



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 38/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

Verfahrensbevollmächtigter:

[...],

- Antragstellerin -

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Bewachungsdienste [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Müller auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 2017 am 3. Mai 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, diese zu überarbeiten und den Bietern erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

2. Die Antragsgegnerin hat 25 % der Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen, die Antragstellerin hat 75 % hiervon zu tragen (Gebühren und Auslagen).
3. Die Antragsgegnerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu 25 %, die Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Antragsgegnerin notwendigen Aufwendungen zu 75 %.
4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU ([...]) gemeinschaftsweit bekannt. Die Ausführung des zunächst vier Jahre laufenden Vertrages sollte am 1. Mai 2017 beginnen. Die Verfahrensbeteiligten streiten über den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin (ASt) wegen einer Abweichung des von ihr anzugebenden Tarifgrundlohns von den Vorgaben der Ag. Die ASt ist ein Unternehmen des Wach- und Sicherheitsgewerbes und Mitglied im Bundesverband der Sicherheitswirtschaft (BDSW).

1. Nach Ziff. II.2.14) (Sonstige Angaben) der Bekanntmachung verlängert sich die vierjährige Vertragslaufzeit automatisch um jeweils ein Jahr zu gleichbleibenden Konditionen, wenn der Vertrag nicht spätestens zwölf Monate vor Ende eines Vertragsjahrs schriftlich gekündigt wird. Eine entsprechende Regelung enthält § 13 Abs. 2 des Vertragsentwurfs für die streitgegenständliche Bewachungsdienstleistung. Ein Ende für die automatisch eintretende Verlängerung ist nicht vorgesehen.

Auf S. 7 der Leistungsbeschreibung hat die Ag vorgegeben, dass sich die Vergütung der Wachkräfte im [...] Tarifgebiet

„grundsätzlich nach der Lohngruppe A 5. b) Sicherheitsmitarbeiter mit IHK-Prüfung als IHK-Geprüfte Werkschutzfachkraft oder geprüfte Schutz- und Sicherheitskraft im

Lohntarifvertrag für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in [...] gültig ab 01.01.2016 zu orientieren [hat]. Die Einschränkungen der Allgemeinverbindlichkeit finden Berücksichtigung. Eine Orientierung ist eingehalten, wenn der für den bestehenden LTV ausgewiesene tarifliche Stundengrundlohn um nicht mehr als 5% unterschritten wird. Zwischenzeitliche tarifliche Änderungen werden über § 5 des Vertragsentwurfes (Vertrages) wie dort beschrieben angeglichen.“

Eine entsprechende Vorgabe findet sich auf S. 8 der Leistungsbeschreibung für das Tarifgebiet [...] für Mitarbeiter im Objektschutz/Separatwachdienst (§ 3 Entgeltgruppe I a)).

Der jeweils in Bezug genommene § 5 des Vertragsentwurfes lautet wie folgt:

„(1) Folgende Änderungen der Kalkulationsgrundlage des Vertrags für die Lohnkosten begründen einen Anspruch der Auftragnehmerin auf Anpassung der Vergütung, d.h. des Stundenverrechnungssatzes der Bewachungsdienstleistung:

a. Änderung der Grundlöhne in Flächenlohntarifverträgen, die für die gewerblich Beschäftigten im Bewachungsgewerbe zwischen Tarifvertragsparteien im Sinne des § 2 Tarifvertragsgesetz (TVG) abgeschlossen sind.

b. Eintritt der Geltung von unter (1) (a) genannten Tarifverträgen für die Auftragnehmerin durch

- Allgemeinverbindlichkeitserklärung*
- Aufnahme eines Mindestlohntarifvertrages in das Arbeitnehmerentendegesetz*
- Tarifvertrag für ein bisher nicht tarifgebundenes Unternehmen (...)*

(4) Die Anpassung des Stundenverrechnungssatzes der Bewachungsdienstleistungen wird wie folgt berechnet:

(...)“

Gemäß Anlage 1 zum Angebot – „Aufschlüsselung Stundenverrechnungssätze Wachkräfte“ mussten die Bieter unter Ziffer 1 den für die jeweilige in der Leistungsbeschreibung geforderte Wachkraft-Qualifikationsnorm den vorgesehenen Grundlohn (Tariflohn) angeben. Gemäß der vom Bieter ebenfalls mit dem Angebot einzureichenden Anlage „Eigenerklärung zum Grundlohn“ mussten die Bieter erklären, dass dieser in den Angebotsunterlagen angegebene Grundlohn auch an die Mitarbeiter ausgezahlt wird.

§ 3 Abs. 9 des Vertragsentwurfes sieht in diesem Zusammenhang vor, dass die Ag vom Auftragnehmer das Recht eingeräumt bekommt, während der Vertragsdurchführung die Zahlung des ausgewiesenen Stundenlohns an die Mitarbeiter durch die Vorlage der Lohnabrechnungsbücher und Befragung der Mitarbeiter des Auftragnehmers zu überprüfen.

Der in der Leistungsbeschreibung genannte Tarifvertrag [...] - ist mit Bekanntmachung vom [...] für allgemeinverbindlich erklärt worden ([...]). In Bezug auf den fachlichen Geltungsbereich ist diese Allgemeinverbindlichkeitserklärung wie folgt beschränkt:

„Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung ergeht mit folgendem Hinweis: Der fachliche Geltungsbereich erfasst nur solche Betriebe und selbstständige Betriebsabteilungen, die innerhalb des örtlichen Geltungsbereichs ihren Sitz haben sowie Arbeitnehmer, die dem Direktionsrecht eines im örtlichen Geltungsbereich gelegenen Betriebs oder selbständigen Betriebsteils unterliegen.“

Der Lohntarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in [...] für allgemeinverbindlich erklärt worden. Auch diese Allgemeinverbindlichkeitserklärung enthält eine dem Tarifvertrag [...] entsprechende Einschränkung des fachlichen Geltungsbereichs der Allgemeinverbindlichkeit.

Mit Wirkung vom [...] sind beide in der Leistungsbeschreibung genannten Tarifverträge gekündigt worden. Rückwirkend zum 1. Januar 2017 ist der neue Lohntarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in [...] mit (Rück-)Wirkung zum 1. Januar 2017. Ein Antrag auf Allgemeinverbindlichkeitserklärung ist jeweils Ende März 2017 gestellt worden. Im Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer ist über diese Anträge noch nicht entschieden worden.

Die Satzung des Bundesverbandes der Sicherheitswirtschaft (BDSW), bei dem die ASt Mitglied ist, sieht in § 6 u.a. folgende Regelung vor:

„6.2. Die Mitglieder sind verpflichtet, die vom BDSW oder der Bundesvereinigung Deutscher Geld- und Wertdienste e. V (BDGW) mit einem Tarifvertragspartner abgeschlossenen Tarifverträge einzuhalten, sofern deren räumlicher Geltungsbereich den Ort der Erbringung der Arbeitsleistung umfasst. Vom Vorstand beschlossene Tarifverträge einschließlich Spartentarifverträge haben innerhalb

ihres räumlichen Geltungsbereiches Vorrang vor von der Landesgruppe geschlossene Tarifverträge.“

Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis (Ziffer B 2 der Besonderen Bewerbungsbedingungen).

Am 19. Januar 2017 beehrte der Geschäftsführer der ASt in einem parallel laufenden Vergabeverfahren bezüglich der Bewachung eines anderen in [...] gelegenen Objektes um Auskunft, wie die Formulierung der Kalkulationsvorgabe „Die Einschränkung der Allgemeinverbindlichkeit finden Berücksichtigung“ zu verstehen sei. Dabei legte der Geschäftsführer dar, dass aus seiner Sicht eine Unterschreitung des Tariflohns bei der Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes unzulässig sei. Auf der Basis des neuen (noch) nicht allgemeinverbindlichen LTV 5 % abzuziehen, sei ebenso wenig möglich wie auf Basis des alten LTV einen entsprechenden Abzug vorzunehmen. Die Kündigung des LTV in [...] sei unmaßgeblich, da dieser rückwirkend ab dem 1. Januar 2017 bereits durch einen neuen LTV ersetzt worden sei. Auch im Januar 2017 müsse bei der Bewertung berücksichtigt werden, dass der alte LTV während seiner Wirkungsdauer – und damit auch im Bezugnahmezeitpunkt durch die Ag – allgemeinverbindlich gewesen sei. Eine Kürzung um 5 % im Angebot würde nur dazu führen, dass angesichts der zu erwartenden Allgemeinverbindlichkeitserklärung aufgrund der vertraglichen Preisanpassungsklausel diese Reduktion plus die Lohnerhöhung und damit ca. 8 % unmittelbar auf den Angebotspreis aufgeschlagen werden müsse. Die Unterschreitung sei hier nur möglich, weil sie sich faktisch für den Bieter nicht auswirken werde. Dies sei umso bedauerlicher, weil aufgrund der Satzung des BDSW die Mitgliedsunternehmen verpflichtet seien, auch ohne beiderseitige Tarifbindung und ohne Allgemeinverbindlichkeitserklärung Tariflöhne zu zahlen. Das Schreiben der ASt schließt mit einer Aufforderung an die Ag, bis zum 24. Januar 2017 zu erklären, ob diese Rechtsauffassung der ASt zutrefte oder ob im dortigen Vergabeverfahren auf der Basis eines um 5 % gekürzten Tariflohns 2016 angeboten werden könne.

