



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 75/21

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

Verfahrensbevollmächtigte:

- Antragstellerin -

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Konventionell gewerbliche Bewachung [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und den ehrenamtlichen Beisitzer Brinkmann auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juli 2021 am 23. Juli 2021 beschlossen:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren „Konventionell gewerbliche Bewachung [...]“ in den Stand nach der Angebotsabgabe zurückzusetzen und die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin zu wiederholen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin notwendigen Aufwendungen.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union [...] die Vergabe einer Rahmenvereinbarung über die konventionelle gewerbliche Bewachung [...] im nichtoffenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb bekannt. Die Rahmenvereinbarung umfasst eine Grundlaufzeit von 4 Jahren mit dreimaliger Verlängerungsoption um jeweils ein Jahr.

Die Antragstellerin (ASt) wurde im Teilnahmewettbewerb ausgewählt und am [...] zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Mit der Aufforderung wurden die Vergabeunterlagen an die ausgewählten Bieter übersandt. Aus dem darin enthaltenen Dokument „Allgemeine Forderungen zur Bewachung und Absicherung von Liegenschaften der [...] im Rahmen der Konventionellen Gewerblichen Bewachung für die Liegenschaft [...]“ (Anlage 12 zum Vertrag gewerbliche Bewachung) geht hervor, dass in jeder Schicht eine personelle Besetzung durch 4 Wachposten und einer aufsichtführenden Wachperson, mithin durch insgesamt 5 Wachpersonen gefordert ist (Teil 2 - Forderungen bezüglich des Wachpersonals - 2.2 Wachfunktionen).

Als Teil der Angebote waren unter anderem auch die Vorlage eines „konzeptionellen Teils“ (Anlage 16 zum Vertrag, Anhang 3 „Konzeptioneller Teil Wachkategorie A-C“) sowie Angaben zu den „Qualitätskriterien“ (Anlage 17 zum Vertrag) gefordert.

Im konzeptionellen Teil waren unter anderem die „auftragsbezogenen Schichtplanmethodik“ (Punkt 1.5) sowie ein „auftragsbezogener Monats-Musterdienstplan“ darzustellen. Direkt unter den tabellarisch aufgelisteten Elementen, die im konzeptionellen Teil darzustellen sind, wurde von der Ag angegeben:

„Die Ausführungen im konzeptionellen Teil werden durch die Bewertungskommission Qualität einer Schlüssigkeitsprüfung unterzogen. Dabei ist zu beurteilen, ob die Konzepte im Einklang mit den Vergabeunterlagen stehen und in realistischer Weise umgesetzt werden können. Die Nichtabgabe eines Konzepts, bzw. unschlüssige Ausführungen führen zum Ausschluss des Angebots. Die Konzepte werden nach dem Zuschlag Vertragsbestandteil.“

Mit ihrem Angebot vom 12. Februar 2021 reichte die ASt im konzeptionellen Teil (Unterpunkt 1.6) einen Musterdienstplan ein. Aus diesem ergibt sich die Einteilung von jeweils einer aufsichtführenden Wachperson und 3 Wachposten in jeder Schicht.

In dem ebenfalls eingereichtem Anhang 17 zum Vertrag ergibt sich aus den Angaben der ASt unter dem Punkt 1.3 („Arbeitsbedingungen / Personalkonzept“) und der dort dargestellten Berechnung, dass die kalkulierte Gesamtanzahl der Mitarbeiter sich aus einer Personalstärke von jeweils einem Aufsichtführenden und 4 weiteren Mitarbeitern pro Schicht, also insgesamt 5 Sicherheitsmitarbeitern, errechnet.

Mit Schreiben vom 14. Mai 2021 versendete die Ag die Mitteilung gem. § 134 GWB an die ASt und erläuterte deren Nichtberücksichtigung. Zur Begründung wurde angeführt:

„Auf ihr Angebot kann der Zuschlag nicht erteilt werden, weil Ihr Angebot als unschlüssig bewertet wurde.

