

Vergabekammer  
beim Regierungspräsidium Magdeburg  
Az.: 33-32571/07 VK 44-99 MD  
Olvenstedter Straße 1 - 2  
39108 Magdeburg

## **B e s c h l u s s**

In dem Verfahren zur Nachprüfung des Vergabeverfahrens.....  
betreffend die Vergabe der

**"Reinigungsleistungen für die Schulen der Stadt....."**

### **Verfahrensbeteiligte:**

1.

Glas-, Gebäude- und Industriereinigung  
GmbH

- Antragstellerin -

### **Verfahrensbevollmächtigte:**

Rechtsanwälte

-

2. ....

.....

.....

stelle -

- Vergabe-

### 3. ....GmbH Dienstleistungen

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt .....

hat die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg am 30.12.1999 durch den Vorsitzenden Regierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Wendler und den ehrenamtlichen Beisitzer Ebert auf die mündliche Verhandlung vom 21.12.1999 beschlossen:

1. Der Antrag wird als unzulässig verworfen.
2. Die Vergabestelle wird von Amts wegen angewiesen, die Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 Buchstabe d) VOL/A aufzuheben.
3. Die Vergabestelle hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

#### **Gründe**

##### **I.**

Die Vergabestelle hat bislang die Aufgabe der Reinigung der Schulen in der Stadt ..... sowohl durch eigenes Reinigungspersonal als auch durch Fremdunternehmen wahrgenommen.

Sie hat im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften im Juni 1999 sowie im Ausschreibungsanzeiger des Landes Sachsen-Anhalt die Vergabe des Auftrages „Reinigung der Schulen der Landeshauptstadt Magdeburg“ im Offenen Verfahren gemäß § 3a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A für den Zeitraum vom 02.01.2000 - 31.12.2000 zur Veröffentlichung veranlasst.

Die aufgegebene Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften enthält im Punkt 5 die Angabe: „17 Lose“. Die Veröffentlichung im Ausschreibungsanzeiger Sachsen-Anhalt vom 02.07.1999, Seite 86, weist folgende Formulierung auf: "Der .....schreibt folgende Leistung aus: Unterhaltsreinigung, Glas- und Rahmenreinigung der Schulen der Stadt ..... (17 Lose) mit Personalübernahme".

In den Veröffentlichungen sind weder die einzelnen Lose noch deren Umfang genannt. Weiterhin hat die Vergabestelle nicht angegeben, ob sie eine Vergabe in Einzellosen, mehreren Losen oder eine Gesamtvergabe vorsieht.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 10.08.1999, Seite 2, ist angegeben: „Ist in der Leistungsbeschreibung eine Teilung der Gesamtleistung in Lose vorgesehen, so behält sich die ausschreibende Stelle die losweise Vergabe vor“.

Die Leistungsbeschreibung (Anlage 7) enthält im Pkt. 3.2. den Hinweis: „Die Gesamtleistung wird in 17 Losen vergeben“.

Zur Personalübernahme hat die Vergabestelle unter Pkt. 11 der veranlassten Veröffentlichung zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften angegeben:

- "- Gemeindehaushaltsordnung LSA
- Personalübernahme nach § 613 a BGB
- Übernahme der Mitgliedschaft Zusatzversorgungskasse (gemäß Satzung - kommunaler Versorgungsverband LSA)".

Die Veröffentlichung im Ausschreibungsanzeiger Sachsen-Anhalt enthält dazu nur die Formulierung wie o.a. "mit Personalübernahme".

Dagegen beinhalten die Verdingungsunterlagen zwei Varianten, welche verpreist werden sollen, nämlich eine Wahrnehmung der Reinigungsaufgaben mit und ohne Personalübernahme. Die Vergabestelle hat in den Verdingungsunterlagen hierzu keine näheren Angaben gemacht, etwa über die Anzahl der zu übernehmenden Personen, die Altersstruktur, Beschäftigungsdauer, persönliche Altersvorsorge sowie die tariflichen Vereinbarungen. Die Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes (Anlage 8) trägt die Überschrift:

"Stundenverrechnungssatz öffentlicher Dienst (Monat)".

In den Unterlagen ist schließlich nicht eindeutig bestimmt, an wievielen Tagen insgesamt die Reinigungsleistung erbracht werden soll.

