



# Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

## Beschluss

### Leitsätze

1. Bei der Fortsetzungsfeststellungsklage kommt es nicht darauf an, ob Verschulden vorliegt. Entscheidend ist lediglich das Vorliegen eines erledigten Ereignisses.
2. Die "Plausibilität der Kalkulation" ist kein unternehmensbezogener Eignungsnachweis, sondern dies stellt eine leistungsbezogene Anforderung dar. Eignungs- und Zuschlagskriterien dürfen nicht miteinander vermengt werden.
3. Bestehen hinsichtlich der Kalkulation eines Bieters Unklarheiten und soll der Bieter aufgrund dessen ausgeschlossen werden, muss der Auftraggeber dieses Angebot zunächst aufklären.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrages zur Unterhalts- und Glasreinigung in mehreren Gebäuden der Fachhochschule xxxxxxxx,

### VK 1 - 27/16

der Firma xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxx

**Antragstellerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

Rechtsanwälte xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxx

gegen

die Fachhochschule xxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxx

**Antragsgegnerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

xx mbH  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx  
xxxxxxxxxxxxxxxx

beigeladen:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX GmbH  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Beigeladene zu 1)**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXX

**Beigeladene zu 2)**

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 2. September 2016 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Gaidies und den ehrenamtlichen Beisitzer Russo

am **8. September 2016** beschlossen:

1. Das Nachprüfungsverfahren zu Los 3 wird nach übereinstimmender Erledigungserklärung eingestellt.
2. Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens zu Los 3 wird zurückgewiesen.
3. Dem Nachprüfungsantrag zu Los 2 wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Wertung der Angebote unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin zu dem Los 2 unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
4. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
5. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
6. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

**Gründe**

**I.**

Das von der Antragstellerin beanstandete Vergabeverfahren der Antragsgegnerin betrifft Unterhalts- und Glasreinigungsdienstleistungen in mehreren Gebäuden der Fachhochschule xxxxxxxxaufgeteilt in insgesamt drei Teillosen (Unterhaltsreinigung) und einem Fachlos (Glasreinigung). Die Leistungen wurden in einem offenen Verfahren nach der EG VOL/A für einen Vertragszeitraum von 4 Jahren mit der Option der Vertragsverlängerung um jeweils ein weiteres Jahr ausgeschrieben. Der Auftrag umfasst 13 Objekte mit insgesamt ca. 75.000 m<sup>2</sup> Reinigungsfläche, wobei das

Nachprüfungsverfahren lediglich die Lose 2 und 3 betrifft. Der geschätzte Auftragswert für das Los 2 beträgt ca. 600.000 € und für das Los 3 ca. 1,4 Mio. € für eine Vertragslaufzeit von 4 Jahren.

Als Zuschlagskriterien für die Lose 1 bis 3 galten der Preis mit 80%, die Anzahl der Leistungsstunden mit 18 % und die Anzahl der Objektleiterstunden mit 2 %.

Während des durchgeführten Nachprüfungsverfahrens ist das Verfahren zu Los 3 nach übereinstimmender Erledigungserklärung eingestellt worden. Hinsichtlich des Loses 2 war eine Entscheidung zur Sache erforderlich.

Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde:

In der Bekanntmachung (veröffentlicht vor dem 18.4.2016) bestimmte die Antragsgegnerin u.a., dass die Bieter im Vergabeverfahren keine vorsätzlich unzutreffenden Erklärungen in Bezug auf ihre Eignung abgeben dürfen und die beiliegenden Unterlagen "Formblätter des Bundeslandes NRW" ausgefüllt und unterschrieben den Angeboten beizufügen waren. Dazu gehörte auch der Vordruck "Verpflichtungserklärung Tariflohn NRW".

In der Leistungsbeschreibung (Technische Spezifikation Unterhaltsreinigung Los 1, 2 und 3) bestimmte die Antragsgegnerin unter Ziffer 3, dass ein Objektleiter werktäglich von 8.00 bis 15.00 Uhr telefonisch erreichbar sein muss, während der Vorarbeiter sich im Objekt aufzuhalten hat. Unter Ziffer 15 wird darauf hingewiesen, dass die Anwesenheitszeiten eines Objektleiters keine Leistungsstunden sind, sondern diese sind für das Objekt im jeweiligen Personaleinsatzplan einzutragen und müssen einer Plausibilitätsprüfung mit allen Angaben der sonstigen Angebotsunterlagen standhalten. Unrichtige bzw. falsche Angaben in den Angebotsunterlagen führen zum Ausschluss des Angebotes. Weiterhin erteilte die Antragsgegnerin folgenden Hinweis:

Achten Sie auf die Plausibilität Ihrer Angaben. Überschreiten Sie die Zeitfenster oder vorgegebenen Leistungswertobergrenzen entspricht dies einer Änderung an den Vertragsunterlagen und das Angebot wird von der weiteren Wertung ausgeschlossen. Kalkulieren Sie die Anzahl der Objektleiterstunden plausibel im SVS der Reinigungsmitarbeiter.

Weiterhin wies die Antragsgegnerin (Hinweise zum Ausfüllen der Preisblätter) darauf hin, dass in den beigefügten Preisblättern machbare Leistungswerte und auskömmliche Stundenverrechnungssätze kalkuliert werden müssten. Alle Angaben würden darauf hin überprüft. Der Leistungsbeschreibung fügte die Antragsgegnerin je Los einen Vordruck "Q-SVS- Erläuterung" bei, der die Berechnung des Stundenverrechnungssatzes nachvollziehbar machen sollte. In dem Vordruck waren neben der Eintragung des Tariflohns für die Reinigungskraft, einerseits die Lohn- und Lohnfolgekosten für die Reinigungskraft einzutragen und andererseits der Gemeinkostenanteil (B) auszuweisen. Dort hatten die Bieter die Objektleiterkosten prozentual anzugeben.

