



# B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegner -

beigeladen:

[REDACTED]

Verfahrensbevollmächtigter:

[REDACTED]

wegen des Vergabeverfahrens "Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte"

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende Zeise, den hauptamtlichen Beisitzer Dr. Kern sowie die ehrenamtliche Beisitzerin Čujić-Koch auf die mündliche Verhandlung vom 05.07.2021 am 28.07.2021 beschlossen:

1. Das Vergabeverfahren wird in den Stand vor Angebotswertung zurückversetzt. Dem Antragsgegner wird aufgegeben, die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Der Antragsgegner und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) vor der Vergabekammer als Gesamtschuldner. Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Gebühren befreit.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin tragen der Antragsgegner und die Beigeladene je zur Hälfte. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.
5. Die Verfahrensgebühren werden auf [REDACTED] Euro festgesetzt.

## Gründe

### I.

Mit Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 04.09.2020 schrieb der Antragsgegner Sicherheitsdienstleistungen für Flüchtlingsunterkünfte in sieben Losen im offenen Verfahren aus. Es handelt sich bei den Leistungen um Dienstleistungen im Bereich der Sicherung und des Schutzes von Flüchtlingsunterkünften, durch Kontrollen bei Zu- und Ausgängen, Gewährleistungen des Brandschutzes sowie Überwachung sämtlicher Alarm- und Kontrollsysteme.

In der Bekanntmachung werden unter III.1.3) unter „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ die Eignungskriterien für Bieter aufgelistet und beschrieben. Unter Ziff. 2 heißt es:

*„Namentliche Benennung der Mitarbeiter, welche im Auftragsfall als Objektleitung verantwortlich sind (einschließlich Stellvertretung), mit Angaben: [...]; tabellarische Darstellung, beginnend ab dem Zeitpunkt des bestandenen Berufsabschlusses zur Fachkraft für Schutz und Sicherheit, zur geprüften Schutz- und Sicherheitskraft oder höherwertigen Abschlusses, in welchen Objekten und Zeiträumen (Angabe in Monaten [mindestens 24 Monate]) durchgehend diese Leitungsfunktion ausgeübt wurde; [...].“*

In den Vergabeunterlagen heißt es in dem Dokument „Eignungskriterien und Mindestanforderungen“ unter Ziffer 2. zu den Mindestanforderungen:

*„[...] - Berufsabschluss zur Fachkraft für Schutz und Sicherheit, zur geprüften Schutz- und Sicherheitskraft oder höherwertiger Abschluss gemäß § 8 Nr. 1 bis 3 BewachV [...].“*

Die Nachweise über die Qualifikation und Zuverlässigkeit der Objektleitung des Sicherheitsdienstleisters sollen ausweislich Punkt 2.2.1. der Leistungs- und Qualitätsbeschreibung, die dem Vertrag über die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen in den Unterkünften des Landes Berlin für Geflüchtete, Asylbegehrende und andere Personengruppen (Sicherheitsdienstleistungsvertrag) als Anlage 1 beiliegt, nach Vorgaben der DIN 77200-1:2017-11, Punkt 4.19.1. erfolgen; die Qualifikationen sind durch Vorlage entsprechender Nachweise vor Aufnahme der Tätigkeit zu belegen.

Dort heißt es:

*„Führungskräfte müssen den Nachweis einer abgeschlossenen Ausbildung zur Fachkraft für Schutz und Sicherheit oder geprüften Schutz- und Sicherheitskraft sowie zwei Jahre Berufserfahrung nach abgelegter Prüfung bzw. eine höherwertige Qualifikation nachweisen. Hiervon befreit sind Führungskräfte, welche zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Normteils mindestens eine Führungsfunktion bereits nachweislich für einen Zeitraum von mehr als drei Jahren bekleidet haben.“*

Im Laufe des Vergabeverfahrens hat ein Bieter am 10.09.2020 über die Vergabeplattform folgende Frage gestellt:

*„Zur Qualifikation des zu benennenden Objektleiters / der zu benennenden Objektleiterin und seines/ ihres Stellvertreters bzw. seiner/ihrer Stellvertreterin machen Sie In ihren Vergabeunterlagen unterschiedliche Angaben:*

*In den Eignungskriterien und Mindestanforderungen benennen Sie als Mindestanforderung des Objektleiters/der Objektleiterin und seines Stellvertreters/seiner Stellvertreterin: "Berufsabschluss zur Fachkraft für Schutz und Sicherheit, zur geprüften Schutz und Sicherheitskraft oder höherwertiger Abschluss gemäß § 8 Nr. 1 bis 3 BewachV.“ [...]*

