

Titel:

Leistungsbeschreibung, Eignungsprüfung, Zuschlagskriterium, Nachprüfungsverfahren, Rügepräklusion, Ausschlussgründe, Transparenzgebot

Normenketten:

GWB § 121 Abs. 1

GWB § 127 Abs. 1

Leitsätze:

1. Mit einer irreführenden Beantwortung von Bieterfragen verstößt ein öffentliche Auftraggeber gegen seine aus Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU herrührende Verpflichtung, auftragsbezogene Fragen der Bieter zutreffend zu beantworten.
2. Ein öffentlicher Auftraggeber darf die Eignung eines Bieters nicht einfach bejahen, obwohl die Eignungsprüfung nicht abgeschlossen war und die von ihm aufgrund von Zweifeln an der Erfüllung der Eignungsanforderungen zu Recht begonnene und gebotene Angebotsaufklärung nach § 15 Abs. 5 VgV nicht zu abschließenden Ergebnissen geführt hatte.
3. Bemisst ein öffentlicher Auftraggeber die Vergleichbarkeit von Referenzaufträgen anhand der Versorgung von durchschnittlichen Zahlen von Verpflegungsteilnehmern pro Tag, muss er den Zeitraum, in dem dieser Durchschnitt pro Tag erfüllt sein muss, zweifelsfrei festlegen und bekanntgeben.
4. Auch wenn sie von den Bietern nicht gerügt wurden, stehen unklare Vorgaben an die Vergleichbarkeit einer vergaberechtskonformen Prüfung der Vergleichbarkeit der Referenzen entgegen. Die möglicherweise eingetretene Rügepräklusion führt nicht dazu, dass die unklaren Vorgaben klar und brauchbar würden.
5. Auch wenn die Leistungsbeschreibung funktionale Elemente enthält, kann der Preis alleiniges Zuschlagskriterium sein, soweit die Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung sicherstellen, dass der Auftraggeber hinsichtlich des von ihm definierten Mindeststandards an Leistung, an dem er tatsächlich ein wirtschaftliches Interesse hat, vergleichbare Angebote erhält und das beste Preis-Leistungs-Verhältnis i.S.d. § 127 Abs. 1 GWB auch unter Anwendung eines reinen Preisentscheids ermitteln kann.

Schlagworte:

Leistungsbeschreibung, Eignungsprüfung, Zuschlagskriterium, Nachprüfungsverfahren, Rügepräklusion, Ausschlussgründe, Transparenzgebot

Tenor

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. Die Antragsgegnerin wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen und die Bekanntmachung sowie die Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten.
2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen zu 1) und 2) tragen gesamtschuldnerisch die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen).
3. Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen zu 1) und 2) tragen die der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen jeweils zu einem Drittel.
4. Für das Verfahren wird eine Gebühr in Höhe von...,00 EUR festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen. Die Antragsgegnerin ist von der Zahlung der Gebühr befreit.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe

I.

1

Mit Auftragsbekanntmachung vom 12.11.2024, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am ...2024 unter Nr. ...-2024, schrieb die Antragsgegnerin einen Dienstleistungsauftrag über „RV-Catering in städtischen Unterbringungseinrichtungen der Stadt... für die Jahre 2025 in den Losen 1-4“ im Wege eines offenen Verfahrens aufgeteilt in vier Lose aus. Nach Ziffer 2.1.5 der Bekanntmachung konnten Bieter auf alle Lose Angebote abgeben, die Höchstzahl der Lose, für die Aufträge an einen Bieter vergeben werden können, war aber auf zwei beschränkt. Zuschlagskriterium war gemäß Ziffer 5.1.10 der Bekanntmachung der Preis. Varianten (Nebenangebote) waren nach Ziffer 5.1.12 der Bekanntmachung nicht zulässig.

2

Ziffer 5.1.9 der Bekanntmachung enthielt in Bezug auf die Eignungskriterien unter anderem folgende Festlegungen:

Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

...

Die Reihenfolge der Prüfung der Eignung und die Erteilung der Zuschläge für die einzelnen Lose erfolgt entsprechend der Reihenfolge dargestellt in der Auftragsbekanntmachung. Zunächst wird also der Zuschlag auf das jeweils wirtschaftlichste Angebot für Los 1 erteilt, gefolgt von Los 2, Los 3 und zum Schluss Los 4

Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

...

In jedem Los wird nur die angegebene Referenz berücksichtigt, ein Austausch bzw. Nachreichen von Referenzen ist nicht zulässig. Pro Los ist mindestens eine Referenz anzugeben. Sollte sich ein Bieter auf mehrere Lose bewerben, dürfen keine gleichen Referenzen angegeben werden. Es muss sichergestellt werden, dass der Bieter eine höhere Anzahl an Verpflegung leisten kann als in einem Los angegeben ist. ...

Als vergleichbare Leistung gilt in vorliegendem Fall eine Rahmenvereinbarung über eine Cateringleistung von Flüchtlingen mit einer Verpflegungsteilnehmerzahl für Los 1 von durchschnittlich 2.000 Essensteilnehmenden, für Los 2 von durchschnittlich 1.000 Essensteilnehmenden, für Los 3 von durchschnittlich 700 Essensteilnehmenden und für Los 4 von durchschnittlich 500 Essensteilnehmenden pro Verpflegungstag, wenn sie nicht älter als drei Jahre sind und die Leistung bereits vollständig abgeschlossen wurde oder bei einer Vertragslaufzeit von mindestens sechs Monaten ein Leistungszeitraum von sechs Monaten bereits abgeschlossen wurde. Maßgeblich ist das Ende der Angebotsfrist. Die Cateringleistung an mehrere Einrichtungen kann unter Beachtung der obigen Anforderungen in einer Referenz zusammengefasst werden. [...]

Falls der Auftraggeberin Anhaltspunkte vorliegen, dass die Erklärung (teilweise) unzutreffend sein könnte, werden zusätzlich zur Erklärung weitere Nachweise gefordert. Der Bewerber/Bieter hat in diesem Fall vor Zuschlagserteilung auf Anforderung durch die Auftraggeberin eine vom jeweiligen Auftraggeber ausgestellte Bestätigung der Referenz vorzulegen. [...]

Bitte beschreiben Sie möglichst detailliert den Auftragsgegenstand der Referenz und ob die Verpflegungsteilnehmerzahl von durchschnittlich 2.000 Essensteilnehmenden pro Verpflegungstag erreicht werden. [...] Bitte geben Sie die Kontaktdaten der Ansprechperson des Referenzauftraggebers (Name, Telefonnummer, E-Mail-Adresse) für die Überprüfung der Referenz an. [...] Bitte geben Sie den Auftragswert (netto) der Referenz in Euro an.

3

Ausweislich der Angabe in Ziffer 5.1.11 der Bekanntmachung standen die Auftragsunterlagen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei unter der dort genannten Internetadresse zur Verfügung.

4

Ziffer 4.1 der Leistungsbeschreibung lautet:

Als Richtlinie für die Verpflegung der Bewohner dienen die Vorgaben der deutschen Gesellschaft für Ernährung (DGE) für eine männliche, 20-jährige Person mit einem PAL-Index von 1,6 (abzurufen unter: <https://www.dge.de/wissenschaft/referenzwerte>).

- Ziffer 4.1.1 Die Auftragnehmerin bzw. der Auftragnehmer und die Unterauftragnehmer müssen alle für sie geltenden gesetzlichen Bestimmungen einhalten. Beim Einkauf der Rohstoffe und Waren, bei der Produktion der Speisen, bei der Verpackung und zum Zeitpunkt der Auslieferung der Artikel, Produkte und Waren müssen die einschlägigen Vorschriften beachtet werden. Hierbei sind insbesondere die aktuellen Fassungen folgender Vorschriften aus dem Bereich der Lebensmittelproduktion, der Lebensmittelverarbeitung und für das Inverkehrbringen von Speisen zu beachten:

- VO (EG) Nr. 178/2002 – Basis-Verordnung zu Lebensmittelrecht und – sicherheit VO (EG) Nr. 852/2004 – Maßnahmen zur Qualitätssicherung, insbesondere eines HACCP-Konzeptes sowie Sicherstellung der Einhaltung der §§ 42 und 43 IfSG

- VO (EG) Nr. 853/2004 – Hygienevorschriften für Lebensmittel tierischen Ursprungs

- VO (EG) Nr. 1169/2011 – Information der Verbraucher über Lebensmittel, insbesondere Kennzeichnungspflichten

- § 42 und § 43 IfSG – Vorschriften zur Sicherstellung, dass das eingesetzte Personal keine übertragbaren Krankheiten an die Bewohner*innen weitergibt

5

In Ziffer 4.2 der Leistungsbeschreibung war u.a. geregelt:

... Auf Einweggeschirr und Einwegbesteck ist zu verzichten (Ausnahme bei Lunchpaketen)

6

Ziffer 4.3 regelt in den Inhalten der Versorgung u.a.:

Die Auftragnehmer*innen stellen täglich zum Frühstück sowie Mittag- und Abendessen (insgesamt maximal 3 Mahlzeiten täglich)

Bereitstellung von Mittagessen als Warmverpflegung (täglich wechselnd) und Abendessen als Kaltverpflegung (in Absprache mit der Stadt...).

Hinweis: Die Gesamtsumme der Preise der drei Einzelessen an einem Tag darf den Preis einer Tages-Kopfpauschale nicht übersteigen. Hiervon abweichende Angebote führen zum Ausschluss von dieser Ausschreibung, wenn wertbare Angebote eingehen.

7

Ziffer 9 der besonderen Bewerbungsbedingungen lautet:

a) Auf Verlangen der Vergabestelle haben Bieter zu erklären, ob sie einer Verlängerung der Bindefrist bis zu dem von der Vergabestelle bestimmten Zeitpunkt zustimmen. Soweit es aufgrund der verzögerten Zuschlagserteilung erforderlich erscheint, kann die Vergabestelle die Ausführungsfristen des Auftrags in diesem Zusammenhang angemessen verlängern.

b) Angebote von Bietern, die einer Verlängerung der Bindefrist nicht zustimmen, werden vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

8

Die Bindefrist für die Angebote wurde in der Aufforderung zur Angebotsabgabe auf den 28.02.2025 festgelegt.

9

Am 18.11.2025 gab die Antragsgegnerin den Bietern ihre Antworten auf einige Bieterfragen bekannt.

10

Frage 10 lautete:

Verstehen wir es richtig, dass es dem AN freisteht, ob er das Cook & Hold oder Cook & Chill oder ein anderes Verpflegungssystem umsetzt? Je nach örtlichen Gegebenheiten der Unterkünfte entscheidend?

11

Hierauf antwortete die Antragsgegnerin:

Soweit eine verzögerungsfreie Ausgabe der Speisen gewährleistet werden kann, die Bewohnerinnen sich ihr Essen frei zusammenstellen können und jederzeit ein Nachschlag (ohne Mehrkosten zu generieren) auch bei einzelnen Komponenten möglich ist, ist das zu nutzende Verpflegungssystem durch den Anbieter frei wählbar. Es müssen jedoch alle Vorgaben der Leistungsbeschreibung eingehalten werden. Es besteht kein Anspruch darauf, dass die vorgegebenen baulichen Gegebenheiten dem Verpflegungssystem, auf Kosten der Stadt..., angepasst werden. Es sind keine Küchen vor Ort und bisher wird das Cook & Hold Verfahren genutzt.

12

Zusätzlich zur Beantwortung der Bieterfragen erstellte die Antragsgegnerin eine Liste der Konkretisierungen der Vergabeunterlagen. Diese enthielt u.a. folgende Regelungen:

„- [...] Zum Abendessen soll ausschließlich eine Kaltverpflegung geliefert werden.“

- Die Warmverpflegung beinhaltet an sieben Tagen die Woche Fisch oder Fleisch und ein vegetarisches oder veganes Gericht. Es sind damit je nach Bestellung zwei Gerichte zu liefern, wobei eines davon immer vegetarisch oder vegan ist. Die Häufigkeit von Fisch respektive Fleisch bleibt den Bietern überlassen. Die Größen der Komponenten Fleisch/Fisch werden den Bietern überlassen. Einzige Vorgabe des Auftraggebers ist hier die Einhaltung der DGE Richtlinie. [...]

- Cook & Hold“ kann stets umgesetzt werden. Bei den jetzt ausgeschriebenen Objekten findet das Catering im Erdgeschoss statt. Bei zukünftigen Objekten können sich Abweichungen ergeben. Auf Seite 4 dieser Konkretisierung erhalten Sie eine Auflistung, aus der sich die Zahl und die Größe der Lagerräume, der Essensausgabe, sowie das Vorhandensein von Sozialräumen pro benannter Einrichtung ergibt.

- Aus lebensmittelrechtlicher Sicht sind die vorhandenen Lagerräume nicht zur Lagerung von frischer Ware und gekühlter Ware geeignet.

13

Zudem wiederholte die Antragsgegnerin ihre Aussage aus der Beantwortung der Bieterfragen, dass keine Besichtigungsmöglichkeit der aktuell betriebenen Unterkünfte bestünde.

14

Sowohl Antragstellerin als auch die Beigeladene zu 1) und zu 2) und weitere Bieter reichten innerhalb der durch Änderungsbekanntmachungen mehrfach verlängerten und zuletzt auf den 12.01.2025, 23:59 Uhr festgesetzten Angebotsfrist Angebote ein. Dabei reichte die Beigeladene zu 1) in allen Losen das preisgünstigste Angebot ein, die Beigeladene zu 2) in den Losen 3 und 4 das zweitgünstigste Angebot.

