


| | |
|----------------------------|--|
| Gericht: | Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht Vergabesenat |
| Entscheidungsdatum: | 28.03.2022 |
| Aktenzeichen: | 54 Verg 11/21 |
| ECLI: | ECLI:DE:OLGSH:2022:0328.54VERG11.21.00 |
| Dokumenttyp: | Beschluss |
| Quelle: |  |
| Normen: | § 97 Abs 1 GWB, § 97 Abs 2 GWB, § 121 Abs 1 GWB, § 31 Abs 1 VgV |
| Zitiervorschlag: | Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 28. März 2022 – 54 Verg 11/21 –, juris |

Verstoß der Vergabestelle gegen den Transparenzgrundsatz angesichts der Antwort der Antragsgegnerin auf eine Bieterfrage zur Zahlung von Tariflohn

Leitsatz

1. Die Vergabestellen sind verpflichtet, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüchlichkeiten zu vermeiden. Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens müssen klar, präzise und eindeutig formuliert werden, so dass zum einen alle mit der üblichen Sorgfalt handelnden Unternehmen die genaue Bedeutung dieser Bedingungen und Modalitäten verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zum anderen der Auftraggeber tatsächlich überprüfen kann, ob die Teilnahmeanträge oder Angebote die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen.
2. Nicht mehr eindeutig sind Vergabeunterlagen, wenn fachkundigen Unternehmen auch nach Auslegungsbemühungen mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben: Hat der potentielle Bieter angesichts mehrerer Auslegungsmöglichkeiten keine eindeutige Grundlage für die Ausarbeitung seines Angebots, liegt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor.
3. Kann durch eine Leistungsbeschreibung im Zusammenwirken mit der Antwort der Vergabestelle auf eine Bieterfrage die (im Ergebnis irrtümliche) Vorstellung erweckt werden, die Bieter hätten für Mitarbeiter den Tariflohn eines bestimmten Lohntarifvertrages anzubieten, liegt hierin ein Verstoß gegen das Transparenzgebot. Die Vergabestelle muss sich in einer solchen Situation hinreichend deutlich - im Wege eines actus contrarius - von der missverständlichen Antwort auf die Bieterfrage distanzieren.

Verfahrensengang

vorgehend Vergabekammer Kiel, 29. November 2021, VK-SH 27/21, Beschluss
vorgehend Vergabekammer Kiel, 29. November 2021, VK-SH 27/21

Tenor

- 1) Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin vom 9. Dezember 2021 gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 29. November 2021, VK-SH 27/21, wird bis zur Entscheidung des Senats über die sofortige Beschwerde der Antragstellerin verlängert.

2) Die Kostenentscheidung bleibt der abschließenden Entscheidung vorbehalten.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 16. Juli 2021 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union im offenen Verfahren den Dienstleistungsauftrag „Sicherheitsdienstleistung in der Unterkunft für wohnungslose und geflüchtete Personen, A... Straße; Objekt- und Personenschutz in Form von Bewachungs- und Sicherheitsdienstleistungen“ (...) aus. Die Auftragsunterlagen standen nach Ziffer I.3) der Auftragsbekanntmachung online auf dem Deutschen Vergabeportal zur Verfügung. In Ziffer II.2.4 der Auftragsbekanntmachung der Antragsgegnerin heißt es:
- 2 *„Ausgeschrieben wird eine Dienstleistung zur Durchführung von Objekt- und Personenschutz in Form von Bewachungs- und Sicherheitsdienstleistungen in der Unterkunft für wohnungslose und geflüchtete Personen für ein Vertragsjahr sowie dreimal 1 Jahr Verlängerung.“*
- 3 Unter Ziffer 1 „Allgemeines“ der Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin heißt es hierzu erläuternd
- 4 *„Die Abteilung Wohnungs- und Unterkunftssicherung im Amt für Wohnen und Grundsicherung ist für die Unterbringung von wohnungslosen Menschen zuständig. Der Kreis der unterzubringenden Personen umfasst sowohl alleinstehende als auch alleinerziehende mit minderjährigen Kindern, Familien, Ehepaare und eingetragene Partnerschaften. In der Unterkunft A. werden auch wohnungslose Personen mit Migrationshintergrund untergebracht. Sprachprobleme wie auch Unterschiede in der sozialen und kulturellen Herkunft können das Zusammenleben in der Unterkunft erschweren.*
- 5 *Die Unterbringung erfolgt in zwei Gebäuden sowie in der auf dem Gelände errichteten Containerunterkunft für Frauen. Die einzelnen Gebäude werden von verschiedenen durch die L. beauftragten Betreuungsträgern betreut. Die Notwendigkeit des Einsatzes eines Ordnungs- und Sicherheitsdienstes ergibt sich aus den Besonderheiten der unterzubringenden Personenkreise.*
- 6 *Aufgabe des Sicherheitsdienstes ist die Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit. Leib, Leben, Gesundheit und Eigentum der Bewohner*innen und Mitarbeiter*innen, Besucher*innen und Kund*innen sind vor äußeren und inneren Einflüssen zu schützen ...“*
- 7 Nach II.2.5) der Auftragsbekanntmachung ist der Preis alleiniges Zuschlagskriterium, Vertragsbeginn sollte nach II.2.7) der 1. September 2021 sein.
- 8 Unter III.1.2) heißt es *„Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit*
- 9 *Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:*
- 10 *„Folgende Unterlagen sind mit dem Angebot vorzulegen:*
- 11 *...*

- Angabe, nach welchem Tarifvertrag die eingesetzten Kräfte monatlich, termingerecht und vollständig entlohnt werden,

...

- Verpflichtungserklärung Vergabemindestlohn, ..."

12 Unter Ziffer 5 „Abrechnung der Leistungen“ heißt es in der Leistungsbeschreibung:

13 „Die Abrechnung erfolgt zu den im Angebot genannten Festpreisen als einheitlicher Stundenverrechnungssatz und ergibt sich aus den im Leistungsverzeichnis genannten Beträgen. Während der Vertragslaufzeit ist eine Anpassung des Preises, auf den der Zuschlag erteilt wurde, ausgeschlossen. Höhere Sachkosten berechtigen den* die Auftragnehmer*in während der Laufzeit des Vertrages nicht zu Nachforderungen.

14 Ebenfalls ausgeschlossen sind Erhöhungen der tariflichen Löhne durch einen freiwilligen Wechsel des bislang anwendbaren Tarifvertrages durch den * die Auftragnehmer*in sowie außertarifliche Lohnzahlungen über Tarifvergütung des/der Auftragnehmer*in. Mit der Angebotsabgabe ist anzugeben, nach welchem Tarifvertrag (genaue Bezeichnung, Datum, etc.) die eingesetzten Kräfte monatlich, termingerecht und vollständig entlohnt werden ..."

15 Die Angebote waren nach Ziffer IV.2.2) der Auftragsbekanntmachung bis zum 12. August 2021 abzugeben,

16 Die Bieterfrage 3

17 „Gehen wir recht der Annahme, dass Sie gern. Ihrer Leistungsbeschreibung Personal mit der Qualifikation mindestens Sachkundeprüfung nach §34a GewO fordern? Hierzu sind alle Bieter angehalten auf demselben Grundlohn von aktuell 10,71 EUR/ Std. zu kalkulieren. Wir bitten ebenfalls um Beantwortung, ob der Lohntarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in S. vom 03.06.2021 hier zur Angebotsabgabe Anwendung findet?"

