

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

VERIS - Entscheidungen > Vergabekammern > Berlin > VK Berlin > 2019 > 13.09.2019 - VK - B 1 - 13 / 19

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19

(Bieter obsiegt)

Normen:

§ 21 VgV; § 160 Abs. 3 GWB

Stichworte:

Volumen einer Rahmenvereinbarung, Doppelvergabe, Anforderungen an eine Rüge

Leitsatz (redaktionell):

1. Ein Rahmenvertrag muss nicht die Preise für die Einzelaufträge enthalten. Es genügt, wenn er die Kalkulationsgrundlagen hierfür enthält.
2. Der Auftraggeber kommt seiner Pflicht, das Auftragsvolumen einer Rahmenvereinbarung so genau wie möglich zu ermitteln und bekanntzugeben, nicht nach, wenn er nicht einmal ein ungefähres Volumen angibt.
3. Es liegt ein Verstoß gegen das Verbot der Doppelvergabe vor, wenn der Auftragnehmer einer Rahmenvereinbarung lediglich eine bloß theoretische Chance für die Leistungserbringung hat, abhängig von dem nicht vorhersehbaren Fall, dass der bereits gebundene Hauptauftragnehmer ausfällt oder unzureichend leistet.
4. § 29 Abs. 1 Nr. 3 VgV verlangt nicht zwingend eine Aufteilung in Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen.
5. Eine Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung ist dann intransparent, wenn noch nicht einmal angegeben ist, welche konkreten Daten der Auftragnehmer zu welchem Zweck verarbeiten soll.
6. Will der Auftragnehmer bei einem Zuschlagskriterium eine bestimmte positive Bewertung berücksichtigen, muss er festlegen, wann eine solche vorliegt.
7. Es ist im Rahmen einer Rüge nicht erforderlich, dass ein Bieter einen Verstoß auch rechtlich korrekt bezeichnet. Die Vergabekammer kann eine solche Rüge auch unter einem anderen rechtlichen Aspekt berücksichtigen.

Entscheidungstext:

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende XXX, den hauptamtlichen Beisitzer XXX und den ehrenamtlichen Beisitzer XXX auf die mündliche Verhandlung vom 10.09.2019 am 13.09.2019 beschlossen:

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren mit der EU-Bekanntmachung Nr. XXX – Betreiben von Heizanlagen sowie Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen – aufzuheben und im Falle einer erneuten Ausschreibung die Rechtsauffassung der Vergabekammer zu beachten.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen).
3. Die Verfahrensgebühren werden auf XXX EUR festgesetzt.
4. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom XXX im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union in 24 Losen den Betrieb von Heizanlagen sowie Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen aus. Die Vertragslaufzeit ist in jedem Los angegeben mit dem Zeitraum xx.xx.2019 bis xx.xx.2025 mit zweimaliger Verlängerungsoption für den Auftraggeber um jeweils weitere fünf Jahre. Für die Hauptleistung wurden zwölf Lose gebildet, die anderen zwölf Lose wurden als sog. Backup-Lose bezeichnet. Die Backup-Lose beschreibt die Antragsgegnerin in ihrem Formblatt Angebot wie folgt:

„Die XXX beabsichtigt ferner, einen „Backup-Vertragspartner“ zur fortlaufenden Gewährleistung der Versorgungssicherheit für jedes Los 1 bis 12 (Hauptleistung) zu binden, um die Versorgungssicherheit der Mieter der XXX fortlaufend sicherstellen zu können.

Für den Backup-Vertragspartner gelten die Festlegungen des Betreiber-Vertrags gleichermaßen mit der Ausnahme, dass seine Leistungspflichten für das jeweilige Los nur beginnen, soweit:

- der Hauptauftragnehmer nach gesicherten Erkenntnissen nicht nur vorübergehend an der ordnungsgemäßen Leistungserbringung (insb. nach Kündigung durch die XXX, Insolvenz o.ä.) gehindert ist und
- die XXX den Backup-Vertragspartner schriftlich auf den Beginn seiner Leistungspflichten hingewiesen hat.

Der Backup-Vertragspartner ist dann verpflichtet, seine Leistungsbereitschaft unverzüglich – spätestens jedoch binnen acht Wochen nach Hinweis – herzustellen, der XXX anzuzeigen und mit seinen Leistungen zu dem von der XXX genannten Termin zu beginnen.

Die XXX hat ferner das Recht, den Backup-Vertragspartner vorübergehend zum Abfangen von Spitzen nach Abstimmung mit dem Hauptauftragnehmer anzufragen und einzusetzen.

Eine Bindung als „Backup-Vertragspartner“ kommt nur für solche Lose in Betracht, bei denen der Bieter keinen Zuschlag auf die Hauptleistung erhalten hat.“

Die ausgeschriebenen Leistungen umfassen den Betrieb, die Wartung, Inspektion sowie Instandsetzung von verschiedenen Heiz-, Wärme- und Warmwasseranlagen. Des Weiteren beinhalten die Bekanntmachung und der Betreibervertrag den Hinweis, dass sich der Leistungsumfang durch Zukauf von Liegenschaften, den Wegfall von Anlagen und ggf. die Modernisierung von Anlagen verändern könne.

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Die Erweiterung der Leistung durch neu hinzukommende Anlagen ist in § 5 Abs. 2 Betreibervertrag wie folgt geregelt:

„2. Erweiterung des Leistungsumfangs

(1) Eine Erweiterung des Leistungsumfangs des AN kann sich grundsätzlich durch Immobilienzukäufe und durch technische Erweiterungen von Anlagen oder Anlagenteilen oder Contracting-Rückläufer ergeben.

(2) Technische Erweiterungen im Sinne dieses Vertrags sind insb. die Neuerrichtung von Anlagen, die Integration von zusätzlichen Anlagen oder den Austausch bzw. die Ergänzung wesentlicher Teile, wie z.B. Heizkesseln, Warmwasserbereitern, sowie die Erhöhung der Leistung (Erweiterung). Der AN ist verpflichtet, die nach diesem Vertrag geschuldeten Leistungen in gleicher Weise auch für diese Anlagen zu erbringen. Die Modernisierung des Sekundärsystems, z.B. der Austausch eines Heizkörpers, führt nicht zu einer Erweiterung des Leistungsumfangs.

(3) (...)

(4) (...)

(5) (...)

(6) Die Vertragsparteien halten klarstellend fest, dass der AG als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB verpflichtet sein kann, insbesondere Leistungen, die nicht von dem Leistungssoll dieses Vertrages umfasst sind oder im Übrigen als eine wesentliche Vertragsänderung einzustufen sind, nach den Vorgaben des Vergaberechts zu beschaffen.“

Das Formblatt Angebot enthielt folgende Forderung bezüglich der Referenzen:

„4.2.2 Leistungsfähigkeit: Referenzen

(...) Unzulässig ist es, die in unterschiedlichen Projekten erbrachten Leistungen zu einer Referenzleistung zusammenzufügen. (...)

Die Projektreferenzen (vergleichbare Leistung am Maßstab Ziffer II.1.4) bzw. Ziffer II.2.4) der Bekanntmachung sind grundsätzlich nur dann wertungsfähig, wenn sie folgende Mindestbedingungen erfüllen:

(...)

Nachweis, dass sämtliche „Ausgeführte Leistungen“ mindestens einmal in dem dort geforderten Umfang und unter den dort geforderten Mindestbedingungen erbracht wurden

Beispiel: Kann der Bieter bei der grundsätzlich wertungsfähigen Projektreferenz 1 die Leistungen an der geforderten Anzahl von mind. 1 Ölanlage mit einer Kesselleistung zwischen 100 kW und 750 kW nachweisen, jedoch keine vergleichbaren Leistungen an Solaranlagen, gilt er dennoch jedenfalls nicht deswegen als ungeeignet, wenn er diese Leistungen (Solaranlagen) bei der grundsätzlich wertungsfähigen Projektreferenz 3 nachweisen kann.

Es sind mindestens 2 wertungsfähige Referenzleistungen zu benennen, die den Mindestvoraussetzungen entsprechen. Die XXX prüft bei diesen Referenzen die Einhaltung der festgelegten Mindestvoraussetzungen. Die Referenzen werden nicht mit Punkten bewertet.

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Pro Bieter/pro Bietergemeinschaft werden maximal 5 wertungsfähige Projektpreferenzen berücksichtigt. (...).
“ (Fettdruck im Original)

Die Zuschlagskriterien wurden nach Preis und Qualität aufgeteilt. Der Preis sollte zu 80 % mit maximal 80 Punkten bewertet werden, die Qualität zu 20 % mit 20 Punkten, wobei sich diese zwischen dem Servicekonzept mit maximal 15 Punkten und dem Konzept zur zeitlichen und personellen Leistungsabwicklung mit 5 Punkten aufteilen.

Zur Bewertung der Qualität enthielten die Vergabeunterlagen folgende Regelung:

„6.2 Qualität der Leistung (max. 20 Punkte)

Das Kriterium „Qualität“ setzt sich aus den Unterkriterien „Servicekonzept“ (Ziffer 6.2.1) und „Konzept zur zeitlichen und personellen Leistungsabwicklung“ (Ziffer 6.2.2) zusammen. Die Bewertung dieser Kriterien erfolgt für alle Lose gleich.

Die Angaben der Bieter/ der Bietergemeinschaften werden nur dann positiv bewertet, wenn sie über die Festlegungen der XXX zum Leistungssoll hinausgehen. Die Inhalte der angebotenen Konzepte werden im Auftragsfall Vertragsbestandteil.

6.2.1 Servicekonzept (max. 15 Punkte)

Die XXX erwartet zu diesem Unterkriterium Ausführungen, ob und wie der Bieter/die Bietergemeinschaft im Auftragsfall ein Betriebskonzept entwickeln und anwenden wird, um die Leistungserbringung dauerhaft auf hohem Niveau sicherzustellen. Die XXX erwartet insbesondere Angaben zu folgenden Aspekten:

- Abwicklung Startphase (vgl. § 13 Betreibervertrag)
- Angaben zu möglichen Energiesparmaßnahmen für die gegenständlichen Anlagen, zu der geplanten Vorgehensweise und zu den möglichen Erfolgen
- Identifikation von Effizienzsteigerungspotenzialen und deren Umsetzung
- Vorschläge für Maßnahmen- und Investitionsplanung inkl. Priorisierung und Strukturierung
- die interne Organisation des Bieters/der Bietergemeinschaft bei der zukünftigen Leistungserbringung (insb. Erreichbarkeit)
- Vorgehen bei Inspektion, Wartung im Rahmen der Qualitätssicherung (insb. Organisation der Arbeitsabläufe, Meldewege, Rückinformation und Mangelbearbeitung)
- Angaben zu denkbaren Innovationen (konkrete Darstellung der Maßnahme (z. B. Einsatz eines Managementsystems, Optimierung von Prozessen usw.) nebst einer Darlegung des beabsichtigten Erfolgs und des Mehrwertes für die XXX)

- ...

6.2.2 Konzept zur zeitlichen und personellen Leistungsabwicklung (max. 5 Punkte) Die XXX erwartet zu diesem Unterkriterium Ausführungen zu dem Personalkonzept, mit dem der Bieter/die Bietergemeinschaft im

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Auftragsfall beabsichtigt, die Leistungserbringung dauerhaft auf hohem Niveau sicherzustellen. Die XXX erwartet insbesondere Angaben zu folgenden Aspekten:

- Anzahl und Ausstattung der für die jeweiligen Leistungen jeweils vorgesehenen Mitarbeiter
- Einsatzplanung des Personals nebst Verantwortlichkeiten
- Maßnahmen zur Vermeidung personeller Engpässe durch Urlaub, Krankheit etc.
- Erreichbarkeit
- Notdienst 24/7
- ...

Die XXX wird die zu erwartende Qualität der Leistung anhand der Ausführungen des Bieters/der Bietergemeinschaft auf Grundlage der in dieser Ziffer bekanntgemachten Kriterien bewerten. Die geforderten Angaben des Bieters/der Bietergemeinschaft sind jeweils zwingend auf einer gesonderten Anlage zu machen und mit dem Angebot abzugeben (vgl. Ziffer 7.6 dieses Formblattes Angebot).

