



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 34/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Abschluss eines Rahmenvertrages über die Gebäudereinigung (Unterhalts- und Fensterreinigung) einer [...]liegenschaft am Standort [...]“ – EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Ott aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Mai 2016 am 31. Mai 2016 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im Vergabeverfahren „Abschluss eines Rahmenvertrages über die Gebäudereinigung (Unterhalts- und Fensterreinigung) einer Bundeswehrliegenschaft am Standort [...]“ – EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...]78, einen Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren

in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen und über die Frage, ob für die Glasreinigung ein eigenes Fachlos gebildet wird, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu entscheiden. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu $\frac{3}{4}$, die Antragstellerin zu $\frac{1}{4}$. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin zu $\frac{1}{4}$ und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin zu $\frac{3}{4}$. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre Aufwendungen selbst.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

Bei den im Folgenden zitierten Vorschriften aus dem GWB, der VgV und der VOL/A-EG handelt es sich um solche aus der bis zum 17. April 2016 geltenden Fassung. Soweit auf das GWB in seiner ab dem 18. April 2016 geltenden Fassung Bezug genommen wird, erfolgt dies mit dem Zusatz „n.F.“.

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites offenes Verfahren nach der VOL/A-EG zur Vergabe eines Rahmenvertrags über die Erbringung der Unterhaltsreinigung durch. Die ausgeschriebenen Leistungen umfassen die Unterhalts- und Glasreinigung in einer Liegenschaft in [...], in der sowohl das Bundesministerium [...] als auch Behörden aus dessen nachgeordnetem Bereich untergebracht sind.

Die Ag hat gemäß Ziffer II.1.8 der Bekanntmachung vom 17. Februar 2016 keine Lose gebildet. Dass es für die Glasreinigung kein gesondertes Fachlos gibt, begründete die Ag in ihrem Vergabevermerk vom 18. Januar 2016 wie folgt:

„Es handelt sich nur um eine Liegenschaft. Die Fensterreinigung ist ein Splitterlos, da unter # 6% des Gesamtauftragsumfangs.“

Unter der Überschrift „Berechnung Splitterlos-Fensterreinigung“ hat die Ag zunächst den Wert der „Gesamtreinigung“ berechnet, indem sie unter Berücksichtigung der Reinigungshäufigkeit die zu reinigende Gesamtfläche im Ministeriums- und nachgeordnetem Bereich ($8.362.496,64 \text{ m}^2 + 8.740.948,79 \text{ m}^2 = 17.103.445,43 \text{ m}^2$) mit den Stundensätzen des derzeitigen Reinigungsvertrags ($0,07084 \text{ €/m}^2$) multipliziert hat ($= 1.211.608,07 \text{ €}$). Dann hat die Ag den Wert der jährlichen Fensterreinigung berechnet, indem sie ebenfalls unter Berücksichtigung der Reinigungshäufigkeit die zu reinigende Fenstergesamtfläche ($30.784,72 \text{ m}^2 + 18.700,12 \text{ m}^2 = 49.484,84 \text{ m}^2$) mit den derzeitigen Stundensätzen der Fensterreinigung ($0,61191 \text{ €/m}^2$) multipliziert hat ($= 30.280,27 \text{ €}$). Beide Produkte hat die Ag anschließend zueinander ins Verhältnis gesetzt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Kosten für die Fensterreinigung ca. 2,5% der Gesamtkosten betragen. Zu diesem Berechnungsergebnis hat die Ag vermerkt:

„Die Fensterreinigung wird nicht als Extra-Los ausgeschrieben, da der Betrag weit unter 6% (hier 2,5%) der Summe für die jährliche Unterhaltsreinigung bleibt und somit gemäß Nr. 302 des Handbuchs für Gebäudereinigung als Splitterlos nicht separat ausgeschrieben werden muss.“

Nach dem von der Ag angewendeten „Handbuch der Gebäudereinigung [...]“, Ziffer 302 (Stand Februar 2016), sind

„Ausschreibungen der Raumreinigung und der Fensterreinigung ... grundsätzlich in getrennten Losen durchzuführen.

Die Zusammenfassung der Raumreinigung und der Fensterreinigung in einem Los ist nach aktueller Rechtsprechung nur unter bestimmten Bedingungen zulässig. Unabdingbare Voraussetzung für eine Ausschreibung in einem Los ist, dass der Auftraggeber ... eine Aufteilung in Lose als unwirtschaftlich einschätzt und diese Entscheidung tatsächengestützt und plausibel dokumentiert. So kann z.B. bei einem „Splitterlos“ der zusätzliche Aufwand für den Auftraggeber ... unverhältnismäßig hoch und damit unwirtschaftlich sein. Liegt der prognostizierte Wert für das Los der Fensterreinigung unter 6% des Gesamtwertes der zu einem Los zusammengefassten Raum- und Fensterreinigung, kann von einem solchen Splitterlos ausgegangen werden. ...“

Auf den von den Bietern auszufüllenden Preisblättern hat die Ag die zu reinigenden Fußbodenflächen mit $68.147,95 \text{ m}^2$ sowie für den nachgeordneten Bereich mit $113.791,74 \text{ m}^2$ angegeben, die zu reinigenden Fensterflächen mit $15.392,36 \text{ m}^2$ bzw. $18.700,12 \text{ m}^2$ für den nachgeordneten Bereich.

