

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In dem Vergabenaachprüfungsverfahren

_____ GmbH & Co . KG, vertreten durch die _____ GmbH, d. vertr.d.
die Geschäftsführer _____

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte _____

Geschäftszeichen: _____

gegen

Gemeinde _____ vertreten durch den Gemeindevorstand,

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte _____

Geschäftszeichen: _____

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Richter am Oberlandesgericht _____ als Vorsitzenden, den Richter am Oberlandesgericht _____ und die Richterin am Oberlandesgericht _____

am 25.02.2010

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

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt vom 14.12.2009 (Az.: _____) wird abgelehnt.

Die Entscheidung über die im Verfahren nach § 118 GWB entstandenen Mehrkosten bleibt der Hauptsacheentscheidung vorbehalten.

Termin zur mündlichen Verhandlung in der Hauptsache wird bestimmt auf **Dienstag, den 23.03.2010, 10.00 Uhr, Saal 101, Gebäude D.**

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 07.10.2009 die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags zur Abfallabfuhr von Restmüll, Bioabfall, Altpapier, Grünabfall und sperrigen Abfällen für die Gemeinde _____ im Offenen Verfahren aus.

Der Antragstellerin wurden auf ihre Anforderung die Angebots- und Verdingungsunterlagen am 08.10.2009 übermittelt.

In den Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) enthält die Ziff. 12 Regelungen über Preise und Abrechnungsverfahren, die Ziff. 13 eine Nachverhandlungsklau-

sel. Wegen des Wortlauts dieser Regelungen wird auf Blatt 48-51 der Vergabekammerakte (VKA) verwiesen.

Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 12.10.2009 u.a., die Vorgabe von Festpreisen über eine Vertragslaufzeit von acht Jahren ohne Preisgleitung verstoße gegen das Transparenzgebot, das Gleichbehandlungsgebot sowie gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A; eine Vergleichbarkeit der Bieterpreise sei nicht gegeben.

Mit Schreiben vom 13.10. 2009, der Antragstellerin am 14.10.2009 per Fax zugegangen, teilte die Antragsgegnerin unter Hinweis auf die Bieterinformation Nr. 1 vom 12.10.2009 (VKA 57) mit, dass sie den Rügen nicht abhelfen werde.

Die Antragstellerin nahm hierzu mit Schreiben vom 19.10.2009 Stellung und bat bezüglich mehrerer Punkte um Aufklärung. Dieses Schreiben blieb unbeantwortet.

Daraufhin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.10.2009 einen Nachprüfungsantrag gem. § 107 GWB gestellt.

Sie hat die Ansicht vertreten, die von der Antragsgegnerin gewählte Vertragskonstruktion zur Preisanpassung lege den Bietern und somit auch ihr ein ungewöhnliches Wagnis auf und verstoße damit gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A sowie das Transparenz und das Gleichbehandlungsgebot.

Der vergaberechtliche Verstoß bestehe insbesondere darin, dass die Bieter verpflichtet seien, zukünftige Preisänderungen bei ihrer Kalkulation zu berücksichtigen, ohne zu wissen, wie die Preisänderungen ausfallen würden und ohne zu wissen, anhand welcher Faktoren die Preisfortschreibung zu kalkulieren sei.

Den Bietern seien für die Kalkulation der zukünftigen Preisentwicklung keine verbindlichen einheitlichen Vorgaben gemacht worden. Dies führe unvermeidlich dazu, dass die Preise nicht vergleichbar seien. Hinzu komme, dass die Bieter gezwungen würden, Kosten in ihrer Kalkulation zu prognostizieren, die unter Umständen in der kalkulierten Form nicht entstünden. Auch hier gäbe es keine Kalkulationsvorgaben und die Preisbildung sei damit nicht transparent.

Insbesondere die Dieselpreise hätten in den letzten fünf Jahren gravierenden Schwankungen unterlegen. Es sei insoweit fraglich, was auf der Grundlage dieser Preisschwankungen als „vorhersehbar“ in die Kalkulation des Dieselpreises eingestellt werden solle.