Die Antragstellerin hat sich mit ihrem Angebot vom 19.08.1999 an der vorgenannten Ausschreibung beteiligt.

Die Beigeladene hat bei der Kalkulation ihres Angebotes vom 20.08.1999 den allgemeinverbindlichen Lohn- und Gehaltstarifvertrag für das Land Sachsen-Anhalt sowie den allgemeinverbindlichen Bundesmanteltarifvertrag für das Gebäudereinigerhandwerk zugrunde gelegt. Dies hat sie in den Schreiben vom 20.08.1999 (Bestandteil des Angebotes) und 20.09.1999 ausgeführt.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 23.08.1999 lagen der Vergabestelle 31 Angebote vor (gemäß der Niederschrift über die Öffnung, Prüfung und Wertung von Angeboten).

Der Stadtrat hat am 02.12.1999 beschlossen, dass der Beigeladenen der Zuschlag für die ausgeschriebene Leistung erteilt werden soll.

Mit Schreiben vom 08.12.1999 hat die Antragstellerin gegenüber der Vergabestelle Verstöße gegen Vergabevorschriften gerügt.

Mit Schriftsatz vom gleichen Tage hat die Antragstellerin einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg gestellt.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass ihr eine genaue Kalkulation nicht möglich gewesen sei, da die Verdingungsunterlagen in Bezug auf die Personalübernahme genauere Angaben vermissen ließen. Dies habe die Antragstellerin gegenüber der Vergabestelle bereits am 10. und 13.08.1999 telefonisch geltend gemacht. Sie habe damit das Vergabeverfahren gerügt. Die gerügten Informationslücken stellen nach Auffassung der Antragstellerin den vergleichenden Wettbewerb in Frage. Der beabsichtigte Zuschlag an lediglich einen Mitbewerber laufe zudem der Aufteilung in Losen zuwider. Die Vergabestelle habe in den Verdingungsunterlagen eine Vergabe in Losen vorgesehen. Die Ausschreibung sei aufzuheben, da die Vergabestelle von dieser Vorgabe abgewichen sei. Schließlich habe die Vergabestelle den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 29.04.1999 (VK 1-7/99) nicht beachtet.

Nach Auffassung der Antragstellerin ergibt sich hieraus ein Anspruch der nicht berücksichtigten Bieter, zehn Tage vor Zuschlagserteilung die Gründe hierfür zu erfahren sowie über den Namen des erfolgreichen Mitbewerbers in Kenntnis gesetzt zu werden.

Sie beantragt,

1. der Vergabestelle zu untersagen, den Zuschlag in dem Vergabeverfahren - Ausschreibung Unterhalts- und Glasreinigung der Schulen der Stadt Magdeburg - zu Gunsten der Beigeladenen zu erteilen,
2. hilfsweise festzustellen, dass das vorbezeichnete Vergabeverfahren rechtswidrig ist,
3. der Vergabestelle aufzugeben, die Antragstellerin spätestens zehn Tage vor der Erteilung des Zuschlages davon in Kenntnis zu setzen, welchen Bieter sie bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen beabsichtigt und aus welchen Gründen sie ihr Angebot ablehnt.

Der Antrag ist der Vergabestelle am 09.12.1999 zugestellt worden.

Die Vergabestelle und die Beigeladene beantragen,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Vergabestelle trägt vor, dass ihr nähere Informationen zur Personalübernahme zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht möglich gewesen seien. Es sei nicht eindeutig, ob die städtischen Reinigungskräfte einer Übernahme zustimmen würden. Ihre Entscheidung sei bis zum 23.12.1999 zu erwarten. Im Übrigen sei in den Verdingungsunterlagen mitgeteilt worden, dass die Reinigungskräfte nach BMT-O Lohngruppe 1/1 a entlohnt würden. Da dies für alle Bewerber gleichermaßen gilt, sei ein fairer Wettbewerb gewährleistet. Die bestehenden Dienstleistungsverträge seien am 28.06.1999 zum 31.12.1999 gekündigt worden. Die Vergabestelle sei außer Stande, den nicht berücksichtigten Bietern die Gründe für die Ablehnung sowie den Namen des erfolgreichen Bieters mitzuteilen. Die Antragstellerin habe weiterhin erst am 08.12.1999 förmlich gerügt. Der Antrag auf Nachprüfung sei damit unzulässig, da die Antragstellerin ihrer Pflicht zur unverzüglichen Rüge nicht nachgekommen sei.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 21.12.1999 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte noch einmal darzulegen. Die Antragstellerin hat vorgetragen, dass der bei ihr beschäftigte Betriebsleiter ..... bereits am 11.08.1999 gegenüber der Vergabestelle telefonisch geltend gemacht habe, dass die Verdingungsunterlagen keine Angaben zur Anzahl der zu übernehmenden Mitarbeiter, deren Altersstruktur sowie zu tariflichen und sozialen Fakten enthalten hätten. Die Antragstellerin habe damit ihrer Rügeobliegenheit Genüge getan.

