

Vergabekammer des Landes Berlin  
1. Beschlussabteilung  
VK - B 1- 10/14



## B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren  
xxx GmbH,  
vertreten durch die Geschäftsführerin xxx,  
xxx, xxx Berlin

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte xxx  
gegen

das Land Berlin, vertreten durch das Bezirksamt Lichtenberg von Berlin,  
Alt-Friedrichsfelde 60, 10315 Berlin

- Antragsgegner -

unter Beteiligung der

Firma xxx GmbH,  
vertreten durch den Geschäftsführer xxx,

xxx, xxx Berlin

- Beigeladene zu 1) –

Firma xxx,  
vertreten durch den Inhaber xxx,  
xxx, xxx Berlin

- Beigeladene zu 2) -

wegen Vergabe von Winterdienstleistungen

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende Soth-Schulz, den hauptamtlichen Beisitzer Weber und die ehrenamtliche Beisitzerin Schönenberg am 26.08.2014 beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, das Vergabeverfahren hinsichtlich der ausgeschriebenen Winterdienstleistungen, veröffentlicht am 01.03.2014 im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union, 2014/S 043-071719, aufzuheben und die Winterdienstleistungen bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu auszuschreiben.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf xxx,- EUR festgesetzt.
4. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

## Gründe

### I.

Der Antragsgegner schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 01.03.2014 (2014/S 043-071719) in einem europaweit offenen Verfahren die Vergabe von Winterdienstleistungen zum Geschäftszeichen 02/2014/V5 in 12 Losen für drei Bezirke in seinem Stadtgebiet aus. Der von der Vergabestelle geschätzte Auftragswert belief sich auf 2.775.984,10 €. Einziges Zuschlagskriterium war laut Ziffer IV.2.1) der Vergabebekanntmachung der niedrigste Preis. Unter Ziffer II.1.2) der Vergabebekanntmachung hieß es zur Art des Auftrags: „Dienstleistungen – Dienstleistungskategorie Nr. 14: Gebäudereinigung und Hausverwaltung“.

Die Antragstellerin gab unter dem 16.04.2014 ein Angebot für die Lose 1 bis 6 zu einem Gesamtpreis von xxx € ab. In der seitens des Antragsgegners vorgegebenen und von der Antragstellerin unterschriebenen Eigenerklärung, welche dem Angebot beigelegt war, heißt es unter anderem:

„Ich erkläre/Wir erklären, dass

- [...]
- meinen/unseren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens diejenigen Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts zu gewähren, die der nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) vom 20.04.2009 (BGBl. I S. 799) einzuhaltende Tarifvertrag vorgibt oder andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte einzuhalten.
- meinen/unseren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung mindestens ein Stundenentgelt von 8,50 € zahle/zahlen.
- [...]
- ich/wir von einem von mir/uns beauftragten Nachunternehmer oder von einem von mir/uns oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleiher verlange/verlangen, seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die ich selbst/wir einzuhalten versprochen habe/haben und mit diesen die „Besonderen

Vertragsbedingungen zu Tariftreue, Mindestentlohnung und Sozialversicherungsbeiträgen (siehe Punkt 11.1. der Vergabeunterlage) vereinbaren werde/werden.

[...]

- für die Entlohnung meines/unseres Personals bei der Ausführung der ausgeschriebenen Leistung

- kein Tarifvertrag Anwendung findet
- folgende Tarifverträge angewendet werden:

[Raum für handschriftliche Eintragungen]

[...]“

Hinsichtlich des zuletzt wiedergegebenen Punktes war mittels einer Fußnote darum gebeten, das Zutreffende anzukreuzen. Die Antragstellerin setzte ein Kreuz bei „kein Tarifvertrag Anwendung findet“ und ergänzte dies durch die handschriftliche Angabe „Mindestlohn + Zuschläge“. Die Vergabeunterlagen enthielten keine Angaben dazu, welcher Tarifvertrag bzw. welche Tarifverträge seitens des Antragsgegners für die ausgeschriebenen Leistungen für maßgebend erachtet wurde.

