OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2018, VII - Verg 26 / 18, Datenbank VERIS, Zugriff am 5.12.2018

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2018, VII - Verg 26 / 18

(Bieter unterliegt)

Normen:

§ 29 VgV; § 41 Abs. 1 VgV

Vorangegangene Entscheidung:

VK Westfalen, Beschluss vom 26.03.2018, VK 1 – 47 / 17; VK 1 - 01 / 18 (Bieter unterliegt)

Stichworte:

Bereitstellung der Vergabeunterlagen, Vollständige Bereitstellung, Vergabeunterlagen, Vertragstext

Leitsatz (redaktionell):

1. Der Auftraggeber muss bei einem Teilnahmewettbewerb in der Bekanntmachung einen vollständigen Zugang auf die Unterlagen bereitstellen, die für eine belastbare Entscheidung über die Teilnahme am Verfahren durch Abgabe eines Teilnahmeantrages erforderlich sind. Ein Unternehmen muss feststellen können, ob es an dem Auftrag interessiert ist und ob es zur Leistungserbringung geeignet ist.
2. Bei dieser Entscheidung geht es darum, ob die ausgeschriebenen Leistungen nach Art und Umfang in sein Produktportfolio fallen und es aus unternehmerischer Sicht sinnvoll ist, in den Teilnahmewettbewerb einzutreten, um die Chance zu erhalten, zur Abgabe eines Angebots aufgefordert zu werden; nicht aber um die Kalkulation der Preise und die Abgabe eines Angebotes.
3. Ist der Vertragsentwurf für diese Entscheidung über die Teilnahme nicht erforderlich, muss er vom Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt nicht bereitgestellt werden.
4. Es kommt insoweit nicht darauf an, ob der Vertragsentwurf für die in der zweiten Phase stattfindende Preiskalkulation erheblich ist.
5. Ein Vertragsentwurf ist nicht erforderlich für die Entscheidung über die Teilnahme an einem Wettbewerb, wenn das Unternehmen anhand der bereitgestellten Leistungsbeschreibung feststellen kann, ob es über ausreichende personelle und sachliche Ressourcen verfügt, um sich allein oder nur zusammen mit einem anderen Unternehmen am Teilnahmewettbewerb zu beteiligen.

Entscheidungstext:

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Westfalen vom 26. März 2018 (VK 1-47/17 und VK 1-01/18) wird zurückgewiesen.

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Verfahrens gem. § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB und der der Beigeladenen zu 1. zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Kosten werden der Antragstellerin auferlegt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin ist ein Unternehmen, das Reinigungsdienstleistungen erbringt, bis zum 31.05.2018 auch für die Antragsgegnerin, die einen Messe- und Veranstaltungsort betreibt.

Im Sommer 2016 führte die Antragsgegnerin ein nicht förmliches Vergabeverfahren zur Neuvergabe von Reinigungsdienstleistungen durch, da sie annahm, mangels Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber dem Vergaberecht nicht zu unterliegen. Auf Nachprüfungsantrag der Antragstellerin beschloss die Vergabekammer am 28.10.2016, dass die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin ihre Beschaffungen unter Beachtung des Vergaberechts vorzunehmen hat. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wies der Senat mit Beschluss vom 21.03.2018 (Verg 50/16) zurück.

Am 24.11.2017 veröffentlichte die Antragsgegnerin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union die Bekanntmachung der Durchführung eines nicht offenen Verfahrens mit Teilnahmewettbewerb (Nr. 2017/ S226-471035) zur Vergabe der Reinigungsdienstleistungen, wobei sie sich ausdrücklich vorbehielt, das Vergabeverfahren einzustellen, falls ihre Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberin rechtskräftig verneint würde. Unter Ziffer 1.3 gab die Antragsgegnerin einen Internet-Link für einen uneingeschränkten, vollständigen, direkten und gebührenfreien Zugang zu den Auftragsunterlagen bekannt. Unter Ziffer VI.3.4 gab sie an, dass die vollständigen Vergabeunterlagen nur den im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Bietern zur Verfügung gestellt werden, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden. Die Antragsgegnerin stellte über den Internet-Link zunächst nur ein Bewerberanschreiben und einen Vordruck für einen Teilnahmeantragbogen zum Download zur Verfügung. In der Bekanntmachung beschrieb sie den Beschaffungsgegenstand wie folgt:

"Veranstaltungs- und Hallenreinigung sowie Serviceleistungen Los-Nr.: 1

Gegenstand des zu vergebenden Auftrags sind folgende Leistungen:

- Grundreinigung (Bodengrundreinigung, Möbel/Objektreinigung der Bestuhlung Halle 1 (1. und 2. Rang)) (ca. 140.000 qm p.a.)

- Hallenwartung (ca. 5.300 Std, p.a.)

- Veranstaltungsreinigung Halle 1 (ca. 1.000.000 qm zzgl. Bestuhlung p.a.)

- Reinigung Künstlergarderobe Halle 1 (ca. 58.000 qm p.a.)

- Reinigung Nebenflächen Halle 2 bis 8 (ca. 120.000 qm p.a.)

- Veranstaltungsreinigung Halle 2 bis 8 (ca. 3.000.000 qm p.a.)

- Reinigung Eingangs- und Service-Bereiche (540.000 qm p.a.)

