



# Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von Unterhalts- und Glasreini-  
gungsarbeiten

**VK 11/09**

der

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Antragstellerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**gegen den**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Antragsgegnerin**

**Verfahrensbevollmächtigte**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Beigeladene zu 1) und zu 2)**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX  
XXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 20.8.2009 durch die Vorsitzende xxxxxxxxxxxx, den hauptamtlichen Beisitzer xxxxxxxx und der ehrenamtlichen Beisitzerin xxxxxxxx

am **26. August 2009** entschieden:

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

## **Gründe**

### **I.**

Die Antragsgegnerin schrieb Unterhalts- und Glasreinigungsdienstleistungen für verschiedene Schulen aufgeteilt in insgesamt 10 Lose in einem offenen Verfahren nach der VOL/A europaweit aus. Die Angebotsfrist endete am 1.4.2009. Der Gesamtauftrag umfasst einen Auftragswert von ca. xxxx Mio. € bei einer Laufzeit von einem Jahr mit Verlängerungsoption. Als Zuschlagskriterien nannte die Antragsgegnerin für die Glasreinigung (Lose 6 bis 10) allein den Preis, während für die Unterhaltsreinigung (Lose 1 bis 5) der Preis mit 70% und die Reinigungsleistung mit 30% bewertet werden sollte.

Weiterhin bestimmte die Antragsgegnerin: „Der Angebotspreis fließt zu 70% in die Wertung ein. Das preisgünstigste, gewertete Angebot erhält dabei die volle Punktzahl (100 Punkte), die nächst folgenden Angebote werden im Verhältnis niedriger bepunktet. Mit 30% wird die durchschnittliche Reinigungsleistung bezogen auf alle Positionen eines Loses bewertet. Das wertbare Angebot mit der niedrigsten durchschnittlichen Reinigungsleistung  $m^2/h$  erhält dabei die volle Punktzahl (100 Punkte), die nächst folgenden Angebote werden im Verhältnis niedriger bewertet.“

Weiterhin bestimmte die Antragsgegnerin aufgrund ihrer Erfahrungswerte aus den letzten Jahren: „Die zulässige durchschnittliche Reinigungsleistung über alle Flächen wird für alle Lose mit maximal  $220 m^2 /h$  vorgegeben und ist vom Bieter im Rahmen seiner Kalkulation einzuhalten.“

Als Eignungskriterien forderte die Antragsgegnerin Referenzen und Angaben zum Gesamtumsatz sowie zur Anzahl der Mitarbeiter/ innen als Eigenerklärungen auf einem beigefügten Vordruck.

Den Verdingungsunterlagen fügte die Antragsgegnerin zwei Vertragsentwürfe bei. Daraus ergibt sich, dass die Bieter verpflichtet sind, Arbeitsverträge auch bei geringfügig Beschäftigten schriftlich abzuschließen und die Versicherungspflichten wie Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung einzuhalten. Weiterhin bestimmte die Antragsgegnerin zur Preisregelung: „Die vereinbarten Preise erhöhen oder ermäßigen sich entsprechend den tarifvertraglichen Änderungen (neue Lohn- und/oder Rahmentarifverträge) für die vom Auftragnehmer beim Auftraggeber eingesetzten

Arbeitskräfte.“ Preisänderungen, die aufgrund neu abgeschlossener Tarifverträge vereinbart werden, treten frühestens ab dem 1. Geltungstag des Tarifvertrages in Kraft. Über die erfolgten Änderungen des Tariflohnes sind die entsprechenden Tarif- und Rahmentarifverträge für die gewerblich Beschäftigten in der Gebäudereinigung vorzulegen.

Weiterhin ergibt sich aus den Vertragsentwürfen, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund dann in Frage kommt, wenn der Auftragnehmer den Mitarbeitern seines Betriebes die tariflichen oder gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen nicht bzw. nicht in vollem Umfang zahlt oder in sonstiger Weise gegen tarifliche Bestimmungen oder Vorschriften der Sozialgesetzgebung verstößt.

Die Antragsgegnerin erhielt insgesamt 31 Angebote. Nach Auswertung der Angebote sollte die mit Beschluss vom 29.6.2009 Beigeladene zu 1) die Lose 1, 6, 7,8 und 9 und Beigeladene zu 2) die Lose 3, 4 und 5 erhalten, während die Antragstellerin den Zuschlag für die Lose 2 und 10 in Aussicht gestellt bekam. Hinsichtlich der anderen Lose lag die Antragstellerin auf folgenden Rangplätzen: Los 1- Rang 4; Los 3- Rang 5; Los 4- Rang 4; Los 5-Rang 2; Los 6 und Los 7- Rang 1; Lose 8 und 9 – Rang 2. Bei den Losen 6 und 7 befand sich die Antragstellerin gemeinsam mit der Beigeladenen zu 1) auf dem ersten Rang; die Antragstellerin hatte aber in ihrem Angebot einen höheren % Anteil bei den Lohnnebenkosten angesetzt, was im Verhältnis zum Angebot der Beigeladenen zu 1) gegebenenfalls zu höheren Preisanpassungen führen würde. Im Vergabevermerk wurden aufgrund dieses Gesichtspunktes offensichtlich die Angebote der Beigeladenen zu 1) zu den Losen 6 und 7 als zuschlagsfähig ausgesucht.

Ausweislich des Vergabevermerks hat die Antragsgegnerin bei den drei verfahrensbeteiligten Bietern die Preise auf Auskömmlichkeit überprüft und sich diesbezüglich schriftliche Erklärungen vorlegen lassen. Die Antragsgegnerin stellte dazu jeweils fest: „Der Bieter hat in einer Stellungnahme klargestellt, weshalb sein Angebot gegenüber dem Wettbewerb günstiger ist. Der Tariflohn von 8,15 € wird eingehalten.“

Aus den Angeboten der Beigeladenen ergibt sich, dass diese jedenfalls Stundenverrechnungssätze unterhalb von 14€ eingetragen hatten, im Rahmen der Aufklärung aber darlegten, dass der tarifliche Mindestlohn im Gebäudereinigerhandwerk gezahlt wird.

Mit Schreiben vom 4.6.2009 informierte die Antragsgegnerin die Bieter über ihre Zuschlagsabsicht. Die Antragstellerin versuchte dann mit Schreiben vom 5.6.2009 verbale weitere Informationen zu einer Bewertungsmatrix und zur Rangfolge zu erhalten. Schließlich rügte sie mit Schreiben vom 18.6.2009 diese Gesichtspunkte, die sie auch mit ihrem Nachprüfungsantrag weiterverfolgt.

Die Antragstellerin hält den Nachprüfungsantrag für zulässig. Sie sei insbesondere rechtzeitig ihrer Rügeverpflichtung nachgekommen, weil bereits ihr Schreiben vom 5.6.2009 eine Rüge gewesen sei, auch wenn sie dieses freundlich formuliert hätte. Nachdem ihr mit Schreiben vom 16.6.2009 keine Hinweise zu der Rangfolge der Bieter gegeben worden seien, habe sie vor der Antragstellung am 18.6.2009 nochmals gerügt und auch diese Umstände beanstandet. Sie sei auch antragsbefugt, weil nach ihrer Auffassung die Beigeladenen auszuschließen seien und sie damit sehr wohl reelle Chancen auf den Zuschlag habe. Weiterhin trägt die Antragstellerin vor, dass

der Verstoß gegen § 13 VgV hier darin bestehe, dass die Information nicht wahrheitsgemäß erfolgt sei. Denn bei den Losen 6 und 7 läge sie gemeinsam mit der Beigeladenen zu 1) auf dem ersten Rang und dass hätte man ihr mitteilen müssen.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass die Antragsgegnerin die Angemessenheit der Preise nicht ordnungsgemäß ermittelt hat. Sie trägt vor, dass die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet seien, die von den Bietern anzugebenden Preise und Stundenverrechnungssätze auf ihre Plausibilität hin zu prüfen. Eine solche Prüfung habe formal auf der dritten Wertungsstufe zu erfolgen. Unter Bezugnahme auf eine Mitteilung der Bundesfinanzdirektion West vom 6.3.2008 sei vor dem Hintergrund unzulässiger Schwarzarbeit im Gebäudereinigungshandwerk ein Stundenverrechnungssatz von unter 14 € pro Stunde als Mindestlohn (tariflicher Stundenlohn und lohngebundene Kosten) unzulässig. Angebote, die solche Vorgaben nicht einhielten, seien als nicht auskömmlich nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A auszuschließen. Dies müsse auch der Antragsgegnerin bekannt sein, weil die Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement aufgrund des Schreibens vom 6.3.2008 die Kommunen und Kommunalverbände hierüber informiert habe. Auch die Antragsgegnerin habe somit eine tarifwidrige Mindestlohnunterschreitung erkennen müssen, wenn Angebote unterhalb von 14 € Stundenlohn vorlagen.