Je mehr Qualität die jeweiligen Darstellungen der Bieter erwarten lassen, desto mehr Punkte werden auf das jeweilige Kriterium vergeben.

Die XXX wird die Qualität der Angebote der einzelnen Bieter/Bietergemeinschaften miteinander vergleichen und die Unterkriterien Ziffer 6.2.1 und Ziffer 6.2.2 mit jeweils 0 bis 15 Punkten bewerten:

Sehr gut

- Oberer Bereich 15 Punkte
- Mittlerer Bereich 14 Punkte
- Unterer Bereich 13 Punkte

Gut

- Oberer Bereich 12 Punkte
- Mittlerer Bereich 11 Punkte
- Unterer Bereich 10 Punkte

Befriedigend

- Oberer Bereich 9 Punkte
- Mittlerer Bereich 8 Punkte
- Unterer Bereich 7 Punkte

Ausreichend

- Oberer Bereich 6 Punkte
- Mittlerer Bereich 5 Punkte
- Unterer Bereich 4 Punkte

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Mangelhaft/Ungenügend 0 Punkte

(...)

Weist das jeweils angegebene Konzept Abweichungen von dem in den Vergabeunterlagen vorgegebenen Leistungssoll zum Nachteil der XXX auf, wird das Angebot vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen. Das jeweilige Konzept wird Vertragsbestandteil.“

Während des Verfahrens wurde eine Vielzahl an Bieterfragen gestellt, die von der Antragsgegnerin beantwortet wurden. Inhaltlich verwies die Antragsgegnerin teilweise auf die Fachkunde der Bieter, die gewisse Einschätzungen selbst vornehmen könnten, oder darauf, dass ihr beispielsweise Störungsdaten nicht bekannt seien oder sie keine Kenntnis der Einzelkomponenten besäße. Auch teilte sie den Bietern zu einzelnen Fragen mit, dass die angefragten Daten oder Informationen wie bspw. Hersteller oder Errichtungsdaten nicht kalkulationsrelevant seien.

Mit Schreiben vom XXX rügte die Antragstellerin sowohl vergabe- als auch vertragsrechtliche Regelungen. Mit Schreiben vom XXX wies die Antragsgegnerin die Rügen zurück.

Die Antragstellerin hat am XXX einen Nachprüfungsantrag gestellt, der der Antragsgegnerin am XXX übermittelt worden ist. Die Antragstellerin gab zum Ablauf der Angebotsfrist am XXX kein Angebot ab.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass die Abgabe eines chancenreichen Angebotes nicht möglich sei, da die Leistungen nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben seien. Die Abgabe vergleichbarer Angebote sei deshalb nicht zu erwarten, und es sei keine echte Wettbewerbssituation gegeben.

Die Vergabeunterlagen seien unklar, eine Leistungsbeschreibung fehle gänzlich. Die Vergleichbarkeit der Angebote sei nicht sichergestellt.

Die Leistung könne nicht kalkuliert werden, da auf Grundlage der Vergabeunterlagen nicht klar sei, wann die Antragstellerin ihre vertraglichen Verpflichtungen erbracht habe. Aus Sicht der Antragstellerin fehle eine klare Definition der Leistungs- und Liefergrenzen in Bezug auf die Komponenten der Fernwärmeanlagen.

Weiterhin sei unklar, was in Bezug auf die Verantwortlichkeit des Auftragnehmers das Vorhandensein von dem „Stand der Technik entsprechender Hard- und Software“ bedeute. Die Leistung könnte wegen der unklaren Regelung in § 25 Abs. 4 Betreibervertrag nicht kalkuliert werden ohne die Angabe, an welcher Stelle Leistungen eines anderen Dienstleisters beginnen. Marktübliche Leistungs- und Liefergrenzen würden insoweit nicht existieren.

Die Antragstellerin ist weiter der Auffassung, dass die Leistungsgrenzen in Bezug auf die Backup-Lose unklar seien, da sich aus der Regelung nicht ergebe, wann und in welchem Umfang Leistungen im Zusammenhang mit einem Backup-Los relevant würden.

Ebenfalls führten die fehlenden Leistungs- und Liefergrenzen zu Unklarheiten bezüglich des einzusetzenden Personals und dessen Qualitäten.

Weiterhin vertritt die Antragstellerin die Ansicht, dass sich weder aus den VDMA Einheitsblättern noch aus der DIN 31051 konkrete Leistungen ergeben, sondern nach diesen Regelungen zunächst Leistungen definiert werden müssten und die Erhebung entsprechender Daten und Ist-Zustände erforderlich sei.

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Der personelle und technische Einsatz sei nicht unter kaufmännischen Gesichtspunkten kalkulierbar, weil aus den Vergabeunterlagen nicht erkennbar sei, wann der Bieter seine Vertragspflicht erfüllt habe. Dies beziehe sich auf die geschuldeten Mitwirkungsleistungen nach § 5 Nr. 1 Abs. 5 Betreibervertrag hinsichtlich der Übergabe von Anlagen an einen Dritten, da für diese Leistungen keine separate Vergütungsposition vorgesehen sei. Für eine kaufmännische Kalkulation sei die Kenntnis von Art und Umfang der Mitwirkungsleistung erforderlich. Aufgrund der unklaren Beschreibung könne zudem keine eindeutige Zuordnung der Verantwortung der Anlagen vorgenommen und deshalb auch nicht die Haftung übernommen werden. Die vom Auftragnehmer zu erfüllenden Anforderungen an das Qualitätsmanagement nach § 8 Abs. 1 Betreibervertrag seien unklar. Aufgrund des unklaren Leistungssolls in Bezug auf das Hochheizen der Anlagen könne die erforderliche Anzahl an Monteurterminen nicht festgelegt werden. Die Regelung zur förmlichen Abnahme sei unklar, da aufgrund der Vergabeunterlagen nicht definiert sei, was Werkleistungen seien. Die Preisanpassungsregelung des Betreibervertrages berge Risiken, da der gewählte Index zum einen keine Materialkostensteigerungen berücksichtige, zum anderen sich der Verbraucherpreisindex nicht auf tarifgebundene Unternehmen erstrecke, was zu nicht vergleichbaren Angeboten führe.

Die Antragstellerin vertritt weiterhin die Auffassung, dass die in § 25 Abs. 4 Betreibervertrag geforderten Verbesserungsvorschläge Planungsleistungen darstellen und gesondert nach HOAI zu vergüten seien.

Es entbehre einer Grundlage, dass die Bieter die VDMA-Einheitsblätter auf ihre Kosten besorgen sollten, da die Antragsgegnerin diese zum Ausschreibungsgegenstand gemacht habe.

Die Vorgaben zum Datenschutz seien unklar, insbesondere, ob und warum eine Auftragsdatenverarbeitung erforderlich sei und welchen Gegenstand, Art und Zweck diese habe. Dies sei für die Kalkulation relevant, da eine Auftragsdatenverarbeitung besondere technische Schutzmechanismen, technische Anforderungen etc. nach sich ziehe.

Einer seriösen Kalkulation stehen nach Ansicht der Antragstellerin des Weiteren die widersprüchlichen Angaben in der Liste der vertragsgegenständlichen Heizanlagen und die Angaben der Antragsgegnerin in der überarbeiteten Fassung des Angebotsformblattes zu den Wohn- und Nutzflächen entgegen. Es sei nicht klar, welche Rückschlüsse diese erheblichen Unterschiede in den Flächenangaben auf die Anzahl der Brennstoff-, Nahwärme- und Fernwärmeanlagen haben.

Die Kennzeichnung der Anlagen mit DDC/GLT Gebäudeautomation in der Liste der vertragsgegenständlichen Heizanlagen sei nicht erkennbar.

Die Antragstellerin ist weiter der Auffassung, dass der Leistungsumfang insgesamt unklar sei, da in § 1 Betreibervertrag Vertragsänderungen und/oder Ergänzungen als ranghöchster Vertragsbestandteil angegeben worden seien und nach § 5 Betreibervertrag Reduzierungen oder Erweiterungen des Leistungsumfangs möglich seien, die die Antragsgegnerin jedoch als öffentlicher Auftraggeber nach Vergaberecht beschaffen müsse. Auch sei an keiner Stelle transparent mitgeteilt, welche Leistungen tatsächlich von den Bietern auszuführen seien und welche Leistungen geändert würden.

Nach Ansicht der Antragstellerin würden den Bietern unzumutbare, nicht kalkulierbare Risiken übertragen, da überwiegend Mengenangaben sowie die Offenlegung des Zustands der zu übernehmenden Technik fehlten. Ohne Mengenangaben sei auch für ein fachkundiges Unternehmen keine kaufmännische Kalkulation möglich. So seien bezüglich § 2 Abs. 1 Betreibervertrag die Referenzwerte für die Kalkulation der ganzjährigen, störungsfreien und energie- und leistungseffizienten Funktion der Anlage erforderlich. Weiter sei ohne die Benennung und Zuordnung der Anlagenkomponenten der eigenen Wärmeerzeugungsanlagen, der Fernwärmeanlagen und der Wärmenetze sowie der aus Sicht der Antragstellerin fehlenden Definition der

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Leistungs- und Liefergrenzen die Betriebsführung sehr riskant. Für die Ressourcenplanung an Material und Kosten sei die Angabe der Anzahl der Druckhaltungen nach § 2 Nr. 1.1 Abs. 5 Ziff. 2 Betreibervertrag erforderlich.

Die Antragstellerin vertritt weiter die Auffassung, dass für eine ordnungsgemäße Kalkulation von Aufwand, Personal und sonstigen Vorhaltekosten die Angabe der jeweiligen Hersteller und des Inbetriebnahmedatums relevant sei sowie die Angabe, ob die Anlage vom Hersteller, einem zertifizierten Partner oder jedem Fachbetrieb betrieben, instandgehalten und gewartet werden darf. Die Angaben zu den Anlagenerrichtern und dem Hersteller sei im Falle einer Störung zur Einhaltung der Servicelevel wichtig und daher auch von Relevanz für die Kalkulation.

Weiterhin seien vor dem Hintergrund der vertraglichen Sanktionen Angaben zum Meldeaufkommen von Störungen der letzten drei Jahre für die Kalkulation ebenso erforderlich wie Vorgaben bzw. einzuhaltende Parameter oder Toleranzgrößen hinsichtlich der geschuldeten Überwachung der Anlagen nach § 19 Abs. 1 Nr. 2, 2.1 Betreibervertrag. Die Antragstellerin weist insoweit darauf hin, dass es in der Heizsaison im Zeitraum Oktober 2018 bis Mai 2019 in den von ihr betreuten Losen zu mehr als 28.000 Störungsmeldungen gekommen sei, in der Saison zuvor zu ca. 21.000 sowie in der Saison davor zu ca. 17.000 Störungsmeldungen. Die Anzahl der Störungen sei ein wichtiges Indiz für die Anfälligkeit der Anlagen. Die Störungseinsatzfahrten der Monteure und die daraus resultierenden Dispositionsaufwände beinhalteten kalkulatorisch einen großen Anteil der gesamten zu vergebenden Leistung.

Es fehle zudem eine klare Angabe der Anzahl der nach § 19 Abs. 1 Nr. 2, 2.6 Betreibervertrag geforderten Ölpeilungen. Die Angaben von Art und Anzahl der Zähler seien erforderlich, um die bereitzustellenden Personalressourcen annähernd abschätzen zu können.

Weiterhin ist die Antragstellerin der Ansicht, dass die Angabe der Anzahl von Tankvorgängen für die Kalkulation relevant sei sowie ebenfalls Angaben hinsichtlich Anzahl, Aufwand und Art der wiederkehrenden Prüfungen der Anlagen.

Weiterhin seien die anlagenbezogenen Daten mit den Lebenszyklusdaten und zum Abnutzungsvorrat von Bauteilen und Komponenten vor dem Hintergrund der DIN 31051 losbezogen und mindestens im letzten Jahr bzw. für drei Jahre erforderlich.