*In Ihrer Anlage 1 zum SV Leistungs- und Qualitätsbeschreibung fordern Sie unter Punkt 2.2.1 für die Objektleitung: „Nachweise der Qualifikation für Führungskräfte entsprechend den Vorgaben der DIN 77200-1:2017-11, Punkt 4.19.1.“*

Die DIN 77200-1:2017-11, Punkt 4.19.1.:

*„...Führungskräfte müssen den Nachweis einer abgeschlossenen Ausbildung zur Fachkraft für Schutz und Sicherheit oder geprüften Schutz- und Sicherheitskraft sowie zwei Jahre Berufserfahrung nach abgelegter Prüfung bzw. eine höherwertige Qualifikation nachweisen. Hiervon befreit sind Führungskräfte, welche zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Normteils mindestens eine Führungsfunktion bereits nachweislich für einen Zeitraum von mehr als drei Jahren bekleidet haben.“*

*Ist hier die DIN 77200-1:2017-11 als Vorgabe zu verstehen oder ist Ihre Angabe in den Eignungskriterien und Mindestanforderungen zum Berufsabschluss zur Fachkraft für Schutz und Sicherheit höher zu bewerten?*

*Laut Norm wäre es möglich, eine Sicherheitskraft mit erfolgreich abgelegter Sachkundeprüfung und ausreichender Berufserfahrung als Führungskraft einzusetzen.*

*Sofern Sie diese Regelung der Norm nicht akzeptieren, bitten wir Sie um Mitteilung, ob auch eine Servicekraft für Schutz und Sicherheit als Objektleiter/in benannt werden kann.“*

Der Antragsgegner beantwortete diese Bieterfrage mit:

*„Ausschlaggebend sind die in der DIN 77200-2017-11 genannten Voraussetzungen. [...].“*

Die Antragstellerin reichte am 04.10.2020 über die Vergabeplattform ein Angebot u.a. für das Los 2 ein. Die Antragstellerin benannte einen Angestellten als stellvertretenden Mitarbeiter der Objektleitung. Sie fügte zum Nachweis seiner Eignung dessen Prüfungszeugnis über die am 09.01.2017 bestandene Abschlussprüfung zur Servicekraft für Schutz und Sicherheit bei.

Am 23.11.2020 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin über den Ausschluss ihres Angebotes für Los 2. Der Ausschluss wurde damit begründet, dass die Antragstellerin die zum Nachweis ihrer Eignung geforderten Unterlagen nicht beigebracht habe. Der Nachweis für den benannten stellvertretenden Objektleiter entspreche nicht den unter Punkt 4.19.1. festgelegten Anforderungen der DIN 77200-1:2017-11. Gemäß § 57 Abs. 1 VgV müsse das Angebot vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Die Antragstellerin rügte am 23.11.2020 die Ausschlussentscheidung des Antragsgegners hinsichtlich des Loses 2. In der Rüge führte sie aus, dass der Berufsabschluss des genannten Mitarbeiters als Servicekraft für Schutz und Sicherheit den Mindestanforderungen entspreche, da dieser Abschluss höherwertig als der als Mindestanforderung geforderte Abschluss sei.

Mit Schreiben vom 26.11.2020 erwiderte der Antragsgegner, dass er den Rügen nicht abhelfe. Die Rüge sei präkludiert. Die von der Antragstellerin gerügten Eignungskriterien und Mindestanforderungen seien in der Anlage zur Ausschreibung unter Ziffer II. 1.3.2 festgelegt. Die Antragstellerin habe weder eine Bieterfrage gestellt, noch sei sie ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen.

Weiterhin sei die Rüge auch unbegründet, weil die Mindestanforderungen gemäß § 122 Abs. 2 GWB, §§ 42 ff. VgV zulässig seien und die Bezugnahme auf die DIN erlaubt sei. Die Qualifikation des genannten stellvertretenden Objektleiters sei nicht ausreichend, da sie nicht gleichwertig mit dem geforderten Abschluss sei.

Am 30.11.2020 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 160 Abs. 1 GWB wegen des Ausschlusses ihres Angebots für Los 2 gestellt, der noch am selben Tag übermittelt wurde. Mit Beschluss vom 21.12.2020 hat die Kammer die Beiladung des für den Zuschlag zu Los 2 vorgesehenen Unternehmens ausgesprochen.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass der Ausschluss ihres Angebots vergaberechtswidrig sei. Ihr Angebot erfülle die Vorgaben des Antragsgegners in der Ausschreibung.