Die Antragstellerin trägt weiter vor, dass sie bei sämtlichen Losen einen Stundenverrechnungssatz von 14 € pro Stunde kalkuliert habe. Da gleichzeitig eine maximal in einer Stunde zu reinigende Fläche von 220m<sup>2</sup> ausweislich der Vorgaben der Antragsgegnerin nicht überschritten werden durfte und sie bei den Losen 2 und 5 genau diese Fläche angegeben habe, hätte es kein Angebot geben dürfen, das preisgünstiger war als ihr eigenes. Das Los 2 solle sie zwar erhalten, aber Los 5 nicht, was nicht nachvollziehbar sei. Daraus schließe sie, dass die Beigeladenen einen Stundenverrechnungssatz unterhalb von 14 € angeboten haben müssten, was unzulässig sei.

Die Unterschreitung des Mindestlohns bzw. des Stundenverrechnungssatzes sei entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sehr wohl vergaberechtlich relevant. Das Arbeitnehmerentsendegesetz in der Ausfertigung vom 20.4.2009 sei ein Bundesgesetz im Sinne von § 97 Abs. 4 GWB. Nach § 1 AEntG sollen dadurch funktionierende Wettbewerbsbedingungen in bestimmten Branchen geschaffen werden. Das Gebäudereinigungshandwerk sei auch einbezogen und der Tarifvertrag für die Gebäudereinigung sei auch als allgemeinverbindlich erklärt worden. Insofern seien öffentliche Auftraggeber, wie die Antragsgegnerin, verpflichtet, diese Bestimmungen einzuhalten. In § 21 AEntG (§ 6 AEntG a.F.) sei dargelegt, dass Bewerber für eine angemessene Zeit auszuschließen sind, wenn sie nicht zuverlässig seien. Das sei gegeben, wenn sie im Gebäudereinigungssektor Stundenverrechnungssätze unter 14 € anbieten würden. Dabei würde es ausreichen, wenn diesbezüglich kein vernünftiger Zweifel an der Verfehlung bestehen würde. Die Antragsgegnerin habe die zwingenden Vorgaben des Arbeitnehmerentsendegesetzes nicht geprüft, hätte aber vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens dies prüfen müssen, und zwar mit der Konsequenz, dass die Angebote der beiden Beigeladenen deshalb auszuschließen waren.

In der mündlichen Verhandlung trägt die Antragstellerin ergänzend vor, dass gerade auch die Einhaltung von Stundenverrechnungssätzen – so wie im Schreiben des Zolls vorgegeben – eine wesentliche Voraussetzung für die Gleichbehandlung der

Bieter sei. Nicht nur die Einhaltung des Mindestlohns, sondern die Einhaltung von dem bekannt gegebenen Stundenverrechnungssatz sei entscheidend, um zur Vergleichbarkeit der Angebote im Bereich des Gebäudereinigungshandwerks zu gelangen. Dies lasse Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit der Bieter zu. Eine Vergabestelle sei mittlerweile durch das AEntG zu einer solchen Prüfung verpflichtet.

Die Antragstellerin meint weiterhin, dass die nachträgliche Prüfung der Angemessenheit der Preise mit Schreiben vom 23.6.2009 jedenfalls unzulässige Aufklärungsgespräche darstellen würden. Die Beigeladenen hätten somit nachträglich die Möglichkeit erhalten, ihre Kalkulationsgrundlagen zu erörtern, was verspätet gewesen sei, so dass die Angebote auch schon deshalb auszuschließen seien.

Zudem ist die Antragstellerin der Auffassung, dass eine Bewertungsmatrix vorhanden ist, die nicht bekannt gegeben wurde. Denn es sei nicht offen gelegt worden, in welchem Verhältnis von den höchsterreichbaren Punkten von 100 Punkten weiter abgestuft worden sei. Unter Bewertungsmatrix sei die Darstellung einer Methode zu verstehen, wie die einzelnen Noten bzw. Bewertungen umgerechnet werden. Vor Angebotsabgabe habe die Antragsgegnerin nicht dargelegt, wie sie innerhalb der 100 Punkte eine Abstufung vornehmen werde. Würde der beste Bieter 100 Punkte erhalten, dann sei nicht dargelegt, ob der zweitbeste Bieter 90 Punkte, der Dritte 80 Punkte usw. erhält. Auch sei nicht nachvollziehbar, ob die Gewichtung von 70% zu 30% im Bereich der Unterhaltsreinigung auch tatsächlich durchgeführt wurde.

Zudem, so trägt die Antragstellerin vor, habe die Antragsgegnerin ein zuvor nicht bekannt gegebenes Unterkriterium bei der Wertung berücksichtigt. Denn bei gleichen Preisen über die Gesamtlaufzeit des Vertrages, wie dies hier bei den Losen 6 und 7 der Fall gewesen sei, habe sie einfach eine eventuelle Tarifierhöhung im Lohnkostenanteil der Bieter zugrundegelegt. Bei eventuellen Tarifierhöhungen habe sie einen höheren Lohnkostenanteil über die Gesamtlaufzeit des Vertrages bei der Antragstellerin gesehen und daraus gefolgert, dass der Preis höher liege als im Angebot der Beigeladenen zu 1).

Die Antragstellerin trägt in Bezugnahme auf diese Entscheidung- Berücksichtigung von eventuellen Tarifierhöhungen über die Laufzeit des Vertrages- vor, dass in der letzten Zeit zunehmend Minimalabweichungen im Cent-Bereich in den Angeboten feststellbar seien. Daraus ergebe sich die Konsequenz, dass die Vergabestellen für diese Situation, und zwar der Gleichrangigkeit von Angeboten, Vorsorge in den Vergabeunterlagen treffen müssten. Die Antragstellerin ist deshalb in Bezug auf die Lose 6 und 7, wo sie auf dem gleichen Rang wie die Beigeladene zu 1) liegt, der Auffassung, dass nicht einfach ausgelost werden dürfe, welches Angebot genommen wird. Wenn man eine Entscheidung durch Auslosung oder einfach so eine Entscheidung treffe, dann müsse man dies zuvor in den Vergabeunterlagen bekannt gegeben haben, was hier nicht der Fall gewesen sei. Nur dann könne man anschließend bei gleicher Rangigkeit eines der Angebote ohne ein weiteres Kriterium aussuchen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 107 ff. GWB,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären und

3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückzuweisen,
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten des Antragsgegners.
3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig. Die Antragstellerin habe in ihrem Schreiben vom 5.6.2009 lediglich Fragen zur Bewertungsmatrix gestellt, aber nicht zum Ausdruck gebracht, dass dem Antragsgegner hiermit letztmalig die Chance gegeben werde, eine umfassendere Auskunft zu erteilen, bevor der Rechtsweg zur Vergabekammer beschritten werde. Dieses Schreiben sei somit inhaltlich schon keine Rüge. Das Schreiben vom 18.6.2009 hingegen enthalte die Beanstandungen, sei aber lediglich die Abschrift des Nachprüfungsantrages gewesen. Die Übermittlung eines bereits eingereichten Nachprüfungsantrages sei keine Rüge, weil diese als prozessuale Zugangsvoraussetzung klar und eindeutig erklärt werden müsse. Auch könne die Vergabestelle dann gerügte Verstöße nicht mehr beheben und Nachprüfungsverfahren vermeiden, wenn eine Rüge zeitgleich mit dem Antrag eingereicht werden könnte. Letztlich fehle es aber auch an der Unverzüglichkeit der Rüge, weil die Verdachtsmomente bei der Antragstellerin wohl bereits zuvor vorhanden gewesen seien, wie sich aus ihrem Schreiben vom 5.6.2009 erkennen lasse. Also habe sie am 5.6.2009 schon hinreichende Anhaltspunkte für eine Rüge gehabt und hätte eine solche Rüge dann auch umgehend aussprechen müssen. Darüber hinaus habe die Antragstellerin bereits aus den Verdingungsunterlagen die Gewichtung der Zuschlagskriterien erkennen können und hätte diesen Gesichtspunkt gegebenenfalls noch vor Abgabe ihres Angebots rügen müssen.

Die Antragsgegnerin vertritt zudem die Auffassung, dass die Antragstellerin hinsichtlich der Frage, ob die Angebote der Beigeladenen zu1) und zu2) auskömmlich sind, nicht antragsbefugt ist. Denn die maßgebliche Vorschrift bezwecke den Schutz der Vergabestelle, nicht der Bieter, und sei ausnahmsweise nur dann bieterschützend, wenn der unauskömmlich kalkulierte Bieter den antragstellenden Konkurrenten aus dem Markt drängen wolle. Weiterhin fehle der Antragstellerin bei den Losen 1, 3 und 4 die Antragsbefugnis, weil sie aufgrund ihres Rangplatzes keine reelle Chance auf Erhalt des Zuschlags habe.