Die Angebotsfrist endete am 22.04.2014.

Durch Email vom 05.05.2014 an das bei der Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen eingerichtete Gemeinsame Tarifregister Berlin und Brandenburg bat der Antragsgegner unter Hinweis auf die unklare tarifrechtliche Situation um Auskunft, welche Tarifregelungen für die ausgeschriebenen Leistungen maßgebend seien. Durch Email des Tarifregisters vom 07.05.2014 erhielt er die Auskunft, dass für den von ihr geschilderten Sachverhalt die Einhaltung der Vorgaben der Mindestlohnverordnung für die Gebäudereinigung zur Bedingung für die Auftragserbringung empfohlen werde. Hinsichtlich der weiteren Details des Emailverkehrs wird auf den in den Akten befindlichen Ausdruck Bezug genommen.

Mit Bieterinformation nach § 101a GWB vom 19.06.2014 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin, dass deren Angebote für die Lose 1 bis 6 nicht berücksichtigt werden sollten. Zur Begründung hieß es, dass begründete Zweifel an deren Eignung bestünden. Dies wurde wie folgt näher erläutert:

„In der Eigenerklärung [...] gaben Sie an, dass Sie keinen Tarifvertrag anwenden. Für die ausgeschriebenen Leistungen ist jedoch der Rahmentarifvertrag für die gewerblich Beschäftigten in der Gebäudereinigung in Verbindung mit dem

Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne für gewerbliche Arbeitnehmer in der Gebäudereinigung anzuwenden. Ihr Angebot musste gemäß § 1 Abs. 2 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz in Verbindung mit § 19 EG Abs. 5 VOL/A von der Prüfung und Wertung ausgeschlossen werden, da Ihrem Unternehmen die für die Erfüllung der vertraglichen Leistung erforderliche Eignung fehlt.“

Mit Schreiben vom 25.06.2014 an den Antragsgegner rügten die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin deren Ausschluss vom Ausschreibungsverfahren als vergaberechtswidrig. Zur Begründung führten sie aus, dass ein Verstoß gegen Ausschreibungsbedingungen nicht vorliege. Die in der Eigenerklärung gemachten Angaben zur Anwendung von Tarifverträgen seien reine Tatsachenerklärungen. Die Verpflichtung, den mit der Ausführung der ausgeschriebenen Leistung beauftragten Mitarbeitern einen Lohn in bestimmter Höhe zu zahlen, könne nicht nur durch Bindung an den „richtigen“ Tarifvertrag erfüllt werden. Ein bestimmtes Gehaltsniveau könne auch individualvertraglich vereinbart werden. Ferner verstoße die Vorgabe, mindestens die Tarife aus den nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz einzuhaltenden Tarifverträgen zu zahlen, gegen europarechtliche Vorgaben im Zusammenhang mit dem „Rüffert“-Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03.04.2008 (Az. C-346/06). Ferner habe der Antragsgegner die Anwendung des falschen Tarifvertrags vorgegeben, da für die zu erbringenden Leistungen die 5. Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst vom 28.01.2013 anwendbar sei. Schließlich seien die Verdingungsunterlagen unklar, da sich aus dem Schreiben des Antragsgegners vom 19.06.2014 erstmals ergeben habe, dass dieser die dort genannten Tarifverträge aus dem Bereich Gebäudereinigung für maßgebend erachte.

Mit Schreiben vom 27.06.2014 wies der Antragsgegner die Rüge zurück. Die Vergabeunterlagen seien hinsichtlich der zwingend zu berücksichtigenden gesetzlichen Mindestentgelte eindeutig und ließen keine Zweifel zu. In dem Vergabeverfahren hätten nur Unternehmen als gesetzentreu eingestuft werden können, die den für die Gebäudereinigung geschlossenen Tarifvertrag bei der Kalkulation ihrer Angebote berücksichtigt haben. Der Mindestlohntarifvertrag für die Branche Abfallwirtschaft gelte nicht. Die Vergabestelle habe somit prognostizieren

müssen, dass der Mindestlohn für die ausgeschriebenen Leistungen von der Antragstellerin nicht eingehalten werden könne, weshalb sie als nicht geeignet einzustufen gewesen sei. Die Antragstellerin allein trage die Verantwortung dafür, sich jederzeit und überall an geltende Gesetze zu halten, wozu auch gehöre, sich über die gesetzliche Lage im Bereich der Mindestentlohnungen zu informieren und entsprechende Mindestarbeitsbedingungen einzuhalten.

