



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster Beschluss

Amtliche Leitsätze

1. Das Vorabinformationsschreiben, mit welchem dem obsiegenden Bieter in Anlehnung an § 101a GWB mitgeteilt wird, dass die Vergabestelle "nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens beabsichtigt sein Angebot anzunehmen", stellt keinen Zuschlag dar.

2. Das Angebot der Beigeladenen wurde durch die hier von der Antragsgegnerin vor Einleitung der Nachprüfung vorgenommenen Auskömmlichkeitsprüfung lediglich aufgeklärt, nicht aber inhaltlich verändert. Die Aufklärung gemäß § 18 EG VOL/A darf nicht zu einer Veränderung oder Nachbesserung des ursprünglichen Angebots führen.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe des Auftrags

XX

VK 1 – 05/15

XX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

VK 1- 05/15
Beschluss vom 12.3.2015

gegen die

XXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXX

Antragsgegnerin

Beigeladene

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 06.03.2015 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, die hauptamtliche Beisitzerin Trottenburg und den ehrenamtlichen Beisitzer Heine am 12. März 2015 entschieden:

1. Die Anträge zu 1) bis 3) werden als unbegründet zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxx € festgesetzt und der Antragstellerin auferlegt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 24.10.2014 für denXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX in einem offenen Verfahren die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags nach VOL/A - EG - XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX aus. In der Ausschreibung ist bei "Menge oder Umfang des Auftrags" II.2.1 "Gesamtmenge bzw. -umfang" angegeben: "Bewachung des XXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX Der Gesamtauftragswert beläuft sich auf ca.

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

xxxxxxxxxxxxxxxxxxx Als Zuschlagskriterium gab die Antragsgegnerin den niedrigsten Preis vor.

Unter Ziff. III.2.2) heißt es: Dem Angebot sind nachfolgende Unterlagen beizufügen: "Aufstellung der Stundenverrechnungssätze, Anlage 2 der Vergabeunterlagen) (...)
Der konkrete Inhalt des Auftrags ergibt sich aus der Leistungsbeschreibung (Anlage 1 der Ausschreibung) und dem Entwurf des Bewachungsvertrages (Anlage 5 der Ausschreibung).

Die Antragsgegnerin erhielt u.a. sowohl von der Antragstellerin als auch von der mit Beschluss vom 11.02.2015 Beigeladenen Angebote. Hinsichtlich des Angebots der Beigeladenen führte die Antragsgegnerin eine Auskömmlichkeitsprüfung durch und kam zunächst zu dem Ergebnis "nicht auskömmlich".

Mit Schreiben vom 23.12.2014 forderte die Antragsgegnerin die Beigeladene unter Bezugnahme auf deren Angebot vom 24.11.2014 auf, zur Berechnung der Auskömmlichkeit ihres Angebots bis zum 06.01.2015 ihre Kalkulation zu übersenden mit folgenden Angaben:

- Produktivstunden
- Nachtzuschlag in Stunden
- Sonntagszulage in Stunden
- Feiertagszulage in Stunden
- Stundenverrechnungssatz

Sollte diese bis zum genannten Termin nicht vorliegen, würde das Angebot der Beigeladenen gemäß § 19 Abs. 3 a VOL/A EG ausgeschlossen.

Mit Schreiben vom 29.12.2014 übersandte die Beigeladene eine Übersicht über die Produktivstunden einschließlich der Nacht- und Sonntagszulagen und die Feiertagszulagen und den Stundenverrechnungssatz.

Die Antragsgegnerin wertete dieses Schreiben aus, ging aber irrtümlich davon aus, dass die Zulagen nicht Inhalt des Angebotspreises waren und hielt das Angebot der Beigeladenen weiterhin für unauskömmlich.

Mit Schreiben vom 14.1.2015 übermittelte die Antragsgegnerin die Informationsschreiben nach § 101a GWB an die unterliegenden Bieter.

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

Mit per Fax vom **14.01.2015** an die Antragstellerin übermittelten Schreiben vom 14.01.2015 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin Folgendes mit:

"Nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens beabsichtigen wir Ihr o.g. Angebot anzunehmen.

Ein Auftrag darf erst nach Ablauf der in § 101a Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) genannten Frist (10 Kalendertage) erteilt werden, sofern keine Einsprüche vor der Vergabekammer erhoben werden."

Am 16.01.2015 rief der Inhaber der Antragstellerin die zuständige Mitarbeiterin der Vergabestelle an und erkundigte sich danach, ob er für seine Mitarbeiter eine besondere Sachkundeprüfung nachweisen müsse. Die Mitarbeiterin konnte diese Frage nicht beantworten. Darüber hinaus teilte sie mit, der Zuschlag sei mit dem Schreiben vom 14.01.2015 noch nicht erteilt, sondern lediglich in Aussicht gestellt worden. Der Auftrag könne erst nach Ablauf der 10-Tagesfrist am 26.01.2015 erteilt werden

Der Beigeladenen übersandte die Antragsgegnerin am 14.1.2015 ebenfalls ein Informationsschreiben gemäß § 101a GWB mit folgendem Hinweis: "Ihr Angebot wird nicht berücksichtigt, weil der Preis Ihres Angebots in offenbarem Missverhältnis zur Leistung steht (§ 19 Abs. 6 EG VOL/A).

In Erwiderung des Schreibens der Antragsgegnerin gemäß § 101a GWB rügte die Beigeladene mit Schreiben vom 15.01.2015 diese Entscheidung der Antragsgegnerin und wies darauf hin, dass sie mit ihrem Schreiben vom 29.12.2014 die Auskömmlichkeit ihres Angebotes nachgewiesen habe. Der von ihr angebotene Angebotspreis je Stunde liege deutlich über dem Mindeststundenverrechnungssatz, der von jedem Unternehmen zu kalkulieren sei.

Mit Schreiben vom 16.01.2015 erbat die Antragsgegnerin zur Überprüfung der Rüge die Beigeladene um kurzfristige Übersendung weiterer Informationen, insbesondere um Aufschlüsselung der Kosten für die Zulagen. Die Beigeladene beantwortete die vorgenannte Anfrage mit Schreiben vom gleichen Tage und erläuterte, dass in der Aufstellung der Stundenverrechnungssätze (Anlage 2) der Ausschreibung, der errechnete Aufschlag für die Schichtzulagen bereits berücksichtigt wurde. Sie erklärte den Aufschlag im Detail, errechnete diesbezüglich einen Betrag pro Stunde und wies

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

nach, dass dieser Betrag bereits in einer bestimmten Position in der Stundenverrechnungsanlage eingerechnet worden war.

