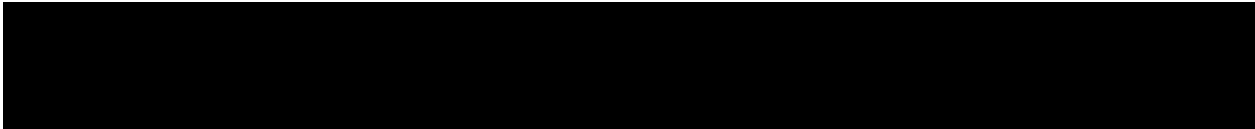


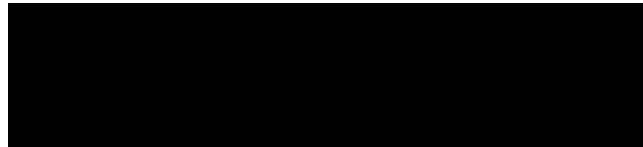
Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

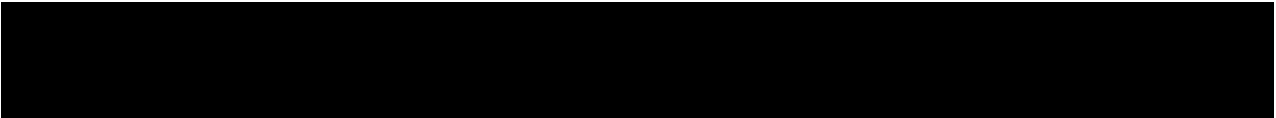


- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

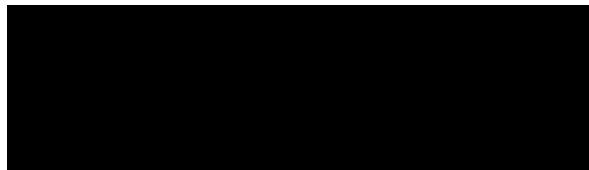


gegen



- Antragsgegner und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:



wegen:

Durchführung von Winterdienst, Pflege/Reinigung von Außenanlagen, Bereitstellen von Müllbehältern für insgesamt 7 Objekte in Bensheim und Heppeheim

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel ohne mündliche Verhandlung am 17. Oktober 2016 beschlossen:

1. Dem Antrag wird abgelehnt.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, die die Antragstellerin trägt.
3. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 7. März 2016 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer 2016 / S 051-085194 die Durchführung von Winterdienst, Pflege/Reinigung von Außenanlagen sowie das Bereitstellen von Müllbehältnissen für insgesamt 7 Objekte in Bensheim und Hepenheim für drei Jahre mit der Option der Vertragsverlängerung um jeweils ein Jahr auf maximal fünf Jahre im offenen Verfahren aus. Nach Ziffer IV.2.1) ist Zuschlagskriterium der niedrigste Preis.

Die Antragstellerin reichte ihr Angebot fristgerecht ein. Ausweislich der Vergabeunterlagen, dort unter „Ergänzungen zur Angebotsaufforderung“ finden sich auf Seite 5 unter Ziffer 8 Ausführungen dahingehend, wann der Auftraggeber ein Angebot für auffällig niedrig hält und bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen in eine vertiefte Prüfung eintritt. Danach geht der Antragsgegner von einem auffällig niedrigen Angebot aus, wenn die Kalkulation der rechnerisch geprüfte Angebotssumme um mehr als 20 % von der Kostenschätzung bzw. um mehr als 10 % von der des nächst höheren Angebotes abweicht. Ausweislich der Vergabeunterlagen liegt die Angebotssumme der Antragstellerin etwa 30 % unter der Kostenschätzung des Antragsgegners und weicht mehr als 10 % von dem nächsthöheren Angebot ab.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2016 forderte der Antragsgegner die Antragstellerin unter anderem auf, die Urkalkulation hinsichtlich der Außenanlagenpflege und des Winterdienstes vorzulegen, da die jeweils angebotenen Preise ungewöhnlich niedrig erschienen. Des Weiteren sollte die Antragstellerin auch zu Mängelanzeigen, die sich im Rahmen der Überprüfung der Referenzen ergeben hatten, Stellung nehmen.

Der Antragsgegner setzte der Antragstellerin hierfür eine Frist bis zum 22. Juni 2016, andernfalls werde das Angebot von der weiteren Wertung ausgeschlossen. Daraufhin übergab die Antragstellerin in einem verschlossenen Umschlag am 22. Juni 2016 nicht die geforderte Urkalkulation, sondern nochmals ihr vollständiges Angebot, das sie bereits fristgerecht eingereicht hatte. Am 23. Juni 2016 ging die Stellungnahme der Antragstellerin bezüglich der Mängelanzeigen bei dem Antragsgegner ein.

