Bundeskartellamt

1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 81/19

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

gegen

[…]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

[…]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Rahmenvereinbarung Handwerkerpool Bundesweit“ – Vergabenummer: […], Maler-Tapezierer, Lose 50 und 100, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und die ehrenamtliche Beisitzerin Ottenströer aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. November 2019 am 19. November 2019 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, in der Vergabe „Rahmenvereinbarung Handwerkerpool Bundesweit“ – Vergabenummer: […], Maler-Tapezierer, Lose 50 und 100, den Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das

Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückzuversetzen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) je zur Hälfte. Ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -verteidigung notwendigen Aufwendungen tragen die Verfahrensbeteiligten selbst.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit eine öffentliche Ausschreibung „Rahmenvereinbarung Handwerkerpool Bundesweit“ – Vergabenummer: […], Maler-Tapezierer, in 72 Gebietslosen durch. Der jeweilige Auftragnehmer soll u.a. den Gipsputz ausbessern, Putzrisse an Decken/Wänden schließen, Tapezierung entfernen, Erst- und Überholungsbeschichtungen bei Tapeten und Putz vornehmen, Wände tapezieren und anstreichen sowie Altanstriche entfernen (s. im Einzelnen die Leistungsbeschreibung, im Folgenden: LB). Daneben führt die Ag zehn weitere nationale Ausschreibungen für Handwerkerleistungen in anderen Gewerken durch (u.a. Trockenbau, Schreinerarbeiten, Metallbau, Sanitär). Die Ag will auf diese Weise für die Durchführung kleinerer Baumaßnahmen sowie von Kleinstaufträgen ein regional zuständiges Handwerksunternehmen finden, um im Bedarfsfall über einen geeigneten Handwerker zu verfügen und den administrativen Aufwand, der mit der Vergabe kleiner Aufträge verbunden ist, zu minimieren (s. Ziffer 2 des Vergabevermerks). Der Auftragswert für alle elf Gewerke beträgt in allen Gebietslosen ca. […] Mio. €, den Wert der verfahrensgegenständlichen Maler- und Tapezierarbeiten hat die Ag in allen Gebietslosen auf […] Mio. € geschätzt.

   Das Verfahren wurde national bekannt gemacht. Ein Bieter konnte Angebote für bis zu fünf Lose abgeben, ferner ergibt sich aus den Vergabeunterlagen, dass der Auftragnehmer nach Abschluss des Rahmenvertrags nicht verpflichtet ist, jeden Auftrag anzunehmen.

   In der LB hatte die Ag unter der Überschrift „Hinweise zur Vergabe nach Losen“ Folgendes ausgeführt:

> Gemäß dem Ziel der [Ag] im Einklang mit § 97 Abs. 4 GWB im Zuge der Ausschreibung die Interessen der mittelständischen Unternehmen zu berücksichtigen und zu fördern, erfolgt die Vergabe des Handwerkerpools losweise.
> (…)
> Ziel der [Ag] ist es, einen Handwerkerpool aufzustellen, um im gesamten Zeitraum des Handwerkerpoolvertrages Bauleistungen abzurufen.“ (LB, S. 4)

Wie sich aus Anlage A2 der Vergabeunterlagen „Anlage Wertungsmatrix“ ergibt, waren die Zuschlagskriterien der Preis sowie die „Verfügbarkeit“ und die „Anzahl Mitarbeiter mit entsprechender Ausbildung“. Maximal konnten insgesamt 100 Punkte erreicht werden, davon 80 für den Preis und 20 für die o.g. weiteren Kriterien. Das Angebot mit der höchsten Punktzahl sollte den Zuschlag erhalten. Die für den Angebotspreis zu vergebende Punktzahl errechnete sich aus dem Verhältnis des jeweiligen Angebotspreises zum günstigsten Preis. In dem Kriterium „Verfügbarkeit“ wurde die Anfahrtszeit vom Betrieb des Bieters zur Kernliegenschaft des jeweiligen Loses bewertet; für eine Anfahrtszeit unter einer Stunde konnte die Höchstpunktzahl von (gewichtet) 10 Punkten erzielt werden. Das Kriterium „Anzahl Mitarbeiter“ war in drei Unterkriterien gegliedert: „Lehrling/Auszubildende/Hilfsarbeiter“, „Gesellen“ und „Meister“. Die Punkte wurden gestaffelt je nach Anzahl der entsprechenden Mitarbeiter vergeben. So wurden sechs bis sieben Lehrlinge/Auszubildende/Hilfsarbeiter mit 3 Punkten, acht bis neun solcher Mitarbeiter mit 4 Punkten und mehr als zehn mit der Höchstpunktzahl in diesem Kriterium von 5 Punkten bewertet. In den Kriterien „Anzahl Gesellen“ konnten maximal 3 und im Kriterium „Anzahl Meister“ maximal 2 Punkte erzielt werden. Auch bei diesen beiden Kriterien war das Erreichen bestimmter Punktzahlen an die Anzahl der jeweils zur Verfügung stehenden Mitarbeiter (Gesellen einerseits und Meister andererseits) gekoppelt Gemäß Ziffer 5.1 der Angebotsaufforderung sollten die Bieter auf der Anlage A2 Wertungsmatrix Angaben zur Verfügbarkeit und Anzahl der Mitarbeiter machen.

