

69d VK - 32/2016

**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegner und Vergabestelle -

wegen:

Vergabeverfahren „Unterstützungsleistungen SAP-Spezialisten“, Vergabenummer: VG-3000-2016-0007, EU-Amtsblatt 2016/S 051-085420

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsärztin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Juli 2016 am 12. Juli 2016 beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, in dem im Betreff genannten Vergabeverfahren auf der Grundlage der vorliegenden Verdingungsunterlagen den Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat der Antragsgegner das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsaufforderung zurückzusetzen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, die der Antragsgegner trägt. Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Kosten befreit.
3. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

## Gründe

### I.

Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 12. März 2016 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer 2016 / S 051-085420 eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer über die Erbringung von „SAP-Unterstützungsleistungen“ für den Zeitraum ab dem 15. August 2016 bis zum 14. August 2018 mit der Option zweimaliger Verlängerung um jeweils ein Jahr im offenen Verfahren aus.

Nach Ziffer II. 3) der EU- Bekanntmachung ist der Auftrag in zwei Lose geteilt: Los 1 (SAP-Basis) betrifft Betriebs-, Beratungs- und Entwicklungsleistungen in den Bereichen SAP-Basis, Personalabrechnungen SAP-Basis, Überwachung (Monitoring) in SAP Basis und SAP-Basis plus. Nach der EU- Bekanntmachung beträgt das Volumen für Los 1 ca. 1.320 Personentage pro Jahr. Los 2 (SAP-Systemarchitektur und -optimierung) beinhaltet Betriebs-, Beratungs- und Entwicklungsleistungen in den Bereichen SAP Betriebsarchitektur, SAP Performancefragen, SAP Standardisierung und Automatisierung sowie SAP Sicherheitsfragen / Dokumentation / Prüfungen. Das Volumen für Los 2 beträgt ca. 990 Personentage pro Jahr.

Nach Ziffer III.2.3) - „Technische Leistungsfähigkeit“ - der EU- Bekanntmachung erfolgt die Leistungserbringung im Rahmen der Einzelabrufe nach dem Rahmenvertrag je nach der konkreten Ausgestaltung der Unterstützungsleistungen entweder durch Personalgestellung im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung oder durch Erbringung von Dienstleistungen durch den Auftragnehmer. Die Bieter haben deshalb eine gültige Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG in Kopie vorzulegen.

Zuschlagskriterium ist nach Ziffer IV.2.1) der Bekanntmachung das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung bzw. in der Beschreibung zum wettbewerblichen Dialog aufgeführt sind. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 2. Mai 2016.

Die Antragstellerin forderte die Vergabeunterlagen an. Bestandteil der Vergabeunterlagen sind unter anderem die Ausschreibungsbedingungen, die Leistungsbeschreibung, der Rahmenvertragsentwurf, Vordrucke für die Abrufscheine für den Einzelabruf und die Preisblätter für die Lose 1 und 2. Nach Ziffer 3.3 der Ausschreibungsbedingungen erfolgt die Prüfung der Angemessenheit der Preise gemäß § 19 EG Abs. 6 in Verbindung mit § 2 EG Abs. 1 VOL/A. Ergebe danach die Prüfung ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung, verlange der Auftraggeber in Textform die erforderlichen Belege. Ergebe die Einzelfallprüfung, dass die Preise ungewöhnlich niedrigen seien oder in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Leistung stünden, habe dies den Ausschluss des betreffenden Angebotes zur Folge.

Ziffer 3.4 der Ausschreibungsbedingungen sieht vor, dass nach Feststellung der erreichten Leistungspunkte und der Kosten pro Los eine vollständige Angebotswertung nach der so genannten erweiterten Richtwertmethode gemäß der „Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT- Leistungen“ (Version 2.0, Stand: 15. Juni 2010) durchgeführt werde. Der Bieter, der nach Ermittlung des Leistungs- Preisverhältnisses die höchste Kennzahl Z erreicht habe, habe das wirtschaftlichste Angebot abgegeben und erhalte den Zuschlag, wobei hinsichtlich der angewandten Richtwertmethode ein Schwankungsbereich von 10 % zugrundegelegt werde.

Die Leistungsbeschreibung enthält die einzelnen Aufgaben hinsichtlich der Lose 1 und 2. Nach den Preisblättern haben die Bieter jeweils einen Basisstundensatz je Stunde anzugeben, wobei keine Trennung hinsichtlich der Erbringung der Leistung durch Dienstvertrag oder durch Personalgestellung im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung erfolgt.

In dem Rahmenvertragsentwurf regelt Ziffer 3, dass der Einzelabruf je nach dem bestehenden Einzelbedarf und der benötigten Unterstützungsleistung entweder durch Dienstleistung oder durch Personalgestellung im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung erfolge. Danach muss der Auftragnehmer dem Antragsgegner auf eine Voranfrage einen verbindlichen Kostenvoranschlag übermitteln, der Angaben über die Qualifikation der einzusetzenden Person, den zur Durchführung der gewünschten Leistungserbringung erforderlichen Zeitaufwand, den frühestmöglichen Termin für den Leistungsbeginn sowie die veranschlagte Honorarsumme und sonstige Kosten beinhalten muss. Dabei wird davon ausgegangen, dass der in den Preisblättern angebotene Bieterstundensatz in der Regel die Obergrenze darstellt. Nach Prüfung des Kostenvoranschlages entscheidet der Antragsgegner über die Auftragsvergabe (den Einzelabruf) nach freiem Ermessen. Der Einzelabruf erfolgt dann anhand eines Abrufscheins, in dem der Antragsgegner die Ausführung als Dienstleistung oder im Wege der Arbeitnehmerüberlassung vorgibt.

