

69 d · VK - 57/2009

Leitsätze

Verlangt ein Auftraggeber vom Bieter eine Erklärung darüber, dass dieser im Auftragsfall über die zum Zwecke der Sicherstellung des öffentlichen Personennahverkehrs erforderlichen Fahrzeuge allein verfüge und den Einsatz der Fahrzeuge allein regeln könne, so reicht dafür der Hinweis darauf, dass eine solche Verfügungsbefugnis sich bereits aus dem der Anmietung der Fahrzeuge zu Grunde liegenden Mietvertrag ergebe, nicht aus. Der Bieter muss vielmehr eine eindeutige rechtsverbindliche Erklärung im geforderten Sinne abgeben, da nur eine solche Erklärung dem Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet, die in der Erklärung der enthaltene Forderung durchzusetzen und zu sanktionieren.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

Wegen

Vergabe von Busverkehrsleistungen zur Personenbeförderung im Linienverkehr in xxx auf den Linien des Linienbündels (Offenes Verfahren nach VOL/A, Abl.- Nr. 2009/ -)

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, den hauptamtlichen Beisitzer Ltd. VD Pöhlker und den ehrenamtlichen Beisitzer Rechtsanwalt Ernst am 28.01.2010 beschlossen:

1. Der Antrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer.
3. Die Kosten des Verfahrens werden auf 32.850,00 Euro festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Die Antragsgegnerin hat die Erbringung von Verkehrsleistungen zur Personenbeförderung im kommunalen Linienverkehr (6 Linien im Linienbündel E) für einen Zeitraum von 6 Jahren im Wege des Offenen Verfahrens europaweit ausgeschrieben.

Die der Antragstellerin auf deren Anforderung übersandten Vergabeunterlagen bestanden aus

- der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Teil A),
- dem Angebotsschreiben (Teil B),
- der Leistungsbeschreibung (Teil C) sowie
- dem Verkehrsvertrag (Teil D) und der Anlage (Teil E).

Ziffer 16 der Angebotsaufforderung enthält im Hinblick auf die „Verfügbarkeit der Fahrzeuge und Verwendung außerhalb des Bündels E“ die Forderung:

Der Bieter erklärt, dass er über die benötigten Fahrzeuge allein verfügen und den Einsatz allein regeln kann.

Ziffer 21.2 der Angebotsaufforderung regelt den „Nachweis zur Leistungsfähigkeit des Bieters“:

Der Bieter weist seine finanzielle Leistungsfähigkeit durch Vorlage einer Eigenkapitalbescheinigung nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 PBZugV nach.

Ziffer 23 der Angebotsaufforderung „Zuschlagskriterien und Wertung der Angebote“ enthält folgende Regelung:

Der Zuschlag wird gemäß § 25 Nr. 3 VOL/A. auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot erteilt. Das maßgebliche Kriterium hierfür ist der bereinigte Angebotsgesamtpreis.

Die Berechnung des bereinigten Angebotsgesamtpreises erfolgt im Zuge der Wertung der Angebote in zwei Schritten:

(...)

2. Der so ermittelte Angebotsgesamtpreis wird um die im Angebot des AN berücksichtigten Fördermittel (vgl. Teil C, Leistungsbeschreibung Kap. 10.4) erhöht. Das Ergebnis stellt den bereinigten Angebotsgesamtpreis dar.

Das Angebot, das den geringsten bereinigten Angebots Gesamtpreis ausweist, stellt das wirtschaftlichste Angebot dar.

Im - seitens der Antragstellerin unterzeichneten - Angebotsschreiben ist die von der Antragsgegnerin vorgegebene Formulierung enthalten:

Alle in den Vergabeunterlagen formulierten Anforderungen werden von mir/uns akzeptiert und erfüllt. Die von mir/uns gemachten Angaben hierzu sind verbindlich.

Ziffer 10.2.1 Abs. 2 der Leistungsbeschreibung (Teil C) regelt:

Im Kalkulationsblatt werden die ausgeschriebenen Leistungen nicht pauschal, sondern durch die Angaben der folgenden Preisbestandteile angeboten.

- Preis pro Fahrzeug in der Fahrplanspitze

Diesem Preisbestandteile sind die fahrzeugbezogenen Kosten zuzuordnen. Darunter fallen z.B. die Kapitalkosten (Abschreibungen, Zinsen) für die Anschaffung der Fahrzeuge und die Kosten für deren Unterhaltung sowie Kosten für den Bau und Erwerb eines Betriebshofes. Alternativ oder auch ergänzend sind diesem Preisbestandteile die Kosten für Anmietung/Leasing der Fahrzeuge zuzuordnen.

- Preis pro Fahrplankilometer

Diesem Preisbestandteile sind die fahrleistungsabhängigen Kosten zuzuordnen. Darunter fallen z.B. die Kraftstoffkosten sowie die fahrleistungsabhängigen Kosten für die Wartung der Fahrzeuge. Die anteilig enthaltenen Kraftstoffkosten sind gesondert auszuweisen.

- Preis pro Fahrplanstunde

Diesem Preisbestandteile sind die fahrzeitabhängigen Kosten zuzuordnen. Fahrzeitabhängigen Kosten sind insbesondere Lohnkosten des Personals, die Sozialabgaben und sonstige, das Personal betreffende Kosten. Die anteilig enthaltenen Personalkosten sind gesondert auszuweisen.

Ziffer 10.4 der Leistungsbeschreibung (Teil C) enthält Bestimmungen zum "Umgang mit Fördermitteln". Der Bieter hatte dazu Angaben im Rahmen der "Erklärung über Zuwendungen der öffentlichen Hand" (Teil E Anlage 4b) zu machen.

In den Abs. 5 und 6 der Ziffer 10.4 wird geregelt:

(5) Der AG wird bei der Wertung der Angebote den vom Bieter genannten Angebotspreis fiktiv um die oben genannten freiwilligen Zahlungen oder Erträge anteilig erhöhen. Damit wird durch den AG gewährleistet, dass ein um derartige Zahlungen bereinigter Preisvergleich im Zuge der Angebotswertung durchgeführt werden kann.

(6) Enthält das Angebot des Bieters keine freiwilligen Zahlungen im Sinne der genannten Bestimmung, so hat er dies durch eine schriftliche Erklärung im Angebot zu versichern.

Zur Abgabe der entsprechenden Erklärung verwendete der Bieter das Formular im Teil E Anlage 4b.

Die „Erklärung über Zuwendungen der öffentlichen Hand“ (Teil E Anlage 4b) hat folgenden Inhalt:

In diesem Angebot sind Vorteile des Unternehmens aus unmittelbaren freiwilligen Zahlungen (Subventionen, Zuschüsse, Beihilfen) der öffentlichen Hand an das Verkehrsunternehmen oder Erträge aus Tätigkeiten der öffentlichen Hand im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge oder aus gewerblichen Tätigkeiten der öffentlichen Hand, die an den mit der Durchführung der Verkehrsleistung befassten Unternehmensbereich abgeführt werden, berücksichtigt (siehe Teil C Leistungsbeschreibung, Kap. 10.4).

