

Leitsätze 69 d VK 24/2010

- I. Ein Bieter darf im Vergabenaachprüfungsverfahren auch das behaupten, was er aus seiner Sicht der Dinge nur für wahrscheinlich oder möglich hält. Unzulässig und damit unbeachtlich sind demnach lediglich willkürliche, aufs Geratewohl oder eben „ins Blaue hinein“ aufgestellte Behauptungen. In Fällen eines unverschuldeten Informationsdefizits muss es genügen, dass ein Bieter konkrete Tatsachen vorträgt, die den hinreichenden Verdacht eines Vergaberechtsstoßes begründen.
- II. § 25 Abs. 2 VOL/A a.F. (sowie dessen Nachfolgevorschrift) entfalten nur ausnahmsweise drittschützende Wirkung.
- III. Ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung im Sinne der vorgenannten Vorschrift ist nur dann anzunehmen, wenn die Angebotspreise insgesamt erheblich voneinander abweichen. Es bleibt offen, ob ausnahmsweise auch ein erheblicher Unterschied bei einzelnen Preispositionen beachtlich wird, wenn diese Preise einen erheblichen Teil der Gesamtleistung ausmachen oder einen in sich abgeschlossenen Teil der Gesamtleistung darstellen.



Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

Bietergemeinschaft _____, vertreten durch die
_____ GmbH & Co. KG, diese vertreten durch die Geschäftsführer _____ und

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

- 1.
2. Verkehrsverbund

Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

Weitere Beteiligte:

- Beigeladene -

Leitsätze 69 d VK 24/2010

- I. Ein Bieter darf im Vergabenaachprüfungsverfahren auch das behaupten, was er aus seiner Sicht der Dinge nur für wahrscheinlich oder möglich hält. Unzulässig und damit unbeachtlich sind demnach lediglich willkürliche, aufs Geratewohl oder eben „ins Blaue hinein“ aufgestellte Behauptungen. In Fällen eines unverschuldeten Informationsdefizits muss es genügen, dass ein Bieter konkrete Tatsachen vorträgt, die den hinreichenden Verdacht eines Vergaberechtsstoßes begründen.
- II. § 25 Abs. 2 VOL/A a.F. (sowie dessen Nachfolgevorschrift) entfalten nur ausnahmsweise drittschützende Wirkung.
- III. Ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung im Sinne der vorgenannten Vorschrift ist nur dann anzunehmen, wenn die Angebotspreise insgesamt erheblich voneinander abweichen. Es bleibt offen, ob ausnahmsweise auch ein erheblicher Unterschied bei einzelnen Preispositionen beachtlich wird, wenn diese Preise einen erheblichen Teil der Gesamtleistung ausmachen oder einen in sich abgeschlossenen Teil der Gesamtleistung darstellen.

wegen Ausschreibung Personenbeförderung im Linienverkehr (2011 C), Vergabe Linienbündel (regionales und lokales Linienbündel / , lokales Linienbündel ,)

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende RD'in Charlotte Mania, den hauptamtlichen Beisitzer ROR Markus Schwarz und die ehrenamtliche Beisitzerin TAFr Claudia Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlungen vom 12. August und 13. Oktober 2010 am 25. Oktober 2010 beschlossen:

- I. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
- II. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung der Antragstellerin und der Antragsgegner notwendigen Auslagen tragen die Antragstellerin zu vier, die Antragsgegner gesamtschuldnerisch zu einem Fünftel.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von 35.000,- € festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Antragsgegner war erforderlich.

Gründe:

I.

Mit europaweiter Bekanntmachung vom 4. Mai 2010 (2010/S 86-129158) schrieben die Antragsgegner die Durchführung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsdienstleistungen im Buspersonennahverkehr im Verbundraum im Kreis im Bereich in vier Linienbündeln aus. Jedes Los betraf ein Linienbündel. Als Vertragslaufzeit sind acht Jahre, beginnend am 10. Dezember 2010, vorgesehen. Die Frist zur Angebotsabgabe endete am 16. Juni 2010. Als Zuschlagskriterien waren genannt mit gleicher Gewichtung: die Höhe der angebotenen Preise unter Berücksichtigung der Preisfortschreibung und die Wahl der Bonus- Malus - Kategorie.

An insgesamt 20 Firmen wurden auf deren Anforderung Verdingungsunterlagen übersandt. Innerhalb der angegebenen Frist gingen von acht Firmen Angebote ein, darunter diejenigen der Antragstellerin und der Beigeladenen. Kein Angebot wurde wegen Unvollständigkeit oder formaler Mängel ausgeschlossen. Die preisliche Auswertung erfolgte anhand der ausgefüllten Angebotskalkulation, außerdem war jeweils im verschlossenen Umschlag die Urkalkulation beizufügen.

Für die Gesamtwertung der Lose 1 (Regionales Linienbündel und 2 (Lokales Linienbündel) sowie für das Los 3 (Lokales Linienbündel) wurden jeweils vier und für Los 4 (Lokales Linienbündel) sieben Angebote gewertet. Die Antragstellerin erreichte bei den Losen 1 und 2 sowie dem Los 3 jeweils den 2. und bei Los 4 den 7. Patz. Die Beigeladene erzielte bei allen Losen den ersten Platz.

Im Rahmen ihres Angebotes hatten die Bieter das den Verdingungsunterlagen als Anlage 13 beigefügte Preisblatt auszufüllen. Darin waren Preise für

- eingesetzte Fahrzeuge (A 1) unter gesonderter Ausweisung des darin enthaltenen LIAS- Beistellungsentgelts (A 1.1);
- Fahrplanstunden (A 2) unter gesonderter Ausweisung der Gesamtpersonalkosten (A 2.1) sowie der darin (A 2.1) enthaltenen Fahrpersonalkosten (A 2.2) sowie für
- Fahrplannutzkilometer (A 3) unter gesonderter Ausweisung der darin enthaltenen Kraftstoffkosten (A 3.1)

anzugeben. Die Differenz des Preises für die Fahrplanstunden (A 2) und der Gesamtpersonalkosten (A 2.2) war im Preisblatt nicht gesondert auszuweisen. Diese „stille Position“ enthält nach den Verdingungsunterlagen sämtliche Fix- und Overheadkosten, die nicht ausdrücklich an anderer Stelle einzupreisen waren.

Mit Schreiben vom 7. Juli 2010 teilten die Antragsgegner der Antragstellerin gemäß § 101a GWB mit, es sei beabsichtigt, den Zuschlag frühestens am 19. Juli 2010 auf die Angebote der Beigeladenen zu erteilen. Die Angebote der Antragstellerin stellten unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen genannten Zuschlagskriterien jeweils nicht das wirtschaftlichste dar.

Mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 12. Juli 2010 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung, da diese unter Verstoß gegen vergaberechtliche Grundsätze zustande gekommen sei. Nach den der Antragstellerin zugetragenen Informationen habe die Beigeladene ihr Angebot unter Einsatz von erheblich mehr

Fahrzeugen kalkuliert als dies zur Erfüllung der Verkehrsdienstleistungen (für sie – die Antragstellerin –) erforderlich sei. Dies müsse sich auch in höheren Preisen der Beigeladenen niederschlagen. Die Betriebshöfe der Antragstellerin, die diese für benachbarte und von ihr bediente Linienbündel bereits vorhalte, wiesen einen erheblichen Standortvorteil auf, der sich ebenfalls in der Preiskalkulation niederschlagen müsse. Darüber hinaus bestünde der Verdacht, dass die Beigeladene den von ihr veranschlagten Personalkosten nicht den zuletzt ausgehandelten Tarifvertrag zugrunde gelegt habe, der lediglich noch für verbindlich erklärt werden müsse. Falls die Beigeladene trotz einer größeren Fahrzeugflotte und der weniger zentral gelegenen bzw. derzeit noch gar nicht vorhandenen Betriebshöfe ein günstigeres Angebot abgegeben habe als die Antragstellerin, sei dies nur zu erklären, wenn die Beigeladene an anderer Stelle im Verhältnis zur angebotenen Leistung unangemessen niedrige Preise angeboten habe.

Die Rüge wies der Antragsgegner zu 1) mit Schreiben vom 14. Juli 2010 zurück und führte aus, es treffe nicht zu, dass die Beigeladene erheblich mehr Fahrzeuge angeboten habe als die Antragstellerin. Anhaltspunkte für ein unangemessen niedriges Angebot lägen nicht vor.

Der Nachprüfungsantrag ging am 16. Juli 2010 bei der Vergabekammer ein und wurde am selben Tag unter Berücksichtigung der am 14. Juli 2010 bzw. 16. Juli 2010 eingegangenen Schutzschriften der Antragsgegner diesen übermittelt.

Zur Begründung trug die Antragstellerin im Wesentlichen vor, durch die vorgesehene Zuschlagsentscheidung werde gegen allgemeine Grundsätze der Angebotswertung gemäß § 25 Nr. 2 VOL/A a.F. verstoßen. Sie bediene bereits das unmittelbar an die ausgeschriebenen Lose angrenzende „Linienbündel“. Hierdurch entstünden für sie erhebliche Synergieeffekte, die zu kalkulatorischen Vorteilen führen müssten. Sie habe daher ein in höchstem Maße wirtschaftliches Angebot vorlegen können. Weiterhin verfüge sie in unmittelbarer Nähe zum Verkehrsgebiet über drei Betriebshöfe, die sie für die ausgeschriebene Leistung nutzen könne. Es sei davon auszugehen, dass die Beigeladene eine höhere Anzahl von Leerfahrten berücksichtigen müsse und dies nicht durch andere Preisfaktoren kompensieren könne. Sollte die Beigeladenen trotz der anzunehmenden größeren Fahrzeugflotte und der weniger zentral gelegenen Betriebshöfe ein preisgünstigeres Angebot als sie – die Antragstellerin – abgegeben haben, komme ein Verstoß gegen das in § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A a.F. enthaltene Verbot in Betracht, Angebote mit einem unangemessen niedrigen Preis zu bezuschlagen. Außerdem sei denkbar, dass die Beigeladene gegen das Verbot einer

Mischkalkulation verstoßen habe. Dafür spreche, dass die Beigeladene trotz der aufgezeigten Wettbewerbsvorteile der Antragstellerin insgesamt ein geringfügig günstigeres Angebot abgegeben habe. Diesem Verdacht hätten die Antragsgegner jedenfalls im Rahmen der Angebotsaufklärung nach § 24 VOL/A a.F. nachgehen müssen. Die Antragstellerin hatte zunächst schriftsätzlich u.a. beantragt,

den Antragsgegnern aufzugeben, die jeweils am 7. Juli 2010 mitgeteilte Vergabeentscheidung zur Vergabe des regionalen und lokalen Linienbündels „
“ (Gesamtangebot für Los 1 und 2) und des lokalen Linienbündels „
“ (Los 3) (EU- ABl. 2010/S 89-129158 vom 4. Mai 2010) rückgängig zu machen und die Angebotswertung nach § 25 Nr. 2 und Nr. 3 VOL/A unter Einschluss des Angebotes der Antragstellerin und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und fortzusetzen.

Die Antragsgegner hatten schriftsätzlich beantragt,

den Antrag zu verwerfen bzw. zurückzuweisen.

Sie hatten zunächst vorgetragen, der Antrag sei unzulässig, da er auf Rügen „ins Blaue“ hinein beruhe und die Antragstellerin ihren Vortrag auf Mutmaßungen und Unterstellungen beschränke. Ihr Vortrag beschränke sich letztlich darauf, dass es unmöglich sei, dass ein Angebot wirtschaftlicher als ihr eigenes kalkuliert sei bzw. dass ein solches Angebot entweder gegen Vorgaben der Verdingungsunterlagen verstoßen oder unauskömmlich sein müsse. Darüber hinaus fehle der Antragstellerin die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB, da die Pflicht des Auftraggebers, ein als ungewöhnlich niedrig zu qualifizierendes Angebot zu überprüfen, nur hinsichtlich des Bieters, der ausgeschlossen werden solle, bieterschützend sei. Darüber hinaus entfalte die Vorschrift ausnahmsweise nur dann bieterschützende Wirkung, wenn das Angebot in der zielgerichteten Absicht einer Marktverdrängung abgegeben werde. Dafür lägen jedoch keinerlei Anhaltspunkte vor.

Der Antrag sei auch unbegründet, denn die Antragsgegner hätten die Preisangaben der Bieter in korrekter Weise der Wertung zugrunde gelegt. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Mischkalkulation lägen nicht vor. Hinsichtlich des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot sowie den Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatz bleibe unklar, welche Verstöße im Einzelnen geltend gemacht würden. Ein Verstoß gegen § 25 Nr. 2 Abs. 2 und Abs. 3 VOL/A a.F. komme erst bei einem preislichen Abstand von 10% bis 20 % in Betracht. Vorliegend seien die Angebotspreise nahezu identisch.

