Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 2/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…],

- Antragstellerin -

gegen

[…],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe […] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Daferner auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 2018 am 14. Februar 2018 beschlossen:

1. In Bezug auf die Lose 3 und 4 ist das Nachprüfungsverfahren nach Rücknahme beendet.

2. Im Übrigen (Lose 1 und 2) wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

3. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin (im Folgenden: Ag) machte am […] die beabsichtigte Vergabe „[…]“ im Rahmen eines offenen Verfahrens im Amtsblatt der Europäischen Union ([…]) bekannt. Die Maßnahme betrifft […].

Die Antragstellerin (im Folgenden: ASt) beanstandet die von der Ag aufgestellten Vertragsbedingungen als unzumutbar, da ihr ungewöhnliche Wagnisse aufgebürdet würden. Darüber hinaus habe die Ag den Bietern keine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung zur Verfügung gestellt und verletze letztlich den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit.

1. Gegenstand der Maßnahme ist gemäß Ziff. B.1.1 der Leistungsbeschreibung die intensive Aktivierung und Vermittlung der durch die Ag zugewiesenen […]. Nach erfolgter Vermittlung ist die […] durch den Auftragnehmer anzustreben. Teilnehmer der Maßnahme sind […]. Deren jeweils individuelle Zuweisungsdauer wird vom Bedarfsträger, dem jeweiligen […], festgelegt und beträgt zwischen sechs und acht Wochen. Nimmt ein Teilnehmer an bestimmten Tagen nicht an der Maßnahme teil, verlängert sich die Maßnahme um diese Tage entsprechend (Ziff. B.1.3).

   Das für die Durchführung der Maßnahme erforderliche Personal ist im entsprechenden Umfang ab Beginn der Maßnahme vorzuhalten (Ziff. B.1.4.1). Dem Auftragnehmer wird nach den Vorgaben für den Personaleinsatz jedoch die Möglichkeit eingeräumt,

   > *„außerhalb der Maßnahme auch für andere als die sich in der Maßnahme befindende Teilnehmer des Bedarfsträgers tätig zu sein. (…) Der Auftragnehmer verpflichtet sich jedoch, die von ihm zur Durchführung der Maßnahme angegebene Personalkapazität gemäß seinem Angebot ausschließlich für die Leistungserbringung einzusetzen. (…) Die angebotenen Personalkapazitäten dürfen durch andere Tätigkeiten des Auftragnehmers nicht eingeschränkt werden.“*

   § 26 des Vertrages (Besonderheiten zur Vergütung) regelt für die aus der Aufwandspauschale und der Vermittlungsvergütung bestehenden Vergütung Folgendes:

„(…)

(1) Für jeden Teilnehmer wird vom jeweiligen Bedarfsträger eine wöchentliche Aufwandspauschale gewährt.

(2) Die Zahlung einer Aufwandspauschale setzt voraus, dass der Teilnehmer fünf Tage beim Auftragnehmer tatsächlich anwesend war und der Auftragnehmer dies dem zuständigen Bedarfsträger gemeldet hat. (…) Anwesenheitstage, die bei der Auszahlung der Wochenpauschale nicht berücksichtigt werden konnten, werden als Resttage den Anwesenheitstagen im folgenden Monat zugerechnet. (…)

(3) Die Aufwandspauschale wird je Maßnahme für die im Leistungsverzeichnis/Losblatt angegebene Mindestteilnehmerzahl gewährt. Dies gilt auch im Fall einer nicht vollständigen Ausschöpfung der Mindestteilnehmerzahl gemäß Leistungsverzeichnis/Losblatt, sofern der Auftragnehmer dies nicht zu vertreten hat. Im Fall einer nicht vollständigen Ausschöpfung der Mindestteilnehmerzahl gemäß Leistungsverzeichnis/Losblatt, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, erhält er nach Ablauf der jeweiligen Maßnahme für die nicht abgerufene Mindestteilnehmerzahl einen finanziellen Ausgleich. Dieser errechnet sich aus der Differenz der Mindestteilnehmerzahl und der tatsächlich abgerufenen Teilnehmerkapazität multipliziert mit der Mindestverweildauer der Teilnehmer von sechs Wochen und der vereinbarten Aufwandspauschale gemäß Leistungsverzeichnis/Losblatt.

(4) (…)

(5) *Für den Fall, dass die tatsächlich für die Maßnahme gezahlten Aufwandspauschalen geringer sind als der Betrag, der sich ausgehend von der Mindestverweildauer der Teilnehmer von sechs Wochen, multipliziert mit der vereinbarten Aufwandspauschale multipliziert mit der Mindestteilnehmerzahl gemäß Leistungsverzeichnis/Losblatt ergibt, erhält der Auftragnehmer nach Ablauf der jeweiligen Maßnahme den Differenzbetrag ausgezahlt. (…)“*

Die Mindestteilnehmerzahl für Los 1 beträgt 101, für Los 2 70 Teilnehmer.

Der fiktive Los-Gesamtpreis (Spalte 25) ergibt sich ausweislich des Preisblatts aus der Summe aller Maßnahmepreise, welche sich wiederum aus der Summe der Aufwandspauschalen und dem Gesamtpreis der Vermittlungsvergütung ergeben.

Der Gesamtpreis der Aufwandspauschale errechnet sich aus der Anzahl der Teilnehmer x wöchentliche Aufwandspauschale x acht Wochen. Die Vermittlungsvergütung aus dem Produkt der Teilnehmer x Vermittlungsquote x (einzelner) Vermittlungsvergütung.

Die Preisblätter weisen eine geforderte Vermittlungsquote von 25 % (Spalte 17) und eine Vermittlungsvergütung von jeweils 2.000 € (Spalte 22) aus. Diese werden nach § 26 Abs. 9f. des Vertrages aufgeteilt ausgezahlt (jeweils 1.000 € nach sechswöchigem bzw. nach sechsmonatigem Bestand des vermittelten […]).

Am 21. Dezember 2017 stellte die ASt über die Vergabeplattform der Ag eine Bieterfrage. Nach ihrer Lesart sei

> *„der Bieter verpflichtet, für 70 % der Teilnehmermenge (bsphft. bei Los 2 100 TN * 70 % = 70 TN) Räume und Personal vorzuhalten und ausschließlich für die Maßnahme zum Einsatz zu bringen. Dafür erhält er 70 % der Mindestteilnehmerzahl als Mindestvergütungsanspruch zugesichert. Bei der Berechnung der kalkulierten anwesenden Teilnehmermenge ist eine Zuweisung von 8 Wochen pro Teilnehmer sowie eine gleichbleibende Einmündung von 1/12tel der Teilnehmer pro Monat im Verlauf des Zuweisungskorridors zugrunde zu legen (+/- 10 %). Beim Vertragspreis berechnet sich die Vertragssumme ebenso nach einer regelmäßigen Teilnehmeranwesenheit von 8 Wochen. Entsprechend würde das Vorhalten des Personals und der Räumlichkeiten sich auch auf einer regelmäßigen Anwesenheit von 8 Wochen beziehen. Dementgegen wird in § 26 V des Vertrages die Berechnung der Mindestvergütung nur auf 6 Wochen zugesichert. Dies würde bedeuten, dass neben der 30 %igen Vorhaltenverpflichtung (100 % - 70 %) zusätzlich ein Geschäftsrisiko zu Lasten des Bieters in Differenz der vorzuhaltenden 8 Wochen zu den bezahlten 6 Wochen bestehen würde. Ich bitte um schriftliche Mitteilung, ob die Vorhalteverpflichtung für Räume und Personal sich auf 6 Wochen oder auf 8 Wochen Anwesenheitskalkulation bezieht oder ob die Mindestvergütung sich von 6 auf 8 Wochen erhöht.“*

Die Ag beantwortete diese Bieterfrage am 27. Dezember 2017. Sie führte, dass der Auftragnehmer die Aufgabe habe, die Teilnehmer während der Zuweisungsdauer in eine versicherungspflichtige Beschäftigung zu vermitteln. Daher habe neben der Zuweisungsdauer

auch die Qualität der Maßnahmeumsetzung durch den Auftragnehmer Einfluss auf die Verweildauer des jeweiligen Teilnehmers. Selbst wenn ein Teilnehmer zunächst für acht Wochen zugewiesen worden sei, dürfte beim Erfolg der Maßnahme dieser tatsächlich kürzer in ihr verweilen. Die Festlegung auf sechs Wochen Mindestvergütung sei daher bewusst erfolgt. Eine Differenz zwischen der tatsächlich zugewiesenen Teilnehmeranzahl und der Mindestteilnehmerzahl werde durch diese Mindestverweildauer von sechs Wochen ausgeglichen. Sollte die gezahlte Aufwandspauschale geringer sein als der sich daraus ergebende Betrag (Mindestverweildauer x Aufwandspauschale x Mindestteilnehmerzahl), erhalte der Auftragnehmer zudem den Differenzbetrag nach § 26 Abs. 5 des Vertrages. Sollten Teilnehmer länger in der Maßnahme verweilen, erhalte der Auftragnehmer ebenfalls eine entsprechend angepasste Vergütung.

Mit einer zweiten Bieterfrage vom 2. Januar 2018 konkretisierte die ASt das von ihr gesehene Problem. Erschiene ein Teilnehmer nach seiner Zuweisung nur zwei Tage, in der Folge jedoch nicht mehr und melde der Bedarfsträger den Teilnehmer erst nach Ablauf der Zuweisungszeit von acht Wochen ab, werde nur der Zeitraum von sechs Wochen vergütet. Die Differenz von zwei Wochen mit den entsprechenden Vorhaltekosten gehe zu Lasten des Auftragnehmers.