Die Antragsgegnerin erhielt zu den Losen 2 und 3 jeweils 11 bzw. 10 Angebote, wozu auch die Angebote der Antragstellerin und die Angebote, der mit Beschluss vom 12. Juli 2016 Beigeladenen zu 1) (Los 2) und zu 2) (Los 3) gehörten. Die Antragstellerin soll den Zuschlag für das Los 4 (Glasreinigung) bekommen. Die Angebote der Antragstellerin zu den Losen 2 und 3 lagen preislich gesehen auf dem 1. bzw. 2. Rang. In beiden Angeboten hatte die Antragstellerin die Objektleiterkosten in der Rubrik Gemeinkostenanteil (B) mit 2,5 % angegeben und folgenden Kommentar abgegeben:

Im Gemeinkostenanteil (B) wurde teilweise eine Teilkostenkalkulation zu Grunde gelegt.

Beide Angebote schloss die Antragsgegnerin wegen fehlender Eignung gemäß § 19 Abs. 5 EG VOL/A aus.

Im Vergabevermerk zu den beiden Losen führte die Antragsgegnerin wörtlich zum Ausschlussgrund aus:

Wertung der Bieterangebote nach § 19 EG Abs. 5 VOL/A

In dieser Wertungsstufe wurden der Vergleich der Bieterangaben in den Preisblättern sowie die Prüfung sonstiger vom Bieter geforderter Angaben (betriebswirtschaftliche Betrachtung) im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung durchgeführt. Unsinnige und in sich nicht schlüssige Angaben bedeuten, dass ein Bieter nicht die geforderte Fachkunde und Leistungsfähigkeit (Eignung) nach § 19 Abs. 5 VOL/A besitzt.

Zu den Angeboten der Antragstellerin vermerkte die Antragsgegnerin:

Die Anzahl der angegebenen Objektleiterstunden für dieses Los ist bezogen auf die Gesamtanzahl der kalkulierten Leistungsstunden zur UR nicht korrekt angegeben:

Leistungsstunden UR pro Jahr	X.... Std.
Objektleiterstunden pro Jahr	X.....Std.
Entspricht einem prozentualen Anteil von	X.... %
Ihre Angabe im SVS-Erläuterungsblatt zur UR:	X.... %
Differenz:	- X ... % -Punkte

Die Bezahlung des Objektleiters ist somit nicht korrekt kalkuliert (Unterdeckung) und das Angebot nicht plausibel.

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin mit der vorstehenden Begründung den Ausschluss ihrer Angebote mit Schreiben vom 14.6.2016 mit, ohne zuvor über den Inhalt der Angebote aufgeklärt zu haben.

Dies rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 16.06.2016 unter anderem mit der Begründung, dass ein Ausschluss ohne die vorherige Möglichkeit zur Aufklärung vergaberechtswidrig sei. Sie habe darüber hinaus korrekt kalkuliert, es liege keine Unterdeckung vor und das Angebot sei auskömmlich. Zeitgleich forderte die Antragstellerin die Antragsgegnerin auf, ihr den Rangplatz zu den Losen 2 und 3 mitzuteilen.

Die Antragsgegnerin half der Rüge in der Folge nicht ab und teilte der Antragstellerin ihre Auffassung mit Schreiben vom 17.06.2016 mit. Zu den Rangplätzen teilte die Antragsgegnerin mit, dass eine Mitteilung über die Rangfolge laut § 22 Abs. 1 VOL/A nicht vorgesehen sei. Mit dem Nachprüfungsantrag vom 23.06.2016 verfolgt die Antragstellerin ihr Vorbringen weiter.

Die Antragstellerin meint, dass ihre Angebote zu Unrecht ausgeschlossen worden seien. Es müsse unterschieden werden zwischen der Kalkulation der erbrachten Leistungen zu den angebotenen Objektleiterstunden und den daraus resultierenden Kosten. Diese kalkulierten Kosten fänden sich dann im SVS-Satz und dem Preisangebot wieder, wobei sie ausdrücklich im Vordruck unter "Kommentar" vermerkt habe, dass im Gemeinkostenanteil (B) teilweise eine Teilkostenkalkulation erfolgt sei.

Die Antragstellerin führt aus, dass ihr Objektleiter nur teilweise ausgelastet sei und er ohne Mehrkosten die angebotenen Stunden der Objektleitung bei der Antragsgegnerin

rin abwickeln könne. Diese bei ihr vorhandenen stillen Reserven habe sie nur teilweise im SVS-Satz, und zwar mit 2,5 %, an die Antragsgegnerin weitergegeben, was ausweislich der Musterkalkulation des Bundesinnungsverbandes zulässig und in der Branche auch üblich sei.

Grundsätzlich dürfte die Antragsgegnerin die Kalkulation der Bieter nicht durch eine eigene Kalkulation ersetzen und auch eine Unterdeckung sei per se kein Ausschlussgrund, solange der Unternehmer sich gesetzestreu verhalte und den Tariflohn zahle. Eine Unterdeckung sei hingegen erst von Interesse, wenn ein auffälliges preisliches Missverhältnis feststellbar sei.

Rechtlich gesehen stellten sich das Verhalten und die Kalkulation der Antragstellerin keineswegs als eine unzulässige Mischkalkulation dar. Die Preise seien so angepreist, wie die Antragstellerin sie für die einzelnen Leistungen kalkuliert habe. Es sei ein allgemeiner betriebswirtschaftlicher Kalkulationslogarithmus verwandt worden, etwa die Bildung von Mittelwerten. Dies sei eine zulässige Kalkulation. An keiner Stelle habe die Antragstellerin irgendwo andere Preise vermischt oder auf- und abgepreist. Dass ein Bieter in seiner Kalkulation auch spekulative Elemente berücksichtige, bedeute nicht, dass er einen Spekulationspreis angebe.

Zudem meint die Antragstellerin unter Hinweis auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21.10.2015, Verg 35/15, dass die Antragsgegnerin nicht ohne Weiteres Angebote aus der Wertung nehmen dürfe, ohne dass das von einem Ausschluss bedrohte Bieterunternehmen zuvor zu einer Aufklärung über den Inhalt des Angebots aufgefordert worden sei. Dem Bieter müsse Gelegenheit gegeben werden, bestehende Zweifel nachvollziehbar auszuräumen. Die Antragsgegnerin habe aber - trotz ihrer Zweifel an der Plausibilität- keine Aufklärung vorgenommen.

