

Leitsätze 69 d VK 12-2012

1. Eine Vorgabe in den Verdingungsunterlagen, die den automatischen Ausschluss eines Angebots für den Fall vorsieht, dass die Gewährung eines Skontos zur Unterschreitung eines Mindest-Stundenverrechnungssatzes führt, ist nicht zulässig. Dies würde die Einführung eines eigenständigen Ausschlussgrundes in das Vergabeverfahren durch den Antragsgegner bedeuten, der durch die VOL/A EG nicht vorgesehen ist und einen Bieter in seiner Kalkulationsfreiheit beschränken würde, (vgl. 1. VK Bund, Beschluss vom 27. Dezember 2011 - Az.: VK 1 - 159/11 - ; ebenso 2. VK Bund, Beschluss vom 4. Juli 2011 - Az.: VK 2 - 61/11 - jeweils zitiert nach juris).
2. Auch eine Überprüfung des Angebotes auf Einhaltung des Stundenverrechnungssatzes ist nicht angezeigt, denn der Skonto hat grundsätzlich keinen Einfluss auf einen Stundenverrechnungssatz. Bei der Gewährung eines Skontos handelt es sich nicht um einen Preisnachlass, sondern vielmehr um den aufschiebend bedingten Teilerlass der Forderung für den Fall fristgerechter Zahlung. Der Skonto ist die Inaussichtstellung einer Prämie für zügige bzw. fristgerechte Zahlung, also eine Zahlungsmodalität, die weder die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Ausführung der Leistung noch den Preis als solchen ändert (vgl. BayObLG, Beschluss vom 9. September 2004 - Az.: Verg 018/04 - zitiert nach juris).
3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es auch unbedenklich, ein Skonto in den Vergleichspreis einzubeziehen (vgl. BGH Urteil vom 26. Oktober 1999 Az.: - X ZR 30/98 (Düss.) - in NZBau 2000, S.35/38.). Skontoabzüge können bei der Bewertung aber nur dann berücksichtigt werden, wenn die Bedingungen für den Skontoabzug klar und vollständig sind und die gestellten Bedingungen realistischer Weise eintreten (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 19. November 2009 - Az.: 11 Verg 4/09 - zitiert nach juris). Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn als Zahlungsziel mindestens 21 Tage angegeben werden!“
4. Grundsätzlich liegt die Entscheidung, ob und wie eine Skontogewährung im Angebot gewertet werden soll, bei der jeweiligen Vergabestelle. Eine solche Bewertung kann auftraggeberseits auch ausgeschlossen werden, dies lässt jedoch keinen Rückschluss auf die grundsätzliche Unzulässigkeit der Bewertung eines Skontos zu.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

wegen

Vergabe über die Ausführung von Unterhalts- Glas- und Rahmenreinigung und andere Reinigungs-/Dienstleistungen für die - offenes Verfahren -AC

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende RD'in Charlotte Mania, die hauptamtliche Beisitzerin ROR'in Jutta Jensen-Löbl und die ehrenamtliche Beisitzerin TAR'in Claudia Denz-Kinzel auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 2012 am 27. April 2012 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von 3.900,- € festgesetzt, die von der Antragstellerin zu zahlen ist.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb am 22. Juni 2011 im offenen Verfahren die Unterhalts-, Glas- und Rahmenreinigung sowie andere Reinigungs-/Dienstleistungen für die aus.

Die Antragstellerin, die sich an der Ausschreibung beteiligt hatte, stellte seinerzeit einen ersten Nachprüfungsantrag, dem die 2. Vergabekammer des Landes Hessen mit Beschluss vom 24. Oktober 2011 stattgab. Der Antragsgegner wurde verpflichtet, das Verfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, die Verdingungsunterlagen, insbesondere die Preisblätter "Hygienebehälter-Miet-service" und "Reinigung von Bürogeräten", unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu gestalten und das Verfahren anschließend fortzuführen.

Diesen Vorgaben kam der Antragsgegner nach und versandte die geänderten Verdingungsunterlagen am 1. Dezember 2011 an die Bieter. Die Frist zur Einreichung der Angebote wurde auf den 24. Januar 2012 festgesetzt.

Die Antragstellerin reichte ein für die Glas- und Rahmenreinigung von der Lohngruppe 6a ausgehendes Angebot ein, nachdem ihr dies auf ihre Bieterfrage vom 16. Januar 2012 durch den Antragsgegner am 17. Januar 2012 so bestätigt worden war.