Die Antragstellerin nahm am 30. Juli 2010 Akteneinsicht.

Am 12. August 2010 fand die erste mündliche Verhandlung statt, in welcher die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert wurde. Die Kammer wies darauf hin, dass nach ihrer Auffassung gemäß § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A die Vergabestelle eine Aufklärung der Angebote hätte durchführen müssen. Derartige Verhandlungen stünden zwar im Ermessen der Vergabestelle, dies könne jedoch hier „auf Null“ reduziert sein. Der Vergleich der sog. „Fixkosten“ (Differenz aus dem Preis für Fahrplanstunden und den Gesamtpersonalkosten) müsse zu Zweifeln der Vergabestelle führen, ob alle Bieter die zu erbringende Leistung in vergleichbarer Weise kalkuliert hätten. Der Vergleich der Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen weise diesbezüglich eine Differenz im dreistelligen Prozentbereich auf. Ferner bestünden aufgrund der sehr eng beieinanderliegenden Gesamtangebotspreise einerseits und der erheblich voneinander abweichenden Fixkosten Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Mischkalkulation. Schließlich sei nicht - jedenfalls nicht ohne weitere Aufklärung - nachvollziehbar, wie die Beigeladene trotz einer höheren Anzahl von Fahrzeugen (höhere Leerkilometer) niedrigere Kraftstoffpreise kalkulieren konnte. Die Parteien schlossen daraufhin den folgenden Vergleich:

- Die Antragsgegner erklärten sich dazu bereit, hinsichtlich der einzelnen Faktoren der Preisblätter die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen zu überprüfen und aufzuklären und das Ergebnis dieser Überprüfung - insbesondere im Hinblick auf die Differenz zwischen A 2 und A 2.1 - hinreichend darzulegen.
- Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben ihre Zustimmung zur Öffnung der Urkalkulation und sagten zu, den Antragsgegnern umgehend die kalkulationserheblichen Umlaufpläne zur Verfügung zu stellen.
- Die Antragstellerin und die Beigeladene erklärten sich weiterhin an ihre Angebote gebunden.
- Nach erfolgter Aufklärung der Angebote durch die Antragsgegner sollte eine erneute Mitteilung nach § 101a GWB erfolgen. Danach sollte die Antragstellerin entscheiden, ob sie - durch eine erneute Rüge innerhalb der nach § 101a GWB maßgeblichen Frist - das Nachprüfungsverfahren fortsetzen wolle, andernfalls könne der Zuschlag erfolgen.

Am selben Tag wurden die Urkalkulationen der Antragstellerin und der Beigeladenen durch die Antragsgegner geöffnet, die Umlaufpläne der Bieter gingen am 13. August

bzw. am 16. August 2010 beim Antragsgegner zu 1) ein. Die Antragstellerin teilte ergänzend mit, im Los 1 und 2 sei ein achtzehnter Bus erfasst. Dieser sei im Los „Herborn“ bereits vorhanden und decke dort die Nachmittags- Spitze ab, wohingegen im vorliegend ausgeschriebenen Verkehr lediglich die Vormittags- Spitze mit diesem Bus zu bedienen sei. Die geringe Entfernung der beiden Linienbündel erlaube ein solches Vorgehen.

Mit Schreiben vom 23. August 2010 forderten die Antragsgegner die Antragstellerin und die Beigeladene auf, die den Preisfaktoren A 2 und A 3 zugeordneten Summenbeträge auf die dort genannten Einzelpositionen bzw. Fahrzeuge aufzuschlüsseln und differenziert darzustellen.

Die Stellungnahmen der Beigeladenen gingen am 25. August 2010 ein. Die Antragstellerin erklärte zunächst mit Schreiben vom 25. August 2010, die geforderte Aufklärung ergebe sich bereits aus der übergebenen Urkalkulation, zu einer weiteren Aufschlüsselung sei sie nicht verpflichtet. Nach erneuter Aufforderung wurde die im Preisfaktor A 2 enthaltene Summe für „sämtliche Rest- und Overheadkosten“ auch von ihr für bestimmte Faktoren aufgeschlüsselt.

Mit Schreiben vom 31. August 2010 teilte der Antragsgegner zu 1) der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot betreffend Los 1 und 2 ausgeschlossen werde, weil die in den Umlaufplänen angegebene Zahl der eingesetzten Busse (18) nicht mit der im Gesamtangebot ausgewiesenen Fahrzeugzahl (17) übereinstimme. Darüber hinaus liege bei der Berechnung der Fahrpersonalkosten ein Kalkulationsfehler vor. Das Angebot der Bestbieterin sei ebenfalls entsprechend geprüft und die von der Vergabekammer geäußerten Zweifel seien ausgeräumt worden. Es sei daher beabsichtigt, der Beigeladenen den Zuschlag für deren Gesamtangebot für die Lose 1 und 2 zu erteilen.

Auch der Antragsgegner zu 2) wies mit Schreiben vom 31. August 2010 auf den Kalkulationsfehler im Angebot der Antragstellerin zu Los 3 hinsichtlich der Personalkosten sowie auf die durchgeführte Überprüfung der Angebote hin und teilte mit, es sei beabsichtigt, der Beigeladenen den Zuschlag für Los 3 zu erteilen.

Die Antragstellerin erhob mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 2. September 2010 Rüge gegen die Ausschlussentscheidung und führte aus, es sei weiterhin von einer unzulässigen Mischkalkulation im Angebot der Beigeladenen auszugehen, was zu deren Ausschluss führen müsse. Mit Schriftsatz vom selben Tag an die Vergabekammer

beantragt die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die Ausführungen in den Rügen die Fortführung des Nachprüfungsverfahrens.

Am 28. September nahm die Antragstellerin Einsicht in die fortgeschriebene Vergabeakte. Mit Telefonat vom 8. Oktober 2010 wies der hauptamtliche Beisitzer der erkennenden Kammer die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin darauf hin, dass die von den Antragsgegnern durchgeführte Aufklärung die Unterschiede (insbesondere bei der in den Preisblättern nicht auszuweisenden Rest- und Overheadkosten) erheblich relativiert habe bzw. dass verbleibende Unterschiede von den Antragsgegnern als nachvollziehbar angesehen würden. Unterschiede bei der Zuordnung kalkulierter Kosten ergäben sich je nach dem, ob die einzusetzenden Fahrzeuge nach den Konzepten der jeweiligen Bieter geleast oder gekauft würden oder ob Reparatur- und Wartungskosten durch eigenes Personal in eigenen Betriebshöfen durchgeführt würden oder in Zusammenhang mit den abgeschlossenen Leasingverträgen stünden. Unterschiede erklärten sich auch daraus, dass die Beigeladenen ihren Gewinn auf die Positionen A 1 bis A 3 gleichmäßig verteilt habe, während die Antragstellerin ihren Gewinn vollständig bei den Rest- und Overheadkosten eingepreist habe. Auffallende Differenzen ergäben sich allenfalls noch bei den für Fahrscheindrucker angesetzten Kosten.