Nachdem die Antragsgegnerin der Antragstellerin im laufenden Nachprüfungsverfahren die Rangplätze endlich mitgeteilt hatte, und die Antragstellerin sich mit dem Los 3 auf dem 2. Rangplatz hinter der Beigeladenen zu 2) befand, erklärte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 18. August 2016 das Nachprüfungsverfahren insoweit für erledigt.

Die Antragstellerin möchte aber festgestellt haben, dass auch in Bezug auf Los 3 eine Rechtsverletzung vorlag. Sie verweist darauf, dass die Herausnahme des Angebots aus der Wertung, ohne zuvor die Umstände aufgeklärt zu haben, eine Rechtsverletzung darstelle. Zudem trägt sie vor, dass sie den Nachprüfungsantrag hinsichtlich Los 3 gar nicht gestellt hätte, wenn die Antragsgegnerin ihr den Rang früher mitgeteilt hätte. Die Antragstellerin meint, dass ihr Feststellungsantrag zum Erfolg führen müsste, da der ursprüngliche Nachprüfungsantrag zu Los 3 sowohl zulässig als auch begründet gewesen sei. Denn entscheidend für die Bewertung dieser Rechtsfrage sei der Zeitpunkt der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Zu dem Zeitpunkt sei der Antrag zulässig und begründet gewesen, weil sie keine Kenntnis über ihren Rangplatz gehabt habe und zudem die Rechtsverletzung „fehlende Aufklärung“ vorgelegen habe.

Ihr Fortsetzungsfeststellungsinteresse bestehe darin, so die Antragstellerin, dass für sie die Möglichkeit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gegeben sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. hinsichtlich Los 3 festzustellen, dass eine Rechtsverletzung stattgefunden hat,
2. hinsichtlich Los 2 die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gem. §§ 107 ff. GWB a. F.,
3. die Hinzuziehung ihres Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin stimmt der Erledigungserklärung der Antragstellerin zu Los 3 in der mündlichen Verhandlung zu und beantragt zugleich die Zurückweisung des Feststellungsantrages.

Hinsichtlich des Loses 2 fand am 25. August 2016 ein Aufklärungsgespräch zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin statt. Das von der Antragsgegnerin gefertigte Protokoll ist der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ausgehändigt worden. Ausweislich des vorgelegten Protokolls über dieses Aufklärungsgespräch hat die Antragstellerin erneut – so wie bereits mit der Antragschrift erklärt, dass sie eine Objektleiterin vorgesehen habe, die in Vollzeit arbeite und bei ihren übrigen Arbeiten nicht voll ausgelastet sei, so dass sie über ein freies Stundenvolumen verfüge. Diesbezüglich habe eine Teilkostenkalkulation stattgefunden, weil nicht alle Kosten für diese Objektleiterin an die Antragsgegnerin weiter gegeben werden sollten. Die Antragstellerin versicherte ausdrücklich mehrfach, dass alle verlangten Leistungen erbracht würden und auch der Tarif- und Mindestlohn eingehalten werde. Intern sei diese Vorgehensweise auch mit dem Betriebsrat abgestimmt worden.

Die Antragsgegnerin hält das Nachprüfungsverfahren zu Los 2 damit aber nicht für erledigt, weil sie die Antragstellerin weiterhin für ungeeignet iSv § 19 EG Abs. 5 VOL/A hält. Zudem sei das Angebot zwingend wegen der Widersprüchlichkeiten gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A auszuschließen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Antrag der Antragstellerin zu Los 2 zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass sie beide Angebote der Antragstellerin im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung habe ausschließen müssen, da die Objektleiterstunden nicht ordnungsgemäß kalkuliert worden seien.

Die Antragsgegnerin führt aus, dass nach ihren eigenen Erfahrungen ein Hauptproblem bei Reinigungsdienstleistungsaufträgen die teilweise erforderliche Übernahme bzw. erzwungene Ersatzvornahme von Tätigkeiten eines Objektleiters durch die eigenen Hausmeister sei, weil der Dienstleister seine Kontrollpflichten nur unzureichend wahrnehme.

Es sei daher wichtig, dass Objektleiter zur Betreuung der Reinigungskräfte vor Ort vorhanden sind. Diese Objektleiter - und nicht die Hausmeister - müssten die Reinigungsarbeiten, die Vertretungen bei Arbeitsausfällen und eine optimale Arbeitsorga-

nisation koordinieren, um dem Auftraggeber ein akzeptables Reinigungsergebnis präsentieren zu können und um dessen Personal nicht mit Kontrolltätigkeiten zu belasten, die zweifellos der Auftragnehmerin obliegen.

Um dieses Ziel zu erreichen, habe sie in den Ausschreibungsunterlagen die Anwesenheitszeiten eines Objektleiters erfragt, und unterstellt, dass alle Angaben durch alle Bieter wahrheitsgemäß erfolgen, sodass bei der Auftragsabwicklung die Erbringung aller geforderten und aller zugesagten Tätigkeiten einschließlich ihres Umfangs deckungsgleich seien. Die Anzahl der Objektleiterstunden sei sogar als Zuschlagskriterium aufgenommen worden und im Übrigen habe man an mehreren Stellen in den Ausschreibungsunterlagen deutlich gemacht, dass die Plausibilität der Bieterangaben überprüft werde.

