



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 40/22

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Rahmenvertrag Unterhalts- und Grundreinigung der Liegenschaften, Referenznummer der Bekanntmachung: [...]“, EU-Bekanntmachung: [...], Los 3, hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und die ehrenamtliche Beisitzerin Schönwiese auf die mündliche Verhandlung vom 30. Mai 2022 am 7. Juni 2022 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Auftrag auf Basis der bisherigen Wertung auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
2. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht wird der Antragsgegnerin aufgegeben, die Wertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin notwendigen Aufwendungen je zur Hälfte.

4. Die Zuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe „Rahmenvertrag Unterhalts- und Grundreinigung der Liegenschaften, Referenznummer der Bekanntmachung: [...]“ im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] unionsweit bekannt. Die beabsichtigte Vergabe ist in vier Lose unterteilt, streitgegenständlich ist das Los 3.

In der Auftragsbekanntmachung war unter III.1.2 und III.1.3 jeweils angegeben:

„Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“

Gemäß der Unterlage „Hinweise zur Angebotserstellung“ waren Zuschlagskriterien der „Gesamtangebotspreis in Euro pro Jahr (brutto) für Raumreinigung“ (50 %), der „Preis in Euro pro Stunde (netto) für Sonderreinigung“ (5 %) sowie die „Durchschnittliche Leistung in m² Fußbodenfläche pro Stunde“ (45 %).

Hinsichtlich des letztgenannten Leistungsansatzes wird weiter ausgeführt:

„der Bieter mit einem durchschnittlichen Leistungsansatz von 210 m² [...] pro Stunde oder niedriger erhält 90 Punkte, Leistungsansätze über 210 m² pro Stunde werden anteilig bewertet. [...]“

Zu diesem Wertungskriterium wurde auch eine Bieterfrage gestellt:

„[...] Der Punkt 3 hat in der letzten Ausschreibung für Verwirrung gesorgt. Jeder Bieter der mit einem Leistungsansatz von 210 m² [...] oder weniger anbietet bekommt 90 Punkte? Ist das ein für allemal so gewünscht? ODER 210 m² [...] ist der jeweils maximale Leistungsansatz?“

Die Ag antwortete hierauf:

„[...] Die Bewertung erfolgt, wie in den Hinweisen zur Ausschreibung beschrieben: [...] 3. der Bieter mit einem durchschnittlichen Leistungsansatz von 210 m² [...] pro Stunde oder niedriger erhält 90 Punkte, Leistungsansätze über 210 m² pro Stunde werden anteilig bewertet.“

Die Antragstellerin (ASt) gab am 18. Januar 2022 ein Angebot ab. Sie gab dabei ihre aktuelle Rechtsform einer [...] an. Die ASt war durch eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung in Form einer Ausgliederung des Geschäftsbetriebes einer anderen Gesellschaft entstanden.

Mit Schreiben vom 2. März 2022 bat die Ag die ASt, ohne nähere Erläuterungen, um Aufklärung gem. § 60 Abs. 1 VgV, da das Angebot als ungewöhnlich niedrig erscheine. Die ASt führte mit Schreiben vom 4. März 2022 verschiedene Gründe für ihre Preisgestaltung an und versicherte, dass mit dem kalkulierten Betrag alle erforderlichen Kosten gedeckt werden könnten.

Mit Schreiben vom 10. März 2022 teilte die Ag der ASt gem. § 134 GWB mit, dass sie deren Angebot nicht berücksichtigen könne. Der Zuschlag solle auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden, welches bei Los 3 von der Beigeladenen (Bg) stamme.

Auf Nachfrage der ASt teilte die Ag mit Schreiben vom 17. März 2022 mit, dass durch die Erklärungen der ASt die Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebots nicht zufriedenstellend aufgeklärt und ausgeräumt seien, vgl. § 60 Abs. 3 VgV. Es werde daher abgelehnt, den Zuschlag auf das Angebot zu erteilen.

Mit Schreiben vom 18. März 2022 rügte die ASt betreffend Los 3 die Auskömmlichkeitsprüfung und die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Bg.

Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 29. März 2022 ab, der Rüge zu Los 3 abzuweichen.

