



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Leitsatz 14/16

1. Die Tariftreueverpflichtung ist nach ständiger Rechtsprechung des OLG Düsseldorf und anderer Obergerichte "eine zusätzliche Bedingung (Anforderung) an die Auftragsausführung im Sinn von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB (Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG i.V.m. Erwägungsgrund 33)." (OLG Düsseldorf zuletzt in der Entscheidung vom 15.7.2015, Az.: VII -Verg 11/15).

2. Die Einstufung einer Tätigkeit in die Kategorien des Tarifvertrages ist Teil der Kalkulation und damit der Kalkulationsfreiheit des Bieters zugeordnet. Der Bieter trägt das Risiko einer arbeitsrechtlich fehlerhaften Einordnung.

Ob diese Einstufung arbeitsrechtlich korrekt ist, obliegt nicht (mehr) der Überprüfung durch die Vergabestelle oder die Vergabekammer.

Hierzu hat der Gesetzgeber entschieden, einen eigenen Weg vorzugeben, nämlich den über die Vollzugsprüfung durch die Prüfbehörde nach § 15 TVgG NRW

Für die Entscheidung der Vergabestelle ist es daher allein ausreichend, dass der Bieter sich verpflichtet, die tarifgerechte Entlohnung zu zahlen. (vgl dazu auch VK Münster vom 27.10.2015, VK 1- 28/15)

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren Vergabe Sicherheitsdienstleistungen Flüchtlingsunterkünfte (2015 S/249455140 v. 24.12.2015)

VK 2 - 14/16

Verfahrensbevollmächtigte:

- Antragstellerin -

gegen

VK 2- 14//16

[REDACTED]

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Antragsgegnerin-

sowie

die beigeladene

[REDACTED]
[REDACTED]

Verfahrensbevollmächtigte: keine

- Beigeladene -

hat die Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22.4.2016 durch die Vorsitzende RD'in Hugenroth, die hauptamtliche Beisitzerin RD'in Trottenburg und den ehrenamtlichen Beisitzer Herr Allmeroth, Leiter der zentralen Dienste der Stadt Bochum am 22.4.2016 entschieden:

1. Der Antrag wird als zulässig, aber unbegründet zurückgewiesen,
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf [REDACTED] € festgesetzt.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten für die Vergabekammer. Sie ist gebührenbefreit nach § 8 GebG NW
4. Die Antragstellerin trägt die die eigenen Aufwendungen für die jeweiligen zweckentsprechende Rechtsverfolgung und die der Antragsgegnerin.
5. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
6. Die Beigeladene trägt ihre Kosten und Aufwendungen selbst.

I. Sachverhalt:

VK 2– 14//16

Die Antragsgegnerin hat mit der Bekanntmachung vom 24.12.2015 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter der Bekanntmachungsnummer 2015/S249-455140 ein Verfahren zur Vergabe von Sicherheitsdiensten in städtischen Unterkünften für Flüchtlinge eingeleitet.

In der Leistungsbeschreibung heißt es auf S. 10 Ziff. 3 zu den zu erbringenden Leistungen:

"3. Aufgaben

1. Kontrolle der ein- und ausgehenden Bewohner und Besucher
2. Durchsetzung des Hausrechts und der Hausordnung.
3. Während der Abwesenheit des Sozial- und Hausmeisterdienstes ist der Ordnungs- und Sicherheitsdienst für die Bewohner Ansprechpartner aber auch Notrufzentrale für Feuerwehr, Polizei, Krankenwagen etc.
4. regelmäßige und anlassbezogenen Kontrollgänge im Einzelfall zur Gewährleistung von Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Brandschutz (Gefahrenerkennung und Gefahrenabwehr)
5. Schlüsselausgabe und-empfang, Postempfang und -Verteilung
6. Bedienen der vorhandenen Brandmeldeanlagen und reagieren auf ausgelöste Alarmer".
7. Deeskalierendes Einschreiten im Konfliktfall
8. Meldung von festgestellten Mängeln auf dem Gelände und in den Gebäuden.
9. Verschlusskontrolle bei Gebäuden
10. Verhinderung von Straftaten und kriminellen Handlungen
11. Führen eines Wachbuches. Darin sind alle Vorkommnisse zu vermerken, die vom regelmäßigen Betrieb der Unterkunft abweichen, z.B. Unruhen, Notrufe, Handwerkerbesuche, Vertreterbesuche.

und unter **4. Anforderungen an den Auftragnehmer und das eingesetzte Personal** werden "Erfahrungen im vorbeugenden Brandschutz und mit der Evakuierung von größeren bewohnten Gebäuden" gefordert.

Ferner werden unter den vorzulegenden Nachweisen (S.11 der Leistungsbeschreibung) "Schulungsnachweise über die erfolgreiche Teilnahme an Lehrgängen zur Brandverhütung und Brandbekämpfung sowie zur Evakuierung von bewohnten Objekten" für jeden eingesetzten Mitarbeiter gefordert.

Der einschlägige Tarifvertrag setzt für höhere Lohngruppen für jede Form des Sicherheitsdienstes den Einsatz im Pförtnerdienst voraus, dem zusätzlich Ein- und Ausgangskontrollen von Personen und Kraftfahrzeugen zugewiesen sind (B8) und in B9 zusätzlich die Tätigkeit im Empfangsdienst zuzüglich die Überwachung von technischen Anlagen und die Bedienung der Telefonzentrale. Die Grundnorm B7 umfasst

VK 2- 14/16

neben dem Pförtnerdienst den Objektschutzdienst und den Servicedienst. für die letztgenannten gibt es keine weiteren Zuschläge für spezielle Anforderungen.

Die Leistungsbeschreibung erforderte keine Eintragungen oder Angaben des Bieters. Sie ist von allen Bietern unverändert zusammen mit den übrigen Angebotsunterlagen wie den nach TVgG NRW geforderten Erklärungen vorgelegt worden.

Die Antragstellerin hat sich an dem Verfahren beteiligt, die Verfahrensunterlagen bei der Antragsgegnerin abgefordert und fristgerecht zum Eröffnungstermin am 16.02.16 ein Angebot eingereicht. Nach Öffnung der Angebote fand am 25.2.2016 ein Gespräch zwischen einem Mitarbeiter des Sozialamtes der Antragsgegnerin und zwei Firmenvertretern der Antragstellerin statt. In diesem Gespräch ging es um den Stand des Verfahrens sowie um die Frage, welche Tarifgruppe der ausgeschriebenen Leistung zuzuordnen war. Der weitere Inhalt und der Verlauf des Gesprächs sind streitig. Die Antragstellerin meinte, dem Gespräch entnehmen zu können, dass sie das preisgünstigste Angebot mit der Tarifklasse B 9 unterbreitet habe.