18 beantwortete die Antragsgegnerin in der 1. Bewerberinformation vom 4. August 2021 wie folgt:

19 „Die Sachkundeprüfung nach § 34a GewO wird gefordert. Der Lohntarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in S. vom 03.06.2021 findet Anwendung bei Anbietern aus S. Jeder Anbieter wird sich nach den bei ihm geltenden Tarifverträgen richten müssen."

20 Die Antragsgegnerin beantworteten die Bieterfrage,

21 „Bezogen auf Frage/Antwort 2 der Bieterinformationen und Punkt 5 der Leistungsbeschreibung: "Während der Vertragslaufzeit ist eine Anpassung des Preises, auf den der Zuschlag erteilt wurde, ausgeschlossen." Die Vertragslaufzeit beträgt zunächst 1 Jahr. Kommt es zur Verlängerung, wo sich die Grundlage der Kalkulation, der jetzige L., maßgeblich ändert, ist dann die Anpassung des Stundenverrechnungssatzes möglich?"

22 in der 3. Bewerberinformation vom 5. August 2021 wie folgt:

- 23 *„Auch bei einer Verlängerung der Auftragsdauer ist der im Angebot angegebene Preis bindend.“*
- 24 Mit der 4. Bewerberinformation vom 11. August 2021 (= Datum des elektronischen Versands) informierte die Antragsgegnerin die Bieter über Änderungen in der Leistungsbeschreibung und im Leistungsverzeichnis, nämlich den geänderten Ausführungszeitraum (1. November 2021 - 31. Oktober 2022) sowie Änderungen bei den vorzulegenden Nachweisen. Mit Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vom selben Tag übermittelte die Antragsgegnerin den Bietern unter anderem die geänderte Leistungsbeschreibung sowie das neue Leistungsverzeichnis.
- 25 Dementsprechend änderte die Antragsgegnerin die Auftragsbekanntmachung vom 16. Juli 2021 mit im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichter Bekanntmachung vom 16. August 2021 (... „Berichtigung Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben“) unter Abschnitt VII „Änderungen“ in mehreren Punkten („Anstatt ... muss es heißen ...“). Beginn des Vertrages sollte nunmehr der 1. November 2021 sein (VII.1.2). Nach diesen Änderungen (dort VII 1.2) ist gemäß III.1.2) mit dem Angebot nur noch der Nachweis über eine Betriebshaftpflichtversicherung vorzulegen. Weder ist die Angabe, nach welchem Tarifvertrag die eingesetzten Kräfte monatlich, termingerecht und vollständig entlohnt werden, erforderlich noch musste eine Verpflichtungserklärung zum Vergabemindestlohn vorgelegt werden. Die Angebotsfrist wurde neu festgesetzt auf den 18. August 2021. Ebenso fehlt in dem Leistungsverzeichnis zu dieser Auftragsbekanntmachung in Ziffer 5 der dort in zunächst enthaltene Satz
- 26 *„Mit der Angebotsabgabe ist anzugeben, nach welchem Tarifvertrag (genaue Bezeichnung, Datum, etc.) die eingesetzten Kräfte monatlich, termingerecht und vollständig entlohnt werden ...“*
- 27 Unter anderem die Antragstellerin und die Beigeladene gaben fristgemäß ein Angebot ab.
- 28 Mit Bieterinformation nach § 134 GWB vom 24. September 2021 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle, weil ein niedrigeres Hauptangebot vorliege und das Hauptangebot nicht das wirtschaftlichste gewesen sei; sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
- 29 Mit Schreiben vom 27. September 2021 (Anlagenkonvolut zum Nachprüfungsantrag) rügte die Antragstellerin, die ihren Hauptsitz in H. hat und die u.a. in K. ein Büro unterhält, dass sie den Zuschlag nicht erhalten solle:
- 30 Sie habe unter Berücksichtigung aller gesetzlichen und tariflichen Anforderungen die Kalkulation so minimal aufgestellt, dass diese soeben auskömmlich sei. Die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin könne die Kalkulation nicht unter Berücksichtigung aller nötigen Grundlagen erstellt haben. Es seien folgende Tage zwingend zugrunde zu legen: 1.213 Werktage, 200 Sonntage, 48 Feiertage - Ostersonntag und Pfingstsonntag seien nach Tarifvertrag Feiertage -, Heiligabend und Silvester, soweit sie nicht auf einen Sonntag fielen. Sie habe - wie der in der Anlage beigefügten Kalkulation zum Stundenlohn entnommen werden könne - für die Grundkalkulation den Grundlohn für Sicherheitsmitarbeiter in Flüchtlingsunterkünften nach § 2 Satz 3.4.1 (des Lohntarifvertrages für Sicherheitsdienstleistungen in S.) in Höhe von € 11,12 angesetzt, ferner sei nach § 6 Satz 2 des Manteltarifvertrages eine Jahressonderzahlung von € 0,15 je Arbeitsstunde zu

leisten. Die weiteren Aspekte der Berechnung ergäben sich aus den für alle Bieter identischen gesetzlichen Anforderungen. Unter Wagnis und Gewinn habe sie eine Hochrechnung für Tarifierhöhungen in den kommenden Jahren einkalkuliert. Für das Jahr 2022 stehe die Erhöhung bereits fest und könne aus dem Tarifvertrag entnommen werden, für die Jahre 2023 bis 2025 seien plausible Schätzungen nötig gewesen, um in Zukunft den angebotenen Stundenverrechnungssatz als auskömmlich darlegen zu lassen.

