



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 – 128/17

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Abschluss eines Rahmenvertrages für Gebäude- u. Glasflächenreinigung, Referenznummer der Bekanntmachung: [...]“, Lose Nr. 1, 2, 3 und 4 (ABl. EU [...]), hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den stellvertretenden Vorsitzenden Regierungsdirektor Zeise, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Schroers im schriftlichen Verfahren am 11. November 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag hat sich in Bezug auf die Lose 1, 2 und 4 durch Rücknahme erledigt.
2. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag im Los 3 an die Beigeladene zu erteilen.
3. Die Aufhebungsentscheidung der Antragsgegnerin in den Stand vor Angebotsaufforderung wird aufgehoben. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei

fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin fortzusetzen.

4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

## I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen die teilweise Aufhebung des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin (Ag), die die Ag verfügt hat, nachdem die ASt sich mit Rüge und Nachprüfungsantrag ursprünglich gegen den Ausschluss bzw. die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes durch die Ag für die mit dem letztlich streitgegenständlichen Los 3 ausgeschriebene Reinigungsdienstleistung wegen falsch angegebener Kalkulationsätze für Pflegeversicherung und Insolvenzgeldumlage gewendet hatte.

1. Die Ag schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom [...] den Abschluss eines vierjährigen Rahmenvertrages für Gebäude- und Glasflächenreinigungsarbeiten aufgeteilt auf vier Lose unionsweit im offenen Verfahren aus (Bekanntmachungsnr. im Supplement des EU-ABl. [...]). Das streitgegenständliche Los 3 bezog sich auf die Gebäudereinigung der Fußbodenfläche für zwei näher bestimmte [...]Standorte mit einem Umfang von über 2 Mio. m<sup>2</sup> pro Jahr zu reinigender Fläche. Einziges Zuschlagskriterium war nach Ziffer II.2.5 für das streitgegenständliche Los 3 der Preis.

In dem den Bietern zur Verfügung gestellten „*Merkblatt für den Bieter*“ gab die Ag unter Ziffer III u.a. an:

*„Dem Preisblatt ist auf einem gesonderten Blatt Ihre Kalkulation des jeweils angegebenen Stundenverrechnungssatzes nach dem Muster des Handbuchs der Gebäudereinigung des BIV des Gebäudereinigerhandwerks Nr. 3 je Los offen zu legen. ...*

...

*Die Kalkulation ist auf Grundlage des bis zum Angebotsschlussstermin (04.09.2017) aktuell gültigen Lohntarifvertrages zu erstellen.*

...“ [Anm.: BIV steht für Bundesinnungsverband des Gebäudereiniger-Handwerks]

Das in Ziffer III des Merkblattes in Bezug genommene Muster/Kalkulationsschema war nicht Teil der Vergabeunterlagen.

Die ASt gab fristgemäß ein Angebot für alle vier Lose ab. Dem Angebot für das letztlich verbliebene streitgegenständliche Los 3 war eine tabellarische Aufstellung „*Berechnung des Stundenverrechnungssatzes für die Glasreinigung/Sonderreinigung an Werktagen*“ gemäß „[...] *Tarif* [...]“ beigefügt, worin neben dem Stundenlohn die kalkulatorischen Bestandteile im Einzelnen aufgeführt waren. U.a. gab die ASt darin unter Ziffer „2.14 *Pflegeversicherung*“ den Satz von 1,18% und unter Ziffer „2.16 *Insolvenzgeldumlage*“ den Satz von 0,12% an.

In preislicher Hinsicht war das Angebot der ASt für das Los 3 günstiger als das der Bg.

In der Angebotsprüfung vom 13. September 2017 stellte die Ag zum Angebot der ASt Folgendes fest: „Sätze für Pflegeversicherung und Insolvenzgeldumlage falsch“ (Bl. 2093/R der Vergabeakte) und vermerkte in ihrem „Zuschlagsvorschlag“ vom 14. September 2017, die ASt habe die falschen Sätze für die Pflegeversicherung (1,18% statt 1,275%) und die Insolvenzgeldumlage (0,12% statt 0,09%) kalkuliert. Das Angebot sei rechnerisch falsch und sei daher nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV auszuschließen. Für das Los 3 solle der Zuschlag an die Bg erteilt werden.

Mit Schreiben vom 29. September 2017 teilte die Ag der ASt mit, ihr Angebot werde nicht berücksichtigt, weil die ASt in ihrer Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes falsche Sätze für die Pflegeversicherung und die Insolvenzgeldumlage angegeben habe, was die Ag aufgrund ihrer Feststellungen in der Angebotsprüfung im Einzelnen begründete. Das Angebot für Los 3 solle an die Bg erteilt werden.