Am 3. Januar 2018 rügte die ASt die Vorgaben der Vergütungsregelungen der Vergabeunterlagen, da diese die Bieter einseitig benachteiligten. Hierfür führte sie mehrere Rechenbeispiele zur Verdeutlichung an. Die Rüge wies die Ag mit Schreiben vom 4. Januar 2018 gegenüber der ASt zurück und beantwortete die von ihr eingereichten Bieterfragen.

Am 7. Januar 2018 reichte die ASt über die Vergabeplattform der Ag ihre Angebote für die Lose 1 und 2 ein.

2. Mit Schreiben vom 10. Januar 2018 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag. Diesen hat die Kammer der Ag am gleichen Tag übermittelt.

   a) Die ASt trägt vor, dass die Ag den Bieter ein ungewöhnliches Wagnis überbürde, die Leistungsbeschreibung nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben sei, als dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten seien sowie dass die Ag mit ihrem

Ausschreibungsdesign gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit verstoße. Sie verweist insofern auf den aus ihrer Sicht gleichgelagerten Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 12. Oktober 2011, VK 2 – 115/11.

Die Ag überbürde der ASt vorliegend nicht nur das übliche Leistungs- und Erfüllungsrisiko, sondern auch noch ein vertragliches Risiko in Höhe von 30 % des Auftragswertes, da die Mindestvergütung nicht die Differenz zwischen den Gesamtteilnehmern und der garantierten Mindestteilnehmerzahl abdecke. Unter Zugrundelegung einer Zuweisungsdauer von acht Wochen betrage diese Differenz ca. […].

Der Auftragswert berechne sich aus den Gesamtteilnehmern x acht Wochen x wöchentliche Aufwandspauschale; potentielle Vermittlungsvergütungen hätten außen vor zu bleiben. Mindestens von der Ag vergütet werde jedoch nur nach der Formel „Gesamtteilnehmer x sechs Wochen x wöchentliche Aufwandspauschale“. Daraus ergebe sich eine weitere Differenz zwischen Auftragswert und Mindestvergütung von […] % oder […].

Darüber hinaus müsse der Bieter die Vorfinanzierung tragen, da die Vergütung nur für die eingemündeten Teilnehmer nach Anwesenheit erfolge. Fehlzeiten der Teilnehmer, die über die wöchentliche Ausgleichsregel des § 26 Abs. 2 S. 1 des Vertrages hinausgingen, blieben unberücksichtigt. Fehle ein für acht Wochen zugewiesener Teilnehmer ab dem zweiten Tag seiner Zuweisung für z.B. vier Wochen, münde danach für drei Tage wieder ein, fehle weitere zwei Wochen, münde für fünf Tage ein und fehle letztlich wieder krankheitsbedingt für sechs Wochen, werde er zwar anschließend von der Maßnahme abgemeldet. Vergütet würde jedoch nicht der Gesamt-Ist-Zuweisungszeitraum von 13 Wochen (= 65 Tage) oder der Gesamt-Soll-Zuweisungszeitraum von 20 Wochen (= 100 Tage). Vielmehr würden nur die tatsächlichen Anwesenheitszeiten (zehn Tage) vergütet. Die Differenz zur im Vertrag vorgesehenen Mindestvergütung von sechs Wochen erhalte der Auftragnehmer erst nach Vertragsende. Während der ganzen Zeit müsse die ASt jedoch ihr Personal und die von ihr zum Einsatz zu bringenden Räumlichkeiten vorhalten. Eine Reduzierung von Personal- oder Raumkosten sei nicht tagesgenau möglich. Auch eine Fremdnutzung bei freien Kapazitäten, sollten geringere Zuweisungen erfolgen, sei kurzfristig nicht umsetzbar. Auch wenn die ASt konzernintern zur Abdeckung von Auftragsspitzen oder zu geringen Teilnehmerzuweisungen Möglichkeiten nutze, sei das Kostenrisiko

der Nichtvergütung von eingemündeten aber nicht erscheinenden Teilnehmern über die 6-Wochen-Regelung hinaus aufgrund der automatischen Verlängerung der Zuweisungszeit zu hoch.

Die ASt müsse auch Extremfälle wie den nach zwei Tagen nicht mehr wegen Krankheit erscheinenden Teilnehmer berücksichtigen. Angesichts der aktuell günstigen Marktlage sei einerseits zwar eine sehr schnelle Vermittlung arbeitswilliger Teilnehmer, teilweise sogar nach nur zwei Tagen, möglich. Andererseits unterliefen unwillige Teilnehmer die Maßnahmen durch ihr Fehlen; legten diese Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor, habe die ASt keine Handhabe, die Teilnehmer zum Besuch der Maßnahme zu aktivieren. Bei einer […] habe sich etwa aufgrund von sich addierenden Fehlzeiten ein Überhang von 40 Teilnehmern bei einer monatlichen Zuweisung von 56 Teilnehmern ergeben. Auch würden die Bedarfsträger die Teilnehmer bei Fehlzeiten nur zögernd bis gar nicht aus der Maßnahme nehmen, um ihre Statistik zu wahren. Auch versuche die ASt, um das Verhältnis zum Bedarfsträger nicht zu belasten, Problemfälle nicht zu eskalieren.

Dass es sich um eine Betrachtung von Extremfällen handele, sei unerheblich. Denn bei der Rüge von vertraglichen Rahmenbedingungen komme es nicht auf die Relevanz in Bezug auf die tatsächliche Maßnahmedurchführung an. Vielmehr müsse ein Bieter bei seiner ordnungsgemäßen Geschäftserledigung auch die ungünstigste Situation beurteilen, einen vertretbaren Risikograd wählen und ihn durch Risikoaufschläge abbilden. Da nach den Erfahrungen der ASt auch der negativste Fall auftrete, sei dieser dargestellt worden. Aktuelle Rechtsstreitigkeiten mit der Ag belegten, dass etwa auch mit massiven Unterzuweisungen zu rechnen sei.

Die zu erzielende Vergütung für die Vermittlungserfolge könne auch nicht für die Neutralisierung der Differenz der Mindestvergütung zur 100 %-Abdeckung herangezogen werden. Zwar erziele die ASt bislang eine sehr hohe Vermittlungsquote (fast 40 %). Weise der Bedarfsträger aber keine Teilnehmer zu, könnten auch keine Vermittlungserfolge erzielt werden, worauf sich die ASt kalkulatorisch einstellen müsse. Auch verkenne die Argumentation der Ag, dass es keine Rechtsgrundlage zwischen Auftragnehmer und Teilnehmer gebe, aufgrund derer der Teilnehmer zu seiner Mitwirkung nach der Ausmündung aus der Maßnahme verpflichtet werden könnte. Die Einholung der Arbeitgeberbestätigungen für die Geltendmachung der Vermittlungshonorare sei

folglich erschwert, was auch die Einbeziehung der Vermittlungshonorare in die Kalkulation relativiere.

Auch die übrigen von der Ag angeführten Punkte für die Minimierung des Kostenrisikos seien irreführend: Der mögliche Einsatz von Honorarkräften sei nicht zielführend, da die Teilnehmer gleichbleibender Ansprechpartner bedürften; ein potentielles Tätigwerden außerhalb der Maßnahme sei ohne Belang, da dies nach der Leistungsbeschreibung nicht einzukalkulieren gewesen sei; bei einer Unterzuweisung erhöhten sich relativ gesehen die Fixkosten, so dass sich das Kostenrisiko in diesem Fall gerade nicht reduziere. Die Mindestvergütung fange nicht auf, dass sich Zeiten kumulieren könnten, da nur auf eine durchschnittliche Betrachtung abgestellt werde: Die Anwesenheit zweier Teilnehmer mit acht bzw. zwei Wochen werde nicht als 10-Wochen-Aufwand, sondern in einer Durchschnittsbetrachtung als 5-Wochen-Aufwand angesehen.

Insgesamt betrachtet könnten alle aufgezeigten Probleme dadurch gelöst werden, dass die Ag eine Abrechnung nach der konkreten Zuweisungsdauer vornehme, unabhängig davon, ob der Teilnehmer (entschuldigt/unentschuldigt) fehle. Dies spiegelte den von den Bietern vorzuhaltenden Aufwand an Räumlichkeiten und Personal unmittelbar wider und minimierte folglich das Kalkulationsrisiko.

Die Ausführungen zu den Zuweisungszeiten, Verlängerungsregelungen etc. seien in den Vergabeunterlagen zudem unklar formuliert. So sei nicht eindeutig geregelt, wie mit dem Thema Verlängerungen über die maximale Grundzuweisung von acht Wochen umzugehen sei, der Zusammenhang zwischen Zuweisungsdauer und Mindestvergütung sei unklar und letztlich werde das Risiko der Verlängerung nicht angemessen bei der Vergütung berücksichtigt. Die Gefahr bestehe, dass die Bieter auf unterschiedlicher Grundlage / Zuweisungsdauer kalkulierten und die Angebotspreise daher nicht mehr vergleichbar seien.

Durch die aufgezeigten Problembereiche verstoße die Ag auch gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Die Bieter müssten die Unsicherheiten in ihrer Kalkulation durch entsprechende Aufschläge berücksichtigen, was zu erheblichen Mehrkosten beim Auftraggeber führe.

