

Abschrift

11 Verg 7/12  
69 d VK - 18/12



## **OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN**

### **BESCHLUSS**

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

Antragsteller und Beschwerdeführer,

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Mockel und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Fehns – Böer im schriftlichen Verfahren am 06. März 2013

b e s c h l o s s e n :

1. Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 3.9.2012 - Az.: 69d VK – 18/2012 – wird zurückgewiesen.
2. Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Der Streitwert wird auf 560.570,20 EUR festgesetzt.

Gründe :

I.

Die Antragsgegnerin hat im Januar 2012 einen Dienstleistungsauftrag Bus- und AST -Verkehrsleistungen im Bereich

europaweit ausgeschrieben. In der zu den Vergabeunterlagen gehörenden „Anlage B Preisblatt“ waren verschiedene Preisfaktoren anzugeben (A: Preis für die eingesetzten Fahrzeuge; B: Preis für die Fahrplanstunden; C: Preis für Fahrplannutzkilometer). Der erfragte Angebotspreis war bezogen auf ein durchschnittliches Kalenderjahr anzugeben und setzt sich aus den Faktoren A+B+C zusammen.

Das Angebot des Antragstellers lag preislich an erster Stelle. Es war um 19% günstiger als das Angebot des nächstplatzierten Bieters und lag 22% unter der Kostenschätzung der Antragsgegnerin. Unter dem 23.3.2012 bat die mit der Durchführung des Vergabeverfahrens betraute Projektsteuerungsgesellschaft, die **A** GmbH (künftig **A**), den Antragsteller um die Vorlage und Erläuterung der Kalkulation für alle Preisfaktoren gem. der Anlage B zum Angebotsschreiben „Preisblatt“.

Der Antragsteller übersandte daraufhin unter dem 28.3.2012 eine Auflistung der Preise für die einzusetzenden Fahrzeuge und deren Finanzierung, die Preise für Fahrplanstunden und Fahrplannutzkilometer sowie eine Betriebswirtschaftliche Auswertung für das Geschäftsjahr 2011.

Nachfolgend erbat die A mit Schreiben vom 3.4.2012 weitere Informationen über die Berücksichtigung von Ersatzfahrzeugen in der Kalkulation sowie Angaben zu den Fahrzeugtypen und -kategorien.

Hierauf erteilte der Antragsteller mit Schreiben vom 8.4.2012, auf das wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, weitere Informationen. Mit Schreiben vom 16.4.2012 teilte die A mit, dass das Aufklärungsschreiben vom 8.4.2012 nur einen Teil der erbetenen Informationen enthalten habe und sich aus dem Schreiben weitere Unklarheiten ergeben hätten. Infolgedessen bestünden weiterhin Bedenken hinsichtlich der Auskömmlichkeit, insbesondere, dass die Zahl der als kalkuliert benannten Fahrer zu gering angesetzt sei. Gleichzeitig forderte sie den Antragsteller auf, die Urkalkulation für das Angebot, Preisfaktor B und C, zu übersenden sowie die Umlaufplanung näher zu erläutern und weitere Informationen zu erteilen, da nach ihrer Einschätzung die Leerkilometer zu niedrig eingeschätzt seien.

Für die erbetene Aufklärung wurde dem Antragsteller eine Frist bis 19.4.2012, 14.00 Uhr, gesetzt. Nachdem die A diese Frist bis 16.30 Uhr desselben Tages verlängert hatte, teilte der Antragsteller mit um 16.32 Uhr eingegangenem Telefax u.a. stichwortartig mit, dass neben den 14 vorgesehenen Fahrern nicht in die Kalkulation einbezogene Fahrer aus den Linienverbindungen des Werksverkehrs eingesetzt werden sollten. Hinsichtlich fünf Fragen wurde statt einer Stellungnahme auf Anlagen verwiesen, die dem Fax nicht beigelegt waren. Am selben Tag um 22.20 Uhr übersandte der Antragsteller das Fax noch einmal und teilte die Umlaufpläne der Busse für die ausgeschriebenen Linien an Schultagen mit.

Mit Fax-Schreiben und E-Mail vom 27.4.2012 teilte die A dem Antragsteller gem. § 101 a Abs. 1 GWB mit, dass die Antragsgegnerin beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der GmbH zu erteilen und der Zuschlag frühestens am

8.5.2012 erfolgen werde. Sein (des Antragstellers) Angebot sei gem. § 19 Abs. 6 VOL/A EG von der weiteren Wertung ausgeschlossen, weil es hinsichtlich der Preisfaktoren Fahrplanstunden und Fahrplannutzkilometer nicht auskömmlich sei.

Mit Schreiben seines Verfahrensbevollmächtigten vom 30.4.2012 rügte der Antragsteller seinen Ausschluss, da er ausführlichst mitgeteilt habe, wie sein Angebot hinsichtlich der Preisfaktoren B und C zustande gekommen sei. Auch habe er nicht alle Einsparmaßnahmen anbringen können, weil die Befürchtung bestehe, dass eine „undichte Stelle“ bei der A bestehe. Selbstverständlich sei er bereit, auch diese Einsparmaßnahmen vertraulich preiszugeben.