Mit Schreiben vom 29. September und 2. Oktober 2017 rügte die ASt den Ausschluss ihres Angebotes. Sie wies darauf hin, die von ihr angegebenen Werte zur Pflegeversicherung und Insolvenzgeldumlage seien der aktuellen Musterkalkulation des BIV entnommen worden, sie bezögen sich aber nicht auf das Jahr 2017. Hierzu reichte die ASt eine tabellarische Übersicht „*Beispielrechnung Normalstunden an Werktagen*“ ein, überschrieben

mit „*Lehrmaterial Kalkulation in der Gebäudereinigung*“, angegeben ist ferner „*Stand: Dezember 2015*“. Darin sind für die Pflegeversicherung und Insolvenzgeldumlage die von der ASt im Angebot angegebenen Sätze genannt.

Mit Schreiben vom 5. Oktober 2017 wies die Ag das Rügevorbringen der ASt zurück. Die Ag verwies hierzu auf die Vorgabe nach Ziffer III des Merkblattes. Die Sätze für die Pflegeversicherung und die Insolvenzgeldumlage seien dort mit 1,275% bzw. 0,09% angegeben; sie seien zudem gesetzlich vorgeschrieben. Auch seien im Angebot der ASt andere Werte wie z.B. der Satz für die gesetzliche Unfallversicherung abweichend vom Muster angegeben worden. Die Ag führt ferner aus, nach § 6 Nr. 4 und 5 des Vertragsentwurfs seien im Falle künftiger Änderungen gesetzlich lohnwirksamer Sozialaufwendungen die Löhne und lohnabhängigen Kostenanteile an diesen Vergütungssätzen entsprechend zu erhöhen bzw. zu ermäßigen. Im Falle der ASt sei vor diesem Hintergrund schon die Grundlage künftiger Anpassungen der Vergütungssätze falsch, so dass daraus eine fehlerhafte Kalkulation resultieren würde. Da die Sätze für die Pflegeversicherung und Insolvenzgeldumlage Grundlage für die Kalkulation der lohngebundenen Kosten seien, sei die Kalkulation insofern fehlerhaft. Dies führe zu einem fehlerhaft kalkulierten Stundenverrechnungssatz und somit auch zu einem falschen Gesamtpreis. Aufgrund der fehlerhaften Kalkulation sei das Angebot daher nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV auszuschließen gewesen.

2. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2017, bei der Kammer eingegangen am selben Tage eingegangen, hat die ASt ein Nachprüfungsverfahren beantragt.

Die Ag teilte der ASt mit Schreiben vom 17. und 18. Oktober 2017 mit, sie versetze das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurück und unterrichtete hiervon auch die Kammer. Bei dieser Maßnahme ging die Ag von folgenden Erwägungen aus, die sie vorab intern abstimmte (vgl. Bl. 2246, 2257 der Vergabeakte): Bei dem Angebot der ASt seien die falschen Kalkulationsangaben der ASt zur Pflegeversicherung und Insolvenzgeldumlage lediglich unwesentliche Einzelpositionen im Sinne von § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV, die nicht als fehlend im Sinne dieser Vorschrift anzusehen seien; sie hätten zudem nachgefordert werden können. Die Entscheidung über Nachforderung oder Nicht-Nachforderung sei eine Ermessensentscheidung, die in der Vergabeakte in keiner Weise dokumentiert sei. Die Zurückversetzung sei vor diesem Hintergrund das gebotene Mittel, um Vergabeverstößen wegen fehlerhaft ausgeübten Ermessens sowie unterlassener Doku-

mentation sowie gegen § 97 Abs. 1, 2 GWB abzuwenden. Denn es sei nicht auszuschließen, dass durch die Verstöße die Platzierung der Bieter beeinträchtigt und der Wettbewerb verzerrt worden sei. Die Zurückversetzung sei gegenüber einer Aufhebung das mildere Mittel.

Gegen diese Zurückversetzung wandte sich die ASt mit anwaltlichem Schreiben vom 17. Oktober 2017 und rügte diese als willkürlich. Es fehle ein sachlicher Grund, so dass die damit gegebene Teilaufhebung rechtswidrig erfolgt sei.

Die ASt hat mit Schreiben vom 19. Oktober 2017 ihren ursprünglichen Nachprüfungsantrag für erledigt erklärt und wendet sich nunmehr gegen die ihrer Ansicht nach rechtswidrige Teilaufhebung. Ihren Antrag hat sie zudem mit Schreiben vom 25. Oktober 2017 auf das Los 3 beschränkt. Mit Schreiben vom 2. und 7. November 2017 hat die ASt ihren Vortrag zum Aspekt der Aufhebung des Vergabeverfahrens vertieft.

