

Vergabekammer des Landes Berlin
1. Beschlussabteilung
VK - B 1- 12/20



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

- Antragsgegner -

wegen des Vergabeverfahrens „Herstellung, Lieferung und Ausgabe von Schulmittagessen einschließlich eines täglichen Rohkostanteils und eines Getränks, [...]“

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende [...], den hauptamtlichen Beisitzer [...] und den ehrenamtlichen Beisitzer [...] im Wege schriftlicher Entscheidung am 9. Juni 2021 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Bieterrechten verletzt wurde.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen).
3. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
5. Die Verfahrensgebühren werden auf [...] EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung vom 14.01.2020 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union schrieb der Antragsgegner die „Herstellung, Lieferung und Ausgabe von Schulmittagessen einschließlich eines täglichen Rohkostanteils und eines Getränks“ in insgesamt 26 Losen mit einem geschätzten Gesamtwert von 31.466.617 EUR ohne Umsatzsteuer aus. Die Angebotsfrist wurde zuletzt bis zum 09.03.2020 verlängert.

Die Antragstellerin beteiligte sich mit Angeboten für das streitgegenständliche Los Nr. 24 [...] sowie einem weiteren Los am Vergabeverfahren. Der vom Antragsgegner geschätzte Wert belief sich für das Los Nr. 24 laut Leistungsbeschreibung auf 858.843,12 EUR brutto.

Mit Schreiben vom 07.02.2020 rügte die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner eine nicht eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung. Sie führte hierzu aus, die Leistungsbeschreibung enthalte unklare Leistungspflichten und -anforderungen, nicht näher definierte Begrifflichkeiten und unklare Festlegungen. Die Leistung sei für die Bieter nicht kalkulierbar und der in § 97 Abs. 1 Satz 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ausdrücklich festgeschriebene vergaberechtliche Transparenzgrundsatz sei verletzt.

Die Antragstellerin rügte im vorgenannten Schreiben als Beispiel für eine unzureichende Leistungsbeschreibung unter anderem Folgendes: Der Umfang der Leistung in den Ferien und an schulfreien Tagen sei nicht ersichtlich, die hygienischen Voraussetzungen für die Rohkostzubereitung in den Schulen seien nicht näher beschrieben, das Ganztagschulkonzept und dessen Anforderungen oder Bedingungen für die Essenversorgung seien nicht näher beschrieben, die Leistungsbeschreibung im Hinblick auf das Ab- und Eindecken mit Geschirr unklar, Angaben zum Umfang der Reinigungspflichten und der „Bereitstellung“ von Handtüchern und Verbrauchsmitteln fehlten ebenso wie Angaben zur erforderlichen fachlichen Befähigung des Personals und zum Umfang der Versorgung der Kinder mit Kaltverpflegung bei Ausflügen oder Klassenfahrten. Weiter erschließe sich die Bedeutung der „Quellen“ der Leistungsbeschreibung (u.a. DGE „Qualitätsstandard für die Schulverpflegung“ nicht, nachvollziehbare Qualitätsvorgaben unter anderem zum Verarbeitungsgrad von Lebensmitteln fehlten ebenso wie klare Angaben zur Verwendung von Aromen sowie zur Erhaltung von typischen Farben und typischem Geschmack. Zudem rügte sie, dass sich ein Angebot für Sonderkostformen aufgrund fehlender Angaben zum Anteil an der Leistung nicht kalkulieren lasse, dass Angaben zur „fettarmen Zubereitung“, zu den vorgeschriebenen Garmethoden und zum Verständnis der Anlieferung und Ausgabe des Essens in „Einzelkomponenten“ fehlten, die Angaben zur Berücksichtigung von kulturspezifischen und regionalen Essgewohnheiten unklar, die Vorgabe der Portionierung

der Kaltverpflegung undeutlich und dass der Begriff „kalte Speisen“ ungenau sei. Minimal- und Maximallebensmittelmengen pro Kind ebenso wie die Verantwortlichkeit für die Bereitstellung von Wasserspendern seien ebenso unklar wie die Bedeutung der losspezifischen Leistungsbeschreibung. Schließlich sei die Berechnung der Nebenkosten, die die Antragstellerin zu tragen habe, nicht nachvollziehbar.

Weiterhin rügte die Antragstellerin in dem Schreiben eine Unzumutbarkeit der „Vollständigkeitsklausel“, nach der alle nicht ausdrücklich in der Leistungsbeschreibung genannten Maßnahmen, die nach Sinn und Zweck für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderlich seien, mit dem Festpreis abgegolten seien. Weiter wird eine unklare Festpreisregelung, eine Diskriminierung von ausländischen Produkten und Bietern, eine fehlende bzw. fehlerhafte Eignungsprüfung, eine fehlende Höchstmenge bei Rahmenvereinbarungen, ein vergaberechtswidriges Selbstausführungsgebot, ein fehlerhaftes Vorhaben der Angebotswertung, fehlerhafte Wertungskriterien, eine unangemessen kurze Angebotsfrist, intransparente Regelungen zum Angebotsinhalt sowie ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb gerügt.

Mit Schreiben vom 24.02.2020 und 26.02.2020 übersandte der Antragsgegner der Antragstellerin mit dem Vermerk „*ohne Anerkennung einer Rechtspflicht*“ Klarstellungen zur Leistungsbeschreibung. Diese Stellungnahmen stellte der Antragsgegner allen potentiellen Bietern über die Vergabeplattform zur Verfügung.

Mit Schreiben vom 27.02.2020 wies der Antragsgegner die Rüge der Antragstellerin zurück. Auch teilte der Antragsgegner der Antragstellerin in diesem Schreiben mit, er behalte sich die Prüfung vor, das „Unverständnis“ hinsichtlich der Leistungsbeschreibung der Antragstellerin im Rahmen einer gegebenenfalls vorzunehmenden Eignungsprüfung zu berücksichtigen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 28.02.2020 teilte die Antragstellerin mit, sie halte an ihrer Rüge bezüglich einer nicht eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung fest. Auch rügte sie eine Intransparenz der Vergabeunterlagen, eine fehlende Dokumentation der Kommunikation mit Bietern bei Ortsbesichtigungen, eine unklare und unkontrollierbare Kalkulationsvorgabe für den zu zahlenden Mindestlohn, eine Verwendung eines fehlerhaften Bekanntmachungsmusters, ein Fehlen des Formblattes Wirt 2140.1 und eine Unzulässigkeit der vom Antragsgegner vorbehaltenen Prüfung der Eignung der Antragstellerin aufgrund ihres

„Unverständnisses“ im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung. Ferner forderte sie die Aufklärung von gegebenenfalls bestehenden Bieterabsprachen.

Am 05.03.2020 übersandte die Antragstellerin dem Antragsgegner den vorbereiteten Nachprüfungsantrag vorab als Rüge; die Rüge ging beim Antragsgegner um 8:35 Uhr per Fax ein.