Mit Schreiben vom 30. März 2022 rügte die ASt den Ausschluss ihres Angebots. Sie stützte sich darauf, dass die Ag im Rahmen der Auskömmlichkeitsprüfung unzulässigerweise auf den durchschnittlichen Leistungsansatz abstelle, welcher jedoch schon separat als qualitatives Bewertungskriterium in die Wertung eingeflossen sei.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 31. März 2022, bei der Vergabekammer eingegangen am 1. April 2022, stellt die ASt Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.
 - a) Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

- Insbesondere habe die ASt ihre Rügeobliegenheit erfüllt, indem sie nach Erhalt des Vorabinformationsschreibens sowie des weiteren Schreibens der Ag, aus dem sich der Ausschluss aufgrund der vermeintlichen Zweifel an der Auskömmlichkeit ergebe, innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt habe. Nachdem die ASt dann erstmalig Kenntnis davon erhalten habe, dass die Ag die Bewertung beim Zuschlagskriterium 3 in die Auskömmlichkeitsprüfung einbezogen habe, habe sie dies ebenfalls umgehend gerügt.
- Soweit die Bg infrage stelle, ob die ASt mit der Bieterin übereinstimme und die Eignungsnachweise ihr zugeordnet werden könnten, habe die ASt im Angebot die zugrundeliegende gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung erläutert.
- Die Einbeziehung der durchschnittlichen Leistung in m^2 Fußbodenfläche pro Stunde in die Auskömmlichkeitsprüfung sei fehlerhaft. Die Auskömmlichkeitsprüfung könne sich ausschließlich darauf beziehen, ob das Angebot in seiner Gesamtheit ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung aufweise. Auch wenn der durchschnittliche Leistungsansatz mittelbar in den Gesamtpreis einfließe, beziehe sich dieser jedoch primär auf das Leistungsversprechen des Bieters und sei ein nichtmonetäres Zuschlagskriterium, welches nicht Gegenstand der Auskömmlichkeitsprüfung sein könne. Die Ag habe dieses als Qualitätskriterium bewertet.

Die Abwägung zwischen Qualitäts- und Preisgestaltung obliege der ASt, die nicht damit habe rechnen müssen, dass die Ag sie aufgrund der Angabe des durchschnittlichen Leistungsansatzes ausschließen werde. Es habe sich insoweit bei den 210 m^2 nicht um den maximal zulässigen Wert gehandelt. Die ordnungsgemäße Leistungserbringung sei im Mustervertrag durch Regelungen zu Minderung, Vertragsstrafe und Kündigungsrecht abgesichert. Aus der Akteneinsicht ergebe sich hingegen, dass es der Ag maßgeblich zu Unrecht auf den von der Ag berechneten und für angemessen befundenen Leistungswert von $210 \text{ m}^2/\text{h}$ ankomme. Mit Abstellen auf dieses 3. Zuschlagskriterium wolle die Ag die positive Bewertung der ASt im 1. Zuschlagskriterium, dem Gesamtpreis, nivellieren und setze sich damit in Widerspruch zu den von ihr bekanntgemachten Zuschlagskriterien. Die Ag versuche, im Nachhinein eine Mindestanforderung vorzugeben und behalte sich vor, den Zuschlag nur auf ein Angebot zu erteilen, welches jedenfalls näherungsweise dem Wert von $210 \text{ m}^2/\text{h}$ entspreche. Anlässlich einer Bieterfrage habe die Ag aber gerade klargestellt, dass es sich nicht um den maximal zulässigen Wert handele.

- Im Übrigen sei die Auskömmlichkeitsprüfung fehlerhaft erfolgt. Es fehle schon an einer eindeutig formulierten Aufforderung an die ASt. Sie sei nur allgemein zur Erläuterung der Auskömmlichkeit ihres Angebotes aufgefordert worden, ohne, dass ihr Anhaltspunkte gegeben worden seien, worauf die Zweifel beruhten. Diese pauschale Aufforderung genüge nicht. Die ASt sei dieser allgemeinen Bitte aber nachgekommen und habe im Einzelnen dargelegt, dass das Angebot kostendeckend, aber preisgünstig kalkuliert sei. Die Ag habe sich mit den einzelnen Aspekten jedoch nicht hinreichend auseinandergesetzt. In ihrem Schreiben vom 17. März 2022 sei diese nur auf drei Punkte eingegangen, auch in ihrem Schreiben vom 29. März 2022 habe sie hinsichtlich der übrigen Punkte lediglich darauf verwiesen, dass diese die Preisunterschiede nicht erklären könnten, da diese Punkte auch für die anderen Bieter von Relevanz seien. Dies lege nahe, dass tatsächlich der unterschiedliche Leistungsansatz ausschlaggebend für den Preisabstand zwischen den Bietern sei. Dieser dürfe jedoch nicht im Rahmen der Auskömmlichkeitsprüfung bewertet werden. In jedem Fall hätte die Ag vorab ausdrücklich hierzu aufklären müssen.