Der Bieter hatte ein „Nein“ oder ein „Ja“ anzukreuzen. Die Antragstellerin hat ein „Nein“ angekreuzt.

Mit Datum vom 08.07.2009 hat die Antragstellerin an die Antragsgegnerin folgende Frage (Frage 10) gerichtet:

Gemäß 21.2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe und Anlage B4 des Angebotsschreibens des Bieters ist eine Eigenkapitalbescheinigung vorzulegen. Ist für den Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit die von einem Steuerberater ausgestellte Eigenkapitalbescheinigung ausreichend?

Die Antragsgegnerin hat auf diese Frage wie folgt geantwortet:

Ja, als Nachweis für die finanzielle Leistungsfähigkeit ist nie von einem Steuerberater ausgestellte Eigenkapitalbescheinigung ausreichend.

Des Weiteren hat die Antragstellerin an die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 28.07.2009 nachfolgende Frage (Frage 11) gerichtet:

Bezugnehmend auf Ziffer 16 der Aufforderung zur Angebotsabgabe haben wir bezüglich der Ausführungen zur Fahrzeugverfügbarkeit und der Fahrzeugverwendung nachfolgenden Aufklärungsbedarf:

1. Von dem Bieter wird eine Erklärung gefordert, dass der Bieter über die benötigten Fahrzeuge allein verfügen und den Einsatz allein regeln kann. Können wir davon ausgehen, dass der AG unsere Rechtsauffassung teilt, dass eine Beschaffung von Fahrzeugen durch Leasing oder Anmietung für den Zeitraum der geforderten Leistungserbringung bereits der Anforderung an eine alleinige Verfügungsgewalt entspricht, da grundsätzlich

der Leasingnehmer beziehungsweise der Mieter einer Sache die tatsächliche Verfügungsmacht hat und damit die Anforderungen des AG erfüllt sein müssten?

2. Teilt der AG unsere Auffassung, dass der Bieter schon alleine deswegen den Einsatz der Fahrzeuge allein regeln kann, weil der Leasinggeber oder Vermieter im Rahmen seiner vertraglichen Verpflichtungen (Leasing- beziehungsweise Mietvertrag) angehalten ist, die Fahrzeuge zum erforderlichen Zeitpunkt und Zeitraum zur Verfügung zu stellen?

Die Antragsgegnerin hat die vorstehende Frage mit Schriftsatz vom 03.09.2009 wie folgt beantwortet:

Zu 1: Die im Rahmen der Ausschreibung des Bündels E geforderten Leistungen können mit Fahrzeugen erbracht werden, wie im Eigentum des Bieters stehen oder die der Bieter bei Dritten angemietet oder geleast hat. Aus zahlreichen Gründen, die sich aus den Vergabeunterlagen ergeben (z.B. wegen der Einbindung der Fahrzeuge in das zentrale Störfallmanagement - vgl. Teil C Kap. 1.2 Abs. 1) ist es unverzichtbar, dass der Auftragnehmer die ausschließliche Verfügungsgewalt über die eingesetzten Fahrzeuge hat. Nur er ist Vertragspartner des AG und durch den Verkehrsvertrag gebunden.

Aus Mietverträgen/Leasingverträgen kann sich - ebenso wie aus der Eigentümerposition - die alleinige Verfügungsgewalt ergeben, muss sich aber nicht. Wie der Eigentümer eines Fahrzeugs die Verfügungsgewalt über das Fahrzeug dauerhaft oder vorübergehend auf einen Dritten übertragen kann, so kann dies auch der Mieter oder der Leasingnehmer. Denkbar ist auch, dass sich etwa der Vermieter/Leasinggeber zeitweise die Verfügungsgewalt bei Vertragsabschluss bereits vorbehalten hat.

Eine Prüfung der mit Dritten abzuschließenden/abgeschlossenen Mietverträge/Leasingverträge hinsichtlich des Umfangs der Verfügungsgewalt des Auftragnehmers kann und will der AG schon deshalb nicht vornehmen, weil bei Angebotsabgabe derartige Verträge in den meisten Fällen noch nicht vorliegen dürften und weil spätere Vereinbarungen mit Dritten immer möglich sind. Die in Teil A Ziffer 16 geforderte Erklärung ist deshalb die sinnvollste Vorgehensweise, die alleinige Verfügungsgewalt sicherzustellen.

Zu 2: Der AG verweist hier auf die Antwort zu 1.

Mit Datum vom 15.09.2009 hat die Antragstellerin ein - preislich erstrangiges - Angebot abgegeben.

Die durch sie vorgelegte Eigenkapitalbescheinigung ist durch eine Steuerberaterin unterzeichnet worden.

In den „Erläuterungen zum Fahrzeugeinsatz außerhalb des Linienbündels E“ (Anlage B12) führt die Antragstellerin aus:

Die Fahrzeuge werden von der Stadtwerke Verkehrsgesellschaft Xxx mbH (VGX) beschafft werden. Die XXX GmbH mietet für die Erbringung der Fahrplanleistungen die erforderlichen Fahrzeuge bei der VGX an; ein entsprechender Vertrag über die Fahrzeugüberlassung wird abgeschlossen werden. Eigentümer der Fahrzeuge bleibt die VGX.

Zur Ermittlung des Mietpreises der Fahrzeuge wurden von der VGX nachfolgende Ansätze gewählt.

Aufgrund der weit unter dem Durchschnitt liegenden Fahrleistungen der Fahrzeuge im Bündel E stehen die Omnibusse grundsätzlich auch für den Einsatz außerhalb des Linienbündels zur Verfügung und werden durch die VGX je nach Verfügbarkeit und Bedarf eingesetzt werden.

Nachdem der VGX bereits aus den Linienbündeln D und B eine größere Anzahl Fahrzeuge zur Verfügung stehen, wurde in Angebotskalkulation für die Fahrzeuge im Bündel E eine voraussichtliche Nutzung außerhalb des Linienbündels mit 15 Tagen angesetzt.

Eingesetzt werden können grundsätzlich die nicht im Linienverkehr des Bündels E benötigten Fahrzeuge.

Der Preis je Fahrzeug in der Fahrplanspitze setzt sich aus dem Kapitaldienst für die (...) Busse (jeweils abzüglich 15 Tage/Jahr aufgrund des kalkulierten Einsatzes im Sonderverkehr), den Abstellkosten und Versicherungskosten für die Fahrzeuge, anteiligen Kosten für ein Overheadfahrzeug und einen geringfügigen Kapitaldienst für Einrichtungsgegenstände zusammen.

Anderweitige Kapitalkosten, wie zum Beispiel für Werkstatt, Betriebshof, Tankstelle etc., entstehen bei der XXX GmbH im Zusammenhang mit dem Linienbündels E nicht. Die einzukaufenden Werkstattdienstleistungen sind in dem Bestandteil „Preis je Fahrkilometer“, Mieten bei dem „Preis für Fahrplanstunden“ zugeordnet.

Eine ausdrückliche Erklärung, dass sie über die benötigten Fahrzeuge allein verfüge und den Einsatz allein regeln können, hat die Antragstellerin - anders als die Beigeladene - weder mit dem Angebot noch zu einem späteren Zeitpunkt vorgelegt.