Am 08.03.2016 erhielt die Antragstellerin dann eine Mitteilung gem. § 101a GWB, wonach der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden soll.

Mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 15.03.2016 rügte die Antragstellerin die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes als Verstoß gegen die vergaberechtlichen Vorschriften und forderte die Antragsgegnerin unter Fristsetzung auf, den gerügten Verstoß zu beseitigen.

Mit Schreiben des Rechts- und Ausländeramtes vom 16.3.2016 wies die Antragsgegnerin die Rüge der Antragstellerin zurück. Zur Begründung wies sie darauf hin, dass die Lohngruppe B9 für die ausgeschriebene Leistung nicht einschlägig sei, dafür diese Lohngruppe kumulativ der Pförtnerdienst, Empfangsdienste, Überwachungsfunktionen von technischen Anlagen und die Bedienung der Telefonzentrale vorliegen müssten. Diese Leistungen seien nicht gefordert worden. Ausgehend von dem Gesprächsinhalt des Termins am 25.02.2016 ging die Antragstellerin jedoch weiter davon aus, dass sie in der ihrer Ansicht nach allein zutreffenden Lohngruppe B9 nach dem Tarifvertrag für Sicherheitsdienste das preisgünstigste und damit unter Zugrundelegung des einzigen mitgeteilten Zuschlagskriteriums niedrigster Preis auch das wirtschaftlichste Angebot eingereicht hat.

Sie hat daher mit Schreiben vom 17.03.2016, bei der Kammer eingegangen am 18.03.2016, einen Nachprüfungsantrag eingereicht, den die Kammer mit Schreiben vom gleichen Tage der Antragsgegnerin übermittelt hat

Nach Eingang der Akten hat die Kammer unter dem 05.04.2013 einen rechtlichen Hinweis auf den begrenzten Umfang der rechtlichen Überprüfbarkeit bezogen auf arbeitsrechtliche Fragen gegeben. Es wurde in begrenztem Umfang Akteneinsicht in den Vergabevermerk und in die losbezogene Wertung - jeweils geschwärzt - und in die schriftliche Aussage des Mitarbeiters der Antragsgegnerin, der das Gespräch am 25.2.2016 mit der Antragstellerin geführt hat, sowie einen nicht datierten Vermerk zur Auswertung gewährt.

VK 2– 14//16

Mit Schreiben vom 13.4.2016 wurde beigeladen und zum Termin geladen.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass der Antrag zulässig und begründet ist. Ihr drohe ein Schaden dadurch zu entstehen, dass die Antragsgegnerin Angebote in der Wertung belassen habe, die die zwingenden tarifvertraglichen Vorgaben nicht beachteten, so dass ein unter Berücksichtigung der vergaberechtlichen und tarifvertragsrechtlichen Vorschriften ihr zu erteilender Zuschlag an einen Wettbewerber erteilt werden solle. Ihr drohe damit der mit der Realisierung des Auftrags ausstehende Gewinn zu entgehen.

Sie hält demnach den Nachprüfungsantrag auch für begründet, da der Mitarbeiter der Antragsgegnerin in dem Gespräch vom 25.02.2016 mehrfach erklärt habe, dass alle Bieter, die ein günstigeres Angebot unterbreitet haben als die Antragstellerin selbst, mit der Lohngruppe B7 des Lohntarifvertrages für Sicherheitsleistungen NRW kalkuliert hätten. Die Lohngruppe 7 des fraglichen Tarifvertrages für Sicherheitsdienstleistungen im Objektschutz sieht für diese einen Stundenlohn von 9,70 Euro vor, während die Lohngruppe 8 und 9 sich durch weitere Verantwortlichkeiten davon unterscheidet und jeweils einen erhöhten Stundenlohn von 10,90 Euro und 11,43 Euro vorsieht.

Nach der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich unter den beschriebenen Aufgaben der Leistungsbeschreibung, dass die Mitarbeiter Pförtnerdienste erbringen, wenn sie in Abwesenheit des sozialen Hausmeisterdienstes als Ansprechpartner für die Bewohner fungieren, die Aufgabe der Notrufzentrale für Feuerwehr und Polizei und Krankenwagen wahrnehmen und darüber hinaus der Auftraggeber eine Ausbildung in Erster Hilfe sowohl für Brand- und Katastrophenschutz verlangen könne.

Die Antragstellerin verweist ferner darauf, dass nach der Leistungsbeschreibung Erfahrungen im Umgang mit Publikum im Objektschutz im vorbeugenden Brandschutz und mit der Evakuierung von größeren bewohnten Gebäuden sowie Schulungsnachweise zur Brandverhütung (S.11 der Leistungsbeschreibung) verlangt werden. Außerdem müssten die Mitarbeiter eine Sachkundeprüfung nach § 34a Abs. 1 Satz 5 der Gewerbeordnung abgelegt haben.

Angebote, deren Kalkulation lediglich den Stundengrundlohn zugrunde lege, seien als geänderte Vertragsunterlagen zu betrachten, da sie nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers entsprächen. Auf der anderen Seite sei dem Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht gestattet, Anforderungen in der Leistungsbeschreibung nachträglich fallen zu lassen und damit die Bieter, die diese Vorgaben eingehalten hätten, zu benachteiligen. Die Antragstellerin sieht daher einen zwingenden Ausschlussgrund nach § 19 Abs. 3 lit.d EG VOL/A i. V. mit § 16 Abs. 4 Satz 1 EG VOL/A als gegeben an. Es sei unerheblich, welche Teile der Vertragsunterlagen geändert oder ergänzt worden seien, da jegliche inhaltliche Diskrepanz zwangsläufig zum Ausschluss führe. Durch die fehlerhafte Eingruppierung in die Lohngruppen des Lohntarifvertrages verschaffe sich der jeweilige Mitbewerber andernfalls einen Kalkulationsvorteil, der im Hinblick auf das allein zu entscheidende Zuschlagskriterium Preis unzulässig sei.

