



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 13/20

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Abschluss eines Rahmenvertrages zur Bewachung [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und die ehrenamtliche Beisitzerin Trutzel auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 2020 am 12. Mai 2020 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Beigeladene trägt die ihr entstandenen Aufwendungen selbst.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb zur oben genannten Vergabe [...] durch. Die Bewachungsdienstleistung soll über einen Zeitraum von vier Jahren erbracht werden.

Zuschlagskriterien sind zu 40 % der Preis und zu 60 % die Qualität des Angebotes. In den Vergabeunterlagen heißt es in „Anhang 8 Hinweise an den Bieter“ unter Punkt 2.1:

„Für jedes Unterkriterium der Qualitätskriterien wird bewertet, inwieweit die Forderung der Leistungsbeschreibung erfüllt ist (Ausprägung des Merkmals). Die Maximalpunktzahl für jedes Unterkriterium der Qualitätskriterien ist im übersandten Anhang Qualitätskriterien festgelegt. Die Erfüllungsgrade sind wie folgt definiert:

<i>Erfüllungsgrad</i>	<i>Definition</i>
<i>auftragungsgerecht</i>	<i>Die Angaben für das Kriterium entsprechen den genannten Anforderungen des Auftrages (erwartete Norm). Für eine lediglich auftragungsgerechte Erfüllung erhält der Bieter null Punkte. [...]</i>
<i>überobligatorisch</i>	<i>Die erwartete Norm wird übertroffen. Die dafür erforderlichen Elemente sind für jedes Unterkriterium im Anhang 4 genannt.</i>
<i>ausgezeichnet</i>	<i>Die erwartete Norm wird erheblich übertroffen und zeugt von einer Dienstleistung von außerordentlich hochstehender Qualität. Die dafür erforderlichen Elemente sind für jedes Unterkriterium im Anhang 4 genannt.</i>

Der genannte Anhang 4 (Anlage 17 zum Vertrag gewerbliche Bewachung) enthält eine Aufzählung der einzelnen Qualitätskriterien, die jeweils maximal erreichbaren Punkte je Kriterium, einen maximalen Seitenumfang der jeweiligen Darstellung und eine „Erklärung“. Sämtliche „Erklärungen“ zu den vorliegend relevanten Qualitätskriterien beginnen mit den einleitenden Worten „Detaillierte Darstellung [zum jeweiligen Kriterium]“ und stellen im Anschluss dar, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, um eine Benotung des Angebotes mit ausgezeichnet, überobligatorisch oder auftragungsgerecht zu erzielen.

Bezogen auf das Qualitätskriterium 1.1 Auftragsspezifische Erfahrung der aufsichtführenden Wachperson lautet die „Erklärung“:

„Detaillierte Darstellung des Bieters in wieweit das eingesetzte Personal zum Zeitpunkt des Einsatzes über vertragsnahe Erfahrungen in der [...] Bewachung, in der Bewachung kritischer Infrastruktur oder bewaffneter Sicherheitsdienstleistungen verfügt.

- **ausgezeichnet:** Der Bieter erhält die volle Punktzahl, wenn er nur Wachpersonen einsetzt mit einer Berufserfahrung von mindestens 3 Jahren in aufsichtführender Funktion
- **überobligatorisch:** Der Bieter erhält die halbe Punktzahl, wenn er nur Wachpersonen einsetzt mit einer Berufserfahrung von mindestens 1 Jahr in aufsichtführender Funktion
- Andernfalls **auftragsgerecht** und der Bieter erhält für dieses Kriterium null Punkte.“

Der zulässige Seitenumfang war mit max. 1 Seite angegeben.

Zum Kriterium 1.2 Auftragsspezifische Erfahrung des Wachpersonals lautet die „Erklärung“:

„Detaillierte Darstellung des Bieters in wieweit das eingesetzte Personal zum Zeitpunkt des Einsatzes über vertragsnahe Erfahrungen im Wach- und Sicherheitsdienst verfügt.

- **ausgezeichnet:** Der Bieter erhält die volle Punktzahl, wenn er mindestens 50 % der Wachpersonen einsetzt mit einer Berufserfahrung von mindestens 3 Jahren.
- **überobligatorisch:** Der Bieter erhält die halbe Punktzahl, wenn er mindestens 25 % der Wachpersonen einsetzt mit einer Berufserfahrung von mindestens 3 Jahren.
- Andernfalls **auftragsgerecht** und der Bieter erhält für dieses Kriterium null Punkte.“

Der zulässige Seitenumfang war mit max. 1 Seite angegeben.