15

Mit Informationsschreiben gemäß § 134 GWB vom 27.01.2025 setzte die Antragsgegnerin die Antragstellerin davon in Kenntnis, dass auf ihr Angebot nicht der Zuschlag erteilt werden könne, da es nicht das wirtschaftlichste sei. Es liege ein niedrigeres Hauptangebot vor. Zudem teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag für Los 1 und 2 frühestens am 07.02.2025 auf das Angebot der Beigeladenen zu 1) sowie für Los 3 und 4 auf das Angebot der Beigeladenen zu 2) zu erteilen. Die Antragstellerin habe im Los 1 die Rangstelle 3, im Los 2 die Rangstelle 4 und unter Berücksichtigung der Zuschlagslimitierung im Los 3 die Rangstelle 3 und im Los 4 die Rangstelle 2 erreicht.

16

Mit Schreiben vom 30.01.2025 beanstandete die Antragstellerin die Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin als vergaberechtswidrig. Weder die Beigeladene zu 1) in den Losen 1 und 2 noch die Beigeladene zu 2) in den Losen 3 und 4 kämen für die Beauftragung mit der bekannt gemachten Leistung in Betracht.

17

Die Beigeladene zu 1) könne die Beschränkung der zulässigen Warmhaltezeiten mangels ortsnaher Produktionsküche nicht einhalten. Sie plane, die Leistung entgegen dem vorgegebenen Verpflegungssystem als Cook& Chill oder Cook& Freeze zu erbringen und am Ort der Leistungserbringung eine Regenerierung durchzuführen. Diese Abweichung von dem bekannt gemachten Verpflegungssystem führe zwingend zum Angebotsausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV.

18

Der Beigeladenen zu 1) sei in einem Auftrag nach einem Vergabeverfahren der ... aus dem Jahre 2023/2024 von dieser nach wenigen Tagen der Vertragsdauer gekündigt worden. Die Antragstellerin, die die Unterkunft schon vorher versorgt habe, sei daraufhin von der ... im Wege einer Notvergabe beauftragt worden.

19

In einem aktuell bestehenden Vertrag mit der Antragsgegnerin habe die Beigeladene zu 1) gegen vertragliche Vorgaben verstoßen. Dies sei der Antragstellerin bekannt, da sie Vertragspartnerin eines anderen Loses dieses Auftrags sei. Die Beigeladene zu 1) halte insbesondere die Vorgabe nicht ein, Essen warm anzuliefern. Sie liefere z.B. gekühltes Essen an, das in der Einrichtung erst regeneriert werde, was jedoch in der dortigen Ausschreibung nicht zugelassen gewesen sei. Nach Kenntnis der Antragstellerin befänden sich an den Standorten S...straße und H...straße zur Regenerierung bestimmte Konvektomaten, die von der Beigeladenen zu 1) ausschreibungswidrig zur Regenerierung von Speisen verwendet würden. Zudem benutze die Beigeladene zu 1) Einweggeschirr entgegen der vertraglichen Vorgaben und kaufe zur Erfüllung des mit Antragsgegnerin bestehenden Vertrags auch Essen zu. Da es sich bei der Essenslieferung um einen bzw. den wesentlichen Leistungsbestandteil handle, wäre sie verpflichtet gewesen, diesen Unterauftragnehmereinsatz anzuzeigen. Es sei davon auszugehen, dass die Beigeladenen zu 1) auch in der hier gegenständlichen Ausschreibung geplante Unterauftragnehmereinsätze nicht transparent offenlegen werde.

20

Ein Ausschluss der Beigeladenen zu 1) sei vergaberechtlich auch deshalb angezeigt, da sie ein unaukkömmliches Angebot abgegeben habe. Dieser Umstand ergebe sich daraus, dass die Antragstellerin selbst schon hart kalkuliert habe, um den vorliegenden Auftrag zu erhalten und es wirtschaftlich nicht möglich sei, dass ein anderer Bieter, der die Bedingungen der Ausschreibung erfülle, bessere Konditionen anbieten könne.

21

Auch bei der Beigeladenen zu 2) bestünden ernsthafte Zweifel am Leistungsversprechen. Die Beigeladene zu 2) verfüge über keine Produktionsküche, die sich in der Nähe zu den in der Leistungsbeschreibung genannten Ausgabestellen befindet. Entsprechend sei es der Beigeladenen zu 2) logistisch nicht möglich, die Speisen innerhalb einer Stunde nach Abschluss des Garprozesses an der Ausgabestelle auszuliefern.

22

Das Konzept „...“ der Beigeladenen zu 2) sei nicht ausschreibungskonform, da es gegen mehrere Vorgaben der Leistungsbeschreibung verstoße. So könne die Kerntemperatur von 60°C nicht während der gesamten Zeitspanne eingehalten werden, die Weitergarung während der Fahrt führe zu einer ungleichmäßigen Zubereitung der Speisen, wodurch Konsistenz und Geschmack negativ beeinflusst würden. Während des Transports entstünden durch die Weitergarung potenzielle Hygieneprobleme, da Temperaturschwankungen auftreten könnten. Dies widerspreche den gesetzlichen Hygienevorschriften sowie den Empfehlungen des Bundesinstituts für Risikobewertung.

23

Da das Produktionsverfahren hier nicht freigestellt worden sei, sondern in Form einer Warmverpflegung im Cook& Hold-Verfahren vorgegeben worden sei, würde eine Belieferung mit dem Konzept ... gegen die bekannt gemachten Leistungsanforderungen verstoßen.

24

Zudem forderte die Antragstellerin die Offenlegung der Namen der vor ihr platzierten Bieter in den einzelnen Losen.

25

Mit Schreiben vom 11.02.2025 half die Antragsgegnerin den Rügen nicht ab.

26

Die Ausschreibung enthalte eine – zumindest teilweise – funktionale Leistungsbeschreibung. Die Vergabeunterlagen würden vorsehen, dass die Bieter das angebotene Verpflegungssystem selbst wählen können, sofern das gewählte Verpflegungssystem den einschlägigen lebensmittel-, hygiene- und gesundheitsrechtlichen Vorgaben entspreche und folgende, sich aus der Antwort auf Bieterfrage 11 ergebenden Vorgaben einhalte: Nach Abschluss des Garprozesses werden die Speisen nicht länger als 3

Stunden warmgehalten. Die Kerntemperatur sollte nicht unter 60°C sinken. Die Speisen werden noch bei 60°C ausgegeben. Die Ausgabe dauert 2 Stunden.

27

Das Leistungsversprechen der Beigeladenen 1) sei geprüft worden. Die Beigeladene zu 1) habe umfänglich und detailliert dargestellt, wie sie alle Vorgaben aus den Vergabeunterlagen, insbesondere mit Blick auf die Transportdauer und die Temperaturkontrolle, einhalten werde. Die Darstellungen seien in sich schlüssig und nachvollziehbar und mit Nachweisen untermauert worden. Auch werde kein Einweggeschirr eingesetzt und die Angaben des Unternehmens seien auch in Hinblick auf den Einsatz von Unterauftragnehmern vollständig. Anhaltspunkte, die an einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung zweifeln ließen, lägen nicht vor.

28

Aufgrund des Vertragsverhältnisses der Beigeladenen 1) mit der ... aus dem Jahr 2024 sei eine Anhörung und Aufklärung erfolgt. Die Antragsgegnerin habe die Beigeladene zu 1) aber weder nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, noch nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB ausgeschlossen. Im aktuellen Vertragsverhältnis mit der Stadt... sei keine Schlechtleistung ersichtlich, daher sei kein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB geboten. Das im Bestandsvertrag von der Beigeladenen zu 1) eingesetzte Verpflegungssystem widerspreche nicht der dort einschlägigen Leistungsbeschreibung. Es werde Mehrweggeschirr eingesetzt und es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene zu 1) bei der Angebotsabgabe unrichtige Angaben gemacht habe.

29

Eine Aufklärung der Preise sei bei der Beigeladenen zu 1) erfolgt. Das Unternehmen habe schlüssig und nachvollziehbar Maßnahmen dargelegt, wie und wo Kosten gesenkt, weiterhin niedrig gehalten und wie Synergieeffekte aus vergleichbaren Aufträgen genutzt würden.

30

Es lägen somit keine Anhaltspunkte vor, die auf ein nicht auskömmliches Angebot hinweisen.

31

Das Leistungsversprechen der Beigeladenen zu 2) sei durch gezielte Rückfragen geprüft worden. Der Bieter habe vollständig, schlüssig und nachvollziehbar dargelegt und nachgewiesen, dass er sein Leistungsversprechen ordnungsgemäß erfüllen könne und werde. Es bestünden keine Anhaltspunkte, an der Einhaltung der Vorgaben aus den Vergabeunterlagen oder an der Qualität der Speisen zu zweifeln.

32

Die Tatsache, dass die Bieter selbst die Wahl des eingesetzten Verpflegungssystems haben, spreche nicht gegen eine Vergleichbarkeit der Angebote.

33

Es bestehe kein Anspruch auf die Offenlegung der Namen aller vor Ihnen platzierten Unternehmen.

34

Mit Schreiben vom 12.02.2025 erwiderte die Antragstellerin auf die Nichtabhilfe der Antragsgegnerin vom 11.02.2025 und erweiterte ihre Rügen.

35

Das Verpflegungssystem sei von der Antragsgegnerin durch die Formulierung

„Cook & Hold kann stets umgesetzt werden. [...] Aus lebensmittelrechtlicher Sicht sind die vorhandenen Lagerräume nicht zur Lagerung von frischer Ware und gekühlter Ware geeignet.“

in der Konkretisierung vom 03.01.2025 auf Cook & Hold konkretisiert worden.

36

Eine täglich frische Anlieferung von gekühltem oder gefrorenem Essen (jeweils für Frühstück, Mittagessen und Abendessen) mit anschließender Regenerierung sei mangels lebensmittelrechtlich geeigneten Kühl- oder Lagermöglichkeiten vor Ort kein Verpflegungssystem, das lebensmittel-, hygiene- oder gesundheitsrechtlich umsetzbar wäre. Falls die Antragsgegnerin solche Verpflegungssysteme als zulässig erachte, seien die Vergabeunterlagen mit Blick auf das umsetzbare Verpflegungssystem offensichtlich

unklar und in der Folge intransparent. Die Bieter hätten dann auf gänzlich unterschiedlicher Kalkulationsgrundlage kalkuliert, da die einen Bieter (so vermutlich die Zuschlagsdestinatäre) mit Regenerationsverfahren und vor Ort gelagerten Lebensmitteln kalkuliert hätten, während andere Bieter eine frische Warmverpflegung im Cook& Hold-Verfahren mit dreimal täglicher Anlieferung aller Waren kalkuliert haben. Das Vergabeverfahren wäre aufzuheben und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht neu – mit den notwendigen Klarstellungen – auszuschreiben.

37

Außerdem habe die Beigeladene zu 1) ein falsches Leistungsversprechen abgegeben bezüglich des Einsatzes von Einweggeschirr und -besteck am Verpflegungsort H...straße und des Einsatzes von Konvektomaten für die vertragswidrige Regenerierung von Lebensmitteln, welches trotz Hinweisen der Antragstellerin von der Antragsgegnerin geduldet werde.

38

Die Antragstellerin bat weiter um Prüfung, ob bei den beiden Zuschlagsdestinatären der Preis des Lunchpaketes den Preis der Vollverpflegung übersteigt.

39

Mit Bieterinformation vom 13.02.2025 sicherte die Antragsgegnerin der Antragstellerin zu, dass sie die Zuschläge nicht vor dem 24.02.2025 erteilen würde.

40

Mit Schreiben vom 20.02.2025 antwortete die Antragsgegnerin der Antragstellerin, dass ihren Rügen nicht abgeholfen werde. Aus der Konkretisierung vom 06.12.2024 ergebe sich nicht, dass eine Lagerung von frischer und gekühlter Ware vor Ort überhaupt nicht möglich sei. Vielmehr könnten Bieter vorhandene Lagerräume selbst – im Rahmen der örtlichen Gegebenheiten – so ausgestalten, dass diese aus lebensmittelrechtlicher Sicht zur Lagerung von frischer Ware und gekühlter Ware geeignet seien. Weiter erfolge aufgrund des eventuell dauerhaft eingesetzten Einweggeschirrs der Beigeladenen zu 1) kein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, da dies keine schwere Verfehlung darstelle. Zudem sei bei der Ausschreibung zu dem bestehenden Catering-Vertrag zwischen der Beigeladenen zu 1) und der Antragsgegnerin ein Verpflegungssystem, welches eine Regenerierung durch Konvektoren vorsehe, nicht ausgeschlossen gewesen.

41

Es könne bestätigt werden, dass die Preise für das Lunchpaket den Preis der Vollverpflegung sowohl bei der Beigeladenen zu 1) und der Beigeladenen zu 2) nicht übersteigen. Die ergangenen Vorabinformationen seien vollständig. Der Rangplatz sei mitgeteilt worden.

42

Nachdem den Rügen der Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, stellte die Antragstellerin mit Schreiben vom 21.02.2025 einen Nachprüfungsantrag gem. § 160 Abs. 1 GWB.