Basis der linearen Preisfortschreibung sollten die Erkenntnisse aus den letzten fünf Jahren sein. Die Antragsgegnerin gehe davon aus, dass diese Vorgehensweise einer üblichen Preisgleitklausel entspräche. Dies treffe aber nicht zu. Bei „üblichen Preisgleitklauseln“ seien die Parameter, die für eine Preisanpassung maßgeblich seien, konkret abgebildet und für alle Bieter gleich. Zudem würden diese Parameter zu der tatsächlichen Kostenentwicklung in Bezug gesetzt.

Der in den Verdingungsunterlagen vorgegebenen linearen Fortschreibung der Erkenntnisse aus den letzten fünf Jahren fehle eine verbindliche Vorgabe der maßgeblichen Faktoren für die Kalkulation der linearen Fortschreibung. Es werde den Bietern lediglich vorgegeben, bekannte Preisänderungen der vergangenen fünf Kalenderjahre bzw. sonstige kalkulationsrelevante Preissteigerungen in die Preise einzukalkulieren. Dies führe zwangsläufig dazu, dass die Kalkulationsgrundlagen der Bieter nicht identisch seien und somit zukünftig die Preise auch unterschiedliche Entwicklungen nähmen.

Werde die Festlegung der maßgeblichen Preisindices aber den Bietern überlassen, sei eine Vergleichbarkeit der Bieterpreise nicht möglich. Damit sei die erforderliche vergaberechtliche Gleichbehandlung nicht gegeben.

Weshalb sich die Antragsgegnerin zu Lasten eines fairen und transparenten Wettbewerbs weigere, eine der üblichen Preisgleitklauseln vorzugeben, sei nicht nachvollziehbar. Der Antragsgegnerin solle daher aufgegeben werden, die beanstandeten Regelungen in Ziff. 12. und 13. der Besonderen Vertragsbedingungen zu streichen und durch eine übliche Preisgleitklausel zu ersetzen.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Verdingungsunterlagen in Ziff. 12.2 und Ziff. 13 der Besonderen Vertragsbedingungen unter Beachtung der

Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu fassen und das Vergabeverfahren in den Stand vor Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes zurückzusetzen.

2. hilfsweise: der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen.
3. die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen.
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen und der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Sie hat die Ansicht vertreten, die Rüge vom 12.10.2009 sei verspätet.

Der Antrag sei aber jedenfalls unbegründet. Die Antragstellerin werde nicht in ihren Rechten im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

Den Bieterin werde kein ungewöhnliches Wagnis gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A aufgebürdet. Der Auftragnehmer sei durch die Nachverhandlungsklausel vor zu großen Wagnissen geschützt. Weise der Unternehmer anhand seiner Kalkulation nach, dass der sog. Selbstbehalt von 5% bezogen auf die Gesamtvergütung überschritten ist (Bagatellklausel), habe er einen Anspruch auf Preisanpassung. Nach dem Inhalt der Bieterinformation Nr. 2 (VKA 119-122) sei ausgeschlossen, dass sich die Bieter die Preissteigerungsraten frei auswählen könnten. Damit bleibe die Bieterreihenfolge bestehen.

Die Berechnung der Steigerungsraten (lineare Fortschreibung) sei in der Bieterinformation Nr. 2 vom 28.10.2009 (VKA 119-122) erläutert worden. Damit sei jedem Bieter bekannt gemacht worden, dass er beispielsweise beim Diesel eine Steigerung von 2,5216 ct/l und pro Jahr kalkulatorisch ansetzen müsse. Wähle er eine andere Preissteigerungsrate, könne er nicht nachweisen, dass er die Preissteigerung ordnungsgemäß durchgerechnet habe, mit der Folge, dass damit einer erfolgreichen Nachverhandlung die Grundlage entzogen wäre. Aus der unterbliebe-

nen bzw. nicht ordnungsgemäßen Berechnung könne somit kein Vorteil gezogen werden.

