

Gericht:	OLG Frankfurt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	24.11.2020
Aktenzeichen:	11 Verg 12/20
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2020:1124.11VERG12.20.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Norm:	§ 97 Abs 2 GWB
Zitiervorschlag:	OLG Frankfurt, Beschluss vom 24. November 2020 - 11 Verg 12/20 -, juris

Diskriminierung durch Bestärkung einer Fehlvorstellung des Bieters

Leitsatz

Bestärkt die Vergabestelle durch ihre Antwort auf eine Bieteranfrage den Bieter in der Einschätzung eines Parameters für die Preiskalkulation, die sie selbst für fehlerhaft hält, kann dies zu einer Diskriminierung dieses Bieters führen, wenn dieser sein Angebot auf der Grundlage dieser Fehlvorstellung kalkuliert.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Landes Hessen, 22. Juli 2020, 69d VK - 33/2019 -, Beschluss

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen vom 22.7.2020 - AZ. 69d VK - 33/2019 - aufgehoben und der Antragsgegner verpflichtet, das mit EU-Bekanntmachung vom 6.9.2019 (EU-ABI. 2019/S 106-259248) eingeleitete Vergabeverfahren von Reinigungsdienstleistungen zu Los 1 bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Erstellung der Angebote zurückzuversetzen und unter Beachtung der Rechtssauflösung des Senats fortzuführen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der im Beschwerdeverfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin notwendigen Aufwendungen haben der Antragsgegner sowie die Beigeladene je zur Hälfte zu tragen.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin notwendigen Aufwendungen haben der Antragsgegner und die Beigeladene als Gesamtschuldner zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer seitens der Antragstellerin wird für erforderlich erklärt.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu EUR 30.000 festgesetzt.

Gründe

- I.
- 1 Der Antragsgegner schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 4.6.2019 die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags zur Durchführung von Reinigungsmaßnahmen in Justizgebäuden in Stadt1 im offenen Verfahren nach VgV europaweit aus.
- 2 Der Auftrag sollte in zwei Lose aufgeteilt sein, Zuschlagskriterium bei jedem Los war mit einer Gewichtung von jeweils 50% Preis und Qualität. Das Qualitätskriterium war - zu jeweils 25% - unterteilt in "Höchste Anzahl an Jahresarbeitsstunden Unterhaltsreinigung" und „Höchster Stundenverrechnungssatz (SVS) Unterhaltsreinigung im Verhältnis zur Jahresreinigungsfläche“.
- 3 Laufzeit des Vertrags waren 3 Jahre mit der zweimaligen Option der Vertragsverlängerung um jeweils 1 Jahr auf maximal 5 Jahre.
- 4 In dem Leistungsverzeichnis, das ebenso wie die weiteren Auftragsunterlagen auf der Vergabeplattform des Antragsgegners zur Verfügung stand, lautet zu Los 1 der Fragetitel 1.5 - überschrieben mit „Stundenverrechnungssatz Objektleiter [Euro/h]“ wie folgt:
 - 5 „Welcher Stundenverrechnungssatz für den Objektleiter liegt Ihrem Angebot zu grunde?“.
- 6 Die Antwort war von dem Bieter in einem nebenstehenden Angabenfeld einzutragen.
- 7 Nach Ziff. 7 der „Ergänzung der Angebotsaufforderung“ (ebenfalls Teil der Vergabeunterlagen) heißt es:
- 8 „Dem Stundenverrechnungssatz kommt im Rahmen der vertieften Prüfung eine besondere Bedeutung zu.
- 9 Der Auftraggeber ist verpflichtet, die für ihn geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere ... den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die nach
- 10 * ..
 - 11 * einem nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmerentsendegesetzes für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag
 - 12 für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.
- 13 Diese Vorgaben sind im Rahmen der Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes zu berücksichtigen und zwar mit den Verpflichtungen, die zum Zeitpunkt des Ausführungsbeginns gelten.“
- 14 Am 2.7.2019 gab die Beigedadene ihr Angebot mit losweisen Angaben zum Fragetitel 1.5 ab.
- 15 Auf eine Bieteranfrage erteilte der Antragsgegner mit Schreiben vom 12.7.2019 an alle Bieter Hinweise, u.a. einen Hinweis betreffend die Stundenverrechnungssätze. Da-