Aus Sicht der Antragstellerin sei aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen nicht erkennbar, dass die von ihr als höherwertig angenommene Qualifikation des als stellvertretender Objektleiter vorgesehenen Mitarbeiters nicht den Mindestanforderungen des Antragsgegners entspreche. Sie habe keinen Anlass dazu gesehen, die Anforderungen zu rügen. Erst mit Mitteilung der Nichtberücksichtigung ihres Angebots sei der Umstand erkennbar gewesen, da der Antragsgegner die für ihren Mitarbeiter vorgelegte Qualifikation als Servicekraft für Schutz und Sicherheit nicht als den Mindestanforderungen entsprechend angesehen habe.

Außerdem dürfe sich der Antragsgegner nicht darauf stützen, dass die Antragstellerin nicht alle erforderlichen Unterlagen beigebracht habe und den Ausschluss nicht damit begründen, dass der genannte Mitarbeiter als stellvertretender Objektleiter keine geprüfte Schutz- und Sicherheitskraft oder Fachkraft für Schutz und Sicherheit im Sinne der Anforderungen von DIN 77200-1:2017-11, Punkt 4.19.1, sei.

Die Antragstellerin führt weiterhin aus, dass der Mitarbeiter benannt worden sei, da er ausweislich des Anforderungsprofils des Antragsgegners den Anforderungen entspreche und seine Ausbildung als Servicekraft für Schutz und Sicherheit eine Qualifikation sei, die höherwertiger als der Abschluss zur geprüften Schutz- und Sicherheitskraft sei. Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass § 8 Nr. 1 BewachV aufsteigend Qualifikationen aufzähle. So sei eine Werkschutzfachkraft nach § 8 Nr. 1 lit. a) BewachV eine Fachkraft mit eingeschränkter Verwendungsmöglichkeit. Eine Schutz- und Sicherheitskraft nach § 8 Nr. 1 lit. b) BewachV sei ein Abschluss, der über Fortbildungs- oder Umschulungsprogramme zu erlangen sei. Es ergebe sich ein größerer Einsatzbereich für Mitarbeiter. Die Servicekraft für Schutz und Sicherheit sei demgegenüber ein Ausbildungsberuf, worin auch der maßgebliche Unterschied zu den vorangegangenen Qualifikationen liege. Dies bestätige eine entsprechende Übersicht des Bundesverbandes der Sicherheitswirtschaft über Ausbildung im Sicherheitsgewerbe.

Außerdem sei dem Entgelttarifvertrag für Sicherheitsleistungen in Berlin und Brandenburg zu entnehmen, dass die Servicekraft für Schutz und Sicherheit und die geprüfte Schutz- und Sicherheitskraft gleich zu entlohnen und damit als mindestens gleichwertig zu betrachten seien.

Im Laufe des Nachprüfungsverfahrens legte die Antragstellerin eine Auskunft über den Beschluss 132/2021 des Arbeitsausschusses NA 159-01-02 AA des DIN e. V. vom 13.04.2021 vor. Der Beschluss lautet:

*“Der Arbeitsausschuss NA 159-01-02 AA bestätigt, dass in Abschnitt 4.19.1 der DIN 77200-1:2017-11 ebenfalls die Servicekraft für Schutz und Sicherheit gemeint ist, ohne dass diese ausdrücklich genannt wird.“*

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

1. dem Antragsgegner aufzugeben, den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin zurückzunehmen und die Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebotes der Antragstellerin zu wiederholen, hilfsweise:  
dem Antragsgegner zu untersagen, das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen,
2. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Der Antragsgegner ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei wegen Verletzung der Rügeobliegenheit aufgrund § 160 Abs. 3 GWB unzulässig. Weiterhin führt er aus, dass die Mindestanforderungen rechtmäßig seien und es auf eine Vergleichbarkeit der Berufsabschlüsse oder eine vermeintliche Höherwertigkeit nicht ankomme. Es komme vielmehr darauf an, dass die Ausbildung zur Servicekraft für Schutz und Sicherheit nicht dem Berufsabschluss zur Fachkraft für Schutz und Sicherheit gleichwertig sei und daher nicht den Vorgaben der DIN-Norm entspreche. Die DIN gebe unter dem Punkt 4.19.1 für die Ausführungen von Leitungsaufgaben vor, dass für die Tätigkeit als Führungskraft mindestens zwei Jahre zuvor die Prüfung zur Fachkraft für Schutz und Sicherheit abgelegt worden sein müsse. Die von der Antragstellerin vorgebrachten Ausführungen zur Vergleichbarkeit lägen gerade nicht vor, da der Abschluss zur Fachkraft für Schutz und Sicherheit als Aufbaufortbildung von Servicekräften erworben werden könne. Dies führe dazu, dass eine Höherwertigkeit des Abschlusses ausgeschlossen sei.

