

Abschrift



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN BESCHLUSS

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

Weitere Beteiligte:

Beigeladene

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber und die Richterinnen am Oberlandesgericht Dr. Mockel und Bonkas im schriftlichen Verfahren

am 24. Juli 2012 beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 27.4.2012 (Az.: 69 d VK – 12/2012) aufgehoben.

Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, und aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren spätestens ab dem Zeitpunkt vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu wiederholen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

Die Kosten des Nachprüfungs- und des Beschwerdeverfahrens tragen der Antragsgegner zu 2/3 und die Antragstellerin zu 1/3.

Die zur notwendigen Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin hat der Antragsgegner zu 2/3 zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für das Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 107.566,98 € festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb am 22.6.2011 europaweit im offenen Verfahren Reinigungsdienstleistungen für die Zuschlagskriterien waren der Preis (70%) und Arbeitsstunden der Reinigungskräfte (30%).

Bestandteil der Vergabeunterlagen war u.a. die Ergänzung zur Angebotsaufforderung.

Ziff. 8 „Stundenverrechnungssatz“ lautet:

„Der Stundenverrechnungssatz ist auskömmlich und kostendeckend zu kalkulieren.

Aufgrund der Empfehlung der Abteilung Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Bundesfinanzverwaltung geht die Vergabestelle davon aus, dass bei einem kalkulierten Aufschlag auf den produktiven Stundenlohn von weniger als 70% die gesetzlichen Verpflichtungen zur Zahlung des Mindestlohns sowie der Sozialversicherungsbeiträge nicht erfüllt werden können.

Gewährt der Bieter dem Auftraggeber einen Preisnachlass (z.B. Rabatt) und führt dieser zur Unterschreitung des genannten Kalkulationsaufschlags, gelten obige Ausführungen entsprechend.

Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Geschäftsstrukturen der Bieter verfährt die Vergabestelle wie folgt:

- **Der Stundenverrechnungssatz in der Unterhaltsreinigung (Lohngruppe 1) liegt unter 14,55 € (65% Aufschlag auf den produktiven Stundenlohn):**
- Angebote, die einen Stundenverrechnungssatz in der Unterhaltsreinigung (Lohngruppe 1) von unter 14,55 € (incl. Nachlass) enthalten, werden nicht berücksichtigt und von der weiteren Wertung ausgeschlossen.

Der Stundenverrechnungssatz in der Unterhaltsreinigung (Lohngruppe 1) liegt zwischen 14,55% (65% Aufschlag auf den produktiven Stundenlohn) und € 15,44 (75% Aufschlag auf den produktiven Stundenlohn):

Bieter, die einen Stundenverrechnungssatz in der Unterhaltsreinigung (Lohngruppe 1) zwischen 14,55 € und 15,44 € (incl. Nachlass) anbieten, müssen der Vergabestelle nachweisen, dass sie ihre Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohnes sowie der Sozialversicherungsbeiträge und Abgaben einhalten können.

...

Ziff. 9 „Skonto“ lautet:

„Ein vom Bieter gewährter Skontoabzug wird bei der Angebotswertung nur berücksichtigt, wenn die Skontofrist mindestens 21 Tage beträgt. Der Skontoabzug darf die branchenübliche Größe nicht überschreiten.

Erscheint das gewährte Skonto der Vergabestelle unangemessen hoch, wird vom Bieter eine rechnerische Darlegung der Skontoverzinsung verlangt. Aus dieser muss der Finanzierungsvorteil/-nachteil des Rechnungsausgleichs unter Abzug von Skonto hervorgehen.“

Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben Angebote ab, in denen sie einen Zuschlag von 65 % auf den produktiven Stundenlohn der Lohngruppe 1 kalkulierten, wodurch exakt die Grenze von € 14,55 als Stundenverrechnungssatz eingehalten wurde. Zusätzlich bot die Beigeladene ein Skonto in Höhe von 2 % bei Zahlung innerhalb von 21 Tagen an, unter dessen Berücksichtigung ihr Angebot das wirtschaftlichste war.

