

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Beigeladene zu 2)

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 16.1.2015 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Russo

am **21. Januar 2015** entschieden:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 1) werden für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 1) für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin, eine Werkstatt für behinderte Menschen, schrieb die arbeitstägliche Beförderung von Menschen mit Behinderung zu ihren Einrichtungen im Kreis Wxxxxxxx in einem offenen Verfahren nach der EG VOL/A aus. Der Auftrag war in 6 (Regional) Lose aufgeteilt. Die Antragstellerin soll den Zuschlag für das Los 3 erhalten; für das Los 5 hat sie kein Angebot abgegeben. Im Streit stehen somit die Lose 1,2,4 und 6. Der Vertrag soll über 5 Jahre geschlossen werden, so dass der geschätzte Auftragswert (unter Ausschluss der Lose 3 und 5) bei ca. 12 Mio. € liegt.

In den Bewerbungs- und Angebotsbedingungen bestimmte die Antragsgegnerin:

Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot aufgrund der nachstehenden Kriterien (in der Reihenfolge ihrer Priorität) erteilt

- Preis
- Qualität.

Das Zuschlagskriterium Preis geht zu 80 % in die Wertung ein. Das Zuschlagskriterium Qualitätskonzept (siehe Anlage D.2) geht zu 20 % in die Wertung ein.

Für die Bewertung des Preises sind die Eintragungen des Bieters in dem Preisangebot maßgeblich. Das preisgünstigste Angebot wird anhand eines fiktiven Nettopreises inklusive Zuschläge pro Woche ermittelt. Das fiktive Entgelt pro Woche wird anhand des Leistungsverzeichnisses / der Kalkulationsgrundlage in der Anlage C.3 nach Maßgabe der dortigen Vorgaben ermittelt. Das preisgünstigste Angebot erhält die volle Punktzahl; die übrigen werden im Verhältnis niedriger bepunktet.

Die Bewertung des Qualitätskonzepts erfolgt auf Grund einer Punktvergabe (0-110) und fließt in einer Gewichtung von 20% in die Wertung ein. Die in der Anlage D.2 aufgeführten Einzelfragen werden dabei wie angegeben gewichtet.

Die Gesamtbewertung wird im bekanntgegebenen prozentualen Verhältnis (80/20) ermittelt. Auf ein Nebenangebot wird der Zuschlag dann erteilt, wenn das Nebenangebot insgesamt wirtschaftlicher ist als eine Vergabe nach Einzellosen.

In der Anlage C zu den Vergabeunterlagen bestimmte die Antragsgegnerin:

Die Zusammensetzung der in den Leistungsbeschreibungen festgelegten Linien der jeweiligen Lose ist Grundlage für ihre Angebotskalkulation. Darüber hinaus sind dort Besonderheiten mitgeteilt, die sich aus der Behinderung der jeweiligen Personen ergeben und die für die zu erbringenden Beförderungsleistungen insbesondere kalkulatorisch von Bedeutung sind.

Zudem forderte die Antragsgegnerin in ihren Vergabeunterlagen unter Ziffer 2.1, dass Bieter, die abweichend von Ziffer 1 (Daten des Bieters) andere Kontaktdaten nennen wollten, diese dort einzutragen hatten.

Weiterhin hatten die Bieter eine Verpflichtungserklärung zur Tariftreue und Mindestentlohnung unter Berücksichtigung der Vorgaben des TVgG NRW zu unterschreiben und dem Angebot beizufügen. Diesbezüglich teilte die Antragsgegnerin mit:

Die Eignung der Bieter wird auf der Grundlage der Angaben und Erklärungen der Bieter in Anlage B geprüft. Näheres siehe in den Ausführungen zur Anlage B.

Dort wurde den Bietern ein Vordruck zur Verfügung gestellt, der zu unterschreiben war. Dieser enthielt Hinweise auf die Regelung in § 13 Abs. 1 TVgG NRW, wonach bei einem nachweislichen und schuldhaften Verstoß gegen die Bestimmungen des TVgG NRW ein Bieter bis zu 3 Jahren vom Wettbewerb ausgeschlossen würde und im Übrigen sollte ein solcher Verstoß nach Vertragsschluss zu einer außerordentlichen Kündigung führen.

Mit Datum vom 25.9.2014 informierte die Antragsgegnerin sämtliche Bieter über eine Änderung in der Leistungsbeschreibung, und zwar zu den Linien. Dort führte sie aus:

Die Aufteilung der Lose in den Linien im Leistungsverzeichnis orientiert sich an der aktuellen Tourenplanung und berücksichtigt auch die Belange der Wohnheime usw. an einem reibungslosen Transport der Beschäftigten zwischen Wohnsitz und Werkstatt. Diese Aufteilung ist aber nicht zwingend.

Die Antragsgegnerin erhielt am 21.10.2014 insgesamt 4 Angebote, wobei ein Bieter ausgeschlossen wurde, weil seine Angebote nicht wirtschaftlich waren, so dass bei diesem Bieter im Vergleich zu den anderen Bietern die Eignungsprüfung nicht fortgesetzt wurde. Alle Angebote enthielten die unterschriebenen Verpflichtungserklärungen zum TVgG NRW. Im Vergabevermerk überprüfte die Antragsgegnerin diese Nachweise auf der 2. Wertungsstufe und stellte die Eignung bei allen Bietern fest. Die beiden Bieter, die die Zuschläge für die anderen Lose erhalten sollen, wurden mit Beschluss vom 25.11.2014 beigeladen.

Die Antragstellerin legte für alle Lose, mit Ausnahme von Los 5, Angebote vor. Ihr soll der Zuschlag auf das Los 3 erteilt werden. Die Antragstellerin hatte in ihrem Angebot unterschiedliche Angaben zu den Ziffern 1 und Ziffer 2.1 des Angebotsvordrucks gemacht. In Ziffer 1 (Daten des Bieters) hatte sie die Zentrale in xxxx eingetragen, während sie unter Ziffer 2.1 (Angaben zur zuständigen Niederlassung – nur auszufüllen, falls nicht identisch mit der Angabe unter Ziffer 1) eine Niederlassung in Wxxxxxxxx nannte.

Mit Schreiben vom 30.10.2014 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie nur auf das Los 3 den Zuschlag erhalten solle. Mit Schreiben vom 7.11.2014 rügte die Antragstellerin mehrere Vergaberechtsverstöße und verfolgt diese mit ihrem Nachprüfungsantrag weiter.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag zulässigerweise gegen die vorgenannte Antragsgegnerin gerichtet wurde, weil es sich dabei um einen öffentlichen Auftraggeber iSv § 98 Nr. 2 GWB handele. Die Antragsgegnerin sei in der Bekanntmachung als öffentliche Auftraggeberin genannt, habe funktional als Rehabilitationsträger Aufgaben nach § 137 SGB IX wahrzunehmen, und zwar die Aufnahme von behinderten Menschen in den Werkstätten, und erhalte dafür vom überörtlichen Träger der Sozialhilfe, hier dem Landschaftsverband Westfalen-Lippe, entsprechende finanzielle Mittel. Da sie konkurrenzlos auf dem Markt tätig sei, sei auch das Merkmal der „Nichtgewerblichkeit“ erfüllt.

Die Antragstellerin meint, dass die Forderung nach Zahlung des Tarif- bzw. Mindestlohns im Vergabeverfahren nicht offen bleiben könne. Die Beigeladenen hätten möglicherweise fehlerhafte Verpflichtungserklärungen abgegeben, die mit den tatsächlichen Verhältnissen in ihren Betrieben nicht im Einklang stünden, weil sie die An- und Abfahrtswege ihrer Fahrer nicht einkalkuliert hätten. Der reelle Lohn liege damit unterhalb von 8,62 €. Dies lasse sich auch dem Schriftsatz der Beigeladenen zu 1) vom 18.12.2014 entnehmen, weil diese nur die Werkstatt-, Tank- und Reinigungsfahrten nach dem TVgG NRW vergüten wolle. Die rechtliche Frage, ob An- und Abfahrtszeiten zur Arbeitszeit gehören, bliebe offen, aber die Antragsgegnerin müsse das verbindlich klären, bevor sie den Zuschlag erteile. Sie müsse sich entscheiden, ob die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, wonach diese Fahrten als Arbeitszeiten im Falle von Außendienstmitarbeitern oder Vertretern gelten, auch auf den vorliegenden Fall zur Anwendung komme. Die Antragstellerin hält es unter Hinweis auf die Wienstrom-Entscheidung des EuGH für vergaberechtlich unzulässig, wenn einfach ein Zuschlagskriterium festgelegt wird, aber die Angaben der Bieter dazu nicht vom öffentlichen Auftraggeber auf Richtigkeit überprüft werden.

Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass die Bewertung der Angebote nicht nachvollziehbar sei, weil die Antragsgegnerin ihren methodischen Ansatz vorab nicht mit-

geteilt habe, so dass sie willkürlich die Bieterreihenfolge verändern könne. Eine Bewertungsmatrix gebe es nicht. Die Antragsgegnerin habe offensichtlich den Preis der Antragstellerin, obwohl dieser höher lag, mit 100% gesetzt und dann erst habe sie den prozentualen Anteil des Referenzpreises ermittelt. Außerdem habe die Antragsgegnerin nicht angegeben, in welchem Verhältnis niedriger bepunktet werden sollte.

Zudem würde man dann, wenn man das Verhältnis von Preis (80%) und Qualität (20%) nachrechnet, mathematisch gesehen nicht die vorgegebene Gewichtung von 20% erreichen. Das Angebot eines abgeschlagenen dritten Bieters könne beispielsweise die Bieterreihenfolge völlig verändern.

Außerdem habe die Antragsgegnerin nicht bekannt gegeben, wie sie die Qualität mit dem Preis in Beziehung setzen möchte. Sie habe nur die angestrebte Gewichtung mitgeteilt, die eben mathematisch gesehen nur äußerst kompliziert erreicht werden könne.

Die Antragstellerin verweist darauf, dass es unterschiedliche mathematische Berechnungsmethoden gibt, die dann auch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Deshalb wäre es zwingend erforderlich gewesen, auch die Wertungsmethodik vollständig bekannt zu geben. Unter Umständen wäre es nämlich für die Bieter in Betracht gekommen, anstelle einer höheren Qualität einen höheren Rabatt zu gewähren. Die Antragstellerin verweist auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, Verg 40/10, und meint, dass das Unterlassen einer Bekanntgabe einer Bewertungsmatrix und nachträglich festgelegter Unterkriterien und Gewichtungskoeffizienten die Angebotsmöglichkeiten der Bieter nachteilig beeinflussen könnte.

Zudem behauptet die Antragstellerin, dass das Schreiben der Antragsgegnerin vom 25.9.2014 eine Änderung der Leistungsbeschreibung mit kalkulationserheblichen Inhalten enthalten habe. Das könne man ohne weiteres nachvollziehen, wenn man die von den einzelnen Bietern für die einzelnen Linien kalkulierten Preise einmal vergleichen würde. Diese Bieterinformation sei an ihre Niederlassung in Wxxxxxxx gesandt worden, aber nicht an ihren Hauptgeschäftssitz in xxxx. Die Niederlassung habe die Bedeutung dieses Schreibens nicht erkannt und erst verspätet - und eher zufällig - an die Zentrale in xxxx weitergesandt. Insofern habe sie erst am 6.11.2014 Kenntnis von diesem Schreiben erhalten, also zu einem Zeitpunkt in dem die Angebote bereits abgegeben waren. Dadurch, dass diese Bieterinformation ihr nicht vor Abgabe des Angebotes vorgelegen habe, habe sie keine Kenntnis davon gehabt.

Die Antragstellerin verweist im Übrigen darauf, dass der Antragsgegnerin aufgrund der bisherigen Verträge mit ihr, hätte bekannt sein müssen, dass die Diözesangeschäftsstelle in Münster für die Verträge zuständig ist. Letztlich hätte die Antragsgegnerin aber erkennen müssen, dass im Falle eines eingetragenen Vereins deren geschäftsführender Vorstand (in xxxx) für den Empfang von Willenserklärungen zuständig ist und nicht etwa eine unselbständige Niederlassung. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus den Angaben unter Ziffer 2.1 in ihrem Angebot. Diese Niederlassung sei nicht zur Entgegennahme von rechtsgeschäftlichen Erklärungen damit bevollmächtigt worden, sondern man habe lediglich die Eignung für die Ausführung des Auftrages damit belegen wollen. Es gebe keinen Rechtsschein dahingehend, dass die unselbständige Niederlassung, die lediglich ein Fahrdienst sei, zur Entgegennahme vertraglicher Erklärungen berechtigt gewesen wäre.

Im Verhältnis zu den anderen Bietern liege zudem eine Ungleichbehandlung vor. Denn zunächst habe die Leistungsbeschreibung vorgesehen, dass die Fahrzeuge aufgrund der personenbezogenen individuellen Voraussetzungen nicht immer voll ausgelastet sein könnten. Anschließend habe man aber durch die „Aufgabe“ der vorgegebenen Linien eine bessere Auslastung der Fahrzeuge herbeiführen können, was sich eben kalkulatorisch auswirke. Damit habe die Antragsgegnerin auch Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen, ohne die Frist aus Art. 39 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG einzuhalten. Zudem sei ein öffentlicher Auftraggeber, sobald er in einem offenen Verfahren wesentliche Änderungen an der Leistungsbeschreibung vornehme, verpflichtet, diese auch wiederum europaweit bekannt zu machen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebote der Beigeladenen zu 1) und zu 2) vom Vergabeverfahren bezüglich "Fahrdienste xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx" hinsichtlich aller Lose auszuschließen,
2. hilfsweise, das Vergabeverfahren in den Losen 1, 2 4 und 6 in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen,
3. höchsthilfsweise, das Vergabeverfahren in den Losen 1, 2 , 4 und 6 aufzuheben,
4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.
5. Der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin weist zunächst darauf hin, dass es durchaus zweifelhaft sei, ob die Antragsgegnerin überhaupt öffentliche Auftraggeberin iSd § 98 GWB ist. Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass die beiden Beigeladenen die geforderten Verpflichtungserklärungen zum Tariftreuegesetz NRW mit ihren Angeboten vorgelegt hätten. Anhaltspunkte dafür, dass diese Erklärungen nicht zutreffend seien, hätten weder zum Zeitpunkt der Angebotswertung bestanden, noch hätten sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt Bedenken ergeben. Die Antragstellerin würde einfach „ins Blaue hinein“ Mutmaßungen aufstellen, die aber keine weitergehende Aufklärungspflicht des öffentlichen Auftraggebers auslösen könnten. Auch die Hinweise der Vergabekammer auf Entscheidungen des OLG Düsseldorf würden da nicht weiterhelfen. Abgesehen davon, dass dies zuvor nicht gerügt wurde, drohe der Antragstellerin – soweit man einen Vergaberechtsverstoß annehmen würde – kein Schaden. Denn dann dürften die Angebote der Beigeladenen erst recht nicht ausgeschlossen werden.

Auch die von der Antragstellerin vorgelegte Anlage, ein Dokument, in dem der Landschaftsverband zu bestimmten Fragen im Zusammenhang mit der Einhaltung von

Tarif- bzw. Mindestlöhnen aus arbeitsrechtlicher Sicht Stellung nehme, habe keinerlei Aussagekraft für das vorliegende Verfahren.

Zudem trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Wertung der Angebote durchaus zuvor transparent in den Vergabeunterlagen dargelegt worden sei. Eine Bewertung nach dem Schema "100 Punkte oder nichts" sei von vornherein ausgeschlossen gewesen. Vielmehr habe sich die preisliche Bewertung der Angebote nach dem Verhältnis des jeweils angebotenen Preises zu dem jeweils günstigsten (Referenz-) Preis gerichtet. Anhand des Qualitätskonzepts sind den Bietern 10 Fragen gestellt worden, wobei die einzelnen Fragen zuvor gewichtet wurden. Anschließend habe man im Verhältnis 80% Preis und 20% Qualität das wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Die von der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vorgenommenen Rechenoperationen, die im Übrigen nicht nachvollziehbar seien, würden daran auch nichts ändern. Zudem habe die Antragstellerin ihre Bedenken nicht rechtzeitig als Rüge vorgetragen.