Die Lohnsteigerungen seien von der ASt bei der Ermittlung des Stundenverrechnungssatzes nachvollziehbar zugrunde gelegt worden, die kalkulierten Krankentage beruhten auf Erfahrungen der letzten Jahre. Soweit die Ag den geringen Materialeinsatz im Angebot der ASt aufgreife, stelle sie andererseits bei der Prüfung des Angebotes der Bg fest, dass es ihr nicht möglich sei, darüber zu entscheiden, ob der Materialansatz ausreichend sei, weil ihr die erforderlichen Vergleichswerte fehlten.

Soweit die Ag behauptete, dass die ASt sich mangels Ortsbesichtigung nicht über alle Umstände der Leistungserbringung im Klaren sei, so sei dieses Risiko ausschließlich der Ag zuzuschreiben, da Ortsbesichtigungen nicht verpflichtend gewesen seien. Soweit die Ag unter Verweis auf die Leistung in einer anderen Liegenschaft auf den dortigen hohen Leistungsansatz und angebliche Häufung von Reinigungsbeschwerden verweise, sei dieser Vertrag zuletzt verlängert worden. Dies spreche dafür, dass die Reinigungsleistung vertragsgemäß erfolge. Die von der Ag vorgebrachten Reinigungsmängel in einer anderen Liegenschaft lägen nicht vor, die dort zuständige Stelle habe sich in mehreren E-Mails positiv über die erbrachten Leistungen geäußert.

Soweit die Ag unterstelle, dass die ASt ihr Leistungsversprechen nicht erfüllen werde, sei dies vor dem Hintergrund der harten Sanktionen im Dienstleistungsvertrag wie Vertragsstrafen nicht nachvollziehbar. In der Regel sei es im Rahmen der Prognose nicht möglich zu erkennen, ob sich ein Bieter vertragstreue verhalten werde.

- Die Bg gebe an, den Auftrag in der streitgegenständlichen Liegenschaft, den sie derzeit als Bestandsauftragnehmerin ausführe, selbst zu einem hohen Leistungsansatz erhalten zu haben und zeige damit, dass die Leistungserbringung auch bei Angabe eines hohen Leistungsansatzes offensichtlich über mehrere Jahre gewährleistet gewesen sei. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb dies der ASt, einem ebenfalls großen Unternehmen, nicht gelingen solle. Der ASt seien die Weitläufigkeit und der Aufbau der Liegenschaft der Ag auch bekannt.
- Auch die Dokumentation in der Vergabeakte hinsichtlich der Auskömmlichkeitsprüfung sei unzureichend. Aus dieser gehe weder hervor, dass sich die Ag konkret mit der Argumentation der ASt auseinandergesetzt habe, noch sei nachvollziehbar, weshalb die Darstellung der ASt unzutreffend sei. Weiter fehle eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob Gefahren für eine wettbewerbskonforme Auftragserledigung vorlägen.
- Selbst bei einem – hier zu Unrecht unterstellten – nicht kostendeckenden Angebot sei regelmäßig der Zuschlag auf dieses zu erteilen, wenn der betreffende Bieter mit der Preisgestaltung wettbewerbskonforme Ziele verfolge. Dazu zähle z.B. das Bestreben, auf einem bislang nicht zugänglichen Markt oder bei einem bestimmten Auftraggeber Fuß zu fassen, wenn im Rahmen der Prognose angenommen werden könne, dass der Bieter den Auftrag über die gesamte Vertragslaufzeit ordnungsgemäß ausführen könne. Könne der Bieter nachvollziehbar erklären, aufgrund sach- oder unternehmensbezogener, wettbewerbsorientierter Gründe günstiger als das Bieterumfeld kalkuliert zu haben, sei bei wertender Betrachtung kein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung gegeben.