Auf die verfahrensgegenständlichen Gebietslose 50 ([…]) und 100 ([…]) gaben u.a. die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) Angebote ab. Die ASt hatte auf der Anlage A2 „Wertungsmatrix“ eingetragen, dass ihre Anfahrtszeit zum Leistungsort unter 1 Stunde liege und dass sie vier Lehrlinge/Auszubildende/Hilfsarbeiter, 45 Gesellen und zwei Meister beschäftige. Bei der Bg sind in der Wertungstabelle dieser Anlage je nach Mitarbeiteranzahl Kreuze gesetzt. Auf derselben Seite des Angebots der Bg befindet sich in der Vergabeakte ein gelber Klebezettel (sog. „post it“) mit der handschriftlichen Bemerkung „Mitarbeiter telefonisch erfragt“ und Eintragungen zur Anzahl der „Azubis“, „Gesellen“ und „Meister“ mit den dafür vergebenen Wertungspunkten.

Laut Submissionsergebnis hatte die ASt in den Losen 50 und 100 den niedrigsten Preis angeboten. Im Rahmen der Angebotswertung der Ag erhielten die Angebote der Bg zwar weniger Punkte hinsichtlich ihres Preises als die der ASt, da der Bg jedoch mehr Punkte in den übrigen Zuschlagskriterien zuerkannt wurden, soll die Bg den Zuschlag erhalten.

Mit Schreiben gemäß § 134 GWB vom 27. September 2019 teilte die Ag der Ag mit, dass diese nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe, sondern für die Lose 50 und 100 wirtschaftlichere Angebote vorlägen. Am 2. Oktober 2019 rügte die ASt, dass die Wertung fehlerhaft sei, weil sie aufgrund der Wertungsmatrix der Ag und dem Submissionsergebnis davon ausgehe, für ihren Angebotspreis die volle Punktzahl von 80 Punkten und für die weiteren Kriterien ebenfalls die Maximalpunktzahl von 20 erhalten zu haben. Weder dieser noch den späteren Rügen der ASt half die Ag ab.

2. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2019, eingegangen am selben Tag, beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 17. Oktober 2019 an die Ag übermittelt.

   a) Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

      Zur Zulässigkeit trägt die ASt vor, der maßgebliche Schwellenwert sei vorliegend überschritten. Ausgeschrieben worden seien Dienstleistungen, weil der Schwerpunkt dieser Leistungen reine Renovierungsarbeiten ohne Eingriff in die Bausubstanz betreffe und damit im Bereich der Wartung und Instandhaltung liege. Für die Berechnung des Schwellenwerts von 221.000 € sei gemäß § 3 Abs. 7 VgV der geschätzte Gesamtwert aller Lose zu addieren, zudem müsse bei Rahmenvereinbarungen gemäß § 3 Abs. 4 VgV der Gesamtwert aller Aufträge während der gesamten Laufzeit berücksichtigt werden. Abgesehen davon sei hier auch der Schwellenwert für Bauaufträge überschritten. Denn alle elf von der Ag ausgeschriebenen Gewerke hätten einen Wert von mehr als […] Mio. € und selbst wenn man nur das Fachlos „Malerarbeiten“ betrachte, betrage der Wert dieser Leistungen ca. […] Mio. €.

      Zur Rechtzeitigkeit ihrer die Angebotswertung betreffenden Rüge trägt die ASt vor, für sie sei es logisch gewesen, dass sie aufgrund der Matrix der Ag in allen Zuschlagskriterien die Höchstpunktzahl erhalten habe (80 + 20 Punkte). Ihre Rüge vom 2. Oktober 2019, dass die Bg nicht bezuschlagt werden dürfe, weil diese nicht der Bieter mit der höchsten

Wertungspunktzahl sei, sei rechtzeitig erfolgt, weil sie die Vorabinformation der Ag erst am 1. Oktober 2019 erhalten habe. Des Weiteren führt die ASt näher aus, warum auch ihre weiteren Rügen rechtzeitig gewesen seien.

Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei im Hauptantrag begründet, weil die Ag sich nicht an ihre eigenen Zuschlagskriterien halte, wenn sie die Bg bezuschlagen wolle. Denn da die ASt ausweislich der Submission den niedrigsten Preis angeboten habe, erhalte sie hierfür 80 Punkte und in den weiteren Zuschlagskriterien ausweislich der Wertungsmatrix der Ag 20 Punkte. Diese Höchstpunktzahl von 100 Punkten könne die Bg nicht übertreffen. Denn selbst wenn die Bg in den Kriterien „Verfügbarkeit“ und „Anzahl der Mitarbeiter“ 20 Punkte erhalten haben sollte, könne diese aufgrund ihres höheren Angebotspreises insgesamt nicht mehr als 98,23 Punkte erreicht haben.