- nach sei der zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung gültige Rahmentarifvertrag für das Gebäudereiniger-Handwerk (nachfolgend: „RTV“) auch nach seiner Kündigung zum 31.7.2019 von den Bieterin zwingend zugrunde zu legen.
- 16 Mit Email vom 29.7.2019 richtete die Antragstellerin an den Antragsgegner in Bezug auf den Fragetitel 1.5 des Loses 1 folgende Frage:
- 17 „Ist hier der Tariflohn oder der Tariflohn inkl. der gesetzlichen und notwendigen Lohnnebenkosten einzutragen?“
- 18 Der Antragsgegner gab mit Email vom 22.7.2019 folgende Antwort:
- 19 „Unter Fragetitel 1.5 ist der Tariflohn inkl. der gesetzlichen und notwendigen Lohnnebenkosten einzutragen.“
- 20 Diese Antwort teilte der Antragsgegner den übrigen Bieterin nicht mit. In einem Aktenvermerk vom selben Tag heißt es, dass die Frage nur gegenüber der Antragstellerin beantwortet werde, weil es sich hierbei um eine Fragestellung subjektiver Natur handele und es keiner Auskunft gegenüber anderen Bieterin bedürfe.
- 21 Am 23.7.2019 gab die Antragstellerin ihr Angebot für Los 1 und Los 2 ab und machte zum Fragetitel 1.5 zu beiden Losen an vorgesehener Stelle jeweils bestimmte Mengen- und Preisangaben.
- 22 Mit Schreiben vom 26.8.2019 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, der namenlosen genannten Beigeladenen den Zuschlag erteilen und den Vertrag mit dieser frühestens am 6.9.2019 schließen zu wollen. Die Antragstellerin sei nicht zu berücksichtigen, da ihr Angebot sowohl zu Los 1 als auch zu Los 2 nicht das Wirtschaftlichste gewesen sei (Anlage Ast 7); das Angebot der Antragstellerin liegt an dritter Wertungsstelle.
- 23 Dies rügte die Antragstellerin zu Los 1 mit Schreiben vom 28.8.2019 (Bl. 2121 der Akte der Vergabestelle (nachfolgend „VergA“)). Die der Kalkulation der Beigeladenen zugrundeliegenden Stundenverrechnungssätze für den Objektleiter hätten die Lohnnebenkosten nicht berücksichtigt. Der Antragsgegner habe auf die Frage der Antragstellerin am 22.7.2019 schriftlich mitgeteilt, dass der Tariflohn inklusive der Lohnnebenkosten einzutragen sei. Da diese Information nicht weitergeleitet worden sei, sei nicht auszuschließen, dass andere Bieter bei der Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes für den Objektleiter die gesetzlichen Lohnnebenkosten nicht berücksichtigt hätten. Zudem sei das Angebot der Beigeladenen zu Los 1 nicht auskömmlich, was sie durch umfangreiche Rückrechnungen näher erläuterte. Sie forderte eine Überprüfung und erneute Angebotswertung (Anlage Ast 8).
- 24 Mit Schreiben vom 6.9.2019 bat der Antragsgegner die Beigeladene um Mitteilung, ob diese für ihre Kalkulation den bis 31.7.2019 geltenden RTV zugrunde gelegt habe. Die Beigeladene bestätigte dies unter dem 6.9.2019 (Bl. 2220 VergA), teilte aber mit, dass der Objektleiter nicht dem RTV unterliege.
- 25 Mit Schreiben vom 16.9.2019 half der Antragsgegner den Rügen der Antragstellerin nicht ab und erklärte, die Beigeladene nun am 27.9.2019 beauftragen zu wollen (Anlage Ast 9). Er teilte der Antragstellerin u.a. mit, dass keine Anhaltspunkte dafür beständen, dass die Beigeladene den Stundenverrechnungssatz nicht auf der Grundlage des RTV erstellt habe. Insbesondere habe die Beigeladene der Kalkulation des Stundenverrech-

- nungssatzes des Objektleiters nicht den RTV zugrunde legen müssen, da dieser nicht die Angestellten in der Gebäudereinigung umfasse, der Objektleiter aber durchaus den Status eines Angestellten habe. Hieran ändere auch die von der Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 19.7.2019 gestellte Bieterfrage und die darauf erteilte Antwort nichts. Denn mit dem Antwortschreiben sei der Antragstellerin lediglich mitgeteilt worden, dass unter Fragetitel 1-5 der Tariflohn inkl. der Lohnnebenkosten einzutragen sei. Da die Antragstellerin ein erfahrener Bieter sei und ihr der RTV bekannt sei, habe der Antragsgegner davon ausgehen können, dass die Antragstellerin für die Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes des Objektleiters von ihrer Wahlfreiheit Gebrauch gemacht habe und beabsichtige, einen der Tariflöhne für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung zugrunde zu legen.
- 26 Daraufhin er hob die Antragstellerin mit Schreiben vom 18.9.2019 - erneut lediglich zu Los 1 - Rügen. Kalkulationsgrundlage für den Objektleiter müsse der RTV sein, der lediglich reinigungs fremde Tätigkeiten nicht umfasse. Hierzu gehöre die Tätigkeit als Objektleiter nicht. Die Kalkulation der Beigeladenen sei zur Kostendeckung nicht ausreichend, wie sie anhand von Beispielsrechnungen näher ausführte. Sie forderte den Antragsgegner erneut zur Prüfung und Neubewertung auf (Anlage Ast 10).
- 27 Dies lehnte der Antragsgegner unter dem 24.9.2019 ab. Der Objektleiter müsse nicht auf der Grundlage des RTV kalkuliert werden, sein Lohn könne sich auch an den gesetzlichen Mindestregelungen orientieren (Anlage Ast 11).
- 28 Die Antragstellerin holte daraufhin erstmals Rechtsrat ein und er hob mit Schriftsatz vom 26.9.2019, der um 10:45:51 Uhr bei dem Antragsgegner einging, zu Los 1 ergänzende Rüge, mit der sie die Intransparenz der Zuschlagskriterien beanstandete: Die Angaben der Prozentsätze, die das Angebot der Antragstellerin erreicht habe, wichen in den Schreiben der Antragstellerin vom 26.8.2019 und vom 16.9.2019 voneinander ab (Anlage Ast 12).
- 29 Mit weiterem Schriftsatz vom selben Tag, dem 26.9.2019, der bei der Vergabekammer um 12:06:25 einging, stellte sie hinsichtlich Los 1 Nachprüfungsantrag.
- 30 Mit Schreiben vom 26.9.2019, das der Antragstellerin um 13:31 Uhr per Telefax zuging, teilte der Antragsgegner ihr mit, sämtlichen Rügen nicht abzuheften.
- 31 Im Nachprüfungsverfahren haben die Parteien ihre bisherigen Rechtsstandpunkte wiederholt und vertieft.
- 32 Die **Vergabekammer** hat mit dem angefochtenen Beschluss den Nachprüfungsantrag abgelehnt. Zur Begründung hat sie Folgendes ausgeführt:
- 33 Der Nachprüfungsantrag sei überwiegend zulässig.
- 34 Die Antragstellerin sei antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB). Sie habe die Verletzung ihrer Rechte iSv § 97 Abs. 6 GWB hinreichend vorgetragen. Dies gelte auch, soweit sie die Unauskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen geltend mache. Denn ihre Rüge betreffe Umstände, die ihr aus Geheimhaltungsgründen verschlossen seien. Sie habe nicht nur die abstrakte Möglichkeit einer Rechtsverletzung in den Raum gestellt oder Behauptungen ins Blaue hinein erhoben. Dies gelte auch, soweit sie Wertungsfehler und insoweit die Anwendung der Zuschlagskriterien rüge.