Mit Schreiben vom 29. Februar 2012 teilte der Antragsgegner gem. § 101a GWB mit, dass das Angebot der Antragstellerin nicht habe berücksichtigt werden können, da es nicht das wirtschaftlichste gewesen sei.

Die Antragstellerin erhob daraufhin mit Schreiben vom 1. März 2012 mehrere Rügen. So beanstandete sie eine unkorrekte Ermittlung der geprüften Nettojahressumme durch den Antragsgegner sowie, dass ihre Bieteranfrage bezüglich der Lohngruppe nebst Antwort des Antragsgegners nicht allen Bietern zugänglich gemacht worden sei. Mit Schreiben vom 2. März 2012 rügte sie weiter, dass möglicherweise andere Bieter die Kalkulationsvorgabe bezüglich der Edelstahlflächen im Schwimmbad hätten missverstehen können.

Der Antragsgegner half den Rügen teilweise ab und die Antragstellerin erhielt, wie alle anderen Bieter auch, Gelegenheit, das Preisblatt Glasreinigung erneut einzureichen. Mit Schreiben vom 14. März 2012 forderte der Antragsgegner die Antragstellerin sodann zur Erläuterung verschiedener Positionen dieses Preisblattes auf. Dem kam die Antragstellerin mit Schreiben vom 19. März 2012 nach. Mit Schreiben vom 20. März 2012 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, das von ihr neu eingereichte Preisblatt weiche von dem ursprünglichen Angebot der Antragstellerin insoweit ab, als weitere Parameter der Kalkulation als nur der Ansatz der Lohngruppe in unzulässiger Weise geändert worden seien, und gab ihr nochmals Gelegenheit, ein ausschließlich auf den Ansatz der Lohngruppe überarbeitetes vollständiges Preisblatt für die Glas- und Rahmenreinigung einzureichen.

Die Antragstellerin reichte daraufhin am 22. März 2012 ein neues Preisblatt für die Glas- und Rahmenreinigung beim Antragsgegner ein, das bei der Wertung berücksichtigt wurde.

Mit Schreiben vom 23. März 2012 teilte dieser der Antragstellerin gem. § 101a GWB mit, dass ihr Angebot nicht habe berücksichtigt werden können, da es nicht das wirtschaftlichste gewesen sei. Die Antragstellerin rügte dies mit Schreiben vom 27. März 2012 und beanstandete eine Verletzung des Gleichheits- und Wettbewerbsgrundsatzes sowie des Transparenzgebots. Der Antragsgegner teilte ihr am 28. März 2012 mit, den Rügen nicht abhelfen zu wollen.

Daraufhin stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag nach § 107 GWB und erhielt am 12. April 2012 Gelegenheit zur Akteneinsicht. Im Anschluss daran beanstandete sie zusätzlich die Wertung des von der Beigeladenen angebotenen Skontos in Höhe von 2 %, das zu einer Unterschreitung des Mindeststundenverrechnungssatzes von 14,55 € und damit der Nichteinhaltung der Mindestlöhne führen würde, weswegen das Angebot nach Ziffer 8 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung hätte von der Wertung ausgeschlossen werden müssen. Ihr diesbezügliches Rügeschreiben vom 13. April 2012 wurde vom Antragsgegner nicht mehr beantwortet.

Die Antragstellerin führt hierzu aus, nach der genannten Ziffer 8 würden Angebote, die einen Stundenverrechnungssatz in der Unterhaltsreinigung (Lohngruppe 1) von unter 14,55 € (incl. Nachlass) enthielten, nicht berücksichtigt und von der weiteren Wertung ausgeschlossen. Da die gewährte Skontierung einen bedingten Nachlass darstelle und zur Unterschreitung des Stundenverrechnungssatzes führe, hätte das Angebot der Beigeladenen ausgeschlossen werden müssen. Die Antragsstellerin habe demgegenüber genau so kalkuliert, dass die Grenze von 14,55 € eingehalten werde, weswegen sie auch kein Skonto angeboten habe.

