
Datum: 14.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 42/12
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2012:1114.VII.VERG42.12.00

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Der Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen den Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 5. Oktober 2012 (VK 3-111/12) wird abgelehnt.

Der Senatsbeschluss vom 5. November 2012 ist gegenstandslos.

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, dem Beschwerdegericht eine etwaige Auftragserteilung an die Beigeladene unter Beifügen von Belegen mitzuteilen.

Die Vergabekammer hat mit Recht entschieden, dass die Angebote der Antragstellerin wegen einer Änderung der Vergabeunterlagen vom Vergabeverfahren auszuschließen sind. Die Antragstellerin ist deswegen an diesem Verfahren nicht mehr beteiligt. Ihre Beschwerde - und genauso der Antrag, deren aufschiebende Wirkung zu verlängern (§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB) - kann deswegen keinen Erfolg haben. Im Einzelnen: 1

1. Die Antragsgegnerin hat Bieter eine wirksame Kalkulationsvorgabe gestellt. Es sollte unter der Überschrift „den Angebotspreisen zugrunde liegender Tariflohn“ in die Preisblätter der Tariflohn für Unterhaltsreinigung (bezogen auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungserbringung 1.1.2013) eingetragen werden. Die Antragstellerin gab vordergründig noch wahrheitsgemäß einen Betrag von neun Euro (netto) je Arbeitsstunde als den seinerzeit 2

gültigen und für allgemeinverbindlich erklärten Tariflohn an. Tatsächlich kalkulierte sie nach eigenem Vortrag unter Verstoß gegen die Festlegung der Antragsgegnerin anders, nämlich mit einem Stundenverrechnungssatz von 8,78 Euro (netto). Dazu fühlte sich die Antragstellerin ermächtigt, weil mit dem 31.10.2013 der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag für das Gebäudereinigerhandwerk auslaufen wird. Für die Zeit danach setzte die Antragstellerin nur noch den Mindestlohn von 8,62 Euro nach TVgG NRW an.

a) Kalkulationsvorgaben durch den öffentlichen Auftraggeber sind vergaberechtlich zugelassen. Sie beschränken zwar die Kalkulationsfreiheit der Bieter und „kanalisieren“ in gewissem Umfang auch den Preiswettbewerb, beruhen jedoch auf der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers hinsichtlich der Regularien des Vergabeverfahrens. Zudem begrenzen sie Spekulationsmöglichkeiten der Bieter und fördern insoweit die Chancengleichheit bei der Bewerbung um den Auftrag. Wie sonstige Festlegungen des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen auch unterliegen sie nur dem Gebot der Eindeutigkeit und Bestimmtheit. 3

b) Die Antragsgegnerin hat Bietern wirksam zur Vorgabe gemacht, über die gesamte Vertragslaufzeit von zwei Jahren (Verlängerungen ausgenommen) mit dem am 1.1.2013 geltenden Tariflohn zu kalkulieren (seinerzeit neun Euro/Stunde). Dies ergibt sich aus der Auslegung der Vergabeunterlagen, die aus der Sichtweise eines verständigen, fachkundigen Bieters erfolgt und zum Ziel hat, den zutreffenden Willen des Auftraggebers zu erforschen. Im Streitfall sollte der den Angebotspreisen am 1.1.2013 zugrunde liegende Tariflohn bei Unterhaltsreinigungsarbeiten genannt werden. Eine Einschränkung in zeitlicher Hinsicht war dem nicht beigegeben worden. Der zugrunde liegende Tariflohn sollte sich auf die gesamte Vertragsdauer erstrecken und sich auf alle Angebotspreise beziehen. Genauer gesagt: Bieter sollten bei der Ausarbeitung der Angebote über die gesamte Vertragslaufzeit von zwei Jahren rechnerisch mit dem angegebenen Tariftundenlohn gemäß für allgemeinverbindlich erklärtem Tarifvertrag, welcher neun Euro (netto) betrug, kalkulieren. Damit war auch im Ansatz keine Verpflichtung verbunden, diesen Tariflohn an Beschäftigte tatsächlich auch zu bezahlen. 4