Sogar der völlige Verzicht auf Gewinn sei aus Wettbewerbsgründen vergaberechtlich gebilligt. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die angebliche Unterfinanzierung zu einer nicht ordnungsgemäßen Vertragserfüllung führen solle. Dies insbesondere auch, da die den weit überwiegenden Teil der Leistung ausmachenden Personalkosten nach der mit

dem Angebot beigefügten Übersicht zum Stundenverrechnungssatz nachweislich vom Angebotspreis gedeckt seien.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 160 ff. GWB wg. Verstoßes gegen Vergabevorschriften in Bezug auf Los 3.

Im Einzelnen beantragt sie

1. der Ag zu untersagen, in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag für die ausgeschriebenen Leistungen auf das Angebot der Bg zu erteilen;
2. die Ag zu verpflichten, den Ausschluss des Angebots der ASt zurückzunehmen; hilfsweise sonstige geeignete Maßnahmen zu treffen, um die geltend gemachten Verstöße gegen Vergabevorschriften zu beseitigen;
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die ASt für notwendig zu erklären;
4. die Kosten des Verfahrens der Ag aufzuerlegen.

Ferner beantragt die ASt Einsicht in die Vergabeakten der Vergabestelle.

b) Mit Schriftsatz vom 7. April 2022 beantragt die Ag,

1. die Anträge zu den Ziffern 1 und 2 vom 01.04.2022 zurückzuweisen
2. der ASt die Kosten des Verfahrens sowie ihre Aufwendungen aufzuerlegen.

- Der Ausschluss des Angebotes der ASt für Los 3 sei gem. § 60 Abs. 3 VgV gerechtfertigt. Die ASt habe die Zweifel an der Auskömmlichkeit des Preises im Rahmen der Aufklärung nicht ausräumen können. Der gebotene Preis für das Zuschlagskriterium „Gesamtangebotspreis in Euro pro Jahr (brutto) für Raumreinigung“ habe rechnerisch 24 % unter dem Preis des nächstbesten Angebotes gelegen und noch deutlich weiter unter dem Angebotspreis des derzeitigen Vertragshalters und Ausschreibungssiegers.

Aufgrund der erheblichen Überschreitung des „erwarteten“ Leistungsansatzes, der auch rund 50 % über den kalkulierten Stundenleistungen anderer Bieter liege, sei ein Aufklärungsverlangen nach § 60 Abs. 1 VgV geboten. Die kalkulatorische Größe von 210 m² sei auch kein „durchschnittlicher Leistungsansatz“, sondern ergebe sich aus den Emp-

fehlungen und Standards der Gütegemeinschaft Gebäudereinigung e.V. Dieses Kriterium sei auch nicht als Ausschlusskriterium herangezogen worden, was auch rechtlich zweifelhaft gewesen wäre.

Das Aufklärungsverlangen sei auch hinreichend deutlich, da es ja Sache der ASt sei, die geringe Höhe des angebotenen Preises nachvollziehbar darzulegen. Die von der ASt mitgeteilten Gesichtspunkte reichten nicht aus, einen auskömmlich kalkulierten Preis annehmen zu können. Bei dem angegebenen hohen Lohnkostenanteil dürften mehrere der genannten Gründe sich kaum auswirken. Auch dürfte davon auszugehen sein, dass zumindest einige der Argumente auch auf die übrigen Bieter zuträfen. Der deutliche Preisabstand im sechsstelligen Bereich lasse sich damit nicht erklären. Teils fehlten insoweit auch konkretere Ausführungen der ASt im Rahmen der Aufklärung.

Auch könne nicht davon ausgegangen werden, dass die ASt sich hinsichtlich des Loses 3 über alle Umstände der zu erbringenden Leistungen im Klaren sei. Sie habe das Angebot einer Ortsbesichtigung nicht wahrgenommen. Die zu reinigenden Flächen umfassten mehrere abgeschlossene Flächen und weite Fahrstrecken im Bereich der Liegenschaft, zum Teil mit eingeschränktem Fahrzeugverkehr.

Im Rahmen der Auskömmlichkeitsprüfung sei das Angebot der ASt auch an die fachlich vorgesetzte Dienststelle weitergeleitet worden, die die zugrundeliegenden Vorgaben hinsichtlich der Auskömmlichkeitsprüfung für die Ag festlege. Die Ag habe sich mit den Argumenten der ASt intensiv auseinandergesetzt.