- 31 Mit Schreiben vom 8. Oktober 2021 (Anlagenkonvolut zum Nachprüfungsantrag) wies die Antragsgegnerin die Rüge als unbegründet zurück. Sie habe die eingegangenen Angebote einer Prüfung auf Plausibilität und Auskömmlichkeit unterzogen. Daraus ergäben sich bei dem Angebot der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin keine Anhaltspunkte dafür, dass das Angebot nicht unter Berücksichtigung aller nötigen Grundlagen erstellt und nicht auskömmlich sein könnte.
- 32 Die Antragstellerin stellte am 11. Oktober 2021 einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer Schleswig-Holstein; in dem Verfahren hat sie - u.a. nach am 19. Oktober 2021 gewährter Akteneinsicht - im Wesentlichen geltend gemacht:
- 33 Auch als Drittplatzierte sei sie antragsbefugt. Der Nachprüfungsantrag sei begründet:
- 34 Sie wende sich gegen ihre Platzierung in dem Wertungsvorgang, die allein darauf beruhen könne, dass die Antragsgegnerin die beiden preislich niedrigeren Angebote entgegen der erhobenen Rüge nicht ordnungsgemäß aufgeklärt und die Bieter nicht ausgeschlossen habe.
- 35 Diese Angebote könnten preislich nur unter ihrem Angebot liegen, weil sich nicht alle gesetzlichen und tariflichen Anforderungen bei der Angebotskalkulation beachtet hätten. Sie habe ihr Angebot einschließlich aller geforderten Preisbestandteile und nur mit dem Grundlohn nach dem Manteltarifvertrag kalkuliert. Eine Unterschreitung ihres Preises durch die besser platzierten Bieter könne nur unter Missachtung gesetzlicher und tariflicher Grundlagen oder von Anforderungen der Antragsgegnerin zur Angebotskalkulation erfolgt sein. Beide Bieter seien nach § 60 Abs. 3 VgV auszuschließen.
- 36 Es sei davon auszugehen, dass in den besser platzierten Angeboten mindestens die im Leistungszeitraum geltenden gesetzlichen Sonn- und Feiertage, die Jahressonderzahlung nach § 6 Abs. 2 Manteltarifvertrag sowie die tarifliche Lohnerhöhung im Jahr 2022 und der Folgejahre nicht berücksichtigt worden seien. Die Frage, ob ein Bieter bei der Angebotskalkulation alle einschlägigen gesetzlichen und tariflichen Grundlagen sowie die Anforderungen der Vergabestelle zur Angebotskalkulation einhalte, sei keine Frage der Auskömmlichkeit eines Angebotes. Ein diese Anforderungen missachtendes Angebot sei auszuschließen.
- 37 Es komme nicht darauf an, ob die Beigeladene ein auskömmliches Angebot unterbreitet habe, sondern darauf, ob sie mit dem Angebot alle gesetzlichen Lohn- und Tarifvorschriften einhalte und die in den Vergabeunterlagen festgelegten Kalkulationsanforderungen vollständig beachtet habe. Die Antragsgegnerin habe Kalkulationsvorgaben gemacht, sowohl im Hinblick auf die Anwendung des Lohntarifvertrags für Sicherheitsdienstleistungen in S. vom 3. Juni 2021 als auch im Hinblick auf die Einordnung des Bewachungsobjekts als Flüchtlingsunterkunft.
- 38 In der Bieterinformation vom 4. August 2021 habe die Antragsgegnerin auf Nachfrage zur Anwendbarkeit des Lohntarifvertrags für Sicherheitsdienstleistungen in Schleswig-

Holstein vom 3. Juni 2021 geantwortet, dass dieser Lohnstarifvertrag für Anbieter aus S. Anwendung finde. Die Beigeladene, die ihren Sitz in M. habe, sei eine Anbieterin aus S. Eine Missachtung der Kalkulationsvorgaben durch die Beigeladene müsse zum Ausschluss der Beigeladenen führen. Sollte die Beigeladene ihrem Angebot einen Stundengrundlohn zugrunde gelegt haben, der mehr als ein Cent unterhalb des Stundengrundlohns aus dem Lohnstarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in S. vom 5. August 2018 liege, verstoße sie zudem gegen verbindliche Vorgaben des VGSH. Es werde zudem bezweifelt, dass die Beigeladene keiner tarifvertraglichen Bindung unterliege.

- 39 Die Einordnung als Flüchtlingsunterkunft ergebe sich aus der Leistungsbeschreibung. Es sei deutlich herausgestellt, dass in der zu bewachenden Unterkunft *„auch wohnungslose Personen mit Migrationshintergrund untergebracht“* seien. Zugleich werde auf Umstände der Leistungserbringung hingewiesen, die gerade Flüchtlingsunterkünften immanent seien, so Sprachprobleme und Unterschiede in der sozialen und kulturellen Herkunft. Die Antragsgegnerin habe damit zum Ausdruck gebracht, dass erhöhte Anforderungen an die Leistungserbringung und das eingesetzte Personal gestellt würden. Derartige erhöhte Anforderungen würden im einschlägigen Tarifvertrag mit einem eigenen Leistungsbereich und einem separaten und höheren Tariflohn abgebildet. Die die zu bewachende Einrichtung betreuende D. bezeichne die Unterkunft in ihrem Internetauftritt ausdrücklich als Flüchtlingsunterkunft, dort heiße es:
- 40 *„In ... werden Flüchtlinge untergebracht, die während ihres Asylverfahrens in K. leben. Die D. ist für die Betreuung der Bewohner und die Organisation der Gemeinschaftsunterkunft für Flüchtlinge in K. zuständig.“*
- 41 Bereits im Rahmen der Eignungsprüfung sei zudem die *„Angabe, nach welchem Tarifvertrag die eingesetzten Kräfte monatlich, termingerecht und vollständig entlohnt werden“*, gefordert worden. Die Antragsgegnerin habe damit eine „tarifvertragliche Entlohnung“ als vergaberechtlich zulässige Eignungsmindestanforderung aufgestellt. Mit Forderung dieser Angabe habe die Antragsgegnerin nicht bloß informatorisch um Mitteilung gebeten, ob eine Tarifgebundenheit bestehe und gegebenenfalls, nach welchem Tarifvertrag. Es sei vielmehr ausdrücklich gefordert worden, dass die Bieter verbindlich einen Tarifvertrag zu benennen hätten, nach welchem sie (ggf. freiwillig) die Entlohnung ihrer Mitarbeiter für den ausschreibungsgegenständlichen Auftrag vornehmen würden. Habe die Beigeladene eine entsprechende Angabe nicht gemacht, sei sie als ungeeignet vom Verfahren auszuschließen. In der Bieterinformation vom 4. August 2021 habe die Antragsgegnerin auf konkrete Nachfrage nach der Anwendbarkeit des Lohnstarifvertrages für Sicherheitsdienstleistungen für S. vom 3. Juni 2021 geantwortet, dass dieser bei Anbietern aus S. Anwendung finde. Die Bestbieterin habe ihren Unternehmenssitz in M. und hätte deshalb die Kalkulationsvorgaben aus dem Tarifvertrag anwenden müssen.
- 42 Der allgemeine Stundengrundlohn in dem Lohnstarifvertrag vom 5. August 2018 habe € 10,00 betragen, demgegenüber belaufe sich der aktuelle Vergabemindestlohn nach § 4 Abs. 1 Satz 1 VGSH auf € 9,99. Liege der dem Angebot des Bestbieters zugrundeliegende Stundengrundlohn unterhalb des Vergabemindestlohns sei dieser wegen des Verstoßes gegen das VGSH zwingend auszuschließen.
- 43 Die Antragstellerin hat beantragt,

