



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigte:

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber und die Richterinnen am Oberlandesgericht Dr. Mockel und Dr. Fehns-Böer am 14.5.2013 beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 15.2.2013 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Antragsgegnerin.

Der Beschwerdewert wird auf EUR 60.459,82 festgesetzt.

GRÜNDE:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 28.7.2012 die Leistungen „Straßenreinigung, Unkrautvernichtung, Winterdienst“ an 25 Standorten in Hessen im Offenen Verfahren nach der VOL/A in 10 Losen europaweit aus. Einziges Zuschlagskriterium sollte gemäß Ziff. 6.3. der Vergabeunterlagen der niedrigste Preis sein. Der Vertrag sollte für zwei Jahre mit der Möglichkeit einer zweimaligen Verlängerung um jeweils ein Jahr pro Los geschlossen werden.

Die Antragstellerin bewarb sich als einzige Bieterin für die Lose 4-10. Mit Schreiben vom 18.10.2012 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie die Ausschreibung für die Lose 4-10 aufhebe, da das Verfahren kein wirtschaftliches Ergebnis erbracht habe. Die Antragstellerin rügte daraufhin mit Schreiben vom 23.10.2012 Vergabeverstöße der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin wies die Rüge mit Schreiben vom 9.11.2012 unter näherer Begründung ihrer Entscheidung zurück.

Die Antragstellerin leitete anschließend unter dem 21.11.2012 ein Vergabenachprüfungsverfahren ein mit dem Begehren, die Aufhebung der Ausschreibung aufzuheben und ihr den Zuschlag zu erteilen. Diesen Antrag wies die zweite Vergabekammer mit Beschluss vom 15.2.2013 zurück. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen Folgendes aus: Der Antrag sei bereits unzulässig, soweit er sich auf eine Verpflichtung zur Zuschlagserteilung beziehe. Zudem sei er mangels eigener Antragsbefugnis unzulässig, soweit das Zuschlagskriterium „niedrigster Preis“ gerügt werde. Im Übrigen sei der Antrag unbegründet. Die Antragsgegnerin habe auf Basis der Abweichungen der von der Antragstellerin

angebotenen Preise gegenüber ihren eigenen, der Kostenschätzung zugrunde gelegten Preisen ermessensfehlerfrei entschieden, dass die Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis erbracht habe.

Hiergegen richtet sich die fristgerecht eingelegte **sofortige Beschwerde der Antragstellerin**. Sie vertieft ihre im Nachprüfungsantrag vorgetragene Rüge. Insbesondere ist sie weiterhin der Ansicht, dass die Antragsgegnerin ihre Informationspflichten gemäß § 101 a GWB nicht ordnungsgemäß erfüllt habe. Unzulässig sei zudem die Bewertung des Angebots allein auf Basis des niedrigsten Preises. Richtigerweise hätten bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auch die Qualität der von ihr angebotenen Leistung, der technische Wert, die Ästhetik und Benutzerfreundlichkeit mitberücksichtigt werden müssen. Die von ihr angebotenen Preise seien schließlich marktüblich; in anderen Verfahren habe sie mit vergleichbaren Preisen den Zuschlag erhalten.

Die **Antragsgegnerin** verteidigt den angefochtenen Beschluss und legt insbesondere im Einzelnen die Eckdaten der wirtschaftlichen Bewertung des Angebots der Antragstellerin und ihrer eigenen Kostenschätzung dar.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Im Ergebnis kann dabei offenbleiben, in welchem Umfang der Antrag bereits unzulässig ist (unter 1.); er ist jedenfalls insgesamt unbegründet (unter 2.).

1.

a.