Die Antragsgegnerin hält den Antrag aber auch für unbegründet. Sie habe zunächst keine Bewertungsmatrix zu den Zuschlagskriterien erstellt, sondern so – wie in den Verdingungsunterlagen beschrieben – gewertet. Bei den Reinigungsleistungen habe sie den Preis (70%) und die Reinigungsqualität (30%) gewertet und sei dabei von einer Höchstpunktzahl von 100 Punkten ausgegangen. Daraus könne jeder Bieter erkennen, dass innerhalb dieser Kriterien das jeweils beste Angebot die maximale Punktzahl erhält und die schlechteren Angebote niedriger bepunktet werden. Die Punkte wurden im Verhältnis zu den Angeboten vergeben, was ausreichend sei. Es sei nicht erforderlich eine konkrete Zahl anzugeben.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, hinsichtlich der Heranziehung möglicher Tarifierhöhungen während der Vertragslaufzeit, die letztlich bei der Gleichrangigkeit der Lose 6 und 7 ausschlaggebend zugunsten des Angebots der Beigeladenen zu 1) waren, läge überhaupt schon kein Vergaberechtsverstoß vor. Denn dabei handele es sich nicht um ein nicht bekannt gegebenes weiteres Unterkriterium, sondern um einen Bestandteil des Zuschlagskriteriums „Preis“, und das Kriterium sei bekannt gegeben worden. Zudem hätte die Antragstellerin, wenn sie meint, dass eine Auswahl durch Losentscheid bei Gleichrangigkeit von Angeboten nicht ohne Hinweis in den Vergabeunterlagen hätte erfolgen dürfen, dies zuvor rügen müssen.

Die Antragsgegnerin meint zudem, dass kein offensichtliches Missverhältnis hinsichtlich der Preise erkennbar gewesen sei, weil die Preise deutlich unter 10% Abweichungen aufwiesen, wobei offen bleibe könne, welche Differenz man zugrunde lege. Dennoch habe sie den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zum Anlass genommen, die Auskömmlichkeit der Angebote der beiden Beigeladenen zu prüfen. Dabei habe sie festgestellt, dass der Mindestlohn von 8,15 € eingehalten werde. Rechne man die Sozialversicherungsbeiträge hinzu, die vom Zoll mit ca. 70% veranschlagt würden, dann käme man hier auf eine Untergrenze von 13,85 €. Auch der Zoll lege keinen exakten Wert fest, sondern gebe lediglich 70 Prozent an. Vorliegend würden die Angebote der Beigeladenen diese Untergrenze nicht unterschreiten.

Darüber hinaus meint die Antragsgegnerin, dass die öffentlichen Auftraggeber außerhalb des Baubereichs die Einhaltung der Mindestlöhne durch einen Tarifvertrag auch nicht wirksam fordern könnten. Denn nach dem Ruffert-Urteil des EuGH sei das Schutzniveau grundsätzlich auf das beschränkt, was die EntsenderL vorsehe. Danach könne der Mindestlohn entweder durch eine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift oder durch einen für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag vorgegeben werden, sofern die Tarifverträge die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen. Der Anhang der Entsenderichtlinie nenne aber nur Bauarbeiten, nicht aber das Gebäudereinigungsgewerbe.

Die Antragsgegnerin ist zudem der Auffassung, dass sich eine solche Verpflichtung zur Einhaltung von Mindestlöhnen nicht aus dem AEntG herleiten lasse und auch im Übrigen keine Rechtsgrundlage dafür ersichtlich sei. Demzufolge sei sie nicht verpflichtet gewesen, in den Vergabeunterlagen eine solche Forderung zu stellen, was sie auch nicht getan habe.

Im Übrigen habe sie aber im Laufe des Nachprüfungsverfahrens ermittelt, dass die Beigeladenen in ihren Angeboten jedenfalls die Mindestlöhne im Gebäudereinigungshandwerk in Höhe von 8,15 € berücksichtigen würden. Insofern sei unabhängig von der Frage, ob die Forderung nach Einhaltung von Mindestlöhnen vergaberechtlich überhaupt zulässig oder sogar zwingend erforderlich sei, eine Rechtsverletzung bei der Antragstellerin nicht feststellbar. Denn nach Aufklärung der Kalkulationsgrundlagen in den beiden im Streit stehenden Angeboten stehe fest, dass diese jedenfalls die Mindestlöhne nicht unterschreiten. Insofern könne die Antragstellerin jedenfalls vorliegend –unabhängig von der Feststellung eines Vergaberechtsverstoßes– in ihren Rechten aus § 114 Abs. 1 GWB nicht verletzt sein.

**Die Beigeladenen** erhielten Gelegenheit zum Vortrag. Die Beigeladene zu 2) führte aus, dass sich ihr Unternehmen bei der Angebotsfertigung an die Vorgaben aus den

Vergabeunterlagen gehalten habe und insofern sei der Ausschluss ihres Angebots im Vergabeverfahren keinesfalls gerechtfertigt.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 4.9.2009 verlängert, weil eine mündliche Verhandlung während der Sommerferien in Nordrhein-Westfalen mit allen Beteiligten aus terminlichen Gründen nicht stattfinden konnte. Am 20.8.2009 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung verwiesen.

## II.

Die Vergabekammer ist zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebende Aufträge dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind und sie ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat, §§ 104 Abs. 1 GWB, 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4.12.2007 genannten Schwellenwert in Höhe von 206.000 €. Gemäß § 131 Abs. 8 GWB ist das Nachprüfungsverfahren nach dem GWB in bisheriger Fassung durchzuführen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig.

a) Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich aus § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat ein Angebot abgegeben und befindet sich damit bei den Losen 6,7, 8 und 9 auf dem 1. oder 2. Rangplätzen. Unterstellt man ihre Beanstandungen als richtig, hätten die Konkurrenzangebote ausgeschlossen werden müssen, weil diese definitiv unterhalb von 14 € /h angeboten hatten.

b) Der von der Antragstellerin beanstandete Vergaberechtsverstoß hinsichtlich der Unterschreitung der Mindestlöhne war allein aufgrund der Vergabeunterlagen nicht erkennbar, sondern ließ sich erst nach erfolgter Wertung ermitteln. Insofern hat die Antragstellerin gemäß § 107 Abs. 3 GWB unverzüglich gerügt. Aus dem Schreiben vom 5.6.2009 ergibt sich, dass die Antragstellerin noch nicht über alle Informationen verfügte, um einen Vergaberechtsverstoß zu rügen. Insbesondere konnte sie nicht nachvollziehen, dass es Angebote gab, die unterhalb des vom Zoll vorgeschlagenen Stundenverrechnungssatzes von 14 € liegen konnten.

Der Rügeobliegenheit des Bieters unterliegen nur solche Vergaberechtsverstöße, hinsichtlich derer der Bieter über die volle und positive Kenntnis der sie begründenden Tatsachen verfügt und die er außerdem auch in rechtlicher Hinsicht bei zumindest laienhafter Bewertung als Rechtsverletzung würdigt. Bloße Verdachtrügen müssen nicht ausgesprochen werden. Vermutungen reichen nicht aus; ebenso wenig schadet grob fahrlässige Unkenntnis von dem Vergabefehler, OLG Düsseldorf, 22.8.2000, Verg 9/00; OLG Düsseldorf, 4.3.2004, Verg 8/04.

Ausgehend von diesen Überlegungen steht fest, dass die Antragstellerin am 5.6.2009 noch keine abschließende Kenntnis über mögliche Verstöße gegen das Arbeitnehmerentendegesetz hatte. Sie hat lediglich vermutet, dass die Konkurrenzangebote die vom Zoll vorgeschlagenen Stundenverrechnungssätze unterschreiten mussten. Erst nachdem die Antragstellerin am 16.6.2009 von der Antragsgegnerin

keine weiteren Informationen erhalten hatte, musste sie reagieren. Insofern ist die Rüge mit Schreiben vom 18.6.2009 unverzüglich erfolgt und auch inhaltlich klar und deutlich als Beanstandung zu verstehen.

Dabei kam es der Antragstellerin auch nicht nur auf die Einhaltung des Mindestlohns an. Vielmehr hat sie in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht, dass es eigentlich keine Angebote geben könnte, die unterhalb der von der Bundesfinanzdirektion West liegenden Vorgaben von 14 € liegen. Nicht nur der Mindestlohn von 8,15 € sei entscheidend, sondern die Bestrebungen des Zolls und auch der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement gingen dahin, keinen Stundenverrechnungssatz unterhalb von 14 € zu akzeptieren.

Die Rüge erfolgte gegenüber der Vergabestelle zeitlich unmittelbar vor Einreichung des Nachprüfungsantrages, was zulässig ist. Eine Wartefrist ist dem Antragsteller nicht zuzumuten, weil er das Risiko für die Einhaltung der Fristen in einem Nachprüfungsverfahren trägt, OLG Frankfurt, 16.5.2000, 11 Verg 1/99; VK Münster, 23.5.2003, VK 9/03; VK Münster 30.4.2009, VK 4/09. Dabei ist hier nicht nur die Antragschrift in Durchschrift an die Antragsgegnerin übersandt worden, sondern die Rüge vom 18.6.2009 ist ein separates Schreiben, das die Beanstandungen auch enthält. Lediglich die Details finden sich in der Antragschrift, auf die vollinhaltlich Bezug genommen wird. Aus diesen Umständen lässt sich erkennen, dass die Antragstellerin sich über den Zweck der Rüge als prozessuale Zugangsvoraussetzung für ein Nachprüfungsverfahren bewusst gewesen ist. Dies reicht aus. Mehr muss ein Bieter nicht tun.

c) Allerdings hat die Antragstellerin hier die Umstände in Zusammenhang mit der Bewertungsmatrix nicht unverzüglich gerügt. Bereits aus den Vergabeunterlagen ergab sich, dass die Antragsgegnerin eine Punktzahl von 100 Punkten vergeben wollte, wobei im Bereich der Unterhaltsreinigung der Angebotspreis zu 70% und die Reinigungsleistung zu 30% in die Wertung einbezogen werden sollten. Das wertbare Angebot mit der niedrigsten durchschnittlichen Reinigungsleistung m<sup>2</sup>/h sollte die volle Punktzahl (100 Punkte) erhalten und die nächstfolgenden Angebote sollten im Verhältnis dazu niedriger gewertet werden, also abgestuft werden. Eine Bewertungsmatrix für diese Abstufung war nicht vorgesehen und ist auch nicht vorhanden.

