

Bundeskartellamt
29.5.2008
VK 2 - 58/08

Die Mitgliedschaft/Nichtmitgliedschaft in einem tarifschließenden Verband (hier BDWS) kann kein Wertungskriterium sein. Durch ein solches Kriterium würde die in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit der Bieter beeinträchtigt. (Leitsatz der Redaktion)

In dem Nachprüfungsverfahren...

wegen der Vergabe "Sicherheitsdienstleistungen, Bewachung des Dienstgebäudes der Zentrale des ... in ..., Offenes Verfahren ... vom ..., Geschäftszeichen: ..."

hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Reh, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Sturhahn und den ehrenamtlichen Beisitzer Erichsen auf die mündliche Verhandlung vom 20. Mai 2008 am 29. Mai 2008 beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht das Verfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zumindest ab der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt der Antragsgegner.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war erforderlich.

Gründe

A.

Der Antragsgegner (Ag) hat die Vergabe "Sicherheitsdienstleistungen, Bewachung des Dienstgebäudes der Zentrale des ... in ..., Offenes Verfahren ... vom ..., Geschäftszeichen: ..." europaweit im Rahmen eines Offenen Verfahrens ausgeschrieben. Das zu bewachende Gelände beherbergt das ... Rechenzentrum, das gemeinsam vom Ag und dem Geophysikalischen Beratungsdienst der Bundeswehr genutzt wird. Das Rechenzentrum des Geophysikalischen Beratungsdienstes der Bundeswehr nimmt einen separaten Gebäudetrakt ein, zu dem das Bewachungspersonal, das aufgrund des ausgeschriebenen Auftrages zum Einsatz kommen soll, keinen Zugang haben wird. Forderungen nach einer Sicherheitsüberprüfung des Bewachungspersonals sind weder vom Ag noch von der Bundeswehr aufgestellt worden.

In der am 29. Januar 2008 zur Veröffentlichung versandten Bekanntmachung sind keine Teilnahmebedingungen aufgestellt worden. Hinsichtlich der Zuschlagskriterien verweist die Bekanntmachung auf die Verdingungsunterlagen. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe wurden als Zuschlagskriterien angekreuzt:

"X Preis X siehe Verdingungsunterlagen (Anlage A)".

In dieser Anlage A heißt es unter "Sonstiges":

"Der Zuschlag erfolgt auf das unter Berücksichtigung aller im LV geforderten Kriterien sowie des Preises wirtschaftlichste Angebot."

Im Leistungsverzeichnis wird zunächst Bezug auf die DIN 77200 (Norm für Sicherheitsdienstleistungen) Bezug genommen. Sodann wird der Leistungsgegenstand beschrieben. Unter der Rubrik "Voraussetzungen des Bieters" fordert der Ag u.a., der Auftragnehmer müsse über eine Niederlassung im Umkreis von 50 km um das zu bewachende Gebäude und eine vom Verband Deutscher Sachversicherer (VDS) anerkannte Notrufzentrale verfügen. Da größter Wert auf die Zuverlässigkeit des Bewachungsdienstes gelegt werde, müssten alle zum Einsatz kommenden Mitarbeiter gemäß Verordnung für das Bewachungsgewerbe behördlich überprüft sein. Hierzu genüge eine Erklärung des Bewachungsinstituts. Unter "Voraussetzungen Personal" wird u.a. vorausgesetzt, dass nur qualifiziertes Personal (mindestens Qualitäts-Stufe A gemäß DIN 77200) zum Einsatz kommt, das zudem eine arbeitsplatzorientierte Basisschulung nach den Richtlinien des Bundesverbandes Deutscher Bewachungsunternehmen erfolgreich absolviert hat. Zudem fordert der Ag zahlreiche Angaben seitens des Unternehmens:

"Firmenvorstellung

- Angaben bzgl. der Niederlassung (siehe Anlage B, Angebotsblatt). Im Falle, dass der Bieter in die engeren Wahl kommt, wird die Niederlassung vom Auftraggeber besichtigt.
- Alle branchenüblichen Angaben und Vertragsbedingungen (z. B. Haftungsumfang) Der Nachweis über eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherungsdeckung ist zu erbringen.
- Referenzlisten mit Nennung des Auftragsumfangs und des Ansprechpartners (Telefonnr.)
- Zahlung von tarifvertraglichen Mindestlöhnen (siehe Anlage B, Angebotsblatt).
- Ob eine Zertifizierung nach DIN ISO 9001 gegeben ist. Es ist anzugeben, ob die Zertifizierung ebenfalls für die Niederlassung gilt, welche für das zu bewachende Objekt zuständig ist. Im Falle der Zertifizierung ist ein aktuelles Zertifikat vorzulegen.
- Ob der Bieter über eine Notrufzentrale verfügt (siehe Anlage B, Angebotsblatt). Weiterhin ist anzugeben, ob es sich um eine eigene Notrufzentrale handelt.
- Die Organisationsstruktur, Maßnahmen des Bieters zur Sicherung der Qualität sowie die technische Ausrüstung des Bieters sind darzulegen.
- Die Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen (Zahlung von Steuern und Sozialabgaben) ist durch den Bieter nachzuweisen.
- Vorlage der Gewerbeerlaubnis sowie eines Handelsregisterauszuges
- Nachweis, dass über das Vermögen des Bieters weder ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren eröffnet noch dessen Eröffnung beantragt wurde.
- Sollen bei der Erbringung der Dienstleistung Unterauftragnehmer eingesetzt werden, so bedarf dies der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers. Der/Die Unterauftragnehmer sind bereits im Angebot zu benennen (Vordruck ist beigelegt). Alle im Leistungsverzeichnis geforderten Angaben müssen auch in bezug auf den/die Unterauftragnehmer gemacht werden. (...)."

In der Anlage B (Angebotsblatt) war unter Ziff. I. vom Bieter ein monatlicher Pauschalpreis für die im Leistungsverzeichnis definierte Bewachungsleistung anzugeben. Unter Ziff. II. wurden sodann Preise für zusätzliche Dienstleistungen (Stellung von Wachpersonal; Alarmverfolgung; Nacht-, Sonntags- und Feiertagszuschläge für diese Leistungen; Stellung von Aushilfspersonal für die Poststelle) abgefragt. Unter Ziff. IV waren Angaben zu folgenden "Ausschlusskriterien" zu machen:

"a.) Besteht eine Mitgliedschaft im Bundesverband Deutscher Wach- und Sicherheitsunternehmen (BDWS)?

Ja (Beleg beigelegt) Nein

b.) Werden die am Erfüllungsort (Offenbach am Main) geltenden tarifvertraglichen Mindestlöhne gezahlt?

Ja Nein

c.) Verfügt der Bieter über eine Niederlassung im Umkreis von 50 km um das zu bewachende Gebäude (...)?

Ja Nein

Bei Beantwortung mit "Ja" ist die Niederlassung unter Angabe der Adresse, der Mitarbeiterzahl, der technischen Ausstattung sowie des Ansprechpartners im Angebot zu benennen.

d.) Verfügt der Bieter über eine Notrufzentrale, welche vom Verband Deutscher Sachversicherer (VDS) anerkannt ist?

Ja (Beleg beifügen) Nein ."

Die Angebotsfrist endete am 14. März 2008. Als preislich günstigstes Angebot auf der Grundlage des monatlichen Pauschalpreises wertete der Ag zunächst das Angebot der S. Im Wertungsvermerk war hierzu festgehalten, die angegebene Reihenfolge der Bieter berücksichtige nur den Pauschalpreis. Sollte vermehrt zusätzliches Wachpersonal bzw. Personal für Poststelle oder Telefonvermittlung benötigt werden, vergrößere sich der Preisvorteil der S noch weiter.