Unerheblich sei, ob – wie die Ag vortrage – die von der ASt abgegebene Kalkulation generell unüblich oder zu niedrig sei. Angebote der ASt in vergleichbaren Ausschreibungen wären bislang zu ca. 30 % angenommen worden. Eine Ablehnung sei regelmäßig damit begründet worden, dass die Kennzahl außerhalb des Korridors oder der Wertungspreis der ASt über dem Zuschlagspreis gelegen habe. Daher sei anzunehmen, dass der Preis der ASt oftmals auch unterboten worden sei, so dass der Vorwurf eines generell zu niedrigen Preises der ASt falsch sei. Insgesamt komme die ASt mit der von ihr kalkulierten Aufwandspauschale von [...] angesichts ihrer Vermittlungsquote gut aus. Würde sie jedoch alle Risiken in voller Höhe einkalkulieren, wäre ihr Angebot nicht mehr wettbewerbsfähig.

Die ASt beantragt

> die Einleitung eines Nac**h**prüfungsverfahrens und die Durchführung des Vergabeverfahrens unter Zugrundelegung vergaberechtskonformer Vertragsbedingungen.

b) Die Ag beantragt:

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

Der ASt drohe schon kein Schaden, weshalb ihr Antrag unzulässig sei. Sie habe in den Losen 1 und 2 ein Angebot abgegeben, welches jeweils außergewöhnlich niedrig kalkuliert worden seien; die Kalkulation sei der ASt auch möglich und zumutbar gewesen, alle Parameter für die Preisbildung lägen offen. Die ASt berücksichtige aber – trotz aller Hinweise der Ag zu den Vergütungsregelungen auch im Rahmen der aktuellen rechtlichen Auseinandersetzungen außerhalb des hiesigen Vergabeverfahrens – gerade keine Risikozuschläge. Ihr Vortrag im hiesigen Nachprüfungsverfahren belege ebenfalls, dass sie alle Risiken durchdrungen habe. Die Eckdaten etwa aus Los 1 belegten, dass die ASt das von ihr vermutete Risiko ohne Weiteres kompen-

sieren könne: Angesichts der Mindestteilnehmerzahl (101), der Aufwandspauschale/Woche ([…]) ergebe sich bei einer der Annahme einer 70 %igen Zuweisung und nur 9 Vermittlungen eine mittlere Aufwandspauschale von […]. Zwischen der möglichen Teilnehmerzahl 100 % und der Mindestteilnehmerzahl 70 % liege eine Kostenspanne von ca. […]. Allein durch die vertraglich vorgegebene Eingliederungsquote von 25 % (= 36 erfolgreiche Vermittlungen) erhalte der Auftragnehmer schon zusätzliche […] ([…]).Alternativ könne auch der Angebotspreis um […] angehoben werden. All dies wäre im Rahmen einer ordnungsgemäßen Kalkulation möglich; die ASt verweigere sich jedoch dieser Erkenntnis und entscheide sich bewusst gegen Risikozuschläge. Die Erfahrungen der Ag zeigten, dass die ASt mit ihrem Angebotspreis im Schnitt um 1/3 unter dem Mittelwert der eingereichten Angebote liege; teilweise liege sie 78 % unter dem Durchschnitt.

Darüber hinaus begehre die ASt eine Veränderung der Vertragskonditionen auf der Grundlage spekulativer Vertragsverletzungen der Ag (z.B. Nichtherausnahme von Teilnehmern trotz deren Fehlens). Daraus könne sie kein Rechtsschutzbedürfnis ableiten.

Letztlich sei der Nachprüfungsantrag gegen das gesamte Vergabeverfahren gerichtet und beschränke sich nicht auf die von der ASt bebotenen Lose. Auch aus diesem Grund sei der Antrag unzulässig.

Der Nachprüfungsantrag ist nach Ansicht der Ag jedenfalls unbegründet. Die ASt unterliege einem grundlegenden Irrtum: Sie konstruiere schwierigste Sachverhalte (80 % der Teilnehmer erschienen bereits am zweiten Tag der Maßnahme nicht mehr, fehlten monatelang unentschuldigt oder seien arbeitsunfähig und würden dennoch nicht vom Bedarfsträger aus der Maßnahme genommen werden), welche jedoch in dieser Form nicht verallgemeinerungsfähig seien. In den von der ASt gebildeten Beispielen würde der Bedarfsträger bei entsprechender Information durch den Auftragnehmer den Abbruch der Zuweisung veranlassen, so dass der ASt keine Kosten mehr entstünden, sie aber dennoch die Mindestvergütung für diesen Teilnehmer erhalte. Sollten in der Vergangenheit derartige Fälle, wie von der ASt beschrieben, aufgetreten seien, weise dies auf eine fehlerhafte Kommunikation zwischen Auftragnehmer und Bedarfsträger hin. Informiere der Auftragnehmer über den Meldevordruck F.5.11

den Bedarfsträger über das Fehlen des Teilnehmers, werde dieser tätig. Gegebenenfalls müsse der Auftragnehmer den Vorgang zum regionalen Einkaufszentrum eskalieren. Die ASt könne diese Ausnahmefälle jedoch nicht dafür heranziehen, die Kalkulation generell als unzumutbar abzutun. Nach den Erfahrungen der Ag bewege sich die durchschnittliche Zuweisungsdauer bei vergleichbaren […]Maßnahmen der ASt bei ca. sechs Wochen (Anlage Ag 7), so dass den Extremfällen keine echte Relevanz zukomme.

Ausschreibungsbedingungen könnten in rechtlicher Hinsicht nach der Abschaffung des „ungewöhnlichen Wagnisses“ nur noch unter dem Gesichtspunkt der „Unzumutbarkeit“ beanstandet werden. Rahmenvereinbarungen wohnten dabei schon generell erhebliche Kalkulationsrisiken inne, die typischerweise vom Bieter zu tragen seien. Die Ag habe auch den Anforderungen an eine transparente Darstellung des Abnahmevolumens und der Vergütungszusagen entsprochen; die Vorgaben seien zumutbar. Im Einzelnen:

Die individuelle Zuweisungsdauer liege zwischen sechs und acht Wochen (B.1.3. der Vergabeunterlagen). Die ASt beschränke sich bei ihrer Darstellung auf § 26 Abs. 5 des Vertrages, lasse jedoch positive (höhere) Zahlungen bei tatsächlichen Anwesenheitszeiten der Teilnehmer außen vor. Der Auftragnehmer erhalte zudem auch die Mindestvergütung für sechs Wochen, wenn der Teilnehmer frühzeitig vermittelt werde. Die ASt selbst gehe davon aus, dass aufgrund der aktuell guten Lage Teilnehmer schnell vermittelt werden könnten und berufe sich auf ihre hohe Vermittlungsquote. All dies relativiere ihr Risiko.

Die ASt blende auch aus, dass sie 2.000 € für die Vermittlung auch über die vorgegebene Eingliederungsquote von 25 % hinaus erhalte, die sie ausweislich ihres Angebots und ihres Vortrags übertreffe; sie setze ausweislich ihres Konzepts zur Flexibilisierung Honorarkräfte ein; sie könne zudem ihr Personal bei anderen Maßnahmen einsetzen, solange der geforderte Personalschlüssel eingehalten werde. Der Ag sei aus Altverträgen die Praxis der ASt geläufig, Leiharbeitnehmer aus einem anderen Unternehmen einzusetzen, so dass sie kurzfristig auf Veränderungen reagieren könne und sich ihr personelles Risiko nicht so wie dargestellt realisiere. Einflussfaktoren wie die Reduktion des Kostenrisikos bei Zuweisungen unterhalb von 100 %, dem Unterschreiten der Zuweisungszeiträume, tatsächlicher Teilnahmezeiträume

und ein mögliches Überschreiten der Gesamtzuweisungen auf bis zu 120 % blende die ASt ebenfalls aus. Dies alles führe dazu, dass das von der ASt angenommene Risiko mehr als neutralisiert werde.

Die Erwartungshaltung der ASt, einen Betrag für alle Teilnehmer über acht Wochen bzw. bei Fehlzeiten auch darüber hinaus zu erhalten, verkenne die Anforderungen der Leistungsbeschreibung. Die Aktivierung der Teilnehmer sei ein vom Auftragnehmer zu erbringendes Leistungsmerkmal. Ihm müsse es gelingen, die Teilnehmer an die Maßnahme zu binden. Die ASt habe in ihrem Konzept beschrieben (dort unter: II.2), dass ihr die multiplen Problemlagen der Teilnehmer bekannt seien und wie sie drohende Maßnahmeabbrüche erfolgreich zu verhindern gedenke. Auch vor diesem Hintergrund sei die Annahme einer 80 %igen Abbruchquote schon ab dem zweiten Tag der Zuweisung unwahrscheinlich.

Man sei im Vergleich zu früheren Ausschreibungen und von der Rechtsprechung als zumutbar anerkannter Regelungen den Bietern weiter entgegengekommen, indem man die Mindestvergütung konkret auf die Mindestwochenzahl bezogen habe.

Die Leistungsbeschreibung sei auch eindeutig und erschöpfend – so weit wie bei Rahmenverträgen möglich – beschrieben, so dass die Angebote der Bieter auch untereinander vergleichbar seien. Die verhältnismäßig hohe Mindestvergütung biete eine hinreichend hohe Sicherheit als Basis für die Kalkulation.

Letztlich erweise sich die Vergabe auch nicht als unwirtschaftlich. Dass die Bieter u.U. (unterschiedlich hoch kalkulierte) Risikozuschläge vorsähen, sei einem wettbewerblichen Verfahren immanent. Die Vergabenachprüfungsinstanzen seien zudem nicht befugt, der Ag eine möglichst billige Vergabe „aufzudrängen“.