- Die veröffentlichten Raumverzeichnisse gäben Aufschluss über die Anzahl der Gebäude, der zu reinigenden Räume sowie die Raumart, so dass auch ohne Ortsbesichtigung alle kalkulationsrelevanten Informationen vorgelegen hätten.
- Soweit die ASt hinsichtlich eines Referenzobjektes auf die Verlängerung des Vertrages verweise, beruhe diese nicht auf einer guten Reinigungsleistung, sondern lägen corona- und dienststellenbedingte Gründe vor.

- Hinsichtlich der Möglichkeit der Zuschlagserteilung auf ein Unterkostenangebot sei zur ASt anzumerken, dass sie bereits in Liegenschaften der Ag entsprechende Dienste verrichte. Die Möglichkeit, auf ein Unterkostenangebot den Zuschlag zu erteilen, bedeute im Übrigen nicht, dass der Zuschlag auf ein Unterkostenangebot erfolgen müsse.
- c) Mit Beschluss vom 5. April 2022 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Sie stellt keine Anträge, trägt jedoch inhaltlich vor.
- Es sei fraglich, ob die ASt mit dem Bieter übereinstimme und die Eignungsnachweise für diesen gälten. Üblicherweise träte die ASt im Wettbewerb durch Einzelunternehmen auf.
 - Die Bg als Bestandsdienstleister habe sich bei der damaligen Angebotsabgabe mit ihrem hohen Leistungswert verkalkuliert und über die Vertragslaufzeit den Auftrag in sechsstelliger Eurohöhe subventionieren müssen. Der von der ASt angebotene Preis liege weit unterhalb des aktuellen Angebotes der Bg und sei absolut unaukömmlich. Die Ag habe keine andere Prognose treffen können, als dass das Angebot der ASt unter keinen Umständen leistbar sei. Ein Anspruch, den Zuschlag auch bei einem unangemessenen Preis erhalten zu müssen, bestehe nicht.
3. Der ASt wurde Akteneinsicht gewährt. In der mündlichen Verhandlung vom 30. Mai 2022 wurde die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten umfassend erörtert. Auf die gewechselten Schriftsätze, die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorlag, sowie die Verfahrensakte wird Bezug genommen. Die Entscheidungsfrist wurde durch Verfügung der Vorsitzenden bis einschließlich 14. Juni 2022 verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Der Antrag richtet sich gegen die Vergabeentscheidung eines dem Bund zuzurechnenden öffentlichen Auftraggebers; der zu vergebende Dienstleistungsauftrag liegt auch oberhalb des Schwellenwertes für eine verpflichtende europaweite Ausschreibung.

Der ASt droht durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg ein Schaden i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat diese Zuschlagsentscheidung nach Erhalt der Mitteilung nach § 134 GWB am 10. März 2022 mit Schreiben vom 18. März 2022 rechtzeitig i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt und innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB Nachprüfungsantrag gestellt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Das Angebot der ASt ist nicht wegen Unauskömmlichkeit auszuschließen (a). Die Eignung der ASt ist nicht zu beanstanden (b).

a) Die Ag hat richtigerweise aufgrund des Preisabstandes eine Preisprüfung für das Angebot der ASt durchgeführt. Das Ergebnis der Ag, das Angebot der ASt als unauskömmlich gem. § 60 Abs. 3 VgV auszuschließen, ist jedoch fehlerhaft. Zwar können die im Rahmen der Angebotsaufklärung behandelten Aspekte den niedrigen Angebotspreis nicht erklären. Der insoweit erkennbar maßgebliche und den Preisabstand erklärende Faktor „Leistungsansatz“ darf im Rahmen der Preisprüfung jedoch nicht zu Ungunsten der ASt verwertet werden. Das Angebot ist, fortbestehende Beschaffungsabsicht der Ag unterstellt, bei der zu wiederholenden Wertungsentscheidung der Ag zu berücksichtigen.

aa) Gem. § 60 Abs. 1 VgV verlangt der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung, wenn der Angebotspreis im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint. Nach der Berechnung der Ag liegt der Angebotspreis der ASt mehr als 20 % unterhalb des nächstgünstigsten Angebotspreises, so dass die Aufgreifschwelle für die Durchführung einer Preisprüfung überschritten ist und die Ag zu Recht von der ASt Aufklärung verlangt hat.