Der Antragsgegner führt weiterhin aus, dass die Vorgabe nach BewachV gemäß § 4 BewachV den Zweck habe, im Bewachungsgewerbe sicherzustellen, dass Personen, die in dem Gewerbe eingesetzt würden, Mindestkenntnisse im Sinne von § 7 BewachV besäßen und als „unterrichtet“ und damit als hinreichend informiert anzusehen seien. Aus dem Gesetz ließe sich auch nicht entnehmen, dass § 8 BewachV ein Stufenverhältnis darstelle.

Sicherheitsmitarbeiter mit einer abgeschlossenen Prüfung zur geprüften Schutz- und Sicherheitskraft seien vielseitiger einsetzbar. Diese seien geeignet, auch Führungsaufgaben zu übernehmen, da neben Berufserfahrungen auch fachliche und außerfachliche Kompetenzen vorlägen, was bei der Servicekraft für Schutz und Sicherheit nicht der Fall sei. Somit könne die Servicekraft für Schutz und Sicherheit keine höherwertige Ausbildung sein. Der Antragsgegner beruft sich hierzu auf ein Gutachten der Hochschule für Wirtschaft und Recht.

Schließlich sei die DIN-Norm so zu verstehen, dass das Führungspersonal entweder eine Ausbildung als Fachkraft für Schutz und Sicherheit haben oder eine „Geprüfte Schutz- und Sicherheitskraft“ sein müsse und darüber hinaus mindestens 24 Monate Berufserfahrung nach abgelegter Prüfung vorliegen müssten. Als „höherwertige Qualifikation“ im Sinne der DIN sei nur eine Meisterprüfung oder ein Studium anzusehen. Demnach sei auch die Wertigkeit der Ausbildung als Servicekraft anhand des Wortlauts der DIN zu werte. Die Auslegung der BewachV spiele dabei keine Rolle.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären.

Die Beigeladene ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag aufgrund der Rügepräklusion in Form der fehlenden Reaktion der Antragstellerin auf die Bieterfrage vom 10.09.2020 unzulässig und das Angebot der Antragstellerin in Los 2 zu Recht gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Die Antragstellerin könne nicht nachweisen, dass sie die Mindestanforderungen im Hinblick auf die Eignung der stellvertretenden Objektleitung erfülle. Auch sei die Qualifikation „Servicekraft für Schutz und Sicherheit“, entgegen des Vorbringens der Antragstellerin, keine höherwertige Qualifikation als die Qualifikation „Geprüfte Schutz- und Sicherheitskraft“. Der vorgeschlagene Mitarbeiter verfüge nicht über die in der DIN 77200-1:2017-11, dort Punkt 4.19.1, verlangten Erfahrung. Diese sei auch der Bekanntmachung in Ziffer III.1.3, dort Ziffer 2, zu entnehmen. Entsprechend der DIN seien die Qualifikationen nur in bestimmter Hinsicht gleich. Dem genannten Mitarbeiter fehle es an einer dreijährigen Erfahrung in einer Führungsfunktion.

Weiterhin führt die Beigeladene aus, es komme auf die Vergleichbarkeit nicht an, da die in Los 2 gestellten Anforderungen maßgeblich seien, welche die Antragstellerin nicht erfülle. Eine höherwertige Qualifikation liege ebenfalls nicht vor, da sich aus den Zulassungsvoraussetzungen der beiden gegenständlichen Qualifikationen ergebe, dass die Zulassungsvoraussetzungen unterschiedlich seien. Damit fehle es dem Mitarbeiter der Antragstellerin an den erforderlichen Mindestanforderungen an die Qualifikation.

Die Beigeladene trägt vor, dass die EU-Bekanntmachung als Leitdokument des Vergabeverfahrens für die Einschätzung der Qualifikationsanforderungen maßgeblich sei. Es sei der DIN in der Fassung zum Zeitpunkt der Bekanntmachung auch nicht zu entnehmen, dass die Qualifikation Servicekraft für Schutz und Sicherheit eine höherwertige Qualifikation sei. Selbst die Einordnung von zwei bestimmten Qualifikationen auf ein und derselben Niveaustufe des Deutschen Qualifikationsrahmens für lebenslanges Lernen (DQR) bedeute nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nicht, dass es sich um gleichartige Abschlüsse handele. Ein solcher Rahmen sei nur ein Übersetzungsinstrument zwischen den verschiedenen Qualifikationssystemen und deren Niveaus in Europa.

Schließlich komme es, nach Ansicht der Beigeladenen, nicht auf die Aussagen des DIN-Ausschusses an, da zum Zeitpunkt der Bekanntmachung und dem Ablauf der Angebotsfrist diese Aussagen nicht vorgelegen hätten. Eine Rückwirkung von Regelungen und damit die ausdrückliche Änderung des verfahrensgegenständlichen DIN-Abschnittes, welcher seit April

2021 auch die Servicekraft umfasse, sei im Übrigen auch unzulässig und widerspreche den Anforderungen der gängigen Rechtsprechung zur Rückwirkung, welche diese nur im Ausnahmefall und unter engen Voraussetzungen, die vorliegend nicht gegeben seien, zulasse.