Hierfür sind im Einzelnen folgende in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannten Kriterien maßgebend:

- Qualität

Erläuterungen:

(...) Der von Ihnen beigelegte Musterdienstplan enthält in allen Schichten in der Summe 4 Sicherheitsmitarbeiter, gefordert werden in der Anlage 12 zum Vertrag „Forderung zur Bewachung und Absicherung“ jedoch 5 Wachpersonen 24/7. Ihr Angebot konnte daher nur als unschlüssig bewertet werden.“

Mit Schreiben vom 17. Mai 2021 rügte die ASt die Nichtberücksichtigung ihres Angebots. Ein öffentlicher Auftraggeber müsse widersprüchliche Angaben im Angebot aufklären.

Die Ag hob die Information gem. § 134 GWB mit Schreiben vom 20. Mai 2021 aufgrund einer Rüge, welche eine Neubewertung erforderlich mache, auf.

Mit Schreiben vom 01. Juni 2021 erklärte die Ag, der Rüge nicht abzuweichen. Gem. § 22 Abs. 6 VSVgV könnten nach Ermessen des Auftraggebers fehlende Unterlagen beim Bieter nachgefordert werden. Da vorliegend Auswirkungen auf die Kostenkalkulation zu besorgen wären, sei von einer Nachforderung abgesehen worden.

Mit einer zweiten Vorabinformation nach § 134 GWB vom gleichen Tag teilte die Ag der ASt erneut mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Die Begründung erfolgte gleichlautend zur Vorabinformation vom 14. Mai 2021.

2. Die ASt beantragt mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 11. Juni 2021, eingegangen bei der Vergabekammer des Bundes am selben Tag, die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens.

a) Zur Begründung trägt sie vor, der Ausschluss ihres Angebots sei zu Unrecht erfolgt.

- Weder in dem Informationsschreiben gemäß § 134 GWB noch in der Rügeantwort sei eine Rechtsgrundlage für den Ausschluss des Angebots benannt worden.
- Die Zulässigkeit eines Ausschlusses von Angeboten richte sich vorliegend nach § 31 Abs. 2 VSVgV. „Unschlüssigkeit“ des Angebots – wie von der ASt angeführt werde – finde sich nicht in den aufgezählten Ausschlussgründen.

Der einzig in Betracht kommende Ausschlussgrund § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV sei nicht erfüllt. Die ASt habe keine Änderungen oder Ergänzung an den Vergabeunterlagen vorgenommen, aus mehreren Passagen des konzeptionellen Teils und den Ausführungen zu den „Qualitätskriterien“ im Angebot ergebe sich, dass die ASt die Besetzung mit 5 Wachposten 24 Stunden am Tag an 7 Tagen in der Woche geplant habe.

- Das Angebot stehe auch nicht im Widerspruch dazu. Bei dem vorgelegten Musterdienstplan handele es sich lediglich um ein Muster zur Erläuterung der Schichtplanmethodik. Das Erfordernis einer Musterplanung mit der tatsächlich geforderten Mitarbeiteranzahl ergebe sich aus Anlage 16 nicht. Daher sei gemäß §§ 133, 157 BGB das Angebot so auszulegen, dass die Besetzung mit 5 Wachposten 24 Stunden am Tag an 7 Tagen in der Woche vorgesehen sei.
- Selbst wenn die Ag das Angebot anders ausgelegt hätte, hätte sie das Angebot der ASt nicht ausschließen dürfen. Vor dem Ausschluss eines Angebots sei – entsprechend der Rechtsprechung des BGH – dem Bieter Gelegenheit zu geben, bestehende Widersprüchlichkeiten auszuräumen.

