



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 119/21

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Sicherheitsdienstleistungen“, Vergabeverfahren Nr. [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und den ehrenamtlichen Beisitzer Bognerieder nach Lage der Akten am 7. Dezember 2021 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe „Sicherheitsdienstleistungen“, Vergabeverfahren Nr. [...], im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] unionsweit bekannt.

Als Wertungskriterien waren der „Preis“ (40 %), die „Konzeption des Einsatzes und Dienstplangestaltung“ (40 %) sowie die „Auswahl von geeignetem Personal und Weiterbildung“ (20 %) vorgegeben. Bei den Leistungskriterien war folgende Bepunktung vorgesehen:

<i>„Darstellungen sind vollumfänglich und nachvollziehbar</i>	<i>volle Punktzahl</i>
<i>Darstellungen sind umfänglich und überwiegend nachvollziehbar</i>	<i>½ der Punktzahl</i>
<i>Darstellungen sind ausreichend</i>	<i>¼ der Punktzahl</i>
<i>Darstellungen sind ungenügend</i>	<i>0 Punkte“</i>

Der den Vergabeunterlagen beiliegende Entwurf des Vertrages über Sicherheitsdienstleistungen enthält unter § 4 Abs. 14 folgende Regelung:

„Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, die Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes einzuhalten, insbesondere ist auf die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Pausen zu achten.“

Unter § 7 Abs. 3 ist geregelt:

„Die Auftragnehmerin verpflichtet sich, dafür Sorge zu tragen, dass alle gesetzlichen, behördlichen, sozialrechtlichen und berufsgenossenschaftlichen Bestimmungen und Verpflichtungen bei der Dienstaufführung und gegenüber ihren Mitarbeitern eingehalten werden.“

Die Leistungsbeschreibung lautet unter Punkt „5. Ihr Angebot“:

„Wir bitten um Abgabe eines aussagekräftigen Angebotes. Dem Angebot sind folgende Unterlagen beizufügen:

- Vorgesehene Personalplanung in Form eines Dienstplanes [...]; erläutern Sie bitte ausführlich Ihre Konzeption des Einsatzes sowie die Dienstplangestaltung unter Berücksichtigung der Pausenzeiten sowie bei Personalausfällen [...].“

Die Antragstellerin (ASt) gab am 28. Mai 2021 ein Angebot ab. Da dieses gemäß Mitteilungen der Antragsgegnerin (Ag) nicht den Zuschlag erhalten sollte, waren in dieser Sache bereits zwei Nachprüfungsverfahren anhängig (Aktenzeichen VK2-79/21 und VK2-99/21). Das Angebot der ASt vom 28. Mai 2021 gilt nunmehr in der Fassung der Aufklärung im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 21. September 2021 im Nachprüfungsverfahren VK 2-99/21.

Diese Aufklärung betraf den Dienst [...]. Die Erbringung [...] war nach den Vorgaben der Ag, die das Formular „Angebot“ mit diesen Zeiten bereits vorausgefüllt hatte, von Montag bis Freitag in der Zeit von 9 bis 22 Uhr zu erbringen. In dem Konzept, welches die ASt mit ihrem Angebot einreichte, sowie ebenfalls im entsprechenden Dienstplan hatte die ASt jedoch eine Dienstzeit von 9 bis 21 Uhr [...] vorgesehen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung des vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens (VK2-99/21) erklärte die – damalige wie hiesige – ASt zu den widersprüchlichen Angaben hinsichtlich des Dienstendes [...], dass sie die geforderte Uhrzeit bis 22 Uhr anbieten wollen, die Eintragung nur bis 21 Uhr sei irrtümlich erfolgt.

Dieser Aspekt, wonach die im Angebot der ASt ausgewiesenen Dienstzeiten nicht kompatibel sind mit den Vorgaben der Ag, war bereits Gegenstand im Nachprüfungsverfahren VK 2-99/21. Das Protokoll der mündlichen Verhandlung im Verfahren VK 2-99/21, die am 21. September 2021 stattfand, hält insoweit Folgendes fest:

„Nach Fortsetzung der Verhandlung erklärt die Vergabekammer Folgendes zur vorläufigen Rechtsauffassung:

