

**Leitsätze (Stichworte):**

wirtschaftlichstes Angebot; niedrigster Preis, § 21 EG VOL/A

**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

wegen

Straßenreinigung, Unkrautvernichtung und Winterdienst, Lose 4 - 10, Offenes Verfahren nach VOL/A (EU- Ausschreibung 2012/S

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Schwarz und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Februar 2013 am 15. Februar 2013 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsstellerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von 3275,- € festgesetzt.

## Gründe:

### I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Vergabebekanntmachung vom 28. Juli 2012 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Vergabenummer 2012/S die Leistung „Straßenreinigung, Unkrautvernichtung, Winterdienst“ an 25 Standorten im gesamten Bundesland Hessen im Offenen Verfahren nach der VOL/A in 10 Losen europaweit aus. Die Angebotsfrist endete am 24. September 2012, die Zuschlags- und Bindefrist mit Ablauf des 31. Oktober 2012. Gemäß Abschnitt II.3) der Ausschreibung war als Vertragsbeginn der 1. November 2012 vorgesehen. Vertragsende sollte der 31. Oktober 2014 sein, mit der Möglichkeit einer zweimaligen Verlängerung um jeweils ein Jahr pro Los zu gleichen Bedingungen. Nach Abschnitt IV.2.1) war einziges Zuschlagskriterium der niedrigste Preis.

Die Antragstellerin gab mit Datum vom 20. September 2012 unter anderem ein Angebot für die Lose 4 bis 10 ab. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 24. September 2012. Für die Lose 4 bis 10 ist jeweils nur das Angebot der Antragstellerin eingegangen. Nach Auswertung der Angebote hob die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18. Oktober 2012 das Vergabeverfahren für die Lose 4 bis 10 nach § 20 EG Abs. 1 lit. c) VOL/A auf, weil die Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gebracht habe. Ferner teilte die Antragsgegnerin mit, es sei beabsichtigt, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen, worüber sie die Antragstellerin informieren werde.

Die Aufhebung des Vergabeverfahrens rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. Oktober 2012. Sie geht davon aus, dass die Antragsgegnerin ihrer Informationspflicht gemäß § 101a GWB nicht hinreichend nachgekommen sei. Darüber hinaus führt sie aus, sie habe der Antragsgegnerin bereits mit Schreiben vom 16. Oktober 2012 die Preisgestaltung am Beispiel des Loses 1 für den Winterdienst verdeutlicht. Des Weiteren ist sie der Auffassung, bei der Beurteilung der Frage, ob ein wirtschaftliches Angebot im Sinne von § 97 Abs. 5 GWB vorliege, dürfe nicht allein auf den bloßen Preis abgestellt werden.

Die Antragsgegnerin erwiderte daraufhin mit Schreiben vom 9. November 2012, dass sie der Rüge nicht abhelfen werde, da die Aufhebung des Verfahrens zu Recht erfolgt sei. Zum einen genüge die Mitteilung an die Antragstellerin den Anforderungen des § 20 EG VOL/A. Zum anderen wichen die von der Antragstellerin angebotenen Preise in den Los 4 bis 10 im Vergleich zu den Vorjahreskosten zuzüglich eines 10%-igen Aufschlages für Lohn- und sonstige Betriebskosten im Bezug auf Straßenreinigung und Winterdienst um ca. 90 bis 140% nach oben ab. Diese Kosten überstiegen auch bei weitem das, was die Antragsgegnerin aufwenden müsse, um diese Dienstleistungen selbst zu erbringen. Die von der Antragstellerin vorgelegte Kalkulation beziehe sich auf ein Los, das hier nicht streitbefangen sei und sich überdies auch nur auf einen Teilbereich des Loses beziehe.

Die Antragstellerin beantragte am 21. November 2012 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zur Begründung trägt sie das vor, was sie bereits mit ihrem Rüge-schreiben vom 23. Oktober 2012 vorgetragen hat. Sie verdeutlicht nochmals, dass die Antragsgegnerin sich nicht auf den Standpunkt stellen könne, bei der Zuschlagserteilung allein auf den angebotenen Preis abzustellen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Aufhebung des Ausschreibungsverfahrens für die Erbringung von Dienstleistung für Straßenreinigung, Unkrautvernichtung und Winterdienst gemäß der EU-Ausschreibung 2012/ für die Lose 4 bis 10 aufzuheben und der Antragstellerin hier den Zuschlag zu erteilen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

- I. den Nachprüfungsantrag vom 21. November 2012 zurückzuweisen;
- II. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.

