
Datum: 05.12.2012
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 29/12
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2012:1205.VII.VERG29.12.00

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Detmold vom 10. Juli 2012, VK.2 -14/11, aufgehoben. Der Antragsgegnerin wird im Vergabeverfahren betreffend „Unterhalts- und Glasreinigung an der Universität X...“ ein Zuschlag untersagt.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die den Verfahrensbeteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer entstandenen Aufwendungen trägt die Antragsgegnerin.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war für die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens unter Einschluss der Kosten des Verfahrens gemäß § 118 Abs. 1 S. 3 GWB und die den Verfahrensbeteiligten entstandenen außergerichtlichen Kosten trägt die Antragsgegnerin.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 228.400,- € festgesetzt.

A.	1
Mit Bekanntmachung vom 15. September 2011 schrieb die Antragsgegnerin Dienstleistungen der „Unterhalts- und Glasreinigung an der Universität X...“ in mehreren Losen europaweit im offenen Verfahren aus. Am 13. Oktober 2011 übersandte sie die Vergabeunterlagen für die Lose 1 bis 3 (Unterhaltsreinigung) an die Antragstellerin, bei der die Unterlagen am 17. Oktober 2011 eingingen. Dem Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebots war ein vorformulierter Servicevertrag über die Unterhaltsreinigung beigelegt, der im Aufforderungsschreiben nicht als beigelegte Anlage ausgewiesen war. Mit Schreiben vom 4. November 2011 rügte die Antragstellerin unter anderem mehrere im Servicevertrag vorgesehene Regelungen als vergaberechtswidrig. Des Weiteren bat sie um Mitteilung, ob und gegebenenfalls welche Richtwerte die Antragsgegnerin für die Beurteilung der Auskömmlichkeit der Angebote zugrunde legt. Mit Schreiben vom 8. November 2011 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, den Rügen nicht abzuweichen und die gewünschte Auskunft nicht zu erteilen.	2
Mit Schriftsatz vom 9. November 2011 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag eingereicht. Ein Angebot gab sie nicht ab. Zur Begründung ihres Nachprüfungsantrags hat die Antragstellerin ausgeführt, der von der Antragsgegnerin den Angebotsunterlagen beigelegte Servicevertrag enthalte unzulässige Ausschreibungsbedingungen, die sie in ihren Rechten verletzen. Außerdem verletze die Antragsgegnerin das Transparenzgebot, indem sie bei der Wertung der Angebote eigene Richtwerte für die Beurteilung der Auskömmlichkeit zugrunde zu legen beabsichtige, die sie gegenüber den Bietern nicht offen lege.	3
Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen. Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt, weil ihr die Einreichung eines Angebots zumutbar gewesen sei. Sie könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass der Servicevertrag unzulässige und kalkulationsrelevante Regelungen enthalte, weil dieser nicht Bestandteil der Vergabeunterlagen und als bloßer Entwurf auf die Angebotsabgabe ohne Einfluss sei.	4
Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde. Sie ist der Auffassung, auch ohne Teilnahme an der Ausschreibung durch Einreichung eines Angebots antragsbefugt zu sein. Durch die Übersendung des Servicevertrages mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots habe die Antragsgegnerin zu erkennen gegeben, dass sie auf der Grundlage dieses Vertrages kontrahieren wolle. Damit sei dieser Vertrag unabhängig davon Bestandteil der Vergabeunterlagen geworden, ob er in dem Aufforderungsschreiben ausdrücklich in Bezug genommen werde. Entscheidend sei auf den Empfängerhorizont eines verständigen Bieters abzustellen, der die Übersendung des Vertrages nur als Ausschreibungsbedingung habe verstehen können. Der Servicevertrag enthalte kalkulationsrelevante unzulässige Bedingungen, so dass ihr, der Antragstellerin, die Ausarbeitung eines Angebotes nicht habe zugemutet werden können. Unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vor der Vergabekammer hält die Antragstellerin insbesondere die Verpflichtung zu einer Mitgliedschaft im Innungsverband des Gebäudereinigerhandwerks sowie das Verbot der Einsetzung von Personal nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz oder solcher Mitarbeiter, die nicht sozialversicherungspflichtig sind, für rechtswidrig.	5
Die Antragstellerin beantragt,	6
den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Detmold vom 10. Juli 2012, VK.2 – 14/11, aufzuheben und der Antragsgegnerin zu untersagen, in dem Vergabeverfahren betreffend „Unterhalts- und Glasreinigung an der Universität X...“ einen Zuschlag zu erteilen.	7