Nachdem entsprechende Mitteilungen nach § 13 VgV versandt worden waren, rügten zwei Bieter die beabsichtigte Vergabeentscheidung mit der Begründung, die S sei nicht Mitglied im Bundesverband Deutscher Wach- und Sicherheitsunternehmen (BDWS). Die Nachforschungen des Ag ergaben, dass dies zutrifft. Gleichwohl hatte die S bei den abgefragten Ausschlusskriterien angekreuzt, Mitglied des BDWS - dieser ist zugleich wirtschaftlicher Interessen- als auch tarifvertragsschließender Arbeitgeberverband - zu sein. Der Ag schloss daraufhin das Angebot der S von der Wertung aus und teilte den Bietern mit Schreiben vom 9. April 2008 gemäß § 13 VgV mit, dass er nunmehr beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Die S rügte durch Schreiben ihres Geschäftsführers M vom 10., 14. und 21. April 2008 erfolglos den Ausschluss ihres Angebotes, teilte aber zugleich mit, einen Nachprüfungsantrag nicht stellen zu wollen.

Mit Schreiben vom 21. April 2008 rügte die G, die sich an der Ausschreibung nicht beteiligt hatte, das Zulassungskriterium der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband BDWS; ihr Rügeschreiben wurde von einem Faxgerät mit der Kennung "S versandt". Ebenfalls am 21. April 2008 rügte die ASt, die sich gleichfalls nicht an der Ausschreibung beteiligt hatte und nicht Mitglied des BDWS ist, das Ausschlusskriterium der BDWS-Mitgliedschaft mit der Begründung, es bewirke eine unzulässige Beschränkung des Bieterkreises. Die ASt habe sich an der Ausschreibung nicht beteiligt, weil sie dem BDWS nicht angehöre, aber am 21. April 2008 aufgrund eines Hinweises ihres anwaltlichen Beraters erfahren, dass bei EU-weiten öffentlichen Ausschreibungen die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband nicht zur Voraussetzung für den Bieter gemacht werden dürfe. Die Ausschreibung müsse daher wiederholt werden. Ihr Rügeschreiben versandte die ASt von einem Fax-Gerät der Fa. A. Geschäftsführerin der A ist mit Frau F, geb. M, ein Mitglied der Familie M.

Noch am selben Tage wies der Ag die Rüge zurück. Die ASt werde nicht als Teilnehmer am bisherigen Ausschreibungsverfahren angesehen, da sie die Verdingungsunterlagen nicht angefordert habe und daher auch eine Antragsbefugnis nach § 107 GWB nicht gegeben sei.

Mit Schreiben vom 23. April 2008, eingegangen bei der Vergabekammer am selben Tage, hat die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Die Vergabekammer hat dem Ag den Nachprüfungsantrag am 24. April 2008 zugestellt.

Die ASt legt in ihrem Nachprüfungsantrag ergänzend zu ihrem Rügevorbringen dar, sie habe von einem Mitbewerber von der Ausschreibung erfahren. Das Erfordernis einer Niederlassung im Um-

