenn also das Vorbringen der ASt zutrifft und der Ausschluss ihres Angebots zu Unrecht erfolgte, wurden ihre Zuschlagschancen durch die beanstandete Vorgehensweise der Ag beeinträchtigt.

Nicht antragsbefugt ist die ASt jedoch, soweit sie vorträgt, der Angebotspreis der Bg sei ungewöhnlich niedrig. Denn der entsprechende Ausschlussstatbestand (§ 16 Abs. 6 VOL/A) ist grundsätzlich nicht bieterschützend. Zum Vorliegen der entsprechenden Ausnahmen (Marktverdrängungsabsicht bzw. -gefahr, oder Gefahr, dass die Bg die Auftragsdurchführung abbrechen muss, ohne dass die übrigen am Vergabeverfahren beteiligten Wettbewerber entsprechend „einspringen“ können) hat die ASt nichts vorgetragen (vgl. zu diesen Ausnahmen nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 31. Oktober 2012, VII-Verg 17/12, und vom 9. Mai 2011, VII-Verg 45/11, jeweils m.w.N.).

- b) Die Rüge der ASt vom 7. August 2014 erfolgte rechtzeitig (§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB). Denn vor Erhalt der Vorabinformation der Ag vom 31. Juli 2014 hatte die ASt keine Kenntnis davon, dass die Ag – aus Sicht der ASt zu Unrecht – ihr Angebot ausgeschlossen hatte. Aufgrund des vorangegangenen (undatierten) Aufklärungsschreibens der Ag (lt. Ag vom 22. Juli 2014) konnte die ASt allenfalls vermuten, dass die Ag sie möglicherweise wegen ihres Angebotspreises ausschließen würde. Eine solche Vermutung eines etwaigen künftigen Vergaberechtsverstoßes löst jedoch noch keine Rügeobliegenheit aus. Der Zeitraum von einer Woche zwischen dem Eingang der Vorabinformation und der Rüge der hierin mitgeteilten Wertungsentscheidung der Ag durch den Verfahrensbevollmächtigten der ASt ist als „unverzüglich“ anzusehen, da zunächst eine Abstimmung innerhalb der antragstellenden Bietergemeinschaft sowie entsprechende anwaltliche Beratung erfolgen mussten.

Dass die Rüge so frühzeitig beim öffentlichen Auftraggeber eingehen muss, dass dieser noch angemessen Zeit hat, hierauf zu antworten, ist in § 107 Abs. 3 GWB nicht vorgesehen. Angesichts der für einen Bieter wegen § 101a Abs. 1 S. 4 GWB ohnehin schon knappen Frist von (hier:) zehn Tagen, innerhalb der er über die Sach- und Rechtslage und sein weiteres Vorgehen entscheiden muss, würde eine über den Wortlaut des § 107 Abs. 3 GWB hinausgehende Anforderung die Rechte eines Bieters auf effektiven Rechtsschutz unangemessen einschränken.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, denn auf der Grundlage ihrer jetzigen Wertungsentscheidung hätte die Ag das Angebot der ASt nicht ausschließen und die Bg für den Zuschlag vorsehen dürfen. Die derzeitigen Erwägungen der Ag sind nicht geeignet, den Ausschluss des Angebots der ASt auf § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A zu stützen (dazu unter a)). Das Angebot der Bg ist allerdings nicht auszuschließen (dazu unter b)). Da die Hauptanträge der ASt zu 1. und 2. erfolgreich sind, kommt es auf ihre Hilfsanträge zu 3. und 4. nicht an (dazu unter c)).

a) Der Ausschluss des Angebots der ASt gemäß § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A ist vorliegend bereits deshalb nicht vergaberechtskonform erfolgt, weil die Ag das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschrift bisher gar nicht hinreichend geprüft hat (dazu unter aa)). Hinzu kommt, dass die Kostenschätzung der Ag nicht zur Begründung des Ausschlusses des Angebots der ASt herangezogen werden kann, weil diese nicht hinreichend nachvollziehbar ist (dazu unter bb)).