Des Weiteren beanstandet die ASt die Vollständigkeit der Vorabinformation gemäß § 134 GWB, meint hilfsweise, dass die Zuschlagskriterien jedenfalls intransparent und mehrdeutig seien sowie dass die Ag die Rahmenvereinbarungen zu Unrecht national ausgeschrieben habe.

Nach der Akteneinsicht macht die ASt als weiteren Vergaberechtsverstoß geltend, dass die Bg auszuschließen sei, weil sie keine Mitarbeiterzahlen angegeben habe. Die Ag hätte diese wertungsrelevanten Angaben nicht telefonisch nachfordern dürfen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Ag wird untersagt, der Bg im vorgenannten Vergabeverfahren bei den Gebietslosen 50 ([…]) und 100 ([…]) den Zuschlag zu erteilen, und ihr aufgegeben, die Wertung bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Hilfsweise zu 1): Der Ag wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hinsichtlich der Gebietslose 50 ([…]) und 100 ([…]) unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu den Zuschlagskriterien zurückzuversetzen und den Bietern Gelegenheit zur erneuten Angebotsabgabe zu geben.
3. Hilfsweise zu 2): Der Ag wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hinsichtlich der Gebietslose 50 ([…]) und 100 ([…]) nach den

Vorschriften über Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 106 GWB zu wiederholen.

4. Der ASt wird Akteneinsicht gewährt.
5. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der ASt.
6. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt vom 16. Oktober 2019 wird verworfen, hilfsweise zurückgewiesen.
2. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Ag erforderlich gewesen ist.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits mangels Zuständigkeit der Vergabekammer unzulässig, der Schwellenwert für Bauaufträge nach § 106 GWB sei nicht überschritten. Anders als die ASt meine, sei für die Berechnung des Auftragswerts allein schon deshalb nicht auf den für die Vergabe eines in Lose aufgeteilten Auftrags geltenden § 3 Abs. 7 S. 1 VgV abzustellen, weil es sich bei der zu vergebenden Leistung nicht um ein einziges Bauvorhaben handele, sondern um eine Vielzahl unterschiedlicher Bauvorhaben, die weder in einem örtlichen, technischen, wirtschaftlichen oder sonstigen funktionalen Zusammenhang stünden. So habe die malermäßige Ausbesserung einer Wand in dem Gebäude A in der Stadt B nichts mit dem Anstrich von Wänden in dem Gebäude C in der Stadt D zu tun. Auch § 3 Abs. 4 VgV führe nicht dazu, dass der Schwellenwert überschritten sei. Denn vorliegend gehe es nicht um die Ermittlung des Werts einer einzigen Gesamt-Rahmenvereinbarung über 72 Regionen, sondern um den Abschluss einer Vielzahl von Rahmenvereinbarungen. Die ASt wolle demgegenüber unzutreffenderweise den Gesamtwert aller Rahmenvereinbarungen addieren. Außerdem werde die Auftragsgröße durch die Vorgabe limitiert, dass ein Bieter maximal ein Angebot für fünf Regionen abgeben könne. Die Ag führt weiter aus, dass der Gesamtwert aller Einzelaufträge für die Regionen 50 und 100 deutlich unter dem maßgeblichen Schwellenwert liege. So habe das in den Jahren 2016 bis 2019 aus dem Handwerkerpool beauftragte Volumen ca. 451.000 € betragen. Zu berücksichtigen sei darüber hinaus, dass die Ag keinen Anspruch darauf habe, dass der Auftragnehmer im Fall des Einzelabrufs den Auftrag tatsächlich auch durchführe. Die Methode der Ag, den Auftragswert zu berechnen, umgehe auch nicht die

Bestimmungen des Vierten Teils des GWB, weil der hier zu vergebende Auftrag keinerlei Binnenmarktrelevanz habe. Da der Wert der hier in Frage stehenden Einzelaufträge häufig unter 1.000 € liege, könnten solche Kleinstaufträge nur dann kostendeckend und kostengünstig ausgeführt werden, wenn der betreffende Handwerker sehr nah an der von ihm zu betreuenden Liegenschaft ansässig sei.

Zu ihrem Beschaffungsziel führt die Ag aus, dass sie ein Netz von schnell verfügbaren regionalen Handwerkern zur Verfügung haben wolle („Handwerkerpool“), deren Aufgabe es sei, im Bedarfsfall kleine Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen in den Liegenschaften der Ag auszuführen.

Weiter führt die Ag aus, dass die ASt nicht antragsbefugt sei und ihr mangels Rüge jegliches Rechtsschutzinteresse fehle.