Die Ag reagierte mit Email vom 24. Januar 2017. Sie führte dabei aus, dass sich die Einschränkungen der Allgemeinverbindlichkeit des LTV auf die Bekanntmachung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung bezögen. Danach würden vom fachlichen Geltungsbereich nur Betriebe und selbstständige Betriebsabteilungen, die innerhalb des

örtlichen Geltungsbereichs ihren Sitz haben sowie Arbeitnehmer, die dem Direktionsrecht eines im örtlichen Geltungsbereich gelegenen Betriebs oder selbständigen Betriebsteils unterliegen, erfasst. Der LTV sei daher nicht uneingeschränkt allgemeinverbindlich. Darüber hinaus wiederholt die Ag in ihrem Antwortschreiben die Vergütungsvorgaben für die Wachkräfte der dortigen Leistungsbeschreibung.

Die ASt gab am 25. Januar 2017 ein Angebot ab. Dabei nahm sie in Los 1 ausweislich der von ihr eingereichten „Aufschlüsselung der Stundenverrechnungssätze Wachkräfte – Anlage 1 zum Angebot“ eine Unterschreitung der für [...] geltenden Tariflöhne um fünf Prozent vor; bei Los 2 unterschritt sie in einer Position den für [...] geltenden Tariflohn.

Die Ag schloss die ASt zunächst wegen einer von ihr angenommenen Abweichung zu einer anderen Anforderung der Leistungsbeschreibung aus, nahm diesen Ausschluss jedoch nach hiergegen gerichteter Rüge der ASt vom 14. März 2017 zurück. Mit Schreiben vom 16. März 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass nach ihren Feststellungen die ASt prozentuale Abweichungen bei den tariflichen Grundlöhnen vorgenommen habe, obwohl die Einschränkungen der Allgemeinverbindlichkeit bei ihr keine Berücksichtigung fänden. Die ASt habe ansässige Betriebe im Geltungsbereich des jeweiligen Landestarifvertrages. Zudem sie die ASt als Mitglied des BDSW verpflichtet, Tarifverträge auch ohne Allgemeinverbindlichkeitserklärung einzuhalten. Zur Prüfung, ob das Angebot der ASt „rechnerisch richtig“ sei, forderte die Ag die ASt zu einer schriftlichen Stellungnahme bis zum 21. März 2017, 12 Uhr, auf.

Mit Schreiben vom 19./20. März 2017 nahm die ASt hierzu Stellung. Sie erklärte, die tariflichen Vorgaben einhalten zu wollen. Die Ag habe der ASt jedoch auf die Anfrage ihres Geschäftsführers hin mitgeteilt, dass eine Unterschreitung des Tariflohns um 5 % zulässig sei; an diese Mitteilung sei die Ag gebunden. Eine abweichende Beurteilung könne sich auch nicht aus der BDSW-Mitgliedschaft der ASt ergeben. Jeder Bieter könne zudem aufgrund seiner Vertragsfreiheit jeden für die Leistung angebotenen Preis verlangen, solange er hierzu finanziell in der Lage sei.

Mit Schreiben vom 20. März 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass ihr Angebot gemäß § 56 Abs. 1 VgV und § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit c) GWB ausgeschlossen werden könne. Nachdem die ASt nochmals telefonisch gegenüber der Ag versichert hatte, trotz des in den Stundenverrechnungsblättern ausgewiesenen niedrigeren Betrages ihren Mitarbeitern die

vorgeschriebenen Tariflöhne in voller Höhe zu zahlen, teilte die Ag der ASt mit Email vom selben Tag mit, dass ihr Angebot auch nach nochmaliger Prüfung für den Zuschlag nicht in Betracht komme. Dies rügte die Ag mit einer zweiten Verfahrensrüge am 20. März 2017.

Mit Schreiben vom 22. März 2017 teilte die Ag der ASt gem. § 134 GWB mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) zu erteilen. Das Angebot der ASt sei endgültig ausgeschlossen worden. Mit Schreiben vom 23. März 2017 legte die Ag nochmals die Gründe für ihre Ausschlussentscheidung dar und half der Rüge der ASt nicht ab.

2. Mit einem am 30. März 2017 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen hat die Kammer der Ag am selben Tag übermittelt.

- a) Die ASt trägt vor, dass der Ausschluss ihres Angebots zu Unrecht erfolgt sei. Ihr Angebot sei in Übereinstimmungen mit den Vorgaben der Ag erstellt worden und halte insbesondere die in beiden Losen geltenden tariflichen Vorgaben vollumfänglich ein. Die ASt werde auch – wie schon in der Vergangenheit – allen Mitarbeitern den vollen Tariflohn zahlen.

Die Ag habe eine grundsätzliche „Orientierung“ an den Vergütungen bestimmter Lohngruppen des Lohntarifvertrages in [...], konkret eine Unterschreitung von weniger als 5 % des jeweils ausgewiesenen tariflichen Stundengrundlohnes, bei der Kalkulation vorgegeben. Dies habe die ASt eingehalten.

Im Ausgangspunkt sei festzustellen, dass die genannten Tarifverträge gekündigt und damit auch nicht mehr allgemeinverbindlich gewesen seien. Daher existiere aktuell kein rechtsverbindlicher Tarifvertrag, der von der Ag in Bezug genommen werden könne. Ob und ggf. wann jeweils neue Allgemeinverbindlichkeitserklärungen in Bezug auf die neuen Tarifverträge erfolgen würden, habe im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht festgestanden und werde auch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch nicht feststehen. Die Erwartung von Ag und Bg, dass die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen im Juni erfolgen könnten, sei nicht gewiss. Die Entwicklung in [...] zeige, dass Anträge auf Allgemeinverbindlichkeit auch scheitern

könnten. Auch seien die Konditionen des jeweils neuen Tarifvertrags im Zeitpunkt der Bekanntmachung nicht einmal bekannt gewesen.

Auf Grundlage der Vertragsfreiheit dürften die Bieter ohnehin selbst bestimmen, welche Preise sie anzubieten gedenken. Es stelle einen Unterschied dar, welche Kalkulationsangaben ein Bieter in den Stundenverrechnungsblättern mache und wie die spätere Vertragswirklichkeit gelebt werde. Selbst ein Unterkostenangebot sei tarifrechtlich zulässig und auch vergaberechtlich zuschlagsfähig. Der jeweilige Bieter müsse nur die Gewähr dafür bieten, seinen „unauskömmlichen“ Preis für die Dauer des zu vergebenden Auftrags finanziell durchhalten zu können. Die ASt habe durch die Angabe eines niedrigeren Grundlohns als eigentlich für die Auszahlung an die Mitarbeiter vorgesehen auch keinen unzulässigen Wettbewerbsvorteil, sondern vielmehr nur die Informationen der Ag aus dem Parallelverfahren für die Kalkulation des hiesigen Angebotspreises genutzt. Dass die anderen Bieter in Unkenntnis der tarifrechtlichen Lage den Spielraum nicht genutzt hätten, könne die Ag der ASt nicht vorwerfen.

Die Ag selbst habe als Reaktion auf die tarifrechtliche Situation einer späteren Allgemeinverbindlichkeitserklärung eine Preisanpassungsklausel im Vertrag vorgesehen. Eine solche Preisanpassungsklausel wäre nicht erforderlich, wenn bereits im Vorfeld die Bieter unabhängig von der Geltung eines Tarifvertrags bzw. einer erst später erfolgenden Allgemeinverbindlichkeitserklärung tarifvertragliche Regelungen einhalten müssten.

Die Vorgehensweise der ASt sei auch deshalb nicht zu beanstanden, weil sich die Ag daran gebunden habe, diese zu akzeptieren. Sie selbst habe die mögliche Unterschreitung um fünf Prozent mit Email vom 24. Januar 2017 in einer Parallelausschreibung auf Anfrage der ASt für zulässig erklärt. Die Ag habe ausdrücklich erklärt, dass „Einschränkungen der Allgemeinverbindlichkeit“ existierten. Dies sei aus Sicht der ASt so zu verstehen gewesen, dass unter Tarif angeboten werden dürfe. Die Email der Ag könne nicht streng nach dem Wortlaut dahingehend ausgelegt werden, dass die ASt aufgrund ihres Sitzes in [...] ohnehin den ungekürzten Tariflohn habe angeben müssen. Dieses Verständnis lasse sich jedenfalls in der Gesamtschau der Anfrage der ASt und der erfolgten Auskunft so nicht ableiten. Auch habe die Ag zu erkennen gegeben, dass die Unterschreitung

möglich sei, selbst wenn der Bieter, wie die ASt, Mitglied im BDSW sei. Denn die Ag habe diese Auskunft in Kenntnis der Mitgliedschaft der ASt beim BDSW abgegeben und entgegen der vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten die ASt nicht darüber aufgeklärt, dass eine BDSW-Mitgliedschaft die Möglichkeit der fünf-Prozent-Unterschreitung ausschließe. Sollte die Ag dies anders verstanden haben, seien ihre Vorgaben jedenfalls unklar; ein Ausschluss könne auf dieser Grundlage nicht erfolgen. Ebenso wenig habe die Ag die Mitgliedschaft im BDSW transparent als Kalkulationsfaktor in der Leistungsbeschreibung vorgegeben. Dies könnte die Ag auch gar nicht rechtswirksam vorschreiben, denn dadurch würde sie mittelbar eine Mitgliedschaft im BDSW vorgeben, was verfassungsrechtlich die negative Koalitionsfreiheit der Bieter tangierte.