- 35 Auch habe sie einen Schaden gemäß § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB dargelegt, denn es genüge, dass die Zuschlagserteilung an sie nicht ausgeschlossen wäre. Da hier der Preis nicht das einzige Kriterium gewesen sei, genüge es, dass das Angebot der Antragstellerin keinen abgeschlagenen Rang einnehme.
- 36 Die Antragstellerin sei nur mit ihrer Rüge am 28.8.2019 gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert, soweit sie geltend mache, der Antragsgegner habe es vergaberechtswidrig unterlassen, seine Email vom 22.7.2019, mit der er die Anfrage der Antragstellerin betreffend Fragetitel 1.5 beantwortet habe, an die anderen Bieter weiterzuleiten. Die Antragstellerin habe den Vortrag des Antragsgegners, sie habe bereits mit Zugang des Schreibens von der fehlenden Weiterleitung an die übrigen Bieter Kenntnis gehabt, nicht bestritten.
- 37 Im Übrigen sei die Antragstellerin mit den Rügen nicht präkludiert. Soweit sie die Intransparenz der Zuschlagskriterien und deren fehlerhafte Anwendung durch den Antragsgegner rüge, sei es unschädlich, dass sie noch am selben Tag, aber zeitlich später bereits Nachprüfungsantrag gestellt habe, da erheblicher Zeitdruck bis zur drohenden Zuschlagserteilung bestanden habe. Denn im Zeitpunkt der Rüge hätten bis zum vorgesehenen frühesten Zeitpunkt der Auftragserteilung weniger als 24 Stunden gelegen.
- 38 Soweit der Antrag zulässig sei, sei er jedoch unbegründet, da die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt sei.
- 39 Der Antragsgegner sei nicht verpflichtet gewesen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen gemäß § 60 Abs. 1, 3 VgV abzulehnen. Er habe die von der Beigeladenen angebotenen Preise aufgeklärt, auch wenn er hierzu nicht gemäß § 60 Abs. 1 VgV verpflichtet gewesen sei, da das Angebot der Beigeladenen weniger als 10% unter dem des zweitplatzierten Bieters gelegen habe. Es sei nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner danach die Zuschlagserteilung nicht abgelehnt habe. Maßgebend sei die Prognose, ob der Beigelaende fähig sein werde, die Leistung auftragsgerecht zu erbringen. Hierbei habe der Antragsgegner den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum nicht verletzt. Er habe den zugrundeliegenden Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt, nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstößen und keine sachwidrigen Erwägungen angestellt. Das Ergebnis der Aufklärung und seiner Prüfung habe er in Vermerken dokumentiert.
- 40 Der Antragsgegner habe auch nicht § 60 Abs. 3 Satz 2 VgV verletzt. Danach müsse die Vergabestelle ein Angebot ablehnen, wenn er bei seiner Prüfung feststelle, dass der Preis deshalb ungewöhnlich niedrig sei, weil Verpflichtungen aus § 128 Abs. 1 GWB nicht eingehalten wurden, wozu auch geltende Tarifverträge gehörten.
- 41 Der Stundenverrechnungssatz eines Objektleiters sei nicht ausschließlich nach dem RTV zu bemessen. Nach der Tätigkeitsbeschreibung für die Objektleitung im Leistungs- und Preisverzeichnis umfassten die Aufgaben des Objektleiters konkretes Personal-, Material- sowie Beschwerde- und Mängelmanagement, so dass der Objektleiter eine Leitungsposition innehabe, die sich von ausschließlichen Reinigungsleistungen abhebe und nicht den Tätigkeitsmerkmalen nach dem RTV unterfalle. Die dem Objektleiter obliegende Umsetzung von Mängelbeseitigung setze nicht zwingend eine eigenhändige Beseitigung von Reinigungsmängeln voraus.