Sie weist darauf hin, dass für die streitbefangenen Lose 4 bis 10 kein sogenanntes Informationsschreiben gemäß § 101a GWB ergangen sei, sondern lediglich ein Informationsschreiben über die (Teil-) Aufhebung des Verfahrens im Sinne des § 20 EG Abs. 2 VOL/A. Des Weiteren ist sie der Auffassung, die Antragstellerin sei ihrer Rügepflicht gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB nicht nachgekommen, da sie sich in ihrem Rügeschreiben vom 23. Oktober 2012 zwar auf das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises beziehe, aber dieser Umstand bereits aus den Vergabeunterlagen mit der Bekanntmachung erkennbar gewesen sei. Da die Antragstellerin dies nicht rechtzeitig gerügt habe, sei sie mit diesem Einwand präkludiert. Darüber hinaus trägt sie vor, § 97 Abs. 5 GWB sei kein Verbot zu entnehmen, dass bei der Erteilung des Zuschlages nicht ausschließlich auf das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises abgestellt werden könne. Vielmehr sei der Auftraggeber nach der einschlägigen Rechtsprechung in der Auswahl der Kriterien frei. Dies werde ebenso auch in der Literatur ausgeführt. Sofern der Auftraggeber die Kriterien festgelegt habe, verbliebe kein Entscheidungsspielraum mehr, als das festgelegte Kriterium entsprechend anzuwenden. Im konkreten Fall habe dies die Antragsgegnerin zweifellos getan. Im Übrigen sei die Leistungsbeschreibung hinreichend definiert, so dass die preislichen Kriterien als maßgebliche Kriterien für die Beurteilung des Vorliegens eines wirtschaftlichen Angebotes keinen Bedenken begegneten.

Die Antragsgegnerin führt weiter aus, sie habe das Vergabeverfahren teilweise aufheben können, da kein wirtschaftliches Ergebnis gegeben sei. Dies sei immer dann der Fall, wenn das Preis- Leistungsverhältnis der Angebote für den öffentlichen Auftraggeber nicht akzeptabel sei und in einem Missverhältnis zu der Leistung stünde. Zur Beurteilung der Frage, ob ein wirtschaftliches Angebot vorliege, könnten Kosten aus der Voraus-schreibung oder andere eingegangene Angebote als Maßstab herangezogen werden. Da der Antragsgegnerin bislang für den Posten „Unkrautvernichtung“ keine Kosten ent-standen seien, sei für die Schätzung eine Preisabfrage bei einem Marktanbieter im Vorfeld des Ausschreibungsverfahrens herangezogen worden, während für die Straßenrei-

nigung und den Winterdienst ein Vorjahreskostenvergleich möglich gewesen sei, basierend auf den Kosten für den eigenen Haustechniker mit einem kalkulierten Stundenlohn in Höhe von 24,64 Euro. Basierend hierauf seien die voraussichtlichen Vorjahreskosten mit den Angebotspreisen der Antragstellerin für die Lose 4 bis 10 verglichen worden, wobei die Preissteigerung für Lohn- und Betriebskosten mit einem 10%-igen Aufschlag für den Winterdienst und die Straßenreinigung sowie einem 3%igen Aufschlag für die Leistungen der Unkrautvernichtung berücksichtigt worden sei. Aufgrund dieser Kalkulationen habe sich für die von der Antragstellerin angebotenen Preise für die Lose 4 bis 10 im Vergleich zu den Vorjahreskosten in Bezug auf Straßenreinigung und Winterdienst eine Differenz von ca. 75 bis 245% ergeben. Ausgehend von der Tatsache, dass eine objektiv und ordnungsgemäß erstellte Kalkulation der Antragsgegnerin zur Beurteilung des Preis- Leistungsverhältnisses vorliege, sei erkennbar, dass das Angebot der Antragstellerin einen gegenüber der Kostenschätzung der Antragsgegnerin deutlich überhöhten Preis, mithin ein offensichtliches Missverhältnis, aufweise. Darüber hinaus sei die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Rückgängigmachung der Aufhebung und Fortführung des Vergabeverfahrens sowie die Verpflichtung zur Zuschlagserteilung, so wie die Antragstellerin dies beantragt habe, nur in seltenen Ausnahmefällen möglich, nämlich dann, wenn es sich um eine Scheinaufhebung oder um eine Aufhebung ohne sachlichen Grund handele. Beide Umstände lägen hier nicht vor.