Mit Schreiben vom 05.03.2020, am selben Tag um 15:37 Uhr bei der Vergabekammer eingegangen, hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer eingereicht. In dem Nachprüfungsantrag führte die Antragstellerin unter anderem aus, es liege entgegen der Darstellung in der Auftragsbekanntmachung kein Dienstleistungsauftrag über soziale oder andere besondere Dienstleistungen i.S.d. §§ 130 Abs. 1 GWB, 64 ff. VgV, sondern ein reiner Lieferleistungsauftrag i.S.d. § 103 Abs. 2 GWB vor. Gegenstand der Einzelaufträge nach den zu vergebenden Rahmenvereinbarungen sei kein kontinuierlicher Schulverpflegungsdienst, sondern die Herstellung, Lieferung und Ausgabe von einzelnen Mittagessensportionen, so dass Hauptgegenstand der Leistung der Kauf von Waren und keine sozialen oder anderen besonderen Dienstleistungen seien.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag dem Antragsgegner am 09.03.2020 übermittelt. Die Antragstellerin wiederholt in diesem Antrag ihre Argumente aus den vorangegangenen Rügen. Sie stellt klar, dass sie weiterhin Interesse am Erhalt der Aufträge in allen ausgeschriebenen Lose habe; sie beschränke ihren Nachprüfungsantrag jedoch in Anbetracht des Bruttogesamtauftragswertes aller Lose und dem aufgrund dessen hohen Prozesskostenrisiko eines Nachprüfungsverfahrens über alle Lose auf das Los 24.

Der Antragsgegner ist der Ansicht, dass die gegenständliche Vergabe eine Rahmenvereinbarung über soziale Dienstleistungen betreffe, da die Leistungsbeschreibung nicht lediglich die Herstellung und Lieferung von Mahlzeiten, sondern auch Dienstleistungen umfasse. Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt, es fehle an einem Rechtsschutzinteresse hinsichtlich der Überprüfung der Vergabe, da die Antragstellerin keinen Ortstermin wahrgenommen und nur für das Los Nr. 24 und ein weiteres Los Angebote abgegeben habe. Die am 28.02.2020 erfolgten Rügen einer Intransparenz der

Vergabeunterlagen, einer fehlenden Bekanntgabe der Kommunikation mit Bietern bei Ortsbesichtigungen, einer Verwendung eines fehlerhaften Bekanntmachungsmusters und einer Unzulässigkeit der vom Antragsgegner vorbehaltenen Prüfung der Eignung der Antragstellerin sowie die erstmals im Nachprüfungsantrag vorgetragene Rüge, wie die Rüge zur Vergütung nach der Anzahl der gegessenen und nicht nach der Anzahl der bestellten Portionen, seien präkludiert. Nach Auffassung des Antragsgegners sei der unklare Umfang der Sonderkostformen ein hinzunehmendes Kalkulationsrisiko, da dem Auftraggeber dazu keine näheren Informationen vorlägen und diese auch nicht mit zumutbarem Aufwand zu beschaffen seien. Die Festpreisregelung sei in der Leistungsbeschreibung und in der Anlage 1 - Ergänzung zur Aufforderung zur Abgabe eines Angebots - ausdrücklich geregelt. Die Rüge, dass die Kalkulationsvorgabe für den zu zahlenden Mindestlohn angesichts des den Bietern vorgegebenen Festpreises keinen Sinn ergebe und eine Einhaltung der Kalkulationsvorgabe nicht effektiv kontrolliert werden könne, sei unberechtigt. Vielmehr hätten die Bieter trotz des vorgegebenen Festpreises Gestaltungsspielräume bei der Kalkulation. Die Kalkulationsvorgabe solle gerade sicher stellen, dass die Bieter ihre Gestaltungsspielräume nur soweit nutzen, wie dies im Auftragsfall noch die Zahlung eines vom Land Berlin im Festpreis bereits berücksichtigten Vergabemindestentgelts von 12,50 EUR/Stunde für Arbeitnehmer/-innen bei der Ausführung der Leistung zulassen würde. Auch könne die Einhaltung der Kalkulationsvorgabe durchaus effektiv kontrolliert werden. Auch wenn die Bieter mit ihren Angeboten keine Kalkulationsunterlagen vorlegen müssten, sei eine Aufforderung zur Aufklärung im weiteren Verfahren nicht ausgeschlossen.

Am 02.04.2020 hat die Vergabekammer dem Antragsgegner einen Hinweis erteilt, dass sich der vorgelegten Dokumentation weder entnehmen lasse, wie die der Auftragswertschätzung zugrundeliegende Anzahl an Portionen berechnet wurden, noch, wie sich der Festpreis zusammensetze. Auch enthielten die der Kammer übergebenen Akten keine Dokumentation über durchgeführte Ortsbesichtigungen und keine Niederschrift über die Öffnung der Angebote. Aus der vorgelegten Dokumentation ginge nicht hervor, welche Anstrengungen unternommen wurden, um die für die Kalkulation benötigten Daten zu konkretisieren. Die Kammer hat darauf hingewiesen, dass diese gravierenden Dokumentationsmängel zu einer Rückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Bekanntmachung führen könnten.

Mit Schreiben vom 09.04.2020 hat der Antragsgegner mitgeteilt, dass er das Vergabeverfahren aufgrund von Dokumentationsmängeln in der Vergabeakte aufgehoben habe und dass in der Folge ein weiteres offenes Vergabeverfahren durchgeführt werde.

Die Antragstellerin nahm am 20.04.2020 dazu Stellung. Sie begehrt nunmehr festzustellen, dass eine Verletzung ihrer Rechte vorgelegen habe.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass der Feststellungsantrag zulässig und begründet sei. Insbesondere sei mit der Aufhebungsmitteilung des Antraggegners keine Erledigung des Nachprüfungsantrages „durch Aufhebung oder Einstellung des Vergabeverfahrens“ sondern eine Erledigung „in sonstiger Weise“ gemäß § 168 Abs. 2 S. 2 GWB eingetreten. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens sei zudem zu Unrecht unter Inanspruchnahme eines Aufhebungsgrundes nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV erfolgt und hinsichtlich aller Lose sei der Transparenzgrundsatz und die Pflicht zur vollständigen und zeitnahen Dokumentation verletzt worden. Die Aufhebung stelle eine eigenständige Verletzung der Bieterrechte dar.

Die Antragstellerin macht zudem geltend, ihr stehe ein diesbezügliches Feststellungsinteresse zu, da aus den Materialien zur Verordnungsgesetzgebung folge, dass ein Bieter im Falle einer nicht unter die einschlägigen Tatbestände fallenden Aufhebung die Feststellung beantragen könne, dass er durch das Verfahren in seinen Rechte verletzt worden sei. Zudem beabsichtige die Antragstellerin, den Antragsgegner zivilrechtlich auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Ferner bestehe eine Wiederholungsgefahr, da der Antragsgegner die Rügen bisher als haltlos zurückgewiesen habe und die gerügten Vergabeverstöße bei Neuausschreibung desselben Beschaffungsgegenstandes voraussichtlich erneut begehen würde. Schließlich habe die Antragstellerin ein Rehabilitationsinteresse, da der Antragsgegner angedroht habe, die Eignung der Antragstellerin in Frage zu stellen bzw. einer nochmaligen Prüfung unterziehen zu wollen.