Die Regelungen seien marktüblich, seit dem Jahr 2001 in den Ausschreibungen enthalten und der Antragstellerin seit langem bekannt und auch von ihr bereits angewendet worden.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag durch Beschluss vom 14.12.2009 mit der Begründung zurückgewiesen, die Antragstellerin sei nicht in ihren Rechten nach § 97 GWB verletzt. Ihr werde kein ungewöhnliches Wagnis i. S. d. § 8 Nr.1 Abs.3 VOL/A aufgebürdet. Es liege auch keine Verletzung des Transparenz- oder Gleichheitsgebotes vor. Da von allen Bietern die Vorgaben in der Leistungsbeschreibung gleichermaßen konkretisiert durch die Bieterinformation Nr.2 vom 28.10.2009 umzusetzen seien, sei eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin. Sie meint, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Vorgaben in Nr. 12 und 13 BVB sowie in den beiden Bieterinformationsschreiben ausreichend konkret seien, um eine Vergleichbarkeit der Bieterpreise zu gewährleisten. So fehlten Vorgaben, mit welchem Prozentsatz der Fixkostenanteil zu gewichten und zu berücksichtigen ist. Auch eine unterschiedliche Gewichtung des Dieselskostenanteils könne sich unterschiedlich auf einen Nachverhandlungsanspruch auswirken. Folge könne sein, dass das Angebot mit dem zunächst günstigsten Preis durch eine erfolgreiche Nachverhandlung, die dem zweitgünstigen Anbieter aufgrund der Bagatellklausel abgeschnitten sein kann, teurer als ein ursprünglich ungünstigeres Angebot werde. Wegen der Berechnungen der Antragstellerin im Einzelnen wird auf die Beschwerdebeurteilung (GA 13, 14) und auf die Anlage B3 (GA 49) verwiesen.

Die Antragstellerin beantragt im Eilverfahren,

gem. § 118 Abs. 2 Satz 3 GWB die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern,

Die Antragsgegnerin beantragt im Eilverfahren,

den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung zurückzuweisen.

Sie tritt der sofortigen Beschwerde entgegen und verteidigt den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer. Sie weist darauf hin, dass starre Preisgleitklauseln die unterschiedliche Gewichtung der einzelnen Kostenanteile nicht erfassen würden und deshalb den tatsächlichen Preisanpassungsbedarf über- oder unterschreiten würden. Aber auch Klauseln, bei denen die Bieter die Gewichtung der Kostenelemente frei oder innerhalb eines vorgegebenen Rahmens getrennt nach Fixkosten und variablen Kosten angeben könnten, seien nicht geeignet, die individuellen kalkulatorischen Ansätze der einzelnen Bieter zuverlässig abzubilden. Deshalb habe die Antragsgegnerin die Nachverhandlungsklausel gewählt, die sich an der individuellen Kostenstruktur der Bieter orientiere. Voraussetzung für eine erfolgreiche Nachverhandlung sei, dass die Preissteigerung plausibel aus der Urkalkulation, die unverzüglich nach Auftragserteilung der Antragsgegnerin vorzulegen ist, abzuleiten sei.

Der Berechnungsmodus für die Preisanpassung sei in der Fußnote 2 zu Nr. 13.1 BVB hinreichend konkret dargelegt und zudem durch die Bieterinformation Nr. 2 (VKA 119-122) konkretisiert. Einer Fixierung von Prozentsätzen für Fixkostenanteile bedürfe es nicht. Der Bieter habe seine individuellen Fixkostenanteile anzusetzen. Lege er seinem Angebot nicht nachvollziehbare Fixkostenanteile zugrunde, werde dies dazu führen, dass eine Preisanpassung abgelehnt werde. Die Berechnungsbeispiele der Antragstellerin seien nicht geeignet, die Vergleichbarkeit der Preise in Frage zu stellen. Die sich aus der Nachverhandlungsklausel ergebenden Preisanpassungen seien gem. Nr. 15.1 BVB nicht Bestandteil der Preisprüfung. Unerheblich sei, dass sich bei einer Gesamtbetrachtung ex post aufgrund einer Preisanpassung nach Zuschlag Abweichungen zum ursprünglichen Wertungspreis ergeben können.