Mit Schriftsatz vom 6. Oktober und 11. Oktober 2010 führt die Antragstellerin aus, auch nach Fortführung des Vergabevermerks gehe sie davon aus, dass den Antragsgegnern bei der Wertung der Angebote entscheidende Fehler unterlaufen seien und dass eine unzulässige Mischkalkulation vorliege. So sei nicht nachvollziehbar, wie die Beigeladenen ohne eigene Betriebshöfe Kraftstoff zu einem günstigeren Preis als sie, die Antragstellerin, beziehen könne. Das Verbot der Unterkalkulation sei auch ausnahmsweise drittschützend, da die niedrige Kalkulation in marktverdrängender Absicht vorgenommen worden sei.

Die Angebote der Beigeladenen seien zwingend auszuschließen, da ein offenkundiges Missverhältnis in wesentlichen Einzelpositionen (z. B. den Preisen für Fahrscheindrucker) vorliege. Soweit die Kammer dieser Auffassung nicht folge, sei die verfahrensgenständliche Ausschreibung jedenfalls aufzuheben. Das auszufüllende Preisblatt erlaube den Bietern so unterschiedliche Kalkulationen, dass eine vergleichende, alle Bieter gleich behandelnde Wertung der Angebote nicht mehr möglich sei. Zur Bewältigung dieser Kalkulationsunterschiede genüge es nicht, auf die Sekundärebene der Vertragsdurchführung zu verweisen. Da Grundsätze des Vergaberechts verletzt seien

(Transparenz, Gleichbehandlung), lägen andere schwerwiegende Gründe im Sinne des § 26 Nr. 1 lit. d) VOL/A a.F. vor. Die Antragstellerin beantragt daher u.a.:

1. Dem Antragsgegner zu 1) wird aufgegeben, die mit Informationsschreiben vom 31. August 2010 mitgeteilte Ausschlussentscheidung gegenüber der Antragstellerin sowie die in diesem Schreiben im Übrigen mitgeteilte Vergabeentscheidung zur Vergabe des regionalen und lokalen Linienbündels „
“ (Gesamtangebot für Los 1 und Los 2) rückgängig zu machen und die Angebotswertung erneut nach § 25 VOL/A unter Einschluss des Angebots der Antragstellerin und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Dem Antragsgegner zu 2) wird aufgegeben, das Angebot der Beigeladenen in Bezug auf die Vergabe des lokalen Linienbündels „
“ (Los 3) unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer vom Vergabeverfahren wegen unzulässiger Mischkalkulation auszuschließen.
3. Hilfsweise zu 2): Dem Antragsgegner zu 2) wird aufgegeben, die mit Informationsschreiben vom 31. August 2010 mitgeteilte Vergabeentscheidung zur Vergabe des lokalen Linienbündels „
“ (Los 3) rückgängig zu machen und die Angebotswertung erneut nach § 25 Nr. 2 und Nr. 3 VOL/A a.F. unter Einschluss des Angebots der Antragstellerin und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
4. Hilfsweise: Die Antragsgegner werden verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer das vorliegende Vergabeverfahren aufzuheben und in ein neues Vergabeverfahren im Wege des offenen Verfahrens einzuleiten, falls die Vergabeabsicht als solche fortbesteht.
5. Höchst hilfsweise: Für den Fall, dass die Vergabeabsicht nicht fortbesteht, werden die Antragsgegner verpflichtet, das vorliegende Vergabeverfahren aufzuheben.

Die Antragsgegner beantragen:

Die Anträge werden zurückgewiesen.

Die Antragsgegner meinen, der Nachprüfungsantrag sei (nach wie vor) gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB unzulässig, da die Antragstellerin lediglich „ins Blaue hinein“ gerügt habe. Soweit die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag auf einen Verstoß gegen § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A a.F. stütze, fehle es ihr außerdem an der erforderli-

chen Antragsbefugnis im Sinne des § 107 Abs. 2 S. 1 GWB, da diese Vorschriften nach herrschender Meinung und Rechtsprechung keinen Drittschutz vermitteln. Ein Fall in dem ausnahmsweise Drittschutz bestehe (bei Marktverdrängungsabsicht) läge ersichtlich nicht vor.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Ein Grund für den Ausschluss der Angebote der Beigeladenen bestehe nicht, durch die Überprüfung der Angebote seien die von der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung vom 12. August 2010 aufgezeigten Zweifel ausgeräumt, insbesondere sei keine Mischkalkulation festgestellt oder gar nachgewiesen worden. Der Kalkulationsvorteil auf Seiten der Antragstellerin durch bereits vorhandene eigene Betriebshöfe bestehe u. a. deshalb nicht, da diese teilweise angemietet seien und teilweise zu weit entfernt lägen. Inwieweit die Ausschreibung aufzuheben sei, bleibe das Geheimnis der Antragstellerin.

Die Beigeladene stellte keine Anträge. Am 13. Oktober 2010 fand eine weitere mündliche Verhandlung mit ausführlicher Erörterung des Sach- und Streitstandes statt.

II.

Der Nachprüfungsantrag dürfte nur zum Teil zulässig sein (dazu A.). Dies kann jedoch dahingestellt bleiben, denn er wäre jedenfalls unbegründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag dürfte nur zum Teil zulässig sein. Zwar ist die Antragstellerin ihrer nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB bestehenden Rügeobliegenheit nachgekommen (dazu I.). Es spricht jedoch vieles dafür, dass der Antragstellerin die erforderliche Antragsbefugnis im Sinne des § 107 Abs. 2 S. 1 GWB fehlt, soweit sie einen Verstoß gegen § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 GWB geltend macht (dazu II.).
- I. Entgegen der Auffassung der Antragsgegner hat die Antragstellerin die im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts unverzüglich gerügt, § 107 Abs. 3 S. 1 GWB. Dies gilt sowohl im Hinblick auf den behaupteten Ausschlussgrund wegen eines im Verhältnis zur angebotenen Leistung unangemessen niedrigen (Einzel-)Preises als auch im Hinblick auf das Vorliegen einer Mischkalkulation auf Seiten der Beigeladenen (dazu 1.). Auch im Hinblick auf die (hilfsweise) Geltendmachung eines zwingenden Aufhebungsgrundes nach § 26 Nr. 1 lit. d) VOL/A a.F. ist die Antragstellerin nicht nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert (dazu 2.).