Zulässigkeitsbedenken bestehen vorliegend im Hinblick auf die Versäumung der Rügefrist gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB hinsichtlich der Rüge der Antragstellerin, es sei in vergaberechtswidriger Weise bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Ergebnisses des Ausschreibungsverfahrens zu 100% auf den Preis abgestellt worden. Der Antragstellerin war mit Zugang der

Vergabeunterlagen bekannt, dass alleiniges Zuschlagskriterium gemäß Ziff. 6.3. der Vergabeunterlagen der Preis sein sollte. Die Antragstellerin hätte mithin die behauptete Vergaberechtswidrigkeit dieses Zuschlagskriterium innerhalb der Angebotsfrist gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB rügen können und im Fall der Kenntnis der behaupteten Rechtswidrigkeit auch müssen. Dass sie erst nach Ablauf dieser Frist – als Folge einer rechtlichen Beratung - die behauptete Vergaberechtswidrigkeit des Preises als alleinigem Zuschlagskriterium erkannt hat, trägt sie nicht vor. Sollte dies der Fall gewesen sein (vgl. Sachverhaltskonstellation, die dem Beschluss des Senats vom 5.6.2012, Az: 11 Verg 4/12 zugrunde lag, zitiert nach juris), wäre die Rüge zwar zulässig, im Ergebnis aber jedenfalls unbegründet (vgl. unten Ziff. 2.a.).

b.

Keine Zulässigkeitsbedenken hinsichtlich der Antragstellung bestehen dagegen, soweit der Antrag auch darauf gerichtet ist, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen. Die Antragstellerin stützt diese Rechtsfolge auf eine behauptete Verletzung in eigenen Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB, die sie unter Wahrung der vorgesehenen Rügefristen geltend gemacht hat (§ 107 Abs. 2, 3 GWB). Der Umstand, dass die begehrte Rechtsfolge der Verpflichtung zur Zuschlagserteilung nicht in Übereinstimmung mit dem geltenden Vergaberecht steht, berührt allein die Begründetheit (vgl. unten Ziff. 2.d.), nicht aber die Zulässigkeit dieses Antrags. Das folgt schon daraus, dass im Ausnahmefall eine entsprechende Anweisung der Vergabekammer an den Auftraggeber in Betracht kommen kann (Brauer in Ziekow/Völlink, Vergaberecht 2004, § 114 GWB, Rn. 14 m. w. N.).

2.

Der Antrag ist insgesamt unbegründet.

Das von der Antragsgegnerin gemäß Ziff. 6.3. der Vergabeunterlagen angesetzte alleinige Zuschlagskriterium des Preises begegnet keinen vergaberechtlichen Bedenken (unter a.). Vor dem Hintergrund dieses Zuschlagskriteriums ist die Entscheidung der Antragsgegnerin zur Aufhebung der Ausschreibung mangels wirtschaftlichen Ergebnisses gemäß § 20 Abs. 1 lit c. VOL/A-EG auch nicht

ermessensfehlerhaft (unter b). Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin zudem eine Verletzung der Informationspflichten gemäß § 101 a GWB (unter c.).

a.

Sollte die Rüge des Zuschlagskriteriums „100% Gesamtpreis“ gemäß Ziff. 6.3 der Vergabeunterlagen nicht verspätet sein, wäre sie jedenfalls unbegründet.

Gemäß § 21 VOL/A-EG ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot abzugeben, der niedrigste Preis allein ist nicht entscheidend. Bei der Wertung der Angebote sind gemäß § 19 Abs. 7 VOL/A-EG alle festgelegten, auftragsbezogenen Umstände – die sogenannten Zuschlagskriterien – maßgebend (vgl. Mentzins/Ruhland in: Pünder/Schellenberg, VergabeR, 2011, § 21 VOL/A-EG Rd. 3). In diesem Zusammenhang kann sich der öffentliche Auftraggeber nach ganz überwiegender Ansicht auch für das Kriterium Preis als alleiniges Zuschlagskriterium aussprechen (ebenda § 21 VOL/A-EG Rd. 3; Frenz in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, Kompaktkommentar 2. Aufl., 2011, § 97 Rd. 39; Weyand, VergabeR, 3. Aufl., 2011, § 97 Rd. 955; Summa in: Heiermann/Zeiss u.a., juris-PK VergR, 3. Aufl., 2011, § 97 Rd. 95; Byok/Jaeger, VergabeR, 3. Aufl., § 97 Rd. 130; Schulte/Just, KartellR, § 97 Rd. 44; BGH NZBau 2008, 505 (Sporthallenbau); OLG Schleswig NZBau 2011, 375, 377; OLG München, Beschluss vom 20.5.2010, Az: Verg 4/10, zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.1.2009, Az: VII-Verg 59/08; OLG Naumburg, Beschluss vom 5.12.2009, Az: 1 Verg 9/08; Senat Beschluss vom 5.6.2012, Az: 11 Verg 4/12, zitiert nach juris Rd. 28f; a.A.: Ziekow/Völlink, VergR, 2011, § 97 Rd. 105ff, 107; Fehling in: Pünder/Schellenberg, VergabeR, 2011, § 97 Rd. 174f). Die öffentlichen Auftraggeber dürfen bei dieser Festlegung nur nicht diskriminierend oder willkürlich verfahren (OLG Naumburg, VergabeR 2009, 486, 494). Dass die Antragsgegnerin vorliegend das Zuschlagskriterium „100% Preis“ in willkürlicher oder diskriminierender Weise festgelegt hat, behauptet die Antragsgegnerin nicht. Anhaltspunkte dafür sind auch nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund kann allein der Vortrag, es hätten neben dem Preis auch weitere Kriterien wie Qualität, technischer Wert ect. bei der Wertung Berücksichtigung finden müssen, die Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums nicht in Frage stellen.

