



1. Vergabekammer des Bundes
VK1 - 39/23

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

- Antragsgegnerin -

[...]

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Gebäudereinigung [...]“, Referenznummer: [...], EU-Bekanntmachung [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Jamrath nach Lage der Akten am 6. Juni 2023 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückzusetzen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin führt derzeit ein europaweites offenes Verfahren zum Abschluss eines Rahmenvertrages zur Vergabe „Gebäudereinigung [...]“ durch. Nach den Zuschlagskriterien wird das Angebot mit dem niedrigsten Preis mit einer Gewichtung von 45% gewertet. Höhere Preise enthalten einen prozentualen Abzug im Verhältnis zum niedrigsten Preis. Angebote mit einem Leistungsansatz von 160 m²/Stunde werden mit einer Gewichtung von 55% bewertet. Angebote mit einem niedrigeren oder höheren Leistungsansatz werden anteilig (prozentuales Verhältnis zum Referenzwert von 160 m²/Stunde) gewertet (siehe Vergabeunterlagen / Datei Bewertungs- und Zuschlagskriterien). Nach § 5 Abs. 7 des Mustervertrags für Unterhaltsreinigung ist vorgegeben, eine Reinigungskraft zwecks Wahrnehmung einer Vorarbeiterfunktion notwendig ist. Konkret heißt es dort:

„Der Auftragnehmer benennt eine Reinigungskraft zwecks Wahrnehmung einer Vorarbeiterfunktion. Diese ist grundsätzlich nicht selbst mit den zu überwachenden Reinigungsleistungen betraut. Sie steht während der gesamten Reinigungszeit als Ansprechpartnerin für das Objektmanagement vor Ort zur Verfügung. [...] Die für Kontrolle und Aufsicht im Objekt vorgegebenen täglichen Arbeitsstunden sind separat anzugeben (vgl. Anlage 8).“

In der Erklärung in Anlage 8 sind die jährlich am Standort [...] vorgesehenen Arbeitsstunden einzutragen. Ferner ist dort ausgeführt:

„Für Kontrolle und Aufsicht im Objekt durch die / den Vorarbeiter/in sind arbeitstäglich von montags bis freitags von 7.00 Uhr bis 11 Uhr 4,0 Arbeitsstunden vorgesehen. Die/der qualifizierte Vorarbeiter/in ist grundsätzlich nicht selbst mit den zu überwachenden Reinigungsarbeiten betraut. Sie/Er steht während der gesamten Reinigungszeit als

Ansprechpartner/in in einer Person für das Objektmanagement vor Ort am Standort [...] persönlich zur Verfügung. Die durch den Einsatz einer/eines Vorarbeiter/in entstehenden Kosten und die Zahlung nach Tariflohn sind im angebotenen Preis miteinkalkuliert. [...].“

Mit dem Angebot hatten die Bieter das Formblatt „Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes über die Unterhaltsreinigung (werktags)“ vollständig vorzulegen. Darin sind unter Ziffer 3 „Sonstige Auftragsbezogene Kosten“ in Ziffer 3.1 „Löhne für Aufsichten / Vorarbeiter inkl. sozialer Folgekosten“ anzugeben.

Die Antragstellerin beteiligte sich mit einem Angebot. Im Vorabinformationsschreiben gemäß § 134 GWB vom 13. April 2023 teilte die Antragsgegnerin mit, dass das Angebot der Antragstellerin nicht berücksichtigt werden könne. Mitgeteilt wurde, in welchem Verhältnis das Angebot der Antragstellerin zum niedrigsten Preis sowie zum Wertungskriterium Leistung bewertet worden war. Das Angebot lag insgesamt auf dem vierten Rang. Der Zuschlag war auf das Angebot der Beigeladenen geplant.

Mit Schreiben vom 18. April 2023 rügte die Antragstellerin die Angebotswertung und beabsichtigte Zuschlagserteilung. Nach ihrer Auffassung sei die Kalkulation der Jahrespreise von Bietern teilweise nachweislich nicht auf Grundlage der gesetzlichen Mindestbedingungen und des Rahmentarifvertrags Gebäudereiniger-Handwerk erfolgt. Dies ergebe sich aus der Zurückrechnung des Angebots der Beigeladenen. Die Antragsgegnerin forderte am 19. April 2023 die Antragstellerin und die Beigeladene (hinsichtlich der Bieter an Rang 2 und 3 ist der Vergabeakte nichts zu entnehmen) auf, zusätzliche Kalkulationsunterlagen (Formular „Kalkulation über den StdVerrS Aufsichtstätigkeiten“) sowie eine Stellungnahme zu einzelnen Punkten der Kalkulation vorzulegen. Antragstellerin und Beigeladene antworteten jeweils mit Schreiben vom 21. April 2023. Mit weiterer Nachricht vom 25. April wandte sich die Antragsgegnerin mit weiteren Fragen an die Beigeladene, die mit Schreiben vom selben Tag antwortete.