Dem ist die Vergabestelle entgegengetreten. Die Antragstellerin habe zwar in mehreren Telefonaten Fragen zu den Verdingungsunterlagen gestellt. Sie habe aber zu keinem Zeitpunkt Verstöße gegen Vergabevorschriften geltend gemacht. Des weiteren hatten die Beteiligten ihr schriftliches Vorbringen ergänzt und vertieft. Die Vergabestelle hat vorgetragen, dass bei der Kalkulation in Bezug auf die Tariflöhne ein Mittelwert zu bilden sei. Dies habe sie den Bewerbern mündlich mitgeteilt. Im Übrigen wird auf die eingereichten Schriftsätze und auf die der Vergabekammer übergebenen Vergabeakten Bezug genommen.

## II.

Der Antrag zu 1. ist nicht zulässig.

Die Vergabestelle wird hiervon unabhängig gemäß § 114 Abs.1 Satz 2 GWB von Amts wegen angewiesen, die Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 Buchstabe d) VOL/A aufzuheben.

Die Anträge zu 2. und zu 3. sind damit gegenstandslos.

## 1. Zulässigkeit des Antrages

Gem. §§ 102, 104 Abs. 1 GWB i.V. mit Pkt. II des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 04.03.1999 - Richtlinie über die Errichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (MBI LSA Nr. 13/1999) ist die Vergabekammer beim Regierungspräsidium Magdeburg für die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bereich des Regierungsbezirkes örtlich zuständig.

Die Vergabestelle ist gem. § 98 Nr. 1 GWB öffentlicher Auftraggeber.

Bei dem o. g. Vergabeverfahren ist der maßgebliche Schwellenwert (200.000 ECU) für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gemäß § 100 Abs. 1 GWB i.V. mit § 1a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A für das Gesamtvorhaben um ein Vielfaches überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt, da sie durch Teilnahme an dem von der Vergabestelle durchgeführten Offenen Verfahren ein Interesse am betreffenden Auftrag hat, eine Verletzung in ihren Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht und hinreichend darlegt, dass ihr durch Verletzung von Vergabevorschriften möglicherweise ein Schaden drohe.

Die Antragstellerin hat jedoch nicht den Nachweis geführt, dass sie in Bezug auf den Antrag zu 1. ihrer Rügepflicht unverzüglich nachgekommen ist. Sie ist insoweit darlegungs- und beweispflichtig. Die Angaben der Antragstellerin waren in Bezug auf die Daten, an denen die Gespräche geführt worden sein sollen, nicht übereinstimmend. Sie hat in dem Schriftsatz vom 15. 12.1999 ausgeführt, sie habe am 10. und 13.08.1999 gegenüber der Vergabestelle geltend gemacht, dass es ihr hinsichtlich des Punktes „Unterhaltsreinigung mit Personalübernahme gemäß § 613 a

BGB“ nicht möglich sei, Kosten zu kalkulieren. Demgegenüber führt Herr ..... als Betriebsleiter der Antragstellerin aus, er habe ein entsprechendes Telefonat am 11.08.1999 geführt.

Die Vergabestelle hat dazu in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass in mehreren Telefonaten Nachfragen zum Inhalt des Leistungsverzeichnisses an sie gerichtet worden seien.