43

Die Antragstellerin wiederholt und vertieft den Vortrag aus den vorangegangenen Rügen. Die Antragsgegnerin verstoße gegen § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, indem sie Angebote in Betracht ziehe, die von zwingenden Vorgaben abweichen. Die Konkretisierung der Vergabeunterlagen beschränke die zulässigen Verpflegungssysteme auf Cook& Hold“-Verpflegungssysteme, die eine Lagerung von frischer oder gekühlter Ware am Ort der Leistungserbringung erfordern, seien aus lebensmittelrechtlicher Sicht nicht umsetzbar. Die Antragsgegnerin habe keine Ortsbesichtigungen oder Pläne ermöglicht und damit keine ausreichenden Informationen für andere Systeme bereitgestellt. Das einzige lebensmittelrechtlich und infrastrukturell umsetzbare System sei „Cook& Hold“. Angebote, die hiervon abweichen, seien vom Vergabeverfahren auszuschließen. Außerdem sei die Leistungsbeschreibung uneindeutig und nicht so erschöpfend wie möglich gefasst. Sie sei nicht für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich gewesen, sodass die Angebote nicht miteinander verglichen werden könnten. Mehrdeutigkeiten und Unklarheiten würden zu Lasten der Antragsgegnerin gehen. Die Antragsgegnerin verstoße zudem gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz des § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB, indem sie den Zuschlag allein auf Basis des Preises vergebe. Die Bewertung berücksichtige keine konzeptionellen Unterschiede, obwohl die Leistung teilfunktional ausgeschrieben worden sei. Dadurch werde das wirtschaftlichste Angebot nicht ermittelt, was gegen § 127 GWB verstoße. Eine ausschließlich preisbasierte Angebotswertung bei verbleibenden

kalkulationserheblichen Spielräumen sei nicht transparent und gleichbehandelnd. Eine ordnungsgemäße Angebotsaufklärung und Preisprüfung nach § 60 VgV hätte ergeben müssen, dass das Angebot der zum Zuschlag vorgesehenen Bieter auf abweichender Preisermittlung beruhe. Der Abtransport und die Reinigung von Mehrweggeschirr sowie die Entsorgung von Speiseresten seien zwingende Vorgaben, die nicht ausreichend berücksichtigt worden seien. Bieter ohne Produktionsstandorte in der Nähe der Leistungsorte hätten höhere Aufwände einkalkulieren müssen. Die erheblich niedrigeren Preise würden darauf hindeuten, dass gegen die Vorgaben verstoßen werde. Die Antragsgegnerin habe die Hinweise der Antragstellerin, einschließlich Fotodokumentation, nicht ausreichend berücksichtigt. Ein Angebotsausschluss sei nicht nur nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, sondern auch nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB geboten. Die Beigeladene zu 1) habe versucht, die Entscheidungsfindung der Antragsgegnerin unzulässig zu beeinflussen, indem sie auf Grundlage ausschreibungswidriger Leistungserbringung kalkuliert habe. Zudem liege ein Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vor, da die Beigeladene zu 1) erhebliche und fortdauernde Mängel bei der Erfüllung früherer Aufträge gezeigt habe, etwa durch Einsatz von Einweggeschirr. Diese Verstöße würden die wirtschaftlichen Grundlagen des Angebots und die Chancengleichheit beeinträchtigen.

44

Die Antragstellerin beantragt

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, im Vergabeverfahren in den Losen 1-4 den Zuschlag zu erteilen;
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren bezogen auf die vorgenannten Lose geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die dargestellten Rechtsverletzungen der Antragstellerin zu beseitigen;
3. die Vergabeakte beizuziehen und der Antragstellerin unverzüglich Akteneinsicht zu gewähren;
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären;
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

45

Die Antragsgegnerin beantragt

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.

46

Zur Begründung trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Antragstellerin mit dem gerügten Verstoß gegen § 121 Abs. 1 GWB hinsichtlich der Mehrdeutigkeit der Vergabeunterlagen gemäß § 160 Abs. 1 Nr. 3 bzw. Nr. 1 GWB präkludiert sei, da sie diesen nicht bis zum Ablauf der Angebotsabgabefrist (Ablauf: 12.12.2024) bzw. innerhalb von zehn Kalendertagen seit Erkennen des Verstoßes (Ablauf: 16.12.2024) gerügt habe. Da die Antragstellerin in einem laufenden Auftragsverhältnis selbst Kühlschränke in die Lagerräume eingebaut habe, hätte spätestens die Konkretisierung der Leistungsbeschreibung vom 06.12.2025, in welcher mitgeteilt wurde, dass die vorhandenen Lagerräume nicht zur Lagerung von frischer und gekühlter Ware geeignet seien, für sie irritierend sein müssen. Wenn die Antragstellerin die Konkretisierung so verstanden habe, dass sie bedeutet, dass mangels Lagerungsmöglichkeit lediglich Cook& Hold angeboten werden darf, so stünde dies im Widerspruch zu der faktisch möglichen Lagerung von Lebensmitteln, die die Antragstellerin derzeit selbst betreibt. Die Antragstellerin wisse positiv, dass eigene Kühlschränke zur Lagerung benutzt werden könnten. Eigene Kühlschränke würden die Möglichkeit von Cook& Hold als einziges Verpflegungssystem aber ausschließen.

47

Die Antragstellerin sei auch mit dem gerügten Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gemäß § 160 Abs. 1 Nr. 3 bzw. Nr. 1 GWB präkludiert, da sie diesen nicht bis zum Ablauf der Angebotsabgabefrist (Ablauf: 12.12.2024) bzw. innerhalb von zehn Kalendertagen seit Erkennen des Verstoßes (Ablauf: 16.12.2024) gerügt habe.

48

Der angebliche Verstoß sei aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Die Antragstellerin werfe die Thematik allerdings erstmals in ihrem Antrag vom 21.02.2025 auf und damit deutlich nach dem Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe bzw. der zehntägigen Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB.

49

Die Antragstellerin sei, jedenfalls hinsichtlich der Lose 1-3, auch nicht gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt, weil sie diesbezüglich nicht auf Platz 2 der Rangfolge stehe.

50

Die Leistung sei eindeutig und erschöpfend beschrieben worden. Das Verpflegungssystem sei für die Bieter frei wählbar gewesen. Die Aussage „Das Verpflegungssystem ist frei wählbar“ stehe einer Einschränkung auf Cook& Hold entgegen. Auch die Konkretisierung vom 06.12.2024 führe zu keiner verbindlichen Festlegung. Bieter könnten z. B. Cook& Hold, wechselnde Systeme, ... oder eigene Kühlmöglichkeiten einplanen. Die vorhandenen Lagerräume dürften genutzt und ggf. ausgerüstet werden. Selbst wenn man einen Verstoß gegen § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB annähme, sei die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt. Ihr Angebot sei nicht ausgeschlossen worden und die Antragsgegnerin habe kein Angebot wegen eines falschen Verpflegungssystems ausgeschlossen. Außerdem hätte die Antragstellerin bei Unklarheiten eine Bieterfrage stellen müssen.

51

Die Beigeladene zu 1) habe in ihren Schreiben vom 05.02.2025 und 10.02.2025 plausibel dargelegt, wie sie alle Vorgaben erfülle, insbesondere zu Transportdauer, Temperaturkontrolle und ohne Einweggeschirr. Es bestünden keine Zweifel an einer vertragskonformen Leistung. Zudem gebe sie an, Cook& Hold anzubieten.

52

Auch die Beigeladene zu 2) habe alle Punkte vollständig und nachvollziehbar dargelegt. Die Antragsgegnerin sehe keine Anhaltspunkte für Verstöße oder mangelnde Qualität. Eine vertragskonforme Leistung sei zu erwarten.

53

Der Preis sei als alleiniges Zuschlagskriterium rechtmäßig festgelegt worden. Dies sei auch im Rahmen einer teilfunktionalen Ausschreibung zulässig (§ 127 Abs. 1 Satz 4 GWB). Der Beschluss des Stadtrats vom 29.11.2023 lege dies ausdrücklich fest. Ziel sei der wirtschaftliche Umgang mit Haushaltsmitteln. Ein „Mehr“ an Leistung habe für die Antragsgegnerin keine wirtschaftliche Bedeutung.

54

Die Antragsgegnerin habe den Preis des Angebots der Beigeladenen zu 1) aufgeklärt. Diese habe Synergieeffekte und Einsparpotentiale schlüssig und mit Nachweisen dargelegt. Auch die Beigeladene zu 2) habe ihr Angebot plausibel erläutert. Es bestehe kein Anlass für weitere Aufklärungsmaßnahmen.

55

Ein Ausschluss der Beigeladenen zu 1) nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wegen des vermeintlichen Einsatzes von Einweggeschirrs und einer Regenerierung sei nicht geboten gewesen.

56

Mit Beiladungsbeschluss vom 25.02.2025 wurde die Beigeladene zu 1) und zu 2) beigeladen.

57

Die Beigeladene zu 1) beantragt

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.
4. Akteneinsicht zu gewähren.

58

Die Beigeladene zu 2) beantragt

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen zu 2) aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären.

59

Mit Schriftsatz vom 07.03.2025 trägt die Beigeladene zu 1) vor, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei. Der Vorwurf, eine reine Preisvergabe verstoße gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, sei präkludiert. Die Antragstellerin hätte dies vor Angebotsabgabe gem. § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB rügen müssen. Aus den Vergabeunterlagen sei ohne Weiteres ersichtlich gewesen, dass der Zuschlag ausschließlich nach dem Preis erfolgen solle.

60

Weiter irre sich die Antragstellerin, wenn sie behaupte, die Beigeladene zu 1) habe keinen Produktionsstandort in unmittelbarer Nähe. Diese verfüge über einen Standort in der R...straße in ... Die Beigeladene zu 1) habe keine Abweichungen von der Leistungsbeschreibung angeboten. Sämtliche Anforderungen, insbesondere zu Mehrweggeschirr und Verpflegungsvariante würden eingehalten.

61

Die Behauptung, ein Ausschluss nach § 124 GWB sei „zwingend geboten“, sei unzutreffend. § 124 GWB enthalte lediglich fakultative Ausschlussgründe, die eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers voraussetzen. § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB sei nicht einschlägig, da die Beigeladene zu 1) weder vom Angebot „Cook& Hold“ noch von anderen Vorgaben der Leistungsbeschreibung abweiche. Auch § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB greife ebenfalls nicht, da es keine Anhaltspunkte für erhebliche oder fortgesetzte Schlechtleistungen bei früheren öffentlichen Aufträgen gebe. Eine negative Prognose, wonach sich frühere Verstöße wiederholen würden, liege nicht vor. Die Antragsgegnerin habe eine solche Prognose nach umfassender Aufklärung nicht getroffen.

62

Mit Schriftsatz vom 21.03.2025 trug die Antragsgegnerin vor, dass die Angebote der Beigeladenen zu 2) für die Lose 1 -4 nach Ziffer 9 b) der Besonderen Bewerbungsbedingungen vom Vergabeverfahren auszuschließen seien. Diese Regelung besage, dass Angebote von Bietern, die einer Verlängerung der Bindefrist nicht zustimmen, ausgeschlossen werden. Die Beigeladene zu 2) habe die Zustimmung zur Bindefristverlängerung erst am 05.03.2025 und damit verspätet abgegeben. Das Schreiben vom 24.02.2025 enthalte keine Zustimmung, sondern beziehe sich lediglich auf eine Interimsvergabe. Die Beigeladene zu 2) selbst habe im Schreiben vom 05.03.2025 bestätigt, dass die Zustimmung erst an diesem Tag erfolgt sei.

63

Wegen der verspäteten Bindefristverlängerung liege ein Ausschlussgrund nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV i.V.m. Ziffer 9 b) der Besonderen Bewerbungsbedingungen vor. Die Beigeladene zu 2) könne sich nicht auf die Entscheidung des OLG Celle vom 30.01.2020 – 13 Verg 14/19 – berufen, da der dort zugrundeliegende Sachverhalt abweiche. In dem dort entschiedenen Fall habe es keine entsprechende Regelung in den Vergabeunterlagen zur Bindefristverlängerung gegeben. Im vorliegenden Verfahren bestehe jedoch eine ausdrückliche Vorgabe in den Vergabeunterlagen, sodass die verspätete Erklärung zur Bindefristverlängerung einen Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV rechtfertige. Die Antragsgegnerin habe in ihrer Nachricht vom 24.02.2025 ausdrücklich angekündigt, dass eine unterlassene Erklärung zur Bindefristverlängerung als Ablehnung gewertet werde. Da der Ausschluss auf Basis einer ausdrücklichen vergaberechtlichen Regelung erfolge, sei es unerheblich, ob das Angebot zivilrechtlich noch wirksam sei oder nicht. Die Frage, ob ein zivilrechtlich erloschenes Angebot noch vergaberechtlich berücksichtigungsfähig sei, stelle sich in diesem Fall nicht mehr. Die Beigeladene zu 2) sei derzeit Zuschlagsprätendentin in den Losen 3 und 4. Würde sie ausgeschlossen werden, rücke die Antragstellerin in Los 4 auf den ersten Platz. In Los 3 rücke eine Bieterin auf, die nicht Verfahrensbeteiligte sei.

64

Mit Schriftsatz vom 26.03.2025 trug die Antragstellerin auf die gewährte Akteneinsicht vor, dass der Nachprüfungsantrag zulässig sei. Die Vergaberechtsverstöße durch die Intransparenz der

Leistungsbeschreibung und die Wahl des alleinigen Zuschlagskriteriums Preis bei funktionaler Leistungsbeschreibung seien für die Antragstellerin nicht erkennbar gewesen.

65

Die Rüge der Mehrdeutigkeit der Vergabeunterlagen sei nicht präkludiert, da die Konkretisierung vom 06.12.2024, dass die vorhandenen Lagerräume „nicht zur Lagerung frischer und gekühlter Ware geeignet“ seien, für die Antragstellerin unmissverständlich gewesen sei. Die Antragstellerin habe davon ausgehen dürfen, dass auch andere Bieter auf dieser Grundlage kalkulieren. Da die Mehrdeutigkeit erst im Zuge der Vorabinformation offenbar worden sei, habe die Antragstellerin sie vorher nicht erkennen können. Erst durch die Mitteilung der Zuschlagsabsicht sei deutlich geworden, dass die Antragsgegnerin Angebote in die Wertung einbezogen habe, die eine Lagerung frischer und gekühlter Ware offenbar voraussetzten.