Mit Schreiben vom 23.3.2012 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht habe berücksichtigt werden können, da es nicht das wirtschaftlichste bzgl. Preis und Arbeitsstunden Reinigungskräfte sei, und der Zuschlag am 3.4.2012 der Beigeladenen erteilt werde. Daraufhin rügte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 27.3.2012 eine Verletzung des Gleichheits- und Wettbewerbsgrundsatzes sowie des Transparenzgebots. Nachdem der Antragsgegner mit Schreiben vom 28.3.2012 mitgeteilt hatte, der Rüge nicht abzuweichen, stellte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom selben Tag Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens. Nach Akteneinsicht beanstandete sie mit Schriftsatz vom 17.4.2012 erstmals auch, dass der Antragsgegner bei der Überprüfung, ob der Stundenverrechnungssatz von € 14,55 eingehalten ist, das von der Beigeladenen gewährte Skonto nicht berücksichtigt habe, obwohl damit der Stundenverrechnungssatz von € 14,55 unterschritten werde. Damit sei das Angebot der Beigeladenen nach Ziff. 8 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung nicht zu berücksichtigen und von der weiteren Wertung auszuschließen.

Die Antragstellerin hat beantragt

den Antragsgegner zu verpflichten, die Vergabeentscheidung aufzuheben und die Wertung ohne Berücksichtigung von Skonti durchzuführen;

hilfsweise,

den Antragsgegner zu verpflichten, die Vergabeentscheidung aufzuheben und die Wertung zu wiederholen;

äußerst hilfsweise,
unter Aufhebung der Vergabeentscheidung festzustellen, dass bei der Berücksichtigung des Skontos der Beigeladenen der Stundenverrechnungssatz von € 14,55 unterschritten wird.

Der Antragsgegner hat beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Er hat gemeint, die Gewährung von Skonto sei nicht mit dem in Ziff. 8 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung angeführten Preisnachlass vergleichbar. Während ein Preisnachlass automatisch zu einer Minderung der Rechnungssumme führe, mit der kein Vorteil für den Bieter einhergehe, beinhalte ein Skonto einen Vorteil wegen früher eintretender Liquidität. Diese könne sich positiv auf die Verpflichtung des Bieters zur Zahlung der Mindestlöhne entsprechend den Vorgaben des Arbeitnehmerentwengesetzes auswirken. Demgemäß sei das gewährte Skonto im Angebot der Beigeladenen bei der Prüfung, ob der Stundenverrechnungssatz eingehalten wurde, nicht zu berücksichtigen.

Mit dem angefochtenen Beschluss hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, die Entscheidung des Antragsgegners, das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen, sei nicht zu beanstanden. Ziffer 8 und 9 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung hätten einen unterschiedlichen Regelungsgehalt. Einschlägig für die Frage der Wertung von Skonti sei allein Ziffer 9. Danach habe der Antragsgegner zulässigerweise die Skontogewährung im Angebot der Beigeladenen werten dürfen. Der in Ziff. 8 behandelte Komplex der Wertung des Stundenverrechnungssatzes werde durch das Skonto nicht berührt. Bei der Gewährung eines Skontos handele es sich nicht um einen Preisnachlass, sondern um eine Zahlungsmodalität, die den Preis als solchen nicht ändere. Demnach habe die Skontogewährung keinen Einfluss auf den Mindeststundenverrechnungssatz von € 14,55 in der Unterhaltsreinigung.

Gegen den ihr am 30.4.2012 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin mit am 9.5.2012 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt.

Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr Vorbringen in dem Nachprüfungsverfahren. Sie meint, der Antragsgegner dürfe das Skonto im Angebot der Beigeladenen nicht werten mit der Folge, dass sie, die Antragstellerin, Bestbieterin sei und ihr der Zuschlag erteilt werden müsse. Bereits seinem Wortlaut nach umfasse der Begriff in Ziff. 8 „incl. Nachlass“ auch ein Skonto. Ein Skonto sei nichts anderes als ein bedingter Preisnachlass. Gleichmaßen spreche eine Auslegung nach Sinn und Zweck der Regelung dafür, unter den Begriff des „Nachlasses“ i.S. der Ziff. 8 auch ein Skonto zu subsumieren. Auch bei einer Unterschreitung des Stundenverrechnungssatzes von € 14,55 durch einen bedingten Preisnachlass in Form eines Skontos würde die Einhaltung des Arbeitnehmerentendegesetzes und die Beachtung der einschlägigen Tarifverträge verfehlt. Unter Berücksichtigung eines 2 %-igen Skontos betrage der Stundenverrechnungssatz im Angebot der Beigeladenen lediglich € 14,26.