- 42 Der RTV sei auch nicht aufgrund bestimmter Vorgaben oder Hinweisen des Antragsgegners auf den Objektleiter anwendbar. Der Hinweis auf den RTV in Ziff. 7 der „Ergänzung der Angebotsaufforderung“ sei nach dem Regelungszusammenhang dahin zu verstehen, dass dieser Hinweis nur gelte, wenn der RTV anwendbar sei. Dies gelte auch für den Hinweis an alle Bieter im Schreiben vom 12.7.2019, der lediglich eine zeitliche Übergangsregelung des RTV habe sicherstellen sollen.
- 43 Schließlich habe die Antragstellerin auch aufgrund der Antwort-Email des Antragsgegners vom 22.7.2019 auf ihre Anfrage hin nicht den Schluss ziehen können, dass der RTV den Stundensätzen des Objektleiters zwingend zugrunde zu legen sei. Der Antragsgegner habe mit seiner Antwort lediglich die Frage der Antragstellerin bejaht, indem er sie allein positiv wiederholt habe. Die Antragstellerin hätte die Möglichkeit gehabt, dem Stundenlohn des Objektleiters den Tariflohn zugrunde zu legen, auch wenn dies nicht zwingend sei. Die Frage, ob dem Stundenlohn des Objektleiters auch das nicht tarifgebundene Entgelt zugrunde gelegt werden könne, sei nicht Gegenstand der Frage gewesen und habe daher auch nicht vom Antragsgegner beantwortet werden müssen. Die Antwort sei korrekt gewesen.
- 44 Auch aus dem Aktenvermerk des Antragsgegners vom 22.7.2019 sei nicht zu entnehmen, dass er selbst von einer Geltung des Tarifvertrags ausgegangen sei. Aus dem Vermerk ergebe sich lediglich, dass er davon ausgegangen sei, dass die Antragstellerin beabsichtige, den Objektleiter mit in Betracht kommenden Tariflöhnen zu kalkulieren.
- 45 Der Antragsgegner habe bei Angabe der Kalkulationsgrundlagen nicht gegen das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 Satz 1 GWB) verstoßen. Die Vorgaben zur Kalkulation des Stunderverrechnungssatzes des Objektleiters seien nachvollziehbar in Ziff. 7 der Ergänzung der Angebotsaufforderung dargelegt worden. Das Preis- und Leistungsverzeichnis (dortige Anlage 1, Ziff. 2.10) konkretisiere Funktion und Aufgaben der Objektleitung.
- 46 Schließlich habe der Antragsgegner die Zuschlagskriterien fehlerfrei angewendet. Die unterschiedlichen Prozentangaben zum Wertungsergebnis der Parteien beruhten nicht auf einem Rechenfehler, sondern der zwischenzeitlichen Nichtberücksichtigung des Angebots eines Mitbieters und der Neuwertung der verbliebenen Angebote.
- 47 Gegen diese ihr am 6.8.2020 zugestellte Entscheidung hat die **Antragstellerin** mit am 20.8.2020 eingegangenem Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt, deren aufschiebende Wirkung zu verlängern.
- 48 Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Auch ihre Rüge, es sei vergabewidrig, dass die Antwort des Antragstellers vom 22.7.2019 auf ihre Bieterfrage nicht an die weiteren Bieter übersandt worden sei, sei nicht präkludiert. Sie habe den der Rüge zugrundeliegenden Sachverhalt erst am 28.8.2020 erfahren und in seiner vollen, für die Rügepflicht erforderlichen Tragweite erkannt.
- 49 Der Nachprüfungsantrag sei begründet.
- 50 Der Antragsgegner habe es vergaberechtswidrig unterlassen, das Angebot der Beigeladenen und das zweitplatzierte Angebot auszuschließen, da diese gegen zwingend zu beachtende Kalkulationsvorgaben (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV) verstoßen hätten. Der Antragsgegner habe durch die Gestaltung der Vergabeunterlagen und die Nachrichten vom 12.7.2019 und 22.7.2019 die klare Vorgabe gemacht, dass die Position des Objekt-

leiters auf Basis des RTV zu kalkulieren sei. Diese Vorgabe hätten das erst- und zweitplatzierte Angebot nicht erfüllt. Jedenfalls sei das Vertrauen der Antragstellerin auf diese Kalkulationsgrundlage zu schützen. Insbesondere die Antwort des Antragsgegners vom 22.7.2019 auf ihre Anfrage vom 19.7.2019 sei eindeutig und lasse keinen anderen Schluss zu, als dass auch für die Kalkulation des Objektleiters der RTV anzuwenden sei. Die Interpretation durch die Vergabekammer sei nicht nachvollziehbar und gehe bei Weitem über den Wortlaut der Nachricht hinaus. Jedenfalls könne nicht verlangt werden, dass ein verständiger Bieter zu den Überlegungen komme, wie sie die Vergabekammer angestellt habe. Wenn auf die Frage des Bieters zu den anzuwendenden Kalkulationsgrundlagen mit „Tariflohn inkl. der gesetzlichen und notwendigen Lohnnebenkosten“ geantwortet werde, werde der Bieter ganz überwiegend auch den Tariflohn inkl. der gesetzlichen und notwendigen Lohnnebenkosten zugrunde legen. Jedenfalls sei das Vertrauen des Bieters auf diese Annahme zu schützen, da dem Auftraggeber eine klare und unmissverständliche Kommunikation obliege. Dies gelte besonders im Bereich der Gebäudereinigung, da hier eine große Angebotsdichte herrsche, bei der eine höhere Kalkulationsuntergrenze schwerwiegende Folgen habe.