kreis von 50 km um das zu bewachende Objekt hätte sie binnen weniger Tage erfüllen können. Ihre Antragsbefugnis könne nicht mit Blick auf die fehlende Abgabe eines Angebots verneint werden, denn ursächlich hierfür sei die diskriminierende Forderung nach der Mitgliedschaft im BDWS gewesen, deren Rechtswidrigkeit der ASt erst nachträglich deutlich geworden sei. In ihren weiteren Schriftsätzen bestreitet die ASt u.a., dass es eine sachliche Rechtfertigung für die Forderung nach der BDWS-Mitgliedschaft gebe. In Reaktion auf Hinweise des Ag, die sie, die ASt, in einen Zusammenhang mit der S bringen, betont die ASt ferner, weder mit der S noch mit der A gesellschaftsrechtlich verbunden zu sein. Von der Ausschreibung habe sie am 7. März 2008 durch einen Mitbewerber erfahren, der auch die Forderung nach der BDWS-Mitgliedschaft erwähnt habe. Die ASt habe daraufhin bei der O, von der sie bei Ausschreibungen beraten werde, nachgefragt, ob diese Information zutrefte. Die O habe recherchiert und die betreffenden Angaben bestätigt. Nach Aufforderung durch die Vergabekammer präzisierte die ASt mit nachgelassenem Schriftsatz vom 21. Mai 2008, der Mitbewerber, der die Ausschreibung des AG erwähnt habe, sei die Fa. S gewesen. Eine gesellschaftsrechtliche Verknüpfung der ASt mit der Fa. S bestehe nicht. Mitglieder der Familie M seien - entgegen einer irrtümlichen Information im Schriftsatz vom 19. Mai 2008 - nicht bei der ASt tätig.

Hinsichtlich der Unzulässigkeit der Forderung nach einer Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband verweist die ASt auf die Entscheidung des EuGH zu geforderten Tariftreueerklärungen vom 3. April 2008 - Rs. C 346/06. Mit der Forderung nach einer Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband wolle der Ag offenbar die verlangte Tariftreueerklärung zusätzlich absichern, was den Grundätzen des EuGH-Urteils zuwiderlaufe. In der mündlichen Verhandlung hat die Verfahrensbevollmächtigte der ASt zudem die Unklarheit des Zuschlagskriteriums Preis, insbesondere hinsichtlich dessen möglicher Unterteilung in Unterkriterien und bezüglich deren Gewichtung, gerügt. Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 21. Mai 2008 hat die Verfahrensbevollmächtigte der ASt nähere Angaben zum Unternehmen der ASt gemacht.

Die ASt beantragt sinngemäß,

den Ag anzuweisen, die Ausschreibung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Der Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Nach Auffassung des Ag hat die ASt kein Interesse am Auftrag. Dies werde durch den Umstand belegt, dass sie die Verdingungsunterlagen nicht angefordert habe, obwohl in der Vergabebekanntmachung die Forderung nach einer Mitgliedschaft im BDWS noch überhaupt nicht enthalten gewesen sei. Es widerspreche der Erfahrung, dass sich Konkurrenten über solche Ausschreibungen informierten. Der Ag vermutet vielmehr, dass die ASt erst nach dem Ausschluss der S von der Ausschreibung informiert worden sei und nunmehr zu deren Gunsten handle, ohne ein eigenes Interesse am Auftrag zu haben. Der Ag nimmt ferner an, dass die ASt zeitgleich mit der S - spätestens am 8. April 2008 - und nicht erst am 21. April 2008 Kenntnis von der angeblichen Unzulässigkeit des Zuschlagskriteriums erlangt habe. Der Ag hält es im Übrigen für ausgeschlossen, dass die ASt in der Lage gewesen wäre, rechtzeitig nach behaupteter Kenntnisnahme von der Ausschreibung am 7. März 2008 bis zum Ende der Angebotsfrist am 14. März 2008 eine Niederlassung im Raum ... zu begründen. Die ASt habe auch nicht dargetan, dass sie die übrigen Kriterien des Leistungsverzeichnisses erfüllen könne. Die Forderung nach einer Mitgliedschaft im BDWS sei gerechtfertigt, da diese eine besondere Zuverlässigkeit und die Einhaltung von Standards erwarten lasse. Das Kriterium sei diskriminierungsfrei, weil ein Großteil der Wachunternehmen ohnehin über die Mitgliedschaft in dem Verband verfüge und insofern der Bieterkreis nicht wesentlich eingeschränkt werde.

Mit Beschluss vom 9. Mai 2008 ist die Bg zu dem Nachprüfungsverfahren hinzugezogen worden. Sie hat weder Anträge gestellt noch Schriftsätze verfasst oder in der mündlichen Verhandlung zur Sache Stellung genommen.