5. In der mündlichen Verhandlung am 30. Januar 2018 wurde der Sachverhalt zwischen den Verfahrensbeteiligten und der Vergabekammer umfassend erörtert.

Auf Nachfrage der Vergabekammer erklärt die ASt, dass der Nachprüfungsantrag sich nach ihrem Verständnis von vornherein ausschließlich auf die Lose 1 und 2 ([…]), für die sie Angebote abgegeben habe, habe beziehen sollen. Für den Fall, dass eine Auslegung des

Nachprüfungsantrags dies nicht ergeben sollte, erklärt die ASt die Rücknahme des Nachprüfungsantrags in Bezug auf Los 3 und 4.

Die Ag erklärt, aufgrund der fehlenden Eingrenzung des Nachprüfungsantrags auf die Lose 1 und 2 das Vergabeverfahren insgesamt, also auch hinsichtlich der Lose 3 und 4, ausgesetzt zu haben, da sie von einer Erfassung aller Lose ausgegangen war.

a) Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 1. Februar 2018 trägt die ASt unter Verweis auf eine tatsächlich von ihr abgerechnete […]Maßnahme des Zeitraums 11/2015 bis 03/2016 vertiefend vor. An einem Beispielsfall ([…]) stellt sie dessen Anwesenheitszeiten einschließlich unentschuldigtem Fehlen und Krankheitstagen bis zur Herausnahme aus der Maßnahme durch den Bedarfsträger dar. In der Gesamtbetrachtung ergebe sich eine Zuweisungszeit von zehn Wochen, von denen jedoch nur fünf Wochenpauschalen von der Ag vergütet worden seien.

Aus Anlage 1 werde ersichtlich, dass von 656 Teilnehmerwochen aufgrund der Fehlzeitenproblematik lediglich 451 vergütet worden seien, obwohl die ASt auch für diese Zeiträume Personal und Räumlichkeiten habe vorhalten müssen. In der in Anlage 3 ausgewiesenen […]Maßnahme seien bei 469 eingemündeten Teilnehmern 270 Verlängerungen über die ursprüngliche Zuweisungszeit hinaus angefallen, in Einzelfällen um bis zu 43 Tage, welche nicht gesondert vergütet worden seien.

Da individuelle Zuweisungszeiten bei der Vergütungsregelung nicht berücksichtigt würden, werde der Mindestvergütungsanspruch zudem „aufgezehrt“, welches die ASt an einem Beispiel für eine fünfwöchige Mindestvergütung darlegt: Im Rahmen des § 26 Abs. 5 des Vertrages finde ein Vergleich statt zwischen der tatsächlich gezahlten Aufwandspauschale und dem Betrag, der sich aus der Mindesteilnehmerzahl x Aufwandspauschale x fünf Wochen ergibt; die Differenz sei dem Auftragnehmer nachträglich auszugleichen. Sei ein Teilnehmer durchgängig acht Wochen anwesend, ein anderer nur die ersten zwei – anschließend fehle er krankheitsbedingt und werde schließlich abgemeldet – errechne sich eine tatsächliche Vergütung von insgesamt zehn Wochenpauschalen. Da auch der Mindestvergütungsanspruch (zwei Teilnehmer x fünf Wochen) denselben Betrag ergebe, erhalte der Auftragnehmer keinen Ausgleichbetrag. Der Sinn der Mindestvergütung, einen Ausgleich für die Vorhaltever-

pflichtung zu sorgen, greife nicht mehr, wenn Teilnehmer über die fünf Wochen hinaus anwesend seien, da diese dann die Fehlwochen derjenigen Teilnehmer aufzehrten, die weniger als fünf Wochen anwesend seien. Faktisch würden die bereits bezahlten Teilnehmertage wieder zurückgenommen und mit noch zu vergütenden Ansprüchen verrechnet. Die Mindestvergütung unterscheide nicht zwischen Teilnehmern, die über fünf Wochen anwesend gewesen seien und denjenigen, die dies nicht erreicht hätten. Die Ausgleichsregelung komme daher nur dann zum Tragen, wenn erheblich weniger Teilnehmer zugewiesen würden oder diese fast durchgängig weniger als fünf Wochen anwesend wären.

Der Hinweis auf die Vermittlungshonorare sei unbehelflich, da diese nicht bei der Berechnung der Pauschale heranzuziehen und auch nicht Bestandteil des Angebots gewesen seien. Die Vermittlungshonorare deckten vielmehr weitergehende Kosten und evtl. auch die Gewinnerwartungen der ASt ab.

Gerade bei Teilnehmern mit Problemlagen könne keine ausreichende Einwirkung seitens des Bieters bereits am ersten Tag der Maßnahme erfolgen, um grundsätzlichen Verweigerungshaltungen zu begegnen; viele Teilnehmer fehlten daher schon am zweiten Tag der Maßnahme. Eine Einpreisung der Risiken sei nicht möglich, da die Fehlzeiten stark variierten. Fehlzeiten und Minderzuweisungen bewegten sich im Risikobereich der Ag, die Übertragung auf die Bildungsträger verstoße auch aufgrund der Monopolstellung der Ag gegen Treu und Glauben und sei ggf. sittenwidrig.

b) Mit ebenfalls nachgelassenem Schriftsatz vom 2. Februar 2018 nimmt die Ag zum Schriftsatz der ASt vom 24. Januar 2018 Stellung.

Die von der ASt dargelegten Angaben deckten sich nicht mit den Erhebungen der Ag. Die ASt habe sich von 01/17 bis 01/18 an 25 Vergabeverfahren mit 32 Losen beteiligt und habe dabei elf Zuschläge erhalten. Der Nicht-Erhalt der Zuschläge habe gerade nicht daran gelegen, dass die ASt – bei einer vermeintlich hohen qualitativen Bewertung – einen zu hohen Preis angeboten habe. In über […] habe die ASt den Schätzpreis um […] unterschritten, in einem Fall zu knapp […]. Auch den Durchschnittspreis aller Bieter habe die ASt in knapp […] der Fälle um […] unterschritten ([…] in der Spitze). Dies belege, dass die ASt sehr wohl trotz aller vermeintlich erkannter

Risiken keine diesbezüglichen Zuschläge ansetze, was sie in der mündlichen Verhandlung auch ausdrücklich bestätigt habe.

Soweit die ASt einen unzureichenden Bezugspunkt für die 70 %ige Mindestvergütung moniere, suggeriere sie zu Unrecht, dass die Ag sich nicht an die zugesicherte Mindestvergütung halten werde. Dies sei falsch; § 26 des Vertrages sei eindeutig. Alle anderen Bieter in diesem und allen vergleichbaren Ausschreibungsverfahren hätten die Regelung ohne Rückfragen oder Rügen verstanden.

In Bezug auf die Verpflichtung des Vorhaltens des Personals und der Räume für mindestens 70 % der Gesamtteilnehmer scheine die ASt die Begrifflichkeiten zu verwechseln. Die Bieter müssten bei ihrer Kalkulation den festgelegten Personalschlüssel bei einer kontinuierlichen Teilnehmerzuweisung einhalten. Die Bieter kalkulierten hierbei mit unterschiedlichen Erwartungen an die Zahl der Teilnehmer. Daher lasse sich die Ag angeben, von welchen Erwartungen aus kalkuliert worden sei, damit die Angebote bei der Kalkulationsprüfung vergleichbar seien. In der späteren Vertragsumsetzung müsse der Auftragnehmer abhängig von der konkreten Teilnehmerzuweisung so viel Personal vorhalten, wie er für die Einhaltung des Personalschlüssels benötige. Vorzuhaltendes, aber nicht zwingend einzusetzendes Personal (weil der Schlüssel auch ohne dieses eingehalten werde) könne der Auftragnehmer bei anderen Maßnahmen einsetzen. Auch dies habe die ASt durchdrungen, da sie in ihrem Konzept unter Ziffer III.1 beschreibe, dass sie von dieser Möglichkeit Gebrauch mache. Die von der ASt beschriebenen Annahmen (z.B. Nicht-Erscheinen ab dem dritten Tag der Zuweisung) stellten worst-case-Szenarien dar, die so noch nie eingetreten seien. Die von der ASt aktuell umgesetzte […] belege eine durchschnittliche Anwesenheitsquote der Teilnehmer von bis zu 72,8 %.

In Bezug auf die Vermittlungsvergütung gehe die ASt recht in der Annahme, dass diese nur bei tatsächlichem Erfolg gezahlt werde; die Vermittlung sei Teil der Leistung und falle daher nicht unter die Mindestvergütung. Auf einen vermeintlich fehlenden Vertrag zwischen Teilnehmer und Auftragnehmer zur Bestätigung der Vermittlung komme es nicht an. Die Bestätigung sei nach § 26 Abs. 11 des Vertrages beim Beschäftigungsbetrieb abzuholen, nicht beim ehemaligen Teilnehmer. Nur wenn der Betrieb die Bestätigung verweigere, könne auf den ehemaligen Teilnehmer zurückgegriffen werden. Verweigerten beide die Bestätigung, müsse die Frage gestellt werden,

ob die Vermittlung tatsächlich durch den Auftragnehmer erfolgt sei. Die Ag habe die Regelung bewusst so zur Reduktion von festgestelltem Missbrauch gewählt. Die von der ASt aufgestellte Forderung nach einem Ausgleich für vermeintlich entgangene Vermittlungsvergütungen bei Unterschreitung der Mindestteilnehmerzahl sei vermessen und unverhältnismäßig, da die Nichtzuweisung bereits über die Mindestvergütung abgedeckt werde.

