

Leitsätze:

1. Aus der Regelung des § 97 Abs. 5 GWB in der Fassung seit 2009 und dem identischen § 2 Abs. 2 VOL/A-EG a. F., der nicht nur einen allgemeinen Programmsatz, sondern ein konkretes Gebot an den öffentlichen Auftraggeber mit einem korrespondierenden, subjektiven Bieterrecht auf Beachtung der Losvergabe enthält, folgt, dass dieses Recht auch größeren Unternehmen zusteht und damit die bieterschützende Funktion einer korrekten Losaufteilung jedem Unternehmen zu Gute kommt.
2. Ein eigenes Angebot ist in der Regel notwendig, um das Interesse am Auftrag nachzuweisen. Allerdings sind wegen des verfassungsrechtlichen Gebots, den Bietern effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, an diese Zulässigkeitsvoraussetzung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Daher ist die Teilnahme am Wettbewerb nicht zwingende Voraussetzung für die Bejahung des Interesses am Auftrag, insbesondere, wenn die ASt vorträgt, durch einen Vergabefehler an der Teilnahme am Wettbewerb gehindert worden zu sein. Dies ist der Fall, wenn sie geltend macht, der Auftrag hätte korrekterweise in kleinere Lose aufgeteilt werden müssen, um überhaupt eine Chance zur Angebotsabgabe zu haben. In solchen Fällen wird das Interesse am Auftrag ausreichend durch eine Rüge gem. § 107 Abs. 3 GWB a. F. und die nachfolgende Stellung des Nachprüfungsantrags dokumentiert.
3. Trotz der Regelung in § 97 Abs. 3 GWB a. F. ist anhand des vom Auftraggeber definierten Bedarfs zu prüfen, ob eine Ausschreibung in Fachlosen erforderlich ist oder nicht. § 97 Abs. 3 GWB a. F. schreibt zwar den Grundsatz der losweisen Vergabe fest, im Einzelfall wird aber vom Auftraggeber keine Trennung des Auftrags in Einzelteile oder eine unwirtschaftliche Zersplitterung des Auftrages verlangt. Der Auftraggeber hat zwar den Grundsatz des Mittelstandes zu beachten, aber nur "vornehmlich", d.h. nicht um jeden Preis, denn als öffentlicher Auftraggeber unterliegt er ebenso den Grundsätzen der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung.
4. Im Hinblick auf das Absehen von einer Fachlosbildung hat sich der Auftraggeber in besonderer Weise mit dem grundsätzlichen Gebot einer Fachlosbildung und den dagegen sprechenden Gründen auseinanderzusetzen. Diese Entscheidung kann von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur beschränkt überprüft werden. Sie ist nur darauf zu überprüfen, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Ermessensfehlbetätigung, namentlich auf Willkür, beruht.

Antragstellerin:
Bevollmächtigte:
.....
(**Antragstellerin - ASt**)

Vergabestelle:
Bevollmächtigte:
.....
(**Vergabestelle - VSt**)

Vergabeverfahren: **Unterhalts-, Grund- und Glasreinigung**

Offenes Verfahren nach § 3 Abs. 1 VOL/A-EG a. F.

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 06.09.2016 durch die Vorsitzende, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €
Auslagen sind nicht angefallen.

S a c h v e r h a l t :

1.

Die VSt schrieb im EU-Amtsblatt vom xx.xx.xxxx in zwei Teillosten die Unterhalts-, Grund- und Glasreinigung für im Offenen Verfahren aus. Eine weitergehende Unterteilung in Fachlose ist nicht erfolgt.

Schlussstermin zur Angebotsabgabe war der xx.xx.xxxx.

Vertragslaufzeit ist lt. Bekanntmachung der 01.08.2016 bis 31.07.2018 mit Option auf dreimalige jährliche Verlängerung (Gesamtlaufzeit maximal fünf Jahre).

2.

Mit Schreiben vom 20.04.2016 rügte die ASt, dass die Lose nicht in die Fachlose „Unterhalts- und Grundreinigung“ einerseits bzw. „Glasreinigung“ andererseits unterteilt seien.

Die ASt sei an der Ausführung der Unterhalts- und Grundreinigungsarbeiten interessiert, aus infrastrukturellen Gründen sei es ihr nicht möglich, die Glasreinigungsarbeiten anzubieten. Daher habe sie weder die Vergabeunterlagen angefordert noch einen Besichtigungstermin vereinbart.