- Reinigung Treppenhäuser Hallen (ca. 10.000 qm p.a.)

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

- Reinigung WC-Anlagen Hallenbereich (ca. 160.000 qm p.a.)

- Wartung WC-Anlagen Hallenbereich (ca. 2.300 Std. p. a.)

- Entsorgung innerhalb des Geländes der WHD (ca. 2.400 Std. p.a.)

- Standreinigung (ca. 65.000 qm p.a.)

- Objektreinigung für die in diesem Los genannten Leistungen (ca. 2.800 Std. p.a.)

(...)

Glas- und Rahmenreinigung Los-Nr.: 2

(...)

Gegenstand des zu vergebenden Auftrags sind folgende Leistungen:

- Glas- und Rahmenreinigung für die Hallen 1 sowie 4-7, die Verwaltung, das Messeforum und das Foyer Messe West (ca. 7.000 qm p.a.)

- Glas- und Rahmenreinigung für den Eingang Nord und Passagen (ca. 7,000 qm p.a.)

(...)

Unterhaltsreinigung und Freiflächen-/Außenreinigung Los-Nr.: 3

(...)

Gegenstand des zu vergebenden Auftrags sind folgende Leistungen:

- Unterhaltsreinigung Verwaltung (ca. 290.000 qm p.a.)

- Unterhaltsreinigung Sozialtrakte (ca. 34.000 qm p.a.)

- Freiflächen-/Außenreinigung (ca. 1.900.000 qm p.a.)

- Objektleitung für die in diesem Los genannten Leistungen (ca. 144 Std. p.a.)."

Als Zuschlagskriterien benannte die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung den Preis und die Qualität mit einer Gewichtung von jeweils 50 %. Qualitative Unterkriterien sind produktive Jahresstunden mit einer Gewichtung von 20 %, ein auftragsbezogenes QM-System und auftragsbezogene Qualitätskontrollen jeweils mit einer Gewichtung von 15%. Die geplante Anzahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten, war mit mindestens fünf und höchstens sieben angegeben. Die eingehenden Teilnahmeanträge sollten zunächst auf Vollständigkeit überprüft werden, wobei fehlende Angaben oder Unterlagen ggf. nachgefordert werden sollten. Sodann sollte geprüft werden, ob die Bewerber grundsätzlich geeignet erschienen, die zu vergebenden Leistungen vertragsgerecht auszuführen, insbesondere ob sie die festgelegten Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle sowie technische Leistungsfähigkeit erfüllten. Für den Fall, dass die Bewerberzahl danach die Höchstzahl überschritt, sollte eine differenzierte Eignungsprüfung vorgenommen werden, um den Bewerberkreis auf maximal sieben zu reduzieren. Diese Prüfung sollte anhand der vorgelegten Referenzen erfolgen, wobei nur Referenzen aus den letzten drei Jahren vertieft betrachtet

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

werden sollten, welche Reinigungsdienstleistungen betreffen. Es sollten diejenigen Bewerber/ Bewerbergemeinschaften am weiteren Verfahren beteiligt und zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, die nach den vorgelegten Angaben/Unterlagen zur Referenzlage im Vergleich zu ihren Mitbewerbern in besonderer Weise geeignet erschienen, die zu vergebende Leistung vertragsgerecht zu erbringen. Zu diesem Zweck sollten die eingereichten Referenzen mit Punkten bewertet werden, wobei die Punktvergabe näher erläutert war. Als Referenzen verlangte die Antragsgegnerin neben solchen zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und allgemeinen zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit, dass die Bewerber aus den letzten drei Jahren zwei Referenzprojekte nachwiesen, die jeweils sämtliche folgenden Anforderungen erfüllten:

"a) bei Bewerbung um Los 1:

Veranstaltungs- und Hallenreinigung (z. B. Reinigung bei Messegesellschaften, Konzertaren oder vergleichbaren Auftraggebern) im laufenden Betrieb inkl. Serviceleistungen von Hallen/Veranstaltungsräumen mit einer Mindestfläche von 1.000 Quadratmetern je Veranstaltungs-/ Messetag und einer kontinuierlichen Besucherfrequenz im Messe-/ Veranstaltungszeitraum.

b) bei Bewerbung um Los 2:

Glas- und Rahmenreinigung, die eine ein-, zwei- und mehrseitige Reinigung der Glas- und Jalousieflächen von 3.000 Quadratmetern je Reinigungsturnus (inkl. Reinigung der dadurch anfallenden gesamten Stock- und Rahmenflächen) erfordern.

c) bei Bewerbung um Los 3:

Wöchentliche Unterhaltsreinigung von Verwaltungsgebäuden mit einer Mindestfläche von 3.000 Quadratmetern je Reinigungsturnus sowie einer wiederkehrenden Freiflächen-/ Außenreinigung von 25.000 Quadratmetern je Reinigungsturnus."

Der Vertrag sollte zum 01.06.2018 beginnen und zwei Jahre lang dauern, wobei er höchstens zweimal um je ein Jahr verlängerbar sein sollte.

Mit Schreiben vom 30.11.2017 rügte die Antragstellerin, dass mit den vorgenannten Unterlagen entgegen § 41 Abs. 1 VgV und der Richtlinie 2014/24/EU nicht die vollständigen Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt worden seien. Dadurch könne sie die unternehmerische Entscheidung, einen Teilnahmeantrag zu stellen, nicht treffen.