Aus der Mitgliedschaft beim BDSW ergebe sich zudem keine Tarifbindung für das hiesige Vergabeverfahren. Denn daraus erwachse der ASt – wenn überhaupt – nur im Verhältnis zu ihren Mitarbeitern eine Verpflichtung, nicht aber im Verhältnis zur Ag. Bei der Satzung handele es sich um Binnenrecht, das nur im Verhältnis BDSW-ASt-Beschäftigte gelte. Auch §§ 3, 4 TVG bestätigten, dass lediglich Pflichten gegenüber den Beschäftigten bestünden. An keiner Stelle der Vergabeunterlagen finde sich ein Hinweis, dass eine Tarifbindung allein aufgrund der Mitgliedschaft im BDSW auch bei gekündigten bzw. nicht mehr allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen von der Ag angenommen werde. Auch der BDSW könne keine Verpflichtung zur Einhaltung derartiger Verträge an die Mitglieder weiterreichen. Im Ergebnis schaffe die Ag durch ihre Vorgaben einen neuen Ausschlussbestand. Dies komme ihr nicht zu.

Darüber hinaus stehe die Entscheidungsbefugnis, ob Mitarbeiter eingesetzt werden, die Gewerkschaftsmitglied seien, allein der ASt zu. Sie könne derartige Mitarbeiter auch bei anderen Aufträgen einsetzen, so dass die ASt durch eine Versetzung einer Tarifbindung entgehen könne, wenn etwa ein Mitarbeiter in die Gewerkschaft eintrete. Der spekulative Ansatz der Ag reiche für einen Ausschluss, der ohnehin nur als ultima ratio erfolgen dürfe, folglich nicht aus.

In der vergaberechtlichen Spruchpraxis sei zudem anerkannt, dass ein Schluss aus einem bestimmten Stundenverrechnungssatz auf die Nichtzahlung des Tariflohns unzulässig sei. Spekulationen oder bloße Vermutungen reichten somit nicht für einen Ausschluss aus. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass die ASt

ausdrücklich im Anschreiben erklärt habe, die Anforderungen der Vergabeunterlagen vollumfänglich einzuhalten. Eine solche Versicherung reiche aus, um tragfähig darzulegen, dass der Bieter alle Vorgaben einhalte. Eine unzulässige Abweichung von bzw. eine Änderung der Vergabeunterlagen liege daher schon im Ansatz nicht vor. In ihrer Stellungnahme vom 19. Januar 2017 habe die ASt zudem bekräftigt, dass sie die maßgeblichen tariflichen Vorgaben gegenüber ihren Beschäftigten einhalten werde. Sie zahle ohnehin regelmäßig unabhängig von einer Tarifbindung der Beschäftigten den Tariflohn und werde dies auch zukünftig tun. Auch liege in der Bestätigung, den Tariflohn zu zahlen, keine nachträgliche Zusicherung oder Korrektur, sondern eine zulässige Aufklärung, zu der die Ag ohnehin verpflichtet gewesen sei. Die eindeutige Aussage der ASt hätte die Ag berücksichtigen und den Zuschlag auf ihre Angebote erteilen müssen. Denn Zweifel am tariftreuen Verhalten der ASt hätten nach der Klarstellung nicht mehr bestanden. Weder aus dem Angebot selbst, noch aus dem Verhalten der ASt in der Vergangenheit und Gegenwart bestünden Anhaltspunkte dafür, dass sich die ASt nicht an tarifrechtliche Vorgaben gehalten habe oder dies zukünftig tun werde. Für die Bezuschlagung des Angebots der ASt müssten daher auch nicht vorab die Stundenverrechnungssätze geändert werden. Die Versicherung der ASt sei insoweit ausreichend. Dass die ASt in den Kalkulationsblättern nicht diejenigen Grundlöhne ausgewiesen habe, die sie ihren Mitarbeiter zu zahlen gedenke, sei auch deshalb irrelevant, weil diese Formblätter ohnehin nicht als Kalkulationsvorgaben zu betrachten seien.

Die Ag erwecke mit ihrer Vorgehensweise insgesamt den Anschein, Ausschlussgründe zulasten der ASt konstruieren zu wollen, um den gebotenen Zuschlag an sie zu verhindern.

Das Wertungssystem sei nicht zu beanstanden. Spätere Entwicklungen, wie etwa eine erwartete Allgemeinverbindlichkeitserklärung, müssten von der Ag nicht mehr bei den Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Die Angebotsabgabe stelle eine Zäsur dar, so dass es für die Wertung nicht mehr auf die (hypothetische) Allgemeinverbindlichkeitserklärung ankommen könne. Die Ag müsse das Angebot der ASt daher zu dem von ihr angebotenen Preis werten.

Die ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten
2. der Ag zu untersagen, den Zuschlag vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens an die Bg zu erteilen;
3. die Vergabeakten beizuziehen und der ASt gem. § 165 GWB Akteneinsicht zu gewähren;
4. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der ASt aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der ASt werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Die ASt sei aufgrund der unzulässigen Unterschreitung des Tariflohns bei der Kalkulation ihres Angebots auszuschließen. Denn dadurch habe die ASt die Vergabeunterlagen abgeändert (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV). Außerdem habe sie irreführende Informationen übermittelt, die geeignet sind, die Vergabeentscheidung der Ag zu beeinflussen (§ 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c) GWB). Im Einzelnen:

Die von der Ag aufgestellte Forderung nach der Orientierung am Tarifvertrag [...] bzw. am Entgelttarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen [...] bei bieterseitiger Tarifbindung sei wirksam aufgestellt worden. Fachkundige Bieter hätten gewusst, dass sie ihrer Kalkulation den zum 1. Januar 2016 maßgeblichen Stundengrundlohn hätten zugrunde legen müssen. Nur dann, wenn die Einschränkungen der Allgemeinverbindlichkeit Berücksichtigung fänden, sei eine Unterschreitung der tariflichen Stundengrundlöhne um fünf Prozent möglich. Angesichts des für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages und der Mitgliedschaft der ASt im BDSW bestehe eine Tarifbindung der ASt, weshalb diese von der Unterschreitung ohnehin keinen Gebrauch machen dürfe. Dass die ASt eben dieses Verständnis bei der Angebotserstellung gehabt habe, belege ihr Schreiben vom 19. Januar 2017, welches sie in einem anderen Vergabeverfahren an die Ag gerichtet habe. Soweit die ASt

nummehr im Nachprüfungsverfahren das Gegenteil vertrete, müsse sie sich den Vorwurf der Widersprüchlichkeit gefallen lassen.

Die ASt meine zu Unrecht, aufgrund der Email der Ag vom 24. Januar 2017 zur Unterschreitung des tariflichen Stundengrundlohns berechtigt gewesen zu sein. Eine Selbstbindung der Ag sei durch die Auskunft nicht eingetreten. Jeder Bieter, der mangels Eingreifen der Einschränkungen von der Allgemeinverbindlichkeitserklärung erfasst bzw. aufgrund seiner Mitgliedschaft im BDSW tarifgebunden sei und dennoch den Tariflohn unterschreite, werde von der Ag ausgeschlossen. Aus der Email der Ag vom 24. Januar 2017 ergebe sich nichts anderes, da sich deren Inhalt in der Wiedergabe der vergütungsrelevanten Konditionen erschöpfe.

Die ASt sei von dieser Kalkulationsvorgabe abgewichen, indem sie bei Los 1 durchgängig und in Bezug auf Los 2 bei einer Position unterhalb der tariflichen Vorgaben kalkuliert habe. Dass Formulare zu den Stundenverrechnungssätzen grundsätzlich Kalkulationsabfragen und keine Kalkulationsvorgaben darstellten, sei unerheblich, da sich die Abweichung nicht zum Formular oder aus dem Stundenverrechnungssatz, sondern vielmehr aus der Angabe des Grundlohns im Vergleich zur Leistungsbeschreibung selbst ergebe.