Für das eingesetzte Personal muss der Auftragnehmer vor Beginn der Arbeiten eine abgeschlossene Sicherheitsüberprüfung „Ü 2 [...]“ i.S.d. SÜG vorlegen (Ziffer III.1.4 der Bekanntmachung).

Der Rüge der Antragstellerin (ASt) vom 25. April 2016, dass die Ag ein Fachlos für die Glasreinigung hätte bilden müssen, half die Ag nicht ab.

Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war in Ziffer IV.3.4 der Bekanntmachung der 18. März 2016, 14 Uhr, angegeben, die Angebotsfrist endete laut Angebotsaufforderung am 29. April 2016. Die ASt gab kein Angebot ab.

2. Mit Schreiben vom 2. Mai 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 3. Mai 2016 an die Ag übermittelt.

a) Die ASt führt aus, dass sie am 4. März 2016 Kenntnis von der Bekanntmachung erhalten habe. Als ein auf Glas- und Spezialreinigungen spezialisiertes Unternehmen aus der Region des Reinigungsstandorts hätte sich die ASt gern an der Ausschreibung beteiligt. Da sie jedoch auf die Unterhaltsreinigung nicht eingerichtet sei, habe sie die Vergabeunterlagen nicht abgefordert. Erst aus einer Fortbildungsveranstaltung vom 13. April 2016 habe die ASt über einen Kollegen am 22. April 2016 erfahren, dass Aufträge in Teil- und Fachlose unterteilt werden müssten. Nach einer sofort erfolgten Rechtsberatung hätte die ASt somit am 22. April 2016 positive Kenntnis von einem Vergaberechtsverstoß der Ag gehabt und diesen am 25. April 2016 gerügt. Auf die Unverzüglichkeit ihrer Rüge komme es jedoch ohnehin nicht an, da vorliegend § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB einschlägig sei.

Die ASt meint, es liege in der Natur der Sache, dass Bauwerke erheblich weniger Glas- als zu reinigende Bruttogeschossfläche hätten, es sei denn, es handele sich – anders als bei der verfahrensgegenständlichen Liegenschaft der Ag – um einen „Glaspalast“. Da zudem Büros in aller Regel mindestens zwei Mal wöchentlich und Sanitäreinrichtungen fünf Mal wöchentlich zu reinigen seien, die Glasreinigung üblicherweise jedoch nur ein bis zwei Mal im Jahr erfolge, gebe es praktisch keine Gebäude, deren wertmäßiger Glasreinigungsanteil oberhalb von 6% liege. Bei der Vorgehensweise der Ag wäre die Glasreinigung immer ein

Splitterlos und müsse unter Verzicht auf Mittelstandsinteressen nie als Fachlos ausgeschrieben werden.

Um dem eigenständigen mittelständischen Glasreinigungsmarkt nicht die Existenzgrundlage zu entziehen, müsse für die Feststellung eines Splitterloses auf den absoluten Auftragswert abgestellt werden. So würden auch andere öffentliche Auftraggeber verfahren, bei denen die absoluten Glasreinigungswerte deutlich über 10 Mio. € und dennoch unter 3% des Gesamtauftragswerts lägen.

Nach der Akteneinsicht trägt die ASt über ihren Verfahrensbevollmächtigten vor, dass die zu reinigende Glasfläche ca. 100.000 m² betrage, da die von der Ag aufgemessene Fläche von 49.494,84 m² beidseitig zu reinigen sei. Eine solche Losgröße mit einem Auftragswert von ca. 151.000 € könne kein Splitterlos sein. Außerdem hätte die Ag bei den für die Berechnung des Glasreinigungswerts herangezogenen Stundensätzen die Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns um ca. 17% ab dem 1. Januar 2017, die für 2019 avisierten Tarifierhöhungen und die steigenden Lohnnebenkosten sowie machbare Leistungsmaße in m² pro Stunde berücksichtigen müssen.

Selbst wenn hier ein Splitterlos vorliegen sollte, hätte die Ag nicht unter Berufung auf ihr „Handbuch Gebäudereinigung [...]“ automatisch annehmen dürfen, dass dies unwirtschaftlich und daher nicht als Fachlos auszuschreiben sei. In der mündlichen Verhandlung führt der Verfahrensbevollmächtigte der ASt ergänzend aus, dass die „SÜ 2-Überprüfung“ i.S.d. SÜG personen- und nicht unternehmensbezogen durchzuführen sei. Da das Personal, das die Unterhaltsreinigung durchführe, regelmäßig ein anderes sei als die Mitarbeiter, die die Fenster reinigten, sei der Aufwand der Ag bei einer Fachlosvergabe somit genauso hoch wie bei einer Gesamtvergabe.