Daraufhin stellte die Antragsgegnerin die zu diesem Zeitpunkt vorhandene Leistungsbeschreibung und die für das weitere Vergabeverfahren vorgesehenen Bewerbungsbedingungen (Stand 08.11.2017) zum Download bereit und verlängerte die Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen. Aus der Leistungsbeschreibung ergeben sich u. a. der Reinigungsumfang und die Reinigungshäufigkeit. Erfasst sind sämtliche Räumlichkeiten unter Angabe des Verschmutzungsniveaus in Bezug auf einzelne Messen. Weiterhin bezieht sich die Antragsgegnerin auf ein Service-Level-Agreement (Kapitel 6), nennt in diesem Zusammenhang Leistungsrichtwerte, die Reinigungsmaterialien und die Anforderungen beim Qualitätsmanagement. In den Bewerbungsbedingungen finden sich Einzelheiten zu den Zuschlagskriterien und einer obligatorischen Objektbesichtigung. Weiterhin vermerkte die Antragsgegnerin dort, dass die ausgewählten Teilnehmer sich sofort melden sollen, wenn die Vergabeunterlagen Unklarheiten enthalten, insbesondere solche, welche die Preisfindung beeinflussen können. Die Antragstellerin hat diese Unterlagen erhalten.

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

Mit Schreiben vom 08.12.2017 forderte die Antragstellerin die Antragsgegnerin auf, den vorgesehenen Vertragsentwurf zur Verfügung zu stellen, da die Leistungsbeschreibung nur im Zusammenhang damit zutreffend eingeordnet werden könne und dies kalkulationsrelevant sei.

Die Antragstellerin rügte nach Durchsicht der Leistungsbeschreibung mit Schreiben vom 21.12.2017 unter anderem, dass nicht nachvollziehbar sei, wie die in der Vergabebekanntmachung mitgeteilten Flächen und Stunden berechnet worden seien und ob die Angaben realistisch seien. Darüber hinaus seien die Mindestanforderungen an die Referenzen unklar. Zudem vermische die Leistungsbeschreibung die grundsätzlich verschiedenen Ansätze der leistungs- und der ergebnisorientierten Ausschreibung. Die Antragsgegnerin half der Rüge nicht ab.

Sie hat das Auswahlverfahren inzwischen abgeschlossen und die Beigeladenen für den Zuschlag ausgewählt. Die Beigeladenen sind im Wege einer Interimsvergabe, die Gegenstand eines weiteren Nachprüfungsverfahrens ist, mit den Reinigungsdienstleistungen ab dem 01.06.2018 beauftragt worden. Die Antragstellerin hatte der Antragsgegnerin zuvor mehrfach angeboten, die Reinigungsdienstleistungen selber weiter auszuführen.

Mit Schriftsätzen vom 21.12.2017 und 03.01.2018 erhob die Antragstellerin Nachprüfungsanträge, die von der Vergabekammer gemeinsam verhandelt und entschieden wurden. Die Vergabekammer wies die Nachprüfungsanträge mit Beschluss vom 26.03.2018 zurück.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie geltend macht, dass das Vorgehen der Antragsgegnerin gegen §§ 41 Abs. 1, 29 VgV verstoße, weil sie nicht die vollständigen Vergabeunterlagen im Teilnahmewettbewerb zugänglich gemacht habe. So sei der Reinigungsvertrag insoweit unstreitig - nicht zur Verfügung gestellt worden. Nach der Leistungsbeschreibung sei unklar, ob die Reinigungsleistungen leistungs- oder ergebnisorientiert beschrieben seien. Dies stelle auch einen Verstoß gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gem. § 121 Abs. 1 GWB dar. Im Fall einer ergebnisorientierten Beschreibung sei die Kenntnis eines damit verbundenen Bonus-/Malussystems wichtig. Auch seien Flächenzahlen, die für den personellen Aufwand entscheidend seien, nicht erkennbar. Zudem müsse sie bereits bei Abgabe des Teilnahmeantrags entscheiden, ob sie als Einzelunternehmen, ggf. unter Einsatz von Nachunternehmern, oder im Rahmen einer Bewerbergemeinschaft tätig werden wolle. Wegen der fehlenden Unterlagen könne sie nicht einschätzen, ob eine wirtschaftliche Leistungserbringung überhaupt möglich sei. Grundlage für die Entscheidung über die Abgabe eines Teilnahmeantrags sei eine seriöse Machbarkeitsbewertung, die anhand der vorliegenden Unterlagen nicht erfolgen könne.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Westfalen vom 26.03:2018, VK 1-47/17 und VK 1-01/18, aufzuheben,

2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren der Antragsgegnerin "Reinigungsdienstleistungen für die Westfalenhallen Dortmund", Bekanntmachungs-Nr.: 2017/S226-471035 vom 24.11.2017 in den Stand nach Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung zurückzuversetzen und weitergehend zu verpflichten, sämtlichen Bietern die vollständigen Vergabeunterlagen an der in der Bekanntmachung benannten Internetadresse abrufbar zur Verfügung zu stellen und so das Verfahren bei fortbestehender Vergabeabsicht zu wiederholen,