Über Fehlzeiten der Teilnehmer habe der Auftragnehmer den Bedarfsträger umgehend zu informieren. Dieser werde nach Kenntnisnahme die rechtlich notwendigen Schritte einleiten und den Teilnehmer ggf. aus der Maßnahme nehmen. Erfolge dies nicht, müsse der Auftragnehmer auf den Bedarfsträger einwirken bzw. bei der nächsthöheren Ebene ([…]) eskalieren. Dass die ASt – wie sie in der mündlichen Verhandlung eingeräumt habe – bewusst nicht tue, um das Verhältnis zur Ag nicht zu belasten, führe dazu, dass sich Teilnehmer als „zugewiesen“ in der Maßnahme befänden, obwohl diese dauerhaft krank seien oder nicht mitwirkten. Die unterlassene Mitwirkung der ASt im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht könne jedoch nicht der Ag als Vergaberechtsverstoß angelastet werden. Unabhängig davon bewegten sich nach den statistischen Daten die Abwesenheitszeiten bei Maßnahmen der ASt nicht annähernd bei der von der ihr beschriebenen 80 % - Grenze.

Letztlich sei fraglich, ob der für die ASt in der mündlichen Verhandlung aufgetretene Herr […] diese hätte vertreten dürfen. Er sei weder Prozessbevollmächtigter noch Geschäftsführer und nach den Erkenntnissen der Ag auch kein Mitarbeiter der ASt. Er hätte daher nicht federführend die ASt in der mündlichen Verhandlung vertreten dürfen.

Mit Schriftsatz vom 7. Februar 2018 nimmt die Ag abschließend zum Schriftsatz der ASt vom 31. Januar 2018 Stellung. Aus Sicht der Ag habe die ASt weiterhin kein unzumutbares Wagnis belegt. Das von ihr vorgelegte statistische Material (Anlage 3) weise im Gegenteil eine Anwesenheitsquote der Teilnehmer von rd. 73 % aus und widerlege somit die eigene Aussage der ASt, dass 80 % der Teilnehmer bereits am zweiten Tag fehlten. Bei Anlage 2 ergebe sich ebenfalls eine Anwesenheitsquote von rd. 67 %. Anlage 1 lasse bei rd. 29 % der Teilnehmer eine Zuweisungszeit von weniger als fünf Wochen erkennen. Auch dies stehe in Widerspruch zu der vermeintlich

vernachlässigbaren Unterschreitung und massiven Überschreiten von Zuweisungszeiträumen. Bei 24 % der Teilnehmer werde die achtwöchige Zuweisungsdauer überschritten, so dass in Summe 205 eingesparte 231 zusätzlichen Tagen gegenüberstünden; dies erscheine der Ag ausgewogen und kalkulierbar.

Widersprüchlich sei der Vortrag der ASt auch insoweit, als sie ihr gutes Fehlzeitenmanagement anspreche und die tatsächliche Herausnahme von Teilnehmern anführe, gleichzeitig aber die fehlende Mitwirkung der Bedarfsträger bei der Herausnahme und das bewusste Unterlassen der Aufforderung zur Herausnahme von Teilnehmern durch die ASt selbst behaupte.

Die von der ASt vorgelegten Daten bezögen sich auf eine Maßnahme, bei der eine Teilnehmerzuweisung von (zulässigen und mit vorherigem Einverständnis der ASt) 120 % erfolgt sei. Bei diesem stiegen – was von der ASt (bewusst) unerwähnt bleibe – auch die Vermittlungschancen und damit auch das entsprechende erwartbare Honorar.

Das von der ASt angeführte Vorhalterisiko in Bezug auf Räumlichkeiten und Personal stelle sich ebenfalls anders dar. Da die Bieter ohnehin mit einer zusätzlichen monatlichen Zuweisung von bis zu + 10 % kalkulieren müssten, sei unrealistisch, dass diese bezogen auf einen Teilnehmer mehr oder weniger kalkulierten. Auch könne die fachpraktische und theoretische Qualifikation gemeinsam mit nicht vom Bedarfsträger geförderten Teilnehmern erfolgen, was das Vorhalterisiko ebenfalls reduziere; zumal im von der ASt eingereichten Beispiel 28 % der Teilnehmer die Maßnahme vorzeitig verlassen hätten.

Die Vermittlung sei, anders als von der ASt dargestellt, als Teil der Leistung selbstverständlich in die Schätzpreiskalkulation eingeflossen. Den Umfang der Vermittlungsleistungen lege der Bieter im Rahmen seiner unternehmerischen Freiheit fest. Die von der ASt in Bezug auf die Mindestvergütung vorgelegten Berechnungen seien falsch, weil sie die Nichterhöhung der Mindestvergütung bei einer 120 % - Zuweisung nicht berücksichtige.

Ebenso falsch sei die Verpflichtung einer kalkulatorischen Annahme der Mindestzuweisung von acht Wochen. Bei […] sei eine Zuweisung von drei bis acht Wochen

möglich; bei […] zwischen sechs und acht Wochen. Welchen Zeitraum der Bieter seiner Kalkulation innerhalb der Spanne zugrunde lege, könne die Ag ihm nicht vorschreiben. Ebenso falsch seien die Berechnungen auf S. 4 des Schriftsatzes, die bei korrekter Vorgehensweise zu einem Ausgleichsbetrag zugunsten des Auftragnehmers führten.

Die ASt lege letztlich für alle Parameter statistische Daten vor und stelle das jeweilige Risiko dar. Sie leite die Unzumutbarkeit daraus ab, dass sie es vorsätzlich unterlasse, hierfür Risikozuschläge zu berücksichtigen. Dies begründe kein vergaberechtliches Wagnis.

c) Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2018 vertieft die ASt ihr Vorbringen. Die von ihr vorgelegten Beispielsfälle hätten bewusst keine worst-case-Szenarien betroffen. Die Ast sei durchaus in der Lage Abrechnungsdaten vorzulegen, die dem angesprochenen Szenario entsprächen. Trotz der hohen Anwesenheitszeiten der Teilnehmer habe sie bei diesen Maßnahmen aus ihrer Sicht keine akzeptable Vergütung erreichen können. Grund hierfür sei der bereits erwähnte Aufzehrungseffekt. Selbst wenn man die Vermittlungsvergütung heranziehe, wäre weiterhin eine Unterdeckung vorhanden, obwohl man die Kosten für die Vermittler mit 0 € angesetzt habe. Die Ag setze in Bezug auf die Vermittlungsvergütung auf eine Vernebelungstaktik; Rügegegenstand sei die Aufwandspauschale. Die Ag verkenne weiterhin die Problematik der Vorhaltekosten in Bezug auf Räumlichkeiten und Personal und bestreite pauschal die von der ASt angeführten Probleme. Dies werde auch nicht dadurch abgemildert, dass man die Teilenehmer zusammen mit anderen schulen könne. In der Regel sei das Schulungsniveau der externen Maßnahme nicht vergleichbar.

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

II.

Soweit der Nachprüfungsantrag nach der Teilrücknahme in Bezug auf die Lose 3 und 4 noch anhängig ist, ist er zulässig, jedoch unbegründet.

Die von der ASt in der mündlichen Verhandlung erklärte Rücknahme, für den Fall, dass die von ihr beabsichtigte Beschränkung des Nachprüfungsantrags auf die Lose 1 und 2 sich nicht aus dem Nachprüfungsantrag ergebe, greift vorliegend Platz. Denn tatsächlich ist der Antrag zunächst als unbeschränkt gegen alle Lose gerichtet zu verstehen gewesen. Zwar bezogen sich die Bieterfragen der ASt auf die Lose 1 und 2, auch hat sie nur für diese Lose Angebote abgegeben. Da sich der Vortrag der ASt jedoch gegen die Unzumutbarkeit der Kalkulation an sich richtet und damit theoretisch auch die grundsätzliche Möglichkeit der Abgabe eines wirtschaftlichen und wettbewerbsfähigen Angebots für alle Lose hat betreffen können, war es nicht von vornherein ersichtlich, dass sich ihr Antrag nur auf diejenigen Lose beschränken sollte, auf die sie letztlich auch Angebote abgegeben hatte. Auch hat die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag die Preisblätter für alle vier Lose in ihren Anlagen mit eingereicht (Anlage ASt 3) und insoweit den Anschein erweckt, dass auch diese von ihrem Antrag umfasst seien sollen. Mangels eindeutiger Eingrenzung auf die Lose 1 und 2 hat die Kammer das Zuschlagsverbot folglich umfassend, mithin auch für die Lose 3 und 4 ausgelöst. Dem folgend hat die Ag das Vergabeverfahren in Bezug auch auf diese beiden Lose gestoppt. Auf den Vorwurf der Ag in ihrer Antragserwiderung vom 18. Januar 2018, der Antrag sei zu unkonkret, da das gesamte Vergabeverfahren angegriffen worden und gerade nicht nur die bebotenen Lose 1 und 2, hat die ASt in der Folge ebenfalls nicht reagiert und die von ihr intendierte Beschränkung schriftsätzlich klargestellt. Erst in der mündlichen Verhandlung (vgl. Protokoll) hat sie Entsprechendes erklärt. Dies ist indes als Teilrücknahme zu werten, so dass sich insoweit das Nachprüfungsverfahren erledigt hat.