Ein Angebot, das nicht auf der Basis eines verbindlich vorgegebenen Mindestlohns kalkuliert worden sei, enthalte keine zutreffenden Preisangaben und sei zwingend auszuschließen. Hierzu nimmt die Antragstellerin Bezug auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.4.2007 – VII Verg 3/07.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 27.4.2012 – 69 d VK – 12/2012 – aufzuheben;
2. den Antragsgegner zu verpflichten, die Vergabeentscheidung aufzuheben und die Wertung ohne Berücksichtigung von Skonti durchzuführen;

hilfsweise,

den Antragsgegner zu verpflichten, die Vergabeentscheidung aufzuheben und die Wertung zu wiederholen;

äußerst hilfsweise,

unter Aufhebung der Vergabeentscheidung festzustellen, dass bei der Berücksichtigung des Skontos der Beigeladenen der Stundenverrechnungssatz von € 14,55 unterschritten wird;

3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen;
4. die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Er verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Er ist der Ansicht, die in Ziff. 8 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung getroffene Regelung werde durch das Skonto nicht berührt, da sich die Überprüfung eines angebotenen Skontos ausschließlich nach Ziff. 9 richte. Die Trennung von Preisnachlässen und Skonti sei nicht nur formal erfolgt. Zwischen beiden bestehe auch bei wirtschaftlicher Betrachtung ein erheblicher Unterschied. Denn anders als ein Preisnachlass wirke sich ein Skonto auch für den Auftraggeber wirtschaftlich vorteilhaft aus, da er seine Vergütung zu einem früheren Zeitpunkt erhalte und hierüber verfügen könne. Dies habe eine Verbesserung der Liquidität zur Folge, die es dem Auftraggeber vor allem ermögliche, eigenen Zahlungsverpflichtungen schneller nachzukommen, was besonders in Situationen existenzertreuend sein könne, in denen sich Liquiditätsengpässe abzeichneten und eine kurzfristige Steigerung der Liquidität notwendig sei. Mithin bestehe der wirtschaftliche Vorteil einer Skontogewährung nicht ausschließlich in dem Zinsvorteil der früheren Zahlung. Demnach sei das angebotene Skonto bei der Frage, ob der Mindeststundenverrechnungssatz unterschritten sei, nicht zu berücksichtigen.

Die Beigeladene hat sich auch im Beschwerdeverfahren nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, insbesondere frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 116, 117 GWB). Sie hat auch in der Sache Erfolg.

A.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.

Die Antragstellerin ist antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Durch die Abgabe ihres Angebots hat sie das erforderliche Interesse am Auftrag belegt. Sie macht auch geltend, durch Vergaberechtsverstöße in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Ein die Zuschlagschancen der Antragstellerin beeinträchtigender Vergabeverstoß läge insbesondere dann vor, wenn gem. Ziff. 8 der Ergänzung zur Zahlungsaufforderung ein angebotener Skontonachlass bei der Feststellung, ob ein Angebot den Mindeststundenverrechnungssatz unterschreitet, zu berücksichtigen ist. Dadurch droht der Antragstellerin ein Schaden, weil bei Berücksichtigung der angebotenen Skontierung das Angebot der Beigeladenen die angegebene Preisgrenze unterschreitet. Da das Angebot der Antragstellerin ohne das Skontoangebot der Beigeladenen das wirtschaftlichste wäre, hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag, wenn keine Beauftragung der Beigeladenen erfolgen dürfte.

2

Die Antragstellerin hat auch nicht gegen Rügeobliegenheiten gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB verstoßen. Der mit der sofortigen Beschwerde geltend gemachte, erstmals nach erfolgter Akteneinsicht beanstandete Verstoß konnte nicht früher gerügt werden. Die Antragstellerin hat erst durch die Akteneinsicht Kenntnis davon erlangt, dass der Antragsgegner den von der Beigeladenen angebotenen Skontonachlass bei

der Prüfung, ob der Mindeststundenverrechnungssatz unterschritten wird, nicht berücksichtigt hat.

B.

Der Nachprüfungsantrag hat im Ergebnis auch überwiegend Erfolg.

1.