Die ASt ist ihrer Mitwirkungspflicht im Rahmen der Preisauflklärung hinreichend nachgekommen. Auf die pauschale Aufforderung der Ag, das ungewöhnlich niedrig erscheinende Angebot aufzuklären, gab die ASt fristgerecht mehrere Gründe für den niedrigen Angebotspreis an und versicherte, dass mit dem kalkulierten Betrag alle erforderlichen Kosten gedeckt werden könnten. Dabei ging die ASt u.a. auf Effizienzen, kalkulierte Krankheitstage der Mitarbeiter, eingesetzte Gerätschaften und Verbrauchsmaterial ein. Details können hier zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der ASt nicht dargestellt werden. Die Ausführungen der ASt waren jeweils kurz (wenige Sätze), teils auch recht

abstrakt. Die ASt hat damit jedoch ihrer Mitwirkungspflicht im Rahmen der Preisaufklärung genügt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Angebot der ASt bereits die Aufschlüsselung ihres angesetzten Stundenverrechnungssatzes beilag. Da bei Reinigungsdienstleistungen die Personalkosten der entscheidende Faktor für den Gesamtpreis sind, lagen für die Ag die wesentlichen Aspekte der Kalkulation bereits offen. Da sie dennoch keine konkreten Fragen hinsichtlich der Auskömmlichkeit stellte, ist es nicht zu beanstanden, wenn auch die ASt recht pauschal antwortete.

- bb) Die Beurteilung der Ag, dass die von der ASt im Rahmen der Preisprüfung mitgeteilten Gründe den hohen Preisabstand zum nächstplatzierten Angebot nicht erklären könnten, ist grundsätzlich zutreffend.

Soweit die ASt sich auf niedrige Materialkosten beruft, ist festzustellen, dass diese auch im Angebot der Bg nur in mit Blick auf den Gesamtpreis unerheblicher Höhe enthalten sind und zur Begründung der hohen Preisabweichung nicht geeignet sind. Den Materialkosten kommt für den streitgegenständlichen Auftrag ohnehin und schon im Ansatz eine geringe Bedeutung zu, da der ganz überwiegende Anteil der kalkulierten Preise bei allen Bietern auf die Lohnkosten entfällt und auch entfallen muss, da Reinigungsdienstleistungen personalintensiv sind. Soweit die ASt geringe Krankheitstage ihrer Mitarbeiter als Begründung für den günstigen Preis anführt, ergibt sich schon aus der Prüfung der Ag zur Auskömmlichkeit des Angebots der Bg, dass auch andere Bieter diesbezüglich in ähnlichen Größenordnungen kalkuliert haben.

Hinsichtlich weiterer von der ASt vorgebrachter Gründe für den niedrigen Angebotspreis verweist die Ag darauf, dass derartige Umstände auch bei anderen Bietern gegeben seien und den Preisabstand nicht rechtfertigen könnten. Damit bezweifelt die Ag in der Sache die Relevanz der Argumente für den insgesamt geringen Angebotspreis. Die Ag führt zu Recht aus, dass aufgrund des hohen Lohnkostenanteils sich einige der aufgeführten Faktoren kaum auswirken dürften. Einer solchen Einschätzung ist zuzustimmen.

- cc) Das Angebot der ASt darf dennoch nicht als unauskömmlich von der weiteren Wertung ausgeschlossen werden, da die Ag den ersichtlich für den Preisabstand verantwortlichen, diesen erklärenden Aspekt nicht zu Lasten der ASt im Rahmen der Preisprüfung verwerten darf.

Bei der Bewertung möglicher Gründe für den niedrigen Angebotspreis ist zu berücksichtigen, dass bei Reinigungsdienstleistungen, die personalintensiv sind, der ganz überwiegende Anteil des Preises auf die Lohnkosten entfällt. Da die Löhne durch allgemeinverbindliche Tarifverträge geregelt sind, eröffnet die Höhe der Löhne keinen Wettbewerbsspielraum. In der mündlichen Verhandlung bestand dabei Einigkeit zwischen den Beteiligten, dass die Lohnkosten aufgrund der allgemeinverbindlichen Tarifvorgaben eine gewisse Untergrenze nicht unterschreiten könnten und sich daher wohl bei allen Angeboten innerhalb einer engen Spannbreite befänden. Aus der Vergabeakte ist dies für die Kammer auch ersichtlich, ebenso, dass die ASt vorliegend auch nicht den niedrigsten Stundenverrechnungssatz angeboten hat.