- a) Zur Begründung ihres Nachprüfungsantrags führt die ASt aus, die Zurückversetzung sei als Teilaufhebung rechtswidrig. Sie sei zur Abhilfe der gerügten Fehler nicht erforderlich, weil eine Korrektur dadurch möglich sei, dass über die Erteilung des Zuschlags unter Einbeziehung des Angebots der ASt entschieden werden könne. Das Angebot der ASt sei wertungsfähig und dürfe nicht ausgeschlossen werden. Die Angaben der ASt zu den Kalkulationssätzen zur Pflegeversicherung und zur Insolvenzgeldumlage wichen lediglich geringfügig von den Vorgaben der Ag ab. Überdies habe die Ag keinerlei Formular für die Kalkulation zur Verfügung gestellt, sondern lediglich im Merkblatt unter Ziffer III auf das Handbuch des BIV Bezug genommen. Ein derartiges Handbuch sei nicht käuflich zu erwerben. Die ASt habe lediglich auf die Internetseiten des BIV zugreifen können und das Mitgliedern und Auftraggebern zur Verfügung gestellte Lehrmaterial zur Kalkulation in der Gebäudereinigung einsehen und herunterladen können. Dieses Lehrmaterial enthalte unter Nr. 3 ein Kalkulationsschema, in dem für einen Beispielbetrieb in Nordrhein-Westfalen ein Stundenverrechnungssatz berechnet werde. Auf dieser Grundlage und dem ebenfalls einzuhaltenden aktuell gültigen Lohntarifvertrages habe die ASt ihr Angebot abgefasst. Soweit vom BIV auf seinen Internetseiten für Auftraggeber Musterausschreibungsunterlagen mit Formularen zur Preiszusammenstellung vorgehalten würden, seien diese von der Ag jedoch nicht verwendet worden.

Die fehlerhaften Angaben seien auch kein Verstoß gegen tarifliche Vorgaben des Lohntarifvertrages. Auch die Auskömmlichkeit des Angebots sei dadurch nicht gefährdet, was die Ag zudem nicht vorgebracht habe. Es liege auch keine Unterdeckung vor, vielmehr seien unwesentliche kalkulatorische Positionen betroffen, die den Gesamtpreis nicht verändern könnten. Der Zuschlag für Wagnis und Gewinn enthalte ausreichend Spielraum, um die geringfügigen Änderungen bei den betreffenden Sozialabgaben aufzufangen. Es bestehe zudem weder die Gefahr, dass die gesetzlichen Sozialabgaben nicht gezahlt würden noch stehe die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der ASt bei der Gesamterfüllung in Frage. Für die Preisanpassungsklausel in § 6 Nr. 4 des Vertragsentwurfs komme es ohnehin nur darauf an, dass der Auftragnehmer die Auswirkungen von Änderungen der lohnwirksamen Sozialabgaben nachzuweisen habe. Etwaige geringere gesetzlich lohnwirksame Sozialabgaben führten dagegen in jedem Fall zugunsten der Ag zu einer Ermäßigung.

Die ASt beantragt danach in ihrem Schreiben vom 19. Oktober 2017 nunmehr Folgendes:

1. die Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor der Angebotsabgabe aufzuheben und der Ag aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut in der Wertung der Erstangebote einzutreten.
2. die Vergabeakte beizuziehen und der ASt Akteneinsicht zu gewähren.
3. Die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der ASt zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung trägt die Ag.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig,

hilfsweise

1. festzustellen, dass der Ausschluss der Angebote der ASt und die Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe rechtswidrig waren und die ASt dadurch in ihren Rechten verletzt ist.
2. Die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der ASt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung trägt die Ag.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig.

Für den Hilfsantrag beruft sich die ASt darauf, dass die Ag die teilweise Aufhebung ohne wichtigen Grund angeordnet habe und daher der ASt gegenüber zum Ersatz der ihr aus diesem Grund entstandenen Schäden verpflichtet sei.

b) Die Ag beantragt:

1. Den Antrag und die Hilfsanträge der ASt vom 19. Oktober 2017 zurückzuweisen
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet. Der Antrag der ASt sei widersprüchlich, wenn zunächst die Einbeziehung des Angebotes in die Wertung verlangt werde, hilfsweise die Aufhebung der Ausschreibung und anschließend die Zurückversetzung in den Stand vor Angebotsabgabe angegriffen werde.

Die teilweise Aufhebung des Vergabeverfahrens durch die Ag sei zu Recht erfolgt, denn es liege hierfür jedenfalls ein sachlicher Grund vor. Ob ein schwerwiegender Grund im Sinne von § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV vorliege, sei lediglich für etwaige Schadenersatzansprüche von Bedeutung. Der sachliche Grund folge aus dem Ermessensnichtgebrauch der Ag und der entsprechenden mangelhaften Dokumentation des Verfahrens.