Die jeweiligen Tarifverträge seien auch eine zulässige Kalkulationsgrundlage. Daran ändere auch nichts, dass diese zum 31. Dezember 2016 von der Gewerkschaft gekündigt worden seien. Zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung seien die neuen Konditionen der Folge-Tarifverträge noch nicht bekannt gewesen. Absehbar sei jedenfalls gewesen, dass auch für die neuen, ab dem 1. Januar 2017 (rückwirkend) geltenden Tarifvertrag ein Antrag auf Allgemeinverbindlichkeitserklärung gestellt werden würde. Damit sei ebenfalls absehbar gewesen, dass die (geplante) Leistungserbringung ab dem 1. Mai 2017 unter der Geltung von für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen erfolgen werde. Würde die Ag bei der Prüfung Angebote berücksichtigen, die nur kurzzeitig bzw. bei schneller Allgemeinverbindlichkeitserklärung auch gar nicht die Schwelle des Tariflohns unterschritten, nach der Allgemeinverbindlichkeitserklärung aufgrund des § 5 des Vertrages direkt jedoch eine Preisanpassung an den neuen Tariflohn beanspruchen könnten, wäre die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ernstlich in Frage gestellt. Denn in diesem Fall könnte auch ein Angebot bezuschlagt werden,

dass aufgrund der notwendigen Preisanpassung dann nicht mehr das preisgünstigste sein werde. Die Ag wolle durch ihre Vorgabe dafür Sorge tragen, dass kein Lohndumping bei der von ihr zu verantwortenden Vergabe erfolgen könne. Daher habe man jedenfalls eine Tariffhöhe von 95 % des Ursprungs-LTV als Kalkulationsgrundlage gefordert, um einen im Vergleich zum in [...] geltenden Lohnniveau jedenfalls annähernd adäquaten Standard aufrechtzuerhalten.

Unbeschadet der Frage der Allgemeinverbindlichkeit der Lohntarifverträge ergebe sich die Tarifbindung der ASt schon aus ihrer Mitgliedschaft im BDSW. Entgegen der Darstellung der ASt greife die Ag mit dieser Wertung auch nicht in die negative Koalitionsfreiheit der Bieter ein; denn sie gebe gerade nicht verpflichtend vor, dass die Bieter Mitglied im BDSW sein müssten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts tangiere eine Forderung nach Zahlung der Tariflöhne zudem nicht Art 9 Abs. 3 GG, da faktisch hierdurch kein Zwang oder Druck zum Beitritt in einen Arbeitgeberverband ausgeübt werde.

Diese Mitgliedschaft sei nach § 6 der Satzung des BDSW nicht als OT (ohne Tarifbindung)- Mitgliedschaft, sondern vielmehr als eine mit Tarifbindung ausgestaltet. Eine „tariffreie Zeit“ habe es für die ASt daher zu keinem Zeitpunkt gegeben. Diese Regelung der Satzung des BDSW entfalte über § 4 TVG auch eine Außenwirkung.

Selbst wenn die ASt derzeit keine Gewerkschaftsmitglieder einzusetzen gedenke, unterliege sie dennoch der Tarifbindung. Denn die Entscheidung, ob ein einzelner Arbeitnehmer der ASt in die Gewerkschaft eintrete, sei ihrem Einflussbereich entzogen. Art. 9 Abs. 3 GG gewähre auch den Arbeitnehmern der ASt Koalitionsfreiheit, so dass diese bei entsprechender gewerkschaftlicher Betätigung besonderen Schutz genießen. Die ASt könne daher nicht geltend machen, einem Gewerkschaftsbeitritt eines ihrer Arbeitnehmer durch eine Versetzung begegnen zu können, um im streitgegenständlichen Auftragsverhältnis weiterhin keinen Tariflohn zahlen zu müssen. Da die ASt erklärt habe, in jedem Fall, d.h. auch ohne Tarifbindung des Mitarbeiters den Tariflohn zu zahlen, erschließe sich ihre diesbezügliche Argumentation schon im Ansatz nicht. Eine derartige Versetzung aufgrund eines ver.di-Beitritts stelle darüber hinaus einen Verstoß gegen das Maßregelverbot dar und könnte vom Arbeitnehmer im Klagewege (§ 612a BGB) und von der

Gewerkschaft durch ein entsprechendes Unterlassungsbegehren verhindert werden; ebenso könnte dies zum Verbandsausschluss der ASt aus dem BDSW führen. Zur Rechtfertigung ihrer Kalkulation könne sie sich auch nicht auf die allgemeine Vertragsfreiheit berufen, da diese nur in den Grenzen der § 612a BGB und Art. 9 Abs. 3 GG ausgeübt werden könne. Die ASt belege vielmehr mit ihrem Vortrag, dass sie die Angabe des niedrigeren Grundlohns nur vorgenommen habe, um sich einen Vorteil bei der Wertung zu verschaffen.

Irrelevant sei, dass die ASt nach Angebotsabgabe zugesichert habe, die tariflichen Vorgaben gegenüber den auftragsausführenden Arbeitnehmern einzuhalten. Denn um diese Aussage berücksichtigen zu können, müsste die ASt nachträglich den bei der Aufschlüsselung ihres Stundenverrechnungssatzes angegebenen Grundlohn erhöhen. Eine Korrektur von Angaben sei jedoch nur bei unternehmensbezogenen, nicht jedoch bei leistungsbezogenen Unterlagen möglich. Darüber hinaus betreffe die Angabe den Wirtschaftlichkeitsvergleich der Angebote und könne daher schon aus diesem Grund nicht „nachgefordert“ werden. Auch stehe das Nachverhandlungsverbot im offenen Verfahren einer nachträglichen Berücksichtigung der Erklärung entgegen. Auf Nachfrage im Rahmen der Aufklärung abgegebene Erklärungen der ASt müssten zwar grundsätzlich berücksichtigt werden, dürften nicht jedoch zur Angebotsänderung führen. Dies wäre hier der Fall, da die Erklärung abgegeben werde, um das in der Kalkulationsvorgabe geforderte Tariflohniveau nachträglich doch noch zu erreichen.

Eine abweichende Beurteilung ergebe sich auch nicht aus der Formulierung im Anschreiben, wonach die ASt erklärt habe, das Angebot exakt auf die von der Ag geforderten Grundlagen aufgebaut zu haben. Denn die Aufschlüsselung der Stundenverrechnungssätze offenbare ein eindeutig unterkalkuliertes Angebot. Soweit die ASt vortrage, dass die Ag auch Unterkostenangebote bezuschlagen könne, sei dies zwar grundsätzlich zutreffend. Vorliegend liege jedoch kein ungewöhnlich niedriges, sondern ein von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung abweichendes Angebot vor. Auf die von der ASt angeregte Preisprüfung komme es daher nicht an.

Da die ASt trotz ihrer Tarifbindung eine untertarifliche Kalkulation vorgelegt habe, habe sie zugleich irreführende Informationen übermittelt, die aufgrund des preislichen Vorsprungs der ASt geeignet seien, die Vergabeentscheidung zu ihren Gunsten zu

beeinflussen. Sie sei daher auch gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c) GWB auszuschließen.

Die Ag weise den Vorwurf zurück, sie konstruiere Ausschlussgründe zulasten der ASt. Sie habe andere Bieter aus demselben Grund ausgeschlossen wie die ASt. Der ursprüngliche Ausschlussgrund sei nicht aufrechterhalten worden, nachdem der Sachverhalt in Folge der Rüge geklärt worden sei.

- c) Mit Beschluss vom 6. April 2017 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Diese nahm an der mündlichen Verhandlung teil, beteiligte sich jedoch nicht durch schriftsätzlichen oder substantiellem mündlichen Vortrag am Verfahren.

Die Bg wies darauf hin, dass [...] der Antrag auf Allgemeinverbindlichkeitserklärung höchst wahrscheinlich erfolgreich seien werde. Die Berufung der ASt auf das Scheitern der Allgemeinverbindlichkeit in [...] sei untauglich, [...]. Dies sei mit der Situation in [...] nicht zu vergleichen.

- 3. In der mündlichen Verhandlung vom 24. April 2017 wurde der Sachverhalt mit den Verfahrensbeteiligten umfassend erörtert.