Der Antragstellerin sei es gleichwohl nicht gelungen, diese Hinweise und Informationen in ihren Angeboten für die Lose 2 und 3 so umzusetzen, dass ihr jeweiliges Angebot den Zuschlag erhalten konnte. Denn in der zweiten Wertungsstufe würden alle Angebote bzw. die von den Bietern getätigten Angaben auf Richtigkeit und Wahrheitsgehalt sowie auf Plausibilität überprüft. Aus dem Vergleich der Bieterangaben in den Preisblättern habe sie dann im Rahmen einer betriebswirtschaftlichen Betrachtungsweise festgestellt, dass die Antragstellerin - wie im Vergabevermerk dargelegt - die Objektleiterstunden nicht ordnungsgemäß und fachkundig kalkuliert habe. Es läge hinsichtlich dieser Kosten eine Unterdeckung vor. Ein Bieter, der mit einer fehlerhaften Kalkulation dokumentiere, dass er seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllen will oder kann sei folglich nicht geeignet und somit auszuschließen. Ihm fehle die geforderte Fachkunde und Eignung. Die Antragsgegnerin mutmaßt deshalb, dass die Antragstellerin entweder die zugesagten Objektleiterstunden nicht erbringen will oder sie keine dem Mindestlohn entsprechende Vergütung zahlen wird.

Im Übrigen meint die Antragsgegnerin, dass sie gar nicht zu einer weiteren Aufklärung der Angebote verpflichtet gewesen sei. Vielmehr trägt sie unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.5.2007, Verg 12/07 und vom 2.12.2009, Verg 39/09 vor, dass aus dem im Vergaberecht geltendem Grundsatz von Treu und Glauben Zumutbarkeitsgrenzen für Überprüfungs- und Kontrollpflichten bestehen und sie daher ihre Entscheidung, ob ein Bieter als geeignet bzw. ungeeignet zu beurteilen sei, auf eine methodisch vertretbar erarbeitete, befriedigende Erkenntnislage stützen dürfe und von einer Überprüfung von Eigenerklärungen absehen könne, wenn und soweit sich keine objektiv begründeten und konkreten Zweifel an der Richtigkeit ergeben würden. Nur in diesem Fall sei sie gehalten, weitere Nachforschungen anzustellen. Ansonsten sei die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Eignung eines Bieters bereits dann hinzunehmen, wenn sie unter Berücksichtigung der schon bei Aufstellung der Prognose aufgrund zumutbarer Aufklärung gewonnenen Erkenntnisse (noch) vertretbar erscheine.

Die Antragsgegnerin vertritt zudem die Auffassung, dass auch der Vortrag der Antragstellerin aus deren Antragsschrift keine Auswirkungen auf ihre Entscheidung habe. Sie könne dem Vortrag der Antragstellerin nicht folgen, weil deren Vorgehensweise betriebswirtschaftlich gesehen, nicht der Vorgehensweise eines seriös kalkulierenden Bieters entspreche, weil die Lohnkosten hier auf mindestens 4 Jahre ausgelegt seien. Zudem habe man für die Objektleiterstunden eine hohe Anzahl von Wertungspunkten bekommen können. Wenn ein Bieter mehr Stunden anbiete, als er kalkuliert habe, müsse man davon ausgehen, dass er entweder die angegebenen

Stunden nicht erbringen wird oder er in seiner Kalkulation falsche Zahlen angegeben habe oder er den gesetzlich vorgegebenen Tariflohn umgehen wolle.

Auch der Hinweis der Antragstellerin im Erläuterungsblatt zum SVS, dass im Gemeinkostenanteil (B) teilweise eine Teilkostenkalkulation zu Grunde gelegt wurde, sei einfach zu unbestimmt und sei daher als aussageleere Floskel schon einer Würdigung nicht zugänglich. Im Übrigen könne dahin stehen, ob eine Teilkostenkalkulation an sich zulässig wäre.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass auch das Aufklärungsgespräch am 25.8.2016 keine Änderung des Sachverhalts herbeigeführt habe. Die Vergabeunterlagen seien von vornherein eindeutig gewesen und man habe allein aufgrund der Vorgaben in den Vergabeunterlagen das Angebot der Antragstellerin nicht nachvollziehen können. Der Plausibilitätsmangel in der Kalkulation der Angebote der Antragstellerin ließe sich mithin nicht rechtfertigen, und zwar auch nach Aufklärung nicht. Der Ausschluss der beiden Angebote von der Wertung sei mithin zulässig. Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass der Ausschluss der Antragstellerin ausdrücklich gemäß § 19 Abs. 5 EG VOL/A erfolge, weil die Antragstellerin nicht geeignet sei.

Der Ausschluss wegen fehlender Eignung müsse gemäß § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB erfolgen, weil die Antragstellerin nicht gesetzestreu sei und deshalb nicht geeignet. Den Vergabeunterlagen hätten Formblätter des Landes NRW beigelegt, wonach u.a. die Bieter eine Verpflichtungserklärung zur Einhaltung der Tariftreue und der Mindestentlohnung hätten erklären müssen. Anhand einer Plausibilitätsprüfung habe sich herausgestellt, dass die Kalkulation der Antragstellerin, die auf dem von ihr angegebenen für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag zu fußen habe, die angesetzten Kosten die nach der Leistungsbeschreibung notwendigen oder angebotenen Leistungen der Objektleitung unterschreiten. Dieses Resultat könne nur entweder auf einer untertariflichen Entlohnung der Objektleitung oder auf den fehlenden Willen der Antragstellerin, die angebotenen Objektleiterstunden vollständig zu erbringen, zurückzuführen sein. Beide denkbaren Gründe würden einen gravierenden Mangel darstellen und die Zuverlässigkeit und Gesetzestreue der Antragstellerin in Frage stellen.

Möglicherweise käme als Rechtsgrundlage für den Ausschluss auch noch § 19 Abs. 3 lit. a) EG VOL/A in Betracht, weil die Angebote wegen der Widersprüchlichkeiten zwingend auszuschließen gewesen wären. Ausdrücklich negiert hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung den § 19 Abs. 6 EG VOL/A als mögliche Anspruchsgrundlage.

Die **Beigeladene zu 1)** teilte mit, dass sie im Nachprüfungsverfahren das Ergebnis des Verfahrens abwarten werde.