Die Antragsgegnerin hielt die Erläuterungen der Beigeladenen nunmehr für nachvollziehbar und kam zu dem Ergebnis, dass das Angebot der Beigeladenen sehr wohl "auskömmlich" ist.

Das führte dazu, dass sich das Rangverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen so veränderte, dass nunmehr die Beigeladene preislich gesehen vor der Antragstellerin lag.

Deshalb teilte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 19.01.2015, per Fax am selben Tag übermittelt, der Antragstellerin Folgendes mit: "mit Schreiben vom 14.01.2015 wurde Ihnen die von der xxxxxxxxxx beabsichtigte Entscheidung mitgeteilt. Da sich nach dieser Mitteilung noch Umstände ergeben haben, die eine weitergehende Prüfung nach sich zogen, wird die ursprüngliche Erklärung der Beschaffungsabsicht gem. § 101a GWB hiermit zurückgenommen. Beiliegend erhalten Sie das nach nochmaliger Prüfung geänderte Informationsschreiben nach § 101a GWB." Mit weiterem Schreiben vom 19.01.2015, per Fax am selben Tag übermittelt, teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin gemäß § 101a GWB mit, dass sie beabsichtige, nach Ablauf der Informations- und Wartepflicht gemäß § 101a GWB den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin werde nicht berücksichtigt, da diese nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe.

Demgegenüber teilte die Antragsgegnerin der Beigeladenen am 19.1.2015 mit, dass nunmehr ihr Angebot für den Zuschlag vorgesehen sei.

Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 22.01.2015 erhob die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin eine Rüge, die von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 26.1.2015 zurückgewiesen wurde. Daraufhin beantragte die Antragstellerin am 29.1.2015 die Einleitung eines Vergabeverfahrens und verfolgt ihre bereits gerügten Beanstandungen im Nachprüfungsverfahren weiter.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, die Antragsgegnerin verletze durch den von ihr in Aussicht genommenen Zuschlag an die Beigeladene die Rechte der Antragstellerin aus § 97 Abs. 7 GWB. Die Beigeladene solle zu Unrecht den Zuschlag

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

erhalten, obwohl der Zuschlag zu einem früheren Zeitpunkt bereits aufschiebend bedingt der Antragstellerin erteilt worden sei. Aufgrund des Schreibens der Antragsgegnerin vom 14.01.2015 sei gemäß § 145 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Auswahl der Antragstellerin als Vertragspartnerin und hinsichtlich des Inhalts des Auftrags - Angebot vom 08.12.2014 - Bindungswirkung eingetreten. Vorbehalten gewesen sei lediglich als aufschiebende Bedingung der Ablauf der 10-Tagesfrist und die Einlegung eines Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer. Die aufschiebende Bedingung sei nicht eingetreten, so dass gem. § 145 Abs. 1 BGB Bindungswirkung bestehe. Auch der Hinweis im Schreiben vom 14.01.2015 "Nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens" sei aus dem Sinnzusammenhang nur im Hinblick auf die Wartefrist verständlich. Ein Hinweis auf weitere Vorbehalte außerhalb des § 101a GWB könne aus dieser Formulierung schon deshalb nicht abgeleitet werden, weil am gleichen Tag die Informationsschreiben gem. § 101a GWB an alle Bieter versandt worden seien. Damit sei die Antragsgegnerin an die am 14.01.2015 erfolgte Auftragserteilung gebunden. Ein Rücktrittsrecht sei weder aus vergaberechtlichen noch aus zivilrechtlichen Vorschriften ersichtlich. Die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 19.01.2015, nun der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, sei daher vergaberechtswidrig. Deshalb müsse der Antragsgegnerin aufgegeben werden, die Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene zu unterlassen. Die Vergabeentscheidung sei bereits am 14.01.2015 getroffen worden.

Mit Schriftsatz vom 17.02.2015 vertieft die Antragstellerin ihre Auffassung, die Antragsgegnerin habe mit ihrem an sie gerichteten Schreiben vom 14.01.2015 im Außenverhältnis rechtsverbindlich mit Bindungswirkung kommuniziert, dass die Vergabeentscheidung zugunsten der Antragstellerin getroffen worden sei. Für den Inhalt des Telefonats vom 16.01.2015 mit der Sachbearbeiterin der Antragsgegnerin bietet sie Beweis an durch Vernehmung eines Zeugen, der das Gespräch über den gesamten Verlauf mitangehört haben soll.

Des Weiteren sei die Antragsgegnerin aufgrund der Rüge der Beigeladenen vom 15.01.2015 trotz bereits vorhandener und abgeschlossener Wertungsentscheidung vom 09.01.2015 erneut in die Wertung eingetreten. Dies sei vergaberechtswidrig und verstoße gegen die in § 97 Abs. 1 und 2 GWB niedergelegten Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und des fairen Verfahrens. Durch die Angebotswertung habe die Antragsgegnerin insbesondere gegen § 19 Abs. 3 und 6 VOL/A EG verstoßen.

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

Die Antragstellerin zweifelt an, ob die Beigeladene die Angaben, die sie laut Schreiben der Antragsgegnerin vom 23.12.2014 machen sollte, fristgerecht bis zum 06.01.2015 mitgeteilt hat. Sie verweist darauf, dass ihr das Antwortschreiben der Beigeladenen vom 29.12.2014 nicht vorliege.

Aus der ihr aufgrund der Akteneinsicht vorliegenden, teilweise geschwärzten Auswertung vom 07.01.2015 folgert die Antragstellerin, dass der von der Beigeladenen mitgeteilte Stundenverrechnungssatz höher liegen müsse, als der von ihr angegebene Stundenverrechnungssatz. Die Antragstellerin mutmaßt, dass die Beigeladene in ihrem Stundenverrechnungssatz entweder nicht die Kosten für die Zulagen (Nachtzuschlag, Sonntagszuschlag usw.) eingerechnet oder diese Zulagen jedenfalls nicht anschließend im Angebotspreis einkalkuliert habe. Wenn diese Kosten für die Zulagen aber nicht im Angebot der Beigeladenen "abgebildet" seien, würden sich dadurch Manipulationsmöglichkeiten eröffnen, die zur Intransparenz der Vergabe führen würden.