Auch wenn dies nicht Gegenstand der Preisprüfung der Ag oder der Antwort der ASt auf die Preisaufklärungsanfrage war, so wurde als Ursache für den im Vergleich günstigen Preis im Angebot der ASt im Nachprüfungsverfahren herausgearbeitet, dass es der durchschnittliche Leistungsansatz in Quadratmetern pro Stunde pro Arbeitskraft ist, der in Verbindung mit dem Stundenverrechnungssatz dann den Gesamtpreis und damit die Wertungssumme im Wertungskriterium 1, dem Preis, ergibt. Die ASt hat in ihrem Angebot die Reinigung einer vergleichsweise hohen Quadratmeterzahl pro Stunde kalkuliert, so dass die Personalkosten zwar nicht in der Lohnhöhe, jedoch in der Anzahl der Stunden verringert wurden. Der Zusammenhang zwischen Stundenverrechnungssatz und dem durchschnittlichen Leistungsansatz war auch für die Ag erkennbar. Schon vor Angebotsaufklärung hat die Ag in einer internen Stellungnahme angemerkt, dass das Angebot der ASt so günstig sei, weil hier ein hoher durchschnittlicher Leistungswert (exakte Höhe des Leistungsansatzes ist Geschäftsgeheimnis der ASt) angesetzt werde. Auch in der Rügezurückweisung vom 29. März 2022 stellt die ASt zur Begründung des Angebotsausschlusses nach § 60 Abs. 3 VgV einleitend auf den Leistungsansatz ab, bevor die von der ASt im Aufklärungsschreiben benannten weiteren Aspekte gewürdigt werden. Soweit sich die Ag im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens auf die angeblich unzureichende Reinigungsleistung der ASt in einer anderen Liegenschaft bezieht, verweist sie ebenfalls auf den dort angebotenen hohen Leistungsansatz als Ursache der dort vermeintlich vorliegenden Qualitätsprobleme.

Der durchschnittliche Leistungsansatz in Quadratmetern je Stunde ist im Wertungskriterium 3 als Qualitätskriterium ausgestaltet. Leistungsansätze bis einschließlich 210

Quadratmeter in der Stunde erhalten danach die volle Punktzahl, höhere Leistungsansätze erhalten geringere Punktzahlen. Es ist positiv, dass die Ag den Leistungsansatz als Wertungskriterium ausgestaltet hat, um so denkbaren ungesunden Begleiterscheinungen in der Reinigungsdienstleistungsbranche – etwa unbezahlte Überstunden der Mitarbeiter, um einen zu hoch gewählten Leistungsansatz bewältigen zu können, oder aber keine gründliche Reinigung, da diese in der vorgegebenen Zeit nicht mehr leistbar ist – vorzubeugen. Die Ag hat es jedoch verabsäumt, nicht nur eine Quadratmeterzahl für die maximale Punktzahl anzugeben, sondern auch eine Quadratmeterzahl, für die keine Punkte mehr vergeben werden, die also mit 0 Punkten bewertet wird, mit Interpolation für dazwischenliegende Quadratmeterangaben. Dies führt vorliegend dazu, dass die ASt mit ihrem Angebot in diesem qualitativen Wertungskriterium trotz ihres hohen Leistungsansatzes immer noch eine durchaus beachtliche Punktzahl erhält. Aus der Wertungskonzeption der Ag folgt damit, dass auch der hohe Leistungsansatz der ASt immer noch mit Pluspunkten benotet wird. Ausgehend von diesem Umstand wäre es widersprüchlich und intransparent und würde damit gegen § 97 Abs. 1 GWB verstoßen, das Angebot der ASt letztlich des hohen Leistungsansatzes wegen einerseits im Rahmen der Preisprüfung als unauskömmlich abzulehnen, das Angebot in qualitativer Hinsicht jedoch mit durchaus noch beachtlichen Pluspunkten zu bewerten (vgl. zu einem ähnlichen Fall, in dem Höchstleistungswerte nicht vorgegeben waren, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30. April 2014 – Verg 41/13). Ein Angebot mit einem hohen Leistungsansatz ist zwangsläufig günstiger als ein solches mit einem niedrigen Ansatz, da weniger Personal zum Einsatz kommt. Wird aber auf der einen Seite der hohe Leistungsansatz mit Pluspunkten belohnt, so kann nicht auf der anderen Seite die zwangsläufige Folge des entsprechend niedrigeren Preises als Kehrseite derselben Medaille zum Ausschluss wegen fehlender Auskömmlichkeit führen. Die Bewertung dieses Preises als unauskömmlich würde voraussetzen, dass der Leistungsansatz der ASt als unerfüllbar hoch eingeschätzt wird, so dass zusätzliche, nicht eingepreiste Arbeitszeit zur Auftragserfüllung benötigt würde. Einer solchen Einschätzung steht jedoch die positiv mit Qualitätspunkten versehene Wertung der Ag im Kriterium 3 entgegen. Zu vermeiden wären die dargestellten Effekte, wie ausgeführt, indem bei dem Qualitätskriterium des Leistungsansatzes in einer Skala auch ein Leistungsansatz für 0 Punkte vorgegeben wird. Da dies unterblieben ist, oblag es den Bietern, den Leistungsansatz ohne Höchstgrenze selbst zu definieren. Dass der Leistungsansatz im Angebot der ASt auch ohne Vorgabe einer Höchstgrenze offensichtlich nicht mehr vertretbar wäre, ist – da der Leistungsansatz wie dargelegt noch mit Qualitätspunkten belohnt wird und auch