- a) Die Vergabekammer stellte zunächst die von ihr angestellten Überlegungen in Bezug auf die Grundlagen des Vergabeverfahrens dar. Diese bestehen darin, dass bei der Wertung ein Angebot, welches mit einem 5 %-igen Abschlag auf den Tariflohn kalkuliert wurde, zunächst als das günstigste erscheinen könnte. Aufgrund der Preisgleitklausel nach § 5 des Vertragsentwurfs könnte aber dieser, aus dem 5 %-igen Abschlag resultierende Preisvorteil sogleich wieder entfallen, denn nach dieser Vertragsklausel ist die Ag verpflichtet, eine Aufstockung des von ihr an den späteren Auftragnehmer zu zahlenden Entgelts auf den Tariflohn vorzunehmen, u.a. in dem Fall, dass der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wird. Das Angebot, das bei der Bewertung zunächst als das günstigste Angebot erscheint, könnte sich damit bei Durchführung des Vertrags als teurer herausstellen als ein Angebot, das von vorneherein mit 100 % des Tariflohns – also ohne den 5 %-igen Abschlag – kalkuliert, aber einen geringeren Preis z.B. für Wagnis und Gewinn oder sonstige Verwaltungskosten ansetzt als das Angebot, das einen 5 %-igen Abschlag auf den Tariflohn vornimmt. Da die Allgemeinverbindlichkeitserklärung bereits beantragt ist

und der entsprechende Vorläufertarifvertrag ebenfalls für allgemeinverbindlich erklärt worden war, ist die von der Vergabekammer von Amts wegen aufgegriffene Problematik nicht nur abstrakt gegeben, sondern durchaus realistisch und zeitnah; der Verband BDSW geht davon aus, dass im Juni 2017 die Allgemeinverbindlichkeit erklärt werden wird. Es würde damit möglicherweise ein Angebot den Zuschlag erhalten, welches nur auf dem Papier als das Günstigste erscheint.

Die ASt teilte diese Auffassung nicht und erklärte auf Nachfrage der Vergabekammer zu Protokoll, dass sie keine Bedenken in Bezug auf die Wertung habe. Das Vergabeverfahren könne immer nur einen bestimmten Zeitraum erfassen; was danach geschehe, hier eine denkbare Allgemeinverbindlichkeitserklärung, könne nicht mehr berücksichtigt werden. Alle Bieter hätten die Möglichkeit gehabt, die Spielräume, die die Ag mit den Ausschreibungsvorgaben eröffnet habe, in gleicher Weise zu erkennen und zu nutzen wie die ASt.

- b) Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung führte die ASt mit Schriftsatz vom 26. April 2017 aus, dass die gekündigten streitgegenständlichen Tarifverträge in Bezug auf die Mitarbeiter der ASt keine Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG entfalten würden. Da eine Nachwirkung nur für bestehende Arbeitsverhältnisse, nicht jedoch für die von der ASt geplanten Neueinstellungen greife, wirke der gekündigte Tarifvertrag für die ASt nicht mehr fort.

Darüber hinaus wiederholte die ASt die aus ihrer Sicht ihre Ausführungen zur Zulässigkeit der Vorgehensweise, 95 % des Tariflohnes im Stundenverrechnungsblatt als Grundlohn auszuweisen. Der Ag stünden mit § 3 Abs. 9 des Vertragsentwurfs ausreichend Überprüfungsmöglichkeiten zur Verfügung, ob der Auftragnehmer in der späteren Vertragswirklichkeit die tariflichen Vorgaben einhalten werde oder nicht.

- c) Mit Schriftsatz vom gleichen Tage machte die Ag die Verspätung des Vortrags der ASt geltend, soweit diese neue Tatsachen und nicht nur ergänzenden Rechtsvortrag einführe. Den Umstand, dass sie für die Auftragsdurchführung nur neue Mitarbeiter einzusetzen gedenke und daher der Nachwirkung des nicht mehr allgemein verbindlichen Tarifvertrages nicht unterliege, habe die ASt bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorgetragen. Die Ag rege daher an, den Vortrag unberücksichtigt zu lassen.

- d) Die ASt wies mit Schriftsatz vom 27. April 2017 den Verspätungsvorwurf der Ag zurück. Der Vortrag der fehlenden Nachwirkung sei nicht neu; die ASt habe schon in ihrer Antragschrift die Wirkung des Tarifvertrages auf die ASt bezweifelt, die Verneinung der Nachwirkung stelle keinen neuen Sachverhalt dar. Ebenso habe die ASt bereits vor der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass es allein in ihrer Entscheidungshoheit liege, welche Mitarbeiter sie einzusetzen gedenke. Daraus hätte die Ag ableiten können, dass es gerade nicht feststehe, ob die Mitarbeiter dem (gekündigten) Tarifvertrag unterfielen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht trete keine Verzögerung ein, da das Vergabeverfahren nicht früher hätte entschieden werden können; letztlich könnte über die Frage, sollte man sie als verspätet vorgetragen betrachten, auch die zweite Instanz entscheiden.

- e) Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Bg vom 28. April 2017 wurde bei der Entscheidungsfindung der Kammer nicht mehr berücksichtigt.
4. Der ASt ist in Absprache mit der Ag Akteneinsicht gewährt worden. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, erweist sich jedoch in der Sache nur teilweise als begründet.

- 1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
 - a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Auftrag bezieht, der dem Bund zuzurechnen ist und dessen Auftragswert deutlich oberhalb des im Rahmen der VgV geltenden Schwellenwerts liegt.
 - b) Die ASt ist auch gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Insbesondere hat sie mit ihrem Rügeschreiben und dem Einreichen des Nachprüfungsantrags ihr Interesse am

Auftrag hinreichend belegt. Sie wendet sich gegen den Ausschluss ihres Angebots, welches nach der Wertung preislich auf dem ersten Platz liegt, so dass ihr – der Preis ist das alleinige Zuschlagskriterium – auch ein Schaden zu entstehen droht.

- c) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen, indem sie die von ihr geltend gemachten Vergaberechtsverstöße mit Schreiben vom 20. März 2017 gegenüber der Ag gerügt hat (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB).
 - d) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag auch innerhalb der Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung der Ag über die Nichtabhilfe vom 23. März 2017 eingereicht (vgl. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB).
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, soweit sich die ASt gegen den Ausschluss ihres Angebots wendet. Dieses ist wegen Abweichens von den Vorgaben bzw. widersprüchlicher Angaben auszuschließen, § 57 Abs. 1 Nr. 3, 4 VgV (dazu sub a)). Allerdings kann auf der Grundlage der Vorgaben der Vergabeunterlagen kein Zuschlag erfolgen, weil diese nicht geeignet sind, das wirtschaftlichste Angebot i.S.d. §§ 97 Abs. 1 S. 2, 127 GWB, 58 Abs. 1 VgV ermitteln zu lassen (dazu sub b)).
- a) Das Angebot der ASt ist zwingend auszuschließen, weil es von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht (dazu sub aa)). Darüber hinaus sind die von der ASt in ihrem Angebot gemachten Angaben zwischen dem von ihr im Stundenverrechnungsblatt ausgewiesenen Grundlohn in Höhe von 95 % des Tariflohns einerseits und der Aussage, sämtlichen Mitarbeitern stets zu 100 % Tariflohn zu zahlen andererseits, widersprüchlich (dazu sub bb)). Ob ein Ausschluss der ASt auch wegen der Übermittlung irreführender Informationen gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c) GWB in Betracht kommt, kann im Ergebnis dahinstehen (dazu sub cc)).
 - aa) Die Ag hat von den Bietern in den jeweiligen Losen gefordert, die Vergütung der Wachkräfte grundsätzlich an bestimmten Lohngruppen des jeweiligen Lohntarifvertrags für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in [...] (jeweiliger Stichtag 1. Januar 2016) zu orientieren. Eine Orientierung gilt nach den Vorgaben als eingehalten wenn der im jeweiligen Tarifvertrag ausgewiesene tarifliche Stundengrundlohn um nicht mehr als 5 % unterschritten wird. Derartige Kalkulationsvorgaben in Bezug auf Tariflohnvorgaben durch den öffentlichen

Auftraggeber sind im Ausgangspunkt vergaberechtlich zugelassen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. November 2012, VII-Verg 42/12). Sie beschränken zwar die Kalkulationsfreiheit der Bieter und „kanalisieren“ in gewissem Umfang auch den Preiswettbewerb, beruhen jedoch auf der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers. Zudem begrenzen sie bis zu einem gewissen Grad Spekulationsmöglichkeiten der Bieter und fördern insoweit die Chancengleichheit bei der Bewerbung um den Auftrag.