3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 1 beantragen, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin verteidigt den angefochtenen Beschluss und trägt unter Hinweis auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der VgV vor, dass in einem zweistufigen Verfahren die Angebotsunterlagen erst den zur Angebotsabgabe aufgeforderten Teilnehmern zur Verfügung gestellt werden müssten. Die Entscheidung, einen Teilnahmeantrag abzugeben, könne anhand der bereitgestellten Unterlagen getroffen werden. Ein Verstoß gegen die Pflicht zu einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung könne erst in der Angebotsphase gerügt werden, weil zuvor keine finale Leistungsbeschreibung vorliege. In einem zweistufigen Verfahren könnten die Vergabeunterlagen bis zur Aufforderung zur Angebotsabgabe geändert werden. Der Senat hat mit Beschluss vom 23.04.2008 die aufschiebende Wirkung der sofortigen einstweilen verlängert. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten sowie die Akten der Vergabekammer und die Vergabeakten verwiesen.

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde ist nicht begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a. Das Nachprüfungsverfahren ist eröffnet, weil die zu vergebende Leistung dem 4. Teil des GWB unterfällt. Gegenstand der Vergabe ist ein Dienstleistungsauftrag eines öffentlichen Auftraggebers gem. §§ 103 Abs. 1 und 5, 99 Nr. 2 c) GWB (vgl. Senatsbeschluss vom 21.03.2018 - Verg 50/16). Der Schwellenwert von 209.000 Euro für Dienstleistungsaufträge ist überschritten.

b. Die Antragstellerin ist, obwohl sie keinen Teilnahmeantrag gestellt hat, antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat ein Interesse an dem zu vergebenden Auftrag und macht eine Verletzung ihrer Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend.

Grundsätzlich dokumentiert ein Antragsteller sein Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebots bzw. eines Teilnahmeantrags. Zwar hat die Antragstellerin keinen Teilnahmeantrag abgegeben. Sie hat ihr Interesse am Auftrag jedoch anderweitig dokumentiert. Sie hat einen Nachprüfungsantrag gestellt und zudem mehrere gewichtige Vergaberechtsverstöße geltend gemacht, die sie - so ihr Vorbringen - an der Abgabe eines Teilnahmeantrags gehindert haben. So macht die Antragstellerin Verstöße gegen §§ 41 Abs. 1, 29 VgV und das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung aus § 121 GWB geltend, weil ihr von der Antragsgegnerin der Reinigungsvertrag nicht zur Verfügung gestellt worden ist und sie infolgedessen nicht habe entscheiden können, sich durch Abgabe eines Teilnahmeantrags an dem Verfahren zu beteiligen. Bei der gebotenen wertenden Betrachtung (siehe Senatsbeschluss vom 21.05.2018, VII-Verg 19/18) handelt es sich hierbei um gewichtige Vergaberechtsverstöße.

c. Der Nachprüfungsantrag ist nicht gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB unzulässig. Die Antragstellerin hat rechtzeitig vor Ablauf der Bewerbungsfrist gegenüber der Antragsgegnerin beanstandet, dass ihr der Vertragsentwurf nicht zur Verfügung gestellt worden ist.

Bereits mit Schreiben vom 30.11.2017 hat die Antragstellerin von der Antragsgegnerin verlangt, ihr die vollständigen Vergabeunterlagen zum Download bereit zu stellen. Nachdem die Antragsgegnerin der Rüge insoweit abgeholfen hatte, als sie ohne Anerkennung einer Rechtspflicht die Leistungsbeschreibung und die Bewerbungsbedingungen (Stand 08.11.2017) zur Verfügung gestellt hat, hat die Antragstellerin mit weiterem Schreiben vom 08.12.2017 die Vorlage des Reinigungsvertrags verlangt, weil hierauf in der

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

Leistungsbeschreibung an mehreren Stellen Bezug genommen werde und der Inhalt Kalkulationsrelevanz haben könne.

Nähere Ausführungen, warum die Antragstellerin diese Unterlagen benötigt, sind für eine ordnungsgemäße Rüge nicht erforderlich. Es reicht aus, dass die Antragsgegnerin erkennen konnte, um welchen Vergaberechtsverstoß es sich handeln soll und dass die Antragstellerin dessen Beseitigung verlangt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet.

a. Es ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin den in Rede stehenden Vertragsentwurf nicht mit der Auftragsbekanntmachung vor Ablauf der Teilnahmefrist zur Verfügung gestellt hat.

Es liegt kein Verstoß gegen § 41 Abs. 1 VgV i.V.m. § 29 VgV vor.

aa. § 41 Abs. 1 VgV gibt allein keinen Aufschluss darüber, welche Vergabeunterlagen mit der Auftragsbekanntmachung über eine elektronische Adresse zur Verfügung gestellt werden müssen. Nach § 41 Abs. 1 VgV hat der öffentliche Auftraggeber "in der Auftragsbekanntmachung XXX eine elektronische Adresse an(zugeben), unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können."