66

Aus der Tatsache, dass bei früheren Vergaben Lagermöglichkeiten durch Eigeninvestitionen der Bieter geschaffen worden seien, könne nichts für den hier streitgegenständlichen Auftrag hergeleitet werden. Maßgeblich sei allein die im laufenden Verfahren abgegebene Erklärung, dass die vorhandenen Lagerräume „nicht zur Lagerung frischer und gekühlter Ware geeignet“ seien. Ein Hinweis darauf, dass eine Änderung dieses Zustands durch Investitionen der Bieter erwartet, zugelassen oder gar vorausgesetzt werde, sei nicht erfolgt. Die Antragstellerin sei auch nicht dazu angehalten gewesen, dies im Wege von Bieterfragen zu erforschen, da die Konkretisierung aus ihrer Sicht keinen Deutungsspielraum zugelassen habe.

67

Die Antragsgegnerin hätte die Beigeladene zu 1) wegen schwerer Verfehlungen gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB vom Verfahren ausschließen müssen, was sie ermessensfehlerhaft unterlassen habe. Die Beigeladene zu 1) habe gegen zentrale Vertragspflichten verstoßen, indem sie trotz ausdrücklichem Verbot Einweggeschirr genutzt und unzulässig regeneriert habe. Diese Verstöße seien kalkulationsrelevant gewesen und hätten die Integritätsprognose negativ beeinflussen müssen. Die Antragsgegnerin habe den Sachverhalt fehlerhaft gewürdigt und relevante Informationen im Widerspruch zur eigenen Dokumentation ignoriert. Zudem habe die Beigeladene zu 1) bei der Eigenerklärung zur Eignung relevante Ausschlussgründe vorsätzlich nicht angegeben, obwohl sie gewusst habe, dass sie gegen bestehende Verträge verstoßen habe und ein Vertrag gekündigt worden sei. Die Antragsgegnerin habe dies nicht gewürdigt und somit ermessensfehlerhaft gehandelt.

68

Weiter liege für das Angebot der Beigeladenen zu 1) keine Referenzbestätigung vor. Die Antragsgegnerin habe dennoch auf eine weitere Aufklärung verzichtet, obwohl sie zuvor Zweifel gehabt habe. Dies stelle eine sachwidrige Bevorzugung dar und verletze Transparenz sowie Gleichbehandlung. Die Beigeladene zu 2) habe die Bindefrist nicht fristgerecht verlängert und erfülle im Los 3 zudem nicht die Referenzanforderung. Die Antragsgegnerin habe dies bislang nicht durch formalen Ausschluss und korrigierte Vorabinformationsschreiben nachvollziehbar umgesetzt.

69

Bezüglich des Angebots der Beigeladenen zu 2) im Los 1 erkenne die Antragsgegnerin den Mangel der Referenz an, habe aber keinen Ausschluss vorgenommen, da die Beigeladene zu 2) ohnehin nicht auf Platz 1 liege. Die Rangfolge sei daher zu korrigieren, und die Antragstellerin rücke nach. Auch bezüglich der Ausschlüsse nicht namentlich benannter Bieter erkenne die Antragsgegnerin in mehreren Losen zwar Mängel oder Zweifel, habe aber keinen Ausschluss vorgenommen, wenn die betroffenen Bieter nicht auf Platz 1 liegen. Auch in diesen Fällen sei die Wertungsreihenfolge rechtsfehlerhaft und zu korrigieren.

70

Mit Schreiben vom 31.03.2025 rügte die Beigeladene zu 2) gegenüber der Antragsgegnerin den angekündigten Ausschluss ihrer Angebote wegen der nicht rechtzeitigen Verlängerung der Bindefrist. Der Ausschluss der Angebote sei rechtswidrig. Die Beigeladene zu 2) habe die Bindefrist ihrer Angebote entsprechend Ziff. 9 b) der Bewerbungsbedingungen verlängert. Auf die versäumte Frist komme es nicht an. Die Angebote könnten nicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV ausgeschlossen werden. Die Erklärung zur Verlängerung der Bindefrist falle nicht in den Anwendungsbereich der Norm. Der Unterlagenbegriff sei auf unternehmens- oder leistungsbezogene Unterlagen beschränkt. Eine Bindefristverlängerung sei keiner der beiden Gruppen zu zuordnen. Der Begriff der „Unterlagen“ entspreche demjenigen in § 48 Abs. 1 VgV und

umfasse demnach „Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise“. Diese Unterlagen müssten zulässig gefordert oder nachgefordert sein. Die geforderte Bindefristverlängerung sei nicht als „Unterlage“ in diesem Sinne zu verstehen. Darüber hinaus sei die Fristverlängerung weder in den Vergabeunterlagen gefordert worden noch habe es sich um einen Fall einer Nachforderung von unternehmens- oder leistungsbezogenen Unterlagen gemäß § 56 Abs. 2 VgV gehandelt. Die Abgabe einer neuen Erklärung zur Verlängerung der Bindefrist, die nicht Gegenstand der ursprünglichen Vergabebedingungen war, falle nicht unter § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV. Die Regelungen zu den Ausschlussgründen in § 57 Abs. 1 VgV seien abschließend und könnten nicht erweiternd ausgelegt werden. Der Auftraggeber könne keine weiteren Ausschlussgründe bestimmen, bei deren Vorliegen er Angebote zwingend ausschließt. Auch ein Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV komme nicht in Betracht. Aus der Tatsache, dass ein Bieter einer Bindefristverlängerung nicht (rechtzeitig) zustimme, lasse sich nicht ableiten, dass er sich nicht mehr an sein Angebot gebunden fühle. Ein Angebot dürfe nicht allein deshalb ausgeschlossen werden, weil die Bindefrist verstrichen ist. Selbst wenn ein Angebot gemäß §§ 146, 148 BGB zivilrechtlich mit Ablauf der Bindefrist erloschen sei, bedeute dies nicht automatisch seine vergaberechtliche Unwirksamkeit. Es gelte der allgemein anerkannte zivilrechtliche Grundsatz, der auch im Vergaberecht Anwendung finde, wonach bloßes Schweigen im Rechtsverkehr keine rechtliche Bedeutung habe. Daran ändere auch die Erklärungsfiktion in der Bieternachricht vom 24.02.2025 nichts, in der die Antragsgegnerin angekündigt hat, eine fehlende Rückmeldung als Ablehnung zu werten. Im Übrigen sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Beteiligung an einem Nachprüfungsverfahren – mit dem der Beteiligte seine Bieterrechte durchsetzt – eine konkludente Erklärung darstelle, dass er sich auch nach Ablauf der Bindefrist weiterhin an sein Angebot gebunden fühlt.

71

Mit Schriftsatz vom 01.04.2025 trägt die Beigeladene zu 1) vor, dass die Antragstellerin die Verwendung des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium nicht rechtzeitig gerügt habe, obwohl diese Vergabeentscheidung aufgrund der Vergabeunterlagen, insbesondere der Antwort auf Bieterfrage 10, erkennbar gewesen sei. Nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB hätte eine Rüge vor Angebotsabgabe erfolgen müssen.

72

Die Beigeladene zu 1) habe mit Cook& Hold kalkuliert und habe eine Produktionsküche in der R...straße. Die Antragsgegnerin habe die Einhaltung der Anforderungen umfassend aufgeklärt. Die Beigeladene zu 1) habe auf zwei Aufklärungsrounds hin plausibel dargelegt, dass sie die Warmhaltezeit einhalte. Der Inhalt des Angebots sei nicht geändert worden, sondern lediglich konkretisiert worden. Auch ein fehlendes Bestätigungsschreiben eines Referenzgebers rechtfertige keinen Ausschluss. Die Antragsgegnerin habe keine Zweifel an der Richtigkeit der Referenzen gehabt. Eine stichprobenartige Anfrage sei unbeantwortet geblieben, wofür die Beigeladene zu 1) nicht verantwortlich sei.

73

Die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB lägen nicht vor, da es sich um eine Ermessensnorm handle und die Antragsgegnerin nach umfassender Sachverhaltsaufklärung zu Recht von einem Ausschluss abgesehen habe. Auch eine schwere Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB sei nicht festgestellt worden. Der Einsatz von Einweggeschirr sei – sofern erfolgt – geringfügig. Eine Täuschung oder Zurückhaltung von Auskünften nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB liege ebenfalls nicht vor. Die Antragsgegnerin habe ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt.

74

Die Wahl des Preises als einziges Zuschlagskriterium sei rechtlich zulässig. Gemäß § 127 Abs. 1 S. 4 GWB könne der Preis allein maßgeblich sein, insbesondere wenn die Leistungserfüllung anhand objektiver Vorgaben sichergestellt sei. Die Antragsgegnerin habe den Zuschlag auf Basis eines sachgerechten Preisvergleichs unter Berücksichtigung einer angespannten Haushaltslage vergeben.

75

Mit Schriftsatz vom 02.04.2025 trug die Antragsgegnerin vor, dass sie den Nachprüfungsantrag für teilweise unzulässig halte, da die Antragstellerin bestimmte Verstöße bereits vor Antragstellung erkannt, aber nicht innerhalb der Rügefrist von zehn Kalendertagen gerügt habe. Maßgeblich sei hierbei die individuelle Kenntnis der Antragstellerin, nicht die Erkennbarkeit für einen durchschnittlichen Bieter. Die Antragstellerin sei bereits bei der Abfassung ihrer Rügen rechtlich beraten worden, so dass spätestens zu diesem

Zeitpunkt von positiver Kenntnis der Antragstellerin hinsichtlich der angenommenen Vergabeverstöße der Mehrdeutigkeit der Vergabeunterlagen und der Festsetzung des Preises als einzigem Zuschlagskriterium auszugehen sei.

76

Hilfsweise trug die Antragsgegnerin zur Zulässigkeit des Wertungssystems sowie zur fehlenden Transparenz der Leistungsbeschreibung und zur Vergleichbarkeit der Angebote vor. Hinsichtlich des im Raum stehenden Ausschlusses der Beigeladenen zu 2) mangels rechtzeitig erfolgter Bindefristverlängerung werde auf die Stellungnahme vom 21.03.2025 verwiesen. Ein Ausschluss sei bislang nicht erfolgt, um die Möglichkeit der Überprüfung des Vorgehens im hiesigen Nachprüfungsverfahren zu schaffen. Bezüglich der Referenzprüfung im Los 3 habe die Beigeladene zu 2) den Leistungszeitraum lediglich konkretisiert. Somit habe keine inhaltliche Nachbesserung vorgelegen. Die Antragsgegnerin habe zulässigerweise nur bei den jeweiligen Zuschlagsprätendenten eine Eignungsprüfung vorgenommen. Dies reduziere den Prüfungsaufwand.

77

Mit Schriftsatz vom 02.04.2025 trug die Beigeladene zu 2) vor, dass der Nachprüfungsantrag in weiten Teilen bereits unzulässig und daher zurückzuweisen sei. Zudem hätte er auch inhaltlich keinen Erfolg. Die Antragstellerin könne weder einen Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit noch eine fehlerhafte Ausgestaltung der Vergabeunterlagen substantiiert darlegen. Die streitgegenständlichen Cateringleistungen seien eindeutig und erschöpfend beschrieben. Ein Verstoß gegen § 121 GWB sei nicht ersichtlich. Insbesondere lasse sich aus der Tatsache, dass die Antragsgegnerin den Bietern die Möglichkeit eingeräumt habe, das Verpflegungssystem abhängig von den örtlichen Gegebenheiten frei zu wählen, kein vergaberechtlicher Fehler ableiten.

78

Der beabsichtigte Ausschluss der Beigeladenen zu 2) sei vergaberechtswidrig und daher in der Sache unbeachtlich. Die von der Antragsgegnerin benannten Ausschlussstatbestände des § 57 Nr. 2 und 4 VgV könnten keine Anwendung finden.

79

Mit Schriftsatz vom 07.04.2025 erklärte die Antragsgegnerin, dass sie zwischenzeitlich eine weitere Aufklärung hinsichtlich des Produktionsstandortes der Beigeladenen zu 1) vorgenommen habe.

80

In der mündlichen Verhandlung vom 08.04.2025 wurde die Sach- und Rechtslage erörtert. Die Verfahrensbeteiligten hatten Gelegenheit zum Vortrag und zur Stellungnahme. Die Antragsgegnerin erklärte, dass sie die Rüge der Beigeladenen zu 2) gegen den Ausschluss ihrer Angebote noch nicht zurückgewiesen habe und noch keine neuen Informationen nach § 134 GWB verschickt habe. Die Vergabekammer wies die Beteiligten u.a. darauf hin, dass die Durchführung der Eignungsprüfung hinsichtlich aller Beteiligter problematisch sei. Die Antragsgegnerin habe die Vergleichbarkeit der Referenzen an die Versorgung von durchschnittlichen Zahlen von Verpflegungsteilnehmern geknüpft. Es gehe aber – gerade für noch laufende Verträge, die als Referenzleistungen benannt wurden – aus der Bekanntmachung nicht hervor, auf welchen Zeitraum sich dieser Durchschnitt beziehen müsse. Die Auffassung der Antragsgegnerin, dass immer ein Zeitraum von 6 Monaten maßgeblich sei, sei mit dem Wortlaut der Ziffer 5.1.9 der Bekanntmachung kaum vereinbar.

81

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 11.04.2025 legte die Beigeladene zu 2) Unterlagen vor, die belegen sollen, dass die durchschnittlichen Versorgungszahlen des für das Los 3 benannten Referenzauftrags im Zeitraum vom 01.01.2022 bis zum 31.12.2024 die für das Los 3 geforderte Mindestzahl der Verpflegungsteilnehmer deutlich überschritten haben.