Nachdem die Antragsgegnerin der Rüge nicht abhalf, stellte der Antragsteller unter dem 7.5.2012 einen Nachprüfungsantrag, der am selben Tag, 17.38 Uhr, bei der Vergabekammer (künftig:VK) einging. Parallel dazu informierte der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers die Antragsgegnerin über den Nachprüfungsantrag durch Übermittlung einer Kopie, die noch am 7.5.2012 bei ihr einging. Die VK übersandte den bei ihr am Vortag eingegangenen Nachprüfungsantrag am 8.5.2012, 12.00 Uhr, an die Antragsgegnerin, die der GmbH am 8.5.2012, bereits um 7.09 Uhr, den Zuschlag erteilt hatte.

Nach Zuschlagserteilung und Übersendung des Nachprüfungsantrags durch die VK an die Antragsgegnerin hat der Antragsteller im weiteren Verlauf des Nachprüfungsverfahrens seinen Antrag geändert und (nur noch) beantragt festzustellen, dass er durch die Antragsgegnerin in seinen Rechten verletzt worden sei.

Zur Begründung hat er im Wesentlichen vorgetragen, aufgrund seiner ausführlichen Schilderung sei erkennbar gewesen, dass keine Falschkalkulation vorgelegen habe. Sowohl die Berechnung der Löhne wie der Leerkilometer sei richtig durchgeführt worden.

Die VK hat den Antrag durch den angefochtenen Beschluss zurückgewiesen, da die Antragsgegnerin den Antragsteller zu Recht gem. § 19 Abs. 6 VOL/A EG

ausgeschlossen habe. Die Antragsgegnerin sei berechtigt gewesen, das Angebot des Antragstellers auf seine Auskömmlichkeit zu überprüfen. Der Antragsteller sei seiner Verpflichtung zur Aufklärung nur in unzureichendem Maße nachgekommen. Die Beurteilung der Antragsgegnerin, wonach ihre Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebots durch die Stellungnahmen des Antragstellers nicht ausgeräumt seien, sei nicht zu beanstanden. Er habe die letzte ihm eingeräumte Frist zur Beantwortung der noch offenen Fragen bis 19.4.2012, 16.30 Uhr, verstreichen lassen. Die Antragsgegnerin sei nicht gehalten gewesen, ihm noch eine weitere Möglichkeit zur Aufklärung einzuräumen. Die Antragsgegnerin sei auch nicht gehalten gewesen, mit der Erteilung des Zuschlags zuzuwarten, da sie vor der Erteilung des Zuschlags nur von dem Antragsteller selbst durch eine Kopie des Nachprüfungsantrags von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens informiert worden sei.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Antragstellers, zu deren Begründung er im Wesentlichen vorträgt:

Allein der zeitliche Ablauf des Geschehens verlange nach strafrechtlicher Überprüfung. Der die Zuschlagsentscheidung unterzeichnende Herr dürfte schon gar nicht zuständig gewesen sein, der zuständige Bereichsleiter gebe eine solche Entscheidung doch nicht aus der Hand.

Er, der Antragsteller, habe die von ihm geforderte Aufklärung erbracht. Schon die Befugnis der Antragsgegnerin, immer wieder unfruchtbare Nachfragen zu stellen, sei unklar. Sie seien jedenfalls - teilweise zeitlich, nicht rechtlich verspätet - beantwortet worden. Die ihm gesetzte Frist sei keine Ausschlussfrist gewesen. Weshalb Material, das erst am 20.4.2012 eingegangen sei, nicht habe berücksichtigt werden dürfen, sei unklar, zumal zu diesem Zeitpunkt noch keine Entscheidung gefallen gewesen sei.

Es habe keinen Grund gegeben, bereits am 8.5.2012, 7.00 Uhr, zu entscheiden. Ohnehin erscheine es merkwürdig, dass ein beamtenähnliches Gebilde um 7.00 Uhr per Telefax derartige Entscheidungen treffe. Das schreie regelrecht nach dem Staatsanwalt. Mit dem von der Vergabestelle durchgeführten Vergleich der Angebotspreise sei er, der Antragsteller, nie konfrontiert worden. Bei gehöriger

Lektüre des Schreibens falle auf, dass die Vergabestelle ihm mit Floskeln wie „der angegebene durchschnittliche Verbrauch an Diesel erscheine sehr gering“, beikommen wolle. Dass der geringe Verbrauch seine Ursache im Einsatz umweltschonender Motorentchnik haben könne, leuchte der Vergabestelle offensichtlich nicht ein.

Bei den Lohnkosten habe man ihm zu Unrecht entgegengehalten, dass mit Tarifierhöhungen zu rechnen sei, dabei sei nach den Ausschreibungsbedingungen als Untergrenze die Entlohnung nach dem jeweils geltenden Tarifvertrag gefordert gewesen. Daran habe er sich gehalten.

Es gebe auch keine zu gering kalkulierten Leerkilometer. Mithin sei die Behauptung, dass die Unterdeckung der zu gering kalkulierten Leerkilometer den kalkulierten Gewinn übersteige, abwegig. Der Vergabestelle stehe es auch nicht zu, ihm entgegenzuhalten, dass er sich an den Herstellerangaben zum kalkulierten Kraftstoffverbrauch orientiere. Die Vergabestelle habe sich schlicht geweigert, vorhandene Auskünfte sachgerecht zu verarbeiten, zu verstehen und zu bewerten. Sie habe eine Bewertung unterlassen und stattdessen schlicht seinen, des Antragstellers, Ausschluss beschlossen.