- *Das Angebot der Antragstellerin sei insoweit als widersprüchlich anzusehen, als einerseits im Formular „Angebot“ die dort von der Antragsgegnerin vorgesehene Gesamtstunden nebst Uhrzeitvorgaben akzeptiert worden seien, andererseits aber im Konzept sowie im Dienstplan in Position 4 [...] eine Bewachungsdienstleistung Montag bis Freitag nur bis 21.00 Uhr benannt worden sei anstatt der in den Vergabeunterlagen geforderten Zeit bis 22.00 Uhr.*
- *Die Antragsgegnerin hätte hier aus Gründen der Gleichbehandlung mit der Beigeladenen, deren Angebot in Bezug auf einen anderen Dienst in gleicher Weise widersprüchlich gewesen sei und aufgeklärt wurde, auch das Angebot der Antragstellerin nach § 15 Abs. 5 VgV aufklären müssen.*

Die Antragstellerin erklärt zu Protokoll, dass sie die geforderte Uhrzeit bis 22.00 Uhr anbieten wollen. Die Eintragung der Bewachungszeit nur bis 21.00 Uhr sei irrtümlich erfolgt. Der Widerspruch in ihrem Angebot sei folglich dahin aufzulösen, dass die in Position 4 geforderte Bewachungszeit bis 22.00 Uhr gelten solle.

Aus Sicht der Vergabekammer ist damit die geschuldete Aufklärung bereits im Nachprüfungsverfahren erfolgt. Eine erneute Aufklärung durch die Antragsgegnerin wäre damit nur noch Formalismus und folglich obsolet geworden. Nach Aufklärung durch die Antragstellerin sei kein Abweichen von deren Angebot von den Vorgaben der Vergabeunterlagen mehr gegeben und das Angebot nicht mehr ausschchlussbedürftig. Das Angebot der Antragstellerin sei damit nicht auf der ersten, formellen Wertungsebene auszuschließen.

Diskutiert wird in der Folge die Auswirkung der fehlerhaft angegebenen Uhrzeiten auf den Inhalt von Dienstplan und Konzept. Die Antragsgegnerin weist auf das Gesamtgefüge hin, denn die Dienstpläne seien auf bestimmte Uhrzeiten bezogen. Die Vergabekammer legt dar, dass die Einreichung neuer Konzepte bzw. Dienstpläne durch Antragstellerin und Beigeladene nicht vergaberechtskonform wäre. Konzepte und Dienstpläne, die der Bewertung auf der vierten Wertungsstufe unterlägen, seien so zu werten wie eingereicht, lediglich unter Annahme der von der Antragsgegnerin vorgegebenen Uhrzeiten, so dass kein formeller Ausschlussgrund vorliege. Dies impliziere aber keine Aussage über die inhaltliche Bewertung der Dienstpläne und Konzepte auf der vierten Wertungsebene. Sollten die Konzepte und Dienstpläne in Bezug auf die korrekten, von der Antragsgegnerin geforderten Uhrzeiten nicht stimmig oder überzeugend sein, so müsse dies bei der Bewertung zu Lasten der Angebote Berücksichtigung finden. Da die falsche Uhrzeit in Position 4 nach Aussage der Antragstellerin irrtümlich aufgenommen worden sei, müsse das Konzept von ihr eigentlich auf die korrekte Uhrzeit 22.00 Uhr bezogen worden sein. Die Aufklärung habe allein dazu führen können, einen formellen Widerspruch und damit einen formellen Ausschlussgrund durch Klarstellung des eigentlich Gemeinten zu beseitigen, dürfe aber nicht die Möglichkeit einer Angebotsverbesserung in wertungsrelevanten Bestandteilen eröffnen, indem Dienstplan bzw. Konzept geändert würden.“

Die Ag erklärte sodann, dass sie im Wege der Abhilfe die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der ASt wiederholen werde. Zum Angebot der ASt ist im Rahmen dieser neuen, nunmehr Streitgegenständlichen Wertung u.a. dokumentiert:

„Der angebotene Dienst [...] Montag bis Freitag wurde im Konzept und im Dienstplan von 09:00 – 21:00 Uhr angegeben und soll jeweils von einer Person, unter Berücksichtigung einer 45-minütigen Pause, erbracht werden. Die Aufklärung der

Dienstzeiten anlässlich des Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer am 21.09.2021 klärt nur den äußeren Rahmen der angebotenen Leistung, führt aber sonst nicht zu einer inhaltlichen Änderung des Angebots. Für die inhaltliche Bewertung im Rahmen der Wertungskriterien ist daher von den unveränderten Angaben im Konzept und in den Dienstplänen auszugehen. Die geforderte Leistung ist in der Zeit von Montag bis Freitag von 21:00 bis 22:00 Uhr im Dienstplan nicht berücksichtigt. Sie wird daher weder vollumfänglich und nachvollziehbar noch umfänglich und überwiegend nachvollziehbar dargestellt, da sie in diesem Zeitraum nicht erbracht wird.