- 44 1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Angebote der gegenüber der Antragstellerin in der Angebotswertung besser platzierten Bieter auszuschließen;
- 45 2. hilfsweise das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen;
- 46 3. weiter hilfsweise, die Ausschreibung aufzuheben;
- 47 4. weiter hilfsweise, andere zur Wahrung der Rechte der Antragstellerin gebotene Anordnungen zu treffen.
- 48 5. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen und
- 49 6. festzustellen, dass die Hinzuziehung von Rechtsanwälten durch die Antragstellerin erforderlich war.
- 50 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 51 die Anträge der Antragstellerin aus der Antragsschrift vom 11. Oktober 2021 zurückzuweisen.
- 52 Die Antragsgegnerin hat im Wesentlichen vorgetragen:
- 53 Es bestünden Zweifel an der Antragsbefugnis der Antragstellerin, da diese als Drittplatzierte keine Aussicht auf den Zuschlag habe. Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag nicht begründet.
- 54 Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB lägen nicht vor. Auch eine Ablehnung des Zuschlags nach § 60 Abs. 3 VgV komme nicht in Betracht. Es sei bereits zweifelhaft, ob der Angebotspreis im Angebot der Beigeladenen im Vergleich zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig sei. Das Angebot der Beigeladenen liege nur ca. 2,8 % unter dem Angebot des auf dem zweiten Rang liegenden Bieters. Sie habe das Angebot der Beigeladenen durch Vorlage der Kalkulation des Stundenlohns insbesondere nach § 60 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 VgV in Verbindung mit § 128 Abs. 1 GWB überprüft. Die Beiträge zu Sozialversicherung, die Lohnzusatzkosten sowie sonstige Kosten lägen oberhalb des Angebots der Antragstellerin. Die Beigeladene kalkuliere aber mit einem geringeren Stundengrundlohn als die Antragstellerin. Sie liege sowohl unterhalb des ab 1. Juli 2021 geltenden Lohntarifvertrags für Sicherheitsdienstleistungen in S. als auch unterhalb des Lohntarifvertrages für Sicherheitsdienstleistungen in S. vom 5. Dezember 2018, der durch Bekanntmachung vom 18. September 2019 für allgemein verbindlich erklärt worden sei.
- 55 Das Unterschreiten des Tarifvertrages vom 1. Juli 2021 sei nicht zu beanstanden. Sie habe in keiner Weise verlangt, dass der künftige Vertragspartner seine Mitarbeiter nach einem Tarifvertrag vergüte. Eine derartige Vorgabe wäre ohnehin wegen einer Diskriminierung ausländischer Anbieter unzulässig. Die Angabe in der Leistungsbeschreibung sei dahingehend zu verstehen, dass ein Tarifvertrag nur anzugeben sei, wenn dieser zur Anwendung komme. Da die Beigeladene nach ihren Angaben nicht tarifgebunden sei und sie keine Veranlassung habe, diese Aussage in Zweifel zu ziehen, sei das Unterschreiten des Stundengrundlohns aus dem Tarifvertrag vom 5. Dezember 2018 sei nicht zu beanstanden. Der Tarifvertrag sei zum 31. Dezember 2020 gekündigt worden. Nach Ab-

lauf des Tarifvertrages gelte dieser für am 31. Dezember 2020 bereits Beschäftigte weiter, bis er durch eine andere Abmachung ersetzt werde. Diese Abmachung könne ein anderer allgemein verbindlich erklärter Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder eine individualrechtliche Vereinbarung sein. Die Beigeladene habe erklärt, dass sie im Jahr 2021 Personal neu eingestellt habe, das derzeit zwar im Rahmen eines anderen Auftrags eingesetzt aber dafür vorgesehen sei, den ausgeschriebenen Auftrag wahrzunehmen. Diese Angaben seien nicht zu widerlegen.

- 56 Die Beigeladene ist dem Nachprüfungsantrag entgegengetreten und hat beantragt,
- 57 1. die Anträge der Antragstellerin aus der Antragsschrift vom 11. Oktober 2021 zurückzuweisen.
- 58 2. festzustellen, dass die Hinzuziehung von Rechtsanwälten durch die Beigeladene erforderlich ist;
- 59 3. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens, einschließlich der notwendigen Kosten und Auslagen der Beigeladenen, aufzuerlegen.
- 60 Die Vergabekammer Schleswig-Holstein hat den Nachprüfungsantrag ohne mündliche Verhandlung mit Beschluss vom 29. November 2021 zurückgewiesen. Zur Begründung hat die Vergabekammer im Wesentlichen ausgeführt:
- 61 Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, insbesondere sei die Antragstellerin mit ihren Be-
anstandungen antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB. Das Interesse an dem Auf-
trag ergebe sich aus der Teilnahme am Vergabeverfahren, der Rüge und dem Nachprü-
fungsantrag selbst. Die Antragsbefugnis sei nicht ausgeschlossen, weil sich die Antrag-
stellerin nur an dritter Stelle der Bieterreihenfolge befinde, sie in der Rüge nur Bezug auf
den für den Zuschlag vorgesehenen Bieter genommen und ihre Rüge nach Kenntnis ih-
rer Platzierung nicht erweitert habe. Von der Rüge der Antragstellerin seien alle vor der
Antragstellerin liegenden Bieter umfasst gewesen. Denn die Antragstellerin habe darge-
legt, dass günstigere Angebote nicht alle gesetzlichen und tariflichen Anforderungen er-
füllen könnten und dabei nicht etwa auf Besonderheiten im Angebot der Beigeladenen,
sondern auf ihr eigenes Angebot abgestellt. Sie lege dar, welche gesetzlichen und tarif-
lichen Anforderungen ihres Erachtens zu beachten seien und lege Einzelheiten ihrer Kal-
kulation offen. Damit stelle sich die Rüge auch nicht als Rüge ins Blaue hinein dar.
- 62 Die Antragstellerin sei mit ihrer Rüge nicht präkludiert. Die Rüge sei auch nicht begrenzt
auf die Überprüfung nach § 60 VgV und weiterer Vortrag insoweit präkludiert. Zwar bit-
te die Antragstellerin „um Nachprüfung der Auskömmlichkeit des für die Bezuschlagung
vorgesehenen Unternehmens“. Hierin liege jedoch keine Eingrenzung des Nachprüfungs-
begehrens, sondern die Antragstellerin könne sich an dieser Stelle nur auf das beschrän-
ken, was ihr aus der Vorabinformation bekannt sei, nämlich den Namen der Zuschlags-
prätendentin. An die Erkennbarkeit des mit der Rüge vorgebrachten Überprüfungsbegeh-
rens seien keine hohen Anforderungen zu stellen. Das verbiete sich, weil auch rechts-
unkundigen Bietern eine realistische Möglichkeit gegeben sein müsse, durch Rüge ei-
ne Selbstüberprüfung beim Auftraggeber in Gang zu setzen. Die Antragstellerin gehe
auf der Grundlage des eigenen Angebots davon aus, dass weitere Bieter ihre Angebote
„nicht unter Berücksichtigung aller nötigen Unterlagen erstellt haben“. Sie behaupte in-
soweit inhaltlich ein Abweichen von den Vergabeunterlagen und eine Nichteinhaltung ta-
rifvertraglicher Regelungen.