Die Antragsgegnerin habe den Zuschlag nicht erteilen dürfen, weil sie über den Nachprüfungsantrag schon am 7.5.2012 durch seinen Verfahrensbevollmächtigten informiert gewesen sei. Letztendlich seien die Fristen falsch berechnet worden. Die Vergabestelle sei nicht befugt gewesen, sein Angebot auf Auskömlichkeit zu überprüfen. Die Aufgreifschwelle von 20 % sei nicht erreicht. Einzig im Bereich der Leerkilometer weise sein Angebot eine andersartige Kalkulation als das Angebot anderer Bieter auf, weil er durch einzigartige betriebswirtschaftliche Synergieeffekte ein erhebliches Einsparpotential erziele. Bei genauer Betrachtung des Angebots sei dies ohne weiteres erkenntlich, zur Problematik der Leerkilometer sei ausführlich Auskunft erteilt worden. Es könne ihm, dem Antragsteller, nicht angelastet werden, wenn der zuständige Sachbearbeiter bei der Vergabestelle seine Argumentation nicht verstehe. Entgegen den Ausführungen im Vergabevermerk seien die

Leerkilometer nicht zu gering kalkuliert und sei eine Unterdeckung nicht zu befürchten. Die Behauptung der Vergabestelle sei durch nichts belegt.

Der Antragsteller beantragt,

den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt vom 16.8.2012 aufzuheben und festzustellen, dass der Beschwerdeführer durch den auf § 19 EG Abs. 6 VOL-A gestützten Ausschluss aus der Vergabe des Linienbündels „  
“ in seinen Rechten verletzt wurde.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss.

Die Beteiligten haben einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zugestimmt (§§ 120 Abs. 2, 69 GWB).

II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere wurde sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§ 117 Abs. 1 – 3 GWB). In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

1.

Die Feststellungsklage ist zulässig (§§ 123 Satz 4 i.V.m. § 114 Abs. 2 GWB).

Hat sich ein zunächst statthaftes und auch im Übrigen zulässiges

Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags oder in sonstiger Weise

erledigt, kann der Antragsteller auf einen Feststellungsantrag übergehen und durch

die Vergabekammer oder den Vergabesenat feststellen lassen, ob eine

Rechtsverletzung vorgelegen hat, wenn er ein besonderes Rechtsschutzinteresse an der Entscheidung hat.

Diese Voraussetzungen hat die VK zu Recht bejaht.

a)

Der ursprüngliche, auf Unterlassung der Erteilung des Zuschlags gerichtete Antrag war zunächst zulässig, da im Zeitpunkt des Eingangs des Nachprüfungsantrags bei der VK am 7.5.2012 der Zuschlag noch nicht erteilt worden war.

Auch die Voraussetzungen gem. § 107 Abs. 2 und 3 GWB sind erfüllt.

Sein Interesse am Auftrag hat der Antragsteller durch die Abgabe eines Angebots belegt. Er kann auch die Verletzung eigener Rechte geltend machen. Die Pflicht zur Aufklärung bei unangemessen niedrigen Preisen ist bieterschützend (OLG Frankfurt, IBR 2007, 39). Der geltend gemachte Vergabeverstoß ist auch geeignet, die Chancen des Antragstellers auf einen Zuschlag zu beeinträchtigen.

Das ergibt sich ohne weiteres daraus, dass das Angebot des Antragstellers an erster Stelle lag.

Der Antragsteller hat zumindest einen (vermeintlichen) Vergabefehler auch rechtzeitig gerügt. In seinem Rügeschreiben vom 30.4.2012 hat er ausgeführt, er habe ausführlichst mitgeteilt, wie sein Angebot hinsichtlich der Preisfaktoren B und C zustande gekommen sei. Diese Rüge hat er mit Schreiben vom 4.5.2012 noch näher begründet. Insgesamt wird der Nachprüfungsantrag damit auf eine unzutreffende Bewertung der Auskömmlichkeit seines Angebots durch die Antragsgegnerin gestützt.

b)

Das Vergabeverfahren hat sich durch Zuschlagserteilung erledigt.

Ein Zuschlagsverbot für den öffentlichen Auftraggeber besteht der Sache nach während der Wartefrist nach der Vorabmitteilung gem. § 101a GWB. Es endet jedoch mit Ablauf der in § 101a Abs. 1 GWB genannten Frist, während das Zuschlagsverbot



gem. § 115 Abs. 1 GWB erst mit einer Information der Vergabestelle über den Nachprüfungsantrag durch die VK beginnt. Es ist also durchaus möglich, dass in dem Zeitraum zwischen Eingang des Nachprüfungsverfahrens bei der VK und der Information des Auftraggebers der Zuschlag wirksam erteilt wird (Kus in: Kulartz/Kus/Portz, GWB –Vergaberecht, 2. Aufl., § 115 Rn. 17 m.w.N.). Eine formlose Information des Auftraggebers durch einen Bieter vermag daran nichts zu ändern, weil das Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 GWB nur durch eine Information seitens der VK ausgelöst wird. Dieses Ergebnis lässt sich nur vermeiden, indem der Nachprüfungsantrag noch während der Wartefrist des § 101a Abs. 1 GWB so rechtzeitig gestellt wird, dass eine Zustellung durch die VK noch vor dem Ende der Stillhaltefrist des § 101a GWB möglich ist (Kus a.a.O.).

Da hier die Frist von 10 Kalendertagen gem. § 101a Abs. 1 Satz 4 GWB am Tag nach der Absendung des Informationsschreibens per Fax und E-Mail – mithin am 28.4.2012 – zu laufen begann und am 7.5.2012, 24.00 Uhr endete, ist der Zuschlag am 8.5.2012 vor Übersendung des Nachprüfungsantrags an die Vergabestelle wirksam erteilt worden.