Der Antragsgegner wird mit der Fassung der Vergabeunterlagen den Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren nicht gerecht (§ 2 Abs. 1 Satz 1 VOL/A, § 97 Abs. 1 GWB).

a)

Wesentliche Ausprägung des Transparenzgebotes ist die Pflicht der Vergabestelle, klare und eindeutige Angaben zu allen Wertungs- und Zuschlagskriterien zu machen (vgl. die Übersicht bei Weyand, Vergaberecht, 3. Aufl., § 97 GWB, Rn. 322). Eine Vergabestelle kann eine rechtmäßige Zuschlagsentscheidung nur dann treffen, wenn die maßgeblichen Anforderungen von allen beteiligten fachkundigen Bietern im gleichen Sinne verstanden und ihren Angeboten zugrunde gelegt werden können [vgl. etwa OLG Schleswig Beschl. v. 15.4.2011 – 1 Verg 10/10 – Rn. 60 m.w.N.]. Davon kann hier nicht ausgegangen werden.

b)

Die von dem Antragsgegner gewählte Formulierung in Ziff. 8 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung lässt – anders als die Vergabekammer offenbar gemeint hat – nicht eindeutig und zweifelsfrei erkennen, dass das Angebot eines Skontos nicht als Preisnachlass gewertet und bei der Prüfung der Einhaltung des Mindestverrechnungssatzes unberücksichtigt bleiben sollte. Nach dem gesamten Regelungszusammenhang ist das gegenteilige Verständnis nicht nur vertretbar, sondern drängt sich nach Auffassung des Senats geradezu auf. Die von der VK zur Auslegung angestellten Erwägungen greifen zu kurz. Bei der Auslegung von Verdingungsunterlagen kommt es gemäß §§ 133, 157 BGB auf den objektiven Empfängerhorizont eines verständigen und mit Leistungen der ausgeschriebenen Art vertrauten Bieters an [vgl. BGH Ur. v. 28.2.2002 – VII ZR 376/00 – Rn. 18].

aa)

Die formale Trennung der Bestimmungen in Ziff. 8 und 9 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung rechtfertigt nicht das Verständnis, dass Ziff. 9 abschließende Bestimmungen zur Gewährung von Skonti enthält, während Ziff. 8 für die Frage der Wertung von Skonti nicht einschlägig ist. Die formale Trennung der Regelungen besagt nichts darüber, ob Skonti als Preisnachlass im Sinn von Ziff. 8 zu behandeln und deshalb bei der Prüfung, ob der Mindeststundenverrechnungssatz eingehalten oder unterschritten worden ist, zu berücksichtigen sind. Wortlaut und Inhalt der Ziff. 8 und 9 ergeben aus der objektiven Sicht eines Bieters, dass Ziff. 9 die näheren Modalitäten eines Skontoangebots regelt, während Ziff. 8 die Preisvorgabe und in diesem Zusammenhang auch die Wertung von Preisnachlässen allgemein betrifft. Aus dem Zusammenhang dieser Regelungen ergibt sich demnach zwar, dass der Auftraggeber Skonti nicht grundsätzlich ausschließen wollte. Dass damit Ziff. 8 für die Frage der Wertung von Skonti im Hinblick auf die Einhaltung der Preisgrenze keinerlei Bedeutung haben soll, also Skonti in beliebiger Höhe für die Einhaltung der Preisgrenze keine Rolle spielen, folgt jedoch weder aus dem Wortlaut noch aus der formalen Trennung der Regeln.

bb)

Dieses Verständnis drängt sich auch nicht infolge der Verwendung des Begriffs Preisnachlass in Ziff. 8 auf. Insbesondere folgt aus der Verwendung des Begriffs Preisnachlass nicht zwingend, dass darunter keine Skonti zu verstehen sind. Für das maßgebliche Verständnis eines durchschnittlich erfahrenen Bieters kann nicht – und schon gar nicht ausschließlich – darauf abgestellt werden, dass eine Skontoabrede rechtlich als aufschiebend bedingter Teilerlass der Forderung für den Fall fristgerechter Zahlung bezeichnet wird [vgl. BGH Urt. v. 11.2.1998 – VIII ZR 287/97 – Rn. 7], die als bloße Zahlungsmodalität bzgl. der Preisvereinbarung den Preis nicht als solchen ändert [OLG Köln Urt. v. 8.10.2002 – 22 U 48/02; BayObLG Beschl. v. 9.9.2004 – Verg 18/04 – Rn. 18; Heiermann/Riedl/Rusam, Handbuch zur VOB, 12. Aufl., § 16 VOB/A Rn. 135; Beck'scher VOB und Vergaberecht Komm., VOB Teil B, 2. Aufl., § 16 Nr. 5 Rn. 9]. Ebenso wenig ist für das Verständnis des Erklärungsempfängers entscheidend, ob bei einem Nachlass die Vergütungsforderung von vornherein nur in reduzierter Höhe begründet wird, während ein Skonto an ein bestimmtes Zahlungsziel anknüpft. Derartige Differenzierungen und Definitionen aus der juristischen

