



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Leitsätze

1. Die Vorgaben für die "Bewertung" der Angebote muss ein Auftraggeber offen legen. Er kann seine Bewertungsmethode nicht nach Erhalt der Angebote einfach ändern.
2. Die Eignung der Bieter kann erneut geprüft werden, wenn der zugrunde gelegte Sachverhalt unvollständig war und nicht ausreichend aufgeklärt wurde. Die erneute Beurteilungsentscheidung kann von der Vergabekammer sogleich im Nachprüfungsverfahren überprüft werden.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von "Wachdienstleistungen an der xxxxxxxxxxxxxx in der Stadt xxxxxxxx

VK 1 - 29/16

der

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxx

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen die

Stadt xxxxxxx

Zentrales Vergabeamt

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Beigeladene

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 12. August 2016 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Gaidies und die ehrenamtliche Beisitzerin Reddemann

am **16. August 2016** beschlossen:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Wertung der Angebote unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerin zur deren zweckentsprechender Rechtsverfolgung.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb Wachdienstleistungen für eine bestimmte Liegenschaft in ihrem Stadtgebiet für einen Zeitraum vom 1.8.2016 bis zum 31.7.2017, optional bis zum Jahre 2019, in einem europaweiten Verfahren nach der EG VOL/A am 16.4.2016 aus. In der Liegenschaft sollen bis zu 750 Asylbewerber bzw. Flüchtlinge untergebracht werden. Der Auftragswert beläuft sich auf ca. 2,5 Mio. € für die Gesamtlaufzeit. Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis.

In der Bekanntmachung forderte die Antragsgegnerin Angaben über zwei aussagekräftige Referenzen der im Wesentlichen in den letzten 3 Jahren (2013-2015) erbrachten und hinsichtlich Art und Umfang vergleichbaren Leistungen (hier: Wachdienst) unter Nennung von Leistungsumfang, Auftraggeber, Dauer des Auftrages sowie der Auftragssumme mit Ansprechpartner, Telefonnummer und E-Mail Adresse.

Weiterhin forderte sie, dass die Hälfte der eingesetzten anwesenden Personen die Ausbildung "Fachkraft für Schutz und Sicherheit" absolviert haben müssen und im Übrigen Personal mit einer Sachkundeprüfung nach § 34a GewO einzusetzen sei.

Da zu erwarten war, dass die Auslastung der Unterkünfte während der Vertragslaufzeit unterschiedlich sein würde, gab die Antragsgegnerin in der Leistungsbeschreibung an, welche Anzahl von Sicherheitskräften bei welcher Belegung für erforderlich gehalten wurde. Dafür differenzierte die Antragsgegnerin zwischen einer kleinen Belegung (bis zu 300 Personen), einer halben Belegung (300 bis 500 Personen) und einer vollen Belegung (500 bis 750 Personen).

Den Vergabeunterlagen fügte die Antragsgegnerin den Vordruck "Beschreibung der Lieferung oder Leistung" in Form einer Tabelle bei, die von den Bietern auszufüllen war. Dort hatten die Bieter die Stundensätze pro Fachkraft mit und ohne Qualifizierung anzugeben, wobei die Antragsgegnerin die Anzahl der Stunden für die Werkta-

ge einschließlich der Nachtzuschläge, Sonntagszuschläge und Feiertagszuschläge für alle Bieter verbindlich vorgab.

Wörtlich heißt es in dem Vordruck: "Als Berechnungsgrundlage dient der Stundensatz für eine Person, auf das eine ausgeschriebene Jahr hochgerechnet." Gleichzeitig verfügte die Antragsgegnerin in dem Vordruck, dass diese Angaben in der Tabelle zum Nachweis für tatsächlich abgeleistete Stunden für die Rechnungslegung dienen sollten.

In dem Vordruck "Aufforderung zur Abgabe eines Angebots" konkretisierte die Antragsgegnerin ihr Zuschlagskriterium "niedrigster Preis" wie folgt:

Der Preis wird aus der Wertungssumme des Angebotes ermittelt. Die Wertungssummen werden ermittelt aus den nachgerechneten Angebotssummen, insbesondere unter Berücksichtigung von Nachlässen.