Die Antragstellerin konnte nicht überzeugend darlegen, dass mit diesen Anfragen gleichzeitig ein Verstoß gegen Vergabevorschriften geltend gemacht wurde, da ihre Angaben zum Inhalt der Gespräche nicht hinreichend detailliert waren. Die Rüge vom 08.12.1999 kann im Übrigen nicht als unverzüglich angesehen werden. Der Antragstellerin waren die von ihr behaupteten Vergabeverstöße bereits nach Übergabe der Vergabeunterlagen am 11.08.1999 bekannt. Die Erteilung der Rüge nach einem Zeitraum von fast 4 Monaten ist als schuldhaftes Zögern einzustufen.

Der Antrag ist daher unzulässig.

## 2. Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens

Die Vergabekammer ist jedoch nach § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB befugt, auch unabhängig von den Anträgen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken. Der Vergabestelle war aufzugeben, die Ausschreibung gemäß § 26 Nr.1 Buchstabe d) VOL/A aufzuheben, da sie offensichtlich in schwerwiegender Weise gegen Vergabevorschriften verstoßen hat und diese Verstöße insbesondere zu den nachfolgenden Punkten 2b und c im laufenden Vergabeverfahren nicht mehr korrigiert werden können.

Im Einzelnen:

- a) Die Vergabestelle hat das Angebot der Beigeladenen zu Unrecht für eine Zuschlagserteilung vorgesehen. Dieses war gem. § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchstabe d) VOL/A von der Wertung der Angebote auszuschließen. Nach dieser Vorschrift werden Angebote ausgeschlossen, bei denen Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorge-

nommen worden sind. Die Beigeladene ist mit ihrem Angebot in Bezug auf den bei der Übernahme des Personals anzuwendenden Tarif von den Vorgaben in den Verdingungsunterlagen abgewichen. Die Vergabestelle hat den Bietern vorgegeben, dass die bisherigen Tarife BMT/O Lohngruppe 1/1a weiter gelten sollen.

Dies ergibt eine Auslegung der Verdingungsunterlagen aus dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB).

In der Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes nach Tariflohn mit Personalübernahme (Anlage 8) ist ausdrücklich aufgeführt, dass der Stundenverrechnungssatz des Öffentlichen Dienstes für die Personalübernahme gelten soll. Des weiteren hat die Vergabestelle Angaben zur Wahrnehmung der Reinigungsleistung sowohl mit als auch ohne Personalübernahme abgefragt.

Dies ergäbe keinen Sinn, wenn der Bieter bei der Personalübernahme seine eigenen Tarife zugrunde legen würde, da insoweit die Kalkulation mit und ohne Personalübernahme identisch wäre. Die Vergabestelle hat somit konkludent ausgeschlossen, dass die Bieter bei der Kalkulation eigene Tarifverträge anwenden.

Die Beigeladene hat dies jedoch als einzige Bieterin getan. Sie erklärte in dem Angebot vom 20.08.1999, dass nach ihrer Auffassung sowohl der allgemeinverbindliche Lohn- und Gehaltstarifvertrag für das Land Sachsen-Anhalt als auch der gleichfalls allgemeinverbindliche Bundesmanteltarifvertrag für das Gebäudereinigerhandwerk sofort Anwendung finde. Diese Auffassung hat sie nochmals im Schreiben vom 20.09.1999 bekräftigt. Sie hat damit die Vorgaben aus den Verdingungsunterlagen nicht anerkannt. Dies stellt eine Änderung der Verdingungsunterlagen im Sinne des

§ 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchstabe d) VOL/A dar.

Des weiteren genügt die Leistungsbeschreibung nicht den Anforderungen des § 8 Nr. 1 VOL/A. Danach ist die Leistung so eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können. Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben.

Die Verdingungsunterlagen enthalten keine Angaben etwa zu der Anzahl der zu übernehmenden Arbeitnehmer, Altersstruktur, Beschäftigtendauer, persönlichen Altersvorsorge sowie weiteren tariflichen Vereinbarungen. Diese Informationen sind für eine Preiskalkulation von wesentlicher Bedeutung.

Im vorliegenden Fall kalkulierte offensichtlich jeder Bieter sein Gesamtangebot in den einzelnen Losen mit einer unterschiedlichen Anzahl von zu übernehmenden Reinigungskräften.

Damit ist eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben. Dies ist als schwerwiegender Vergabeverstoß einzustufen, da somit eine ordnungsgemäße, wettbewerbsgerechte Vergabe ausgeschlossen ist.