Die Antragstellerin hat den Antrag auf Gewährung von Akteneinsicht im Hinblick auf die zwischen den Beteiligten ausgetauschten Schriftsätze nicht aufrechterhalten. Mit Beschluss vom 05.05.2021 hat die Kammer der Beigeladenen Einsicht in die Vergabeakten des Antragsgegners gewährt.

Ergänzend wird auf die ausgetauschten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Verfahrensakte der Kammer dieses Verfahrens Bezug genommen.

In der mündlichen Verhandlung am 05.07.2021 hat die Kammer ausgeführt, dass sie die geforderten Qualifikationen der namentlich zu benennenden Mitarbeiter, welche im Auftragsfall als Objektleitung verantwortlich sind, nicht als zulässiges Eignungskriterium für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit ansehe. Sie wies darauf hin, dass, die für die Beurteilung der Eignung der bietenden Unternehmen in § 46 VgV genannten Kriterien abschließend seien und dass das vom Antragsgegner geforderte Kriterium nicht zu den Kriterien des § 46 VgV gehöre. Die Beteiligten erhielten Gelegenheit zur umfassenden Stellungnahme.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

A.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Insbesondere erfolgte die Rüge des Ausschlusses des Angebots für Los 2 rechtzeitig im Sinne des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Die Antragstellerin rügte den Ausschluss ihres Angebotes nach Erhalt des Informationsschreibens des Antragsgegners gemäß § 134 GWB. Über den Ausschluss des Angebots für Los 2 wurde sie mit Schreiben vom 23.11.2020 durch den Antragsgegner informiert, so dass die mit Schreiben vom selben Tag erhobene Rüge rechtzeitig erfolgte.

Die Rüge ist entgegen der Auffassung des Antragsgegners auch nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB unzulässig. Sie ist nicht präkludiert, da für die Antragstellerin weder aus der Bekanntmachung, noch den Vergabeunterlagen oder der Antwort auf die Bieterfrage vom 10.09.2020 erkennbar sein konnte, dass der von ihr für die stellvertretende Objektleitung benannte Mitarbeiter nicht über die von dem Antragsgegner erwartete Qualifikation verfügte. Für die Erkennbarkeit ist laut EuGH auf den Maßstab eines durchschnittlich fachkundigen Bieters abzustellen (EuGH, Urt. v. 12.3.2015 – [C-538/13](#) Rn. [54](#), [55](#), NZBau 2015, [306](#) –

eVigilo). Auf die ausdrückliche Bieterfrage vom 10.09.2020 nach der Anerkennungsfähigkeit einer Servicekraft für Schutz und Sicherheit als Objektleiter/in verwies der Antragsgegner auf die DIN-Norm. Diese enthielt aber gerade keine Aussage zu der Qualifikation einer Servicekraft für Schutz und Sicherheit. Da der Antragsgegner damit jedenfalls nicht hat erkennen lassen, dass die Servicekraft für Schutz und Sicherheit nicht die von ihm geforderte Qualifikation hat, musste ein durchschnittlich fachkundiger Bieter die Forderung nicht in einem anderen Sinne verstehen, als es die Antragstellerin tat. Hier hat die Antragstellerin die von dem Antragsgegner aufgestellte Mindestanforderung derart interpretiert, dass die Qualifikation der Sicherheitskraft für Schutz und Sicherheit, bezogen auf die Schutz- und Sicherheitskraft mit zwei Jahren Berufserfahrung nach abgelegter Prüfung, eine höherwertige Qualifikation darstellt. Auch diese Interpretation lässt sich mit dem Wortlaut der vom Antragsgegner in Bezug genommenen, maßgeblichen DIN-Norm begründen. Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsgegner eine andere Sichtweise vertreten könnte, hatte die Antragstellerin im Vergabeverfahren bis zum Erhalt des auf § 134 GWB gestützten Informationsschreibens nicht und hätte auch ein durchschnittlich fachkundiger Bieter nicht gehabt.

Für die entgegenstehende Auffassung des Antragsgegners hatte die Antragstellerin erst mit Erhalt des Absageschreibens Anhaltspunkte. Sie rügte entgegen der Ansicht des Antragsgegners daher keine Vorgabe in den Vergabeunterlagen, die sie vor Ablauf der Angebotsfrist hätte erkennen können.

2.

Im Übrigen bestehen an der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags keine Zweifel. Die Antragstellerin ist insbesondere im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt, denn sie hat ihr Interesse am streitgegenständlichen Auftrag durch die Abgabe eines Angebotes bekundet und einen ihr drohenden Schaden in ausreichendem Maße dargelegt.