Mit Schriftsatz vom 21.10.2009 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Angebotswertung mitgeteilt, dass im Kalkulationsblatt Preise für die Fahrzeuge in der Fahrplanspitze angegeben seien, die erheblich unter ihrer eigenen

Schätzung und dem Angebot anderer Bieter gelegen seien. Somit könne nicht ausgeschlossen werden, dass bei der Anmietung der Fahrzeuge von der mit öffentlichen Mitteln subventionierten Muttergesellschaft eine unzulässige Beihilfe vorliege. Zwar habe die Muttergesellschaft eine eigenständige Erklärung zur Korruptionsbekämpfung abgegeben, eine Aussage zur Inanspruchnahme öffentlicher Mittel aber fehle. Des Weiteren habe sich aus den Angebotsunterlagen ergeben, dass die Antragstellerin mit ihrer Muttergesellschaft ein Cash-Pool-Verfahren vereinbart habe und um Mitteilung gebeten werde, welche anderen Gesellschaften diesem Verfahren noch beigetreten seien und auf welche Weise sichergestellt worden sei, dass auch im Falle der Insolvenz einer der Gesellschaften das Eigenkapital der Antragstellerin nicht verloren gehe; ggf. werde die Antragstellerin gebeten, den Cash-Pool-Vertrag vorzulegen.

Mit Schreiben vom 30.10.2009 hat die Antragstellerin dazu durch ihren Verfahrensbevollmächtigten mitgeteilt, dass die Kalkulation der Preise für Fahrzeuge und für andere Dienstleistungen für das Linienbündel E durch die VGX ohne Beihilfen oder vergleichbare Zuwendungen durchgeführt worden seien. Die VGX gehe im Gegenteil davon aus, dass es sich um langfristig kostendeckende Mietpreise handele. Aus den Vergabeunterlagen habe sich nicht ergeben, dass die Muttergesellschaft eine separate Erklärung über Zuwendungen der öffentlichen Hand abzugeben gehabt habe. Gleichwohl füge sie - die Antragstellerin - ein diesbezügliches Schreiben der VGX vom 28. 10. 2009 in Anlehnung an die Anlage 4b der Verdingungsunterlagen bei.

Sie - die Antragstellerin - habe eine Eigenkapitalbescheinigung vorgelegt, die von einer Steuerberaterin unterzeichnet worden sei. Damit sei der Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit im Einklang mit den Anforderungen der Vergabeunterlagen erbracht worden. Soweit die Antragsgegnerin im Hinblick auf den Einsatz eines Cash- Pooling- Verfahrens einen Widerspruch zu der Eigenkapitalerklärung sehe, sei dies nicht nachvollziehbar. Durch die Leistungsbeschreibung sei dies nicht ausgeschlossen. Der Einsatz von Cash-Pooling zur Bereithaltung von Liquidität entspreche auch einem üblichen Vorgehen. Eine besondere Absicherung der Forderungen gegen die Insolvenz der Gesellschafterin erscheine unter der gegebenen Risikostruktur der Gesellschafterin der Antragstellerin nicht notwendig. Das Verlangen der Antragsgegnerin nach Vorlage der Cash- Pooling- Vereinbarung werde auch im Hinblick auf die berechtigten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zurückgewiesen.

Im Hinblick auf die Werkstattleistungen sei anzuführen, dass sie - die Antragstellerin - beabsichtige, diese bei der VGX einzukaufen. In den von der VGX angebotenen entspre-

chenden Preisen für die einzelnen Leistungen seien die bei der VGX anfallenden Kosten für Gebäude, Kapitalsdienst, Werkstattoverhead etc. kostendeckend und gewinnbringend mittelbar in den Preisbestandteil „Preis pro Fahrplankilometer“ eingeflossen.

In der seitens der Antragstellerin vorgelegten Erklärung der VGX vom 28.10.2009 führt die VGX aus:

Freiwillige Erklärung der VGX als Muttergesellschaft der Bus GmbH in Ergänzung zu deren Erklärung über Zuwendungen der öffentlichen Hand.

Unter Bezugnahme auf die Anlage 4b zu der vorgenannten Ausschreibung und das dazu gehörende zweiseitige erläuternde Beiblatt zur Dokumentation, erklären wir:

In den Angeboten der Stadtwerke Verkehrsgesellschaft Xxx mbH an die -Bus GmbH sind keine Vorteile des Unternehmens aus unmittelbarem freiwilligen Zahlungen (Subventionen, Zuschüsse, Beihilfen) der öffentlichen Hand oder Erträge aus Tätigkeiten der öffentlichen Hand im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge oder aus gewerblichen Tätigkeiten der öffentlichen Hand oder ähnlicher und vergleichbarer Vorteile berücksichtigt. Ebenfalls sind mit diesen Angeboten keine Maßnahmen verbunden, die in verschiedener Form die Belastungen mindern, die ein am Markt tätiges Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleich stehen, wie etwa Erträge aus der Bereitstellung von Ressourcen unterhalb ihrer tatsächlichen Kosten durch verbundene Unternehmen der öffentlichen Hand.

Mit Schriftsatz vom 27.11.2009 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot vom 15.9.2009 ausgeschlossen worden sei. Die Antragstellerin habe trotz entsprechender Aufforderung keine Erklärung darüber abgegeben, dass sie über die benötigten Fahrzeuge allein verfüge und den Einsatz allein regeln können. Da eine solche Erklärung fehle, sei der Ausschluss gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2a VOL/A nach Abwägung aller relevanter Gesichtspunkte unvermeidbar gewesen.

Im Hinblick auf die Subventionierung der Muttergesellschaft VGX mit Mitteln der öffentlichen Hand seien die Nachfragen vom 21.10.2009 nicht befriedigend beantwortet worden. Die Antragstellerin hätte der Vermutung durch die Mitteilung von Preisen/Verrechnungspreisen entgegentreten müssen, nicht aber durch eigene Einschätzungen. Deshalb sei die Annahme nicht ausgeräumt, dass ein günstiges Angebot nur deswe-

gen abgegeben werden konnte, weil Leistungen aufgrund hoher Subventionen unter Marktpreis eingekauft würden.

Schließlich habe sich die Antragstellerin nicht an die Ausweisung der Preisbestandteile im Kalkulationsblatt gehalten, so dass eine Vergleichbarkeit mit den Angeboten der anderen Bieter nicht möglich sei: Die angegebenen Kostenbeispiele seien nicht disponibel und ein Austausch sei nicht möglich gewesen. Die Preise pro Fahrzeug in der Fahrplanspitze umfassten bestimmte Kostenfaktoren unabhängig davon, ob die Fahrzeuge im Eigentum des Bieters stehen oder angemietet werden sollten. Bei angemieteten Fahrzeugen seien die aufgeführten Einzelkosten gegebenenfalls in den Mietpreis zu integrieren, wenn sie nicht gesondert ausgewiesen werden könnten. Die Antragstellerin habe aber die Kosten für Werkstatt und Betriebshof nicht beim Preisbestandteil „Preis pro Fahrzeug in der Fahrplanspitze“ berücksichtigt, weil sie nicht Eigentümerin der Einrichtungen sei. Damit habe sie sich nicht an die von der Antragsgegnerin vorgegebene Definition der Preisbestandteile gehalten, sondern den Preis pro Fahrzeug in der Fahrplanspitze von Kosten entlastet, die in anderen Preisbestandteil enthalten sein. Für die Wertung des Angebots fehlten demnach die für einen Vergleich der Angebote geforderten wesentlichen Einzelpreisangaben, was seinem Ausschluss des Angebots geführt habe.