Mit am 27.06.2014 bei der Vergabekammer eingegangenem Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom selben Tage hat die Antragstellerin Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Diesen Antrag hat die Vergabekammer dem Antragsgegner am 27.06.2014 übermittelt. In ihrer Antragsbegründung wiederholt die Antragstellerin im Wesentlichen ihre Ausführungen aus dem Schreiben an den Antragsgegner vom 25.06.2014. Weiterhin führt sie aus, dass sie wirtschaftlich günstigere Angebote für die Lose 1 bis 6 abgegeben als die Bieter, die den Zuschlag erhalten sollen, sodass ihr durch die Nichterteilung des Auftrags ein Schaden drohe; dass sie ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen einen Stundenlohn zahlen würde, der unter Einrechnung der Zulagen über den Mindestlöhnen des Tarifvertrags der Gebäudereinigung vom 20.06.2013 liegt. Sie könne aber nicht verpflichtet werden, diesen Tarifvertrag unmittelbar anzuwenden, da sie die ausgeschriebenen Winterdienstleistungen nur zusätzlich in wenigen Wochen im Jahr übernehmen würde, ihr eigentlicher Unternehmensgegenstand hingegen Garten- und Landschaftsbau sei. Sie habe folglich keine betriebsorganisatorische Einheit gebildet, für die der Tarifvertrag zu Anwendung komme könne. Schließlich seien die Vergabeunterlagen auch insofern unklar, als sie bestimmten, dass die nach dem AEntG zu zahlenden tariflichen Mindestlöhne gewährt werden müssen oder andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte einzuhalten sind. Es sei unklar, ob diese Alternativen in einem echten Wahlverhältnis oder in einem Stufenverhältnis zueinander stehen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den mit Schreiben vom 19.06.2014 erklärten Ausschluss des Angebots der Antragstellerin in dem Vergabeverfahren 02/2014/V5 – Winterdienst – für unwirksam zu erklären,
2. den Antragsgegner zu verpflichten, über die Vergabe des ausgeschriebenen Auftrages unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin neu zu entscheiden,

hilfsweise,

die Vergabestelle zu verpflichten, das Vergabeverfahren 02/2014/V5 – Winterdienst – aufzuheben,

wiederum hilfsweise,

eine geeignete Maßnahme nach § 114 Abs. 1 S. 2 GWB zu treffen,

3. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Auslagen der Antragstellerin der Vergabestelle aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung für notwendig zu erklären.

Auf ihren weiteren Antrag ist der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten gewährt worden.

Im Hinblick auf die von ihr geltend gemachte Europarechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens beantragt die Antragstellerin, dem Europäischen Gerichtshof im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens folgende Fragen vorzulegen:

„Stehen Art. 56 AEUV und Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG einer nationalen Rechtsvorschrift und/oder eine Vergabebedingung eines

öffentlichen Auftraggebers entgegen, der zufolge ein Bieter der einen bzw. den ausgeschriebenen öffentlichen Auftrag erhalten will,

- (1) sich verpflichten muss, dem zur Auftragsausführung eingesetzten Personal einen festgelegten Tariflohn zu zahlen, der nicht in der Rechtsvorschrift selbst festgelegt wird, sondern sich aus allgemeinverbindlichen Tarifverträgen ergibt, und
- (2) einem Nachunternehmer eine ebensolche Verpflichtung auferlegen muss, wenn die Rechtsvorschrift eine solche Verpflichtung nur für die Vergabe öffentlicher Aufträge, nicht aber auch die Erteilung privater Aufträge vorsieht?