In der Sache, so die Ag, sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil das Vergabeverfahren fehlerfrei durchgeführt worden sei. Auf das schriftliche Aufklärungsersuchen der Vergabekammer zum Hintergrund des Zuschlagskriteriums „Anzahl Mitarbeiter“ trägt die Ag vor, dass sie dieses Zuschlagskriterium gewählt habe, um eine möglichst hohe Gewähr dafür zu erhalten, dass die erteilten, wertmäßig oft sehr geringen Einzelaufträge verlässlich ausgeführt werden. Die Ag habe die Erfahrung gemacht, dass es in Zeiten hoher Baukonjunktur und wachsendem Fachkräftemangel fast unmöglich sei, einen Handwerker für die Durchführung von Klein- und Kleinstaufträgen zu gewinnen. Die Anzahl der Mitarbeiter eines Unternehmens sei deshalb von Bedeutung, weil die Anzahl der verfügbaren Arbeitskräfte bei einem größeren Mitarbeiterstamm höher sei, so dass die Gewähr für eine zeitnahe Abarbeitung von erteilten Aufträgen ebenfalls höher sei. Mit der in den einzelnen Unterkriterien vorgesehenen konkreten Bepunktung sollte zuvorderst berücksichtigt werden, ob und in welchem Umfang ein Betrieb neue Arbeitskräfte ausbildet. Eine hohe Ausbildungsquote sei ein Indiz für eine hohe Kontinuität im jeweiligen Betrieb. Die zweithöchste Bepunktung werde an die Anzahl von Gesellen vergeben, weil diese neben den Auszubildenden im Wesentlichen die eigentliche Arbeit ausführten und eine hohe Anzahl ebenfalls für eine entsprechend hohe Verfügbarkeit von Personal spreche.

Des Weiteren tritt die Ag den von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstößen entgegen und meint, dass der ASt die Akteneinsicht zu verweigern sei, weil der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet sei.

c) Durch Beschluss vom 21. Oktober 2019 hat die Vergabekammer die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese stellt keine Anträge und nimmt auch nicht an der mündlichen Verhandlung teil. Schriftlich führt sie aus, dass sie kein unvollständiges Angebot abgegeben habe und Mitarbeiterzahlen telefonisch von ihr erfragt wurden. Ihrem Schreiben hat die Bg die Anlage A2 „Wertungsmatrix“ beigefügt, wie sie von ihr bei Angebotsabgabe mit eingereicht worden sein solle. Hierin hat sie die Anzahl ihrer Mitarbeiter in der Tabelle der Ag, aus der die in den einzelnen Unterkriterien erzielbaren Punktwerte ersichtlich werden, bei der für sie einschlägigen Zahl angekreuzt.

Die Vergabekammer hat der ASt nach vorheriger Zustimmung der Ag antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 11. November 2019 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

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

II.

Der Nachprüfungsantrag ist statthaft, zulässig (hierzu 1.) und begründet (hierzu 2.); das Zuschlagskriterium der Ag „Anzahl der Mitarbeiter“ ist vergaberechtswidrig.

1. Die Voraussetzungen an die Statthaftig- und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags sind vorliegend erfüllt. Insbesondere sind die für die Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens einschlägigen EU-Schwellenwerte überschritten (dazu unter a)) und der Nachprüfungsantrag ist jedenfalls insoweit aufgrund rechtzeitiger Rüge und Antragsbefugnis der ASt zulässig, so dass die Vergabekammer den Vergaberechtsverstoß, dass die Zuschlagskriterien der Ag jedenfalls teilweise vergabefehlerhaft sind, von Amts wegen aufgreifen darf (dazu unter b)).

a) Unabhängig davon, ob es sich bei den ausgeschriebenen Maler- und Tapezierleistungen um Bau- oder Dienstleistungen handelt, ist der maßgebliche Schwellenwert i.S.d. § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 RL 2014/24/EU überschritten. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Ag (jedenfalls) ihren Bedarf an sämtlichen Maler- und Tapezierleistungen bundesweit in einer einzigen Ausschreibung mit einheitlichen Vorgaben für das Vergabeverfahren, Vertragsbedingungen etc. zusammengefasst hat. Laut Vergabevermerk hat die Ag die Aufträge für ihre einzelnen Liegenschaften u.a. deshalb in einer einzigen Ausschreibung gebündelt, um ihren administrativen Aufwand zu minimieren. Damit betrachtet die Ag selbst ihren Bedarf als einheitliche Leistung, die sie dementsprechend auch als „Handwerkerpool“ bezeichnet. Ausgehend von diesem von ihr selbst so gefassten Bedarf ist gemäß § 3 Abs. 1 VgV bei der Ermittlung des Auftragswerts auf den „voraussichtlichen Gesamtwert der Leistung“ abzustellen. Die Werte aller Lose für die einzelnen Liegenschaften der Ag sind daher zu addieren (so auch für dieselbe Antragsgegnerin in einem auch sonst insoweit vergleichbaren Fall) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Oktober 2006, VII-Verg 35/06).

Der vorgenannte Befund wird auch dadurch bestätigt, dass die Ag die Gesamtleistung „Handwerkerpool“ in (Gebiets-)lose aufgeteilt hat, um – wie die Ag selbst auf Seite 4 der LB sagt – den Vorgaben des § 97 Abs. 4 GWB zu genügen. Damit geht sie selbst von einem einheitlich zu betrachtenden Auftrag aus, der lediglich aus mittelstandsfördernden Erwägungen in mehrere Teillose (hier Gebietslose) aufzuteilen war. Denn nur bei einem als Einheit zu betrachtenden Auftrag kommt eine Losaufteilung überhaupt in Betracht; ansonsten handelt es sich schlicht um einzelne Aufträge, die auch als solche vergeben werden dürfen. Dies hat die Ag aber gerade nicht getan, sondern ihren Bedarf vielmehr als einheitlichen Bedarf in den Wettbewerb gestellt, den sie lediglich wegen § 97 Abs. 4 GWB in Gebietslose aufgeteilt hat. Hieran muss sie sich für die Berechnung des maßgeblichen Schwellenwertes festhalten lassen.