Eine kaufmännische Kalkulation der in die Wartung fallenden Reinigung sei nach Ansicht der Antragstellerin ebenso in Bezug auf die fehlenden Angaben zu Anzahl und den vorhandenen Speichergrößen in Bezug auf die Trinkwassererwärmer nicht bzw. allenfalls mit einem erheblichen Risiko möglich.

Die Antragstellerin ist weiter der Auffassung, dass die Antragsgegnerin auch, soweit diese im Rahmen der Bieterfragen angegeben habe, dass ihr die Daten nicht vorlägen, verpflichtet sei, die Vergabe so zu gestalten, dass die Bieter diese verlässlich und seriös kalkulieren können, ohne unzumutbare Risiken einzugehen.

Hinsichtlich der Backup-Lose könne vor dem Hintergrund der ungewissen Leistungserbringung kein kaufmännisch vernünftiges Angebot unterbreitet werden, erst recht nicht vor dem Hintergrund des geforderten Pauschalpreises. Es bestehe zudem ein erhebliches Risiko, dass die Antragstellerin auf sämtlichen Vorhaltekosten „sitzen bleibe“.

Das in § 5 Betreibervertrag vorgesehene Leistungserweiterungsrecht schneide dem Auftragnehmer entgegen dem gesetzlichen Leitbild und auch abweichend von der VOL/B jeden Einwand der Unzumutbarkeit ab.

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Bezüglich verschiedener vertragsrechtlicher Vorgaben ist die Antragstellerin der Ansicht, dass diese unzumutbare Risiken darstellen und es nicht möglich sei, unmögliche Forderungen im Wege einer vernünftigen kaufmännischen Kalkulation einzupreisen. Dies gelte für die Eins-zu-Eins-Bindung der Nachunternehmer, für die unklaren datenschutzrechtlichen Vorkehrungen hinsichtlich der geplanten Videoüberwachung sowie für die aus Sicht der Antragstellerin unzulässige Vertragsstrafenregelung, die gegen den Transparenzgrundsatz des § 307 BGB verstoße.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass die Antragsgegnerin hinsichtlich der Backup-Lose eine unzulässige Scheinvergabe eingeleitet habe, um sich ohne verbindliche Leistungsabnahme die Kosten für die Leistungen zuzusichern. Auch würden die Backup-Lose nicht in die Rabattgewährung einbezogen, was ebenfalls für eine unzulässige Markterkundung spreche. Schließlich finde hinsichtlich der Backup-Lose ein reiner Preiswettbewerb statt. Zudem komme diesbezüglich auch die Vergabe einer Option in Betracht, die jedoch in der Bekanntmachung hätte erwähnt werden müssen. Die Wertung der Backup-Lose bilde deren Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der Angebote nicht ab, worin ein Verstoß gegen § 127 Abs. 1 S. 3 GWB sowie gegen die Grundsätze der Transparenz und Wirtschaftlichkeit liege.

Den Eignungskriterien fehle nach Ansicht der Antragstellerin der nach § 122 Abs. 4 GWB geforderte Leistungsbezug. So seien für alle Lose identische Nachweise gefordert, obwohl die Lose unterschiedliche Leistungen beinhalten. Im Los 3 seien BHKW nicht Leistungsbestandteil, es müsse jedoch mindestens eine Referenz zum Betrieb von BHKW vorgelegt werden.

Weiterhin seien die Eignungskriterien nicht für ein offenes Verfahren geeignet und nicht angemessen im Sinne des § 122 Abs. 4 GWB. Die aufgestellten Eignungsanforderungen seien äußerst komplex und besonders umfangreich.

Die Antragstellerin vertritt die Ansicht, dass nicht ersichtlich sei, wie und warum die Antragsgegnerin maximal fünf wertungsfähige Projektreferenzen werten wolle. Zudem sei es unzulässig, wenn maximal fünf Projektreferenzen berücksichtigt werden sollen, weil die Eignungsprüfung sodann möglicherweise nicht auf dem vollständigen Sachverhalt beruhe.

Hinsichtlich der ggf. auf Anforderung vorzulegenden Nachweise bemängelt die Antragstellerin, dass diese Nachweise in der Bekanntmachung oder jedenfalls im Angebotsformblatt hätten genannt werden müssen.

Die Zuschlagskriterien seien weiterhin diskriminierend, ihnen fehle der Leistungsbezug und sie seien intransparent, weil sie für alle Lose trotz unterschiedlicher Leistungen gelten. Los 3 umfasse beispielsweise keine BHKW. Nach Ansicht der Antragstellerin seien die Erwartungen der Antragsgegnerin in Bezug auf die zu liefernden Konzepte nicht erkennbar. Auch sei nicht klar, welche Wichtigkeit die Antragsgegnerin den einzelnen Anforderungen im Verhältnis zueinander beimesse. Ebenfalls sei nicht klar, welche konkreten Angaben die Antragsgegnerin wie bewerten wolle. Es sei nicht erkennbar, wann eine nachteilige Leistung vorliege. Die in den Konzepten darzustellenden Optimierungen seien zusätzliche Leistungen, die nicht bewertet werden dürften, da ein mehr an Leistung eine Abweichung von den Vergabeunterlagen darstelle.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, das streitgegenständliche Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zur Beseitigung der Rechtsverletzungen der Antragstellerin in den Stand vor Absendung der Bekanntmachung zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen,

3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,

3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragsgegnerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei, jedenfalls aber unbegründet.

Der Antragstellerin fehle die Antragsbefugnis. In der Vergangenheit habe der Geschäftsführer der Antragstellerin mehrfach betont, nicht mehr mit der Antragsgegnerin zusammenarbeiten zu wollen. Auf dieser Grundlage habe die Antragsgegnerin erst ein neues Vergabeverfahren angestoßen, obwohl der bisherige Vertrag noch eine Verlängerungsoption beinhalte. Der Nachprüfungsantrag sei daher aufgrund widersprüchlichen Verhaltens unzulässig.

Auch sei die Antragstellerin aus Sicht der Antragsgegnerin nicht in ihren subjektiven Rechten verletzt. So zeige die Antragstellerin vermeintliche Mängel auf, die sie überhaupt nicht betreffen würden. Die Antragsgegnerin habe sich wegen der Übersichtlichkeit und der inhaltlichen Identität der Leistungen in den einzelnen Losen zu einer identischen Abfrage der Eignungskriterien entschlossen. Die Antragstellerin habe nicht vorgetragen, dass sie selbst die Anforderungen nicht erfülle und welche konkrete Rechtsverletzung sie in der Aufstellung der Eignungskriterien sehe. Wolle sich die Antragstellerin auf mehr als nur Los 3 bewerben, müsse sie die Anforderungen ohnehin erfüllen, wolle sie sich nur auf Los 3 bewerben, blockiere sie den Fortgang des Vergabeverfahrens missbräuchlich. Das gleiche gelte für die Leistungsbezogenheit der Zuschlagskriterien.

Hinsichtlich der Nachweise der Eigenerklärungen bezüglich der Eignung verkenne die Antragstellerin den Vorbehalt der Nachweisforderung. Es gehe der Antragsgegnerin nicht darum, zusätzliche Nachweise zu fordern, sondern die abgegebenen Eigenerklärungen überprüfen zu können. Die Korrektur der Referenzen stelle keine unzulässige Verschärfung der Eignungsanforderungen dar. Die Änderung sei im EU-Amtsblatt veröffentlicht und sämtlichen interessierten Unternehmen transparent mitgeteilt worden.

Die Antragsgegnerin vertritt weiter die Auffassung, dass die beanstandeten vertraglichen Regelungen kein tauglicher Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens seien und eine Unzumutbarkeit nicht substantiiert vorgetragen sei. Ebenfalls bleibe die Antragstellerin hinsichtlich der Kalkulierbarkeit der Gesamtleistung eine Substantiierung schuldig.

Die Antragstellerin sei derzeitige Dienstleisterin und mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen in ca. 2/3 der Liegenschaften betraut. Daher kenne die Antragstellerin den überwiegenden Teil des Bestandes. Die Antragstellerin habe zudem Zugriff auf ein Datenportal und das Dokumentationstool, so dass ihr insbesondere die Informationen zu Anzahl und Art von Störmeldungen durch Mieter sowie Hersteller und Komponenten der Heizanlagen zur Verfügung stünden.

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass die Antragstellerin als Fachunternehmen in der Lage sein müsse, den Aufwand für Standardleistungen selbst einzuschätzen. Sie verweist diesbezüglich auf Mitteilungen, Dokumentationen und Dokumentationsleistungen, Kommunikation und Mitwirkungen. Auch kenne die Antragstellerin das Prozedere und die Anforderungen an die Dokumentation der Instandsetzungsmaßnahmen aus der aktuellen Vertragserfüllung.

Für die Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung sei es nicht erforderlich, diese materiellgegenständlich bis ins letzte Detail zu beschreiben. Nach Ansicht der Antragsgegnerin sei es eine Frage der Kalkulierbarkeit aufgrund technischer von der Antragstellerin bemängelter fehlender Angaben und keine fehlende Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung. Aus Sicht der Antragsgegnerin sei die Leistungsbeschreibung auch erschöpfend, da der in Betracht kommende Bieterkreis über das erforderliche Fachwissen verfüge. Verbleibende Unschärfen in der Leistungsbeschreibung seien für ein Fachunternehmen kalkulierbar. Die Leistung und die Abgabe eines Angebotes sei für die Antragstellerin als bisherige Dienstleisterin und als spezialisiertes Fachunternehmen umso mehr zumutbar gewesen.

Das vertragliche Änderungsrecht der Antragsgegnerin sei durch § 132 GWB begrenzt, worauf auch im Vertrag hingewiesen werde. Zudem entspreche dies dem Leistungserweiterungsrecht nach § 315 BGB und sei im Übrigen zumutbar. Da ein Zuwachs an Anlagen absehbar sei, behalte sich die Antragsgegnerin vor, hinzukommende Anlagen an bereits nach identischen Regelungen gebundene Auftragnehmer zu beauftragen.

Die aus Sicht der Antragsgegnerin zu Unrecht als fehlend bemängelten Angaben verhinderten nicht die Kalkulation der geforderten Leistung. Die Werte fehlten auch nur deshalb, da insbesondere die Antragstellerin als derzeitige Dienstleisterin die Werte nicht geliefert habe.

Das Wertungssystem der Antragsgegnerin entspreche den Anforderungen des BGH (Beschluss vom 04.04.2017 – X ZB 3/17). Sie habe ihre Erwartungen an die Angaben der Bieter zu den jeweiligen Konzepten klar durch bulletpoints beschrieben. Sie habe den Bietern ferner die Möglichkeit eröffnet, eigene Angaben hinzuzufügen, um sich von den Angaben anderer Bieter positiv absetzen zu können, und klargestellt, dass Angaben zum Nachteil der Antragsgegnerin schlechter bewertet werden als für die Antragsgegnerin günstige Inhalte. Die Antragstellerin bezeichne sich als fachkundiges Unternehmen und sei daher in der Lage, zu entscheiden, was für die Antragsgegnerin nachteilig im Sinne der Vergabeunterlagen sei. Die Beschreibung „je mehr Qualität, desto mehr Punkte“ sei ein Grundprinzip der Angebotswertung. Nach Ansicht der Antragsgegnerin stünden die Zuschlagskriterien auch mit dem Leistungsgegenstand in Verbindung. Die Verbindung sei auch dann anzunehmen, wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. Die Antragsgegnerin weist darauf hin, dass § 127 Abs. 3 S. 1 GWB im Gegensatz zu der bis zum 08.04.2016 geltenden Fassung keinen Zusammenhang mehr fordere.

Die Zuschlagskriterien stünden im Zusammenhang mit der Leistung, da sie sich an allgemeinen Themen wie Rufbereitschaft, Qualitätssicherung etc. orientierten.

Hinsichtlich der Kalkulierbarkeit der Leistungen legte die Antragsgegnerin ein Gutachten eines Büros Beratender Ingenieure vor, auf dessen Inhalt sie sich bezieht.