- 63 Der Nachprüfungsantrag sei im Ergebnis nicht begründet. Die Antragsgegnerin habe zwar gegen den Transparenzgrundsatz verstoßen, indem sie Bieterfragen in einer mehrdeutigen Weise beantwortet habe. Sie habe ferner gegen den Transparenzgrundsatz verstoßen, weil sich aus den Vergabeunterlagen nicht eindeutig ergebe, ob es sich bei dem zu bewachenden Objekt um eine Flüchtlingsunterkunft handle oder nicht. Diese Intransparenz sei jedoch nicht kausal dafür, dass die Antragstellerin nicht den Platz eins der Bieterfolge erreicht habe. Die Antragsgegnerin habe nicht dadurch gegen Vergaberecht verstoßen, dass sie die Beigeladene nicht ausgeschlossen habe.
- 64 Die Beigeladene sei nicht nach § 60 VgV auszuschließen, weil der Preis des Angebots der Beigeladenen nicht ungewöhnlich niedrig sei. Für die Beurteilung, ob Preis oder Kosten ungewöhnlich niedrig sei, müsse auf den Gesamtpreis abgestellt werden. Der Orientierungswert für die Aufgreifschwelle liege bei einer Differenz von 20 % zum zweitniedrigsten Bieter. Hier liege die Abweichung zum Zweitplatzierten in einem sehr niedrigen einstelligen Bereich, aus dem eine zwingende Prüfpflicht nicht abgeleitet werden könne. Es sei daher nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin im Rahmen der Wertung nur eine Plausibilitätsprüfung der jeweiligen Angebote im Vergleich des Gesamtpreises zu den Einzelpreisen durchgeführt habe. Zudem habe die Antragsgegnerin bei der Beigeladenen eine Stundenkalkulation angefordert, die von der Beigeladenen übersandt worden sei unter Hinweis darauf, nicht tarifgebunden zu sein, da sie weder Mitglied eines tarifgebundenen Verbandes noch einer Gewerkschaft sei. Grundsätzlich dürfe ein öffentlicher Auftraggeber darauf vertrauen, dass die Angaben der Bieter der Wahrheit entsprächen. Es sei von der Antragstellerin nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich, dass die Beigeladene entgegen ihrer Erklärung einem tarifgebundenen Verband angehöre. Hiernach sei die Beigeladene derzeit an keinen Tarifvertrag gebunden.
- 65 Der aktuelle Tarifvertrag sei bisher nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden und finde daher auf ein nicht tarifgebundenes Unternehmen keine verpflichtende Anwendung. Der Lohntarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in S. vom 5. Dezember 2018 sei mit Wirkung vom 1. September 2019 für s. Unternehmen und selbständige Betriebsabteilungen in S. für allgemeinverbindlich erklärt worden. Am 14. Januar 2021 sei im Bundesanzeiger das Außerkrafttreten dieses allgemeinverbindlichen Tarifvertrags für Sicherheitsdienstleistungen in S. bekannt gegeben worden. Die Bindungswirkung des allgemeinverbindlichen Tarifvertragsende nicht automatisch. Nach Ablauf eines Tarifvertrags gälten seine Rechtsnormen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt würden (§ 4 Abs. 5 TVG). Dies gelte nach ständiger Rechtsprechung des BAG für alle Arbeitsverhältnisse, die bis zum Ablauf des Tarifvertrags begründet worden seien, also nicht für Neueinstellungen im Nachwirkungszeitraum. Eine „andere Abmachung“ könne ein neuer Tarifvertrag sein. Für Unternehmen, die nicht tarifgebunden seien, bestehe die Nachwirkung der Allgemeinverbindlicherklärung auch dann weiter fort, wenn für die tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein neuer Tarifvertrag abgeschlossen worden sei, dieser aber nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden sei. Die Nachwirkung könne aber auch durch eine andere Abmachung, wie eine Betriebsvereinbarung oder einen Einzelarbeitsvertrag beendet werden. Die Beigeladene habe gegenüber der Antragsgegnerin erklärt, dass sie die Leistung mit im Jahr 2021 neu eingestelltem Personal erbringen wolle. Für diese Beschäftigten entfalte der allgemein verbindliche Tarifvertrag keine Nachwirkung.

- 66 Aus der vorliegenden Kalkulation der Beigeladenen ergebe sich, dass die Beigeladene nicht gegen den in S. geltenden Vergabemindestlohn nach § 4 Abs. 1 VGSH verstoße.
- 67 Anhaltspunkte für das Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes nach § 123 GWB oder eines fakultativen Ausschlussgrundes nach § 124 GWB lägen nicht vor. Eine Verletzung des § 128 Abs. 1 GWB liege aus oben genannten Gründen ebenfalls nicht vor.
- 68 Die Beigeladene sei auch nicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen, weil sie nicht mit einem tarifvertraglichen Lohn angeboten habe. Die Antragsgegnerin habe nicht festgelegt, dass mit einem tariflichen Lohn angeboten werden müsse. Dies scheine, auf der Grundlage der Stellungnahme des Amts für Wohnen und Grundsicherung vom 28. September 2021 und der Antragserwiderung vom 18. Oktober 2021 nicht die Intention der Antragsgegnerin gewesen zu sein. Die Frage, ob ein öffentlicher Auftraggeber vor dem Hintergrund des Arbeitnehmerentsendegesetzes einen Tarifvertrag als Auftragsbedingung nach § 128 Abs. 2 GWB festlegen dürfe, müsse die Vergabekammer in vorliegendem Verfahren nicht beantworten. Die Ausführungsbedingungen müssten sich nach § 128 Abs. 2 S. 2 GWB aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Dies sei insoweit nicht der Fall.
- 69 Soweit die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 16. November 2021 den Vergabevermerk zitiere, aus dem sich ergebe, dass
- 70 *„Angaben, nach welchem Tarifvertrag die eingesetzten Kräfte monatlich, termingerecht und vollständig entlohnt werden“*
- 71 gefordert seien, gehöre der Vergabevermerk zwar zur Vergabeakte, nicht dagegen zu den Vergabeunterlagen, aufgrund derer ein Angebot abgegeben werde. Dieselbe Formulierung sei zwar auch in der Bekanntmachung vom 16. Juli 2021 unter III. 1.2) enthalten gewesen. In der weiteren Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben vom 16. August 2021 sei die Formulierung jedoch nicht mehr enthalten. Entsprechende Angaben seien daher nicht mehr gefordert gewesen.
- 72 Auf die nunmehr nur noch geforderten Nachweise mit Angebotsabgabe sei in der Bewerberinformation vom 11. August 2021 hingewiesen worden. Mit der gestrichenen Formulierung sei, anders als die Antragstellerin meine, auch nicht die verbindliche Benennung eines Tarifvertrages gefordert gewesen, nach dem gegebenenfalls, im Falle fehlender Tarifbindung, die Entlohnung freiwillig habe erfolgen sollen. Die Abfrage korrespondiere eher mit Ziffer 5 Absatz 2 der Leistungsbeschreibung, deren zusätzlicher Regelungsgehalt sich nicht erschließe, wonach unter anderem auch Erhöhungen der tariflichen Löhne durch einen freiwilligen Wechsel des bislang anwendbaren Tarifvertrags ausgeschlossen würden. In der ursprünglichen Leistungsbeschreibung sei zudem die Anforderung aus der ursprünglichen Auftragsbekanntmachung an dieser Stelle noch zusätzlich enthalten gewesen. Die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe geltende Leistungsbeschreibung habe die Passage aus der ursprünglichen Bekanntmachung nicht mehr enthalten. Die Passage sei also sowohl aus der Auftragsbekanntmachung als auch aus der Leistungsbeschreibung gestrichen worden.
- 73 Auch in den Bewerberinformationen, die zu den Vergabeunterlagen zählten, seien keine Festlegungen getroffen worden, nach denen jeder Bieter aus S., ob tarifgebunden oder nicht einen - bestimmten - Tarifvertrag zwingend anwenden müsse. Dies ergebe sich auch nicht aus Frage 3 und Antwort zu der Frage 3 in der Bewerberinformation vom 4.

August 2021. Zum einen stamme die Bewerberinformation von einem Zeitpunkt vor Änderung der Auftragsbekanntmachung und der Leistungsbeschreibung, zum anderen beziehe sich die Antwort auf die Bieterfrage allein auf tarifgebundene Bieter und stelle insoweit klar, dass der Lohntarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in S. regional nur bei - dem Tarifvertrag unterliegenden - Anbietern aus S. Anwendung finde, während Anbieter außerhalb S. - wenn sie einem Tarifvertrag unterlägen - den für sie geltenden Tarifvertrag anwenden müssten.