Bei der Ermittlung des hier maßgeblichen Auftragswerts kommt es auch nicht darauf an, dass ein Bieter nach den Vergabeunterlagen der Ag Aufträge für höchstens fünf Lose erhalten kann, deren Wert dann ebenfalls unterhalb der maßgeblichen EU-Schwellenwerte liegen dürfte. Denn die Frage, ob der Schwellenwert erreicht/überschritten wird, richtet sich gemäß § 3 Abs. 1 VgV nach dem „Gesamtwert der vorgesehenen Leistung“ bzw. genauer gesagt gemäß Art. 5 Abs. 1 RL 2014/24/EU nach dem „vom öffentlichen Auftraggeber

geschätzten zahlbaren Gesamtbetrag“. Entscheidend ist also nicht der Wert des Auftrags, den ein Bieter aufgrund seines Angebots erlangen kann, sondern der Gesamtwert dessen, was der Auftraggeber aufgrund seines Vergabeverfahrens voraussichtlich an finanziellen Mitteln aufwenden muss. Abgesehen davon ist es nicht unüblich, dass der Wert eines Einzelloses bei einem Bauauftrag ggf. sogar deutlich unter 5,5 Mio. € liegt; Angebote von Bietern, die sich nur für ein Los bewerben oder nur in einem Los den Zuschlag erhalten, erreichen also häufig nicht den Schwellenwert, ohne dass dies etwas daran ändert, dass der Gesamtauftrag oberhalb der Schwellenwerte liegt. Aus denselben Gründen spielt es hier ebenfalls keine Rolle, dass der spätere Auftragnehmer laut den Vergabeunterlagen im Falle des späteren Einzelabrufs durch die Ag nicht jeden Auftrag annehmen muss. Denn die Schätzung des für die Anwendung des EU-Vergaberechts maßgeblichen Auftragswerts kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob es in der Hand des Bieters liegt, den Auftrag anzunehmen oder abzulehnen. Entscheidend ist vielmehr, dass der Auftraggeber einen bestimmten Bedarf an Leistungen hat, die er – hier in Gestalt eines Rahmenvertrags – einer Vertragsbindung unterwerfen will. Die Frage, ob der Vertragspartner des Auftraggebers diesen Bedarf für jeden Einzelabruf tatsächlich bedienen will, ist eine dem Abschluss des Rahmenvertrages nachgelagerte Frage und muss für die Schätzung des Auftragswerts unberücksichtigt bleiben, denn entscheidend ist allein der geschätzte Bedarf des Auftraggebers, also das aufgrund der Prognose des Auftraggebers maximal mögliche Auftragsvolumen. Ein Abstellen auf das zukünftige Abrufverhalten des Auftragnehmers ist auch deshalb nicht sinnvoll, weil dann erst im Nachhinein, nämlich je nach Verhalten des betreffenden Auftragnehmers, feststünde, nach welchen Regeln (national oder EU-Vergaberecht) der Auftrag ursprünglich hätte ausgeschrieben werden müssen. Um nicht zuletzt dies zu verhindern, ist in § 3 Abs. 3 VgV als maßgeblicher Zeitpunkt für die Auftragswertschätzung, die u.a. über das anzuwendende Vergaberechtsregime entscheidet, die Einleitung des Vergabeverfahrens vorgesehen, jedoch kein späterer Zeitpunkt wie etwa die tatsächliche Durchführung des aufgrund des Vergabeverfahrens zustande gekommenen Vertrags. Dass etwaige Unsicherheiten, in welchem Umfang der ausgeschriebene Vertrag später tatsächlich durchgeführt wird, für die Auftragswertermittlung unerheblich sind, ergibt sich darüber hinaus aus § 3 Abs. 1 S. 2, 3 VgV. Hiernach sind bei der Ermittlung des Auftragswerts auch solche Aspekte zu berücksichtigen, bei denen (noch) nicht sicher ist, ob diese tatsächlich auch eintreten, nämlich sowohl Optionen oder Vertragsverlängerungen als auch etwaige Prämien an den späteren Auftragnehmer.

Unerheblich für die Frage des „Gesamtwerts der vorgesehenen Leistungen“ i.S.d. § 3 Abs. 1 VgV ist ebenfalls die Frage, ob die einzelnen Leistungen in einem Zusammenhang zueinander stehen (so aber die Ag). Denn bei Gebietslosen ist es nahezu regelmäßig so, dass die an einem bestimmten Ort erbrachte Leistung abgesehen vom identischen Auftraggeber in funktionaler, wirtschaftlicher, technischer oder sonstiger Hinsicht nie mit derjenigen Leistung zusammenhängt, die an einem anderen Ort erbracht wird, ohne dass dies dazu führt, dass die entsprechenden Werte nicht zu addieren wären. Erst recht wird dies bei Fachlosen deutlich, die zwar wenigstens am selben Ort, z.B. im Rahmen der Errichtung desselben Bauwerks erbracht werden, in inhaltlicher Hinsicht aber vollkommen voneinander abweichen können wie z.B. der Aushub einer Baugrube einerseits und der spätere Einbau von Fenstern in das betreffende Gebäude andererseits.