Die Antragstellerin beantragt nunmehr,

1. festzustellen, dass eine Verletzung der Rechte der Antragstellerin vorgelegen hat,

2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären (§ 1 Abs. 1 VwVfG Bln, § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG),
3. die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Aufwendungen und Auslagen der Antragstellerin dem Antragsgegner aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Antrag der Antragstellerin auf Feststellung einer Verletzung in ihren Rechten zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten des Antragsgegners für notwendig zu erklären,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen des Antragsgegners aufzuerlegen.

Der Antragsgegner vertritt die Auffassung, die Antragstellerin besitze kein Feststellungsinteresse. Insbesondere könne kein Schadensersatzanspruch für die vergebliche Angebotserstellung geltend gemacht werden, da das Angebot der Antragstellerin nicht den Anforderungen der Leistungsbeschreibung der Anlage 3 entspreche und daher gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen gewesen wäre. Zudem fehle es an einem Rehabilitationsinteresse, da keine schwerwiegende Verletzung grundlegender Rechte der Antragstellerin ersichtlich sei. Der Antragsgegner ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei hinsichtlich der mit Schreiben vom 05.03.2020 erstmalig erhobenen Rügen unzulässig, weil dem Antragsgegner hinsichtlich dieser Rügen kein ausreichender Prüfungszeitraum zugestanden habe.

Mit Beschluss vom 27.04.2020 hat die Kammer der Antragstellerin auf Grund ihres Antrags vom 05.03.2020 Einsicht in die Vergabeakte des Antragsgegners gewährt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrens- und Vergabeakten verwiesen.

Die Beteiligten haben sich übereinstimmend mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt.

II.

Die Vergabekammer konnte hier abweichend von § 166 Abs. 1 Satz 1 GWB ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten entscheiden, da sich die Beteiligten übereinstimmend damit einverstanden erklärt haben, § 166 Abs. 1 Satz 3 1. Alt GWB.

Der Nachprüfungsantrag in Gestalt des Fortsetzungsfeststellungsantrags nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB hat Erfolg. Der Antrag ist zulässig und begründet.

A.

Der Antrag ist zulässig.

Der Nachprüfungsantrag konnte durch die Antragstellerin in einen Feststellungsantrag, der auf die Feststellung der Verletzung in ihren Rechten gerichtet ist, geändert werden. Der ursprüngliche Nachprüfungsantrag hat sich erledigt. Der Antragstellerin kann ein Feststellungsinteresse zugestanden werden. Auch war der ursprüngliche Nachprüfungsantrag im Zeitpunkt der Antragstellung zulässig.

1.

Die Antragstellerin hat die Feststellung der Verletzung in ihren Rechten beantragt. Nach dem Wortlaut des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist ein Antrag eines Beteiligten auf Feststellung einer Rechtsverletzung für die Feststellungsklage zwingend erforderlich. Der Feststellungsantrag nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist ein eigenständiger Antrag, der einer eigenen Begründung des Antrags bedarf (vgl. OLG München, Beschluss vom 19.7.2012 – Verg 8/12; VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 08.12.2017 – 3 VK 05/17). Diese Voraussetzung hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 20.04.2020 erfüllt.

2.

Es liegt auch eine wirksame Erledigung nach Beginn des Nachprüfungsverfahrens vor. Das Nachprüfungsverfahren hat sich jedoch nicht „durch Aufhebung“ durch den Antragsgegner im Sinne des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB erledigt, sondern „in sonstiger Weise“ i.S.v. § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB.

a)

Obwohl der Antragsgegner das Verfahren aufgrund von Dokumentationsmängeln in der Vergabeakte aufgehoben hat, führte diese Aufhebung nicht zu einer Erledigung des Nachprüfungsverfahrens „durch Aufhebung“ i.S.d. § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB. Die Erledigung durch Aufhebung gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB umfasst grundsätzlich nur die rechtmäßig erfolgte Aufhebung (vgl. *Antweiler*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 168 GWB, Rn. 61; *Prell*, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, 18. Edition 2020, § 168 GWB, Rn. 50).

Vorliegend lagen die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Aufhebung des Vergabeverfahrens nach § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV nicht vor. Insbesondere konnte das Vergabeverfahren nicht auf der Grundlage des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV rechtmäßig aufgehoben werden, da keine anderen schwerwiegenden Gründe im Sinne dieser Vorschrift vorlagen. Bei dieser Regelung handelt es sich um einen Auffangtatbestand. Somit sind an die Prüfung, ob andere schwerwiegende Gründe vorliegen, besonders strenge Anforderungen zu stellen (vgl. OLG München, Beschluss vom 04.04.2013 – Verg 4/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.01.2005 – VII-Verg 72/04). Eine Aufhebung aus anderen schwerwiegenden Gründen ist nur rechtmäßig, sofern nachträgliche, nicht vorhersehbare oder anfängliche, bei pflichtgemäßer Sorgfalt nicht erkennbare Umstände vorliegen (vgl. *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, VgV / UVgO - Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 63 VgV, Rn. 64).

Bei den von dem Antragsgegner als Grund für die Aufhebung vorgetragenen Dokumentationsmängeln in der Vergabeakte handelt es sich zwar durchaus um gravierende Fehler, die ebenfalls eine Fortführung des Vergabeverfahrens nicht ermöglicht hätten. Die Dokumentationsmängel stellen wegen der genannten Anforderungen des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV jedoch keine schwerwiegenden Gründe im Sinne dieser Vorschrift dar. Wenn der Auftraggeber die Aufhebung des Vergabeverfahrens selbst schuldhaft herbeigeführt hat, liegt vielmehr eine rechtswidrige Aufhebung vor, der nicht

zu einer Erledigung „durch Aufhebung“ im Sinne des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB führt (vgl. OLG München, Beschluss vom 04.04.2013 – Verg 4/13; OLG München, Beschluss vom 28.08.2012 – Verg 11/12).

Es lagen weder nachträgliche, nicht vorhersehbare Umstände, noch anfängliche, bei pflichtgemäßer Sorgfalt nicht erkennbare Umstände vor. Der Auftraggeber hat es in Kenntnis der Dokumentationspflichten schlicht unterlassen, die Berechnung der Portionismengen, die Zusammensetzung des Festpreises und die durchgeführten Ortsbesichtigungen zu dokumentieren.

b)

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch den Antragsgegner führte zu einer Erledigung des Nachprüfungsverfahrens „in sonstiger Weise“ nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB. Denn die Aufhebung durch den Antragsgegner war zwar rechtswidrig, aber dennoch wirksam. Eine rechtswidrige, aber dennoch wirksame Aufhebung führt grundsätzlich zu einer Erledigung des Nachprüfungsverfahrens „in sonstiger Weise“ gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB, solange sie sich nicht als nichtig erweist (vgl. *Reidt*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, 4. Auflage 2018, § 168 GWB, Rn. 47). Wegen der grundsätzlich bestehenden Vertragsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers hängt die Wirksamkeit der Aufhebung grundsätzlich nicht davon ab, ob die Aufhebung rechtmäßig oder rechtswidrig war (OLG München, Beschluss vom 04.04.2013 – Verg 4/13; OLG München, Beschluss vom 28.08.2012 – Verg 11/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2005 – Verg 40/04).