In der Rechtsprechung gilt als gesichert, dass eine Vergabestelle dazu verpflichtet ist, eine Bewertungsmatrix, Unterkriterien und deren Gewichtung entweder in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen bekannt zugeben, soweit diese vorhanden sind, OLG Düsseldorf, 14.11.2007, Verg 23/07. Nachträglich erstellte Unterkriterien sind in der Regel vergaberechtsrelevant, weil lediglich geringe Anforderungen an die Kausalität der Auswirkungen gestellt werden. Wenn nicht auszuschließen ist, dass die Bekanntgabe der Unterkriterien und ihre Gewichtung Einfluss auf den Inhalt der Angebote haben kann, dann ist der öffentliche Auftraggeber dazu verpflichtet, diese nachträglich erstellten Kriterien bekanntzugeben. Gegebenenfalls muss er sogar den Bietern dann Gelegenheit zu einer Änderung und Anpassung der Angebote geben, vgl. u.a. OLG Düsseldorf, 23.1.2008, Verg 31/07.

Das ist vorliegend in Bezug auf die 100Punkte Skala nicht feststellbar. Eine weitere Differenzierung hat die Antragsgegnerin nicht vorgenommen. Also musste sie auch keine weiteren Informationen an die Bieter herausgeben.

Wenn ein Bieter meint, dass dies vorliegend erforderlich war, so konnte er bereits aus den Vergabeunterlagen entnehmen, dass es keine detailliertere Bewertungsmatrix gab. Also hätte er unmittelbar nachfragen müssen.

Die angebliche Unklarheit, Zweifelhaftigkeit oder Mehrdeutigkeit eines Punktebewertungssystems, welches den Bietern mit den Verdingungsunterlagen bekannt gemacht worden ist, ist regelmäßig in der Angebotsphase zu rügen. Für die laienhafte rechtliche Bewertung des Inhalts der Bekanntmachung der Zuschlagskriterien als nicht ausreichend transparent kommt es nur darauf an, ob ein Bieter sich aufgrund der gegebenen Informationen im Stande sieht, ein wettbewerbsfähiges Angebot zu erstellen oder nicht. Es ist regelmäßig auch ohne rechtliche Beratung möglich zu entscheiden, ob der Inhalt der Verdingungsunterlagen aus fachlicher Sicht erkennen lässt, worauf es dem Auftraggeber ankommt und ob die vorgenommenen Einstufungen für die Punkteverteilung für einen branchen- und fachkundigen Bieter eindeutig verständlich sind oder nicht, so das OLG Naumburg, 13.5.2008, 1 Verg 3/08.

Dabei steht den Vergabestellen bei der Aufstellung der Wertungsbereiche und der ihnen zugeordneten Wertungskriterien ein Ermessensspielraum zu, der lediglich zuvor den Bietern bekanntzugeben ist. Wenn sich dieser Maßstab bereits aus den Vergabeunterlagen ergibt, Bieter diesen Maßstab aber nicht für gerechtfertigt halten, so muss dies umgehend gegenüber der Vergabestelle gerügt werden. Dies hat die Antragstellerin nicht gemacht, obwohl die Vergabeunterlagen eindeutig waren. Insofern ist eine Rüge hinsichtlich des Maßstabes nach Angebotsabgabe, vorliegend am 18.6.2009, definitiv verspätet.

d) Demgegenüber ist die Beanstandung, dass möglicherweise als zusätzliches Unterkriterium die Lohnanpassung bei gleichem Gesamtpreis ausschlaggebend sein sollte, unverzüglich gerügt worden. Diesen vermeintlichen Vergaberechtsverstoß konnte die Antragstellerin erst aufgrund der Akteneinsicht erkennen, weil damit erstmalig die Rangverhältnisse und insbesondere die Anmerkung im Vergabevermerk offen gelegt wurden. Dort hatte die Antragsgegnerin vermerkt, dass der höhere %Anteil zu höheren Preisanpassungen führen musste, so dass die Angebote der Beigeladenen zu 1) hinsichtlich der Lose 6 und 7 der Vorrang eingeräumt wurde, obwohl vom Wertungsergebnis diese Angebote gemeinsam mit den Angeboten der Antragstellerin auf dem gleichen Rang lagen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

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

Die Antragsgegnerin hat weder bei der Fertigung der Vergabeunterlagen noch bei der Wertung der Angebote gegen Vergabevorschriften verstoßen.

Die Antragsgegnerin hat mit der von ihr vorgenommenen Prüfung der Angebote den vergaberechtlichen Anforderungen genüge getan. Sie war nicht verpflichtet, die Angebote der Beigeladenen, die beide einen Stundenverrechnungssatz von unter 14 € angeboten hatten, auszuschließen.

Die Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt nach den Regelungen in den Verdingungsordnungen. Dabei handelt es sich um Verfahrensregeln vergleichbar beispielsweise

mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz. Für Reinigungsdienstleistungen gilt die VOL/A.

Die öffentlichen Aufträge sind bekanntzumachen, wobei insbesondere die Eignungsnachweise gemäß § 7 a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A bereits in der europaweiten Bekanntmachung anzugeben sind. Der Ausschluss von Bietern vom Vergabeverfahren wegen fehlender Eignung kommt deshalb nur in Frage, wenn eine Vergabestelle Eignungsnachweise fordert, die vom Bieter nicht ordnungsgemäß vorgelegt werden. Fehlende Eignungsnachweise oder Erklärungen machen ein Angebot unvollständig und solche Angebote sind nach Auffassung des BGH, grundlegend dazu BGH, 18.2.2003, X ZB 43/02, von der weiteren Wertung auszuschließen.

Als geeignet eingestufte Bieter kommen mit ihren Angeboten in die dritte und vierte Wertungsstufe. Auf der dritten Wertungsstufe prüft die Vergabestelle die Angemessenheit des Preises, während sie auf der vierten Wertungsstufe ihre zuvor bekanntgegebenen Zuschlagskriterien anzuwenden hat. Die Wirtschaftlichkeit eines Angebots wird somit grundsätzlich anhand dieser vier Wertungsstufen ermittelt. Die Abfolge der einzelnen Prüfungsschritte ist in § 25 VOL/A folgerichtig festgelegt und deshalb nach allgemeiner Ansicht zwingend einzuhalten, vgl. dazu BGH, Beschluss vom 15.4.2008, X ZR 129/06 zum gleichlautenden § 25 VOB/A. Dabei gelten für jede Wertungsstufe besondere Anforderungen, die eine Vergabestelle einzuhalten hat, um die in § 97 Abs. 1 und 2 GWB niedergelegten Wettbewerbsgrundsätze (Transparenz der Vergabe und Gleichbehandlung der Wettbewerber) zu gewährleisten, vgl. dazu insgesamt, Diemon-Wies/Graiche, NZBau 2009, S. 409 ff.

Die Forderung nach Tariftreue und Einhaltung von Mindestlöhnen bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags stellt ein vergabefremdes Kriterium dar, weil dies der Kalkulation des Bieters unterliegt, nicht aber der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dient (§ 97 Abs. 5 GWB). Die Kalkulation der Angebote ist grundsätzlich Sache der Bieter; damit hat eine Vergabestelle nichts zu tun.

Insofern darf eine Vergabestelle eine solche Forderung bei der Vergabe als Verfahrensregel nur aufstellen bzw. berücksichtigen, wenn die Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 GWB vorliegen. Die Vergabestelle kann ein solches Kriterium entweder als Eignungskriterium bzw. Erklärung von vornherein bekannt geben oder einfach als eine weitergehende Anforderung in der Leistungsbeschreibung bestimmen. In beiden Fällen muss aber § 97 Abs. 4 GWB diese – vergabefremde- Anforderung zulassen. Nach § 97 Abs. 4 GWB ist eine solche Forderung nur zulässig, wenn sie durch ein Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.