Der Antragsgegner müsse sich an seine von ihm selbst vorgegebenen Vergabebedingungen halten, ansonsten liege eine Verletzung des Transparenzgrundsatz vor, da Bieter die Möglichkeit haben müssten, ihre Angebote in Ansehung der Gesichtspunkte auszugestalten, die der Auftraggeber für den Erfolg der Angebote für relevant halte.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, die Vergabeentscheidung aufzuheben und die Wertung ohne Berücksichtigung von Skonti durchzuführen;
hilfsweise:
2. den Antragsgegner zu verpflichten, die Vergabeentscheidung aufzuheben und die Wertung zu wiederholen;
äußerst hilfsweise:
3. unter Aufhebung der Vergabeentscheidung festzustellen, dass bei der Berücksichtigung des Skontos der Beigeladenen der Stundenverrechnungssatz von 14,55 Euro unterschritten wird;
4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen;
5. -die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin nicht notwendig war.

Das Angebot der Beigeladenen sei gemäß den Vorgaben der Ziffer 8 der Ergänzung der Angebotsaufforderung daraufhin überprüft worden, ob die Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes Anhaltspunkte für eine Unterschreitung des Mindestlohnes geboten hätten. Diese Überprüfung habe aber ergeben, dass sie mit einem Stunden-

verrechnungssatz von 14,55 € kalkuliert habe, was einem Aufschlag von 65 % auf den produktiven Stundenlohn entspreche. Damit habe sich das Angebot im dem vom Antragsgegner in Ziffer 8 vorgegebenen Rahmen gehalten.

Das gewährte Skonto von 2 % der Angebotssumme bei Zahlung innerhalb von 21 Tagen sei vom Antragsgegner entsprechend der Vorgaben in der Ergänzung der Angebotsaufforderung bei der Stundenverrechnungssatzprüfung zu Recht nicht berücksichtigt worden.

Die Beigeladene habe mit dem Skonto nämlich keinen Preisnachlass auf ihren Angebotspreis gewährt. Der Antragsgegner habe im Hinblick auf die Verpflichtungen aus dem Arbeitnehmerentendegesetz für die Gewährung von Preisnachlässen einerseits und Skonti andererseits zudem unterschiedliche Regelungen getroffen. Gewähre ein Bieter einen Preisnachlass, so folge daraus automatisch eine Minderung der Rechnungssumme, ohne direkten Vorteil für den Bieter, während es sich bei einem Skonto nicht lediglich um einen automatisch eintretenden Nachlass auf die Rechnungssumme handele, sondern dem Vertragspartner auch einen Vorteil, den der früher eintretenden Liquidität, bringe. Daher sei an dieser Stelle kein Raum für die Prüfung des Stundenverrechnungssatzes gewesen.

Der Antragsgegner habe vielmehr in Ziffer 9 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung eine eigene Regelung zur Überprüfung eines gewährten Skontos getroffen. Erscheine dieses unangemessen hoch, so werde vom Bieter eine rechnerische Darlegung der Skontoverzinsung verlangt, aus der der Finanzierungsvorteil/-nachteil des Rechnungsausgleichs unter Abzug von Skonto hervorgehen müsse. Das von der Beigeladenen gewährte Skonto habe sich mit 2 % im Rahmen des Üblichen bewegt, weswegen eine weitere Aufklärung entbehrlich gewesen sei. Mithin sei der Antragsgegner bei der Angebotswertung entsprechend seinen Vorgaben aus der Ergänzung der Angebotsaufforderung verfahren, eine Verletzung des Transparenzgrundsatz liege daher nicht vor.

Die mit Beschluss vom 13. April 2012 Beigeladene hat sich im Verfahren nicht geäußert und auch keinen Antrag gestellt.

Am 24. April 2012 fand die mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer statt, in der die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert wurde.

Mit in dieser Verhandlung nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 25. April 2012 weist die Antragsstellerin darauf hin, dass sich in den Unterlagen der gegenwärtig laufenden Ausschreibung der Reinigung der Hinweis finde, dass „gegebenenfalls angebotene Skonti []bei der Angebotswertung nicht berücksichtigt [werden sollen].“ Die dortige Vergabestelle habe auf Nachfrage erklärt, dass ein Skonto kein feststehender Faktor sei, da der Auftraggeber erst einiges leisten müsse, um sicherzustellen, dass die Skontierungsfrist eingehalten werde und er das Skonto in Abzug bringen könne. Anderenfalls würde die Vergabestelle den Auftrag an einen teureren Anbieter vergeben, wenn die Skontofrist seitens des Auftraggebers nicht eingehalten werden könne. Unabhängig davon, dass im vorliegenden Fall ein

solcher Hinweis fehle, spreche dies eindeutig dafür, dass ein Skonto nicht in die Angebotswertung einfließen dürfe.