Mit den in der Leistungsbeschreibung enthaltenen Vorgaben zum Tariflohn hat die Ag vorliegend jedoch nicht nur Kalkulationsvorgaben gemacht. Sie hat in der Sache vielmehr einen sozialen Standard (vgl. § 128 Abs. 1 GWB) aufgestellt, der zu einem „Merkmal des Auftragsgegenstands“ i.S.v. § 31 Abs. 2 VgV geworden ist, denn ein solches Merkmal kann sich ausdrücklich auch auf soziale Aspekte im Zusammenhang mit dem „Prozess der Erbringung der Leistung“ beziehen, ohne dass es sich um materielle Bestandteile der Leistung handeln müsste, § 31 Abs. 3 S. 2 VgV. Die nach dieser Norm erforderliche Verbindung mit dem Auftragsgegenstand ist gegeben, da es gerade Intention sowohl des Richtliniengebers auf der europäischen Ebene als auch des nationalen Gesetzgebers ist, die Einhaltung sozialer Standards bei der Ausführung öffentlicher Aufträge sicherzustellen, so grundlegend § 97 Abs. 3 GWB. Dies darf, wie § 31 Abs. 2, 3 der VgV deutlich sagt, bereits Eingang in die Leistungsbeschreibung finden. Zu den sozialen Standards gehört auch eine angemessene Bezahlung des ausführenden Personals. Die Ag stellt auch sicher, dass Bieter nicht nur mit dem Tariflohn kalkulieren und diesen bei Auftragsausführung zwar der Ag in Rechnung stellen, den Mitarbeitern tatsächlich aber einen geringeren Lohn zahlen, so dass sich die In-Rechnung-Stellung des Tariflohns als lediglich gewinnoptimierend für den Auftragnehmer herausstellen würde; sie lässt sich nämlich in § 3 Abs. 9 vertraglich ausdrücklich Überprüfungsmöglichkeiten einräumen, so die Vorlage der Lohnabrechnungsbücher sowie die Mitarbeiterbefragung, um die Einhaltung der auf den Prozess der Leistungserbringung bezogenen Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu verifizieren. Dies belegt, dass es nicht nur um eine reine Kalkulationsvorgabe geht, sondern dass der spätere Auftragnehmer den Tariflohn wie in der Leistungsbeschreibung skizziert an die auftragsausführenden Mitarbeiter zu bezahlen hat.

Stellt aber die Vorgabe der Tariflohnorientierung einen nicht auf materielle Eigenschaften der Leistung bezogenen Aspekt der Leistungsbeschreibung dar, so weicht konsequent ein Angebot, welches die Tariflohnorientierung nicht einhält, von den Vorgaben der Vergabeunterlagen ab und ist nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zwingend auszuschließen. So liegen die Dinge hier, denn die ASt hat ausweislich des Stundenverrechnungsblatts trotz ihrer eigenen Tarifbindung mit einem 5 %-igen Abschlag auf den Tariflohn kalkuliert:

(1) Zwar bringt der Wortlaut der tarifbezogenen Vorgabe auf S. 7 der Leistungsbeschreibung nicht explizit zum Ausdruck, dass ein Abzug von 5 % nur durch nicht tarifgebundene Bieter vorgenommen werden darf. Allerdings ergibt sich aus der Auslegung der Klausel, die aus der Sichtweise eines verständigen, fachkundigen Bieters zu erfolgen hat und das Ziel verfolgt, den zutreffenden Willen des Auftraggebers zu erforschen, insbesondere aufgrund des Hinweises auf die Einschränkungen der Allgemeinverbindlichkeitserklärung, dass eine Unterschreitung des Tariflohnes nur denjenigen Unternehmen ermöglicht werden sollte, die nicht der Tarifbindung unterliegen. Mit anderen Worten war die Intention der Ag die Fortschreibung eines Mindestlohniveaus für all diejenigen Bieter, die von der bisherigen Allgemeinverbindlichkeitserklärung dem Grunde nach erfasst wurden.

Die in der Vergütungsvorgabe in Bezug genommenen Einschränkungen der Allgemeinverbindlichkeit beziehen sich konkret auf den fachlichen Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeit. Erfasst werden von den Einschränkungen nur solche Betriebe und selbstständige Betriebsabteilungen, die innerhalb des örtlichen Geltungsbereichs keinen Sitz haben sowie Arbeitnehmer, die keinem Direktionsrecht eines im örtlichen Geltungsbereich gelegenen Betriebs oder selbständigen Betriebsteils unterliegen. Im Umkehrschluss müssen alle anderen Unternehmen mit dem vorgegebenen Tariflohn in voller Höhe kalkulieren. Dies war für fachkundige Bieter auch erkennbar und wurde von nahezu allen Bietern auch so gehandhabt.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Gewerkschaft ver.di den jeweiligen Lohntarifvertrag zum 31. Dezember 2016 gekündigt hatte, so dass im Zeitpunkt der Angebotsabgabe das Bezugsobjekt der Kalkulationsvorgabe als rechtlich inexistent zu betrachten wäre. Dies führt nicht dazu, dass der Bieter in einen völlig tariffreien Raum entlassen wird. Denn gemäß § 4 Abs. 5 TVG gelten auch nach Ablauf eines Tarifvertrags dessen Rechtsnormen statisch weiter, bis sie durch eine andere Abmachung – hier die jeweils mit Rückwirkung zum 1. Januar 2017 im Laufe des Januars 2017 vereinbarten Tarifverträge – ersetzt werden (vgl. BAG, Urteil vom 22. März 2017, 4 AZR 462/16 unter Verweis auf BAG, Urteil vom 10. März 2004, 4 AZR 140/03). Ag und Bg haben zu Recht darauf hingewiesen, dass jedenfalls der Vorauftragnehmer und alle Bieter, die aus den bestehenden Mitarbeitern den Auftrag bestreiten wollen, dieser Nachwirkung unterliegen. Um diese Unternehmen trotz Kündigung des Tarifvertrages nicht dem (bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit unbeschränkten) Lohn(dumping)wettbewerb auszusetzen, hat die Ag die Kontinuität der Tarife in die Vergabeunterlagen aufgenommen. Dass die ASt ebenfalls hiervon ausging, belegt ihre Anfrage bei der Ag vom 19. Januar 2017 in einem parallel ausgeschriebenem Vergabeverfahren. Darin verwies sie selbst ausdrücklich darauf, dass der Tarifzustand für [...] am

„31.12.2016 (...) jedoch jener einer (noch immer) bestehenden Allgemeinverbindlichkeit [war]. Sich hier auf die Bewertung des Zeitraums 2017 zu beziehen, also auf den Status als „gekündigt“ und durch einen anderen LTV ersetzt, ändert hieran nichts, da der alte LTV während seiner Wirkungsdauer allgemeinverbindlich war und in der Bewertung immer noch ist. Eine Betrachtung aus der Situation 01/2017 heraus ändert daran nichts, da der LTV 2016 zwar nicht mehr gilt, aber immer noch (bis zum Auslaufdatum) allgemeinverbindlich war und auch insoweit bleibt. Alles andere, also die Kürzung des Tarifanspruchs aus dem Lohntarifvertrag (...) um 5 % unter Hinweis auf die nicht mehr bestehende Wirksamkeit und damit Allgemeinverbindlichkeit würde zudem dazu führen, dass bei (zu erwartendem) zeitnahem Eintritt der Allgemeinverbindlichkeit des neuen LTV nicht nur der Differenzbetrag zwischen altem und neuem Tariflohn in die Erhöhung des Dienstleistungsentgeltes einfließt, sondern insb. Auch die 5 % um welche der alte Tariflohn unterschritten wurde. Dies, obwohl eine derartige Unterschreitung real zu keinem Zeitpunkt rechtlich zulässig gewesen wäre (...).“

[Anm. d. Kammer: Hervorhebungen im Original]

Darüber hinaus hat sie in der mündlichen Verhandlung erklärt, allen Mitarbeitern auch ohne deren Tarifbindung den ungekürzten Tariflohn auszuzahlen und sich somit gerade an den gekündigten Tarifvertrag halten zu wollen, so dass es auch auf die im Nachgang zur mündlichen Verhandlung problematisierte Frage der tarifrechtlichen Nachwirkung eines gekündigten, nicht mehr allgemein verbindlichen Tarifvertrages nach § 4 Abs. 5 TVG auf potentielle Nicht-Bestandsarbeitnehmer der ASt nicht ankommt.

- (2) Die ASt hat vielmehr entgegen ihrem eigenen Verständnis von den Vorgaben der Ag und den damit zusammenhängenden rechtlichen Wertungen bei der Darstellung des tariflichen Grundlohns von der Abzugsmöglichkeit nach S. 3 der Kalkulationsvorgabe Gebrauch gemacht und einen fiktiv, von ihr tatsächlich nicht an ihre Mitarbeiter ausgezahlten tariflichen Grundlohn ausgewiesen.

Sie ist von den Kalkulationsvorgaben dadurch abgewichen, dass sie bei Los 1 einheitlich, bei Los 2 in einer Position fünf Prozent vom Tariflohn in Abzug gebracht hat (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV). Dadurch hat sie – um formal einen günstigen Wertungspreis zu erzielen – den Grundlohn eingetragen, an den sich nicht tarifgebundene Bieter orientieren sollten. Wie bereits ausgeführt, vergütet die ASt nach ihrem eigenen Vortrag in der mündlichen Verhandlung jedoch auch die Arbeitsleistung von Nichtgewerkschaftsmitgliedern mit dem Tariflohn. Auch geht sie selbst grundsätzlich von der eigenen Tarifgebundenheit aus, was sich ebenfalls aus der an die Ag gerichteten Email vom 19. Januar 2017 und der diesbezüglichen ausführlichen Begründung ergibt. Für Los 1 folgt die Tarifgebundenheit schon aus dem Sitz der ASt in [...], da insoweit die Einschränkung des fachlichen Geltungsbereichs der Allgemeinverbindlichkeit nicht greift. In Bezug auf Los 2 ist seitens der ASt dem Vortrag der Ag, dass sie vom Entgelttarifvertrag [...] erfasst wird, nicht entgegengetreten worden, so dass von einer auch für dieses Tarifgebiet

bestehenden Tarifbindung der ASt auszugehen ist. Sie hätte daher in beiden Losen mit einem 100-%igen Grundlohn kalkulieren und diesen auch im jeweiligen Stundenverrechnungsblatt ausweisen müssen.