Bezüglich des Kriteriums 2.4 Verfügbarkeit lautet die „Erklärung“:

„Detaillierte Darstellung des Auftragnehmers über die Verfügbarkeit der Objektverantwortlichen in der Liegenschaft

- **ausgezeichnet:** Der Bieter erhält die volle Punktzahl, wenn der Objektverantwortliche innerhalb von 90 Min. in der Liegenschaft verfügbar ist.
- **überobligatorisch:** Der Bieter erhält die halbe Punktzahl, wenn der Objektverantwortliche innerhalb von 180 Min. in der Liegenschaft verfügbar ist.
- Andernfalls **auftragsgerecht** und der Bieter erhält für dieses Kriterium null Punkte.“

Der zulässige Seitenumfang war mit max. 0,5 Seiten angegeben.

Die Antragstellerin (ASt) wurde nach durchlaufenem Teilnahmewettbewerb von der Ag zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die ASt gab daraufhin am 20. November 2019 ein Angebot ab.

Mit Schreiben vom 14. Februar 2020 teilte die Ag der ASt gem. § 134 GWB mit, dass sie deren Angebot nicht berücksichtigen könne. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) zu erteilen. Unter Nennung der jeweils erreichten Punktzahlen stellte die Ag sinngemäß dar, dass die ASt mit ihrem Angebot zwar den besten Preis angeboten habe, jedoch in den Qualitätspunkten deutlich hinter der Bewertung des Angebots der Bg zurückbleibe.

Auf Nachfrage teilte die Ag der ASt mit, dass ihr Angebot in den Qualitätskriterien 1.1, 1.2 und 2.4 jeweils null Punkte erhalten habe, da die Darstellung nicht detailliert genug gewesen sei. Im Kriterium 2.2 habe das Angebot der ASt null Punkte erhalten, da kein eindeutiges Referenzschreiben vorliege.

Die ASt rügte die Vergabeentscheidung der Ag mit Schreiben vom 18. Februar 2020. Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 19. Februar 2020 ab, der Rüge der ASt zu entsprechen.

2. Die ASt stellte mit Schreiben vom 27. Februar 2020 einen Nachprüfungsantrag.
 - a) Sie ist der Auffassung, dass die Bewertung des Angebotes der ASt in den Unterkriterien 1.1, 1.2, 2.2 und 2.4 durch die Ag nicht mit den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung der Bieter vereinbar sei.

Anlage 17 zum Vertrag gewerbliche Bewachung enthalte konkrete Definitionen, unter welchen Voraussetzungen der Bieter jeweils die Bewertung auftragsgerecht, überobligatorisch oder ausgezeichnet erhalte. Die Voraussetzungen für eine ausgezeichnete Bewertung habe die ASt in den hier streitigen Kriterien jeweils erfüllt. Eine über die zu den jeweiligen Notenstufen aufgestellten Anforderungen hinausgehende Darstellung dürfte die Ag nur dann zur Bewertungsgrundlage machen, wenn sie konkrete Ausführungen gemacht hätte, welche Details sie in der Darstellung erwarte. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall. Soweit die Ag in ihrer Rügezurückweisung wie auch in der Antragserwiderung Darstellungen zu bestimmten Gesichtspunkten des Angebotes fordere, seien diese Anforderungen völlig neu und der ASt an dieser Stelle erstmals bekanntgegeben. Insbesondere

seien diese Gesichtspunkte nicht in Anlage 17 zum Vertrag gewerbliche Bewachung enthalten.

So sei zum Qualitätskriterium 1.1 in Anlage 17 aufgeführt, dass der Bieter für die Bewertung „ausgezeichnet“ darzustellen habe, dass er als aufsichtführende Wachperson nur Wachpersonen einsetze, die eine mindestens dreijährige Berufserfahrung in der Funktion als aufsichtführende Wachperson besitzen. Die von der Ag nunmehr erwarteten weitergehenden Darstellungen seien von den in der Spalte „Erklärung“ dargestellten Vorgaben nicht gedeckt.