1. Der Nachprüfungsantrag, soweit über ihn nach der Teilrücknahme noch zu befinden ist, ist zulässig.

   a) Für die Nachprüfung ist die Vergabekammer des Bundes zuständig, da sich der Antrag unstreitig auf einen Auftrag bezieht, der dem Bund zuzurechnen ist und dessen Wert sich oberhalb der für Dienstleistungen maßgeblichen Auftragswertschwelle bewegt.

   b) Die ASt ist auch antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB hinsichtlich der von ihr als vergaberechtswidrig erachteten Unzumutbarkeit der Kalkulation. Sie hat ein Interesse an dem ausgeschriebenen Auftrag, das sie durch die von ihr vorprozessual erhobene

Rüge und den in der Folge gestellten Nachprüfungsantrag hat erkennen lassen. Zwar war sie nach Lage der abgegebenen Angebote offenbar in der Lage preislich sehr wettbewerbsfähige Angebote für die Lose 1 und 2 einzureichen. Inwieweit ihr die wirtschaftliche Beteiligungsmöglichkeit tatsächlich durch die Vorgaben der Ag in der Leistungsbeschreibung bzw. dem Vertrag erschwert wurde und ihr insoweit ein Schaden zu entstehen droht, ist eine Frage der Begründetheit. Angesichts der geringen an die Antragsbefugnis zu stellenden Anforderungen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004 - 2 BvR 2248/03, sowie BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06 m.w.N.) ist es in diesem Rahmen ausreichend, dass sich die ASt darauf beruft, an der Abgabe eines wettbewerblich aussichtsreicheren bzw. eines mit den Angeboten der anderen Bieter vergleichbaren Angebots gehindert zu werden (mangels entsprechend substantiierten Vortrags des dortigen Antragstellers insoweit anders: 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 7. Dezember 2017, VK 1 – 131/17).

c) Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB nachgekommen. Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB wurde durch die Antragstellung am 10. Januar 2018 nach Erhalt der Nichtabhilfemitteilung vom 4. Januar 2018 ebenfalls gewahrt.

d) Der Vortrag der ASt aus der mündlichen Verhandlung ist nicht deshalb unbeachtlich, weil er primär von Hr. […] vorgetragen wurde. Denn dieser ist als Beistand i.S.d. § 14 Abs. 4 S. 1 VwVfG anzusehen. Da der ebenfalls anwesende Geschäftsführer der ASt diesem Vortrag nicht widersprochen hat, gilt er gem. § 14 Abs. 4 S. 2 VwVfG als von ihm selbst und damit für die ASt vorgebracht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Das Vorbringen der ASt lässt sich im Wesentlichen dahin zusammenfassen, dass sie sich einerseits mit ihrer Infrastruktur (Personal und Räume) leistungsbereit in Bezug auf die volle Teilnehmerzahl und in Bezug auf eine maximale zeitliche Zuweisungsdauer der Teilnehmer von acht Wochen halten muss, diese Infrastruktur aber andererseits nicht gänzlich der Ag in Rechnung stellen könne. Denn die Ag berechne die vertraglich zugesagte Mindestvergütung, die in dem Fall greift, in dem nicht die volle Teilnehmerzahl der Maßnahme zugewiesen wird, nur nach 70 % der Teilnehmer und einer Verweildauer in der Maßnahme von sechs Wochen; Nachholzeiten von erkrankten Teilnehmern würden ausschließlich nach deren tatsächlicher Anwesenheitszeit vergü-

tet, nicht in der gesamten Zeit, in welcher sich die ASt diesbezüglich ebenfalls leistungsbereit halten müsse, auch wenn der Teilnehmer nicht erscheint. Der ASt kann hier nicht gefolgt werden, denn es liegt einmal in der Natur von Rahmenvereinbarungen, dass sie mit Unsicherheiten hinsichtlich des letztendlich als Einzelabruf vom Auftraggeber abgenommenen Volumens belastet sind und dass diese Unsicherheiten nicht allein vom Auftraggeber zu tragen sind, sondern auch von den Bietern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.02.2013, Verg 44/12). Die Ag hat in der Gesamtschau eine Regelung getroffen, welche die Unsicherheiten in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung in einer zumutbaren Weise – und dies ist der korrekte Maßstab für die vergaberechtliche Überprüfung von vertraglichen Klauseln, die grundsätzlich nicht mehr der Sphäre des Vergaberechts zuzuordnen sind – zwischen der Ag und dem späteren Auftragnehmer verteilt. Die Ag bürdet nicht einseitig dem Auftragnehmer ein Risiko auf, sondern sieht vielmehr auch Regelungen vor, welche die die Risiken für den Auftragnehmer zu ihren eigenen Lasten abfangen. Ebenso wenig bedingen die Vorgaben der Ag eine originär vergaberechtliche Problematik, denn die Bieter sind über das Einkalkulieren von Sicherheits- bzw. Risikozuschlägen in der Lage, die Leistung ordnungsgemäß zu kalkulieren. Im Einzelnen:

a) Soweit sich die ASt für ihren Angriff auf die vertraglichen Regelungen des § 26 auf die Rechtsfigur des ungewöhnlichen Wagnisses beruft, ist zunächst festzuhalten, dass das früher in der VOL/A-EG bestehende Verbot einer Überbürdung ungewöhnlicher Wagnisse auf Bieter/Auftragnehmer bereits mit der Vergaberechtsreform des Jahres 2009 weggefallen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14; Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11, Beschluss vom 20. Februar 2013, VII-Verg 44/12; OLG München, Beschluss vom 6. August 2012- Verg 14/12; OLG Koblenz, Beschluss vom 29. November 2012, 1 Verg 6/12; OLG Schleswig, Beschluss vom 25. Januar 2013, 1 Verg 6/12) und auch keine Renaissance in der Vergaberechtsreform 2016 erfahren hat. Schon seit der Reform 2009 hat sich in den zitierten Entscheidungen daher die Meinung durchgesetzt, die Vergabenachprüfungsinstanzen könnten lediglich unzumutbare Anforderungen an die Angebotserstellung, insbesondere der Kalkulation des Angebotspreises in den Vergabeunterlagen, prüfen und ggf. beanstanden (vgl. dazu im Einzelnen u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11, unterschiedliche Akzentuierung: OLG Dresden, Beschlüsse vom 2. August 2011, Verg 4/11 und vom 28. November 2013, Verg 6/13; OLG Jena, Beschluss vom 22. August 2011, 9 Verg 2/11).

Vorausgeschickt ist zudem anzumerken, dass ein Auftraggeber durchaus „riskante“ Leistungen ausschreiben kann, die er lediglich funktional beschreibt und in der Menge hochgerechnet hat (so auch OLG Naumburg, Urteil vom 22. Januar 2002, 1 U (Kart) 2/01). Auch gibt es kein gesetzliches Verbot, bestimmte Vertragsrisiken, selbst wenn sie gewichtig und nach dem Leitbild des Bürgerlichen Gesetzbuchs - wie etwa das Verwendungsrisiko - prinzipiell vom Auftraggeber zu tragen sind, zumindest teilweise auf den Auftragnehmer zu verlagern (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14). Ebenso wenig sind Bieter/Auftragnehmer rechtlich gehindert, ein solches Risiko zu übernehmen (so BGH, Urteil vom 27. Juni 1996, VII ZR 59/95). Schuldrechtlich betrachtet wären auch einseitig verpflichtende Verträge statthaft, die keine Abnahmepflicht des Auftraggebers, sondern lediglich eine Dienstleistungs- oder Lieferverpflichtung des Auftragnehmers vorsehen (BGH, Urteil vom 18. Januar 1989, VIII ZR 311/87, NJW 1990, 1233 m.w.N.).

Diese zivilrechtlichen Überlegungen finden ihren vergaberechtlichen Nexus in der Betrachtung der Zumutbarkeit. Hinzu kommt, dass in Bezug auf die hier abzuschließende Rahmenvereinbarungen anerkannt ist, dass die ihr immanent innewohnende Ungewissheit vom Bieter zu tragen ist (3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 28. Januar 2005, VK 3-221/04). Die Rahmenvereinbarung ist als Instrument gerade vor dem Hintergrund eingeführt wurden, dem Auftraggeber ein größeres Maß an Flexibilität einzuräumen.

Diese Prüfung ergibt im vorliegenden Fall, dass die Grenze der Zumutbarkeit, auch vor dem Hintergrund der Nachfragemacht der Ag (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11) und unter Berücksichtigung der einzukalkulierenden Vorhaltekosten für die Bieter aus Sicht der Kammer nicht überschritten ist.

(1) Im Kern begehrt die ASt letztlich eine Modifikation der Vergütungsregeln dahingehend, dass die Ag auch dann die wöchentliche Aufwandspauschale erstatten muss, wenn der Teilnehmer (entschuldigt oder unentschuldigt) fehlt und vom Bedarfsträger nicht aus der Maßnahme herausgenommen wurde. Die ASt hat jedoch nicht zur Überzeugung der Kammer darlegen können, weshalb ihr die Vergütungsvorgaben ohne diese Modifikation die Kalkulation und damit die Abgabe eines wettbewerbsfähigen Angebots unzumutbar machen. Im Gegenteil lässt ihr gesamter Vortrag erkennen, dass sie die Risiken wahrgenommen hat

und lediglich zur Aufrechterhaltung einer möglichst hohen Wirtschaftlichkeit ihres Angebots keine Risikozuschläge vornehmen möchte. Die abstrakt erforderliche Berücksichtigung von Risikozuschlägen begründet vergaberechtlich für sich betrachtet jedoch keine Unzumutbarkeit der Angebotskalkulation; ebenso wenig wie der unternehmerische Unwillen, Zuschläge anzusetzen. Allein ausschlaggebend ist, dass die vertraglichen bzw. leistungsbezogenen Vorgaben die Risiken transparent erkennen lassen. Dies ist hier der Fall. Des Weiteren liegen umfangreiche Erfahrungen aus früheren Maßnahmen vor, aus denen insbesondere die ASt als Vorauftragnehmerin entsprechender Maßnahmen ihre unternehmerischen Schlüsse ziehen kann (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 09. Juni 2004, VII-Verg 18/04; vom 23. März 2005, VII-Verg 77/04; vom 19. Oktober 2006, VII-Verg 39/06; vom 18. November 2009, VII-Verg 19/09).