Mit Beschluss vom 12.08.2019 hat die Vergabekammer der Antragstellerin Akteneinsicht gewährt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte sowie die beigezogenen Vergabeakten verwiesen.

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

In der mündlichen Verhandlung am 10.09.2019 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist hinsichtlich der Vorwürfe des fehlenden Leistungsbezugs der Eignungs- und Zuschlagskriterien, der Begrenzung der zu wertenden Referenzen und der vorbehaltenen Nachforderungen nicht bekanntgemachter Eignungsnachweise unzulässig. Im Übrigen ist der Antrag zulässig (dazu nachfolgend A.).

Der Nachprüfungsantrag ist bezüglich der Vorwürfe der nicht erschöpfenden und eindeutigen Leistungsbeschreibung, der Intransparenz der Regelung zur Leistungsänderung und -erweiterung, der Intransparenz der Regelung der Backup-Lose sowie der Intransparenz des Wertungssystems begründet. Des Weiteren verstößt der Betreibervertrag gegen die vergaberechtlichen Bedingungen, die an eine Rahmenvereinbarung zu stellen sind. Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag unbegründet (dazu nachfolgend B.).

A.

1.

Bezüglich des Vorwurfs des fehlenden Leistungsbezugs der Eignungs- und Zuschlagskriterien fehlt der Antragstellerin die Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat nichts dazu vorgetragen, inwiefern sie aufgrund der Regelungen an der Abgabe eines Angebotes gehindert ist bzw. ihre Chancen auf Erhalt des Zuschlages beeinträchtigt sein könnten.

Nach § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend macht und zumindest einen drohenden Schaden darlegt. An die Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB dürfen zur Wahrung effektiven Rechtsschutzes keine überzogenen Anforderungen gestellt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, OLG München, Beschluss vom 19.07.2012, Verg 8/12). Vor diesem Hintergrund genügt es, wenn ein Antragsteller plausible Anhaltspunkte und Indizien vortragen kann, die eine Rechtsverletzung als möglich erscheinen lassen. Es reicht hingegen nicht aus, wenn sich ein Antragsteller damit begnügt, pauschale Vermutungen zu äußern, ohne diese mit konkreten Fakten bzw. objektiven Anhaltspunkten zur Rechtfertigung seines Vorwurfs eines Vergaberechtsverstoßes zu unterlegen (Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, GWB § 160 Rn. 18; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.05.2001 – Verg 24/01, VK Bund, Beschluss vom 21.11.2016, VK 2 – 113/16). Das Nachprüfungsverfahren dient keiner umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle. Zur Darlegung eines zumindest drohenden Schadens genügt es, wenn die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Chancen auf den Erhalt des Zuschlages dargelegt wird.

2.

Die Antragstellerin legt unter Heranziehung vorgenannter Maßstäbe ebenfalls keinen ihr drohenden Schaden in Bezug auf die Begrenzung der zu wertenden Referenzen dar. Es ist in keiner Weise erkennbar, inwieweit die Antragstellerin von dieser Regelung betroffen sein soll.

3.

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Hinsichtlich des Vorwurfs, dass sich die Antragsgegnerin vorbehalte, Eignungsnachweise nachzufordern, die nicht in der Bekanntmachung genannt worden sind, ist die Antragstellerin ebenfalls nicht antragsbefugt. Aus dem Umstand des bloßen Vorbehalts der Nachforderung weiterer Nachweise ist vorliegend noch kein drohender Schaden erkennbar.

Soweit nach dieser Vorgabe zu einem späteren Zeitpunkt ein Eignungsnachweis gefordert werden sollte, der als solches vergaberechtswidrig sein könnte, so ist es der Antragstellerin ohne weiteres möglich, diesen nach Kenntnisnahme anzugreifen, soweit sie dabei die Regelungen des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB einhält. Zu dem Umstand jedoch, inwieweit die bloße Möglichkeit der Nachforderung bereits im gegenwärtigen Zeitpunkt einen Schaden hervorrufen kann bzw. inwieweit ihr daraus bereits gegenwärtig ein solcher droht, trägt die Antragstellerin hingegen nichts vor.

4.

Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag zulässig.

Insbesondere hat die Antragstellerin ihr Interesse am Auftrag durch die Beteiligung am Vergabeverfahren im Wege von Bieterfragen und letztlich auch mittels der Rügen nachgewiesen. Dass die Antragstellerin kein Angebot abgab, lässt ihr Interesse am Auftrag nicht entfallen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.02.2012 – VII-Verg 75/11). Die Antragstellerin sah sich schlicht nicht in der Lage, ein wirtschaftliches Angebot abzugeben, und legte dies schlüssig dar. Es ist auch nicht erkennbar, dass die Antragstellerin mit dem Nachprüfungsantrag einen anderen Zweck verfolgt, als den zu vergebenden Auftrag zu erhalten. Es ist insbesondere nicht erkennbar, dass das Nachprüfungsverfahren nur dazu dienen soll, die Vergabe zu verhindern oder zu verzögern.

Der Vortrag der Antragstellerin, ihr sei infolge der Missachtung der Vergabevorschriften die Erstellung eines chancenreichen Angebots bislang nicht möglich, genügt auch zur Darlegung eines drohenden Schadens (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2018 – VII-Verg 52/17).

Bezüglich der von der Antragstellerin gerügten zivilrechtlichen Regelungen im Hinblick auf die Bindung von Nachunternehmern, Vertragsstrafen und die Videoüberwachung ist die Verletzung subjektiver Rechte nur dann nicht ausgeschlossen, wenn die Rüge insofern an eine vergaberechtliche Norm anknüpft. Vorliegend behauptet die Antragstellerin, dass ihr die vertraglichen Regelungen eine vernünftige Kalkulation unmöglich machen und sie unangemessen benachteiligen würden. Sie untermauert dies anhand von konkreten Anhaltspunkten. Zur Darlegung einer möglichen Rechtsverletzung genügt dies. Ob die Vorwürfe begründet sind, ist nicht im Rahmen der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens zu beurteilen.

Im Hinblick auf die weiteren Vorwürfe bezüglich fehlender Möglichkeit einer kaufmännischen vernünftigen Kalkulation aufgrund der aus Sicht der Antragstellerin nicht erschöpfenden und umfassenden Leistungsbeschreibung, der unbestimmten Leistungserweiterung, der Backup-Lose, des intransparenten Wertungssystems sowie der aus ihrer Sicht nach HOAI zu vergütenden Planungsleistungen ist die Antragstellerin antragsbefugt. Sie hat bezüglich der gerügten Vergabeverstöße substantiiert dargelegt, dass ihr gegenüber eine Chancenbeeinträchtigung droht und die Möglichkeit des Eingangs nicht vergleichbarer Angebote besteht. Sie hat insoweit eine Rechtsverletzung sowie einen ihr drohenden Schaden in ausreichendem Maße dargelegt. Sie hat vorgetragen, an der Abgabe eines wirtschaftlichen Angebotes aufgrund der Vorgaben der Antragsgegnerin gehindert zu sein, so dass sie in ihren Chancen auf Erhalt des Zuschlages beeinträchtigt worden sei. Sie hat insbesondere die aus ihrer Sicht bestehenden Anhaltspunkte konkret aufgezeigt und auch erläutert, weshalb diese ihr eine Kalkulation nicht ermöglichen bzw. aus ihrer Sicht vergaberechtswidrig sind. So hat sie dargelegt, dass fehlende Angaben für die Personal- und

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Materialdisposition relevant sind und insbesondere die Möglichkeit besteht, dass die abgegebenen Angebote mangels einer eindeutigen Leistungsbeschreibung nicht vergleichbar sind. Die Ausführungen der Antragstellerin lassen eine Rechtsverletzung möglich erscheinen, erwiesen müssen sie zur Feststellung der Antragsbefugnis gerade nicht sein.

B.

Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, überwiegend begründet.

Der Nachprüfungsantrag ist bezüglich der nicht erschöpfenden und eindeutigen Leistungsbeschreibung, der Regelung zur Leistungsänderung und -erweiterung, der Regelung der Backup-Lose sowie des Wertungssystems begründet. Darüber hinaus erachtet die Kammer den streitigen Betreibervertrag als Rahmenvereinbarung, die gegen die vergaberechtlichen Bedingungen verstößt.

In Bezug auf die vertragsrechtlichen Rügen sowie dem Vorwurf der nach HOAI zu vergütenden Planungsleistungen erweist sich der Nachprüfungsantrag hingegen als unbegründet.

1.

Bei dem vorliegenden Betreibervertrag handelt es sich je Los um eine Rahmenvereinbarung im Sinne des § 103 Abs. 5 S. 1 GWB.

Die Rahmenvereinbarung entspricht jedoch nicht den Bedingungen des § 21 VgV und verstößt in der Folge gegen das Transparenz- und das Wettbewerbsgebot.

§ 103 Abs. 5 S. 1 GWB definiert Rahmenvereinbarungen als Vereinbarungen zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen, die dazu dienen, die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis.

Das von der Antragsgegnerin gewählte Konstrukt entspricht dieser Legaldefinition.

Der vorliegende Vertrag beinhaltet den Betrieb, die Wartung/Inspektion sowie die Instandsetzung diverser Anlagen in insgesamt 12 bzw. 24 Losen verschiedener Größe. Der Vertrag spricht in § 32 Abs. 1 des Betreibervertrages davon, dass unter außerpauschalen Leistungen Einzelaufträge für Instandsetzungsmaßnahmen mit einem Auftragswert über XXX EUR brutto für den Materialeinsatz zu verstehen sind. Im Weiteren beschreibt der Vertrag, dass die Einzelaufträge auf Basis eines neu kalkulierten Angebotes des Auftragnehmers auf Grundlage des dem Vertrag beigefügten "EPA-Katalog" sowie unter Fortgeltung der übrigen im Vertrag geregelten Verpflichtungen erteilt werden. Auf die Erteilung von Einzelaufträgen habe der Auftragnehmer jedoch keinen Anspruch.

Diese Vorgehensweise stellt eine Bündelung von Einzelaufträgen dar. Dass der Angebotspreis je Einzelauftrag neu festgelegt werden kann, ändert an der rechtlichen Einordnung des Konstrukts als Rahmenvereinbarung nichts. Denn zum einen gibt der Vertrag bereits im Hinblick auf die Materialien die Kalkulationsgrundlage vor, zum anderen bedarf es für das Vorliegen einer Rahmenvereinbarung keiner allumfassenden, abschließenden Festlegung aller Bedingungen. Es genügt, wenn die wesentlichen Bedingungen für den Abruf und die Ausführung der Einzelaufträge festgelegt werden und der Auftragnehmer diese Bedingungen bei der Ausführung der Einzelaufträge einhalten muss (vgl. EuGH, Urteil vom 11.06.2009 – Rs. C-300/07, Rn. 71).

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Eines festgelegten Preises bedarf es hierfür nicht. Es genügt, wenn die Kalkulationsgrundlage für die Einzelaufträge im Vertrag festgelegt wird (vgl. so schon VK Bund, Beschluss vom 20.05.2003 – VK 1-35/03).

Dies gilt letztlich aber nicht nur für die außerpauschalen Leistungen, sondern auch soweit sich die Antragsgegnerin vorbehält, weitere Anlagen in die Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers aufzunehmen. Sie regelt diesbezüglich in § 5 Ziff. 2 Abs. 2 des Betreibervertrages, dass der Auftragnehmer die Leistungen entsprechend des Vertrages auch für neu hinzukommende Anlagen schulde und die Vergütung gemäß des nachfolgenden Absatzes 3 als Einzelpauschale auf Basis der ursprünglichen diesem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulationsgrundlagen anzubieten sei. Dies stellt letztlich ebenfalls jeweils einen Einzelauftrag dar, da die Regelung so ausgestaltet ist, dass die Antragsgegnerin diese neu hinzukommenden Leistungen abrufen kann.