Die **Beigeladene zu 2)**, die den Zuschlag für das Los 3 erhalten sollte, hat sich nach Erledigungserklärung der Antragstellerin zu Los 3, dieser Erklärung angeschlossen.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB a. F. bis zum 16.09.2016 verlängert. Am 2. September 2016 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze, die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.



Gemäß § 186 Abs. 2 GWB n.F. werden Vergabeverfahren, die vor dem 18. April 2016 begonnen haben, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren nach dem Recht zu Ende geführt, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens galt. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

1. Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB a. F. und § 2 Abs. 2 ZustVO NpV NRW. Die Vergabestelle der Antragsgegnerin hat ihren Sitz in Dortmund und somit im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen. Der geschätzte Auftragswert liegt bei ca. 2 Mio. € für die Lose 2 und 3 und damit oberhalb des Schwellenwertes von 209.000 €.

## **2. Feststellungsantrag zu Los 3**

Das Nachprüfungsverfahren zu Los 3 wird nach übereinstimmender Erledigungserklärung gemäß § 114 Abs. 3 GWB in Verbindung mit § 61 Abs. 1 GWB eingestellt, so dass nur noch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden ist.

Der Feststellungsantrag der Antragstellerin zu Los 3 wird zurückgewiesen, weil der ursprüngliche Nachprüfungsantrag weder zulässig noch begründet war.

2.1 Die Antragstellerin hat nach Erledigung einen Fortsetzungsfeststellungsantrag gestellt, der zwar statthaft, aber nicht begründet ist.

Gemäß § 114 Abs. 2 GWB stellt die Vergabekammer, wenn sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabekammerverfahrens oder in sonstiger Weise erledigt hat, auf Antrag eines Beteiligten fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.

a) Der Fortsetzungsfeststellungsantrag der Antragstellerin war statthaft, weil sie auf die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches hingewiesen hat.

Voraussetzung für das Feststellungsinteresse ist die nicht ganz auszuschließende Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches des Bieters gegen die Vergabestelle für den Fall des konkreten Vergaberechtsverstoßes oder jedes nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern. Es soll letztlich sichergestellt werden, dass dem Antragsteller die Früchte des von ihm angestrebten Nachprüfungsverfahrens nicht verloren gehen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.5.2011, Verg 8/11 m.w.N.). Das Feststellungsinteresse liegt hier in der Möglichkeit, Schadensersatz geltend zu machen. Auch die Abwendung nachteiliger Auslagerenerstattungen ist ein berechtigtes Interesse wirtschaftlicher Art, vgl. VK Westfalen, Beschluss vom 29.2.2016, VK 1 -5/16 m.w.N.

b) Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist aber zurückzuweisen, weil der Nachprüfungsantrag zu Los 3 unzulässig, jedenfalls aber unbegründet war.

Die Antragstellerin lag hinsichtlich Los 3 nach Wertung durch die Vergabestelle auf dem 2. Rang. Antragsbefugt sind gemäß § 107 Abs. 2 GWB a.F. nur solche Unternehmen, denen ein Schaden droht. Das war bei der Antragstellerin nicht der Fall. Denn auch ohne das erledigende Ereignis hätte sie den Zuschlag für das Los 3 nicht erhalten.

c) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kommt es nicht darauf an, dass im Zeitpunkt der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens sie keine Kenntnis über ihren Rangplatz zu den Losen 2 und 3 hatte, obwohl sie offensichtlich die Antragsgegnerin mehrfach gefragt hatte. Auf ein Verschulden für den Erledigungsgrund kommt es nicht an, sondern allein das Vorliegen des erledigenden Ereignisses reicht aus.

Entscheidend ist deshalb, ob der Nachprüfungsantrag ohne das erledigende Ereignis zulässig und begründet gewesen wäre (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.5.2011, Verg 64/10). Das ist auch nachvollziehbar, weil die Feststellungsklage einem Antragsteller die Möglichkeit eines Regresses (§ 124 Abs. 1 GWB a.F.) eröffnet. Wenn aber das Vergabeverfahren nicht vergaberechtswidrig war, kann einem Bieter auch kein Regressanspruch zustehen. Es kommt somit weder auf ein Verschulden noch auf den Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses an.

Das erledigende Ereignis war vorliegend der nicht ausreichende Rangplatz, der bereits bei Einleitung des Nachprüfungsverfahrens vorlag, dem Antragsteller nur nicht bekannt war. Die Antragstellerin konnte aufgrund dieses Rangplatzes den Zuschlag für Los 3 nicht erhalten, es sei denn, sie hätte das Angebot der Beigeladenen zu 2) angegriffen, was hier nicht der Fall war. Somit fehlte der Antragstellerin letztlich für Los 3 die Antragsbefugnis. Jedenfalls wäre der Antrag unbegründet gewesen, weil gemäß § 114 Abs. 1 GWB keine Rechtsverletzung und damit auch kein Schaden beim Antragsteller feststellbar war, der kausal auf einen Vergaberechtsverstoß zurückführbar war.

d) Soweit die Antragstellerin auf die nicht erfolgte Aufklärung als Rechtsverletzung hinweist, führt auch diese nicht zu einem Vergaberechtsverstoß. Denn die Antragsgegnerin hätte auch hinsichtlich Los 3 noch während des Nachprüfungsverfahrens aufklären können. Unabhängig vom Ergebnis dieser Aufklärung, wäre es in Bezug auf Los 3 wegen des Rangplatzes bei der Nichtberücksichtigung im Rahmen der Zuschlagserteilung geblieben.

2.2 Die Kosten des Verfahrens vor der Kammer ergeben sich aus § 128 Abs. 3 GWB a.F.

a) Gemäß § 128 Abs. 3 GWB trägt nach Rücknahme bzw. Erledigungserklärung grundsätzlich der Antragsteller die Gebühren. Gemäß § 128 Abs. 3 Satz 5 erfolgt aber die Entscheidung darüber, wer die Kosten zu tragen hat, nach billigem Ermessen. § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB a.F. ermöglicht es der Vergabekammer aus Gründen der Billigkeit von der Erhebung von Gebühren ganz oder teilweise abzusehen.