Der Rahmenvertragsentwurf enthält in den Ziffern 5.4, 5.5 und 6 Regelungen zu den Pflichten des Auftragnehmers für die Erbringung der Leistungen im Wege von Dienstleistungen bzw. im Wege der Arbeitnehmerüberlassung. Nach Ziffer 6.3 haftet der Auftragnehmer dem Auftraggeber für sämtliche Schäden, die dem Auftraggeber dadurch entstehen, dass der Auftragnehmer keine oder eine unzureichende (gemeint ist wohl eine nur befristete) Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besitzt. Darüber hinaus hat der Auftragnehmer den Auftraggeber nach Ziffer 6.6 des Rahmenvertragsentwurfes von allen Ansprüchen freizustellen und alle dem Auftraggeber entstehenden Schäden zu ersetzen, wenn diese von den zuständigen Behörden im Hinblick auf Sozialversicherungsbeiträge oder Lohnsteuer in Anspruch genommen wird.

Hinsichtlich der volumenmäßigen Abgrenzung von Dienstleistungsvertrag und Arbeitnehmerüberlassung über die komplette Vertragslaufzeit geht der Antragsgegner davon aus, dass diese aktuell nicht möglich sei (Blatt 17 der Vergabeakte unter der Rubrik“ Vergabevermerk“).

Im Verlauf des Vergabeverfahrens richteten die Bieter, unter anderem auch die Antragstellerin, eine Reihe von Fragen an den Antragsgegner, die dieser in mehreren Bieter-rundschreiben gegenüber allen Bietern beantwortete. Mit Bieter-rundschreiben vom 5. April 2015 beantwortete der Antragsgegner unter anderem die Bieterfragen 6 bis 9 wie folgt:

*Frage 6.: Die Beratungsleistungen sollen sowohl in der Form der Arbeitnehmerüberlassung als auch über Dienst-/Werkverträge vergeben werden. Bitte erläutern Sie uns, welche Vertragskonstruktion in welchen Situationen zur Anwendung kommen soll. Gibt es fachliche oder sachliche Hintergründe, die für die Auswahl von Arbeitnehmerüberlassung einerseits bzw. Dienst-/Werkvertrag von Bedeutung sind?*

*Antwort 6.: Die Leistung kann je nach den Umständen der konkret benötigten Unterstützungsleistungen bzw. der betreffenden Einzelauftrag nach den Anforderungen der [REDACTED] durch Dienstleistungen oder durch Personalgestellung im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung (ANÜ) erbracht werden. Für beide Varianten gelten die jeweils entsprechenden Regelungen im Rahmenvertragsmuster. Es sind einerseits Leistungen zu erbringen, die aus Sicht der Anforderungen strukturiert, in gleicher Weise erledigbar und hinsichtlich des bereitzustellenden Ergebnisses gut zu beschreiben sind. Hierbei handelt es sich um Leistungen, die als Dienstleistung zu erbringen sind. Ferner sind Leistungen vertragsgegenständlich, die weniger strukturiert sind und daher aus Sicht von Projektzielen o.ä. oft einer Schärfung der Anforderungen bedürfen. Hierbei handelt es sich regelmäßig um eine Arbeitnehmerüberlassung.*

*Frage 7.: In welchem Umfang und für welche Projekte bzw. abgrenzbaren Aufgaben soll der Einsatz über Arbeitnehmerüberlassung bzw. über Dienst-/Werkvertragskonstruktion erfolgen?*

*Antwort 7.: Die konkreten Aufgaben und/oder Projekte, welche durch Dienstleistung bzw. Arbeitnehmerüberlassung erbracht werden sollen, werden im jeweiligen Einzelauftrag definiert. Vgl. im Übrigen die Antwort auf Frage 6.*

*Frage 8.: Wird es gemischte Teilprojekte oder Beauftragungen geben, bei denen vor Ort im direkten Miteinander Arbeitnehmerüberlassung und Dienst-/Werkvertragsmitarbeiter zum Einsatz kommen?*

*Antwort 8.: Es besteht die Möglichkeit, dass für den gleichen Leistungszeitraum unterschiedliche Leistungen durch Dienstleistung und durch Personalgestellung im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung vom Auftragnehmer erbracht werden müssen.*

*Der Auftraggeber wird die Leistungen nur mit eindeutiger Abgrenzung der Beschäftigungsart beauftragen und unter Anwendung von organisatorischen Maßnahmen (z.B. durch ordentliche Trennung der Leistung erbringenden Person) ausführen lassen.*

*Frage 9.: Welche internen Maßnahmen, insbesondere organisatorische Maßnahmen, haben Sie ergriffen bzw. werden Sie ergreifen, um sicherzustellen, dass im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung tätige Mitarbeiter dem Direktionsrecht des Auftraggebers unterliegen und die Ausübung von Direktionsrechten bei im Rahmen von Dienst-/ Werkverträgen durch Mitarbeiter des Auftraggebers unterbleibt? Wie wird also organisatorisch beim Auftraggeber sichergestellt, dass den Ansprechpartnern und Mitarbeitern beim Auftraggeber bewusst ist, um welchen Mitarbeitertyp des Auftragnehmers es sich handelt und wie bei einem solchen Mitarbeiter im Hinblick auf die Ausübung von Weisungsrechten sowie die betriebliche Eingliederung umzugehen ist?*