1. Entgegen der Auffassung der Antragsgegner stellt die Rüge der Antragstellerin im Hinblick auf das Vorliegen eines Unterangebots der Beigeladenen bzw. einer möglichen Mischkalkulation keine bloße Verdachtsrüge „ins Blaue hinein“ dar. Eine unzulässige Verdachtsrüge „ins Blaue hinein“ ist einerseits gegeben, wenn - ohne konkrete Anhaltspunkte aufzuzeigen - eine beabsichtigte Zuschlagserteilung als vergaberechtswidrig gerügt wird (Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 17. Dezember 2008 - Verg W 17/08 - Juris). Andererseits ist es nicht erforderlich, dass der Antragsteller positive Kenntnis von den als Tatsache behaupteten Umständen hat. Er darf im Vergabenaachprüfungsverfahren vielmehr auch das behaupten, was er aus seiner Sicht der Dinge nur für wahrscheinlich oder möglich hält. Unzulässig und damit unbeachtlich sind demnach lediglich willkürliche, aufs Geratewohl oder eben „ins Blaue hinein“ aufgestellte Behauptungen. In Fällen eines unverschuldeten Informationsdefizits muss es genügen, dass ein Bieter konkrete Tatsachen vorträgt, die den hinreichenden Verdacht eines Vergaberechtsstoßes begründen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16. Juni 2010 - 15 Verg 4/10 - Juris, m.w.N.).

Die Antragstellerin stützt ihre Rüge auf einen konkreten Tatsachenvortrag und zieht - auf der Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen - Schlüsse auf mögliche Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts. Der Tatsachenvortrag der Antragstellerin ist sowohl im Bezug auf die geringere Anzahl der von ihr eingesetzten Fahrzeuge als auch im Bezug auf die Tatsache, dass die Beigeladene (derzeit) über keine Betriebshöfe im Bereich der ausgeschriebenen Linienbündel verfügt, zutreffend. Dass bei vergleichbaren Angebotsendpreisen einerseits und komparativen Vorteilen eines Bieters andererseits Einzelpreise der Konkurrenz (weit) unter dem Angebot der Antragstellerin liegen können, stellt aus der Sicht der Antragstellerin keine willkürliche Behauptung dar. So hat die Antragstellerin beispielsweise vorgerechnet, von welchen Kosten pro Fahrzeug sie ausgeht und dass die Beigeladenen diese Mehrkosten an anderer Stelle „ausgleichen“ müsse. Der Vortrag der Antragstellerin ist damit hinreichend konkret. Höhere Anforderungen wird man in Fällen wie dem vorliegenden auch deshalb nicht stellen können, weil preisbezogene Rügen (Unterangebot, Mischkalkulation) sonst stets an der systemimmanenten (vgl. § 111 Abs. 2 GWB) Unkenntnis der Bieter scheitern müssten. Der Vortrag der Antragstellerin beschränkt sich somit entgegen der Auffassung der Antragsgegner nicht auf die Behauptung, jedes

Angebot, das günstiger sei als das ihre, müsse zwangsläufig unter Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts zustande gekommen sein.

2. Das von der Antragstellerin (hilfsweise) behauptete Vorliegen eines zwingenden Aufhebungsgrundes nach § 26 Nr. 1 lit. d) VOL/A a.F. musste nicht gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB bis zur Angebotsabgabe gerügt werden. Zwar rügt die Antragstellerin einen fehlerhaften Aufbau (insbesondere) des von den Bietern auszufüllenden Preisblattes. Allerdings hat ein Bieter, für den (aus seiner Sicht) eindeutig ist, welche seiner Kosten welchen Preispositionen zuzuordnen sind, zum Zeitpunkt der Angebotserstellung keine Vorstellung (und somit auch keine Kenntnis) davon, dass andere Bieter ihre Kosten gänzlich anders auf die unterschiedlichen Preispositionen verteilen könnten. Diese Kenntnis, die Grundlage der Argumentation der Antragstellerin ist, die Verdingungsunterlagen verstießen gegen den Transparenz- sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz, hat die Antragstellerin erst aufgrund der ihr durch die Kammer im Rahmen der Akteneinsicht gegebenen Informationen erlangt.
- II. Vieles spricht jedoch dafür, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig ist, soweit die Antragstellerin rügt, das Angebot der Beigeladenen beruhe auf unangemessen niedrigen (Einzel-)Preisen im Sinne des § 25 Nr. 2 VOL/A a.F.. Insofern tendiert die Kammer (mit der herrschenden Meinung) dazu, dass es der Antragstellerin an der erforderlichen Antragsbefugnis im Sinne des § 107 Abs. 2 S. 1 GWB fehlt. Die Kammer geht davon aus, dass § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A a.F. grundsätzlich keine drittschützende Wirkung entfaltet (dazu 1.). Es liegt auch keiner der Fälle vor, in denen § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A a.F. ausnahmsweise drittschützende Wirkung zukommt (dazu 2.).
 1. Nach Auffassung der erkennenden Kammer sprechen die besseren Argumente dafür, eine grundsätzlich drittschützende Wirkung des Verbots von Unterangeboten zu verneinen.
 - a) Die gegenteilige Auffassung wird damit begründet, ein Bieter dürfe erwarten, dass seinem Angebot nicht ein unseriöses kalkuliertes Angebot vorgezogen wird, bei dem die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung möglicherweise nicht sichergestellt ist. Dies folge aus dem Wettbewerbsgrundsatz, der es erfordere, dass alle Unternehmen, die sich an der öffentlichen Ausschreibung beteiligen

wollen und leistungsfähig sind, eine gerechte Chance auf den Zuschlag erhalten (z.B. OLG Celle, Beschluss vom 18. Dezember 2003 - 13 Verg 22/03).