II.

1.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere in gesetzlicher Frist und Form eingelegt und begründet worden (§§ 116, 117 GWB).

2.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss kann insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen werden.

3.

Der Nachprüfungsantrag hat jedoch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg.

a)

Den im Verfahren vor der Vergabekammer noch beanstandeten angeblichen Vergabeverstöß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A macht die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde nicht mehr geltend. Konkrete Anhaltspunkte dafür sind auch nicht ersichtlich.

Die Vergabekammer hat vielmehr mit Recht angenommen, dass die Vergabebedingungen nicht gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A verstoßen. Nach dieser Vorschrift ist es dem öffentlichen Auftraggeber untersagt, dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse aufzubürden, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Hieran fehlt es.

Dem Auftragnehmer des ausgeschriebenen Auftrags wird durch das Fehlen einer Preisgleitklausel und die Möglichkeit einer Entgeltanpassung nur über Nachverhandlungen kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet.

Die Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses liegt vor, wenn dem Auftragnehmer Risiken aufgebürdet werden, die er nach der in dem jeweiligen Vertrags-

typ üblicherweise geltenden Wagnisverteilung an sich nicht zu tragen hat. Dies ist nicht der Fall bei Risiken, die dem Vertragstyp generell innewohnenden, oder bei der Überwälzung sog. Bagatellrisiken (OLG Naumburg, Beschluss vom 05.12.2008, 1 Verg 9/08, VergabeR 2009, 486, zitiert nach Juris Rn. 85). Die Vorschrift findet deshalb von vornherein auf solche Risiken keine Anwendung, die vertragstypisch ohnehin den Auftragnehmer treffen, insbesondere für das Leistungs- und Erfüllungsrisiko (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. September 2003, Verg 26/03, zitiert nach Juris Rn. 47 m.w.N.). Der Auftragnehmer eines Dienstleistungsauftrags trägt nach allgemeinen Grundsätzen nicht nur das Risiko, seine vertraglich übernommenen Verpflichtungen erfüllen zu können; ihm ist nach allgemeinem Vertragsrecht überdies auch das Risiko zugewiesen, die versprochene Leistung über die gesamte Vertragslaufzeit zu dem vereinbarten Preis kostendeckend erbringen zu können. Es fällt deshalb in seinen Risikobereich, wenn bei einem unverändert bleibenden Leistungsgegenstand seine Lieferkosten aufgrund veränderter gesetzlicher oder wirtschaftlicher Rahmenbedingungen steigen, so dass er seine Vertragsleistung mit einem erhöhten Kostenaufwand erbringen muss (OLG Düsseldorf, wie vor). Die Antragsgegnerin bürdet dem Auftragnehmer deshalb kein ungewöhnliches Wagnis auf, wenn sie für Steigerungen der KfZ- und Dieselposten keine Preisanpassungsklausel vorsieht. Es ist nach der vertragstypischen Risikoverteilung im Dienstleistungsvertrag grundsätzlich Sache des Auftragnehmers, für derartige Kostensteigerungen Vorsorge zu treffen und sie durch einen entsprechenden Wagniszuschlag in seiner Preiskalkulation zu berücksichtigen (OLG Düsseldorf, wie vor, Rn 47; OLG Naumburg, wie vor, Rn. 92).

Auch angesichts einer Vertragslaufzeit von acht Jahren gilt hier nichts anderes. Bei längerfristigen Verträgen kann zwar gemäß eine angemessene Änderung der Vergütung in den Verdingungsunterlagen vorgesehen werden, wenn wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten sind, deren Eintritt oder Ausmaß ungewiss ist. Ungeachtet der Frage, ob diese Voraussetzungen hier vorliegen, steht die Aufnahme einer Preisgleitklausel nach § 15 Nr. 2 VOL/A im Ermessen des Auftraggebers (OLG Naumburg, wie vor, Rn. 92). Bei der Abwägungsentscheidung ist einerseits zu berücksichtigen, dass jede „automatische“ Preisgleitung geeignet ist, die Geldentwertung zu befördern (OLG Naumburg, wie vor, Rn. 92). Andererseits ist zwar zu bedenken, dass der Zwang des Bieters, die