- 74 Allerdings gebe die Formulierung durchaus die Möglichkeit einer Fehlinterpretation. Die Vergabeunterlagen seien vor dem Hintergrund der oben genannten Auslegungsmöglichkeit intransparent. Diese Intransparenz habe sich jedoch nicht zu Lasten der Antragstellerin ausgewirkt, denn sie sei tarifgebunden und habe daher mit Tariflohn anbieten müssen. Die Antragsgegnerin sei nicht verpflichtet, unterschiedliche Ausgangsbedingungen auszugleichen. Es sei Aufgabe der Tarifvertragsparteien, im Rahmen ihrer Tarifautonomie Tarifverträge abzuschließen und gegebenenfalls den Antrag auf Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages zu stellen.
- 75 Die Vergabeunterlagen seien weiter intransparent zu der Frage, ob es sich bei dem Bewachungsobjekt um eine Flüchtlingsunterkunft handle oder nicht. Unter Flüchtlingsunterkunft seien nicht nur Erstaufnahmelager, sondern auch Gemeinschaftsunterkünfte zu verstehen. Dafür, dass es sich um die Bewachung einer Flüchtlingsunterkunft handle, spreche insbesondere die Bezeichnung des Auftrags in der Auftragsbekanntmachung als „*Sicherheitsdienstleistung in der Unterkunft für wohnungslose und geflüchtete Personen*“. So habe es offenbar auch die Antragstellerin verstanden. Nach der Leistungsbeschreibung diene die Unterkunft der Unterbringung wohnungsloser Menschen, wobei auch wohnungslose Personen mit Migrationshintergrund untergebracht würden. Diese Formulierung sei offener und lasse zumindest auch die Interpretation zu, dass es sich nicht um eine Flüchtlingsunterkunft handle. Dieses Verständnis werde dadurch gestützt, dass bei den Referenzen nicht auf Sicherheitsdienstleistungen bei Flüchtlingsunterkünften, sondern nur allgemein auf Sicherheitsdienstleistungen abgestellt werde und - eingeschränkt - auch dadurch, dass die in Frage 3 genannte Vergütung von € 10,71 seitens der Antragsgegnerin nicht thematisiert worden sei.
- 76 Die Intransparenz sei jedoch nicht kausal dafür, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot preislich hinter dem der Beigeladenen liege. Wie oben dargelegt, sei die Beigeladene nicht tarifgebunden. Für die Kalkulation der Beigeladenen sei es daher irrelevant, ob es sich um eine Flüchtlingsunterkunft handle oder nicht. Für das Angebot der Antragstellerin könnte sich die Fragestellung zwar in der Höhe des Angebots auswirken, denn sie habe mit dem höheren Grundlohn kalkuliert.
- 77 Die Vergabekammer habe zur Prüfung der Kausalität eine Vergleichsrechnung vorgenommen, bei der sie den tariflich günstigeren Stundengrundlohn mit € 10,71 EUR angenommen und die weiteren Positionen mit den von der Antragstellerin angegebenen prozentualen Werten auf diesen - niedrigeren - Stundengrundlohn berechnet habe. Daraus habe sich dann zwar eine Annäherung an den Angebotspreis der Beigeladenen ergeben, der Angebotspreis der Beigeladenen werde aber auch dann nicht erreicht oder unterschritten.
- 78 Zusammenfassend lasse sich festhalten, dass die Beigeladene zumindest für im Jahr 2021 neu eingestellte Mitarbeiter, die sie für die Leistung einsetzen wolle, nicht an einen Tarifvertrag gebunden sei, da der neue Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich

erklärt worden sei und die Antragsgegnerin die Entlohnung nach Tarifvertrag auch nicht zur Ausführungsbedingung gemacht habe.

- 79 Die Vergabeunterlagen seien zwar teilweise intransparent. Diese Intransparenz wirke sich jedoch nicht kausal auf die Bieterreihenfolge von Antragstellerin und Beigeladener aus.
- 80 Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde vom 9. Dezember 2021 mit im Wesentlichen den folgenden Beschwerdeangriffen:
- 81 Zu Unrecht vertrete die Vergabekammer die Auffassung, dass die Verletzung des Transparenzgrundsatzes durch die Vergabestelle nicht kausal für ihre schlechte Platzierung gegenüber dem Angebot der Beigeladenen gewesen sei. Diese Auffassung fuße auf falschen Annahmen und Unterstellungen der Vergabekammer, die sie fälschlich für tarifgebunden halte. Tatsächlich sei sie nicht tarifgebunden. Die Würdigung auf Seite 16 der angefochtenen Entscheidung
- 82 *„die Vergabeunterlagen waren vor dem Hintergrund der oben genannten Auslegungsmöglichkeiten intransparent, diese Intransparenz hat sich jedoch nicht zu Lasten der Antragstellerin ausgewirkt, denn sie ist tarifgebunden und musste daher mit Tariflohn anbieten“*
- 83 sei deshalb zurückzuweisen. Entgegen der Annahme der Vergabekammer habe sie nicht mit Tariflohn anbieten müssen, sondern wäre in der Lage gewesen, ein Angebot mit Stundenlöhnen deutlich unterhalb des Tariflohnes vorzulegen. Sie habe allein deshalb die Stundenlöhne aus dem Lohntarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in S. ihrem Angebot zugrunde gelegt, weil in der Antwort auf die Bieterfrage gegenüber Bietern mit Sitz in S. der Lohntarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in S. für anwendbar erklärt und ebenso bereits in der Auftragsbekanntmachung vom 16. Juli 2021 den Bietern seitens der Antragsgegnerin eine Tarifpflicht auferlegt worden sei. Ohne diese Vorgaben, die die Vergabekammer als intransparent beurteilt habe, hätte sie ihr Angebot frei und auf Basis des Vergabemindestlohns kalkuliert. Sie hätte so ohne weiteres auch den Angebotspreis der Beigeladenen erreichen oder unterschreiten können, der die Tarifvorgaben der Antragstellerin unbeachtet gelassen habe. Die festgestellte Intransparenz wirke sich daher entgegen der Auffassung der Vergabekammer kausal auf die Bieterreihenfolge von Antragstellerin und Beigeladener aus.
- 84 Nicht zutreffend sei schließlich auch die Feststellung der Vergabekammer, dass die Beigeladene derzeit an keinen Tarifvertrag gebunden sei. Sie verkenne, dass der Manteltarifvertrag Wach- und Sicherheitsgewerbe S. für allgemeinverbindlich erklärt worden sei und daher etwa die Verpflichtung bestehe, einen Zuschlag in Höhe von 0,15 € auf den Stundengrundlohn der Mitarbeiter als Jahressonderzahlung zu leisten. Aus den Ausführungen der Vergabekammer sowie der Antragsgegnerin sei abzuleiten, dass die Beigeladene diese verpflichtende Sonderzahlung nicht berücksichtigt und vorgesehen habe und ihr Angebot damit gegen verbindliche tarifgesetzliche Vorgaben verstoße. Dem habe die Vergabekammer keine Beachtung geschenkt.
- 85 Die Antragstellerin beantragt mit ihrer sofortigen Beschwerde:
- 86 1. Die Entscheidung der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 29.11.2021 (Az. VK-SH 27/21) wird aufgehoben.