VK 2- 14/16

Nach Akteneinsicht trägt die Antragstellerin vor, das Verfahren sei so intransparent, dass die vorliegenden Angebote nicht miteinander verglichen werden könnten. Soweit die Angebote erkennen ließen, dass die geforderten Leistungen der Mitarbeiter nicht nach einschlägigen Tarifgruppen entlohnt würden, seien sie als geändert auszuschließen. Die Vergabekammer sei verpflichtet, auch Rechtsfragen aus anderen Rechtsgebieten, die im Vergabeverfahren zu klären seien, zu prüfen und zu beurteilen. Dabei sei hier nicht der Stundenverrechnungssatz zu überprüfen, sondern die Einhaltung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung auf Basis der im Angebot abgegebenen Erklärungen.

Auch aus der Unsicherheit des Auftraggebers, welche Tarifgruppe einschlägig sei, ergebe sich, dass die Vorgaben der Antragsgegnerin intransparent gewesen seien. Dies spiegele auch das Ergebnis, da etwa die Hälfte der Bieter mit der untersten Lohngruppe kalkuliert habe und die andere Hälfte überwiegend mit B9.

Sie schließt daraus, dass die Leistungsbeschreibung auch für die Bieter nicht eindeutig und erschöpfend gewesen sei, so dass die Bieter die Leistungsbeschreibung nicht im gleichen Sinne verstanden hätten. Mithin ermangele es an vergleichbaren Angeboten.

Ferner beanstandet sie Dokumentationsmängel bzgl. der offenbar vorgenommenen Nachforderungen und telefonischen Aufklärungen aus der Nachforderung von Versicherungsunterlagen bei dem Bieter Nr. 22, der unter Berücksichtigung der Tarifgruppe B9 mit seinem Angebot dem der Antragstellerin vorgeht.

Mit ergänzenden Schriftsatz vom 20./21.4.2016 vertieft die Antragstellerin ihre Rechtsauffassung von einer fehlerhaften, weil nicht vollständig durchgeführten Wertung, dem i.A.n. daraus resultierenden zwingenden Ausschluss aller Angebote, die auf der Basis von B7 kalkuliert worden sind und der fehlerhaften Leistungsbeschreibung.

Sie beantragt daher,

nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens

1. festzustellen, dass die Antragstellerin durch das Verhalten der Antragsgegnerin in den mit der Bekanntmachungsnummer 2015 S 249 - 455 140 bekanntgemachten Vergabeverfahren in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt wird,
2. geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen, hilfsweise für den Fall der Erledigung das Nachprüfungsverfahren durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat sowie
3. im Weiteren festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragstellerin erforderlich gewesen sei,
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin nicht erforderlich gewesen sei und

VK 2– 14/16

5. die Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens zu tragen habe,

dies auch für den Fall der Unbegründetheit des Antrags, da sie mit der Aussage ihres Mitarbeiters im Gespräch vom 25.2.2016 die Ursache für den Nachprüfungsantrag gesetzt habe.

Die Antragsgegnerin beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,

3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Zum Sachverhalt weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Bieter zu dem Angebot die vorgefertigten Verpflichtungserklärungen nach dem TVgG NRW einzureichen hatten, in denen unter Ziffer 3.1 nur die tarifliche Bindung und unter Ziffer 3.2 die gezahlten Mindeststundenentgelte für die im Rahmen der Leistung eingesetzten Beschäftigten einzutragen waren. Während der Angebotsphase habe es keine Nachfragen Seitens der Bieter zur Einhaltung von Tarifvorgaben gegeben.

Von den abgegebenen Angeboten hätten zwölf Bieter, darunter die Beizuladende, mit der Lohngruppe 7 kalkuliert, drei Bieter mit der Lohngruppe B8 und sechs Bieter, darunter die Antragstellerin, mit der Lohngruppe B9. Bei einem Bieter sei lediglich ein Eurobetrag ermittelt worden.

Zu dem Aufklärungsgespräch am 25.02.2016 weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Antragsgegnerin zunächst nur um eine telefonische Auskunft gebeten habe und das persönliche Treffen nur auf Anregung der Antragstellerin zustande gekommen sei. Im Rahmen dieses Gesprächs habe die Antragstellerin u. a. Folien mit der Vorstellung des eigenen Unternehmens überreicht.

Im Laufe des Gespräches habe der Mitarbeiter der Antragsgegnerin jedoch nicht gesagt, dass die Antragstellerin das preisgünstigste Angebot unterbreite habe, das auch die zutreffende Lohngruppe des einschlägigen Tarifvertrages berücksichtige. Er habe auch nicht gesagt, dass alle preislich unter dem Angebot der Antragstellerin liegenden Angebote die Lohngruppe B7 als Grundlage herangezogen hätten. Richtig sei lediglich, dass er erklärt habe, dass derzeit geprüft werde, welche Lohngruppe einschlägig sei und dass dann, wenn die Lohngruppe B9 richtig sei, eine Auftragsvergabe an die Antragstellerin in Betracht käme.

Im Ergebnis sei die Antragsgegnerin dann bei ihrer Prüfung zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Ausschluss eines Angebots wegen der Kalkulation der Lohngruppe B7 oder B8 nicht zulässig sei und deswegen die Beizuladende das preisgünstigste wertungsfähige Angebot in der Lohngruppe B7 abgegeben habe. Preislich lägen vor der Antragstellerin im Übrigen noch weitere Angebote, u. a. das des Bieters mit der Nummer 9 mit der Lohngruppe B8 und des Bieters 18 mit der Lohngruppe B8 und das Angebot des Bieters mit der Nummer 22 mit der Lohngruppe B9. Im Übrigen

VK 2– 14/16

habe die Antragstellerin am 15.03.2016 gerügt, dass die ausgeschriebene Tätigkeit auf Basis der Lohngruppe B9 mindestens mit B8 zu entlohnen sei. Dieses habe die Antragsgegnerin zurückgewiesen mit dem Hinweis, dass die Lohngruppe B9 nicht einschlägig sei und dies näher begründet.