In dem Vordruck "Angebotsschreiben" wurden die Bieter aufgefordert, die Angebotssummen des Hauptangebotes gemäß Leistungsbeschreibung einschließlich Umsatzsteuer (brutto) einzutragen. Die Bieter trugen dort die Summen aus den Tabellen ein und konnten auch etwaige Nachlässe anbieten.

Die Antragsgegnerin erhielt mehrere Angebote, u.a. das Angebot der Antragstellerin und der mit Beschluss vom 14.7.2016 Beigeladenen. Das Angebot der Beigeladenen enthielt zwei Referenzen über Aufträge, die seit dem Jahre 2013 ausgeführt werden und sich auf die Bewachung eines Autohauses und einer Lagerhalle bezogen. Das Unternehmen wurde bereits im Jahre 2013 gegründet, wobei neben anderen Dienstleistungen auch das "Bewachungsgewerbe gem. § 34a GewO" als Tätigkeit im Auszug aus dem Gewereregister angegeben war. Am 15.12.2015 ist dann das Bewachungsgewerbe ausgegliedert worden, wobei aber weiterhin die Beigeladene als Gewerbetreibende genannt wurde.

Nach der ersten Auswertung, die auf der Grundlage der Angebotsschreiben erfolgte, lag die Antragstellerin auf dem 1. Rang. Sie hatte ausweislich ihres Angebots eine Wertungssumme angegeben, die unterhalb der Wertungssumme aus dem Angebot der Beigeladenen lag. Dabei handelte es sich um die Wertungssumme aus der Tabelle "Beschreibung der Leistung oder Lieferung". Die Antragstellerin war für die Zuschlagserteilung vorgesehen und erhielt am 9. Juni 2016 ein entsprechendes Informationsschreiben.

Ab dem 8. Juni 2016 überprüfte das Rechnungsprüfungsamt der Antragsgegnerin den Vorgang und stellte fest, dass die Angebotssummen nicht den tatsächlich während der Vertragslaufzeit voraussichtlich entstehenden Kosten entsprechen würden.

Das Rechnungsprüfungsamt ermittelte die Gesamtangebotspreise neu, und zwar anhand der fiktiven Auslastung hochgerechnet für ein Jahr, wobei sie den jeweiligen Belegungsumfang (bis 300, 300 bis 500, 500 bis 750 Personen) zugrunde legte und aus den Angeboten der Bieter die dort in der Tabelle „Beschreibung der Lieferung und Leistung“ gemachten Angaben entnahm. Dabei ergab sich, dass die Beigeladene auf den 1. Rang vorrückte. Die Antragsgegnerin entschied sich deshalb, nunmehr den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Nachdem der Antragstellerin diese Änderung mitgeteilt worden war, rügte sie umgehend diese Entscheidung und verfolgt ihre Beanstandungen in einem Nachprüfungsverfahren weiter.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass die Referenzen der Beigeladenen nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen würden, sondern die Beigeladene sei erst am 15.12.2015 in das Handelsregister eingetragen worden. Referenzen aus einem Zeitraum von 3 Jahren könnten somit nicht vorliegen. Offen bliebe auch, ob diese Bewachungsleistungen mit oder ohne eine Erlaubnis nach § 34a GewO durchgeführt worden seien. Zudem beanstandet sie die "Vergleichbarkeit" der Referenzen. Ausgeschrieben worden sei die Bewachung von Flüchtlingsheimen. Die Referenzen der Beigeladenen würden sich hingegen auf den reinen Objektschutz beziehen, und zwar auf ein Autohaus und eine Lagerhalle und damit nicht vergleichbar sein.