hilfsweise,

das vorliegende Verfahren nach Zustellung des Nachprüfungsantrags bis zu einer Entscheidung des EuGH über den Vorlagebeschluss der Vergabekammer Arnsberg vom 26.09.2013 zum Geschäftszeichen VK 18/13 auszusetzen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Er ist der Ansicht, der Ausschluss der Antragstellerin sei zwingend geboten gewesen. Die Antragstellerin hätte im Falle von Unklarheiten in Bezug auf die geforderten Angaben zur Anwendung von Tarifverträgen problemlos bei der Vergabestelle nachfragen können, was nicht erfolgt sei. Der Antragsgegner sei von Anbeginn des Verfahrens von einer Zuordnung der Leistung zum Tarifvertrag der Gebäudereinigung ausgegangen. Den Angaben der Antragstellerin folgend habe zwangsläufig prognostiziert werden müssen, dass von dieser der Mindestlohn dieses Tarifvertrags für die ausgeschriebene Leistung bei der Kalkulation des Angebots nicht eingehalten wurde und damit eine gesetzeskonforme Leistungserbringung nicht

zu erwarten gewesen sei. Die Tariftreueforderung verstoße auch nicht gegen europäisches Recht, ein für allgemein verbindlich erklärter Tarifvertrag sei mit der Entsenderichtlinie 96/71/EG vereinbar. Die Tariftreueforderung sei durch die Vorgabe des § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, dass Aufträge nur an u.a. gesetzestreue Unternehmen vergeben werden dürfen, gerechtfertigt. Zu den von allen Unternehmen einzuhaltenden Regeln gehörten auch die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge.

Ergänzend wird auf die Verfahrensakte dieses Verfahrens Bezug genommen.

Die Kammer hat mit Zustimmung der Verfahrensbeteiligten gemäß § 112 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 GWB nach Lage der Akten entschieden.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
  - a) Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist eröffnet. Die verfahrensgegenständlichen Winterdienstleistungen sind öffentliche Aufträge i.S.d. § 99 Abs. 1 und 4 GWB. Der Antragsgegner ist als Gebietskörperschaft ein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB. Ferner wird der erforderliche Schwellenwert von 207.000,00 € (§§ 100 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 127 Nr.1 GWB, § 2 Abs. 1 VgV, Art. 7 lit. b) der Richtlinie 2004/18/EG) überschritten.
  - b) Die Antragstellerin ist auch gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie eine Verletzung ihrer Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Die Antragstellerin kann durch den von ihr behaupteten rechtswidrigen Ausschluss ihres Angebots wegen fehlender Eignung von dem Vergabeverfahren in ihren Bieterrechten verletzt

sein, §§ 97 Abs. 1 und 4 GWB, 19EG Abs. 5 VOL/A. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht.

- c) Die Antragstellerin hat den von ihr geltend gemachten Verstoß gegen Vergabevorschriften gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB durch ihr Schreiben vom 25.06.2014 unverzüglich nach Kenntnis gerügt. Die Rügeobliegenheit entsteht erst dann, wenn der Antragsteller einen Verstoß gegen Vergabebeschriften positiv erkennt. Insoweit ist hier davon auszugehen, dass die Antragstellerin erst nach Erhalt der Bieterinformation vom 19.06.2014 positive Kenntnis hatte. Unverzüglich handelt, wer die gebotene Handlung ohne schuldhaftes Zögern vornimmt, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB. Dabei kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Während in Fällen mit durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad in der Regel von einer Zeitspanne von drei bis fünf Werktagen auszugehen ist, kommt in schwierigeren Fällen auch eine längere Zeitspanne in Betracht. Vorliegend geht die erkennende Kammer ausweislich der verschiedenen tarifvertraglichen Regelungen sowie des Umstandes, dass sich der Antragsgegner selbst noch nach Angebotsabgabe weiter bei der Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen über die Rechtslage informiert hat, von einer komplexen Rechtslage aus, die eine Zeitspanne von sechs Tagen vorliegend noch als unverzüglich erscheinen lässt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin mangels Eignung ist in vergaberechtswidriger Weise erfolgt. Der Antragsgegner hat das Angebot der Antragstellerin auf der Grundlage von Verstößen gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB rechtswidrig von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Der Antragsgegner hat den Angebotsausschluss auf die von der Antragstellerin in der Eigenerklärung gemachte Angabe, dass für die ausgeschriebenen Leistungen kein Tarifvertrag Anwendung finden werde, gestützt und daraus geschlossen, dass dem Unternehmen der Antragstellerin