Die Aufhebung wurde in dem Zeitpunkt wirksam, als sie der Antragstellerin bekanntgegeben wurde (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.02.2002 – Verg 37/01). Notwendige Voraussetzung für eine wirksame Aufhebung ist, dass der öffentliche Auftraggeber für seine Aufhebungsentscheidung einen sachlichen Grund hat, so dass eine Diskriminierung ausgeschlossen und seine Entscheidung nicht willkürlich ist oder bloß zum Schein erfolgt (BGH, Beschluss vom 18.2.2003 – X ZB 43/02; VK Ansbach, Beschluss vom 04.09.2018 – RMF-SG21-3194-03-25; VK Brandenburg, Beschluss vom 11.10.2017 – VK 8/17; BKartA Bonn, Beschluss vom 21.12.2016 – VK 2 - 127/16). Vorliegend lag ein sachlicher Grund vor. Die Aufhebung diente der Korrektur des

Vergaberechtsverstoßes wegen der festgestellten Dokumentationsmängel. Es bestehen vorliegend keine Hinweise, dass die Aufhebung nur zum Schein erfolgte oder dem Zweck diene, einen Bieter zu diskriminieren.

3.

Die Antragstellerin verfügt über das notwendige Feststellungsinteresse.

Hat sich das Nachprüfungsverfahren erledigt, stellt die Vergabekammer nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB auf Antrag eines Beteiligten fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. Das Nachprüfungsverfahren hat sich vorliegend durch die Aufhebung durch den Auftraggeber erledigt. Die Feststellung einer etwaigen Rechtsverletzung kann die Antragstellerin daher nur verlangen, soweit sie sich auf ein anerkanntes Feststellungsinteresse beruft. Dies ist dem Wortlaut des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB zwar nicht ausdrücklich zu entnehmen, entspringt aber dem allgemeinen prozessualen Grundsatz, wonach jede Inanspruchnahme von Rechtsschutz von einem berechtigten Interesse gedeckt sein muss (vgl. VK Berlin, Beschluss vom 24.09.2020 – VK-B1-10/19 sowie Beschluss vom 20.06.2018 - VK-B2-10/18). Die an das Feststellungsinteresse als Sachentscheidungsvoraussetzung zu stellenden Anforderungen können dem Verwaltungsprozessrecht, dem das Fortsetzungsfeststellungsverfahren nachgebildet ist, entlehnt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.3.2005 – Verg 77/04; VK Sachsen, Beschluss vom 27.6.2014 – 1/SVK/020-13).

Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich danach durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (vgl. OLG München, Beschluss vom 19.7.2012 – Verg 8/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.3.2005 – Verg 77/04). Dabei muss die beantragte Feststellung geeignet sein, die Rechtsposition der Antragstellerin in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung ihrer Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.02.2017 – VII-Verg 29/16; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.05.2014 – 15 Verg 4/13). Das Feststellungsinteresse ist vom antragstellenden Beteiligten zu begründen (vgl. OLG München, Beschluss vom 19.7.2012 – Verg 8/12).

a)

Die Antragstellerin hat schlüssig dargelegt, dass der Feststellungsantrag zur Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient. Für die Zulässigkeit des Feststellungsantrags genügt die nicht auszuschließende Möglichkeit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches (vgl. OLG München, Beschluss vom 19.07.2012 – Verg 8/12). Ein zukünftiger Schadensersatzprozess darf nicht offenbar aussichtslos sein (vgl. BKartA Bonn, Beschluss vom 05.12.2016 – VK 2 – 107/16). Die Erfolgsaussichten eines Schadensersatzanspruches prüft die Vergabekammer hingegen nicht (vgl. OLG München, Beschluss vom 19.07.2012 – Verg 8/12; VK Südbayern, Beschluss vom 22.05.2015 – Z3-3-3194-1-63-12/14). Die bekundete Absicht genügt den Anforderungen an die Darlegung eines Feststellungsinteresses. Die Geltendmachung erscheint vorliegend nicht völlig ausgeschlossen.

b)

Auch hat die Antragstellerin eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr geltend gemacht. Eine Wiederholungsgefahr besteht, sofern die Durchführung eines neuen, dem aktuellen Verfahren ähnlichen Vergabeverfahrens in überschaubarer Zukunft absehbar ist und wenn die Klärung der im laufenden Nachprüfungsverfahren aufgeworfenen Rechtsfragen erkennbare Bedeutung für das künftige Vergabeverfahren haben wird (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 27.06.2014 – 1/SVK/020-13). Es soll dadurch sichergestellt werden, dass dem Antragsteller die Früchte des von ihm angestrebten Nachprüfungsverfahrens nicht verloren gehen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.07.2015 – VII-Verg 13/15; OLG Thüringen, Beschluss vom 23.12.2011 – 9 Verg 3/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.05.2011 – Verg 8/11). Die Durchführung eines ähnlichen Vergabeverfahrens in der nahen Zukunft ist absehbar, denn der Antragsgegner kündigte in seinem Aufhebungsschreiben vom 09.04.2020 an, für den Beschaffungsgegenstand ein neues Vergabeverfahren durchführen zu wollen. Der Antragsgegner verteidigte im Nachprüfungsverfahren die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens als rechtmäßig und wies die erhobenen Rügen als unbegründet zurück. Es ist daher nicht auszuschließen, dass der Antragsgegner die gerügten Sachverhalte in einem zukünftigen Vergabeverfahren nicht abweichend bewertet (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.05.2011 – Verg 8/11).

c)

Es kann vorliegend dahinstehen, ob ein Feststellungsinteresse der Antragstellerin auch unter dem Gesichtspunkt des Rehabilitationsinteresses anzuerkennen wäre. Denn die Antragstellerin hat jedenfalls bereits wegen der nicht von vornherein ausgeschlossenen Möglichkeit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs und drohender Wiederholung der Vorgehensweise des Auftraggebers ein berechtigtes Feststellungsinteresse.

4.

Der ursprüngliche Nachprüfungsantrag war zulässig.