82

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze informiert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, das Protokoll der mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

83

Die Vergabekammer Südbayern ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

84

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus §§ 155, 156 Abs. 1, 158 Abs. 2 GWB i. V. m. §§ 1 und 2 BayNpV.

85

Gegenstand der Vergabe ist ein Liefer- und Dienstleistungsauftrag i.S.d. § 103 Abs. 2 und 4 GWB. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin gemäß §§ 98, 99 Nr. 1 GWB. Ungeachtet der Frage, ob es sich vorliegend um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der RL 2014/24/EU handelt, ist der maßgebliche Schwellenwert gem. § 106 GWB jedenfalls deutlich überschritten.

86

Eine Ausnahmebestimmung der §§ 107 – 109 GWB liegt nicht vor.

87

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

88

1.1 Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es sein Interesse am Auftrag, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB und zumindest einen drohenden Schaden im Sinne einer möglichen Verschlechterung seiner Zuschlagschancen darlegt.

89

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebots nachgewiesen. Es ist nicht erkennbar, dass sie mit diesem Nachprüfungsantrag einen anderen Zweck verfolgt, als den, den strittigen Auftrag zu erhalten. Die Antragstellerin hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB insbesondere durch die Berücksichtigung der Angebote der Beigeladenen zu 1) und 2), die nach ihrer Auffassung auszuschließen seien, sowie durch die nicht eindeutige Leistungsbeschreibung und die ihrer Ansicht nach unzulässige Bewertung der Angebote nur nach dem Preis geltend gemacht.

90

Der Antragstellerin ist auch hinsichtlich aller von ihr erhobenen Rügen in allen Losen antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Die nachrangige preisliche Platzierung der Angebote der Antragstellerin steht einer Antragsbefugnis hinsichtlich der Rügen der mangelnden Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung und der Unzulässigkeit einer reinen Preiswertung schon deshalb von vorneherein nicht entgegen, da diese Rügen – im Falle ihres Durchgreifens – eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens erfordern würden, so dass die derzeitige preisliche Platzierung ihrer Angebote bedeutungslos wäre.

91

Die Antragstellerin ist aber auch insoweit antragsbefugt, als sie den Ausschluss der Beigeladenen zu 1) und 2) bzw. von deren Angeboten fordert. Nach dem insoweit maßgeblichen Vortrag der Antragstellerin besteht in allen Losen die Möglichkeit einer Verschlechterung der Zuschlagschancen der Antragstellerin. Dies ist für die Bejahung der Antragsbefugnis ausreichend. Im Los 1 macht die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag den Ausschluss der vor ihr platzierten Beigeladenen zu 1) und 2) bzw. von deren Angeboten geltend. Käme es dazu, wäre die Antragstellerin hier erstplatziert. Hinzu kommt noch, dass die Antragsgegnerin im Los 1 die Erfüllung der Referenzanforderungen durch die Beigeladene zu 2) anzweifelt und ohnehin beabsichtigt, deren Angebote in allen Losen auszuschließen.

92

Im Los 2 liegt neben den beiden Beigeladenen noch das Angebot eines nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligten Bieters preislich vor dem Angebot der Antragstellerin. Allerdings ist entsprechend der Dokumentation der Antragsgegnerin bei diesem Bieter noch keine Eignungsprüfung erfolgt. Die Antragsgegnerin hat insoweit lediglich festgehalten, dass sich Fragen der Eignungsleihe stellen könnten. Nach der Rechtsprechung des EuGH darf einem Bieter die Antragsbefugnis aber nicht mit Hinweis auf preislich vorrangige Angebote abgeschnitten werden, wenn der Auftraggeber diese noch gar nicht geprüft hat und daher völlig unklar ist, ob auf diese Angebote der Zuschlag erteilt werden könnte (EuGH, Urteil vom

05.09.2019 – Rs. C-333/18). Ebenso stellt sich die Situation im Los 3, wo preislich ebenfalls neben den Angeboten der beiden Beigeladenen noch das Angebot eines weiteren Bieters vor dem der Antragstellerin liegt. Bei diesem Bieter hat die Antragsgegnerin ebenfalls die Eignungsprüfung nicht vollständig durchgeführt und lediglich dokumentiert, dass sich Fragen zur Eignungsleihe stellen und Unterlagen fehlen.

93

Im Los 4 ist die Antragsbefugnis der Antragstellerin unstreitig, da ihr Angebot hier unter Berücksichtigung der Zuschlagslimitierung zweitplatziert ist und angesichts des von Antragsgegnerin angekündigten Ausschlusses der Angebote der Beigeladenen zu 2) sogar zum Zuschlag vorgesehen wäre, falls dieser Ausschluss Bestand hätte.

94

1.2 Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht auch keine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB entgegen.

95

Soweit die Antragstellerin den Ausschluss der Beigeladenen zu 1) wegen der Erfüllung der Ausschlussgründe des § 124 Abs. 1 Nr. 3, 7 und 8 GWB fordert, hat sie diese Rüge nach Erhalt der Mitteilung nach § 134 GWB am 27.01.2025 bereits mit Schreiben vom 30.01.2025 und damit eindeutig fristgerecht erhoben. Dies umfasst auch die Vorwürfe, dass die Beigeladene zu 1) in Bestandsaufträgen Einweggeschirr verwende und vertragswidrig zur Regenerierung Konvektomaten einsetze. Gleiches gilt für die Rügen, dass die Angebote der Beigeladenen zu 1) und 2) wegen der Nichterfüllung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen seien bzw. die Antragsgegnerin das Leistungsversprechen der Beigeladenen zu 1) und 2) genauer prüfen müsse. Ebenfalls bereits im Rügeschreiben vom 30.01.2025 hat die Antragstellerin geltend gemacht, dass die Angebote der Bieter nicht vergleichbar seien falls diese ihren Angeboten sowie ihren Preiskalkulationen unterschiedliche Verpflegungssysteme zugrunde gelegt hätten.

96

Die Antragstellerin ist auch nicht mit ihrer Rüge, dass die Vergabeunterlagen mit Blick auf das umsetzbare Verpflegungssystem unklar und in der Folge intransparent seien, wenn die Antragsgegnerin andere Verpflegungskonzepte als Cook& Hold zulassen wolle, nach § 160 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB präkludiert.

97

Eine Präklusion nach § 160 Abs. 1 Nr. 1 GWB kommt nicht in Betracht. Die insoweit darlegungsbelastete Antragsgegnerin konnte nicht darlegen, dass eine Person auf Seiten der Antragstellerin, deren Kenntnis der Antragstellerin nach § 160 GWB zugerechnet werden könnte, vor den Nichtabhilfeschriften der Antragsgegnerin vom 11.02.2025 und 20.02.2025 positive Kenntnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht von der Unklarheit der Vergabeunterlagen hatte. Es kann hier offenbleiben, ob die Antragstellerin die generelle Diskrepanz zwischen der Antwort auf die Bieterfrage 10 „Verpflegungssystem frei wählbar“ und der Konkretisierung der Leistungsbeschreibung „Lagerräume aus lebensmittelrechtlicher Sicht nicht zur Lagerung von Lebensmitteln geeignet“ erkannt hat. Jedenfalls ist die Antragstellerin nach ihrem nicht widerlegbaren Vortrag davon ausgegangen, dass für die konkret mit dem hiesigen Vergabeverfahren zu vergebenden Aufträge eine Nutzung der Lagerräume aus lebensmittelrechtlicher Sicht nicht möglich sei. Dass die Bieter die Lagerräume durch Einrichten von Kühlschränken und weiteren Gerätschaften auf eigene Kosten möglicherweise ertüchtigen könnten, hat die Antragsgegnerin erstmals mit Schreiben vom 20.02.2025, also nach der zweiten Rüge der Antragstellerin vom 12.02.2025 vorgetragen. Dass die Antragstellerin als Bestandsauftragnehmerin anderer Verträge mit der Antragsgegnerin selbst auf eigene Kosten Lagerräume ertüchtigt hat, legt allenfalls nahe, dass sie an der generellen Aussage, dass die Lagerräume nicht für die Lagerung von Speisen geeignet seien, hätte zweifeln können, beweist aber nicht, dass sie positive Kenntnis davon hatte, dass entgegen der Formulierung in der Konkretisierung der Leistungsbeschreibung eine Lagerung möglich gemacht werden könnte. Die Antragstellerin hat insoweit in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass die Vorgaben der Leistungsbeschreibungen in den unterschiedlichen Vergabeverfahren der Antragsgegnerin immer wieder leicht abweichend waren und im Übrigen mit den von ihr ertüchtigten Lagerräumen in einigen Bestandsaufträgen Probleme aufgetreten waren, weil z.B. Bewohner der Unterkünfte aufgestellte Kühlschränke einfach mitgenutzt hätten. Sie sei daher davon ausgegangen, dass bei diesem Vergabeverfahren wirklich keine Lagerungsmöglichkeit vor Ort bestehe.

98

Ebenso wenig ist zumindest die Problematik, dass die Antragsgegnerin in der Konkretisierung der Leistungsbeschreibung scheinbar die Nutzung der Lagerräume für die Lagerung von Lebensmitteln ausgeschlossen hat, nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter, der sich an derartigen Vergabeverfahren beteiligt, war bereits in tatsächlicher Hinsicht nicht erkennbar, dass die Formulierung in der Konkretisierung der Leistungsbeschreibung „Aus lebensmittelrechtlicher Sicht sind die vorhandenen Lagerräume nicht zur Lagerung von frischer Ware und gekühlter Ware geeignet.“ nach der Intention der Antragsgegnerin nicht bedeuten sollte, dass die vorhandenen Lagerräume nicht nach Ertüchtigung durch den Auftragnehmer doch genutzt werden könnten.

99

Erkennbar i.S.v. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist ein Vergaberechtsverstoß, wenn die zugrundeliegenden Tatsachen von einem durchschnittlichen Bieter als Verstoß gegen Bestimmungen des Vergabeverfahrens erkannt werden können (OLG München, Beschluss vom 13.03.2017 – Verg 15/16). Die Erkennbarkeit des Verstoßes gegen eine Vergabevorschrift setzt einerseits die Erkennbarkeit der maßgeblichen Tatsachen, andererseits die Erkennbarkeit des Rechtsverstoßes voraus (BayObLG, Beschluss vom 11.12.2024 – Verg 7/24 e). Dabei muss der Verstoß so deutlich zutage treten, dass er einem verständigen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots auffallen muss. Übersteigerte tatsächliche oder rechtliche Anforderungen dürfen diesbezüglich an den Bieter nicht gestellt werden (BayObLG, Beschluss vom 6. September 2023, Verg 5/22, juris Rn. 28 m. w. N.). Bei der Beurteilung ist auf den objektiven Maßstab eines durchschnittlich fachkundigen Bieters abzustellen, der die übliche Sorgfalt anwendet (BayObLG, Beschluss vom 11.12.2024 – Verg 7/24 e). Eine Rügepräklusion wird daher in der Regel nur bei auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhenden und ins Auge fallenden Rechtsverstößen in Betracht kommen.

100

Im vorliegenden Fall könnte eine Erkennbarkeit für die Antragstellerin allenfalls aufgrund ihres Vorwissens aus ihren Bestandsaufträgen begründet werden, bei denen sie offenbar auf eigene Kosten Lagerräume z.B. durch die Aufstellung von Kühlschränken ertüchtigt hat. Aufgrund der von der Antragstellerin betonten Unterschiede in den Vorgaben der einzelnen Vergabeverfahren ist dies allerdings bereits zweifelhaft. Maßgeblich gegen eine Erkennbarkeit spricht aber, dass für die Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB ein objektiver, auf den durchschnittlichen verständigen Bieter abstellender und nicht ein subjektiver, die individuellen Verhältnisse des Bieters berücksichtigender Maßstab gilt (BayObLG Beschluss vom 06.09.2023, Verg 5/22 m. w. N.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.12.2023, 11 Verg 5/23). Maßstab ist dabei ein durchschnittlich fachkundiger Bieter, der die übliche Sorgfalt anwendet. Spezialwissen, das ein Bieter aufgrund der Beteiligung an einem ähnlich gelagerten, anderen Vergabeverfahren oder wie hier aus Bestandsaufträgen erlangt hat, ist nicht zu berücksichtigen (BayObLG, Beschluss vom 11.12.2024 – Verg 7/24 e).

101

Auf die Frage, ob die generelle Diskrepanz zwischen der Antwort auf die Bieterfrage 10 „Verpflegungssystem frei wählbar“ und der Konkretisierung der Leistungsbeschreibung „Lagerräume aus lebensmittelrechtlicher Sicht nicht zur Lagerung von Lebensmitteln geeignet“ für die Antragstellerin erkennbar war, kommt es damit nicht mehr entscheidungserheblich an.

102

Auch mit der Rüge, dass der Preis hier nicht als einziges Zuschlagskriterium hätte gewählt werden dürfen, ist die Antragstellerin nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB präkludiert.