Im Übrigen betrachtet sie den Nachprüfungsantrag als unzulässig, da es der Antragstellerin an der Antragsbefugnis ermangele, denn preislich lägen auch vor der Antragstellerin noch weitere Angebote mit Kalkulationen der Lohngruppe B8 und B9, so dass ihre Argumentation, dass sie das preisgünstigste aller Angebote jenseits der Lohngruppe B7 abgegeben habe, nicht nachvollzogen werden könne. Damit drohe der Antragstellerin kein Schaden, selbst wenn ihr Vorbringen, es sei auf der Grundlage der Lohngruppe B9 oder B8 zu kalkulieren, richtig wäre. Darüber hinaus betrachtet sie die Rüge als nicht rechtzeitig und den Nachprüfungsantrag im Ganzen auch als unbegründet.

Es sei schon zweifelhaft, inwieweit eine vertiefte Prüfung der richtigen Lohngruppe in einem Nachprüfungsverfahren zulässig und geboten sei, es aber darauf nicht ankomme, da nach den Lohngruppen des anzuwendenden Lohnstarifvertrags für Sicherheitsdienstleistungen in Nordrhein-Westfalen vom 05.02.2015 die Lohngruppe 7 als Grundlohngruppe als einschlägig zu betrachten sei.

Die Lohngruppe 8 und 9 sei nur einschlägig, wenn es sich um Pfortnerdienste handle, die darüber hinaus weitere Merkmale erfüllen müssten. Hier sei jedoch kein Pfortnerdienst ausgeschrieben, der Begriff Pfortner sei im Leistungsverzeichnis nicht vorhanden.

Hilfsweise für den Fall, dass die Kammer zu der Auffassung komme, dass Pfortnerdienste erbracht werden, fehle es an der weiteren Voraussetzung der Lohngruppe B8, dass die Mitarbeiter verantwortlich Ein- und Ausgangskontrollen von Kraftfahrzeugen durchführen müssten. Die Entscheidung, welche Person die Einrichtung betreten und verlassen dürfe, treffe der Mitarbeiter außerdem nicht eigenverantwortlich. Die Entscheidung treffe die Antragsgegnerin über die geforderten Diensthandys. Im Leistungsverzeichnis heiße es dazu, dass die Mitarbeiter des Sozialamtes fachlich weisungsbefugt seien und die Mitarbeiter des Auftragnehmers für diesen Fall jederzeit telefonisch per Diensthandy erreichbar sein müssten.

Wiederum hilfsweise für den Fall, dass die Kammer die Voraussetzungen für die Lohngruppe B8 als erfüllt ansehen sollte, vertritt die Antragsgegnerin die Auffassung, dass die weiteren Voraussetzungen der Lohngruppe B9 jedenfalls nicht einschlägig seien, da die Mitarbeiter des Auftragnehmers nicht im Empfangsdienst tätig seien und ihnen auch nicht die Überwachungsfunktion von technischen Anlagen und die Bedienung der Telefonzentrale obliege.

Von einem Empfangsdienst und von einer Telefonzentrale sei im Leistungsverzeichnis keine Rede. Diese Auslegung würde im Übrigen durch die eingegangenen Angebote bestätigt, da mehr als die Hälfte der Bieter auf der Grundlage der Lohngruppe B7 kalkuliert hätten. Wenn darüber hinaus andere Bieter mit der Lohngruppe B8 oder

VK 2- 14/16

B9 kalkuliert hätten, sei dies von ihrer unternehmerischen Kalkulationsfreiheit gedeckt.

Die Antragsgegnerin geht daher davon aus, dass keinerlei Akteneinsicht zu gewähren sei, wenn, dann jedoch nur in hinreichend geschwärtzter Version.

Ergänzend weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass mit der Angabe einer Lohngruppe nicht die Leistungsbeschreibung abgeändert werden könne. Hinsichtlich der Beanstandung eines intransparenten Verfahrens ermangele es an der rechtzeitigen Rüge. Die Aussage des [REDACTED] im Gespräch am 25.2.16 habe immer unter dem Vorbehalt der abschließenden Entscheidung gestanden. Hinsichtlich der behaupteten Intransparenz der Leistungsbeschreibung sei es ausgeschlossen, dass ein nachträgliches Verhalten dazu führen könne. Der Inhalt der Leistungsbeschreibung sei zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe zu ermitteln. Die interne spätere Abstimmung bei der Antragsgegnerin könne diese nicht ändern. Im Übrigen erläutert sie, warum aus ihrer Sicht eine Einstufung nach B8 oder B9 nicht zwingend sei.

Hinsichtlich der Dokumentationsmängel verweist sie darauf, dass lediglich eine Pflicht zur Dokumentation der Ergebnisse bestünde.

Die Beigeladene hält die Zuschlagsentscheidung für richtig, weil sich ihrer Ansicht nach die Aufgaben des Objektschutzes- und nur darum handele es sich hier - auf

- Bestreifung, -Observation, - Vorkontrolle, - Stellungen, - Einlasskontrolle
- Identitätsfeststellungen und - Durchsuchungen von Personen und Sachen beschränken.

In der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin auf Befragen durch die Kammer erklärt, dass es keine Telefonzentralen gebe. Wenn überhaupt ein Festnetzanschluss vorhanden sei, stehe dieser den Sicherheitskräften nicht zur Verfügung. Auf weiteres Befragen hat die Antragstellerin erklärt, bislang keine Flüchtlingsunterkünfte zu betreuen und eine solche Unterkunft auch nicht besichtigt zu haben.

II. Gründe

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1. 1. Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus §§ 102, 104 Abs. 1, § 106 a Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) iVm §§ 2 Abs. 1, 2, § 3 Abs. 2 der Zuständigkeitsverordnung in Nachprüfungsverfahren des Landes Nordrhein-Westfalen (ZuStVONpV NRW vom 2.12.2014, SGV. NW. Nr. 630).

Danach obliegt den Vergabekammern die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge wie Liefer-, Bau- und Dienstleistungen (§§ 102, 99 Abs. 1 GWB).

Die Antragsgegnerin ist unstreitig öffentliche Auftraggeberin nach § 98 Nr. 2 GWB.

VK 2- 14/16

Der ausgeschriebene Auftrag über die Beschaffung von Sicherheitsdienstleistungen überschreitet den derzeitigen Schwellenwert nach § 2 Abs.1 VgV.

1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt.

Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in bieterschützenden Rechten und zumindest einen drohenden Schaden darlegt. Die Antragstellerin hat durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse bekundet.