Am 18.04.2016 sei ihr das Hand-Out eines Vergaberechtsseminars zur Kenntnis gelangt, aus dem hervorgehe, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Leistungen in Teillose und Fachlose aufzuteilen seien. Eine sofort veranlasste Rechtsberatung habe ergeben, dass diese Regelung auch nach aktuell anzuwendendem Vergaberecht noch zwingend einzuhalten sei. Die VSt habe durch die fehlende Fachlosbildung gegen geltendes Recht verstoßen mit der Folge, dass sich die ASt bisher nicht habe an der Ausschreibung beteiligen können. Die ASt forderte die VSt auf, Fachlose für Glasreinigung zu bilden. Die ASt würde sich dann in der Lage sehen, ein Angebot für die ausgeschriebenen Unterhalts- und Grundreinigungen einzureichen.

Die VSt hat die Rüge mit Schriftsatz vom 21.04.2016 zurückgewiesen.

§ 2 EG Abs. 2 Satz 3 VOL/A lasse eine zusammengefasste Vergabe bei Vorliegen wirtschaftlicher oder technischer Gründe zu. Diese Gründe seien im vorliegenden Fall gegeben.

3.

Am 06.05.2016 stellte die ASt Nachprüfungsantrag und beantragte,

1. ein Vergabenachprüfungsverfahren einzuleiten und der VSt aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor Vergabebekanntmachung unter Bildung mindestens eines Fachloses Unterhalts- und Grundreinigung zu versetzen,
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
3. der VSt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Gebühren und Auslagen aufzuerlegen,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten der ASt im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens notwendig war.

Der Antrag sei zulässig und begründet.

Die materielle Problemstellung reduziere sich auf den Umstand, ob die VSt berechtigt sei, den Wettbewerb zum Nachteil mittelständischer Unternehmen entscheidend zu verengen und diesen Unternehmen die Möglichkeit der Wettbewerbsteilnahme zu nehmen.

Bereits in § 97 Abs. 3 GWB a. F. sei normiert, dass Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben seien. Mehrere Teil- und Fachlose dürften zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Der Erklärungswert fordere zunächst, dass Teil- und Fachlose zu bilden seien und erst bei wirtschaftlicher oder technischer Notwendigkeit einmal gebildete Lose im Ausnahmefall gemeinsam an ein und denselben Bieter vergeben werden dürften. Im selben Wortlaut sei die Regelung in § 2 EG Abs. 2 VOL/A verfasst. Die VSt gehe damit bereits in ihrer Argumentation fehl, überhaupt keine Fachlose bilden zu müssen. Sie könne bestenfalls bei nachgewiesenem Erfordernis darauf verzichten, einmal gebildete Lose getrennt zu vergeben. Die VSt argumentiere in ihrem Nichtabhilfeschreiben auch lediglich, dass es wirtschaftliche oder technische Gründe gebe, ohne diese zu benennen. Es lägen auch keine Ausnahmetatbestände für den Verzicht auf Fachlosbildung vor, insbesondere würden die Auftragswerte des streitgegenständlichen Verfahrens den Fachlosverzicht nicht rechtfertigen.

4.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 06.05.2016 an die VSt übermittelt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

5.

Mit Schreiben vom 12.05.2016 beantragte die VSt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die ASt.

Die VSt weist darauf hin, dass sie im vergangenen Jahr ein Ausschreibungsverfahren für gleichartige Leistungen durchgeführt habe, wobei die Leistungen getrennt nach Fachlosen ausgeschrieben worden seien. Auf das Fachlos Glasreinigung hätte nur die Hälfte der Bieter ein wertbares Angebot abgegeben, ein Angebot eines Glasreinigers nur auf das Fachlos Glasreinigung sei nicht abgegeben worden. Der nur für das Fachlos Glasreinigung beauftragte Gebäudereiniger habe den Vertrag nach einmaliger Reinigung gekündigt.

Die VSt weist ferner darauf hin, dass nach der Vorkalkulation der auf die Glasreinigung entfallende Anteil nur 3,75% der geschätzten jährlichen Auftragssumme betrage.

Der Antrag sei unzulässig, weil eine Antragsbefugnis der ASt nicht vorliege.

Gem. Ziffer III.1.4 lit. d) der Bekanntmachung sei die Beauftragung von Nachunternehmern ausdrücklich zugelassen. Zudem werde bestritten, dass es der ASt nicht möglich sei, Glasreinigungsarbeiten anzubieten. Die VSt verweist hierzu auf einen Imagefilm der ASt aus dem Internet, in welchem Glasreinigungsarbeiten angeboten würden.

Der Antrag sei auch unbegründet. Die Ausschreibung in zwei Gebietslosen sei sachlich gerechtfertigt.