Auf den zutreffenden Rügevortrag der ASt habe die Ag es unterlassen, von der ASt die richtigen Kalkulationssätze, bei denen es sich um unwesentliche Abweichungen handele, die den Gesamtpreis nicht veränderten, nachzufordern. Die Ag habe das ihr insofern zustehende Ermessen nicht erkannt und dementsprechend auch keinen Vermerk angelegt. Die Ag habe das Angebot der ASt vielmehr rechtswidrig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Es sei nicht auszuschließen, dass bei korrekter Ermessensausübung die Platzierung der Bieter eine andere gewesen wäre. Die Zurückversetzung biete allen Bietern die Chance auf Neukalkulation und halte somit den Wettbewerb offen, dies sei also keine willkürliche Entscheidung, die darauf abziele unliebsame Unternehmen vom Verfahren auszuschließen.

Den hilfsweisen Feststellungsantrag hält die Ag im Hinblick auf ihren Vortrag (Verstoß gegen das Transparenzgebot und die Dokumentationspflicht) für unbegründet, weil sich daraus ein schwerwiegender Grund nach § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV ergebe.

3. Mit Beschluss vom 26. Oktober 2017 wurde die Beigeladene, die für den Zuschlag für das Los 3 vorgesehen ist, zum Verfahren hinzugezogen. Die Bg hat keine Anträge gestellt und sich nicht zur Sache eingelassen.
4. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Zur Aufklärung des Sachverhaltes hat die Vergabekammer mit Verfügung vom 2. November 2017 die Ag aufgefordert darzulegen, ob bzw. wo das in Ziffer III des Merkblattes der Ag in Bezug genommene Handbuch bzw. Kalkulationsmuster für einen Bieter aufzufinden war, und das für die Kalkulation des streitgegenständlichen Loses 3 anzuwendende Muster der Kammer zu übermitteln.

Die Ag hat hierzu mit Schreiben vom 3. November 2017 erklärt, jeder Bieter habe die Möglichkeit gehabt, das betreffende Handbuch beim Innungsverband kostenlos anzufordern. Auch sei eine Nachfrage bei der Ag möglich gewesen. Die Ag hat ferner „*das dem Handbuch der Gebäudereinigung des BIV entnommene Kalkulationsmuster*“ übermittelt. Der Anhang ist überschrieben mit „*Lehrmaterial Kalkulation in der Gebäudereinigung, „3. Kalkulationsschema“*“ und hat den Stand „*Dezember 2014*“, ferner enthalten war eine tabellarische Zusammenfassung „*Beispielrechnung Normalstunden an Werktagen*“, die im Einzelnen kalkulatorische Positionen enthielt, darunter u.a. zur Pflegeversicherung den Satz von 1,18% und zur Insolvenzgeldumlage den Satz von 0,15%. Das Kalkulationsschema enthielt folgenden Zusatz:

„*Wichtiger Hinweis:*

...

***Hinweis für Auftraggeber:*** Die folgende Darstellung des Stundenverrechnungssatzes im Musterbetrieb **ist nicht zur Abfrage eines Stundenverrechnungssatzes im Rahmen einer Ausschreibung vorgesehen**, sondern sie dient lediglich der Zusammenfassung der Broschüreninhalte. Für die Abfrage eines Stundenver-

*rechnungssatzes von Bietern im Rahmen einer Ausschreibung stellt der Bundesinnungsverband Auftraggeber in seinen „Ausschreibungsunterlagen für die Unterhalts- und Glasreinigung“ hierfür geeignete Blanko-Formulare mit allen notwendigen Positionen zur Verfügung, die im Aufbau der Darstellung in diesem Lehrmaterial zur Kalkulation und den Anforderungen einer Vergabe entsprechen.“ [Hervorhebung im Original]*

5. Die Beteiligten haben auf eine mündliche Verhandlung verzichtet, die Kammer hat daraufhin den angesetzten Verhandlungstermin mit Verfügung vom 7. November 2017 aufgehoben und im schriftlichen Verfahren entschieden, § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit nach der Rücknahme des Nachprüfungsantrags in Bezug auf die Lose 1, 2 und 4 noch anhängig (Los 3), zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Anwendungsbereich der VgV – sind zweifelsfrei erfüllt. Die Ag ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB, die Vergabekammer ist demnach gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 1 GWB zuständig. Die ASt hat ein Angebot abgegeben, welches preislich vor der Bg liegt, jedoch von der Ag ausgeschlossen wurde, so dass sie antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB ist. Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nachgekommen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Der Ausschluss des Angebotes der ASt für das Los 3 durch die Ag ist rechtswidrig (a). Das Angebot der ASt ist daher in die Angebotswertung einzubeziehen (b). Dementsprechend ist auch die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe,

die die Ag mit Schreiben vom 17. Oktober 2017 mitgeteilt hat, rechtswidrig und auch unwirksam (c).

a) Die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Angebotes der ASt nach § 57 Abs. 1, § 53 VgV liegen nicht vor.

aa) Die Ag hat das Angebot der ASt für das streitgegenständliche Los 3 nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV von der Wertung ausgeschlossen. Danach werden Angebote von der Wertung ausgeschlossen, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten.