Die Beteiligten hatten Gelegenheit, ihre Standpunkte in der mündlichen Verhandlung am 20. Mai 2008 zu erläutern.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die von der Ag übermittelten Vergabeakten wird ergänzend Bezug genommen.

B.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

I. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1. Die Zuständigkeit der Vergabekammer ist nach § 104 Abs. 1 GWB eröffnet, da der ausgeschriebene Auftrag dem Bund gemäß § 98 Nr. 2 GWB zuzurechnen ist. Der Nachprüfungsantrag ist auch statthaft, da die für Liefer- und Dienstleistungsaufträge einschlägigen Schwellenwerte überschritten werden. Der Auftrag unterfällt zudem nicht dem - von Amts wegen zu prüfenden - Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 Buchst. d, 2. Var. GWB. Eine Sicherheitsüberprüfung nach dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG), die eine besondere Sicherheitsmaßnahme im Sinne jener Vorschrift darstellte, ist weder gefordert worden noch objektiv erforderlich. Es kann insoweit dahinstehen, ob die militärische Bedeutung der ...daten für die Bundeswehr, die im militärischen Teil des Rechenzentrum verarbeitet werden, es rechtfertigen, das Rechenzentrum als verteidigungswichtige Einrichtung gemäß § 1 Abs. 5 S. 2 SÜG einzustufen. Denn das Wachpersonal hat - wie der Ag in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat - keinen Zugang zum militärischen Teil des Rechenzentrums. Es ist daher nicht an einer sicherheitsempfindlichen Stelle innerhalb der Einrichtung tätig, § 1 Abs. 5 S. 3 SÜG, und übt deshalb keine sicherheitsempfindliche Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 4 SÜG aus.

2. Der ASt fehlt es entgegen der Auffassung des Ag auch nicht an der erforderlichen Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB.

a) Die ASt hat ihr Interesse am Auftrag zwar nicht durch Abgabe eines Angebotes bekundet, jedoch dargelegt, dass sie gerade durch den gerügten Vergabefehler - die Aufnahme eines von der ASt nicht erfüllten Ausschlusskriteriums - von der Anforderung der Verdingungsunterlagen und der Abgabe eines Angebotes abgehalten worden sei. Liegt ein solcher Fall vor, kann der ASt der Zugang zum Nachprüfungsverfahren grundsätzlich nicht mit der Begründung verweigert werden, dass sie kein Angebot abgegeben hat.

Die Einwände des Ag richten sich demgemäss nicht generell gegen die Annahme, dass ein Interesse am Auftrag zu bejahen sein kann, wenn die Abgabe eines Angebots durch unzulässige Ausschreibungsbedingungen unzumutbar gemacht worden ist. Er hegt vielmehr im vorliegenden Fall - wie seine Vertreter auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung bestätigt haben - die Vermutung, dass die ASt auch dann, wenn das Kriterium der BDWS-Mitgliedschaft nicht aufgestellt worden wäre, kein Angebot abgegeben hätte, sondern das Nachprüfungsverfahren - gleichsam in der Funktion eines "Strohmannes" - lediglich im Interesse der Fa. S betreibe. Der Ag stützt diese Vermutung zum einen darauf, dass die Ausschlusskriterien in der Bekanntmachung nicht genannt worden waren und insoweit seiner Ansicht nach auch kein Hindernis für die Anforderung der Verdingungsunterlagen bilden konnten. Zum anderen behauptet der Ag geschäftliche und personelle Verflechtungen der ASt mit der Fa. S. Schließlich bezweifelt er, dass die ASt vom Zuschnitt ihres Unternehmens her den Auftrag überhaupt erfüllen könne, und schließt hieraus auf ein fehlendes eigenes Interesse der ASt am Auftrag.