Gegenüberzustellen seien die Wahrung der Bieterrechte in Form des Schutzes von Mittelstandsunternehmen und das Interesse der VSt, die benötigte Leistung wirtschaftlich zu beschaffen. Im vorliegenden Fall würden die Gründe, die für eine Gesamtvergabe sprächen, überwiegen. Die Aufteilung von Aufträgen in Teil- und Fachlose gem. § 97 Abs. 3 GWB und § 2 EG Abs. 2 VOL/A solle das Auftragsvolumen so vermindern, dass auch mittlere Unternehmen dieses schultern können. Hierbei sei entscheidend, ob die gebildeten Lose für mittelständische Unternehmen zu bewältigen sind, ohne dass überwiegende Teile des Auftrags über Nachunternehmer und Teilleistungs- oder Konsolidierungsaufträge abgewickelt werden müssen. Dagegen müsse das Interesse des Auftraggebers an einer wirtschaftlichen Beschaffung abgewogen werden. Von einer Fachlosvergabe könne der Auftraggeber absehen, wenn es sich um ein sog. Splitterlos handle und die gesonderte Wertung des Loses, der Vertragsschluss und die gesonderte Abwicklung des Vertrags im Verhältnis zu einer Gesamtausschreibung erfahrungsgemäß zu unverhältnismäßig hohem Aufwand führe und damit unwirtschaftlich sei. Der Anteil der Glasreinigungsarbeiten im Vergleich zur Summe des Gesamtauftrags bewege sich bei ca. 3,75 %; von der Rechtsprechung sei ein Wertverhältnis von unter 5 % als Splitterlos angenommen worden. Bei einem separaten Glasreinigungslos mit dem genannten geringen Auftragswert wäre der Aufwand einer gesonderten Ausschreibung, der Vertragsschluss und die Vertragsabwicklung unverhältnismäßig hoch.

Die Ermessensentscheidung der VSt unterliege nur einer eingeschränkten Überprüfbarkeit durch die Vergabekammer. Sachfremde Erwägungen der VSt lägen nicht vor.

6.

Mit Schreiben vom 30.05.2016 bestätigte die ASt, dass sie zwar grundsätzlich befähigt sei, Glasreinigungsarbeiten auszuführen. Dies sei aber nicht entscheidungserheblich. Eine Verpflichtung, unterschiedliche Leistungen stets im Verbund anbieten zu müssen, könne daraus nicht hergeleitet werden. Die Fragestellung müsse sich nach den konkreten Bedingungen

richten. Im vorliegenden Fall sollen jährlich 15.500 m² Glas (beidseitig 31.000 m²) gereinigt werden, die ASt habe ihren Sitz ca. 400 km entfernt von An jährlich ein- oder zweimaligen Glasreinigungsarbeiten in großer Entfernung durch hierfür spezialisierte Mitarbeiter sei die ASt aus Wettbewerbsgründen nicht interessiert und sei auch nicht in der Lage, wettbewerbsfähige Preise zu bilden. Wegen fehlender Infrastruktur vor Ort müsste die ASt in ihrem Preis die An- und Abreisezeiten der Mitarbeiter vollumfänglich nach Glasreiniger-Tarif inkl. Lohnnebenkosten entlohnen sowie Übernachtungskosten der Mitarbeiter nebst Spesen tragen. Damit würde ein Glasreinigungspreis entstehen, der im Wettbewerb nicht zuschlagsfähig sei. Bei der Verknüpfung von Unterhalts- und Glasreinigung würde der Gesamtangebotspreis ebenfalls wegen unverhältnismäßiger Glasreinigungskosten erheblich an Wettbewerbskraft verlieren und die Zuschlagschance der ASt erheblich mindern.

Es sei nicht entscheidungserheblich, was ein Marktteilnehmer fachlich grundsätzlich könne, sondern ob er an einem konkreten Auftrag interessiert sei. Dieses Interesse unterliege nicht dem Bestimmungsrecht der VSt. Auch die Entscheidung, ob sich die ASt eines Subunternehmers bediene, obliege allein der ASt.

Die Betrachtung der VSt zum „Splitterlos Glas“ gehe an der Berücksichtigung von Mittelstandsinteressen vorbei. Es sei üblich, dass bei öffentlichen Gebäuden neben der laufenden Unterhaltsreinigung 1- bis 2-mal jährlich die Fenster gereinigt würden; praktisch gäbe es außer in Glaspalästen keine Gebäude, deren wertmäßiger Glasreinigungsanteil oberhalb von 4 – 5 % liege. Dies ergebe sich aus den deutlich größeren Reinigungsflächen und der häufigeren Putzfrequenz bei Raum- und Sanitärreinigungen. Im Ergebnis würde der Betrachtungsansatz der VSt dazu führen, dass die Glasreinigung praktisch immer eine Splitterlos wäre, welches unter Verzicht auf Wirtschaftlichkeitsbetrachtung und der Berücksichtigung von Mittelstandsinteressen nicht als Fachlos ausgeschrieben werden müsste.

Der Betrachtungsansatz könne nur der absolute Auftragswert sein, der sich über die Vertragslaufzeit inkl. Optionen schon bei einmaliger jährlicher Glasreinigung auf fast xx.000 € absoluten Auftragswert hochrechne.