die für die Erfüllung der vertraglichen Leistung erforderliche Eignung fehle. Die vom Antragsgegner verwendete Eigenerklärung genügt im Hinblick darauf, dass der Antragsgegner davon ausgeht, dass der Rahmenvertrag für die gewerblich Beschäftigten in der Gebäudereinigung in Verbindung mit dem Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne für gewerbliche Arbeitnehmer in der Gebäudereinigung anzuwenden ist, nicht den Anforderungen an die Transparenz.

- a) Bei der im Rahmen des Vergabeverfahrens vorzunehmenden Eignungsprüfung gemäß §§ 97 Abs. 4 GWB, 19 EG Abs. 5 VOL/A hat die Vergabestelle eine Prognoseentscheidung zu treffen, bei der ihr ein der Nachprüfung entzogener Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist; die Nachprüfung beschränkt sich darauf, ob die rechtlichen Grenzen dieses Beurteilungsspielraums verkannt oder überschritten wurden (Opitz in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 97 Abs. 4 Rnr. 5 f.).

Indem die Vergabestelle die Eignungsprüfung anhand einer von ihr selbst vorgegebenen, gegen das Transparenzgebot verstoßenden Eigenerklärung vorgenommen hat, hat sie die rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums vergaberechtswidrig überschritten. § 97 Abs.1 GWB bestimmt u.a., dass die Vergabe öffentlicher Aufträge im Wege transparenter Vergabeverfahren erfolgt. Dies beinhaltet auch, dass interessierte Unternehmen aus den Vergabeunterlagen ausreichend Kenntnis von den Bedingungen der nachgefragten Leistungen erhalten (Hailbronner in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, § 97 Rnr. 24).

Die von der Vergabestelle vorgegebene Eigenerklärung begründet einen Verstoß gegen diese Anforderungen. Aus der Eigenerklärung wird nicht deutlich, dass die von dem Bieter gemachten Angaben zur Anwendung eines Tarifvertrags von der Vergabestelle der Eignungsprüfung dahingehend zugrunde gelegt werden würden, dass die Angabe des aus Sicht der Vergabestelle „falschen“ oder keines Tarifvertrags zu einer negativen Prognoseentscheidung führen würde.

Vergabeunterlagen, zu denen auch die hier in Rede stehende, von der Vergabestelle vorgegebene Eigenerklärung zählt, sind nach den für Willenserklärungen geltenden Grundsätzen auszulegen, sodass hinsichtlich ihres Bedeutungsgehalts auf den objektiven Empfängerhorizont eines potenziellen Bieters abzustellen ist, §§ 133, 157 BGB (Dörr in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 97 Abs. 1 Rnr. 30). Dem folgend hätte für einen potenziellen Bieter aus der Erklärung selbst oder aus dem Zusammenhang deutlich werden müssen, dass die Nennung des „richtigen“ Tarifvertrags notwendige Voraussetzung für eine positive Prognoseentscheidung im Rahmen der Eignungsprüfung ist. Eben dies ist aber nicht der Fall. Vielmehr wird suggeriert, der Bieter habe hinsichtlich des anzuwendenden Tarifvertrags ein Bestimmungsrecht, ohne dass die gemachten Angaben eine negative Prognoseentscheidung zur Folge haben könnten. Das folgt schon aus der Art und Weise der Gestaltung des entsprechenden Punktes der Eigenerklärung, wo die verschiedenen Möglichkeiten zur Disposition stehen. Des Weiteren ergibt sich dieses aus dem Zusammenhang mit den übrigen Punkten der Eigenerklärung. Denn weiter oben in der Eigenerklärung hatte die Antragstellerin gemäß der Vorgabe erklärt, mindestens diejenigen Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts zu gewähren, die der nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz einzuhaltende Tarifvertrag vorgibt oder andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte einzuhalten, sowie, bei der Ausführung der Leistung mindestens ein Stundenentgelt von 8,50 € zu zahlen. In ihrer Gesamtheit wird durch die Vorgaben der Eigenerklärung mithin suggeriert, der Bieter könne den anzuwendenden Tarifvertrag bestimmen, ohne sich durch die Angabe des „falschen“ oder keines Tarifvertrags zu seiner weiter oben abgegebenen Tariftreueerklärung in Widerspruch zu setzen. Die vorgesehene Alternative, keinen Tarifvertrag anzuwenden, impliziert, jedenfalls ohne weitere Erläuterung, dass diese Wahl rechtlich möglich sei, ohne vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden.