Dem ersten Argument ist die ASt mit dem Hinweis entgegengetreten, sie sei seitens der S von der Ausschreibung und dem Ausschlusskriterium informiert worden und habe dies durch die Nachfrage bei dem Beratungsunternehmen O verifiziert. Gerade wenn es sich bei der S und der ASt um Unternehmen handelt, die miteinander einen engeren Kontakt pflegen, erscheint diese Darstellung nachvollziehbar. Dass es möglicherweise näher gelegen hätte, sich statt bei der Fa. O durch einen Anruf beim Ag über die Sachlage zu unterrichten, widerlegt nicht die Angaben der ASt. Hinsichtlich des zweiten Argumentes hat die ASt das Bestehen gesellschaftsrechtlicher oder personeller Verflechtungen mit der S ausdrücklich bestritten und ihre Angaben mit einem Handelsregisterauszug belegt. Der Ag hat seine Vermutung hingegen nicht näher substantiiert. Was die Zweifel an der Eignung der ASt angeht, so hat diese in ihrem nachgelassenen Schriftsatz aufgezeigt, dass sie durchaus in der Lage wäre, die nicht gerügten Anforderungen der Ausschreibung zu erfüllen. Angesichts dessen steht es nicht zur Überzeugung der Vergabekammer fest, dass die ASt nicht im eigenen, sondern im Interesse der S agiert. Da das fremdnütziges Betreiben eines Nachprüfungsverfahrens einen Ausnahmefall darstellt, liegt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines solchen Sonderfalles beim Ag, der ihr indessen nicht genügt hat. Sein Vortrag war - insbesondere angesichts der von der ASt abgegebenen Erklärungen - auch nicht geeignet, eine Beweislastumkehr zu begründen.

b) Die Möglichkeit, dass der ASt durch die behaupteten Vergabefehler ein Schaden entstanden sein könnte, ist ebenfalls nicht zu verneinen. Vielmehr erscheint es angesichts der Darlegungen der ASt in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 21. Mai 2008 nicht ausgeschlossen, dass sie über die erforderliche Eignung für den Auftrag verfügt und in der Lage ist, vergaberechtskonformen Anforderungen des Ag zu genügen. Zuschlagschancen im Rahmen der von der ASt angestrebten Neuausschreibung des Auftrages sind ihr somit nicht von vornherein abzusprechen, vielmehr wird sie Gelegenheit haben, ihre Eignung im einzelnen anhand der bekannt zu machenden Kriterien darzutun. Der vom Ag sodann vorzunehmenden Eignungsprüfung kann an dieser Stelle nicht vorgegriffen werden.

3. Die ASt hat ihrer Rügeobliegenheit durch ihr Rügeschreiben vom 21. April 2008 genügt. Nach ihrem eigenen Vortrag hat sie erst an jenem Tag durch die Fa. O von der Rechtswidrigkeit des von ihr beanstandeten Ausschlusskriteriums erfahren. Die spekulative Annahme der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Ag, die ASt sei bereits geraume Zeit zuvor durch die S davon informiert worden, dass die Verbandsmitgliedschaft nicht gefordert werden dürfe, ist nicht geeignet, diesen Vortrag der ASt zu widerlegen. Soweit von der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung die Frage an den Ag gerichtet worden ist, in welchem Umfang die im Angebotsblatt abgefragten Preise für zusätzliche Dienstleistungen bei der Wertung berücksichtigt worden sind, gab erst dies der ASt Veranlassung, eine mögliche Unklarheit des Zuschlagskriteriums Preis zu beanstanden. Eine Verletzung der nur außerhalb des Nachprüfungsverfahrens bestehenden Rügeobliegenheit kommt diesbezüglich nicht in Betracht.

II.

Der Nachprüfungsantrag erweist sich zudem als begründet. Die Ag hat jedenfalls mit ihrer Forderung nach einer Mitgliedschaft der Bieter im Verband BDWS ein unzulässiges Ausschlusskriterium aufgestellt.