Nach § 97 Abs. 3 GWB a. F. i.V.m. § 2 EG Abs. 2 VOL/A rechtfertige allein das Vorliegen technischer und wirtschaftlicher Notwendigkeiten den Verzicht auf Fachlosvergabe. Die VSt habe nicht ansatzweise Gründe für die Unwirtschaftlichkeit der Bildung eines Glasloses vorgebracht.

Auf die weiteren Ausführungen im Schriftsatz vom 27.05.2015 wird verwiesen.

7.

Die Vergabekammer hat die Fünf-Wochen-Frist des § 113 Abs. 1 S. 1 GWB a. F. bis zuletzt 23.09.2016 verlängert.

8.

Mit Schriftsatz vom 08.06.2016 trägt die VSt vor, sie gehe nicht davon aus, dass Splitterlose per se nicht als Fachlos auszuschreiben seien. Bei ihrer Entscheidung, die Glasreinigungsarbeiten nicht als gesondertes Fachlos auszuschreiben, sei nach sorgfältiger Abwägung entschieden worden, dass in diesem Einzelfall überwiegende Gründe für eine Gesamtvergabe sprächen. Nach Erfahrung der VSt bestehe im hiesigen Bereich kein Markt für spezialisierte und mittelständische Glasreinigungsunternehmen, die Interesse an Glasreinigungsarbeiten in hätten. Dies werde belegt durch die praktische Erfahrung der VSt in den Jahren 2014 und 2015, als bei Ausschreibungen für Grund-, Unterhalts- und Glasreinigungen in jeweils die Fachlose Glasreinigung gebildet worden seien. Im Jahr 2014 habe sich lediglich eine Glasreinigungsfirma aus Oberbayern beworben, die den Auftrag erhalten habe, aber im darauffolgenden Jahr kein Gebot mehr abgegeben habe. Bei der Ausschreibung im Jahr 2015 sei kein einziges Angebot eines spezialisierten Glasreinigungsunternehmens abgegeben worden. Das Unternehmen, welches zwar auf alle Fachlose ein Angebot abgegeben habe, aber nur für das Fachlos Glasreinigung den Zuschlag erhalten habe, habe den Vertrag vorzeitig nach nur einmaliger Durchführung der Glasreinigungsarbeiten beendet.

Im Unterschied zu sonstigen öffentlichen Gebäuden sei bei der Reinigung von die nur einmal im Jahr stattfindende Glasreinigung für spezialisierte Glasreinigungsunternehmen nicht attraktiv. Die Durchführung müsse innerhalb einer sehr kurzen Zeitspanne mit erhöhtem Personalbedarf erledigt werden, den das Unternehmen in der Regel nicht durch eigenes Personal decken könne. Erschwerend komme hinzu, dass in auch das Reinigungspersonal Urlaubsansprüche geltend mache.

Die ASt sei in ihrer Fähigkeit, sich an der Ausschreibung zu beteiligen, nicht eingeschränkt. Die VSt sei gehalten, ihre Leistungen wirtschaftlich zu vergeben, und nicht, jede Ausschreibung so zuzuschneiden, dass bestimmte Wirtschaftsteilnehmer und deren einzelwirtschaftliche Interessen bedient würden. Die VSt habe insoweit in zulässiger Weise von ihrem Leistungsbestimmungsrecht Gebrauch gemacht.

Auf den Schriftsatz der VSt vom 08.06.2016 wird verwiesen.

9.

Mit Schreiben vom 16.06.2016 trägt die ASt vor, dass keine hinreichenden Gründe für eine wirtschaftliche und technische Notwendigkeit des Verzichts auf Fachlosvergabe vorlägen. Ein belastbarer Nachweis dafür habe von der VSt nicht geführt werden können. Auf die weiteren Ausführungen der ASt hierzu im Schriftsatz vom 16.06.2016 wird verwiesen.

10.

Die ASt hat sich mit Schreiben vom 20.06.2016 mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Die VSt hat mit Schriftsatz vom 23.06.2016 mitgeteilt, dass mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung kein Einverständnis besteht, und sich zum Schriftsatz der ASt vom 16.06.2016 geäußert. Diesbezüglich wird auf den Schriftsatz verwiesen.

11.

Mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 22.08.2016 beantragte die VSt ergänzend zum Antrag vom 12.05.2016:

1. hilfsweise festzustellen, dass die Antragsgegnerin nicht in ihren Rechten verletzt ist,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Gebühren und Auslagen der Antragsgegnerin ,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Sie führte aus, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Die ASt könne sich nicht auf § 97 Abs. 3 GWB a. F. bzw. § 2 Abs. 2 VOL/A-EG a. F. berufen, weil diese Vorschriften für sie nicht bieterschützend seien. Sie dienten dem Schutz des Mittelstands. Die ASt sei nicht als mittelständisches Unternehmen aufzufassen.