*Antwort 9.: Di [REDACTED] als Auftraggeber hat interne organisatorische Maßnahmen ergriffen, um Leistungserbringung durch Dienstleistungen und / oder Personalgestellung im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung (ANÜ) zu ermöglichen. Hierbei findet auch die Unterscheidung bezüglich eines etwaigen Weisungsrechts Berücksichtigung."*

Mit einem weiteren Bieter Rundschreiben vom 25. April 2016 beantwortete der Antragsteller unter anderem die die Bieterfragen 17 ,19 bis 22 wie folgt:

*Frage 17.: Werden die Mitarbeiter des Auftraggebers dahingehend geschult, wie sie mit Mitarbeitern im Rahmen von Dienstleistungsverträgen einerseits und Mitarbeitern im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen umzugehen haben, insbesondere im Hinblick auf die Ausübung von Weisungsrechten bzw. im Hinblick auf Maßnahmen der betrieblichen Eingliederung vor Ort? Welche sonstigen Maßnahmen sind seitens des Auftraggebers geplant, „Scheinselbstständigkeitsproblematiken“ vermeiden zu helfen?*

*Antwort 17.: Die Frage ist für die Angebotserstellung sowie die Vertragsdurchführung für den Auftragnehmer nicht relevant.*

*Frage 19.: Bitte erläutern Sie uns im Hinblick auf Ihre Antwortfrage 9 noch detailliert, welche organisatorischen Maßnahmen ganz konkret geplant sind und wie die Einhaltung interner Vorgaben der [REDACTED] durch deren Mitarbeiter sichergestellt wird?*

*Antwort 19.: Die Frage ist vor die Angebotserstellung sowie die Vertragsdurchführung für den Auftragnehmer nicht relevant.*

*Frage 20.: Wie soll ein Auftragnehmer sicherstellen, dass die Personalhoheit über seine freien Mitarbeiter vollständig bei ihm verbleibt (Ziffer 5.4, letzter Satz Rahmenvertrag)? Hintergrund dieser Frage ist, dass die freien Mitarbeiter des Auftragnehmers in den Räumlichkeiten des Auftraggebers und dem Kontakt mit den Mitarbeitern des Auftraggebers tätig werden - demzufolge hat unseres Erachtens der Auftraggeber sicherzustellen, dass seine Mitarbeiter keine Personalhoheit über freie, externe Mitarbeiter ausüben.*

*Antwort 20.: Der Auftragnehmer und/oder die von ihm eingesetzten Mitarbeiter unterliegen bei der Leistungserbringung in Form von Dienstleistung keinem Weisungs- und Direktionsrecht des Auftraggebers. Der Auftragnehmer hat jederzeit darauf zu achten, dass seine Mitarbeiter allen Aufgaben, die eine ordnungsgemäße Vertragsdurchführung erfordern, nachkommen.*

*Frage 21.: Da die Ausschreibung sowohl Dienstleistungen als auch Personalgestaltung in Arbeitnehmerüberlassung betrifft - ist es möglich, an der Ausschreibung teilzunehmen, wenn ausschließlich Personalgestaltung in Arbeitnehmerüberlassung angeboten werden kann?*

*Antwort 21.: Nein, dies ist nicht möglich. Die Unterstützungsleistungen sind durch Personalgestaltung im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung und / oder durch Dienstleistungen zu erbringen.*

*Die Ausgestaltung der Unterstützungsleistung wird Abruf bezogen anhand der jeweiligen konkreten Aufgabenstellungen innerhalb eines jeden Loses erfolgen. Überdies stellt die vorhandene Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ein Eignungskriterium dar.*

*Frage 22.: Gehen wir richtig davon aus, dass bei einer ausschließlichen Beauftragung von Arbeitnehmerüberlassungsleistungen sämtliche auf die Dienstleistungserbringung bezogenen Klauseln aus dem Rahmenvertrag nicht zum Tragen kommen?*

*Antwort 22.: Es gelten die Regelungen des Rahmenvertragsmusters. Die im Rahmenvertragsmuster aufgeführten Regelungen gelten für beide Varianten, ggf. in entsprechender Weise, sofern innerhalb der Klauseln nicht explizit eine der Leistungsarten aufgeführt wird. Soweit Formulierungen in dem Vertrag oder den Vergabeunterlagen vermuten lassen, dass eine der beiden Varianten bevorzugt gemeint ist, weist der Auftraggeber darauf hin, dass die Vorgabe keine Vorfestlegung auf eine der möglichen Leistungserbringungen als Dienstleistungen oder Personalgestaltung durch den Auftragnehmer im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung beinhaltet.*

Mit E-Mail vom 27. April 2016 beanstandete die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner, dass die von ihr gestellten Bieterfragen 17,19 und 20 im Zusammenhang

mit der Auftragsausführung als Dienstleistung bzw. Arbeitnehmerüberlassung inhaltlich nicht beantwortet worden seien. Die Antragstellerin forderte deshalb den Antragsgegner nochmals zur Beantwortung dieser Fragen auf. Mit E-Mail vom 29. April 2016 teilte der Antragsgegner mit, dass die von der Antragstellerin gestellten Fragen inhaltlich zutreffend und restlos beantwortet seien. Die Fragen der Antragstellerin seien zudem sachfremd, da kein Zusammenhang zwischen den gestellten Fragen und den Vergabeunterlagen festzustellen sei. Eine weitergehende Beantwortung lehnte der Antragsgegner ab.