Die Entscheidungsfrist nach § 113 Abs. 1 GWB wurde mit Mitteilung der Vorsitzenden vom 17. Dezember 2012 wegen des Jahreswechsels und der mit den Weihnachtsfeiertagen verbundenen Urlaubszeit sowie einer unerwartet hohen Anzahl von Nachprüfungsanträgen innerhalb kurzer Zeit zunächst bis zum 12. Februar 2013 verlängert. Da die Antragstellerin der von der Vergabekammer vorgeschlagenen Verfahrensweise, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, nicht zugestimmt hat und der Bevollmächtigte der Antragstellerin den für den 12. Februar 2013 anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung nicht wahrnehmen konnte, hat die Vorsitzende die Entscheidungsfrist bis zum 18. Februar 2013 verlängert.

In der mündlichen Verhandlung am 14. Februar 2013 wurde die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten ausführlich erörtert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie auf die Vergabeakte der Antragsgegnerin Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist bereits teilweise unzulässig (dazu A.), soweit zulässig, ist er unbegründet (dazu B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig.

- I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist eröffnet. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB. werden als öffentliche Auftraggeber angesehen, da eine überwiegende Finanzierung durch den Staat vorliegt, wenn die Tätigkeiten der hauptsächlich durch Mitgliedsbeiträge finanziert werden, die nach öffentlich - rechtlichen Regeln auferlegt, berechnet und erhoben werden. An einer konkreten vertraglichen Gegenleistung fehlt es, da weder die Beitragspflicht noch die Beitragshöhe das Ergebnis einer Vereinbarung zwischen den und ihren Mitgliedern ist und sich die Höhe der Beiträge nach der Leistungsfähigkeit der Versicherten richtet (vgl. Pünder in Pünder / Schellenberg, Kommentar zum Vergaberecht, 1. Auflage 2011, § 98 RdNr. 45). Der zu vergebende Auftrag ist auch ein öffentlicher Auftrag, §99 GWB.
- II. Die Höhe des erforderlichen Schwellenwertes nach § 2 Ziffer 7 VgV in Verbindung mit § 2 Nr. 2 VgV ist überschritten. Bei den einzelnen Teilen des vorliegenden Auftrages handelt es sich um Lose (insgesamt 10), die einen einheitlichen Auftrag bilden, denn die ausgeschriebenen Leistungen „Straßenreinigung, Winterdienst, Unkrautvernichtung“ sind gleichartige Leistungen, die in einem funktionalen, räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen.
- III. Die Antragstellerin ist nur im Hinblick auf ihre Rüge der Rechtswidrigkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB (dazu 1.). Dagegen fehlt ihr die Antragsbefugnis soweit sie beantragt, die Antragsgegnerin zu verpflichten, ihr den Zuschlag zu erteilen (dazu 2.). Ihr fehlt die Antragsbefugnis außerdem insoweit, als sie eine Verletzung von § 97 Abs. 5 GWB geltend macht (dazu 3.).
  1. Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB, soweit sie die Aufhebung des Vergabeverfahrens für die Lose 4 bis 10 durch die Antragsgegnerin für vergaberechtswidrig hält. Insoweit kann ein Bieter in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein. Es ist dann nicht von vornherein auszuschließen, dass die Antragstellerin durch ein eventuell vergaberechtswidriges Verhalten der Antragsgegnerin einen Schaden erleidet (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02 - Juris).
  2. Soweit die Antragstellerin die Zuschlagserteilung für die Lose 4 bis 10 für sich begehrt, fehlt der Antragstellerin die Antragsbefugnis. Die Antragstellerin hat vergaberechtlich nicht zwingend einen Anspruch darauf, dass der Auftrag an sie erteilt wird, auch wenn sie alleinige Bieterin für die Lose 4 bis 10 ist. Ein Kontrahierungs-

zwang der Antragsgegnerin besteht nämlich nicht, und zwar auch dann nicht, wenn sich die beanstandete Aufhebungsentscheidung im Ergebnis als nicht vergaberechtskonform erweisen sollte. Die Vergabestelle kann von ihrer Beschaffungsabsicht Abstand nehmen oder das Vergabeverfahren aus einem anderen wichtigen Grund im Sinne des § 20 EG Abs. 1 lit. d) VOL/A aufheben.