- Zudem habe die Ag in ihrem Schreiben nicht nachvollziehbar begründet, warum sie auf eine Aufklärung des Angebots verzichtet habe, wenn sie doch der Ansicht sei, das Angebot sei widersprüchlich bzw. un schlüssig. Von ihrer Aufklärungspflicht könne sich die Ag nicht dadurch befreien, dass sie in den Vergabeunterlagen einen Ausschluss von im konzeptionellen Teil un schlüssigen Angeboten erkläre.
- Weiterhin ergebe sich aus dem Protokoll der Bewertungskonferenz „Qualität“ – ausweislich dessen die ASt bei den Qualitätskriterien [...] –, dass die Ag selbst das Angebot der ASt so ausgelegt habe, dass diese eine Besetzung mit einer aufsichtführenden Wachperson und 4 Torpfosten / Streifen „24/7“ vorsehe. Anders erkläre sich nicht [...].
- Schließlich sei der Verweis auf ein Ermessen gemäß § 22 Abs. 6 VSVgV nicht nachvollziehbar, streitgegenständlich sei ein Fall der Aufklärung eingereicherter Unterlagen, kein Fall der Nachforderung fehlender Unterlagen.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren „Konventionell gewerbliche Bewachung [...]“ in den Stand nach der Angebotsabgabe zurückzusetzen und die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin zu wiederholen;
2. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechte der ASt zu wahren;
3. der ASt Akteneinsicht gemäß §165 Abs. 1 GWB zu gewähren;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen;

5. festzustellen, dass für die ASt die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten notwendig war;
6. festzustellen, dass die Ag der ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten hat.

b) Die Ag beantragt mit Schriftsatz vom 17. Juni 2021:

1. die Anträge zu den Ziffern 1 bis 6 vom 11.06.2021 zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens sowie ihrer Aufwendungen aufzuerlegen.

Dazu trägt sie vor, der mit dem Angebot eingereichte konzeptionelle Teil sei nicht schlüssig und das Angebot daher auszuschließen:

- Inhalt dieses Teils sei auch die Darstellung eines auftragsbezogenen anonymisierten Musterdienstplans, welcher nach Zuschlag verbindlicher Vertragsbestandteil werde. Damit diene dieser entgegen dem Vortrag der ASt nicht bloß der Erläuterung der Schichtplanmethodik.
- Von der Nachforderung gemäß § 22 Abs. 6 VSVgV sei abgesehen worden, da dadurch leistungsbezogene und somit kalkulationsrelevante Unterlagen geändert worden wären. Durch das Absehen von einer Nachforderung sei dem Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber den anderen Bietern Rechnung getragen worden.
- Schließlich meint die Ag, eine Aufklärung des Angebots komme gleichfalls nicht in Betracht, da bereits in den Vergabeunterlagen der Ausschluss von im konzeptionellen Teil unschlüssigen Angeboten festgelegt sei.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Der verfahrensgegenständliche öffentliche Auftrag hat die Erbringung von Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke gemäß § 104 Abs.1 Nr. 4 GWB zum Gegenstand und wurde von der Ag nach den Vorschriften der §§ 144 ff. GWB und der VSVgV ausgeschrieben.

Den maßgeblichen EU-Schwellenwert für Dienstleistungen gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 3 GWB überschreitet der ausgeschriebene Rahmenvertrag erheblich. Damit ist der Nachprüfungsantrag gemäß § 155 GWB statthaft und die Vergabekammer des Bundes gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 1 GWB zuständig.

Die ASt ist als teilnehmende Bieterin gem. § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Den als unberechtigt angegriffenen Ausschluss ihres Angebots vom Vergabeverfahren hat die Antragstellerin nach Erhalt der Information gemäß § 134 GWB am 14. Mai 2021 fristgerecht am 17. Mai 2021 gerügt, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Zwar hat die Ag diese erste Information nach § 134 GWB mit Schreiben vom 20. Mai 2021 aufgehoben. Allerdings hat die Ag diese aufgehobene Information durch eine inhaltlich gleichlautende Information vom 1. Juni 2021 ersetzt und damit deutlich gemacht, trotz der Rüge der ASt bei ihrer Auffassung zu bleiben. Einer erneuten Rüge der ASt bedurfte es daher nicht, zumal die Ag ebenfalls am 1. Juni 2021 die Rüge der ASt mit gesondertem Schreiben zurückwies.