Mit Schreiben vom 1. Mai 2016 rügte die Antragstellerin die unzureichende Beantwortung ihrer Bieterfragen. Zugleich rügte sie die unterbliebene Verlängerung der Angebotsfrist, ferner dass ihr mit der derzeitigen Gestaltung der Vergabeunterlagen unzumutbare Risiken aus verdeckter Arbeitnehmerüberlassung übertragen und ihr die Kalkulation eines wettbewerbsfähigen Angebotes unmöglich gemacht werde.

Die Antragstellerin bekräftigte erneut ihr Interesse an dem zu vergebenden Auftrag und forderte den Antragsgegner auf, die Angebotsfrist zu verlängern. Mit Schreiben vom 4. Mai kündigte der Antragsgegner an, die Rügen der Antragstellerin bis zum 25. Mai 2016 zu prüfen und gegebenenfalls auch abhelfen zu wollen. Per Telefaxeschreiben vom 25. Mai 2016 teilte der Antragsgegner mit, den Rügen nicht abzuweichen. Hinsichtlich des Inhaltes wird auf das Schreiben des Antragsgegners Bezug genommen.

Mit Schriftsatz vom 8. Juni 2016 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie ist der Auffassung, dass die Ausschreibungsbestimmungen und der Rahmenvertragsentwurf hinsichtlich der vertraglichen Gestaltung der auszusprechenen Unterstützungsleistungen intransparent seien. Der Rahmenvertragsentwurf enthalte keine näheren Regelungen dazu, wann die zu erbringenden Unterstützungsleistungen als Dienstleistung oder in Form einer Arbeitnehmerüberlassung erfolgen würden. Diese Frage sei jedoch für den Bieter unmittelbar kalkulationsrelevant. Der Antragsgegner verlange damit von den Bietern eine Mischkalkulation einer ansonsten nach Art und Umfang vollkommen offenen Ausführung der Leistungen als Dienstleistungsauftrag oder im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung. Dies sei mit der Verpflichtung des Antragsgegners zur eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der Leistung gemäß § 8 EG VOL/A 2009 und dem Transparenzgebot gemäß § 97 Abs. 1 GWB 2013 nicht vereinbar. Damit seien auch keine objektiv vergleichbaren Angebote zu erwarten. Es sei völlig offen, in welchem Umfang die in den Preisblättern angeführten Aufgaben als Dienstleistungsauftrag oder als Leistungserbringung im Wege der Arbeitnehmerüberlassung abgefragt werden. Die angebotenen Stundensätze könnten daher letztlich nur auf eigenen Spekulationen aufbauen, in welchem Umfang der Antragsgegner welche Aufgaben möglicherweise als Dienstleistungsauftrag oder als Leistungserbringung im Wege der Arbeitnehmerüberlassung erbracht haben möchte.

Darüber hinaus sei die Ausgestaltung des vertraglichen Konstrukts zur Leistungserbringung aufgrund der damit verbundenen Auferlegung unzumutbarer Kalkulationsrisiken vergaberechtswidrig. Die Risiken aus verdeckter Arbeitnehmerüberlassung, die auf den Auftragnehmer übertragen würden, seien von diesen nicht beherrschbar. Der Rahmen-

vertragsentwurf biete keine Lösung für das Problem einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung an. Trotz der klaren Verortung der Risiken einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung im Organisationsbereich des Antragsgegners sollen durch die Regelungen in Ziffer 6 des Rahmenvertragsentwurfes sämtliche wirtschaftliche Risiken einer etwaigen verdeckten Arbeitnehmerüberlassung auf den Auftragnehmer übergewälzt werden. Diese Überwälzung aller vertraglichen Risiken sei unzumutbar. Insbesondere könnten diese Risiken nicht durch einen kalkulatorischen Risikozuschlag ausgeglichen werden. Aufgrund der zukünftig gesetzlich klar begrenzten Höchstdauer der Überlassung müssen die Bieter bei einer alle Eventualitäten berücksichtigenden Kalkulation auf Grundlage der Vergabeunterlagen ein Vielfaches an Personal vorhalten. Die Bieter müssten nicht nur Personal für einen möglichen Einsatz im Rahmen eines Dienstleistungsauftrages und für denselben Aufgabenbereich weiteres gleich qualifiziertes Personal für den Einsatz im Rahmen einer Personalüberlassung vorhalten.

Vielmehr müssten sie darüber hinaus aufgrund der geplanten zeitlichen Höchstgrenze von 18 Monaten damit rechnen, dass ein ursprünglich im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung eingesetzter Mitarbeiter nach dieser Zeit nicht mehr bei dem Antragsgegner eingesetzt werden könne.

Des Weiteren erhöhe auch die Neuregelung hinsichtlich der „Erlaubnis auf Abruf“ das Risiko, eine im Verantwortungsbereich des Antragsgegners verdeckter Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr nachträglich legalisieren zu können. Dem Bieter sei ein zusätzliches Wagnis auch insoweit aufgebürdet, weil der Umfang der voraussichtlichen Abrufe durch Dienstleistungen oder in Form von Arbeitnehmerüberlassung und die genauen Umstände für die diesbezüglich zu treffenden Entscheidungen des Antragsgegners in den Vergabeunterlagen offen blieben.