aa) Die Ag begründet den Angebotsausschluss der ASt damit, dass deren Preis erheblich über der Kostenschätzung der Ag liege. Zusätzlich zieht die Ag ihre Erfahrungen aus in anderen Maßnahmen vereinbarten Preisen heran, die Vergleichbarkeit dieser Maßnahmen ist unter den Verfahrensbeteiligten umstritten. Diese Vorgehensweise ist nicht vergaberechtskonform. Denn wie bereits der Wortlaut des § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A zeigt, kommt es bei diesem Ausschlussstatbestand nicht darauf an, dass ein Angebotspreis im Vergleich zu anderen Preisen „zu hoch“ ist. Maßgeblich ist vielmehr, ob der Preis in einem offenbaren Missverhältnis zur angebotenen Leistung steht. Dem liegt die grundsätzliche Annahme zugrunde, dass eine qualitativ bessere Leistung grundsätzlich auch mit einem höheren Preis verbunden ist. Diese Betrachtung der Preis-Leistungsrelation ist jedenfalls immer dann anzustellen, wenn der Auftraggeber – wie im vorliegenden Fall gegeben – die Qualität der Leistung in die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote einbezieht. Denn in diesem Fall bringt ein Auftraggeber durch die von ihm gewählte Gestaltung der Zuschlagskriterien zum Ausdruck, dass gerade nicht der Preis das allein bestimmende Merkmal seiner Auswahlentscheidung sein soll, sondern dass weitere für ihn wichtige Leistungsmerkmale die Zuschlagsentscheidung maßgeblich beeinflussen sollen. Hieran anknüpfend ist es nur konsequent, auch für die Bestimmung des Missverhältnisses von Preis und Leistung im Sinne des § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A vom Auftraggeber ausdrücklich gewünschte Qualitätsaspekte mit zu berücksichtigen.

Diese Erwägung trifft auch auf das Angebot der ASt zu: Zwar liegt deren Angebotspreis erheblich über dem der Bg, dafür wurde jedoch das von der ASt angebotene Konzept von der Ag mit einer höheren Leistungspunktzahl bewertet. Ein zum Ausschluss berechtigendes offenes Missverhältnis liegt hiernach also nur vor, wenn die angebotene Qualität (= Leistung) nicht mehr durch den betreffenden Preis gerechtfertigt ist. Genauso ist es auch in der der Angebotsbewertung zugrunde gelegten UfAB V-Formel vorgesehen: Maßgeblich für die Zuschlagsentscheidung sind die angebotene Leistung und der angebotene Preis, die zueinander ins Verhältnis gesetzt werden.

Die Ag durfte bei ihrer Ausschlussentscheidung somit nicht allein auf einen Vergleich mit den Angebotspreisen aus anderen Maßnahmen oder den von der Ag selbst kalkulierten Preis oder – so insbesondere die Bg – auf einen fiktiven „Marktpreis“ abstellen. Vielmehr hätte sie das Verhältnis zwischen dem Angebotspreis der ASt und der von dieser angebotenen Leistung betrachten müssen. Preis-Leistungsverhältnisse aus anderen Maßnahmen können allenfalls ein Indiz dafür sein, was üblicherweise angemessen ist. Anders als die Ag und die Bg meinen, kann also auf der dritten Wertungsstufe des § 16 Abs. 6 VOL/A die von der ASt angebotene Leistung und deren Bewertung durch die Ag anhand der von ihr bekannt gegebenen Kriterien nicht unberücksichtigt bleiben. Im vorliegenden Fall führt diese Prüfung dazu, dass beim Angebot der ASt kein offenes Missverhältnis zwischen Leistung und Preis besteht. Die Voraussetzungen dafür, wann ein solches zum Angebotsausschluss führendes Missverhältnis vorliegt, hat die Ag in ihrem Wertungskonzept selbst vorgegeben. Denn nach der UfAB V-Formel haben alle Angebote, die aufgrund ihres individuellen Preis-Leistungsverhältnisses innerhalb eines bestimmten (durch das „beste“ Angebot gebildeten) Korridors liegen, ein Preis-Leistungsverhältnis, das von der Ag grundsätzlich akzeptiert werden wird. Insoweit ist es der Ag in jedem Fall versagt, Angebote die innerhalb dieses Korridors liegen, dergestalt ungleich zu behandeln, dass das eine Angebot (hier das der Bg) als zuschlagsfähig angesehen wird, während ein anderes Angebot (hier das der ASt) wegen eines Missverhältnisses von Preis und Leistung ausgeschlossen wird. Allenfalls denkbar wäre in einem solchen Fall – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – der Ausschluss aller innerhalb des Korridors liegenden Angebote.