Der drohende Schaden liegt in der Beeinträchtigung der Zuschlagschance. Dabei genügt der schlüssige Vortrag vergaberechtlicher Beanstandungen. Dem ebenfalls erforderlichen Vortrag eines drohenden Schadens ist in der Regel genügt, wenn dieser ebenfalls schlüssig vorgetragen wird. Die Feststellung dieser Voraussetzung ist dann Sache der Begründetheitsprüfung (BGH vom 18.5.2004, Az. X ZB 7/04).

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Einbeziehung aller Angebote der Mitbieter in die Wertung, die mit dem Grundstundenlohn kalkuliert wurden, mit dem Vorwurf, dass diese zwingend auszuschließen seien, weil sie von den Verdingungsunterlagen abwichen, mindestens aber, weil alle eingegangenen Angebote aufgrund einer uneindeutigen Leistungsbeschreibung nicht miteinander vergleichbar seien.

Weil damit mehr als die Hälfte aller Angebote dem ihren im Preis vorgehen, soll der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden

Damit ist - unterstellt man den Vortrag der Antragstellerin als zutreffend - ein drohender Schaden gegeben. Dies gilt auch, wenn grundsätzlich ein Schaden dadurch ausgeschlossen sein könnte, dass dem Angebot der Antragstellerin in jeder Tarifgruppe Angebote anderer Bieter vorgehen und sie aus diesem Grunde keinen Zuschlag erreichen könnte, weil im Fall nicht vergleichbarer Angebote aufgrund einer uneindeutigen Leistungsbeschreibung das Verfahren in einen Stand vor Abgabe aller Angebote zu versetzen wären, um den behaupteten Mangel zu beheben. (vgl. dazu OLG München: Ist das Nachprüfungsverfahren im Falle europaweiter Publizität des Vergabeverfahrens eröffnet, so kann ein Bieter im Falle eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 1 VOL/A die Wiederholung des Vergabeverfahrens erzwingen (OLG München, B. v. 20.03.2014 - Az.: Verg 17/13; VK Lüneburg, B. v. 29.1.2004 - Az.: 203-VgK-40/2003, B. v. 30.10.2003 - Az.: 203-VgK-21/2003).

1.3 Rüge

Die Nichtberücksichtigung, die mit Schreiben vom 8.3.2016 mitgeteilt wurde, ist mit dem Schreiben vom 13.3.2016 rechtzeitig und hinreichend gerügt worden. Die ergänzende vorgetragene Begründung der auf einer nicht eindeutigen Leistungsbeschreibung beruhenden Nichtvergleichbarkeit der Angebote ist erst im Laufe des Verfahrens für die Antragstellerin erkennbar geworden und bedurfte daher nicht mehr der gesonderten Rüge.

VK 2- 14/16

2. Begründung:

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die Antragstellerin wird weder in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB iVm § 16 Abs. 3 lit.d VOL/A i. V. mit § 13 Abs. 4 Satz 1 VOL/A verletzt noch liegt eine Nichtvergleichbarkeit der Angebote aufgrund einer unklaren Leistungsbeschreibung vor. Das Risiko einer unzutreffenden Kalkulation trägt allein der Bieter. Die Überprüfung einer Kalkulation in Hinblick auf die Subsumption unter die Regelungen eines Tarifvertrages obliegt weder der Vergabestelle noch der Vergabekammer, sondern ist als arbeitsrechtliche Regelung den Arbeitsgerichten resp. der Prüfbehörde nach §§ 15ff TVgG NRW zugewiesen.

2.1 Kein Ausschlussgrund nach § 16 Abs. 3 lit.d VOL/A i. V. mit § 13 Abs. 4 Satz 1 VOL/A

Gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 2 VgV iVm Kat. 23 des Anhangs B der VOL/A EG sind auf die Vergabe von Aufträgen über Schutzdienstleistungen hinsichtlich der Wertung die Vorschriften der VOL/A anzuwenden.

Danach sind Angebote bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vertragsunterlagen vorgenommen wurden, zwingend auszuschließen.

Ziel der Regelungen ist es, die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen.

Der Begriff der Änderung ist zwar weit zu fassen, wie die Antragstellerin umfassend dargestellt hat, liegt aber dennoch hier nicht vor.

Die Angebote enthalten sämtlich die vom Antragsgegner vorgegebene Leistungsbeschreibung ohne jeden Zusatz oder Streichung. Die zusätzlich geforderte Tariftreueerklärung erfordert die Angabe des Tarifvertrages und die Angabe des gezahlten Mindeststundenentgelts für die im Rahmen der Leistungserbringung eingesetzten Beschäftigten.

Der überwiegende Teil der Bieter hat hier die Angabe des Stundengrundlohns nach B7 des einschlägigen Tarifvertrages gewählt und damit das Mindeststundenentgelt benannt.

Die hier streitigen höheren Einstufungen bauen alle auf diesem Grundlohn auf.

Es ist schon fraglich, ob hier überhaupt mehr als diese Angabe gefordert war, denn alle Bieter aus NRW sind derzeit aufgrund der Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages zur Zahlung dieses Mindestlohnes für Sicherheitsdienstleistungen verpflichtet. Dieser unterschreitet auch nicht den in NRW geforderten allgemeinen Mindestlohn nach MindestlohnG (MiloG) vom 8,85 € und erreicht damit das europarechtliche maßgebliche Ziel, angemessene soziale Mindestlöhne zu garantieren.

Jedenfalls liegt damit die geforderte Erklärung vor.

Inhaltlich ist gemäß § 104 Abs. 2 GWB die Überprüfung durch die Vergabekammer auf Rechte aus § 97 Abs. 7 (GWB) sowie sonstige Ansprüche, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, beschränkt.

VK 2- 14/16

Die Frage ob die tatsächlich gezahlten Löhne der tatsächlich geleisteten Arbeit einer Entlohnung nach dem gültigen Tarifrecht entsprechen ist eine arbeitsrechtliche, für die der Gesetzgeber gerade für die Frage des Tariflohns eine Prüfung erst nach Eintritt in die Vertragsphase vorgesehen hat.

Eine notwendige Inzidentprüfung von Normen anderer Rechtsgebiete durch die Kammer ist inhaltlich nach wie vor sehr umstritten. Im Kern gehen die Aussagen der Rechtsprechung dazu in die Richtung, dass solche Ereignisse, die zeitlich vor einem Vergabeverfahren liegen, nicht mit in die Prüfung einzubeziehen sind oder es wird vom Vorliegen einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm abhängig gemacht. In anderen Entscheidungen wird keine Begründung für eine Inzidentprüfung gegeben, wieder andere halten sie nicht für vereinbar mit dem Beschleunigungsgrundsatz (vgl. dazu Dreher mwN in NZBau 2013,665).