Die ASt beantragt über ihren Verfahrensbevollmächtigten,

1. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten und der Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor Vergabebekanntmachung unter Bildung eines Fachloses Glasreinigung zu versetzen,
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren,
3. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Gebühren und Auslagen aufzuerlegen,

4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der ASt im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens notwendig war.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 2. Mai 2016 zurückzuweisen und
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag meint, sie müsse vorliegend keine Lose bilden. Das Gebot der Mittelstandsförderung sehe zwar grundsätzlich eine Losbildung vor, jedoch habe die Ag vorliegend ausnahmsweise von diesem Grundsatz abweichen dürfen.

Zu ihrer Vorgehensweise bei der Frage, ob Lose zu bilden seien, trägt die Ag zunächst vor, dass sie Teillose ausgeschlossen habe, da es sich bei dem Reinigungsobjekt um eine abgeschlossene Liegenschaft handele, die von der hausverwaltenden Dienststelle trotz unterschiedlicher Nutzer (Ministerium bzw. nachgeordneter Bereich) zentral betreut werde. Im Rahmen der Entscheidung über eine Fachlosvergabe habe sie das Verhältnis zwischen den Kosten für die Gesamtreinigung i.H.v. 1.211.608,07 € und den Kosten für die Fensterreinigung i.H.v. 30.280,27 € ermittelt. Hierin seien die unterschiedlichen Reinigungshäufigkeiten enthalten. Die Ag stellt in der mündlichen Verhandlung klar, dass die in der Vergabeakte enthaltene Leistungsbeschreibung, nach der die Fenster im Ministeriumsbereich vier Mal im Jahr zu reinigen seien, unzutreffend sei. Aus den für die Kalkulation maßgeblichen Preisblättern ergebe sich diesbezüglich der korrekte Reinigungsturnus von zwei Mal im Jahr. Wie in der Branche üblich, beziehe sich die der Fensterreinigung zugrunde gelegte Fläche auf die Vor- und Rückseite der Fenster.

Da das Verhältnis zwischen Fenster- und Gesamtunterhaltsreinigung von weniger als 2,5% weit unter dem Wert von 6% liege, den die Rechtsprechung für ein Splitterlos ansetze, sei die Unwirtschaftlichkeit der Fachlosbildung nachgewiesen. Weitere abwägungsrelevante Faktoren habe die Ag nicht zwingend heranziehen müssen, denn bei einer so evidenten Geringfügigkeit wie hier müsse dem Auftraggeber tendenziell ein größerer Entscheidungsspielraum zustehen als bei einer Annäherung an die 6%-Grenze. Dies gebiete auch das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit i.S.d. BHO. Auf eine weitere Kostengegenüberstellung habe die Ag verzichtet, da dies mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden und letztlich eine bloße Förmerei gewesen sei, um einen feststehenden

Umstand zu belegen. Es sei unstrittig, dass bei einer Fachlosbildung ein erhöhter Verwaltungs- und Koordinierungsaufwand bestehe, z.B. im Bereich des Vertragsmanagements, bei Sicherheitsüberprüfungen oder Rückhalten von Lagerflächen. In der mündlichen Verhandlung führt die Ag hierzu ergänzend aus, dass sie beim Abschluss mehrerer Verträge einen höheren Koordinierungsaufwand habe, den sie jedoch derzeit nicht beziffern könne. Zusätzliche interne Kosten bei einer Losvergabe entstünden ihr z.B. daraus, dass das Reinigungspersonal z.T. eine Sicherheitsüberprüfung „SÜ 2“ i.S.d. SÜG benötige. Da die Unterhalts- und die Fensterreinigung häufig von denselben Personen ausgeführt werden würden, wären bei einer Gesamtvergabe weniger Sicherheitsüberprüfungen erforderlich. Außerdem ändere sich gelegentlich die Zuordnung der einzelnen zu reinigenden Gebäude zum Ministerium oder zum nachgeordneten Bereich und damit gleichzeitig z.B. die Reinigungshäufigkeit u.a. der Fenster. Im Falle einer Losvergabe müssten in solchen Fällen zwei Verträge entsprechend angepasst werden, bei der Gesamtvergabe nur ein Vertrag.

Schließlich weist die Ag darauf hin, dass die ASt unabhängig von einer Fachlosbildung als Subunternehmer an dem ausgeschriebenen Auftrag teilnehmen könne.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 25. Mai 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

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

II.