3. Der Antragstellerin fehlt die Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB auch, soweit sie sich auf eine Verletzung des § 97 Abs. 5 GWB beruft. Es braucht insoweit (erneut) nicht entschieden zu werden, ob dieser Norm ausschließlich eine im Interesse der Allgemeinheit liegende Zweckbestimmung zukommt (vgl. VK Hessen, Beschluss vom 3. Februar 2012 - 69d VK 48/2011 - Juris, RdNrn. 32 ff.) oder ob sie auch bieterschützenden Charakter hat. Vorliegend kann die Antragstellerin jedenfalls nicht geltend machen, infolge einer ursprünglich beabsichtigten Zuschlagserteilung ausschließlich auf der Grundlage des niedrigsten Preises möglicherweise einen Schaden zu erleiden. Wenn und soweit die Voraussetzungen des § 20 EG Abs. 1 lit. c) VOL/A vorliegen, tun sie dies unabhängig davon, ob neben dem Preis auch weitere Zuschlagskriterien herangezogen werden oder nicht. Selbst wenn also die Rechtsauffassung der Antragstellerin - entgegen der Beschlüsse der Vergabekammer Hessen (a.a.O.) sowie des OLG Frankfurt am Main (Beschlüsse des OLG Frankfurt am Main vom 5. Juni 2012 - 11 Verg 3/2012 und 11 Verg 4/2012 - Juris) als zutreffend unterstellt würde, hätte dies keinerlei Auswirkungen auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Aufhebung. Es ist daher von vornherein ausgeschlossen, dass die Antragstellerin durch die von ihr behauptete Rechtsverletzung einen Schaden erleidet bzw. ein die Beseitigung des von ihr behaupteten Verstoßes gegen Vorschriften des Vergaberechts ein solcher Schaden vermieden wird. Im Übrigen verweist die Vergabekammer auch im Hinblick auf Rechtmäßigkeit der Verwendung des Preises als einziges Zuschlagskriterium auf ihren vom OLG Frankfurt am Main (a.a.O.) bestätigten Beschluss vom 3. Februar 2012 (a.a.O.).
- IV. Die Aufhebungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 18. Oktober 2012 hat die Antragstellerin rechtzeitig gerügt, § 107 Abs.3 Satz 1 Nr.1 GWB.
- B. Soweit zulässig, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil die Voraussetzungen des § 20 EG Abs. 1 lit. c) VOL/A vorliegen. Die Aufhebung der Ausschreibung ist mit Recht im Hinblick darauf vorgenommen worden, dass die Angebote der Antragstellerin zu den Losen 4 bis 10 wirtschaftlich nicht angemessen waren.
- I. Eine Ausschreibung ist dann nicht wirtschaftlich, wenn sie kein akzeptables Preis-Leistungsverhältnis ergeben hat. Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit kommt es nicht auf die subjektive Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers an. Vielmehr sind objektive Beurteilungsmaßstäbe wie etwaige Marktpreise oder eine seitens der Vergabestelle erfolgte fehlerfreie Kostenschätzung heranzuziehen (vgl. Ruhland in Pünder / Schellenberg; Vergaberecht, 1. Auflage 2012, § 17 VOL/A RdNr. 9; Kulartz / Marx / Portz / Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage 2010, § 17

RdNrn. 32 ff). Bei der Findung bzw. der Beurteilung des wirtschaftlichsten Angebotes gemäß § 21 EG Abs. 1 VOL/A in Verbindung mit § 19 EG Abs. 9 VOL/A hat der Auftraggeber einen weiten Beurteilungsspielraum, der nur eingeschränkt überprüfbar ist. Der öffentliche Auftraggeber weiß am besten, welche Leistung er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Ebenso wie im Unterschwellenbereich hat die öffentliche Hand bei Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwendung öffentlicher Mittel zu beachten, wobei der öffentliche Auftraggeber sich hierbei auch für den Preis als alleinigem Zuschlagskriterium entscheiden kann (vgl. Mentzini / Ruhland in Pünder / Schellenberger a.a.O., § 21 EG RdNr. 3; Kommentar Bundesanzeiger VOL/A, § 21 EG RdNr. 6 ff).