Es kann dahingestellt bleiben, in welchem Umfang eine Inzidentprüfung stattfinden muss, solange eine Streitigkeit nach den vergaberechtlichen Regelungen entschieden werden kann.

Das ist hier der Fall.

Die Antragstellerin strebt den Ausschluss aller Angebote aus dem Verfahren an, die mit dem Stundengrundlohn (Lohngruppe B7) kalkuliert wurden

Der Ausschluss eines Angebots richtet sich nach den ausschließlich anzuwendenden Rechtsnormen (als Anspruchsgrundlagen) der Regelungen der VOL/A, hier des nach § 16 Abs. 3 lit.d VOL/A i. V. mit § 13 Abs. 4 Satz 1 VOL/A, die hier schon tatbestandlich nicht erfüllt wird. Die Erklärung des Stundengrundlohns in der Tariftreueerklärung mag bedeuten, dass die geforderten Leistungen zu einer Vergütung nach Tarifgruppe B7 erbracht werden sollen, muss aber nicht bedeuten, dass sie nur eingeschränkt erbracht werden sollen. Nur eine solche Aussage wäre als eine Änderung der Verdingungsunterlagen anzusehen.

Ob diese Einstufung arbeitsrechtlich korrekt ist, obliegt nicht (mehr) der Überprüfung durch die Vergabestelle oder die Vergabekammer.

Hierzu hat der Gesetzgeber entschieden, einen eigenen Weg vorzugeben, nämlich den über die Vollzugsprüfung durch die Prüfbehörde nach § 15 TVgG NRW.

Wie bereits mit Schreiben vom 6.4.2016 dargelegt, ist die Tariftreueverpflichtung ist nach ständiger Rechtsprechung des OLG Düsseldorf und anderer Obergerichte "eine zusätzliche Bedingung (Anforderung) an die Auftragsausführung im Sinn von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB (Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG i.V.m. Erwägungsgrund 33)." (OLG Düsseldorf zuletzt in der Entscheidung vom 15.7.2015, Az.: VII -Verg 11/15).

Weiter heißt es in dieser Entscheidung (unter II 1.a) bb) - S.16 des Umdrucks):

"Zusätzliche Bedingungen zur Auftragsausführung sind Vertragsbedingungen, zu deren Einhaltung sich der Bieter nicht nur vertraglich bei der späteren Auftragsausführung, sondern verbindlich bereits im Vergabeverfahren verpflichtet.

VK 2- 14/16

Verweigert er die Abgabe der geforderten Erklärung, ist sein Angebot nach den §§ 16 Abs. 3, §19 Abs. 3, lit. a) VOL/A EG von der Vergabe auszuschließen. **Gibt er eine unrichtige Erklärung ab oder hält er die abgegebene Erklärung später nicht ein, kann dies in zukünftigen Vergabeverfahren einen Ausschluss wegen mangelnder Eignung nach sich ziehen.**"¹

Der Gesetzgeber hat damit die Eingruppierung unter die Lohngruppen eines Tarifvertrages ganz klar der Kalkulation und damit der Kalkulationsfreiheit des Bieters zugeordnet. Der Bieter trägt das Risiko einer arbeitsrechtlich fehlerhaften Einordnung.

Für die Entscheidung der Vergabestelle ist es allein ausreichend, dass er sich verpflichtet, die tarifgerechte Entlohnung zu zahlen. (vgl dazu auch VK Münster vom 27.10.2015, VK 1- 28/15:" Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, u.a. Beschluss vom 15.7.2015, Verg 11/15, dürfen diese Erklärungen nicht Gegenstand der "Eignungsprüfung" sein, aber dennoch gefordert werden. Ob es sich dabei um eine zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung handelt, kann hier dahin stehen. Wenn das zutreffend sein sollte, dann dürfen diese Verpflichtungserklärung für die Entscheidung darüber, wer den Zuschlag erhält, überhaupt nicht berücksichtigt werden, sondern dann würde man allein das "Vorhandensein" des ausgefüllten Vordrucks prüfen").

Die weitergehenden Ausschlussregelungen setzen einen Verstoß nach § 6 Abs. 5 VOL/A /iVm § 16 Abs. 4 VOL/A voraus. Der Katalog des § 6 Abs. 5 VOL/A setzt grundsätzlich ein vollendetes Delikt - hier einen vollendeter Verstoß gegen die Tariflohnbestimmungen - voraus, was hier schon rein zeitlich nicht vorliegen kann.

Die Benennung einer grundsätzlich denkbaren Tarifnorm auf Nachfrage- denn die Lohngruppe war nicht abgefragt - kann nicht den Tatbestand einer schweren Verfehlung erfüllen. Die denkbare Verfehlung, hier die möglicherweise nicht tarifgerechte Entlohnung, kann erst im Rahmen der Auftragserfüllung begangen werden.

Damit sind die Ausschlussgründe, die das Vergaberecht benennt und die der Antragsgegnerin zur Verfügung stünden für die Angebote der Bieter, die mit B7 kalkuliert haben, erschöpft. Der Katalog der Ausschlussgründe ist durch den Auftraggeber auch nicht beliebig erweiterbar (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014 – VII-Verg 28/13).

Die Kammer verkennt nicht, dass bei dieser Rechtslage das Risiko im Markt entsteht, dass der Zuschlag (zunächst immer wieder) in reinen Preiswettbewerben an Bieter geht, die unter Tarif zahlen und womöglich nicht über die Prüfbehörde entdeckt werden. Der Auftraggeber kann und wird dem auf Dauer durch Qualitätsanforderungen, ggf. auch durch zulässige Kalkulationsvorgaben entgegenwirken. Das ist das Ziel des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot, das der Gesetzgeber schon lange nach § 97 Abs. 5 GWB fordert und das den reinen Preiswettbewerb gerade zurückdrängen soll.