In nicht nachgelassenen Schriftsätzen nach der mündlichen Verhandlung trägt die Antragstellerin noch vor, dass die Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen auch deshalb zweifelhaft sei, weil diese lediglich mit einem Mindeststundenlohn von 8,62 € kalkuliert habe. Dies sei vom Vertreter der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung so dargelegt worden. Die tariflichen Mindestlöhne in NRW würden aber auf einen für allgemein verbindlichen Tarifvertrag für das Sicherheitsgewerbe basieren und mindestens xxx betragen, bzw. ab dem 1.3.2015 sogar mit xxxx € zu veranschlagen seien. Die Berechnung der Antragsgegnerin zur Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen würde somit auf falschen Tatsachen basieren.

Die Antragsgegnerin sei daher verpflichtet gewesen, die Ausschlussentscheidung der Beigeladenen gemäß § 19 Abs. 6 VOL/A EG aufrecht zu erhalten, aber auch, diese gemäß § 19 Abs. 3a VOL/A EG wegen Versäumnis der Vorlagefrist auszuschießen.

Die Antragstellerin beantragt:

1. festzustellen, dass der Zuschlag an die Antragstellerin erteilt ist;

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Bewachungsvertrag für das xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx mit der Antragstellerin abzuschließen;
3. der Antragsgegnerin die Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene zu untersagen;
4. der Vergabestelle die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gem. § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,
die Anträge zu 1) bis 3) und 4) der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und unbegründet. Das von der Antragstellerin am 08.12.2014 abgegebene Angebot sei nicht das wirtschaftlichste gewesen. Der Zuschlag sei auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, weshalb sie beabsichtige, dem Angebot der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen.

Zunächst habe es für sie den Anschein gehabt, als sei das Angebot der Antragstellerin das wirtschaftlichste. Die Beigeladene habe nach Erhalt des Informationsschreibens gemäß § 101a GWB die beabsichtigte Vergabeentscheidung zugunsten der Antragstellerin gerügt. Sie habe nachvollziehbare Ausführungen dazu gemacht, warum ihr Angebot das wirtschaftlichste sei. Aufgrund dieser Tatsachen sei die Antragsgegnerin gezwungen gewesen, das Angebot der Beigeladenen anders/neu zu bewerten mit der Folge, dass dieses tatsächlich wirtschaftlicher sei als das der Antragstellerin. Der Zuschlag könne somit nicht auf das Angebot der Antragstellerin erteilt werden.

Die Auffassung der Antragstellerin, das an Sie gerichtete Schreiben der Antragsgegnerin vom 14.01.2015 stelle einen aufschiebend bedingten Zuschlag auf ihr Angebot vom 08.12.2014 dar, sei unzutreffend:

Ein vergaberechtlicher Zuschlag sei grundsätzlich bedingungsfeindlich, d.h. er könne gar nicht unter einer Bedingung erteilt werden.

Das Schreiben vom 14.01.2015 stelle keinen Antrag auf Abschluss eines Vertrages gem. § 145 BGB dar, sondern sei lediglich ein unverbindliches Informationsschrei-

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

ben. Es habe dazu dienen sollen, die Antragstellerin über den aktuellen Verfahrensstand zu informieren. Das Schreiben habe auch gar nicht anders verstanden werden können. Es sei gerade nicht die Formulierung "werden wir" gewählt worden, sondern "beabsichtigen wir". Es habe bei objektiver Betrachtung nicht der Eindruck entstehen können, die Antragstellerin wolle zu diesem Zeitpunkt den (bedingten) Zuschlag erteilen.

Selbst wenn man eine Uneindeutigkeit des Schreibens annähme, so seien etwaige Unklarheiten spätestens mit dem von dem Inhaber der Antragstellerin bei der Sachbearbeiterin der Antragsgegnerin am 16.01.2015 getätigten Anruf ausgeräumt. In diesem Telefonat habe diese ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Zuschlag erst nach Ablauf der einzuhaltenden Frist erteilt werden könne. Bis dahin könnten und würden keine Zusagen gemacht. Ein separates Zuschlagsschreiben werde folgen. Daher habe die Antragstellerin gewusst, dass ein bindender Zuschlag noch nicht erteilt worden sei. Sie sei daher durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene nicht in ihren Rechten verletzt.

Jedenfalls hätte die Antragstellerin den von ihr - unbegründeterweise - gerügten Verfahrensfehler unverzüglich nach dem Telefonat mit der Antragsgegnerin vom 16.01.2015 rügen können und müssen. Sie hätte bereits zu diesem Zeitpunkt einwenden müssen, dass ihrer Auffassung nach ein bindender Zuschlag bereits erteilt worden sei. Sie habe jedoch erst die Entscheidung der Antragsgegnerin abgewartet und am 22.01.2015 gerügt - und damit nicht mehr unverzüglich und verspätet.

Mit Beschluss vom 11.02.2015 hat die Kammer die Beigeladene gemäß § 109 GWB beigeladen.

Die Beigeladene erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme. Sie hat sich nicht geäußert.

Mit Verfügung der Vorsitzenden ist die Frist für die Entscheidung gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 27.3.2015 verlängert worden.

Am 06.03.2015 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

II.

1. Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

1. 1 Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie §§ 2 Abs. 1, 2, § 3 Abs. 2 der zum 01.01.2015 in Kraft getretenen Zuständigkeitsverordnung in Nachprüfungsverfahren des Landes Nordrhein-Westfalen (ZuStVONpV NRW vom 2.12.2014, SGV. NW. Nr. 630). Die Vergabestelle der Antragsgegnerin hat ihren Sitz in Hagen, also im Regierungsbezirk Arnsberg, und damit im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen.

1.2 Öffentlicher Auftrag und Schwellenwert

Die Antragsgegnerin ist eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB. Mit der Ausschreibung der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags nach VOL/A - EG - xxx hat die Antragsgegnerin einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 Abs. 1, 4 GWB ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert für den Auftrag für den Gesamtzeitraum von insgesamt drei Jahren liegt bei rund. xxxxxxxx Euro. Er überschreitet damit den EU-Schwellenwert nach § 2 Abs. 1 S. 1 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV). Danach gilt für Dienstleistungsaufträge derzeit ein Schwellenwert von xxxxxxxx Euro.