Stellt eine Vergabestelle eine solche Forderung in den Vergabeunterlagen nicht auf, dann kann sie diese auch nicht bei der Wertung berücksichtigen. Dann bleibt einer Vergabestelle nur noch die Möglichkeit, im konkreten Einzelfall einen Bieter nach den §§ 7a, 7 Nr. 5 VOL/A von der Vergabe auszuschließen, weil sie diesen Bieter für unzuverlässig hält. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Bieter nachweisbar durch Bundeszentralregisterauszug eine bestimmte Straftat begangen hat oder nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, die seine Zuverlässigkeit in Frage stellt. Nur dann kann das Angebot eines solchen Bieters von der weiteren Vergabe ausgeschlossen werden.

Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin, war die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, eine solche Forderung nach Einhaltung des Mindestlohns in den Vergabeunterlagen aufzustellen (dazu 2.1) und sie hatte auch keinen Rechtsgrund für den Ausschluss der Angebote der Beigeladenen wegen Unzuverlässigkeit, nur weil diese einen Stundenverrechnungssatz unterhalb von 14€ / h angeboten hatten (dazu 2.2 und 2.3). Dann blieb nur noch die Möglichkeit, die Preise in den Angeboten als unangemessen niedrig einzustufen und die Angebote auf der dritten Wertungsstufe auszuschließen (dazu 2.4).

2.1 Die Antragsgegnerin hat in den Vergabeunterlagen zulässigerweise nicht die Forderung nach Einhaltung von Mindestlöhnen für die konkret zu beschaffenden Reinigungsdienstleistungen aufgestellt. Dabei bleibt zunächst offen, ob eine Vergabestelle eine solche Forderung überhaupt aufstellen darf (vgl. dazu OLG Düsseldorf, 29.4.2009, Verg 76/08; OLG Düsseldorf, 29.7.2009, Verg 18/09).

a) Die Antragsgegnerin hat weder in der europaweiten Bekanntmachung noch in den Vergabeunterlagen besondere Anforderungen an die Einhaltung von Tarifbindungen und Mindestlöhnen gestellt. Vielmehr forderte sie die Angabe von Referenzen, den Nachweis von Umsätzen und die Angabe der Mitarbeiterzahlen als Eignungsnachweise. Darüber hinaus forderte sie auch keine Tarifbindung als weitergehende Anforderung im Sinne von § 97 Abs. 4 GWB.

Lediglich in § 20 des den Verdingungsunterlagen beigefügten Vertragsentwurfs wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass sie es als einen wichtigen Kündigungsgrund ansehe, wenn das beauftragte Unternehmen seinen Mitarbeitern nicht die tariflichen oder gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen zahle. Ein solcher Hinweis ist keine Vergaberegeln, weil davon nicht die Entscheidung über den Zuschlag abhängig gemacht wird. Vielmehr handelt es sich nur um einen Hinweis auf die allgemein gültige Arbeitsrechtsordnung, die von allen Gewerbetreibenden einzuhalten ist. Im Gegensatz zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.12.2008, Verg 55/08, gab es vorliegend keine Vorgabe in der Leistungsbeschreibung, sondern lediglich eine Vertragsklausel im Entwurf des Vertrages. Dadurch wurde aber für alle Bieter nicht die Einhaltung von Tarifbindungen als Vergabekriterium verpflichtend gefordert, sondern hier wurde nur darauf hingewiesen, dass Kontrollen und im Verletzungsfall rechtsgestaltende Erklärungen bei der Vertragsausführung (hier: Kündigung aus wichtigem Grund) nicht ausgeschlossen sind, OLG Düsseldorf, 5.5.2008, Verg 5/08.

Im Vergabeverfahren ist der öffentliche Auftraggeber hingegen nicht verpflichtet, die Angebote einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle, namentlich einer Kontrolle der Preise auf Einhaltung eines Tarifvertrages zu unterziehen. Ein öffentlicher Auftraggeber ist lediglich verpflichtet, die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einzuhalten und alle Bieter gemäß den Wettbewerbsprinzipien zu behandeln.

Wird beispielsweise einem Bieter in einem Nachprüfungsverfahren von den Konkurrenten vorgehalten, dass sein Betriebsgelände nicht alle baurechtlichen oder umweltrechtlichen Anforderungen erfüllt, so ist dies für sich genommen kein Ausschlusskriterium für das Angebot des Bieters im Vergabeverfahren. Eine Vergabestelle prüft die Einhaltung der Vergabebestimmungen im Sinne von § 104 Abs. 2 GWB, aber nicht, ob sich ein Bieter außerhalb dieser Vergabebestimmungen rechtmäßig oder

gesetzzestreu verhält, es sei denn, die Voraussetzungen des § 7 Nr. 5 oder § 7a Nr. 2 VOL/A liegen vor.

Die Gesamtumstände sprechen hier dafür, dass die Antragsgegnerin in ihren Vergabeunterlagen eine Anforderung im Sinne einer Vergabebestimmung nicht aufgestellt hat. Zwar führt der Hinweis in § 20 des Vertragsentwurfs dazu, dass sich ein Bieter über die Berücksichtigung von Tariflöhnen in seinem Angebot Gedanken machen musste. Im Gegensatz zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf, 8.12.2008, Verg 55/08, war die Einhaltung von Tarifverträgen aber nicht konstitutiv in der Leistungsbeschreibung gefordert.

Im Ergebnis hat die Antragsgegnerin somit keinen konkreten Eignungsnachweis oder keine weitergehende Anforderung an die Einhaltung von Mindesttariflöhnen in den Vergabeunterlagen gefordert. Eignungsnachweise bzw. Erklärungen, die nicht ausdrücklich von der Vergabestelle gefordert werden, können nicht zum Gegenstand der Entscheidung gemacht werden. Diese Art der Entscheidungsfindung verstößt gegen § 25 VOL/A, so auch BGH, 17.2.1999, X ZR 101/97.

b) Die Antragsgegnerin war auch nicht verpflichtet, entsprechende Anforderungen bezüglich der Einhaltung von Mindestlöhnen in den Vergabeunterlagen zu stellen. Insbesondere ergibt sich eine solche Verpflichtung für die Vergabestellen nicht aus dem Arbeitnehmerentsendegesetz.

aa) Zutreffend ist, dass die Einhaltung von Mindestlöhnen Auswirkungen auf die Preise in den Angeboten haben kann. Die Unterschreitung von Tariflöhnen oder die Weigerung eines Bieters, sich an bestimmte Tariflöhne zu binden, verletzen aber keineswegs per se die wettbewerblichen Prinzipien des Vergaberechts aus § 2 Nr. 1 VOL/A, vgl. dazu OLG Düsseldorf, 5.5.2008, Verg 5/08. Vielmehr muss im Einzelfall festgestellt werden, ob ein Bieter unzuverlässig ist (dazu 2.2 und 2.3) oder möglicherweise ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung vorliegt (dazu 2.4).

bb) Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Einhaltung von Mindesttariflöhnen grundsätzlich ein vergabefremdes Beschaffungskriterium ist. Vergabefremde Aspekte sind solche Kriterien, welche nicht lediglich den betriebswirtschaftlich effizientesten Weg der Beschaffung verfolgen, sondern auch allgemeine gesellschaftspolitische Zwecke bei der Auftragsvergabe berücksichtigen, wie die Zahlung von Mindestlöhnen oder Tariflöhnen.

Gemäß § 97 Abs. 4 GWB a.F. werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Soweit eine Vergabestelle eine solche Forderung nach Einhaltung von Mindesttariflöhnen stellen würde, müsste sie die Vorgaben des § 97 Abs. 4, 2. HS GWB beachten, der jedenfalls in Verbindung mit § 97 Abs. 7 GWB bieterschützend ist, OLG Düsseldorf, 8.12.2008, Verg 55/08. Dabei bleibt es dahin gestellt, ob diese Forderung ein Eignungsnachweis, mit allen sich daran anschließenden rechtlichen Konsequenzen ist oder lediglich eine weitergehende Anforderung, die möglicherweise auch außerhalb der vier Wertungsstufen noch zusätzlich zu beachten ist oder ob es sich um ein Kriterium handelt, dass auf der ersten Wertungsstufe als Erklärung zu prüfen ist.

Um ein solches Kriterium für die Eignungsprüfung (im weitesten Sinne) des Bieters heranziehen zu können, muss ein Bundes- oder Landesgesetz dies ermöglichen. Das bestimmt § 97 Abs. 4, 2. HS GWB a.F.

Dabei geht das OLG Düsseldorf, 29.4.2009, Verg 76/08; OLG Düsseldorf, 29.7.2009, Verg 18/09, davon aus, dass eine solche Anforderung (Einhaltung des Mindesttariflohnes) unmittelbar in einem formellen Bundes- oder Landesgesetz getroffen worden sein muss. Ein solches Gesetz gibt es in Nordrhein-Westfalen nicht und auch das AEntG a. F. rechtfertigt diese Forderung nicht. Denn der Mindesttariflohn für Reinigungsdienstleistungen wird nicht unmittelbar im AEntG festgeschrieben, sondern dieses formelle Bundesgesetz ermöglicht es nur, dass entweder ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wird oder eine Rechtsverordnung vom Bundesministerium ohne Zustimmung des Bundesrates (§ 7 Abs. 1 AEntG) erlassen wird, in der diese Mindestlöhne festgeschrieben werden. Da das formelle Gesetz diese Voraussetzungen nicht unmittelbar enthält, kann es auch nicht als ein Bundesgesetz im Sinne des § 97 Abs. 4, 2. HS. GWB angesehen werden, in diesem Sinne auch EuGH, Urteil vom 3.4.2008, Rs. C-346/06, Ruffert-Urteil, Rn. 24 für Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 (Entsenderichtlinie) im Zusammenhang mit dem Landesvergabegesetz Niedersachsen, das selbst keinen Mindestlohn festlegt. Nach der gegenwärtigen Rechtslage würde somit für eine solche Forderung als Eignungsnachweis im weitesten Sinne die nach § 97 Abs. 4 GWB erforderliche Rechtsgrundlage fehlen, so dass dies unzulässig ist. Nach den bei der Beschaffung einzuhaltenden Regeln dürfen die Vergabestellen somit eine solche Forderung nicht in ihren Vergabeunterlagen aufnehmen.