Die Antragsgegenerin beantragt,	8
die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.	9
Sie hält die sofortige Beschwerde für unbegründet. Mit zutreffender Begründung habe die Vergabekammer die Antragstellerin für nicht antragsbefugt gehalten. Der Servicevertrag sei nicht Bestandteil der Vergabeunterlagen und unverbindlich gewesen. Vergaberechtsfehler könnten aus diesem bloßen Regelungsvorschlag nicht hergeleitet werden. Aus demselben Grund sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet. Es liege keine Verletzung des Transparenzgebots vor, weil die Antragsgegnerin ihrer Angebotsprüfung Mindestrichtwerte zugrunde lege und diese den Bietern gegenüber nicht offen lege. Hierbei handele es sich zum Einen um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die sich aus umfangreichen Erfahrungswerten gebildet hätten. Zum anderen dienten die Richtwerte lediglich der internen Prüfung der Auskömmlichkeit der Angebote, die ihrer, der Antragsgegnerin, Beurteilung unterliege und subjektive Rechte der Bieter nicht berühre.	10
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten sowie die Vergabeakten und die Verfahrensakten der Vergabekammer verwiesen.	11
B.	12
Die sofortige Beschwerde ist begründet. Das Vergabeverfahren leidet an Fehlern, die eine Wiederholung des Vergabeverfahrens zumindest von der Angebotsaufforderung an erfordern.	13
I.	14
Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.	15
1.	16
Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, obwohl sie sich nicht mit einem Angebot an der Ausschreibung beteiligt hat. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch die Rüge vom 4. November 2011 und den Nachprüfungsantrag vom 9. November 2011 dokumentiert. Die Vergabekammer hat die Reichweite der Rechtsprechung zur Antragsbefugnis eines Bieters, der kein Angebot eingereicht hat, verkannt, soweit sie die Antragstellerin aufgrund der gerügten Rechtsverstöße nicht gehindert gesehen hat, ein Angebot abzugeben. Der Antragsteller kann von der Ausarbeitung eines Angebots absehen, wenn das Vergabeverfahren wegen der gerügten Rechtsverstöße von einer (teilweisen) Aufhebung oder Zurückversetzung bedroht ist. Unter solchen Umständen ist das Ausarbeiten eines Angebots nutz- und sinnlos und dem Antragsteller deshalb nicht zuzumuten (Senat, Beschluss vom 29.02.2012, VII-Verg 75/11). Die von der Antragstellerin gerügten Vergaberechtsverstöße betreffen grundlegende Rahmenbedingungen ihrer Preiskalkulation, die wesentlicher Bestandteil ihres Angebotes sind, das wertlos ist, wenn ihre Rügen begründet sind.	17
2.	18
Die von der Antragstellerin erhobenen Rügen sind teilweise begründet und führen zu einer Untersagung des Zuschlags.	19
a)	20
	21