Die Ag hat durch ihre Wertungskonzeption entsprechend der UfAB V-Formel gewissermaßen ihre Bereitschaft vorgegeben, in den Grenzen der Schritte 2 und 3 dieser Methode auch ein – isoliert hinsichtlich des Preises betrachtet – teures Angebot zu bezuschlagen, wenn sie hierfür eine angemessene Leistung erhält. An diese in den Vergabeunterlagen angekündigte Vorgehensweise bei der Wertung der Angebote ist die Ag gebunden – wie bereits eingangs ausgeführt, folgt dies gleichermaßen unmittelbar aus § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A.

Die vorgenannte Verpflichtung der Ag zur Beachtung der von ihr selbst vorgegebenen Wertungssystematik führt indes nicht zwangsläufig dazu, dass das Angebot der ASt nunmehr zwingend zu bezuschlagen wäre, wenn dessen Preis die finanziellen Mittel der Ag übersteigt. Auch wenn hier ein Ausschluss wegen der Unangemessenheit von Preis und Leistung nicht in Betracht kommen kann, bliebe es der Ag unbenommen, die Ausschreibung gegebenenfalls aufzuheben.

- bb) Doch auch sonst wäre der Ausschluss des Angebots der ASt wegen eines angeblich unverhältnismäßig hohen Preises zu Unrecht erfolgt. Denn anhand der Vergabeakte und dem Vorbringen der Ag im Nachprüfungsverfahren lässt sich nicht nachvollziehen, ob die Schätzung des von der Ag als angemessenen zugrunde gelegten Preises ordnungsgemäß erfolgte. Nur auf eine möglichst wirklichkeitsnahe Schätzung darf ein öffentlicher Auftraggeber seine Ausschlussentscheidung eines angeblich unverhältnismäßig teuren Angebots stützen, diese Schätzung muss grundsätzlich von den aktuellen Kosten der konkret ausgeschriebenen Leistungen ausgehen und die einzelnen Schätzgrundlagen müssen nachvollziehbar begründet worden sein (BGH, Urteil vom 20. November 2012, X ZR 108/10; OLG München, Beschluss vom 7. März 2013, Verg 36/12).

Die einzige Position, zu der die Ag ihre Vorgehensweise und Erwägungen hinreichend erläutert hat, sind die von ihr angesetzten Kosten für Lehrkräfte/Ausbilder und Sozialpädagogen. Hier ist die Ag von dem in der Bildungsbranche geltenden Mindestlohn zuzüglich Tarifaufschlag, AG-Aufschlag und einem Aufschlag für besonders qualifiziertes Personal ausgegangen. Dem hat auch die ASt nicht widersprochen. Ihre übrigen Kalkulationsposten hat die Ag jedoch pauschal und ohne jede weitere Begründung mit ihren Erfahrungen aus vergleichbaren Ausschreibungen und ihren Kenntnissen der örtlichen Gegebenheiten begründet. Dies wäre jedoch nur