¹ Hervorhebungen sind von der Unterzeichnerin vorgenommen

VK 2– 14//16

Es ist aber letztlich nicht sein Interesse und auch nicht seine Aufgabe, Niedrigpreisangebote zu verhindern. Seine Aufgabe ist es, Steuergeld so sparsam wie möglich einzusetzen und den Bieter zur Tariftreue zu verpflichten. Die Überwachung der Einhaltung dieser Verpflichtung hat der Gesetzgeber einem anderen zugewiesen. Vergaberechtlich kommt es mithin nur auf das Vorliegen der formalen Zusicherung an.

Daher ist auch unerheblich, ob nach dem Eindruck der Kammer hier primär Objektschutz ausgeschrieben wurde, dem möglicherweise auch Tätigkeiten zusätzlich abgefordert werden, die im Fall eines Pförtnerdienstes zu einer höheren Einstufung führen würden, beim Objektschutz aber keine höhere Wertigkeit auslösen. Allerdings scheinen der Kammer auch für einen Pförtnerdienst wiederum einzelne Tatbestandelemente zu fehlen wie zum B. die Bedienung einer Telefonzentrale für B9 und eine nicht geforderte Kfz-Kontrolle für B8.

Auch scheint es nicht unsinnig für einen Auftraggeber, bei Flüchtlingsheimen die Betonung mehr auf die Objektschutz- und Straftatverhütungsaspekte zu legen statt auf einen möglichst geordneten, pfortengebundenen Empfang Fremder. Damit wird auch schon in diesem Einzelfall deutlich, dass es auch sinnvoll ist, die vergaberechtliche Leistungsbeschreibung nicht mit solchen sehr fachspezifischen tarifvertraglichen Abgrenzungen zu belasten.

2.2 mangelnde Vergleichbarkeit der Angebote aufgrund einer unklaren Leistungsbeschreibung nach § 8 EG VOL/A

§ 8 EG VOL/A fordert die eindeutige und erschöpfende Beschreibung der Leistung mit dem Ziel, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dies zu vergleichbaren Angeboten führt.

Dazu stehen dem Auftraggeber entweder die Bezugnahme auf technische Spezifikationen zur Verfügung oder funktionale Beschreibungen oder eine Kombination aus beidem.

Hier überwiegen die funktionalen Beschreibungen, was unbestritten zulässig ist.

Der Bezug auf eine DIN wie die DIN 77200 erbringt für den Arbeitgeber eine gewisse Absicherung hinsichtlich der Qualität des Betriebes, ist aber nicht zwingend zu fordern. In den Hinweisen des BDWS zu dieser Norm heißt auch schon im Vorwort, dass diese nicht geeignet sei für die Heranziehung in reinen Preiswettbewerben.

Der Auftraggeber ist grundsätzlich nicht verpflichtet, sich im Rahmen von Technischen Spezifikationen zu halten.

Eine Vorgabe, Tarifvertragsgruppen oder -begriffe einzubeziehen oder in seiner Leistungsbeschreibung sich an die Abgrenzungen von Tarifverträgen anzulehnen, besteht ebenfalls nicht. Vielmehr ist es völlig unstrittig, dass die Bestimmung des Auftragsgegenstandes allein und ausschließlich Sache des Auftraggebers ist und sich nur an dessen Bedarf zu orientieren hat. Es wäre auch nicht möglich für die Auftrag-

VK 2- 14/16

geber, da möglicherweise auch mal mehrere Tarifverträge nebeneinander zur Anwendung kommen können.

Das Vergabeverfahren und ein sich daran anschließendes Vergabenachprüfungsverfahren dienen grundsätzlich allein dazu, den Vertragspartner für den vom Auftraggeber einseitig festgesetzten Auftragsgegenstand zu finden. Sie können nicht dazu benutzt werden, um Vorstellungen des Unternehmers über einen anderen Auftragsgegenstand zu verfolgen oder gar durchzusetzen (3. VK Bund, B. v. 21.06.2012 - Az.: VK 3 - 57/12).

Vorliegend ist die Leistungsbeschreibung von keinem Bieter individuell abgeändert worden.

Da keine auch keine Nachfragen zu den Inhalten der Leistungsbeschreibung gekommen sind - ausgenommen zur Anzahl der Mitarbeiter pro Objekt und Tag-, ist davon auszugehen, dass sie für einen fachkundigen Bieter keine Verständnisprobleme barg. Die Tatsache, dass mit unterschiedlichen Tarifgruppen kalkuliert wurde ist Sache der Kalkulation des einzelnen Bieters und dabei die umschriebene Leistung der "richtigen" Tarifgruppe zuzuordnen ist das arbeitsrechtliche Risiko des fachkundigen Bieters.

Unklarheiten ergeben sich eher aus den Formulierungen des Tarifvertrages. Die Abgrenzungen der Grundtätigkeiten Objektschutz, Service und Pförtnerdienst erschienen den Tarifparteien offensichtlich nicht erforderlich, wiewohl sie sich in der Praxis wohl überschneiden und es mehr denn je auf den Schwerpunkt der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit ankommen dürfte.

Die Antragsgegnerin hat auch keine keine Kalkulationsvorgabe gemacht etwa des Inhalts es ist notwendig mit B8 oder B9 zu kalkulieren. Das ist und bleibt daher das arbeitsrechtliche - Risiko des Bieters.

2.3 Intransparenz des Verfahrens

Soweit die Antragstellerin im weiteren Verfahren eine Intransparenz des Verfahrens beklagt hat, weil für sie nicht erkennbar sei, wann und wie die Vergabestelle zum Einen die Eignung der Bieter, zum Anderen die Kongruenz der Leistungsbeschreibung mit einer Lohngruppe des Tarifvertrages geprüft habe, ist festzustellen, dass insoweit für sie kein Schaden feststellbar ist: ihre Eignung ist zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt worden. Es bedurfte insoweit keiner weiteren Akteneinsicht.

Akteneinsicht in die Eignungsprüfung anderer Bieter wäre nicht gewährt worden, da eine solche nirgendwo substantiiert angegriffen wurde. Hinsichtlich der Ermittlung und Prüfung der angebotenen Lohngruppen hat die Antragstellerin Einblick in die Liste erhalten, die ausweist, in wieweit diese Frage telefonisch ermittelt worden ist.

In diesem Zusammenhang weist die Kammer ausdrücklich darauf hin, dass diese Frage nach der hiesigen Rechtsauffassung, wenn nicht unzulässig, so doch nicht wertungsrelevant war (vgl. oben unter 2.1).