Die ASt sei auch nicht antragsbefugt, da ihr kein Schaden drohe. Um von einem Schaden bedroht zu sein, müsste sie eine realistische Chance gehabt haben, den Zuschlag zu erhalten. Eine solche Chance habe jedoch nie bestanden, da die ASt kein Angebot abgegeben hatte.

Die Antragsbefugnis entfalle außerdem, weil die ASt kein Interesse an dem Auftrag habe. Auch dies äußere sich dadurch, dass sie kein Angebot eingereicht hat.

Schließlich habe die ASt auch nicht unverzüglich gem. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a. F. gerügt. Die Verfahrensrüge am 20.04.2016 sei nach der Auftragsbekanntmachung am 19.02.2016 präkludiert.

Der Nachprüfungsantrag sei überdies auch unbegründet. § 97 Abs. 3 GWB a. F. habe die Stärkung des Mittelstands im Blick, sei jedoch durch solche schutzwürdigen Interessen des öffentlichen Auftraggebers begrenzt, die er nur in Gestalt einer Gesamtvergabe erreichen kann. Die VSt habe zwei Teillose gebildet. Die ASt habe keinen Anspruch darauf, dass die VSt solche Lose wählt, die in ihr betriebliches Konzept passen. Ein öffentlicher Auftraggeber

müsse einen Auftrag nicht getrennt nach Teil- und Fachlosen vergeben, sondern kann den öffentlichen Beschaffungsbedarf und die Art und Weise, wie dieser gedeckt werden soll, selbst bestimmen. Am Auftrag interessierte Unternehmen hätten sich darauf einzustellen. Es bestehe auch kein eigener Angebotsmarkt für Glasreinigungsarbeiten. Die VSt habe von der Bildung eines Fachlosen Glasreinigung absehen dürfen. Die Behauptung der ASt, nur an der Unterhalts- und Grundreinigung interessiert zu sein, könne nicht überzeugen. Die ASt könne am Wettbewerb als Hauptbieter bzw. in einer Bietergemeinschaft oder als Unterauftragnehmer teilnehmen. Sie müsse selbst entscheiden, ob sie an einem Vergabewettbewerb teilnehmen wolle. Das Leistungsbestimmungsrecht stehe aber der VSt zu. Wegen des Umfangs der ausgeschriebenen Reinigungsarbeiten sei ferner von einem Splitterlos auszugehen. Es seien nur einmal jährlich 15.500 m² Glasfläche zu reinigen. Dies ergebe bei einem von der ASt zugrunde gelegten Preis von ca. x,xx €/m² Glas eine Auftragssumme von x.xxx Euro für Los 1 und x.xxx Euro für Los 2. Der Leistungsbedarf der VSt weise keinen bedeutenden Umfang auf. In der Beschaffungspraxis sei die Glasreinigung im ...bereich nicht Gegenstand eigenständiger Fachlosvergaben.

Im Übrigen wird auf den Schriftsatz nebst Anlagen verwiesen.

12.

Auf den Schriftsatz der ASt vom 31.08.2016 und den Schriftsatz der VSt vom 05.09.2016 wird verwiesen.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Bei den ausgeschriebenen Reinigungsleistungen handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 GWB a. F..
- c) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB a. F..
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert (§ 100 Abs. 1 GWB a. F.).

- e)** Die ASt hat ein Rechtsschutzbedürfnis. Soweit die VSt vorträgt, dass die ASt nicht vom Schutzzweck des § 97 GWB a. F. erfasst sei, weil ihr die Eigenschaft eines mittelständischen Unternehmens fehle, überzeugt dies nicht. Aus der Regelung des § 97 Abs. 5 GWB in der Fassung seit 2009 und dem identischen § 2 Abs. 2 VOL/A-EG a. F., der nicht nur einen allgemeinen Programmsatz, sondern ein konkretes Gebot an den öffentlichen Auftraggeber mit einem korrespondierenden, subjektiven Bieterrecht auf Beachtung der Losvergabe enthält, folgt, dass dieses Recht auch größeren Unternehmen zusteht und damit die bieterschützende Funktion einer korrekten Losaufteilung jedem Unternehmen zu Gute kommt (VK Köln, B. v. 06.03.2012, Az.: VK VOL 45/2011).
- f)** Die ASt ist auch antragsbefugt, da sie ihr Interesse am Auftrag hinreichend zum Ausdruck gebracht hat.
- Zwar hat sie kein eigenes Angebot abgegeben. Ein solches ist in der Regel notwendig, um das Interesse am Auftrag nachzuweisen (vgl. VK Düsseldorf, B. v. 15.08.2008, Az.: VK.18/2008-L). Allerdings sind wegen des verfassungsrechtlichen Gebots, den Bietern effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, an diese Zulässigkeitsvoraussetzung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (OLG München, B. v. 19.07.2012, Az.: Verg 8/12). Daher ist die Teilnahme am Wettbewerb nicht zwingende Voraussetzung für die Bejahung des Interesses am Auftrag, insbesondere, wenn die ASt vorträgt, durch einen Vergabefehler an der Teilnahme am Wettbewerb gehindert worden zu sein. Dies ist der Fall, wenn sie geltend macht, der Auftrag hätte korrekterweise in kleinere Lose aufgeteilt werden müssen, um überhaupt eine Chance zur Angebotsabgabe zu haben. In solchen Fällen wird das Interesse am Auftrag ausreichend durch eine Rüge gem. § 107 Abs. 3 GWB a. F. und die nachfolgende Stellung des Nachprüfungsantrags dokumentiert (vgl. Herlemann/Thiele in Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 107 GWB Rn. 23).
- Die ASt hat vorliegend die fehlende Fachlosaufteilung mit Schreiben vom 20.04.2016 gerügt sowie Nachprüfungsantrag gestellt und dadurch ihr Interesse am Auftrag auch ohne Angebotsabgabe nachgewiesen.
- g)** Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen. Entgegen der Auffassung der VSt handelt es sich vorliegend nicht um einen Fall des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB a. F., sondern des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB a. F.. Die gerügte fehlende Fachlosaufteilung ist aufgrund der Bekanntmachung erkennbar. Die ASt musste daher spätestens bis Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebots-