Die Eigenerklärung ist darüber hinaus nicht zuletzt deshalb intransparent, weil das durch sie in Bezug genommene AEntG im Hinblick auf solche Tarifverträge gilt, die gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt wurden

bzw. für die eine Rechtsverordnung nach § 7 AEntG vorliegt. Mit der Bezugnahme auf diese Regelungen in der Eigenerklärung wird mithin deutlich, dass es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um solche handelt, für die ein bestimmter Tarifvertrag schon von Rechts wegen und nicht aufgrund eines vermeintlichen Bestimmungsrechts des Bieters oder der Vergabestelle gilt. Diese Ungereimtheit in den Vergabeunterlagen muss zulasten des Antragsgegners gehen.

- b) Infolge des Verstoßes der Eigenerklärung gegen das Transparenzgebot war es sodann fehlerhaft, die von der Antragstellerin in der Eigenerklärung gemachte Angabe, dass für die ausgeschriebenen Leistungen kein Tarifvertrag zur Anwendung komme, der Eignungsprüfung gemäß §§ 97 Abs. 4 GWB, 19 EG Abs. 5 VOL/A zugrunde zu legen und hieraus eine negative Prognoseentscheidung abzuleiten.

Zwar ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, aus Verstößen gegen für allgemeinverbindlich erklärte bzw. solche Tarifverträge, für die eine Verordnung nach § 7 AEntG vorliegt, einen Mangel der Eignung gemäß §§ 97 Abs. 4, 19 EG Abs. 5 VOL/A abzuleiten (vgl. für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge Opitz in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 97 Abs. 4 Rnr. 58). Infolge des Verstoßes der Eigenerklärung gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB im Hinblick auf die abzugebenden Tariftreueerklärungen war dies jedoch jedenfalls im Falle der Antragstellerin fehlerhaft. Denn soweit die Eignungsprüfung anhand von Unterlagen vorgenommen wird, die gegen das Vergaberecht verstoßen, muss dieser Verstoß auch auf die Eignungsprüfung selbst durchschlagen. Denn auch wenn nach objektiver Rechtslage eine Bindung an einen Tarifvertrag besteht, muss die an dieser Stelle gegebene Missverständlichkeit der Eigenerklärung zulasten des Antragsgegners gehen, dessen Vergabestelle die Eigenerklärung selbst vorgegeben hatte.

- c) Nach § 114 Abs. 1 S. 1 GWB trifft die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen. Die Vergabekammer geht davon aus, dass dem vorliegend nur Genüge getan werden kann, indem der Antragsgegner das Verfahren aufhebt, da sich ansonsten der