Mit Schreiben vom 4. August 2016 forderte der Antragsgegner die Antragstellerin letztmalig unter Fristsetzung bis zum 11. August 2016, 12:00 Uhr, auf, die geforderte Urkalkulation vorzulegen. Zudem wurde die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass die Kalkulation zu allen angegebenen Angebotspreisen (Außenanlagenpflege sowie Winterdienst) nachvollziehbar darzulegen sei und die Angaben zur Zusammensetzung der jeweiligen Preise (u.a. Stundenverrechnungssatz, Zeitansatz, Kosten für Geräte, Materialien, Entsorgung etc.) sowie eine Erläuterung des Stundenverrechnungssatzes enthalten müsse.

Am 10. August 2016 reichte die Antragstellerin einen weiteren Umschlag mit Unterlagen ein. Die Überprüfung der eingereichten Unterlagen ergab hinsichtlich der auszuführenden Winterdienstleistungen bei den 7 Objekten in Bensheim und Heppenheim eine Abweichung des Angebotspreises von über 40 % unter den vom Auftraggeber geschätzten Kosten. Des Weiteren enthielt die Urkalkulation bei dem Objekt 4, Position 1.5 und Objekt 6, Position 1.2 einen von dem eingereichten Angebot hinsichtlich des „angebotenen Einheitspreises in €“ nach unten abweichenden Preis. Dieser ergibt sich sowohl aus der Multiplikation von „Zeitansatz“ mit dem „Stundenverrechnungssatz“ als auch aus der Addition der Preise zu „Löhne“, „Stoffe/Material“, „Geräte“ und „Sonstiges“. Die Antragstellerin gab diese beiden Positionen in ihrem Angebot und der vorgelegten Urkalkulation mit jeweils [REDACTED] € an, während die Multiplikation der oben genannten Faktoren jeweils einen Einheitspreis von [REDACTED] € und [REDACTED] € ergibt. Hinsichtlich der Angaben der Antragstellerin zu dem Lohnkostenanteil im Angebot und der Urkalkulation vom 10. August 2016 ergab die Überprüfung der Unterlagen eine Differenz. Die Antragstellerin gab in ihrem Angebot unter Punkt 1.4 im Leistungsverzeichnis einen Lohnkostenanteil von 92 % an, während sich aus der Urkalkulation fast durchgängig ein Lohnkostenanteil von 80 % ergibt, wenn die angebotenen Einheitspreise in € mit den Löhnen ins Verhältnis gesetzt werden. Gründe, die die Differenzen bzw. die Preisangaben erklären könnten, gab die Antragstellerin nicht mit der Urkalkulation an.

Mit Informationsschreiben nach § 101a GWB a.F. vom 9. September 2016 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, ihr Angebot sei gemäß § 19 EG Abs. 6 sowie § 19 EG Abs. 3 lit. a) in Verbindung mit Abs. 2 Satz 2 VOL/A ausgeschlossen worden, da die von ihr angebotenen Preise für die Durchführung des Winterdienstes in einem offenen Missverhältnis zur Leistung stünden und ihr Angebot die geforderten Preisangaben nicht enthalte. Der Antragsgegner erläutert dies auch im Einzelnen. Insoweit wird Bezug genommen auf das Schreiben des Antragsgegners vom 9. September 2016 .

Mit Schreiben vom 12. September 2016 rügte die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebotes und erklärte, ihr Angebot sei für den Winterdienst aufgrund langjähriger Erfahrungen in diesem Bereich auskömmlich und es handle sich auch nicht um eine bloße Schätzung. Preisangaben fehlten nicht, sondern insofern handle es sich lediglich um einen Übertragungsfehler, wodurch das zutreffende Ergebnis nicht beeinflusst werde. Mit Schreiben vom 15. September 2016 wies der Antragsgegner die Rüge als unbegründet zurück und erläuterte nochmals seine Entscheidung.

Mit Schriftsatz vom 19. September 2016 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zur Begründung verweist sie im Wesentlichen auf ihr Schreiben vom 12. September 2016 und auf die Stellungnahme vom 22. Juni 2016 bezüglich der Mängelanzeigen hinsichtlich der vorgelegten Referenzen und beantragt,

1. dem Antragsgegner aufzugeben, das Angebot der Antragstellerin für das offene Verfahren VG-0437-2016-0082 über die Durchführung des Winterdienstes, Pflege/Reinigung von Außenanlagen sowie bereitstellen von Müllbehältern für insgesamt 7 Objekte in Bensheim und Hepenheim zu werten und der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen;
2. dem Antragsgegner zu untersagen, der Firma [REDACTED] oder einem anderen Bieter den Zuschlag zu erteilen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