Unter Ziffern 6 Satz 1 Buchst. d, 7. Spiegelstrich und 8.2 Abs. 6 des Servicevertragsentwurfs (im Folgenden Servicevertrag) werden (Mindest-) Eignungsanforderungen gestellt, die nach Art. 44 Abs. 2 UA 3 Richtlinie 2004/18/EG und § 7 Abs. 5 Satz 1 EG VOL/A einer förmlichen Bekanntgabe in der EU-Bekanntmachung vom 15. September 2011 bedurft hätten. Nach Ziffer 6 Satz 1 Buchst. d, 7. Spiegelstrich des Servicevertrags, soll der Auftragnehmer dem Innungsverband des Gebäudereinigungshandwerks angehören, und nach Ziffer 8.2 Abs. 6 des Servicevertrags dürfen vom Auftragnehmer nur Mitarbeiter eingesetzt werden, die über ein polizeiliches Führungszeugnis ohne Hinweise auf eine Beteiligung an Straftaten verfügen. Die Vergabebekanntmachung muss Mindestanforderungen konkret bezeichnen und darf sich nicht damit begnügen, auf die Vergabeunterlagen zu verweisen. Ihre erstmalige Bekanntgabe in den Vergabeunterlagen ist unzulässig (Senat, Beschluss vom 23. Juni 2010, VII-Verg 18/19 – juris Tz. 32; Beschluss vom 28. Februar 2008, VII-Verg 57/06 – juris Tz. 40). Entsprechende Forderungen enthält die Bekanntmachung der Antragsgegnerin nicht.

Neben der geforderten Mitgliedschaft in der Berufsinnung handelt es sich auch bei den geforderten polizeilichen Führungszeugnissen um (Mindest-) Eignungsanforderungen, weil die persönliche Integrität von Mitarbeitern die Zuverlässigkeit berührt. Beschäftigt ein Unternehmen unzuverlässiges Personal, kann dies je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls seine eigene Zuverlässigkeit in Zweifel ziehen. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 EG VOL/A ist die Zuverlässigkeit des Bieters ein Merkmal der Eignung. Die Antragsgegnerin hat die polizeilichen Führungszeugnisse sämtlicher einzusetzender Mitarbeiter selber als Eignungsnachweise verstanden, weil sie sich deren Vorlage in ihrem Formblatt „Mindestanforderungen im Rahmen der Eignungsprüfung“, das Bestandteil der Vergabeunterlagen ist, ausdrücklich vorbehalten hat.

22

Entgegen der Auffassung der Vergabekammer und der Antragsgegnerin ist der Servicevertrag Bestandteil der Vergabeunterlagen. Dies ergibt sich aus § 9 Abs. 1 Satz 2 lit. c) EG VOL/A. Dem steht nicht entgegen, dass die schriftliche Aufforderung der Antragsgegnerin zur Abgabe eines Angebots vom 13. September 2011 (Anlage 25) diesen Vertragsentwurf nicht als beigelegte Anlage aufführt und auch im Übrigen nicht erwähnt. Denn er war unstreitig dem Aufforderungsschreiben an die Bieter beigelegt und enthielt die Vertragsbedingungen. Übersendet ein öffentlicher Auftraggeber im offenen Verfahren mit den Angebotsunterlagen einen Vertragsentwurf, ist dieser im Wege der Auslegung von einem verständigen und durchschnittlich erfahrenen Bieter als Ausschreibungsbedingung zu verstehen, denn Verhandlungen über die Auftragsbedingungen sind im offenen Verfahren gemäß § 101 Abs. 2 GWB nicht vorgesehen. Zu Recht weist die Antragstellerin darauf hin, dass zur Beurteilung, welche der übersandten Unterlagen bei der Angebotserstellung als verbindlich zu beachten sind, auf den Empfängerhorizont abzustellen ist (vgl. BGH, Urteil vom 10.06.2008, X ZR 78/07 – juris Tz. 11 ff; Senat, Beschluss vom 20.05.2005, VII-Verg 19/05 - juris Tz. 20; Senat, Beschluss vom 08.02.2005, VII-Verg 199/04 - juris Tz. 11).