Ein Ausschluss des Angebots der ASt kommt auf dieser Grundlage bereits deshalb nicht in Betracht, weil keine Preisangaben i.d.S. fehlen. Die Ag stützt ihre dahingehende Entscheidung auf den unstrittigen Umstand, dass die ASt in ihrem Kalkulationsblatt für die Berechnung des Stundenverrechnungssatzes zum Los 3 (vgl. Bl. 1106 der Vergabeakte) insbesondere nicht die aktuell geltenden Prozentsätze für den Arbeitgeberanteil bei der Pflegeversicherung und für die Insolvenzgeldumlage eingetragen hat. Bei diesen kalkulatorischen Angaben handelt es sich schon per definitionem nicht um geforderte Preisangaben im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV, wie sie hier allein auf dem Preisblatt für das Los 3 und 4 anzugeben waren (vgl. Bl. 72/73 der Vergabeakte), sondern allenfalls um von der Ag in Ziffer III des Merkblattes geforderte Angaben bzw. Erklärungen im Sinne von § 53 Abs. 7 VgV.

bb) Der Ausschluss kann aber auch nicht auf § 57 Abs. 1 i.V.m. § 53 Abs. 7 VgV gestützt werden. Nach § 57 Abs. 1 VgV sind Angebote auszuschließen, die nicht den Erfordernissen des § 53 VgV entsprechen. § 53 Abs. 7 Sätze 1 und 2 VgV schreiben vor, dass Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig sind (Satz 1) und Angebote vollständig sein und alle geforderten Angaben und Erklärungen enthalten müssen (Satz 2). Eine diesen Maßgaben entsprechende Abweichung liegt bei den von der Ag bemängelten Angaben der ASt im Kalkulationsblatt für den Arbeitgeberanteil für die Pflegeversicherung und die Insolvenzgeldumlage allerdings nicht vor. Die Ag kann sich für einen Ausschluss des Angebots der ASt weder darauf stützen, dass die ASt die Vergabeunterlagen durch ihre nicht den aktuellen Sätzen entsprechenden Angaben abgeändert hat noch darauf, dass diese fehlerhaften Angaben die geforderte Kalkulationsübersicht möglicherweise unvollständig machen könnte. Denn die Ag hat in den Vergabeunterlagen keine entsprechenden Angaben wirksam gefordert.

Zwar hat die Ag in Ziffer III ihres Merkblattes vorgegeben, dass die Bieter „...auf einem gesonderten Blatt Ihre Kalkulation des jeweils angegebenen Stundenverrechnungssatzes nach dem Muster des Handbuchs der Gebäudereinigung des BIV des Gebäudereinigerhandwerks Nr. 3 je Los offen zu legen“ haben.

Bereits diese Vorgabe ist aber nicht mit dem Grundsatz eines transparenten und chancengleichen Vergabewettbewerbs im Sinne von § 97 Abs. 1, 2 GWB vereinbar und daher unwirksam und somit unbeachtlich.

Nach § 41 Abs. 1 VgV hat der öffentliche Auftraggeber bereits in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen insbesondere uneingeschränkt und vollständig abgerufen werden können. Das umfasst auch etwaige Kalkulationsvorgaben, die der Auftraggeber den Bietern verbindlich vorgeben will. Ein bloßer Verweis auf externe Quellen für etwaige Vorgaben – wie er hier in Ziffer III des Merkblattes erfolgt ist – ist damit nicht vereinbar.

Die Ag hat in ihrer Auftragsbekanntmachung unter Ziffer. I.3 zwar eine elektronische Adresse für den Abruf der Unterlagen angegeben. Eine entsprechende Ausfertigung der Vergabeunterlagen befindet sich in der Vergabeakte auf den Bl. 52-111. Das von der Ag in Ziffer III des Merkblattes erwähnte Kalkulationsmuster aus einem „Handbuch der Gebäudereinigung des BIV des Gebäudereinigerhandwerks Nr. 3“, das von den Bietern angewendet werden sollte, ist dort allerdings nicht enthalten. Die Ag hat auf Nachfrage der Vergabekammer in ihrer Stellungnahme vom 3. November 2017 erklärt, dass das in der Ziffer III des Merkblattes erwähnte Handbuch beim Bundesinnungsverband des Gebäudereiniger-Handwerks (im Folgenden: BIV) kostenlos anzufordern gewesen sei. Der Vorgabe in Ziffer III des Merkblattes ist nicht einmal zu entnehmen, wo und wie der Innungsverband für einen Bieter überhaupt erreichbar oder der Abruf des Formulars dort kostenlos möglich gewesen wäre, noch war das in Ziffer III des Merkblattes für den Innungsverband verwendete Kürzel „BIV“ korrekt aufgelöst, was somit zudem – unabhängig von dem festzustellenden Verstoß gegen die Maßgaben des § 41 Abs. 1 VgV – im Hinblick auf mit den Besonderheiten des deutschen Innungswesens im Gebäudereinigerhandwerk nicht vertraute Bieter, beispielsweise aus dem EU-Ausland, mit den Maßgaben des Diskriminierungsverbotes nach § 97 Abs. 2 GWB unvereinbar war.