Eine 13-stündige Dienstleistung kann auch nicht von einer Person erbracht werden. Bei einer den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entsprechenden Dienstplanung müsste der Dienst jeweils mit 2 Personen besetzt werden (Schichtdienst) um die Einsatzzeiten abzudecken.

Des Weiteren wurde festgestellt, dass die Dienste [...] jeweils am 3. Sonntag im Monat von 10:00 – 13:30 Uhr im Dienstplan nicht ausgewiesen sind. Sie sind jedoch im Konzept und in der Übersichtsliste der Dienstpläne aufgeführt.

Die Darstellungen im Angebot sind bei dem Kriterium Konzeption des Einsatzes und Dienstplangestaltung somit als ausreichend mit 10 Prozentpunkten zu werten.“

In den beiden anderen Kriterien erhielt die ASt die volle Punktzahl.

Die Ag teilte der ASt mit Schreiben vom 18. Oktober 2021 gem. § 134 GWB mit, dass auf deren Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne. Zur Begründung gab sie den Text ihrer Wertungsdokumentation – wie voranstehend auszugsweise aufgeführt – wieder. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) zu erteilen.

Die ASt rügte diese Entscheidung mit Schreiben vom 22. Oktober 2021.

Während des bereits eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens wies die Ag die Rüge mit Schreiben vom 3. November 2021 zurück.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 27. Oktober 2021 stellt die ASt einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.

- a) Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.
- Die Abwertung des Angebotes im Kriterium Konzeption des Einsatzes und Dienstplangestaltung sei vergaberechtswidrig. Trotz der Aufklärung ziehe die Ag für die Wertung die unveränderten Angaben im Konzept und in den Dienstplänen, also die Zeit von 9 bis 21 Uhr, heran. Entsprechend der protokollierten Klarstellung im letzten Verfahren vor der Vergabekammer seien Konzepte und Dienstpläne so zu werten wie eingereicht, lediglich unter der Annahme der von der Ag vorgegebenen Uhrzeiten, so dass statt der fälschlicherweise aufgenommenen Bewachungszeit bis 21 Uhr die tatsächlich gewollte Zeit bis 22 Uhr anzunehmen sei. Diese Zeit sei in das Konzept und in die Dienstpläne hineinzudenken. Damit seien die geforderten Leistungszeiten vollumfänglich und nachvollziehbar in Konzept und Dienstplänen angeboten.

Soweit die Ag nunmehr versuche darzustellen, dass die Abwertung erfolgt sei, da die ASt im Dienstplan [...] eine Schicht mit einer Länge von 12 Stunden und 15 Minuten ausgewiesen hätte, träfe dies ausweislich der Wertungsbegründung nicht zu. Aus dem Wortlaut sei eindeutig zu entnehmen, dass die Abwertung gerade wegen der vermeintlich nicht berücksichtigten Dienstzeit von 21 bis 22 Uhr erfolge. Der Aspekt der 13-stündigen Dienstleistung werde in der Wertungsbegründung zwar genannt, aber nicht als Begründung für die Abwertung vorgebracht. Die Ag weiche von der sich aus der Akte ergebenden Wertung ab und versuche, ihre Entscheidung im Nachprüfungsverfahren mit einer anderen Grundlage zu rechtfertigen. Es entfalle hier nicht lediglich eine von mehreren Begründungslinien, sondern es entfalle die eine Begründungslinie und werde eine völlig neue Begründung im Nachprüfungsverfahren vorgetragen. Damit sei die Grenze einer zulässigen Nachreichung von Gründen überschritten.

Dass der Aspekt der 13-stündigen Dienstleistung aus Sicht der Ag nicht als Begründung für die vorgenommene Abwertung gedient habe, ergebe sich auch aus den vorangegangenen zwei Wertungsphasen, in denen in den Dienstplänen die Schichten gleich ausgewiesen seien und diese schon vorhandene 13-stündige Dienstleistung zu keiner Abwertung geführt habe.