Zu Unrecht ist der Antragsteller daher Auffassung, der Zuschlag habe am 8.5.2012 nicht erteilt werden dürfen, weil sein Verfahrensbevollmächtigter die Antragsgegnerin schon am 7.5.2012 von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens in Kenntnis gesetzt habe. Träfe seine Auffassung zu, wäre der Feststellungsantrag schon unzulässig. Denn ein unter Verstoß gegen § 115 Abs. 1 GWB erteilter Zuschlag ist nichtig und führt nicht zur Erledigung des Vergabeverfahrens, so dass die Voraussetzungen für die Umstellung des Nachprüfungs- auf einen Feststellungsantrag nicht erfüllt wären (Nowak in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 115 Rn. 10; Gause in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht Kompaktkommentar, 2. Aufl., § 114 GWB Rn. 11).

c)

Das erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Ein Feststellungsinteresse kann insbesondere gegeben sein, wenn der Feststellungsantrag der Vorbereitung

eines Schadensersatzanspruchs dient. Es ergibt sich für den Antragsteller in der Regel aus der Bindungswirkung des § 124 Abs. 1 GWB, sofern ein Schadensersatzanspruch nicht auszuschließen ist.

Nur wenn ein Schadensersatzprozess völlig aussichtslos erscheint und auch sonst kein Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art zu erkennen ist, fehlt das Feststellungsinteresse (Weber in: Schulte/Just, Kartellrecht, § 123 Rn. 23; König in: Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, Vergaberecht, § 123 GWB, Rn. 19). Nach diesen Kriterien hat die VK ein Feststellungsinteresse des Antragstellers zu Recht bejaht.

2.

Der Feststellungsantrag ist jedoch unbegründet.

Der Antragsteller ist durch die Antragsgegnerin nicht in seinen Bieterrechten gem. § 97 Abs. 7 GWB verletzt worden. Die Antragsgegnerin hat das Angebot des Antragstellers zu Recht auf dessen Auskömmlichkeit hin überprüft und ist ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass das Angebot auszuschließen ist, weil der Antragsteller die Auskömmlichkeit seines Angebots nicht stichhaltig belegt hat.

a)

Gem. § 19 Abs. 6 VOL/A EG verlangen die Auftraggeber vom Bieter Aufklärung, wenn ein Angebot im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig ist. Anhaltspunkte für einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis können etwa die Angebote anderer Bieter oder die Kostenermittlung des Auftraggebers bieten. In der Rechtsprechung der Nachprüfungsinstanzen werden unterschiedliche Prozentsätze als Indikator für einen unangemessen niedrigen Preis genannt. Eine einheitliche bestimmte Untergrenze gibt es nicht. Eine Prüfung ist etwa veranlasst bei einer Abweichung von mehr als 20% zum nächstgünstigsten Angebot (Senat, Beschl. v. 30.4.2004, 11 Verg 5/04 bei juris). Teilweise werden auch schon Abweichungen von mehr als 10% für ausreichend angesehen (Stolz in: Willenbruch/Wieddekind, a.a.O. § 19 VOL/A EG Rn.78 m.w.N.). Da das Angebot des Antragstellers um

18,66% günstiger war, als dasjenige des nächstplatzierten Bieters und um rund 22% unter dem sogenannten Erwartungswert der Antragsgegnerin lag, war die Antragsgegnerin nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, Aufklärung über die Wirtschaftlichkeit des Angebots zu verlangen. Erscheint ein Angebot nach den vorstehend genannten Kriterien ungewöhnlich niedrig, steht dem Auftraggeber kein Ermessen zu, sondern trifft ihn eine Aufklärungspflicht (Horn in: Müller-Wrede, VOL/A, 3. Aufl., § 19 EG Rn. 180; Jürschik in: Heuvels/Höß/Kuß/Wagner, Vergaberecht, § 16 VOL/A, Rn. 48).

Erscheint der Gesamtpreis im Verhältnis zur angebotenen Leistung ungewöhnlich niedrig, ist weiter zu prüfen, welche Bestandteile des Angebots im Einzelnen Ursache für den niedrigen Preis sind. Sodann muss dem Bieter Gelegenheit gegeben werden, die Seriosität der betreffenden Preisbestandteile nachzuweisen (Stolz a.a.O., Rn. 79).

b)

Dementsprechend ist die Antragsgegnerin vorgegangen.

Sie hat dem Antragsteller wiederholt Gelegenheit gegeben, ihre Nachfragen substantiell zu beantworten und die sich aus seinen Stellungnahmen ergebenden neuen Fragen aufzuklären.

aa)

Da das Angebot des Antragstellers bei den Preisfaktoren B und C einen beträchtlichen Abstand zum nächstplatzierten Bieter und zu ihrer eigenen Kostenschätzung aufwies, forderte die mit dem Vergabeverfahren betraute Ingenieurgesellschaft (nachfolgend: A ) den Antragsteller zunächst mit Schreiben vom 23.3.2012 u.a. zur Vorlage und Kalkulation aller Preisfaktoren auf.