Fachsprache werden dem durchschnittlichen Bieter eher weniger geläufig sein. Bei ihm ist vielmehr von einem allgemein üblichen, pragmatischen und wirtschaftlichen Verständnis auszugehen.

Deshalb kommt es für sein Verständnis nicht auf im laienhaften Sprachgebrauch nicht übliche und eher unbekanntere juristisch-dogmatische Definitionen an, sondern ist zu berücksichtigen, dass nach dem allgemeinen und wirtschaftlichen Verständnis, ein Skonto als eine Form eines Preisnachlasses verstanden und bezeichnet wird (vgl. etwa Wikipedia, Stichwort "Skonto"; Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort Skonto, Anl. BB 1). Da es vorliegend insbesondere auf das objektive Verständnis eines durchschnittlich erfahrenen Bieters ankommt, ist nicht zuletzt zu berücksichtigen, dass auch in den Verdingungsordnungen Skonti als (bedingte) Preisnachlässe bezeichnet werden (§ 16 Abs. 9 VOB/A... Preisnachlässe mit Bedingungen für die Zahlungsfrist).

Auch die nur beispielhafte Erwähnung von Rabatten als Preisnachlass deutet an, dass andere Formen von Preisnachlässen ebenfalls umfasst sein sollen. Dass dabei Preisnachlässe ausgenommen sein sollten, die – wie ein Skonto - mit Bedingungen verknüpft sind, erschließt sich aus dem Text der Klausel nicht.

Der vom Antragsgegner in diesem Zusammenhang herangezogene Beschluss des OLG München vom 29.11.2007 – Verg 13/07 (vorgelegt mit Schriftsatz vom 8.6.2012 – GA 153 -162) behandelt die Frage, ob ein Skonto bei der Wertung eines Angebots überhaupt zu berücksichtigen ist, und ist damit vorliegend nicht einschlägig.

cc)

Der offensichtliche Sinn und Zweck der Regelung in Ziff. 8, eine Unterschreitung des Stundenverrechnungssatzes zu verhindern, um sicherzustellen, dass der auf der Grundlage des Arbeitnehmerentendegesetzes durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärte Tariflohn in der Reinigungsbranche gezahlt wird, spricht ebenfalls für eine Erfassung aller Preisnachlässe. Denn ausschlaggebend ist, ob trotz einer verringerten Gewinnmarge noch davon ausgegangen werden kann, dass der Bieter die Gewähr für die Entrichtung der gesetzlichen Mindesttarife bietet. Ob die Verringerung der Gewinnmarge durch unbedingte oder bedingte Preisnachlässe eintritt, ist für diese Wertung letztlich unerheblich. Zwar mag die im Falle einer Skontogewährung früher vorhandene Liquidität den dadurch bedingten Preisnachlass in

gewissen Konstellationen ausgleichen. Pauschale Erwägungen genügen dafür jedoch nicht und werden das objektive Verständnis eines durchschnittlichen Bieters deshalb auch nicht beeinflussen können.

c)