Vergleichbares gelte für die Qualitätskriterien 1.2 und 2.4. Hier genüge es für die Maximalpunktzahl jeweils, wenn der Bieter darstelle, dass die Anforderungen erfüllt würden. Auf die weiteren von der Ag nunmehr genannten Gesichtspunkte zur näheren Darlegung komme es nicht an. Der Auftraggeber dürfe keine Gewichtungsregeln oder Unterkriterien anwenden, die den Bietern nicht vorab zur Kenntnis gegeben wurden.

Bezüglich der Vergleichbarkeit der Referenz des Objektverantwortlichen beruft sich die ASt darauf, dass ein Krankenhaus zur Kritischen Infrastruktur zähle. Das Erfordernis, dass die Referenz einen bewaffneten Wachdienst erfassen müsse, ergebe sich aus den Vergabeunterlagen nicht.

Die ASt beantragt:

1. Die Ag ist verpflichtet, das Angebot der ASt vom 20.11.2019 in dem Vergabeverfahren [...] für die Bewachung der Liegenschaft [...] unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu bewerten.
 2. Der Ag wird untersagt, in dem Vergabeverfahren den Zuschlag an die Bg zu erteilen.
 3. Der ASt wird Akteneinsicht in die Vergabeakte gewährt.
 4. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens.
- b) Die Ag verteidigt die Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidung und beantragt so konkludent die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages.

Zum Qualitätskriterium 1.1 führt sie aus, dass eine detaillierte Darstellung des Bieters gefordert sei, in wieweit das eingesetzte Personal über vertragsnahe Erfahrungen verfüge.

Es würden Darstellungen zu folgenden Sachverhalten erwartet: Aus welchem Personenkreis werde entsprechendes Personal rekrutiert? Welche Objekte würden für vertragsnahe Erfahrungen herangezogen? Wie erfolge der Nachweis der Erfahrungen gegenüber dem Auftraggeber? Das Erfordernis einer „detaillierten“ Darstellung sei in den Ausschreibungsunterlagen ergänzt worden, um die konkrete Umsetzung der angebotenen Qualitätskriterien nachvollziehen zu können, da in der Vergangenheit Planung bzw. Dokumentation für diese Qualitätspunkte sehr zu wünschen übrig gelassen habe.

Zum Qualitätskriterium 1.2 seien folgende Darstellungen erwartet worden: Welche Objekte würden für vertragsnahe Erfahrungen herangezogen? Wie erfolge der Nachweis der Erfahrungen gegenüber dem Auftraggeber?

Zum Qualitätskriterium 2.2 führt die Ag aus, dass die eingereichte Referenz keine Bewachung, sondern einen unbewaffneten Pförtnerdienst betreffe und daher nicht geeignet sei.

Zum Qualitätskriterium 2.4 seien Darstellungen zu folgenden Sachverhalten erwartet worden: Wo befinde sich der regelmäßige Arbeitsort des Objektverantwortlichen? Welche Objekte sollen dem Objektverantwortlichen zugeordnet werden?

3. Die Vergabekammer hat der ASt Akteneinsicht gewährt und zwei rechtliche Hinweise erteilt. In der mündlichen Verhandlung hatten die ASt und die Ag Gelegenheit, ihre Auffassungen mit der Vergabekammer zu diskutieren. Die Bg hat nicht an der Verhandlung teilgenommen und sich auch schriftsätzlich nicht geäußert. Auf die Verfahrensakte sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorlag, wird Bezug genommen. Die Entscheidungsfrist wurde durch Verfügung der Vorsitzenden verlängert bis zum 29. Mai 2020 einschließlich.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, ein Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers oberhalb der Schwellenwerte für eine EU-weite Ausschreibung, liegen auch nach den Schwellenwerten im Bereich der [...] Dienstleistungsaufträge vor.

Die ASt hat die Bewertung ihres Angebotes durch die Ag auch rechtzeitig gerügt und auf das Nichtabhilfeschreiben hin fristgerecht Nachprüfungsantrag gestellt.

Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet. Die Bewertung des Angebotes der ASt in den Qualitätskriterien 1.1, 1.2 und 2.4 ist beurteilungsfehlerfrei und geht insbesondere nicht von Anforderungen aus, die ein Bieter bei sachgerechter Auslegung der Vergabeunterlagen nicht hätte erkennen können. Die Ausführungen der ASt erfordern keine bessere als die von der Ag vorgenommene Bewertung, so dass das Angebot von seinen Wertungspunkten her insgesamt hinter dem der Bg zurückbleibt und nicht für den Zuschlag in Betracht kommt.