Das Nachprüfungsverfahren richtet sich gemäß § 186 Abs. 2 GWB n.F. nach der bis zum 17. April 2016 geltenden Fassung des GWB, weil das Vergabeverfahren am 17. Februar 2016 bekannt gemacht wurde und somit vor dem 18. April 2016 begonnen hat.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und im Wesentlichen begründet, weil die Ag ihren Beurteilungsspielraum, ob sie ein Fachlos für die Glasreinigung bildet, fehlerhaft ausgeübt hat. Es ist daher anzuordnen, dass die Ag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht erneut über die Frage der Fachlosbildung entscheidet. Soweit die ASt hierüber hinausgehend jedoch über ihren Verfahrensbevollmächtigten ausdrücklich beantragt hat, dass ein Fachlos gebildet werden müsse, ist ihr Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, insbesondere ist die ASt antragsbefugt i.S.d. § 107 Abs. 2 GWB, auch wenn sie kein Angebot abgegeben hat. Wenn sich ein Antragsteller dagegen wendet, durch die vergabefehlerhafte Gestaltung der Ausschreibung an der Abgabe eines Angebots gehindert worden zu sein (wie hier die ASt als ein auf die Erbringung von Glasreinigungsleistungen spezialisiertes Unternehmen, das die Unterhaltsreinigung nicht gleichzeitig anbieten kann) reicht zum Beleg seiner Antragsbefugnis regelmäßig die vorprozessuale Rüge und der Nachprüfungsantrag (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11).

Die Rüge der ASt vom 25. April 2016 erfolgte rechtzeitig i.S.d. § 107 Abs. 3 GWB. Zwar ergab sich die Tatsache, dass die Ag keine Lose bilden würde, bereits aus Ziffer II.1.8 der Bekanntmachung. Jedoch beginnen die Rügefristen i.S.d. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 3 GWB erst, wenn der Antragsteller nicht nur die zu rügenden Tatsachen erkannt hat bzw. diese für ihn erkennbar waren, sondern wenn er darüber hinaus erkennt bzw. erkennen kann, dass diese Tatsachen gegen Vergaberecht verstoßen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2014, VII-Verg 26/13). Die ASt hat unwiderlegt vorgetragen, die Kenntnis davon, dass die Ag vergaberechtswidrig kein Fachlos „Glasreinigung“ gebildet hat, erst über die Mitteilung eines Kollegen am 22. April 2016 erhalten zu haben. Ihre (nach einem Wochenende) drei Tage später erfolgte Rüge vom 25. April 2016 ist daher „unverzüglich“ erfolgt i.S.d. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Für eine frühere positive Kenntnis oder Erkennbarkeit seitens der ASt, dass die Festlegung der Ag, keine Lose zu bilden, rechtswidrig war, gibt es keine Anhaltspunkte. Denn allein aus der Bekanntmachung kann ein Unternehmen nicht erkennen, ob der Auftraggeber hierzu ausnahmsweise sachliche Gründe hat, die den Verzicht auf die Losvergabe gemäß § 97 Abs. 3 S. 3 GWB rechtfertigen könnten. Aus der Bekanntmachung konnte die ASt daher keine verbindlichen Rückschlüsse auf die Vergaberechtswidrigkeit der Gesamtvergabe ziehen, so dass sie die Rügefrist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB nicht einzuhalten brauchte. Auf die Frage, ob die ASt die in der Bekanntmachung genannte Bewerbungsfrist (18. März 2016, 14 Uhr, s. Ziffer IV.3.4 der Bekanntmachung) hätte beachten

müssen, auch wenn es sich gemäß Ziffer IV.1.1 der Bekanntmachung vorliegend um ein offenes Verfahren handelte, kommt es hier daher nicht an.

Da die Nichtabhilfemitteilung der Ag am 25. April 2016 erfolgte, hat die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 2. Mai 2016 auch die Frist von 15 Kalendertagen nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB eingehalten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend begründet, weil sich die Ag nicht hinreichend damit auseinandergesetzt hat, ob sie ausnahmsweise auf die Bildung von Losen verzichten darf (dazu unter a)). Durch diesen Vergabeverstoß ist die ASt auch in ihren Rechten verletzt (dazu unter b)). Die Vergabekammer ordnet daher an, dass die Ag keinen Zuschlag erteilen darf und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer wiederholt. Soweit die ASt jedoch beantragt hat, dass ein Fachlos „Glasreinigung“ zu bilden ist, ist der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen (dazu unter c)).