Die unter Ziff. 8 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung enthaltene Formulierung ist nach allem aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts jedenfalls nicht eindeutig in der Weise auszulegen, dass ein Skonto keinen Preisnachlass i.S. von Ziff. 8 darstellt. Selbst wenn neben dem sich aus dem Wortlaut ergebenden Verständnis auch eine Interpretation der Klausel im Sinne des Antragsgegners vertretbar wäre, läge zumindest eine Mehrdeutigkeit vor, die der Antragsgegner gegen sich gelten lassen muss. Grds. gehen Unklarheiten und Mehrdeutigkeiten in den Vergabeunterlagen gemäß § 8 Abs. 1 VOL/A zu Lasten der Vergabestelle [so auch etwa Ritzek-Seidl in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 8 VOL/A Rn. 10 m.w.N.]. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Unklarheit für den Bieter nicht ohne Weiteres erkennbar war und er sie subjektiv auch nicht erkannt hat, da in einer solchen Konstellation aus der Sicht des Bieters kein Anlass für eine Nachfrage bei der Vergabestelle besteht, so dass insoweit auch keine „Erkundungslast“ des Bieters entstehen kann [VK Bund, Beschl. v. 4.7.2011 – VK 2 – 61/11 – Rn. 84]. So liegt der Fall auch hier. Das Verständnis der Antragstellerin ist so naheliegend, dass sich eine etwaige Mehrdeutigkeit auch für den objektiven Erklärungsempfänger nicht ohne weiteres ergeben muss.

2.

Der Verstoß gegen das Transparenzgebot kann weder durch einen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen noch durch eine Wertung ohne das angebotene Skonto behoben werden.

Nach den Vergabeunterlagen sollte ein von den Bietern eingeräumtes Skonto nicht von vornherein unbeachtlich sein. Das begegnet vergaberechtlich keinen Bedenken [BGH Urt. v. 26.10.1999 – X ZR 30/98 - Rn. 26; Senat, Beschl. v. 19.11.2009 – 11 Verg 4/09 - Rn. 85]. Auch die Antragstellerin erhebt insoweit keine Einwände.

a)

Geht man davon aus, dass die Regelung in Ziff. 8 jedenfalls nicht eindeutig in dem einen oder anderen Sinn zu verstehen und auch die Auslegung der Beigeladenen noch vertretbar war, scheidet ein Ausschluss des Angebots schon deshalb aus, weil die von dem Antragsgegner zu vertretende Unklarheit nicht zu Lasten der Beigeladenen gehen darf. Eine für fachkundige Bieter nicht ohne Weiteres erkennbare Unklarheit in den Vergabeunterlagen führt dazu, dass sie ihrem Angebot ein fachlich vertretbares Verständnis zugrunde legen dürfen, ohne sich der Gefahr eines Angebotsausschlusses auszusetzen (OLG Schleswig, Beschluss v. 15.04.2011, 1 Verg 10/10 m.w.N.).

b)

Selbst wenn man die Auslegung der Beigeladenen für nicht mehr vertretbar oder für doch so fernliegend hielte, dass zumindest eine Nachfragelast der Beigeladenen bestand, kommt ein Ausschluss oder eine Wertung ihres Angebots ohne das angebotene Skonto nicht in Betracht.

aa)

Wie schon die Vergabekammer zu Recht festgestellt hat, ist die von dem Antragsgegner in den Verdingungsunterlagen unter Ziff. 8 der Ergänzung zur Angebotsauforderung vorgenommene Verknüpfung von einem Mindeststundenverrechnungssatz und einem zwingendem Ausschluss eines Angebots bei dessen Nichteinhaltung vergaberechtswidrig. Die Festlegung eines Automatismus, wonach ein Angebot bei Unterschreitung der vorgegebenen Mindestsätze ohne weitere Prüfung von der Wertung auszuschließen ist, führt einen eigenständigen Ausschlussgrund in das Vergabeverfahren ein, der in der VOL/A-EG in dieser Form nicht geregelt ist und den Bieter zudem in seiner Kalkulationsfreiheit beschränkt; beides ist vergaberechtswidrig [vgl. VK Bund, Beschl. v. 4.7.2011 – VK 2 – 61/11 – Rn. 79; Beschl. v. 27.12.2011 – VK 1 – 159/11 – Rn. 70; s. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2010 – VII Verg 33/10 – Rn. 25]. Somit kommt es aus vergaberechtlichen Gründen nicht in Betracht, Bieter automatisch wegen des Unterschreitens einer pauschal vorgegebenen Kalkulations-

schwelle bzw. Mindeststundenverrechnungssatzes im Sinn der Vergabeunterlagen auszuschließen.

bb)

Ist aber ein solcher Automatismus in Verbindung mit der Vorgabe einer Kalkulationsschwelle vergaberechtlich unzulässig, weil er die grundsätzliche Kalkulationsfreiheit der Bieter, die sich letztlich aus dem in § 97 Abs. 1 GWB ergebenden Wettbewerbsprinzip ergibt, beschränkt, so können auch nicht einzelne Bestandteile eines Angebots, wie hier ein Skonto, bei der Wertung unberücksichtigt bleiben, soweit hierdurch eine vom Antragsgegner vergaberechtswidrig festgesetzte Kalkulationsschwelle unterschritten wird.