Die Binnenmarktrelevanz eines Auftrags, die die Ag ferner betont, ist kein weiteres Tatbestandsmerkmal des § 3 VgV. Es ist vielmehr so, dass der EU-Richtliniengeber unterstellt, dass ein Auftrag stets dann binnenmarktrelevant ist, wenn die einschlägigen/maßgeblichen EU-Schwellenwerte erreicht/überschritten werden (Greb in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., zu § 3 VgV, Rn. 29). Den geringen Wert eines Loses und die damit einhergehende geringere Binnenmarktrelevanz eines Auftrags kann ein Auftraggeber lediglich gemäß § 3 Abs. 9 VgV berücksichtigen. Hiernach brauchen einzelne Lose unter 80.000 € bei Liefer- und Dienstleistungen bzw. bei Bauleistungen unter 1 Mio. € nicht EU-weit ausgeschrieben zu werden, wenn der Nettowert dieser Lose 20% des Gesamtwerts aller Lose nicht übersteigt. Von dieser Möglichkeit hat die Ag hier jedoch keinen Gebrauch gemacht.

Da auf den Gesamtwert aller von der Ag bundesweit ausgeschriebenen Leistungen für Maler- und Tapezierarbeiten abzustellen ist und dieser Wert nach der Schätzung der Ag bei ca. […] Mio. € liegt, ist hier nicht nur der maßgebliche Schwellenwert für Dienstleistungs-, sondern auch für Bauaufträge überschritten (vgl. § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 RL 2014/24/EU), so dass an dieser Stelle nicht zu entscheiden ist, ob es sich um einen Bau- oder Dienstleistungsauftrag handelt.

b) Der Nachprüfungsantrag ist jedenfalls insoweit zulässig, als die ASt die Fehlerhaftigkeit der Wertung der Ag mit dem Argument beanstandet, die Ag habe sich nicht an ihre Zuschlagskriterien gehalten. Die ASt hat dies am 2. Oktober 2019 gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig innerhalb von zehn Kalendertagen gerügt, nachdem sie aus der

Vorabinformation nach § 134 GWB vom 27. September 2019 vom Wertungsergebnis der Ag Kenntnis erlangt hatte. Zu einem früheren Zeitpunkt waren etwaige Wertungsfehler der Ag nicht für die ASt erkennbar, die ASt hätte diese also nicht früher rügen müssen. Denn bis zur anderslautenden Mitteilung der Ag vom 27. September 2019 war die ASt davon ausgegangen, dass sie selbst den Zuschlag erhalten müsse, da sie die Wertungsmatrix der Ag so verstanden hatte, dass sie als Bieter mit dem niedrigsten Angebotspreis und 20 Wertungspunkten in den weiteren Zuschlagskriterien als einzige die Höchstpunktzahl von 100 erreicht habe. Dass ihr eigenes Verständnis der Wertungsvorgaben sich nicht mit der Vorgehensweise der Ag deckt, hat die ASt erst aus dem § 134er GWB-Schreiben erfahren. Insoweit ist die ASt auch antragsbefugt. Ihr Auftragsinteresse hat sie durch Abgabe von Angeboten auf die verfahrensgegenständlichen Lose 50 und 100 dokumentiert. Des Weiteren droht der ASt – die Richtigkeit ihres Vortrags unterstellt (vgl. zum Maßstab des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB: BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06) – durch die beanstandete Wertung der Ag auch ein Schaden zu entstehen. Denn nach ihrem eigenen Verständnis der Wertungsmatrix der Ag hätte die ASt den Zuschlag erhalten müssen. Ohne den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß hätte sie also bessere Zuschlagschancen als jetzt.

Damit ist der ASt der Zugang zu Nachprüfungsverfahren eröffnet. Ob auch ihre weiteren Beanstandungen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der § 160 Abs. 2, 3, GWB erfüllen, braucht nicht entschieden zu werden. Denn der Nachprüfungsantrag ist bereits aufgrund eines von der Vergabekammer – aufgrund des jedenfalls zum Teil zulässigen Nachprüfungsantrags zu Recht – von Amts wegen aufzugreifenden Vergabefehlers begründet (s. dazu unten unter II.2) (vgl. dazu, dass Vergaberechtsverstöße grds. nur dann von Amts wegen aufgegriffen werden dürfen, wenn der Nachprüfungsantrags zulässig ist, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18).