- a) Zunächst ist festzustellen, dass sich im Rahmen der Dienstleistung „Reinigungsarbeiten“ inzwischen ein eigener, abgegrenzter Markt für die Glasreinigung gebildet hat. Seit dem Wegfall des Meisterzwangs 2004 haben sich zwei eigenständige Branchen mit unterschiedlicher Organisation, Qualifikation und Entlohnung des eingesetzten Personals gebildet sowie – insbesondere im Bereich der Glasreinigung – besondere, ausschließlich auf eines der beiden Segmente spezialisierte Unternehmen. Insofern kommt die Leistung „Glasreinigung“ bei der Ausschreibung von Unterhaltsreinigungsleistungen als eigenständiges Fachlos in Betracht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, 52/11; OLG Koblenz, Beschluss vom 4. April 2012, 1 Verg 2/11).

Für die Frage „Gesamt- oder Losvergabe“ sieht § 97 Abs. 3 S. 1, 2 GWB seit der GWB-Novelle 2009 ausdrücklich vor, dass Lose zu bilden „sind“, d.h. bei öffentlichen Aufträgen ist die getrennte Vergabe von (hier:) Unterhalts- und Glasreinigungsleistungen der Normalfall, die Gesamtvergabe beider Leistungen an einen Auftragnehmer dagegen die Ausnahme. Die Bildung von Losen dient dem Schutz mittelständischer Interessen i.S.d. § 97 Abs. 3 S. 1 GWB, damit sich auch solche Unternehmen um die Vergabe großer Aufträge bewerben können, die die Kapazitäten mittelständischer Unternehmen sonst überfordern würden (so die Begründung zur Verstärkung des Losbildungsgebots 2009 in

§ 97 GWB-E, BT-Drs. 16/10117, S. 15). Darüber hinaus dient das Gebot der Losvergabe dem Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB), da sich bei einer Aufteilung eines Auftrags in mehrere Lose eine größere Anzahl von Marktteilnehmern um einen Auftrag bewerben kann und der Markt nicht nur wenigen, auf die Unterhalts- und Glasreinigung gleichermaßen ausgerichteten Unternehmen offen steht. Nur ausnahmsweise, nämlich wenn „wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern“, darf auf die Losvergabe verzichtet, also eine Gesamtvergabe durchgeführt werden (§ 97 Abs. 3 S. 3 GWB). Um dem Grundsatz der Losvergabe gerecht zu werden, ist diese Ausnahme eng auszulegen und sie kommt nur in Betracht, wenn die Gründe für die Gesamtvergabe die mit einer Losbildung verbundenen Nachteile überwiegen; hierzu muss der öffentliche Auftraggeber die widerstreitenden Belange umfassend abwägen (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11, und vom 23. März 2011, VII-Verg 63/10).

Selbst wenn man unterstellt, dass die von der Ag ihrer Berechnung zugrunde gelegten Daten (Fensterfläche, Reinigungshäufigkeit, Stundensatz) zutreffend sind, wird die Vorgehensweise der Ag dem nicht gerecht. Zwar ist der einem öffentlichen Auftraggeber insoweit zustehende Beurteilungsspielraum nur eingeschränkt daraufhin überprüfbar, ob der Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt wurde und die Entscheidung nicht auf Beurteilungsfehlern, vor allem auf Willkür, beruht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 2/11) oder daraufhin, ob die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeführten Gründe geeignet sind, die Gründe für die Losaufteilung im o.g. Sinne zu überwiegen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. März 2012, VII-Verg 82/11). Die Ag hat sich vorliegend jedoch nicht in der gebotenen Weise mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Regel-Ausnahmeverhältnis zugunsten der Losbildung auseinandergesetzt und zwar auch dann, wenn man nicht nur ihre bereits in der Vergabeakte dokumentierten Erwägungen, sondern auch die von ihr zusätzlich im Nachprüfungsverfahren vorgetragenen Belange berücksichtigt:

Die Ag begründet ihre Entscheidung, kein Fachlos „Glasreinigung“ zu bilden, in ihrem Vergabevermerk im Wesentlichen mit dem geringen Verhältnis, das zwischen dem Auftragswert der Unterhaltsreinigung und dem der Glasreinigung bestehe; es handele sich daher um ein unwirtschaftliches „Splitterlos“.

Abgesehen davon, dass das Gesetz den Begriff des Splitterloses nicht kennt und nicht verbindlich definiert, kann im vorliegenden Fall allein das schlechte Wertverhältnis den

Verzicht auf die Losvergabe nicht begründen. Denn die Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber für den Auftrag „Glasreinigung“ erheblich weniger bezahlt als für den Auftrag „sonstige Unterhaltsreinigung“, führt nicht automatisch zu irgendwelchen Schwierigkeiten oder Mehraufwand auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers, die einen Losverzicht rechtfertigen würden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11). Zudem dürfte bei jedem Gebäude die Größe und Reinigungsfrequenz der zu reinigenden Fensterflächen regelmäßig deutlich unter der Bruttogeschossfläche und der hierfür üblichen Reinigungsfrequenz liegen, so dass mit diesem Argument das Losaufteilungsgebot des § 97 Abs. 3 GWB bei der Glasreinigung stets leerlaufen dürfte. Im Interesse des Mittelstandsschutzes muss ein Auftraggeber daher konkrete technische (oder hier eher vorliegende) wirtschaftliche Gründe vortragen, die in seiner Ausschreibung eine Gesamtvergabe erfordern.