Es handelt sich gerade nicht um eine schlichte Flexibilisierungsmöglichkeit (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 21.04.2010 - VII-Verg 53/09). Denn die maximale oder geringste Anzahl an zu betreuenden Anlagen ist für den Bieter nicht erkennbar. Zum anderen werden die quantitativen Änderungen des Leistungsumfanges aber auch Gegenstand weiterer einzelvertraglicher Abreden. So sieht auch § 5 Ziffer 3 Abs. 2 des Betreibervertrages eine Vereinbarung zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber auf Basis der vereinbarten Kalkulationsgrundlage vor.

Dieses vorangestellt hat die Antragsgegnerin gegen § 21 Abs. 1 VgV verstoßen. Die Antragsgegnerin übersieht insoweit, dass sie nach vorgenannter Norm verpflichtet ist, das Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben. Dieser Verpflichtung ist sie vorliegend nicht nachgekommen.

Auch wenn bei einer Rahmenvereinbarung das Abrufisiko für den potentiellen Auftragnehmer um ein Vielfaches höher ist, hat der Auftraggeber durch die Angabe von möglichen Abrufmengen die Kalkulationsrisiken der Bieter zu minimieren. Inwieweit die Rechtsprechung des EuGH in dessen Urteil vom 19.12.2018, Rs. C - 216 / 17 vorliegend zu einer Angabe der Höchstmenge verpflichten könnte, kann dahinstehen, da nicht einmal ein über die bekanntgemachten Anlagen hinausgehendes ungefähres Volumen genannt wird. Die Antragsgegnerin behauptet, dass aufgrund der Vorgaben des Berliner Senats zum zeitnahen Aufstocken der Wohnungsbestände absehbar sei, dass es zu Leistungserweiterungen durch die Aufnahme von Neuanlagen aufgrund von Neubauten kommen werde. Es wäre ihr durchaus zumutbar gewesen, dies zu konkretisieren. Der Vergabevermerk verhält sich zu diesem Punkt nicht, mit Ausnahme des Hinweises darauf, dass sich die Antragsgegnerin insbesondere die Erweiterung des Leistungssolls um weitere hinzukommende Anlagen vorbehalte. Die Antragsgegnerin trägt auch nichts dazu vor, weshalb ihr die Konkretisierung nicht möglich sei.

Ebenfalls überschreitet die Rahmenvereinbarung die Regelfrist von maximal vier Jahren gemäß § 21 Abs. 6 VgV. Eine Begründung für diese Abweichung, die dem Ausnahmetatbestand des § 21 Abs. 6, letzter HS VgV Rechnung tragen würde, ist weder vorgetragen noch anderweitig erkennbar. Im Vergabevermerk hält die Antragsgegnerin hierzu fest, dass sie wegen des Ziels der Versorgungssicherheit ihrer Mieter an einer langfristigen Bindung an die Auftragnehmer interessiert sei. Warum die Versorgungssicherheit bei kürzeren und mit dem Wettbewerbsgebot zu vereinbarenden Vertragslaufzeiten nicht gewährleistet sein soll, trägt sie hingegen nicht vor. Das Argument der Versorgungssicherheit ohne weitere Auseinandersetzung mit der Einschränkung des damit verbundenen Wettbewerbsgebots kann gerade eine derart lange Überschreitung der Regelfrist wie vorliegend – optional insgesamt nahezu 16 Jahre - jedenfalls nicht rechtfertigen.

2.

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Das von der Antragstellerin angegriffene einseitige Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers im Hinblick auf Leistungserweiterungen bzw. –änderungen verstößt gegen den Transparenzgrundsatz sowie gegen § 21 Abs. 1 VgV.

Dem Auftraggeber ist es nach § 132 GWB in den dort beschriebenen Grenzen durchaus gestattet, den Vertrag auch nach Zuschlag zu ändern bzw. zu erweitern, ohne dass es eines neuen Vergabeverfahrens bedarf. Insofern kämen durchaus auch Erweiterungen durch neu hinzukommende Anlagen in Betracht.

Der Vertrag ist, wie zuvor ausgeführt, jedoch als Rahmenvereinbarung ausgestaltet. Eine solche bietet dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich die Möglichkeit, Bedarfe flexibel zu decken, die Leistung des Auftragnehmers vorliegend auf neu hinzukommende Anlagen zu erweitern bzw. bei wegfallenden Anlagen zu reduzieren. Bei Rahmenvereinbarungen sind solche Leistungsänderungen bzw. insbesondere – erweiterungen einseitig durch den Auftraggeber mittels Abruf möglich.

Vorliegend fehlen jedoch eindeutige Angaben insbesondere zum Umfang der potentiellen Vertragsänderungen im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Eine solche Option entspricht nur dann den Vorgaben der vorgenannten Norm, sofern sie klar, genau und eindeutig formulierte Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Vertragsänderungen enthält und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert.

§ 132 GWB regelt im Übrigen lediglich, welche Vertragsänderungen einer Neuausschreibung bedürfen und welche nicht. Für etwaige Vertragsänderungen gelten insoweit die Regelungen des Betreibervertrages, der VOL/B und VOB/B sowie des BGB. Ob die Leistungserweiterung im Einzelfall diesen Vorgaben und insbesondere der Billigkeit entspricht, ist keine vergaberechtliche, sondern eine zivilrechtliche Fragestellung. Eine rechtliche Überprüfung ist den Nachprüfungsinstanzen insoweit verwehrt. Soweit die Vergabe eines Einzelauftrags auf Grundlage der Rahmenvereinbarung vergaberechtlich zu beanstanden sein sollte, kann eine Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen erst zum Zeitpunkt der Einzelbeauftragung eingeleitet werden. Ein vorbeugender Rechtsschutz durch die Nachprüfungsinstanzen kommt diesbezüglich nicht in Betracht.

Im Hinblick auf die Eindeutigkeit der Regelung zur Leistungserweiterung vor dem Hintergrund der Kalkulierbarkeit der Leistung besteht insoweit jedoch ein vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt, welcher der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist. Die Regelung zur Leistungserweiterung im Betreibervertrag verstößt, wie soeben ausgeführt, gegen das Transparenzgebot, da entgegen § 21 Abs. 1 S. 2 VgV eine ungefähre Mengenschätzung der Erweiterung gänzlich fehlt.

Vorliegend beruft sich die Antragsgegnerin auf § 315 BGB. Bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts hat sie das Vergaberecht zu beachten, was sie durch den Verweis auf die Regelung des § 132 GWB im Betreibervertrag auch zum Ausdruck zu bringen versucht. Hierzu regelt sie „(...) dass der AG als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB verpflichtet sein kann, insbesondere Leistungen, die nicht von dem Leistungssoll dieses Vertrages umfasst sind oder im Übrigen als eine wesentliche Vertragsänderung einzustufen sind, nach den Vorgaben des Vergaberechts zu beschaffen.“ Welche Leistungsänderungen und –erweiterungen unter § 132 GWB fallen und welche von der nicht als solcher gekennzeichneten Rahmenvereinbarung abgedeckt sein sollen, bleibt unklar. Für einen Bieter ist nicht klar erkennbar, wann und in welchem Umfang eine einseitige Leistungsänderung für den Auftraggeber möglich sein wird und wann eine separate Beschaffung im Wege eines neuen Vergabeverfahrens erfolgen wird. Der schlichte Verweis auf § 132 GWB im Rahmen der Bieterfragen bzw. innerhalb der vertraglichen Regelung kann diese Unsicherheit nicht ausräumen.

3.

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Der Nachprüfungsantrag ist in Bezug auf die Backup-Lose begründet.

Denn es handelt sich insoweit um das bloße Inaussichtstellen eines Vertrages über einen noch nicht bestehenden Bedarf sowie eine doppelt zu vergebende Rahmenvereinbarung. Dies verstößt gegen die Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit, der Transparenz und des Gebots des fairen Wettbewerbs sowie gegen das Missbrauchsverbot nach § 21 Abs. 1 S. 3 VgV.

Die Backup-Lose stellen aufgrund derselben Erwägungen wie zuvor unter B. 1. ausgeführt eine Rahmenvereinbarung dar. Denn die Leistung ist als Austauschleistung mit jenen der Hauptleistung identisch. Insoweit liegt der bereits für die Hauptleistung erörterte Verstoß gegen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und 6 VgV gleichermaßen vor.

Nach § 21 Abs. 1 S. 3 GWB ist es öffentlichen Auftraggebern untersagt, eine Rahmenvereinbarung auszuschreiben, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht. Das Verbot der missbräuchlichen Verwendung einer Rahmenvereinbarung dient der Gewährung eines fairen Wettbewerbs und ist folglich Ausfluss des Wettbewerbsgebots aus § 97 Abs. 1 S. 1 GWB. Ein solcher Missbrauch wird beispielsweise bei der Ausschreibung zu vergabefremden Zwecken angenommen (Zeise in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV 2017, § 21 Rn. 27) oder der doppelten Vergabe einer Rahmenvereinbarung. Das Verbot der Doppelvergabe ist in § 21 VgV nicht mehr ausdrücklich geregelt, ergibt sich jedoch insoweit aus dem Wettbewerbsgebot (vgl. Zeise in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV 2017, § 21 Rn. 23; vgl. Völlink/Kraus in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht 3. Auflage 2018, § 21 VgV, Rn. 11) und letztlich auch aus dem Missbrauchsverbot nach § 21 Abs. 1 S. 3 VgV (vgl. Biemann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2019, § 21 Rn. 26). Die mit der Ausschreibung beabsichtigte Beschaffung muss auf einen tatsächlichen Beschaffungsbedarf gerichtet sein und darf nicht bloß theoretische Chancen der Leistungserbringungen eröffnen (vgl. Zeise a.a.O. sowie KG, Beschluss vom 15.04.2004 – 2 Verg 22/03, einschränkend insoweit OLG Jena, Beschluss vom 22.08.2011 – 9 Verg 2/11). Auch wenn eine Rahmenvereinbarung nicht zwingend eine Abrufverpflichtung des Auftraggebers beinhalten muss, so muss der Auftraggeber dennoch für eine angemessene Risikoverteilung sorgen, um dem Gebot des fairen Wettbewerbs gerecht werden zu können (vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 02.08.2011 – W/Verg 04/11). Insbesondere ist der Auftraggeber gehalten, auch bei einer Rahmenvereinbarung eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation zu ermöglichen, wenngleich die auf den Auftragnehmer übertragenen Risiken naturgemäß deutlich höher sein können. Eine Rahmenvereinbarung darf jedoch nicht dazu verwendet werden, unstatthafte Bedingungen einzuführen (vgl. OLG Dresden a.a.O.).

Vorliegend soll die Rahmenvereinbarung doppelt vergeben werden, wenngleich zeitlich gestaffelt. Gegenständlich erfolgt ein Ausschreibungsverfahren, womit die Leistung dem Wettbewerb unterstellt wird. Jedoch soll der Vertrag mit Ausnahme des Abfangens von Leistungsspitzen erst zur Anwendung gelangen, wenn eine bestimmte Bedingung eintritt, nämlich der Ausfall oder die unzureichende Leistungsfähigkeit des Hauptauftragnehmers. Hinsichtlich des Auftragsvolumens kann die Antragsgegnerin letztlich keinerlei Angaben machen, da sie nicht wissen kann, ob überhaupt und ggf. wann der Vertrag über das jeweilige Backup-Los tatsächlich zur Ausführung gelangen wird. Da vorliegend allerdings ein insbesondere zeitlich und mengenmäßig nicht ansatzweise abschätzbarer Bedarf gedeckt werden soll, der nur dann entsteht, wenn ein Dritter, nämlich der Ursprungsauftragnehmer, ausfällt oder seine Leistungen nicht mehr vertragskonform erbringen kann, trägt der Auftragnehmer das alleinige Risiko, jederzeit zur Leistungserbringung aufgefordert zu werden, ohne dass er dies tatsächlich hinsichtlich des Ob und Wann abschätzen kann. Mit der Bezuschlagung auf die Backup-Lose wird lediglich eine rein theoretische Leistungserbringung in Aussicht gestellt, ohne dass es der Antragsgegnerin unmittelbar möglich ist, auf deren Erforderlichkeit bzw. auf ihren Eintritt überhaupt einzuwirken. Insoweit handelt es sich um einen Sachverhalt, der mit dem der Entscheidung des KG zugrundeliegenden Fall vergleichbar ist. Auch wenn es nicht zwingend einer Abnahmeverpflichtung aus einer

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Rahmenvereinbarung bedarf, so ist unter Berücksichtigung der Bedingungen und insbesondere auch der hier gerade auch optional möglichen langen Vertragslaufzeit eine unverhältnismäßige Benachteiligung der Bieter vorgesehen, die selbst mit Blick auf die Flexibilisierungsmöglichkeit, die eine Rahmenvereinbarung einem öffentlichen Auftraggeber bieten soll, nicht gedeckt ist.