Darüber hinaus weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass das Schreiben vom 25.9.2014, welches Änderungen an der Leistungsbeschreibung enthielt, an die Niederlassung in Wxxxxxxx (Geschäftsstelle xxxxxxxxxxxx) gesandt worden sei, weil man auch zuvor mehrmals mit der Niederlassung zu tun hatte. So seien von dort die Vergabeunterlagen angefordert und auch die Gebühr für die Unterlagen gezahlt worden. Zudem habe es eine Bieteranfrage datiert vom 26.8.2014 von dort gegeben. Als Anlagen zum Schriftsatz vom 14.1.2015 legte die Antragsgegnerin zudem noch zwei Schreiben der o.g. Niederlassung vor. Es handelt sich einmal um eine Rechnung der Geschäftsstelle vom 30.9.2014 und um ein Schreiben vom 19.6.2013, mit dem um ein Gespräch nachgesucht wurde. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin habe man sehr wohl ständig mit der Niederlassung in xxxxxxxxxxxx zu tun gehabt. Dass bestimmte Informationen von dieser Niederlassung nicht rechtzeitig an die Zentrale in xxxx weitergeleitet wurden, sei ausschließlich ein Organisationsverschulden der Antragstellerin.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei eine erneute europaweite Bekanntmachung dieser Änderungen in der Leistungsbeschreibung nicht erforderlich gewesen. Vielmehr könne sie entsprechende Änderungen jederzeit in einem offenen Verfahren durch Mitteilungen an die Bieter vornehmen. Jedenfalls sei aber die Antragstellerin durch eine unterlassene erneute Bekanntmachung nicht in ihren Rechten verletzt.

Die **Beigeladene zu 1)** trägt vor, dass alle Bieter ihre Verpflichtungserklärungen zur Tariftreue und Mindestentlohnung vorgelegt hätten. Die Vermutung der Antragstellerin, dass die Beigeladene zu 1) erheblich niedrigere Reallöhne zahle, als mit der Verpflichtungserklärung erklärt, sei schon nach dem eigenen Vortrag der Antragstellerin nicht belegt. Die Beigeladene zu 1) sei in einem anderen Ausschreibungsverfahren vom Landschaftsverband diesbezüglich überprüft worden, ohne dass Auffälligkeiten festgestellt wurden. Im Übrigen sei der Vortrag der Antragstellerin pauschal und plakativ.

Weiterhin trägt die Beigeladene zu 1) vor, dass die Ausführungen der Antragstellerin zur Wertungsmatrix ebenfalls nicht nachvollziehbar seien. Die Antragsgegnerin könne nicht willkürlich werten, denn sowohl die Zuschlagskriterien als auch die Bewer-

tung dieser Kriterien seien doch zuvor transparent und nachvollziehbar festgelegt worden.

Zudem meint die Beigeladene zu 1), dass die Antragstellerin mit ihren Beanstandungen zu den Vergabeunterlagen nicht mehr gehört werden könnte. Denn sie habe die Informationen rechtzeitig erhalten. Die fehlerhafte interne Informationsweitergabe sei von ihr selbst als Organisationsverschulden zu vertreten und könne nicht zum Nachteil der Antragsgegnerin oder der Beigeladenen führen.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen zu 1) wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Rechtsverfolgung der Beigeladenen zu 1).

Die Beigeladene zu 2) trägt vor, dass sie hier mit dem Mindestlohn kalkuliert habe, weil etwas anderes könne sich ein Unternehmen vor dem Hintergrund der Sanktionen, die drohen, auch nicht erlauben. Die Hinweise der Antragsgegnerin zur Bewertung der Angebote in den Vergabeunterlagen seien für sie nachvollziehbar gewesen. Es hätte ihr nichts gebracht, wenn sie die genaue mathematische Umrechnungsformel gehabt hätte. Das sei nur dann sinnvoll, wenn man die Angaben der anderen Bieter aus deren Angeboten kennen würde.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 6.2.2015 verlängert. Am 16.1.2015 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NRW. Der geschätzte Auftragswert für die im Streit stehenden Lose beträgt ca. 12 Mio. € und liegt damit oberhalb des nach § 2 Abs. 2 VgV erforderlichen Schwellenwertes.

1. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin iSv § 98 Nr. 2 GWB. Das setzt voraus, dass es sich um eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts handelt, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllt und entweder vom Staat finanziert oder beherrscht wird. Die xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx werden als GmbH geführt und erfüllen als Einrichtungen nach dem SGB IX Aufgaben nicht gewerblicher Art. Sie ermöglichen behinderten Menschen in ihren Einrichtungen die Teilhabe am Arbeitsleben (vgl. § 136 SGB IX). Sie sind als Unternehmen nicht derart am Markt tätig, dass sie sich finanziell selbst tragen können oder müssen, sondern auf Zuschüsse aus dem Staatshaushalt angewiesen. Gemäß §§ 42 Abs. 2, 43 SGB IX erhalten diese Werkstätten u.a. vom Träger der Sozialhilfe, hier also vom Landschaftsverband, eine staatliche Unterstützung.

2. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

2.1 Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie sich mit Angeboten am Verfahren beteiligt hat. Würden ihre Vergaberechtsverstöße zutreffen, und müssten die beiden Beigeladenen mit ihren Angeboten ausgeschlossen werden, hätte sie nach erneuter Wertung der Angebote reelle Chancen auf Erhalt des Zuschlags.

2.2 Die Antragstellerin hat auch unverzüglich die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße gerügt.

a) Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 3 GWB hat sie rechtzeitig gerügt, dass die Beigeladenen möglicherweise keine Tarif- oder Mindestlöhne zahlen. Weiterhin hat sie nach anwaltlicher Beratung auch eine vermeintliche Fehlerhaftigkeit der Bewertungsmatrix gerügt.

b) Die Rüge hinsichtlich der „Änderung der Leistungsbeschreibung“ erfolgte ebenfalls noch unverzüglich iSv § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB.

Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

Die Antragstellerin trägt dazu vor, dass sie das Schreiben vom 25.9.2014 tatsächlich erhalten hat, da es der Niederlassung in Warendorf vorlag. Aber sie hat nicht „erkannt“, also im rechtlichen Sinne nicht laienhaft nachvollzogen, welche Auswirkungen dieses Schreiben auf die Kalkulation ihres Angebots haben konnte. Die Umstände, die von der Antragstellerin dazu vorgetragen werden, sind nachvollziehbar und glaubhaft. Insofern geht die Kammer davon aus, dass die Antragstellerin mit Erhalt des Schreibens nicht das „Bewusstsein eines Vergaberechtsverstoßes“ hatte, sie also insbesondere nicht erkannte, dass eine solche Änderung (zulässige Abweichung von den vorgegebenen Linien) möglicherweise den weiteren Anforderungen (hier Ziffer 2.1 Anlage C) in der Leistungsbeschreibung widersprach. Im Rahmen der Zulässigkeit kann zunächst offen bleiben, ob dieses „Nichtwissen“ kausal auf einen Vergaberechtsverstoß der Antragsgegnerin zurückgeführt werden kann. Nachdem die Zentrale in xxx von diesem Schreiben Kenntnis erlangte, ist dann unverzüglich gerügt worden. Zu dem Zeitpunkt waren die Angebote aber bereits abgegeben.

3. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

3.1 Die Antragstellerin hat keinen Anspruch darauf, dass die Angebote der Beigeladenen zu 1) und zu 2) vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Die Antragstellerin meint, dass die Angebote der Beigeladenen auszuschließen seien, weil diese unzutreffende Verpflichtungserklärungen zum Tarif- bzw. Mindestlohn mit ihren Angeboten abgegeben hätten. Tatsächlich würden die Beigeladenen ihre Fahrer nicht entsprechend bezahlen. Deshalb sei die Antragsgegnerin verpflichtet, diese Angebote bereits auf der ersten Wertungsstufe auszuschließen.