Die Ag hat sich hier zusätzlich auf Zusatzkosten berufen. Ob diese ausnahmsweise einen Losverzicht rechtfertigen könnten, kann jedoch allein schon deshalb nicht beurteilt werden, weil die Ag diese Kosten nicht genauer darstellen und vor allem nicht beziffern konnte (vgl. zu einem ähnlichen Fall OLG Koblenz, Beschluss vom 4. April 2012, 1 Verg 2/11). Soweit die Ag meint, der Koordinierungsaufwand wäre bei einer Losvergabe, also beim Abschluss von zwei Verträgen, höher, weil das Reinigungspersonal sicherheitsüberprüft werden müsse, wäre dieser Aufwand bei einer Gesamtvergabe nicht geringer. Denn die hier geforderte Sicherheitsüberprüfung „SÜ 2“ i.S.d. SÜG erfolgt personen-, jedoch nicht unternehmensbezogen. D.h. überprüft wird in erster Linie das Reinigungspersonal, nicht der Dienstleister, bei dem dies beschäftigt ist (vgl. §§ 2, 9, 13 ff. SÜG). Die Ag trägt zwar vor, bei den Mitarbeitern für Glas- und Unterhaltsreinigung handele es sich häufig um dieselben Mitarbeiter, so dass bei einer Gesamtvergabe insgesamt weniger Personen sicherheitsüberprüft werden müssten, was den Aufwand der Ag minimiere. Die bisherige Praxis bei Reinigungsarbeiten zeigt jedoch, dass die Mitarbeiter für Glasreinigung bzw. Unterhaltsreinigung meistens unterschiedliche Ausbildungen haben, (dementsprechend) unterschiedlich tariflich eingeordnet sind und dass selbst diejenigen Unternehmen, die beide Dienstleistungen anbieten, hierzu jeweils unterschiedliches Personal vorhalten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11; und vom 23. März 2011, VII-Verg 63/10; Kus in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 3. Aufl., zu § 97 GWB, Rz. 84). Der Aufwand der Ag im Zusammenhang mit der Sicherheitsüberprüfung des Reinigungspersonals dürfte sich also voraussichtlich gar nicht,

allenfalls geringfügig verringern, wenn sie den Reinigungsauftrag an ein einziges Unternehmen vergibt. Mehr hat die Ag dazu nicht vorgetragen.

Außerdem hat die Ag einen angeblich höheren Verwaltungsaufwand wegen des Zurückhaltens von Lagerflächen erwähnt. Ohne nähere Erklärungen ist angesichts der Besonderheiten der Glas- und Unterhaltsreinigung nicht nachvollziehbar, warum zwei unterschiedliche Dienstleistungsverträge für die Glasreinigung einerseits und die Unterhaltsreinigung andererseits (wenn überhaupt) mehr Lagerflächen erfordern als ein Vertrag mit einem einzigen Dienstleister bei einer Gesamtvergabe beider Leistungen. Da die Glasreinigung in einer Liegenschaft nur wenige Male im Jahr erfolgt (hier: je nach Nutzung ein bis zwei Mal jährlich), dürfte hierfür jedenfalls zwischen den einzelnen Reinigungsterminen regelmäßig keine Lagerfläche beim öffentlichen Auftraggeber in Anspruch genommen werden (jedenfalls nicht in nennenswertem Umfang und allenfalls für einen kurzen Zeitraum). Auch hierzu hätte die Ag substantiierter vortragen müssen.

Des Weiteren beruft sich die Ag in der mündlichen Verhandlung auf den ihr entstehenden erhöhten Arbeits- und Koordinierungsaufwand, weil sich die konkrete Zuordnung der zu reinigenden Räume während der Vertragslaufzeit ändern könne (Ministerium oder nachgeordneter Bereich), so dass die jeweils zu erfüllenden Reinigungsvorgaben (u.a. an die Häufigkeit bestimmter Reinigungstätigkeiten) entsprechend anzupassen seien. Auch diesen Mehraufwand konnte die Ag jedoch bisher nicht beziffern, so dass allein mit diesem unspezifischen Hinweis nicht von dem Grundsatz der Losvergabe abgewichen werden darf.