II.

A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragsgegnerin ist ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB. Die Ausschreibung betrifft einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB, der maßgebliche Schwellenwert gemäß § 2 Nr. 2 VgV wird überschritten.

Die Antragstellerin ist auch gemäß § 107 Abs. 3 GWB antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe ihres Angebotes dargetan; durch die von ihr beanstandeten Vergabeverstöße macht sie eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB und bei Beibehaltung der getroffenen Vergabeentscheidung einen ihr drohenden Schaden geltend.

Die Antragstellerin ist auch ihren Rügeobligationen gemäß § 107 Abs. 3 GWB fristgemäß nachgekommen.

B. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

Die Antragstellerin ist nicht in Ihren Rechten nach §§ 97, 114 Abs.1 GWB i. V. m. § 2 VOL/A EG verletzt, ein Verstoß der Vergabestelle gegen vergaberechtliche Vorschriften liegt nicht vor.

Die Entscheidung des Antragsgegners, den Zuschlag für die ausgeschriebenen Leistungen auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, entspricht der Verpflichtung nach § 97 Abs. 4 GWB. Dieses Angebot war zwar insgesamt geringfügig teurer als das der Antragstellerin, unter Berücksichtigung des angebotenen Skontos von 2 % bei Zahlung innerhalb von 21 Tagen war es jedoch das wirtschaftlichste. Die Wertung dieses Angebotes der Beigeladenen ist nicht zu beanstanden.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin war das Angebot der Beigeladenen nicht wegen Unterschreitung des Mindeststundenverrechnungssatzes von 14,55 € auszuschließen. Selbst wenn die Gewährung eines Skontos zu einer Unterschreitung dieses Betrages führen würde, könnte dies gleichwohl nicht den in Ziffer 8 der Ergänzungen zur Angebotsaufforderung (letzter Satz) vorgesehenen automatischen Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen zur Folge haben. Diese Vorgabe des Antragsgegners kann in Ansehung der Entscheidungen der 1. und 2. Vergabekammer des Bundes keinen Bestand haben, soweit sie einen Automatismus vorsieht, wonach ein Angebot bei Nichteinhaltung der Mindeststundenverrechnungssätze ohne weitere Prüfung auszuschließen ist. Ein solcher Automatismus würde zur Einführung eines eigenständigen Ausschlussgrundes in das Vergabeverfahren durch den Antragsgegner führen, der durch die VOL/A EG so nicht vorgesehen ist und einen Bieter in seiner Kalkulationsfreiheit beschränken würde, was jeweils ein vergaberechtswidriges Vorgehen darstellen würde (vgl. 1. VK Bund, Beschluss vom 27. Dezember 2011 - Az.: VK

1 - 159/11 - ; ebenso 2. VK Bund, Beschluss vom 4. Juli 2011 - Az.: VK 2 - 61/11 - jeweils zitiert nach juris).

Auch die für solche Fälle von den zitierten Beschlüssen vorgesehene Überprüfung des Angebotes auf Einhaltung des Stundenverrechnungssatzes ist im vorliegenden Fall jedoch nicht angezeigt, denn der Skonto hat keinen Einfluss auf den Stundenverrechnungssatz von 14,55 € in der Unterhaltsreinigung. Bei der Gewährung eines Skontos handelt es sich nicht um einen Preisnachlass, wie die Antragstellerin meint. Bei der Skontoabrede handelt es sich vielmehr um einen aufschiebend bedingten Teilerlass der Forderung für den Fall fristgerechter Zahlung. Ausgangspunkt ist dabei stets der von den Parteien des Vertrags ausgehandelte Preis als Forderung für eine bestimmte Leistung. Der Skonto ist die Inaussichtstellung einer Prämie für zügige bzw. fristgerechte Zahlung, also eine Zahlungsmodalität, die weder die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Ausführung der Leistung noch den Preis als solchen ändert (vgl. BayObLG, Beschluss vom 9. September 2004 - Az.: Verg 018/04 - zitiert nach juris). Auch ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom Grundsatz her unbedenklich, ein Skonto in den Vergleichspreis einzubeziehen (vgl. BGH Urteil vom 26. Oktober 1999 Az.: - X ZR 30/98 (Düss.) - in NZBau 2000, S.35/38.). Bei der Berücksichtigung kommt es allerdings darauf an, dass die Bedingungen für die Gewährung eines Skontos praktisch erfüllbar und bestimmbar sein müssen. Skontoabzüge können bei der Bewertung deshalb nur dann berücksichtigt werden, wenn die Bedingungen für den Skontoabzug klar und vollständig sind und die gestellten Bedingungen realistischer Weise eintreten (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 19. November 2009 - Az.: 11 Verg 4/09 - zitiert nach juris).