b.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Verfahren mangels wirtschaftlichen Ergebnisses i.S.d. § 20 Abs. 1 lit. c VOL/A-EG aufzuheben, ist nicht ermessensfehlerhaft. Zwar sind die Anforderungen an eine ermessensfehlerfreie Aufhebungsentscheidung im Interesse der Bieter an dem erfolgreichen Abschluss eines Vergabeverfahrens nicht gering anzusetzen. Gefordert wird grundsätzlich eine nicht unerhebliche Unwirtschaftlichkeit i.S.d. § 20 Abs. 1 lit.c VOL/A-EG (vgl. Ruhland in: Pünder/Schellenberg, VergabeR 2011, § 17 VOL/A Rd. 9 m.w.N.; VK Lüneburg Beschluss vom 21.6.2011, Az. VgV-18/2011, zitiert nach juris). Diese Voraussetzungen liegen indes hier vor:

Bei der Beurteilung, ob die Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis i.S.d. § 20 Abs. 1 lit. c VOL/A-EG erbracht hat, sind allein objektive Beurteilungsmaßstäbe maßgeblich (Ruhland ebenda Rd. 9). Als Referenzwerte für die Einordnung der tatsächlich angebotenen Preise unter das Kriterium des wirtschaftlichen Ergebnisses eignen sich insbesondere vorab von dem Auftraggeber ermittelte Marktpreise oder eine unter Berücksichtigung sog. historischer, d.h. zuvor vom Auftraggeber gezahlter Preise aufgestellte Kostenschätzung (Ruhland ebenda Rd. 9; VK Band, VK3 – 2/13, Beschluss v. 25.1.2013). Maßgeblich ist, dass wirklichkeitsnahe Referenzwerte der ausgeschriebenen Leistung zugrunde gelegt werden. Diesen Anforderungen hat die Antragsgegnerin vorliegend genügt:

Sie hat hinsichtlich der Leistungsbereiche „Winterdienst“ und „Straßenreinigung“ auf historische Werte zurückgegriffen und diese mit einem Sicherheitszuschlag von 10% der eigenen Kostenschätzung zugrunde gelegt. Dieser Prozentsatz scheint geeignet, die allgemeinen Kostensteigerungen in angemessener Weise aufzufangen. Auch die Antragstellerin hat die gewählte Methodik nicht in Zweifel gezogen.

Hinsichtlich des erstmals zu vergebenden Leistungsbereichs „Unkrautvernichtung“ hat die Antragsgegnerin Marktpreise ermittelt. Sie hat vorgetragen, Anfragen bei qualifizierten Fachfirmen gestellt und die so ermittelten Preise mit einem Sicherheitsaufschlag von 3% versehen zu haben. Auch diese methodische

Vorgehensweise wird von der Antragstellerin nicht gerügt und entspricht der üblichen Ermittlung vertretbarer Referenzwerte.