- Sofern die im Dienstplan eingetragene Schicht von 12 Stunden und 15 Minuten überhaupt für eine Begründung der Abwertung herangezogen werden könne, hätte dieser Aspekt von der Ag zumindest gem. § 15 Abs. 5 VgV vor der Abwertung aufgeklärt werden müssen. Für Sicherheitsdienstleistungen existiere ein Manteltarifvertrag, der unter

§ 6 Regelungen zur maximal zulässigen Arbeitszeit enthalte. Nach diesem Tarifvertrag könne die Arbeitszeit über 10 Stunden täglich verlängert werden, wenn in die Arbeitszeit in regelmäßigem Umfang Arbeitsbereitschaft falle. Ob der eingereichte Dienstplan sich in diesem rechtlichen Rahmen bewege, hätte von der Ag aufgeklärt werden müssen.

- Insgesamt sei ein transparentes Verfahren bei der Vergabe nicht mehr gegeben und könne nur durch eine neue Ausschreibung erreicht werden. In jeder Wertungsphase, nunmehr bereits der dritten, sei die Ag von ihrer eigenen vorherigen Wertung abgewichen, nunmehr solle eine in den bisherigen Nachprüfungsverfahren unbeteiligte Firma, die Bg, das wirtschaftlichste Angebot abgegeben haben. Nachdem in der ersten Wertungsphase die Pausengestaltung nicht nachvollziehbar gewesen sei, habe die Ag nach entsprechender Nachbesserung dann in der zweiten Angebotswertung plötzlich festgestellt, dass das Angebot ganz auszuschließen sei, da die Zeiten [...] von der Leistungsbeschreibung abwichen. Nachdem dieser Punkt durch Aufklärung nachgebessert worden sei, werde das Kriterium in der dritten Wertungsphase nun noch weiter abgewertet und nur noch mit 10 Prozentpunkten bewertet, da die, seit der ersten Wertungsphase in diesem Punkt unveränderten Dienstpläne, nunmehr nicht mehr überwiegend nachvollziehbar sein sollten. Dazu komme, dass die Ag die Wertungsbegründung im Nachprüfungsverfahren nunmehr nochmals umgestellt habe. Dies deute darauf hin, dass die Ag im bisherigen gesamten Vergabeverfahren immer wieder nach geänderten Begründungen suche, das Angebot der ASt abzuwerten.

Dies stelle einen schwerwiegenden Grund i.S.d. § 63 Abs. 1 Nr. 4 VgV dar.

Die ASt beantragt,

die Nachprüfung des oben genannten Vergabeverfahrens mit den Anträgen festzustellen, dass der ASt in ihren Rechten verletzt ist und geeignete Maßnahmen zu treffen, die von der Vergabekammer festgestellte Rechtsverletzung zu beseitigen.

Weiter wird beantragt,

die Ag unverzüglich über den Antrag auf Nachprüfung zu informieren und auf die Aussetzung des Vergabeverfahrens hinzuweisen.

Letztendlich wird Akteneinsicht in die Vergabeakte beantragt.

- b) Mit Schriftsatz vom 3. Oktober 2021 beantragt die Ag,
 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