- 87 2. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
- 88 3. Der Antragstellerin wird vollständige Akteneinsicht gewährt.
- 89 4. Es werden geeignete Maßnahmen getroffen, um die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.
- 90 5. Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde wird bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängert (§ 173 Abs. 1 Satz 3 GWB und das Zuschlagsverbot aufrechterhalten.
- 91 Antragsgegnerin und Beigeladene haben bisher nicht Stellung genommen.

II.

- 92 Der Antrag der Antragstellerin vom 9. Dezember 2021 auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den ihren Nachprüfungsantrag zurückweisenden Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 29. November 2021 (Antrag zu 5.) der Beschwerdeschrift in der klarstellenden Fassung des Schriftsatzes vom 10. Dezember 2021 ist nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB zulässig und hat in der Sache Erfolg.
- 93 Gemäß § 173 Abs. 1 Satz 1 GWB hat die sofortige Beschwerde aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer, wobei diese Wirkung zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist entfällt, § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht nach § 173 Abs. 1 Satz 3 auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.
- 94 Nach § 173 Abs. 2 GWB wird der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung sind unter anderem die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die Aussichten des Antragstellers auf Erhalt des Auftrags und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen.
- 95 Bei der Auslegung ist das unionsrechtliche Gebot eines effektiven Rechtsschutzes zu berücksichtigen. Die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde haben daher entscheidendes Gewicht, sodass nur ausnahmsweise Gründe des Allgemeinwohls überwiegen können (Losch in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 173 GWB, Rn. 47; Wilke in: MKVergabeR I, 2. Aufl., § 173 GWB, Rn. 47). Hat die sofortige Beschwerde bei summarischer Prüfung hohe Erfolgsaussichten, wird dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung in der Regel stattzugeben sein, hat sie dagegen nur geringe Erfolgsaussichten, ist ein schutzwürdiges Interesse an der Verlängerung in der Regel nicht anzunehmen (Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 173 GWB, Rn. 52 f.; Wilke in: MKVergabeR I, 2. Aufl., § 173 GWB, Rn. 50).
- 96 Bei einer summarischen Prüfung steht nicht fest, dass die sofortige Beschwerde der Antragstellerin keine oder nur geringe Aussicht auf Erfolg hat, sodass ein überwiegendes Interesse an einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung besteht. Dem steht kein

überwiegendes Interesse der Antragsgegnerin an einem zügigen Abschluss des Vergabeverfahrens entgegen.

- 97 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 9. Dezember 2021 gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 29. November 2021 ist nach § 172 Abs. 1 - 3 GWB zulässig, sie ist insbesondere innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses bei dem Vergabesenat erhoben, rechtzeitig begründet und durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet worden.
- 98 Die sofortige Beschwerde ist begründet, soweit der Nachprüfungsantrag zulässig (A) und begründet (B) ist.
- 99 A. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.
- 100 Der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen nach den §§ 102 ff. GWB ist eröffnet. Der ausgeschriebene Dienstleistungsauftrag, dessen Wert sich nach der Schätzung des Auftraggebers in dem Vergabevermerk gemäß § 3 Abs. 1 VgV bereits für das fest zu beauftragende erste Vertragsjahr auf etwa € 500.000,00 beläuft, liegt über dem in dem Jahr 2021 geltenden Schwellenwert von € 214.000,00 nach § 106 Abs. 1, 2 GWB in Verbindung Art. 4 c der Richtlinie 2014/24/EU. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages durch einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 GWB, eine Gebietskörperschaft.
- 101 Insbesondere liegt die Antragsbefugnis der Antragstellerin nach § 160 Abs. 2 GWB vor (1), deren Rügen auch nicht nach § 160 Abs. 3 GWB präkludiert sind (2).
- 102 1) Nach § 160 Abs. 2 GWB hat der Antragsteller bei der Stellung des Nachprüfungsantrages darzulegen, dass er in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften verletzt ist und ihm dadurch ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Erforderlich ist, dass ein Unternehmen mit Interesse am Auftrag eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB schlüssig aufzeigt (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16, Rn. 12). Diese Voraussetzungen liegen auch vor dem Hintergrund der Drittplatzierung der Antragstellerin vor. Bei einer Verletzung des Transparenzgebotes und einer daraus resultierenden Rechtsverletzung bei der Antragstellerin wäre das Vergabeverfahren in den Stand vor Ablauf der Abgabefrist der Angebote zurückzusetzen.
- 103 2) Zutreffend hat die Vergabekammer eine Präklusion der Rüge der Antragstellerin nach § 160 Abs. 3 GWB verneint.
- 104 B. Nach der im Verfahren nach § 173 Abs. 3 GWB gebotenen summarischen Prüfung kann eine Erfolgsaussicht der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin nicht verneint werden. Ein Nachprüfungsantrag ist nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB begründet, wenn die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Das ist der Fall, wenn nach § 97 Abs. 6 GWB bieterschützende Vorschriften zum Vergabeverfahren von der Antragsgegnerin nicht eingehalten worden sind. Die Rechtsverletzung der Antragstellerin ist eine Verletzung in Vergabeverfahrensrechten (vgl. Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 168, Rn. 18 ff.).
- 105 Hier könnte eine Rückversetzung des Verfahrens in das Stadium vor Abgabe der Angebote wegen eines Verstoßes der Antragsgegnerin gegen den Transparenzgrundsatz ange-

sichts der Antwort der Antragsgegnerin auf Bieterfrage 3 zur Zahlung von Tariflohn nach summarischer Prüfung ernsthaft in Betracht kommen. Im Einzelnen:

- 106 a) Nach § 97 Abs. 1 GWB werden öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben; dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Der Transparenzgrundsatz ist bieterschützend im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB und wird durch vergabeverfahrensrechtliche Regelungen, wie etwa die Ausschreibungspflicht und die gebotene Information der Bieter über die bevorstehende Zuschlagsentscheidung (vgl. § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB) konkretisiert (Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 97, Rn. 39, 43 ff.).
- 107 Die Vergabestellen trifft hiernach die Pflicht, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüchlichkeiten zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2012 - X ZR 130/10, Rn. 9). Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens müssen klar, präzise und eindeutig formuliert werden, so dass zum einen alle mit der üblichen Sorgfalt handelnden Unternehmen die genaue Bedeutung dieser Bedingungen und Modalitäten verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zum anderen der Auftraggeber tatsächlich überprüfen kann, ob die Teilnahmeanträge oder Angebote die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012 - C-368/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. November 2017 - VII-Verg 16/17 = NZ-Bau 2018, 248 f. Rn. 20). Für die Leistungsbeschreibung ergibt sich dies ausdrücklich aus § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB und aus § 31 Abs. 1 VgV, wonach der Leistungsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben ist, so dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Infolge der übergeordneten Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB, die durch § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB, § 31 Abs. 1 VgV für einen Teilbereich nur näher ausgeformt werden, gelten die für die Leistungsbeschreibung formulierten Anforderungen für andere Teile der Vergabeunterlagen entsprechend (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Dezember 2017 - VII-Verg 19/17 = NZBau 2018, 242 f., Rn. 32).
- 108 In diesem Sinne nicht mehr eindeutig sind Vergabeunterlagen, wenn fachkundigen Unternehmen auch nach Auslegungsbemühungen mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - X ZR 78/07, Rn. 12). Wenn der potentielle Bieter angesichts mehrerer Auslegungsmöglichkeiten keine eindeutige Grundlage für die Ausarbeitung seines Angebots hat, liegt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Dezember 2017 - VII-Verg 19/17). Unklare Vorgaben der Vergabestelle dürfen wegen des Gebots der transparenten Verfahrensgestaltung aus § 97 Abs. 1 GWB nicht zulasten der Bieter gehen (vgl. KG, Beschluss vom 4. Juni 2019 - Verg 8/18, Rn. 20).
- 109 b) Diese Voraussetzungen könnten hier vorliegen:
- 110 Die Vergabeunterlagen dürften intransparent gewesen (aa) und die Antragstellerin dürfte hierdurch in ihren Rechten verletzt worden sein (bb). Rechtsfolge wäre die Aufhebung der Entscheidung der Vergabekammer nach § 178 Satz 1 GWB und Zurückversetzung des Vergabeverfahrens vor den Zeitpunkt der Angebotsabgabe.
- 111 (aa) Die Angaben in III.1.2.) der Auftragsbekanntmachung vom 16. Juli 2021 und Ziffer 5 der dazugehörigen Leistungsbeschreibung könnten im Zusammenwirken mit der Ant-