abgabe rügen (so auch 2. VK Bund, B. v. 26.07.2013, Az.: VK 2 - 46/13). Dieser Obliegenheit ist sie durch ihre Rüge gegenüber der VSt am 20.04.2016 nachgekommen. Schlusstermin zur Angebotsabgabe war der 21.04.2016.

h) Die Antragsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a. F. ist eingehalten. Nachdem die VSt am 21.04.2016 mitgeteilt hatte, der Rüge nicht abhelfen zu wollen, hat die ASt am 06.05.2016 Nachprüfungsantrag gestellt.

i) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

Die ASt ist in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB a. F. nicht verletzt.

Die VSt hat zu Recht auf eine Ausschreibung der Glasreinigungsarbeiten als eigenständiges Fachlos gegenüber der Grund- und Unterhaltsreinigung an 12gebäuden verzichtet. Die von ihr vorgenommene Losaufteilung ist gerechtfertigt.

a)

Gem. § 97 Abs. 3 GWB a. F. sind Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Aus dieser bieterschützenden Regelung ergibt sich, dass der Gesetzgeber vom Regelfall einer Fachlosvergabe ausgeht. Dadurch sollen vor allem mittelständische Interessen besonderen Schutz erfahren (vgl. Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 14.09.2015, § 97 GWB, Rn. 418).

b)

Bei der Glasreinigung handelt es sich gegenüber der Grund- und Unterhaltsreinigung um ein eigenständiges Fachlos. Ob ein Teilausschnitt einer Tätigkeit als Fachlos aufzufassen ist, bestimmt sich zunächst nach den gewerberechtlichen Vorschriften und der allgemein oder regional üblichen Abgrenzung. Dabei ist auch von Belang, ob sich für spezielle Arbeiten mittlerweile ein eigener Markt herausgebildet hat (OLG Düsseldorf, B. v. 23.03.2011, Az.: Verg 63/10). Für die Reinigungsbranche gilt, dass sie bundesweit flächendeckend konsequent in die Segmente Unterhaltsreinigung und Glasreinigung getrennt ist (vgl. Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 14.09.2015, § 97 GWB, Rn. 439/5).

Eine Fachlosvergabe Glasreinigung konnte daher nicht schon deshalb unterbleiben, weil für diese Dienstleistung kein eigener, von der Unterhalts- und Grundreinigung verschiedener, Markt existiert.

c)

Vorliegend hat die VSt dennoch berechtigt bei der Ausschreibung von der Bildung eines Fachloses Glasreinigung abgesehen. § 97 Abs. 3 GWB a. F. gewährt keinen Anspruch des Auftragnehmers auf eine zwingende Losaufteilung, sondern ihm steht lediglich ein subjektives Recht auf Beachtung des Grundsatzes der Losvergabe zu (VK Münster, B. v. 07.10.2009, Az.: VK 18/09).