Die gegen diese Referenzwerte vorgetragenen Einwände der Antragstellerin verfangen nicht:

Ohne Erfolg verweist die Antragstellerin darauf, dass es keinen anderen bundesweit tätigen Winterdienstleister gebe, der unter den von ihr angebotenen Preisen arbeite. Dieser Hinweis liest sich als bloße Vermutung oder Behauptung ins Blaue hinein. Diese Vermutung ausfüllende konkrete Anhaltspunkte werden nicht vorgetragen. Nur wenn substantiiert andere Dienstleister benannt und ihre Konditionen und Preise aufgeführt worden wären, könnten sich daraus Zweifel an der Kostenschätzung ergeben. Da diese Behauptung zudem allein auf den Bereich „Winterdienst“ bezogen wurde, ist sie ebenfalls nicht geeignet, die für drei Leistungsbereiche aufgestellten Referenzwerte in Frage zu stellen.

Der weitere Einwand der Antragstellerin, dass sie in anderen Vergabeverfahren mit preislich noch höheren Angeboten den Zuschlag auf ihre Angebote erhalten habe (GA 21, 22), ist ebenfalls nicht geeignet, die Vertretbarkeit der Referenzwerte in Frage zu stellen. Zum einen ist dieser Vortrag allein auf den Leistungsbereich „Winterdienst“ bezogen, während der hiesige Auftrag zudem die Bereiche „Straßenreinigung“ und „Unkrautvernichtung“ umfasst und insoweit eine Gesamtwertung erfordert. Zum anderen wäre auch hier im Einzelnen konkret darzulegen gewesen, welche vergleichbaren Leistungsanforderungen und welche Konditionen gefordert und angeboten wurden. Ohne diese Angaben ist weder der Antragsgegnerin eine Überprüfung noch dem Senat eine Einordnung dieser Behauptung möglich. Auf die fehlende Substanziierung hatte die Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 8.4.2013 auch hingewiesen, ohne dass die Antragstellerin ihren Vortrag insoweit vertieft hat. Eines weiteren Hinweises bedurfte es mithin nicht.

Die Erläuterungen der Antragstellerin zur eigenen Kostenschätzung sind ebenfalls nicht geeignet, die Ordnungsmäßigkeit der Kostenschätzung der Antragsgegnerin in Frage zu stellen. Die beispielhafte Erläuterung der Berechnungen anhand Los 1 betreffen zum einen nicht die hier maßgeblichen Lose 4-10, zum anderen kann

der Akte auch nicht entnommen werden, dass die Antragsgegnerin über die Berechnungen der Antragstellerin im Unklaren war. Sie schätzt lediglich die angebotenen Preise als unwirtschaftlich ein.

Ausgehend von der Vertretbarkeit der Referenzwerte hat die Antragsgegnerin in ermessensfehlerfreier Weise festgestellt, dass die von der Antragstellerin als einziger Bieterin angebotenen Preise die kalkulierten Preise erheblich übersteigen, so dass die Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis erbracht hat. Die Schwelle der Unwirtschaftlichkeit ist im Einzelfall festzustellen. Der Senat hat im Rahmen einer vergleichbaren Entscheidung ausgeführt, dass eine Abweichung der angebotenen Preise um mehr als 23% von der Kostenschätzung des Auftraggebers eine Aufhebung im Hinblick auf ein fehlendes wirtschaftliches Ergebnis rechtfertigt (Beschluss vom 28.6.2005, Az: 11 Verg 21/04 Rd. 50). Vorliegend übersteigen die angebotenen Preise der Antragstellerin gemäß den - seitens der der Antragstellerin nicht in Frage gestellten - Zahlen der Antragsgegnerin für die Lose 4 - 10 die von der Antragsgegnerin geschätzten Werte um 80,58% bis 150,42% (GA 74). Diese Abweichung lässt die Entscheidung der Antragsgegnerin, dass es an einem wirtschaftlichen Ergebnis der Ausschreibung fehle, unzweifelhaft als ermessensfehlerfrei erscheinen.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die Unwirtschaftlichkeit des Angebots der Antragstellerin auch dadurch belegt wird, dass nach unbestrittenem Vortrag der Antragsgegnerin diese derzeit mit eigenem Personal die Bereiche „Straßenreinigung“ und „Unkrautvernichtung“ bewirtschaftet und die ihr hierdurch entstehenden Kosten ebenfalls unter den angebotenen Preisen der Antragstellerin liegen.