Die von der ASt begehrte Vergütung der Wochenpauschalen auch für die zugewiesenen, jedoch abwesenden Teilnehmer würde zudem der Beschaffungsintention der Ag zuwiderlaufen. Führte die Ag dieses System ein, reduzierte sich der Anreiz des Auftragnehmers, fernbleibende Teilnehmer zur Rückkehr in die Maßnahme zu bewegen, deutlich, da der Auftragnehmer seine Pauschale (nahezu) leistungslos erhielte; der gesellschaftspolitische Zweck der Maßnahme würde damit konterkariert. Ebenso hätte der Auftragnehmer keinen Anreiz mehr, den Bedarfsträger vom Fehlen des Teilnehmers in Kenntnis zu setzen und ihn aus der Maßnahme herausnehmen zu lassen.

Die von der Ag vorliegend verwandte und durch das Einbeziehen des Faktors „sechs Wochen“ bei der Berechnung der Mindestvergütung nur leicht modifizierte Vergütungssystematik auf der Basis einer 70 %igen Mindestvergütung ist im Übrigen von der obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2009, VII-Verg 19/09; Beschluss vom 7. März 2012, VII-Verg 91/11 bei einer 60 %igen Mindestvergütung) anerkannt. Dagegen ist auch durch den Vortrag der ASt nichts zu erinnern.

(2) Schon die Prämisse der ASt, dass von ihr bei der Angebotskalkulation ins Kalkül einzustellen sei, dass 80 % der Teilnehmer bereits am zweiten Tag der Maßnahme fehlten, ist weder mit den von ihr vorgelegten Daten noch mit ihrem ei-

genen Angebotskonzept in Einklang zu bringen. Die mit Schriftsatz vom 31. Januar 2018 exemplarisch vorgelegten Maßnahmen belegen eine Anwesenheitsquote der Teilnehmer zwischen 67 und 73 %, was die ASt mit Schriftsatz vom 13. Februar 2018 bestätigt. Insgesamt geht die Ag nach den ihr vorliegenden und von der ASt nicht substantiiert angegriffenen Daten von einer Anwesenheitsquote bei von der ASt durchgeführten Maßnahmen von mehr als 60 % aus. Dies dürfte auch insoweit der Realität entsprechen, da die ASt bei einer Abwesenheitsquote von 80 % der Teilnehmer unmöglich auf eine Vermittlungsquote von 25-40 % kommen könnte, die sie in ihrem Angebotskonzept beschreibt (dort. S. 34) und auch im Nachprüfungsverfahren nochmals bestätigt hat. Das Vergütungssystem der Ag muss diesen allenfalls als hypothetisch zu bezeichnenden Fall des massiven Fernbleibens der eingemündeten Teilnehmer folglich nicht abbilden. Überdies griffe im Fall des massiven Nichterscheinens – mit der Folge der Herausnahme der Teilnehmer – die Mindestvergütungsregelung des § 26 Abs. 5 des Vertrages.

(3) Dass sich diese Mindestvergütung nur auf sechs, statt wie von der ASt gefordert auf acht Wochen bezieht, lässt die Kalkulation ebenfalls nicht als unzumutbar erscheinen. Die Annahme der ASt, die Wertung des Angebotspreises beziehe sich auf acht Wochen, dies müsse der Bieter bei der Kalkulation seines Preises berücksichtigen und daher müsse auch die Mindestvergütung acht Wochen umfassen, ist nicht korrekt. Der Los-Gesamtpreis wird fiktiv für den Vergleich der Angebote untereinander berechnet; dies stellt jedoch keine zwingende Kalkulationsvorgabe für die Bieter bei der Berechnung der Aufwandspauschale dar. Ebenso wenig muss die acht-Wochen-Periode bei der Bemessung der Mindestvergütung angesetzt werden. Da die individuelle Zuweisungszeit schon im Ausgangspunkt darunter liegen kann (sechs <u>bis</u> acht Wochen) und sich gegebenenfalls auch durch eine schnelle Vermittlung seitens des Auftragnehmers reduziert, muss nicht von der Maximalzeit der Zuweisung bei der Mindestvergütung ausgegangen werden. Die Ag hat insoweit dargelegt, dass im Durchschnitt über alle Maßnahmen von einer sechswöchigen Anwesenheit der Teilnehmer ausgegangen werden kann. An der Sachgerechtigkeit der zeitlichen Komponente der Mindestvergütung bestehen daher keine durchgreifenden Bedenken. Eine Unzumutbarkeit lässt sich folglich hieraus ebenfalls nicht ableiten.

(4) Die vorgesehene Verlängerung der Zuweisungsdauer der Teilnehmer aufgrund von Fehlzeiten erscheint auch unter Berücksichtigung der Vorhaltekosten der Auftragnehmer in Bezug auf Räumlichkeiten und Personal nicht als unzumutbar. Zwar hat der Auftragnehmer keinen Einfluss auf die Zuweisung der Teilnehmer. Die Zuweisungen erfolgen durch den Bedarfsträger, sie liegen damit außerhalb der Einfluss- und Risikosphäre des Auftragsnehmers. Auch ist der ASt zuzugeben, dass sie es nicht in der Hand hat, (echte) krankheitsbedingte Fehlzeiten der Teilnehmer in den Griff bekommen zu können. Andererseits ist es ein wesentlicher Teil der Leistungserbringung, Vermittlungshemmnissen entgegenzuwirken und gerade die „schwierigen“ Teilnehmer mit multiplen Problemlagen zu aktivieren. Nach dem Vortrag der ASt sind die vermeintlichen Krankheiten der Teilnehmer zu einem Großteil lediglich vorgeschoben, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen damit „erschlichen“. Es besteht somit vielfach kein Teilnahmehindernis im Sinne einer krankheitsbedingten Unmöglichkeit, sondern vielmehr Motivationshemmnisse auf Seiten der Teilnehmer. Dies anzugehen, ist indes gerade die Leistung, welche die Ag einkauft und welche auch die ASt in ihrem Konzept auf S. 12 – 15 ausführlich beschreibt. Daher hat es der Bieter – wenn auch nur in Bezug auf gesunde fehlende bzw. vermeintlich kranke Teilnehmer – selbst in der Hand, den Fehlzeiten und damit der drohenden Verlängerung über den ursprünglichen Zuweisungszeitraum hinaus entgegenzuwirken.

Jedenfalls kann ein Auftragnehmer durch schnelle Vermittlung der willigen Teilnehmer einen drohenden Überhang vermeiden. Sollte er dies angesichts seiner Vorerfahrungen für unwahrscheinlich halten, muss er dies durch Risikozuschläge kompensieren.

(5) Diese Möglichkeit blendet die ASt bei ihrer Risikobetrachtung aus. Aufgrund ihrer schnellen Vermittlungserfolge tritt auch eine nicht zu vernachlässigende Unterschreitung der Zuweisungsdauer in einer Vielzahl von Fällen ein. Ausweislich der zwischen den Verfahrensbeteiligten diskutierten Marktdaten der Anlage 1 des Schriftsatzes der ASt vom 31. Januar 2018 haben knapp 30 % der Teilnehmer die 5-wöchige Zuweisungszeit unterschritten, so dass selbst bei einer substantiellen Überschreitung des Zuweisungszeitraums durch tatsächlich kranke oder unmotivierbare Teilnehmer eine Kompensation möglich erscheint.

Dies führt zu einer Reduktion der (anteiligen) Vorhaltekosten oder jedenfalls zu einem gewissen Kostenausgleich für diejenigen Teilnehmer, deren Zuweisungszeiten sich durch Fehlzeiten verlängern. Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung angesichts der aktuellen prosperierenden Wirtschaftslage von der Möglichkeit der Vermittlung innerhalb von zwei Tagen für jeden Teilnehmer, der tatsächlich eine Arbeit aufnehmen will, gesprochen. Dies deckt sich mit der von ihr in ihrem Konzept dargestellten Situation (S. 36). Auch insoweit ist folglich davon auszugehen, dass sich das Vorhalterisiko jedenfalls nicht in der Risikodimension bewegt, wie von der ASt beschrieben. Jedenfalls hat sie es in Bezug auf die arbeitswilligen Teilnehmer in der eigenen Hand, eine teilweise Unterschreitung der Zuweisungsdauer selbst herbeizuführen und damit einen drohenden Überhang zu vermeiden.