2. Anträge auf Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 2 GWB auf den Bereich der Behördenakten zu beschränken, der von der Ag als nicht schutzfähig im Sinne dieser Vorschrift gekennzeichnet wurde.
 3. im Übrigen eine Schwärzung von Angaben dort vorzunehmen, wo Angaben der Bieter sich im Zusammenhang darstellen und eine Trennung nicht möglich ist.
 4. die Entscheidung nach Lage der Akten vorzunehmen und auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten.
- Die Angebotswertung, insbesondere die vorgenommene Abwertung des Angebotes der ASt, sei rechtmäßig.
- Die Aufklärung des Angebotes der ASt habe ergeben, dass sie ihre Leistung von 9 bis 22 Uhr anbieten wolle. Damit sei jedoch keine inhaltliche Besserstellung des vorgelegten Angebotes jenseits der angepassten Uhrzeit verbunden. Die ASt habe in ihrem Dienstplan die Schicht [...] als Schicht von zwölf Stunden und 15 Minuten Länge ausgewiesen, was sich aus dem zeitlichen Rahmen von 9 Uhr bis (nun) 22 Uhr abzüglich einer im Konzept vorgesehenen Pause von 45 Minuten ergebe. Dies widerspreche dem Regelungsgehalt der §§ 3 bzw. 7 ArbZG. Dies habe nach herrschender Ansicht gem. § 134 BGB eine Teilnichtigkeit des Arbeitsverhältnisses zur Folge. Nicht anders könne die Beurteilung für die vertragliche Erbringung der Dienstleistung ausfallen. Aus der rechtlich unmöglichen Art der geplanten Leistungserbringung müsse nach pflichtgemäßer Ermessensausübung eine gravierende Abwertung folgen.
- Dass die Ag nunmehr, anders als in den vorangegangenen Nachprüfungsverfahren, beabsichtige, der Bg den Zuschlag zu erteilen, zeige, dass die den fortschreitenden behördlichen Erkenntnishorizont in die Ermessensausübung einbeziehe. Ergebnis des vorherigen Nachprüfungsverfahrens sei auch eine veränderte Beurteilung des Angebots der damaligen Beigeladenen gewesen.
- c) Mit Beschluss vom 29. Oktober 2021 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Sie hat erklärt, sich nicht zur Sache einzulassen.
3. Der ASt ist Akteneinsicht gewährt worden. Die Vergabekammer hat einen rechtlichen Hinweis zu ihrer vorläufigen Würdigung des Nachprüfungsantrages erteilt. Alle Beteiligten haben auf

die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorlag, sowie auf die Verfahrensakte wird Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen. Die Entscheidung ergeht ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach Lage der Akten, § 166 Abs. 1 S. 3 Var. 1 GWB.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Insbesondere handelt es sich bei der Ag um einen öffentlichen Auftraggeber und die ausgeschriebene Bewachungsdienstleistung hat einen Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte gem. § 106 GWB. Durch die Abgabe eines Angebotes hat die ASt ihr Interesse am Auftrag gezeigt; durch den beabsichtigten Zuschlag an die Bg droht ihr ein Schaden i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Die ASt hat die beabsichtigte Zuschlagerteilung an die Bg rechtzeitig i.S.d. § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt.
2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet. Die Bewertung des Angebotes der ASt bewegt sich innerhalb des Beurteilungsspielraums der Ag (dazu unter a), eine vorherige ergänzende Aufklärung des Angebotes durch die Ag war nicht erforderlich (dazu unter b). Eine Aufhebung der Ausschreibung ist nicht geboten (dazu unter c).
 - a) Der Beurteilungsspielraum der Ag bei der Bewertung des Konzeptes der ASt zur Einsatzplanung und Dienstplangestaltung ist durch die erfolgte Benotung nicht überschritten.

Dem öffentlichen Auftraggeber steht bei der Konzeptbewertung ein von der Vergabekammer nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Die Überprüfung bezieht sich insbesondere darauf, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wurde, keine sachwidrigen Erwägungen für die Entscheidung herangezogen wurden und nicht gegen allgemein gültige Bewertungsansätze verstoßen wurde (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16. August 2019 – Verg 56/18, juris-Rn. 77).

Von einem falschen Sachverhaltsverständnis wäre die Ag u.a. dann ausgegangen, wenn sie bei der Bewertung unterstellt haben sollte, die ASt würde [...] Montag bis Freitag die

Zeit von 21 bis 22 Uhr nicht anbieten. Als Ergebnis der Aufklärung, welche im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren erfolgte, steht fest, dass die ASt diesen Dienst bis einschließlich 22 Uhr und damit über die volle geforderte Zeit anbieten wollte und lediglich versehentlich das Dienstende um 21 Uhr in Konzept und Dienstplan aufgenommen hat. Die Formulierung der Ag in der Wertungsbegründung, dass die Leistung „in diesem Zeitraum nicht erbracht“ werde, ist insoweit jedenfalls missverständlich. Richtiger wäre eine Formulierung, nach der die Leistungserbringung in der fraglichen Zeit nicht im Konzept erläutert werde. Dies würde sich dann nahtlos an das von der Ag im Anschluss gebrachte Argument anschließen, dass eine 13-stündige Dienstleistung nicht von einer Person erbracht werden könne, sondern zwei Personen erfordere, so dass also zusätzliche Erläuterungen zur Art und Weise der Leistungserbringung erforderlich gewesen wären. Dass die Ag aber entsprechend der Erörterung im Nachprüfungsverfahren VK 2-99/21 richtigerweise davon ausgeht, dass die ASt im Angebot nur versehentlich ein Dienstende um 21 Uhr eingetragen hat und stattdessen – nach der Klarstellung durch die ASt – von 22 Uhr auszugehen ist, belegt der Umstand, dass die Ag das Angebot der ASt nicht aus formellen Gründen wegen Abweichens von den Vorgaben der Vergabeunterlagen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auf der sog. ersten, formellen Wertungsebene ausgeschlossen hat.