Es kommt hinzu, dass die Ag selbst mit ihrer Stellungnahme vom 3. November 2017 auf die entsprechende Nachfrage der Vergabekammer die Unterlage „3. Kalkulationsschema“ aus dem „Lehrmaterial Kalkulation in der Gebäudereinigung“ des BIV mit dem Stand „Dezember 2014“ vorgelegt hat, von dem sie angibt, es dem „Handbuch der Gebäudereinigung des Bundesinnungsverbandes (BIV)“ entnommen zu haben. Dieses Kalkulationsschema war aber nach dem darauf ausdrücklich enthaltenen „Hinweis für Auftraggeber“ „nicht zur Abfrage eines Stundenverrechnungssatzes im Rahmen einer Ausschreibung vorgesehen“. Hierfür hält der BIV nach den Angaben in dem von der Ag übermittelten Kalkulationsschema vielmehr geeignete „Blanko-Formulare“ bereit. Vor diesem Hintergrund erschließt sich nicht, warum sich die Ag auf eine schlichte und zudem ungenaue Anwendungsvorgabe in Ziffer III des Merkblattes beschränkt und nicht ein entsprechendes Blanko-Formular für die Kalkulationsvorgaben in die Vergabeunterlagen integriert hat.

Aus alledem folgt ebenfalls, dass ihre Anwendungsvorgabe in Ziffer III des Merkblattes schon für sich genommen und unabhängig von dem festgestellten Verstoß gegen die Maßgaben des § 41 Abs. 1 VgV keinesfalls klar und unmissverständlich für die Bieter zwingende Kalkulationsvorgaben enthielt, auf deren Basis bei Abweichen ein Ausschluss erfolgen könnte. Bereits der für die Auslegung der Ziffer III des Merkblattes maßgebliche Empfängerhorizont eines objektiven, verständigen Bieters im Sinne von §§ 133, 157 BGB lässt die Möglichkeit zu, dass ein Bieter zu der Annahme verleitet werden konnte, er könne das o.g. Kalkulationsschema aus dem Lehrmaterial des BIV mit den darin angegebenen Prozentsätzen zugrunde legen, ohne sich dabei Gedanken über die jeweilige Aktualität der Prozentsätze machen zu müssen. Selbst der von der Ag in ihrer Stellungnahme vom 3. November 2017 mit dem Kalkulationsschema vorgelegte Hinweis, es gebe vom BIV für Ausschreibungen vorbereitete Blanko-Formulare, so der Hinweis denn für einen Bieter bei Auffinden und Anwenden des Schemas überhaupt ersichtlich gewesen sein sollte, war nur für etwaige öffentliche Auftraggeber („**Hinweis für Auftraggeber**“) und hätte, zumal im Original durch Fettdruck hervorgehoben, von einem Bieter ohnehin nicht zur Kenntnis genommen werden müssen, so dass sich ein Bieter auch gar nicht hätte veranlasst sehen müssen, in diesen ihn nicht betreffenden Hinweis genauer hineinzusehen bzw. insofern eine etwaige Nachfrage bei der Ag anzubringen.

Dass ein objektiver Bieter dazu verleitet werden konnte, das von der Ag als für das Los 3 anzuwendende Kalkulationsmuster übermittelte Lehrgangsmaterial mit den darin enthaltenen (z.T. überholten) Prozentsätzen anzuwenden, gilt um so mehr, als – worauf die ASt in ihren Stellungnahmen hingewiesen hat – in § 6 Abs. 5 des Vertragsentwurfes eine Anpassungsklausel u.a. für Fälle von Änderungen künftiger gesetzlich lohnwirksamer Sozialaufwendungen vorgesehen war (vgl. Bl. 77/78 bzw. 83 der Vergabeakte). Vor dem Hintergrund dieser Klausel war für Bieter und Ag ohnehin klar gestellt, dass bei etwaiger Auftragsausführung die zwingenden rechtlichen Verpflichtungen für die Abführung von Abgaben und Beiträgen zu Sozialversicherung einzuhalten waren, entsprechend den Maßgaben des § 128 Abs. 1 GWB. Vor diesem Hintergrund konnte ein Bieter den Vergabeunterlagen keine eindeutige und unmissverständliche Maßgabe im Sinne zwingender Vorgaben für die Kalkulation entnehmen.