1. Die Benotung der Ausführungen der ASt zum Qualitätskriterium 1.1 Auftragspezifische Erfahrung der Aufsichtführenden Wachperson mit null Punkten überschreitet nicht den der Ag zustehenden Beurteilungsspielraum.

Gemäß Anlage 17 zum Vertrag gewerbliche Bewachung war hier eine detaillierte Darstellung erforderlich, inwieweit vertragsnahe Erfahrungen der aufsichtführenden Wachperson vorhanden waren. Für eine Bewertung mit überobligatorisch oder ausgezeichnet war erforderlich, dass die eingesetzte Wachperson Berufserfahrung in aufsichtführender Funktion von einem bzw. 3 Jahren aufweisen kann.

In ihrem Angebot hat die ASt sinngemäß im Wesentlichen bestätigt, dass die aufsichtführende Wachperson eine Berufserfahrung von mindestens drei Jahren haben und über vertragsnahe Erfahrungen verfügen werde.

Dies genügt nicht den Anforderungen an eine detaillierte Darstellung und rechtfertigt die von der Ag vergebene Bewertung in diesem Kriterium mit null Punkten.

Schon vom Wortlaut her erschließt sich, dass eine „detaillierte Darstellung des Bieters“ sich nicht in der schlichten Wiedergabe der von der Ag vorgegebenen Qualitätsanforderungen erschöpfen kann. Die geforderte Darstellung soll explizit ergeben, „in wie weit das eingesetzte Personal [...] über vertragsnahe Erfahrungen“ verfügt. Das Verständnis der ASt, nach dem die Detaillierung letztlich darin besteht, die Zahl der mindestens vorhanden Jahre Berufserfahrung der aufsichtführenden Wachperson anzugeben, überzeugt nicht. Eine solche Darstellung wäre schon erforderlich, um überhaupt eine erste Zuordnung des Angebotes zu einer Qualitätswertungsstufe vornehmen zu können. Da die Darstellung jedoch zusätzlich „detailliert“ sein muss, sind erkennbar weitergehende Ausführungen erforderlich. Diese dienen offensichtlich und nachvollziehbar dazu, die Ag in die Lage zu

versetzen, die tatsächliche Realisierbarkeit einer späteren Vertragserfüllung zu den angebotenen Qualitätsstandards prüfen zu können. Die Erläuterungen der Bieter müssen daher plausibel die geplante Umsetzung der Qualitätsvorgaben darlegen.

Dieses Verständnis wird auch durch die Zuschlagskriterien erhärtet, wonach der Qualitätsbewertung mit insgesamt 60 % eine übergeordnete Rolle zukommt. Ein Bieter kann nicht erwarten, für die bloße inhaltliche Wiederholung der ohnehin vom Auftraggeber formulierten Vorgaben die Maximalpunktzahl zu erhalten.

Dies ergibt sich im Übrigen auch unmittelbar aus dem „Anhang 8 Hinweise an die Bieter“. Dort ist unter Punkt 1.3 Eindeutigkeit der Angaben vorgegeben, dass sämtliche Ausführungen zu den Qualitätskriterien so zu formulieren sind, dass eindeutig erkennbar ist, wie [(!), nicht nur dass] der Auftragnehmer die Zusagen über den gesamten Vertragszeitraum verbindlich sicherstellt. Die Vergabeunterlagen sind dabei vom Bieter in ihrer Gesamtheit zu betrachten, so dass unerheblich ist, dass sich diese wertungsrelevante Vorgabe nicht unmittelbar bei den Ausführungen der Ag zur Bepunktung der Angebote in Anlage 17 zum Vertrag gewerbliche Bewachung befinden. Die Vorgabe ist eindeutig und bestätigt im Übrigen nur das oben ausgeführte Verständnis zu den Qualitätskriterien, welches sich aus Anlage 17 ohnehin bereits direkt ergibt.

Zusätzlich kann auch noch auf den angegebenen maximalen Seitenumfang der Ausführungen zum Qualitätskriterium verwiesen werden, der für das Kriterium 1.1 bei maximal einer Seite liegt. Zwar ist der ASt beizupflichten, dass sich aus dieser Angabe kein Mindestumfang der Darstellung ergibt, sondern nur weitschweifige Ausführungen der Bieter verhindert werden sollen. Zumindest mittelbar ergibt der zulässige Seitenumfang jedoch auch, welche Ausführungen die Ag als sachdienlich ansieht. Sofern man mit der ASt davon ausginge, dass die schlichte Bestätigung, eine aufsichtführende Wachperson mit mindestens drei Jahren entsprechender vertragsnaher Berufserfahrung anzubieten, ausreichen würde, wäre auch schon eine halbe Seite eine weitschweifige Darstellung, so dass die Ag eine deutlich knappere Begrenzung hätte aufstellen können.