voraussichtliche Preisentwicklung zuzüglich eines Risikozuschlags in seinen Angebotspreis einzurechnen, dazu führen kann, dass der Auftragnehmer im Ergebnis wegen des Wagniszuschlags einen höheren Preis bezahlen muss, als im Falle einer Preisgleitklausel (vgl. Roth, in: Müller/Wrede VOL/A § 15 Rn. 31). Die Entscheidung der Antragsgegnerin gegen eine Preisgleitklausel ist indes hier auch unter dem Aspekt des Verbots der Überwälzung eines ungewöhnlichen Wagnisses nicht zu beanstanden. Denn die BVB begründen in Nr. 13 für den Fall nicht absehbarer Preisänderungen, die den Rahmen von Bagatellrisiken überschreiten, einen Anspruch auf Nachverhandlungen. Hierdurch wird dem Interesse der Bieter, nicht mit außergewöhnlichen Risiken belastet zu werden, in ausreichendem Maße Rechnung getragen.

b)

Soweit die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde weiterhin geltend macht, die von ihr beanstandeten Regelungen in Nr. 12 und 13 BVB verletzen das Transparenzgebot oder das Gleichbehandlungsgebot, weil die darin und in den beiden Bieterinformationsschreiben enthaltenen Vorgaben nicht ausreichend konkret seien, um eine Vergleichbarkeit der Bieterpreise zu gewährleisten, vermag der Senat dieser Ansicht nicht zu folgen.

Gemäß Nr. 12.2 BVB hat der Auftragnehmer alle Lohn- und Materialpreiserhöhungen sowie sonstige kalkulationsrelevante Preissteigerungen, die für ihn zum Zeitpunkt der Kalkulation des Angebots absehbar waren, in die Preise einzukalkulieren. Als nicht absehbar sind Preisänderungen bezeichnet, die den Betrag der linearen Fortschreibung der bekannten Preisänderungen im Vergleichszeitraum der vergangenen 5 Jahre (gemessen ab dem Monat der Angebotserstellung) übersteigen. In der Fußnote 2 zu Nr. 13.1 wird ergänzend ausgeführt, dass tarifliche Lohn- bzw. Gehaltsanpassungen, Preisänderungen bzw. -Steigerungen im Bereich der Kfz- und Dieselposten usw. in bekanntem Umfang entsprechend den (bekannten) Preisänderungen der vergangenen fünf Kalenderjahre vorhersehbare Kosten sind. Diese bekannten Kostenänderungen sind linear fortzuschreiben und auf diese Weise in die Preise einzurechnen, wobei Basis für die Ermittlung der "Kostenänderungen in bekanntem Umfang" die Kostenänderungen auf der Basis der Durchschnittskosten bezogen auf das jeweilige Kalenderjahr, ggf. Daten des Statistischen Bundesamtes sind. Die Bieterinformation Nr. 2 vom 28.10.2009 (VKA

119-122) erläutert am Beispiel der Dieseldkosten, die starken Schwankungen unterlagen, in welcher Weise die lineare Fortschreibung der Kostensteigerungen zu erfolgen hat. Sie erläutert zudem, dass mit „usw.“ alle branchenüblichen variablen Kostenparameter gemeint sind, wie sie in branchenüblichen Preisgleitklauseln abgebildet sind. Schließlich ist darauf hingewiesen, dass die Jahresdurchschnittswerte der branchenüblichen Zeitreihen die Datengrundlage bilden für die Ermittlung der Preissteigerungsraten in den vergangenen fünf Kalenderjahren, die für die Kalkulation über die Vertragslaufzeit fortzuschreiben ist. Damit sind die Grundlagen und die Methodik der Preiskalkulation unter Berücksichtigung der absehbaren Preisentwicklung für alle Bieter in gleicher Weise hinreichend klar beschrieben.