Vergaberechtswidrig sei auch die Verweigerung weiterer Auskunftserteilung durch den Antragsgegner. Soweit der Antragsgegner der Auffassung sei, trotz intensiver Beschäftigung zum jetzigen Zeitpunkt nicht festlegen zu können, welche Unterstützungsleistungen als Dienstleistungen oder in Form der Arbeitnehmerüberlassung erfolgen sollten, sei offenbar noch keine Vergabereife eingetreten. Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zu verpflichten, das Vergabeverfahren in den Stand vor Abgabe der Angebote zurückzusetzen und das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsansicht der Vergabekammer fortzusetzen;

hilfsweise,

2. das Vergabeverfahren aufzuheben;

äußerst hilfsweise,



3. andere geeignete Maßnahmen zur Verhinderung einer Rechtsverletzung der Antragstellerin zu treffen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag anzulehnen.

Er ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, da die Antragstellerin den geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt habe. Es liege kein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor, denn Sinn und Zweck einer Rahmenvereinbarung sei, zu erbringenden Leistungen noch nicht abschließend und vollumfänglich zu beschreiben, sondern lediglich Bedingungen für spätere Einzelaufträge festzulegen. Maßstab für die Beurteilung, ob die Leistung hinreichend konkret beschrieben worden sei, sei ausschließlich § 4 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A 2009.

Es liege auch keine Unzumutbarkeit der Haftungs- und Risikoverteilung in Bezug auf „verdeckte Arbeitnehmerüberlassung“ vor. Das Problem der sogenannten verdeckten Arbeitnehmerüberlassung könne nur dann entstehen, wenn ein Einzelabruf durch einen Dienstleistungsvertrag erfolge, die tatsächliche Durchführung aber als Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren sei. Für diesen Fall sei im Rahmenvertrag keine Haftungsregelung enthalten.

Auch liege kein unzumutbares Wagnis wegen Mischkalkulation aus Dienstleistungen und Leistung aufgrund von Arbeitnehmerüberlassung vor. Es möge sein, dass die Leistungserbringung durch Dienstleistungen andere Kosten für den Auftragnehmer mit sich bringe, als durch Arbeitnehmerüberlassung. Dies mache aber die Kalkulation eines Angebotes nicht unmöglich. Die sicherste Vorgehensweise sei es, das gesamte Angebot anhand derjenigen Form der Leistungserbringung zu kalkulieren die für den Auftragnehmer die höchsten eigenen Kosten für die Beschaffung der Leistung zur Folge habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte, den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 7. Juli 2016 sowie auf die Vergabeakten (1 Aktenordner das Vergabeverfahren betreffend) Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (dazu A.) und begründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Die Antragstellerin ist antragsbefugt (dazu I.). Sie hat die geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts rechtzeitig gerügt (dazu II.).
- I. Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB a.F. antragsbefugt, auch wenn sie kein Angebot abgegeben hat. Die Antragstellerin hat schlüssig dargetan, es sei ihr durch die nicht ausreichende Beschreibung der Leistung und des Fehlens ausreichender Kalkulationsgrundlagen unmöglich gewesen, ein nicht nur auf Spekulationen beruhendes Angebot abzugeben. Durch den Abruf der Vergabeunterlagen, die entsprechenden Bieterfragen und die sich anschließenden Rügen hat die Antragstellerin ihr Interesse an dem Vergabeverfahren auch ohne Abgabe eines Angebotes hinreichend deutlich bekundet. Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist es auch nicht von vorneherein auszuschließen, dass sie durch ein eventuell vergaberechtswidriges Verhalten des Antragsgegners einen Schaden erleidet. Die ausgeschriebene Leistung des Antragsgegners betrifft die Kernkompetenzen der Antragstellerin im Bereich der Erbringung von SAP- Beratungs- und Unterstützungsleistungen. Die geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts als zutreffend unterstellt, ist es nicht auszuschließen, dass die Antragstellerin ein aussichtsreiches Angebot hätte abgegeben können.
- II. Die Antragstellerin ist mit ihrem Vortrag auch nicht gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. präkludiert. Sie hat die behauptete vergaberechtswidrige Ausgestaltung der Vergabeunterlagen und die behauptete unzureichende Beantwortung ihrer Bieterfragen mit Schreiben vom 1. Mai 2016 unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 1 und 3 GWB a.F. gerügt.
- B. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich ein Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts nicht unter Zugrundelegung der Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes vom 19. August 2015 - VK 2-63/15 - BeckRS 2016-07777 - dazu I.). Der Antragsgegner hat jedoch sowohl gegen seine Verpflichtung aus § 4 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A a.F. (dazu II.) als auch gegen § 12 EG Abs. 8 VOL/A a.F. (dazu III.) verstoßen und die Antragstellerin dadurch in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB a.F. verletzt. Es drängt sich zudem der Eindruck auf, dass der Antragsgegner - was unzulässig ist - die vorliegende Ausschreibung (auch) zu Zwecken der Markterkundung verwandt hat (dazu IV.). Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat der Antragsgegner das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsaufforderung zurückzusetzen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen (dazu V.).