- 51 Auch die entgegen der Annahme der Vergabekammer zulässige Rüge der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch die Nichtübersendung der Antwort der Vergabestelle vom 22.7.2019 an die anderen Bieter sei begründet. Dieses Vorgehen verstößt gegen die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung. Dieser Verstoß habe erhebliches Gewicht, da der mitgeteilte Inhalt unmittelbare Auswirkungen auf das Verständnis der Angebotskalkulation und damit auch die Aussichten auf die Zuschlagserteilung hätten, da die Antwort klarstelle, dass die Stundenverrechnungssätze des Objektleiters unter Beachtung des Tariflohns und der gesetzlichen Lohnnebenkosten zu kalkulieren seien. Da nur sie, die Antragstellerin, diese Antwort erhalten habe, habe sie durch ihre Kalkulation einen schwerwiegenden Wettbewerbsnachteil erlitten, der ihr faktisch die Aussicht auf die Zuschlagserteilung genommen habe.
- 52 Die Antragstellerin beantragt,
den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen vom 22.7.2020, AZ. 69d VK - 33/2019 aufzuheben und den Antragsgegner zu verpflichten, das streitgegenständliche Verfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zurückzuversetzen und unter Beachtung der Rechtssauflösung des Senats fortzuführen;
- 53 die Hinzuziehung der Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
- 54 Der Antragsgegner beantragt,
die sofortige Beschwerde zurückzuweisen,
- 55 die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner für notwendig zu erklären.
- 56 Der **Antragsgegner** verteidigt die angegriffene Entscheidung und wiederholt und vertieft sein Vorbringen.
- 57 Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig.

- 58 Es fehle die Antragsbefugnis der Antragstellerin gemäß § 160 Abs. 2 GWB, da das Angebot der Antragstellerin nicht erst- oder zweitplaziert und eine Verschlechterung der Zuschlagschancen nicht erkennbar sei.
- 59 Ihre Rüge, das Antwortschreiben des Antragsgegners vom 22.7.2019 hätte den anderen Bieter übermittelt werden müssen, sei verspätet erfolgt (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB). Die Antragstellerin habe diesen Punkt etwa 5 Wochen nach Zugang des Antwortschreibens vom 22.7.2019 ohne anwaltliche Beratung selbst erhoben. Dies belege, dass sie als erfahrene Bieterin bereits zuvor eine positive Vorstellung von den tatsächlichen Umständen und dem vermeintlichen Verstoß gegen Vergabevorschriften gehabt haben müsse, zumal sich diese Frage bereits aus der Laiensphäre aufgedrängt habe. Es sei daher anzunehmen, dass sie fünf Wochen „die Füße stillgehalten habe“ und erst auf die für sie ungünstige Vorabinformation vom 26.8.2019 hin die Rüge erhoben habe.
- 60 Die weitere Rüge, die Zuschlagskriterien seien intransparent, da die Grundlage für die Kalkulation der Stundenverrechnungssätze für den Objektleiter nicht erkennbar gewesen sei, sei vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gar nicht erhoben worden. Dies gelte auch für die Rüge, das Schreiben vom 22.7.2019 habe bei der Antragstellerin eine Fehlvorstellung begründet. Die letztgenannte Rüge sei nicht Gegenstand des Rügeschreibens vom 28.8.2019, in dem die Antragstellerin lediglich geltend gemacht habe, die Beladenen habe entgegen den Vorgaben den Lohn des Objektleiters nicht nach dem RTV kalkuliert.
- 61 Jedenfalls sei der Antrag unbegründet.
- 62 Der Antragsgegner habe keine Vorgabe gemacht, ob der Lohn des Objektleiters nach dem RTV zu kalkulieren sei; der Umfang der Geltung des Tarifvertrags sei vielmehr von dem Bieter zu prüfen.
- 63 Der Objektleiter sei kein gewerblicher Arbeitnehmer, da er keine Reinigungstätigkeit ausübe. Er übernehme organisatorische Funktionen und sei dem kaufmännischen Bereich zuzuordnen. Er unterfalle daher nicht dem RTV.
- 64 Das Schreiben des Antragsgegners vom 12.7.2019 verhalte sich lediglich zur Anwendbarkeit des RTV trotz Kündigung und sei für die Frage irrelevant, ob der RTV für die Kalkulation des Lohns des Objektleiters zugrunde zu legen sei.
- 65 Dem Schreiben vom 22.7.2019 komme für die Frage, wie der Lohn des Objektleiters zu kalkulieren sei, keine Relevanz zu. Die Antragstellerin habe gerade nicht gefragt, ob der Objektleiter nach dem RTV kalkuliert werden müsse. Gegenstand der Frage sei alleine gewesen, ob im Stundenverrechnungssatz für den Objektleiter der Tariflohn mit oder ohne gesetzliche und notwendige Lohnnebenkosten einzutragen sei. Nur diese Frage habe der Antragsgegner richtig beantwortet.
- 66 Der Antragsgegner habe bei Beantwortung der Frage auch berücksichtigen dürfen, dass es sich bei der Antragstellerin ausweislich der Vielzahl der Ausschreibungen, an denen sie sich beteiligt habe, um einen überdurchschnittlich erfahrenen Bieter handele, der über überdurchschnittliches Fachwissen bei der Kalkulation von Reinigungsleistungen verfüge. Es habe daher keine Veranlassung bestanden, die Frage im Schreiben vom 19.7.2019 über ihren Wortlaut hinaus auszulegen oder zu hinterfragen. Der Antragsgegner habe zugrunde legen dürfen, dass es der Antragstellerin bekannt war, dass der Ob-