103

Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, dass diese Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert sei, weil sie erst im zweiten Rügeschreiben vom 12.02.2025 vorgebracht worden sei und alles dafür spreche, dass die Antragstellerin bereits in ihrem ersten Rügeschreiben vom 30.01.2025 anwaltlich beraten gewesen sei und deshalb den Verstoß in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erkannt haben müsste, ist dies unzutreffend. Zum einen hat die Antragstellerin die Problematik bereits im Rügeschreiben vom 30.01.2025 mit dem Satz „Dann könnten die von Ihnen vorgegebenen Kalkulationsgrundlagen die Vergleichbarkeit der Angebotspreise schon dem Grunde nach nicht gewährleisten, da die Art des Verpflegungssystems erhebliche Kalkulationsspielräume eröffnet.“ angesprochen. Für eine wirksame Rüge ist nicht erforderlich, dass der Bieter einen Vergabeverstoß unter allen rechtlichen Gesichtspunkten vorträgt (OLG München

Beschluss vom 20.03.2014, Verg 17/13). Mit dem zweiten Rügeschreiben vom 12.02.2025 hat die Antragstellerin die bereits gerügte Problematik lediglich rechtlich weiter ausgeführt. Zum anderen führt die – hier von der Antragsgegnerin auch nur behauptete, wenn auch aufgrund der Formulierung des Rügetexts wahrscheinliche – Einschaltung eines Rechtsanwalts bereits beim ersten Rügeschreiben vom 30.01.2025 nicht dazu, dass die Antragstellerin ohne weitere Anhaltspunkte so behandelt werden dürfte, als habe sie bzw. ihr Rechtsanwalt bereits zu diesem Zeitpunkt positive Kenntnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht von jedem denkbaren Vergabeverstoß gehabt. Zu berücksichtigen ist hier auch wiederum, dass sich zwar bereits aus den Vergabeunterlagen und der Antwort auf die Bieterfrage 10 ergab, dass die Bieter erhebliche Gestaltungsspielräume bei der Leistungserbringung haben sollten, die Antragsgegnerin aber erstmals mit dem Nichtabhilfes Schreiben vom 11.02.2025 ausdrücklich argumentiert hat, es liege eine teilfunktionale Ausschreibung vor.

104

Hinsichtlich der Problematik, ob bei einer teilfunktionalen Ausschreibung der Preis das einzige Zuschlagskriterium sein darf, liegt auch keine Präklusion nach § 160 Abs. 1 Nr. 3 GWB vor. Nach den oben dargestellten Grundsätzen für die Erkennbarkeit, ist diese zumindest in rechtlicher Hinsicht für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter, der die übliche Sorgfalt anwendet, nicht gegeben. Ein Verstoß ist dann regelmäßig nicht erkennbar, wenn der Bieter dazu die Rechtsprechung der Nachprüfungsinstanzen kennen müsste (Ziekow/Völlink/Dicks/Schnabel GWB § 160 Rn. 49 m.w.N.). Bei der Frage, ob der Preis ausnahmsweise nicht alleiniges Zuschlagskriterium sein darf, handelt es sich auch nicht um eine Frage der praktischen Angebotskalkulation, sondern um eine Rechtsfrage, die bisher in der Rechtsprechung überdies nur selten und mit uneinheitlichen Ergebnissen behandelt wurden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.06.2017 – Verg 2/17 einerseits und VK Südbayern, Beschluss vom 28.04.2023 – 3194.Z3-3_01-22-57 andererseits). Hier eine Erkennbarkeit anzunehmen würde übersteigerte tatsächliche oder rechtliche Anforderungen an die Bieter stellen und den Rechtsschutz entgegen Art. 1 Abs. 3 und 2 Abs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG übermäßig erschweren.

105

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

106

Die Antragstellerin ist durch die mit der 1. Konkretisierung der Vergabeunterlagen vom 06.12.2024 entstandene Unklarheit der Leistungsbeschreibung hinsichtlich der kalkulationsrelevanten Lagermöglichkeiten in den einzelnen Unterkünften in ihren Rechten verletzt. Zudem ist die Antragstellerin auch dadurch in ihren Rechten verletzt, dass die Antragsgegnerin die Eignung der Beigeladenen zu 1) und 2) bejaht hat, obwohl die Eignungsprüfung nicht abgeschlossen war und die von der Antragsgegnerin zu Recht begonnene Angebotsaufklärung nicht zu abschließenden Ergebnissen geführt hat. Die Vergabekammer hat überdies große Zweifel, dass die Prüfung der Referenzen überhaupt vergaberechtskonform abgeschlossen werden kann, da die Referenzvorgaben hinsichtlich des Zeitraums, aus dem der Durchschnitt der gepflegten Personen zu berechnen wäre, unklar sind.

107

2.1 Die Vergabeunterlagen einschließlich der Beantwortung der Bieterfragen und der Konkretisierungen vom 06.12.2024, 12.12.2024, 18.12.2024 und 03.01.2025 verstoßen zumindest hinsichtlich der Angaben zu den Möglichkeiten, Räume in den einzelnen Unterkünften für die Lagerung von Lebensmitteln zu nutzen, gegen den Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung nach § 121 Abs. 1 GWB.

108

Die Formulierung in der 1. Konkretisierung vom 06.12.2024, dass „Cook& Hold“ stets umgesetzt werden könne und die im Zusammenhang mit einer Auflistung u.a. der Zahl und der Größe der vorhandenen Lagerräume getätigte Aussage, dass diese aus lebensmittelrechtlicher Sicht nicht zur Lagerung von frischer Ware und gekühlter Ware geeignet seien, führte zu einer erheblichen und kalkulationsrelevanten Unklarheit der Leistungsbeschreibung. Während die generelle Diskrepanz dieser Aussagen zur Leistungsbeschreibung und zur Beantwortung der Bieterfrage 10, dass das zu nutzende Verpflegungssystem durch den Anbieter frei wählbar sei, für die Bieter vielleicht noch erkennbar war und sich möglicherweise auch nicht ausgewirkt hat, weil weder die Antragstellerin noch die Beigeladenen ein Verpflegungssystem durchführen wollen, bei dem vor Ort regeneriert werden soll, gilt dies nicht für Aussagen zur den scheinbar fehlenden Lagerungsmöglichkeiten für frischer und gekühlte Ware. Nach dem objektiven Empfängerhorizont eines

verständigen Bieters gab es zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe keine Anhaltspunkte, dass die Antragsgegnerin damit lediglich klarstellen wollte, dass sie nicht bereit sei, auf ihre Kosten die Lagerräume zu ertüchtigen, dies aber – soweit in der jeweiligen Unterkunft möglich – auf Kosten des Auftragnehmers geschehen könnte. Damit hat die Antragstellerin – und möglicherweise auch weitere Bieter – ihr Angebot auf der Grundlage einer irreführenden Information der Antragsgegnerin kalkuliert. Die Lagerungsmöglichkeit für frische und gekühlte Speisen vor Ort in den Unterkünften ist auch ohne Zweifel kalkulationsrelevant, da sie zum einen mit darüber bestimmt, welche der – den Bietern nach dem Willen der Antragsgegnerin freigestellten – Verpflegungssysteme in der konkreten Unterkunft überhaupt umsetzbar waren. Aber auch im vorliegenden Fall, bei dem die Antragstellerin und die Beigeladene zu 1) nach ihren Angaben mit Cook& Hold und die Beigeladene zu 2) mit ihrem Konzept ... kalkuliert haben, spielt die Lagermöglichkeit für die Kalkulation der Anzahl der für die Versorgung der Bewohner notwendigen Lieferfahrten eine zentrale Rolle. Ohne Lager- und Kühlmöglichkeit vor Ort müssen die einzelnen Unterkünfte u.U. dreimal täglich angefahren werden, mit Lager- und Kühlmöglichkeit möglicherweise nur einmal.

109

Da die Konkretisierung eine Zusammenfassung der Beantwortungen der einzelnen Bieterfragen darstellen sollte, hat die Antragsgegnerin mit der irreführenden Beantwortung auch gegen ihre aus Art. 53 Abs. 2 der RL 2014/24/EU herrührende Verpflichtung verstoßen, auftragsbezogene Fragen der Bieter zutreffend zu beantworten (BayObLG, Beschluss vom 01.08.2024 – Verg 19/23). Die Antragstellerin ist durch die Angabe in der Konkretisierung auch in ihren Rechten verletzt, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie im Falle einer zutreffenden Information ihr Angebot anders und möglicherweise konkurrenzfähiger kalkuliert hätte (vgl. BayObLG, Beschluss vom 01.08.2024 – Verg 19/23).

110

Bereits aus diesem Grund ist das Vergabeverfahren mindestens in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und die Vergabeunterlagen sind klarzustellen.

111

2.2 Weiterhin ist die Antragstellerin auch dadurch in ihren Rechten verletzt, dass die Antragsgegnerin die Eignung der Beigeladenen zu 1) und 2) bejaht hat, obwohl die Eignungsprüfung nicht abgeschlossen war und die von der Antragsgegnerin zu Recht begonnene und gebotene Angebotsaufklärung nach § 15 Abs. 5 VgV nicht zu abschließenden Ergebnissen geführt hatte.

112

Dies betrifft insbesondere die Angebote der Beigeladenen zu 1) in den Losen 1 und 2, sowie das Angebot der Beigeladenen zu 2) im Los 3.

113

Die Antragsgegnerin hatte unter Ziffer 5.1.9 der Bekanntmachung u.a. festgelegt, dass als vergleichbare Leistung eine Rahmenvereinbarung über eine Cateringleistung von Flüchtlingen mit einer Verpflegungsteilnehmerzahl für Los 1 von durchschnittlich 2.000 Essensteilnehmenden, für Los 2 von durchschnittlich 1.000 Essensteilnehmenden, für Los 3 von durchschnittlich 700 Essensteilnehmenden und für Los 4 von durchschnittlich 500 Essensteilnehmenden pro Verpflegungstag erforderlich ist, wenn sie nicht älter als drei Jahre ist und die Leistung bereits vollständig abgeschlossen wurde oder bei einer Vertragslaufzeit von mindestens sechs Monaten ein Leistungszeitraum von sechs Monaten bereits abgeschlossen wurde. Maßgeblich ist das Ende der Angebotsfrist.

114

Die Bieter hätten demzufolge bereits im Dokument „Fragebogen zur Eignungsprüfung“ Angaben zu den durchschnittlichen Zahlen der versorgten Bewohner machen müssen, weil es nach den Vorgaben der Antragsgegnerin auf die Durchschnittszahlen ankommen sollte. Dies hat die Beigeladene zu 1) in den Losen 1 und 2 aber nicht getan, sondern nur Kapazitäten der versorgten Unterkünfte, teilweise mit „bis zu“-Zahlen benannt.

115

Die Antragsgegnerin hatte sich in Ziffer 5.1.9 der Bekanntmachung vorbehalten, zusätzlich zur Eigenerklärung weitere Nachweise zu verlangen, falls Anhaltspunkte dafür vorliegen würden, dass die Erklärung (teilweise) unzutreffend sein könnte. In diesem Fall sollte der Bieter vor Zuschlagserteilung auf

Anforderung durch die Auftraggeberin eine vom jeweiligen Auftraggeber ausgestellte Bestätigung der Referenz vorlegen.

116

Die Antragsgegnerin hat die Aufklärungsbedürftigkeit der von der Beigeladenen zu 1) gemachten Eigenerklärungen zu ihren Referenzen auch durchaus erkannt und versucht, die im Angebot benannten Ansprechpartner zu kontaktieren. Dies führte aber nicht zu den für die Referenzprüfung erforderlichen Durchschnittszahlen, da der Referenzgeber für das Los 1 überhaupt nicht antwortete und der Referenzgeber im Los 2 wieder nur die Kapazität der Unterkunft mit einer „bis zu“-Anzahl bestätigte, aber keine Aussagen zu den durchschnittlichen Zahlen der versorgten Bewohner machte.

117

Dennoch gab sich die Antragsgegnerin mit diesen für die Referenzprüfung nicht ausreichenden Angaben zufrieden und verzichtete auch entgegen den Vorgaben in Ziffer 5.1.9 darauf, von der Beigeladenen zu 1) eine vom jeweiligen Auftraggeber ausgestellte Bestätigung der Referenz zu fordern.

118

Dem öffentlichen Auftraggeber ist es aber nach § 122 Abs. 1 GWB nicht gestattet, auf ein Angebot mit Unklarheiten hinsichtlich der Erfüllung der Eignungsanforderungen, bei dem die Angebotsaufklärung bislang keine ausreichende Klarheit erbracht hatte, den Zuschlag zu erteilen. Zudem stellt das Vorgehen der Antragsgegnerin eine Ungleichbehandlung gegenüber der Eignungsprüfung der Beigeladenen zu 2) dar, wo die Antragsgegnerin die von dieser tatsächlich benannten Durchschnittszahlen eingehend geprüft, hinterfragt und die Eignung z.B. im Los 1 verneint hat, während sie die Eignung der Beigeladenen zu 1) ohne geeignete Tatsachengrundlage in den Losen 1 und 2 bejaht hat.

119

Etwas anders gelagert, aber ebenfalls nicht abschließend geklärt, ist die Situation hinsichtlich der Eignungsprüfung der Beigeladenen zu 2) im Los 3. Anders als die Beigeladene zu 1) hat die Beigeladene zu 2) im Dokument „Fragebogen zur Eignungsprüfung“ für die Lose 3 und 4 die durchschnittlich täglich gepflegten Personen angegeben. Obwohl die geforderte Angabe von der Beigeladenen zu 2) gemacht worden war, hat auch hier die Antragsgegnerin die im Angebot benannten Ansprechpartner für die Referenzen kontaktiert. Im Los 3 hat der kontaktierte Ansprechpartner für den Referenzauftrag allerdings für die gesamte langjährige Vertragsbeziehung mit der Beigeladenen zu 2) die für das Los 3 erforderliche durchschnittliche Anzahl von 700 Verpflegungsteilnehmern nicht bestätigt, sondern niedrigere Zahlen benannt. Auf eine weitere Nachfrage der Antragsgegnerin konkret zum Zeitraum Juni 2024 bis November 2024 hat der Ansprechpartner dann aber bestätigt, dass die Beigeladene zu 2) in diesem Zeitraum durchschnittlich mehr als 700 Essensteilnehmende versorgt habe. Damit hat sich die Antragsgegnerin dann zufriedengegeben, obwohl aus den Vorgaben in Ziffer 5.1.9 nicht herauszulesen ist, dass bei einem derzeit noch laufenden Versorgungsvertrag mit mehrjähriger Vertragsdauer lediglich ein Zeitraum von 6 Monaten für die Ermittlung der Zahl der durchschnittlich versorgten Verpflegungsteilnehmer maßgeblich ist.