Überdies ergeben die Stellungnahmen der Ag vom 3. November 2017 und der ASt vom 7. November 2017, dass nicht einmal über den Aktualitätsgrad des gemäß Ziffer III des Merkblattes anzuwendenden Kalkulationsschemas Klarheit bestand. Während die Ag auf die Aufforderung der Vergabekammer, das für die Kalkulation des streitgegenständlichen Loses 3 anzuwendende Muster der Kammer zu übermitteln, ein Kalkulationsschema mit Stand vom Dezember 2014 zur Akte gereicht hat, hat die ASt als Grundlage ihrer Kalkulationsübersicht ein Muster mit dem Stand Dezember 2015 vorgelegt, das sie auch ihrem Rügeschreiben an die Ag vom 29. September 2017 beigelegt hatte (Bl. 2156-2158 der Vergabeakte).

Vor diesem Hintergrund ist es einem Bieter wie der ASt nicht vorzuwerfen und rechtfertigt daher auch keinen Angebotsausschluss, wenn – wie von der Ag bemängelt – eine zum Angebot erstellte Kalkulationsübersicht des Stundenverrechnungssatzes Angaben enthielt, die für den im Schema enthaltenen Arbeitgeberanteil nicht den aktuellen gesetzlichen Vorgaben für das Jahr 2017 entsprochen haben (1,275% für die Pflegeversicherung bzw. für den entsprechenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil: 2,55% gem. § 55 Abs. 1 Satz 1 SGB XI bzw. 0,09% für die Insolvenzgeldumlage gemäß der Verordnung zur Festsetzung des Umlagesatzes für das Insolvenzgeld für das Kalenderjahr 2017 (InsoGeldFestV 2017)).

- cc) Betrachtet man die von anderen Bietern für Los 3 zum Angebot eingereichten Kalkulationsübersichten, so ist überdies ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB festzustellen. Denn insofern fällt auf, dass auch andere Bieter in ihren Kalkulationsübersichten für die Pflegeversicherung Arbeitgebersätze angegeben haben, die nicht genau den aktuell geltenden gesetzlichen Vorgaben 1,275% entsprechen, ohne dass dies aber durchgehend von der Ag im Vergabevermerk bemängelt worden wäre. Bezogen auf die von der Ag für das Los 3 erstellten Rangfolge finden sich – über das Angebot der ASt hinaus – für die Pflegeversicherung entsprechende Abweichungen beim erstplatzierten Bieter (Bl. 914 der Vergabeakte), bei der Bg (Bl. 301 der Vergabeakte), beim sechstplatzierten Bieter (Bl. 832 der Vergabeakte), beim siebtplatzierten Bieter (Bl. 1817 der Vergabeakte) und beim elftplatzierten Bieter (Bl. 544 der Vergabeakte). Im Regelfall wurden dort Prozentsätze für den Arbeitgeberanteil an der Pflegeversicherung angegeben, die den aktuell geltenden Arbeitgebersatz von 1,275% geringfügig aufrunden. Während bei der ASt aber bei der Insolvenzgeldumlage gerade ein zu hoher Satz als ausschlussrelevant bemängelt wurde, wurde dies bei den genannten Bietern im Hinblick auf die zu hohen Angaben zur Pflegeversicherung nicht bemängelt. Eine solche Vorgehensweise ist mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB jedenfalls unvereinbar.
- b) Da das Angebot der ASt nicht wegen der von der Ag bemängelten Angaben in der Kalkulationsübersicht zu Pflegeversicherung und Insolvenzgeldumlage auszuschließen war, ist es auch grundsätzlich in der Wertung zu berücksichtigen. Das Angebot der ASt für Los 3 ist nach den Feststellungen der Ag das zweitplatzierte Angebot und rangiert damit noch vor dem Angebot der Bg. Das Angebot der ASt kommt nach Angaben der Ag mithin grundsätzlich für den Zuschlag in Betracht, sofern das erstplatzierte Angebot für Los 3 vergaberechtskonform auszuschließen ist, was von der Ag bei Fortführung des Vergabeverfahrens zu dokumentieren ist.
- c) aa) Die Entscheidung der Ag vom 17. Oktober 2017, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen, um ein vermeintliches Ermessen zur Nachforderung unwesentlicher Preisangaben nach § 56 Abs. 3 Satz 2 VgV ausüben und dokumentieren zu können, das ihr aber im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen gar nicht eröffnet war, ist ermessensfehlerhaft, da die Ag ersichtlich von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist. Es liegt vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen weder ein schwerwiegender Grund im Sinne des § 63 Abs. 1

Satz 1 Nr. 4 VgV noch überhaupt ein sachlicher Grund vor, das Vergabeverfahren – ggf. geschädigten Bietern gegenüber schadenersatzpflichtig – insofern auf die Stufe vor Angebotsabgabe zurückzusetzen. Um eine – ohnehin nachholbare – Dokumentation und Ermessensbetätigung in Bezug auf (vermeintliche) Nachforderungstatbestände eingereichter Angebote zu heilen, ist darüber hinaus ersichtlich keine Einholung neuer Angebote geboten, so dass der Ansatz der Ag ins Leere geht. Die Aufhebung ist daher rechtswidrig und angesichts der Fortführungsabsicht des Vergabeverfahrens auch unwirksam.

bb) Die Zurückversetzung auf die Stufe vor Angebotsabgabe ist auch nicht aus anderen Gründen zwingend geboten, so dass die Kammer von Amts wegen zur Herstellung rechtmäßiger Zustände eine entsprechende Anordnung zu treffen hätte.