Die Frage, ob die Formulierung der Ag in diesem Punkt auf ein fehlerhaftes Sachverhaltsverständnis und damit auf eine fehlerhafte Begründung hinweist, kann jedoch letztlich offenbleiben. Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens hat die Ag sich ausschließlich darauf gestützt, dass [...] aufgrund der Länge der Schicht gegen das ArbZG verstieße. Auf den Gesichtspunkt, dass ein Teil des Dienstes nicht erbracht werde, hat sich die Ag nicht (mehr) gestützt. Selbst wenn die Ag also ursprünglich ein fehlerhaftes Verständnis von den Auswirkungen der vorangegangenen Aufklärung gehabt haben sollte, stützt sie ihre Entscheidung nun jedenfalls nicht mehr auf diesen Aspekt, sondern nur noch darauf, dass ein Verstoß gegen das ArbZG vorliege. Dieser Aspekt ist explizit auch schon in der Wertungsbegründung angesprochen worden, verbunden mit der Würdigung, dass der Dienst mit zwei Personen besetzt werden müsse. Die Ag hat insoweit im Laufe des Nachprüfungsverfahrens keine neue Begründung ihrer Bewertung eingeführt, sondern höchstens, sofern sie zuvor ein fehlerhaftes Verständnis des Aufklärungsergebnisses gehabt haben sollte, von ursprünglich zwei Begründungen (Leistung wird nicht erbracht / Leistung müsste von zwei Personen erbracht werden) eine Begründung fallen gelassen. Das sog. „Nachschieben“ von Gründen durch schriftsätzlichen Vortrag im Vergabenachprüfungsverfahren in Ergänzung zur Dokumentation der Vergabeentscheidung ist jedenfalls ohnehin dann zulässig,

wenn diese Gründe bereits in der Vergabedokumentation angelegt sind (vgl. ausführlich und m.w.N. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Februar 2021 – Verg 23/20). Ein womöglich unzulässiges Nachschieben von Gründen liegt damit nicht vor. Die Auffassung der ASt, dass der Aspekt der unzulässigen 13-stündigen Dienstschicht in der Wertungsbegründung zwar bereits angesprochen sei, nicht jedoch als Begründung für die Abwertung vorgebracht worden sei, teilt die Kammer nicht. Vielmehr deutet die Formulierung „*Eine 13-stündige Dienstleistung kann auch nicht von einer Person erbracht werden*“ (Hervorhebung nicht im Original) auf eine Ergänzung des voranstehenden Textes hin und damit auf eine Vertiefung der dort angeführten Aussage, wonach die Leistung nicht umfänglich und überwiegend nachvollziehbar dargestellt werde.