In den Vergabeunterlagen heißt es hierzu im Leistungsverzeichnis auf Seite 9: „Ein angebotenes Skonto wird nur berücksichtigt, wenn als Zahlungsziel mindestens 21 Tage angegeben werden!“ Die Beigeladene hat die Gewährung von 2 % Skonto bei Zahlung innerhalb von 21 Tagen angeboten. Damit sind die von der Rechtsprechung vorgegebenen Voraussetzungen für die Berücksichtigung des Skontos erfüllt.

Die Antragsgegnerin hat in der Ziffer 9 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung eine Regelung zur Überprüfung des gewährten Skontos dahingehend getroffen, dass vom Bieter eine rechnerische Darlegung der Skontoverzinsung verlangt werden kann, aus der der Finanzierungsvorteil/-nachteil des Rechnungsausgleiches unter Abzug von Skonto hervorgehen muss, allerdings nur für den Fall, dass das gewährte Skonto dem Antragsgegner unangemessen hoch erscheint. In Anbetracht der Höhe des von der Beigeladenen gewährten Skontos von 2 % hat der Antragsgegner jedoch zu Recht auf eine solche Darlegung verzichtet.

Dagegen kam eine Anwendung der Regelungen in Ziffer 8 zu der Ergänzung zur Angebotsaufforderung („Nachlass / Rabatt“) vorliegend im Zusammenhang mit der Gewährung des Skontos nicht in Betracht, da wie seitens des Antragsgegners schriftsätzlich und in der mündlichen Verhandlung zur Überzeugung der Kammer

vorgetragen wurde, diese Ziffer für Fragen der Wertung von Skonti nicht einschlägig war. Dies war, wie oben ausgeführt, allein die Ziffer 9. Der in Ziffer 8 behandelte Komplex der Wertung des Stundenverrechnungssatzes bei Gewährung von Preisnachlässen wurde nach vorstehenden Ausführungen durch das Skonto nicht berührt. Der unterschiedliche Regelungsinhalt der beiden Ziffern ist auch aus sich heraus klar und verständlich. Wenn dieser dennoch auf Seiten der Antragstellerin zu Irritationen oder Unklarheiten geführt haben sollte, insbesondere in Zusammenhang mit den Vorgaben im Leistungsverzeichnis, wäre es ihr ohne weiteres möglich gewesen, dies frühzeitig - wie im Falle der Lohngruppen bei der Glas- und Rahmenreinigung auch - als Bieterfrage oder Rüge zu thematisieren. Da die Skontogewährung als Zahlungsmodalität, wie dargelegt, jedoch keinen Einfluss auf den Mindeststundenverrechnungssatz haben konnte, kann es letztendlich dahingestellt bleiben, ob hierin möglicherweise eine Verletzung der rechtzeitigen Rügeobliegenheit zu sehen war.

Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht die Tatsache, dass andere Vergabestellen, wie von der Antragstellerin dargelegt, ausdrücklich mitteilen, eine Skontogewährung werde bei der Angebotswertung nicht berücksichtigt. Grundsätzlich liegt die Entscheidung, ob und wie ein solches Angebot gewertet werden soll, bei der jeweiligen Vergabestelle. Eine solche Bewertung kann, aus welchen Gründen auch immer, auftraggeberseits auch ausgeschlossen werden, dies lässt jedoch keinen Rückschluss auf die grundsätzliche Unzulässigkeit der Bewertung eines Skontos zu.

Die Entscheidung des Antragsgegners, das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen, ist daher nicht zu beanstanden. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war sowohl mit dem Hauptantrag als auch hinsichtlich der Hilfsanträge zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

1. Gemäß § 128 Abs.1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Gebühren erhoben. Kostenpflichtig ist die Antragstellerin.
2. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Im vorliegenden Fall ist bei der von der Antragstellerin genannten Angebotssumme unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erarbeiteten Tabelle, die auch die erkennende Kammer zugrunde legt, eine Gebühr 3.900,00 Euro festzusetzen.

Rechtsbehelfsbelehrung