Im Hinblick auf die Eigenkapitalbescheinigung habe die Antragstellerin diese der Form nach vorgelegt. Sie habe aber darauf hingewiesen, dass sie einem Cash-Pool-System angeschlossen sei. Dies habe in der Vergangenheit verschiedentlich dazu geführt, dass das Eigenkapital einzelner an einem solchen Pool beteiligter Kapitalgesellschaften gefährdet gewesen sei beziehungsweise gänzlich verloren gegangen sei, weil die verbundenen Gesellschaften in finanzielle Schwierigkeiten geraten seien. Der Bitte, den Vertrag vorzulegen, sei nicht entsprochen worden. Die Nachfrage vom 21.10.2009 sei insoweit leider völlig unzureichend beantwortet worden.

Die Antragstellerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 30.11.2009 - eingegangen bei der Antragsgegnerin am 01.11.2009 - durch ihren Verfahrensbevollmächtigten den Ausschluss gerügt.

Die Forderung, dass sie - die Antragstellerin - eine (absolute) „alleinige Verfügungsgewalt“ an den Bussen haben müsse, lasse sich nach den Vergabeunterlagen nach Treu und Glauben nur so auslegen, dass keine absolute und ausschließliche Verfügbarkeit gefordert worden sei, sondern ein Bieter über die Fahrzeuge jedenfalls prioritär verfügen

müsse. Dies sei mit der Erklärung im der Anlage B12 geschehen. Auch sei der Forderung entsprochen worden, für den Einsatz der Busse ausreichend dispositionsbefugt zu sein. Die allgemeine Erklärung im Angebotsschreiben, nach deren Inhalt alle in den Vergabeunterlagen formulierten Anforderungen akzeptiert und erfüllt würden, gelte auch und insbesondere für die Erklärung über die Verfügbarkeit.

Sie - die Antragstellerin - erhalte auch keine offenen oder verdeckten staatlichen Beihilfen. Die Antragsgegnerin habe bereits aufgrund der Angebotspreisstrukturen nicht davon ausgehen dürfen, dass das Angebot der Antragstellerin ungewöhnlich niedrig sei. Der Angebotsgesamtpreis habe lediglich um 14 % unterhalb des seitens der Antragsgegnerin geschätzten Angebotspreises gelegen. Darüber hinaus habe die Antragstellerin erklärt, dass in ihrem Angebot keine Vorteile aus Zahlungen oder Leistungen der öffentlichen Hand enthalten seien. Auch sei ein Schreiben der VGX vom 28.10.2009 in Anlehnung an die Anlage 4b beigefügt worden. In diesem Schreiben habe die VGX erklärt, dass sie als Muttergesellschaft die Antragstellerin weder offen noch versteckt subventioniere.

Sie - die Antragstellerin - habe auch keine fehlerhafte Kalkulation dargelegt. Die Preisbildung sei in den geforderten drei Preisbestandteilen erfolgt. Es habe aber keine Verpflichtung bestanden, diese Preisbestandteile genauso zu kalkulieren, dass das Angebot mit einem Standardfall eines Busdienstleisters vergleichbar sei, der mit eigenen Fahrzeugen mit eigenem Bauhof anbiete. Die Leistungsbeschreibung habe die Einzelkosten nur beispielhaft angeführt. Sie - die Antragstellerin - habe die Kosten den Preisbestandteil zuzuordnen dürfen, in denen sie anfielen.

Der Eigenkapitalnachweis sei ordnungsgemäß vorgelegt worden. Im Schreiben vom 27.11.2009 habe die Antragsgegnerin auch ausdrücklich anerkannt, dass die Eigenkapitalbescheinigung „der Form nach“ ordnungsgemäß vorgelegen habe.

Mit Schriftsatz vom 02.12. 2009 hat die Antragsgegnerin durch ihren Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin mitgeteilt, der Rüge nicht abhelfen zu wollen:

Aus ihrer Sicht verwechsle die Antragstellerin die Alleinverfügungsbefugnis mit der Frage nach der Zulässigkeit von Nebeneinsätzen. Ausgeschlossen werden sollte mit der Forderung, dass die benötigten Fahrzeuge etwa von Dritten in der Form eingesetzt würden, dass die Verfügungsgewalt über die Fahrzeuge in Zeiten des Nebeneinsatzes bei diesen Dritten liege. Aus diesem Grunde sei eine Erklärung über die allgemeine Verfügbarkeit ohne „Wenn und Aber“ verlangt worden. Diese Erklärung wie auch die Erklärung zur alleinigen Regelungsbefugnis sei aber nicht abgegeben worden.

Im Hinblick auf mögliche staatliche Beihilfen sei der Ausschluss nicht wegen eines ermittelten „Dumpingpreises“, sondern wegen der verweigerten Information über das Zustandekommen außerordentlich günstige Mietpreise, welche die öffentlich subventionierte Muttergesellschaft eingeräumt habe.

Bezüglich der Cash-Pool-Problematik habe das Interesse der Antragsgegnerin darin gelegen, festzustellen, ob bei einer finanziellen Schieflage einzelner Mitglieder des Pools das Eigenkapital tangiert werden könne.

Mit Schriftsatz vom 03.12.2009 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin unter Bezugnahme auf § 101a GWB mitgeteilt, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das wirtschaftlichere Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Mit Schriftsatz vom 11.12.2009 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt gestellt.

Die **Antragstellerin** beantragt,

1. die Antragsgegnerin anzuweisen, den Ausschluss der Antragstellerin vom Vergabeverfahren rückgängig zu machen und die Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebotes der Antragstellerin neu durchzuführen,
2. hilfsweise, die Antragsgegnerin anzuweisen, dass Vergabeverfahren aufzuheben,
3. ihr Einsicht in die Vergabearten zu gewähren,
4. die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin nach § 128 Abs. 4 GWB, § 80 Abs. 2 HVwVfG für notwendig zu erachten.

Sie bezieht sich auf den mit der Antragsgegnerin geführten Schriftverkehr und den Inhalt ihres Rügeschreibens. Darüber hinaus ist sie der Ansicht, dass der Vergabevermerk der Antragsgegnerin an mindestens zwei maßgeblichen Stellen unvollständig sei. So sei darauf hingewiesen worden, dass zum Zwecke der vertiefenden Prüfung der Entscheidung eine - benannte - Rechtsanwaltskanzlei eingeschaltet worden sei, Angaben zu dem Prüfungsergebnis beziehungsweise zur Begründung dieses Ergebnis aber im Vergabevermerk nicht enthalten seien. Darüber hinaus sei im Vergabevermerk vermerkt, dass die Antragsgegnerin sich durch eigene Recherchen und Berechnungen davon überzeugt habe, dass die von der VGX geforderten Mietpreise für die Fahrzeuge weit unter Niveau lägen. Die Recherchen und Berechnungen der Antragsgegnerin seien aber im Einzelnen nicht im Vergabevermerk enthalten. Auch enthalte der Vergabevermerk lediglich die Ergebnisse

der vorgenommenen Entscheidungen der Antragsgegnerin. Dies reiche aber nicht aus, da das Ergebnis sachlich nachvollziehbar sein müsse. Dies gelte in besonderem Maße für die Wertung, bei der der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zu komme. Rechtsfolge dieser Dokumentationsmängel sei, dass eine Wiederholung der Wertung vorgenommen werden müsse.