Die Kammer berücksichtigt in diesem Zusammenhang, dass kein Verschulden der Antragstellerin hinsichtlich des erledigenden Ereignisses vorlag. Sie hatte sich vielmehr bereits in der Rüge ausdrücklich schriftlich nach ihren Rangplätzen erkundigt und damit gezeigt, dass sie sorgfältig darauf bedacht war, ein Nachprüfungsverfahren nicht grundlos zu beantragen. Insofern hält die Kammer es für billig und gerecht in diesem Einzelfall von der Erhebung der Gebühren gegenüber der Antragstellerin abzusehen.

b) Die Kammer sieht auch davon ab, der Antragsgegnerin gemäß § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB a.F. die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Nach Auffassung des BGH, 25.1.2012, X ZB 3/11 wäre das ohne weiteres möglich gewesen. Unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit können auch der Vergabestelle die Verfahrensgebühren im Einzelfall auferlegt werden, wenn diese durch ihr Verhalten den „Rechtsschein“ ge-

setzt hat, der zur Nachprüfung führte. Hat eine Vergabestelle somit das Nachprüfungsverfahren durch ihr Verhalten oder durch Fehler veranlasst, dann kann sie im Einzelfall – trotz Rücknahme oder Erledigung des Antrages – die Kosten auferlegt bekommen.

Vorliegend hat die Antragsgegnerin sich sogar noch im ersten Schriftsatz in diesem Nachprüfungsverfahren geweigert, den Rangplatz mitzuteilen, obwohl es dafür überhaupt keinen Grund gab. Die Kammer lässt das vorliegend dahingestellt, weist aber darauf hin, dass in zukünftigen Fällen dem anfragenden Bieter schon aus eigenem Interesse mitgeteilt werden könnte, ob ein Antrag aufgrund der möglichen Rangfolge begründet wäre.

2.3 Die Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung können hingegen nur gemäß § 128 Abs. 4 GWB a.F. dem unterliegenden Antragsgegner auferlegt werden. In Bezug auf den Feststellungsantrag obsiegt die Antragsgegnerin, so dass ihr die Aufwendungen der Antragstellerin, insbesondere deren Anwaltsgebühren, nicht auferlegt werden können.

Die Antragstellerin hat zwar in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass sie das nicht für gerecht hält. Allerdings gibt es in § 128 Abs. 4 GWB a.F. nicht die Möglichkeit einer Billigkeitsentscheidung. Zudem hat der BGH, 25.1.2012, X ZB 3/11, sich ausdrücklich dazu geäußert. Die Regelungen in § 128 Abs. 3 GWB a.F. und § 128 Abs. 4 GWB a.F. seien zwar inkongruent, woraus man aber nicht schließen könne, dass eine planwidrige Lücke vorliege. Wenn aber keine planwidrige Lücke vorliege, dann bestehe auch kein Raum für eine analoge Anwendung des § 128 Abs. 3 GWB a.F. auf die „Aufwendungen für die Verfahrensbeteiligten“.

Im Ergebnis wird der Feststellungsantrag zu Los 3 somit zurückgewiesen, wobei allerdings weder der Antragstellerin noch der Antragsgegnerin die Kosten für das Nachprüfungsverfahren (Gebühren der Vergabekammer) auferlegt werden.

### **3. Sachentscheidung zu Los 2**

Der Antrag zu Los 2 ist zulässig.

3.1 Die Antragstellerin ist antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB a. F.

Ihr Interesse am Auftrag ergibt sich aus der Tatsache, dass sie sich mit Angeboten am Vergabeverfahren beteiligte. Die Antragstellerin trägt zudem vor, durch den ihrer Ansicht nach rechtswidrigen Ausschluss ihres Angebots zu Los 2 in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB a. F. verletzt zu sein, weil ihr Angebot hinsichtlich der Objekt-leiterstunden nicht nachvollziehbar aufgeklärt und überprüft worden seien.

3.2 Nachdem die Antragsgegnerin die Antragstellerin nach Maßgabe des § 101a Abs. 1 GWB a. F. mit Schreiben vom 14.06.2016 informiert hatte, erfolgte die Rüge der Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 16.06.2016 und damit unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB a. F.

3.3 Der Antrag ist begründet. Denn die Ausschlussgründe für das Angebot der Antragstellerin lassen sich vergaberechtlich nicht rechtfertigen. Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin zu Los 2 zu Unrecht ausgeschlossen.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

3.3.1 Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin wegen fehlender Eignung gemäß § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB unzulässigerweise ausgeschlossen.

Gemäß § 97 Abs. 4 GWB werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben. Angebote von Bietern, bei denen die Eignung fehlt, sind gemäß § 19 EG Abs. 5 VOL/A auszuschließen, wonach bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur Bieter zu berücksichtigen sind, die die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Eignung besitzen.

a) Der Ausschluss von Angeboten auf der 2. Wertungsstufe (Eignung) ist nur zulässig, soweit die vorzulegenden Nachweise bereits in der Bekanntmachung angegeben sind, § 7 EG Abs. 5 S. 1 VOL/A.

Die „Plausibilität der Kalkulation“ wurde als Eignungsnachweis in der Bekanntmachung überhaupt nicht gefordert und konnte somit auch kein Grund für den Ausschluss eines Angebotes auf der 2. Wertungsstufe sein.

Gemäß § 7 EG Abs. 5 Satz 1 VOL/A sind die Anforderungen abschließend in der Vergabebekanntmachung mitzuteilen. Der Auftraggeber ist hieran gebunden. Mit der Angebotsaufforderung dürfen die Erfordernisse nur konkretisiert, in der Sache aber nicht abgeändert bzw. ergänzt werden, vgl. OLG Düsseldorf, 22.1.2014, Verg 26/13. Die erstmalige Mitteilung solcher Eignungsnachweise in den Vergabeunterlagen ist unzulässig und unwirksam.

b) Soweit die Antragsgegnerin meint, die Antragstellerin sei nicht gesetzestreu, weil sie die Formblätter des Landes NRW zur Tariftreue und zur Mindestentlohnung unterschrieben habe, dies aber aufgrund der in den Angeboten angegebenen Preise und Stundenverrechnungssätze nicht plausibel sei, muss sie sich entgegen halten lassen, dass die Überprüfung der "Tariftreue" und der "Mindestentlohnung" kein Eignungsmerkmal ist. Eine Berücksichtigung bei der Wertung der Angebote auf der zweiten Wertungsstufe ist vergaberechtlich unzulässig.