Der Ausschluss von Angeboten kann nur aufgrund einer konkreten Rechtsgrundlage erfolgen. Eine solche Ausschlussmöglichkeit eröffnet beispielsweise § 19 Abs. 3 lit. a) EG VOL/A, §§ 6 Abs. 6 lit c) oder lit. e) EG VOL/A oder auch § 10 Abs. 3 TVgG NRW.

a) Gemäß § 19 Abs. 3 lit. a) EG VOL/A sind Angebote auszuschließen, wenn sie nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen enthalten (1. Wertungsstufe). Vorliegend forderte die Antragsgegnerin die Vorlage einer "Verpflichtungserklärung zur Tariftreue und zum Mindestlohn" in der Form eines Vordrucks. Alle Angebote - auch die Angebote der Beigeladenen zu 1) und zu 2) - enthalten diesen Vordruck. Insofern wurden die geforderten Nachweise vorgelegt. Ein Ausschluss gemäß § 19 Abs. 3 lit. a) EG VOL/A kommt somit nicht in Betracht.

b) Ein Ausschluss der Angebote der Beigeladenen gemäß § 10 Abs. 3 TVgG NRW (vgl. dazu VK Münster, Beschluss vom 1.10.2013, VK 12/13) kommt hier ebenfalls nicht in Betracht, weil die Antragsgegnerin keine "Auskömmlichkeitsprüfung" (3. Wertungsstufe) durchgeführt hat und dafür auch keine Anhaltspunkte vorlagen, denen die Antragsgegnerin nach § 10 Abs. 1 TVgG NRW hätte nachgehen müssen. Ein öffentlicher Auftraggeber muss nicht allein aufgrund von Behauptungen, die von Bietern aufgestellt werden, eine Überprüfung vornehmen. Vielmehr müssen sachlich nachvollziehbare Anhaltspunkte vorliegen. Das war hier nicht der Fall.

c) Gemäß § 6 Abs. 6 EG VOL/A können Bewerber oder Teilnehmer vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, wenn sie entweder nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt (lit. c) oder wenn sie im Vergabeverfahren vorsätzlich unzutreffende Erklärungen in Bezug auf ihre Eignung abgegeben haben (lit. e).

Beide Ausschlussmöglichkeiten betreffen die "Eignung" des Bieters und stehen im Ermessen der Vergabestelle. Es handelt sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die von der Vergabestelle zu prüfen und zu bewerten sind. Deren Entscheidung unterliegt der gerichtlichen Kontrolle im Nachprüfungsverfahren. In beiden Fallkonstellationen kommt es darauf an, dass dieses „Fehlverhalten“ schon begangen wurde, und nicht, dass es möglicherweise noch zu einem Verstoß nach Zuschlagserteilung kommt.

Eine solche Überprüfung hat die Antragsgegnerin ausweislich des Vergabemerks hier nicht durchgeführt. Sie hat offensichtlich lediglich kontrolliert, ob der Vordruck nach dem TVgG NRW vorlag oder nicht. Zu einer inhaltlichen Kontrolle dieser Verpflichtungserklärungen kann sie vorliegend auch nicht mehr verpflichtet werden, weil die Überprüfung der vorgelegten "Verpflichtungserklärungen" keine Auswirkungen auf die Vergabeentscheidung haben können (vgl. dazu aa) und cc) und es andererseits keine tatsächlichen Anhaltspunkte für "schwere Verfehlungen" bei den Beigeladenen zum gegenwärtigen Zeitpunkt gibt (vgl. dazu bb). Eine Beweisaufnahme darüber oder eine inhaltliche Aufklärung durch die Antragsgegnerin, ob die in den Verpflichtungserklärungen von den Beigeladenen gemachten Angaben zutreffend sind oder nicht, insbesondere, ob die An- und Abfahrten miteinbezogen wurden, würde somit insgesamt ins Leere laufen und könnte nicht verwertet werden. Damit ist es auch völlig unerheblich, wie die Ausführungen der Beigeladenen zu 1) in ihrem Schriftsatz zu verstehen sind.

aa) Die von der Antragsgegnerin ausweislich des Vergabevermerks durchgeführte Eignungsbewertung in Bezug auf die "Verpflichtungserklärungen zum Tariftreue und Vergabegesetz NRW" war vergaberechtlich unzulässig und stellt einen Vergaberechtsverstoß dar. Eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Wiederholung der Bewertung der "Eignung" der Beigeladenen durch die Vergabekammer unter Berücksichtigung der Ergebnisse einer Beweisaufnahme in Bezug auf den Wahrheitsgehalt der Erklärungen, kommt hier nicht in Betracht.

(1) Ausgehend von der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.1.2014, Verg 28/13; Beschlüsse vom 25.6.2014, Verg 38/13 und 39/13, sind die Verpflichtungserklärungen, die nach dem TVgG NRW gefordert werden können, wie beispielsweise zur Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen oder auch zur Tariftreue und zum Mindestlohn, keine zulässigen Nachweise zur persönlichen Lage des Bieters. Vielmehr ist die Forderung solcher Erklärungen zum Nachweis der Eignung vergaberechtswidrig. Das ist deshalb unzulässig, weil diese sogenannten Sekundärziele in unterschiedlichen Phasen der Ausschreibung zu beachten sind, und zwar als Eignungsanforderungen (Art. 44 Abs. 2, 47 und 48 RL 2004/18/EG), als technische Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung (Art. 23 RL 2004/18/EG), als Zuschlagskriterien (Art. 53 RL 2004/18/EG) oder als zusätzliche Ausführungsbedingungen (Art. 26 RL 2004/18/EG), vgl. dazu EuGH, 10.5.2012, C-368/10 (Max Havelaar); Brackmann, Nachhaltige Beschaffung in der Vergabepaxis, VergabeR 2014, S. 310.

Jede dieser Stufen bzw. Phasen unterliegt eigenen Gesetzmäßigkeiten, die im Vergaberecht zu beachten sind, Diemon-Wies/Graiche, Vergabefremde Aspekte – Handhabung bei der Ausschreibung gemäß § 97 Abs. 4 GWB, NZBau 2009, S. 409. Bringt man diese Phasen durcheinander oder berücksichtigt man diese "vergaberechtliche Systematik" nicht, so hat dies in der Regel erhebliche Auswirkungen auf die Vergaberechtmäßigkeit der Ausschreibung, Diemon-Wies, Soziale und ökologische Kriterien in der Vergabepaxis, VergabeR 2010, S. 317.

(2) Vorliegend hat die Antragsgegnerin die „Verpflichtungserklärung zur Tariftreue und zum Mindestlohn“ von allen Bietern als Vordruck gefordert und ausweislich des Vergabevermerks im Rahmen der Eignung auf der 2. Wertungsstufe geprüft. Wenn man aber diese Verpflichtungserklärung als Eignungsnachweis bewerten will, müssen die für die Eignung vorgegebenen Anforderungen erfüllt werden. Nur wenn diese „Verlinkung“ gelingt, wäre eine solche Forderung vergaberechtlich zulässig. Für den Fall käme dann auch eine "inhaltliche Kontrolle" dieser Erklärung gemäß § 6 Abs. 6 lit. e) EG VOL/A in Betracht. Wenn man das aber nicht als Eignungsnachweis fordern durfte, kann es auf den Inhalt nicht mehr ankommen.