Für die Zulässigkeit des Feststellungsantrages im Sinne des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB bedarf es der Zulässigkeit des ursprünglichen Nachprüfungsantrags im Zeitpunkt der Erledigung (vgl. OLG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16.12.2016 – 7 Verg 6/16; OLG Celle, Beschluss vom 10.03.2016 – 13 Verg 5/15; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.05.2014 – 15 Verg 4/13; *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 168 GWB, Rn. 36; *Summa* in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 168 GWB, Rn. 137).

a)

Der Nachprüfungsantrag war statthaft im Sinne des § 156 Abs. 2 GWB. Der Schwellenwert, der sich aus § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU in der jeweils geltenden Fassung ergibt, wurde erreicht. Gegenstand der streitgegenständlichen Vergabe ist ein Dienstleistungsauftrag. Maßgeblich für die Bewertung des Vertragstyps ist der Hauptgegenstand der Vergabe. Gegenstand der Vergabe ist nicht lediglich die Lieferung von Schulmahlzeiten, sondern vielmehr auch alle mit der Essenszubereitung und -ausgabe zusammenhängenden Aufgaben, wie die Herstellung der Mahlzeiten, die Reinigung der Räume und das Nachbereiten des Mittagessens unter Verwendung von eigenem Material und Personal.

Es kann jedoch dahinstehen, ob die gegenständliche Vergabe als reiner Dienstleistungsauftrag nach § 103 Abs. 4 GWB oder als Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale oder andere besondere Dienstleistungen gemäß § 130 Abs. 1 GWB i.V.m. dem Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU einzuordnen ist. Es ist nicht ohne Weiteres

zu klären, welche Teilleistungen des streitgegenständlichen Auftrags unter den im Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU gelisteten und damit unter die sozialen und besonderen Dienstleistungen fallenden CPV-Code 55524000-9 (Verpflegungsdienste für Schulen) zu subsumieren sind (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 23.08.2017 – Z3-3-3194-1-24-05/17). Jedenfalls wurde vorliegend auch der im Vergleich höhere Schwellenwert für soziale Dienstleistungen nach § 106 Absatz 2 Nr. 1 i.V.m. i.V.m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU GWB überschritten.

b)

Die Antragstellerin war antragsbefugt. Nach § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am öffentlichen Auftrag hat, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht und zumindest einen drohenden Schaden durch die Verletzung der Vergabevorschriften darlegt. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004 – 2 BvR 2248/03; BGH, Beschluss vom 01.02.2005 – X ZB 27/04; VK Ansbach, Beschluss vom 04.09.2018 – RMF-SG21 - 3194-03-25).

Das Interesse der Antragstellerin an dem öffentlichen Auftrag ergibt sich daraus, dass sie ein eigenes Angebot für das Los Nr. 24 abgegeben hat. Der Einwand des Antraggegners, dass die Antragstellerin kein Rechtsschutzbedürfnis habe, weil sie keinen Ortstermin zur Besichtigung wahrgenommen und damit kein ernsthaftes Interesse an den ausgeschriebenen Leistungen im fraglichen Bezirk gehabt habe, ist nicht erheblich. Für das einzig mit dem Nachprüfungsantrag angegriffene Los 24 hat die Antragstellerin jedenfalls ein Angebot abgegeben. Eine Ortsbesichtigung war keine zu erfüllende Voraussetzung für die Abgabe eines Angebots. Eine rechtsmissbräuchliche Stellung des Nachprüfungsantrags ist für die Kammer jedenfalls nicht erkennbar und wurde vom Antragsgegner auch nicht substantiiert vorgetragen.

Die Antragstellerin hat auch schlüssig dargelegt, dass sie insbesondere durch die Dokumentationsmängel in ihren eigenen Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt und dass ihr durch die gerügten Verstöße die Abgabe eines chancenreicheren Angebots verwehrt worden sei. Dies genügt den Anforderungen an die Darlegung einer Verletzung in eigenen Rechten und die eines Schadens.

c)

Die Antragstellerin ist ihrer Obliegenheit zur rechtzeitigen Rüge der geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 3 und 4 GWB nachgekommen.

Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist ein Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrages erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von 10 Kalendertagen gerügt hat. Der Antragsgegner ist für den Nachweis der positiven Kenntnis von erkennbaren Vergaberechtsverstößen darlegungs- und beweispflichtig (vgl. OLG München, Beschluss vom 20.3.2014 – Verg 17/13; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.12.2012 – 15 Verg 10/12). Es obliegt also dem Antragsgegner darzulegen, dass die Antragstellerin die für das Entstehen der Rügeobliegenheit maßgeblichen Kenntnisse so frühzeitig erworben hat, dass ihre später ausgesprochene Rüge nicht mehr als rechtzeitig gewertet werden kann (vgl. *Byok*, in: *Byok/Jaeger*, *Vergaberecht*, 4. Aufl. 2018, § 160, Rn. 126).

Der Antragsgegner hat den Beweis der positiven Kenntnis nicht geführt. Der Antragsgegner hat lediglich pauschal vorgetragen, dass die am 28.02.2020 vorgetragenen Rügen nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert seien. Diese betrafen die geltend gemachte Intransparenz der Vergabeunterlagen, die fehlende Bekanntgabe der Kommunikation mit Bietern bei Ortsbesichtigungen, die Verwendung eines fehlerhaften Bekanntmachungsmusters und die Unzulässigkeit der vom Antragsgegner vorbehaltenen Prüfung der Eignung der Antragstellerin sowie die im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Rügen hinsichtlich der Vergütung nach den gegessenen und nicht nach den bestellten Portionen und der Essensversorgung an Samstagen. Eine solche pauschale Äußerung reicht für die Darlegung und den Beweis einer positiven Kenntnis nicht aus, für die der Antragsgegner jedoch die Darlegungs- und Beweislast trägt. Der Antragsgegner hat auch keine Indizien vorgetragen, welche die positive Kenntnis der Antragstellerin über die Vergaberechtsverstöße nahelegen. Maßgeblich sind aber allein konkrete und überprüfbare Tatsachenfeststellungen (vgl. *Byok*, in: *Byok/Jaeger*, *Vergaberecht*, 4. Aufl. 2018, § 160, Rn. 74).

Vorliegend sind auch keine Umstände ersichtlich, die darauf schließen lassen, die Antragstellerin habe die geltend gemachten Verstöße nach positiver Kenntnis nicht innerhalb der Frist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt. Von den behaupteten intransparenten Vergabeunterlagen konnte die Antragstellerin erst nach Übersendung der Klarstellungen zur Leistungsbeschreibung bzw. des Antwortenkataloges am 24.02.2020 und 26.02.2020 Kenntnis erlangt haben. Diesbezüglich ist die Frist von 10 Tagen gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB mit der Rüge der Antragstellerin am 28.02.2020 gewahrt.

Auch die Rüge hinsichtlich der Unzulässigkeit der vom Antragsgegner vorbehaltenen Eignungsprüfung erfolgte mit dem Schreiben vom 28.02.2020 gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB fristgemäß. Die Eignungsprüfung hat sich der Antragsgegner erst in seinem Rügeantwortschreiben vom 27.02.2020 vorbehalten.

Bei den erstmalig im Rügeschreiben vom 28.02.2020 genannten Vergabeverstößen (die fehlerhafte Bekanntgabe der Kommunikation mit Bietern und die Verwendung eines fehlerhaften Bekanntmachungsmusters) hat der Antragsgegner in keinerlei Hinsicht dargelegt, dass es sich hierbei um solche Vergaberechtsverstöße handelt, die für die Antragstellerin zu einem früheren Zeitpunkt positiv erkennbar waren.