Die 15-Tages-Frist zwischen Erhalt der Mitteilung der Nichtabhilfeentscheidung und Stellung des Nachprüfungsantrags am 11. Juni 2021 wurde eingehalten, § 160 Abs. 3, Satz 1 Nr. 4 GWB.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Der Ausschluss des Angebots der ASt durch die Ag war rechtsfehlerhaft, denn es liegt kein Ausschlussstatbestand gemäß § 31 Abs. 2 VSVgV vor.

Thematisch einschlägig ist vorliegend der Ausschlussstatbestand des § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV, wonach Angebote ausgeschlossen werden, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an der Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind. Hier geht es der Sache

nach um die Frage, ob die ASt insgesamt fünf Personen für die Auftragsausführung anbietet oder nur vier. Im letztgenannten Fall wäre der Ausschlussstatbestand verwirklicht, denn die ASt hätte dann anders angeboten als gefordert. Entgegen der Auffassung der Ag ist der Ausschlussstatbestand des § 31 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 22 Abs. 6 VSVgV nicht einschlägig, denn das Angebot der ASt enthielt alle geforderten Unterlagen; ein Fall des Fehlens geforderter bzw. nachgeforderter Nachweise oder Erklärungen liegt nicht vor.

- a) Unstreitig ist, dass die Ag eine Bewachungsdienstleistung mit insgesamt fünf Personen gefordert hat. Ob das Angebot der ASt von dieser Vorgabe abweicht, ist anhand des Angebotsinhalts zu ermitteln.

Das Angebot sieht auf der einen Seite in dem beigelegten Musterdienstplan eine Besetzung mit einem Aufsichtführenden und drei weiteren Sicherheitsmitarbeitern in jeder Schicht vor, also insgesamt vier Personen. Aus dem Personalkonzept und den dort dargestellten Berechnungen geht dagegen hervor, dass mit je einem Aufsichtführenden und vier weiteren Mitarbeitern pro Schicht kalkuliert wird, also mit insgesamt fünf Mitarbeitern.

Damit ist das Angebot als in sich widersprüchlich anzusehen, denn sowohl der Musterdienstplan als auch das Personalkonzept sind relevante Bestandteile des Angebots. Denn anders als die ASt meint war der Musterdienstplan nicht lediglich unverbindlich oder beispielhaft und damit letztendlich unbeachtlich in dem Sinne, dass er die von der Ag gesetzten Vorgaben nicht hätte beachten müssen. Nach Auslegung der Vergabeunterlagen nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) eines verständigen und mit der Leistung der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters war im Gegenteil auch deutlich, dass der Musterdienstplan mit den geforderten fünf Sicherheitsmitarbeitern je Schicht zu erstellen ist. Denn ausdrücklich war ein „auftragsbezogener“ Musterdienstplan gefordert, der als Bestandteil des Konzepts nach dem Zuschlag Vertragsbestandteil werden sollte (Anlage 16 zum Vertrag, Anhang 3 „Konzeptioneller Teil Wachkategorie A-C“, Seite 2). Mit diesem Hinweis auf den konkreten Auftragsbezug ist für den verständigen Bieter ersichtlich, dass der Musterdienstplan mit den Parametern zu erstellen ist, die auch für die Auftragsdurchführung gelten. Dies ergibt sich zudem auch aus der Beschreibung unter Punkt 1.5, die auf Anlage 12 Nr. 2.2 verweist. Dort findet sich unter anderem die geforderte Personal-

stärke. Die Anweisung, den auftragsbezogenen Musterdienstplan „anonymisiert gemäß Anlage 12 Nr. 2.2“ zu erstellen, beinhaltet mithin die Vorgabe, den Dienstplangentwurf mit der jeweiligen dort angegebenen Anzahl an Wachpersonen pro Schicht zu erstellen.