Darüber hinaus mutmaßte die Antragstellerin zunächst, dass die Änderung in der Rangfolge erfolgt sei, weil die Beigeladene ihr Angebot preislich nachgebessert habe. Dies konnte aber aufgrund der Einlassung der Antragsgegnerin und durch Akteneinsicht geklärt werden. Allerdings ergab sich aus der Stellungnahme der Antragsgegnerin, dass sie letztlich die Korrektur der Wertung auf Veranlassung des Rechnungsprüfungsamtes vorgenommen hatte. Das Rechnungsprüfungsamt hatte die tatsächlich benötigte Zahl der Bewachungsstunden gemessen am Belegungsumfang für ein Jahr anhand der Werte aus den Angeboten hochgerechnet und letztlich andere Endsummen, als in den Angeboten ausgewiesen, ermittelt.

Die Antragstellerin meint, dass diese Wertung nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entsprechen würde. Als Berechnungsgrundlage und Wertungsgrundlage sei der Stundensatz für eine Person auf das ausgeschriebene Jahr hochzurechnen gewesen. Dieser Wertungspreis sei von den Bietern in den "Tabellen" und in ihren Angeboten anzugeben gewesen. Genau dieser Preis diene dem Vergleich mit den Angeboten der anderen Bieter. Eine nachträgliche Änderung von Zuschlagskriterien und der damit zusammenhängenden Kriterien für die Preiswertung sei unzulässig.

Die Antragstellerin meint, dass das Preisblatt (Tabelle "Beschreibung") die einzige Vorgabe für die Preiswertung gewesen sei. Denn für die Bieter sei nicht ersichtlich gewesen, mit welcher Belegung die Flüchtlingsunterkunft betrieben werden musste. Grundlage für die Kalkulation des Angebots seien die allgemeinen Stundenpreise für die Werktage gewesen, wobei die Zuschläge für Nacht- und Sonntagsdienste dem allgemeinen Stundenpreis als Sockelbetrag hinzuzurechnen waren. Dabei sei der Zuschlag auf das Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren und nicht auf den allgemeinen Stundenpreis netto.

Zudem meint die Antragstellerin, dass durch das erste Informationsschreiben, in dem ihr der Zuschlag angekündigt worden sei, zu ihren Gunsten ein Vertrauen entstanden sei, von dem die Antragsgegnerin nicht nachträglich abweichen könne.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen,
2. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin tritt den Auffassungen der Antragstellerin zunächst entgegen, hat aber ihre Wertung in Bezug auf das Angebot der Beigeladenen noch revidiert.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass sie die Eignung der Beigeladenen anhand der vorgelegten Referenzen überprüft und die Eignung der Beigeladenen zunächst angenommen habe. Schließlich sei ihr von den Auftraggebern der Beigeladenen telefonisch auf Nachfrage erklärt worden, dass die Zusammenarbeit mit der Beigeladenen reibungslos funktioniere, sie sehr zufrieden seien und es keine Beanstandungen gäbe.

In der mündlichen Verhandlung räumte die Antragsgegnerin aber ein, dass die Entscheidung, die Eignung der Beigeladenen auch für den im Streit stehenden Auftrag anzunehmen, möglicherweise etwas vorschnell getroffen worden sei, zumal sie insgesamt die Referenzen aus ca. 16 Angeboten hätte überprüfen müssen.

Nachdem die Beigeladene in der mündlichen Verhandlung ihre Referenzen auch inhaltlich umfassender erläutert hatte, meinte die Antragsgegnerin, dass sie das Angebot der Beigeladenen so wohl nicht akzeptieren könne. Die Bewachung von Autohäusern oder Lagerhallen sei eben etwas anderes als die Bewachung von Flüchtlingsunterkünften mit bis zu 750 Personen. Auch wenn es bei der Bewachung von Autohäusern - so wie von der Beigeladenen in der Verhandlung vorgetragen - eine Vielzahl von auffälligen Personen gebe, die Konflikte verursachen könnten, könne man das nicht mit einer vollbelegten Flüchtlingsunterkunft mit bis zu 750 Personen vergleichen. Die Antragsgegnerin kam nach Wiederholung ihrer Wertungsentscheidung während des Nachprüfungsverfahrens selbst zu dem Ergebnis, das Angebot der Beigeladenen nunmehr auszuschließen.