1.3 Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht und darlegt, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Durch die Abgabe des Angebots hat die Antragstellerin ihr Interesse bekundet. Dem ebenfalls erforderlichen Vortrag eines drohenden Schadens ist in der Regel genügt, wenn dieser ebenfalls schlüssig vorgetragen wird (BGH vom 18.5.2004, Az: X ZB 7/04). Der drohende Schaden liegt im Verlust der Zuschlagschance.

Die Antragstellerin hat schlüssig ihre Beanstandungen hinsichtlich des Ausschlusses ihres Angebots dargelegt. Für den Fall, dass sie mit ihren Beanstandungen hinsichtlich des Ausschlusses ihres Angebots erfolgreich wäre, hätte sie nach erneuter Wertung der Angebote reelle Chancen auf Erhalt des Zuschlags.

Der Antrag ist form- und fristgerecht (§ 108 GWB) eingelegt worden.

VK 1- 05/15
Beschluss vom 12.3.2015

1.4

a) Die Antragstellerin hat die von ihr behaupteten Vergaberechtsverstöße auch unverzüglich gerügt (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB). Nachdem die Antragsgegnerin sie mit Schreiben vom 19.01.2015 gemäß § 101a GWB darüber informierte, dass ihre "ursprüngliche Erklärung der Beschaffungsabsicht gemäß § 101a GWB hiermit zurückgenommen wird" und sie der Antragstellerin am selben Tag das "geänderte Informationsschreiben nach § 101a GWB" übersandt hat, aus dem sich ergibt, dass das Angebot der Antragstellerin nicht berücksichtigt werden soll, hat diese am 22.01.2015 - und damit rechtzeitig - gegenüber der Antragsgegnerin Vergaberüge erhoben. Rechtzeitig ist eine Rüge immer dann, wenn sie ohne schuldhaftes Zögern und im Allgemeinen innerhalb einer Höchstfrist von zwei Wochen erhoben wird, grdl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 22.8.2000, Verg 9/00, vom 4.5.2009, Verg 68/08, vom 17.11.2008, Verg 49/08).

b) Der Auffassung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin sei verpflichtet gewesen, bereits unverzüglich nach dem Telefonat mit der Antragsgegnerin vom 16.01.2015 zu rügen, die erst am 22.01.2015 erfolgte Rüge sei verspätet, kann nicht gefolgt werden.

Dieser Auffassung kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil - unabhängig von der Frage, ob die Antragstellerin zum Zeitpunkt des Telefonats bereits "Kenntnis" erlangt hatte, diese mit ihrer Rüge innerhalb von sechs Tagen immer noch im oben genannten Zeitfenster der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf lag. Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich, welcher Vergaberechtsverstoß bei dem Telefonat mitgeteilt worden sein soll. Die telefonische Auskunft der Mitarbeiterin der Vergabestelle beinhaltete keine Willenserklärung, an die Rechtswirkungen hätten geknüpft werden könnten, sondern stellte lediglich eine informatorische Auskunft über den Charakter des Informationsschreiben nach § 101a GWB vom 14.01.2015 dar. Diese Auskunft könnte für sich genommen gar keinen rügefähigen Vergaberechtsverstoß darstellen. Die maßgebliche Erklärung der Rücknahme der Beschaffungsabsicht und die Übersendung des Informationsschreibens gem. § 101a GWB an die unterlegenen Bieter hingegen erfolgte erst mit Schreiben vom 19.01.2015.

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

Da der Einwand der Antragsgegnerin zu der angeblichen Verspätetheit der Rüge aus den vorgenannten Gründen nicht trägt, brauchte dem Beweisangebot der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 17.02.2015 nicht nachgegangen zu werden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet.

Es liegt kein Verstoß gegen die Bestimmungen über das Vergabeverfahren vor. Die Antragstellerin ist durch den Ausschluss ihres Angebots nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

2.1 Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist durch das an sie gerichtete Schreiben der Antragsgegnerin vom 14.01.2015 keine Bindungswirkung gemäß § 145 ff. BGB eingetreten - weder hinsichtlich der Auswahl der Antragstellerin als Vertragspartnerin noch hinsichtlich des Inhalts des Auftrags entsprechend deren Angebot vom 08.12.2014. Bei dem Schreiben vom 14.01.2015 handelt es sich lediglich um ein rechtsfolgenloses Informationsschreiben in Anlehnung an die Vorschrift des § 101a GWB.

Im deutschen Vergaberecht ist es so, dass mit der Zuschlagserteilung die Beendigung des Vergabeverfahrens und der zivilrechtliche Abschluss des Vertrags mit dem erfolgreichen Bieter regelmäßig zusammenfallen. Der Zuschlag beendet das Vergabeverfahren in vergaberechtlicher Hinsicht. Die Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot ist in zivilrechtlicher Hinsicht zugleich eine vertragsrechtliche Willenserklärung (BVerwG, Beschl. vom 2.5.2007, 6 B 10/07) im Sinne der Annahme dieses Antrags gem. §§ 145 ff. BGB. Der Zuschlag im Sinne einer verfahrensbeendenden Maßnahme der Vergabestelle ist stets zugleich der Vertragsschluss. (OLG Naumburg, 16.10.2007, 1 Verg 6/07). Der Zuschlag muss ohne Abänderungen erteilt werden, um einen Vertragsschluss zu bewirken.

Eine Annahme des Angebots unter Erweiterungen, Einschränkungen und sonstigen Änderungen gilt nach § 150 Abs. 2 BGB hingegen als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag. (Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, Rn 13-15 zu § 18). Der modifizierte oder verspätete „Zuschlag“ ist wegen seines zivilrechtlichen Charakters als neues Angebot (noch) kein verfahrensbeendender Zuschlag (OLG Naumburg, 16.10.2007, 1 Verg 6/07).

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

Durch einen Zuschlag, der einen mit dem Angebot des erfolgreichen Bieters übereinstimmenden Inhalt hat, und daher zivilrechtlich als wirksame Annahme zu bewerten ist, kommt daher ein Vertrag zustande.