1. Die Forderung nach einer Mitgliedschaft des Bieters im BDWS ist sachlich nicht gerechtfertigt und verstößt gegen höherrangiges Recht.

a) Der Ag verbindet mit der Mitgliedschaft die Erwartung eines hohen Grades an Zuverlässigkeit und Seriosität, da der BDWS - wie in der mündlichen Verhandlung seitens der Ag betont wurde - darauf achte, nur zuverlässige Unternehmen aufzunehmen und keine "schwarzen Schafe" in seinen Reihen zu haben. Der Ag lässt dabei indes außer acht, dass das Ausschlusskriterium der BDWS-Mitgliedschaft die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit der Bieter beeinträchtigt, da an die Weigerung, dem tarifschließenden Verband BDWS beizutreten, die negative Folge geknüpft wird, dass der Bieter keine Möglichkeit hat, den Auftrag zu erhalten. Dies stellt - wie auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zu Tariftreueforderungen (vgl.

BVerfG, Beschl. v. 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00, Rz. 64 ff.) nicht bezweifelt werden kann - die Ausübung eines erheblichen Drucks dar, dem Verband beizutreten.

Eine sachliche Rechtfertigung für diesen Eingriff besteht nicht, da die Zuverlässigkeit eines Bieters ohne weiteres auch anderweitig überprüft werden kann. Der Ag selbst hat dies nicht zuletzt dadurch belegt, dass er in den Verdingungsunterlagen zahlreiche Angaben und Nachweise gefordert hat, die ihm eine entsprechende Einschätzung ermöglichen. Inwieweit etwaige Anforderungen des BDWS über das hinausgehen sollten, was der Ag an Eignungsnachweisen verlangt hat oder zulässigerweise verlangen könnte - z.B. einen Auszug aus dem Gewerbezentralregister -, haben die Vertreter des Ag auch auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung nicht darlegen können. Insbesondere erscheint nicht plausibel, dass es angesichts der bestehenden gewerberechtlichen Voraussetzungen, denen Sicherheitsunternehmen genügen müssen, der Möglichkeit, Referenzen zu überprüfen, und der detaillierten Anforderungen, die an das Niveau der Kenntnisse der einzusetzenden Mitarbeiter gestellt werden können, der Verbandsmitgliedschaft bedürfen sollte, um die Zuverlässigkeit und Fachkunde eines Bieters zu belegen. Die Forderung nach der Mitgliedschaft im BDWS ist deshalb nicht erforderlich und schränkt die negative Koalitionsfreiheit unverhältnismäßig ein. Sie bewirkt zudem eine nicht gerechtfertigte Einschränkung des Bieterkreises und verstößt daher auch gegen den Wettbewerbsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot, § 97 Abs. 1, 2 GWB.

b) Darüber hinaus bewirkt die geforderte Mitgliedschaft im BDWS eine umfassende Tarifbindung des Bieters, die weit über das mit dem Verlangen nach Tariftreueerklärungen angestrebte Maß hinausgeht. Die europarechtliche Unzulässigkeit solcher Tariftreueforderungen, die sich auf nicht für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge beziehen (vgl. EuGH, Urt. v. 3. April 2008 - Rs. C 346/06; zur Unzulässigkeit nach nationalem Vergaberecht vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5. Mai 2008 - VII-Verg 5/08 unter II 3 a), gilt daher erst recht auch für das weitergehende Verlangen nach einem Verbandseintritt. Dass der hier in Rede stehende Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden wäre, hat der Ag nicht behauptet. Auch in diesem Fall wäre die Forderung nach einer Tariftreueerklärung und erst recht nach einer Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband indes vergaberechtlich nicht ohne weiteres zulässig (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Aus dem Vorstehenden ergibt sich im Übrigen, dass auch die - von der ASt nicht ausdrücklich angegriffene Forderung des Ag nach einer Tariftreueerklärung jedenfalls dann unzulässig ist, wenn der Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden ist.