Wiederholt hat das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.7.2015, Verg 11/15 m.w.N., dazu ausgeführt, dass es sich bei der Forderung zur Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns oder des Tariflohns nach dem TVgG NRW um eine zusätzliche Bedingung (Anforderung) an die Auftragsausführung iSv § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB handelt. Zusätzliche Bedingungen zur Auftragsausführung sind Vertragsbedingungen, zu deren Einhaltung der Bieter sich nicht nur vertraglich bei der späteren Auftragsausführung, sondern verbindlich bereits im Vergabeverfahren verpflichtet. Verweigert der Bieter die Abgabe einer solchen Erklärung, dann wäre sein Angebot gemäß § 19 EG Abs. 1 lit. a) VOL/A auszuschließen. Gibt er eine unrichtige Erklärung ab oder hält er eine abgegebene Erklärung später nicht ein, kann dies in zukünftigen Vergabeverfahren einen Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen mangelnder Eignung nach sich ziehen. Die Einhaltung von Ausschreibungsbedingungen im Zuge späterer Auftrags Erfüllung ist nicht Gegenstand einer vergaberechtlichen Zuschlagsprüfung.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Ausschluss der Antragstellerin insoweit vergaberechtlich unzulässig war.

c) Zudem dürfen gemäß § 7 EG Abs. 1 VOL/A nur Nachweise für die Eignung gefordert werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind. Dies können beispielsweise Auszüge aus dem Handelsregister oder aus dem Bundes-

zentralregister sein, aber auch Referenzen über bereits erbrachte ähnliche Leistungen. Es handelt sich mithin um unternehmensbezogene Angaben, die entweder durch Eigenerklärung zu belegen oder auf Aufforderung des Auftraggebers mit dem Angebot tatsächlich vorzulegen sind.

Die Prüfung der "Plausibilität der Kalkulation" im Angebot eines Bieters ist kein unternehmensbezogener Nachweis, sondern dies stellt eine leistungsbezogene Anforderung dar. Eignungskriterien (unternehmensbezogen) und Zuschlagskriterien (leistungsbezogen) dürfen auf keinen Fall miteinander vermengt werden. Auf die Klärung der Rechtsfrage, ob eine solche Plausibilitätsprüfung überhaupt ein zulässiger Eignungsnachweis sein kann, kommt es hier aber nicht mehr an, weil bereits die unter a) genannten Kriterien den Vergaberechtsverstoß beinhalten. Die Kammer hat allerdings erhebliche Zweifel daran, ob die Prüfung der „Plausibilität der Kalkulation“ überhaupt ein Eignungsnachweis sein kann.

d) Die Aufklärung von leistungsbezogenen Anforderungen (Plausibilität der Kalkulation) kann nicht Gegenstand einer Überprüfung auf der 2. Wertungsstufe sein. Denn auf der 2. Wertungsstufe sind nur unternehmensbezogene Nachweise zu prüfen. Die im Protokoll vom 25.8.2016 erfolgte Aufklärung hinsichtlich der Objektleiterstunden – unabhängig vom Inhalt – kann somit bei der Eignungsprüfung keine Berücksichtigung finden. Denn ansonsten würde man Eignungs- und Zuschlagskriterien miteinander vermengen.

3.3.2 Der Ausschluss des Angebots zu Los 2 gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A ist vergaberechtlich ebenfalls nicht gerechtfertigt und damit unzulässig.

a) Die Antragsgegnerin konnte zulässigerweise diesen Grund auch noch im Nachprüfungsverfahren als Ausschlussgrund nachschieben. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008, Verg 54/08 kann ein öffentlicher Auftraggeber seine Wertung und Wertungsentscheidungen noch während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens – gegebenenfalls auch in den Schriftsätzen an die Vergabenachprüfungsinstanzen – neu vornehmen und auch korrigieren. Gerade dann wäre es eine bloße Förmerei und führte nur zu unnötigen Verzögerungen bei der Auftragsvergabe, wenn die Vergabenachprüfungsinstanz den Wertungsspielraum überschreitende Entscheidungen aufhoben, obwohl die Vergabestelle inzwischen eine nicht zu beanstandende Entscheidung getroffen hat und nach der Entscheidung der Nachprüfungsinstanz ohne Weiteres nochmals treffen könnte. Hinzu kommt, dass es zu weiteren Verzögerungen führt, würde der Antragsteller die auch aufgrund weiterer Erwägungen getroffene neue Entscheidung erneut anfechten. Stattdessen können die neuen Gründe im laufenden Nachprüfungsverfahren überprüft werden.

Dieser Ausschlussgrund wurde nicht im Vergabevermerk genannt. Die Antragsgegnerin hat diesen Ausschlussgrund erst im Schriftsatz vom 15.8.2016 erstmalig mitgeteilt und in der mündlichen Verhandlung erneut darauf hingewiesen, was zulässig war.

b) § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A setzt voraus, dass ein Angebot die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen und Nachweise nicht enthält. Als Rechtsfolge ordnet die Vorschrift den zwingenden Ausschluss von Angeboten an, die nicht vollständig sind.

Das Angebot der Antragstellerin zu Los 2 ist soweit ersichtlich vollständig. Es sind alle geforderten Nachweise, wie beispielsweise die Verpflichtungserklärung zur Tarif-

treue oder der Nachweis über die Objektbesichtigung usw. vorhanden und auch in den Preisblättern zu den Losen fehlen keine Preisangaben. Vielmehr hat die Antragstellerin alle Preise, die sie verlangt und kalkuliert hat, in den Vordrucken eingetragen. Sie hat auch bei den Objektleiterkosten ihre Preise eingetragen.