23

b)

24

Ungeachtet dessen kann der Auftraggeber Mindestanforderungen an die Eignung nur stellen, wenn sie in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und ihm angemessen sind (Art. 44 Abs. 2 UA 2 Richtlinie 2004/18/EG sowie § 7 Abs. 1 Satz 1 EG VOL/A). Ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem Auftragsgegenstand und der Straffreiheit des Reinigungspersonals kann hier jedoch nicht festgestellt werden. Die Erbringung von Reinigungsarbeiten geht üblicherweise nicht mit einer besonderen Vertrauensstellung einher und fordert kein gesteigertes Maß an Zuverlässigkeit. Sie untersteht zudem der Kontrolle des Arbeitgebers, der in der Gebäudereinigung oftmals eine

25

erhebliche Anzahl von Reinigungskräften zu koordinieren, die vertraglich geschuldete Leistung sicherzustellen und personellen Ausfall umgehend zu kompensieren hat. Der einzelne Mitarbeiter ist in aller Regel zeitnah ersetzbar, so dass seine persönliche Integrität nicht an vorderster Stelle des Leistungsprofils steht. Der generelle Ausschluss vorbestrafter Mitarbeiter durch einen öffentlichen Auftraggeber von einem Auftrag, in dem - wie hier – die persönliche Integrität des einzelnen Mitarbeiters nicht das Leistungsprofil prägt, ist im Gegenteil einer generell anzustrebenden sozialen Re-Integration hinderlich. Gründe, die einen Ausschluss vorbestrafter Mitarbeiter sachlich rechtfertigen könnten, hat die Antragsgegnerin nicht vorgetragen.

c)

26

Das in Ziffer 2 des Servicevertrags enthaltene Verbot, zur Auftragserfüllung von einer Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG vom 7. August 1972 (BGBl. I 1393) Gebrauch zu machen, und das Gebot in Ziffer 8.2 Abs. 2 des Servicevertrags, nur sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen, verstoßen gegen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB, weil ein sachlicher Zusammenhang dieser Vorgaben mit dem Auftragsgegenstand ebenfalls nicht erkennbar ist. Ein öffentlicher Auftraggeber hat zwar bereits auf Grund seiner Verpflichtung zur Wahrung des Allgemeinwohls in besonderem Maße soziale Belange zu beachten und zu fördern. Dies allein reicht jedoch nicht aus, einem Auftragnehmer sozialrelevante, aber arbeitsrechtlich erlaubte Gestaltungsmöglichkeiten zu versagen. Denn die arbeitsrechtlichen und sozialen Belange von geringfügig und zeitlich begrenzt beschäftigten Arbeitnehmern werden durch nationales und europäisches Recht geschützt (vgl. AÜG (BGBl. I 1995, S. 158), AEntG 2009 (BGBl. I 2009, S. 799), Richtlinie 2008/104/EG vom 19. November 2008 (ABl. EU L 327/9), Richtlinie 91/383/EWG vom 29. Juli 1991 (ABl. EU L 206/19) sowie Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 (ABl. EU L 18/1)). Insbesondere durch den gesetzlich festgelegten tariflichen Mindestlohn nach § 3 a Abs. 2 AÜG, Art. 2 lit. f) und Art. 5 RL 2008/104/EG und die durch das Arbeitnehmerentsendegesetz begründete Pflicht des Arbeitgebers, tarifvertragliche Arbeitsbedingungen zu gewähren, § 3 AEntsG, Art. 3 RL 96/71/EG, werden vor allem diejenigen Arbeitnehmer geschützt, die in Gewerbebranchen beschäftigt sind, in denen typischerweise eine Vielzahl auch ungelernter Arbeiter auf Zeit eingesetzt werden. Zu solchen Branchen gehört neben dem Baugewerbe auch das Gebäudereinigerhandwerk. Einen weitergehenden Schutz gebietet der hier zu beurteilende Auftragsgegenstand nicht. Infolge der Versagung arbeitsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten durch die Ausschreibungsbedingungen werden die Bieter nach § 97 Abs. 7 GWB in ihren Rechten verletzt, weil dies Einfluss auf die Preiskalkulation und ihre wettbewerblichen Möglichkeiten hat.