Da gemäß § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden kann, haben unterlegene Bieter nach Vertragsschluss keine Möglichkeit mehr, im Wege des Primärrechtsschutzes in das Vergabeverfahren einzugreifen - dieses ist durch den Zuschlag ja bereits beendet.

Zum Schutz der unterlegenen Bieter normiert daher § 101a GWB die Verpflichtung des Auftraggebers, die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren.(...) Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information (...) geschlossen werden.

Diese Informationspflicht des Auftraggebers dient primär dazu, die Bieter durch einen Vertragsschluss nicht vor vollendete Tatsachen zu stellen und sie so der Möglichkeit zu berauben, die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers überprüfen zu lassen (BGH, Urteil v. 22.02.2005 - Az.: KZR 36/03; Brandenburgisches OLG, B. v. 16.02.2012 - Az.: Verg W 1/12; OLG Düsseldorf, B. v. 03.08.2011 - Az.: VII-Verg 6/11; OLG Karlsruhe, B. v. 16.06.2010 - Az.: 15 Verg 4/10; B. v. 29.08.2008 - Az.: 15 Verg 8/08; OLG München, B. v. 12.05.2011 - Az.: Verg 26/10; VK Berlin, B. v. 15.08.2011 - Az.: VK B 2 - 22/11; VK Baden-Württemberg, B. v. 31.07.2008 - Az.: 1 VK 24/08; B. v. 13.02.2006 - Az.: 1 VK 1/06; VK Brandenburg, B. v. 17.12.2009 - Az.: VK 21/09; 1. VK Bund, B. v. 19.11.2008 - Az.: VK 1 - 135/08; B. v. 19.11.2008 - Az.: VK 1 - 126/08; VK Nordbayern, B. v. 20.12.2010 - Az.: 21.VK - 3194 - 44/10; VK Südbayern, B. v. 16.05.2011 - Az.: Z3-3-3194-1-09-03/11; B. v. 19.01.2009 - Az.: Z3-3-3194-1-41-11-08; B. v. 31.10.2002 - Az.: 42-10/02). Die Verpflichtung des Auftraggebers, diejenigen Bieter, die er nicht berücksichtigen will, vor der endgültigen Auftragsvergabe zu informieren, und das an den Auftraggeber gerichtete sanktionsbewehrte Verbot, innerhalb der Schutzfrist von 15 Tagen den ins Auge gefassten Vertrag zustande zu bringen, verschaffen den von einer Absage betroffenen Bietern die Gelegenheit, bis zum Fristablauf Vergaberechtsschutz in Anspruch zu nehmen (OLG Dresden, B. v. 11.04.2005 - Az.: WVerg 05/05; OLG Karlsruhe, B. v. 29.08.2008 -

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

Az.: 15 Verg 8/08; VK Baden-Württemberg, B. v. (Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 26.11.2012, § 97 GWB Rdn. 105)

Nach § 101a Abs. 1 S. 1 GWB besteht keine Pflicht, auch den erfolgreichen Bieter über seine bevorstehende Auftragserteilung zu informieren. Um aber auch dem erfolgreichen Bieter frühzeitig Klarheit über die beabsichtigte Auftragserteilung an ihn zu verschaffen und insbesondere um Unsicherheiten über den Grund der unterbliebenen Information zu vermeiden, wird in der Praxis daher auch das erfolgreiche Unternehmen über das für ihn positive Ergebnis des Vergabeverfahrens informiert (Hattig Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 36 zu § 101a GWB; Kulartz/Marx/Portz/Prieß, a.a.O, Rn 17).

Um eine solche Information der Antragstellerin über die - unter bestimmten Voraussetzungen - bevorstehende Auftragserteilung handelt es sich bei dem an die Antragstellerin gerichteten Schreiben der Antragsgegnerin vom 14.01.2015. Dass es sich um ein nur unverbindliches Informationsschreiben handelt, das die Antragstellerin über den aktuellen Stand des Vergabeverfahrens informieren soll und nicht um den verbindlichen Zuschlag, ergibt sich aus dem objektiven Erklärungsgehalt des Schreibens (§§ 133, 157 BGB). Der Wortlaut lautet "nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens beabsichtigen wir Ihr o.g. Angebot anzunehmen. Ein Auftrag darf erst nach Ablauf der in § 101a GWB genannten Frist (10 Kalendertage) erteilt werden, sofern keine Einsprüche vor der Vergabekammer erhoben werden." Die Formulierung "beabsichtigen wir" macht deutlich, dass es sich eben nicht um eine verbindliche Zusage oder einen Vorvertrag handelt, sondern lediglich um eine Absichtserklärung. Die Unverbindlichkeit wird durch die Einschränkung "nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens" noch verstärkt, indem ein Hinweis erfolgt, dass das Verfahren noch läuft und sich im weiteren Verlauf ein vom heutigen Stand abweichender Stand ergeben kann, der möglicherweise eine andere Bewertung zur Folge haben kann. Überdies wird auf die Unwägbarkeit hingewiesen, dass möglicherweise in der Frist des § 101a GWB andere Bieter Einsprüche gegen die beabsichtigte Vergabeentscheidung erheben können. Durch den Hinweis auf die Frist des § 101a GWB wird der Antragstellerin auch die Möglichkeit eröffnet, die einschlägige Norm nachzuschlagen und sich über die Einzelheiten zur Informations- und Wartepflicht zu informieren. Hinzu kommt, dass der von der Antragsgegnerin gewählte Wortlaut weitgehend mit der im Vergabehandbuch des Landes Nordrhein-Westfalen für die Vergabe von Leistungen nach der VOL/A enthaltenen Formulierung übereinstimmt.

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

Dort heißt es als Formulierungsvorschlag: "In dem vorgenannten Vergabeverfahren beabsichtige ich, Ihr Angebot anzunehmen. Gemäß § 101a GWB darf der Auftrag jedoch erst nach dem ...erteilt werden." Die Formulierung im Schreiben vom 14.01.2015 stimmt in Bezug auf die Absichtserklärung "beabsichtige ich ...anzunehmen" mit dem Vergabehandbuch überein und ist insoweit schon deshalb nicht zu beanstanden. In Bezug auf den Passus "nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens" und "...sofern keine Einsprüche vor der Vergabekammer erhoben werden" geht sie sogar über den dortigen Vorschlag hinaus, indem sie zusätzliche einschränkende Elemente in Bezug auf die in Aussicht genommene Vergabeentscheidung enthält.