- jektleiter nicht nach dem RTV kalkuliert werden müsse. Hätten Unsicherheiten bestanden, hätte die Antragstellerin diese durch eine entsprechende Frage aufklären müssen. Es sei umgekehrt dem Antragsgegner aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz untersagt, einen Bieter auf die Möglichkeit einer günstigeren Kalkulation hinzuweisen.
- 67 Der Antragsgegner habe das Antwortschreiben vom 22.7.2019 nicht an die anderen Bieter weiterleiten müssen. Die Frage der Antragstellerin habe diese speziell betroffen, da sie ausweislich ihres Schreibens vom 19.7.2019 der Kalkulation für den Objektleiter den Tariflohn habe zugrunde legen wollen.
- 68 Die Kalkulationsgrundlagen seien hinreichend transparent gewesen. Gesetze seien einzuhalten. Darüber hinaus gehende Vorgaben habe der Antragsgegner nicht gemacht, um die Kalkulationsfreiheit der Bieter zu wahren.
- 69 Die **Beigeladene** verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer und wiederholt und vertieft ihr Vorbringen. Die Vergabekammer habe die Rügen der Antragstellerin zu Recht zurückgewiesen.
- 70 Der Antrag sei bereits unzulässig, da die Antragstellerin, deren Angebot an dritter Stelle liege, jedenfalls nicht in ihren Rechten verletzt sei.
- 71 Die Rüge sei auch unbegründet. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich klar und eindeutig, dass der Stundensatz des Objektleiters nicht zwingend nach dem RTV zu kalkulieren sei. Dies habe sich weder aus Ziffer 7 der „Ergänzung der Angebotsaufforderung“ noch aus dem Schreiben des Antragsgegners vom 12.7.2019 ergeben, das sich nur mit der Problematik der Kündigung des RTV zum 31.7.2019 beschäftigt habe.
- 72 Auch aus dem Schreiben vom 22.7.2019 auf die Nachfrage der Antragstellerin ergebe sich dies nicht. Die Frage nach den Lohnnebenkosten sei überflüssig gewesen, da sich aus den Unterlagen ergeben habe, dass der Bieter auch Sozialversicherungsabgaben zu leisten habe, die dann auch bei der Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes zu berücksichtigen seien. Es habe sich daher um eine „Fangfrage“ gehandelt, mit der die Antragstellerin dem Antragsgegner eine Antwort habe entlocken wollen, die es ihr ermöglichen sollte, die Ausschreibung zu torpedieren, wenn sie selbst nicht den Zuschlag erhalten solle. Dies sei treuwidrig.
- 73 Der Antragsgegner habe mit der Antwort vom 22.7.2019 nach der objektiven klaren Auslegung nicht zum Ausdruck gebracht, dass der Stundenlohn auf der Basis des RTV zu kalkulieren sei. Die Antwort betreffe nur die Berücksichtigung der Lohnnebenkosten. Messe man der Antwort vom 22.7.2019 weitergehenden Inhalt zu, gebe man der Vergabestelle gleichsam auf, jede mögliche Bieteranfrage und Antwort akribisch darauf zu prüfen, in welcher Weise diese theoretisch ausgelegt werden könne, was kaum ohne Einholung rechtlicher Beratung geschehen könne.
- 74 Der RTV sei auch auf den Objektleiter nicht anwendbar, da dieser technischer Angestellter sei. Er übe nicht die Tätigkeiten gemäß § 1 Abschnitt II RTV aus. Dementsprechend werde seine Tätigkeit auch nicht von den in § 8 Nr. 3 des RTV genannten Lohngruppen erfasst. Dem entspreche auch die Leistungsbeschreibung mit der Definition des dem Objektleiter obliegenden Tätigkeiten.
- 75 Die Rüge des Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot sei bereits präkludiert. Die Antragstellerin sei durch die Nichtübersendung der Antwort an die anderen Bieter bereits

nicht benachteiligt worden. Die Auskunft habe nicht weitergeleitet werden müssen, da sich die Antwort der Frage bereits eindeutig aus den Vergabeunterlagen ergeben habe.

- 76 Die Beigeladene beantragt,
die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;
- 77 die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene für notwendig zu erklären und der Antragstellerin auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beigela denen aufzuerlegen.
- 78 Der **Senat** hat durch Beschluss vom 1.9.2020 die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer einstweilen bis zur endgültigen Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung verlängert. Durch Beschluss vom 15.9.2020 hat der Senat die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer bis zur endgültigen Entscheidung in der Hauptsache verlängert (Bl. 383f. d.A.).
- 79 II.
Auf das vorliegende Verfahren sind die §§ 97ff. GWB in der ab dem 18.4.2016 gültigen Fassung anwendbar (§ 186 Abs. 2 GWB).
- 80 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, die alleine Los 1 des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens betrifft, ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelebt und begründet worden; sie hat auch in der Sache Erfolg.
- 81 1. Die Rüge der Antragstellerin, der Antragsgegner habe durch die Beantwortung der Frage vom 19.7.2019 durch sein Schreiben vom 22.7.2019 jedenfalls die Einschätzung der Antragstellerin bestätigt, dass der Kalkulation der Stundenverrechnungssätze auch für den Objektleiter der RTV zugrunde gelegt werden müsse, obwohl nach Einschätzung des Antragsgegners eine solch zwingende Anwendbarkeit nicht bestanden habe, ist zulässig (hierzu unter a)) und begründet (hierzu unter b)).
- 82 a) Der Nachprüfungsantrag ist insoweit zulässig.
- 83 Die Antragstellerin ist antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB), auch wenn ihr Angebot nach der Wertung lediglich auf dem dritten Rang liegt. Sie hat durch die Abgabe des Angebots ihr Interesse an der Auftragsvergabe zum Ausdruck gebracht. Sie macht auch eine Verletzung eigener Rechte geltend, wodurch ihr ein Schaden zu entstehen droht. Denn sie hat vorgetragen, dass sie durch das Schreiben des Antragsgegners vom 22.07.2019 in ihrer - nach Auffassung des Antragsgegners fehlerhaften - Vorstellung bestärkt worden sei, bei der Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes des Objektleiters dem RTV zu unterliegen. Hierdurch habe sie einen erheblichen Nachteil bei der Angebotskalkulation erlitten und ihr sei faktisch die Aussicht auf die Zuschlagserteilung versperrt worden. Damit ergibt sich, dass sie bei einer abweichenden Antwort auf ihre Anfrage vom 19.7.2019 ggf. ein anderes Angebot abgegeben und einen besseren Rang erreicht hätte, mithin in ihren Rechten verletzt wurde.
- 84 Mit dieser Rüge ist die Antragstellerin nicht präkludiert. Auf das Informationsschreiben des Antragsgegners vom 26.8.2019 hat die Antragstellerin bereits am 28.8.2019 Folgendes gerügt: Die Beigeladene habe bei Kalkulation der Stundenverrechnungssätze die Vorgaben des RTV und der gesetzlichen Vorgaben nicht eingehalten. Insbesondere er-