Demgegenüber kann der Einwand der Vergabestelle, ihr seien insoweit keine genauen Angaben möglich, nicht durchgreifen. Sie hat in eigener Verantwortung eine Lösung zu finden, die den Vorgaben des Vergaberechts entspricht. Sie ist gehalten, den Sachverhalt abzuklären, bevor sie eine Ausschreibung durchführt. Selbst wenn den Bewerbern ein Mittelwert für die Berechnung des Stundenverrechnungssatzes (Anlage 8) mündlich mitgeteilt worden sein sollte, genügt dies den vorgenannten Anforderungen an eine präzise Leistungsbeschreibung nicht. Darüber hinaus kennt der Bieter dann noch immer nicht die Anzahl der zu übernehmenden städtischen Reinigungskräfte.

Nach der Wertung des § 8 Nr. 3 VOL/A soll dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf Preise und Fristen er nicht im voraus schätzen kann. Das Kalkulationsrisiko wurde hier jedoch voll auf die Bieter übertragen, da die genannten Faktoren nicht eindeutig bestimmt waren. Für die Bieter war nicht absehbar, mit welchen tatsächlichen Gesamtkosten sie bei der Realisierung des Auftrages zu rechnen hatten. Sie konnten diese lediglich im Groben schätzen.

Entsprechendes gilt auch für die fehlende Angabe der der Kalkulation zugrundeliegenden Arbeitstage, an denen die Reinigung erfolgen soll. Die Vergabestelle überließ es den Bietern, die Anzahl einzusetzen. Deshalb gaben die Angebote eine Spanne von 189 bis 195 Arbeitstagen wieder. Auch insoweit waren die Angebote nicht vergleichbar.

Bei einer präzisen Leistungsbeschreibung, die den Vorgaben des Vergaberechts entspricht, hätte es sich schließlich erübrigt, zwei Varianten auszuschreiben.

Die Vergabestelle hat weiterhin gegen § 5 VOL/A verstoßen. Nach dieser Vorschrift hat der Auftraggeber in jedem Fall, in dem dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist, diese - zum Beispiel nach Menge oder Art - in Lose zu zerlegen, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmer um die Lose bewerben können.

Etwaige Vorbehalte wegen der Teilung in Lose, des Umfangs der Lose und der möglichen Vergabe der Lose an verschiedene Bieter sind bereits in der Bekanntmachung und bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu nennen.

In der Vergabebekanntmachung enthält Punkt 5 die Angabe "17 Lose". Die Vergabestelle hat dabei weder die einzelnen Lose noch den Umfang genannt. Sie hat außerdem nicht vermerkt, ob eine Vergabe in einzelnen Losen, in mehreren Losen oder eine Gesamtvergabe vorgesehen ist. Aufgrund dieser ungenauen und fehlenden Angaben ist nicht erkennbar, ob eine Bewerbung für einzelne Lose möglich war. Diese Angaben sind aber für den Entschluß zur Teilnahme an der Vergabe und für die Bemessung der Angebotspreise von ausschlaggebender Bedeutung (Müller in: Daub/Eberstein VOL/A § 5 Rdnr. 26).

Es ist daher davon auszugehen, dass vor allem kleinere Unternehmen von vornherein auf eine Teilnahme am Vergabeverfahren verzichteten. Damit war der Wettbewerb von Anfang an eingeschränkt. Auch die Tatsache, dass sich die Vergabestelle in den Verdingungsunterlagen die losweise Vergabe vorbehalten hat, ändert an diesem Sachverhalt nichts. Dies verstößt gegen das Verbot der Diskriminierung vor allem kleinerer Unternehmen nach § 97 Abs. 2 GWB, § 2 Nr. 2 VOL/A.

Der Hilfsantrag zu 2. sowie der Antrag zu 3. sind gegenstandslos geworden, da die Vergabestelle verpflichtet ist, die Ausschreibung aufzuheben.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 GWB. Die Vergabestelle ist als Unterliegende anzusehen, da sie verpflichtet wurde, das Vergabeverfahren aufzuheben. Die

Höhe der Kosten ergibt sich aus einem gesonderten Kostenfestsetzungsbescheid, der der Vergabestelle zugestellt wird.

**Rechtsbehelfsbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06118 Naumburg innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

gez. Oanea

gez. Wendler

gez. Ebert