Eine Auslegung der genannten Vorschrift kommt zu dem Ergebnis, dass dort lediglich Vorgaben für die Art und Weise der Bereitstellung und der elektronische Verfügbarkeit von Vergabeunterlagen geregelt sind, und nicht welche Vergabeunterlagen bereits von Anfang an zum Download bereit gestellt sein müssen. Soweit in der Literatur zum Teil eine andere Meinung vertreten wird (so Bock in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage, § 41 VgV, Rz. 23; Wichmann in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage, § 41 VgV, Rz. 13; Schubert in Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 4. Auflage, § 41 VgV, Rz. 7), überzeugt diese Auffassung nicht.

(1) Bereits der Wortlaut der Vorschrift spricht dafür, dass § 41 Abs. 1 VgV eine Pflicht zur Bereitstellung der vollständigen Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung nicht begründet.

Nach § 41 Abs. 1 VgV hat der öffentliche Auftraggeber "in der Auftragsbekanntmachung XXX eine elektronische Adresse an(zugeben), unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können."

Das Adjektiv vollständig bezieht sich nicht auf die Vergabeunterlagen und damit auf den Umfang der zum Abruf über die elektronische Adresse bereit gestellten Unterlagen. Das Adjektiv bezieht sich vielmehr darauf, in welchem Umfang der Abruf der Unterlagen möglich sein muss. Die vom öffentlichen Auftraggeber zum Download bereit gestellten Unterlagen müssen vollständig abrufbar sein. Sie dürfen also nicht nur teilweise elektronisch und teilweise in Papierform zugänglich sein. Die Vorschrift gibt nicht vor, welche Unterlagen zum Abruf einzustellen sind, also wann von ihrer Vollständigkeit auszugehen ist.

(2) Dieses Verständnis findet Bestätigung in der Begründung des Verordnungsgebers und in Art. 53 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/24/EU, der durch § 41 Abs. 1 VgV in nationales Recht umgesetzt worden ist.

Nach der Begründung des Verordnungsgebers ist Sinn der Vorschrift die elektronische Zurverfügungstellung der Vergabeunterlagen zu regeln. So führt der Verordnungsgeber aus (BT-Drucksache 18/7318 S. 181), dass mit der Vorschrift ein Paradigmenwechsel unter dem Leitgedanken des vollständigen Übergangs von einer

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

papierbasierten und -gebundenen öffentlichen Auftragsvergabe zu einer durchgängig auf der Verwendung elektronischer Mittel basierenden, medienbruchfreien öffentlichen Auftragsvergabe vollzogen werde. Die Vergabeunterlagen müssten daher vom Tag der Veröffentlichung einer Bekanntmachung an von jedem Interessenten mithilfe elektronischer Mittel unter einer Internetadresse abgerufen werden können. Vollständig abrufbar seien die Unterlagen dann, wenn über die Internetadresse in der Bekanntmachung sämtliche Vergabeunterlagen und nicht nur Teile davon abgerufen werden können. Was zu den Vergabeunterlagen gehört, bestimmt § 29 VgV, worauf der Verordnungsgeber ausdrücklich Bezug nimmt. Hiermit in Einklang steht Art. 53 der Richtlinie 2014/24/EU, dessen Umsetzung § 41 VgV dient.

Auch Art. 53 Abs. 1 Satz 1 bestimmt insoweit lediglich, dass der öffentliche Auftraggeber ab dem Tag der Veröffentlichung einer Bekanntmachung gemäß Art. 51 oder dem Tag der Aufforderung zur Interessensbestätigung einen vollständigen, d.h. uneingeschränkten Zugang zu den Auftragsunterlagen anzubieten hat. Die Erwägungsgründe Nr. 52 und Nr. 80 der Richtlinie führen aus, dass die Einführung der elektronischen Informations- und Kommunikationsmittel Effizienz und Transparenz der Vergabeverfahren steigern sollen. Ausführungen dazu, welche Unterlagen in welchem Umfang zum Abruf bereit zu stellen sind, finden sich nicht.

bb. Welche Unterlagen und Angaben zu den nach § 41 VgV bereit zu stellenden Vergabeunterlagen gehören, regelt vielmehr § 29 VgV. Nach Satz 1 umfassen die Vergabeunterlagen alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Sie bestehen nach Satz 2 in der Regel aus

1. dem Anschreiben, insbesondere der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen oder Angeboten oder Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen,

2. der Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (Bewerbungsbedingungen), einschließlich der Angabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien, sofern nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung genannt, und

3. den Vertragsunterlagen, die aus der Leistungsbeschreibung und den Vertragsbedingungen bestehen.

Ausgehend von dieser Vorschrift ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin vor Ablauf der Teilnahmefrist den Reinigungsvertrag nicht zum Download über die bekannt gegebene Internetadresse zur Verfügung gestellt hat. Die darin enthaltenen Angaben waren nicht i.S.v. § 29 Abs. 1 S. 1 VgV erforderlich, um der Antragstellerin die Teilnahme an dem Vergabeverfahren durch Abgabe eines Teilnahmeantrags zu ermöglichen.

Nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Antragstellerin, dass zu den Vergabeunterlagen im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 VgV ausnahmslos immer die Vertragsunterlagen gemäß Satz 2 Nr. 3 VgV gehören, zu denen - so die Antragstellerin - nicht nur die Leistungsbeschreibung und allgemeine Vertragsbedingungen sondern auch der abzuschließende Vertrag gehören. Dies ergibt sich schon allein daraus, dass die Vergabeunterlagen nur "in der Regel" aus den unter Ziffer 1.-3. genannten Unterlagen bestehen. Die Formulierung "in der Regel" bedeutet, dass es von dieser Regel auch Ausnahmen geben kann. Sie bedeutet nach ihrem Wortsinn nicht, dass zu den Vergabeunterlagen "mindestens" die dort genannten Unterlagen gehören müssen. Es können mehr aber auch weniger Unterlagen sein.