Soweit die Antragstellerin beanstandet, es fehlten Vorgaben, mit welchem Prozentsatz der Fixkostenanteil zu gewichten und zu berücksichtigen ist, lässt sie unbeachtet, dass jeder Bieter gehalten ist, seiner Kalkulation die individuelle Kostenstruktur seines eigenen Betriebes zugrunde zu legen.

Auch soweit die Antragstellerin geltend macht, eine unterschiedliche Gewichtung des Dieseldkostenanteils könne sich unterschiedlich auf einen Nachverhandlungsanspruch auswirken, ist kein Verstoß gegen das Transparenzgebot oder das Gleichbehandlungsgebot ersichtlich. Die von der Antragstellerin in der Anlage B3 (GA 49) angestellten fiktiven Berechnungen lassen unberücksichtigt, dass die Gewichtung des Dieseldkostenanteils vom Bieter nicht frei gewählt werden kann. Auch insoweit ist jeder Bieter gehalten, seiner Kalkulation die individuelle Kostenstruktur seines eigenen Betriebes zugrunde legen. Die Dieseldkostenanteile der einzelnen Bieter mögen dabei unterschiedlich sein. Eine Schwankungsbreite zwischen 15% und 30%, wie sie der fiktiven Berechnung der Antragstellerin zugrunde liegt, erscheint jedoch so fernliegend, dass sie nicht geeignet ist, einen Vergabeverstoß nahezulegen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es allenfalls theoretisch denkbar, dass rückblickend betrachtet das Angebot mit dem zunächst günstigsten Preis durch eine er-

folgreiche Nachverhandlung teurer werden kann als das ursprünglich zweitgünstige Angebot, wenn dem zweitgünstigen Anbieter eine Preisanpassung aufgrund der Bagatellklausel abgeschnitten wäre. Aus einer solchen nachträglichen Betrachtung lässt sich jedoch kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder das Transparenzgebot ableiten. Es liegt in der Natur von Grenzwerten – hier der Bagatellgrenze –, dass sie knapp über- oder unterschritten werden können und sich insoweit bei den einzelnen Bietern unterschiedlich auswirken können. Ein Vergaberechtsverstoß könnte insoweit nur dann angenommen werden, wenn ein Bieter es in der Hand hätte, einen günstigen Angebotspreis zu wählen, um ihn nachträglich über eine Nachverhandlung nach oben anpassen zu lassen. Hiervon kann jedoch nicht ausgegangen werden.

Eine erfolgreiche Nachverhandlung kommt nämlich nur dann in Betracht, wenn die ursprüngliche Kalkulation die Vorgaben der linearen Preisfortschreibung umgesetzt hat. Stellt sich heraus, dass dies nicht der Fall war, besteht kein Anspruch auf eine Preisanpassung. Entgegen der Meinung der Antragstellerin können folglich andere Bieter durch eine nachträgliche Anpassung eines bewusst niedrig gewählten Ursprungspreises nicht benachteiligt werden. Berücksichtigt ein Bieter bei seiner Kalkulation die aus der Preisentwicklung in der Vergangenheit abzuleitende künftige Preisentwicklung nicht, geschieht dies auf eigenes Risiko. Ob die Antragsgegnerin ein solches Verhalten bei der Wertung der Angebote erkennen kann, ist deshalb unerheblich.

Hat die Antragsgegnerin aufgrund eines Vergleichs der Angebote Anhaltspunkte dafür, dass die Preise eines Bieters unauskömmlich kalkuliert sein könnten, kann sie sich gemäß § 25 Abs. 2 VOL/A die zur Prüfung erforderlichen Unterlagen vorlegen lassen. Insofern ist es unschädlich, dass die Urkalkulation grundsätzlich erst nach Auftragserteilung einzureichen ist.


Die sofortige Beschwerde hat danach keine Aussicht auf Erfolg; der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB war zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die durch den Antrag nach § 118 GWB verursachten Mehrkosten trifft der Senat in ständiger Rechtsprechung mit der Hauptsacheentscheidung.

Dr. Niefenführ

Dr. Schmidt

Bonkas

 **als Ugenussleiter der Geschäftsstelle**

[Handwritten signature]