(6) Das Risiko in Bezug auf die Vorhaltekosten für die Räumlichkeiten und das Personal erscheint im Ergebnis auch unter folgenden Gesichtspunkten als zumutbar: Die Ag lässt es zu, dass das Personal bei Leerläufen aufgrund von Unterzuweisungen außerhalb der Maßnahme eingesetzt wird, solange der Auftragnehmer den geforderten Personalschlüssel einhält. Ebenso können die Teilnehmer ihre Qualifikation gemeinsam mit nicht vom Bedarfsträger geförderten Teilnehmern absolvieren, solange die Maßnahmeinhalte vergleichbar sind, worauf die ASt zurecht hinweist. Die ASt verwendet letztlich zur Flexibilisierung des Personals auch externe Honorarkräfte (Ziff. III.1 ihres Konzepts), um auf Teilnehmerschwankungen reagieren zu können. Die von ihr im Nachprüfungsverfahren angesprochene Notwendigkeit der kontinuierlichen Betreuung der Teilnehmer durch dieselben festangestellten Mitarbeiter deckt sich insoweit nicht mit ihrem Angebotsinhalt.

(7) Zu Unrecht beruft sich die ASt weiterhin darauf, dass die als Folge einer Vermittlung ausgelobte Vergütung bei der Betrachtung der Zumutbarkeit der Angebotskalkulation außen vor zu bleiben habe. Da die Vermittlung der Teilnehmer in ein Beschäftigungsverhältnis ein wesentlicher Teil der Leistungserbringung ist – der Bieter muss ausweislich der Preisblätter eine Vermittlungsquote von 25 % der Teilnehmer sicherstellen – sind die von der Ag für jeden Vermittlungserfolg zu vergütenden 2.000 € dem Grunde nach bei der Gesamtbetrachtung des Auftragswerts einzukalkulieren. Folgerichtig ist die Vermittlungsvergütung Teil des (fiktiven) Gesamt-Lospreises (Spalte 22 des Preisblattes). Die ASt

selbst sieht die Vermittlungsvergütung nach ihrem eigenen Vortrag auch als Teil ihres Kostendeckungs- bzw. Gewinnpotentials an. Da sie zudem von einer relativ hohen Vermittlungsquote ausgeht ([…]), ist unerfindlich, weshalb die Vermittlungsvergütung bei der Kalkulation von ihr nicht in Ansatz zu bringen sein sollte. Allein aus der abstrakten Möglichkeit, dass der Bedarfsträger sehr wenige Teilnehmer zuweist, wodurch die absolute Höhe der Vermittlungen sinkt, folgt keine Unzumutbarkeit. Denn in diesem Fall wird der Auftragnehmer durch die Mindestvergütungsregelung des § 26 Abs. 5 des Vertrages geschützt.

Umgekehrt existiert auch die Möglichkeit der Zuweisung von 120 % der Teilnehmer – mit Einverständnis des Auftragnehmers –, was die Anzahl der denkbaren Vermittlungshonorare erhöht. Die von der ASt im Nachgang zur mündlichen Verhandlung vorgelegten exemplarischen Maßnahmen machten gerade von dieser Möglichkeit Gebrauch, so dass einerseits ein hohes Risiko einer massiven Unterzuweisung durch den Bedarfsträger nicht ersichtlich ist und andererseits das Potential für Vermittlungsvergütungen der sehr groß erscheint.

(8) Vergaberechtlich begegnet es letztlich ebenfalls keinen Bedenken, dass der Bieter die Aufwandspauschalen erst nach seiner Leistungserbringung erhält und dass der (potentielle) Differenzbetrag zwischen tatsächlich geleisteter Vergütung und Mindestvergütung erst nach Abschluss der Maßnahme ermittelt und ausgezahlt wird. Diese die Vorfinanzierung des Auftrags betreffenden Fragen sind im Rahmen der Geschäftstätigkeit übliche und insbesondere kalkulierbare Situationen, auf die sich der Bieter einstellen kann.

a) Ein Verstoß gegen das Gebot einer eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung ist ebenfalls nicht festzustellen, § 121 GWB. Die Vorgaben der Ag sind klar und eindeutig; der Vortrag der ASt zeigt, dass sie sich der Konsequenzen der aufgestellten Anforderungen und der vertraglichen Vergütungsregeln bewusst ist. Auch haben andere Bieter keine Bieterfragen gestellt oder Unklarheiten gerügt, was jedenfalls eine taugliche Grundlage für eine Angebotsabgabe indiziert. Ein fundamental abweichendes Verständnis der Bieter von den Vergütungsvorgaben ist nicht zu erwarten. Allein daraus, dass aufgrund der transparent vorliegenden Risiken die Bieter unterschiedlich kalkulieren und in der Höhe divergierende Risikozuschläge vorsehen, was zu einer durchaus weiten Spreizung der Angebotspreise führen kann, ist nicht zu

schlussfolgern, dass miteinander nicht vergleichbare Angebote vorliegen werden. Die Ag musste daher keine Regelungen treffen, wie die Bieter mit dem Thema Verlängerungen über die maximale Grundzuweisung von acht Wochen umgehen müssen; ebenso durfte sie es diesen überlassen, den Zusammenhang zwischen (potentieller) Zuweisungsdauer und Mindestvergütung kalkulatorisch selbst einzuschätzen.

Beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung wie der vorliegenden sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung überdies geringer als bei einer gewöhnlichen Ausschreibung anzusetzen, was in der Ungewissheit von Zuweisungszeiten bzw. der Anzahl der Teilnehmer begründet liegt, bzw. wie hier auch in den Unwägbarkeiten, die in der Natur der Teilnehmer liegen und zu unterschiedlichen Annahmen bei potentiellen Zuweisungsverlängerungen aufgrund von Fehlzeiten führen. Die einer Rahmenvereinbarung immanent innewohnenden Risiken bedingen regelmäßig, dass die Bieter unterschiedliche Risikobewertungen vornehmen. Solange die Risiken transparent für die Bieter sind – was nach den obigen Ausführungen der Fall ist – ist an der Vergleichbarkeit der Angebote im vergaberechtlichen Sinne nicht zu zweifeln.

Hinzu kommt, dass die vorliegende Ausschreibung einen funktionalen Charakter in Bezug auf die an die Bieter gestellten Anforderungen aufweist, was den Grad der Bestimmtheit zusätzlich reduziert (vgl. zu diesem Gesichtspunkt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juni 2013, VII-Verg 7/13 m.w.N.; Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14). Dies kann u.U. dazu führen, dass ein Bieter mit unterschiedlichen Vermittlungshonoraren, einer Unterschreitung von Zuweisungszeiträumen oder der Verwendung nicht (mehr) benötigten Personals bei anderen Maßnahmen ausgeht, weil er von der eigenen Leistung bei der Vermittlung überzeugt ist. Ein anderer Bieter mag demgegenüber bei der Frage der Verlängerungen von Zuweisungszeiten konservativer agieren. Dies ist jedoch die jeweilige unternehmerische Entscheidung und muss von der Ag nicht weiter nivelliert oder in ihren Vergütungsregelungen kompensiert werden.

b) Letztlich ist auch kein Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit ersichtlich, § 97 Abs. 1 S. 2 GWB – sofern man diesem überhaupt eine eigenständige Anwendung i.S.e. möglichen Prüfinstanz einräumt (ablehnend: Müller, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. Rn. 51 zu § 97 GWB). Soweit die ASt

in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass Vergabeunterlagen mit einer Risikoauferlegung auf den Bieter, wie im vorliegenden Fall, generell zu Kalkulationen mit erhöhten Vergütungen und damit für den Auftraggeber zu Verteuerungen führten, mag dies im Ausgangspunkt zutreffen. Es ist jedoch Sache der Ag, die mit der Art der Ausschreibung verbundenen Folgewirkungen abzuschätzen, welche nicht nur die Umsatzerwartungen der Bieter, sondern auch die eigenen Beschaffungsziele im Blick behält. In der Folge ist es Sache der Bieter die unternehmerischen Risiken und damit ihre Kosten abzuschätzen, und den Angebotspreis hierauf auszurichten. Die Vergabenachprüfungsinstanzen sind nicht befugt, dem Auftraggeber eine möglichst risikoarme und damit preisgünstige Vergabevariante vorzuschreiben. Was sich letztlich als wirtschaftlicher im Sinne einer effizienten Haushaltsmittelverwendung erweist, nämlich einerseits die von der ASt begehrte Vergütung auch der Nichtanwesenheitszeiten der Teilnehmer oder aber die von der Ag gewählte Mindestvergütungsregelung, welche die Bieter u.U. zu höheren Risikozuschlägen veranlasst, ist offen. Dass die Ag durch das eine oder andere Modell die wirtschaftliche Beschaffung konterkarieren würde, lässt sich durch nichts belegen. Im Gegenteil zeigt die Angebotslegung unter anderem der ASt, dass den Marktteilnehmern die Abgabe deutlich unterhalb der Schätzung der Ag liegender Angebote und damit ohne nennenswerte Risikozuschläge möglich ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, S. 4 und S. 5, Abs. 4 S. 1 GWB.

Soweit die ASt den Nachprüfungsantrag teilweise zurückgenommen hat, entspricht es der Billigkeit, ihr auch insoweit die Kosten aufzuerlegen. Sie hat das Nachprüfungsverfahren aufgrund der mangelnden Erkennbarkeit der von ihr beabsichtigten Beschränkung auf die Lose 1 und 2 veranlasst und hat sich durch die Klarstellung in der mündlichen Verhandlung, die als Teilrücknahme ihres Antrags zu werten war, in die Rolle der unterlegenen Partei begeben.

Im Übrigen hat die ASt als unterlegene Partei die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Aufwendungen der Ag zu tragen.

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.

Dr. Herlemann Zeise