- I. Die Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes (a.a.O.) ist nach Auffassung der erkennenden Vergabekammer vorliegend nicht ausschlaggebend.
1. Zum einen handelt es sich bei den Ausführungen der Kammer im Wesentlichen um ein obiter dictum. Dies wird deutlich, wenn die Vergabekammer ausführt:

*„Auch wenn die [Antragsgegnerin] meinen sollte, für die Leiharbeit sollten keine zusätzlichen Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werden, sondern Vakanzen sollten auf Basis des ausgeschriebenen Vertrags durch die bereits im Einsatz befindlichen Mitarbeiter des Dienstleisters mit abgedeckt werden, so wären die Bieter, die ihr Angebot ja auf der Basis der vorhandenen Informationen zu kalkulieren hatten, zu einer Art Mischkalkulation gezwungen. Unabhängig von der Frage, inwieweit dies überhaupt möglich ist, wären aber auch dazu belastbare Angaben über die Fälle, wann Arbeitnehmerüberlassung gewünscht ist und in welchem Umfang sie relevant werden soll, notwendig gewesen, um eine seriöse Kalkulation zu ermöglichen.*

Abgesehen davon, dass nicht deutlich wird, was die 2. Vergabekammer des Bundes unter „einer Art Mischkalkulation“ versteht, und ausdrücklich die Frage offen gelassen hat, ob eine solche möglich sei, dürften die Ausführungen der Kammer zur Erforderlichkeit belastbarer Angaben zum Umfang einer gegebenenfalls beabsichtigten Arbeitnehmerüberlassung auf § 8 EG Abs. 1 VOL/A a.F. beruhen. Ein solcher Fall ist vorliegend gerade nicht gegeben (siehe unten B.II.1.).

2. Es handelt sich nach Auffassung der erkennenden Kammer auch dogmatisch um kein Problem der Mischkalkulation. Da der Antragsgegner letztendlich das Angebot eines „Pauschalstundenpreises“ (Basisstundensatzes) von den Bietern verlangt, ist mangels unterschiedlicher Angebotspositionen, zwischen denen kalkulatorische Preisverschiebungen vorgenommen werden könnten, kein Raum. Der Pauschalpreis ist aber gerade dadurch gekennzeichnet, dass die Vergütung unabhängig von etwaigen Mengenveränderungen feststeht (Opitz in: Dreher/ Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 16 VOB/A RdNrn. 102 ff).
- II. Die verfahrensgegenständliche Ausschreibung verstößt jedoch gegen § 4 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A a.F..
  1. Für Rahmenvereinbarungen erlaubt § 4 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/ A a.F. eine Abschwächung des die Vergabeunterlagen betreffenden Bestimmtheitsgebotes (§ 8 EG Abs. 1 VOL/A a.F.). Danach ist das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekanntzugeben. Es braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden, denn Rahmenverträgen (Rahmenvereinbarungen) ist das typische Risiko hinsichtlich des tatsächlichen Auftragsumfangs und der davon abhängigen Preiskalkulation immanent. Der Bieter hat daher im Vergleich zu anderen Ausschreibungen per se höhere Preis- und Kalkulationsrisiken zu tragen.

Im Unterschied zu § 8 EG Abs. 1 VOL/A a.F. ist der Auftraggeber bei der Vorbereitung von Rahmenverträgen deswegen nur verpflichtet, seinen voraussichtlichen Bedarf so sorgfältig zu ermitteln, wie dies möglich und ihm objektiv zumutbar ist. Das bedeutet allerdings nicht, dass der öffentliche Auftraggeber Bieter bei einer Ausschreibung von Rahmenverträgen über den Auftragsumfang vollständig im Unklaren lassen darf. Ihm bekannte, zugängliche oder zumutbar - das heißt unschwer zu beschaffende - Informationen über den voraussichtlichen Auftragsumfang hat er Bietern / künftigen Auftragnehmern mit den Vergabeunterlagen uneingeschränkt zur Verfügung zu stellen (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2011 - VII Verg 90/11 - BeckRS 2012, 10230). Der öffentliche Auftraggeber hat insoweit keinen Ermessensspielraum, ob er das geschätzte Auftragsvolumen bekannt gibt. Das Unterlassen der Angaben ist ansonsten vergaberechtswidrig (Zeise in: Kulartz / Marx / Portz / Prieß, Kommentar zur VOL/A, 3. Auflage 2014, § 4 EG RdNr. 22).