Gemäß § 7 Abs. 1 EG VOL/A dürfen von den Unternehmen zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (Eignung) nur Unterlagen und Angaben gefordert werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind. Welche Angaben das sein können, wird in § 7 Abs. 2 bis 4 EG VOL/A konkretisiert. Dieses Regelwerk entspricht im Wesentlichen den Art. 44, 47 und 48 der RL 2004/18/EG und ist richtlinienkonform auszulegen. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, a.a.O., kann die Eignung nur mit den darin zugelassenen und transparent gemachten Mitteln nachgewiesen werden. Die Aufzählung der Mittel in Art. 48 Abs. 2 RL 2004/18/EG, mit denen Eignungsnachweise erbracht werden können, ist abschließend (vgl. dazu auch EuGH, 10.5.2012, Rs. C-368/10). Weder die ILO-Kernarbeitsnormen, noch die Berücksichtigung des Mindestlohns oder andere sozia-

le Kriterien werden dort genannt. Insofern kann die "Eignung" eines Bieters nicht mit solchen "Verpflichtungserklärungen" überprüft werden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des EuGH vom 18.9.2014, C-549/13. Wenn man davon ausgeht, so der EuGH, dass die Anforderungen nach § 4 Abs. 3 TVgG NRW bezüglich des Mindestentgelts als „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“, insbesondere als „soziale Aspekte“ iSv Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG eingestuft werden können, dürfen solche Anforderungen nach der letztgenannten Vorschrift gleichwohl nur gestellt werden, sofern sie „mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind“, also mit Art. 56 AEUV. Die Forderung zur Vorlage der „Verpflichtungserklärungen“ ist als „Eignungsnachweis“ gestellt worden. Unterstellt man, dass diese Forderung als „zusätzliche Bedingung“ für die zukünftige Auftragsdurchführung gefordert wurde, dann kann damit ebenfalls kein Ausschluss der Beigeladenen gerechtfertigt werden. Denn diese „zusätzlichen Bedingungen“ zeichnen sich dadurch aus, dass diese erst nach Zuschlagserteilung bei der Durchführung des Auftrages vom Bieter (also vom Vertragspartner) gefordert werden können. Nach Auffassung der VK Münster, Beschluss vom 26.8.2009, VK 11/09, sind solche Vorgaben in einer Leistungsbeschreibung, beispielsweise auch in beigefügten Vertragsentwürfen, keine „Vergaberegeln“, weil davon die Entscheidung über den Zuschlag nicht abhängig ist. Diese Entscheidung ist anhand der 4. Wertungsstufen zu treffen, aber nicht aufgrund von Anforderungen (zusätzlichen Bedingungen) in der Leistungsbeschreibung.

Wenn eine Vergabestelle dies dennoch macht, so wie hier, liegt ein Vergaberechtsverstoß vor. Daraus folgt aber auch, dass eine weitere Aufklärung dieser "Verpflichtungserklärungen" keine Auswirkungen auf das Vergabeverfahren haben kann. Eine Vergabekammer kann eine solche Überprüfung (unzutreffende Erklärungen?), deshalb auch nicht anordnen.

Unabhängig vom Wahrheitsgehalt der Aussagen, kann eine solche Erklärung deshalb nicht zum Ausschluss von Angeboten führen, weil der Ausschlussgrund in § 6 Abs. 6 lit. e) EG VOL/A sich auf die "Eignung" beziehen muss, was hinsichtlich der hier im Streit stehenden Verpflichtungserklärung zum Mindestlohn nicht der Fall ist.

bb) Anhaltspunkte dafür, dass den Beigeladenen zum gegenwärtigen Zeitpunkt "schwere Verfehlungen" iSv § 6 Abs. 6 lit. c) EG VOL/A nachgewiesen werden können, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellen würden, liegen hier ebenfalls nicht vor.

Die Regelung in § 6 Abs. 6 lit. c) EG VOL/A erfordert u.a., dass die schwere Verfehlung auf gesicherten Erkenntnissen beruht und die Zuverlässigkeit des Bewerbers damit in Frage gestellt werden kann.

Die Antragstellerin verweist mehrfach auf eine Rechtsauffassung des Bundesarbeitsgerichts, wonach die An- und Abfahrtszeiten in bestimmten Konstellationen als „Arbeitszeiten“ mit zu berücksichtigen seien. Diese Zeiten hätten die Beigeladenen möglicherweise nicht einkalkuliert, so dass die gezahlten Reallöhne unterhalb von 8,62 € liegen würden. Die Beigeladene zu 1) hätte dies sogar selbst in ihrem Schriftsatz „zugegeben“.

Dabei handelt es sich zunächst um eine Rechtsmeinung aus der Arbeitsrechtsprechung, die hier nicht ohne weiteres übertragbar ist. Aber auch dieser Rechtsmeinung muss nicht nachgegangen werden, weil es lediglich darauf ankommt, ob die Beigeladenen mit dem Beginn der Vertragsausführung ihren Verpflichtungen aus dem Tariftreuegesetz NRW nachkommen. Insofern muss auf eine in der Zukunft liegende Prognoseentscheidung abgestellt werden; auf eine Aussage darüber, ob die Beigeladenen in der Vergangenheit oder gegenwärtig Mindestlöhne zahlen und dabei die An- und Abfahrtszeiten miteinbeziehen oder nicht, kommt es nicht an. Das deutsche und das unionsrechtliche Vergaberecht lassen eine präventive Kontrolle durch den Auftraggeber darüber, ob Bieter zusätzliche Anforderungen an die Ausführung einhalten können oder dies wahrscheinlich tun werden, nicht zu (in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.5.2014, Verg 46/13).

cc) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des EuGH vom 4.12.2003, C-448/01 (Wienstrom). Der EuGH hat in der Entscheidung ausgeführt, dass ein Zuschlagskriterium, das nicht mit Anforderungen verbunden ist, die eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Angaben der Bieter ermöglichen, gegen die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verstößt. Die „Verpflichtungserklärung zur Tariftreue und zum Mindestlohn“ war kein Zuschlagskriterium, sondern wurde einfach gefordert, ohne dass es bei der Entscheidung darüber, wer den Zuschlag bekommt, eine Rolle spielte. Wie bereits ausgeführt, können solche Erklärungen zwar auf der ersten Wertungsstufe gefordert werden; dann wird aber nur geprüft, ob die Erklärung tatsächlich vorhanden ist. Eine inhaltliche Überprüfung wäre auf der 2. Wertungsstufe im Rahmen der Eignung möglich, was aber unzulässig ist. Eine inhaltliche Überprüfung auf der 4. Wertungsstufe (Zuschlagskriterium) wäre nur möglich, wenn es als Zuschlagskriterium genannt worden wäre. Nur dann – so der EuGH a.a.O. – muss gegebenenfalls eine inhaltliche Prüfung erfolgen. Das war vorliegend nicht der Fall.

Ein Ausschluss der Angebote der Beigeladenen zu 1) und zu 2) kommt somit nicht in Betracht.

3.2 Der Hilfsantrag der Antragstellerin, und zwar der Antrag auf Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Losen 1,2, 4 und 6 in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen, ist ebenfalls zurückzuweisen. Denn für eine solche Anordnung gibt es keine rechtliche Grundlage.

a) Gemäß § 114 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Die Anordnung, das Vergabeverfahren mit der Versendung der Vergabeunterlagen neu zu beginnen, wäre vorliegend unzulässig. Eine Vergabekammer, so das OLG München, Beschluss vom 9.8.2010, Verg 13/10, überschreitet ihre Befugnisse, wenn sie losgelöst von jeglichem Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und trotz der Feststellung, dass der Antragsteller den Zuschlag aus Rechtsgründen nicht erhalten kann, in Bezug auf die Abwicklung des Vergabeverfahrens Anordnungen trifft. Subjektive Bieterrechte können nur betroffen sein, wenn ein Bieter ernsthaft Chancen auf den Zuschlag hat oder das Verfahren ganz oder teilweise wiederholt werden muss und ihm dadurch die Möglichkeit eröffnet wird, den Zuschlag zu erlangen. Steht fest,

dass eine Zuschlagserteilung auf das Angebot des Antragstellers aus Rechtsgründen ausscheidet, hat der Bieter kein rechtliches Interesse mehr an dem weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung, würde die Zurückversetzung des Verfahrens aufgrund des festgestellten Vergaberechtsverstößes nicht gerechtfertigt sein. Der festgestellte Vergaberechtsverstoß (Prüfung der Verpflichtungserklärungen zum Mindestlohn auf der 2. Wertungsstufe) hat keine Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Antragstellerin.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.6.2010, Verg 10/10; Beschluss vom 3.8.2011, Verg 6/11, ist die Feststellung einer mindestens nicht ausschließbaren Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers neben einer Rechtsverletzung für den Erfolg des Nachprüfungsantrags unerlässlich. Durch den festgestellten Rechtsverstoß muss ein Antragsteller somit tatsächlich und kausal in seinen Rechten verletzt werden.