- b) Die Widersprüchlichkeit im Angebot der ASt lässt sich nicht durch Auslegung, §§ 133, 157 BGB, beseitigen. Sowohl das Personalkonzept als auch der beigefügte Musterdienstplan sind Teil des abgegebenen Angebots. Aus der Diskrepanz der Angaben in beiden Teilen ergibt sich der Widerspruch im Angebotsinhalt. Aus Sicht der Ag ist nicht erkennbar, welcher Teil letztendlich aus Sicht der ASt gelten sollte. Vor diesem Hintergrund konnte der Musterdienstplan der ASt im Zusammenspiel mit den anderen Angebotsbestandteilen nicht dahingehend ausgelegt werden, es sei eigentlich eine Besetzung mit fünf Sicherheitsmitarbeitern gemeint.
- c) Ist ein Angebot aber in sich widersprüchlich, so stellt dies nicht unmittelbar und direkt einen Ausschlussgrund nach § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV dar. Das Angebot bedarf vielmehr im Fall der Widersprüchlichkeit der Aufklärung (so schon OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 – Verg 35/15). Denn nach der neueren Rechtsprechung darf der Auftraggeber Angebote, die an formalen Mängeln wegen widersprüchlicher Angaben leiden, nicht vom Vergabeverfahren ausschließen, ohne vorher den Bieter zur Aufklärung über den Inhalt des Angebots aufgefordert zu haben. Bei einem infolge der Widersprüchlichkeit wahrscheinlichen Eintragungsfehler oder, wie hier, Versehen bei der Anpassung des Musterdienstplans reduziert sich das Aufklärungsermessen auf eine Aufklärungspflicht. Dem Bieter muss die Gelegenheit eingeräumt werden, die Widersprüchlichkeit auszuräumen (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juni 2019 - X ZR 86/17; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02. August 2017 – Verg 17/17).

Der Pflicht zur Aufklärung widersprüchlicher Angebote kann sich der Auftraggeber auch nicht durch einen entsprechenden Ausschluss in den Vergabeunterlagen entziehen, denn die Aufklärungspflicht ergibt sich aus dem für das Vergabeverfahren zentralen Wettbewerbsgrundsatz; wie der Bundesgerichtshof dargelegt hat, sollen wirtschaftlich gute Angebote nicht aus formellen Gründen ausgeschlossen werden, wenn sich ein Ausschluss in einer Weise vermeiden lässt, die vergaberechtskonform ist. Dies ist hier der Fall, denn eine nachträgliche Angebotsänderung, die gegen das

Nachverhandlungsverbot des § 11 Abs. 2 VgV verstoßen würde, ist vorliegend ausgeschlossen. Die ASt hat im Personalkonzept nämlich die geforderte Mitarbeiteranzahl dargelegt und kalkuliert, so dass die Grenze zu einer Angebotsänderung nicht überschritten werden kann. Anders als für die Nachforderung von Unterlagen gemäß § 56 Abs. 2 Satz 2 VgV, für die eine ausdrückliche Vorabausschlussmöglichkeit vorgesehen ist, kommt aus den dargelegten Gründen ein genereller Vorabausschluss der Aufklärung widersprüchlicher Angebote durch den Auftraggeber nicht in Betracht.

Da der Ausschluss des Angebots der ASt mithin nicht vergaberechtskonform war, der Inhalt des widersprüchlichen Angebots durch die ASt jedoch mittlerweile im Nachprüfungsverfahren klargestellt und eine Aufklärung damit obsolet geworden ist, hat die Ag die Wertung unter Einbezug des Angebots der ASt zu wiederholen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3, S. 2 VwVfG.

Die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt notwendigen Kosten sind der Ag aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterliegt.

Die Bg hat sich am Verfahren nicht aktiv beteiligt und ist damit auch kein Kostenrisiko eingegangen. Es entspricht daher der Billigkeit, ihr keinen Aufwendungsersatz zuzusprechen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war für die ASt notwendig. Das Nachprüfungsverfahren hat im Wesentlichen die Rechtsfrage aufgeworfen, inwieweit die Ag zur Aufklärung des Angebots der ASt vor dem Ausschluss verpflichtet war. Dazu war die neuere Rechtsprechung des BGH und des OLG Düsseldorf maßgeblich, deren Kenntnis bei der ASt selbst nicht vorausgesetzt werden kann.

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