Die Antragstellerin ist auch mit den Rügen hinsichtlich der Vergütung nach den gegesenen und nicht nach den bestellten Portionen und der Essensversorgung an Samstagen, die erstmals im Nachprüfungsantrag vorgetragen wurden, nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Die Erhebung einer Rüge muss nach dem Wortlaut von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB zwar zwingend vor Einreichung eines Nachprüfungsantrags erfolgen. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift muss der Auftraggeber nämlich in die Lage versetzt werden, etwaige Vergaberechtsfehler im frühestmöglichen Zeitpunkt korrigieren zu können (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.01.2012 – Verg W 18/11; OLG Brandenburg, Beschluss vom 28.01.2019 – VK 22/18). Allerdings besteht keine zwingende Wartefrist zwischen der Erhebung von Rügen und der Einreichung des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer (*Jaeger*, in: Münchener Kommentar: Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auf-

lage 2018, § 160, Rn. 64). Da die Antragstellerin dem Antragsgegner den vorbereiteten Nachprüfungsantrag am 05.03.2020 unstrittig vorab als Rüge übersandt hat, wurden die Rügen vor Einreichung des Nachprüfungsantrags erhoben.

Die Antragstellerin ist mit ihren Rügen auch nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist ein Antrag unzulässig, soweit die geltend gemachten Vergabeverstöße, die in den Vergabeunterlagen erkennbar waren, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt wurden. Die Antragstellerin hat ihre Rügen in den Rügeschreiben vom 07.02.2020, 28.02.2020 und 05.03.2020 rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist, die zuletzt bis zum 09.03.2020 verlängert worden war, erhoben. Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 05.03.2020 war auch die 15-Tages-Frist gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB noch nicht abgelaufen, denn der Antragsgegner hat die Rügen mit Schreiben vom 27.02.2020 zurückgewiesen.

B.

Der Antrag ist auch begründet.

Nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB stellt die Vergabekammer fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. Die nicht eindeutige und nicht erschöpfende Leistungsbeschreibung des Antragsgegners sowie die mangelhafte Dokumentation des Vergabeverfahrens durch den Antragsgegner haben die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten verletzt.

Die Antragstellerin hat eine Vielzahl von Punkten angeführt, aus denen die Leistungsbeschreibung nicht eindeutig und erschöpfend die ausgeschriebene Leistung umschreibt. Der Nachprüfungsantrag hat sich durch die Rückversetzung des Vergabeverfahrens erledigt. Die Vergabekammer hätte sich allerdings im Falle einer Entscheidung über den Nachprüfungsantrag auf die Rügen beschränkt, die für eine Rückversetzung maßgeblich gewesen wären. Das Rechtsschutzbegehren im Feststellungsverfahren kann nicht weiter gehen als ohne eingetretene Erledigung. Im Fall der Erledigung genügt daher bereits eine begründete Rüge, um das Feststellungsinteresse zu begründen.

1.

Die Rüge der Intransparenz der Leistungsbeschreibung ist begründet, sofern vorge-
tragen wird, dass die Leistungsbeschreibung keine Angaben zu der erforderlichen An-
zahl von Sonderkostformen und Kaltverpflegung enthält, den täglichen Leistungszeit-
raum nicht widerspruchsfrei angibt und widersprüchliche Angaben zu der als zulässig
angesehenen Speisenzubereitung enthält. Die Leistungsbeschreibung verstößt gegen
das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gemäß § 121
GWB, § 29 Abs. 1 VgV. Weder ist aus der Leistungsbeschreibung der voraussichtliche
Umfang der Sonderkostformen, der auszugebenen Essen im Hinblick auf die Kaltver-
pflegung, die eindeutige Zeit zur Essensausgabe noch die eindeutige Vorgabe der
Garmethoden erkennbar.

Der Auftragsgegenstand ist in der Leistungsbeschreibung so eindeutig und erschöp-
fend wie möglich zu beschreiben, dass es allen Unternehmen möglich ist, sie im glei-
chen Sinn zu verstehen und damit vergleichbare Angebote abgeben zu können, § 121
GWB, § 29 Abs. 1 VgV (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 – 13 Verg 7/18).

Eine Leistungsbeschreibung ist eindeutig, wenn Unternehmen sie ohne große Ausle-
gungsbemühungen verstehen können (vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2010 - VII ZR 213/
08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2015 – VII-Verg 29/14). Vergabeunterlagen
müssen so gefasst sein, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter diese bei An-
wendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können (vgl. BGH, Urteil
vom 28.02.2002 – VII ZR 376/00; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.04.2016 – 15
Verg 1/16). Maßgebend ist damit stets der Empfängerhorizont eines verständigen,
sach- und fachkundigen Bieters, der mit der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist
(vgl. BGH, Urteil vom 03.06.2004 – X ZR 30/03, OLG Naumburg, Beschluss vom
12.09.2016, 7 Verg 5/16; OLG Brandenburg, Urteil vom 25.11.2015 – 4 U 7/14). Die
Bieter müssen daran ihre Angebote ausrichten können. Dies ist nur möglich, wenn die
Leistung derart erschöpfend beschrieben ist, dass sie alle preisrelevanten Faktoren
beinhaltet, mithin Art und Zweck der Leistung, die erforderlichen Teilleistungen, Funk-
tions- und Leistungsanforderungen sowie die Bedingungen, Umstände und sonstigen
Anforderungen (vgl. Trutzel in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 121
GWB Rn. 8). Der Auftraggeber ist deshalb verpflichtet, die Leistungsbeschreibung so
auszugestalten, dass eine vernünftige Kalkulation und die Abgabe vergleichbarer An-

gebote ermöglicht werden. Eine Grenze bildet insoweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und findet sich im Mach- und Zumutbaren (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 – 13 Verg 7/18). Auch wenn die vergaberechtlichen Regelungen nicht mehr das Verbot der Auferlegung eines ungewöhnlichen Wagnisses beinhalten, so muss die Leistungsbeschreibung dem Bieter gleichwohl eine vernünftige kaufmännische Kalkulation ermöglichen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.12.2011 – VII-Verg 96/11).

Vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist es, wenn der Auftraggeber den Bietern die Beschaffung von Informationen überlässt, sofern sich Bieter mit geringem Aufwand fehlende Daten selbst beschaffen können und die Vergleichbarkeit der Angebote bei einer solchen Vorgehensweise nicht gefährdet ist (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 – 13 Verg 7/18). Die Berufung auf Erfahrungen eines Bieters aufgrund vorangegangener Aufträge des Auftraggebers ist nach der Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung der Leistungsbeschreibung nicht möglich, das Sonderwissen eines einzelnen Bieters muss zur Wahrung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung außer Betracht bleiben (vgl. VK Bund, Beschluss vom 20.10.2014 – VK 1 – 84/14). Diesen Anforderungen wurde die Leistungsbeschreibung nicht gerecht.

a)

Des Weiteren lässt sich der Leistungsbeschreibung nicht der voraussichtliche Leistungsumfang der Sonderkostformen entnehmen.