- gebe sich, dass die Beigeladene bei dem von ihr kalkulierten Stundenverrechnungssatz die Lohnnebenkosten nicht berücksichtigt habe. Dass dies erforderlich sei, habe der Antragsgegner auf die Bieteranfrage der Antragstellerin vom 19.7.2019 am 22.7.2019 ausdrücklich schriftlich mitgeteilt. Er habe mitgeteilt, dass unter Fragetitel 1.5 für den Objektleiter der Tariflohn inklusive der gesetzlichen Lohnnebenkosten einzutragen sei.
- 85 Hiermit hat die Antragstellerin nicht nur gerügt, dass die Beigeladene die Stundenverrechnungssätze des Objektleiters nicht nach dem RTV kalkuliert habe. Aus der Rüge geht auch klar hervor, dass diese Kalkulation (nicht entsprechend dem RTV) nicht den gesetzlichen Vorgaben entspreche, was der Antragsgegner ihr, der Antragstellerin, durch das Schreiben vom 22.7.2019 so mitgeteilt habe.
- 86 So hat der Antragsgegner ausweislich des Nichtabhilfeschreibens vom 16.9.2016 (Bl. 2283f. VergKA) die Rüge auch verstanden. Hier führt er aus, dass die Beigeladene nicht verpflichtet gewesen sei, der Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes des Objektleiters den RTV zugrunde zu legen. In diesem Zusammenhang weist er darauf hin, dass hieran auch die Beantwortung der Frage der Antragstellerin vom 19.7.2019 durch sein Schreiben vom 22.7.2019 nichts ändere. Denn in diesem Schreiben sei nur mitgeteilt worden, dass unter dem genannten Fragetitel der Tariflohn inklusive Lohnnebenkosten einzutragen seien. Hierbei sei er, der Antragsgegner, davon ausgegangen, dass die Antragstellerin den RTV kenne, daher gewusst habe, dass der Objektleiter nicht dem RTV unterliege und damit die Wahl der Kalkulationsgrundlage ihrer freien Entscheidung unterliege, von der sie Gebrauch gemacht habe. Damit war Gegenstand der Rüge der Antragstellerin auch nach dem Verständnis des Antragsgegners die Frage, ob seinem Antwortschreiben vom 22.7.2019 auch eine Aussage dazu zu entnehmen war, ob der Objektleiter dem RTV unterfällt.
- 87 b) Die Rüge der Antragstellerin hat in der Sache Erfolg, weil sie durch den missverständlichen Hinweis des Antragsgegners im Schreiben vom 22.7.2019 gegenüber den anderen Bietern benachteiligt wurde (§ 97 Abs. 2 GWB).
- 88 Dies gilt auch, wenn die Tätigkeit des Objektleiters im streitgegenständlichen Auftragsverhältnis bereits auf der Grundlage der Regelungen des RTV diesem nicht unterfällt, weil es sich bei dem Objektleiter nicht um einen gewerblichen Arbeitnehmer iSv § 1 Abs. 3 des RTV handelt. Dies gilt ferner auch dann, wenn man nicht annimmt, dass der Antragsgegner - unabhängig von der Geltung des RTV - durch die Vergabeunterlagen und das den Bietern übermittelte Antwortschreiben vom 12.7.2019 verbindlich vorgegeben hat, dass der Kalkulation der Stundenverrechnungssätze sämtlicher eingesetzter Mitarbeiter der RTV zugrunde zu legen sei.
- 89 Denn wenn - wie der Antragsgegner und die Beigeladene geltend macht - für die Kalkulation der Stundenverrechnungssätze des Objektleiters nicht zwingend der RTV zugrunde zu legen ist, hätte der Antragsgegner die Antragstellerin nicht in ihrer aus der Frage vom 19.7.2019 ersichtlichen entgegenstehenden Vorstellung bestärken dürfen.
- 90 Aus dem Schreiben vom 19.7.2019 ergibt sich, dass die Antragstellerin davon ausging, dass der Kalkulation des an dieser Stelle (Fragetitel 1.5) abgefragten Stundenverrechnungssatzes des Objektleiters der RTV und damit „Tariflohn“ zugrunde zu legen war. Die Bezugnahme der Antragstellerin auf den Tariflohn an dieser Stelle kann nicht dahin verstanden werden, dass die Antragstellerin lediglich gezeigt hätte, dass sie im Rahmen der Kalkulationsfreiheit entschieden hätte, der Kalkulation des Lohns des Objektleiters frei-