die Bg damals mit einem vergleichbar hohen Leistungsansatz den Zuschlag erhielt – nicht ersichtlich.

Ein Ausschluss des Angebots der ASt nach § 60 VgV kommt bei dieser Sachlage nicht in Betracht. Sollte die Ag die grundlegende Vorgabe, nämlich das Qualitätskriterium des Leistungsansatzes im Sinne einer auch nach oben begrenzten Skala (0 Punkte bei einer bestimmten, von der Ag festzusetzenden Quadratmeterzahl pro Stunde) einführen wollen, so steht es ihr frei, das Vergabeverfahren aufzuheben und auf Basis eines korrigierten Wertungskriteriums ein neues Vergabeverfahren zu initiieren, wobei sich in diesem Fall die Frage nach Schadenersatzansprüchen stellen könnte und zu bedenken ist, dass der streitgegenständliche Auftrag, der unter Berufung auf pandemiebedingte Ausnahmeregelungen ohne wettbewerbliches Verfahren verlängert worden war, nunmehr einer zügigen Vergabe im Wettbewerb bedarf.

- b) Soweit die Bg die Frage danach aufwirft, ob die ASt wirklich auf sie bezogene Eignungsnachweise vorgelegt hat oder solche von anderen verbundenen Unternehmen, so hat die ASt klargestellt, dass sie als Rechtsnachfolgerin die einschlägigen Referenzen übernommen hat. Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass die Eignungsanforderungen in der Auftragsbekanntmachung mit dem dortigen Verweis auf die Auftragsunterlagen entgegen § 122 Abs. 4 GWB nicht korrekt aufgestellt wurden, so dass es ohnehin an einer wirksamen Aufstellung von Eignungskriterien fehlt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Die Kosten des Verfahrens sind der Ag und der Bg gesamtschuldnerisch aufzuerlegen, da sie unterliegen. Hinsichtlich der Bg ist insoweit anzumerken, dass diese zwar keine ausdrücklichen Anträge gestellt hat, jedoch in der Sache sowohl schriftsätzlich als auch in der mündlichen Verhandlung zur Sache vorgetragen hat. Im Rahmen ihres schriftsätzlichen Sachvortrages hat die Bg das Angebot der ASt als unauskömmlich eingestuft und ausgeführt, die Ag habe bei pflichtgemäßem Ermessen keine andere Möglichkeit gehabt, als die ASt wegen eines offensichtlich unangemessenen Preises von der weiteren Wertung auszuschließen. Damit bringt sie nicht schlicht Sachinformationen in das Verfahren ein, sondern bezieht klar Position auf Seiten der Ag.

Dies rechtfertigt es, sie als unterliegende Partei zu betrachten und sie an der Kostenentscheidung zu beteiligen.

Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt notwendigen Aufwendungen tragen Ag und Bg je zur Hälfte.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren Rechtsfragen aufgeworfen hat, die ein durchschnittlicher Antragsteller ohne eigene Rechtsabteilung nicht sachgerecht beurteilen kann (vgl. BGH, Beschl. v. 26. September 2006 – X ZB 14/06, juris-Rn. 61).

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - einzulegen.

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigefügt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht

auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Der hauptamtliche Beisitzer Dr. Schier ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung gehindert.

Dr. Herlemann

Dr. Herlemann