Durch § 101a GWB wird eine deutliche Trennlinie zwischen der Entscheidung über den Zuschlag einerseits und der Erteilung des Zuschlags andererseits gezogen (Kurlatz/Marx/Portz/Prieß, a.a.O, Rn 13 zu § 19 VOL/A; vgl. auch BGH Kartellsenat, Urteil vom 22.2.2005, KZR 36/03, zu § 13 VgV).

Diese Trennlinie ist hier nicht überschritten worden. Die ursprüngliche Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin ging dahin, dass sie beabsichtigte, der Antragstellerin den Auftrag zu erteilen. Aufgrund der rechtzeitigen und berechtigten Rüge der Beigeladenen im Rahmen des Verfahrens nach § 101a GWB ist jedoch hier gerade kein Zuschlag erteilt worden - mit der Folge, dass das Vergabeverfahren nicht abgeschlossen und auch kein Vertrag geschlossen wurde.

Aus den oben genannten Gründen ergibt sich, dass die Trennlinie in dem Schreiben vom 14.01.2015 auch deutlich zum Ausdruck kommt. Der objektive Erklärungsgehalt lautet verkürzt dargestellt wie folgt: "Stand heute sind Sie der erfolgreichste Bieter, daher planen wir Ihnen den Zuschlag zu erteilen. Sollte sich innerhalb der 10-Tagesfrist jedoch eine berechtigte Rüge oder ein Nachprüfungsverfahren ergeben, behalten wir uns vor, die zunächst beabsichtigte Zuschlagserteilung zu korrigieren."

Genau dieser Erklärungsgehalt ist auch von der Mitarbeiterin der Vergabestelle in dem Telefonat vom 16.01.2015 unstreitig nochmals bestätigt worden.

Die von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 17.02.2015 zur vermeintlichen Bindungswirkung des Schreibens vom 14.01.2015 angeführte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts betrifft sämtlich Fallgestaltungen, die nicht das Vergaberecht betreffen und auch keine Parallelen hierzu aufweisen und kann daher zu keiner abweichenden Beurteilung führen.

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

Auch der Umstand, dass der Antragstellerin aufgrund eines Versehens zusätzlich das für die unterlegenen Bieter bestimmte Schreiben gemäß § 101a GWB zugefaxt wurde, ändert nichts an der vorgenannten Bewertung. Auch die Kombination beider Schreiben ist nicht geeignet, den zuvor dargestellten objektiven Erklärungsgehalt des an die Antragstellerin gerichteten Schreibens zu verändern. Zum einen kann ein an einen Dritten gerichtetes Schreiben, das die Antragstellerin nur irrtümlich erhalten hat, nicht zur Auslegung eines an sie selbst gerichteten Schreibens herangezogen werden. Zum anderen geht auch aus dem an die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, gerichteten Informationsschreiben inhaltlich nichts anderes hervor. Denn in diesem Schreiben heißt es "teile ich Ihnen gem. § 101a GWB - Informations- und Wartepflicht - mit, dass ich beabsichtige, nach Ablauf der Informations- und Wartepflicht gemäß vorstehenden Paragraphen den Zuschlag auf das Angebot ...zu erteilen....Der früheste Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist der 26.1.2015." Auch hier wird die Trennlinie zwischen der - bereits getroffenen - Entscheidung über den Zuschlag einerseits und der - erst nach Fristablauf beabsichtigten -Erteilung des Zuschlags bzw. des Vertragsschlusses andererseits deutlich.

2.2 Auch in Bezug auf die Prüfung und Wertung des Angebots der Beigeladenen liegt kein Vergabeverstoß vor.

a) Die Antragsgegnerin hat hier von der Beigeladenen gemäß § 19 Abs. 6 VOL/A EG die Aufklärung der Auskömmlichkeit des Angebots verlangt. Dabei hat sie die Anforderungen des § 18 VOL/A EG beachtet, wonach im offenen und im nicht offenen Verfahren die Auftraggeber von den Bietern nur Aufklärung über das Angebot oder deren Eignung verlangen dürfen. Verhandlungen sind unzulässig.

§ 18 EG VOL/A regelt, dass der Auftraggeber im Rahmen einer Ausschreibung mit einem Bieter nach der Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung nur verhandeln darf, um sich über seine Eignung zu unterrichten, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, über das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und die Angemessenheit der Preise. Letzteres kann - soweit nötig - durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen in Gestalt von Kalkulationen erfolgen. (...)

aa) Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben, ist die Auskömmlichkeitsprüfung der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden. Hier war es so, dass die Beigeladene ihrem Angebot - so wie in Ziff. III.2.2 der Ausschreibung verlangt - die "Aufstellung der Stundenverrechnungssätze, Anlage 2 der Vergabeunterlagen" beigefügt und diese vollständig ausgefüllt hatte. Eine Kategorie für Produktivstunden, Nacht-, Sonntags- und Feiertagszuschläge gab es in der Anlage 2 nicht. Auf Nachfrage der Antragsgegnerin vom 29.12.2014 reichte die Beigeladene innerhalb der gesetzten Frist zur Berechnung der Auskömmlichkeit des Angebots ihre Kalkulation mit den gewünschten Angaben zu den Produktivstunden und den Zuschlägen nach. Bereits im Schreiben vom 29.12.2014 erläuterte die Beigeladene, welche Inhalte ihr Angebot in Bezug auf die Zulagen hatte und wie sie diese Zulagen in der Kalkulation bewertet hatte. Weiterhin berechnete die Beigeladene anhand eines fiktiven Stundenverrechnungssatzes von xxxxx € einen fiktiven Angebotspreis, hatte aber ausdrücklich hinzugefügt, dass sie von einem anderen Stundenverrechnungssatz in ihrem Angebot ausgegangen sei. Die Antragsgegnerin teilte in der mündlichen Verhandlung mit, dass sie diese Ausführungen der Beigeladenen nicht habe bis ins Letzte nachvollziehen können, weil sie nicht ermittelt konnte, in welcher Position in der Stundenverrechnungsanlage denn diese Zulagen tatsächlich ausgewiesen waren. Die Antragsgegnerin hat somit zu dem Zeitpunkt irrtümlich angenommen, dass diese Zulagen überhaupt nicht im Angebot enthalten waren. Erst auf die Rüge der Beigeladenen vom 15.1.2015 und der anschließenden Information vom 16.1.2015 habe sie die Berechnungen der Beigeladenen nachvollziehen können. Aus dem Schreiben der Beigeladenen vom 16.1.2015 habe sich auch eindeutig ergeben, dass die Zulagen für die Nachtschichten, Sonntagschichten usw. bereits von vornherein im Angebot unter dem Punkt 16 unter sonstige Personalkosten ausgewiesen waren. Die Angaben dazu, insbesondere die Höhe des Stundenanteils, sei nachvollziehbar und plausibel erschienen, so dass letztlich zu dem Zeitpunkt feststand, dass alle Zulagen von vornherein Inhalt der Kalkulation und des Angebots waren. Damit war das Angebot auskömmlich und lag preislich vor dem Angebot der Antragstellerin.