Die Forderung einer Verpflichtungserklärung zum Tarif- bzw. Mindestlohn hat die Antragstellerin nicht daran gehindert, ein Angebot abzugeben. Die fehlerhafte Einordnung dieser Verpflichtungserklärungen als Eignungsnachweise hat ebenfalls keine Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Antragstellerin. Denn diesbezüglich käme als Anordnung der Vergabekammer nur die Wiederholung der Wertung in Frage, wobei die Verpflichtungserklärungen außer Betracht bleiben müssten. Damit würden die Beigeladenen aber aufgrund der besseren preislichen Bewertung ihrer Angebote wiederum vor der Antragstellerin liegen.

b) Ein Verstoß gegen §§ 9 Abs. 2, 19 Abs. 8 EG VOL/A ist ebenfalls nicht ersichtlich. Bei der Wertung der Angebote berücksichtigen die Auftraggeber entsprechend der bekannt gegebenen Gewichtung vollständig und ausschließlich die Kriterien, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind.

Nach der vorstehenden Vorschrift hat ein öffentlicher Auftraggeber seine Zuschlagskriterien offen zu legen und mitzuteilen, in welchem Verhältnis mehrere Zuschlagskriterien zueinander stehen. Vorliegend waren es 2 Kriterien, die im Verhältnis 80 zu 20 stehen sollten.

aa) Zutreffend geht die Antragstellerin davon aus, dass die Zuschlagskriterien, die Gewichtung und auch eine gegebenenfalls vorhandene Bewertungsmatrix den Bietern in der Regel vor Abgabe der Angebote offen zu legen sind und ein öffentlicher Auftraggeber davon nicht ohne weiteres abweichen kann. Sowohl in der Entscheidung vom 24.11.2005, C-331/04, als auch in der Entscheidung vom 24.1.2008, C-532/06 (Lianakis) hat der EuGH klargestellt, dass die Vergabestellen zur Publizität der Zuschlagskriterien, etwaiger Unterkriterien sowie deren Gewichtung verpflichtet sind.

Das OLG Düsseldorf, beispielsweise Beschluss vom 22.12.2010, Verg 40/10, hat demzufolge auch wiederholt geurteilt, dass das Unterlassen der Bekanntgabe von Zuschlagskriterien oder deren Gewichtung in der Regel seiner Art nach geeignet ist, die Leistungs- und Angebotsmöglichkeiten der Bieter nachteilig zu beeinflussen.

Auch das Unterlassen einer Bekanntgabe einer Bewertungsmatrix stellt einen Vergaberechtsverstoß dar. Denn eine solche Bewertungsmatrix gehört ebenfalls zu den einer Gewichtung der Zuschlagskriterien geltenden Regelung, durch die der öffentliche Auftraggeber festlegt, mit welchem Gewicht einzelne Bewertungen in das Ergebnis einfließen werden, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.5.2008, Verg 19/08.

Weiterhin gibt es Wertungssysteme, so das OLG Düsseldorf, 22.1.2014, Verg 26/13, die von vornherein nicht geeignet sind, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, weil die tatsächlichen Umstände die vorgesehene Bewertung nicht richtig abbilden würden (100 Punkte oder nichts, wenn nur 2 Angebote vorliegen). Das ist vorliegend aber nicht der Fall. Ein öffentlicher Auftraggeber ist auch nicht verpflichtet, für die Angebotswertung ein bis in letzte Unterkriterien und deren Gewichtung gestaffeltes Wertungssystem aufzustellen, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.7.2009, Verg 10/09.

bb) Ausgehend von diesen Entscheidungen hat die Antragsgegnerin ordnungsgemäß die Zuschlagskriterien genannt (Preis und Qualität) und die Relation dieser beiden Kriterien zueinander (80 zu 20%). Die Umrechnungsformel für den Preis ist ebenfalls mitgeteilt worden: das preisgünstigste Angebot sollte die volle Punktzahl (100 %) erhalten, während die übrigen Angebote als Referenzgrößen für die Berechnung der Relation herangezogen werden sollten. Anders als im Falle des OLG Düsseldorf, 22.1.2014, Verg 26/13, wird aufgrund dessen die Vergabe der Punkte angemessen, d.h. in Relation zu den anderen Angeboten, verteilt. Dem teureren Angebot wird es somit nicht unverhältnismäßig erschwert, diesen Preisabstand durch eine gute qualitative Wertung zu kompensieren.

Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums „Qualität“ fügte die Antragsgegnerin ihren Vergabeunterlagen eine Bewertungsmatrix (Anlage D.2) bei. Die Fragen dort mussten von den Bietern beantwortet werden und dafür wurden dann Punkte vergeben. Beispielsweise stellte die Antragsgegnerin die Frage, ob das Fahr- und Begleitpersonal regelmäßig geschult wird. Bei „nein“ gab es 0 Punkte, ansonsten gab es bis zu 7,5 Punkte für eine entsprechende Antwort. Die Bewertungsmatrix ist somit allen Bietern bekannt gewesen. Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin sich nicht an diese Vorgaben bei der Wertung gehalten, liegen hier nach Durchführung von Stichproben nicht vor.

Das Gesamtergebnis aus den beiden durchgeführten Berechnungen zu dem jeweiligen Zuschlagskriterium hat die Antragsgegnerin prozentual ermittelt, nachdem sie alle Ergebnisse in Prozent ausgewiesen hatte. Diese Vorgehensweise hat sie auch in ihren Vergabeunterlagen so beschrieben.

Gemessen an §§ 9 Abs. 2 und 19 Abs. 8 EG VOL/A hat die Antragsgegnerin alle Vorgaben erfüllt. Ein Vergaberechtsverstoß ist nicht ersichtlich.

cc) Die von der Antragstellerin geltend gemachten Beanstandungen werden gesetzlich so nicht gefordert. Es gibt keine gesetzliche Norm, die zusätzlich auch die Offenlegung von Rechenwegen bzw. Berechnungsformeln erfordert. Auch der EuGH hat in seiner Lianakis Entscheidung eine solche Vorgabe nicht gemacht.

Gleichwohl kann es einen Verstoß gegen das Transparenzgebot aus § 97 Abs. 2 GWB darstellen, wenn der nicht offengelegte Rechenweg einen Bieter daran hindert,

sein Angebot optimal auf das Anforderungsprofil des Auftraggebers auszurichten, weil eine nicht offen gelegte Umrechnungsmethode die Gewichtung von Zuschlagskriterien so verzerren würde, dass die Bieter aufgrund dessen die Tragweite einzelner Kriterien bei der Vorbereitung ihrer Angebote nicht mehr erkennen können. (vgl. dazu auch VK Bund, Beschluss vom 24.10.2014, VK 2-85/14). Dadurch würden alle Bieter gleichermaßen betroffen sein.

(1) Aus dem Transparenzgrundsatz iSd § 97 Abs. 2 GWB kann sich somit im Einzelfall ergeben, dass die am Auftrag interessierten Bewerber die Umrechnungsformel vorab mitgeteilt bekommen müssen, in diesem Sinne EuGH, 24.1.2008, C-532/06; Roth, NZBau 2011, S. 76, damit sie ihre Angebote entsprechend fertigen können. Zur Tragweite gehört nicht nur die Gewichtung, sondern auch die Umrechnungsformel bei der Wertung, wie etwa die Umrechnung der Angebotspreise in Punkte oder Vomhundertsätzen, vgl. dazu auch VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.1.2010, VK-SH 26/09.