Im Übrigen, so die Antragsgegnerin, verfüge die Beigeladene aber seit dem Jahre 2013 über die gewerberechtlichen Voraussetzungen, was sich den beiden Auszügen aus dem Gewereregister entnehmen lasse. Aus diesen Auszügen ergibt sich, dass die Beigeladene bereits im Jahre 2013 neben anderen Dienstleistungen auch das "Bewachungsgewerbe gem. § 34a GewO" als Gewerbe angegeben hatte, und sie ab dem 15.12.2015 dieses Gewerbe unter einer anderen Adresse fortführt.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass ab dem 8.6.2016 das Rechnungsprüfungsamt den Vorgang geprüft und festgestellt habe, dass die Kosten in der ersten Vorlage für den Haupt- und Finanzausschuss nicht richtig dargestellt wurden, da nicht die erforderliche Mindestpersonenzahl zugrunde gelegt worden sei. Innerhalb ihres Hauses seien schließlich unterschiedliche Ämter mit dieser Wertung beschäftigt gewesen, was letztlich dazu geführt hätte, dass ein Gesamtangebotspreis anhand einer Matrix errechnet wurde und diese Preise miteinander verglichen wurden. Unter Anwendung dieser Berechnungsmethode sei dann die Antragstellerin, die zunächst auf dem 1. Rang lag, auf den 2. Rang gelangt. Würde man hingegen allein die Kriterien aus der Leistungsbeschreibung zugrunde legen, dann müsse es wohl bei der ersten Wertung bleiben und die Antragstellerin beauftragt werden.

Ausdrücklich weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass kein nachgebessertes Angebot der Beigeladenen vorliege oder angefordert worden sei.

Die **Beigeladene** trägt vor, dass ihre Referenzen den Tatsachen entsprechen. Sie habe zunächst eine Vielzahl von Dienstleistungen ausgeführt, aus organisatorischen Gründen aber dann mit Datum vom 15.12.2015 die Dienstleistungen für das Bewachungsgewerbe separiert. Die Eintragung im Handelsregister sei dann am 10.6.2016

erfolgt. Seit der Gründung der Firma im Jahre 2013 würde sie kontinuierlich unterschiedliche Bewachungsaufträge durchführen. Sie verfüge auch über die gewerberechtlichen Erlaubnisse.

In der Verhandlung trägt die Beigeladene vor, dass es sich bei den von ihr vorgelegten Referenzen keineswegs nur um Referenzen handeln würde, die sich auf reine Objekte beziehen würden. Insbesondere hinsichtlich des Autohauses, das in einem Stadtgebiet liege, wo durchaus viele auffällige Personen unterwegs seien, die zum Teil unzurechnungsfähig oder betrunken wären und die auch darauf aus wären, Schäden an den Fahrzeugen zu verursachen, habe man es mit einem sehr hohen Konfliktpotential gerade in Bezug auf Menschen zu tun. Damit sei die Vergleichbarkeit der Referenzen, so die Beigeladene, mit einer Flüchtlingsunterkunft doch nachgewiesen. Bei der Bewachung der Lagerhalle habe sie hingegen nicht mit einer Vielzahl von Personen zu tun.

Zudem habe sie ihr Angebot nicht nachgebessert, sondern nur nach Änderung der Leistungsbeschreibung die Korrektur (Änderung der Zeiten für den Nachzuschlag) aufgegriffen.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 30.9.2016 verlängert. Am 12. August 2016 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Das Vergabeverfahren ist vor dem 18.4.2016 begonnen worden, so dass gemäß § 186 Abs. 2 GWB sowohl das Vergabeverfahren als auch die Nachprüfung nach dem bisherigen GWB zu Ende zu führen sind.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich aus § 104 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 3 ZuStV NpV NRW, wonach die Vergabestelle ihren Sitz im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen hat.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich aus § 107 Abs. 2 GWB, da sie mit ihrem Angebot je nach Wertungsergebnis entweder auf dem 1. oder 2. Rang liegt und sie reelle Chancen auf Erhalt des Auftrages hat, wenn die Antragsgegnerin ihre Wertung korrigieren müsste.