wort der Antragsgegnerin auf die Bieterfrage 3 eine Intransparenz im Hinblick auf eine insoweit allein in Betracht kommende Ausführungsbestimmung des Auftraggebers nach § 128 Abs. 2 GWB zur obligatorischen Beachtung eines für den Sitz des Bieters vereinbarten Tarifvertrages begründet haben.

112 Diese Angaben dürften insbesondere auch im Zusammenwirken mit der Beschreibung der Leistung in Ziffer II.2.4. der Auftragsbekanntmachung als

113 *„Dienstleistung zur Durchführung von Objekt- und Personenschutz in Form von Bewachungs- und Sicherheitsdienstleistungen in der Unterkunft für wohnungslose und geflüchtete Personen“*

114 in dem in der Vergangenheit als Flüchtlingsunterkunft genutzten Objekt ... bei den Bietern die Vorstellung wecken, sie hätten hier den Tariflohn für Sicherheitsmitarbeiter zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften nach § 2 Ziffer 3.4.1 des Lohntarifvertrages für Sicherheitsdienstleistungen in S. vom 3. Juni 2021 in Höhe von € 11,12/h anzubieten.

115 Die Antragsgegnerin hat den Vortrag der Antragstellerin, nach der die Einrichtung betreuende Diakonie Altholstein die Unterkunft in ihrem Internetauftritt ausdrücklich als Flüchtlingsunterkunft bezeichnet habe, es dort heiße:

116 *„In ... werden Flüchtlinge untergebracht, die während ihres Asylverfahrens in K. leben. Die D. ist für die Betreuung der Bewohner und die Organisation der Gemeinschaftsunterkunft für Flüchtlinge in K. zuständig“,*

117 nicht bestritten. Tatsächlich dürften vor dem 1. September 2021 auf dem Gelände ... Asylbewerber und Personen, deren Antrag bewilligt war, untergebracht worden sein.

118 Die Intransparenz der Vergabeunterlagen im Hinblick auf die etwaige Verpflichtung von in S. tätigen Unternehmen, nach den Vorgaben des Lohntarifvertrages vom 3. Juni 2021 für die Bewachung einer Flüchtlingsunterkunft anzubieten, dürfte durch die 4. Bewerberinformation vom 11. August 2021 sowie die Änderungsvergabebekanntmachung vom 16. August 2021 („Berichtigung Bekanntmachung über Änderungen oder zusätzliche Angaben“ nicht hinreichend beseitigt worden sein.

119 Zwar ist hierdurch die Verpflichtung der Bieter, mit dem Angebot eine Erklärung einzureichen, nach welchem Tarifvertrag die eingesetzten Kräfte monatlich, termingerecht und vollständig entlohnt werden entfallen. Die Antragsgegnerin hat sich allerdings nicht hinreichend deutlich - im Wege eines actus contrarius - von der missverständlichen Antwort auf die Bieterfrage 3 distanziert, so dass eine Fortwirkung des Transparenzverstosses nicht ausgeschlossen worden ist. Zur Herstellung von Transparenz der Vergabeunterlagen dürfte es auf Seiten der Antragsgegnerin geboten gewesen sein, auch die missverständliche und rechtlich unzutreffende Antwort in der 2. Bewerberinformation vom 4. August 2021 auf die Bieterfrage 3, dass bei Anbieter aus S. der Lohntarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in S. vom 3. Juni 2021 Anwendung finde und sich jeder Bieter nach dem bei ihm geltenden Tarifvertrag richten müsse, ausdrücklich als gegenstandslos zu bezeichnen.

120 bb) Eine derartige Intransparenz der Vergabeunterlagen dürfte sich entgegen der Annahme der Vergabekammer zulasten der Antragstellerin ausgewirkt haben:

- 121 (1) Die Antragstellerin hat nach der vorgelegten Kalkulation in ihrem Angebot den nach dem Lohntarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in S. ab dem 1. Juli 2021 geltenden Stundengrundlohn für Sicherheitsmitarbeiter zum Schutz von Flüchtlingsunterkünften von € 11,12 sowie einen Zuschlag von € 0,15 je Arbeitsstunde für die Jahressonderzahlung berechnet. Das wäre der zu zahlende Lohn, falls der Tarifvertrag vom 3. Juni 2021 Anwendung fände und es sich um eine Flüchtlingsunterkunft handelte.
- 122 (2) Die Antragstellerin, deren Unternehmenssitz sich in H. befindet und die in K. ein Büro unterhält, hat in ihrem Angebot nicht die Erklärung abgegeben, für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung an einen Lohntarifvertrag gebunden zu sein. Die Antragstellerin hat ferner in der sofortigen Beschwerde - bisher unwidersprochen und unwiderlegt - vorgetragen, im Hinblick auf den verfahrensgegenständlichen Auftrag - mit Ausnahme des Zuschlags für die Jahressonderzahlung aufgrund der Nachwirkung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages - nicht tarifgebunden zu sein. Bei einem hinreichend transparenten Vorgehen der Vergabestelle hätte die Antragstellerin nach ihrem bisher unbestrittenen und unwiderlegten Vorbringen in der Beschwerdebegründung auf der Basis des Vergabemindestlohns nach § 4 VGSH von € 9,99 zzgl. einer Umlage von € 0,15 je Arbeitsstunde für die Jahressonderzahlung nach § 6 Ziffer 2 des mit Wirkung zum 8. Juli 2014 für das Bundesland S. für allgemeinverbindlich erklärten (BANZ AT 31.07.2014 B11) Manteltarifvertrages Wach- und Sicherheitsgewerbe S. vom 29. Januar 2014 kalkulieren und so erheblich preisgünstiger anbieten können.
- 123 (3) Es ist hiernach durchaus möglich, dass die Antragstellerin dann die günstigste Bietlerin gewesen wäre.
- 124 cc) Rechte der Antragstellerin verletzende Auswirkungen des etwaigen Transparenzverstößes dürften sich nur durch eine Rückversetzung des Verfahrens in das Stadium vor Abgabe der Angebote beseitigen lassen.