Die Anforderungen an die Differenziertheit und Tiefe eines Bewertungssystems sind aber immer einzelfallbezogen zu beantworten, so auch VK Niedersachsen, Beschluss vom 18.9.2012, VgK- 36/2012. Demgegenüber urteilte das OLG München, Beschluss vom 21.5.2010, Verg 2/10, dass eine Umrechnungsformel nicht zuvor konkret bekannt gegeben werden müsse. Denn bei der Festlegung mehrerer Zuschlagskriterien könnten die Kriterien nur durch Noten oder Punkte kompatibel gemacht werden. Nur auf diese Weise könne eine Reihenfolge festgestellt werden. Das sei jedem Bieter bekannt und habe auf seine Angebotserstellung keinen Einfluss. Der Senat führt unter Hinweis auf die Entscheidung der VK Schleswig-Holstein auch aus, dass sich bei der Umrechnung der Preise in Noten, Verschiebungen in der Gesamtwertung ergeben können. Wenn aber eine Standardumrechnungsformel verwandt werde, die sich aus den einschlägigen Vergabehandbüchern ergebe, sei eine solche Formel grundsätzlich sachgerecht und geeignet zur Bewertung von Preisdifferenzen, so das OLG München, a.a.O.

Auch nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2001, Verg 22/01 und Beschluss vom 3.3.2010, Verg 48/09 müssen die Auswirkungen, die aufgrund der mathematischen Umrechnungen eintreten können, grundsätzlich erst mal hingenommen werden, auch wenn dadurch im Einzelfall ungerechte Ergebnisse erzielt würden. Es ist somit durchaus denkbar, dass sich die Reihenfolge der Bieter je nach deren Anzahl ändert. Das gilt auch für den sogenannten "Flipping-Effekt". Dieses Problem, so das OLG Düsseldorf im Beschluss vom 3.3.2010, Verg 48/09, tritt dadurch auf, "dass die Ansätze für die Bepunktung sowohl zum Preis-Kriterium als auch zum Qualitätskriterium nicht absolut feststehen, sondern jeweils am besten und schlechtesten Bieter anknüpfen. Diese von der Antragstellerin dargestellte Wirkung muss nach Auffassung des Senats jedoch hingenommen werden. Nach Art. 53 Abs. 1 der Richtlinie ist es Sache des Auftraggebers, die Kriterien für die Zuschlagserteilung zu bestimmen. Darin spiegelt sich sein Bestimmungsrecht darüber wieder, worauf es ihm bei dem beabsichtigten Auftrag ankommt und was er als "wirtschaftlich" ansieht." In der Entscheidung stellt das OLG Düsseldorf dann auf insgesamt 4 Eckpunkte ab, die zu beachten wären. U.a. ist nach Auffassung des OLG Düsseldorf entscheidend, dass die Festlegungen und die Gewichtungen nicht dazu führen, dass Kriterien faktisch keine Rolle mehr spielen (Nivellierung und Aushöhlung der Angebotsbewertung), und die Kriterien dem Zweck der Ermittlung des nicht wirtschaftlichsten Angebots nicht zuwiderlaufen.

(2) Im Ergebnis lässt sich allen vorstehenden Entscheidungen entnehmen, dass ein Bewertungssystem nicht stets detailliert mitsamt Umrechnungsformel anzugeben ist. Es kommt vielmehr auf den Einzelfall an. Die Kammer hält es aufgrund der vergaberechtliche Vorgaben auch nicht für zwingend erforderlich, dass eine mathematisch einwandfreie und für alle gleichermaßen gerechte Umrechnungsformel "erarbeitet", bekannt gegeben und dann angewandt wird. Denn vergaberechtlich gesehen sind die in § 19 Abs. 9 EG VOL/A genannten Kriterien, wie Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Kundendienst, Preis usw. miteinander in Einklang zu bringen. Zutreffend führt das OLG München, a.a.O. dazu aus, dass man diese Kriterien durch Noten oder Punkte kompatibel machen muss, was jeder Bieter weiß. Diesbezüglich müssen die Bieter somit bei der Fertigung ihrer Angebote wissen, worauf es der Vergabestelle grundsätzlich ankommt, also wo der Schwerpunkt des Angebots liegen muss.

Im konkreten Fall liegt deshalb kein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz vor. Denn bezogen auf den Einzelfall war die Angabe der Vorgehensweise bei der Wertung der Angebote völlig ausreichend. Es gibt – auch wenn man unterschiedliche Berechnungsmethoden zugrunde legt – hier keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bieter vorab besser hätten abschätzen können, wie sie ihre Angebote möglichst hätten kalkulieren sollen, um den Auftrag zu erhalten. Anhaltspunkte für eine Nivellierung einzelner Kriterien liegen ebenso wenig vor wie Anzeichen für eine Wettbewerbsverzerrung. Die wesentlichen Eckpunkte "Preis und Qualität" waren bekannt. Darüber hinaus ist aber auch die Umrechnungsformel mitgeteilt worden. Ob diese "Formel" mathematisch zu einem optimalen Ergebnis führt, ist nicht Gegenstand einer Transparenzüberprüfung. Es darf nur nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung führen.

(2.1) Die „Umrechnungsformel“ beim Preis wurde den Bietern mitgeteilt. Das preisgünstigste Angebot erhielt 100%, die nachfolgenden Angebote wurden dazu prozentual in eine Reihenfolge gebracht. Ob man dabei den niedrigsten Angebotspreis durch die anderen Preise dividiert oder die Differenz ausrechnet und diese prozentual von 100% abzieht, ändert am Gesamtergebnis nichts. Demgegenüber sind die Umrechnungsvorschläge der Antragstellerin (wie beispielsweise „100 Punkte oder nichts“; Interpolation) weder in den Vergabeunterlagen bekannt gegeben noch bei der Bewertung angewandt worden.

(2.2) Die Qualität der Angebote wurde anhand des Anhangs D.2 der Leistungsbeschreibung ermittelt. Jeder Bieter wusste genau, wie viele Punkte er für eine Antwort bekam und konnte sich somit selbst ausrechnen, ob er damit 110 Punkte (=100%) erreichte oder unterhalb von 100 % (in den Vergabeunterlagen sind die Prozentzahlen pro Antwort ausgewiesen und mussten nur addiert werden) blieb.

(2.3) Die Berechnung der Relation von Preis und Qualität ist ebenfalls nicht zu beanstanden, sondern entspricht der üblichen Vorgehensweise bei öffentlichen Ausschreibungen. Die Antragsgegnerin hat in den Vergabeunterlagen mitgeteilt, dass die Gesamtbewertung im prozentualen Verhältnis ermittelt werden soll.

Die Antragstellerin hat keinen Anspruch darauf, dass ein bestimmter mathematisch einwandfreier methodischer Ansatz gewählt wird, sondern sie kann nur darauf verwiesen werden, dass die Schwerpunkte der Bewertung ordnungsgemäß offengelegt wurden und damit transparent waren. Ein Verstoß gegen § 97 Abs. 2 GWB liegt insofern nicht vor.

c) Die Antragstellerin hat auch keinen Anspruch auf Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen vor dem Hintergrund einer Ungleichbehandlung.

Gemäß § 97 Abs. 2 GWB sind die Teilnehmer am Vergabeverfahren gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.