2. Dies zugrundegelegt, hat der Antragsgegner mit seiner Ausschreibung gegen die entsprechenden Anforderungen verstoßen. Der Antragsgegner hat es unterlassen, seinen jeweiligen Bedarf an der Leistungserbringung durch Dienstleistung bzw. durch Arbeitnehmerüberlassung zu ermitteln, obwohl ihm dies möglich und zumutbar gewesen wäre (dazu a)). Dies führt dazu, dass „Vertragsrisiken in signifikanter Weise auf den Auftragnehmer verlagert werden“ (Dicks, Ungewöhnliche und unzumutbare Wagnisse, NZBau 2014, 731 [735] - dazu b)).
  - a) Der Antragsgegner lässt in den Vergabeunterlagen völlig offen, in welchem Verhältnis die in den Einzelabrufen zu vergebenden Unterstützungsleistungen entweder als Dienstleistungen oder in der Form der Arbeitnehmerüberlassung zu erbringen sein werden. Die Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung hat ergeben, dass der Antragsgegner Unterstützungsleistungen grundsätzlich in Form von Dienstleistungsaufträgen abrufen möchte. Nur dann, wenn es aufgrund der Art der Unterstützungsleistung (z.B. in Fällen der Urlaubs- oder Krankheitsvertretung von Personal des Antragsgegners) erforderlich ist, die Erbringer dieser Leistung in die betrieblichen Abläufe des Antragsgegners einzugliedern, sodass die Gefahr einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung besteht, möchte der Antragsgegner Unterstützungsleistungen in Form der Arbeitnehmerüberlassung anfordern. Grund hierfür ist, dass der Antragsgegner nach eigener Aussage in der mündlichen Verhandlung die Qualität der Dienstleister einschätzen kann, während er auf dem Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung keinerlei Erfahrungen hat. Weitere Vor- oder Nachteile, die mit der Erbringung von Unterstützungsleistungen als Dienstleistung oder in der Form der Arbeitnehmerüberlassung verbunden sind, konnte der Antragsgegner trotz wiederholter Nachfrage nicht nennen.

Damit sollen nach dem Wunsch des Antragsgegners Unterstützungsleistungen dann als Dienstleistung erbracht werden, wenn keine Gefahr einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung besteht und – wie in der Antwort des Antragsgegners auf Bieterfrage 6 formuliert – der Auftragsgegenstand hinreichend bestimm- und beschreibbar ist. Davon ausgehend, dass mithin der Beschaffungsbedarf des Antragsgegners durch Erbringung von Unterstützungsleistungen in der Form der Arbeitnehmerüberlassung vollständig gedeckt werden könnte, ohne dass er – der Antragsgegner – dadurch nennenswerte Nachteile erlitte, ist es dem Auftraggeber sowohl möglich als auch zumutbar, seinen Bedarf insoweit zu konkretisieren. Anhand der derzeit vergebenen Unterstützungsleistungen, der Krankheits- und Urlaubsstatistik und weiterer ihm zur Verfügung stehender Informationen ist dem Antragsgegner ohne Weiteres eine Prognose möglich, welcher Anteil dieser Leistungen die innerbetriebliche Integration von Fremdpersonal erfordert und welcher Anteil mithin zwingend in der Form der Arbeitnehmerüberlassung zu erbringen ist. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Antragsgegner bei Einzelabruf einer Unterstützungsleistung durch Arbeitnehmerüberlassung im Hinblick auf die Qualität des Leiharbeitnehmers nicht schutzlos gestellt ist. Nach dem Entwurf des Rahmenvertrages hat der Auftragnehmer innerhalb von zwei Wochen nach einem entsprechenden Einzelabruf eine bestimmte Person zu benennen, deren Qualifikation und Erfahrung der Auftraggeber in einem Interview mit dieser Person überprüfen kann.

- b) Indem der Antragsgegner diese Abschätzung und entsprechende Angaben in den Verdingungsunterlagen unterlassen hat, werden Vertragsrisiken in signifikanter Weise auf den Auftragnehmer verlagert.
- (1) Die Personalkosten im Falle eines Dienstleistungsauftrages sind anders zu kalkulieren, als im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung. Bei der Arbeitnehmerüberlassung hat der Verleiher Arbeitskräfte vorzuhalten, die regelmäßig nicht durchgängig zum Einsatz kommen. Im Verleihstundensatz muss daher ein Standardsatz für die Lohnzahlung in den verleihefreien Zeiten kalkuliert werden (2. Vergabekammer des Bundes, a.a.O. mit weiteren Nachweisen). Auch ist die Differenz der Stundensätze für Leiharbeitnehmer und Dienst- oder Werkleistungserbringern derart signifikant, dass die Zugrundelegung eines Mittelwertes bei einem völligen Offenbleiben der zu erwartenden Verteilung der beiden Leistungsformen bei Anforderung nur der einen oder nur der anderen Form der Leistungserbringung sowohl zu einer erheblichen Überzahlung des Auftragnehmers als auch zu einer dessen Existenz gefährdenden Unterzahlung führen kann. Aus der Sicht der Antragstellerin, der weder die Kriterien noch die Motive des Antragsgegners für die Wahl der Leistungserbringung entweder als Dienstleistung oder in der Form der Arbeitnehmerüberlassung bekannt waren, wären zur Abgabe eines Angebotes nur Spekulationen möglich gewesen. Ohne die Verteilung der durch Arbeitnehmerüberlassung bzw. in der Form der Dienstleistung zu erbringenden Unterstützungsleistungen kann diese Unsicherheit auch nicht durch einen (wirtschaftlich annehmbaren) Risikozuschlag kompensiert werden.

Eine seriöse, von jeglicher Spekulation freie Kalkulation müsste davon ausgehen, dass 100% der Unterstützungsleistungen in der mit höheren Personalkosten verbundenen Form der Leistungserbringung beauftragt werden.