bb) Die hier vorgenommene Aufklärung diene daher ausschließlich dazu, sich das Angebot der Beigeladenen vom 24.11.2014 näher erläutern zu lassen. Im Rahmen der Aufklärung hat die Beigeladene die von der Antragsgegnerin verlangten Angaben

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

zur Kalkulation fristgerecht und vollständig vorgelegt. Das ursprüngliche Angebot ist dadurch unverändert geblieben. Die bei der Antragsgegnerin entstandenen Irritationen hatten ihren Grund zum Einen darin, dass die von ihr formularmäßig bereitgestellte Anlage 2 "Aufstellung der Stundenverrechnungssätze" keine Kategorie für die Produktivstunden und Schichtzulagen enthielt und die Beigeladene den von ihr insofern ermittelten Betrag daher an anderer Stelle eingetragen hat. Dadurch hat die Antragsgegnerin zunächst nicht erkannt, dass die Zuschläge für Nachtschichten etc. bereits im Angebot berücksichtigt wurden, und zwar durch Aufschläge in Prozent.

Es hat daher keine Veränderung oder Nachbesserung des ursprünglichen Angebots stattgefunden, und es wurden auch keine Kalkulationsirrtümer beseitigt, sondern lediglich der Hintergrund des im Angebot enthaltenen Zahlenwerks aufgeklärt.

Nachdem die Antragsgegnerin die im Rahmen der Aufklärung nach § 19 Abs. 6 VOL/A EG auf der dritten Wertungsstufe erfolgte Aufklärung ordnungsgemäß betrieben hat, hat sie die Ergebnisse der Aufklärung geprüft und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass das Angebot der Beigeladenen auskömmlich ist.

b) Auch die Hinweise der Antragstellerin in ihren noch nach der mündlichen Verhandlung vorgelegten Schriftsätzen führen nicht zu einem anderen Ergebnis. Die Antragstellerin erfuhr in der Verhandlung erstmals, dass die Beigeladene mit einem Mindeststundenlohn in Höhe von xxxxx€ kalkuliert hatte. Die Antragstellerin hielt das für unzulässig, weil der in NRW vorhandene und auch für allgemein verbindlich erklärte Tarifvertrag für das Sicherheitsgewerbe einen anderen Mindeststundenlohn vorsehe.

Die Ausführungen der Antragstellerin zur Höhe des Tariflohns im Wach- und Sicherheitsgewerbe in NRW und zur Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrags in NRW sind zutreffend. Danach ist für Sicherheitsmitarbeiter im Objektschutzdienst ab 01.01.2014 ein Tariflohn in Höhe von xxxx Euro zu zahlen. Der Tarifvertrag für das Sicherheitsgewerbe gehört laut Tarifregister NRW zu den für ganz Nordrhein-Westfalen allgemeinverbindlich geltenden Tarifverträgen. Allerdings hat die Beigeladene ihren Firmensitz nicht in Nordrhein-Westfalen, sondern in Thüringen, so dass der NRW-Tarifvertrag für sie keine Bindungswirkung entfaltet. In Thüringen gibt es für

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

das Sicherheitsgewerbe keinen für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag. Die Beigeladene hat ihrem Angebot eine "Verpflichtungserklärung zur Tariftreue und Mindestentlohnung für Dienst- und Bauleistungen unter Berücksichtigung der Vorgaben des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen - NRW (TVgG) beigefügt. Darin hat sie erklärt, dass keine tarifliche Bindung vorliegt und dass sie ihren Beschäftigten bei der Ausführung einer Leistung, die auf Grundlage dieses Vergabeverfahrens erbracht wird, wenigstens ein Mindeststundenentgelt von xxxx Euro, also den zurzeit der Abgabe des Angebotes in Nordrhein-Westfalen geltenden Mindestlohn nach § 4 Abs. 3 Satz 1 TVgG, zahlt. Die Beigeladene mit Firmensitz in Thüringen durfte mit dem in NRW geltenden Mindeststundenentgelt (§ 4 Abs. 3 Satz 1 TVgG) kalkulieren, war aber nicht verpflichtet, den für NRW geltenden Tariflohn zugrunde zu legen.

2.3 Es ist weiter nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin, nachdem sie zunächst am 09.01.2015 eine Wertungsentscheidung getroffen hatte, aufgrund der Rüge der Beigeladenen erneut in die Wertung eingetreten ist. Das OLG Düsseldorf entschieden, dass eine Vergabestelle sogar noch im Nachprüfungsverfahren die Wertung wiederholen darf.

a) "Das Vergabenachprüfungsverfahren bildet ein austariertes System zwischen einer Rechtsschutzgewährung für unterlegene Bieter einerseits und andererseits bestimmten Instrumentarien, die dem Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer ordnungsgemäßen Erledigung seiner Aufgaben und den zu diesem Zweck durchzuführenden Beschaffungen Rechnung tragen sollen (vgl. BGH NJW 2008, 3222; Senat, VergabeR 2008, 73). Gerade dann wäre es eine bloße Förmerei und führte nur zu unnötigen Verzögerungen bei der Auftragsvergabe, wenn die Vergabenachprüfungsinstanz den Wertungsspielraum überschreitende Entscheidungen aufhobe, obwohl die Vergabestelle inzwischen eine nicht zu beanstandende Entscheidung getroffen hat und nach der Entscheidung der Nachprüfungsinstanz ohne Weiteres nochmals treffen könnte. Hinzu kommt, dass es zu weiteren Verzögerungen führte, würde der Antragsteller die auch aufgrund weiterer Erwägungen getroffene neue Entscheidung erneut anfechten. Stattdessen können die neuen Gründe im laufenden Nachprüfungsverfahren überprüft werden." (OLG Düsseldorf, Beschluss vom