1.2 Die Rüge erfolgte gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unverzüglich am 5. Juli 2016, nachdem die Antragsgegnerin ihr mit Schreiben vom 1. Juli 2016 mitteilte, dass die Beigeladene den Zuschlag erhalten sollte.

1.3 Der maßgebliche Schwellenwert ist hier überschritten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

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

2.1 Die Antragsgegnerin hat vorliegend ihre Vorgaben in der Leistungsbeschreibung zu Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht bei der Wertung der Angebote eingehalten.

Gemäß § 19 Abs. 8 EG VOL/A berücksichtigen die Auftraggeber bei der Wertung der Angebote entsprechend der bekannt gegebenen Gewichtung vollständig und ausschließlich die Kriterien, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind.

a) Der öffentliche Auftraggeber ist an den von ihm bekannt gegebenen Zuschlagskriterien, möglichen Unterkriterien und deren Gewichtung gebunden und darf davon bei der Wertung der Angebote nicht abweichen. Gleichzeitig darf der öffentliche Auftraggeber nicht von Rahmenbedingungen oder Bewertungsmaßstäben abweichen, die er selbst für die Wertung geschaffen hat. Der öffentliche Auftraggeber muss die zuvor von ihm bekannt gemachten "Bewertungsmaßstäbe" auch tatsächlich anwenden.

In der Rechtsprechung, u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.6.2016, Verg 6/16 m.w.N., ist wiederholt geurteilt worden, dass die Pflicht zur Bekanntgabe der vom Auftraggeber festgelegten Kriterien in erster Linie dem Transparenzgebot entspricht. Jeder Bieter muss vor Abgabe seines Angebots Klarheit haben, worauf es dem Auftraggeber bei der Zuschlagsentscheidung entscheidend ankommt. Nur so wird er in die Lage versetzt, seine Chancen auf den Zuschlag realistisch einschätzen und sein Angebot entsprechen ausgestalten zu können. Darüber hinaus kann er im Nachhinein auch überprüfen, ob sich der Auftraggeber bei der Wertung der Angebote an die aufgestellten Wertungskriterien gehalten hat. Die Bewertungsmaßstäbe sind hier in der erforderlichen Klarheit nicht ersichtlich bzw. die Antragsgegnerin hat sich daran nicht gehalten.

b) Alleiniges Zuschlagskriterium war hier der "niedrigste Preis", wobei die Antragsgegnerin für die Wertung (Vergleich der Angebotspreise) eine bestimmte Vorgehensweise in der Leistungsbeschreibung vorgeschrieben hatte.

In der Regel bestimmt sich der niedrigste Angebotspreis nach den Auftragssummen aus den Angeboten der Bieter, wobei es aufgrund der Leistungsbeschreibung jedem Bieter möglich sein muss, einen solchen Preis zu kalkulieren.

aa) Gemäß § 16 Abs. 3 EG VOL/A müssen die Angebote alle geforderten Angaben, Erklärungen und Preise enthalten. Demzufolge muss aus den Angeboten auch der vom Bieter bestimmte "Preis" für die Leistungen hervor gehen. Vorliegend haben die Bieter "Kalkulationstabellen" erhalten und die dort - nach den Vorgaben der Antragsgegnerin - ermittelten Angaben als Angebotspreise in ihre Angebote eingetragen. In dem Vordruck 633 (Angebotsschreiben) hatten die Bieter die "Angebotsendsumme des Hauptangebotes gemäß Leistungsbeschreibung" einzutragen. Fast alle Bieter haben die anhand der Kalkulationstabelle ermittelten Preise dort eingetragen.

bb) Ausweislich der Vergabeunterlagen sollte der Preis aus den „Wertungssummen der Angebote“ ermittelt werden, wobei die Wertungssummen anhand der nachgerechneten Angebotssummen ermittelt werden sollten.