Ggf. hätte die Ag also auf eine von ursprünglich zwei Begründungen verzichtet. Dass die Ag im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens die Punktbewertung des Angebotes der ASt dennoch unverändert verteidigt, ist von ihrem im Rahmen der Wertung bestehenden Beurteilungsspielraum gedeckt, wenn nicht sogar zwingend. Die Ag stützt sich darauf, dass die Arbeitsschicht mit 12 Stunden 15 Minuten unzulässig lang sei, was letztlich in eine Teilnichtigkeit auch des vergebenen Auftrages münde. Da hier nach den Vorgaben des Arbeitszeitrechts grundsätzlich eine zusätzliche Arbeitskraft erforderlich wäre, damit also auch Abhilfe nicht leicht z.B. durch eine Verschiebung der Pausenzeiten oder ähnliche kleinere organisatorische Anpassungen möglich wäre, ist es keine Überschreitung des Beurteilungsspielraumes der Ag, von einem schwereren Mangel des Konzeptes auszugehen, der eine Bewertung mit ausreichend, 10 Punkten, rechtfertigt. Eine deutliche Abwertung im Rahmen der Bewertung auf der vierten Wertungsstufe ist hier vielmehr geboten. Dabei kann letztlich offenbleiben, ob die von der ASt angedeutete Möglichkeit, entsprechend § 6 des Tarifvertrages Arbeitszeit über 10 Stunden täglich vorzusehen, im vorliegenden Fall greifen könnte. Ausgehend von den allgemeinen Regelungen des ArbZG darf die tägliche Arbeitszeit grundsätzlich 8 Stunden nicht überschreiten, bei einer Ausdehnung auf bis zu 10 Stunden täglich ist für einen Ausgleich zu sorgen (vgl. § 3 ArbZG). Die ASt beruft sich auf einen Tarifvertrag, der eine Ausnahmeregelung gem. § 7 ArbZG enthalte und eine Verlängerung der Arbeitszeit über 10 Stunden täglich ermögliche, wenn in die Arbeitszeit in regelmäßigem Umfang Arbeitsbereitschaft falle.

Laut dem in den Vergabeunterlagen enthaltenen Vertragsentwurf obliegt es dem Auftragnehmer, eine rechtskonforme Arbeitszeitgestaltung sicherzustellen. Auch hat er im Rahmen seines Angebotes die Dienstplangestaltung darzulegen. Beruft sich ein Bieter für die Zulässigkeit seiner Dienstplangestaltung auf das Vorliegen von besonderen Ausnahmetatbeständen, gehört es zu einem nachvollziehbaren Konzept, die jeweiligen Voraussetzungen der

Ausnahmevorschriften darzulegen. Konkret hätte die ASt also entsprechend § 7 Abs. 1 Nr. 1a ArbZG erläutern müssen, dass regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft anfallt. Gerade die ASt als derzeitige Dienstleisterin der Ag hätte eine solche Einschätzung erfahrungsbasiert plausibilisieren können. Gem. § 7 Abs. 8 ArbZG wären auch Ausführungen dazu erforderlich, wie die wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden im Schnitt eingehalten werden soll. Ohne solche Darlegungen kann ein Konzept nicht nachvollziehbar in Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben sein.

Es bedarf aber im Ergebnis keiner abschließenden Prüfung der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit der vorgesehenen Schicht durch die Vergabekammer, da die Ag auf die konzeptionelle Darstellung nicht mit einem Ausschluss des Angebots der ASt reagiert hat, sondern auf der vierten Wertungsstufe Punktabzüge vorgenommen hat, was, wie dargelegt, in jedem Fall im Rahmen des Beurteilungsspielraumes der ASt liegt.

Die Entscheidung der Ag, wonach die Abwertung des Angebots der ASt aufgrund der Anzahl der vorgesehenen Mitarbeiter in Konzept und im Dienstplan geboten war, steht auch im Einklang mit den Erörterungen im Nachprüfungsverfahren VK 2-99/21. Im Protokoll ist ausdrücklich und seitens der ASt unwidersprochen festgehalten, dass die Eintragung der von den Vorgaben der Ag abweichenden Uhrzeit – 21 Uhr – auf einem Eintragungsfehler beruht, die Einhaltung aller Vorgaben an anderer Stelle des Angebots aber zugesagt wurde, so dass ein Widerspruch im Angebot zu konstatieren war. Nicht impliziert ist jedoch mit der seitens der Ag vorgenommenen Neuwertung des Angebots der ASt, dass nunmehr Dienstplan und Konzept der ASt seitens der Ag dahin zu korrigieren wären, dass etwa eine Arbeitskraft mehr zu unterstellen wäre oder die Ag sich in Bezug auf die individuellen Arbeitszeiten des [...] einzig angebotenen Mitarbeiters Rechtfertigungen hätte zurecht legen müssen. Die Möglichkeit der Bereinigung einer Widersprüchlichkeit im Angebot, die einem Bieter in Form einer Aufklärung eingeräumt wird, impliziert nicht die Möglichkeit, auch Konzepte etc. inhaltlich abzuändern, insbesondere wenn – wie hier – aufgrund der Notwendigkeit, weitere Arbeitskräfte einzubinden, auch eine Auswirkung auf den Angebotspreis im Raum stehen könnte. Es ist richtig, dass die Ag Konzept und Dienstplan so wie eingereicht bewertet hat. Dies ist bereits als Ergebnis der insoweit konsensualen Erörterung im Verfahren VK 2-99/21 im dortigen Protokoll festgehalten. Die dortige Aussage der ASt zugrunde legend, sie habe lediglich versehentlich eine zu kurze Dienstzeit eingetragen, hätten Konzept und Dienstplan in der Sache stimmig auf die korrekten, von der Ag vorgegebenen Zeiten bezogen sein müssen.