Soweit die Antragsgegnerin meint, dass diese Preise nicht plausibel und widerspruchsfrei sind, hat das mit der Wertung gemäß § 19 Abs. 3 lit. a) VOL/A nichts zu tun. Die erste Wertungsstufe dient dazu, rein formal unvollständige Angebote von der Wertung auszuschließen. Dieser Sachverhalt liegt hier nicht vor.

In der Leistungsbeschreibung verfügte die Antragsgegnerin lediglich, dass ein Objektleiter telefonisch in einem bestimmten Zeitraum erreichbar sein muss, damit gegebenenfalls eine Kontrolle oder Aufsicht der Reinigungskräfte vor Ort möglich ist. Die Antragsgegnerin verlangte hingegen nicht, dass je Objekt tatsächlich ein Objektleiter anwesend ist. Ein Angebot, in dem somit die Lohnkosten für einen Objektleiter nur anteilig kalkuliert sind, weicht nicht von diesen Vorgaben ab. Denn die telefonische Erreichbarkeit bedeutet eben nicht, dass diese Arbeitskräfte zeitlich voll eingesetzt und vor Ort präsent sein mussten.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin auf der ersten Wertungsstufe ist somit durch § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A nicht gerechtfertigt.

3.3.3 Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass ein Ausschluss der Angebote gemäß § 19 EG Abs. 6 VOL/A nicht in Betracht kommt. Sie hat ausdrücklich in der mündlichen Verhandlung auf die Anwendung dieser Rechtsvorschrift verzichtet, so dass auch eine Vergabekammer nicht befugt ist, diese Anspruchsgrundlage zugrunde zu legen. Dies wäre aber die richtige Anspruchsgrundlage für den Ausschluss eines Angebots, soweit man als Auftraggeber die Plausibilität der Kalkulation im Angebot eines Bieters in Frage stellt.

Die Überprüfung der Plausibilität der Kalkulation in einem Angebot hat auf der 3. Wertungsstufe zu erfolgen. § 19 EG Abs. 6 VOL/A ermöglicht den Vergabestellen eine solche Prüfung durchzuführen und sich konkreter über den Inhalt eines Angebots, die Angemessenheit der Preise und der Auskömmlichkeit des Angebots insgesamt zu informieren und die so gewonnenen Erkenntnisse auszuwerten. Wenn ein Auftraggeber dann zu dem Ergebnis kommt, dass die Preise missverständlich oder nicht angemessen zur Leistung sind, ermöglicht § 19 EG Abs. 6 VOL/A den Ausschluss solcher Angebote.

Die Antragsgegnerin hat zwar das Angebot der Antragstellerin aufgeklärt, aber die in ihrer Aufklärung gewonnenen Erkenntnisse (siehe Protokoll vom 25.8.2016) durch Verzicht auf diese Rechtsgrundlage nicht mehr verwertet. Eine Vergabekammer kann nur die „Entscheidungen“ einer Vergabestelle überprüfen. Wenn es keine Entscheidung oder Auswertung gibt, kann sie sich nicht an die Stelle der Vergabestelle setzen und eine solche Entscheidung selbständig und unabhängig davon vornehmen.

Im Ergebnis war damit bereits die Aufklärung überflüssig. Eine erneute Befassung mit der „Plausibilität der Kalkulation“ bleibt aber ausgeschlossen, weil diese bereits Gegenstand dieses Rechtsstreits war. Der Auftraggeber hat die Möglichkeit erhalten, die Aufklärung auszuwerten. Wenn das nicht erfolgt, bleibt er bei zukünftigen Nachprüfungsverfahren damit ausgeschlossen. Bei Wiederholung der Wertung des Angebots kann die Antragsgegnerin somit diesen Ausschlussgrund – weil bereits entschieden – nicht wieder aufgreifen.

3.4. Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten verletzt, weil es für den Ausschluss des Angebots zu Los 2 keine Rechtsgrundlage gibt, die diesen Ausschluss vergaberechtlich rechtfertigen würde. Die Antragsgegnerin ist somit verpflichtet, die Wertung zu Los 2 zu wiederholen und das Angebot der Antragstellerin, die mit diesem Angebot auf den 1. Rang liegt, entsprechend zu berücksichtigen.

Klarstellend weist die Vergabekammer nochmals darauf hin, dass die „Plausibilität der Kalkulation“ in Bezug auf die Objektleiterstunden Gegenstand dieses Rechtsstreits war und somit nicht erneut einen Ausschluss rechtfertigen kann. Denn diesen Ausschlussgrund hat die Antragsgegnerin selbst ausgeschlossen – siehe Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung -, so dass sie sich im Nachhinein nicht erneut darauf berufen kann. Ein erneuter Ausschluss mit dieser Begründung wäre somit vergaberechtswidrig und führt unmittelbar zur Aufhebung der Entscheidung des Auftraggebers.

### III.

Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben (§ 128 Abs. 1 GWB a. F.). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen (§ 128 Abs. 3 GWB a. F.). Die Gebühr beträgt mindestens 2.500 Euro und soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten (§ 128 Abs. 2 GWB a. F.).

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. xxxxxx € für Los 2 für einen Zeitraum von 4 Jahren, beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder xxxx €. Diese Gebühr ist der Antragsgegnerin aufzuerlegen, die aber gemäß § 8 Abs. 2 BGebG idF vom 7.8.2013 von den Gebühren befreit ist, weil sie in der Trägerschaft des Landes steht und vom Land finanziert wird.

Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Aufgrund der Komplexität des Nachprüfungsverfahrens wird die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig erklärt. Da die Antragsgegnerin unterliegt, werden ihr die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB a.F. auferlegt.

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt (§ 128 Abs. 4 GWB a. F.) oder diese sich mit eigenen Anträgen und umfassenden Schriftsätzen am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat. Beides war hier nicht der Fall.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die sofortige Beschwerde entscheidet ausschließlich das Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, 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.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Gaidies