Aus der von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschl. V. 25.04.2007, VII Verg 3/07) ergibt sich nichts anderes. Dort war ein Angebot ausgeschlossen worden, weil die Überprüfung der Kalkulation ergeben hatte, dass die Einhaltung der Mindestlöhne nicht gewährleistet ist. Eine solche Überprüfung war hier zugunsten eines – unzulässigen – Automatismus gerade nicht vorgesehen.

c)

Der Senat hat die Vergaberechtswidrigkeit der Vergabebedingungen insoweit von Amts wegen zu berücksichtigen, obwohl sich die Beigeladene nicht am Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren beteiligt und die Vergaberechtswidrigkeit nicht gerügt hat. Zwar ist der Vergabesenat nicht verpflichtet, von sich aus das Vergabeverfahren in jeder Hinsicht auf nicht geltend gemachte Verstöße zu untersuchen. In der Rechtsprechung der Vergabesenate ist jedoch auch anerkannt, dass in Ausnahmefällen die Verhandlung und Entscheidung auch Vergabeverstöße einbeziehen muss, die nicht gerügt worden sind. Das trifft insbesondere dann zu, wenn ein Zuschlag wegen offensichtlicher Intransparenz oder eines Diskriminierungspotentials der Vergabeunterlagen nicht vergaberechtskonform erteilt werden könnte (Wiese in: Kurlatz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., § 120 Rn. 26). So liegt der Fall auch hier. Eine vergaberechtskonforme Wertung ist nur möglich, wenn die intransparente

Klausel in Ziff. 8 durch eine von allen Bietern in gleicher Weise verständliche, wettbewerbskonforme Regelung ersetzt wird.

3.

Das Angebot der Beigeladenen kann auch nicht mit dem angebotenen Skonto vergaberechtskonform gewertet und daraufhin überprüft werden, ob die Beigeladene trotz Unterschreitung des Mindestverrechnungssatzes die Gewähr für die Zahlung des Tariflohns bietet.

a)

Keinen vergaberechtlichen Bedenken begegnet es zwar, wenn ein Auftraggeber bereits in den Vergabeunterlagen Aufgreifschwelle angibt, bei deren Erreichen die Zahlung des gesetzlichen Mindestlohnes im Rahmen der Angebotsaufklärung näher untersucht wird (VK Bund, Beschl. v. 27.12.2011 VK 1 -159/11; Beschl. v. 10.6.2011, VK 3 -56/11). Prüfungsmaßstab für einen daraufhin möglichen Angebotsausschluss muss indes bleiben, ob ein Bieter plausibel darlegen kann, dass er trotz Überschreitens der Aufgreifschwelle seiner gesetzlichen Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohnes nachkommen wird und nicht - wie hier - eine Preisvorgabe, bei der automatisch eine zum Angebotsausschluss führende Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohnes angenommen wird (VK Bund a.a.O.)

b)

Selbst wenn Ziff. 8 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung - entgegen dem eindeutigen Wortlaut und dem eindeutigen Willen des Antragsgegners - als Bestimmung einer Aufgreifschwelle ausgelegt werden könnte, kommt eine Überprüfung des Angebots der Beigeladenen unter Berücksichtigung des angebotenen Skontos auf die Einhaltung des gesetzlichen Mindestlohns im vorliegenden Fall nicht in Betracht, weil damit eine Ungleichbehandlung und Benachteiligung der anderen Bieter und insbesondere der Antragstellerin verbunden wäre. Würde die vorzunehmende Aufklärung ergeben, dass die Beigeladene trotz Unterschreitens der von dem Antragsgegner genannten Preisvorgabe so kalkuliert hat, dass sie dennoch die Gewähr für die