Die **Antragsgegnerin** beantragt,

1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären und der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,

Sie bezieht sich auf den Inhalt ihres Ausschlusschreibens vom 27.11.2009 sowie ihres Schreibens vom 02.12.2009 und führt ergänzend aus: Im Hinblick auf die alleinige Verfügbarkeit und Regelungskompetenz habe sie - die Antragsgegnerin - der Antragstellerin auf deren Frage 11 eindeutig geantwortet, dass es nicht verzichtbar sei, dass der Auftragnehmer die ausschließliche Verfügungsgewalt über die eingesetzten Fahrzeuge habe. Dies habe die Antragstellerin nicht rechtzeitig gerügt. Insbesondere habe die Antragstellerin mit ihrem Angebot aber nicht die geforderte Erklärung abgegeben. Im Hinblick auf mögliche staatliche Beihilfen sei darauf hinzuweisen, dass subventionsbedingte Preisverzerrungen nach den Vorgaben der Vergabeunterlagen im Rahmen einer Preiskorrektur berücksichtigt werden sollten. Da die Muttergesellschaft der Antragstellerin aber unbestritten kommunale Mittel zum Defizitausgleich erhalte und der Antragstellerin unbestritten bereits in der Vergangenheit sehr günstige Mietpreise für die Busse gewährt habe, habe der schlichte Hinweis der Antragstellerin, dass in ihrem Angebot keine Vorteile aus unmittelbaren freiwilligen Zahlungen berücksichtigt seien, nicht ausreichen können. Die formale Erklärung der Muttergesellschaft vom 28.10.2009 sei nicht mit dem Angebot vorgelegt worden und damit eindeutig verspätet gewesen. Der Ausschluss sei erfolgt, weil sich die Antragstellerin geweigert habe, die in den Mietpreisen für Busse und andere Leistungen ihrer Muttergesellschaft möglicherweise enthaltenen Subventionen offen zulegen und es der Antragsgegnerin so zu ermöglichen, den Angebotspreis richtig zu berechnen. Im Hinblick auf die Kalkulation sei festzustellen, dass der Angebotsgesamtpreis auf der Grundlage von 3 Preisbestandteilen errechnet werden sollte und dies seitens der Antragstellerin nicht erfolgt sei. Die Kalkulationsvorgaben seien von der Antragstellerin weder hinterfragt noch gerügt worden. Die Eigenkapitalbescheinigung sei von einer Steuerbera-

terin unterzeichnet worden und habe deshalb nicht den Vorgaben der Vergabeunterlagen entsprochen.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Am 21.01.2010 fand eine mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer statt. Die Beteiligten hatten Gelegenheit, zum Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Ausführungen zu machen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Antrag ist zulässig

1.1 Weder gegen die örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer noch gegen die Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 GWB bestehen Bedenken. Auch ist die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer bei einem streitigen Angebots- und Auftragswert von 44.725.790,00 Euro gemäß §§ 100 Abs. 1, 127, 102 ff GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 3 VgV gegeben.

1.2. Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt.

1.2.1 Sie hat eine Verletzung ihrer Rechte nach § 97 Absatz 7 GWB geltend gemacht. Sie behauptet, die Antragstellerin habe ihr Angebot entgegen § 25 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 2 VOL/A sowie § 25a Nr. 2 VOL/A ausgeschlossen. Insoweit hat die Antragstellerin insbesondere Verstöße gegen § 97 Abs. 7 GWB und damit eine konkrete Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte behauptet.

1.2.2. Die Antragstellerin, die durch ihre Beteiligung am Verfahren auch ihr Interesse am Auftrag dokumentiert hat, ist auch der erforderlichen Darlegungspflicht hinsichtlich eines Schadens nachgekommen. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn sich ihre Position durch die gerügten Rechtsverletzungen in keiner denkbaren Weise verschlechtert haben könnte und die Entstehung eines Nachteils von vornherein ausgeschlossen erschiene. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall, da, sofern dem Antrag der Antragstellerin Erfolg beschieden werden würde, eine erneute Befassung beziehungsweise Bewertung des

preisgünstigsten Angebots der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Absicht der Antragsgegnerin, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, zu einem für sie positiven Ergebnis im Sinne einer Zuschlagserteilung führen könnte.

1.3 Die Antragstellerin hat mit ihrem Schreiben vom 30.11.2009 rechtzeitig und inhaltlich ohne Beanstandung den Ausschluss ihres Angebots gerügt und ist insoweit den Behauptungen der Antragsgegnerin entgegengetreten, dass sie - die Antragstellerin - keine den Anforderungen der Ausschreibung genügende Verfügungsgewalt und ausreichende Dispositionsbefugnis über die Busse verfüge, verdeckte Subventionen durch ihre Muttergesellschaft erhalte, das vorgegebene Kalkulationsschema verlassen und infolgedessen die Angabe von wesentlichen Einzelpreisangaben versäumt habe sowie einen unzureichend Eigenkapitalnachweis abgegeben habe. Zwar hat die Antragstellerin nicht gerügt, dass die Antragsgegnerin den Ausschluss damit begründet hat, dass die Antragstellerin im Hinblick auf die Verfügungsgewalt und die Dispositionsbefugnis keine Erklärung - wie gefordert - abgegeben habe. Dies führt vorliegend aber nicht zu der Feststellung einer inhaltlich nicht ausreichenden Rüge, weil der Streitgegenstand insoweit maßgeblich die Interpretation des Inhalts der abgeforderten Erklärung betrifft. Auch soweit die Antragsgegnerin der Ansicht ist, die Antragstellerin habe nicht gerügt, dass der Angebotsgesamtpreis auf der Grundlage von drei Preisbestandteilen errechnet werden sollte, führt dies zu keiner Präklusion. Auch insoweit ist nämlich nicht die Aufschlüsselung des Angebotsgesamtpreises auf der Grundlage der drei Preisbestandteile streitgegenständlich, sondern die Interpretation der Zuordnung der Preisbestandteile durch die Antragstellerin.

2. Der Antrag ist jedoch unbegründet.

Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin nämlich zu Recht gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a, 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A (Abschnitt 2) ausgeschlossen.