Die erste Stellungnahme des Antragstellers vom 28.3.2012 führte zu weiteren Fragen, insb. hinsichtlich der Preisfaktoren Fahrplanstunden (Personalkosten) und Fahrplannutzkilometer ( Kraftstoffkosten). In dem Schreiben der A vom 3.4.2012, heißt es u.a.:

„Die in Ihrem Schreiben vom 28.3.2012 dargestellte Anzahl an Fahrern erscheint uns sehr gering. Wir bitten um Übersendung der Dienstplanung, ggfs. um Erläuterung, wie der vertragsgegenständliche Verkehr mit der angegebenen Anzahl an Fahrern erbracht werden kann. Die Ausführungen müssen auch Angaben über die kalkulierten Monats- und Jahresarbeitszeiten der Fahrpersonale sowie quantifizierte Aussagen zur Berücksichtigung der unproduktiven Arbeitszeit (Urlaub, Krankheit, Feiertage etc.) enthalten. Wir bitten Sie ferner um nähere Erläuterung, aus welchen Positionen sich der angegebene Bruttolohn pro Stunde zusammensetzt.

Die in Ihrem Schreiben ...dargestellten Leerkilometer erscheinen uns zu gering. Wir bitten daher um Übersendung und Erläuterung der Fahrzeugumlaufplanung. Zu den einzelnen Fahrzeugumläufen sind jeweils...anzugeben

Fahrzeugtyp;

Angabe, wo die Fahrzeuge stationiert werden;

Angabe der jeweiligen Gesamtkilometer für die jeweiligen Fahrzeugumläufe;

Darstellung des kalkulierten Kraftstoffverbrauchs“.

bb)

Diese Fragen beantwortete der Antragsteller mit Schreiben vom 6.4.2012 u.a. wie folgt:

„Das Unternehmen . nimmt seit mehr als 50 Jahren sowohl am Reiseverkehrs- als auch am Linienverkehrsmarkt erfolgreich teil. Insbesondere zeichnet sich das Unternehmen durch Zuverlässigkeit, langjährige Betriebszugehörigkeit der Mitarbeiter, gepflegte und technisch sichere Fahrzeuge, sowie Vertrauenswürdigkeit aus. Die effektive und flexible Organisation des Unternehmens gestattet es, eine vom Markt akzeptierte – faire Preispolitik zu betreiben. Auf dieser Basis ist auch das Angebot zum Linienbündel „ „ aufgebaut worden. Da sich die Firma neben dem öffentlichen Linienverkehr auch insbesondere mit Werkslinien befasst, dürfte dem Betrachter klar sein, dass gerade hier die Verbindung von Linienumläufen eine kostengünstige und umweltschonende Variante darstellt.

...

Der Fahrzeugpark soll für den Fall der Zuschlagserteilung u.a. um neun neue Fahrzeuge erweitert werden. Die Versorgung mit Ersatzfahrzeugen ist also in jedem Fall sichergestellt. Zusatzkosten wurden hier bewusst nicht kalkuliert, da wir als Privatunternehmen den Grundsatz des unternehmerischen Risikos, wenn auch möglichst minimalistisch, verfolgen.

...

Die Firma beschäftigt zZ. 32 Fahrerinnen und Fahrer, die flexibel sowohl im Linien- wie im Reiseverkehr eingesetzt werden. Darüber hinaus verfügen Mitarbeiter der Verwaltung und der Werkstatt über den Führerschein zur Fahrgastbeförderung... In der Geschichte des Unternehmens ist noch nie eine Fahrt wegen eines plötzlichen Krankheitsfalls ausgefallen....

...

Bitte sehen Sie uns nach, dass ein konkreter Dienstplan ...erst nach Zuschlagserteilung erstellt wird. Die von uns vorgesehenen Gesamtjahresstunden sind ausreichend, um die sich aus dem Linienbündel ergebenden Umläufe mit ausreichend Personal zu versehen.

Die Summe der Leerkilometer ergibt sich aus mehreren Vorverabredungen. Fahrertausch bzw. bei längeren Planunterbrechungen Fahrerabholung findet durch unseren eigenen Beförderungsdienst statt. Die Fahrzeuge werden schon aus ökologischen Gesichtspunkten heraus nur für den Fall „Leer“ bewegt, als das Ankunfts- und nächster Abfahrtort nicht überein stimmt. Hierfür sind ortsnahe Parkmöglichkeiten angefragt und für den Zuschlagsfall in vertragliche Aussicht gestellt worden.

Die Angabe des Fahrzeugtyps erübrigt sich schon deswegen, da es sich ausschließlich um Fahrzeuge der Kategorie A handelt, die den Vorgaben entsprechend ausgerüstet sind.

Im Übrigen bitten wir um Verständnis, dass wir den Kraftstoffverbrauch in Zusammenarbeit mit der Herstellerfirma unter Berücksichtigung der Topographie der Fahrtrouten ermittelt haben.

Die Umlaufplanung ist durch praktisches Abfahren der Fahrtrouten entstanden, gehen Sie davon aus, dass die in der Kalkulation angesetzten Werte der Realität entsprechen. Die Verbindung der Fahrplanrouten, respektive die Erfüllung der gestellten Aufgaben, mit den schon eingangs erwähnten „eigenen Linien“ möchten wir jedenfalls zu diesem Zeitpunkt nicht offenbaren.