(1) Die Zurückversetzung kommt nicht unter dem Aspekt in Betracht, dass das Angebot der ASt bzw. die vorliegenden Angebote gar nicht mehr vergleichbar wären und wegen eines solch schwerwiegenden Mangels keine andere Entscheidung als die Zurückversetzung in Betracht käme. Die von der Ag gesetzten Kalkulationsvorgaben sind zwar intransparent und im Rahmen der Entscheidung über die Ausschlussbedürftigkeit unbeachtlich. Dies hat sich ausweislich der Kalkulationsübersicht der ASt maßgeblich auf die Angaben zum Arbeitgeberanteil für die Pflegeversicherung und die Insolvenzgeldumlage ausgewirkt. Der Arbeitgeberanteil für die Pflegeversicherung wurde von der ASt im Vergleich zum aktuellen Satz von 1,275% jedoch nur geringfügig zu niedrig und für die Insolvenzgeldumlage im Vergleich zum aktuellen Satz von 0,09% ebenfalls nur geringfügig zu hoch angegeben. Ausgehend davon, dass ein Bieter in seine Kalkulation diese den gesetzliche Vorgaben folgenden Kosten jedenfalls einkalkulieren musste und dies grundsätzlich auch alle am Verfahren beteiligten Bieter ausweislich der Angebotsunterlagen getan haben, kommt es für die Vergleichbarkeit darauf an, ob Abweichungen von den aktuellen gesetzlichen Sätzen relevant sind. Die Abweichungen im Kalkulationsblatt der ASt bewegen sich im Ergebnis im Hundertstel-Prozentbereich und stellen danach die Vergleichbarkeit des Angebots der ASt mit den übrigen zu wertenden Angeboten nicht in Frage, da nicht ersichtlich ist, dass angesichts der Preisabstände die Wertungsreihenfolge im Ergebnis verändert würde, wovon auch die Ag selbst ausgeht.

(2) Es ist auch nicht ersichtlich, dass das Ermessen der Ag dahingehend reduziert wäre, das Vergabeverfahren zwingend vor die Angebotsabgabe zurückzusetzen, um allen Bietern entweder neue Kalkulationsvorgaben zu machen oder eine neue Kalkulation ohne jedwede Vorgaben zu ermöglichen. Eine solche –ggf. Schadensersatzansprüche auslösende – Entscheidung stünde - unter der Voraussetzung, dass ihre Beschaffungsabsicht fortbesteht – vielmehr im pflichtgemäßen und näher zu begründenden Ermessen der Ag. Diesem kann die Vergabekammer erst recht nicht vorgreifen.

- d) Die angeordnete Fortführung des Vergabeverfahrens unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer nach Aufhebung der von der Ag getroffenen Aufhebungsentscheidung und des Verbots des Zuschlags an die Bg ist danach die geeignete Maßnahme, um die festgestellten Rechtsverletzungen der ASt abzustellen. Weitergehende Entscheidungen sind nicht geboten.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1 und 4, Abs. 4 Satz 1, 4 und 5 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

Es entspricht vorliegend der Billigkeit gemäß § 182 Abs. 3 Satz 4 GWB, die in Bezug auf die Lose 1, 2 und 4 entstandenen Kosten trotz der erfolgten Rücknahme nicht gesondert der ASt aufzuerlegen. Denn diese hat unmittelbar nach Mitteilung des jeweiligen Rangs ihres Angebots seitens der Kammer die Rücknahme erklärt und damit prozessual auf einen ihr vorher nicht bekannten Umstand reagiert. Hätte die ASt den jeweiligen Rang vor Stellung des Nachprüfungsantrags gekannt, wäre er von vornherein auf das letztverbliebene Los 3 beschränkt worden.

Die Bg trägt ihre Aufwendungen selbst und ist nicht an der Kostentragungslast zu beteiligen. Die Bg hat das Verfahren nicht wesentlich durch schriftsätzlichen und/oder mündlichen Vortrag gefördert und auch keine Anträge zur Sache gestellt. Im Übrigen hat die ASt keinen unmittelbaren Interessengegensatz zur Bg begründet, da sie primär den eigenen Ausschluss bekämpft hat.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war aufgrund der Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen notwendig.

#### 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, einzu-legen.

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

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Be-schwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Verga-bekammer. 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.

Zeise

Dr. Brauser-Jung