Als Begründung führt das OLG Düsseldorf, 29.4.2009, Verg 76/08; OLG Düsseldorf, 29.7.2009, Verg 18/09, zutreffend aus, dass es sich bei § 97 Abs. 4, 2. HS GWB um eine Ausnahmenvorschrift handelt, die eng auszulegen ist. Bereits aus der Wortwahl des Gesetzgebers in § 97 Abs. 2 und Abs. 4 GWB könne geschlossen werden, dass eben eine Benachteiligung von Teilnehmern am Vergabeverfahren „auf Grund“ des Gesetzes (so § 97 Abs. 2 GWB) zugelassen werden könne, während § 97 Abs. 4 GWB hingegen bei weitergehenden Anforderungen eine Benachteiligung nur zulasse, wenn dies „durch“ Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen wird.

Im Ergebnis reicht somit für § 97 Abs. 4 GWB der allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag im Gebäudereinigungshandwerk und auch eine mögliche Rechtsverordnung des Bundesministeriums nicht aus, weil es sich dabei nicht um formelle Gesetze handelt. Das Arbeitnehmerentsendegesetz reicht nicht aus, weil dieses Gesetz, das zwar formell erlassen wurde, die Mindestlöhne nicht unmittelbar enthält.

Die Antragsgegnerin war somit nicht verpflichtet, entsprechende Vorgaben hinsichtlich der Mindestlöhne in ihren Vergabeunterlagen aufzunehmen. Da die Vergabeunterlagen diesbezüglich vergaberechtlich nicht zu beanstanden waren, kann im Umkehrschluss dazu auch eine Vergabekammer in einem Nachprüfungsverfahren eine solche Änderung der Vergabeunterlagen - mit der Konsequenz einer Neuausschreibung, die dann auch der Antragstellerin eine neue Chance auf Angebotsabgabe ermöglicht hätte- nicht anordnen.

2.2 Die Antragsgegnerin war auch nicht nach § 6 Satz 2 AEntG a.F. (§ 21 Abs. 1 AEntG n.F.) in Verbindung mit § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A verpflichtet, die Angebote der

Beigeladenen auszuschließen, nur weil diese Stundenverrechnungssätze unterhalb von 14 € beinhalteten.

Danach sollen von der Teilnahme am Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag Bewerber für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden, wenn sie wegen eines bußgeldbewehrten Verstoßes gegen die Tariftreuepflicht zwar noch nicht mit einer Geldbuße belegt worden sind, angesichts der Beweislage im Einzelfall aber dennoch kein vernünftiger Zweifel an einer dahingehenden schwerwiegenden Verfehlung besteht.

a) Der Ausschluss eines Angebots in einem Vergabeverfahren ist eine Maßnahme, die weitreichende Konsequenzen hat. Der ausgeschlossene Bieter hat gegenüber der Vergabestelle einen Anspruch darauf, dass diese ihm erklärt und begründet, warum das Angebot ausgeschlossen wurde. Der ausgeschlossene Bieter kann diese Maßnahme sogar in einem Nachprüfungsverfahren von einer Vergabekammer überprüfen lassen. Deshalb kommt der Ausschluss von Angeboten nur in Betracht, wenn diese bereits gemäß §§ 22, 23 VOL/A ausgeschlossen werden müssen oder die Wertung nach § 25 VOL/A ergibt, dass das Angebot nicht das wirtschaftlichste ist. Darüber hinaus kann eine Vergabestelle Bieter ausschließen, die aus anderen Gründen nachweislich nicht zuverlässig sind.

So bestimmt § 7a Nr. 2 VOL/A, dass im Falle der nachweislichen Verwirklichung von ganz bestimmten Straftatbeständen (rechtskräftige Verurteilung) der Ausschluss des Bieters wegen Unzuverlässigkeit zu erfolgen hat (Mussvorschrift). Wenn aber der Ausschluss aufgrund von Straftatbeständen nur erfolgen darf, wenn gemäß § 7a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A dafür ein Nachweis (Bundeszentralregisterauszug) vorliegt, dann erscheint ein zwingender Ausschluss eines Angebots für den Fall, dass gemäß § 6 AEntG lediglich keine vernünftigen Zweifel mehr an der Durchführung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens angenommen werden, äußerst fraglich. Die Vermutung, dass ein Straftatbestand erfüllt wurde, reicht jedenfalls für einen Angebotsausschluss nicht. Erst recht muss für den Fall, dass lediglich die Verwirklichung eines Bußgeldtatbestandes angenommen bzw. vermutet wird, gelten, dass dies nicht ausreichen kann, sondern dass gegebenenfalls ebenfalls ein Nachweis gefordert werden müsste.

b) Letztlich kommt aber ein Ausschluss der Angebote der Beigeladenen gemäß § 6 AEntG in Verbindung mit § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A nicht in Betracht.

Nach § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A können von der Teilnahme am Wettbewerb Bewerber ausgeschlossen werden, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt (Kannvorschrift).

Dieser Ausschlussgrund ermöglicht es der Vergabestelle in jedem Verfahrensstadium eine Entscheidung über den Ausschluss des Bieters oder Bewerbers zu treffen. Sie ist aber dazu nicht verpflichtet, sondern es obliegt ihrem Beurteilungsspielraum – können- ob sie einen Bewerber beispielsweise trotz eines schwebenden Bußgeldverfahrens ausschließt. Die Vergabestellen dürfen im Übrigen auch bei ihrer Entscheidung über die Eignung der Bieter keine Umstände berücksichtigen, die nicht auf einer gesicherten Erkenntnis des Ausschreibenden beruhen, BGH, 26.10.1999, X ZR 30/98.

Allein auf Mutmaßungen darf sich der Auftraggeber deshalb nicht stützen, BayObLG, 1.10.2001, Verg 6/01; OLG Düsseldorf, 9.4.2003, Verg 66/02, sondern es muss eine schwere Verfehlung nach § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A nach objektiven Kriterien beweisbar sein, OLG Düsseldorf, 28.7.2005, Verg 42/05; OLG Düsseldorf, 5.12.2006, Verg 56/06. Eine abstrakte Gefährdungslage oder vage Vermutungen reichen dafür nicht.

Geht man davon aus, dass die Einhaltung von Mindestlöhnen in den Bereich der Eignung der Bieter gehört, was keine sichere Erkenntnis ist, dann eröffnet zumindest § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A der Vergabestelle die Möglichkeit, die Zuverlässigkeit eines Bieters auch unter dem Blickwinkel des § 6 AEntG zu prüfen.

aa) Bei der Eignungsprüfung hat der öffentliche Auftraggeber mit Blick auf den Zeitraum der Ausführung der ausgeschriebenen Leistung eine Prognoseentscheidung darüber zu treffen, ob von dem betreffenden Bieter oder Bewerber unter allen heranzuziehenden Gesichtspunkten - auch unter Gesichtspunkten der Gewährleistung - eine einwandfreie und vertragsgemäße Auftragsausführung zu erwarten ist. Die diesbezügliche Prognose unterliegt einem Beurteilungsspielraum des Auftraggebers und ist im Vergabeverfahren nur beschränkt nachprüfbar, so auch OLG Düsseldorf, 29.4.2009, Verg 76/08. Die Beurteilungsgrenzen sind in der Regel überschritten, wenn das ausgeschriebene Verfahren nicht eingehalten wurde, die Vergabestelle von einem nicht zutreffenden oder nicht vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, in die Wertung willkürliche oder sonst unzulässige Erwägungen eingeflossen sind oder einzelne Wertungsgesichtspunkte objektiv fehlgewichtet wurden, OLG Düsseldorf, 23.3.2005, Verg 68/04; VK Münster, 13.2.2007, VK 17/06.