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin am 28. April 2023 schriftlich mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen werde. Die Beigeladene habe eine Gesamtpunktzahl von 100 Prozentpunkten erreicht. Dies sei bei der Antragstellerin nicht der Fall. Der Stundenverrechnungssatz über die Unterhaltsreinigung des erfolgreichen Bieters sowie der Bieter auf Rang 2 und Rang 3 seien vollumfänglich auf die Einhaltung des Rahmentarifvertrags und des Lohntarifvertrags/Mindestlohntarifvertrags für die gewerblich Beschäftigten in der Gebäudereinigung sowie der Auskömmlichkeit geprüft und jeweils

berücksichtigt worden. Es bleibe dabei, dass die Antragstellerin lediglich auf Rang 4 platziert sei.

2. Die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin beantragte mit Schreiben von 12. Mai 2023 bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Antragsgegnerin übermittelt.

- a) Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin hält den Nachprüfungsantrag für zulässig und begründet. Die Antragstellerin sei antragsbefugt, denn es seien sowohl das Angebot der Beigeladenen als auch die Angebote der Bieter auf Rang 2 und 3 zwingend gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV beziehungsweise § 60 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 VgV auszuschließen. Diese verstießen gegen einzuhaltende gesetzliche Vorschriften und tarifliche Vorgaben. Sie macht ferner die Unauskömmlichkeit der Angebote geltend. Ein Schaden drohe der Antragstellerin, denn es sei nicht ausgeschlossen, dass der Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu einer anderen Wertungsreihenfolge führe.

Der Antrag sei auch begründet, denn das Angebot der Beigeladenen verstoße gegen gesetzliche und tarifliche Anforderungen bei der Unterhaltsreinigung und sei daher auszuschließen. Sie legt ihre eigene Berechnung des Stundensatzes der Beigeladenen bei der Unterhaltsreinigung unter Berücksichtigung von Urlaub, Lohnfortzahlung, tariflicher Arbeitsfreistellung etc dar. Ferner berechnet sie im Detail den Mindeststundenverrechnungssatz für die Aufsichtstätigkeit auf der Basis des gesetzlichen Mindestlohns von 12,00 €. Sie schlüsselt diese Kalkulation in einer Tabelle auf. Sie selbst halte die gesetzlichen und tariflichen Vorgaben ein und komme auf einen höheren Stundenverrechnungssatz. Die Angebote der Bieter auf Rang 2 und 3 seien aus denselben Gründen auszuschließen.

Die Antragstellerin beantragt durch ihren Verfahrensbevollmächtigten:

1. Die Antragsgegnerin wird - soweit ihre Beschaffungsabsicht weiterhin besteht - verpflichtet, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer fortzuführen und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die geltend gemachten Rechtsverletzungen der Antragstellerin zu beseitigen.

2. Die Vergabeakte wird beigezogen und der Antragstellerin unverzüglich Akteneinsicht nach § 165 GWB gewährt.
 3. Der Antragsgegnerin werden die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin auferlegt.
 4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
- b) Die Antragsgegnerin erwidert, dass sich seit dem Rügeabhilfes Schreiben vom 28. April 2023 keine Änderung des Sachstandes ergeben habe. Verstöße gegen gesetzliche und tarifliche Vorgaben seien nicht ersichtlich. Sie wiederholt diesen Vortrag mit Schreiben vom 31. Mai 2023. Das Angebot des Erstplatzierten (der Beigeladenen) sei stimmig und nachvollziehbar.
- c) Mit Beschluss vom 16. Mai 2023 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen. Der Verfahrensbevollmächtigte der Beigeladenen schließt sich der Beurteilung der Antragsgegnerin an, dass ein Verstoß gegen gesetzliche und tarifliche Vorgaben nicht ersichtlich sei. Die Behauptungen der Antragstellerin bezüglich des Stundenverrechnungssatzes der Beigeladenen seien unzutreffend und ins Blaue hinein erfolgt. Ferner befinde sich die Antragstellerin an aussichtsloser Stelle im Bieteranking. Sie behaupte ins Blaue hinein, dass sich auf der Grundlage der Matrix die Bieterreihenfolge ändern könne, so dass die Antragstellerin Aussicht auf den Zuschlag habe.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin nach vorheriger Zustimmung der Antragsgegnerin teilweise Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

Nachdem alle Verfahrensbeteiligten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet haben, ergeht die Entscheidung gemäß § 166 Abs. 1 S. 3, 1. Alt. GWB nach Lage der Akten.