Trotz der Regelung in § 97 Abs. 3 GWB a. F. ist anhand des vom Auftraggeber definierten Bedarfs zu prüfen, ob eine Ausschreibung in Fachlosen erforderlich ist oder nicht. § 97 Abs. 3 GWB a. F. schreibt zwar den Grundsatz der losweisen Vergabe fest, im Einzelfall wird aber vom Auftraggeber keine Trennung des Auftrags in Einzelteile oder eine unwirtschaftliche Zersplitterung des Auftrages verlangt. Der Auftraggeber hat zwar den Grundsatz des Mittelstandes zu beachten, aber nur "vornehmlich", d.h. nicht um jeden Preis, denn als öffentlicher Auftraggeber unterliegt er ebenso den Grundsätzen der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung (§ 97 Abs. 5 GWB a. F.) (VK Münster, B. v. 07.10.2009, Az.: VK 18/09). Dabei ist zu beachten, dass der öffentliche Auftraggeber nicht durch seine Ausschreibung bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen hat, vielmehr bestimmt er im Rahmen der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben den daran zu messenden Beschaffungsbedarf und die Art und Weise, wie dieser gedeckt werden soll. Am Auftrag interessierte Unternehmen haben sich darauf einzustellen (OLG Düsseldorf, B. v. 23.03.2011, Az.: Verg 63/10).

Im Hinblick auf das Absehen von einer Fachlosbildung hat sich der Auftraggeber in besonderer Weise mit dem grundsätzlichen Gebot einer Fachlosbildung und den dagegen sprechenden Gründen auseinanderzusetzen. Diese Entscheidung kann von den Vergabepflichtprüfungsinstanzen nur beschränkt überprüft werden. Sie ist nur darauf zu überprüfen, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Ermessensfehlbetätigung, namentlich auf Willkür, beruht (OLG Düsseldorf, B. v. 23.03.2011, Az.: Verg 63/10). Zu beanstanden sind lediglich Festlegungen, mithin Gesamtvergaben, die ohne Vornahme der gebotenen Abwägung nicht mehr vertretbar sind und auf einer groben Fehleinschätzung beruhen (OLG Düsseldorf, B. v. 01.08.2012 - Az.: VII-Verg 10/12). Unter Beachtung dieser Grundsätze ist vorliegend die Entscheidung der VSt, auf die Ausschreibung eines gesonderten Fachloses Glasreinigung zu verzichten, nicht zu beanstanden.

Die VSt hat die Notwendigkeit einer losweisen Vergabe durch die Bildung von Teillosen über die Unterhalts- und Grundreinigung beachtet. Hinsichtlich der Glasreinigungsarbeiten hat sich die VSt ebenfalls mit einer möglichen Fachlosvergabe auseinandergesetzt. Sie ist je-

doch in einer von der Vergabekammer nicht zu beanstandenden Abwägungsentscheidung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Glasreinigung nicht als eigenständiges Fachlos vergeben werden soll.

aa)

Zunächst liegt mit der Reinigung nicht nur der Gebäude, sondern auch der Glasflächen in den ein Interesse der VSt vor, für dessen Sicherstellung sie Sorge zu tragen hat. Die Art und Weise der Umsetzung ist ihr überlassen, solange ihr beim Gebrauch ihres entsprechenden Ermessens keine groben Fehleinschätzungen unterlaufen. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Nach dem Vortrag der VSt fällt es wegen des speziellen Reinigungsrythmus, der von abhängt, schwer, überhaupt ein Unternehmen zu finden, das sich zur Glasreinigung bereit erklärt. In der mündlichen Verhandlung hat die VSt glaubhaft über ihre Bemühungen der letzten Jahre vorgetragen, die Glasreinigung an sicherzustellen. Seit dem Jahr 2013 hatte die VSt mehrfach ein Fachlos Glasreinigung gebildet und ausgeschrieben. Nur in einem Ausnahmefall war die anschließende Vertragsabwicklung problemlos. Es handelte sich dabei um zwei mit großen und schwierig zu reinigenden Glasflächen. Dafür hatte sich ein spezialisiertes Glasreinigungsunternehmen beworben und den Auftrag anschließend zur Zufriedenheit durchgeführt. An weiteren Ausschreibungen, die keine besonderen Fertigkeiten hinsichtlich der Glasreinigung erforderten, haben sich keine spezialisierten Glasreinigungsbetriebe beteiligt. Die Aufträge wurden daher an Gebäudereinigungsunternehmen vergeben, deren Dienstleistungsspektrum auch die Glasreinigung umfasste. In diesen Fällen wurde der Auftrag von einem Unternehmen noch vor Durchführung, vom anderen nach einmaliger Durchführung gekündigt, sodass kurzfristige Ersatzbeschaffung notwendig wurde.

Den Betrieb, der die Unterhalts- und Grundreinigung durchführen möchte, auch zur Glasreinigung zu verpflichten, ist daher nicht zu beanstanden.

Insbesondere ist es umso eher gerechtfertigt, von einer Fachlosvergabe abzusehen, je mehr Unternehmen Gesamtleistungen aus einer Hand anbieten (OLG Düsseldorf, B. v. 23.03.2011, Az.: Verg 63/10). Im Jahr 2014 haben 17 Bieter und im Jahr 2015 acht Bieter an einer Fachlosausschreibung zur Glasreinigung der VSt teilgenommen. Ein spezialisiertes Glasreinigungsunternehmen war in beiden Fällen nicht unter den Bewerbern, sodass der Verzicht auf eine gesonderte Ausschreibung des Fachloses Glasreinigung auch unter Heranziehung dieses Maßstabs nicht zu beanstanden ist.