Fachkundige Bieter konnten daraus erkennen, dass die Antragsgegnerin für die Zeit nach demnächstigem Auslaufen des Tarifvertrags für das Gebäudereinigerhandwerk keine Freigabe der Kalkulation haben wollte. Dies hätte Bietern kaum mehr beherrschbare, willkürliche Kalkulationsmöglichkeiten bis hin zu spekulativen Lohnansätzen über die Grenzen der Realität hinaus eröffnet. Auch der Ansatz von 8,62 Euro nach Auslauf des Tarifvertrags durch die Antragstellerin beruht auf keinen realen oder sonst ernst zu nehmenden Tatsachenannahmen. Anzeichen dafür, dass die Stundenlöhne in einem neuen Tarifvertrag von neun auf 8,62 Euro herabgesetzt werden könnten, zeigt selbst ihr eigenes Vorbringen nicht auf. Trotzdem hätten Bieter ohne die Vorgabe der Antragsgegnerin unbeschadet und risikolos so kalkulieren können, um sich bei der Erlangung einen preislichen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Auf der anderen Seite konnten sie sicher sein, bei der Ausführung des Auftrags keine Einbußen zu erleiden, weil der den Vergabeunterlagen beigefügte Entwurf eines abzuschließenden Reinigungsvertrags für den Fall tarifvertraglicher Lohnänderungen in § 4 eine Preisanpassungsklausel enthält. Die Antragsgegnerin wollte - so die Vergabekammer entgegen unsachlich angebrachter Meinung der Beschwerde vollkommen richtig - dahingehende Preisspekulationen ausschließen und so betrachtet auch die Vergleichbarkeit der Angebote sichern. Ein Bieterwettbewerb blieb gleichwohl möglich, weil der Zuschlag nach den bekannt gegebenen Kriterien - wiederum entgegen sachwidriger Ansicht der Beschwerde - nicht auf das niedrigste Preisangebot, sondern auf das wirtschaftlichste Angebot ergehen sollte. Ebenso wenig war durch die Vorgabe der Antragsgegnerin eine Berücksichtigung staatlicher Zuschüsse bei der Kalkulation 5

ausgeschlossen.

- c) Die Antragstellerin ist von den Kalkulationsvorgaben gemäß den Vergabeunterlagen abgewichen (§ 16 Abs. 3 VOL/A-EG). Sie hat nicht mit einem Stundensatz von neun Euro (netto), vielmehr aufgrund einer fiktiv angenommenen Herabsetzung auf das Niveau des TVgG NRW nach dem 31.10.2013 mit lediglich 8,62 Euro kalkuliert, wobei sie zu einem Mittelwert 8,78 Euro gelangt ist. Infolgedessen ist der Ausschlussgrund des § 19 Abs. 3 Buchst. d VOL/A-EG gegeben. Unerheblich ist, dass die Antragsgegnerin die Angebote der Antragstellerin aus diesem Grund nicht bereits in der Bieterinformation ausgeschlossen hat, sondern der Ausschlussgrund erst in einem späteren Schreiben ihrer Rechtsanwälte herangezogen worden ist. Zwingende Ausschlussgründe wie jene des § 19 Abs. 3 VOL/A-EG sind in jedem Stadium des Vergabeverfahrens (sowie auch noch im Nachprüfungsverfahren) zu beachten, ungeachtet dessen, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt sich der öffentliche Auftraggeber selbst darauf berufen hat (BGH, Urt. v. 1.8.2006 - X ZR 115/04, VergabeR 2007, 73, 75 m.w.N.). 6
- Ob weitere (zwingende) Ausschlussgründe bestehen (§ 19 Abs. 3 Buchst. a VOL/A-EG: unvollständige Preisangaben oder § 19 Abs. 6 Satz 2 VOL/A-EG: Missverhältnis zwischen Preis und Leistung) kann auf sich beruhen. Darauf kommt es für die Erfolgsaussicht der Beschwerde nicht an. 7
2. Der bestehende Ausschlussgrund wirkt sich auf den Erfolg der Beschwerde nur dann nicht nachteilig aus, wenn aus anderen Gründen der Zuschlag zu untersagen ist, das Vergabeverfahren deswegen teilweise wiederholt werden muss und die Antragstellerin dadurch eine „zweite Chance“ erhält, ihr Angebot zu erneuern. Jedoch ist kein Vergaberechtsverstoß gegeben, der eine Untersagung des Zuschlags aus solchen Gründen gebietet. Insbesondere stellt keinen Rechtsverstoß dar, dass die Antragsgegnerin in der Vergabebekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen die von ihr intern festgelegte sog. Aufgreifschwelle nicht mitgeteilt hat, bei Angeboten, in denen nicht mindestens ein Aufschlag von 70 % auf den Nettolohn vorgenommen worden ist, in das Zwischenverfahren nach § 19 Abs. 6 Satz 1 VOL/A-EG einzutreten. 8
- Die anzubringenden Zuschläge sind branchenbekannt. Bei der festgelegten Interventionsschwelle handelt es sich auch weder um ein Zuschlags- noch um ein Eignungskriterium, welche einer vorherigen Bekanntgabe durch den öffentlichen Auftraggeber bedürfen (vgl. Art. 44 Abs. 2 UA 3; Art. 53 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG). Eine Unterschreitung der Kostenschwelle rechtfertigt ebenso wenig bereits einen Ausschluss des betreffenden Angebots, sondern verpflichtet den Auftraggeber, zunächst einmal über die Seriosität des Angebots aufzuklären (§ 19 Abs. 6 Satz 1 VOL/A-EG). Das gebotene Zwischenverfahren rechtfertigt, von einer Bekanntgabe der Aufgreifschwelle abzusehen. 9
3. a) Die Beschwerde hat ebenso wenig Erfolg, soweit sie sich gegen die Ablehnung einer Terminvertagung und der Gewährung einer Schriftsatzfrist für die Antragstellerin durch die Vergabekammer wendet. Dem dadurch möglicherweise, aber nicht notwendig, beschnittenen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) kann im Beschwerdeverfahren, und zwar auch ohne mündliche Verhandlung, Rechnung getragen werden. 10
- b) Das gegen die ehrenamtliche Beisitzerin gerichtete Befangenheitsgesuch der Antragstellerin ist von der Vergabekammer im Ergebnis zu Recht abgelehnt worden, so dass ihre Besetzung bei der Entscheidung nicht zu beanstanden ist. Infolgedessen ist der ergangene Beschluss aus diesem Grund nicht aufzuheben und das Nachprüfungsverfahren - wie anderenfalls - nicht an die Vergabekammer zurückzuverweisen. 11