Wertungssumme aus dem Angebot ist zunächst das, was von den Bietern selbst dort im Anschreiben zum Angebot eingetragen wird. Bei der Antragstellerin ist diese Wertungssumme „nachgerechnet“ und korrigiert worden, weil sie die Stundensätze und die Zuschläge für Nacht- und Sonntagsschichten separat ausgewiesen hatte, während die anderen Bieter überwiegend die Beträge addiert hatten. Vergleicht man diese Beträge in den Angeboten der Bieter, so liegt die Antragstellerin mit ihrem Angebot auf dem 1. Rang, und zwar vor der Beigeladenen. In beiden Fällen sind die Nachlässe berücksichtigt worden. Demzufolge wäre die Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin gemäß den Vorgaben aus den Vergabeunterlagen nachvollziehbar gewesen.

cc) Wenn man hingegen eine andere Bewertungsmatrix oder Bewertungsmethode anwendet, als vorgegeben, so kommt man durchaus zu anderen Ergebnissen. Die Antragsgegnerin hat durch die Einbeziehung unterschiedlicher Ämter ihres Hauses eine weitere Berechnung durchgeführt und ihre eigene erste Wertung noch vor Zuschlagserteilung korrigiert.

Die Vorgaben für diese "Berechnung" der Angebotsendsummen hätte die Antragsgegnerin offen legen müssen. Diese Vorgehensweise ist den Bietern ausweislich der Vergabeunterlagen nicht mitgeteilt worden, so dass die erforderliche Transparenz fehlt.

Vielmehr hat die Antragsgegnerin einfach drei mögliche Szenarien in ihrer Verwaltungsvorlage vom 28.6.2016 unterstellt, und zwar die Anzahl der Sicherheitskräfte abhängig von der vollen, der halben und der geringen Belegung pro Jahr. Denkbar wäre aber auch beispielsweise, eine Durchschnittsbelegung pro Jahr zu ermitteln und die kalkulierten Preise auf ein solches Szenarium "hochzurechnen".

Fest steht aber, dass den Bietern diese "Szenarien" in der Leistungsbeschreibung nicht mitgeteilt wurden. Insbesondere ergibt sich das auch nicht aus der Vorgabe "Regeldienstzeiten". Daraus konnte ein Bieter nur entnehmen, welche Fachkräfte er bei der jeweiligen (eben ungewissen) Auslastung einsetzen musste.

Diese Vorgehensweise oder die Anwendung dieser Matrix war den Bietern zuvor nicht mitgeteilt worden, so dass die Anwendung einer solchen Umrechnungsformel nach Eingang der Angebote vergaberechtlich unzulässig war. Denn der Auftraggeber hat die Pflicht, seine Bewertungsmaßstäbe vor Abgabe der Angebote offen zu legen und er muss sich dann an diese Vorgaben bei der Wertung auch halten.

2.2 Gemäß § 19 Abs. 5 EG VOL/A sind bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur solche Bieter zu berücksichtigen, die die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Eignung besitzen.

Ausweislich der Bekanntmachung waren zwei Referenzen gefordert, die sich hinsichtlich Art und Umfang auf vergleichbare Leistungen (hier: Wachdienst) bezogen, wobei Inhalt der ausgeschriebenen Leistungen die Bewachung von Unterkünften für Asylbewerber und Flüchtlinge waren. Die Referenzen der Beigeladenen genügen

diesen Anforderungen nicht und sind deshalb zu Recht von der Antragsgegnerin letztendlich nicht akzeptiert worden.

a) Die öffentlichen Auftraggeber haben die Eignungsnachweise sowohl formal als auch materiell zu überprüfen. Bei der formalen Eignungsprüfung steht der Vergabestelle kein Wertungsspielraum zu. Demgegenüber haben sie bei der materiellen Eignungsprüfung einen Beurteilungsspielraum, der von den Vergabekammern aber nur begrenzt nachprüfbar ist, vgl. grundlegend dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2008, Verg 54/08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.6.2012, Verg 14/12.