27

Greifen Ausschreibungsbedingungen zudem – wie hier – in rechtlich gewährte Gestaltungsmöglichkeiten von Arbeitsverhältnissen und damit in die Grundlagen der Preiskalkulation der Bieter ein, bedarf dies nach Abschnitt III. 1.4) des auf der Grundlage von Art. 36 Abs. 1, Anhang VII Teil A der RL 2004/18 EG entwickelten Auftragsbekanntmachungsformular der förmlichen Mitteilung. Nach Abschnitt III. 1.4) des Bekanntmachungsformulars sind die rechtlichen Bedingungen für den Auftrag im Einzelnen bekannt zu machen, wenn sie besondere Bedingungen vorsehen. Um solche besonderen Bedingungen handelt es sich hier. Bei Reinigungsdienstleistungen handelt es sich um ein Gewerbe, in dem eine Vielzahl von befristet und auch nur teilweise beschäftigten ungelernten Arbeitern eingesetzt wird. Dem Einkauf von Arbeitsleistung durch Arbeitnehmerüberlassung und –entsendung sowie der sozialversicherungsfreien geringfügigen Beschäftigung kommt bei der Preisbildung deshalb erhebliche Bedeutung zu. Unternehmen, die derartige Arbeitsleistungen sogar überwiegend einkaufen, sind möglicherweise bei umfangreichen

28

Aufträgen nicht in der Lage, eine Leistungserbringung ohne einen solchen Einkauf vorzunehmen. Für sie macht die Beteiligung an einem Wettbewerb, in dem nur eigenes sozialversicherungspflichtiges Personal einzusetzen ist, von vornherein keinen Sinn.

d) 29

Die Rüge, die im Formular „Mindestanforderungen“ geforderte namentliche Benennung der einzusetzenden Objektleiter sei vergaberechtswidrig, hat die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren nicht mehr aufrechterhalten. 30

3. 31

Die weiteren Rügen der Antragstellerin sind hingegen unbegründet. 32

aa) 33

Es stellt keinen Verstoß gegen Vergaberecht dar, dass die Antragsgegnerin zur Prüfung der Preisauskömmlichkeit der Angebote interne Richtwerte festgelegt hat, diese den Bietern aber nicht mitgeteilt hat. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Antragstellerin hat der Berater der Antragsgegnerin (Norddeutsche Facility-Management GmbH - Nord FM) zur Preisauskömmlichkeitsprüfung sog. Reinigungsrichtwerte (oder -grenzwerte) festgelegt, die den Bietern nicht mitgeteilt worden sind. Bei den festgelegten Richtwerten handelt es sich nicht um Zuschlagskriterien, welche einer vorherigen Bekanntgabe durch den öffentlichen Auftraggeber bedürfen (vgl. Art. 53 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG). Ihre Unterschreitung rechtfertigt auch keinen Ausschluss des betreffenden Angebots, sondern verpflichtet den Auftraggeber, zunächst einmal nach § 19 Abs. 6 Satz 1 EG VOL/A über die Seriosität des Angebots aufzuklären (Senat, Beschluss vom 14.11.2012, VII-Verg 42/12; vgl. auch EuGH, Urteil vom 29. März 2012 – C-599/10 – „SAG ELV“, VergabeR 2012, 584 ff.). Das gebotene Zwischenverfahren rechtfertigt, von einer Bekanntgabe der Aufgreifschwelle abzusehen. Eine Mitteilungspflicht ergibt sich auch nicht daraus, dass interne Richtwerte des Auftraggebers auch dazu dienen, die Einhaltung des gesetzlichen Mindestlohns sicherzustellen, weil der gesetzliche Mindestlohn und die Zuschläge den Bietern bekannt und von ihnen im Rahmen der Preiskalkulation ohnehin zu beachten sind. 34