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, da das Kriterium „Anzahl der Mitarbeiter“ mit seinen drei Unterkriterien zu Unrecht als Zuschlagskriterium verwendet wurde. Tatsächlich handelt es sich hierbei um ein Eignungskriterium (dazu unter a)) und darf daher nicht als Zuschlagskriterium auf der sog. vierten Wertungsstufe verwendet werden (dazu unter b)). Auch insoweit kommt es nicht darauf an, ob es sich bei dem streitgegenständlichen Auftrag um einen Bau- oder Dienstleistungsauftrag handelt, da die maßgeblichen Vorschriften gleich lauten (siehe hierzu unten b))

a) Bei der Bewertung der Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter eines Bieters handelt es sich um die Bewertung eines Eignungskriteriums.

Eignungsanforderungen sind solche, die sicherstellen, dass der Bieter bzw. künftige Auftragnehmer über die erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten oder personellen und technischen Ressourcen für die Ausführung des Auftrags verfügt (vgl. Art. 58 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 RL 2014/24/EU). Immer also dann, wenn ein Kriterium die generellen Fähigkeiten eines Bieterunternehmens beschreibt, die ausgeschriebenen Leistung erbringen zu können, handelt es sich um Eignungskriterium (= unternehmensbezogenes Kriterium, vgl. Urteil vom 12. November 2009, Rs. C-199/07 m.w.N.; BGH, Urteil vom 15. April 2008, X ZR 129/06 m.w.N.).

So liegt der Fall auch hier, denn die Ag hat von den Bietern die bloße Anzahl, also das Vorhandensein von Mitarbeitern abgefragt (nach Ausbildungsstand/Qualifikation unterteilt). Damit ging es der Ag allein um die Ermittlung der dem jeweiligen Bieterunternehmen zur Verfügung stehenden Personalkapazitäten. Wie die Ag auf entsprechende Nachfrage der Vergabekammer ausführte, wollte sie aus der Angabe der Mitarbeiteranzahl Rückschlüsse darauf ziehen, ob im Falle des Abrufs eines Einzelauftrags im Rahmen der jetzt ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung ausreichend Personal des Auftragnehmers für sie zur Verfügung steht. Wie die o.g. Legaldefinition zeigt, ist die reine Kapazitäts- und Ressourcenfeststellung jedoch ähnlich wie die Frage der einem Unternehmen generell zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel oder technischen Ressourcen (Geräte, Maschinen etc.) eine Frage der personellen Ausstattung und (hier:) technischen Leistungsfähigkeit der Bieter (ebenso speziell zur Wertung der im Auftragsfall hinreichenden Verfügbarkeit von Personal: OLG Naumburg, Beschluss vom 12. April 2012, 2 Verg 1/12; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 28. Mai 2013, 11 Verg 6/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. März 2012, VII-Verg 82/11).

b) Eignungskriterien dürfen grundsätzlich nicht zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots herangezogen werden (EuGH, Urteil vom 12. November 2009, Rs. C-199/07 m.w.N.; BGH, Urteil vom 15. April 2008, X ZR 129/06 m.w.N.).

Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn das betreffende Kriterium nicht der Beurteilung der allgemeinen Ausstattung des Bieterunternehmens dient, sondern der Qualität des auf den konkreten Auftrag abgegebenen Angebots. So ist es gemäß Art. 67 Abs. 2 S. 2 lit b) RL

2014/24/EU, § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV, § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A erlaubt, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbeurteilung eines Angebots, also nicht im Rahmen der Eignung des Bieters zu bewerten, „wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“. Da die entsprechenden Angaben eines Bieters in diesem Fall nicht der generellen Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Bieterunternehmens dienen, sondern nur und speziell für den konkreten Auftrag Bedeutung erlangen, weil es erstens um die Bewertung des für die konkrete Auftragsausführung eingesetzten Personals geht und zweitens die Auftragsausführung von der Qualität dieses Personals in erheblichem Umfang abhängig ist, liegt in diesem Fall der für ein Zuschlagskriterium erforderliche Bezug zur Qualität der von dem Bieter konkret angebotenen Leistung und damit zum wirtschaftlichen Wert seines Angebots vor. Die betreffende Anforderung ist in diesem Fall also nicht mehr bieter-, sondern angebots-/leistungsbezogen und darf als Zuschlagskriterium herangezogen werden (vgl. den 94. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU).

Um die Bewertung der Qualität des auf die verfahrensgegenständliche Ausschreibung zugeschnittenen Angebots ging es der Ag mit dem Kriterium „Anzahl der Mitarbeiter“ jedoch nicht. Wie bereits oben unter 2a) ausgeführt, wollte die Ag in ihrer Wertung allein auf die beim Bieterunternehmen allgemein vorhandene Anzahl von Mitarbeitern abstellen. Sie hat von den Bietern jedoch z.B. nicht verlangt, dass sich diese etwa im Rahmen eines Konzepts mit der ausgeschriebenen Leistung auseinandersetzen, indem sie darlegen, wie sie die hinreichende Verfügbarkeit ihrer Mitarbeiter für den Einsatz bei der Ag im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags sicherstellen wollen (vgl. zu dieser Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nur: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2013, VII-Verg 35/12; vgl. speziell zur Beurteilung des Personaleinsatzes: OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 28. Mai 2013, 11 Verg 6/13; OLG Naumburg, Beschluss vom 12. April 2012, 2 Verg 1/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom vom 7. März 2012, VII-Verg 82/11). Dies wird auch dadurch deutlich, dass die Ag nicht speziell Angaben zu dem für die Ausführung des ausgeschriebenen Rahmenvertrags vorgesehenen Personal verlangt hat, sondern die Angabe der generell im Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter. Die von den Bietern getätigten Angaben durften daher nicht zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots, also als Zuschlagskriterium, herangezogen werden.