- b) Die Ag hätte das Angebot vor der Wertung insoweit auch nicht ergänzend aufklären müssen oder auch nur können.

Soweit die ASt vorbringt, die Ag hätte aufklären müssen, ob sich der eingereichte Dienstplan, der eine Arbeitszeit von 12 Stunden 15 Minuten vorsieht, innerhalb des rechtlichen Rahmens des Tarifvertrages bewegt, ist schon fraglich, ob dieser Vortrag überhaupt beachtlich ist. Die Ag hat im Rahmen der Wertung wie auch im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens dargelegt, dass sie eine solche Schicht für mit dem Arbeitszeitgesetz unvereinbar hält. Die ASt behauptet in Erwiderung dazu nicht, dass die angebotene Leistung rechtmäßig wäre, sondern trägt nur vor, die Ag hätte die Rechtmäßigkeit im Wege der Aufklärung prüfen müssen.

Die von der ASt aufgeworfene Frage, ob sich „der eingereichte Dienstplan [...] in diesem rechtlichen Rahmen bewegt“, ist schon nicht gem. § 15 Abs. 5 VgV aufklärbar. Im Rahmen eines offenen Vergabeverfahrens kann der Auftraggeber ggf. fehlende Unterlagen nachfordern oder Widersprüche im Angebot aufklären. Eine Nachbesserung des Angebotes darf nicht erfolgen.

Wie ansatzweise aufgeführt bedürfte es zur Begründung der Zulässigkeit einer gut 12-stündigen täglichen Arbeitszeit vertiefter Ausführungen im Konzept. Diese fehlen jedoch, obwohl sie für die Schlüssigkeit des Angebotes erforderlich wären. Auf dieser Grundlage ist die Ag zurecht davon ausgegangen, dass die Arbeitsleistung rechtlich nicht zulässig ist. Die für eine ggf. andere rechtliche Bewertung erforderlichen umfangreichen Darstellungen im Konzept können nicht im Rahmen einer Aufklärung nachgeliefert werden, da insoweit kein Widerspruch vorliegt, sondern diese Ausführungen schlicht ganz fehlen.

- c) Eine Aufhebung der Ausschreibung ist nicht geboten. Es liegt kein Aufhebungsgrund vor.

Der Umstand, dass die Ag nicht von vornherein das Angebot der ASt unter allen Gesichtspunkten intensiv geprüft hatte, ist grundsätzlich unschädlich. Die ASt war jeweils nicht für den Zuschlag vorgesehen, so dass es auf die Feststellung weiterer möglicher Mängel auch nicht ankam. Dass im Rahmen der durch die beiden vorangegangenen Nachprüfungsverfahren erforderlich gewordenen Neubewertungen jeweils weitere Mängel am Angebot der ASt aufgefallen sind, so dass eine Besserbewertung des Angebotes im Ergebnis jeweils nicht in Betracht kam, macht die Wertung nicht per se unglaubwürdig oder gar mangelhaft.

Auch, dass die Ag nunmehr ein anderes Angebot als in den beiden vorangegangenen Nachprüfungsverfahren beauftragen möchte, stellt keinen vergaberechtlichen Fehler dar. Jeder Neueintritt in die Wertungsphase kann, aus dem jeweils aktuellen Kenntnisstand des Auftraggebers heraus, auch zu neuen Wertungsergebnissen führen.

Eine Neuausschreibung würde auch grundsätzlich diejenigen Bieter benachteiligen, die von vornherein ein gutes Angebot abgegeben haben.

III.

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

Die Kosten (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag sind der ASt aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterliegt.

Die Bg hat sich nicht am Verfahren beteiligt und ist damit kein Kostenrisiko eingegangen. Es entspricht der Billigkeit, ihr auch keinen Kostenerstattungsanspruch zuzugestehen.

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