Er ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, da die Antragstellerin nach gefestigter Rechtsprechung kein Anspruch auf Bezuschlagung ihres Angebotes habe. Des Weiteren sei der Vortrag der Antragstellerin unschlüssig, hilfsweise jedoch offensichtlich unbegründet, da das Angebot wegen Unauskömmlichkeit gemäß § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A a. F. und wegen geforderter, aber fehlender Preisangaben bezüglich der Objekte 4, Position 1.5 und 6, Position 1.2 gemäß § 19 EG Abs. 3 lit. a) in Verbindung mit Abs. 2 VOL/A a. F. auszuschließen gewesen sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie auf die Vergabeakten (2 Aktenordner) Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind. Die Vergabekammer hat wegen Unzulässigkeit und offensichtlicher Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages ohne mündliche Verhandlung entschieden, § 112 Abs. 1, 3. Var. GWB a.F.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist bereits unzulässig (dazu A.), er ist jedenfalls aber offensichtlich unbegründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig. Zwar ist der Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen eröffnet (dazu I.), der Antragstellerin fehlt jedoch die erforderliche Antragsbefugnis (dazu II.).
- I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB a.F. ist eröffnet. Bei dem Antragsgegner handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber, der als Gebietskörperschaft unter § 98 Nr. 1 GWB a.F. fällt. Die Höhe des erforderlichen Schwellenwertes ist nach § 100 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB a.F. in Verbindung § 2 Abs. 1 VgV a.F. überschritten.
- II. Der Antragstellerin, die beantragt hat, den Antragsgegner zu verpflichten, ihr den Zuschlag zu erteilen, fehlt die gemäß § 107 Abs. 2 GWB a.F. erforderliche Antragsbefugnis. Es ist ausgeschlossen, dass der Antragstellerin der geltend gemachte Anspruch zusteht. Bieter haben einen subjektiven Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (§ 97 Abs. 7 GWB a.F.), nicht aber darauf, dass der Auftraggeber den Auftrag auch erteilt und demgemäß die Vergabestelle das Vergabeverfahren mit der Erteilung des Zuschlags abschließt (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 20. März 2014 - X ZB 18/13 - VergabeR 2014, 538; Urteil vom 5. November 2002 - X ZR 232/00 - VergabeR 2003, 163). Das folgt aus der Vertragsfreiheit, die auch für im Wege öffentlicher Ausschreibung vergebene Aufträge gilt. Bieter haben die Nichtvergabe eines Auftrags nach einer Aufhebung des Vergabeverfahrens grundsätzlich nur dann hinzunehmen, wenn sie von einem in den einschlägigen Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnungen (§ 17 EG Abs. 1 VOB/A a.F., § 20 EG Abs. 1 VOL/A a.F.) aufgeführten Gründe gedeckt und deshalb von vornherein rechtmäßig ist (Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 12. Januar 2016 - Verg W4/15 - juris, RdNr. 22). Mithin besteht auch für den Fall, dass nach den vorgenannten Vorschriften kein Aufhebungsgrund besteht, kein Anspruch des einzelnen Bieters auf Erteilung des Zuschlags, sondern allenfalls auf einen auf das negative Interesse gerichteten Schadensersatz, §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Es kann dahinstehen, ob ein entsprechender Anspruch für den Fall besteht, dass der öffentliche Auftraggeber an seiner Beschaffungsabsicht festhält. Eine entsprechende Einschränkung enthält der Antrag der Antragstellerin nicht. § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB a.F. gebietet (oder erlaubt) auch nicht, den Antrag entsprechend auszulegen. Zwar ist die Vergabekammer gemäß der vorgenannten Vorschrift an die Fassung der Anträge nicht gebunden.

Aber dies ändert nichts an dem sämtlichen Prozessordnungen immanenten Verbot, über das beantragte Ziel einer Partei hinauszugehen. Trotz der Regelung des § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB a. F. bilden die Anträge den Rahmen der Entscheidungsbefugnis der Vergabekammer (Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 114 RdNr. 48).