120

Auf den Vortrag der Beigeladenen 2) im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 11.04.2025, in dem diese Unterlagen vorgelegt hat, die belegen sollen, dass die durchschnittlichen Versorgungszahlen für den aktuell laufenden Vertrag im Zeitraum vom 01.01.2022 bis zum 31.12.2024 die geforderte Mindestzahl deutlich überschritten haben, kommt es angesichts der ohnehin aufgrund der Unklarheit der Vergabeunterlagen erforderlichen Rückversetzung des Vergabeverfahrens nicht mehr an.

121

2.3 Aufgrund der ohnehin wegen der Unklarheit der Vergabeunterlagen erforderlichen Rückversetzung des Vergabeverfahrens verzichtet die Vergabekammer Südbayern darauf, die an sich gebotene Wiederholung der Eignungsprüfung der zum Zuschlag vorgesehen Bieter anzuordnen.

122

Diese wäre nach Auffassung der Vergabekammer allerdings auch nicht vergaberechtskonform durchführbar, da die Vorgaben der Antragsgegnerin zur Vergleichbarkeit der Referenzen unklar sind. Die Antragsgegnerin hat die Vergleichbarkeit der Referenzen an die Versorgung von durchschnittlichen Zahlen von Verpflegungsteilnehmern geknüpft. Sie hat es aber unterlassen, den Zeitraum, in dem dieser Durchschnitt pro Tag erfüllt sein muss, festzulegen. Die Beigeladenen haben als Referenzen teilweise

langjährige, bis heute laufende Vertragsbeziehungen mit den Referenzgebern angegeben. Bei diesen ist es völlig unklar, auf welchen Zeitraum sich dieser Durchschnitt der Verpflegungsteilnehmer bezieht.

123

Denkbar sind u.a. folgende Auslegungsmöglichkeiten:

- Es ist der Durchschnittswert über den gesamten Zeitraum der vom Bieter im Dokument „Fragebogen zur Eignungsprüfung“ benannten Versorgung zugrunde zu legen, auch wenn diese auf mehreren aufeinanderfolgenden Verträgen beruht.
- Es ist der Durchschnittswert der Vertragsbeziehungen in den letzten drei Jahren vor Ende der Angebotsfrist maßgeblich.
- Es ist der Durchschnittswert der konkreten, noch laufenden Vertragsbeziehung maßgeblich.

124

Welche dieser Auslegungsmöglichkeiten zutreffend ist, ist nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont eines verständigen Bieters nicht feststellbar.

125

Lediglich die von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung genannte Auffassung, dass immer ein Zeitraum von 6 Monaten maßgeblich sei, ist mit dem Wortlaut der Ziffer 5.1.9 der Bekanntmachung kaum vereinbar.

126

Auch wenn kein Bieter diese unklaren Vorgaben an die Vergleichbarkeit der Referenzen gerügt hat, stehen diese – wie die Eignungsprüfung der Beigeladenen zu 2) im Los 3 beispielhaft zeigt – einer vergaberechtskonformen Prüfung der Vergleichbarkeit der Referenzen entgegen. Die möglicherweise eingetretene Rügepräklusion führt nicht dazu, dass die unklaren Vorgaben klar und brauchbar würden (OLG München, Beschluss vom 09.03.2020 – Verg 27/19 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 11.10.2007 – C 241/06 – „Lämmerzahl“). Da die Klarstellung der Mindestanforderungen an die Eignung nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB und § 48 VgV in der Bekanntmachung erfolgen muss, ordnet die Vergabekammer die Rückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Auftragsbekanntmachung an, da nur so eine vergaberechtskonforme Eignungsprüfung erfolgen kann.

127

2.4 Auf die zahlreichen weiteren von den Beteiligten aufgeworfenen Rechtsfragen kommt es aufgrund der Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Auftragsbekanntmachung nicht mehr entscheidungserheblich an.

128

Die Vergabekammer weist aber darauf hin, dass sie im vorliegenden Vergabeverfahren – jedenfalls nach Klarstellung der Leistungsbeschreibung – keine Bedenken gegen die Verwendung des Preises als einzigem Zuschlagskriterium hat.

129

Gemäß § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB, § 58 Abs. 2 VgV können zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots i.S.v. § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden. Der Preis oder die Kosten dürfen aber auch das alleinige Zuschlagskriterium sein (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2018 – Verg 23/18). Gem. § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB, § 58 Abs. 2 Satz 1 VgV bestimmt sich das wirtschaftlichste Angebot nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Ausweislich der unionsrechtlichen Vorgabe in Art. 67 Abs. 2 Satz 1 der RL 2014/24/EU ist hierbei die Sicht des öffentlichen Auftraggebers maßgeblich. Entscheidend ist somit, was der einzelne öffentliche Auftraggeber für die wirtschaftlich beste Lösung unter den Angeboten hält (vgl. Erwägungsgrund Nr. 89 der RL 2014/24/EU). Dies korreliert mit dem Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers (vgl. Ziekow/Völlink/Ziekow, GWB § 127 Rn. 12). Da die Auswahl der Kriterien, auf die der öffentliche Auftraggeber für die Erteilung des Zuschlags abzustellen beabsichtigt, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben, insbesondere des § 127 GWB, in seinem Ermessen stehen (vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 112), ist eine diesbezügliche Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt möglich (vgl. Beck VergabeR/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 127 Rn. 33). Die einem öffentlichen Auftraggeber zustehenden Ermessens- und Beurteilungsspielräume können regelmäßig nur dahingehend überprüft

werden, dass der Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt wurde, dass Verfahrensgrundsätze eingehalten wurden, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind, die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte angemessen und vertretbar gewichtet wurden und der gesetzliche bzw. ein selbst von der Vergabestelle vorgegebener Rahmen bzw. Maßstab beachtet wurde (vgl. OLG München, Beschluss vom 09.03.2018 – Verg 10/17).

130

Vorliegend hat die Antragsgegnerin in Ziffer 5.1.10 der Bekanntmachung und ebenso in der Aufforderung zur Angebotsabgabe festgelegt, dass der Preis einziges Zuschlagskriterium ist. Das wirtschaftlichste Angebot wird ausschließlich anhand der im Leistungsverzeichnis für die Feste Vertragslaufzeit, die 1. Optionale Vertragslaufzeit (01.02.2026 – 31.07.2026) und die 2. Optionale Vertragslaufzeit (01.08.2026 – 31.12.2026) benannten Preise, insbesondere anhand der sog. Kopfpauschale und weiterer Positionen, wie den Lunchpaketen und der Schul- und Pausenverpflegung pro Los ermittelt. Da die Festlegung des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium grundsätzlich zulässig ist, stellt sich lediglich die Frage, ob die Antragsgegnerin das ihr zustehende Ermessen bei der Wahl des Zuschlagskriteriums fehlerhaft ausgeübt hat.

131

Die Antragsgegnerin hat ihre Entscheidung für die Durchführung eines reinen Preiswettbewerbs maßgeblich damit begründet, dass es aufgrund der derzeitigen Haushaltslage und eines entsprechenden Stadtratsbeschlusses erforderlich sei, dem sparsamen Umgang mit Haushaltsmitteln den Vorrang einzuräumen. Ein „Mehr“ an Leistung in Form eines über die Mindestanforderungen hinausgehenden Leistungskonzepts habe für die Antragsgegnerin keine wirtschaftliche Bedeutung. Zudem hält die Antragsgegnerin angesichts der unterschiedlichen Standortgegebenheiten und der flexiblen Gestaltung der Leistungserbringung eine qualitative Bewertung der Angebote nicht für praktikabel. Eine Bewertung nach Konzepten wäre zu stark von subjektiven Einschätzungen abhängig. Gerade im Bereich der Verpflegung gebe es unterschiedliche Ansätze, die alle Vor- und Nachteile haben.

132

Diese Erwägungen der Antragsgegnerin erachtet die Vergabekammer grundsätzlich als sachgerecht und nicht zu beanstanden.

133

Es wäre mit dem Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers nicht zu vereinbaren, würde man von ihm verlangen, dass er ein „Mehr“ an Leistung oberhalb der von ihm definierten Mindestanforderungen besser bewerten müsste, obwohl er – aus sachgerechten Erwägungen – an diesem „Mehr“ an Leistung überhaupt kein wirtschaftliches Interesse hat und dieses zur Erbringung seiner öffentlichen Aufgaben, hier der Versorgung von Asylbewerbern, auch nicht benötigt. Anders als die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, verpflichtet der Gleichhandlungsgrundsatz den öffentlichen Auftraggeber nicht dazu, ein „Mehr“ an Leistung, an dem dieser aus sachgerechten Erwägungen kein Interesse hat, in der Angebotswertung besser zu bewerten.

134

Die Ermessensentscheidung des Antragsgegners ist darüber hinaus auch gemessen an den gesetzlichen Vorgaben und den einschlägigen Verfahrensgrundsätzen nicht zu beanstanden.

135

Nach der Rechtsprechung des BGH darf der Preis einziges Zuschlagskriterium sein, wenn nach dem Gegenstand des Auftrags und der Gesamtheit der Vergabeunterlagen erreicht werden kann, dass der Zuschlag auf das Angebot nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis erteilt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 10.05.2016 – X ZR 66/15). Die Antragstellerin wendet insoweit ein, dass der Preis zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots vorliegend ungeeignet sei, da die teilfunktionale Leistungsbeschreibung den Bietern große Spielräume in der Ausgestaltung der Leistung gestatte. Ohne Berücksichtigung qualitativer Aspekte der angebotenen Leistung sei eine Ermittlung des Angebots mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis daher nicht möglich.

136

Im vorliegenden Fall stellen aber nach Auffassung der Vergabekammer Südbayern die Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung sicher, dass die Antragsgegnerin hinsichtlich des von ihr

definierten Mindeststandards an Leistung, an dem sie tatsächlich ein wirtschaftliches Interesse hat, vergleichbare Angebote erhält und das beste Preis-Leistung-Verhältnis i.S.d. § 127 Abs. 1 GWB auch unter Anwendung eines reinen Preisentscheids ermitteln kann. Zu nennen sind hier insbesondere die Regelungen unter Ziffer 4 der Leistungsbeschreibung mit dem Verweis auf die Vorgaben der deutschen Gesellschaft für Ernährung (DGE), die Vorgaben zu den Speiseplänen unter Ziffer 4.2, die Vorgaben zu den Inhalten der Versorgung unter Ziffer 4.3, insbesondere zur Warm- und Kaltverpflegung und zu den geforderten Komponenten sowie den Angaben zu den maximalen Warmhaltezeiten in der Antwort auf die Bieterfrage 11. Damit hat die Antragsgegnerin die Vorgaben in der Leistungsbeschreibung aufgestellt, um eine ihren Anforderungen entsprechende Versorgung der Asylbewerber sicherzustellen. Da die Antragsgegnerin alle Angebote, die sämtliche Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung einhalten, aus ihrer Sicht als vergleichbar ansieht und dies aufgrund ihres Leistungsbestimmungsrechts auch darf, war sie nicht gehindert, diese Angebote lediglich nach dem Preis zu bewerten.

137

Ausweislich der Erläuterungen in Erwägungsgrund Nr. 89 der RL 2014/94/EU sollten alle Angebote, die den Zuschlag erhalten, letztlich danach ausgewählt werden, was der einzelne öffentliche Auftraggeber für die wirtschaftlich beste Lösung unter den Angeboten hält. Es obliegt demnach der Einschätzung des Auftraggebers, welchen (wirtschaftlichen) Wert er qualitativen Unterschieden beimisst. Der bloße Verweis auf bestehende Gestaltungsspielräume der Leistung ist daher nicht geeignet, die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung des Auftraggebers infrage zu stellen, soweit der Auftraggeber die im Rahmen der Gestaltungsspielräume möglichen Angebotsvarianten als (wirtschaftlich) gleichwertig erachtet. Insoweit verhält es sich bei Ausschreibungen mit funktionaler Leistungsbeschreibung nicht wesentlich anders als bei Ausschreibungen mit konstruktiver Leistungsbeschreibung, in denen die anzubietenden Leistungen hersteller- und produktneutral beschrieben und infolgedessen lediglich Leistungen mittlerer Art und Güte anzubieten sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.04.2012 – Verg 61/11). Nutzt der Bieter den ihm hierdurch eingeräumten Gestaltungsspielraum dahingehend aus, dass er dem Auftraggeber eine in qualitativer Hinsicht besonders hochwertige Leistung anbietet, kann er sich nicht unter Verweis auf das Wirtschaftlichkeitspostulat darauf berufen, dass seinem Angebot objektiv betrachtet das beste Preis-Leistungs-Verhältnis innewohnt, wenn das „Mehr“ an Leistung für den Auftraggeber keine (wirtschaftliche) Bedeutung hat.

138

2.5 Die Vergabekammer weist weiterhin darauf hin, dass sie derzeit keine Ermessensreduzierung auf Null der Antragsgegnerin hinsichtlich eines Ausschlusses der Beigeladenen zu 1) nach den fakultativen Ausschlussgründen des § 124 Abs. 1 Nr. 3, 7 und 8 GWB annimmt.

139

Da die Entscheidung über die fakultativen Ausschlussgründe aber nach § 124 Abs. 1 GWB zu jedem Zeitpunkt im Vergabeverfahren getroffen werden kann, wird die Antragsgegnerin vor Zuschlagserteilung im zurückversetzten und zu wiederholenden Vergabeverfahren auf einer dann aktuellen Tatsachengrundlage über die Fragen des Ausschlusses neu zu entscheiden haben.