Nach Ziffer 5.1.2 der Leistungsbeschreibung sollen die Auftragnehmer Essensteilnehmern mit Allergien bzw. gesundheitlichen Einschränkungen nach Einreichung eines Meldebogens die Teilnahme am Essen durch die Bereitstellung einer auf den Einzelfall abgestimmten Sonderkost ermöglichen. Es ist dem Antragsgegner insoweit zuzustimmen, dass sich die Anzahl der benötigten Sonderkostessen nicht konkret voraussagen lässt, da diese naturgemäß von Schuljahr zu Schuljahr schwankt. Jedoch wäre es Aufgabe des Antragsgegners gewesen, zumindest eine qualifizierte Schätzung abzugeben, die auf den in den vergangenen Schuljahren benötigten Sonderkostessen beruht. Ohne diese Angabe ist es potenziellen Bietern nicht möglich, diesen Bedarf auch nur ansatzweise einzuschätzen und so abzuschätzen, ob die Bereitstellung solcher Essen

in Anbetracht des Festpreises und unter Berücksichtigung der anderen angebotsgestaltenden Umstände möglich und wirtschaftlich vertretbar ist. Es wäre dem Antragsgegner auch möglich gewesen, den Bedarf an Sonderkostformen entweder auf der Grundlage von Erfahrungswerten aus den vergangenen Schuljahren zu schätzen.

Das Fehlen dieser Angabe vereitelt eine umfängliche Bewertung der ausgeschriebenen Leistung und die Angebotserstellung. Auch kann der Antragsgegner aus den oben genannten Gründen nicht einfach auf die Erfahrung der Antragstellerin verweisen, denn es ist nicht sichergestellt, dass alle potentiellen Bieter über dieses Wissen verfügen.

b)

Ebenso wie bei der Anzahl der auszugebenden Essen (II. B 1. a)) verhält es sich bei der Kaltverpflegung. Auch hier ist das genaue Leistungsvolumen unklar, da z.B. Klassenfahrten als den Leistungsumfang beeinflussender Faktor unberücksichtigt bleiben. Dabei sind die Auftragnehmer laut Ziffer 4 der Leistungsbeschreibung verpflichtet, bei Klassenfahrten am Abreisetag nach Anforderung der Schule eine Kaltverpflegung bereitzustellen.

Weder die Leistungsbeschreibung noch das Antwortschreiben des Antragsgegners vom 24. Februar 2020 geben Aufschluss darüber, wie viele Klassenfahrten pro Schuljahr mit wie vielen Kindern voraussichtlich erfolgen werden. Infolge der nicht berücksichtigten Anzahl an Klassenfahrten in der Leistungsbeschreibung (II. B 2. a)) ist für die Bieter im Ergebnis auch unklar, bei wie vielen Fahrten voraussichtlich eine Kaltverpflegung angefordert werden wird. Diese Zahlen hätte der Antragsgegner auf Grundlage der Erfahrungen aus den vergangenen Schuljahre ermitteln können bzw. bei vorherigen Auftragnehmern erfragen können, um so eine qualifizierte Schätzung abzugeben.

Ohne Angabe dieser Portionsmengen fehlt es an einer maßgeblichen Voraussetzung dafür, das Auftragsvolumen korrekt einschätzen und so ein angemessenes Angebot abgeben zu können.

c)

Die Leistungsbeschreibung war zudem im Hinblick auf den täglichen Leistungszeitraum für den durchschnittlichen sach- und fachkundigen Bieter nicht ohne weitere Erläuterungen verständlich.

Ein sach- und fachkundiger Bieter konnte der Leistungsbeschreibung nicht zweifelsfrei entnehmen, in welchem Zeitraum das Essen in der Schule angeboten werden muss. Auf entsprechende Nachfrage wurde im Antwortschreiben des Antragsgegners vom 24.02.2020 auf die nach der Grundschulverordnung für das Mittagessen vorgesehene Zeit verwiesen, statt einen Zeitraum verbindlich anzugeben. Die Grundschulverordnung (GsVO) legt in § 10 Abs. 4 GsVO fest, dass Abschnitte für Mahlzeiten im Schultag vorzusehen sind bzw. in § 27 Abs. 1 GsVO, dass an Ganztagschulen in gebundener Form eine Mahlzeit obligatorisch angeboten wird. Die GsVO trifft jedoch keine Aussage dazu, in welchem Zeitraum die Mahlzeit an Schulen angeboten werden muss oder soll.

d)

Ähnlich widersprüchlich ist die Leistungsbeschreibung bei den vorgeschriebenen Garmethoden in der Anlage 3. So sollen nach Anlage 3 Ziffer 5.1.3 für die Zubereitung von Gemüse und Kartoffeln fettarme und nährstofferhaltende Garmethoden angewandt werden. Gleichzeitig wird es in Ziffer 5.1.2.1 jedoch erlaubt, Kartoffelprodukte zu frittieren oder zu braten.

Für den durchschnittlichen sach- und fachkundigen Bieter ist somit auf Grund dieses Widerspruches nicht klar, wie er Kartoffeln und daraus hergestellte Produkte zubereiten darf.

2.

Auch soweit die Antragstellerin eine fehlerhafte Dokumentation des Vergabeverfahrens rügt, ist der Nachprüfungsantrag begründet.

Nach § 8 Abs. 1 VgV ist das Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend in Textform zu dokumentieren. Dazu gehört z.B. auch die Dokumentation der Kommunikation mit

Unternehmen, der Öffnung der Angebote und der Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen. Die Dokumentation dient der Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit des Verfahrensablaufs und der Entscheidung des Auftraggebers sowohl für den Bieter als auch für Nachprüfungsinstanzen. Um die Entscheidungen des Auftraggebers nachvollziehen zu können, genügt das bloße Festhalten von Ergebnissen nicht. Es ist vielmehr erforderlich, die einzelnen Überlegungen und Schritte, die zu der jeweiligen Entscheidung bzw. dem jeweiligen Ergebnis geführt haben, niederzuschreiben (BGH, Beschluss vom 04.04.2017 - X ZB 3/17; vgl. BKartA Bonn, Beschluss vom 13.02.2020 - VK 1 - 2/20).

Diesen Anforderungen wird die vom Antragsgegner vorgelegte Vergabeakte nicht gerecht. Der Vergabeakte lässt sich keine Dokumentation zur Ermittlung des Festpreises und der in Aussicht genommenen Portionsmengen entnehmen. Es ist daher nicht nachvollziehbar, wie sich der vom Antragsgegner geschätzte Auftragswert ergibt, welcher die Grundlage für die Wahl des Ausschreibungsverfahrens ist.

a)

Es ist bereits unklar, wie viele Essen die Antragstellerin im Vertragszeitraum auszugeben gehabt hätte. Zwar gibt der Antragsgegner für das streitgegenständliche Los 24 eine Anzahl von ca. 208 Schüler/innen und 15 Mittagessen für pädagogisches Personal an. Jedoch ergibt sich daraus nicht, wie viele Mittagessen insgesamt auszugeben gewesen wären.