- B. Der Nachprüfungsantrag dürfte jedenfalls auch offensichtlich unbegründet sein, weil die Vergabestelle das Angebot der Antragstellerin zu Recht wegen Unauskömmlichkeit nach § 19 EG Abs. 6 VOL/A a.F. ausgeschlossen hat. Die Antragstellerin hat nicht durch nachvollziehbare Angaben den Nachweis der Auskömmlichkeit ihres Angebotes erbracht.
- I. Der Antragsgegner ist zu Recht in die Angebotsprüfung nach § 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A a.F. eingetreten, weil nach den Vergabeunterlagen die von ihm aufgestellten Bezugspunkte für eine Angebotsaufklärung gegeben waren (siehe Ziffer 8 der Ergänzungen zur Angebotsaufforderung, Blatt 409 der Vergabeakte). Das Angebot der Antragstellerin weicht um 30 % von der Kostenschätzung und um mehr als 10 % von dem nächsthöheren Angebot ab. Da die Voraussetzungen vorliegen, musste der Antragsgegner in die Aufklärung des Angebotes eintreten, er dürfte insoweit keinen Ermessensspielraum gehabt haben. Im Übrigen hat die Antragstellerin diese Vorgehensweise des Antragsgegners auch nicht gerügt.
- II. Mit den jeweiligen Aufklärungsverlangen vom 15. Juni 2016 und vom 6. Juli 2016 ist die Beweislast der Auskömmlichkeit des Angebotes auf die Antragstellerin übergegangen (Müller-Wrede / Horn in: Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, VOL/A, Kommentar, 3. Auflage 2010, § 19 EG RdNr. 180; Scharf in: Dieckmann / Scharf / Wagner-Cardenal, Kommentar zur VOL/A, 1. Auflage 2009, § 19 EG RdNr. 207). Die Antragstellerin jedoch hat keine Gründe dargelegt, die den Anschein der Unauskömmlichkeit ihres Angebotes widerlegen. Vielmehr sind aufgrund der vorgelegten Urkalkulation weitere Unklarheiten entstanden.
1. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Abweichung von mehr als 40 % unter den vom Antragsgegner geschätzten Kosten bezüglich der Winterdienstleistungen als auch im Hinblick auf die Preisangaben bezüglich der Objekte 4 und 6. Zum anderen kommt hinzu, dass es nunmehr auch widersprüchliche Angaben zu dem Lohnkostenanteil im Angebot einerseits und der Urkalkulation vom 10. August 2016 andererseits gibt. Die vorgenannten Unklarheiten lassen sich auch nicht anhand der weiteren Angaben in der nachgereichten Urkalkulation klären. Auch hat die Antragstellerin keine weiteren Erläuterungen oder Erklärungen abgegeben. Dass sie im Rügeschreiben vom 12. September 2016 nunmehr behauptet, die kalkulierten Preise für den Winterdienst beruhten auf jahrelangen Erfahrungswerten bzw. aktuelle Aufträge könnten belegen, dass es sich nicht um bloße Schätzungen handele, muss unberücksichtigt bleiben, weil der diesbezügliche Vortrag nicht innerhalb der von dem Antragsgegner gesetzten Frist bis zum 11. August 2016 erfolgt ist.

-
2. Der Antragsgegner ist gesetzlich verpflichtet, den Gleichbehandlungsgrundsatz zu wahren. In den Vergabeunterlagen hat er bereits darauf hingewiesen - und damit sein Ermessen ausgeübt -, dass ein Bieter, der der Aufklärungspflicht nicht nachkommt, oder die begründeten Zweifel der Vergabestelle an der Angemessenheit der Preise nicht beseitigen kann, mit seinem Angebot ausgeschlossen wird. Dies hat die Antragstellerin rügelos hingenommen. Sie hatte Gelegenheit, alle Gründe, die für eine mögliche Auskömmlichkeit ihres Angebotes streiten, bis zum 11. August 2016 vorzutragen. Vor diesem Hintergrund hat die Antragstellerin den ihr obliegenden Nachweis der Auskömmlichkeit ihres Angebotes nicht geführt.
- III. Die Vergabekammer kann es dahingestellt sein lassen, ob bei fehlendem Nachweis der Auskömmlichkeit des Angebotes der Ausschluss zwingend oder in das Ermessen des Auftraggebers gestellt ist. Jedenfalls hat der Antragsgegner vorliegend den zwingenden Ausschluss in den Vergabeunterlagen (Ziffer 8 der Ergänzungen zur Angebotsaufforderung, Seite 409 der Vergabeunterlagen) vorgesehen, was die Antragstellerin rügelos hingenommen hat.
- IV. Im Übrigen hätte der Antragsgegner das Angebot der Antragstellerin bereits am 6. Juli 2016 ausschließen müssen, weil die Antragstellerin nicht die unter Fristsetzung geforderte Urkalkulation, sondern nochmals ihr Angebot abgab, welches sie bereits zum Angebotseröffnungstermin vorgelegt hat.
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB a.F..
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB a.F. werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin im Verfahren unterlegen ist, trägt sie die Kosten, § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F..
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB a.F. unter Berücksichtigung des mit dem Verfahren verbundenen Verwaltungsaufwandes. Aus der Jahresbruttoangebotssumme der Antragstellerin unter Berücksichtigung von § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV a.F. ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von [REDACTED] €, § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB. Da die Vergabekammer zwar ohne mündliche Verhandlung entschieden hat, aber die Vergabeunterlagen zu sichten waren und einen schriftlichen Beschluss gefertigt hat, erscheint es angemessen, die Gebühr auf [REDACTED] € zu reduzieren, § 128 Abs.3 Satz 6 GWB a. F..
- III. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten, § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB a.F.. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner ist angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 2 und 4 GWB a.F. in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.