- (3) Aus der Antwort eines Mitarbeiters der Ag an die ASt (Email vom 24. Januar 2017) in der Parallelausschreibung für ein anderes Objekt in [...] lässt sich nicht entnehmen, dass der ASt trotz der von ihr selbst angenommenen Pflicht zur Zahlung des Tariflohns gestattet worden sei, diesen um 5 % zu unterschreiten. Denn der Mitarbeiter hat auf die von der ASt selbst mit ausführlicher Begründung verneinte Frage, ob eine Unterschreitung des für allgemeinverbindlich erklärten Tariflohns überhaupt möglich sei, lediglich mit einem Verweis auf die Einschränkungen der Allgemeinverbindlichkeit reagiert und sich auf die Bekanntmachung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung bezogen. Nach dem dort gegebenen Hinweis werden vom fachlichen Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeitserklärung – wie bereits ausgeführt – nur Betriebe und selbstständige Betriebsabteilungen, die innerhalb des örtlichen Geltungsbereichs ihren Sitz haben sowie Arbeitnehmer, die dem Direktionsrecht eines im örtlichen Geltungsbereich gelegenen Betriebs oder selbständigen Betriebsteils unterliegen, erfasst. Der Lohntarifvertrag [...] ist nach den zutreffenden Ausführungen des Mitarbeiters der Ag daher nicht uneingeschränkt allgemeinverbindlich und war dies auch niemals, da er sich auf außerhalb [...] gelegene Unternehmen nicht bezieht. Darüber hinaus wiederholte der Mitarbeiter der Ag in seinem Antwortschreiben lediglich die Vergütungsvorgaben für die Wachkräfte der Leistungsbeschreibung des Parallelverfahrens. Die Antwort erlaubt daher nur Unternehmen, die der Einschränkung der Allgemeinverbindlichkeit unterfallen eine Unterschreitung. Da die ASt hiervon nicht betroffen ist, kann die Antwort damit schon im Ansatz keine Erlaubnis zur Unterschreitung des Tariflohns darstellen und begründet auch keine Selbstbindung der Ag, da dies in eine unrechtmäßige Bevorzugung allein der ASt münden würde, die im Ergebnis dazu führen würde, die ASt trotz festgestellter Abweichung von den Kalkulationsvorgaben im Vergabeverfahren zu belassen.

Da sich – wie ausgeführt – schon aufgrund des Sitzes der ASt eine Tarifbindung ergibt, kommt es auf die zwischen den Verfahrensbeteiligten umstrittene Fragen, inwieweit sich aus § 6.2 der Satzung des BDSW eine zusätzliche Tarifbindung ergibt, ob diese wegen der Nachwirkungen eines Tarifvertrages trotz dessen Kündigung noch besteht oder aufgrund geplanter Neueinstellungen gerade nicht und ob sich Dritte – wie hier die Ag – auf eine derartige „Tarifbindung“ von Verbandsmitgliedern berufen können, nicht mehr entscheidungserheblich an. Ebenso wenig ist von Bedeutung, ob die ASt die Tarifbindung durch den Nicht-Einsatz von Gewerkschaftsmitgliedern bzw. Versetzung von ursprünglich nicht tarifgebunden Arbeitnehmern nach deren Eintritt bei ver.di unterlaufen könne, zumal die ASt ausdrücklich erklärt hat, ohnehin allen Mitarbeitern den (ursprünglich allgemeinverbindlich erklärten) Tariflohn zu zahlen, so dass sich faktisch keine andere Kalkulationsgrundlage durch einen Gewerkschaftsbeitritt eines oder mehrerer ihrer Mitarbeiter ergibt.

- bb) Aus den Darlegungen unter aa) ergibt sich gleichzeitig, dass die Angaben der ASt in ihrem Angebot auch in sich widersprüchlich sind, was ebenfalls zum Ausschluss des Angebotes führt, § 57 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

Einerseits erklärt sie in der von ihr eingereichten „Eigenerklärung zum Grundlohn“, ihren Mitarbeitern den im Angebot ausgewiesenen Grundlohn, d.h. den im Vergleich zum Tariflohn um fünf Prozent niedrigeren Betrag auszus zahlen; eben jenen Betrag, der auch als Ausgangspunkt der Kalkulation im jeweiligen Stundenverrechnungsblatt zugrunde gelegt und ausgewiesen worden war. Andererseits entnimmt die ASt ihrem Angebotsanschreiben, in dem sie u.a. die Ausrichtung des Angebots nach den Vorgaben der Ag und somit einschließlich der von ihr aufgestellten Kalkulationsvorgaben erklärt habe, die Einhaltung auch des Tariflohns. Daraus folgt jedoch – sofern man die allgemeine Aussage im Anschreiben auch in Bezug auf den zu zahlenden Tariflohn als getroffen ansieht –, dass die Aussagen in sich widersprüchlich sind. Dieser Widerspruch lässt sich auch nicht aus dem Angebot selbst auflösen. Zwar kann eine Konformitätserklärung im Anschreiben bei der Auslegung des Angebots durchaus herangezogen werden (2. VK Bund, Beschluss vom 15. Januar 2015, VK2-105/14). Dies gilt aber nur dann, wenn

keine anderweitigen Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, was der Bieter zum Ausdruck bringen möchte. Die spezielle Aussage, den Mitarbeitern einen gewissen, den Tariflohn unterschreitenden Grundlohn auszahlen zu wollen (Eigenerklärung Grundlohn und dessen Ausweisung im Stundenverrechnungsblatt), ist von der Ag zu Recht als vorrangig gegenüber der allgemein gehaltenen Aussage im Anschreiben gewertet worden. Die festgestellte Abweichung kann die Ag schon aus Gleichbehandlungsgründen den anderen Bietern gegenüber nicht durch die bloße Akzeptanz des Konformitätsversprechens im Anschreiben als geheilt ansehen und von der Einhaltung der Vorgaben in toto ausgehen. Träfe die diesbezüglich vorgetragene Rechtsansicht der ASt zu, gäbe es bei der Verwendung entsprechender pauschaler Konformitätszusicherungen keinen Anwendungsbereich für § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV mehr. Zutreffend ist es vielmehr, die von der ASt im Anschreiben erklärte Übereinstimmung mit den geforderten Vorgaben aufgrund der Abweichungen in den konkreten Berechnungen im Stundenverrechnungsblatt als widerlegt anzusehen.

Der vorliegende Fall ist auch nicht deswegen anders zu beurteilen, weil es – so die ASt – bei der Beurteilung der Einhaltung der Tariflöhne auf ausgewiesene Stundenverrechnungssätze nicht ankomme und die Ag in Bezug auf die Preise – so der Vortrag der ASt – allein deren Unauskömmlichkeit überprüfen dürfe. Zutreffend ist insoweit, dass aus der Angabe eines bestimmten Stundenverrechnungssatz seitens des Auftraggebers nicht spekulativ auf die Unterschreitung eines einzuhaltenden Mindestlohnes geschlossen werden darf (vgl. 1. VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 30. April 2014, VK1-3/14 und VK Nordbayern, Beschluss vom 30. Januar 2014, 21. VK-3194-53/13). Der Fall liegt vorliegend jedoch anders: Die ASt selbst hat in den jeweiligen Stundenverrechnungsblättern eine Unterschreitung des geforderten Vergütungssatzes ausgewiesen und ist – wie oben ausgeführt – insoweit von den Vorgaben abgewichen. Eine Rückrechnung aus einem angegebenen Stundenverrechnungssatz auf eine potentielle Tariflohnunterschreitung bzw. auf eine Abweichung von einer diesbezüglichen Kalkulationsvorgabe ist mithin nicht erforderlich. Die Divergenz wird vielmehr durch die Angaben der ASt selbst belegt, was zum Ausschluss führen muss (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. November 2012, VII-Verg 42/12).

Die Abweichung von den Vorgaben ist auch nicht mittels Aufklärung heilbar. Denn die ASt müsste den nicht wahrheitsgemäß abgegebenen Grundlohn nachträglich ändern, was § 15 Abs. 5 S. 2 VgV widerspräche. Faktisch würde eine derartige Vorgehensweise auch der Wertung des § 56 Abs. 3 S. 2 VgV widersprechen, weil die Ag durch die „Aufklärung“ unzulässigerweise nachträglich eine die Wertungsreihenfolge abändernde Preisangabe zuließe.