140

Nach dem der Vergabekammer derzeit vorliegenden Sachstand ist der Tatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB bei der Beigeladenen zu 1) erfüllt, da ein Vertragsverhältnis der Beigeladenen zu 1) mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber im Februar 2024 wegen Schlechtleistung außerordentlich gekündigt wurde. Dies wird von der Beigeladenen zu 1) nicht bestritten. Die Kündigung erfolgte auch noch im Zeitraum des § 126 Nr. 2 GWB.

141

Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Beigeladene zu 1) nicht gem. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auszuschließen, ist aber von ihrem Ermessensspielraum umfasst. Die Antragsgegnerin hat den Sachverhalt unter Anhörung der Beigeladenen zu 1) aufgeklärt und ihre Entscheidung auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage getroffen. Zu Recht hat die Antragsgegnerin zugunsten der Beigeladenen zu 1) berücksichtigt, dass diese die Kündigung – sobald die Antragsgegnerin sie nach der diesbezüglichen Rüge der Antragstellerin damit konfrontiert hatte – sofort eingeräumt, die Ursachen der Schlechtleistung erklärt und nachvollziehbare Maßnahmen aufgezeigt hat, wie sie künftig vergleichbare Schlechtleistungen vermeiden will. Zutreffend hat die Antragsgegnerin bei ihrer Ermessensentscheidung weiterhin

berücksichtigt, dass die Beigeladene zu 1) über Referenzen verfügt, bei denen sie zufriedenstellend geleistet hat (vgl. OLG München, Beschluss vom 29.01.2021 – Verg 11/20) und dass sogar derjenige öffentliche Auftraggeber, der im Jahr 2024 die außerordentliche Kündigung gegen die Beigeladene zu 1) ausgesprochen hat, diese mittlerweile wieder bezuschlagt hat.

142

Es spricht auch Vieles dafür, dass die Beigeladene zu 1) mit ihrer Erklärung im „Fragebogen zur Eignungsprüfung“ unter Ziffer F 1.1.3.2.8, dass keine mangelhafte Erfüllung (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB i. V. m. § 42 Abs. 1 VgV) in den letzten drei Jahren vorgefallen wäre, den Tatbestand des Ausschlussgrunds des § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB erfüllt hat. Jedenfalls dann, wenn eine Angabe zu Ausschlussgründen in den Vergabeunterlagen unmissverständlich gefordert war und der Bieter auch nicht der Auffassung war, dass aus seiner Sicht unbegründete Vorwürfe erhoben wurden, also eine wissentlich falsche Eigenerklärung erfolgt ist, steht das Verschweigen eines anzugebenden Ausschlussgrunds einer schwerwiegenden Täuschung in Bezug auf Ausschlussgründe gleich (vgl. Burgi/Dreher/Opitz/Opitz GWB § 124 Rn. 113, siehe auch VK Bund, Beschluss vom 12.10.2020 – VK 2 – 77/20).

143

Aber auch hinsichtlich dieses Ausschlussgrunds ist die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Beigeladene zu 1) nicht gem. § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB auszuschließen, von ihrem Ermessensspielraum umfasst. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin bei der Ermessensentscheidung über den Ausschluss neben den Umständen der zurückgehaltenen Auskunft auch das Verhalten der Beigeladenen zu 1) gewürdigt hat, nachdem die Antragsgegnerin sie – auf Rüge der Antragstellerin – mit der im Februar 2024 erfolgten Kündigung konfrontiert hatte. Im Rahmen der vor einem Ausschluss durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung durfte die Antragsgegner berücksichtigen, dass die Beigeladene zu 1) die Kündigung sofort eingeräumt und die Umstände der Schlechtleistung offengelegt hat. Dieses Verhalten der Beigeladenen zu 1) lässt es zudem für möglich erscheinen, dass die Nichtangabe der Kündigung im „Fragebogen zur Eignungsprüfung“ nicht in Täuschungsabsicht, sondern aufgrund unsorgfältiger Bearbeitung des Angebots erfolgt ist, was ebenfalls gegen eine Ermessensreduzierung auf Null hinsichtlich eines Ausschlusses spricht.

144

Die Antragsgegnerin war auch nicht verpflichtet, die Beigeladene zu 1) wegen einer schweren Verfehlung, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird, nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auszuschließen.

145

Die von der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe des vertragswidrigen Einsatzes von Einweggeschirr und der vertragswidrigen Regenerierung von Speisen in Bestandsaufträgen sind bereits nicht als schwere Verfehlungen i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB anzusehen.

146

Das BayObLG hat in mehreren Entscheidungen zu Vergabeverfahren, deren Gestand Cateringleistungen für Asylbewerber waren (teilweise mit den hiesigen Beteiligten als Prozessbeteiligte), hohe Anforderungen an die Qualifizierung von Verstößen gegen vertragliche Verpflichtungen als schwere Verfehlungen i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB gestellt. Diese sind im vorliegenden Fall selbst dann nicht erfüllt, wenn man den bisherigen Vortrag der Antragstellerin als zutreffend unterstellen würde. Im Übrigen ist nach dem derzeitigen Stand der Aufklärungsbemühungen der Antragsgegnerin völlig unklar, in welchem Umfang die Beigeladene zu 1) in Bestandsaufträgen mit der Antragsgegnerin Einweggeschirr einsetzt oder vertragswidrig regeneriert.

147

Zwar kann auch die Verletzung vertraglicher Verpflichtungen eine schwere Verfehlung darstellen, sofern diese eine solche Intensität und Schwere aufweist, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln darf (BayObLG, Beschluss vom 13.06.2022, Verg 6/22; Hausmann/von Hoff in Röwekamp/Kus/Portz/ Prieß, GWB, 5. Aufl. 2020, § 124 Rn. 38). „Schwere Verfehlungen“ im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB sind erhebliche Rechtsverstöße, die geeignet sind, die Zuverlässigkeit eines Bewerbers grundlegend in Frage zu stellen. Sie müssen nachweislich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Verg 31/18) und schuldhaft begangen worden sein und erhebliche Auswirkungen haben. Maßgeblich sind sowohl objektive Faktoren wie Anlass und Auswirkungen als auch

der Verschuldensgrad (Summa in jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl. Stand: 13. Februar 2023, GWB § 124 Rn. 67), der eine gewisse Schwere erreichen muss (EuGH, Urteil vom 13.12.2012, Rs. C-465/11 – Forposta; BayObLG, Beschluss vom 13.06.2022, Verg 6/22). Daher liegt nicht in jeder nicht ordnungsgemäßen, ungenauen oder mangelhaften Erfüllung eines Vertrags eine schwere Verfehlung (J. Ley in Reidt/Stickler/Glahs, VergabeR, 4. Aufl. 2018, GWB § 124 Rn. 66). Eine schwere Verfehlung muss bei wertender Betrachtung vom Gewicht her den zwingenden Ausschlussgründen des § 123 GWB zumindest nahekommen (BayObLG, Beschluss vom 29.05.2024 – Verg 17/23).

148

Selbst wenn man den Rügevortrag der Antragstellerin als wahr unterstellen würde und davon ausgehen würde, dass die Beigeladene zu 1) in mehreren Bestandsaufträgen der Antragsgegnerin vertragswidrig Einweggeschirr über einen längeren Zeitraum eingesetzt hätte und zudem in einem nennenswerten Umfang vertragswidrig Speisen regeneriert hätte, läge mit diesen Nebenpflichtverletzungen der Versorgungsverträge noch keine Verfehlungen vor, die bei wertender Betrachtung vom Gewicht her den zwingenden Ausschlussgründen des § 123 GWB zumindest nahekommen würden. Der Hauptzweck des Vertrages, die Verpflegung von Asylbewerbern mit den gesetzlichen und fachlichen Vorgaben entsprechenden Speisen wurde erfüllt.

149

Im Übrigen hat die Beigeladene zu 1) die Vorwürfe bestritten und gegenüber der Antragsgegnerin lediglich eingeräumt, dass Einweggeschirr nur in seltenen Fällen in außergewöhnlichen Stresssituationen z.B. bei Quarantänesituationen oder bei Auseinandersetzungen zwischen Bewohnern verwendet worden wäre. Der Einsatz von Pappbechern sei aus einem Missverständnis der für diesen Vertrag geltenden Leistungsbeschreibung entstanden und nach Klarstellung abgestellt worden.

150

Da die derzeit von der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe schon bei einer Unterstellung als zutreffend den Tatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht erfüllen, kommt es auch nicht entscheidungserheblich darauf an, ob die Antragsgegnerin den Sachverhalt ausreichend aufgeklärt und auf einer vollständigen Tatsachengrundlage entschieden hat. Dabei ist allerdings zu beachten, dass regelmäßig weder der Auftraggeber noch die Nachprüfungsinstanzen verpflichtet sind, zur Abklärung, ob eine schwere Verfehlung nachweisbar ist, umfassende Beweisaufnahmen durch Zeugenvernehmungen oder Erholung von Sachverständigengutachten durchzuführen. Eine derartig umfangreiche und zeitaufwändige Beweisaufnahme wäre mit dem berechtigten Interesse nicht nur des Auftraggebers, sondern auch der Allgemeinheit an der beschleunigten Deckung des Beschaffungsbedarfs unvereinbar (; Opitz in Burgi/Dreher/Optiz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 124 Rn. 46). Sofern unter Berücksichtigung der dem Auftraggeber zumutbaren Aufklärungen Zweifel am Vorliegen einer schweren Verfehlung bleiben, kommt ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht in Betracht, auch wenn die Möglichkeit besteht, dass sich die – von einem Mitbewerber behaupteten – vermeintlichen Verfehlungen durch umfangreiche Zeugenvernehmungen oder Sachverständigengutachten eventuell doch noch bestätigen könnten. In derartigen Fällen sind auch die Nachprüfungsinstanzen nicht zu derartigen Beweisaufnahmen verpflichtet. Ob und in welchem Umfang Auftraggeber und Nachprüfungsinstanzen zu (weiteren) Aufklärungen über vermeintliche Verfehlungen eines Bieters verpflichtet sind, ist letztlich im Einzelfall unter Berücksichtigung der objektiv vorliegenden Anhaltspunkte für eine Verfehlung und deren Schwere zu beurteilen (BayObLG, Beschluss vom 29.05.2024 – Verg 17/23).

151

2.6 Auf die Frage der Wertbarkeit der Angebote und damit auch auf die Problematik, ob die Angebote der Beigeladenen zu 2) wegen der verspäteten Erklärung der Bindefristverlängerung auszuschließen waren, kommt es wegen der Rückversetzung des Vergabeverfahrens nicht mehr entscheidungserheblich an.

152

3. Kosten des Verfahrens

153

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist. Dies sind vorliegend die Antragsgegnerin und die Beigeladenen zu 1) und 2). Die Beigeladenen sind an den Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu beteiligen, weil sie sich durch schriftsätzlichen und mündlichen Vortrag und die Stellung von Anträgen aktiv

am Verfahren beteiligt und das gegenständliche Verfahren wesentlich gefördert haben. Sie haben damit auch ein Kostenrisiko auf sich genommen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.06.2014, VII-Verg 12/03).

154

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 Euro und 50.000 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag vom 100.000 Euro erhöht werden kann.

155

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Der Kostenberechnung wurden die Bruttoangebotssummen der Antragstellerin für die Lose 1, 2,3 und 4 zugrunde gelegt. Die optionalen Vertragszeiträume wurden dabei mit 50% der Angebotssumme angesetzt (vgl. BayObLG, Beschluss vom 26.03.2024 – Verg 12/23). Aufgrund der Zuschlagslimitierung wurde die so ermittelte Summe nochmals halbiert und hieraus die Gebühren anhand der Gebührentabelle der Vergabekammern errechnet. Die Gebühr wird auf...,00 EUR festgesetzt. Anlass für eine Gebührenreduzierung besteht angesichts des Aufwands für das Nachprüfungsverfahren nicht.

156

Die Antragsgegnerin ist als Gemeinde von der Zahlung der Gebühr nach § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG (Bund) vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung befreit.

157

Von der Antragstellerin wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500 Euro erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird nach Bestandskrafteinstattung, wenn er bis dahin von der Antragstellerin geleistet wurde.

158

Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin beruht auf § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.

159

Die Zuziehung eines anwaltlichen Vertreters wird als notwendig i. S. v. § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. Art. 80 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2 BayVwVfG angesehen. Die anwaltliche Vertretung war erforderlich, da die sachgerechte Führung eines Nachprüfungsverfahrens aufgrund der Gerichtsähnlichkeit des Verfahrens sowie der komplizierten Rechtsmaterie auch für erfahrene Bieterunternehmen wie die Antragstellerin regelmäßig die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts rechtfertigt. Anders als bei öffentlichen Auftraggebern, zu deren gesetzlichen Aufgaben auch die Einhaltung des Vergaberechts gehört und die daher grundsätzlich auch fachkundiges Personal für die Führung eines Nachprüfungsverfahrens vorhalten müssen (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 7 Verg 4/20), haben Bieterunternehmen keine derartige Obliegenheit. Für sie ist – abgesehen von völlig atypischen Ausnahmefällen – die Heranziehung eines Rechtsanwalts regelmäßig erforderlich; so auch hier. Die im vorliegenden Nachprüfungsverfahren aufgeworfenen Rechtsfragen waren komplex, sie umfassten Fragen der Eindeutigkeit der Vergabeunterlagen, der Zulässigkeit eines reinen Preisentscheids, der korrekten Durchführung einer Eignungsprüfung und der Ausschlussgründe von Bietern und Angeboten. Sie waren für die Antragstellerin ohne anwaltliche Beratung nicht zu bewältigen.