2.1 Die Ausschlussberechtigung des Angebots lässt sich allerdings entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht bereits darauf stützen, dass die Antragstellerin eine Eigenkapitalbescheinigung vorgelegt hat, die nicht durch einen Abschlussprüfer, sondern durch eine Steuerberaterin unterschrieben worden ist. Zwar bestimmt § 2 Abs. 2 Nr. 2 PBZugV, dessen Inhalt zum Erklärungsgegenstand im Sinne des Nachweises der finanziellen Leistungsfähigkeit (Ziffer 21.2 der Angebotsaufforderung) gemacht worden ist, dass in den Fällen, in denen das Unternehmen beziehungsweise der Bieter nach § 316 Abs. 1 HGB von einem Abschlussprüfer geprüft worden ist, es der Bescheinigung des Ab-

schlussprüfers bedarf und die Antragstellerin insoweit ihrer Verpflichtung im Sinne der Ziffer 21.2 der Angebotsaufforderung nicht in der geforderten Weise nachgekommen wäre. Gleichwohl berechtigt dies die Antragsgegnerin nicht zum Ausschluss des Angebots: Sie hat nämlich gegenüber der Antragstellerin auf deren Anfrage vom 08.07.2009, ob für den Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit die von einem Steuerberater ausgestellte Eigenkapitalbescheinigung ausreichend sei, mitgeteilt, dass dies ausreichend sei. Die Antragstellerin durfte diese Information bei der Abfassung und Abgabe ihres Angebots auch berücksichtigen. Mit der Einbeziehung des § 2 Abs. 2 Nr. 2 PBZugV ist zwar deren Inhalt auf die Ebene der Zuverlässigkeitsprüfung erweitert worden. Der vorrangige Zweck der Vorschrift liegt aber in der Überprüfung der Zuverlässigkeit im Zusammenhang mit der Beantragung und Gewährung der Personenbeförderungskonzession. Hatte die Antragsgegnerin diese Grundlagen aber zum Gegenstand ihrer Wertung gemacht, so durfte sie vor der Angebotsabgabe und im Hinblick auf die Wertung der Angebote davon auch wieder Abstand nehmen, wenn ihr für die Beurteilung der Zuverlässigkeit im Hinblick auf die Auftragserfüllung dies als ausreichend erschien. Darin lag auch vor dem Zeitpunkt der Angebotsabgabe keine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Bietern. Objektiv hat die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin deshalb durch ihre Erklärung zu erkennen gegeben, dass für sie eine durch einen Steuerberater ausgestellte Eigenkapitalbescheinigung ausreichend sei. Dem hat die Antragstellerin entsprochen. Ob die Antragsgegnerin wusste oder wissen musste, dass die Antragstellerin ein Unternehmen ist, welches von einem Abschlussprüfer geprüft wird, ist insoweit nicht von Bedeutung. Abgesehen davon, dass aufgrund der personellen und geschäftlichen Beziehung der Antragsgegnerin zur Antragstellerin einiges dafür spricht, dass eine solche Kenntnis vorhanden war beziehungsweise vorhanden sein musste, ist der objektive Wortlaut der Erklärung der Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin jedenfalls geeignet, die Unterzeichnung der Eigenkapitalbescheinigung durch eine Steuerberaterin als ausreichend anzusehen. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Ausschlussentscheidung sogar noch mitgeteilt, dass die Eigenkapitalbescheinigung der Form nach vorgelegt worden sei und damit wiederum objektiv die Akzeptanz signalisiert.

2.2 Ein Angebotsausschluss lässt sich im Ergebnis auch nicht durch eine vermutete Subventionierung des Angebotspreises im Zusammenhang mit der Fahrzeugmiete durch die Muttergesellschaft der Antragstellerin als Vermieterin der Fahrzeuge rechtfertigen. Zwar hat die Antragsgegnerin in Ziffer 23 der Angebotsaufforderung sowie in Ziffer 10.4 der Leistungsbeschreibung verdeutlicht, dass im Angebot berücksichtigte Fördermittel

bei der Ermittlung des geringsten Angebotspreises durch eine Bereinigung des Angebotspreises um die Fördermittel kompensiert werden sollten. Vom Bieter war insoweit aber - lediglich - eine Erklärung über Zuwendungen der öffentlichen Hand (Anlage 4b) gefordert worden, welche die Antragstellerin durch das Ankreuzen von „Nein“ abgegeben hat. Damit hat die Antragstellerin ihre seitens der Antragsgegnerin geforderte Nachweispflicht - zunächst - erfüllt. Die Antragstellerin ist darüber hinaus auch den seitens der Antragsgegnerin im Rahmen der Angebotswertung in deren Schriftsatz vom 21.10.2009 erhobenen Bedenken einer Subventionierung durch die Muttergesellschaft in der durch die Antragsgegnerin insoweit geforderten Weise entgegengetreten. Die Antragsgegnerin hat in diesem Zusammenhang nämlich ausdrücklich darauf verwiesen, dass eine Aussage zur Inanspruchnahme öffentlicher Mittel seitens der Muttergesellschaft der Antragstellerin bis zu diesem Zeitpunkt nicht vorgelegt worden sei und fehle. Diese Erklärung hat die Muttergesellschaft der Antragstellerin aber am 28.10.2009 vorgelegt und darin unter Bezugnahme auf die Anlage 4b mitgeteilt, dass weder mittelbar noch unmittelbar Subventionsmittel in ihr Angebot an die Antragstellerin eingeflossen seien. Wenn die Antragsgegnerin nunmehr die Ansicht vertritt, die Antragstellerin habe die Frage vom 21.10.2009 nicht befriedigend beantwortet und der Vermutung der Subventionierung durch die Mitteilung von Preisen beziehungsweise Verrechnungspreisen entgegengetreten müssen, so stellt sie sich damit gegen die eigenen „Forderungen“ aus ihrem Schreiben vom 21.10.2009, in dem sie ausschließlich eine Erklärung der Muttergesellschaft „fordert“, welche seitens der Antragstellerin danach aber unverzüglich abgegeben wurde.

2.3 Ebenfalls lässt sich ein Angebotsausschluss auch nicht damit begründen, dass die Antragstellerin die Cash-Pool-Vereinbarung nicht vorgelegt hat. Zwar durfte die Antragsgegnerin, nachdem sie aus den Angebotsunterlagen im Rahmen des Wertungsverfahrens von der Cash-Pool-Beteiligung der Antragstellerin in Kenntnis gesetzt worden ist, berechtigte Bedenken dahingehend erheben, dass im Falle der Insolvenz einer der Beteiligten das Gesellschaftskapital der Antragstellerin mit erfasst werden könnte. Auch mag es berechtigt sein, unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von der Antragstellerin eine Mitteilung zu erbeten, welche anderen Gesellschaften beteiligt seien und auf welche Weise sichergestellt worden sei, dass das Eigenkapital der Antragstellerin im Falle einer Insolvenz der beteiligten Gesellschaften nicht verloren gehe. Im konkreten Fall war die Antragsgegnerin aber aufgrund ihrer Forderungen und der darauf folgenden Reaktion der Antragstellerin nicht berechtigt, deren Angebot auszuschließen. Insoweit bestehen bereits deshalb Bedenken, weil die Antragsgegnerin trotz des Hinweises der Beigelade-