Welche Angaben daher zu den Vergabeunterlagen gehören müssen, die dem Bewerber oder Bieter vor Abgabe des Angebots im offenen Verfahren oder im nichtoffenen Verfahren vor Abgabe seines Teilnahmeantrags zur Verfügung zu stellen sind, richtet sich vielmehr danach, ob die Angaben "erforderlich" sind, um dem Bewerber

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

oder Bieter eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren zu ermöglichen. Hierbei handelt es sich um eine Entscheidung im Einzelfall, die unter anderem davon abhängt, welche Verfahrensart der öffentliche Auftraggeber gemäß §§ 14 ff. VgV gewählt hat und welche Bedeutung die Angaben für die Entscheidung des Bewerbers oder Bieters haben, sich an dem Verfahren zu beteiligten.

Da der Antragstellerin die Leistungsbeschreibung und die Bewerbungsbedingungen (Stand: 08.11.2017) zur Verfügung gestellt worden sind, kommt es vorliegend allein darauf an, ob die Angaben im Reinigungsvertrag erforderlich waren, uni der Antragstellerin eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren zu ermöglichen. Hierbei ist in den Blick zu nehmen, dass die Vergabe des Auftrags in einem nichtoffenen Verfahren nach § 119 Abs. 4 GWB erfolgen sollte. Dieses Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass zunächst ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb stattfindet, bei dem sich der Bewerber durch Abgabe eines Teilnahmeantrags um eine Aufforderung zur Teilnahme an einem nicht offenen Verfahren durch Abgabe eines Angebots bewirbt (sog. erste Stufe). Sinn und Zweck des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs ist es, zunächst die Eignungsvoraussetzungen der Bewerber zu ermitteln und entsprechende Nachweise zu erlangen. Aus dem so festgestellten Bewerberkreis wird sodann eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert (sog. zweite Stufe). Das Unternehmen hat bei dieser Verfahrensart somit zwei Entscheidungen zu treffen und zwar zunächst, ob es sich durch einen Teilnahmeantrag an dem Verfahren beteiligt und sodann, sollte es einen Teilnahmeantrag abgegeben haben und zur Abgabe eines Angebots aufgefordert worden, ob es ein Angebot abgibt.

Ist dem Verfahren also - so wie hier - ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet, setzt die Teilnahme am Vergabeverfahren zunächst (nur) die Abgabe eines Teilnahmeantrags voraus; es geht (noch) nicht um die Kalkulation und Abgabe eines Angebots. Erforderlich aber auch ausreichend sind daher sämtliche Angaben, die dem Unternehmen eine belastbare Entscheidung ermöglichen, ob die ausgeschriebenen Leistungen nach Art und Umfang in sein Produktportfolio fallen und es aus unternehmerischer Sicht sinnvoll ist, in den Teilnahmewettbewerb einzutreten um die Chance zu erhalten, zur Abgabe eines Angebots aufgefordert zu werden. Die Angaben in der Bekanntmachung und in anderen mit der Bekanntmachung zugänglich gemachten Unterlagen müssen die hierfür erforderliche Entscheidungsgrundlage schaffen. Die Art und der Umfang der zu beschaffenden Leistung, die Bedingungen der Vergabe und der Verfahrensablauf ist danach so zu beschreiben, dass das Unternehmen entscheiden kann, ob es an dem Auftrag interessiert ist und zur Leistungserbringung geeignet ist. Um eine solche Entscheidung auf einer validen Grundlage treffen zu können, sind nicht immer zwingend sämtliche Vergabeunterlagen notwendig, wie sich allein schon daraus ergibt, dass nach alter Rechtslage vor Inkrafttreten der VgV die Vergabeunterlagen im nicht offenen und im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb auch erst nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbs an die ausgewählten Teilnehmer übermittelt werden konnten (§ 15 Abs. 11 VOL/A EG, § 12 Abs. 4 Nr. 2 VOB/A EU).

Nichts anderes ergibt sich aus der Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 13.03.2017 (Verg 15/16, Rz. 81 zu § 41 Abs. 1 SektVO). Der Vergabesenat hat dort für ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ausgeführt, dass bereits mit der Auftragsbekanntmachung die Vergabeunterlagen allen Interessierten zur Verfügung zu stellen sind, jedenfalls soweit diese Unterlagen in einer finalisierten Form vorliegen können und sie erforderlich sind, um interessierten Unternehmen eine Entscheidung über die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Denn das OLG München hat ausdrücklich auf die Begründung der SektVO Bezug genommen, wonach - ebenso wie die Begründung zu § 41 VgV - die Vergabeunterlagen alle Angaben umfassen, die erforderlich sind, um interessierten Unternehmen eine Entscheidung über die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen.