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

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße rechtzeitig im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt. Das für die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB erforderliche Interesse am Auftrag hat die Antragstellerin durch die zwischenzeitlich erfolgte Abgabe eines Angebots hinreichend dokumentiert. Der Antragstellerin droht trotz ihrer derzeitigen Position 4 in der Biiterrangfolge im Hinblick auf die von ihr geltend gemachte fehlerhafte Wertung der Angebote sowohl der Beigeladenen als auch der Bieter an Rangstelle 2 und 3 ein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB. Nachdem in der Vergabeakte eine Aufklärung und nähere Prüfung der Angebote an Rangstelle 2 und 3 nicht vorgelegt wurde, ist zumindest nicht auszuschließen, dass auch diese Angebote nicht zuschlagsfähig sind, so dass der Antragstellerin der ihr drohende Schaden nicht bereits allein aufgrund ihres 4. Wertungs-Rangplatzes abgesprochen werden kann.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die in der Vergabeakte befindliche Aufklärung und Prüfung der Angebote enthält nicht alle Informationen, die notwendig sind, damit die Vergabekammer die nach erfolgter Aufklärung und Überprüfung der Kalkulation der Angebote der Beigeladenen (und der Antragstellerin) ergangene Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin nachvollziehen und im Ergebnis als vergaberechtsfehlerfrei beurteilen kann.

Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Gründe für die Auswahlentscheidung nach Überprüfung der Kalkulation zu dokumentieren (§ 8 Abs. 1 S. 2 VgV, § 97 Abs. 1 GWB). Im Hinblick auf die Überprüfung der Kalkulation gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar, dass die Bieter in der Kalkulation ihrer Preise grundsätzlich frei sind. Es ist den Bietern auch nicht schlechthin verwehrt, zu einem Gesamtpreis anzubieten, der lediglich einen Deckungsbeitrag zu den eigenen Fixkosten verspricht (Unterkostenangebote). Der öffentliche Auftraggeber ist bei solchen Angeboten allerdings gehalten sorgfältig zu prüfen, ob eine einwandfreie Ausführung und Haftung für Gewährleistungsansprüche gesichert ist

(vgl. BGH, Urteil vom 19. Juni 2018 – X ZR 100/16, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16). Der Auftraggeber muss dementsprechend seine für die abschließende Entscheidung maßgeblichen Erwägungen so dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, wie die Überprüfung der Kalkulation vorgenommen wurde. Die Begründung muss alle Informationen enthalten, die notwendig sind, um die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nachvollziehen zu können (vgl. grundsätzlich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 6/19, BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17).

Vorliegend hat die Antragsgegnerin aufgrund der Rüge der Antragstellerin, die einen Verstoß gegen die gesetzlichen Mindestregelungen und den Rahmentarifvertrag des Gebäudereiniger-Handwerks geltend macht, eine Aufklärung gemäß § 60 Abs. 1 VgV bei der Beigeladenen und der Antragstellerin durchgeführt. Eine Aufklärung der Kalkulation der Bieter 2 und 3 der Bieterreihenfolge ist ausweislich der vorliegenden Vergabeakten nicht erfolgt. Mithilfe der Aufklärung prüft der Auftraggeber gemäß § 60 Abs. 2 Satz 1 VgV die Zusammensetzung des Angebots und berücksichtigt die übermittelten Unterlagen. Die Prüfung kann neben der Wirtschaftlichkeit gemäß § 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 VgV auch die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften (§ 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 VgV) betreffen. Der Auftraggeber „darf“ den Zuschlag auf das Angebot ablehnen, wenn er die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der Kosten nicht zufriedenstellend aufklären kann. Hierbei ist ihm ein rechtlich gebundenes Ermessen eingeräumt. Die Ablehnung des Zuschlags ist grundsätzlich geboten, wenn der Auftraggeber verbleibende Ungewissheiten nicht zufriedenstellend aufklären kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. April 2023, VII-Verg 26/22). Er ist verpflichtet das Angebot abzulehnen, wenn er festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten ungewöhnlich niedrig sind, weil die Verpflichtungen nach § 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 VgV nicht eingehalten werden (§ 60 Abs. 3 Satz 2 VgV).