Das Argument der ASt, sie dürfe der Ag einen niedrigeren Stundenverrechnungssatz in Rechnung stellen als sie ihren Mitarbeitern zahle, verfängt nicht. Das Stundenverrechnungsblatt muss wahrheitsgemäß ausgefüllt werden, um der Ag überhaupt erst eine Preisprüfung zu ermöglichen. Der Verweis der ASt auf die (allein) mögliche Preisprüfung nach § 60 VgV ist daher nicht zielführend. Denn die von ihr gemachten Angaben im Stundenverrechnungsblatt verunmöglichen gerade eine derartige Überprüfung seitens der Ag. Diese muss bei Zugrundelegung der Angaben der ASt im Stundenverrechnungsblatt davon ausgehen, dass die ASt ihren Mitarbeitern nur 95 % des Tariflohns zahlen wird; nach dem Vortrag der ASt zahlt diese jedoch tatsächlich 100 % an alle Mitarbeiter, auch an die nicht gewerkschaftlich gebundenen. Die finanzielle Belastung und damit die Ausgabenseite für die ASt wird durch die 95 %-Angabe somit nicht in vollem Umfang dargestellt, da die 5%-ige Unterdeckung verschleiert wird. Eine (potentielle) Überprüfung des Angebots der ASt in Bezug auf einen ungewöhnlich niedrigen Preis hin seitens der Ag würde somit auf einer falschen Tatsachengrundlage stattfinden bzw. der Ag erst mal überhaupt nicht auffallen können, da ein niedriger Endpreis durch den im Stundenverrechnungsblatt ausgewiesenen niedrigeren Stundenlohn von 95 % plausibel erscheinen könnte. Eine Unauskömmlichkeitsproblematik ergibt sich ja gerade aus der Zahlung von 100 % an die ausführenden Mitarbeiter, dem In-Rechnung-Stellen der Ag gegenüber aber nur von 95 %.

Aus den gleichen Gründen ist auch der Verweis auf § 3 Abs. 9 des Vertragsentwurfes, der der Ag eine Überprüfung der tatsächlichen Auszahlung des vom Auftragnehmer ausgewiesenen Tariflohns an dessen Mitarbeiter durch deren Befragung bzw. der Vorlage der Lohnabrechnungsbücher ermöglicht, unbehelflich. Denn ausgewiesen ist nur der niedrigere Betrag, so dass die Ag

keine Handhabe hätte, auf die Auszahlung dessen zu bestehen, was sich die ASt im Sinne ihrer Mentalreservation vorbehalten hat, nämlich den vollen Tariflohn. Außerdem geht es derzeit darum, der Ag eine korrekte und wahrheitsgemäße Basis für die Angebotsprüfung an die Hand zu geben, damit sie das Angebot der ASt überhaupt sachgerecht auf allen Wertungsstufen prüfen kann.

- cc) Ob ein Ausschluss der ASt zusätzlich wegen der Übermittlung irreführender Informationen gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. c) GWB in Betracht kommt, erscheint fraglich. Auch wenn dessen Wortlaut denkbar weit geht und auch schon die fahrlässige Übermittlung von irreführenden Informationen bzw. sogar einen derartigen Versuch erfasst, kann nicht jede Widersprüchlichkeit des Angebots, welche nach der obergerichtlichen Rechtsprechung auch grundsätzlich einer Aufklärung zugeführt werden soll, per se als (versuchte) Irreführung des Auftraggebers aufgefasst werden. Letztlich kann dies angesichts des vorstehenden Befundes im Ergebnis dahinstehen.

- b) Der Nachprüfungsantrag der ASt ist aber insoweit erfolgreich, als sie eine zweite Chance zur Beteiligung an einem erneuten Vergabeverfahren unter veränderten Bedingungen erhält. Denn die Vorgaben der Ag sind im konkreten Fall nicht geeignet, das wirtschaftlichste Angebot i.S.d. §§ 97 Abs. 1 S. 2, 127 GWB, 58 Abs. 1 VgV ermitteln zu können. Das Vergabeverfahren ist bei fortbestehender Beschaffungsabsicht daher in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen und den Bietern nach Korrektur erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben.

Die Vorgabe einer jedenfalls 95 %-igen Orientierung an der Vergütung des im Zeitpunkt der Bekanntmachung noch geltenden Tarifvertrags in Kombination mit der in § 5 des Vertrages geregelten Preisanpassung (u.a.) kann im vorliegenden Fall angesichts des konkreten Zeitablaufs zu einer Verzerrung der Wertung führen und stellt ein Einfallstor für ein – nicht gerechtfertigtes – spekulatives Verhalten der Bieter dar.

Die Wirtschaftlichkeit des Auftrags bemisst sich anhand der von den Bietern abgegebenen Stundenverrechnungssätze multipliziert mit den vorgegebenen

Stundenansätzen. Die Stundenverrechnungssätze werden ausgehend vom tariflichen Grundlohn auf der Basis des jeweils zum 1. Januar 2016 geltenden Tarifvertrags gebildet, wobei mangels aktueller Allgemeinverbindlichkeitserklärung für tarifgebundene Unternehmen eine Unterschreitung von 5 % möglich ist. Diese reduzierte Höhe des tariflichen Grundlohns hat jedoch faktisch keinen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit des Auftrags. Denn nach der Einschätzung der Ag auf der Grundlage der ihr vorliegenden Informationen werden noch im Juni 2017 die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen der jeweiligen Tarifverträge erfolgen. Vertragsbeginn für die streitgegenständlichen Leistungen sollte der 1. Mai 2017 sein. Die Wirtschaftlichkeit des Vertrages wird demzufolge nur zu einem marginalen Bruchteil von dem von jedenfalls zwei Bietern, darunter die ASt, ausgewiesenen 95 %igen - Tariflohn determiniert werden können. Denn angesichts der in § 5 des Vertragsentwurfs geregelten Preisanpassung im Fall der Allgemeinverbindlichkeitserklärung des neuen Tarifvertrags erhalten Auftragnehmer, die (spekulativ) mit 95 % angeboten haben – wie die ASt jedoch tatsächlich tarifgebunden sind und folglich auch den Tariflohn zahlen müssen – nahezu unmittelbar nach Aufnahme der Leistungsdurchführung den vollen, auf den neu geltenden Grundlohn hin berechneten Stundenverrechnungssatz seitens der Ag erstattet. Die Wertung der Angebote spiegelt daher im Fall der Allgemeinverbindlichkeitserklärung nicht das wider, was der Auftraggeber tatsächlich zahlen muss. Denn dasjenige Angebot, das bei der Bewertung aufgrund des 95%-Ansatzes zunächst als das günstigste Angebot erscheint, könnte sich bei Durchführung des Vertrags als teurer herausstellen als ein Angebot, das von vorneherein mit 100 % des Tariflohns kalkuliert, aber einen geringeren Preis z.B. für Wagnis und Gewinn oder sonstige Verwaltungskosten ansetzt als das Angebot, das einen 5 %-igen Abschlag auf den Tariflohn vornimmt. Die Vorgaben der Ag stimmen daher nicht mit dem überein, was sie selbst – und im Übrigen auch die ASt in ihrer Anfrage vom 19. Januar 2017 an die Ag – von der zukünftigen tariflichen Entwicklung erwartet.

Die ASt kann auch nicht damit Gehör finden, dass die dargestellte Wertungsproblematik vorliegend keine Auswirkung gehabt hätte, da sie auch bei einem Ansatz von 100 % des von ihr tatsächlich auch gezahlten Tariflohns das günstigste Angebot abgegeben hätte. Da jedenfalls ein weiterer Bieter ebenfalls mit 95 % kalkuliert hat und zudem nicht ersichtlich ist, wie sich die Angebotspreise der

Bieter unter anderen kalkulatorischen Bedingungen dargestellt hätten, ist ein Einfluss auf das Wettbewerbsergebnis nicht auszuschließen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 GWB, § 80 Abs. 2 VwVfG.

Dem Begehrt der ASt, die mit ihrem Nachprüfungsantrag vorrangig die Rücknahme des Ausschlusses ihres an erster Stelle liegenden Angebots angegriffen hat, wird insoweit nicht entsprochen. Sie erhält jedoch aufgrund der Zurückversetzungsbedürftigkeit des Vergabeverfahrens jedenfalls eine zweite Chance, sich erneut mit einem Angebot am Verfahren zu beteiligen. Diese zweite Chance ist wirtschaftlich betrachtet aber deutlich weniger wert als die von der ASt beantragte Wertung ihres Angebots, das – da sie das preisgünstigste Angebot abgegeben hatte – zum Zuschlagserhalt hätte führen müssen. Das diesbezügliche Obsiegen ist mit 25 % zu bewerten.

Die Bg ist nicht an der Kostentragungslast zu beteiligen, da sie das Verfahren nicht wesentlich durch schriftsätzlichen und/oder mündlichen Vortrag gefördert und auch keine Anträge zur Sache gestellt hat. Im Übrigen hat die ASt keinen unmittelbaren Interessengegensatz zur Bg begründet, da sie primär den eigenen Ausschluss bekämpft hat.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war aufgrund der Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen notwendig.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt,

beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, 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.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Zeise