Einhaltung des Mindestlohns bietet, hätte sie das günstigste Angebot abgegeben und wäre ihr der Zuschlag zu erteilen. Dadurch würden die anderen Bieter benachteiligt, die – wie die Antragstellerin - davon ausgegangen sind, dass sie die Preisvorgabe des Antragsgegners nicht - auch nicht durch Anbieten eines Skontos - unterschreiten dürfen, weil ihnen andernfalls der Ausschluss droht. Die Antragstellerin hat nachvollziehbar vorgetragen, sie habe so kalkuliert, dass sie die von dem Antragsgegner vorgegebene Preisvorgabe gerade einhalte und habe sich deswegen am Angebot eines Skontos gehindert gesehen (zu einer ähnlichen Konstellation vgl. VK Bund, Beschl. v. 4.7.2011, VK 2 – 61/11). Hätte die Antragstellerin dagegen davon ausgehen können, dass ihr Angebot jedenfalls nicht automatisch ausgeschlossen wird, wenn sie zusätzlich ein Skonto anbietet, so hätte dies ihre Zuschlagschancen erhöht.

4.

Der Verstoß gegen § 97 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Abs. 1 VOL/A verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB. Das vergaberechtliche Gebot der Transparenz in seiner Ausprägung als Gebot der Klarheit der Vergabeunterlagen ist bieterschützend (VK Bund a.a.O m.w.N.).

Stehen mehrere Angebote auf der Grundlage eines jeweils verschiedenen vertretbaren Auslegungsergebnisses miteinander im Wettbewerb, so kann daraus eine dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Vergabeentscheidung nicht mehr abgeleitet werden (OLG Schleswig a.a.O.). Insbesondere kann der Vergabeverstoß – wie dargelegt – nicht dadurch beseitigt werden, dass das Angebot der Beigeladenen ausgeschlossen oder ohne Skonto gewertet wird. Da der Antragsgegner in seinem Aufforderungsschreiben eine in mehrfacher Hinsicht unklare und damit rechtswidrige Formulierung verwandt und die Antragstellerin damit in ihren Rechten verletzt hat, ist das Vergabeverfahren in das Stadium vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, um dem Antragsgegner Gelegenheit zu geben, die Vergabeunterlagen im Hinblick auf eine als solche gekennzeichnete Aufgreifschwelle neu zu gestalten und um andererseits allen Bietern Gelegenheit zu geben, Angebote auch unterhalb des Schwellenwertes abzugeben, ohne dadurch einen automatischen Ausschluss befürchten zu müssen. Dabei empfiehlt es sich gegeb-

nenfalls klarzustellen, inwieweit Skonti bei der Prüfung der „Auskömmlichkeit“ eines Angebotes berücksichtigt werden.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 128 Abs. 3 und 4, 120 Abs. 2 i.V.m. 78 GWB.

Die Pflicht des Antragsgegners, anteilig die Kosten des Verfahrens zu tragen und der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen nur anteilig zu erstatten trägt dem Umstand Rechnung, dass der Senat dem Hauptbegehren der Antragstellerin, das Angebot der Beigeladenen ohne Skonto zu werten, nicht entsprochen hat, sondern eine Wiederholung des Vergabeverfahrens ab Aufforderung zur Angebotsabgabe nach Neugestaltung der Vergabeunterlagen für geboten hält. Darin liegt ein Teilunterliegen der Antragstellerin, weil ihr ohne Berücksichtigung des Skontonachlasses der Beigeladenen der Zuschlag als wirtschaftlichstem Bieter ohne weiteres hätte erteilt werden können. Da sich die Beigeladene im Verfahren nicht beteiligt hat, fallen ihr keine Verfahrenskosten zur Last.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin vor der Vergabekammer war notwendig. Die im Nachprüfungsverfahren aufgeworfenen Rechtsfragen konnten auch von einem durchschnittlich erfahrenen Bieter nicht ohne anwaltliche Vertretung sachgerecht herausgearbeitet und behandelt werden.

Der Streitwert war gemäß § 50 Abs. 2 GKG festzusetzen (5 % der Bruttoauftragssumme). Dabei war der Jahresbruttoauftragswert für die gesamte Vertragslaufzeit einschließlich der Verlängerungsoption auf maximal 5 Jahre zu berücksichtigen (Senat, Beschl. v. 30.08.2011, 11 Verg3/11; KG, Beschl. v. 02.12.2009, 2 Verg 8/09; Beschl. V. 12.07.2010, 2 Verg 3 und 4/10).

Dr. Weber

Dr. Mockel

RiOLG Bonkas

kann wegen Urlaubs
nicht unterschreiben

Dr. Weber