Vorliegend ist schon keine schwere Verfehlung feststellbar; insofern konnten die Angebote der Beigeladenen nicht ausgeschlossen werden. Das hat die Antragsgegnerin zulässigerweise im Nachprüfungsverfahren noch ermittelt.

bb) Eine solche Überprüfung hat die Antragsgegnerin jedenfalls durch Nachfrage bei den Beigeladenen nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens vorgenommen. Diese Überprüfung erfolgte zwar vor dem Hintergrund der Angemessenheit der Preise, hat aber ausweislich der Antwortschreiben der Beigeladenen zu 1) und zu 2) jeweils vom 23.6.2009 auch ergeben, dass der im Tarifvertrag des Gebäudereinigerhandwerks, Stand 1.1.2008, geforderte tarifliche Lohn von 8,15 € pro Stunde der Kalkulation in den Angeboten der Beigeladenen zugrunde gelegt wird. Die im Anschluss daran von den Beigeladenen dargelegten Lohnnebenkosten sowie anderweitige Gründe, die die jeweilige Kalkulation enthalten, hat die Antragsgegnerin im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums offensichtlich als ausreichend angesehen. Diese Gründe stellen Betriebsgeheimnisse dar und können deshalb im Verfahren nicht offen gelegt werden. Es handelt sich aber um Gründe, die von Unternehmen in öffentlichen Ausschreibungen immer wieder bei Kalkulationsnachfragen vorgetragen werden.

Die Antragsgegnerin hat somit den Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und die ihr vorliegenden Begründungen der Beigeladenen akzeptiert, was im Verfahren nicht beanstandet werden kann, weil insofern Beurteilungsfehler nicht feststellbar sind.

cc) Auch unter Berücksichtigung des Schreibens der Bundesfinanzdirektion West vom 6.3.2008 kann nichts anderes angenommen werden. Die Antragsgegnerin hat auf dieses Schreiben Bezug genommen und in ihren Nachfragen vom 23.6.2009

darauf hingewiesen. Insbesondere forderte sie die Beigeladenen auf, den Mindestlohn, die lohngebundenen Kosten und die Sozialversicherungsbeiträge offen zulegen, was auch geschehen ist. Insofern hat die Antragsgegnerin – wie vom Zoll verlangt- auch selbständig überprüft, ob eine Mindestlohnunterschreitung vorliegt. Dabei hat sie zutreffend angenommen, dass der Betrag von exakt 14 € keine zwingende Vorgabe ist, sondern die lohngebundenen Kosten und die Sozialversicherungsbeiträge nur mit ca. 70 % vorgegeben werden. Minimale Schwankungen oder Unterschreitungen sind damit nicht ausgeschlossen, so dass der Antragsgegnerin auch insofern kein vergabewidriges Verhalten vorzuhalten ist.

dd) Dabei kann eine Vergabestelle eine solche Beurteilungsentscheidung während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens auch nachholen, in diesem Sinne OLG Düsseldorf, 15.8.2003, Verg 34/03; VK Münster, 13.2.2007, VK 17/06. Sie muss in diesem Fall nicht verpflichtet werden, diese nachgeholte Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Bieters außerhalb der Nachprüfung zu wiederholen, sondern diese kann sogleich einer Überprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen unterzogen werden.

Im Ergebnis kommt der Ausschluss der Angebote der Beigeladenen gemäß § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A in Verbindung mit § 6 AEntG somit nicht in Betracht.

2.3 Die Antragsgegnerin war auch nicht verpflichtet, die Angebote der Beigeladenen gemäß § 7 Nr. 5 lit. e VOL/A auszuschließen.

a) Danach können Bewerber ausgeschlossen werden, die im Vergabeverfahren vorsätzlich unzutreffende Erklärungen in Bezug auf ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit abgegeben haben. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Einhaltung von Mindestlöhnen sowie der Stundenverrechnungssätze tatsächlich ein Umstand ist, der der Zuverlässigkeit der Bieter zugerechnet werden kann. Jedenfalls liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beigeladenen in ihren Angeboten unzutreffende Erklärungen gerade auch in Bezug auf die Lohnbestandteile gemacht haben.

Ausweislich der Vergabeunterlagen hatten die Bieter mit der Abgabe des Angebots unterschiedliche Eigenerklärungen abzugeben. Dazu gehörte u.a. die Versicherung, dass Steuern und Sozialversicherungsbeiträge ordnungsgemäß gezahlt werden und auch das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung beachtet wird. Auch die Beigeladenen haben diese Eigenerklärungen abgegeben.

Im Nachhinein hat die Antragsgegnerin auch ermittelt, dass diese Erklärungen der Beigeladenen zutreffend waren. Aus den offengelegten Kalkulationen ergibt sich, dass Steuern und Sozialabgaben gezahlt werden und auch der tarifliche Mindestlohn von 8,15 € zugrundegelegt wird.

Insofern rechtfertigt auch § 7 Nr. 5 lit. e VOL/A vorliegend nicht den Ausschluss der Angebote der Beigeladenen von der Vergabe.

b) Im konkreten Fall kommt ein Ausschluss gemäß § 7 Nr. 5 lit. e VOL/A auch nicht gemäß § 6 Satz 4 AEntG (§ 21 Abs. 3 AEntG n.F.) in Betracht. Danach fordern öffentliche Auftraggeber im Rahmen ihrer Tätigkeit beim Gewerbezentralregister Auskünfte über rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen einer Ordnungswidrig-

keit nach § 5 Abs. 1 oder 2 (§ 23 Abs. 1 oder 2 n.F.) an oder verlangen von Bewerbern eine Erklärung, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach Satz 1 und 2 (Absatz 1 n.F.) nicht vorliegen. Die Bewerber um einen öffentlichen Auftrag müssen somit ihrerseits erklären, dass gegen sie kein Bußgeld verhängt und gegen sie auch kein Bußgeldverfahren wegen Verstöße gegen das Arbeitnehmerentsendengesetz eingeleitet wurde.

Gemäß § 7 Nr. 5 lit. e VOL/A können Bewerber, die eine solche geforderte Erklärung vorsätzlich falsch abgeben von der Vergabe ausgeschlossen werden, wobei dies dem Beurteilungsspielraum der Vergabestellen unterliegt.

Darüber hinaus würde eine solche Erklärung, falls sie als Erklärung im Sinne von § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A mit dem Angebot vorzulegen war (also von der Vergabestelle in den Vergabeunterlagen gefordert wird), aber im Angebot fehlen würde, zwingend zum Ausschluss des Angebots wegen Unvollständigkeit führen. Die Kammer lässt es hier ausdrücklich dahingestellt, ob eine solche Erklärung in Bezug auf § 6 Satz 4 AEntG tatsächlich sofort mit dem Angebot gefordert werden darf, weil damit die Voraussetzungen des § 97 Abs. 4, 2. HS GWB (§ 97 Abs. 4 Satz 3 GWB n.F.) unterlaufen würden. Wenn es vergaberechtlich unstatthaft ist, die Einhaltung von Mindestlöhnen zu fordern, weil dies nur durch ein formelles Gesetz erfolgen darf, aber das AEntG selbst diese Mindestlöhne nicht enthält, dann ist es zumindest fraglich, ob eine Vergabestelle diese Forderung mittelbar über § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A in Verbindung mit § 6 Satz 4 AEntG den Bietern auferlegen kann.

§ 6 Satz 4 AEntG bestimmt hingegen nicht, zu welchem Zeitpunkt eine solche Erklärung abzugeben ist oder gegebenenfalls ein Gewerbezentralregisterauszug gefordert werden muss. Eine Erklärung in einem Vergabeverfahren kann entweder sofort mit dem Angebot vorzulegen sein, aber sie kann auch in einem späteren Stadium des Vergabeverfahrens nur von ganz bestimmten Bietern gefordert werden, grundlegend dazu OLG Düsseldorf, 12.12.2007, Verg 34/07. Das sind in der Regel diejenigen Bieter, die in die engere Wahl gekommen sind. Nach den Verfahrensregeln der VOL/A ist aber eine Vergabestelle nicht verpflichtet, eine solche Erklärung sich bereits unmittelbar mit dem Angebot vorlegen zu lassen.

Die Antragsgegnerin hat jedenfalls im konkreten Fall eine solche Erklärung zu den Mindestlöhnen nicht unmittelbar gefordert, aber im Rahmen der Aufklärung nach § 24 VOL/A sich die Kalkulationen der Beigeladenen offen legen lassen. Dies ist vor dem Hintergrund des § 6 Satz 4 AEntG nicht zu beanstanden. Die Beigeladenen haben nicht nur die Sozialabgaben offen gelegt, sondern auch Hinweise auf die Mindestlöhne gegeben. Schon in tatsächlicher Hinsicht ergab sich aus diesen Angaben der Beigeladenen, dass sie keine bußgeldbewährten Verstöße begangen hatten.

Insofern hatte die Antragsgegnerin schon keinen Grund (keine vorsätzlich unzutreffenden Erklärungen) die Angebote der Beigeladenen gemäß § 7 Nr. 5 lit. e VOL/A auszuschließen.

2.4 Der Ausschluss der Angebote der Beigeladenen gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A kommt ebenfalls nicht in Betracht.

Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A haben öffentliche Auftraggeber die Angebote, die im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen, vor der Vergabe des Auftrags auf ihre Einzelposten hin zu überprüfen. Gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A darf auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, der Zuschlag nicht erteilt werden.