Abgesehen davon erschließt sich vor dem Hintergrund des mit den Zuschlagskriterien seitens der Ag verfolgten Zieles – nämlich der Sicherstellung einer möglichst hohen Anzahl verfügbarer Arbeitskräfte – nicht, aus welchem Grund eine unterschiedliche Gewichtung zwischen Lehrlingen/Auszubildenden/Hilfsarbeitern einerseits und Gesellen andererseits erfolgt ist. Denn beide Gruppen verrichten die gleiche Arbeit. Soweit sich die Ag insoweit darauf beruft, dass eine hohe Ausbildungsquote (daher die höhere Gewichtung bei Lehrlingen/Auszubildenden/Hilfsarbeitern) eine höhere Kontinuität des jeweiligen Betriebes gewährleiste, ist dies ebenfalls nicht nachvollziehbar, da in die wertungsrelevante Gruppe der Ag neben den Lehrlingen und Auszubildenden auch die Hilfsarbeiter fallen.

Da der Nachprüfungsantrag der ASt bereits aus diesem Grund erfolgreich ist, braucht über die weiteren, von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht entschieden zu werden. Da – bei fortbestehender Beschaffungsabsicht der Ag – zur Beseitigung jedenfalls dieses Vergaberechtsverstoßes eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens mindestens in das Stadium vor Angebotsaufforderung erforderlich ist, kommt eine Anordnung „lediglich“ die Wertung zu wiederholen, wie sie die ASt mit ihrem Hauptantrag begehrt, jedoch schon aus diesem Grund nicht in Betracht. Eine solche Anordnung würde den Vergaberechtsverstoß wegen des Zuschlagskriteriums nicht beseitigen.

3. Da die Wertung der Ag auf rechtswidrigen Zuschlagskriterien beruht, ist anzuordnen, dass auf der Grundlage dieser Wertung kein Zuschlag erteilt werden darf. Die Ag ist frei, wie sie weiter verfährt. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren mindestens in das Stadium vor Angebotsaufforderung zurückzuversetzen und nach Überarbeitung der Zuschlagskriterien erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern. Sollte die Ag neue Eignungsanforderungen aufstellen, ist § 122 Abs. 4 S. 2 GWB zu beachten, wonach eine Zurückversetzung in das Stadium vor (hier: EU-weiter) Bekanntmachung erforderlich wäre. In jedem Fall hat die Ag dabei die Vorschriften des Vergaberechts für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte anzuwenden.

III.

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

Für die Beurteilung, ob ein Verfahrensbeteiligter vollständig oder nur teilweise obsiegt hat oder unterlegen ist, kommt es darauf an, ob das mit dem jeweiligen Antrag verfolgte Verfahrensziel materiell erreicht worden ist. Dies ist bei der ASt nur teilweise der Fall, denn ihr Nachprüfungsantrag war in erster Linie darauf gerichtet, die Wertung so zu wiederholen, dass auf ihre Angebote, die als einzige angeblich die Höchstpunktzahl erreicht hätten, der Zuschlag zu erteilen wäre. Anzuordnen ist vorliegend jedoch, dass kein Zuschlag erteilt werden darf, was bedeutet, dass die Ag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren (mindestens) in das Stadium vor Angebotsaufforderung zurückversetzen muss. Dies führt dazu, dass sich die ASt anders als bei einer reinen Neuwertung der bestehenden Angebote anhand der jetzigen Kriterien einem neuen Wettbewerb stellen muss, bei dem ihre Chance, den Zuschlag zu erlangen, vollkommen offen ist, da davon auszugehen ist, dass sich nicht nur die ASt mit einem neuen Angebot beteiligen wird. Der Unterliegensanteil der ASt ist mithin mit 50% zu bewerten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 5. März 2012, VII-Verg 65/11; und vom 22. Februar 2010, VII-Verg 62/09).

Die Bg ist an den Kosten des Nachprüfungsverfahrens nicht zu beteiligen, da sie keine Anträge gestellt und das Verfahren auch sonst nicht wesentlich gefördert hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13). Die Aufwendungserstattung zugunsten der Bg i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB richtet sich nach denselben Voraussetzungen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung notwendigen Aufwendungen findet bei einem jeweils hälftigen Obsiegen bzw. Unterliegen der beiden erstattungsberechtigten bzw. kostenpflichtigen Verfahrensbeteiligten nicht statt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2005, VII-Verg 59/05).

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.

Die hauptamtliche Beisitzerin
Fr. Dr. Dittmann ist wegen
Ortsabwesenheit an der
Unterschrift gehindert

Behrens Behrens