- b) Nach anderer Auffassung soll in erster Linie der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung auf ein Unterkostenangebot geschützt werden. Hierdurch soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass der Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerate und den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß zu Ende führe oder aber in unberechtigte Nachforderungen auszuweichen versucht sei. Es sei nicht Sinn der Vorschriften, dem Bieter auskömmliche Preise zu garantieren. Vielmehr sei es dem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehrt, auch sogenannte Unterkostenpreise zu akzeptieren, sofern er nach Prüfung (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A) zu dem Ergebnis gelange, dass der Bieter auch zu diesen Preisen zuverlässig und vertragsgerecht werde leisten können. Es könne nämlich für den leistungsfähigen Bieter durchaus rechtlich nicht zu beanstandende Motive geben, bei einem bestimmten Einzelauftrag davon abzusehen, einen mindestens kostendeckenden Preis zu verlangen. Andererseits sei der öffentliche Auftraggeber nach § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A a.F. verpflichtet, wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen. Nur unter diesem Gesichtspunkt komme § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A bieterschützender Charakter zu. Wenn und soweit damit Unterangebote vom Auftraggeber nicht nur zum Selbstschutz, sondern auch mit Blick auf die Verpflichtungen aus § 2 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A unterbunden werden müssen, soll sich auch der Mitbewerber auf § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A berufen können. Dies sei in erster Linie der Fall bei Unterkostenangeboten, die in der zielgerichteten Absicht abgegeben werden oder zumindest die Gefahr begründen, dass ein oder mehrere bestimmte Mitbewerber gänzlich vom Markt verdrängt werden (z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. September 2008 - VII Verg 50/08).
- c) Die erkennende Kammer neigt dazu, sich dieser Auffassung anzuschließen. Neben den oben (unter b)) wiedergegebenen Argumenten spricht auch ein Vergleich mit Art. 55 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge gegen eine drittschützende Wirkung des § 25 Nr. 2 VOL/A a.F.. Anders als nach deutschem Recht enthält Art. 55 Richtlinie 2004/18/EG nämlich kein Verbot eines Zuschlags auf ein sog. Unterangebot. Die Vorschrift enthält vielmehr ausschließlich Einschränkungen eines entsprechenden (stillschweigend vorausgesetzten) Rechts

des öffentlichen Auftraggebers zum Schutze des von einem solchen Ausschluss betroffenen Bieters. Europäisches Vergaberecht zwingt den öffentlichen Auftraggeber mit anderen Worten nicht, Unterangebote auszuschließen, zwingendes Recht enthält das Europäische Vergaberecht lediglich insofern, als dem betroffenen Bieter vor einem entsprechenden Ausschluss Gelegenheit zu geben ist nachzuweisen, dass kein Unterangebot vorliegt. Angesichts der Bestrebungen des deutschen Gesetzgebers, in der Umsetzung Europäischen Vergaberechts nicht über dessen Anforderungen hinauszugehen, spricht vieles dafür, dass § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A a.F. zum Schutze des öffentlichen Auftraggebers ausschließlich dem Haushaltsrecht zuzuordnen ist.

Weiterhin zeigt der Vergleich mit Art. 55 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG (§ 25a Nr. 2 VOL/A a.F.), dass auch nach der dem Europäischen Vergaberecht zugrunde liegenden Vorstellung eine klare Trennung zwischen dem Vergaberecht einerseits und dem Wettbewerbsrecht andererseits bestehen (bleiben) soll. Die Regelungen belegen, dass es nicht Aufgabe des Vergaberechts ist, Rechtsfolgen an (mögliche) Wettbewerbsverstöße zu knüpfen, solange diese nicht durch die zuständigen Stellen bestätigt sind. Formelhaft ausgedrückt: Das Vergaberecht dient der Schaffung größtmöglichen Wettbewerbs. Die Grenzen dieses Wettbewerbs bestimmt nicht das Vergabe- sondern das Lauterkeitsrecht.

2. Es liegen auch keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Falles vor, in dem § 25 Nr. 2 VOL/A a.F. ausnahmsweise drittschützende Wirkung entfaltet. Der diesbezügliche Vortrag der Antragstellerin geht über die Behauptung einer Marktverdrängungsabsicht durch die Beigeladene nicht hinaus. Zu Recht weisen die Antragsgegner darauf hin, dass es sich bei dem vorliegend ausgeschriebenen Linienbündeln noch nicht einmal um Bestandlinien der Antragstellerin handelt, vielmehr sowohl die Beigeladene als auch die Antragstellerin um die Erweiterung ihrer bisherigen Marktstellung „kämpfen“. Das Fehlen eines substantiierten Vortrages ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht mit der „weitgehend verweigerten“ Akteneinsicht zu begründen. Eine Marktverdrängungsabsicht lässt sich nicht aus dem Inhalt eines Angebotes ableiten sondern bedarf vielmehr einer Gesamtschau aller Umstände über das konkrete Vergabeverfahren hinaus.

Die Frage, ob § 25 Nr. 2 VOL/A Drittschutz entfaltet, braucht vorliegend aber nicht abschließend entschieden zu werden, denn die auf § 25 Nr. 2 VOL/A a.F. gestützten Anträge der Antragstellerin sind jedenfalls unbegründet (dazu B.).

- B. Der Nachprüfungsantrag ist jedenfalls unbegründet. Die Antragstellerin hat weder einen Anspruch auf den Ausschluss der Beigeladenen (dazu I.) noch auf Aufhebung der Ausschreibung (dazu II.).
- I. Es ist kein Grund ersichtlich, der zu einem zwingenden Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen führt. Zunächst liegt kein Verstoß gegen das Verbot der Erteilung des Zuschlags auf ein Unterangebot vor (dazu 1.). Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergeben sich Ausschlussgründe auch nicht aus einem Verstoß gegen das Verbot der Mischkalkulation (dazu 2.). Die Beigeladene hat nicht entgegen § 21 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A a.F. die Verdingungsunterlagen geändert (dazu 3.).
1. Aus § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A a.F. ergibt sich - selbst wenn zugunsten der Antragstellerin eine drittschützende Wirkung dieser Vorschrift unterstellt würde - kein Anspruch auf einen Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen. Nach dieser Vorschrift darf der Zuschlag nicht auf solche Angebote erteilt werden, deren Preis in offenbarem Missverhältnis zur Leistung steht.
- a) Bei enger, am Wortlaut der Vorschrift orientierter Auslegung fehlt es beim Vergleich der Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen bereits an entsprechenden preislichen Auffälligkeiten. Im Gesamtpreis unterscheiden sich die Angebote der beiden Bieter bei den Losen 1 und 2 marginal, bei Los 3 nur geringfügig. Unterschiede bei einzelnen Preispositionen spielen in diesem Zusammenhang grundsätzlich keine Rolle. Wenn - was vorliegend zugunsten der Antragstellerin (im Ergebnis wohl zu Unrecht) unterstellt wird - § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A a.F. drittschützende Wirkung entfaltet, kommt es ebenso wie beim Schutz der Vergabestelle allein darauf an, dass der Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, insgesamt „auf seine Kosten“ kommt. Dann ist eine ordnungsgemäße Leistungserbringung zu erwarten. Wenn überhaupt kann der unterlegene Bieter (überhaupt) nur dann in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein, wenn das bevorzugte Angebot deshalb nicht mit seinem Angebot vergleichbar ist, weil es von vornherein keine ordnungsgemäße Vertragsausführung gewährleistet. Dies wiederum ist aber dann nicht der Fall, wenn sich voneinander (erheblich) abwei-

chende Einzelpreise so ausgleichen, dass insgesamt ein angemessenes Verhältnis zwischen Preis und Leistung besteht.