Die Antragsgegnerin hat nicht gegen § 97 Abs. 2 GWB verstoßen, indem sie das Schreiben vom 25.9.2014 lediglich an die Niederlassung in Warendorf sandte. Die Änderung hinsichtlich der Leistungsbeschreibung ist somit ordnungsgemäß von der Antragsgegnerin allen Bieter mitgeteilt worden. Das gilt auch im Verhältnis zur Antragstellerin. Denn die Antragstellerin muss sich das Verhalten ihrer eigenen Niederlassung zurechnen lassen. Diese hatte die inhaltliche Tragweite der Bieterinformation nicht erkannt.

aa) Die Niederlassung in Wxxxxxxx hat sowohl die Vergabeunterlagen angefordert als auch während der Ausschreibung mit der Antragsgegnerin durch Übersendung von Emails korrespondiert. Sämtliche Bieterinformationen (insgesamt mindestens 5 Schreiben) sind dieser Niederlassung in Wxxxxxxx übersandt worden. Dazu zählte auch das Schreiben vom 25.9.2014. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin war für die Antragsgegnerin überhaupt nicht erkennbar, dass die Niederlassung lediglich für technische Einzelfragen zuständig sein sollte, während die Hauptgeschäftsstelle in xxxx für vertragliche Fragen zuständig ist. Die Kammer lässt es dahingestellt, ob die „Freigabe der Linien“ als technische oder vertragliche Forderung zu sehen war. Jedenfalls kann einem öffentlichen Auftraggeber nicht zugemutet werden, dass er sich bei jeder Bieterinformation den „passenden“ Ansprechpartner beim Bieter heraus sucht, was schon gar nicht geht, wenn man sich über den Inhalt der Information (technisch oder vertraglich?) nicht mal im Klaren ist. Es ist Sache des Bieters dem öffentlichen Auftraggeber während einer Ausschreibung mitzuteilen, an wen er sich wenden muss und nicht umgekehrt.

bb) Das Angebot ist dann allerdings von der Zentrale in xxxx unterschrieben worden. Im Angebot wurde aber erneut unter Ziffer 2.1 die Niederlassung in Wxxxxxxx als empfangsberechtigte Adresse genannt. Folglich muss die Niederlassung sich mit der Zentrale in xxxx ausgetauscht haben. Demgegenüber tritt die Diözesangeschäftsstelle in Münster während der gesamten Ausschreibung nicht in Erscheinung. Wie die Zusammenarbeit zwischen xxxx und Wxxxxxxx tatsächlich abgelaufen ist, bleibt unklar.

cc) Die Antragstellerin widerspricht dem auch nicht, sondern macht vielmehr geltend, dass die Niederlassung das Schreiben vom 25.9.2014 vergaberechtlich nicht zutreffend vor Abgabe des Angebots ausgewertet habe. Hätte diese Bieterinformation der Zentrale in xxxx vorgelegen, dann hätte diese voraussichtlich die Tragweite für die Kalkulation des Angebots erkannt. Dabei handelt es sich um ein klassisches „Organisationsverschulden“ der Antragstellerin, dass jedenfalls nicht von der Antragsgegnerin zu vertreten ist. Die Antragstellerin hat den Rechtsschein gesetzt, dass diese Niederlassung in Wxxxxxxx zuständig ist, weil alle Informationen während der Ausschreibung über Wxxxxxxx „gelaufen“ sind. Schließlich ist das Angebot abgegeben worden, so dass aus der Sicht der Antragsgegnerin alle Informationen, die der

Niederlassung vorlagen, auch der Zentrale in xxxx vorliegen mussten. Jedenfalls kann der Antragsgegnerin nicht vorgehalten werden, dass sie sich an eine andere Niederlassung, beispielsweise der Diözesangeschäftsstelle in Münster hätte halten müssen, nur weil diese Geschäftsstelle zuvor Verträge mit der Antragsgegnerin geschlossen hatte.

Wenn die nach außen agierende Niederlassung bestimmte Informationen der Vergabestelle nicht zutreffend einordnet, dann muss sich die Antragstellerin dieses "Nichterkennen" zurechnen lassen. Denn diese Niederlassung ist Teil ihrer Organisation und wenn dieser Teil einen "Fehler" macht, dann muss sich das auch die Zentrale vorhalten lassen.

dd) Wenn aber die Antragsgegnerin insofern keinen Vergaberechtsverstoß begangen hat, dann kann daran anknüpfend auch ein Antragsteller keinen Anspruch auf eine erneute inhaltliche vergaberechtliche Beurteilung durch eine Vergabekammer haben. Denn das Nachprüfungsverfahren dient nicht der allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle, sondern den subjektiven Rechten der Bieter. Wenn somit ein Bieter vor Abgabe des Angebots bestimmte Informationen der Vergabestelle vergaberechtlich nicht zutreffend auswertet, und das sogar Auswirkungen auf die Kalkulation hat, dann erhält er keine weitere Chance zur Abgabe eines (neuen) Angebots, es sei denn, diese "Nichterkenntnis" kann auf ein Verhalten der Vergabestelle zurückgeführt werden. Dies ist hier - wie vorstehend bereits ausgeführt- nicht der Fall.

Soweit die Antragstellerin somit der Auffassung ist, dass die im Schreiben vom 25.9.2014 zugelassene Abweichung den zentralen Anforderungen der Leistungsbeschreibung widerspricht, kann sie damit jetzt nicht mehr gehört werden. Viel mehr war es allein ihre Sache, adäquat und rechtzeitig auf diese Informationen der Antragsgegnerin zu reagieren.

d) Die Antragsgegnerin war auch nicht verpflichtet, Änderungen an ihrer Leistungsbeschreibung erneut europaweit bekannt zu geben, nur weil es sich um ein offenes Verfahren handelt. Art. 39 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG stellt nur darauf ab, was ein öffentlicher Auftraggeber tun muss, wenn er die Verdingungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung stellt.

Im Übrigen ist es in der Vergaberechtsprechung anerkannt, dass die Ausschreibungsunterlagen durch Bieterinformationen geändert werden können. Beispielsweise hat das OLG Düsseldorf, 28.7.2005, Verg 45/05 nicht beanstandet, dass eine Vergabestelle ihre Ausschreibungsunterlagen aktualisiert und teilweise neu gefasst und den Bietern diese mit der Bitte übersendet, diese gegen die obsolet gewordenen Blätter der Verdingungsunterlagen auszutauschen. Den Bietern muss lediglich die Möglichkeit gegeben werden, in jeder Lage des Verfahrens auf diese Korrekturen zu reagieren, so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.10.2010, Verg 46/10; Beschluss vom 22.6.2011, Verg 15/11.

Letztlich kann das aber vorliegend dahin stehen, weil die Antragstellerin jedenfalls durch einen potentiellen Verstoß gegen die Bekanntmachungspflichten hier nicht in ihren Rechten verletzt ist. Denn sie hat als Bieterin zu dem Adressatenkreis gehört, der die Änderungen an der Leistungsbeschreibung tatsächlich erhalten hat.

3.3 Der Antrag der Antragstellerin, das Vergabeverfahren zu den Losen 1, 2, 4 und 6 (höchsthilfsweise) aufzuheben, ist ebenfalls zurückzuweisen. Denn Aufhebungsgründe sind nicht ersichtlich und wurden von der Antragstellerin auch nicht vorgetragen.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin somit insgesamt zurück zu weisen.

III.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben, wobei diese Kosten durch die unterliegende Partei zu tragen sind.

Die Gebühr beträgt mindestens 2500 € und soll gemäß § 128 Abs. 2 GWB den Betrag von 50.000 € nicht überschreiten. Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. 12 Mio. € (für die konkret im Streit stehenden Lose) über einen Zeitraum von 5 Jahren, beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder xxxxxx €. Diese Gebühren sind der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Aufwendungen der Antragsgegnerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB auferlegt, wobei die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin aufgrund der Komplexität des Nachprüfungsverfahrens für notwendig erklärt wird.

Die Aufwendungen der Beigeladenen zu 1) werden der Antragstellerin ebenfalls auferlegt, soweit diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene zu 1) wird für notwendig erklärt. Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Aufwendungen der Beigeladenen nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt. Vorliegend hat die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag die Beigeladene zu 1), als auch die Beigeladene zu 2), unmittelbar angegriffen. Sie hat den Ausschluss der Angebote der Beigeladenen aus unterschiedlichen Gründen beantragt. In einem solchen Fall hält es die Vergabekammer für sachgerecht, wenn ein Bieter diesem Antrag entgegentritt und sich anwaltlich in einem Nachprüfungsverfahren vertreten lässt. Darüber hinaus waren Fragen im Zusammenhang mit dem TVgG NRW zu klären, zu der es noch keine gefestigte Rechtsprechung gibt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Stolz