Aufgrund der vorgenommenen Aufklärung ist aufgrund der in der Akte enthaltenen handschriftlichen (und überwiegend nicht lesbaren) Kommentierungen der „Kalkulation des STdVerrS über die Unterhaltsreinigung (werktags)“ bei der Beigeladenen auch im Vergleich zu den Kommentierungen bei der Antragstellerin nicht erkennbar, wie die Antragsgegnerin die Unterschiede in der Kalkulation der Bieter einordnet. So ist beispielsweise die Bildung eines „Mittelwerts“ aus verschiedenen Angeboten nicht eindeutig einer Position auf dem Kalkulationsblatt der Beigeladenen zuzuordnen. Es ist nicht nachvollziehbar, welche Schlussfolgerungen die Antragsgegnerin aus ihrer Überprüfung ableitet. Ein abschließender,

zusammenfassender Vermerk, der sich ferner mit den ausführlichen Äußerungen der Beigeladenen zu ihrer Kalkulation beschäftigt, ist nicht vorhanden. In den enthaltenen, angekreuzten Formblättern ist der Willensbildungsprozess bei der Antragsgegnerin aufgrund der nachgeholtten Prüfung nach § 60 VgV nicht nachvollziehbar abgebildet. Es ist unklar, ob die Antragsgegnerin davon ausgeht, dass es sich beim Angebot der Beigeladenen nach der Aufklärung um ein auskömmliches Angebot handelt. Oder ob ein Unterkostenangebot vorliegt und dieses zufriedenstellend oder nicht zufriedenstellend aufgeklärt wurde. Der Akte ist allein zu entnehmen, dass an der Zuschlagserteilung festgehalten wird.

Auch im Nachprüfungsverfahren hat die Antragsgegnerin hierzu nicht weiter ausgeführt. In ihrer Erwiderung zum Nachprüfungsantrag verweist die Antragsgegnerin allein darauf, dass sich seit dem Rügeabhilfeschreiben vom 28. April 2023 keine Änderung des Sachstandes ergeben habe. Verstöße gegen gesetzliche und tarifliche Vorgaben seien nicht ersichtlich. Sie hat damit das hier vorliegende Dokumentationsdefizit nicht durch einen entsprechenden Vortrag im Nachprüfungsverfahren beseitigt. Die Kammer kann insbesondere aus den Ausführungen im Rügeabhilfeschreiben vom 28. April 2023 keine weiteren Erkenntnisse für die Überprüfung der Kalkulationsprüfung der Antragsgegnerin ableiten. Dort hat die Antragsgegnerin (aus Gründen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sicher zu Recht) keine näheren Details ihrer Prüfung des Angebots der Beigeladenen, außer der Feststellung, dass diese 100 Prozentpunkte erreicht habe, niedergelegt. Im Nachprüfungsverfahren hätte sie hierzu aber – unter Hinweis auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen – zumindest gegenüber der Vergabekammer vortragen können. Dies hat sie aber weder in ihrer Antragserwiderung noch mit weiterem Schriftsatz vom 31. Mai 2023 getan. Ein Nachvollziehbarkeit ihrer Entscheidung im Nachprüfungsverfahren ist derzeit nicht möglich.

3. Die Antragsgegnerin hat - soweit ihre Beschaffungsabsicht weiterhin besteht - im Rahmen der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens die Prüfung nachzuholen und entsprechend zu dokumentieren sowie ihr Prüfungsergebnis und die darauf basierende Zuschlagsentscheidung in einer neuen Information nach § 134 GWB mitzuteilen.

III.

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

Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sind der Antragsgegnerin aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterlegen ist. Gleiches gilt für die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Antragstellerin notwendigen Aufwendungen.

Die Beigeladene ist nicht an den Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu beteiligen. Zwar hat sich die Beigeladene schriftsätzlich mit eigenem Sachvortrag am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen. Es entspricht allerdings hier gemäß § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB nicht der Billigkeit, eine Kostenbeteiligung auszusprechen, denn die ungenügende Dokumentation des Vergabeverfahrens ist der Beigeladenen nicht anzulasten (vgl. grundsätzlich OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13 und vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig. Vorliegend stellten sich Sach- und Rechtsfragen zur vergaberechtlichen Überprüfung der Preisangebote, die eine anwaltliche Vertretung als notwendig erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist 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 beigelegt 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.

Die hauptamtliche Beisitzerin Brauer ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung gehindert.

Behrens

Behrens