B.

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Der Ausschluss des Angebotes verletzt die Antragstellerin in ihrem Recht darauf, dass die Bestimmungen des Vergabeverfahrens eingehalten werden, § 97 Abs. 6 GWB.

1.

Ob der von der Antragstellerin für die stellvertretende Objektleitung vorgesehene Mitarbeiter, der über einen Berufsabschluss als Servicekraft für Schutz und Sicherheit verfügt, die von der Antragsgegnerin geforderte Qualifikation erfüllt, kann letztlich dahinstehen. Denn bei dem in der Bekanntmachung unter Ziffer III.1.3 sowie in den Vergabeunterlagen unter Ziffer 2 in dem Dokument „Eignungskriterien und Mindestanforderungen“ genannten Kriterium handelt es sich nicht um ein zulässiges Eignungskriterium im Sinne von §§ 122 Abs. 2 GWB, 46 Abs. 3 VgV.

Damit kann der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin auch nicht darauf gestützt werden, dass die Antragstellerin ihre berufliche und technische Leistungsfähigkeit in diesem Punkt nicht nachgewiesen hat.

Nach § 122 GWB ist ein Unternehmen geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Eignungskriterien erfüllt. Die Eignungskriterien dürfen dabei ausschließlich Folgendes betreffen: die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit. Mittels der Eignungskriterien soll festgestellt werden, ob ein Unternehmen nach seiner personellen, finanziellen und technischen Ausrüstung in der Lage sein wird, den Auftrag auszuführen (VK Südbayern, Beschluss vom 22. Mai 2015 – Z3-3-3194-1-13-02/15 –, juris).

§ 46 VgV zählt abschließend die Belege auf, die zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit herangezogen werden können. Ein Auftraggeber darf von den Bewerbern weder andere als die in der genannten Vorschrift aufgeführten Nachweise zur Beurteilung der Eignung verlangen, noch hat ein Unternehmen die Möglichkeit, seine technische und berufliche Leistungsfähigkeit mit anderen als den zulässigerweise geforderten Beweismitteln zu belegen (Siehe Begr. zu § 46 VgV, BT-Drs. 18/7318, 203).

Die streitgegenständlichen Anforderung lässt sich nicht der abschließenden Aufzählung des § 46 Abs. 3 VgV entnehmen. Es wäre nach § 46 Abs. 3 Nr. 2 VgV zulässig, technische Fachkräfte benennen zu lassen, die im Zusammenhang mit der Ausführung des Auftrags eingesetzt werden sollen. Das Wort „technisch“ bezieht sich auf das Wort „Technik“, dabei handelt es sich nach dem Duden um die „Gesamtheit der Maßnahmen, Einrichtungen und Verfahren, die dazu dienen, die Erkenntnisse der Naturwissenschaften für den Menschen praktisch nutzbar zu machen“. Fachkräfte sind im weitesten Sinne solche, die eine über die allgemeine Schulbildung hinausgehende Ausbildung besitzen.

Laut Bekanntmachung musste u.a. der stellvertretende Objektleiter benannt werden, gefordert waren hierfür Ausbildungen aus dem Bereich der Bewachungs- und Sicherheitsdienste. Zwar handelt es sich dabei um Fachkräfte, allerdings um Dienstleistungen ohne jeden Bezug zum Einsatz von Technik und daher nach der obigen Definition nicht um technische Fachkräfte im Sinne des § 46 Abs. 3 Nr. 2 VgV. Auch der Antragsgegner gab in der mündlichen Verhandlung an, dass er in diesem Kriterium keinen Anwendungsfall von § 46 Abs. 3 Nr. 2 VgV sehe. Eine entsprechende Anwendung des Abs. 3 Nr. 2 auf jegliche Art von Fachkräften scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus.

Sofern nach § 46 Abs. 3 Nr. 6 VgV Ausbildungsnachweise oder Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung zur Beurteilung der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit gefordert werden können, beziehen sich diese auf die Inhaber und Führungskräfte des Unternehmens. Bei dem zu benennenden stellvertretenden Objektleiter handelt es sich

zwar um eine Führungsposition im Rahmen der Ausführung des Auftrags, aber nicht um eine Führungsposition des Unternehmens der Antragstellerin. Daher konnte die Angabe des für die Auftragsausführung vorgesehenen Personals auch nicht auf § 46 Abs. 3 Nr. 6 VgV gestützt werden. Die Angabe des für die Auftragsausführung vorgesehenen Personals und dessen Qualifikation sind demnach keine zulässigen Nachweise für den Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit.

2.