Der Auftragnehmer wäre vorliegend verpflichtet, für die gesamte Vertragslaufzeit, ggf. einschließlich der Verlängerungen, entsprechende Ressourcen vorzuhalten, so dass er im tatsächlichen Auftragsfall nach spätestens acht Wochen einsatzbereit wäre. Das Argument der Antragsgegnerin, der Ersatzauftragnehmer müsse nichts vorhalten, da er acht Wochen Rüstzeit habe, verfängt insoweit nicht. Bei der gesamten Personalplanung oder auch der Annahme weiterer Aufträge müsste der Ersatzauftragnehmer stets eine mögliche Leistungserbringung aus den Backup-Losen berücksichtigen sowie einkalkulieren und dies nach der Vorstellung der Antragsgegnerin über einen Zeitraum von fast 16 Jahren. Hieraus ergeben sich insbesondere erhebliche Bedenken gegen das Gebot des fairen Wettbewerbs. Hinsichtlich der darüber hinaus bestehenden Unzumutbarkeit der Bindungsfrist über fast 16 Jahre liegt, wie bereits dargelegt, ein Verstoß gegen § 21 Abs. 6 VgV vor. Die Begrenzung der Laufzeit einer Rahmenvereinbarung dient nicht nur dem Schutz des Wettbewerbs, sondern zugleich auch der Verringerung von Kalkulationsrisiken.

Darüber hinaus soll der Vertrag über die Backup-Lose auch dem Abfangen von Leistungsspitzen dienen. Damit soll für dieselbe Leistung trotz bestehenden Vertrages mit dem ursprünglichen Auftragnehmer eine parallele Leistungsverpflichtung erfolgen. Für den Auftragnehmer der Hauptleistung erschließt sich jedoch nicht, wann dies konkret der Fall sein soll und wie sich in solchen Fällen seine Vergütung gestaltet.

Zwar müsste vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit ein Bieter kein Angebot auf eine aus seiner Sicht derart risikobehaftete Leistung abgeben. Ein solches Argument kann jedoch nicht herangezogen werden, um eine derart vergaberechtswidrige Vorgehensweise eines Auftraggebers zu rechtfertigen, die nicht nur den einzelnen Bieter unangemessen benachteiligt, sondern in erheblicher Weise den Wettbewerb über einen Zeitraum von nahezu 16 Jahren selbst einschränkt.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin handelt es sich bei der Vergabe der Backup-Lose jedoch nicht um eine unzulässige Markterkundung. Die Markterkundung dient der unverbindlichen Eruiierung von Preisen, Rahmenbedingungen etc. Vorliegend soll ein Unternehmen aber verbindlich verpflichtet werden, insofern dient das Vergabeverfahren nicht einzig der Erkundung des Marktes ohne verbindliche Beschaffungsabsicht.

Auch handelt es sich entgegen der Vermutung der Antragstellerin nicht um sog. Bedarfspositionen. Denn derartige Positionen sollen zwar einen erst später eventuell entstehenden Bedarf decken, jedoch im Rahmen des ursprünglich vergebenen Auftrags durch den beauftragten Auftragnehmer. Vorliegend soll jedoch ein Ersatzauftragnehmer ggf. Leistungen aus einem anderen, mit ihm geschlossenen Vertrag erbringen. Auch dürfen Bedarfspositionen aufgrund der eingeschränkten Kalkulierbarkeit bzw. des ungewissen Abrufs nur in geringem Umfang Bestandteil der Vergabe sein, was vorliegend ebenfalls nicht zutreffend ist, da die gesamte Leistung an einen Ersatzauftragnehmer vergeben werden soll.

Aufgrund der Vergaberechtswidrigkeit der Ausschreibung der Backup-Lose kommt es insoweit nicht mehr darauf an, inwieweit die Antragsgegnerin auf die Einräumung von Rabatten in diesen Losen verzichten konnte. Diese Vorgehensweise dürfte jedoch vom Bestimmungsrecht des Auftraggebers gedeckt sein, zumal der Bieter seinen angedachten Rabatt auch unmittelbar in den Preis einberechnen kann. Ebenfalls kann insoweit dahinstehen, ob die Zuschlagskriterien für die Backup-Lose den Anforderungen des § 127 Abs. 4 GWB entsprechen.

4.

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Soweit sich die Antragstellerin gegen die Leistungsbeschreibung wendet und die Auffassung vertritt, diese sei nicht eindeutig und erschöpfend genug für eine vernünftige kaufmännische Kalkulation, ist der Nachprüfungsantrag begründet. Der Betreibervertrag verstößt gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung und das allgemeine Transparenzgebot.

Um eine einwandfreie Preiskalkulation zu ermöglichen, sind alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben. Diesem Gebot wird die Leistungsbeschreibung nicht gerecht.

Zunächst liegt entgegen der Ansicht der Antragstellerin der Sache nach eine Leistungsbeschreibung vor. Sie ist nicht als separates Dokument ausgestaltet, sondern in dem Dokument Betreibervertrag mit seinen Anlagen enthalten. Auch wenn § 29 Abs. 1 Nr. 3 VgV die Vertragsunterlagen begrifflich in Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen aufteilt, so ist nicht erkennbar, dass dies zwingend eine getrennte Aufteilung voraussetzt. Aus den gesamten Vergabeunterlagen muss sich lediglich ergeben, wie und auf welcher Grundlage das Angebot zu erstellen ist.

Nach § 121 GWB ist die Leistungsbeschreibung so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, damit es allen Unternehmen möglich ist, sie im gleichen Sinne zu verstehen und damit vergleichbare Angebote abgeben zu können (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 – 13 Verg 7/18).

Eine Leistungsbeschreibung ist eindeutig, wenn Unternehmen sie ohne große Auslegungsbemühungen dahingehend verstehen können, welche Leistungen zu welchen Zeitpunkten, in welcher Menge und Qualität zu erbringen sind (vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2010 - VII ZR 213/ 08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2015 – VII-Verg 29/14). Vergabeunterlagen müssen so gefasst sein, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter diese bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 12.9.2016 – 7 Verg 7/15). Die Bieter müssen daran ihre Angebote ausrichten können. Dies ist nur möglich, wenn die Leistung derart erschöpfend beschrieben ist, dass sie alle preisrelevanten Faktoren beinhaltet, mithin Art und Zweck der Leistung, die erforderlichen Teilleistungen, Funktions- und Leistungsanforderungen sowie die Bedingungen, Umstände und sonstigen Anforderungen (vgl. Trutzel in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 121 GWB Rn. 7). Der Auftraggeber ist deshalb verpflichtet, die Leistungsbeschreibung so auszugestalten, dass eine vernünftige Kalkulation und die Abgabe vergleichbarer Angebote ermöglicht werden. Eine Grenze bildet insoweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und findet sich im Mach- und Zumutbaren (vgl. OLG Celle a.a.O.). Auch wenn die vergaberechtlichen Regelungen nicht mehr das Verbot der Auferlegung eines ungewöhnlichen Wagnisses beinhalten, so muss die Leistungsbeschreibung dem Bieter gleichwohl eine vernünftige kaufmännische Kalkulation ermöglichen (vgl. schon OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.12.2011 – VII-Verg 96/11 m.w.N.).

Vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist es, wenn der Auftraggeber den Bietern die Beschaffung von Informationen überlässt, sofern sich Bieter mit geringem Aufwand fehlende Daten selbst beschaffen können und die Vergleichbarkeit der Angebote bei einer solchen Vorgehensweise nicht gefährdet ist (vgl. OLG Celle a.a.O.). Nach dem Beschluss des OLG Celle soll ein Auftraggeber dazu verpflichtet sein, jene Daten und Informationen im Rahmen der Ausschreibung bekanntzugeben, über die er liquide verfügt oder die er mit verhältnismäßig geringem Aufwand beschaffen kann (so auch schon OLG Düsseldorf 2011 a.a.O.). Die Berufung auf Erfahrungen eines Bieters aufgrund vorangegangener Aufträge des Auftraggebers ist nach der Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung der Leistungsbeschreibung nicht möglich (vgl. VK Bund, Beschluss vom 20.10.2014 – VK 1 – 84/14), das Sonderwissen eines einzelnen Bieters muss zur Wahrung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung außer Betracht bleiben.

Vorliegend behauptet die Antragsgegnerin, die Antragstellerin habe Zugriff auf das Datenportal sowie das Dokumentationstool und könne sich die Daten selbst beschaffen. Die Antragsgegnerin übersieht jedoch, dass

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

die Antragstellerin nicht auf alle in der Ausschreibung genannten Anlagen Zugriff hat. Es haben zudem nur die derzeitigen Dienstleister und damit nicht alle potentiellen Bieter des Vergabeverfahrens Zugriff auf das Datenportal und das Dokumentationstool, so dass die bisherigen Dienstleister über einen entsprechenden Wissensvorsprung verfügen. Insofern besteht die nicht unerhebliche Gefahr nicht vergleichbarer Angebote. Nach dem Vortrag der Antragsgegnerin liegen ihr nicht alle Daten vor, weil diese u.a. von den derzeitigen Dienstleistern, zu denen auch die Antragstellerin gehört, nicht geliefert würden. Sie trägt jedoch nichts dazu vor, weshalb sie diese Daten und Informationen, die nicht nur von der Antragstellerin im Rahmen der Bieterfragen angefragt worden sind, nicht besorgen kann bzw. warum deren Beschaffung ggf. unverhältnismäßig ist. Insofern ist ihr Vortrag auch widersprüchlich, wenn sie andererseits behauptet, die Antragstellerin könne sich die Daten und Informationen selbst aus dem Datenportal sowie dem Dokumentationstool besorgen, denn darauf hat auch die Antragsgegnerin selbst Zugriff bzw. kann sich diesen verschaffen.

Mit Erfolg moniert die Antragstellerin die fehlenden Angaben zu Anlagenherstellern, errichtern, den Inbetriebnahmedaten sowie zu Herstellervorgaben hinsichtlich der Qualifikation des einzusetzenden Personals. Zum einen sind die Herstellervorgaben nach dem Betreibervertrag bei der Leistungserbringung zu berücksichtigen. Sind diese unbekannt, können sie nicht vernünftig kalkuliert werden. Zwar verkennt die Vergabekammer nicht, dass die Antragstellerin bereits gut zwei Drittel der ausgeschriebenen Anlagen betreut und ihr damit diese Daten bekannt sein müssen. Allerdings kennt sie das andere Drittel nicht, und mit der Betreuung bislang unbetraute Bieter kennen diese Daten und Informationen gänzlich nicht. Dies wirkt sich auf die Kalkulation der Angebote aus. Ein Bieter, der den Bestand in großen Teil kennt, kann allein auf dieser Basis anders kalkulieren als ein Bieter, der die Anlagen und deren Daten nicht kennt. Insofern ist die Annahme, dass die fehlenden Angaben zu nicht vergleichbaren Angeboten führen können, nicht fernliegend. Auch können die Zuschlagschancen der Antragstellerin deutlich sinken, sofern ein Bieter ohne Anlagenkenntnis möglicherweise unrealistisch und dabei im Ergebnis niedriger kalkuliert. Es ist Aufgabe des Auftraggebers, eine einheitliche Verständnisgrundlage der Leistungsanforderungen zu schaffen, um auch solche Wissensvorteile der bisherigen Auftragnehmer auszugleichen. Dem kommt die Antragsgegnerin vorliegend nicht nach.