Soweit der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin im Senatstermin ausgeführt hat, eine Pflicht zur Offenlegung der internen Richtwerte ergebe sich aus Gründen der Waffengleichheit, weil diese auf Erfahrungswerten beruhten, die die Antragsgegnerin aus einem langjährigen Dienstleistungsauftrag mit einem Konkurrenten gewonnen habe, dem hierdurch ein Informationsvorsprung verschafft werde, verkennt er die Grenzen, die der Informationspflicht durch das Geheimhaltungsinteresse vorheriger Auftragnehmer gezogen werden. Allein der Umstand, dass ein Mitbewerber vorheriger Auftragnehmer war, versetzt ihn nicht in die Stellung eines Projektanten, der durch eine Vorbefassung mit dem Auftragsgegenstand einen Informationsvorsprung und damit einen Wettbewerbsvorteil erhält, der nur durch die Offenlegung der Informationen behoben werden kann (vgl. EuGH, Urt. V. 03.03.2005, C-21/03 „Fabricom“, juris Tz. 28 ff.). Es liegt vielmehr in der Natur zeitlich befristeter Vergaben von auf Dauer erforderlichen Dienstleistungen, dass der bisherige Auftragnehmer im Falle der Neuausschreibung des Auftrags an den Erfahrungen des ihm zuvor erteilten Auftrages teil hat und diese in eine weitere Teilnahme am Wettbewerb einbringen kann. Zu Gunsten eines auch zukünftig offenen und breit angelegten Wettbewerbs ist dies von den Bietern hinzunehmen. 35

bb) 36

Die Rüge einer unzulässigen, weil ins Ermessen der Antragsgegnerin gestellten und zudem zu gering bemessenen Preisanpassungsklausel, ist ebenfalls unbegründet. Hiermit macht die Antragstellerin ein (unzulässiges) ungewöhnliches Wagnis geltend.	37
Nach Ziffer 14.2 des Servicevertrags kann im Falle einer tariflichen Lohnänderung eine Preisanpassung nur im Einvernehmen beider Vertragsparteien durchgeführt werden. Zudem ist eine Preisanpassung nur um den Anteil der lohngelunden Kosten bis zu einer Höhe von 75 % der Tarifänderung vorgesehen. Die Antragstellerin behauptet, dass der Anteil lohngelundener Kosten tatsächlich 85 % betrage. Abgesehen davon, dass die VOL/A 2009 das frühere Verbot unzulässiger ungewöhnlicher Wagnisse nicht mehr enthält, stellt Ziffer 14.2 des Servicevertrags auch kein solches Wagnis dar.	38
Vor Neufassung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A 2009) war in der bis dahin geltenden Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A 2006) in § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006 vorgesehen, dass dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden darf für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf Preise und Fristen er nicht im Voraus abschätzen kann. In der VOL/A 2009 ist keine mit § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006 vergleichbare Regelung zum ungewöhnlichen Wagnis mehr enthalten (vgl. Senat, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11 – juris Tz. 30; Brauer, Die Behandlung ungewöhnlicher Wagnisse nach der Neufassung der VOL/A, VergabeR 2012, 343 ff.).	39
Es kann offen bleiben, ob bei Vorliegen ungewöhnlicher Wagnisse nach früherer Rechtslage (§ 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006) trotz des Wegfalls des Verbots in der VOL/A 2009 gleichwohl eine unzulässige Risikoübertragung auf den Auftragnehmer dann vorliegt, wenn die Risikoübertragung insbesondere unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Ziels der Mittelstandsförderung nach § 97 Abs. 3 GWB und der Interessen mittelständischer Betriebe unzumutbar ist (vgl. Senat, Beschluss v. 19.10.2011, VII-Verg 54/11, juris Tz. 36 ff.). Denn das dem Auftragnehmer in Ziffer 14.2 des Servicevertrags übertragene Preisänderungsrisiko ist ihm zumutbar, weil er es abschätzen und durch Risikoaufschläge in den Vertragspreis einkalkulieren kann. Tarifänderungen sind in aller Regel an die allgemeine und inflationsbedingte Preisänderung gekoppelt, so dass Risikoaufschläge ebenso wie die ohnehin bei der unternehmerischen Kalkulation zu berücksichtigende allgemeine Preissteigerung von vornherein in einem kalkulatorisch zuverlässigen Rahmen ermittelt werden können. Die Angebote der Bieter bleiben hierdurch vergleichbar. Auch im Übrigen bestehen keine Bedenken gegen die Zumutbarkeit des übertragenen Preisänderungsrisikos. Allein das Vorliegen eines nach früherer Gesetzeslage verbotenen ungewöhnlichen Wagnisses rechtfertigt nicht die Annahme der Unzumutbarkeit (Senat, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11 – juris Tz. 41).	40
cc)	41
Auch durch Ziffer 7 des Servicevertrages wird dem Bieter kein unzumutbares ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet. Es bestehen bereits Zweifel, ob es sich bei einer Massenmehrung von bis zu 15 % im Sinne dieser Regelung um ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne der früheren Rechtslage handelt. Zu Recht weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass es sich bei Ziffer 7 des Servicevertrags nicht um einen Vergütungsausschluss für ein Flächenmaß von bis zu 15 % der Gesamtfläche, sondern um eine Regelung handelt, in der Nachforderungen für ein von den vertraglichen Maßen abweichendes Flächenmaß ausgeschlossen werden sollen. Dem Auftragnehmer bleibt unbenommen, zu Vertragsbeginn das Flächenmaß aufzunehmen und zur Vertragsgrundlage zu machen. Das Risiko eines ungenauen Aufmaßes durch die Antragsgegnerin kann darüber hinaus auch hier durch einen	42