Abgesehen davon gilt für weitere technische oder wirtschaftliche Gründe, die im Einzelfall für eine Gesamtvergabe sprechen könnten, Folgendes: Zahlreiche Effekte sind der Tatsache, dass es sich bei einer Losvergabe um mehrere Verträge handelt, der Auftraggeber also mehreren unterschiedlichen Auftragnehmern gegenübersteht, immanent. Dies gilt insbesondere für Fragen der Haftung und Gewährleistung, Koordinierung, Abrechnung und Vertragsabwicklung. Wollte man solche, regelmäßig mit einer Losvergabe zusammenhängenden Erwägungen allein schon als Grund anerkennen, auf eine Losaufteilung zu verzichten, würde der o.g. gesetzliche Regelfall der Losaufteilung leerlaufen und der gemäß § 97 Abs. 3 GWB gebotene Mittelstandsschutz wäre nicht gewährleistet. Der Mehraufwand, der ggf. aus solchen Gründen entsteht, ist daher aufgrund der gesetzlichen Wertentscheidung, dass im Interesse des Mittelstandsschutzes grundsätzlich Lose zu bilden sind, von einem öffentlichen Auftraggeber regelmäßig

hinzunehmen (OLG München, Beschluss vom 9. April 2015, Verg 1/15; OLG Koblenz, Beschluss vom 4. April 2012, 1 Verg 2/11 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11 m.w.N.; und vom 23. März 2011, VII-Verg 63/10). Gerade wenn das Auftragswertverhältnis regelmäßig so auffällig auseinanderfällt wie bei der Glas- und der Unterhaltsreinigung (s.o.), kann aus denselben Gründen für einen öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich nicht der Mehraufwand berücksichtigungsfähig sein, der allein aufgrund der Losaufteilung entsteht. Vielmehr ist in einem solchen Fall der durch eine Losaufteilung entstehende Mehraufwand bei der Auftragsausführung konkret zu ermitteln und sodann im Rahmen der Abwägungsentscheidung für bzw. gegen eine Losaufteilung zu berücksichtigen. Anderenfalls wird der öffentliche Auftraggeber dem gesetzlich zwingend vorgegebenen Regel-Ausnahmeverhältnis des § 97 Abs. 3 GWB nicht hinreichend gerecht. So ist aber vorliegend die Ag verfahren, die ihren Losverzicht im Wesentlichen auf die Berechnung des Verhältnisses beider Leistungen zueinander stützt und vorbringt, bei so einem deutlichen Ergebnis keine weiteren Erwägungen anstellen zu müssen, dies sei eine reine „Förmelei“.

Andere technische oder wirtschaftliche Gründe gegen die Losvergabe i.S.d. § 97 Abs. 3 S. 3 GWB hat die Ag nicht vorgetragen. Angesichts der Besonderheiten des vorliegenden Falls sind solche Gründe auch sonst nur schwerlich ersichtlich, die über den grundsätzlich anzuerkennenden Mehraufwand, der mit einer Losvergabe ohnehin verbunden ist, hinausgehen (vgl. OLG München, Beschluss vom 9. April 2015, Verg 1/15; OLG Koblenz, Beschluss vom 4. April 2012, 1 Verg 2/12):

Die Unterhaltsreinigung einerseits und die Glasreinigung andererseits werden vorliegend unabhängig voneinander erbracht. Wie bereits oben ausgeführt, werden jeweils andere Personen tätig, allein schon aufgrund der erheblich voneinander abweichenden Reinigungsintervalle (je nach Raumnutzung täglich oder wöchentlich gegenüber ein bis zwei Mal im Jahr) sind die Einsätze unabhängig voneinander zu organisieren. Auch sonst sind beide Tätigkeiten weder in zeitlicher noch in räumlicher Hinsicht voneinander abhängig und es nicht erkennbar, dass beide Gewerke ineinandergreifen oder irgendwie aufeinander angewiesen sind (weil z.B. vor der Erbringung der einen Leistung erst die Fertigstellung/Abnahme der anderen Leistung abzuwarten wäre). Die Erbringung der Glas- bzw. Unterhaltsreinigung durch unterschiedliche Auftragnehmer dürfte daher auch nicht zu Verzögerungen führen oder dazu, dass die Erfüllung des Beschaffungsbedarfs der Ag in der angestrebten Qualität gefährdet wäre (vgl. zu so einem Fall OLG Koblenz, Beschluss

vom 4. April 2012, 1 Verg 2/12). Es dürfte daher vorliegend keinen Unterschied machen, ob die Glas- bzw. Unterhaltsreinigung von einem oder aufgrund der Losbildung von zwei Dienstleistern erbracht wird. Des Weiteren dürfte ein gesonderter Koordinierungs-, Abwicklungs- und Organisationsaufwand bei Reinigungsarbeiten im Glas- und Unterhaltsbereich regelmäßig entfallen bzw. jedenfalls im Vergleich zu dem bei der Gesamtvergabe diesbezüglich entstehenden Aufwand nicht so hoch sein, dass deshalb die aus einer Losaufteilung typischerweise resultierenden Nachteile überwiegen. Zudem sind vorliegend im Fall einer Gesamtvergabe der Glas- und Unterhaltsreinigung keine positiven Synergieeffekte erkennbar. Dass ein an einen einzigen Vertragspartner vergebener Auftrag möglicherweise zu einem niedrigeren Angebotspreis führt, könnte die Ag auch bei einer Losvergabe erreichen, wenn sie den Bietern beispielsweise die Möglichkeit einräumt, Preisnachlässe für den Fall der Gesamtbeauftragung anzubieten.