Auf der dritten Wertungsstufe überprüft der öffentliche Auftraggeber folglich bei allen Angeboten, die noch nicht auf der ersten oder zweiten Stufe ausgeschlossen wurden, ob das Angebot einen unangemessen niedrigen oder hohen Preis enthält. Mit dem Preis ist der Gesamtpreis gemeint, OLG Düsseldorf, 14.1.2009, Verg 59/08.

a) Die Regelungen über die Auskömmlichkeit der Preise dienen zunächst nur dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers und haben gegenüber dem Mitbewerber des betroffenen Bieters keine bieterschützende Wirkung. Nur der vom Ausschluss seines Angebots wegen Unauskömmlichkeit bedrohte Bieter kann verlangen, dass die Vergabestelle eine Prüfung der Auskömmlichkeit der Einzelpreise vornimmt, OLG Düsseldorf, 2.5.2007, Verg 1/07; OLG Düsseldorf, 29.9.2008, Verg 50/08; OLG Düsseldorf, 9.2.2009, Verg 66/08. Insofern kommt es auf den Rangplatz der Antragstellerin an. Sie hat aber jedenfalls bezüglich einiger Lose unmittelbar den nachfolgenden Rang, so dass sie Anspruch auf Überprüfung hat.

b) Zutreffend weist die Antragsgegnerin zudem darauf hin, dass eine Angemessenheitsprüfung immer erst dann durchgeführt wird, wenn die Differenz zum Durchschnittspreis aller Angebote deutlich über 10% liegt, so u.a. OLG Frankfurt, 30.3.2004, 11 Verg 4/04 und 5/04 (ab 20%), OLG Celle, 24.4.2003, 13 Verg 4/03 (ab 30%).

Vorliegend kann dies schon nicht festgestellt werden, sondern die Differenz liegt deutlich unter 10%.

Dennoch hat die Antragsgegnerin, was zulässig ist, während des Nachprüfungsverfahrens die Auskömmlichkeit der Einzelpreise in den Angeboten der Beigeladenen geprüft und sich von beiden Beigeladenen Detailübersichten zur Kalkulation der Stundenverrechnungssätze vorlegen lassen. Die Antragsgegnerin hat ein Missverhältnis nicht festgestellt, so dass sie auch nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A die Angebote der Beigeladenen nicht ausschließen konnte. Beurteilungsfehler bei dieser Überprüfung sind nicht ersichtlich, so dass auch insofern der Ausschluss der Angebote der Angebote nicht gerechtfertigt werden könnte.

Im Ergebnis ist auch die Wertung der Angebote auf der dritten Wertungsstufe hier ohne Beanstandungen durchgeführt worden.

2.5 Der Antragsgegnerin kann auch kein Verstoß gegen die Durchführung der Wertung auf der vierten Wertungsstufe hinsichtlich der Angebote der Beigeladenen zu 1) zu den Losen 6 und 7 vorgehalten werden.

a) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin werden die Leistungen zu festen Preisen vergeben, vgl. § 15 Abs. 1 VOL/A. Die Anpassung des Preises während der Vertragsdurchführung anhand der Preisgleitklausel – so wie im Vertragsentwurf vorgegeben – findet keine Berücksichtigung bei der Wertung der Angebote, es sei denn, die Vergabestelle würde dies ausdrücklich in den Vergabeunterlagen bestimm-

men. Dort hatte sie diesen Anteil aber lediglich abgefragt als Zusatzangaben zum Angebot, aber nicht bestimmt, dass es sich um ein Wertungskriterium handeln sollte.

b) Allerdings ist die Antragstellerin vorliegend nicht in ihren Rechten aus § 114 Abs. 1 GWB verletzt.

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

Unterstellt man einen Vergaberechtsverstoß, weil auf der vierten Stufe ein zuvor nicht bekannt gegebenes Zuschlagskriterium - %Anteil bei den Lohnnebenkosten angewandt wurde, dann wäre dies vergaberechtlich zwar nicht zulässig. Dies kann aber letztlich dahingestellt bleiben, weil bei Zurückversetzung des Verfahrens bis zur vierten Wertungsstufe eine andere Entscheidung der Antragsgegnerin nicht zu erwarten ist. Der Antragstellerin würde damit keine reelle Chance auf Erhalt des Zuschlags für die Lose 6 und 7 erhalten.

Denn die Antragsgegnerin könnte sich ohne weitere Begründung, also ohne Anwendung eines weiteren Zuschlagskriteriums bzw. Unterkriteriums, erneut für die Angebote der Beigeladenen zu 1) entscheiden. Sie müsste dafür nur eines der beiden gleichrangigen Angebote aussuchen.

Ein Losverfahren kann angewandt werden, wenn dem öffentlichen Auftraggeber eine rein objektive Auswahl aus zahlreichen gleich qualifizierten Bewerbungen nicht möglich ist. Auch zur Reduzierung der Bewerberzahl erscheinen Losentscheidungen zur Auswahl der zu den Verhandlungen zuzulassenden Bewerber als vertretbar, OLG Rostock, 1.8.2003, 17 Verg 7/03. Entscheidend ist nur, dass eine weitere Differenzierung anhand der Vorgaben in den Vergabeunterlagen nicht mehr möglich ist. Die Vergabestelle muss alle Möglichkeiten ausgeschöpft haben. Das war vorliegend der Fall.

c) Dabei kommt es nicht darauf an, dass den Bietern in den Vergabeunterlagen eine „Auslosung“ für den Fall der Gleichrangigkeit von Angeboten angekündigt wird. Letztlich handelt es sich nur um die interne Entscheidung der Vergabestelle, welches derjenigen Angebote, die auf der vierten Wertungsstufe gleichrangig sind, genommen wird. Dafür bedarf es keiner umfangreichen Auslosung oder keines Losverfahrens, sondern dies ist eine Entscheidung der Vergabestelle, die allein ihrer Beurteilung unterliegt. Die in § 97 Abs. 1 und 2 GWB genannten Wettbewerbsgrundsätze werden dadurch nicht mehr berührt. Insofern kann die Antragsgegnerin sich ganz einfach für eines der gleichrangigen Angebote für die Lose 6 und 7 entscheiden.

d) Würde die Kammer die Wiederholung der Wertung auf der vierten Stufe unter Ausschluss des „Unterkriteriums“ - %Anteil der Lohnnebenkosten anordnen, so kann sich die Antragsgegnerin ohne Vergaberechtsverstoß erneut für die beiden Angebote der Beigeladenen zu 1) entscheiden. Bei einer solchen Rechtslage hat der Antragsteller keine reelle Chance auf Erhalt des Zuschlags im Falle der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens, so dass er nicht in seinen Rechten aus § 114 Abs. 1 GWB verletzt ist.

2.6 Darüber hinaus sind vermeintliche Vergaberechtsverstöße, die in Zusammenhang mit § 13 VgV vorgetragen werden, dann nicht mehr von Belang, wenn das Nachprüfungsverfahren eröffnet wurde.

§ 13 VgV regelt den Zugang zu einem Nachprüfungsverfahren. Werden Vergaberechtsverstöße im Zusammenhang mit § 13 VgV geltend gemacht, wie hier die nicht wahrheitsgemäße Informationen in Bezug auf die Rangfolge, dann hat das für sich genommen keine Auswirkungen. Vielmehr muss – sobald das Nachprüfungsverfahren eröffnet ist - ein Vergaberechtsverstoß gemäß § 97 Abs. 7 GWB in Verbindung mit der VOL/A vorliegen, wodurch auch der Antragsteller in seinen Rechten verletzt wird.

Die Kammer lässt es hier ausdrücklich dahingestellt, ob eine Vergabestelle zur Angabe des Rangplatzes nach bisheriger Rechtslage verpflichtet war. In § 13 VgV wird das nicht gefordert und auch im neuen § 101a GWB wird eine Vergabestelle dazu nicht verpflichtet. Vielmehr lässt sich der Gesetzesbegründung zum GWB (Seite 21) entnehmen, dass von einer Verpflichtung zur Angabe der Platzierung bewusst wegen der dann damit verknüpften Rechtsfolge der Unwirksamkeit bei einem Fehlen der Angabe abgesehen wurde.

Vorliegend haben die vermeintlichen Verstöße gegen die Informationspflicht die Antragstellerin auch nicht in ihren Rechten verletzt, weil ihr der Zugang zur Nachprüfung eröffnet wurde.

### III.

Die Kosten sind gemäß § 128 Abs. 1 und 3 GWB von der unterlegenden Antragstellerin zu tragen, wobei die Kammer bei der Festsetzung der Gebühr gemäß § 128 Abs. 2 GWB von einem Auftragsvolumen von ca. xxxx Mio. € ausgeht, so dass nach der Gebührenstaffel des Bundes und der Länder eine Gebühr in Höhe von xxxx € zugrunde zu legen ist. Die Kammer ist dabei von einem Nettoauftragswert über einen Zeitraum von 48 Monaten ausgegangen, vgl. § 3 Abs. 3, 5 und 6 VgV.

Weiterhin hält die Kammer die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen beschränkte.

Demzufolge trägt die Antragstellerin die Aufwendungen der Antragsgegnerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

### **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.

---

XXXXXXXXXXXX

---

XXXXXXX

---

XXXXXXX