



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN BESCHLUSS

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

GmbH, vertreten durch

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

Beteiligte:

vertreten durch

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 am 29. Mai 2012 beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 27.4.2012 (Az: 69 d – VK – 12/2012) wird bis zur endgültigen Entscheidung über die sofortige Beschwerde verlängert.

Die Beteiligten erhalten Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme binnen zwei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

GRÜNDE:

I.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden.

II.

Dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung war auch stattzugeben (§ 118 Abs. 2 Satz 3 GWB).

1.

Unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen vermögen die nachteiligen Folgen der Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile nicht zu überwiegen (§ 118 Abs. 2 S. 2 GWB).

Da jedes Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren zur Verzögerung in der Auftragserteilung führt, müssen für ein besonderes Eilbedürfnis darüber hinausgehende

Umstände dargetan werden. Solche werden hier von dem Beschwerdegegner nicht geltend gemacht. Eine besondere Eilbedürftigkeit ist auch nicht ersichtlich angesichts der im Wesentlichen auf eine Rechtsfrage konzentrierten und damit relativ kurzfristig möglichen abschließenden Entscheidung des Beschwerdeverfahrens, zumal bis dahin die Durchführung der Reinigungsleistungen nach den Vorgaben des Beschwerdegegners seitens der Beschwerdeführerin sichergestellt ist, da diese derzeit noch mit den Reinigungsleistungen in dem streitgegenständlichen Objekt betraut ist. Bei dieser Sachlage lassen sich auch keine überwiegenden Interessen der Allgemeinheit an einer raschen Vergabeentscheidung feststellen.

2.

Die im Eilverfahren gebotene summarische Bewertung des Sachstands und die zumindest erforderliche Plausibilitätsprüfung der Rechtsfragen [vgl. Pünder/Schellenberg/Dieck-Bogatzke, Vergaberecht, 2011, § 118 GWB Rd. 17] führen zu dem Ergebnis, dass die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde zumindest nicht von vornherein verneint werden können.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die Beschwerdeführerin ist antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Auf die diesbzgl. Ausführungen der Vergabekammer (Seite 6 des angefochtenen Beschlusses) kann Bezug genommen werden.

b) Des Weiteren ist die Beschwerdeführerin ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ausreichend nachgekommen. Die nach erfolgter Akteneinsicht mit Schriftsatz vom 17.4.2012 erhobene Rüge, dass aufgrund der Wertung des Skontos das Angebot der Beigeladenen einen Stundenverrechnungssatz in der Unterhaltsreinigung (Lohngruppe 1) von € 14,55 unterschreiten würde, ist schon deshalb zulässig, weil sie einen der Beschwerdeführerin erst während des Nachprüfungsverfahrens bekannt gewordenen möglichen Vergaberechtsverstoß betrifft.

c) Unterstellt, dass der von ihr behauptete Vergaberechtsverstoß tatsächlich vorliegt, wäre die Beschwerdeführerin auch in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Nach ihrem Vortrag ergibt sich ein Verstoß gegen die Gebote der Transparenz und Gleichbehandlung. Die Beschwerdeführerin hat die Auffassung vertreten,

dass der Beschwerdegegner tatsächlich das Skonto im Angebot der Beigeladenen nicht hätte werten dürfen. Dadurch droht ihr ein Schaden, denn ohne Berücksichtigung des angebotenen Skontos wäre das Angebot der Beschwerdeführerin das wirtschaftlichste, so dass dieses eine realistische Chance auf den Zuschlag hätte.

3.

Der Nachprüfungsantrag erscheint auch nicht von vornherein ohne jede Aussicht auf Erfolg.

Aus Ziff. 9 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung ergibt sich zwar, dass von den Bietern eingeräumte Skonti nicht von vornherein unbeachtlich sind. Dies 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]. Fraglich erscheint indes, ob sich die Regelungen in Ziff. 8 der Ergänzung zur Angebotsaufforderung, wonach Angebote mit einem Stundenverrechnungssatz von unter €14,55 (inkl. Nachlass) von der Wertung ausgeschlossen werden sollen, und Ziff. 9 formal voneinander trennen lassen, oder ob eine wirtschaftliche Wertung Platz greift, so dass auch das angebotene Skonto bei der Frage zu berücksichtigen ist, ob der Mindeststundenverrechnungssatz unterschritten wird. Allerdings dürfte Ziff. 8 nach der Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes vom 27.12.2011. – VK 1 159/11 – unwirksam sein [vgl. auch Beschluss v. 4.7.2011 VK 2 1/11 – Rn. 79; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.12.2010 – VII Verg 33/10 – Rn. 25 ff]. Vergaberechtlich unbedenklich ist es jedoch, bereits in den Vergabebedingungen bei den Stundenverrechnungssätzen Aufgreifschwelen anzugeben, bei deren Erreichen die Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns im Rahmen der Angebotsaufklärung näher untersucht wird [VK a.a.O. – Rn. 70 m.w.N.]. Bei einer solchen Prüfung erscheint es nach vorläufiger Einschätzung des Senats nicht entscheidend, dass eine Skontoabrede rechtlich als ein aufschiebend bedingter Teilerlass der Forderung für den Fall fristgerechter Zahlung einzuordnen ist [vgl. BGH Urt. v. 11.2.1998 – VIII ZR 287/97 – Rn. 7], welche als reine 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]. Ausschlaggebend erscheint vielmehr nach Sinn und Zweck der Regelung in Ziff. 8, eine Unterschreitung des Stundenverrechnungssatzes zu verhindern und sicherzustellen, dass der Bieter die Gewähr für die Entrichtung der gesetzlichen Mindesttarife bietet. Dass im Rahmen der Skontoabrede der Eintritt der Bedingung für einen Teilerlass zunächst ungewiss ist, erscheint rechtlich ohne Relevanz. Denn die Wertung eines Skontoabzugs setzt gerade voraus, dass die gestellten Bedingungen aus Sicht des Auftraggebers praktisch erfüllbar sind und realistischerweise eintreten [Senat, a.a.O.].

Vor diesem Hintergrund erscheint derzeit die Verpflichtung des Beschwerdegegners nicht ausgeschlossen, das Angebot der Beigeladenen unter Einschluss des Skontos auf seine „Auskömmlichkeit“ zu überprüfen. Denn die Beigeladene hat - wie auch die Beschwerdeführerin - unstreitig mit einem Aufschlag von 65 % auf den produktiven Stundenlohn der Lohngruppe 1 kalkuliert, wodurch die vorgegebene Grenze von € 14,55 als Stundenverrechnungssatz exakt eingehalten wird. Wie die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 25.4.2012 im Einzelnen dargelegt hat, ist nicht auszuschließen, dass die Berücksichtigung eines 2 %igen Skontos zu einer Minderung des Stundenverrechnungssatzes auf € 14,26 führt.

Die sich danach ergebende Unterschreitung des vorgegebenen Mindestlohns durch die Beigeladene hätte zur Folge, dass gegen den Gleichheitsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB zum Nachteil der Beschwerdeführerin verstoßen würde, die ihrerseits kein Skonto angeboten hat, um eine solche Unterschreitung gerade zu vermeiden.

4.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

Dr. Weber

Vors. Richter am Oberlandesgericht

Dr. Mockel

Richterin am Oberlandesgericht

Bonkas

Richterin am Oberlandesgericht