nen in deren Geschäftsbericht über das Bestehen eines Konzern- Cash- Poolings auf Seiten der Beigeladenen keine weitere Nachfragen gegenüber der Beigeladenen initiiert hat. Dies geschah lediglich gegenüber der Antragstellerin, obwohl in beiden Fällen die Informationen aus den Vergabeunterlagen herrührten. Durch diese ungleiche Behandlung eines objektiv identischen Sachverhalts hat die Antragsgegnerin aber gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen. Ob daraus gleichzeitig der Eindruck entstehen kann, dass die Cash-Pool-Beurteilung für die Antragsgegnerin im Ergebnis kein relevantes Kriterium darstellen sollte, muss nicht abschließend beurteilt werden. Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin nämlich lediglich um Mitteilung darüber gebeten, auf welche Weise sichergestellt sei, dass im Falle einer Insolvenz einer der Gesellschaften das Eigenkapital der Antragstellerin nicht verloren gehe. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin daraufhin mitgeteilt, dass eine besondere Absicherung der Forderungen gegen die Insolvenz der Gesellschafterin, also ihre Muttergesellschaft als kommunale Gesellschaft unter der gegebenen Risikostruktur nicht notwendig erscheine und die Vorlage der Vereinbarung abgelehnt. Die Antragsgegnerin, welche zuvörderst eine Erklärung über die dem Cash-Pool zugeordneten Gesellschaften und die Sicherstellung des Eigenkapitals der Antragstellerin im Falle der Insolvenz erbeten hat und sowohl die Beteiligung der Muttergesellschaft aus den Vergabeunterlagen als auch durch den Hinweis auf die gegebenen Risikostruktur der Gesellschaft (Muttergesellschaft) erkennen konnte, hätte, wenn weiterhin Unklarheiten vorhanden gewesen sein sollten, nachfragen müssen oder konkret und bestimmt - wieder unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes - die Vorlage der Vereinbarung fordern müssen, da diese zunächst lediglich „ggfs.“ erbeten worden war. Darauf hat sie aber in beiden Fällen verzichtet, so dass aus diesem Grund weder der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin noch der Angebotsausschluss der Beigeladenen gerechtfertigt gewesen ist.

2.4 Der Ausschluss des Angebots lässt sich ebenfalls nicht auf die Behauptung der Antragsgegnerin stützen, die Antragstellerin habe sich nicht an die Ausweisung der Preisbestandteile im Kalkulationsblatt gehalten, indem sie die Kosten für die Werkstatt und den Betriebshof nicht dem Preisbestandteil „Preis pro Fahrzeug in der Fahrplanspitze“ zugeordnet und diese zu Lasten anderer Preisbestandteile von Kosten entlastet habe. Demgegenüber hat die Antragstellerin in ihren Erläuterungen zum Fahrzeugeinsatz dargestellt, dass Kapitalkosten, wie die Kosten für die Werkstatt und den Betriebshof aufgrund der Anmietung der Fahrzeuge nicht entstünden und die bei der Vermieterin entstehenden Kosten für die Werkstatt und das Gebäude kostendeckend und gewinnbringend dem

Preisbestandteil „Preis je Fahrkilometer“ eingeflossen seien. Richtig ist, dass die Antragsgegnerin berechtigt war, in ihrem Kalkulationsblatt eine bestimmte Zuordnung von Preisbestandteilen zu dem anzubietenden Preis vorzunehmen. Ebenso richtig ist auch, dass der Bieter diesen Vorgaben entsprechen musste und nicht ohne weiteres berechtigt war, die vorgegebenen Preisbestandteile zu verschieben. Ausgeschlossen ist es aber nicht, dass die Preisbestandteile denjenigen Kosten beziehungsweise Kostengruppen zugeordnet werden durften, bei denen sie tatsächlich anfielen. Es ist nicht auszuschließen, dass insoweit ein Unterschied zwischen einem Bieter, der eine eigene Werkstatt und einen eigenen Betriebshof für seine in seinem Eigentum stehenden Fahrzeuge vorhält und einem Bieter, welcher die Fahrzeuge anmietet besteht und dieser deshalb zwangsläufige eine andere als die vorgegebene Kalkulationsstruktur anwenden muss und darf. Ob aber eine unberechtigte Verlagerung von Kostenbestandteilen entgegen der Vorgabe in der Leistungsbeschreibung oder gar eine Mischkalkulation vorgenommen worden ist, wofür die Antragsgegnerin darlegungs- und beweispflichtig wäre, oder ob die Verlagerung der Werkstatt- und Betriebshofkosten aufgrund der auf Seiten der Antragstellerin bestehenden Kostenstruktur notwendig und damit gerechtfertigt war, wofür die Antragstellerin darlegungs- und beweispflichtig wäre, müsste im Falle der Streitrelevanz gutachterlich geklärt werden. Die Kammer hat von einer solchen Beweisbeurteilung aber abgesehen, da der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin jedenfalls deshalb zu Recht erfolgt ist, weil diese die von ihr geforderte Erklärung, dass sie über die benötigten Fahrzeuge allein verfüge und den Einsatz allein regeln könne, nicht vorgelegt hat und die Frage einer möglichen Kalkulationsverschiebung aus diesem Grunde nicht Streit entscheiden ist.

2.5 Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin zu Recht gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a, 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A (Abschnitt 2) ausgeschlossen, weil die Antragstellerin die gemäß Ziffer 16 der Angebotsaufforderung geforderte Erklärung, dass sie über die benötigten Fahrzeuge allein verfüge und den Einsatz allein regeln könne, nicht vorgelegt hat.

Eine solche Erklärung ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht bereits dadurch erfolgt, dass sie im Angebotsschreiben erklärt hat, alle in den Vergabeunterlagen formulierten Anforderungen zu akzeptieren und zu erfüllen. Die Antragsgegnerin hat nämlich in Ziffer 16 der Angebotsaufforderung ausdrücklich die Abgabe einer Erklärung gefordert. Diese mit einem eindeutigen Inhalt geforderte Willenserklärung wird aber nicht durch die allgemeine Erklärung im Angebotsschreiben ersetzt.

Auch durfte die Antragstellerin von der Vorlage der Erklärung nicht bereits deshalb absehen, weil dafür in den Verdingungsunterlagen kein Vordruck enthalten war. Wird von einem Bieter die Abgabe einer inhaltlich eindeutigen Erklärung gefordert, hat er diese unabhängig davon abzugeben, ob der Auftraggeber dafür einen Vordruck bereitstellt oder nicht.

Schließlich hat die Antragstellerin die fehlende Vorlage der geforderten Erklärung auch nicht dadurch kompensiert, dass sie in den „Erläuterungen zum Fahrzeugeinsatzes außerhalb des Linienbündels E“ auf die Absicht der Anmietung der Fahrzeuge durch ihre Muttergesellschaft und darauf hingewiesen hat, dass die Fahrzeuge zwar grundsätzlich auch für den Einsatz außerhalb des Linienbündels der Muttergesellschaft zur Verfügung ständen, dies aber auf die im Linienbündel E nicht benötigten Fahrzeuge beschränkt sei. Abgesehen davon, dass diese Hinweise im Zusammenhang mit der Erläuterung zur Ermittlung des Mietpreises erfolgt sind, lässt sich aus den Hinweisen auch keine eindeutige Erklärung entnehmen, dass die Antragstellerin über die benötigten Fahrzeuge allein verfügen in und den Einsatz allein regeln kann. Im Gegenteil: Durch den Hinweis, dass die Fahrzeuge auch für den Einsatz außerhalb des Linienbündels E zur Verfügung stehen und durch die Muttergesellschaft der Antragstellerin je nach Verfügbarkeit und Bedarf eingesetzt werden würden, lässt sich eine daraus resultierende Schlussfolgerung auf Seiten der Antragsgegnerin zumindest nicht „von der Hand weisen“, dass die Muttergesellschaft der Antragstellerin und nicht die Antragstellerin den Einsatz bestimmt.