- (2) Eine signifikante Risikoübertragung auf den Bieter / Auftragnehmer liegt auch deshalb vor, weil Abweichungen der tatsächlichen Beauftragung vom prognostizierten Bedarf der jeweiligen Leistungsart für den Antragsgegner - wenn überhaupt - mit weit geringeren Nachteilen verbunden sind, als dies im Falle eines vollkommenen Offenbleibens des Verhältnisses zwischen der Erbringung von Unterstützungsleistungen in der Form von Dienstleistungen bzw. der Arbeitnehmerüberlassung für die Antragstellerin der Fall wäre.
- III. Da der Antragsgegner mit seiner Ausschreibung bereits gegen § 4 Abs. 1 Satz 2 VOL/A-EG a. F. verstoßen hat, weist die erkennende Vergabekammer lediglich der Vollständigkeit halber sowie im Hinblick auf die wiederholte Durchführung des Vergabeverfahrens darauf hin, dass auch ein Verstoß gegen § 12 EG Abs. 8 VOL/A a.F. vorliegt. Der Antragsgegner war sehr wohl verpflichtet, die Bieterfragen der Antragstellerin im Hinblick auf die getroffenen innerorganisatorischen Maßnahmen zur Verhinderung einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung zu beantworten. Diese Angaben sind für die Angebotserstellung von erheblicher Bedeutung, denn nur wenn der Antragsgegner die Trennung zwischen überlassenen Arbeitnehmern und Mitarbeitern, die unter einen Dienstleistungsvertrag gestellt werden, vertraglich und tatsächlich sorgfältig vornimmt, ist nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung auszuschließen. Gerade im Falle eines Dienstleistungsvertrages muss ausgeschlossen werden, dass Arbeitnehmer der Antragstellerin in die Organisation des Antragsgegners derart eingebunden werden, dass es zu einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung kommt. Der Antragsgegner hätte deshalb der Antragstellerin die von ihm konkret getroffenen innerorganisatorischen Maßnahmen mitteilen müssen. Denn die im Falle einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung vorgesehenen Sanktionen wie Bußgelder, Abschöpfung wirtschaftlicher Vorteile, drohende Nachzahlung von Steuern und Sozialbeiträgen in signifikanter Höhe, Widerruf der Gewerbeerlaubnis und Kosten aus fiktiven Arbeitsverhältnissen bergen für die Antragstellerin bzw. die Bieter ein - vom Antragsgegner offensichtlich unterschätztes- hohes Insolvenzrisiko. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang noch, dass der Antragsgegner, auch wenn er im Rahmenvertragsentwurf sämtliche Risiken insoweit auf den Auftragnehmer übertragen hat, damit nicht von den gesetzlich vorgesehenen Sanktionen „befreit“ ist. Im Übrigen dürfte ohne Angabe des Arbeitsumfanges und Beantwortung der Bieterfrage die Übertragung sämtlicher Risiken aus verdeckter Arbeitnehmerüberlassung auf den Auftragnehmer durchaus an der Grenze der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB liegen.

- IV. Aufgrund der Einlassung des Antragsgegners in der mündlichen Verhandlung weist die Vergabekammer auch darauf hin, dass die Durchführung von Vergabeverfahren zur Markterkundung nicht zulässig ist, § 2 EG Abs. 3 VOL / A a.F. Alleiniertes Ziel eines Vergabeverfahrens ist ein Einkauf von Leistungen oder Waren. Unternehmen, die sich an Vergabeverfahren beteiligen, wenden Kosten auf, um an der „Verdienstchance“, die ein Vergabeverfahren bietet, partizipieren zu können. Vorliegend drängt sich der Eindruck auf, der Antragsgegner habe sich zwei verschiedene Leistungen anbieten lassen, ohne selbst zu wissen, welche Leistung er in welchen Fällen abrufen wolle.
- V. Der Antragsgegner hat - bei fortbestehender Beschaffungsabsicht - die Verbindungsunterlagen so zu gestalten, dass den Bietern eine Kalkulation des mit der Ungewissheit des genauen Umfangs der in der Form von Dienstleistungen bzw. durch Arbeitnehmerüberlassung zu erbringenden Unterstützungsleistungen möglich ist. Ob dies durch die Angabe eines der Kalkulation zugrundezulegenden Verhältnisses der beiden Leistungen, durch Zusage einer Mindestabnahme einer der beiden oder beider Leistungsarten, durch die Bildung zweier Lose oder durch andere geeignete Maßnahmen erfolgt, obliegt im Rahmen des § 4 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A a.F. dem Antragsgegner und muss - bzw. darf - durch die Vergabekammer nicht vorgegeben werden. Entscheidend ist, dass den Bietern diejenigen Kalkulationsgrundlagen an die Hand gegeben werden, die der Antragsgegner in zumutbarer Weise zu ermitteln im Stande ist.

Im Hinblick auf die mit einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung verbundenen Risiken wird der Antragsgegner - ebenfalls nach seiner Wahl - entweder die Bieter in die Lage zu versetzen haben, diese Risiken auf der Grundlage der vom Antragsgegner konkret getroffenen bzw. noch zu treffenden Maßnahmen einzuschätzen und zu bewerten oder die rahmenvertragliche (insbesondere mit Ziffer 6 Abs. 6 des Rahmenvertragsentwurfs verbundene) Risikoverteilung zugunsten der Bieter abzuändern haben.

- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB a. F..
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB a.F. werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da der Antragsgegner im Verfahren unterlegen ist, trägt er die Kosten, § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB a. F.. Allerdings ist der Antragsgegner gemäß § 8 Abs. 2 BGebG von der Kostentragung befreit.
- II. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen zu erstatten, § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB a.F..
- III. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin ist angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 2 und 4 GWB a.F. in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.