- II. Die Entscheidung der Antragsgegnerin wird deshalb nicht auf ihre inhaltliche Richtigkeit überprüft, sondern lediglich dahingehend, ob die Antragsgegnerin von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, die Verfahrensvorschriften eingehalten hat, in die Wertung willkürliche oder sonst unzulässige Erwägungen eingeflossen sind und ob der Beurteilungsmaßstab sich im Rahmen der Beurteilungsermächtigung hält bzw. zutreffend angewandt wurde.
  1. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes ist die Entscheidung der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden. Das OLG Frankfurt sieht ein maßgebliches Missverhältnis schon dann gegeben, wenn der angebotene Preise in allen Angeboten um mehr als 23% von der Kostenschätzung des Auftraggebers abweicht (vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 28. Juni 2005 - 11 Verg. 21/04 - Juris), bzw. der Preis von den Erfahrungswerten wettbewerblicher Preisbildung so grob abweicht, dass dies sofort ins Auge springt (vgl. Fehling in Pünder / Schellenberg, a.a.O., § 97 RdNr. 182).
  2. Wie die Antragsgegnerin vorgetragen hat und aus den Vergabeakten ersichtlich ist, weisen die von der Antragstellerin für die Lose 4 bis 10 eingegangenen Angebote einen gegenüber der Kostenschätzung deutlich überhöhten Preis auf. Die Antragsgegnerin hat im Vorfeld zur Ausschreibung die voraussichtlichen Kosten für die Ausschreibung ermittelt. Dafür hat sie die entstandenen Kosten für Straßenreinigung und Winterdienst aus dem Jahr 2011 sowie die Stundenkalkulation für die Leistungserbringung der hauseigenen Techniker herangezogen. Sie legte dabei einen Stundenlohn in Höhe von 24,64 € zugrunde. Da die Leistung „Unkrautvernichtung“ bislang nicht Gegenstand eines externen Auftrages war, hat die Antragsgegnerin hier eine Schätzung zugrundegelegt. Basis hierfür war eine Preisabfrage bei einem Marktanbieter im Vorfeld des Ausschreibungsverfahrens. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung hat die Antragsgegnerin dann die Kosten für Straßenreinigung und den Winterdienst 2011 mit den eingegangenen Angeboten im vorliegenden Ausschreibungsverfahren verglichen. Dabei verglich sie jeweils die Straßenreinigung und den Winterdienst getrennt. Sie stellte eine Preissteigerung von ca. 92 bis 280% fest. Auch unter Berücksichtigung einer eventuellen

Preissteigerung für die Straßenreinigung und den Winterdienst in Höhe von 10% lagen die Angebote für die Lose 4 bis 10 um 75 bis 245% über dem erwarteten Ergebnis.

3. Diese Vorgehensweise der Antragsgegnerin ist nicht zu beanstanden. Die Abweichung der jeweils angebotenen Preise für die Lose 4 bis 10 von der Kostenschätzung der Antragsgegnerin (um annähernd das Dreifache) ist zweifelsohne ein maßgebliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung. Die angebotenen Preise der Antragstellerin weichen von den Erfahrungswerten der Antragsgegnerin so grob ab, dass dies auch sofort ins Auge fällt. Dass die Kostenschätzung der Antragsgegnerin fehlerhaft oder aus anderen Gründen für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der von der Antragstellerin angebotenen Preise nicht verwertbar wäre, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.
  4. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Ermessen der Antragsgegnerin im Hinblick auf die Aufhebungsentscheidung angesichts der deutlichen Abweichungen von den kalkulierten Preisen auf Null reduziert ist, jedenfalls sind Anhaltspunkte für Ermessensfehler weder ersichtlich noch vorgetragen.
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
- I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin im Verfahren unterlegen ist, trägt sie die Kosten (§ 128 Abs. 3 GWB).
  - II. Die Festsetzung der Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens, § 128 Abs. 2 GWB. Aus den von der Antragstellerin für die Lose 4 bis 10 einschließlich der beiden Verlängerungsoptionen angebotenen Bruttopreisen ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von 3.275,- €.