Der dem Auftraggeber bei der Prognoseentscheidung über die Eignung eines Bieters zustehende Beurteilungsspielraum kann von den Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin überprüft werden, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Vorgaben beachtet, das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, den zugrunde gelegten Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen hat, so u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.8.2011, Verg 34/11.

Hat ein öffentlicher Auftraggeber in Ausübung seines Beurteilungsspielraums die Eignung bejaht, ist er daran grundsätzlich gebunden und bei unveränderter Sachlage im Allgemeinen gehindert, von seiner ursprünglichen Beurteilung abzurücken und die Eignung eines Bieters nunmehr zu verneinen. Neu auftretende oder bekannt werdende Umstände, die seine Entscheidung in Frage stellen könnten, hat er allerdings auch nach bereits positiv abgeschlossener Wertung der Eignung eines Bieters in jeder Phase des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen, so u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.6.2010, Verg 14/10 m.w.N.

b) Ausgehend von diesen Vorgaben hat die Beigeladene - formal gesehen- zwei Referenzen aus den letzten drei Jahren vorgelegt. Allerdings bezogen sich diese Referenzen in beiden Fällen auf Objektüberwachungen, und zwar auf ein Autohaus und eine Lagerhalle.

Die Antragsgegnerin hat ihre zunächst getroffene Entscheidung, die vorgelegten Referenzen der Beigeladenen zu akzeptieren, im Laufe des Nachprüfungsverfahrens zu Recht korrigiert.

aa) Vergleichbar ist eine Referenzleistung mit der ausgeschriebenen Leistung, wenn sie dieser so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet, OLG München, Beschluss vom 12.11.2012, Verg 23/12. Vergleichsparameter können beispielsweise das Auftragsvolumen, Leistungsgegenstände oder auch Leistungsstellen sein.

bb) Die Referenzen der Beigeladenen sind inhaltlich - materiell gesehen- nicht mit dem Auftrag vergleichbar, der hier ausgeschrieben wurde. Die Bewachung einer Vielzahl von Personen kann nicht gleichgesetzt werden mit der Bewachung von Objekten. Diesbezüglich werden ganz andere Anforderungen gestellt.

Entscheidend ist, ob die Referenzen zum ausgeschriebenen Auftrag „passen“ und nicht etwa, ob ein Bieter insgesamt geeignet ist. Ausweislich der telefonischen Nachfragen hat die Beigeladene von ihren Referenzgebern sehr gute Arbeitsergebnisse bestätigt bekommen. Das steht hier außer Frage. Allerdings hatte die Antragsgegnerin den Inhalt der Referenzen nicht weiter hinterfragt, was aufgrund der Vielzahl der Angebote nachvollziehbar erscheint.

In der mündlichen Verhandlung erhielt die Beigeladene die Möglichkeit, ihre Referenzen inhaltlich zu erläutern. Sie hat dargelegt, warum sie ihre Referenz in Bezug auf das Autohaus für durchaus vergleichbar hält. Gerade bei der Bewachung des Autohauses würden häufig auch Konflikte mit Menschen auftreten, die dann zu bewältigen wären. Insbesondere seien in dem Stadtgebiet, in dem das Autohaus liegt, viele auffällige oder betrunkene Personen unterwegs, die man davon abhalten müsse, Schäden an den Fahrzeugen zu verursachen.