dann für die Vergabekammer hinreichend nachprüfbar, wenn die Ag zum Beleg z.B. der für ihre Schätzung angesetzten Kosten für Raummiete und Nebenkosten einen Mietspiegel für den Maßnahmeort [...] oder konkrete Vergleichsberechnungen aus anderen Maßnahmen an diesem Ort vorgelegt hätte. Ebenso fehlen abgesehen von der reinen Behauptung der Ag nachvollziehbare Unterlagen für ihre Einschätzung, wie viele Mitarbeiter im Bereich „Verwaltung/Sekretariat“ bei so einer Maßnahme wie hier ausgeschrieben ausreichend sind sowie Belege z.B. für die Ermittlung der Kosten für Lehrmittel und Geräte, die von den Ansätzen der ASt (teils nach oben, teils nach unten) zum Teil erheblich abweichen. Eine nachvollziehbare, also objektiv belegte Begründung ihrer Annahmen hat die Ag auch nicht im Nachprüfungsverfahren nachgeholt (s. zur Berücksichtigung solcher nachträglicher Erwägungen BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10), sondern sich weiterhin auf die pauschale Behauptung gestützt, die ihrer Kalkulation zugrunde liegenden Annahmen beruhten auf Erfahrungswerten und seien zutreffend.

Damit ist nicht gesagt, dass die Schätzung der Ag im Ergebnis unzutreffend (also nicht hinreichend wirklichkeitsnah) ist. Denn die Ag kann sich grundsätzlich auch auf Erfahrungen aus anderen Maßnahmen stützen, soweit diese vergleichbar sind. Was vorliegend jedoch fehlt, sind die für die objektive Nachvollziehbarkeit der Schätzung der Ag erforderlichen Belege, um das substantiierte Vorbringen der ASt beurteilen zu können.

- b) Was das Vorbringen der ASt gegen den angeblich zu niedrigen Angebotspreis der Bg betrifft, ist ihr Nachprüfungsantrag bereits unzulässig (s.o. unter 1a)). Soweit die ASt meint, die Bg sei nicht wirtschaftlich leistungsfähig, ist ihr Nachprüfungsantrag unbegründet. Die ASt stützt sich diesbezüglich allein auf den veröffentlichten Jahresabschluss der Bg 2012 sowie eine Creditreform-Auskunft über einen nicht abgedeckten Fehlbetrag i.H.v. ca. 12.500 €. Angesichts der von der Bg vorgelegten Erklärungen u.a. darüber, dass über ihr Vermögen kein Insolvenzverfahren eröffnet oder beantragt bzw. dieser Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist, reicht dies nicht aus, um die bisherige Eignungsprüfung der Ag nachträglich in Zweifel zu ziehen. Es ist daher vertretbar, dass die Ag das Vorbringen der ASt nicht zum Anlass genommen hat, ihre Eignungsprüfung auf weitere Aspekte als in den von den Bietern abzugebenden Erklärungen vorgesehen auszudehnen und weitere Ermittlungen anzustellen.

- c) Da die ASt bereits mit ihrem Hauptantrag Erfolg hat, braucht über ihren Hilfsantrag, der die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens und die Aufstellung konkreter Kalkulationsvorgaben für die Bieter betrifft, nicht entschieden zu werden. Unabhängig hiervon hat die Vergabekammer gegen die Rechtmäßigkeit der Ausschreibungskonzeption der Ag keine Bedenken:

Die Ag ist ihrer Pflicht aus § 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A, das Auftragsvolumen einer solchen Rahmenvereinbarung so genau wie möglich zu ermitteln und den Bietern bekannt zu geben, hinreichend nachgekommen. Die ASt beanstandet diesbezüglich die Angaben zur Anzahl der Teilnehmerplätze, von denen die Ag nur eine bestimmte Mindestteilnehmerplatzzahl (70% = 63 Plätze) garantiert. Vorliegend jedoch hat die Ag den Bietern alles, was diese für ihre Kalkulation benötigen so genau mitgeteilt wie es ihr möglich war. Denn eine genauere Angabe der Gesamtteilnehmerplatzzahl (90) und der Mindestteilnehmerplatzzahl (63) ist der Ag allein deshalb schon nicht möglich, weil die Zuweisung von Teilnehmern nicht nur in ihrer eigenen Einflussosphäre liegt, sondern auch davon abhängig ist, ob und wie viele generell leistungsberechtigte und konkret förderfähige Personen am Maßnahmeort zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhanden sind. Weitere Angaben zum Auftragsvolumen werden in solchen Fällen daher auch in der Vergaberechtsprechung nicht gefordert (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11, und vom 18. November 2009, VII-Verg 19/09).