Abschließend sei die Bemerkung erlaubt, dass Privatunternehmen des Omnibusbeförderungsgewerbes natürlich nur knapp oberhalb der Worecase – Grenze kalkulieren, um sich möglichst mit Erfolg zu bewerben.“

cc)

Aufgrund der zum Teil nicht vorgelegten Nachweise sowie noch offener Fragen wurde der Antragsteller mit Schreiben der A vom 16.4.2012 mit Fristsetzung bis 19.4.2012, 14.00 Uhr aufgefordert, die Urkalkulation für die Preisfaktoren B und C vorzulegen. Darüber hinaus wurden vertiefte Informationen über den Fahrerbeförderungsdienst abgefragt. So heißt es dort u.a.:

„Weiterhin haben Sie in Ihrem Schreiben ...ausgeführt, dass bei der Berechnung der Leerkilometer sowohl ein Fahrertausch als auch eine Fahrerabholung durch einen eigenen Fahrerbeförderungsdienst berücksichtigt worden sind. Wird den Fahrern die Zeit für die Beförderung bezahlt? Wenn ja, wieviele Stunden sind dafür kalkuliert? Nach unserer Einschätzung sind die dargestellten Leerkilometer zu niedrig kalkuliert. Wir fordern Sie auf, uns die Urkalkulation für Ihr Angebot, Preisliste C, vorzulegen.

...

Darüber hinaus fordern wir Sie nochmals auf, die kalkulierten Kraftstoffkosten je Fahrzeugtyp (Standardbus, Gelenkbus) sowie eine detaillierte Berechnung des Kraftstoffverbrauchs vorzulegen.“

...

Die nach Ablauf der bis 16.30 Uhr verlängerten Frist um 16.32 Uhr eingegangene Stellungnahme des Antragsteller verweist zu mehreren Positionen wie etwa Fahrereinsatz Montag – Freitag, sonstige Werksverkehre, Umlaufplanung auf Anlagen, die dem Fax–Schreiben nicht beigefügt waren und erst am späteren Abend nachgereicht wurden. Eine Urkalkulation wurde nicht vorgelegt.

c)

Kommt der Auftraggeber seiner Verpflichtung den Sachverhalt durch Nachfragen weiter aufzuklären nach, geht die Beweislast auf den Bieter über (Horn a.a.O.). Sinn und Zweck des Aufklärungsverlangens ist es, dem Bieter die Möglichkeit zu eröffnen, den Anschein der Unauskömmlichkeit zu widerlegen. Reicht er Unterlagen ein, die wirtschaftlich und rechtlich nachvollziehbar belegen, dass tatsächlich kein ungewöhnlich niedriger Preis vorliegt oder der Bieter in der Lage ist, die Leistung unbeanstandet zu erbringen, so kann sein Angebot bei der Wertung berücksichtigt werden. Das Angebot ist umgekehrt jedoch auszuschließen, wenn der Bieter die (vermeintliche) Unauskömmlichkeit des Angebots nicht stichhaltig erklären kann (Jürschik a.a.O. Rn. 49; Stolz a.a.O. Rn. 81). Dabei sind alle vorgebrachten Erläuterungen zu berücksichtigen. Der Nachweis ist nicht dadurch geführt, dass allein Angaben und Erklärungen wertenden Inhalts gemacht werden. Gibt der Bieter keine, nur pauschale oder keine plausiblen Erklärungen für sein Angebot ab, so ist der Nachweis eines angemessenen Angebotspreises nicht erbracht und das Angebot von der weiteren Wertung auszuschließen (VK Thüringen, Beschl. v. 9.9.2005 – Az.: 360 4002.20 -0009/05-SON).

Bei der Bewertung der abgegebenen Antworten handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, die der Auftraggeber aufgrund des Angebots und der hierzu erteilten Auskünfte zu treffen hat. Dabei steht ihm zwar kein Ermessens-, aber ein Beurteilungsspielraum zu, der nur einer eingeschränkten Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen unterliegt. Eine Verletzung des Beurteilungsspielraums liegt nur vor, wenn die von der Vergabestelle getroffenen Sachverhaltsermittlungen und – Feststellungen oder die Anwendung vergaberechtlicher Rechtsbegriffe auf willkürlichen und sachwidrigen Erwägungen beruhen (VK Sachsen, Beschl. v. 23.2.2009 –Az.: 1/SVK/003-09; VK Berlin, Beschl. v. 27.7.2009, Az.: VK B1-18/09).

Maßgeblich für die Entscheidung des Auftraggebers ist, ob dieser auch nach Überprüfung der eingeholten Auskünfte noch so erhebliche Zweifel an der Auskömmlichkeit eines Angebots haben konnte, dass ihm ein Zuschlag auf das Angebot wegen der damit verbundenen Risiken nicht zugemutet werden kann.

d)

Dass die Antragsgegnerin ihre Zweifel an der Auskömmlichkeit aufgrund der Angaben des Antragstellers nicht ausgeräumt sieht, begegnet vor diesem rechtlichen Hintergrund keinen Bedenken. Wie schon die VK zutreffend ausführt, war aus den jeweiligen Antworten für die Antragsgegnerin nicht erkennbar, aufgrund welcher Kalkulation der Antragsteller ein so günstiges Angebot unterbreiten konnte. Die Antworten waren pauschal und nichtssagend, erschienen ausweichend und ohne nachvollziehbare Substanz. Hierüber findet sich ein umfassender Vermerk in der Vergabeempfehlung, in dem es auszugsweise heißt:

„Die Anzahl der Fahrpersonale erscheint sehr gering, die Annahme der Vergabestelle liegt mit 22 Fahrpersonalen deutlich höher. In der Verkehrsspitze an Werktagen (Montag – Freitag) werden bei 11 Fahrzeugen sowie aufgrund der vorgegebenen Längen der Betriebszeiten ca. 13 – 14 Fahrpersonale benötigt. Damit wäre die kalkulierte Anzahl an Fahrern bereits ausgeschöpft. Es erscheint daher fraglich, wie die Verkehrsleistung bei Krankheits- und Urlaubstagen der von K. (Antragsteller) kalkulierten 14 Fahrpersonale erbracht werden kann.