Das gleiche gilt insoweit auch für die fehlenden Angaben zur Anzahl der Zähler, zur Speichergröße der Trinkwassererwärmer und deren Reinigung, zur Anzahl der Druckhalterungen und der Zuordnung der Anlagenverantwortlichkeiten.

Ebenfalls zu Recht wendet sich die Antragstellerin gegen die fehlenden Angaben zum Zustand der Anlage und dem ungefähren Störungsaufkommen pro Jahr. Da vorliegend Pauschalpreise über einen Zeitraum von fast 16 Jahren zu kalkulieren sind, ist die Antragsgegnerin umso mehr gehalten, eine faire Kalkulationsgrundlage zu schaffen. Sowohl die Anzahl an Störungen als auch das Alter oder der Zustand der Anlagen haben erheblichen Einfluss auf die Kalkulation, denn der Auftragnehmer ist auch vor dem Hintergrund der im Betreibervertrag niedergeschriebenen ServiceLevels verpflichtet, Störungen entsprechend zu bearbeiten. Hierfür bedarf es einer entsprechenden Personalplanung und damit auch Personalressourcen, die einen nicht unerheblichen Anteil an der Kalkulation haben. Ebenfalls plausibel erscheint in diesem Zusammenhang, dass der Zustand der Anlagen einen entsprechenden Einfluss auf etwaige Störungen haben kann. Auch diesbezüglich kann nicht auf das bei der Antragstellerin bezüglich eines Großteils der Anlagen vorhandene Wissen abgestellt werden, da auch diese Kenntnis für die Vergleichbarkeit der Angebote relevant ist.

Sofern die genaue Anzahl an Anlagen, deren Inbetriebnahmedaten sowie die etwaigen Herstellerangaben bekannt sind, bedarf es wohl keiner weiteren Konkretisierungen hinsichtlich der wiederkehrenden Prüfungen. Diese ergeben sich aus den Herstellervorgaben oder auch den einschlägigen Gesetzen und technischen Normen und müssen einem Fachunternehmen in der Tat bekannt sein. Ohne die entsprechenden Daten

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

erscheint der Vorwurf jedoch durchaus gerechtfertigt, dass eine vernünftige kaufmännische Kalkulation auch vor dem Hintergrund der Personalplanung mindestens erheblich erschwert ist.

Weiterhin ist die Regelung zur Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung (Anlage 9 zum Betreibervertrag) intransparent. Ohne weitere Angaben, welche konkreten Daten durch den Auftragnehmer zu welchem Zweck zu verarbeiten sind, kann nach dieser Vorgabe nicht vernünftig kalkuliert werden. Auch vor dem Hintergrund der in Anlage 10 zum Betreibervertrag beschriebenen Kommunikation und des Datenaustauschs über das XXX bleibt insofern fraglich, welche personenbezogenen Daten vom Auftragnehmer tatsächlich (noch) zu verarbeiten sind. Die den Vergabeunterlagen beigefügte Anlage 9 - Vereinbarung zum Datenschutz und zur Datensicherheit in Auftragsverhältnissen i.S.d. Art. 28 Abs. 3 DSGVO - ist ein noch unausgefülltes Muster. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten einzuhalten (Art. 5 DSGVO) und bei der Verarbeitung personenbezogener Daten technisch-organisatorische Maßnahmen zum Schutz dieser Daten zu treffen (Art. 24 Abs. 1 und 2, Art. 25, Art. 32 DSGVO). Je nach ggf. erforderlicher Datenschutzfolgeabschätzung (Art. 35 DSGVO) und der Einstufung der Schutzwürdigkeit (Art. 32 Abs. 2 DSGVO) der zu verarbeitenden Daten sind unterschiedlich hohe Schutzmaßnahmen erforderlich (sog. technisch-organisatorische Maßnahmen). Soweit ein Bieter diese Vorkehrungen in seinem Betrieb bislang nicht getroffen hat, muss er diese entsprechend des für diesen Auftrag erforderlichen Umfangs aufbauen. Hierbei kann es sich zum Beispiel um IT oder auch bauliche Nachrüstungen handeln. Vor diesem Hintergrund muss ein Bieter wissen, welche konkreten Daten er im Auftragsfall verarbeiten soll. Darüber hinaus sind Verfahrensverzeichnisse (Art. 30 DSGVO) zu erstellen, die ebenfalls einen entsprechenden Aufwand beim Auftragnehmer verursachen und welche dieser einzukalkulieren hat. Der Verzicht auf die Angaben, welche Daten von dem künftigen Auftragnehmer verarbeitet werden sollen, führt im Ergebnis zu einer nicht eindeutig und erschöpfend beschriebenen Leistung und verstößt damit gegen den Transparenzgrundsatz.

Die Antragstellerin wendet sich hingegen zu Unrecht gegen die Vorgabe, dass der Auftragnehmer die VDMA-Arbeitsblätter auf eigene Kosten zu besorgen hat. Die Entscheidung darüber unterliegt dem Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers. Durch die Regelung, dass der Auftragnehmer diese bereitzustellen hat, kann dies von den Bietern auch entsprechend kalkuliert werden.

Die Anzahl der Tankvorgänge mag eine gewisse Kalkulationsrelevanz aufweisen. Gleichwohl sind die Tankvorgänge letztlich auch von den Wetterbedingungen und dem Heizverhalten der Mieter abhängig und können daher gewissen Schwankungen unterliegen, die zum betrieblichen Risiko eines Heizanlagenbetreibers gehören.

Ebenfalls erfolglos bleibt der Vorwurf, es sei unklar, welche Leistungen förmlich abgenommen werden und welche nicht. Die Antragsgegnerin verweist bezüglich der Abnahme auf Werkleistungen, was sowohl den Regelungen der VOL/B als auch der VOB/B entspricht und die Wurzeln in § 631 BGB findet. Ein Bieter hat sich insofern auch mit zivilrechtlichen Regelungen auseinanderzusetzen. Die Regelung zur förmlichen Abnahme ist in sich verständlich und transparent.

Soweit die Antragsgegnerin auf die Kalkulierbarkeit der Gesamtleistung abstellt und nicht auf die Kalkulierbarkeit einer untergeordneten Leistung, ist dem vorliegend nicht zu folgen. Auch wenn die gerügten Ungenauigkeiten bzw. fehlenden Informationen in der Leistungsbeschreibung einzeln und für sich betrachtet nicht unbedingt zu einer kalkulatorischen Unmöglichkeit führen, ist aufgrund der Gesamtheit der fehlenden Informationen eine kaufmännisch vernünftige Kalkulationsgrundlage, insbesondere auch über einen Zeitraum von fast 16 Jahren, nicht mehr gegeben. Die Kalkulation könnte zu einem Spekulationsangebot führen. Darüber hinaus sind die Jahrespauschalen getrennt nach Betriebsführung, Inspektion/Wartung und Instandsetzung zu

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

kalkulieren und anzubieten. Insofern unterteilt die Antragsgegnerin die Gesamtleistung eines jeden Loses ohnehin bereits.

Zu keinem anderen Ergebnis führt im Übrigen der Vortrag der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung, es handle sich um eine Portfolio-Ausschreibung, die mit entsprechender Portfolio-Erfahrung kalkuliert werden könne. Auch hierfür ist es zunächst erforderlich, Details der Anlagen und damit des Portfolios in der Leistungsbeschreibung bekannt zu geben. Die Ausführungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung hierzu bezogen sich auf die Art der Kalkulation. Diese ist freilich jedem Bieter selbst überlassen. Der Auftraggeber ist jedoch angehalten, eine solche überhaupt erst zu ermöglichen, was nach den obigen Ausführungen eine für alle Bieter – nicht nur für die Bestandsbieter – verständliche Leistungsbeschreibung erfordert.

Das von der Antragsgegnerin vorgelegte Gutachten vermag an der vergaberechtlichen Bewertung der Leistungsbeschreibung als nicht eindeutig genug im Sinne des § 121 Abs. 1 GWB, § 31 Abs. 1 VgV nichts zu ändern. Denn das Gutachten bezieht zu einzelnen Aspekten Stellung, bewertet die Leistungsbeschreibung jedoch ausschließlich technisch und nicht unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten. Auch werden teilweise Vermutungen aufgestellt, die keine Grundlage in den Vergabeunterlagen finden.

Die weiteren im Detail von der Antragstellerin vorgebrachten Rügen der Ungenauigkeiten der Leistungsbeschreibung bedürfen an dieser Stelle keiner weiteren vertieften Bewertung dahingehend, ob diese im Einzelnen ebenfalls gegen das Gebot der Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung verstoßen. Sofern die Antragsgegnerin eine erneute Ausschreibung anstrebt, ist sie angehalten, die Leistung derart eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, dass nicht nur alle Bieter sie im gleichen Sinne verstehen können, sondern auch die Kalkulation der Angebote für die Bieter vernünftig möglich ist.

5.

Des Weiteren hat der Nachprüfungsantrag ebenfalls Erfolg, soweit die Antragstellerin moniert, dass das Wertungssystem intransparent sei und es nicht erkennbar sei, welche konkreten Angaben die Antragsgegnerin wie bewerten möchte.

Die Zuschlagskriterien verstoßen insoweit gegen § 127 Abs. 4 GWB.

Gemäß vorgenannter Vorschrift müssen die Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Es ist insoweit erforderlich, dass jeder Bieter die Zuschlagskriterien im gleichen Sinne versteht und erkennen kann, wie die Bewertung durch den Auftraggeber erfolgen wird. Dieser Anforderung an die Eindeutigkeit werden die Zuschlagskriterien vorliegend nicht gerecht.

a) Denn aus den Vergabeunterlagen ergibt sich nicht, was unter einer positiven Bewertung im Sinne von Ziffer 6.2 der Vergabeunterlagen zu verstehen sein soll.

Soweit die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten hat, sieben Punkte seien neutral, der darüber liegende Punktbereich positiv und die Punkteskala unterhalb von sieben Punkten sei demgegenüber als negativ zu anzusehen, so findet diese Bewertung in den Vergabeunterlagen keinerlei Niederschlag. Bereits eine Kategorie „neutral“ ist als solche nicht definiert. Warum sich der neutrale Wert bei sieben Punkten befinden soll (mit der maßgeblichen Folge, dass die Punkte oberhalb davon als positiv zu bewerten sein sollen), erschließt sich ebenfalls nicht. Vielmehr ist mangels entsprechender Konkretisierung in

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

den Vergabeunterlagen auch ein anderer Punktebereich als positiv (bzw. neutral) denkbar, etwa erst bei der Note „gut“ oder bereits im formal positiven Punktebereich ab vier Punkten bei der Note „ausreichend“.

Aufgrund des insoweit vorhandenen Interpretationsspielraums hält die Vorgabe den Voraussetzungen des § 127 Abs. 4 GWB nicht stand. Eine befriedigende Auflösung der dargestellten Unklarheiten vermochte die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung nicht zu liefern.

In der Leistungsbeschreibung bzw. vorliegend im Betreibervertrag mit seinen Anlagen fehlen zu den einzelnen Konzeptunterpunkten zudem entsprechende Vorgaben, von denen abgewichen werden kann. Diese sind zum Beispiel hinsichtlich der Anzahl der Mitarbeiter oder deren Qualifikationen nicht festgelegt worden. Eine Abweichung vom Leistungssoll im positiven Sinne ist in diesen Fällen bereits begriffslogisch nicht möglich. Soweit die Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen angibt, dass Angaben nur dann positiv bewertet werden, wenn sie über das Leistungssoll hinausgehen, ist folglich unklar, wie die Bewertung erfolgen soll, wenn es keine Vorgaben gibt.