- b) In Erweiterung des Wortlauts geht das OLG Köln für die vergleichbare Regelung in der VOB/A (Urteil vom 29. April 1997 - 20 U 124/96 - Juris) davon aus, die ratio legis des § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A a.F. sei auch dann erfüllt, wenn ein Ausgleich extrem günstiger Einzelpreise nicht möglich sei, weil es sich um einen abgeschlossenen Teil des Angebots oder um im Verhältnis zum Gesamtpreis wesentliche Positionen handele. Die Kammer lässt ausdrücklich offen, ob sie sich der - soweit ersichtlich nur von einer Mindermeinung vertretenen - Auffassung des OLG Köln (a.a.O.) anschließt. Selbst dann, wenn ein zwingender Ausschlussgrund grundsätzlich auch bei unverhältnismäßig niedrigen Einzelpreisen zu bejahen wäre, ergäbe sich vorliegend kein Anspruch der Antragstellerin auf einen Ausschluss der Beigeladenen.

Auch bei Bejahung einer bieterschützenden Wirkung des § 25 Nr. 2 VOL/A a.F. bezieht sich die Unangemessenheit des Preis- Leistungsverhältnisses auf die Frage, ob aufgrund des im konkreten Fall bestehenden (Miss-)Verhältnisses zwischen Preis und Leistung eine Nicht- oder Schlechtleistung des betroffenen Bieters zu erwarten ist. Bei der Prüfung, ob das Tatbestandsmerkmal der Unangemessenheit erfüllt ist, hat die Vergabestelle im Rahmen eines ihr zustehenden Beurteilungsspielraums eine Prognoseentscheidung zu treffen. Daraus folgt, dass die Prüfungskompetenz der Nachprüfungsinstanzen darauf beschränkt ist zu prüfen, ob die Vergabestelle von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist bzw. ob ihr bei der Prognoseentscheidung andere schwerwiegende Verfahrensfehler unterlaufen sind. Beides ist vorliegend nicht der Fall. Die Beigeladene hat im Rahmen der Aufklärung ihres Angebots nach der ersten mündlichen Verhandlung vom 12. August 2010 die ihrer Kalkulation zugrunde gelegte Entwicklung der Kraftstoffpreise vorgelegt sowie angegeben, dass sie einen Großkunden- Rabatt in Anspruch nehme. Vor diesem Hintergrund drängten sich weitere „Ermittlungen“ der Vergabestelle nicht auf. Insbesondere waren die Antragsgegner nicht gehalten, sich ein umfassendes „Tank- Konzept“ sowie die bestehenden Rabattvereinbarungen der Beigeladenen vorlegen zu lassen. Entscheidend ist vielmehr, dass die Antragsgegner davon ausgehen, der Preisunterschied zwischen den Angeboten der Antragstellerin und der Beigeladenen beruhe im Hinblick auf die Kraftstoffkosten nicht auf einer zu erwartenden Nicht- oder Schlechtleistung der

Beigeladenen sondern auf einer Kalkulation mit einer über die Indizierung hinausgehende Senkung der Kraftstoffkosten sowie auf dem Großkunden- Rabatt der Beigeladenen.

2. Weder aus der Prüfung der Antragsgegner noch aus der eigenen Prüfung der erkennenden Kammer ergaben sich Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene entgegen § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOL/A a.F. nicht die von ihr tatsächlich geforderten Preise angegeben hat. Es konnte weder festgestellt werden, dass die Beigeladene durch ein Auf- und Abpreisen einzelner Positionen des auszufüllenden Preisblattes von den ihrer Kalkulation zugrunde liegenden Preisen abgewichen ist (dazu a)). Ebenso wenig konnte festgestellt werden, dass die Beigeladene bei einzelnen wesentlichen Preisbestandteilen von ihrer Kalkulation abweichende Preise angegeben hat (dazu b)).
 - a) Eine Mischkalkulation der Beigeladenen ist zunächst nicht darin zu sehen, dass diese den bei ihrer Kalkulation berücksichtigten Unternehmensgewinn nicht - wie die Antragstellerin - ausschließlich den sog. Rest- und Overheadkosten zugeordnet, sondern diesen Posten gleichmäßig auf die Positionen A 1 bis A 3 verteilt hat. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich aus Ziffer 5.2.1 Abs. 1 der Vergabeunterlagen gerade nicht, dass der Unternehmensgewinn ausschließlich den sog. Rest- und Overheadkosten zuzuordnen ist. Die von der Antragstellerin zitierte Passage der Vergabeunterlagen regelt lediglich, welche Kosten welchen Preispositionen zuzurechnen sind. Allein aufgrund des Begriffspaares Kosten / Preis ergibt sich, dass der kalkulierte Unternehmensgewinn bei sämtlichen Positionen einzupreisen ist. Allein eine solche Betrachtung ist auch (betriebswirtschaftlich) sinnvoll. Die Sichtweise der Antragstellerin führt dazu, dass diese (im Zuschlagsfall) gezwungen wäre, Leistungsänderungen bei den Positionen A 1 und A 3 zum Selbstkostenpreis auszuführen. Nach den Maßstäben der Antragstellerin müsste sich also nicht die Beigeladene, sondern vielmehr die Antragstellerin den Vorwurf der Mischkalkulation gefallen lassen.

Auch aus der Urkalkulation der Beigeladenen sowie aus der im Rahmen der Aufklärung der Angebote durch die Antragsgegner vorgelegte nähere Erläuterung des Angebotes der Beigeladenen ergeben sich keine Anhaltspunkte, die auf ein Auf- oder Abpreisen bestimmter Positionen schließen lassen. Die Beigeladene konnte (anders als die Antragstellerin) die in der Anlage 13 angegebenen Preise lückenlos aufklären. Demgegenüber verbleibt bei der Antragstellerin im Rahmen

der Rest- und Overheadkosten ein Betrag von rund 55.000,- €, dem auch mithilfe der Urkalkulation sowie der durchgeführten Aufklärung keine konkreten Kosten zugeordnet werden konnten.