...

Der von     angegebene Stundenlohn ...liegt deutlich unter dem von der Vergabestelle kalkulierten Wert. Den Angaben lässt sich nicht entnehmen, aus welchen Einzelpositionen sich der Betrag von 11,99 € /Std. zusammensetzt. Mit der Unterschrift unter dem Angebotsschreiben hat     versichert, ...die als Mindestvergütung vorgegebenen Stundenlöhne des jeweiligen Tarifvertrags für das private Omnibusgewerbe des Landesverbands Hessischer Omnibusunternehmer bei der Entlohnung der Fahrpersonale einzuhalten. Aktuell wäre die Mindestvergütung 10,51 € /Std. Die verbleibenden 1,48 € für Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit ...erscheinen nicht auskömmlich. Darüber hinaus befinden sich die Tarifparteien bezüglich des LHO – Tarifs aktuell in Tarifverhandlungen, es ist mit Lohnsteigerungen zu rechnen.

...Die Quote der Leerkilometer liegt deutlich unter den kalkulierten Werten der Vergabestelle. ...Selbst mit einer veränderten Umlaufplanung erscheint es



zweifelhaft, ob die Anzahl der von      angegebenen Leerkilometer ausreichend kalkuliert ist.

...Die Angaben hinsichtlich der Kosten für den Kraftstoff liegen im Bereich der seitens der Vergabestelle angenommenen Höhe. Der durchschnittliche Verbrauch von 30l/100 km erscheint jedoch sehr niedrig“.

Insgesamt gesehen konnten die Bedenken der Vergabestelle zur Plausibilität der Kalkulation des Preisfaktors B und C, insbesondere hinsichtlich der Zahl der eingesetzten Fahrer, nicht ausgeräumt werden. Die Urkalkulation zu Preisfaktor B wurde nicht vorgelegt.“

Abschließend heißt es: „Der Angebotspreis von      für den Busverkehr erscheint nicht auskömmlich kalkuliert. Allein die Unterdeckung der zu gering kalkulierten      Leerkilometer übersteigt den kalkulierten Gewinn. Darüber hinaus ist wahrscheinlich, dass sich aufgrund der Ergebnisse der Tarifverhandlungen zum LHO – Tarif das Defizit weiter erhöht, da      keinen Risikoaufschlag einkalkuliert hat. Weitere Risiken können sich aus der Zahl der kalkulierten Fahrzeuge bzw. der kalkulierten Fahrpersonale ergeben. Aufgrund widersprüchlicher oder unvollständiger Angaben kann die Kalkulation diesbezüglich nicht abschließend bewertet werden. Aufgrund der bereits bestehenden Unterdeckung sowie unter Berücksichtigung der bestehenden Risiken, die zu einer Erhöhung des Defizits führen können, ist davon auszugehen, dass das Angebot nicht auskömmlich ist.“

Dass der Antragsteller dem Aufklärungsverlangen der Antragsgegnerin nicht umfassend nachgekommen ist, ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass er die ihm mit der 3. Aufklärungsaufforderung gestellten Fragen weder fristgerecht noch vollständig beantwortet und insbesondere die Urkalkulation nicht vorgelegt hat. Darüber hinaus hat er in seiner Rüge vom 30.4.2012 selbst vorgetragen, er habe nicht alle Einsparmaßnahmen „im Detail anbringen können“, weil die Befürchtung bestehe, dass bei der      A      eine „undichte Stelle“ bestehe.

Wie schon die VK zutreffend ausgeführt hat, war die Antragsgegnerin auch nicht verpflichtet, dem Antragsteller solange Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben, bis er alle Fragen zur Überzeugung der Antragsgegnerin beantwortet hatte. Der Auftraggeber muss dem Bieter unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 6 VOL/A EG zwar zwingend Gelegenheit zur Aufklärung seines Angebots geben. Kommt der Bieter dem indessen nicht oder eher halbherzig und zögerlich nach, so trägt er das Risiko der unterbliebenen oder nicht vollständigen Aufklärung. Die A hat dem Antragsteller deshalb anlässlich des 3. Aufklärungsschreibens zu Recht eine Frist zur abschließenden Beantwortung ihrer Fragen gesetzt. Nachdem der Antragsteller die an ihn gerichteten Fragen innerhalb der Frist nicht und auch nach deren Ablauf nicht vollständig beantwortet hatte, konnte die Antragsgegnerin die Stichhaltigkeit der gebotenen Aufklärung anhand der ihr bis dahin vorgelegten Unterlagen überprüfen und war nicht gezwungen, dem Antragsteller nochmals Gelegenheit zu weiterem Vortrag zu geben.

e)

Die Beschwerde zeigt keine Gesichtspunkte auf, die diese Beurteilung als fehlerhaft erscheinen lassen könnten. Sie geht von der rechtsirrigen Vorstellung aus, die Antragsgegnerin habe darzulegen, dass ein offenkundiges Missverhältnis zwischen dem Preis und der angebotenen Leistung besteht. Indes handelt es sich – wie dargelegt – um eine Obliegenheit des Bieters, die Auskömmlichkeit seines Angebots stichhaltig darzulegen.