2.4 Dokumentationsmängel

VK 2– 14/16

Zu Recht hat die Antragstellerin beanstandet, dass Anlass und Inhalt des Gesprächs am 25.2.2016 nicht zeitnah dokumentiert wurden. Dieser Mangel führt insoweit zu einem Schaden, als die Antragstellerin nun nicht mehr nachweisen kann, ob und welche Zusagen in den Gespräch gemacht worden sind. Die Darstellung in dem Gesprächsvermerk vom 16.3.2016 erweist sich als vage und erweckt den Eindruck, angepasst an die Ergebnisse der Rechtsprüfung zu sein. Dieser Mangel hat notwendig Folgen für die Kostenentscheidung.

Eben so wenig ist die Entscheidung der Vergabestelle, eine Kalkulation nach B7 als hinreichend zu betrachten, hinreichend dokumentiert. Hier kann man wirklich nur eine Dokumentation des Ergebnisses konstatieren. Da es aber nach der oben dargestellten Auffassung der Kammer für die Wertung auch ausreicht, die Verpflichtung zur Zahlung des tariflichen Mindestlohns als formale Vertragsbedingung festgestellt zu haben und diese wiederum unstreitig bei der Antragstellerin wie bei der Beigeladenen und allen anderen Bietern vorlag, muss eine weitere Ergänzung und damit eine Heilung des Mangels nicht nachgeholt werden.

2.5 Kein weiterer Aufklärungsbedarf

In Erwägungsgrund 103 setzt der Richtlinie 2014/24/EU vom 26.2.2014 heißt es:

Angebote, deren Preis im Verhältnis zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheint, können auf technisch, wirtschaftlich oder rechtlich fragwürdigen Annahmen oder Praktiken basieren. Kann der Bieter keine hinreichende Begründung geben, so sollte der öffentliche Auftraggeber berechtigt sein, das Angebot abzulehnen. Eine Ablehnung sollte obligatorisch sein in Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber festgestellt hat, dass die vorgeschlagenen ungewöhnlich niedrigen Preise oder Kosten daraus resultieren, dass verbindliche sozial-, arbeits- oder umweltrechtliche Unionsvorschriften oder mit dem Unionsrecht in Einklang stehende nationale Rechtsvorschriften oder internationale arbeitsrechtliche Vorschriften nicht eingehalten werden.

In diesem Sinne ist auch die Regelung des § 10 Abs.1 TVgG NRW zu verstehen, wonach der Auftraggeber bei einem Niedrigpreisangebot aufzuklären hat, ob **dieser niedrige Preis** die Zahlung des Mindestlohnes infrage stellt. Dabei orientiert sich die Vergabestelle an den angegebenen Stundenverrechnungssatz. Dieser liegt vorliegend auch bei der Beigeladenen hoch genug, um dies zu gewährleisten.

3. Kostenentscheidung:

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 vom Angebotspreis der beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder [REDACTED]

VK 2– 14//16

Diese Gebühren sind nach §128 Abs.3 Satz 1 GWB grundsätzlich der Antragstellerin als Unterlegener aufzuerlegen. Gemäß § 128 Abs. 3 S. 5 GWB ist über die Kostentragungspflicht nach billigem Ermessen zu entscheiden

Vorliegend ist aufgrund der Dokumentationslücke zu dem Gespräch am 25.2.2016 nicht mehr mit hinreichender Sicherheit festzustellen, in welchem Rahmen der Mitarbeiter der Antragsgegnerin Zusagen gemacht hat, aufgrund derer die die Antragstellerin davon ausgehen musste, die bevorzugte Bieterin zu sein. Es ist unklar, ob zu diesem Zeitpunkt die Frage eines Ausschlusses aller Bieter, die nach B7 kalkuliert haben, überhaupt schon mit der Rechtsabteilung erörtert worden ist. Die erste Aussage der Rechtsabteilung besteht in der Rügerückweisung, so dass keineswegs ausgeschlossen werden kann, dass der Mitarbeiter von einem Zuschlag an die Antragstellerin ausging und dies auch kundgetan hat. Er hat damit die Antragstellerin zu diesem Nachprüfungsverfahren veranlasst. Andererseits hätte die anwaltlich beratene Antragstellerin erkennen können, dass eine abschließende Entscheidung noch nicht vorliegen konnte.

Die Antragsgegnerin ist gebührenbefreit. Für sie hat die Verlagerung der Gebührenlast keine Auswirkung.

Für die Aufwendungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung hat der Gesetzgeber der Kammer kein Ermessen zugebilligt. Sie sind bei einem Unterliegen nach § 128 Abs. 4 S. 1 GWB stets vom Unterlegenen zu tragen.

Es ist jedoch nicht möglich, um eine hinreichende Billigkeit der Belastung aus diesem Verfahren auf beiden Seiten zu erreichen, die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen.

Diese Frage ist vielmehr gesondert hiervon zu betrachten, obwohl anwaltlichen Kosten in aller Regel den wesentlichen Teil der Kostenlast ausmachen.

Hieran hat auch die Neufassung des § 128 GWB in § 182 GWB neu ab dem 18.4.2016 nichts geändert, die allerdings auch hier noch keine unmittelbare Anwendung finden kann.

Aus dem gleichen Grunde hat die Antragstellerin auch gemäß § 128 Abs. 4 S.1 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.

Die Hinzuziehung des anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin ist für notwendig zu erklären.

Zwar kann davon ausgegangen werden, dass eine [REDACTED] Stadt wie [REDACTED] über hinreichend juristischen Sachverstand verfügt, um einfache Ausschreibungen wie die vorliegende ausreichend zu betreuen und es erweist sich wiederum gerade in Phasen höherer Belastung als wenig günstig, Ausschreibungen dezentral über Fachämter statt über ein Zentrale Vergabestelle mit hinreichendem Sachverstand zu führen.

VK 2- 14/16

Dennoch wird man auch der [REDACTED] eine besondere Belastung durch die derzeitige Flüchtlingswelle konzedieren müssen, die offensichtlich auch jetzt erst dazu führt, dass der Beschaffungsbedarf vergaberechtskonform ausgeschrieben wird.

Gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Aufwendungen der Beigeladenen nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt. Die Beigeladene hat hier keinen Antrag gestellt. Sie hat das Verfahren selbst nicht wesentlich gefördert. Daher werden die ihr entstandenen Kosten der Antragstellerin nicht auferlegt.

4. 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.

Hugenroth

Trottenburg