willig den RTV zugrunde zu legen: Nach ihrer Frage kam für sie ausschließlich die Eintragung des Tariflohns mit Nebenleistungen oder des Tariflohns ohne Nebenleistung in Betracht („Ist ... Tariflohn oder Tariflohn inkl. ...der Lohnnebenkosten einzutragen?“). Hätte sie nicht die zwingende Anwendung des RTV angenommen, hätte es weitaus nähergelegen, bei der Fragestellung über die Berücksichtigungspflicht der Lohnnebenkosten nicht auf den „Tariflohn“ sondern den „Lohn“ abzustellen. Es bestand aus Sicht des Antragsgegners kein Anlass für die Annahme, dass die Antragstellerin bereits in diesem Zeitpunkt und in diesem Zusammenhang von einer - unterstellten - Kalkulationsfreiheit Gebrauch gemacht hätte.

- 91 Der Antragsgegner bestärkte durch seine Antwort, die - nach seiner Auffassung - unzutreffende Vorstellung der Antragstellerin. Denn die Antwort: „Unter Fragetitel 1.5 ist der Tariflohn inkl. der Lohnnebenkosten einzutragen“ musste auch bei einem verständigen Bieter den Eindruck erwecken bzw. verstärken, dass der Tariflohn für den Objektleiter zwingend zugrunde zu legen ist. Wollte - wie der Antragsgegner geltend macht - er hiermit lediglich die Antwort auf die Frage der Berücksichtigungspflichtigkeit der Lohnnebenkosten beantworten, hätte er ohne weiteres in der Antwort auf die Pflicht zur Eintragung des „Lohns inkl. der ... Lohnnebenkosten“ abstellen können. Bestand damit für die Beantwortung der Frage nicht die Notwendigkeit, auf den Tariflohn abzustellen, war die Verwendung des Begriffs „Tariflohn“ in der Antwort des Antragsgegners für den verständigen Bieter dahin zu verstehen, dass auf den Tariflohn (inklusive Lohnnebenkosten) abzustellen ist.
- 92 Ohne Erfolg macht die Beigedane geltend, es sei treuwidrig, dass die Antragstellerin die Vergaberechtswidrigkeit aus der Beantwortung ihrer Frage vom 19.7.2019 herleiten wolle, da die Einbeziehung der Lohnnebenkosten selbstverständlich gewesen sei und die Frage daher nur dazu gedient habe, der Antragstellerin eine Antwort zu entlocken, die es ihr ermöglichen sollte, die Ausschreibung zu torpedieren, wenn sie selbst nicht den Zuschlag erhalten solle. Hinreichende Anhaltspunkte für eine „Fangfrage“ der Antragstellerin liegen nicht vor. Dies könnte man nur feststellen, wenn die Antragstellerin schon vorher positiv wusste, dass der Objektleiter nicht den Bestimmungen des RTV unterlag. Dafür liegen auch angesichts ihres Vortrags im Schriftsatz vom 13.10.2020 keine konkreten Anhaltspunkte vor. Im Übrigen spricht gegen eine „Fangfrage“, dass die Antragstellerin bei Absendung ihrer Anfrage nicht wissen konnte, wie der Antragsgegner damit verfahren würde und ob er seine Antwort nicht auch an die anderen Bieter senden würde, um eine Aufklärung dieser Fragestellung gegenüber dem gesamten Bieterkreis zu bewerkstelligen.
- 93 2. Das Ausschreibungsverfahren ist ab dem Zeitpunkt zu wiederholen, zu dem sich der Mangel ausgewirkt hat. Da der Antragstellerin mitgeteilt wurde, dass sie der Kalkulation des Lohns des Objektleiters den RTV zugrunde legen müsse, obwohl dies nach der hier vorgebrachten Auffassung des Antragsgegners nicht der Fall ist, ist der Antragsgegner zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren zu Los 1 in den Stand vor Erstellung der Angebote zurückzuversetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu wiederholen.
- 94 3. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens haben der unterlegene Antragsgegner und die Beigedane gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB als Gesamtschuldner nach § 182 Abs. 3 S. 2 GWB zu tragen.

- 95 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten des Eilverfahrens gemäß § 173 GWB werden gemäß §§ 175 Abs. 2 GWB, 78 GWB der Billigkeit entsprechend ebenfalls dem Antragsgegner und der Beigeladenen auferlegt. Sie haben die Kosten nach Kopfteilen, hier hälftig, zu tragen; eine gesamtschuldnerische Haftung findet im Beschwerdeverfahren nicht statt (vergleiche BGH, Beschluss vom 08.02.2011 - X ZB 4/10).
- 96 Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts seitens der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer ist angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Komplexität des Verfahrens für notwendig zu erklären gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB iVm § 80 Abs. 3 S. 2 VwVfG.
- 97 Die Festsetzung des Beschwerdewerts folgt aus § 50 Abs. 2 GKG. Für die optionale Verlängerungszeit ist ebenso 5% der hierauf entfallenden Bruttoauftragssumme zugrunde zu legen, jedoch der sich hieraus ergebende Betrag wegen der Ungewissheit der Ausübung des Optionsrechts um 50% zu reduzieren (BGH, Beschluss vom 18.4.2014 - X ZB 12/13).