Die Antragstellerin hat nach Schluss der mündlichen Verhandlung die ehrenamtliche Beisitzerin der Vergabekammer wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, weil sie und der zum Nachweis ungewöhnlich niedriger Preisangebote der Antragstellerin (§ 19 Abs. 6 VOL/A-EG) von der Antragsgegnerin hinzugezogene Privatsachverständige, wie ihr nach ihrem Vorbringen erst nachher bekannt geworden ist, demselben privaten Beratungsunternehmen angehören - die ehrenamtliche Beisitzerin als Ansprechpartnerin einer Unternehmensniederlassung in Baden-Württemberg, der Privatsachverständige als solcher einer Niederlassung in Bayern.	12
An eine Vergabekammer des Bundes gerichtete Befangenheitsanträge sind nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes zu beurteilen. In der Sache ist dazu die Rechtsprechung der Fachgerichte einschließlich der Gerichte der Zivilgerichtsbarkeit heranzuziehen. Danach muss ein vernünftiger Grund Zweifel an der Unparteilichkeit eines Mitglieds der Vergabekammer rechtfertigen. Insoweit erweist sich zwar die Begründung der Vergabekammer, wonach das von der Antragsgegnerin eingeholte Privatgutachten für die Entscheidung keine Rolle gespielt habe, als die Entscheidung nicht tragend. Wie die Beschwerde richtig bemerkt, kommt es allein auf das Näheverhältnis des Mitglieds der Kammer zu einem Verfahrensbeteiligten an. Doch ist auch so betrachtet das Ablehnungsgesuch unbegründet.	13
Wegen des kollegialen Verhältnisses des Mitglieds eines Spruchkörpers, wie der Vergabekammer, zu einem Verfahrensbeteiligten - und dasselbe hat auch für seine Nähe zu einem vom Verfahrensbeteiligten eingeschalteten Privatsachverständigen zu gelten - ist ein vernünftiger Grund, an seiner Objektivität zu zweifeln, nur in Erwägung zu ziehen, wenn über ein bloßes kollegiales Verhältnis hinaus ein engeres persönliches Verhältnis des zur Entscheidung berufenen Mitglieds zum gegnerischen Verfahrensbeteiligten oder zu den von ihm zugezogenen Hilfspersonen, wie einem Sachverständigen, besteht (vgl. BVerfG, NJW 2004, 3550, 3551 m.w.N.). Ein solches persönliches Näheverhältnis der ehrenamtlichen Beisitzerin der Vergabekammer zum Privatsachverständigen der Antragsgegnerin ist von der Antragstellerin nicht behauptet worden. Dafür liegen auch sonst keine Anhaltspunkte vor.	14
Ergänzend merkt der Senat lediglich noch an, dass die Beschwerde auch insoweit keinen Erfolg verspricht, als sie sich gegen die Feststellung der Vergabekammer zur Notwendigkeit einer Anwaltszuziehung durch die Antragsgegnerin wendet. Die Entscheidung der Vergabekammer steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. Beschl. v. 03.01.2012 – VII-Verg 42/10).	15
Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Sie ergeht erst mit der Beschwerdeentscheidung.	16
Dicks Barbian	Rubel 17