Risikozuschlag kalkuliert und in die Preisbildung einbezogen werden.

dd) 43

Die Rüge, die Leistungsbeschreibung sei unklar, soweit unter Pkt. 2.1 der Einsatz von unproduktiven Vorarbeitern (Aufsicht) in jedem Gebäude über die gesamte Reinigungszeit verlangt werde, ist ebenfalls unbegründet. Denn die Leistungsbeschreibung verlangt von den Bietern nur, dass eine ausreichende Zahl von Vorarbeitern einzusetzen ist, und dass diese von Reinigungsleistungen freizustellen sind, um ihrer Kontrollaufgabe nachkommen zu können, so dass es den Bietern frei steht, wen sie als Vorarbeiter einsetzen wollen. Der Vortrag zu „berufenen“ und „nicht berufenen“ Vorarbeitern ist nicht nachvollziehbar. Einer solchen Unterscheidung bedarf es nach der Leistungsbeschreibung nicht. 44

II. 45

Da die Rügen der Antragstellerin teilweise begründet sind, hat ihr Nachprüfungsantrag Erfolg. Der Antragsgegnerin ist deshalb derzeit eine Zuschlagserteilung zu untersagen. Bei Aufrechterhaltung ihres Beschaffungsvorhabens wird sie unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats das Vergabeverfahren vom Zeitpunkt der Angebotsaufforderung und Versendung der Vergabeunterlagen an zu wiederholen haben. 46

C. 47

Die Entscheidung über die Kosten und Aufwendungen für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer beruht auf § 128 Abs. 4 GWB. Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren ergibt sich aus §§ 78, 120 Abs. 2 GWB. Ein Teilunterliegen der Antragstellerin ist nicht gegeben. Mit dem Beschlusstenor hat sie den wirtschaftlichen Erfolg des Nachprüfungsbegehrens erreicht. 48

Der Streitwertfestsetzung liegt im Schätzweg ein Auftragswert in Höhe von jährlich 1.142.000 € (einschließlich Mehrwertsteuer) sowie eine Vertragsdauer von vier Jahren zugrunde. 49

Dicks Brackmann Barbian 50