Die Antragsgegnerin hat vor dem Hintergrund dieser Ausführungen der Beigeladenen ihre zuvor getroffene Entscheidung korrigiert, weil sie aufgrund des ergänzenden und umfassenderen Sachvortrags zu den Referenzen erkannt hat, dass die Referenzen der Beigeladenen letztlich nicht vergleichbar sind. Die Bewachung einer Flüchtlingsunterkunft mit bis zu 750 Personen sei inhaltlich eben nicht gleichzusetzen mit der Bewachung eines Autohauses. Zudem könne aus der zweiten Referenz, und zwar der Bewachung einer Lagerhalle, überhaupt keine Vergleichbarkeit mehr konstruiert werden.

cc) Die erneute und korrigierte Entscheidung der Antragsgegnerin, die Referenzen der Beigeladenen nunmehr nicht mehr als ausreichend einzustufen, ist sachlich nachvollziehbar und liegt im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin zwei aussagekräftige Referenzen gefordert. Bei der 2. Referenz, die sich auf die Bewachung einer Lagerhalle bezieht, sind die Anforderungen auch nicht ansatzweise mehr erfüllt.

Insofern ist die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Beigeladene nunmehr auszuschließen, vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

III.

Gemäß § 114 Abs. 1 GWB ist die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt, weil sie mit ihrem Angebot unzulässigerweise ausgeschlossen wurde. Denn sie lag mit ihrem Angebot auf dem 1. Rang, bevor die Antragsgegnerin eine zuvor nicht bekannt gegebene Berechnungsmethode anwandte.

a) Als erforderliche Maßnahme wird somit die Wiederholung der Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer angeordnet. Die Wiederholung der Wertung der Angebote hat anhand der Kriterien zu erfolgen, die zuvor bekannt gegeben wurden.

Es steht der Antragsgegnerin aber frei, die Vorgaben in ihrer Leistungsbeschreibung noch im Nachhinein zu korrigieren. Auch damit wäre der Vergaberechtsverstoß behoben. Dann muss die Antragsgegnerin die Ausschreibung bis vor Herausgabe der Leistungsbeschreibung zurücksetzen und die „Bewertungsmethode“ den Bietern bekannt geben. Die Bieter müssen dann die Möglichkeit erhalten, neue Angebote vorzulegen. Erst dann könnte der Zuschlag erteilt werden. Diese Maßnahme steht im Ermessen der Antragsgegnerin. Die Vergabekammer hält dies aber nicht für eine erforderliche Maßnahme iSv § 114 Abs. 1 GWB und ordnet das deshalb auch nicht an.

b) Das Angebot der Beigeladenen muss bei der Wiederholung der Wertung ausgeschlossen bleiben, weil die Beigeladene die für diesen Auftrag erforderlichen Referenzen nicht nachweisen kann. Die Antragsgegnerin hat ihre Wertung insoweit zwar bereits selbst korrigiert. Zur Klarstellung wird dies aber ausdrücklich nochmals von der Vergabekammer angeordnet, da diese Wertungsentscheidung damit auch von der Rechtskraft dieses Beschlusses erfasst wird und eine erneute Durchführung eines Vergabenachprüfungsverfahrens vor einer Vergabekammer diesbezüglich nicht in Betracht kommt. Die Beigeladene kann aber gegen diesen Beschluss sofortige Beschwerde einlegen.

c) Da der Antragsgegnerin noch die Option bleibt, die eigene Leistungsbeschreibung zu korrigieren, wird in der Sache entschieden und der Rechtsstreit nicht für erledigt erklärt.

Der Nachprüfungsantrag ist somit im Ergebnis begründet. Als Maßnahme ordnet die Kammer die Wiederholung der Wertung der Angebote unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen an. Eine weitergehende Zurückversetzung steht im Ermessen der Antragsgegnerin.

IV.

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. xxx Mio. € für den Zeitraum von 3 Jahren, beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder xxxx €. Diese Gebühr wird der Antragsgegnerin als unterliegende Partei auferlegt. Die Antragsgegnerin ist gemäß § 128 Abs. 1 GWB iVm § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG des Bundes als Gemeinde von den Gebühren befreit.

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

Die Beigeladene hat sich nicht durch die Stellung von Anträgen oder die Einreichung von umfangreichen Schriftsätzen am Nachprüfungsverfahren beteiligt, so dass sie bei der Kostenaufteilung unberücksichtigt bleibt.

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

Gaidies