c) Der vorliegende Vergabefehler macht es, sofern der Ag an seiner Vergabeabsicht festhalten sollte, erforderlich, das Vergabeverfahren zumindest ab dem Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zu wiederholen. Sollte der Ag sich hierauf beschränken wollen, so wird er jedenfalls auch diejenigen Bieter zur Angebotsabgabe auffordern müssen, die erklärtermaßen wegen der aufgestellten unzulässigen Bedingungen keine Verdingungsunterlagen angefordert haben. Zudem hätte er allerdings zu beachten, dass - worauf die Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat - gemäß § 7 a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A die von den Bietern vorzulegenden Eignungsnachweise bereits in der Bekanntmachung anzugeben sind; in den Verdingungsunterlagen kann lediglich noch eine Konkretisierung erfolgen. Da in der Bekanntmachung keinerlei Eignungsnachweise gefordert worden sind und insoweit auch noch nicht einmal eine - möglicherweise unzureichende - pauschale Verweisung auf die Verdingungsunterlagen stattgefunden hat, müsste der Ag daher zur Vermeidung möglicher Rügen auf die erst in den Verdingungsunterlagen genannten Eignungskriterien verzichten, was seiner Absicht, die Zuverlässigkeit der Bieter eingehend zu überprüfen, entgegensteht und ebenfalls vergaberechtlich bedenklich wäre. Soweit der Ag seine Absicht weiter verfolgen möchte, eine genaue Eignungsprüfung durchzuführen, wird er daher das Vergabeverfahren bereits ab der Bekanntmachung zu wiederholen haben, was auch unter Wettbewerbsgesichtspunkten vorzugswürdig erscheint.

2. Was etwaige Unklarheiten hinsichtlich des Zuschlagskriteriums Preis, seiner Unterkriterien und deren Gewichtung angeht, so hat der Ag in der mündlichen Verhandlung angegeben, die Preise für die im Angebotsblatt unter II. abgefragten Zusatzleistungen nicht in der Wertung berücksichtigt zu

haben. Damit hätte es allein den Pauschalpreis als Zuschlagskriterium gegeben. Ob dies auch aus Bietersicht so zu verstehen war, erscheint der Vergabekammer, ohne dass dies noch einer abschließenden Entscheidung bedürfte, durchaus zweifelhaft. Der Ag wird daher bei der Wiederholung des Verfahrens auf eine unmissverständliche Formulierung des Zuschlagskriteriums Preis zu achten und, sofern er Unterkriterien berücksichtigen möchte, diese und ihre Gewichtung bekanntzugeben haben. Soll allein der Preis das Zuschlagskriterium bilden, so ist der - im vorliegenden Fall u.a. durch den Hinweis unter Ziff. 13.1 der Aufforderung zur Angebotsabgabe "siehe Verdingungsunterlagen (Anlage A)" erweckte - Eindruck zu vermeiden, es gebe darüber hinaus weitere Zuschlagskriterien.

Dem Nachprüfungsantrag war nach alledem wie erkannt stattzugeben.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1 und 2 und § 128 Abs. 4 GWB.

Die Bg in entsprechender Anwendung der §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO an den Verfahrensgebühren und den Auslagen der ASt zu beteiligen, kam nicht in Betracht. Denn die Bg hat weder Sachanträge gestellt noch durch Schriftsätze oder ihre Beteiligung an der mündlichen Verhandlung das Verfahren wesentlich gefördert (vgl. hierzu Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 5. August 2005 - Verg 31/05; vom 23. November 2004 - VII Verg 69/04; vom 17. Mai 2004 - Verg 12/03; vom 29. April 2003 - Verg 47/02). Sie hat damit kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und ist im Verhältnis zur ASt nicht als unterliegende Partei anzusehen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeit anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.