Vergabeverstoß im weiteren Verfahren manifestieren würde, wenn der Antragsgegner lediglich verpflichtet werden würde, das Angebot der Antragstellerin wieder in die Wertung aufzunehmen. Im Falle fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Vergabestelle die Vergabeunterlagen im Hinblick auf den streitgegenständlichen Punkt des einschlägigen Tarifvertrages neu zu erstellen. Sie hat insoweit Transparenz im Hinblick auf die tarifrechtliche Situation sicherzustellen. Dies bedingt, Klarheit im Hinblick auf den ggf. anwendbaren Tarifvertrag bzw. eine ggf. einschlägige gesetzliche Mindestlohnregelung zu schaffen und die entsprechenden Bestimmungen in den Vergabeunterlagen anzugeben. Die Kammer betont ausdrücklich, dass eine Bezugnahme auf die vorliegende Auskunft des Gemeinsamen Tarifregisters insoweit nicht ausreichend ist. So hat die Kammer Zweifel an der Belastbarkeit dieser Auskunft. Insbesondere die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Vierten Gebäudereinigungsarbeitsbedingungenverordnung und der Fünften Abfallarbeitsbedingungenverordnung anhand des Merkmals, ob die Tätigkeit der Kommune bzw. dem Stadtstaat übertragen ist oder nicht, vermag die Kammer nicht ohne weiteres zu überzeugen. Insbesondere erschließt sich der Kammer nicht, anhand welcher rechtlichen Wertung das Tarifregister bzw. die Vergabestelle den Winterdienst auf den in der Ausschreibung genannten Flächen als „private“ und nicht als öffentliche Aufgabe kategorisiert. Allein der Hinweis auf § 4 Abs. 1 und 4a BlnStrReinG und darauf, dass die ausgeschriebenen Leistungen nicht durch die Berliner Stadtreinigungsbetriebe (BSR) durchgeführt werden sollen, genügt nicht, da anhand dessen die objektive Abgrenzung zwischen öffentlicher und „privater“ Aufgabe nicht überzeugend vorgenommen werden kann.

Der ggf. anwendbare Tarifvertrag bzw. eine ggf. einschlägige gesetzliche Mindestlohnregelung ist in konkreter Form in den Vergabeunterlagen anzugeben. Dabei ist auch die Problematik hinreichend konkret zu berücksichtigen, inwieweit die Durchführung des Auftrages in betrieblichen Einheiten des Auftragnehmers Einfluss auf den gegebenenfalls anzuwendenden Tarifvertrag hat.

3. Von der Möglichkeit, die von der Antragstellerin formulierten Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen oder das Verfahren auszusetzen, macht die Vergabekammer ausdrücklich keinen Gebrauch. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen erweisen sich die abstrakten Rechtsfragen im Rahmen des Vorlageersuchens bereits nicht mehr als relevant, da die Vergabekammer im Sinne der Antragstellerin entschieden hat.

### III.

Dem unterlegenen Antragsgegner fallen gemäß § 128 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 128 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Kammer hat sich bei der Bestimmung des Auftragswerts am Gesamtvolumen des von der Antragstellerin abgegebenen Angebots zu den Losen 1 bis 6 einschließlich der Verlängerungsoption gemäß Ziffer II.2.2) der Bekanntmachung orientiert. Unter Anwendung der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes hat die Kammer eine Gebühr von xxx ,-- EUR zu Grunde gelegt. Da auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet worden ist, hat die Kammer aus Gründen der Billigkeit als Gebühr den tenorierten Betrag festgesetzt.

Der Antragsgegner ist jedoch von der Pflicht zur Entrichtung der Kosten gemäß § 128 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VwKostG befreit.

Nach § 128 Abs. 4 S. 1 GWB hat der Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragstellerin war auch notwendig i.S.v. § 128 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG.

Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011, 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss vom 30.09.2011, Verg 7/11). 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 Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169, 131).

Unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten in der Darlegung der Rechtslage hält die Vergabekammer vorliegend die Hinzuziehung eines vergaberechtskundigen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur Darstellung, Erläuterung und Vertretung ihrer Rechtspositionen im Nachprüfungsverfahren für erforderlich. Vorliegend waren Fragen zur Durchführung der Eignungsprüfung nach §§ 97 Abs. 4 GWB, 19 EG Abs. 5 VOL/A rechtlich darzustellen, die mit einer komplexen tarifvertraglichen Prüfung in Verbindung stehen.

#### IV.

##### Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen (vgl. hierzu [www.berlin.de/erv](http://www.berlin.de/erv)) beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, 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

Ehrenamtliche Beisitzerin

Soth-Schulz

Weber

Schönenberg