Soweit eine vergleichende Bewertung erfolgen soll, ist zudem unklar, ob die beste Abweichung, auch wenn sie noch so marginal sein sollte, als sehr gut bewertet wird oder nicht. Es stellt sich ebenso die Frage, ob ein Konzept, in welchem beispielsweise ausführlich und sehr gut nachvollziehbar beschrieben wird, wie die geforderten Leistungen umgesetzt werden, dieses aber keine darüber hinausgehenden Vorschläge oder Optimierungen enthält, nach den Ausführungen in den Vergabeunterlagen sodann gänzlich nicht oder mit null Punkten bewertet wird.

b) Soweit die Antragsgegnerin in ihren Vergabeunterlagen darauf hinweist, dass Abweichungen der Konzepte zum vorgegebenen Leistungssoll zum Nachteil der Antragsgegnerin zum Ausschluss des Angebotes führen, genügt dies ebenfalls nicht dem Transparenzgebot.

Denn gerade mit Blick auf die schwerste denkbare Folge eines vollständigen Angebotsausschlusses erweist sich die Vorgabe in mehrerlei Hinsicht als nicht hinreichend eindeutig. Zum einen ist die Leistungserbringung im Betreibervertrag nebst seinen Anlagen nicht durchgängig als starre Vorgabe formuliert, die eine Abweichung in jedem Fall mit der für einen Ausschluss erforderlichen Präzision definiert. Zum anderen ist auch der Begriff des „Nachteils“ jedenfalls mit Blick auf die Gesamtheit der denkbaren Abweichungen nicht hinreichend eindeutig und eröffnet vielmehr Spielraum für eine Auslegung.

Diese Umstände wären bereits bedenklich, wenn es um eine Betrachtung im Rahmen der Wertung im engeren Sinne ginge. Vorliegend ist der Anknüpfungspunkt der unklaren Regelungen jedoch sogar der vollständige Ausschluss des jeweiligen Angebots.

Eine derartige Unsicherheit ist mit dem Anspruch an eine transparente Vergabeentscheidung nicht in Einklang zu bringen.

c) Soweit die Antragstellerin im Übrigen der Auffassung ist, die Vergabeunterlagen ließen die Erwartungshaltung der Antragsgegnerin an die von den Bietern einzureichenden Konzepte nicht erkennen, so ist dies unzutreffend.

Nach der Rechtsprechung des BGH in seinem Beschluss vom 04.04.2017 – X ZB 3/17 ist die Forderung nach weiterer Konkretisierung und Angaben zu der Erwartungshaltung der Antragsgegnerin nicht erforderlich und auch nicht geboten. Der Auftraggeber ist insbesondere nicht verpflichtet, die Kriterien detailliert darzustellen und zu beschreiben, solange für den Bieter erkennbar wird, worauf der Auftraggeber Wert legt (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.11.2016 – 11 Verg 4/16).

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Dass die Antragsgegnerin u.a. auf Mieterzufriedenheit, den sicheren, möglichst störungsfreien Betrieb der Anlagen, Effizienzsteigerung oder auch Energieeinsparung Wert legt, wird in den Vergabeunterlagen deutlich beschrieben. Auch werden zum Inhalt der Konzepte Stichpunkte genannt, aus denen sich die Anforderungen und Vorstellungen der Antragsgegnerin ablesen lassen. Eine detailliertere Darstellung ließe den Bietern keinen Spielraum mehr, ihre eigenen Lösungen darzustellen, und ließe letztlich eine Konzeptbewertung obsolet werden. Ziel solcher konzeptionellen Wertungskriterien ist es gerade, qualitative Unterschiede in den Angeboten bzw. der Leistungserbringung erkennen und bewerten zu können. Eine insofern vergleichende Angebotsbewertung ist nicht zu beanstanden und unter dem Gesichtspunkt der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes auch folgerichtig.

6.

Soweit die Antragstellerin die Ansicht vertritt, es handle sich bei der im Vertrag geregelten Ausarbeitung von Verbesserungsvorschlägen um Planungsleistungen, welche gesondert nach HOAI zu vergüten seien, kann es vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH vom 04.07.2019 – C-377/17 dahinstehen, ob es sich tatsächlich um solche Planungsleistungen handelt und eine Vergütung auf Grundlage der HOAI erfolgen muss bzw. ob insoweit überhaupt ein vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt besteht. Denn der EuGH hat insoweit entschieden, dass die Vorgabe verbindlicher Honorare nach der HOAI nicht mit europäischem Recht vereinbar ist, da sie gegen die Dienstleistungsrichtlinie verstößt und die Niederlassungsfreiheit einschränkt.

Es ist im Übrigen bei einem Betreibermodell wie dem gegenständlichen nicht ungewöhnlich, dass bei Vorliegen eines Mangels ein Problemlösungsvorschlag zur Mangelbeseitigung vom Auftragnehmer erwartet wird. Auch ist die Benennung eines Problemlösungsvorschlags nicht zwingend mit Planungsleistungen verbunden. Da es sich dabei ggf. auch um außerpauschale Leistungen handelt, hat der Auftragnehmer ohnehin in seinem Angebot eine Lösung zu unterbreiten.

7.

Die von der Antragstellerin gerügten vertragsrechtlichen Regelungen zur Bindung der Nachunternehmer, zur Vertragsstrafe, zur Videoüberwachung sowie zur Anwendung des Verbraucherpreisindex in der Preisgleitklausel begründen keinen vergaberechtlich relevanten Verstoß.

Vertragsrechtliche Regelungen können von den Nachprüfungsinstanzen grundsätzlich nicht auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit hin überprüft werden. Sollten Klauseln zivilrechtlich zu beanstanden sein, ist es Sache der Zivilgerichte, diese zu prüfen und ggf. zu korrigieren. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die angegriffenen Klauseln Risiken in unangemessener Weise auf den Bieter verlagern. Nach Wegfall des ungewöhnlichen Wagnisses kann dies nur dann der Fall sein, wenn eine vernünftige kaufmännische Kalkulation nicht möglich ist (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 – 13 Verg 7/18).

Die Unzumutbarkeit der Kalkulation ist vorliegend nicht ersichtlich. Sowohl Vertragsstrafen als auch Regelungen zum Einsatz von Nachunternehmern und deren vertragsrechtlicher Bindung sind nicht unüblich. Die Klauseln sind – vergaberechtlich betrachtet – detailliert beschrieben, so dass es einem Bieter möglich ist, die mit den Klauseln verbundenen Risiken auch einzukalkulieren. Ob die Vertragsstrafenklausel gegen § 307 BGB verstößt, ist nicht durch die Vergabekammer zu prüfen, da jedenfalls das vergaberechtliche Prinzip der Transparenz nicht verletzt ist.

Weiterhin besteht kein vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt hinsichtlich der von der Antragsgegnerin angekündigten Videoüberwachung. Ob es eine solche gibt oder nicht, hat auf die Kalkulation zumindest keinen

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

erkennbaren wesentlichen Einfluss. Ob die Videoüberwachung datenschutzrechtlich zulässig ist, ist mangels vergaberechtlicher Relevanz nicht durch die Vergabekammer zu überprüfen.

Ebenfalls ist kein vergaberechtlicher Verstoß im Hinblick auf den vom Auftraggeber gewählten Verbraucherpreisindex zur vertragsrechtlichen Ausgestaltung der Preisgleitklausel zu entnehmen. Auch diesbezüglich sind die Parameter, die zu einer Kalkulation ggf. mit Risikozuschlag benötigt werden, klar und deutlich beschrieben. Darüber hinaus unterfallen vertragsrechtliche Regelungen, zu denen vorliegend auch die Bestimmung des Index als Grundlage für eine Preisgleitklausel zählt, dem Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers.

8.

Die Vergabekammer weist mit Blick auf die Problematik zur Rahmenvereinbarung darauf hin, dass sie in Ausnahmefällen auch nicht gerügte Vergaberechtsverstöße von Amts wegen aufgreifen kann, wenn sie den Antragsteller in seinen Rechten verletzen und es sich insbesondere um solche Verstöße handelt, die schwerwiegend und offenkundig sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 – VII Verg 24/18).

Sowohl die nicht angegebene mögliche Abrufmenge als auch die Vertragslaufzeit sind vorliegend – obwohl sie nicht unmittelbar von der Antragstellerin im Kontext des § 21 VgV gerügt wurden – seitens der Vergabekammer zu berücksichtigen. Denn die gerügten Aspekte werden letztlich davon tangiert. Ob eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation (noch) möglich ist, beurteilt sich an den gesamten Rahmenbedingungen des Auftrags, wozu insbesondere auch die Vertragslaufzeit und der Leistungsumfang gehören. Des Weiteren stellt das bloße Inaussichtstellen eines Auftrags, wie es nach obigen Ausführungen im Falle der Backup-Lose der Fall ist, einen schwerwiegenden Verfahrensfehler dar, der das Aufgreifen seitens der Vergabekammer von Amts wegen rechtfertigt (vgl. insoweit auch KG, Beschluss vom 15.04.2004 – 2 Verg 22/03).

Darüber hinaus ist es im Rahmen einer Rüge nicht erforderlich, dass der Bieter den gerügten Sachverhalt umfassend rechtlich einordnet. Es genügt, wenn er den Sachverhalt beschreibt, diesen als möglicherweise vergaberechtswidrig einordnet und insoweit eine subjektive Rechtsverletzung und einen zumindest drohenden Schaden darlegt. Auch der Umstand, dass die Antragstellerin die Backup-Lose als Scheinvergabe oder bloße Markterkundung rügt, rechtfertigt keine andere Sichtweise. Denn die Vergabekammer ist an diese rechtliche Einordnung nicht gebunden und darf vielmehr eine andere rechtliche Einordnung vornehmen. Ebenfalls wurde seitens der Antragstellerin die Laufzeit der Backup-Lose vor dem Hintergrund einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation gerügt, ebenso wie die aus ihrer Sicht unklare Regelung zur Leistungserweiterung. Vorliegend greift die Vergabekammer damit keine übersehenen Rechtsverstöße auf, sondern Rechtsverstöße, die im Rahmen der Rüge und des Nachprüfungsverfahrens rechtlich unzutreffend bzw. nicht umfassend rechtlich bewertet worden sind.

Darüber hinaus weist die Vergabekammer darauf hin, dass vorliegend die Aufhebung des Vergabeverfahrens als geeignetes Mittel zur Behebung der verschiedenen Verfahrensfehler erforderlich war. Eine Rückversetzung des Verfahrens in einen vorherigen Stand kam mit Blick auf die festgestellten Rechtsverstöße insoweit nicht in Betracht, da sich die Verstöße in erheblichem Umfang bereits auf der Ebene der Bekanntmachung auswirken.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019

Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat der Antragsgegner die Kosten des Verfahrens zu tragen. Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB umfasst dies auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Kammer zieht insofern als Ausgangspunkt die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes heran. Dabei legt die Kammer den von der Antragsgegnerin geschätzten Auftragswert über die gesamte Vertragslaufzeit zu Grunde, der sich in einem mittleren zweistelligen Millionenbereich bewegt. Orientiert an der Gebührentabelle ergibt sich eine Gebühr in Höhe von XXX EUR. Dieser Wert spiegelt auch den in dem vorliegenden Verfahren überdurchschnittlich hohen Aufwand der Vergabekammer wider und trägt der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrens Rechnung. Durch die Vielzahl an gerügten Vergaberechtsverstößen und der dadurch erforderlichen intensiven Auseinandersetzung mit den Vergabeunterlagen, Bieterfragen und Vergabeakten lag der Aufwand in diesem Nachprüfungsverfahren über dem Durchschnitt gewöhnlicher Verfahren.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG notwendig. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen. Entscheidend ist dabei, ob die Antragstellerin unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverfolgung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (vgl. schon VK Berlin, Beschluss v. 26. August 2014 – VK – B 1 – 10/14 m.w.N.).

Das vorliegende Nachprüfungsverfahren umfasst eine Vielzahl von möglichen Vergaberechtsverstößen und ist von einer hohen Komplexität gekennzeichnet. Der Antragstellerin müssen die hier streitgegenständlichen vergaberechtlichen Regelungen insbesondere auch in prozessualer Hinsicht nicht so geläufig sein, dass sie gegenüber der Vergabekammer selbst hätte vortragen können.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

XXX

XXX

XXX

VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019, VK - B 1 - 13 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 4.12.2019