Ausgehend von diese Voraussetzungen waren für die Entscheidung der Antragstellerin, ob sie sich an dem Teilnahmewettbewerb durch Abgabe eines Teilnahmeantrags beteiligt, der konkrete Inhalt des

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

Reinigungsvertrags nicht erforderlich und infolgedessen der Vertrag von der Antragsgegnerin nicht mit der Auftragsbekanntmachung zur Verfügung zu stellen. Vielmehr standen ihr aufgrund der Angaben in der Bekanntmachung, den Bewerbungsbedingungen und der Leistungsbeschreibung ausreichende Informationen zur Verfügung, die für eine belastbare Entscheidung über die Teilnahme am Verfahren durch Abgabe eines Teilnahmeantrags erforderlich waren. Weder ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin, noch ist sonst ersichtlich, dass für die Abgabe eines Teilnahmeantrags die Kenntnis der genauen vertraglichen Regelungen im Vertragsentwurf erforderlich waren.

Die Antragstellerin macht geltend, die Vertragsgestaltung des ausgeschriebenen Vertrags über Reinigungsdienstleistungen sei für die Abgabe des Teilnahmeantrags von Bedeutung, weil hiervon abhänge, ob sie sich als Einzelunternehmen, in einer Bietergemeinschaft oder als Einzelunternehmen mit Nachunternehmer am Verfahren beteilige. Die Vertragsgestaltung gebe Aufschluss über die mit der Leistungsausführung verbundenen kaufmännischen und unternehmerischen Risiken und daran anschließend, ob diese Risiken allein oder nur zusammen mit anderen getragen werden können.

Dieses Vorbringen überzeugt nicht.

Die Antragstellerin ist über Art und Umfang der ausgeschriebenen Leistung informiert und kann hierauf gestützt den zur Vertragserfüllung benötigten Personalbedarf abschätzen mit der Folge, dass sie beurteilen kann, ob sie allein oder nur zusammen mit anderen Unternehmen die ausgeschriebenen Reinigungsleistungen erbringen kann, mithin leistungsfähig und zur Erbringung der Leistungen geeignet ist.

Die zu beschaffenden Reinigungsleistungen für Los 1, 2 und 3 sind jeweils in Ziff. II. 2.4 der Bekanntmachung nach Art und Umfang (Stunden und qm-Fläche p.a.) beschrieben. Auch war ihr die vorgesehene Vertragslaufzeit bekannt (Ziffer II.2.7 der Bekanntmachung). Zudem liegt ihr die fast 60 Seiten umfassende Leistungsbeschreibung vor, die u.a. unter Ziff. 6 Service-Level-Agreement auf mehr als zwölf Seiten umfangreiche Regelungen zu Allgemeinen Aspekten des Service-Level-Agreements (Ziff. 6.1) und zum Qualitätsmanagementsystems (Ziff. 6.2) enthält. Daraus konnte sie nicht nur die Leistungsrichtwerte und einzusetzenden Materialen ersehen, sondern auch wie die Qualitätskontrolle ausgestaltet sein muss.

Die Antragstellerin ist zudem seit Jahrzehnten für die Antragsgegnerin, zuletzt auch in dem jetzt ausgeschriebenen Leistungsumfang tätig, wobei der Abschluss eines Reinigungsvertrags auf der Basis eines Service-Level-Agreements nach den eigenen Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung seit etwa 15 Jahren zum Branchenstandard gehört und ihr mithin bekannt ist. In all den Jahren hat sie die Reinigungsleistungen als Einzelunternehmen und nicht in einer Bietergemeinschaft erbracht, wie die Antragsgegnerin von der Antragstellerin unwidersprochen in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat. Die Antragstellerin kennt als langjährige Auftragnehmerin der Antragsgegnerin besser als alle anderen Bewerber die zu reinigenden Flächen und die einzelnen Veranstaltungen in den Räumlichkeiten der Antragsgegnerin. Aus der Leistungsbeschreibung ergaben sich zudem die Hallenbelegung, das Verschmutzungsniveau nebst Besonderheiten für die einzelnen Messen und Veranstaltungen sowie eine Beschreibung der einzelnen Räumlichkeiten. Es waren dort Vorgaben für die Reinigungsarten und zusätzliche Arbeiten bei bestimmten Messen und weitere Angaben enthalten, so dass sich die Antragstellerin unabhängig von ihrer vorhandenen Kenntnis und unter Beachtung ggf. veränderter Reinigungsvorgaben auch eine Vorstellung über den Auftragsumfang und etwaige Veränderungen zu der bisherigen Situation bei der Ausschreibung machen konnte.

Nicht erforderlich für ihre Entscheidung einen Teilnahmeantrag abzugeben ist die konkrete Ausgestaltung des abzuschließenden Reinigungsvertrags und insbesondere die darin enthaltenen Regelungen zur Vergütung (Bonus/Malussystem) und zur vertraglichen Haftung. Anders als die Antragstellerin meint sind diese Angaben

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

nicht erforderlich, um abschätzen zu können, ob sie das unternehmerische Risiko allein oder nur zusammen mit anderen tragen kann, mithin ob sie sich als Einzelunternehmen an dem Teilnahmewettbewerb oder nur in einer Bietergemeinschaft beteiligen soll. Ohne jeden Zweifel sind die genannten Punkte für die Kalkulation der Preise und damit für die Angebotsabgabe relevant, da etwaige damit verbundene kaufmännische Risiken bei der Preisbildung zu berücksichtigen sind. Für die zunächst zu beantwortende Frage der Teilnahme am Teilnahmewettbewerb und die Überlegung, .ob die Antragstellerin über ausreichende personelle und sachliche Ressourcen verfügt, um sich allein oder nur zusammen mit anderen Unternehmen an dem Verfahren zu beteiligten, spielt dies keine Rolle.