Schließlich zielt das Interesse der ASt an einer Fachlosbildung Glasreinigung gerade nicht darauf ab, sich für die Glasreinigung zu bewerben, sondern diese von sich fernzuhalten und nur an einem Wettbewerb der für sie günstigen Unterhalts- und Grundreinigung teilzunehmen. Auf eine solche auf einzelne Bieterinteressen zugeschnittene Ausschreibung besteht

allerdings kein Rechtsanspruch gem. § 97 Abs. 3 GWB a. F.. Es ist vielmehr vom Beschaffungsbedarf der VSt auszugehen, der vorliegend dahingehend besteht, überhaupt einen Auftragnehmer für die Glasreinigung an zu finden. Dieser im öffentlichen Interesse bestehende Beschaffungsbedarf überwiegt die Schutzbedürftigkeit der ASt, die gerade kein Interesse an einem Fachlos Glasreinigung geltend macht, sondern eine der Strukturierung ihres Betriebs besser entsprechende Losaufteilung vorzufinden wünscht.

bb)

Die VSt hat auch deshalb berechtigt auf die Bildung eines Fachloses Glasreinigung verzichtet, weil diese Fachlosbildung die Bildung eines unwirtschaftlichen Splitterloses bedeutet hätte. Ob es sich bei der konkreten Vergabe um ein Splitterlos handelt, ist nicht aus der Sicht des Bieters, sondern des öffentlichen Auftraggebers zu beurteilen, wobei es nicht allein auf den prozentualen Anteil eines zu bildenden Fachloses am Gesamtauftrag ankommt, sondern darauf abzustellen ist, wie viele Lose der Auftraggeber bereits gebildet hat und welcher Betrag auf ein zusätzliches Fachlos Glasreinigung entfallen würde (OLG Düsseldorf, B. v. 23.03.2011, Az. : Verg 63/10). Vorliegend hatte die VSt zwei Teillose gebildet und der Betrag der auf ein zusätzliches Fachlos Glasreinigung entfallen würde, beträgt nur ca. xx.xxx,- €. Würde sich die VSt bei etwaiger Fachlosbildung an den bereits gebildeten Teillosen orientieren, wären die auf die Glasreinigung entfallenden Einzelbeträge nochmals deutlich geringer. Die Vergabekammer ging hierbei von dem seitens der ASt vorgetragenen Wert von ca. x,xx,- €/m² Glasfläche pro Jahr aus. Bei einem Gesamtauftragsvolumen von weit mehr als xxx.000,- € pro Jahr ist der Betrag von xx.xxx,- € von weit untergeordnetem Wert.

Das von der ASt vorgebrachte Argument, es sei nicht auf den Auftragswert Glasreinigung pro Jahr abzustellen, sondern auf denjenigen, der sich über die gesamte Vertragslaufzeit ergebe und in seiner Gesamtheit einen deutlichen Wirtschaftswert für Glasreinigungsbetriebe darstelle, streitet, unabhängig davon, ob dieser Ansicht überhaupt zu folgen ist, gerade nicht für die ASt. Schließlich hat sie am Auftrag für die Glasreinigungsarbeiten gar kein Interesse. Bei einer Gesamtbetrachtung der Umstände, der bereits erfolgten Teillosbildung und des vergleichsweise geringen Betrags, der auf die Glasreinigung entfiel, durfte die VSt daher auch aus wirtschaftlichen Gründen von der Bildung eines Fachloses Glasreinigung absehen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB a. F..

- a)** Die ASt hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der VSt zu tragen, weil sie unterlegen ist (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB a. F.).

- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt ergibt sich aus § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB a. F..
- c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB a. F. i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der VSt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Da auch die ASt rechtsanwaltlich vertreten war, ist es im Sinne einer Gleichstellung auch sachgerecht, dass die VSt sich auch rechtsanwaltlich vertreten ließ.
- d) Die Gebühr war nach § 128 Abs. 2 GWB a. F. festzusetzen. Da die ASt kein Angebot abgegeben hat, konnte die Vergabekammer zur Berechnung der Verfahrenskosten ein solches nicht heranziehen. Die Vergabekammer ist zur Berechnung der Verfahrenskosten daher von den durch die VSt geschätzten Kosten ausgegangen. Bei 48-monatiger Laufzeit (Zweijahresvertrag mit dreimaliger Verlängerungsoption um jeweils ein weiteres Jahr, vgl. § 3 Abs. 4 Nr. 1 VGV a. F.) und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.
- e) Die Kostenrechnung an die ASt in Höhe von x.xxx,- € wird nachgereicht.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....