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

26.11.2008 Verg 54/08). In die gleiche Richtung geht die nachfolgende Entscheidung des BGH zur Nachholbarkeit der Dokumentation: "Der Auftraggeber kann im Nachprüfungsverfahren nicht kategorisch mit allen Aspekten und Argumenten präkludiert werden, die nicht im Vergabevermerk zeitnah niedergelegt worden sind. Vielmehr ist, soweit es die Frage der möglichen Heilung von Dokumentationsmängeln im Vergabevermerk betrifft, einerseits zu berücksichtigen, dass insbesondere die zeitnahe Führung des Vergabevermerks die Transparenz des Vergabeverfahrens schützen und Manipulationsmöglichkeiten entgegenwirken soll (vgl. Thüringer OLG, VergabeR 2010, 96, 100). Andererseits gibt das Gesetz der Vergabekammer - was für die Beschwerdeinstanz entsprechend zu gelten hat - vor, bei ihrer gesamten Tätigkeit darauf zu achten, dass der Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen beeinträchtigt wird (§ 110 Abs. 1 Satz 4 GWB). Mit dieser dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz verpflichteten Regelung wäre es, wofür ersichtlich auch das vorliegende Oberlandesgericht hält (in diese Richtung auch OLG München, VergabeR 2010, 992, 1006), nicht vereinbar, bei Mängeln der Dokumentation im Vergabevermerk generell und unabhängig von deren Gewicht und Stellenwert von einer Berücksichtigung im Nachprüfungsverfahren abzusehen und stattdessen eine Wiederholung der betroffenen Abschnitte des Vergabeverfahrens anzuordnen. Dieser Schritt sollte vielmehr Fällen vorbehalten bleiben, in denen zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentation lediglich im Nachprüfungsverfahren nicht ausreichen könnte, um eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleisten (BGH, 8.2.2011, X ZB 4/10, Rn 73).

b) Ausgehend von dieser Rechtsprechung hat eine Vergabestelle sowohl bereits vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, aber auch noch während eines Nachprüfungsverfahrens die Möglichkeit, etwaige Vergaberechtsverstöße zu korrigieren. Das darf nicht zu Manipulationen führen, sondern hat unter Beachtung der Grundsätze auf Transparenz und Gleichbehandlung zu erfolgen. Die Antragsgegnerin musste hier der Rüge der Beigeladenen vom 15.1.2015 nachgehen und hat - für die Vergabekammer auch nachvollziehbar - festgestellt, dass sie das Angebot der Beigeladenen zunächst nicht ordnungsgemäß bewertet hatte. Die Antragsgegnerin war somit verpflichtet, ihren eigenen Fehler zu korrigieren, wobei sie dies auch noch während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens hätte machen können.

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

Es ist auch nicht so, dass die Angaben der Beigeladenen Manipulationen zulassen. Diese hat mit ihrem Angebot einen Stundenverrechnungssatz angegeben und an diesem während des gesamten Aufklärungsprozesses festgehalten, ihn lediglich näher aufgeschlüsselt. Es hat keine Variierung von Positionen stattgefunden. Das Originalangebot enthielt von vornherein alle notwendigen Angaben. Weil die Anlage 2 keine separate Spalte für die Zuschläge enthielt, hat die Beigeladene diese in der Position "sonstige Personalkosten" untergebracht. Die Antragsgegnerin hat im Rahmen der Auskömmlichkeitsprüfung nachvollzogen, ob die Zuschläge tatsächlich schon in den Angeboten, also auch im Angebot der Beigeladenen, enthalten waren. Dies hat sie speziell bei der Beigeladenen bejaht, weil deren Prozent- und Euro-Angaben bei der Position "sonstige Personalkosten" deutlich höher waren als bei den übrigen Angeboten und sich die von der Beigeladenen aufgestellte Zuschlagsberechnung nachprüfen ließ. Dieses Procedere ist nicht zu beanstanden. Der niedrigere Mindest-Stundenverrechnungssatz ist von der Beigeladenen lediglich beispielhaft berechnet worden, um ihn zum Nachweis der Auskömmlichkeit des Angebots dem tatsächlich angebotenen Stundenverrechnungssatz gegenüberzustellen. Vor diesem Hintergrund konnte die Kammer den Vortrag der Antragstellerin zu angeblichen Manipulationsmöglichkeiten nicht nachvollziehen.

2.4 Die Beigeladene hätte auch nicht gemäß § 19 Abs. 3 a) VOL/A EG wegen Versäumnisses der Vorlagefrist ausgeschlossen werden müssen. Nach § 19 Abs. 3 a) VOL/A EG werden Angebote ausgeschlossen, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen und Nachweise enthalten.

Hier liegt kein Fall eines unvollständigen Angebotes vor. Denn dem Angebot der Beigeladenen waren alle in der Ausschreibung geforderten Unterlagen beigelegt, insbesondere die in Ziff. 12 aufgeführte "Aufstellung des Stundenverrechnungssatzes (Anlage 2)". Die von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 23.12.2014 bis zum 06.01.2015 im Rahmen der Aufklärung des Angebotsinhalts geforderte "Kalkulation mit Angaben zu Produktivstunden, Nachtzuschlag in Stunden, Sonntagszulage in Stunden, Feiertagszulage in Stunden, Stundenverrechnungssatz" hat die Beigeladene mit Schreiben vom 29.12.2014, somit fristgerecht, sämtlich eingereicht.

Aus alledem folgt, dass der Antrag in der Sache keinen Erfolg hat.

III.

VK 1- 05/15

Beschluss vom 12.3.2015

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 xxxx € und soll gemäß § 128 Abs. 2 GWB den Betrag von xxxxxx € nicht überschreiten. Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. xxxxxxxx € beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder xxxxxxxx €. Diese Gebühren sind der Antragstellerin als unterliegende Partei aufzuerlegen.

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

Trottenburg