Soweit die Antragstellerin im Zusammenhang mit der Ermittlung eines wirtschaftlichen Ergebnisses gemäß § 20 Abs. 1 lit. c VOL/A-EG erneut rügt, dass die Antragsgegnerin vergaberechtswidrig ausschließlich auf das Kriterium Preis abgestellt habe, hat sie auch damit keinen Erfolg. Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots hat ausschließlich unter Zugrundelegung der bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu erfolgen (vgl. VK Lüneburg Beschluss vom 14.4.2011, Az: VgK-09/11). Dieses Zuschlagskriterium war vorliegend mit „100%

Gesamtpreis“ gemäß Ziff. 6.3 der Vergabeunterlagen konkretisiert worden. Für weitere von der Antragstellerin angeführte Kriterien etwa der Qualität, technischen Wertigkeit etc. war damit kein Raum. Die Festlegung des Zuschlagskriteriums selbst begegnet – wie unter Ziff. 2.a. ausgeführt – keinen Bedenken.

c.

Die Antragstellerin beruft sich zudem ohne Erfolg auf eine Verletzung von Informationspflichten gemäß § 101 a GWB. § 101 a GWB ist weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar (unter aa.). Eine Verletzung von § 20 Abs. 2, 3 VOL/A-EG ist ebenfalls nicht ersichtlich (unter bb).

aa.

Die Informationspflichten nach § 101 a GWB werden dem Wortlaut nach ausgelöst, wenn ein anderer Bieter tatsächlich einen Zuschlag erhalten soll. Die (Teil-)Aufhebung einer Ausschreibung ist mit dieser Sachverhaltskonstellation nicht vergleichbar. Für eine entsprechende Anwendung des § 101 a GWB fehlt es bereits an einer ungewollten Gesetzeslücke (vgl. Mentzini in: Pünder/Schellenberg, VergabeR, 2011, § 101 a Rd. 22). § 20 Abs. 2, Abs. 3 VOL/A-EG regelt ausdrücklich, welche Pflichten den Auftraggeber im Fall der Aufhebung einer Ausschreibung treffen.

bb.

Sollte die Antragstellerin - entgegen ihrer eindeutigen Bezugnahme auf § 101 a GWB - tatsächlich eine Verletzung der Pflichten nach § 20 Abs. 2 VOL/A-EG rügen wollen, hätte sie auch damit keinen Erfolg.

Dabei kann offenbleiben, ob das erste Schreiben vom 18.10.2012 den Anforderungen des § 20 VOL/A-EG genügte. Jedenfalls hat die Antragsgegnerin mit ihrem weiteren Schreiben vom 9.11.2012 die erforderlichen Informationen an die Antragstellerin weitergegeben. Ausgehend von dem Sinn der Informationspflicht des § 20 VOL/A, den Bieter in die Lage zu setzen, einen zulässigen Nachprüfungsantrag stellen zu können, enthielt das Schreiben vom 9.11.2012 hinreichend konkrete und auf den Einzelfall bezogene Informationen.

Vor diesem Hintergrund scheidet eine Verletzung der Benachrichtigungspflicht durch unzureichende Begründung der Aufhebungsentscheidung hier aus (vgl. OLG Koblenz NZBau 2003, 576, 577).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 120 Abs. 2, 78 GWB.

Da die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde unterlegen ist, entspricht es der Billigkeit, ihr die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Gegners aufzuerlegen. Sollte die Antragsgegnerin ihren Kostenantrag im Schriftsatz vom 8.4.2013 auch auf eine Ergänzung der Kostenentscheidung der Vergabekammer um ihre notwendigen Aufwendungen bezogen haben, wird darauf hingewiesen, dass dieser Antrag vor der Vergabekammer gemäß § 128 Abs. 4 GWB zu stellen wäre (Bay ObL6Z 2001, 77).

Dr. Weber

Dr. Mockel

Dr. Fehns-Böer