Gleiches gilt im Hinblick auf das Vorbringen der Antragstellerin, sie hätte vor Abgabe des Teilnahmeantrags wissen müssen, ob die Antragsgegnerin eine tätigkeitsorientiert oder ergebnisorientiert beschriebene Reinigung beschaffen will, weil eine ergebnisorientierte Reinigung mit Kosten für ein Qualitäts-Messsystem verbunden sei. Abgesehen davon, dass die Antragsgegnerin über ihren Bevollmächtigten mit Schreiben vom 23.12.2017 mitgeteilt hat, dass es sich um eine grundsätzlich leistungsorientierte Ausschreibung handelt und die Leistungsbeschreibung unter Ziff. 6.2 detaillierte Vorgaben enthält, die der Auftragnehmer bei Erstellung eines Qualitätsmanagementsystems zu beachten hat, trägt die Antragstellerin selber vor, dass die unterschiedliche Beschreibung der Reinigungsleistungen wegen etwaig zusätzlicher Kosten für ein Qualitäts-Messsystem relevant für die Kalkulation des Angebotspreises ist. Zur Kalkulation des Angebotspreises kommt es aber erst nach der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots. Dessen ungeachtet vermag der Senat kein unterschiedliches Haftungsrisiko zu erkennen je nachdem, ob die zu erbringenden Reinigungsleistungen funktional oder leistungsorientiert zu erbringen sind. In beiden Fällen muss das Ergebnis der durchzuführenden Reinigungsleistungen sein, vorhandenen Verschmutzungen zu beseitigen und einen "sauberen und hygienischen Reinigungszustand" (siehe Ziff. 6.1.2 der Leistungsbeschreibung) zu erreichen. Gelingt dies nicht, handelt es sich in dem einen Fall um eine Schlechterfüllung des Vertrags und in dem anderen Fall um eine gegebenenfalls teilweise Nichterfüllung. Beides kann jeweils haftungsrechtlich nachteilige Folgen für den Auftragnehmer haben. Dass andere Anforderungen an die Ausbildung des benötigten Reinigungspersonals zu stellen sind, so wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ohne weitere Begründung ausgeführt hat, erschließt sich nicht.

b. Ohne Erfolg macht die Antragstellerin geltend, die Leistungsbeschreibung verstoße gegen § 121 GWB, weil nicht zu erkennen sei, ob die Antragsgegnerin eine tätigkeitsorientierte Reinigung beschaffen wolle, die danach zu beschreiben sei, mit welcher Häufigkeit an welchem Ort die Reinigung erbracht werden soll, oder ob von einer ergebnisorientierten Reinigung auszugehen sei, bei der vorgegeben werde, zu welchem Zeitpunkt (Häufigkeit) welches Ergebnis an welchem Ort erwartet werde.

Insoweit kann dahin stehen, ob die Leistungsbeschreibung in diesem Punkt tatsächlich gegen den Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung verstößt. Jedenfalls ist die Antragstellerin hierdurch nicht nachteilig in ihren Chancen auf Erhalt des Zuschlags betroffen. Sie hat, obwohl ihr alle erforderlichen Vergabeunterlagen rechtzeitig vor Ablauf der Frist zur Abgabe eines Teilnahmeantrags zur Verfügung gestellt worden sind, keinen Teilnahmeantrag gestellt und ist infolgedessen auch nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert worden,

III.

Die nicht nachgelassenen Schriftsätze des Antragstellervertreters vom 06.09.2018 und 09.10.2018 bieten keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung in entsprechender Anwendung von § 156' ZPO. Die mündliche Verhandlung ist ordnungsgemäß geschlossen worden. Zudem enthält der Schriftsatz vom 06.09.2018 ausschließlich Rechtsausführungen, die der Senat zur Kenntnis genommen und bei der

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

Entscheidung berücksichtigt hat. Soweit in dem Schriftsatz vom 09.10.2018 neue Tatsachen in Form einer Ausschreibung von Reinigungsdienstleistungen der Messe Köln im Wege des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb vorgetragen werden, bei der der abzuschließende Vertrag den Interessenten schon im Teilnahmewettbewerb zur Verfügung gestellt wurde, bilden diese keinen Wiedereröffnungsgrund gem. § 156 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 175 Abs. 2, 78 Satz 2, 1. Alt, Satz 1 GWB. Es entspricht der Billigkeit, dass die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beigeladenen zu 1. zu tragen hat, weil diese sich durch eigenen inhaltlichen Vortrag und Antragstellung am Verfahren beteiligt hat.

Redaktionelle Anmerkung 1

Auf das vorliegende Vergabenachprüfungsverfahren findet nach der Übergangsvorschrift des Art. 1 § 186 Abs. 2 VergRModG nicht altes Vergaberecht, sondern die am 18. April 2016 in Kraft getretene Neuregelung Anwendung.

Redaktionelle Anmerkung 1

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch ra@vonwietersheim.net.
© 2018 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.
Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.