Nur ergänzend weist die Kammer darauf hin, dass auch bei einer – grundsätzlich zulässigen - Ausgestaltung als leistungsbezogenes Kriterium der Ausschluss der Antragstellerin mit der Begründung, der für die stellvertretende Objektleitung vorgesehene Mitarbeiter erfülle die Qualifikation nicht, vorliegend rechtswidrig wäre. Denn die Frage, ob die Berufsqualifikation als Servicekraft für Schutz und Sicherheit die vom Antragsgegner gewünschte Qualifikation darstellt, lässt sich nach dem Wortlaut der in Bezug genommenen DIN-Norm und den von den Beteiligten vorgebrachten Argumenten nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit beantworten.

Nach § 121 GWB hat die Leistungsbeschreibung so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu erfolgen, dass es allen Unternehmen möglich ist, sie im gleichen Sinne zu verstehen und damit vergleichbare Angebote abgeben zu können (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 – 13 Verg 7/18). Vergabeunterlagen müssen so gefasst sein, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter diese bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 12.9.2016 – 7 Verg 7/15).

Diesen Anforderungen wird die Formulierung des streitgegenständlichen Kriteriums nicht gerecht. Sowohl der Antragsgegner mit dem entsprechenden Verweis auf das Gutachten der Hochschule für Wirtschaft und Recht als auch die Antragstellerin mit dem Beschluss des für die Inhalte der DIN 77200-1:2017-11 zuständigen Fachausschusses sowie die von den Beteiligten eingebrachten verschiedenen Darstellungen des BDSW und der IHK München bieten voneinander abweichende Interpretationsmöglichkeiten für ihre jeweilige Sichtweise. In diesem Fall, in dem die Unklarheit auch nicht durch eine eindeutige Beantwortung der entsprechenden Bieterfrage beseitigt wurde, kann sich die fehlende Klarheit nicht zu Lasten der Bieter auswirken. Alle Bieter müssen ein gleiches Verständnis davon haben, welche Anforderungen zu erfüllen sind. Unklarheiten gehen zu Lasten der ausschreibenden Stelle (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.06.2004, VII - Verg 11/04).

3.

Das Vergabeverfahren ist in das Stadium vor Angebotswertung zurückzusetzen.

Gemäß § 168 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist, und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Der Kammer war es vorliegend nicht verwehrt, von Amts wegen zu prüfen, ob die Antragstellerin - unabhängig von deren Vortrag im Nachprüfungsantrag – durch die Ausgestaltung der Eignungsanforderungen in ihren Rechten verletzt wurde. Zwar ist die Kammer gemäß § 163 Abs. 1 Satz 3 GWB im Nachprüfungsverfahren nicht zu einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet. Wird der Nachprüfungsantrag für zulässig erachtet, prüft die Vergabekammer, ob ein Verstoß gegen bieterschützende Vorschriften zu Lasten der Antragstellerin vorliegt, und trifft gegebenenfalls Maßnahmen, die im Interesse des Antragstellers zur Wiederherstellung eines fairen Wettbewerbs geeignet und notwendig sind. Das schließt ein, Vergaberechtsverstöße auch ohne ausdrückliche Benennung durch die Antragstellerin aufzugreifen, wenn und soweit sie aufgrund des zur Prüfung gestellten Sachverhalts zutage treten und subjektive Rechte der Antragstellerin betroffen sind (OLG Dresden, Beschluss vom 29. Mai 2001 – WVerG 3/01 -, juris). Darüber hinaus ist es im Rahmen einer Rüge nicht erforderlich, dass der Bieter den gerügten Sachverhalt umfassend rechtlich einordnet. Es genügt, wenn er den Sachverhalt beschreibt, und diesen als möglicherweise vergaberechtswidrig einordnet und insoweit eine subjektive Rechtsverletzung und einen zumindest drohenden Schaden darlegt. Vorliegend hat die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebots wegen fehlender nachgewiesener Eignung auf Grund eines fehlenden Nachweises einer geforderten Ausbildung eines für die Auftragsdurchführung vorgesehenen Mitarbeiters angegriffen. Die Antragstellerin hat dabei nicht die Unzulässigkeit des Kriteriums gerügt, sondern ist von dessen Erfüllung ausgegangen. Sowohl nach Ansicht der Antragstellerin als auch nach Einordnung der Vergabekammer ergibt sich die Rechtswidrigkeit des Ausschlusses des Angebots der Antragstellerin wegen des Streitgegenständlichen Kriteriums. Die Vergabekammer ist an die von der Antragstellerin vorgenommene rechtliche Einordnung, es handle sich um ein grundsätzlich zulässiges Eignungskriterium, nicht gebunden und darf vielmehr eine andere rechtliche Einordnung vornehmen (vgl. VK Berlin, Beschluss vom 13.09.2019 – B1-13/19). Vorliegend greift die Vergabekammer damit keine übersehenen Rechtsverstöße auf, sondern Rechtsverstöße, die im Rahmen der Rüge und des Nachprüfungsverfahrens rechtlich unzutreffend bzw. nicht umfassend rechtlich bewertet worden sind.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Der Antragsgegner und die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens zu tragen. Nach § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die Kosten zu tragen, soweit er im Verfahren

unterliegt. Unzweifelhaft unterliegen der Antragsgegner und die Beigeladene, insoweit sie die vollständige Zurückweisung des Nachprüfungsantrags beantragt haben.

Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB haben der Antragsgegner und die Beigeladene die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen. Anders als für die Kosten der Vergabekammer nach § 182 Abs. 3 Satz 2 GWB ordnet § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB insoweit allerdings keine gesamtschuldnerische Haftung an, sodass die Beteiligten entsprechend ihres Unterliegensanteils – hier jeweils zur Hälfte – heranzuziehen sind (vgl. schon BGH, Beschluss v. 26. September 2006 – X ZB 14/06, NVwZ 2007, 240, 246). Ihre eigenen Aufwendungen tragen der Antragsgegner und die Beigeladene hingegen jeweils selbst. Denn Anhaltspunkte für die Notwendigkeit eines Ausgleichs unter ihnen sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Auf den Antrag der Antragstellerin hat die Kammer nach § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG auch die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten festzustellen. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen. Entscheidend ist dabei, ob die Antragstellerin unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverfolgung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (vgl. schon VK Berlin, Beschluss v. 26. August 2014 – VK – B 1 – 10/14 m.w.N.). Danach ist die Hinzuziehung vorliegend notwendig gewesen. Denn neben mitunter schwierigen Fragen des materiellen Vergaberechts wie der Eignungsprüfung sind vorliegend auch komplexere prozessuale Fragen etwa der Rügepräklusion verfahrensgegenständlich gewesen. Da sich zudem Antragsgegner und Beigeladene ebenfalls rechtsanwaltlich vertreten ließen, ist die Hinzuziehung durch die Antragstellerin auch unter dem Gesichtspunkt der prozessualen Waffengleichheit gerechtfertigt gewesen.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes heran. Dabei legt die Kammer in der Regel den Bruttoangebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 29. August 2014 – 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragstellerin zugrunde, der ihr Interesse am Auftrag manifestiert. Dabei legt die Kammer den Auftragswert (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 – 11 Verg 3/14) für die gesamte, mögliche Vertragslaufzeit zugrunde, die dem wirtschaftlichen Wert des ausgeschriebenen

Vertrags entspricht. Dieser Bruttoangebotswert liegt in einem niedrigen einstelligen Millionenbereich. Orientiert an der Gebührentabelle ergibt sich eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] EUR. Dieser Wert entspricht auch dem Aufwand der Vergabekammer in dem vorliegenden Verfahren, das trotz ausführlicher Schriftsätze aller Beteiligten insgesamt durchschnittlich umfangreich gewesen ist.

Der Antragsgegner ist gemäß § 182 Abs. 1 Satz 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG allerdings von der Zahlung der Gebühren befreit. Bei einer derartigen sogenannten gestörten Gesamtschuld ist dann allerdings nach allgemeiner, sich nur in Details unterscheidenden Rechtsprechung und Literatur ein Ausgleich durch eine Beschränkung der Gebührenschild der verbliebenen Gebührenschildner vorzunehmen (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21. Oktober 2015 – Verg 35/15, BeckRS 2015, 18388 Rn. 31; Beschluss v. 14. September 2009 – Verg 20/09, BeckRS 2009, 28982; VK Rheinland, Beschluss v. 28. Mai 2019 – VK K 55 / 17 L, Datenbank VergabePortal; VK Westfalen, Beschluss v. 7. April 2017 – VK 1 - 07/17, BeckRS 2017, 111393 Rn. 75; Krohn, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 182 GWB, Rn. 25; Glaß, in: Reidt/Stickler/Glaß, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 182 GWB, Rn. 18). Die Kammer kürzt daher die an sich angemessene Gebühr um den Betrag, der dem internen Haftungsanteil des Antragsgegners von [REDACTED] EUR entspricht (vgl. Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., Stand: 24.11.2020, § 182 GWB, Rn. 67).

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Elßholzstraße 30/31, 10781 Berlin, oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen ([www.berlin.de/erv](http://www.berlin.de/erv)) einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die Vorsitzende

Hauptamtlicher Beisitzer

Ehrenamtlicher Beisitzer

Zeise

Dr. Kern

Čujić-Koch