Es ist auch weder vorgetragen noch ersichtlich, welche Gründe die Beigeladene für eine Verlagerung bestimmter Preise in andere Positionen haben sollte. Der BGH weist in seiner Grundsatzentscheidung (BGH, Beschluss vom 18. Mai 2004 - X ZB 7/04 - „Mischkalkulation“, Juris) zwar ausdrücklich darauf hin, dass es für das Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes nicht auf ein erkennbares Motiv des Bieters (Spekulation im Hinblick auf Mengenänderungen, Vorfinanzierung, ...) ankomme. Nichts desto trotz spricht - neben dem Vergleich des Preisblatte mit der Urkalkulation und der Angebotsaufklärung - auch das Fehlen eines erkennbaren Motives der Beigeladenen dafür, dass eine unzulässige Mischkalkulation vorliegend nicht gegeben ist.

- b) Ebenso wenig konnte festgestellt werden, dass die Beigeladene im Preisblatt von den von ihr kalkulierten Preisen abgewichen ist, ohne diese Abweichung an anderer Stelle durch eine Aufpreisung „auszugleichen“. Es wurde bereits ausgeführt, dass Abweichungen zwischen der Urkalkulation und dem Preisblatt nicht vorliegen. Wie von der Antragstellerin gefordert, hat die Beigeladene Kosten für die Anmietung von Betriebshöfen kalkuliert. Auch die entsprechend des größeren Fuhrparks der Beigeladenen erforderliche größere Menge an Leerkilometern sind in der Urkalkulation der Beigeladenen berücksichtigt. Gleiches gilt im Hinblick auf das Fahrpersonal, das bei der Beigeladenen aufgrund der größeren Anzahl an Fahrzeugen höher kalkuliert ist als das der Antragstellerin. Auch im Hinblick auf die Kraftstoffkosten stimmt der im Preisblatt eingetragene Preis mit der Urkalkulation überein. Es ist - jedenfalls im Rahmen der Prüfung, ob eine unzulässige Mischkalkulation vorliegt - nicht Aufgabe der Vergabestelle oder gar der Nachprüfungsinstanzen zu überprüfen, ob - und wenn ja - wie die Beigeladene den von ihr angebotenen Kraftstoffpreis realisieren kann (BGH, Beschluss vom 4. Mai 2004, a.a.O.). In diesem Zusammenhang weist die Kammer darauf hin, dass bereits die Grundannahmen der Antragstellerin insofern nicht zutreffen: Kraftstoffkosten in einer bestimmten Höhe hängen weder zwingend vom Vorhandensein eigener Betriebshöfe mit zugehörigen Tankstellen noch von einer Direktabnahme bei Großhändlern außerhalb der ausgeschriebenen Linienbündel ab. Wie bereits in der mündlichen Verhandlung vom 13. Oktober 2010 erläutert, verfügt

beispielsweise das Regierungspräsidium Darmstadt über einen Großkunden-Rabatt, der mittels einer Tankkarte und einer Geheimnummer bei jeder Tankstelle eines bestimmten Mineralölkonzerns realisiert werden kann. Zudem verkennt die Antragstellerin bei ihrer gesamten Argumentation, dass sie einen wesentlich höheren Unternehmensgewinn als die Beigeladene kalkuliert hat.

3. Die gleichmäßige Verteilung des kalkulierten Unternehmensgewinns auf die Positionen A 1 bis A 3 führt auch nicht zu einer (unzulässigen) Änderungen der Vergabungsunterlagen im Sinne des § 21 Nr. 1 Abs. 4 VOL/A a.F.. Wie bereits dargelegt, beruht diese Argumentation der Antragstellerin auf einem falschen Verständnis der Ziffer 5.2.1 der Vergabeunterlagen.
- II. Schließlich bleiben auch die Hilfsanträge der Antragstellerin ohne Erfolg. Diese hat keinen Anspruch auf eine Aufhebung der Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 lit. d) VOL/A a.F. Insbesondere verstößt die Verwendung des hier verfahrensgegenständlichen Preisblattes nicht gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung. Zwar trifft es zu, dass Kosten beispielsweise für Wartung und Reparatur der Fahrzeuge bei unterschiedlichen Positionen des Preisblattes eingepreist werden konnten und wurden. So hat die Antragstellerin die diesbezüglichen Kosten unter die Rest- und Overheadkosten, die Beigeladene dagegen unter die Fahrzeugkosten subsumiert. Diese unterschiedliche Verortung bestimmter Kosten erfolgte allerdings nicht willkürlich sondern auf der Grundlage der jeweiligen betriebsinternen Kalkulation der einzelnen Bieter. Die (Wartungs- und Reparatur-)Kosten für das Personal und die Vorhaltung eigener Betriebshöfe in die Rest- und Overheadkosten einzupreisen, ist ebenso zutreffend, wie in Zusammenhang mit Leasingverträgen entstehende Kosten für Wartung und Reparatur bei den Fahrzeugkosten zu verorten. Zudem wirkt sich die unterschiedliche Verortung - bei einem insgesamt nahezu identischen Gesamtpreis - ausschließlich bei möglichen Leistungsänderungen aus, die jedoch nach den von den Antragsgegnern angegebenen Zuschlagskriterien nicht wertungsrelevant sind.
- C. Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:
- I. Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Bei der Quotelung 4:1 hat die Kammer berücksichtigt, dass die Antragstellerin jedenfalls im Hinblick auf ihr (ursprüngliches)

Begehren, die Antragsgegner zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen auf das Vorliegen einer Mischkalkulation hin zu überprüfen, im Ergebnis Erfolg hatte.

- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus dem Auftragswert gemäß dem Angebot der Antragstellerin ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer angewandt wird, eine Gebühr von 30.000,00 €. Diese Gebühr berücksichtigt allerdings nicht die Besonderheit des vorliegenden Falles, die darin besteht, dass - ohne die zwischenzeitlich gezeigte Vergleichsbereitschaft der Beteiligten - zwei Nachprüfungsverfahren hätten anhängig gemacht werden können: eines mit dem Ziel der Aufklärung, eines mit dem Ziel des Ausschlusses der Beigeladenen. Die Erhöhung der Gebühr auf 35.000,- € erscheint daher unter Berücksichtigung insbesondere der zweiten mündlichen Verhandlung sachgerecht.
- III. Die Beteiligten haben im Verhältnis ihrer Quote die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der jeweils anderen Beteiligten zu tragen, § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin sowie der Antragsgegner war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, § 80 HVwVfG.