Ebenfalls nicht befreit worden von der Abgabe der geforderten Erklärung ist die Antragstellerin durch den Inhalt der Frage 11 vom 28.07.2009 und deren Beantwortung durch die Antragsgegnerin am 03.09.2009. Die Antragstellerin hat bei der Antragsgegnerin angefragt, ob diese die Rechtsauffassung der Antragstellerin teile, dass eine Beschaffung der Fahrzeuge im Wege des Anmietens bereits den Anforderungen an die alleinige Verfügungsgewalt entspreche, weil der Mieter einer Sache grundsätzlich die tatsächliche Verfügungsmacht innehat und die alleinige Regelung des Einsatzes durch den Bieter bereits deshalb gegeben sei, weil der Vermieter vertraglich angehalten sei, die Fahrzeuge zum erforderlichen Zeitpunkt und Zeitraum zur Verfügung zu stellen. Abgesehen davon, dass die vorstehende dargestellte Beschreibung des beabsichtigten Verfahrens durchaus berechnete Rückschlüsse darauf zulassen konnte, dass die Antragstellerin nicht sämtliche Fahrzeuge anmietet und damit alleinbefugt verfahren darf, sondern dies der Vermieterin überlässt mit der Folge, dass dieser die Entscheidungsbefugnis zusteht, indem sie - die Vermieterin - die Anzahl der Fahrzeuge und den Zeitpunkt der Zurverfügungstellung bestimmt, hat die Antragsgegnerin in der Beantwortung der Frage erklärt, dass aus Mietver-

trägen sich zwar eine alleinige Verfügungsgewalt ergeben könne, aber nicht müsse. Dies hänge von der jeweiligen Vertragsgestaltung ab, deren Prüfung sie - die Antragsgegnerin - aber nicht vornehmen könne und wolle. Deshalb sei die in Ziffer 16 geforderte Erklärung die sinnvollste Vorgehensweise, die alleinige Verfügungsgewalt sicherzustellen. Die Antragsgegnerin hat damit objektiv erkennbar auf die Vorlage der geforderten Erklärung nicht verzichtet. Einen solchen Eindruck konnte und durfte die Antragstellerin durch die Beantwortung der Frage nicht gewinnen.

Die Forderung der Antragsgegnerin war auch berechtigt, da eine solche Erklärung, die Vertragsgegenstand wird, die einzige Möglichkeit ist, die in der Erklärung enthaltene Forderung vertraglich gegenüber dem Erklärenden, der gleichzeitig Auftragnehmer ist, durchzusetzen und erforderlichenfalls zu sanktionieren.

Die Antragsgegnerin hat im Zusammenhang mit dem Angebotsausschlusses auch keinen Ermessensfehler begangen. Zwar ist die Regelung, auf die sie den Ausschluss stützt, als „Kann - Vorschrift“ formuliert. Gleichwohl besteht die zwingende Verpflichtung zum Ausschluss eines Angebots, welches nicht den Voraussetzungen des § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A entspricht. Das durch die „Kann - Regelung“ eingeräumte Ermessen ist in einem europaweiten Ausschreibungsverfahren nämlich auf null reduziert. In diesem Falle ist der Auftraggeber - und damit auch die Antragsgegnerin - insbesondere zur Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes im Sinne des § 97 Abs. 2 GWB verpflichtet mit der Folge, dass die pflichtgemäße Ausübung des eingeräumten Ermessens nur bedeuten kann, Angebote, die geforderten Erklärungen nicht enthalten, von der Wertung auszuschließen.. Um in die Wertung zu gelangen, muss ein Angebot alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Erklärungen vollständig und zutreffend enthalten (VK Hessen - Beschluss 8. 7. 2008 - 69d - VK 29/2008; OLG Frankfurt am Main - Beschluss vom 5. 5. 2008 - 11 Verg 1/08).

2.6 Soweit die Antragstellerin der Ansicht ist, dass der Vergabevermerk der Antragsgegnerin an mindestens zwei maßgeblichen Stellen unvollständig sei und diese Dokumentationsmängel zu einer Wiederholung der Wertung führen müsse, kann sie damit bereits aufgrund des formalen Ausschlusses ihres Angebotes nicht durchdringen. Ihre Beanstandungen, es sei darauf hingewiesen worden, dass zum Zwecke der vertiefenden Prüfung der Entscheidung eine - benannte - Rechtsanwaltskanzlei eingeschaltet worden sei, Angaben zu dem Prüfungsergebnis beziehungsweise zur Begründung dieses Ergebnis aber im Vergabevermerk nicht enthalten seien und die Antragsgegnerin sich durch eigene Recherchen und Berechnungen davon überzeugt habe, dass die von der VGX gefor-

dernten Mietpreise für die Fahrzeuge weit unter Niveau lägen, die Recherchen und Berechnungen der Antragsgegnerin aber im einzelnen nicht im Vergabevermerk enthalten, stehen in keinem Zusammenhang mit der Ausschlussentscheidung und hatten darauf keinen Einfluss. Dies gilt auch für die Behauptung, der Vergabevermerk enthalte lediglich die Ergebnisse der vorgenommenen Entscheidungen der Antragsgegnerin, was aber - insbesondere im Hinblick auf eine Wertung aufgrund einer Ermessensentscheidung - nicht ausreiche. Darüber hinaus sind die seitens der Antragstellerin vorgebrachten Zweifel auch deshalb nicht angemessen, weil die beiden von ihr vorgetragenen Sachverhalte nicht zum notwendigen Inhalt des Vergabevermerks gehören. Soweit sie allgemein behauptet, der Vergabevermerk enthalte lediglich die Ergebnisse der vorgenommenen Entscheidungen, reicht dies für die erforderliche substantiierte Behauptung nicht aus. Im Hinblick auf die Ausschlussentscheidung ist darüber hinaus auch keine Ermessensentscheidung, sondern eine gebundene Entscheidung erfolgt.

III.

1. Gemäß § 128 Abs.1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Gebühren erhoben. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens.

Aufgrund der Angebotssumme der Antragstellerin ergibt sich bei Zugrundelegung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle (Stand Dezember 2009), die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von 32.850,00 Euro, die die Antragstellerin als unterlegene Partei zu tragen hat (§ 128 Abs. 3 GWB).

2. Die Antragstellerin hat die zur Zweck entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB). Dagegen findet eine Erstattung von Kosten der Beigeladenen im vorliegenden Fall nicht statt, da diese im Verfahren keine Anträge gestellt hat.

3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles und im Hinblick auf eine sachgerechte Darstellung und Vertretung ihrer Rechtspositionen notwendig (§ 124 Abs. 4 GWB / § 80 VwVfG).