So sind z.B. Ausflugstage und schulfreie Tage nach Bestimmung der Schule zu berücksichtigen und es ist unklar, wie viele Essen im Rahmen der Ferienbetreuung hätten ausgegeben werden müssen. Wie unzureichend die Angaben sind, zeigt schon eine eigene Berechnung der erkennenden Beschlusskammer im Hinweisschreiben vom 2. April 2020. Unter Berücksichtigung der Ferien- und Feiertage kommt diese auf 3.390,25 auszugebende Portionen pro Monat (Berechnungsgrundlage: Schuljahr 2020/2021 in Berlin mit 39 Schulwochen). Der Antragsgegner hingegen gibt in der Leistungsbeschreibung ohne weitere Begründung und Angabe der maßgeblichen Parameter 3.503 Portionen pro Monat an. Die Kenntnis und Nachvollziehbarkeit des geforderten Leistungsumfangs ist für einen Bieter jedoch essentiell, um eine belastbare kaufmännische Kalkulation vorzunehmen.

Es ist nicht Aufgabe eines Bieters, eigene Berechnungen und Ermittlungen des voraussichtlichen Auftragsvolumens anzustellen. Nach den oben dargestellten Grundsätzen trifft die Pflicht zur Angabe aller kalkulationsrelevanten Faktoren gemäß § 121 GWB, § 29 Abs. 1 VgV vielmehr den Auftraggeber. Von dieser Pflicht kann sich der Antragsgegner vorliegend nicht durch einen pauschalen Verweis auf die Kenntnis der Antragstellerin exkulpieren.

Der Antragsgegner verkennt, dass sich gerade der Umfang der erforderlichen Verpflegung während der Ferienbetreuung und an Ausflugstagen von Schule zu Schule unterscheidet und sich daher nicht pauschal von einer Schule auf die andere übertragen lässt.

Der Antragsgegner hat nichts dazu vorgetragen, weshalb er diese Daten nicht beschaffen kann bzw. dies unverhältnismäßig wäre.

b)

Es ist auch nicht nachvollziehbar, wie der vom Antragsgegner festgesetzte Festpreis errechnet wurde. Die Auftragswertschätzung ist gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 VgV i.V.m § 3 VgV zu dokumentieren. Hierfür genügt jedoch nicht lediglich die konkrete und einzelne Preisangabe. Vielmehr ist erforderlich, im Detail zu dokumentieren, wie der Auftraggeber zu dieser Schätzung gelangt ist (OLG Schleswig-Holsteinisches, Beschluss vom 28.01.2021 - 54 Verg 6/20; Kau in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 3 VgV, Rn. 20). Vorliegend war es daher erforderlich, dass der Antragsgegner die Zusammensetzung des Festpreises sowie die Berechnungsgrundlage seiner Auftragswertschätzung dokumentiert.

Ebenso fehlt eine Dokumentation über die vom Antragsgegner ermöglichten und - nach dessen Vortrag - auch erfolgten Ortsbesichtigungen der Schule durch andere Bieter. Es ist somit im Nachgang nicht nachvollziehbar, welcher Bieter die Schule zu welchem Zeitpunkt besichtigt hat. Die Dokumentation einer solchen ist nach § 8 Abs.1 VgV jedoch zwingend. Letztendlich fehlt auch die Dokumentation über die Öffnung der Angebote, die nach § 8 Abs. 1 VgV ebenfalls zwingend zu dokumentieren ist. Es ist somit anhand der Vergabeakte weder nachvollziehbar, ob die Vorgabe des

§ 55 Abs. 2 VgV eingehalten wurde, noch, welche Angebote überhaupt geöffnet und ausgewertet wurden. Dies stellt einen gravierenden und nachträglich nicht mehr zu heilenden Mangel des Verfahrens dar, der die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.03.2004 - VII-Verg 1/04).

3.

Demgegenüber vermögen die weiteren Rügen keine vergaberechtlichen Verstöße zu begründen und sind zurückzuweisen. Insbesondere die Vorgabe der Verwendung saisonaler Produkte ist nicht als Produktions- oder Herkunftsvorgabe zu werten und damit nicht als Diskriminierung anzusehen. Auch die Rüge der fehlenden Angabe einer Höchstmenge in der Rahmenvereinbarung vermag nicht durchzudringen, denn die Höchstmenge ist jedenfalls aus der Angabe der Schülerzahl abzuleiten. Ebenso wenig sind der in der Leistungsbeschreibung erfolgte Quellenverweis sowie die Qualitätsvorgaben zu beanstanden. Auch die Beschreibung des Umfangs der Reinigungspflichten und die Vorgaben über die Bereitstellung von Wasserspendern halten der vergaberechtlichen Überprüfung stand.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Nach § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB hat der Antragsgegner als im Verfahren unterlegener Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen. Nach § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB umfasst dies auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Kammer zieht insofern als Ausgangspunkt die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes heran. Dabei legt die Kammer den von der Antragsgegnerin geschätzten Auftragswert über die gesamte Vertragslaufzeit für das Los 24 zu Grunde.

Bei linearer Interpolation dieses von der Gebührentabelle nicht ausgewiesenen Zwischenwertes ergibt sich eine Gebühr in Höhe von

[...]

Dieser Wert spiegelt auch den in dem vorliegenden Verfahren durchschnittlichen Aufwand der Vergabekammer wieder und trägt der wirtschaftlichen Bedeutung des Verfahrens Rechnung. § 182 Abs. 3 Satz 4 GWB findet bei einem Fortsetzungsfeststellungsantrag keine Anwendung (vgl. VK Berlin, Beschluss vom 20.06.2018 – VK-B2-10/18). Auch ein Anlass für ein vollständiges oder teilweises Absehen von der Gebührenerhebung aus Gründen der Billigkeit nach § 182 Abs. 3 Satz 6 GWB ist vorliegend nicht ersichtlich.

Auf den Antrag der Antragstellerin stellt die Kammer gem. § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG zudem die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten fest. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen. Entscheidend ist dabei, ob die Antragstellerin unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverfolgung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (vgl. schon VK Berlin, Beschluss vom 26.08.2014 – VK – B 1 – 10/14 m.w.N.).

Das vorliegende Nachprüfungsverfahren umfasst eine Vielzahl von Rügen und ist von einer hohen Komplexität gekennzeichnet. Neben Fragen zur Transparenz des gesamten Vergabeverfahrens stellten sich durch die eingetretene Erledigung weitere prozessuale Fragen, insbesondere auch zur Zulässigkeit des Fortsetzungsfeststellungsantrags. Der Antragstellerin müssen die hier streitgegenständlichen vergaberechtlichen Regelungen insbesondere auch in prozessualer Hinsicht nicht so geläufig sein, dass sie gegenüber der Vergabekammer selbst hätte vortragen können.

Rechtsmittelbelehrung

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

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

Vorsitzende

Hauptamtlicher Beisitzer

Ehrenamtlicher Beisitzer

Zeise

Dr. Kern