Im Übrigen beschränkt sich die Beschwerde auf die pauschale Behauptung, der Antragsteller habe alle an ihn gerichteten Anfragen vollständig beantwortet, ohne auf die zahlreichen Einzelheiten einzugehen, die in der Vergabeempfehlung erörtert werden und die ihm im Zuge des Nachprüfungsverfahrens bekannt gegeben wurden.

aa)

Formulierungen wie „die Behauptung einer Unterdeckung bei den kalkulierten Leerkilometern sei völlig abwegig“ genügen dabei nicht einmal den Anforderungen an eine ausreichend substantiierte Beschwerdebegründung. Selbst wenn diese nur äußerst gering sind, hat der Beschwerdeführer doch zumindest die Tatsachen

vorzutragen, auf die sich die Beschwerde stützt (§ 117 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Daran fehlt es der Beschwerdebegründung durchgehend.

Ebenso wenig ist nachvollziehbar, warum es der Vergabestelle nicht zustehen soll, die Angaben des Antragstellers zum Kraftstoffverbrauch zu bezweifeln, zumal sie dies nachvollziehbar damit begründet, dass sich der Antragsteller auf die Wiedergabe der Herstellerangaben beschränkt hat, welche „erfahrungsgemäß eher zu niedrig“ ausfallen. Die Beschwerde begründet ihre Auffassung ebenso wenig wie sie darlegt, woraus die Antragsgegnerin entnehmen können soll, dass die Fahrer des Antragstellers die Herstellerangaben teilweise sogar unterbieten. Nachvollziehbare und belastbare Tatsachenangaben hierzu hat weder der Antragsteller im Rahmen der Angebotsaufklärung geliefert, noch ergeben sich aus der Beschwerdebegründung die erforderlichen Tatsachen und Beweisangebote.

bb)

Auch im Übrigen setzt sich die Beschwerdebegründung nicht in einer Weise mit dem Vergabevermerk auseinander, die ihre Argumentation nachvollziehbar erscheinen ließe. Die Behauptung einer „andersartigen Kalkulation der Leerkilometer im Angebot des Antragstellers, die durch einzigartige betriebswirtschaftliche Synergieeffekte ein erhebliches Einsparpotential erzeuge“, lässt in keiner Weise erkennen, auf welchen Fakten die Einspareffekte konkret beruhen und wie sie den Antragsteller in die Lage versetzten, ein so günstiges Angebot abzugeben. Das gilt ebenso von der Behauptung, es könne dem Antragsteller nicht zum Nachteil gereichen, dass er über einen anderen wirtschaftlichen Sachverstand verfüge, als der Mitarbeiter der Vergabestelle. Verunglimpfungen dieser Art können einen substantiierten Tatsachenvortrag zur Angebotsaufklärung nicht ersetzen.

cc)

Schließlich ist nicht ersichtlich, worauf die Beschwerde ihre Behauptung stützt, der Umlaufplan sei von der Antragsgegnerin nicht zur Kenntnis genommen worden. Das Gegenteil ergibt sich aus der Vergabeempfehlung selbst, die sich ausführlich auch mit dem Umlaufplan befasst. So heißt es dort u.a.:

„Die von beigefügte Fahrzeugumlaufplanung war nicht vollständig, lediglich die Umlaufplanung an Schultagen wurde vorgelegt....Nicht beigefügt war die abgeforderte Aufstellung der Nutzwagen- und Leerkilometer je Fahrzeugumlauf... Aufgrund der fehlenden Daten wurde seitens des Auftraggebers eine überschlägige Berechnung der Leerkilometer anhand der vorgelegten Umlaufplanung vorgenommen.. Da die Standorte der Fahrzeuge nicht ortsteilscharf vorgelegt wurden, wurden mittlere Entfernungen zu den Gemeinden des jeweiligen Standorts der Fahrzeuge für die Ein- und Ausrückfahrten angenommen....Unter diesen Annahmen zeigt sich, dass die Anzahl der kalkulierten Leerkilometer nicht ausreichend ist.

...

Unter der Annahme, dass der von kalkulierte durchschnittliche Kraftstoffverbrauch erreicht werden könnte, und unter Beachtung des von kalkulierten Preises je Liter Kraftstoff würde sich eine Unterdeckung der Kalkulation nur für die Kraftstoffkosten von ca. 33.100 € netto pro Jahr ergeben....Aufgrund von großen Zweifeln an der Höhe des Kraftstoffverbrauchs dürfte die Unterdeckung noch höher ausfallen“.

dd)

Soweit die Beschwerde meint, dem Antragsteller sei hinsichtlich Lohnkosten zu Unrecht entgegengehalten worden, dass mit Tariferhöhungen zu rechnen sei, da nach den Ausschreibungsbedingungen als Untergrenze die tarifliche Entlohnung gefordert worden sei, woran er sich gehalten habe, verkennt er die insoweit von der Vergabestelle erhobenen Bedenken. Gerade weil er sich zur Einhaltung der tariflichen Mindeststandards verpflichtete, befürchtete die Antragsgegnerin eine zu knappe Kalkulation der Löhne im Falle einer bevorstehenden tariflichen Lohnerhöhung.

e)

Da die von dem Antragsteller geleistete Aufklärung unvollständig und nicht plausibel war, ist sein Ausschluss gerechtfertigt und beruht nicht auf sachfremden, willkürlichen Erwägungen.

3.

Die sofortige Beschwerde war daher zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus §§ 120 Abs. 2, 78 GWB.

Der Streitwert war gem. § 50 Abs. 2 GKG in Höhe von 5% der Bruttoauftragssumme festzusetzen. Dabei war der 8-fache Brutto-Jahresauftragswert nach dem Angebot des Antragstellers zugrunde zu legen.

Dr. Weber

Dr. Mockel

Dr. Fehns - Böer