Die Beurteilung des Angebotes der ASt in diesem Qualitätskriterium mit null Punkten ist daher sachgerecht und vom Beurteilungsspielraum der Ag gedeckt.

Mangels weitergehender Ausführungen der ASt zum Qualitätskriterium ist letztlich nicht entscheidungserheblich, ob die Ag Ausführungen zu den von ihr in der Antragsrwidernng konkret vorgebrachten Gesichtspunkten verlangen und zur Voraussetzung einer besseren Benotung hätte machen dürfen. Die Kammer weist an dieser Stelle jedoch darauf hin, dass die von der Ag genannten Gesichtspunkte, zu denen Ausführungen „erwartet“ wurden, keinen verbindlichen Katalog von durch den Bieter abzuarbeitenden Gesichtspunkten darstellen können. Sofern es sich um definitive Wertungs(unter)kriterien handelte, müssten diese den Bietern vorab offengelegt werden (vgl. § 127 Abs. 5 GWB). Als bislang rein interne Liste können die aufgeführten Aspekte nur als unverbindliche Handreichung von Beispielfällen für die Prüfer dienen, ob die Umsetzung des jeweiligen Qualitätskriteriums durch den Bieter nachvollziehbar dargestellt ist. Entscheidend muss bei der Prüfung jedoch letztlich die Plausibilität der Zielerreichung sein, die ggf. nicht das Abarbeiten sämtlicher von der Ag aufgeführten Gesichtspunkte erfordert.

2. Auch bei der Bewertung der Ausführungen im Angebot der ASt zum Qualitätskriterium 1.2 Auftragspezifische Erfahrung des Wachpersonals hat die Ag ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten.

Die ASt hat in ihrem Angebot zu diesem Qualitätskriterium sinngemäß (nur) geschrieben, dass mindestens 50 % der Wachpersonen eine vertragsnahe Berufserfahrung von mindestens drei Jahren aufwiesen.

Insoweit gelten die oben unter 1. gemachten Ausführungen zur rechtlichen Bewertung entsprechend: die Angaben im Angebot der ASt können nicht als detaillierte Darstellung über die beabsichtigte Umsetzung des Qualitätskriteriums angesehen werden, sondern sie erschöpfen sich ebenfalls in einer bloßen Wiederholung der ohnehin schon von der Ag gemachten Vorgaben.

3. Auch die Ausführungen im Angebot der ASt zum Qualitätskriterium 2.4 Verfügbarkeit rechtfertigen keine bessere als die von der Ag vergebene Benotung.

Die ASt hat in ihrem Angebot zu diesem Qualitätskriterium lediglich ausgeführt, dass der Objektverantwortliche innerhalb von 90 Minuten in der Liegenschaft verfügbar sei.

Entsprechend der oben unter 1. dargestellten Auffassung der Vergabekammer genügt dies nicht für eine detaillierte Darstellung, wie die ASt die Umsetzung des angebotenen

Qualitätsniveaus erreichen will. Eine Benotung mit null Punkten in diesem Qualitätskriterium ist daher sachgerecht.

4. Soweit die ASt auch noch eine fehlerhafte Bewertung im Qualitätskriterium 2.2 rügt, kommt es darauf nicht mehr an, da die ASt durch die beurteilungsfehlerfreie Bewertung in den Qualitätskriterien 1.1, 1.2 und 2.4 auch bei vergebener Bestnote im Kriterium 2.2 den Punktevorsprung der Bg nicht einholen kann und daher nicht den Zuschlag erhalten kann.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 und 2 GWB.

Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) und die notwendigen Aufwendungen der Ag sind der ASt aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterlegen ist.

Die notwendigen Aufwendungen der Bg hat diese selbst zu tragen. Sie hat sich nicht am Verfahren beteiligt und ist damit selbst kein Kostenrisiko eingegangen, so dass es der Billigkeit entspricht, dass sie auch ihre Aufwendungen selbst tragen muss.

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, einzu legen.

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

Dr. Schier