Ein gewisses Restrisiko, weil das Auftragsvolumen nicht genauer bestimmt werden kann, ist Rahmenvereinbarungen immanent und in § 4 Abs. 1 S. 2, letzter Halbsatz VOL/A vergaberechtlich ausdrücklich anerkannt (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 20. Februar 2013, VII-Verg 44/12, und vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11). Mit der Erfüllung der Verpflichtung aus § 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A, das Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln, ist gleichermaßen den Anforderungen des § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV i.V.m. § 8 EG Abs. 1 VOL/A genüge getan. Auch wenn die Ag aus tatsächlichen Gründen also nur eine „voraussichtliche“ Gesamtteilnehmerplatzzahl und über die garantiert zu vergütende Mindestteilnehmerplatzzahl hinaus den Bietern nicht bekannt geben kann, ob alle diese Plätze tatsächlich auch abgerufen werden, ist die Leistung eindeutig und erschöpfend beschrieben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 20. Februar 2013 und vom 19. Oktober 2011, jeweils aaO.). Dass die Bieter auf diesen Vorgaben hin je nach eigener Erfahrung und vielleicht auch Risikobereitschaft unterschiedlich kalkulieren, ist kein Vergabeverstoß der Ag, sondern eigene kalkulatorische Freiheit der Bieter.

Dass den Bietern zumindest eine Mindestteilnehmerplatzzahl von 70% auf jeden Fall fest vergütet wird, ist ebenfalls vergaberechtskonform (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 19. Oktober 2011, aaO., und vom 18. November 2009, VII-Verg 19/09).

Angesichts der Ausschreibungskonzeption eines Rahmenvertrags ist es andererseits aus Sicht der Bieter gleichermaßen vertretbar, dass diese so kalkulieren wie die ASt, also allein solche Einnahmen ihrer Kalkulation zugrunde legen, die garantiert gesichert sind (hier die garantierte Vergütung von 70% der Gesamtteilnehmerplätze). Die Entscheidung darüber, welches kalkulatorische Risiko er mit seinem Angebot unter Abwägung der entsprechenden Zuschlagschancen einzugehen bereit ist, obliegt allein dem Bieter selbst.

3. Der Ausschluss des Angebots der ASt ist nicht vergaberechtskonform erfolgt. Auf der Grundlage der derzeitigen Wertungsentscheidung darf die Ag daher keinen Zuschlag an die Bg erteilen. Es obliegt der Ag zu entscheiden, wie sie weiter verfährt. Insoweit kommt allerdings ein Ausschluss der ASt auch bei neuer und ordnungsgemäßer Kostenschätzung der Ag nicht in Betracht, da dies nichts daran zu ändern vermag, dass das Angebot der ASt nach wie vor im Kennzahlkorridor liegen würde und somit nach der Wertungskonzeption der Ag kein offenkundiges Missverhältnis von Preis und Leistung aufweist (siehe hierzu oben 2a)aa)).

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 2, Abs. 4 S. 1, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG.

Die Bg ist an den Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu beteiligen, da der Nachprüfungsantrag zwischen ihr und der ASt einen Interessengegensatz erzeugt hat (die ASt begehrte u.a. den Ausschluss der Bg mangels Eignung) und die Bg das Verfahren aktiv durch eigene Anträge in der Hauptsache gefördert hat (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13, und vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Die Ag sowie die Bg haften insoweit als Gesamtschuldner (§ 128 Abs. 3 S. 1 und 2 GWB).

Die Ag und die Bg haben zudem die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen; die Beteiligung der Bg richtet sich insoweit nach denselben

Voraussetzungen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, aaO.). Da hierbei eine gesamtschuldnerische Haftung mangels gesetzlicher Anordnung nicht in Betracht kommt, haften die Ag und die Bg für die zu erstattenden Kosten nach Kopfteilen, also je zur Hälfte (analog § 159 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO; vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, aaO.).

#### 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 unterzeichnet 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.