Die Vorgehensweise der Ag ist auch nicht durch ihr „Handbuch Gebäudereinigung [...]“ gedeckt. Abgesehen davon, dass solche verwaltungsinternen Regelungen das gesetzliche Gebot der Losbildung nicht einschränken dürfen, sieht dieses Handbuch ebenfalls vor, dass die Gesamtvergabe „nur unter bestimmten Bedingungen zulässig“ ist und auch bei einem „Splitterlos“ die Gesamtvergabe zwar erfolgen „kann“, diese Entscheidung aber „tatsachengestützt und plausibel dokumentiert“ werden muss. Dies hat die Ag nicht getan.

- b) Dadurch, dass die Ag bei ihren Erwägungen das Gebot der Losaufteilung nach § 97 Abs. 3 GWB nicht hinreichend berücksichtigt hat, ist die ASt in ihren Rechten verletzt. Ein potentieller Bieter hat einen Anspruch darauf, dass ein öffentlicher Auftraggeber seinen ihm bei der Losbildung zustehenden Beurteilungsspielraum ordnungsgemäß ausübt (vgl. 3. VK Bund, Beschluss vom 4. November 2009, VK 3 - 190/09).

Eine Rechtsverletzung der ASt liegt auch dann vor, wenn sie (darauf weist die Ag hin) an einer Gesamtvergabe als Subunternehmer eines anderen Bieters teilnehmen würde. Der Mittelstandsschutz des § 97 Abs. 3 GWB ist nur dann hinreichend gewährleistet, wenn das mittelständische Unternehmen eigenständig an einem Vergabeverfahren teilnehmen kann. Dass es seine mangelnden Kapazitäten oder Fähigkeiten als Mitglied einer Bietergemeinschaft oder als Subunternehmer ausgleicht, wird dem nicht gerecht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. März 2004, VII-Verg 8/04).

- c) Die Ag darf somit aufgrund ihrer derzeitigen Erwägungen, die zu einem Verzicht auf die Losvergabe geführt haben, keinen Zuschlag erteilen. Die Ag hat nach ihrem Ermessen zu entscheiden, wie sie weiter verfährt.

Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht muss sie das Vergabeverfahren in den Stand vor der Bekanntmachung (in der der Losverzicht bekannt gegeben wurde) zurückversetzen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut über die Frage entscheiden, ob im vorliegenden Fall technische oder wirtschaftliche Gründe ausnahmsweise eine Gesamtvergabe i.S.d. § 97 Abs. 3 S. 3 GWB erfordern. Dies erscheint zwar nach den derzeitigen Erkenntnissen der Vergabekammer nur schwerlich möglich, aber nicht von vornherein gänzlich ausgeschlossen. Gleichzeitig ist daher anzuordnen, dass die ASt, die nach ihrem schriftlichem Vorbringen meint, angesichts des von ihr angenommenen Auftragswerts der Glasreinigungsleistungen von 151.000 € müsse hierfür zwingend ein Fachlos gebildet werden und dies über ihren Verfahrensbevollmächtigten ausdrücklich auch so beantragt, teilweise unterliegt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG und folgt dem Maß des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten. Bei der Kostenverteilung hat die Vergabekammer berücksichtigt, dass die ASt mit ihrem Begehren, die Bildung eines Fachloses „Glasreinigung“ zwingend anzuordnen, nicht vollständig durchgedrungen ist; die Ag muss lediglich ihre Abwägung, ob sie ausnahmsweise auf die Losbildung verzichten darf, ordnungsgemäß wiederholen. Da dieses Abwägungsergebnis nach dem oben unter II.2a) Gesagten nicht vollkommen offen erscheint (was regelmäßig zu einer Unterliegensquote von 50% führen dürfte, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. März 2012, VII-Verg 65/11 m.w.N.), sondern nach den derzeitigen Erkenntnissen der Vergabekammer eher zugunsten des gesetzlichen Regelfalls, dass Lose zu bilden sind, ausfallen dürfte, ist dieser Anteil zugunsten der ASt vorliegend mit $\frac{1}{4}$ anzusetzen.

Die Hinzuziehung von Bevollmächtigten durch die ASt und die Ag war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren Sach- und Rechtsfragen zur Frage der Losbildung bei Glas- und Unterhaltsreinigungsleistungen aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines

Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

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.

Der Vorsitzende Behrens ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschrift gehindert.

Dr. Dittmann

Dr. Dittmann